ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Köstler, Roland

Book

Rechtsleitfaden für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz 2004

edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 21

Provided in Cooperation with:
The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Köstler, Roland (2010) : Rechtsleitfaden für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz 2004, edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 21, ISBN 978-3-86593-145-0, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/210457

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

21

Roland Köstler

Rechtsleitfaden für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz 2004

edition
Hans Böckler
Stiftung

Roland Köstler

Rechtsleitfaden für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz 2004

edition 21

Roland Köstler

Rechtsleitfaden für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz 2004

© Copyright 2010 by Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf
Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf
Printed in Germany 2010
ISBN: 978-3-86593-145-0
Bestellnummer: 13021

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages,
der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung,
der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

Vorwort

Mitbestimmung ohne Parität

So überschrieben die Autoren der Sozialforschungsstelle Dortmund ihren Abschlußbericht: **– Aufsichtsratsbeteiligung nach dem BetrVG ‚52 –** (Veröffentlichung Köln 1991). Damit lag – erstmals seit 1964 (Blume) und dort auch nur als Projektteil – eine Untersuchung zur Aufsichtsratspraxis unter den Bedingungen der Drittelbeteiligung vor.

Inzwischen wurde das dreißigjährige Jubiläum des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 feierlich begangen. Der Präsentation der Ergebnisse der Kommission Mitbestimmung, einer Kooperation der Bertelsmann- und der Hans-Böckler-Stiftung 1998, folgten schon bald politische Debatten um die Reform der Mitbestimmung und insbesondere des Mitbestimmungsgesetzes, die einen ersten Höhepunkt in den Arbeiten der sog. Biedenkopf-Kommission II Ende 2006 hatten. Im Mai 2004 war zur Ablösung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 das Drittelbeteiligungsgesetz verabschiedet worden (Text hier im Anhang). Materiell enthielt das Gesetz kaum Neues; immerhin erging im 2004 eine ausführliche Wahlordnung zum Gesetz.

Die Gesetzesarbeit und die Reformdiskussion orientierten sich in den letzten 10 Jahren eher am **Internationalen Kapitalmarkt.**

Weder Aufsicht noch Rat, war ein – nicht zuletzt wegen spektakulärer Skandale um Führung und Überwachung – schon Ende der neunziger Jahre vielfach gebrauchtes Wortspiel zur Tätigkeit der Aufsichtsräte. Das erste Ergebnis des einschlägigen Gesetzgebungsverfahrens wurde unter dem Titel: **„Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich“** 1998 im Gesetzblatt veröffentlicht.

Mit den Stichworten Holzmann einerseits und Mannesmann/Vodafone andererseits ging aber die Debatte um die Jahreswende 1999/2000 wieder los: das neue Schlagwort war **Corporate Governance** (anknüpfend an die internationale Diskussion und den 1999 veröffentlichten OECD-Kodex.). Eine vom Kanzler eingesetzte **Regierungskommission** (Leitung Prof. Baums) legte im Sommer 2001 ihren Bericht mit zahlreichen Gesetzesvorschlägen und der Empfehlung einer Kommission **Corporate Governance Kodex** vor. Damit wurde erstmals in Deutschland für die Prinzipien der Unternehmensleitung und -überwachung

zweigleisig gefahren; rechtspolitisch nur solange unproblematisch, wie der Gesetzgeber die Rechtsaufsicht behält. Der Kodex (erstmals veröffentlicht im Februar 2002, damals Kommissionsvorsitzender Cromme s. jeweils: http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html) enthält Selbstregulierungselemente für die deutschen Unternehmen, vornehmlich die börsennotierten Aktiengesellschaften. Verbindlich nach dem Prinzip: „Entspreche oder erkläre (comply or explain) wurde das Ganze durch ein Gesetz, das **Transparenz- und Publizitätsgesetz** vom Mai 2002 (TransPuG), welches jedoch auch selbst zahlreiche für Vorstand und Aufsichtsrat bedeutsame Neuerungen enthält. Weiterhin gibt es seit Ende 2004 **die Möglichkeit einer Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft** (dazu Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 6), mit der Möglichkeit, dann in Deutschland über die Beteiligung der Arbeitnehmer zu verhandeln und die sog. Board-Verfassung einzuführen.

Das **Betriebsverfassungsgesetz** von 1952 regelte erstmal die Drittelbeteiligung in den Aufsichtsräten außerhalb der Montanindustrie. Es überlebte alle Novellierungen des Betriebsverfassungsgesetzes. 2004 hat man mit dem **Drittelbeteiligungsgesetz 2004** eine Flurbereinigung vorgenommen. In der Tat ist dieser Begriff angebracht, denn inhaltlich gibt es fast nichts Neues zu vermelden (genau genommen nur § 2 Abs. 1 Konzernwahl und § 1 Abs. 1 Nr. 3 Zuleitung Jahresabschlussunterlagen in GmbH; die Nichtänderung der allgemeinen Konzernklausel in § 2 Abs. 2 – ein ärgerliches Schlupfloch der Aufsichtsratsbeteiligung (dazu eingehend Köstler/Zachert/Müller AR-Praxis Rn. 273 ff.) kritisierte auch die Biedenkopf-Kommission II. Das Gesetz betrifft rund 1500 Unternehmen. Die Anzahl der Unternehmen mit Drittelbeteiligung wurde 2009 durch eine Untersuchung durch Prof. Bayer festgestellt – bis dahin wurde oft von zu hohen Zahlen ausgegangen.

Als Einführungsleitfaden wird hier ein aktueller und auf die **rechtlichen Besonderheiten im Bereich Drittelbeteiligungsgesetz 2004** abstellender Leitfaden nunmehr in 8. Auflage vorgelegt. Er will und kann natürlich nicht das von der Hans-Böckler-Stiftung herausgegebene Buch

Köstler/Zachert/Müller: Aufsichtsratspraxis, Handbuch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (9. Auflage Köln 2009) ersetzen.

Die Broschüre soll vielmehr dieses Handbuch im Sinne einer ersten einführenden Darstellung ergänzen. Hinzuweisen ist schließlich auf die **Arbeitshilfen für Aufsichtsräte** (Hrsg. Hans-Böckler-Stiftung, Liste im Anhang) in

denen einzelne Problemkreise und Orientierungshilfen aktuell behandelt werden.

Roland Köstler Düsseldorf, im März 2010

Denn jede Aktiengesellschaft hat einen Aufsichtsrat, der rät, was er eigentlich beaufsichtigen soll.

Kurt Tucholsky: Kurzer Abriss der Nationalökonomie (1931), Gesammelte Werke Bd.9, S.288.

Inhalt

Vorwort **5**

1. Kapitel
Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung **11**
1. Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrat
Vom Aktionärsausschuss zu Betriebsräten im Aufsichtsrat 11
2. Aufsichtsrat und Mitbestimmung 14
2.1 Gesetzesanspruch und Wirklichkeit 14
2.2 Kontrollorgan und Verantwortung 15
2.3 Handlungsfeld für Arbeitnehmervertreter 17

2. Kapitel
Organisations- und Verfahrensrechte des Aufsichtsrats **21**
1. Einleitung 21
2. Konstituierung des Aufsichtsrates 22
2.1 Vorsitz und Stellvertreter 22
2.2 Ausschüsse 22
Besetzung und Beschlussfassung 23
3. Die laufenden Sitzungen 26
3.1 Arbeitnehmervorbesprechung 26
3.2 Verfahrensablauf 27
Einberufung 27
Teilnahme 30
Niederschrift 31
3.3 Beschlussfassung 31
Beschlussfähigkeit 31
Abstimmung 33
Schriftliche Stimmabgabe 34
Umlaufverfahren 36
„Anfechtung“ von AR-Beschlüssen 37

3. Kapitel
Informations-, Gestaltungs- und Kontrollrechte des Aufsichtsrates **39**
1. Überwachung 39

2. Informationsrechte 43
2.1 Regelmäßige Berichte 43
2.2 Anforderungsberichte 46
2.3 Art und Weise der Informationen 47
3. Personalentscheidungen 49
3.1 Bestellung und Anstellung von Vorstand/Geschäftsführung 49
Allgemeines 49
Bestellung 49
Widerruf der Bestellung 51
Anstellung 51
3.2 Einfluss auf Arbeitsweise von Vorstand/Geschäftsführung 52
Vorsitzender des Vorstandes/der Geschäftsführung 53
4. Mitwirkung an Geschäftsführungsmaßnahmen 54
4.1 Zustimmungsbedürftige Geschäfte 54
4.2 Ausübung von Beteiligungsrechten 57
4.3 Prüfung des Jahresabschlusses 59
4.4 Weitere Mitwirkungsrechte 64

4. Kapitel
Schluss **67**
1. Kontrolleur und Interessenvertreter 67
2. Verschwiegenheitspflicht 70
3. Einzelrechte 77

5. Kapitel
Anhang **79**
5.1 Drittelbeteiligungsgesetz 79
5.2 Literaturhinweise 87
5.3 Gesamtverzeichnis der Arbeitshilfen für Aufsichtsräte 89

Über die Hans-Böckler-Stiftung **91**

1. Kapitel
Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung

Ein paar Worte zur Entstehung der Drittelbeteiligung

1. Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrat

Vom Aktionärsausschuss

Aktiengesellschaften bedurften bis zur Änderung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches im Jahre 1870 einer staatlichen Konzession. Da nun die Staatsaufsicht entfiel, musste der Gesetzgeber „zum Schutz des Publikums gegen Übervorteilung und Täuschung einen geeigneten Ersatz... schaffen für diejenige Fürsorge, welche bisher in der Form von Konzessionsbedingungen bei der staatlichen Prüfung und Feststellung des einzelnen Statuts geübt wurde". Es wurde verpflichtend die Bestellung eines Aufsichtsrates von mindestens drei Aktionären vorgesehen, der Überwachungsrechte und -pflichten hatte, an deren Verletzung Haftungssanktionen geknüpft wurden. Es zeigte sich jedoch in den Jahren nach 1870, dass der Aufsichtsrat den sogenannten Gründungsschwindel und spektakuläre Zusammenbrüche nicht verhindern konnte.

Es soll hier **keine Geschichte des Aktienrechts** dargestellt werden. Kritische Zitate zur Einrichtung des Aufsichtsrates, die es seit der damaligen Zeit in Fülle gibt und die auch im Vorfeld der kleinen Aktienrechtsreform (besser: KonTraG)[1] und wieder anlässlich der sog. Corporate-Governance-Debatte[2] besonders im Schwange waren, sollen hier schließlich auch nicht aneinandergereiht werden.

Es ist jedoch eingangs auf diese historischen rechtlichen Wurzeln hinzuweisen. Das Handels- und Gesellschaftsrecht kannte zwar unterschiedliche Interessen, zwischen denen der Ausgleich gesucht werden sollte. Hierzu gezählt wurden jedoch Unternehmer, Anleger, Gesellschafter und Gläubiger. Die Interessen im Gesellschaftsrecht ließen sich also letztlich auf den gemeinsamen Kern zurückführen, Kapitalinteressen zu sein.

1 „Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich" (amtl. Abkürzung: KonTraG) von 1998.

2 Transparenz- und Publizitätsgesetz vom Juli 2002 (TransPuG) und Corporate-Governance-Kodex.

Zu Betriebsräten im Aufsichtsrat

Die erstmalige gesetzliche Regelung der Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat war im § 70 Betriebsrätegesetz von 1920 vorgesehen:

„In Unternehmungen, für die ein Aufsichtsrat besteht und nicht aufgrund anderer Gesetze eine gleichartige Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vorgesehen ist, werden nach Maßgabe eines besonderen hierüber zu erlassenen Gesetzes ein oder zwei Betriebsratsmitglieder in den Aufsichtsrat entsandt, **um die Interessen und Forderungen der Arbeitnehmer sowie deren Ansichten und Wünsche hinsichtlich der Organisation des Betriebes zu vertreten**[3]. Die Vertreter haben in allen Sitzungen des Aufsichtsrats Sitz und Stimme, erhalten jedoch keine andere Vergütung als eine Aufwandsentschädigung. Sie sind verpflichtet, über die Ihnen gemachten vertraulichen Angaben Stillschweigen zu bewahren."

Das Ausführungsgesetz hierzu erging als **„Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat"** vom Februar **1922**. Zentral war dessen § 3:

„Soweit nicht im Betriebsrätegesetz und im folgenden etwas anderes bestimmt ist, finden auf die in den Aufsichtsrat entsandten Betriebsratsmitglieder die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung, welche für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder gelten."

Damit wurde den Arbeitnehmern einerseits der Zugang zu einem Organ der das Unternehmen betreibenden Kapitalgesellschaft eröffnet. Andererseits begann so die institutionelle **Trennung von Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung**.

Anknüpfungspunkt für die „institutionelle Teilnahme der Arbeitnehmer oder ihre Vertreter an der Gestaltung und inhaltlichen Festlegung des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses im Unternehmen" (Biedenkopf-Kommission 1970) war also das Bestehen eines Aufsichtsrates. Dieses Organ war – wie oben gezeigt – aus anderen Gründen Unternehmenseinrichtung geworden. Für bestimmte Rechtsformen und ab einer entsprechenden Arbeitnehmerzahl ist inzwischen die Einrichtung Aufsichtsrat und die Beteiligung der Arbeitnehmer gesetzlich vorgeschrieben. Dieses **Spannungsverhältnis** zwischen den Konzeptionen und **Regeln des Gesellschaftsrechts** – Unternehmensorgan – und dem **Anspruch der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung** gilt jedoch bis heute fort. Die Praxis seit

3 Hervorhebung durch den Autor; zur Geschichte der Unternehmensmitbestimmung ausführlich Köstler/Zachert/ Müller 9.A. Rz. 17 ff.

1952, die juristischen Auseinandersetzungen um das Mitbestimmungsgesetz von 1976, vom Verfassungsstreit bis zu den heutigen Alltagsfragen in beiden Bereichen sind der deutlichste Beleg. Das **KonTraG** hat 1998 mit seinen Änderungen speziell für börsennotierte und für die übrigen Aktiengesellschaften einerseits und das teilweise Unterlassen dieser Reformen für die übrigen Rechtsformen die Sache weiter kompliziert. Im Rahmen der **Corporate Governance**-Debatte in den letzten Jahren kamen dann wieder Stimmen gegen eine Repräsentanz der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten auf, die Betriebsverfassung reiche. Oder man war der Meinung, dass die Drittelbeteiligung ausreiche.

Dabei zeigen ein Blick nach Europa und die Rechtstexte zur **Europäischen Aktiengesellschaft**, dass das Prinzip europaweit akzeptiert ist[4].

„Das nichtkapitalistische Element, wenn auch zunächst noch als Minderheit, steckt mit gleichen Befugnissen in dem kapitalistischen Organismus! Von diesem grundsätzlichen Wandel der Verhältnisse werden wir auszugehen haben. Seine konsequente Verfolgung wird sich die paritätische Vertretung der Arbeit im Aufsichtsrat, in der Betriebsleitung und in den Spitzen der Wirtschaftsführung (Syndikaten, Konzernen usw.) als nächstes Ziel stecken!“

(Carl Giebel, Vorsitzender des Zentralverbandes der Angestellten und Mitglied des Reichstages, in: Betriebsrätezeitung des ADGB und des Afa-Bundes 1922, S. 33)

„In den Aufsichtsräten der Aktiengesellschaften hat die Vertretung der Arbeiter, auf die die Sozialdemokratie damals so außerordentlichen Wert gelegt hatte, nicht entfernt den Einfluss erreicht, den man sich davon versprochen hatte. Umgekehrt müssen wir zugeben, dass wir diesen Einfluss viel mehr gefürchtet haben, als sich nachher als begründet erwies.“

(Justizrat Dr. Waldschmidt auf der Mitgliederversammlung des Vereins Deutscher Maschinenbau-Anstalten im Juli 1929, zitiert nach: Die Praxis der Betriebsräte im Aufsichtsrat, Berlin 1930)

Aus: Die Praxis der Weimarer Betriebsräte im Aufsichtsrat, Köln 1986, S. 7.

4 Einzelheiten in Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 6

2. Aufsichtsrat und Mitbestimmung

2.1 Gesetzesanspruch und Wirklichkeit

„Mitbestimmung“ verdient nur dann ihren Namen, wenn sie paritätisch ist.

Deutliche Aussagen enthält hierzu auch das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1979 zum MitbestG,76:

„Diese Vorschriften begründen weder rechtlich noch in einer dem Gesetz zuzurechnenden Weise der Sache nach eine paritätische oder gar überparitätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen: Wird „Parität“ mit der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung als ein Verhältnis zweier Partner aufgefasst, in dem keine Seite imstande ist, eine von ihr gewünschte Entscheidung ohne die Zustimmung der anderen Seite oder noch eines Teils von ihr zu erzwingen, in dem daher auch jede Seite die andere zwingen kann, ihre Ziele (allein) durchzusetzen, so bleibt die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz unterhalb der Parität. Der Anteilseignerseite kommt ein leichtes Übergewicht zu.

Das Gesetz zielt nicht auf eine unmittelbare Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern in allen Organen der Unternehmen, namentlich der Unternehmensleitung. Die Anteilseigner behalten die alleinige Zuständigkeit für die Grundlagenentscheidungen, die nach wie vor von der Anteilseignerversammlung getroffen werden; auch bleibt es bei der grundsätzlichen ausschließlichen Zuständigkeit des Vertretungsorgans zur Führung der Geschäfte.

Indem das Mitbestimmungsgesetz die Besetzung des Aufsichtsrates mit der gleichen Zahl von Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer vorschreibt, setzt es indessen nicht an einem unbedeutenden Unternehmensorgan an. Der Aufsichtsrat vermag im besonderen durch sein Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans und durch seine Überwachungsfunktion, namentlich über Zustimmungsvorbehalte, in nicht unerheblichem Umfange auf die Unternehmensentscheidungen Einfluss zu nehmen.“

„Bei Behandlung dieses Problems waren folgende Hauptpunkte zu erörtern: **Zunächst war der Umfang der Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat festzulegen, wobei seitens der Opposition eine paritätische Besetzung der Aufsichtsräte mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeit-**

nehmer gewünscht wurde, während die Regierungsparteien der Ansicht waren, dass die Vertretung zu einem Drittel angemessen erscheine." Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit v. 8.7.1952, Drucksache Nr. 3585, S.16.

Mit diesen Worten wurde der Bericht zum Fünften Abschnitt des Entwurfs zum Betriebsverfassungsgesetz 1952: **Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat** für die abschließenden Lesungen eingeleitet.

„Zwei sind weniger als vier", aber Drittelbeteiligung ist nicht gleich Drittelbeteiligung, so lautet das Fazit der Untersuchungen der Sozialforschungsstelle Dortmund, wie es bereits im Vorwort zitiert wurde. In diesem Bericht ist dann auch davon die Rede, dass es **auch unter** den **Bedingungen der Drittelbeteiligung Ansätze von Kontrolle und Gestaltung** gibt. Die Unterschiedlichkeit bestimmter Mitbestimmungspraxen sei zu einem erheblichen Teil nicht durch mehr oder weniger restriktive Rahmenbedingungen bestimmt, sondern durch eine in gewerkschaftlichen und betrieblichen Traditionen begründete Institutionalisierung von Mitbestimmung.

Diese Sicht gilt bis heute …

2.2 Kontrollorgan und Verantwortung

Ausgangspunkt für den Aufsichtsrat war die Aktiengesellschaft. Das Aktiengesetz sieht eine Rollenverteilung vor:

§ 76 Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.

§ 111 Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden.

§§ 118,119 Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus. Über Fragen der Geschäfts-

führung kann die Hauptversammlung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt.

Für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates in der Kommanditgesellschaft auf Aktien ergeben sich Besonderheiten aus deren Konstruktion (§ 278 AktG). Bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften unter dem DrittelbG sind (ab 500 AN) Aufsichtsräte in der gleichen Größenordnung wie bei Aktiengesellschaften vorgeschrieben. Dessen nähere Rechtsstellung ergibt sich jedoch - in der Verweisungstechnik des § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 5 DrittelbG - aus dem Aktienrecht[5]. Demgegenüber wurde das GmbH-Gesetz nicht geändert; Gesellschafter sprechen daher oft davon, dass die Gesellschafterversammlung weiterhin das oberste Organ geblieben sei. In Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist schließlich in großem Umfange auf das Genossenschaftsgesetz verwiesen worden (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelbG). (Die Rechtsstellung des AR im Versicherungsverein a.G. ist weitgehend dem AR der Aktiengesellschaft nachgebildet.)

In den Lehrbüchern findet sich zum Prüfungsmaßstab der Überwachung oft die Formulierung, sie habe sich auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu beziehen. In der Praxis ist demgegenüber oft von einer Überwachungslücke die Rede, spektakuläre Unternehmensskandale belegten dies deutlich. Das **KonTraG** allerdings gab 1998 „der Kontrolle durch die vorhandenen Überwachungsebenen den Vorzug und vermied weitestgehend eine weitere Regulierung des Unternehmensrechts". Und bei **Corporate Governance** (TransPuG 2002 und Kodex) setzt man sogar in hohem Maße auf die Selbstregulierung der Wirtschaft und die Kontrolle durch den Kapitalmarkt. Immerhin muss man als AG Abweichungen vom Kodex nicht nur erklären, sondern nunmehr auch begründen.

Sicher, die Aufteilung von Leitung und Überwachung - das deutsche Trennungsmodell (im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Board-Verfassung) - hat ein bezeichnendes Konstruktionselement:

„Der zu Kontrollierende soll zugleich die Grundlage der Kontrolle beschaffen, oder: Der Häftling hat die Stricke zu liefern, mit denen er gebunden werden soll" (Lutter)[6].

5 Auch für neue Kleine Aktiengesellschaften (nach 10.8.1994) gilt die Schwelle von 500.

6 In: »Information und Vertraulichkeit« 3.A. 2006, S.1.

Es soll hier nicht die langjährige Diskussion um „Überwachungslücke“ oder „lückenhafte Überwachung“ geführt werden. Gesetz und Praxis geben dem Aufsichtsrat schon immer Kontrollmöglichkeiten und Verantwortung. Der von der Projektgruppe Mitbestimmung für ihre Bilanz, 10 Jahre MitbestG, gewählte Titel: „Aber ob die Karten voll ausgereizt sind....“ wurde dort zu den Möglichkeiten und Grenzen von Mitbestimmung im Aufsichtsrat nach dem MitbestG ‚76 gewählt. Er ist aber durchaus auf das Organ Aufsichtsrat und dessen Effizienz aufgrund der rechtlichen und praktischen Gegebenheiten zu übertragen. Der Projektbericht der Sozialforschungsstelle zum Bereich BetrVG ´52: “Mitbestimmung ohne Parität“, Aufsichtsratsbeteiligung nach dem BetrVG 1952, bestätigte dies 1991 durchgehend.

Durch die Corporate Governance Debatte der letzten Jahre, die nun in einen Kodex (Hauptzielgruppe die börsennotierten Aktiengesellschaften) und das TransPuG 2002 mündete, wurde allerdings gerade die Rolle des Aufsichtsrats wieder betont. Und in der Tat sind einige der Neuerungen geeignet, nicht nur den Aufsichtsrat als ganzes zu stärken, sondern auch die individuelle Verantwortung zu unterstreichen. Die Zahl der Aufsichtsratsmandate, Sitzungshäufigkeit, Sitzungsdauer, Informationen / Unterlagen und Zustimmungsvorbehalte – dies zeigen viele Untersuchungen – sind einfache Stichworte für Defizite in der Aufsichtsratsarbeit im allgemeinen.

Sie sind nur zum Teil und teilweise wiederum unterschieden nach Rechtsformen im KonTraG 1998 aufgegriffen worden. Auch das TransPuG 2002 liegt auf dieser Linie, wenn auch seine Reformschritte nicht klein geredet werden sollen.

Die andere Grundkonstruktion, die einstufige Board-Lösung, dies lehrt ein Blick ins Ausland, verlagert im übrigen praktisch die Probleme nur in das eine Organ, aus dem die Unternehmensspitze besteht.

2.3 Handlungsfeld für Arbeitnehmervertreter

Den Aufsichtsrat, oder gar den mitbestimmten Aufsichtsrat, gibt es schon im Bereich des MitbestG ‚76, erst recht aber im Bereich DrittelbG nicht. Dies haben die vielfältigen Untersuchungen und Bestandsaufnahmen zu den verschiedensten Zeitpunkten bis heute gezeigt.

So ist oft schon die personelle Zusammensetzung der Anteilseignerseite ein ausschlaggebender Faktor. Anteilsinhaber, Bankenvertreter, Vorstandsmitglieder

aus anderen Großunternehmen oder der Muttergesellschaft sehen ihre Überwachungsfunktion oft durchaus verschieden. Die Unternehmensgröße und -kultur, die verschiedenen Rechtsformen innerhalb der Anwendbarkeit des DrittelbG und die Beteiligungsstrukturen sind schließlich weitere Einflussfaktoren.

Vielfach ist es die Einstellung zur Überwachungsfunktion seitens der Anteilseignervertreter, die den Arbeitnehmervertretern die Wahrnehmung ihrer Rolle der Kontrolle und Mitbestimmung erschwert; man darf gespannt sein, was hier die Corporate Governance Debatte und die Lehren aus der (Finanz-)Krise bewirken. Dies gilt umgekehrt auch für das Selbstverständnis der Arbeitnehmervertreter. Es kann zwar nicht geleugnet werden, dass mit wachsender Unternehmens- und Konzerngröße die Komplexität der Aufgabe wächst und an ihre Grenzen stoßen kann. Doch auch hier ist das Instrumentarium durchaus vorhanden, die Überwachungsaufgabe einzulösen. Die aufgelebte Diskussion um die Haftung sollte ein weiterer Anstoß sein.

Die aufgezeichneten Faktoren verdeutlichen es:

Es geht um die **Machtverteilung** und -balancierung zwischen den verschiedenen bei der Führung der Unternehmen Tätigen.

Dies mussten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfahren, wenn sie gelegentlich versuchten, den Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte, also der Themen, bei denen die Geschäftsleitung den Aufsichtsrat vorher um Zustimmung zu fragen hat, zu erweitern. Natürlich wollen Vorstände diese Kataloge nicht allzu umfassend gefasst haben. Doch die Arbeitnehmervertreter scheiterten schon daran, dass sie hier auf ihre Stimmen allein gestellt waren. Nunmehr hat endlich der Gesetzgeber des TransPuG 2002 den richtigen Weg – wenn auch nur mit einer Generalklausel – eingeschlagen: es muss zukünftig einen Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte geben (s. näher 3.Kapitel 4.1). In der Praxis sind die Kataloge nicht so viel seltener als im Bereich des MitbestG: Nach den erwähnten Untersuchungen der Sozialforschungsstelle in rund 65% der Unternehmen (73% im Bereich 76). Die Unterschiede werden aber schon bei den Rechtsformen deutlicher: AG 85% (84% bei 76) und GmbH 43% (61% bei 76).

„Zwei sind weniger als vier". Dies kann und darf aber nicht dazu führen, der Überwachungsaufgabe im Aufsichtsrat nicht nachzukommen. Es entspräche auch nicht dem Verständnis der Aufgabe und der individuellen Verantwortung, sich auf Entlassungen oder Standortverlagerungen zu konzentrieren. Die Arbeitnehmervertreter dürfen der anderen Seite nicht in manchen Fragen kampflos das

Sagen überlassen. Beispiele eines gewachsenen Miteinanders zeigen, dass es auch anders geht. Andererseits ist unbedingt eine Rückkoppelung der Arbeitnehmeraufsichtsräte mit den übrigen Interessenvertretungen und der Belegschaft notwendig. Die Arbeitnehmervertreter haben sich als Bestandteil eines Systems der Interessenvertretung zu verstehen.

Dagegen wird oft eingewandt, die Rechtsprechung habe ein „Bänke-Prinzip" abgelehnt. Der Aufsichtsrat sei Innenorgan und einziger Adressat seiner Berichte sei die Haupt-/Gesellschafterversammlung. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung handele es sich um ein Repräsentativsystem, beim Aufsichtsrat um die Mitwirkung bei der Führung eines Wirtschaftsunternehmens, das in Vielfachinteressen eingebunden sei.

> „Gegensätze bei der Auseinandersetzung über die Unternehmenspolitik hat es immer gegeben. Nur spielten sie sich innerhalb eines Personenkreises ab, dessen gemeinsamer Aktionshintergrund die finanzielle Beteiligung am Unternehmen war. Diesen Rahmen sprengt die Partizipation der Arbeitnehmer. Ihre Vertreter werden nicht um eines abstrakten, nicht näher definierbaren Unternehmensinteresses willen in den Aufsichtsrat gewählt. Die Mitbestimmung ist vielmehr nur ein anderes und zusätzliches Instrument, um die besonderen Arbeitnehmerbelange zu wahren. Insofern hebt die Arbeitnehmerbeteiligung zu keinem Zeitpunkt die konfligierenden Interessen von Unternehmensträger und Beschäftigten auf, sondern trägt lediglich den Konflikt in ein Unternehmensorgan hinein. Deshalb geht es nicht an, die Homogenität als Grundsatz zu präsentieren, dem sich die Mitbestimmung gleichsam unterordnen muss. Prinzipien, wie das der Homogenität, sind Ausdruck einer anderen, fundamental mitbestimmungsfremden Unternehmensstruktur."

Mit diesen Worten charakterisierte Simitis 1975 das grundsätzliche Spannungsfeld von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung. Diese Worte sind auch noch heute Argumentationen, die auf die Abschaffung der Mitbestimmung zielen, entgegenzusetzen. Sicherlich, die Diskussion um die Auslegung einzelner Vorschriften des AktG, wie auch des DrittelbG, ist jeweils am konkreten Fall zu führen. Und es ist auch eine politische Diskussion, wie die Mitbestimmung insgesamt strategisch weiterzuentwickeln ist zu führen. Andererseits geht es aber nicht

an, mit Schlagwörtern wie oben das Handlungsfeld der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat generell zu reduzieren.

Die **Unternehmensrechtsreformen** mit **TransPuG** und **Corporate Governance Kodex** und die späteren Gesetze, die man gar nicht alle aufzählen kann[7], verstärken zwar einerseits den bereits 1998 mit KonTraG eingeschlagenen Weg der Selbstregulierung der Unternehmen nach der Vorstellung der Überwachung durch den Kapitalmarkt. Jedoch zeigen die Beispiele vor allen Dingen „jenseits des großen Teichs" auch die Grenzen solcher Kontrollvorstellungen auf. Die unternehmensinterne Überwachung und die Trennung zwischen Management und Aufsichtsrat stellen bewährte Elemente dar. Dazu gehört die gleichberechtigte Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. In diesem Sinne ist der Kodex (und erst Recht die zahlreichen Gesetze) in die Praxis umzusetzen, an der einen oder anderen Stelle auch weiter zu entwickeln (z.B. sind die Schwellenwerte von 500 im europäischen Vergleich auch zu hoch[8]und schließlich sollten die Arbeitnehmervertreter über eigene „Grundsätze", die das spezifische ihrer Rolle (siehe dazu bereits Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 10 erstmals 1998 herausgebracht) verdeutlichen, nachdenken.

7 Zur Übersicht die Liste S. 60 f. bei Köstler/Zachert/Müller 9.A. 2009.

8 Siehe dazu auch Antrag Mitbestimmung für den 19. DGB-Kongress im Mai 2010.

2. Kapitel
Organisations- und Verfahrensrechte des Aufsichtsrates

1. Einleitung

Der Aufsichtsrat setzt sich aus einem größeren Personenkreis zusammen. Schon von daher sind organisatorische Regelungen notwendig. Über Aufgaben und Organisation des Aufsichtsrates finden sich zunächst Rechtsvorschriften im Aktiengesetz (insbesondere §§ 76-94 und 95-117). In der GmbH ist mit Hilfe des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zu prüfen, welche Vorschriften im einzelnen anwendbar sind[9]; für die Genossenschaft gilt weitgehend das GenG.

Zahlreiche Regeln über den Aufsichtsrat finden sich in der Satzung (AG) bzw. im Gesellschaftsvertrag (GmbH), beschlossen von der Haupt-/Gesellschafterversammlung. Einem Gremium, wie dem Aufsichtsrat, würde es entsprechen, wenn er seine Organisation in einer **eigenen Geschäftsordnung** regeln würde. Durch Vorwegnahme in Satzung/Gesellschaftsvertrag und Verweis der Anteilseignervertreter darauf, unterbleibt dies jedoch nicht selten. Der Bundesgerichtshof hat in der Siemens-Entscheidung[10] eine Geschäftsordnungsautonomie des Aufsichtsrates verneint. Er hat allerdings in dieser und in anderen Entscheidungen vom gleichen Tage die Befugnisse der Satzungs-/Gesellschaftsvertragsgeber zumindest insoweit eingeschränkt, als nicht alle Fragen durch die Satzung geregelt werden können, z.B. Aufsichtsratsausschüsse. Nunmehr verlangt der C.G.-Kodex von den börsennotierten Aktiengesellschaften, dass sich der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung gibt, und dies sollte selbstverständlich auch auf andere gesetzliche Aufsichtsräte übertragen werden.

Für eine gründliche Einarbeitung ist es erforderlich, dass die neugewählten Aufsichtsratsmitglieder noch vor der konstituierenden Sitzung diese Gesellschaftsunterlagen (**Satzung/Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat** und – wenn vorhanden – **Geschäftsordnung für Vorstand/Geschäftsführung**) erhalten. Die Neugewählten haben hierauf einen Anspruch. Ohne

9 Soweit nicht anders angesprochen, gelten im Nachfolgenden die aktienrechtlichen Vorschriften auch für die GmbH.

10 25.2.1982, Die Mitbestimmung 6/82 = DB 1982,744 f.

diese Regularien kann eine Konstituierung des Aufsichtsrates nicht angegangen werden.

Zu den weiteren Unterlagen, die man sich von Anfang an besorgen sollte: können der letzte Geschäftsbericht, Organisationspläne des Unternehmens, und vor allen Dingen die Texte eventueller Beherrschungs-, Gewinnabführungs- und sonstiger Unternehmensverträge gehören.

2. Konstituierung des Aufsichtsrates

2.1 Vorsitz und Stellvertreter

Hier gilt § 107 Abs.1 AktG:

Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte den **Vorsitzenden** und **mindestens einen Stellvertreter**. Damit ist im Gegensatz zum MitbestG den Arbeitnehmern der Stellvertreter nicht „reserviert". Dennoch sollte in der Praxis der Anspruch geltend gemacht werden. Nach den Untersuchungen der Sozialforschungsstelle 1991 sind in fast zwei Drittel der Unternehmen mit öffentlichem Eigner Arbeitnehmer Stellvertreter; bei den übrigen Unternehmen allerdings schwankte der Anteil nur zwischen 10% und 13%.

Die Satzung kann im Übrigen eine bestimmte Gruppenzugehörigkeit nicht vorschreiben. Die Kompetenzen des Stellvertreters können schließlich beispielsweise dadurch erweitert werden, dass geschäftsordnungsmäßig festgelegt wird, dass die Tagesordnung der jeweiligen Aufsichtsratssitzungen zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreter abzustimmen ist. Weiterhin wäre daran zu denken, die ständigen Informationen des Vorstandes an den Aufsichtsratsvorsitzenden auch dem Stellvertreter zukommen zu lassen.

2.2 Ausschüsse

Ausschüsse kann der Aufsichtsrat nach § 107 Abs.3 AktG aus seiner Mitte bestellen. Namentlich, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen, heißt es zunächst im Gesetz. Wenn es dann bestimmte Aufgaben aufzählt, die einem Ausschuss nicht anstelle des Aufsichtsrates zur Beschlussfassung überwiesen werden dürfen, so

sind rechtlich die Grenzen der Aufgabendelegation abgesteckt. So sinnvoll Entscheidungsvorbereitungen sein können, so ist andererseits die Eigendynamik derartiger Untergliederungen nicht außer Acht zu lassen. Auf der anderen Seite sollte dieses Instrument genutzt werden, anstatt immer wieder die plakative Forderung nach der Verkleinerung der Aufsichtsräte aufzustellen.

Trotz der grundsätzlich fortbestehenden Überwachungsaufgabe des Plenums (dazu unten vor 3.) können in der Praxis Informationsverluste für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder entstehen. Deshalb ist 2002 richtigerweise § 107 Abs.3 AktG um den Satz: „ dem Aufsichtsrat ist regelmäßig über die Arbeit der Ausschüsse zu berichten", ergänzt worden. Dabei kann es sich zwar um **Ergebnisberichte** durch den jeweiligen Vorsitzenden (C.G.-Kodex 5.3.1) handeln, sie müssen aber schon das Wesentliche der jeweiligen Tätigkeit des Ausschusses verdeutlichen.

Festzuhalten ist, dass nach der Siemens-Entscheidung des Bundesgerichtshofs[11] **allein der Aufsichtsrat** nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen kann und soll, wie er seine Arbeit zweckmäßigerweise einrichtet, um seinen gesetzlichen Funktionen am besten gerecht zu werden. Inwieweit er deshalb seine Aufgaben im Plenum erledigen oder einem Ausschuss übertragen will, darf **die Satzung** daher **weder regeln, noch** eine bestimmte personelle Besetzung **vorschreiben oder verbieten.**

Der Corporate-Governance-Kodex empfiehlt „abhängig von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens und der Anzahl seiner Mitglieder" dem Aufsichtsrat „fachlich qualifizierte Ausschüsse zu bilden. Als „Pflichtausschuss" (im Sinne des Kodex, also Offenlegung, wenn man davon abweicht) wird die Einrichtung eines Prüfungsausschusses verlangt (5.3.2 nach §§ 107 Abs. 4, 100 Abs. 5 mit dem Unabhängigen Mitglied mit Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung und Abschlussprüfung). Bei der vom Aufsichtsrat dann skizzierten Aufgabenstellung muss man sich immer verdeutlichen, dass diese nicht autonom erledigt werden können (s. dazu auch 3. Kapitel 4.3.).

Besetzung und Beschlussfassung

Rechtlich ist von dem generellen Aufsichtsratsbeschluss, einen Ausschuss mit bestimmten Befugnissen zu bilden, der Beschluss über die Größe des Ausschusses und seine personelle Zusammensetzung zu unterscheiden. Eine **Mindestbeset-**

11 25.2.1982, Die Mitbestimmung 6/82 = DB 1982,744 f.

zung von drei Mitgliedern ist in entsprechender Anwendung des § 108 Abs.2 AktG nur für **entscheidungsbefugte Ausschüsse** vorgeschrieben.

Die bereits angesprochene Freiheit des Aufsichtsrates im Bezug auf Ausschüsse ist von der Rechtsprechung – wenig überzeugend – ursprünglich auch für die Themen Besetzung und Beschlussfassung herangezogen worden. Das MitbestG weise keine Lücke auf, es gelte also weiterhin Aktienrecht. Dies – wie bereits das BetrVG '52 – habe den Komplex offen gelassen. Unterscheidungen, die an die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Gruppe anknüpften, seien unzulässig – besagten allerdings schon die Entscheidungen aus 1982 –; es sei denn, sie seien im Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Aber soweit sich Rechtsgedanken nicht in bestimmten Vorschriften des MitbestG niedergeschlagen hätten, ließen sie sich hier grundsätzlich nicht heranziehen. Die freien Gestaltungen nach den Bedürfnissen der Gesellschaften dürften allerdings nicht dazu herhalten, zwingendes Mitbestimmungsrecht nach dessen Sinn und Zweck zu unterlaufen oder zu umgehen. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lassen sich zwar alle gruppenspezifischen Differenzierungen in Aufsichtsrats-Geschäftsordnungen (Satzung/Gesellschaftsvertrag können, wie bereits ausgeführt, ohnehin keine Besetzungsregelungen treffen) für unwirksam erklären. Ebenso sind dann einzelne Stimmabgaben von Aufsichtsratsmitgliedern, die sich gegen die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Ausschuss ausgesprochen hatten, unwirksam (Diskriminierung).

Keinesfalls hingenommen werden kann die Bildung von **Ausschüssen ohne Arbeitnehmervertreter**. Die drei ersten Rechtsstreite – noch im Geltungsbereich BetrVG ,52 – (Personalausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter) kamen sogar nicht zur Entscheidung; nach Klage erfolgte ein Einlenken.

Seit 1993 gibt es ein Urteil des Bundesgerichtshofs bezüglich eines „Ausschusses für Vorstandsangelegenheiten" ohne Arbeitnehmervertreter im Bereich MitbestG[12] „Jedenfalls bei beschließenden Personalausschüssen ist es als missbräuchliche Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit anzusehen, wenn sie, ohne dass dafür im Einzelfall erhebliche sachliche Gründe vorhanden sind, aus grundsätzlichen Erwägungen von jeder Mitarbeit in dem Ausschuss ausgeschlossen werden."

In zwei neueren Prozessen um Ausschüsse im Bereich BetrVG '52 schloss sich dem die Rechtsprechung an. In dem einen Fall[13] hatte das Präsidium so viele

12 17.5.1993, Mitbestimmung 9/93, S.70 ff. = DB 1993, 1609 ff.
13 OLG München, Mitbestimmung 4/5 95, S.76 ff. = BB 1995, 1051 f.

Kompetenzen, dass ein Arbeitnehmervertreter zu beteiligen sei. Beim anderen Fall ging es wieder um den Personalausschuss[14]; Die Bestellung des Vorstandes gehöre zwingend zur Aufgabe des Gesamtaufsichtsrates. Mit einem derartig - arbeitnehmerlos – zusammengesetzten Ausschuss werde aber dieses Recht in einer die Arbeitnehmervertreter diskriminierenden Weise unterlaufen, indem ihnen die wesentlichen Informationen systematisch vorenthalten würden, so dass das Plenarmitwirkungsrecht leer laufe.

Im Übrigen geht die Ablehnung des „Bänke-Prinzips“ durch die Rechtsprechung und die Argumentation mit der Gleichheit der Aufsichtsratsmitglieder an den Realitäten vorbei. Der Gleichheitssatz versagt bei den mitbestimmungspolitischen Konflikten zwischen Kapital- und Arbeitnehmerseite. Darum aber geht es hier. Die Gerichte haben dabei die Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat völlig außer Acht gelassen. Für den Bereich des BetrVG ’52 /DrittelbG ebenso wie des MitbestG sprechen daher weiterhin die besseren Gründe für eine Lückenschließung durch entsprechende Anwendung des § 27 MitbestG. Arbeitnehmervertreter sollten deshalb auch im Bereich DrittelbG nach wie vor auf eine ihrem Verhältnis entsprechende Besetzung der Ausschüsse dringen. Dem steht grundsätzlich auch nicht die Formulierung in 5.3.1 des C.G.-Kodex zu fachlich qualifizierten Ausschüssen entgegen.

Nach weiteren Entscheidungen des BGH wird auch das Doppelstimmrecht in Ausschüssen für zulässig erklärt. Hier soll sogar die Satzung/der Gesellschaftsvertrag festlegen können, dass der Aufsichtsratsvorsitzende, wenn er einem Ausschuss angehört, die Doppelstimme dort hat. Aber auch der Aufsichtsrat könne einem Ausschussvorsitzenden, der nicht gleichzeitig Vorsitzender des Aufsichtsrates sei, die Doppelstimme zubilligen[15]. Tatsächlich bestehen praktische Bedürfnisse zur Umsetzung dieser Rechtsprechung nicht. Hinter dem Wunsch nach der Doppelstimme in Ausschüssen steht schließlich vielfach nur die Absicht, einer Diskussion im Aufsichtsratsplenum die Grundlage zu entziehen.

Abschließend soll daher noch auf zwei Gesichtspunkte hingewiesen werden:

Aufsichtsratsmitglieder, die einem Ausschuss nicht angehören, können an den **Ausschuss-Sitzungen** nach § 109 Abs. 2 AktG **teilnehmen**, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrates nichts anderes bestimmt.

14 Mitbestimmung 4/96, S.60 f. = ZIP 1996, 1661 f beim OLG dann positiver Vergleich: Mitbestimmung 2/97, S.61).

15 Dynamit-Nobel, BGH 25.2.1982, Die Mitbestimmung 6/82 = DB 1982,745 ff.

Bedeutsamer:

Selbst wenn Ausschüsse Entscheidungsbefugnisse haben, so hat das Plenum die Tätigkeit seiner beschließenden Ausschüsse zu überwachen und sich zu diesem Zweck über die Ausschusstätigkeit berichten zu lassen[16] Insoweit besteht auch ein **Auskunftsanspruch** der übrigen Aufsichtsratsmitglieder in entsprechender Anwendung von § 90 Abs. 3 AktG gegenüber dem Ausschuss[17] ;nunmehr unterstrichen durch die Ergänzung in § 107 Abs. 3 AktG am Ende: dem Aufsichtsrat ist über die **Ergebnisse** der **Ausschussarbeiten** zu **berichten**. Im Übrigen (auch wichtig für die Arbeitnehmervorbesprechung) gibt es natürlich zwischen den Ausschussmitgliedern und den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern **keine Verschwiegenheitspflicht**.

3. Die laufenden Sitzungen

3.1 Arbeitnehmervorbesprechung

Die Art der Sitzungsvorbereitung ist im Gesetz nicht geregelt. Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder können darüber im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht und Gestaltungsfreiheit selbst befinden. Bedenken gerade gegenüber Arbeitnehmervorbesprechungen mit dem Vorwurf, sie führten zu unzulässiger Fraktionsbildung und gefährdeten damit die Funktion des Aufsichtsrates, sind heute von der Praxis längst widerlegt. Zum einen ist es wegen der Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder weder praktisch noch rechtlich möglich, eine in einer Vorbesprechung erzielte Meinungsbildung als für den Aufsichtsrat verbindlich und durchsetzbar anzusehen. Zum anderen ist es völlig wirklichkeitsfremd zu glauben, die Willensbildung fände ausschließlich in den Sitzungen des Aufsichtsrates statt. Der Aufsichtsrat tagt in großen Zeitabständen, zwischenzeitlich erfolgen vielfältige Kontakte und Meinungsbildungen. Dies gilt in gleichem Maße für die Anteilseignerseite, die im übrigen inzwischen diese Einrichtung durchaus auch nutzt. Der C.G.-Kodex regt seit 2002 sogar an, dass in mitbestimmten Aufsichtsräten jeweils gesondert, gegebenenfalls mit Mitgliedern des Vorstandes, Vorbesprechungen stattfinden (3.6.).

16 LG Düsseldorf, Die Aktiengesellschaft 1988,386 f.
17 LG Frankfurt, Die Mitbestimmung 4/96 S. 60 f.= ZIP 1996 S.1661 ff.

Von der Zielsetzung her ergeben sich die Teilnehmer an den Vorbesprechungen:

Soweit keine Personenidentität besteht, sind gegebenenfalls Betriebsräte, Wirtschaftsausschussmitglieder und Gewerkschaftsvertreter / Sachverständige an den Vorbesprechungen zu beteiligen. Daneben kommen Arbeitnehmervertreter aus anderen Aufsichtsräten im Konzernbereich in Betracht. Wer an den Vorbesprechungen teilnimmt, ist vornehmlich von der jeweiligen Problemstellung im Aufsichtsrat abhängig, gegebenenfalls ist an Verpflichtungen auf die Vertraulichkeit (und gesondert: die Insiderproblematik bei börsennotierten Aktiengesellschaften) zu denken (dazu Kap. 4 2.).

Vielfach finden zur Vorbereitung der Aufsichtsratssitzung auch Gespräche der Arbeitnehmervertreter mit Vorstandsmitgliedern statt. Hier können bestimmte Fragen zwischen Arbeitnehmerseite und Geschäftsleitung vorab geklärt werden. Den Geschäftsleitungen geht es jedoch oft auch um eine zeitliche Verkürzung der Aufsichtsratssitzung oder um eine Konfliktbereinigung ohne Beisein der Anteilseignervertreter, deshalb gilt es auch bei diesem Brauch abzuwägen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass auch Nachbesprechungen und Manöverkritik sinnvoll sein können. Sie dienen oft schon der Vorbereitung der nächsten Sitzung. Vor allen Dingen ist dabei abzusprechen, wie die übrigen Interessenvertretungsgremien und die Belegschaften unterrichtet werden.

3.2 Verfahrensablauf

Einberufung

Der Aufsichtsrat muss **zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr** abhalten. In nichtbörsennotierten Gesellschaften kann der Aufsichtsrat beschließen, dass eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist (so die Neufassung von § 110 Abs.3 AktG durch das TransPuG 2002). Für nichtbörsennotierte Gesellschaften wie auch z. B GmbH bedeutet dies gewissermaßen ein umgekehrtes Verfahren: nur durch ausdrücklichen Beschluss des Aufsichtsrates oder eine jetzt erfolgende Änderung der Geschäftsordnung, kann die Sitzungsfrequenz herabgesetzt werden. Durch das Ersetzen des Begriffs „zusammentreten“ durch „abhalten“, wird geklärt, dass Sitzungen auch als **Videokonferenzen** abgehalten werden können. In der Gesetzesbegründung ist festgehalten, dass diese angesichts der Bedeutung und des Wertes einer Sitzung mit körperlicher Anwesenheit nicht die Regel sein sollte. Der

Rechtsausschuss des Bundestages verlangte weiter, dass zumindest die Bilanzsitzung physisch abgehalten werden müsse. (Zu Beschlussfassungen außerhalb von Sitzungen und schriftlichen Stimmabgaben noch unten 3.3). Üblicherweise verständigt man sich zu Jahresbeginn oder für einen bestimmten Zeitraum auf die Termine der ordentlichen Sitzungen.

Über die Form der Aufsichtsratseinberufung gibt es keine unmittelbare gesetzliche Vorschrift; die Art und Weise der Einberufung ist in der Regel in der Satzung oder der Geschäftsordnung näher festgelegt. In jedem Fall müssen in der Einladung neben Ort und Zeit der Sitzung die **Tagesordnung** und die **Gegenstände der Beschlussfassung** mitgeteilt werden (siehe auch die Neufassung von § 90 Abs.4 AktG 2002 und 3.4 des C.G.-Kodex).

Auch die Beschlussvorlagen und sonst zur Willensbildung erforderlichen Unterlagen sind zuzuschicken. Dies folgt aus dem auch für den Aufsichtsrat geltenden Rechtsgedanken des § 32 Abs.1 BGB. Nach dieser Bestimmung ist es zur Gültigkeit eines Beschlusses erforderlich, dass der Gegenstand bei der Einberufung bezeichnet wird. Aber auch aus der Zweckbestimmung der Einladung, nämlich der gründlichen Vorbereitung auf die Sitzung, ergeben sich die Anforderungen an Tagesordnung, Beschlussanträge und Sitzungsunterlagen. Werden Tagesordnungspunkte oder Beschlussanträge nachgereicht, so gelten auch für sie die Einberufungsfristen. In der Praxis nicht selten sind unpräzise Tagesordnungen und fehlende konkrete Beschlussanträge. Als Faustformel gilt hier, dass eine schriftliche Stimmabgabe möglich sein muss. Damit sollen nicht die Aufsichtsratssitzungen zu Abstimmungssitzungen herabgewürdigt werden, aber ohne sachgerechte Vorbereitung ist eine ordentliche Amtsausübung nicht möglich. In der Rechtsprechung[18] wurden auch schon Fälle entschieden, nach denen wegen ungenügender Bestimmtheit des Tagesordnungspunktes oder nicht ausreichender Information für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung die Aufsichtsratsbeschlüsse unwirksam waren.

Ergänzungen der Tagesordnung und damit auch Beschlussfassungen sind nur dann zulässig, wenn alle (auch die abwesenden) Aufsichtsratsmitglieder dem (nachträglich) zustimmen, den Nichtanwesenden ist also eine Frist zur Zustimmung zu setzen. Innerhalb der Einberufungsfristen schließlich kann jedes Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand unter Angabe der Gründe vom Aufsichtsratsvorsitzenden eine Ergänzung der Tagesordnung verlangen, dies folgt

18 Zuletzt BGH 2.7.2007, ZIP 2007, S. 1942 ff.

aus entsprechender Anwendung des § 110 Abs.2 AktG (nach dem man ja auch eine ganze Sitzung erzwingen könnte, s. unten).

Wenn mehrfach von der Einberufungsfrist die Rede war, so ist darauf hinzuweisen, dass eine verbindliche gesetzliche Regelung fehlt. Aber genau wie die Form der Einladung ist auch die Frist durch Sinn und Zweck der Einladung, der Ermöglichung einer sorgfältigen Sitzungsvorbereitung, vorgegeben. Die Aufsichtsratsmitglieder sind so rechtzeitig wie möglich mit einer angemessenen Frist zu den Sitzungen einzuladen. Im allgemeinen wird eine Frist von 3 Wochen ausreichend sein. Als äußerste Mindestfrist kann in ganz besonderen Eilfällen ein Zeitraum von 1 Woche noch als zulässig erachtet werden. Eine weitere Verkürzung der Einladungsfrist auf weniger als 1 Woche - oft mit Vertraulichkeitsgründen für geheimhaltungsbedürftige Tagesordnungspunkte oder Unterlagen begründet - ist nicht statthaft.

Sondersitzungen des Aufsichtsrates können von einzelnen Mitgliedern, wie auch vom Vorstand, unter Angabe des Zwecks und der Gründe gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden verlangt werden. Diesem Verlangen muss der Vorsitzende unverzüglich, also ohne schuldhafte Verzögerung, nachkommen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob bereits sämtliche turnusmäßigen Sitzungen des Aufsichtsrates abgehalten worden sind oder nicht. Besondere Formalien sind bei diesem Verlangen nicht zu beachten. Lediglich **Zweck und Grund** sind anzugeben. Ein Hinweis auf eine besondere, nicht vorhersehbare Unternehmenssituation und der Wunsch, darüber im Aufsichtsrat mit dem Vorstand zu beraten und ggf. auch Beschlüsse zu fassen, genügen beispielsweise schon. Soll in der Sondersitzung ein bestimmter Beschluss gefasst werden, muss der Antragsteller seinem Verlangen zusätzlich einen entsprechenden Beschlussvorschlag beifügen.

Die Sitzung muss dann innerhalb von 2 Wochen nach der Einberufung durchgeführt werden (§ 110 Abs.1 Satz 2 AktG). Seit der Neufassung des § 110 Abs. 2 AktG 2002 ist es nicht mehr notwendig, dass mindestens zwei Arbeitnehmervertreter mit diesem Verlangen an den Aufsichtsratsvorsitzenden herantreten. Dem Einzelnen kann allenfalls (so auch der Rechtsausschuss damals) Rechtsmissbrauch entgegengehalten werden. Eine Verpflichtung des Aufsichtsratsvorsitzenden, dem Verlangen des Einzelnen nachzukommen, ist mit diesem Recht jedoch nicht verbunden. Andererseits kann nach § 110 Abs.2 AktG ein Aufsichtsratsmitglied im Wege der **Selbsthilfe** den Aufsichtsrat von sich aus einberufen, wenn der Vorsitzende einem von ihm gestellten Einberufungsverlangen nicht entspricht. Er kann den Aufsichtsrat von sich aus einberufen und

muss den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern dabei nur Grund und Zweck sowie die Weigerung des Vorsitzenden mitteilen. Mit dieser Neuerung ist auch die etwas verunglückte Neufassung des § 108 Abs.4 AktG zu Beschlussfassungen ohne Sitzung (Widerspruchsrecht des Einzelnen beseitigbar, dazu unten 3.3) wieder ausbalanciert.

In der Praxis hat sich zwar vielfach die Übung entwickelt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende mit Rücksicht auf dieses Minderheitenrecht auf Verlangen von (bisher zwei) Arbeitnehmervertretern den Aufsichtsrat einberuft. Da aber der „Selbsthilfefall" nicht auszuschließen ist, empfiehlt es sich, zu Beginn der Aufsichtsratstätigkeit sich ein Verzeichnis der **ladungsfähigen Anschriften** der Aufsichtsratsmitglieder anzulegen.

Teilnahme

Im Gesetz findet sich keine ausdrückliche Vorschrift über die Berechtigung, an Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen. § 109 Abs.1 AktG bestimmt lediglich negativ, welchen Personenkreis kein Teilnahmerecht an Aufsichtsratssitzungen zukommt.

Vorstandsmitgliedern/Geschäftsführern steht kein eigenes Recht zur Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen zu; es kann ihnen auch nicht durch die Satzung eingeräumt werden. In der Praxis sind sie natürlich regelmäßig bei den Beratungen in den Aufsichtsratssitzungen anwesend. Dies erscheint auch zweckmäßig, da es zur Kontrollfunktion des Aufsichtsrates gehört, dass dieser vom Vorstand in der Sitzung Rede und Antwort verlangt. Daher sind Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer verpflichtet, einem Verlangen des Aufsichtsrates auf Teilnahme an der Sitzung nachzukommen. Andererseits kann sich für den Aufsichtsrat die Notwendigkeit ergeben, bestimmte Angelegenheiten nicht im Beisein der Geschäftsleitung zu erörtern. Dies klärt man – so weit möglich – zweckmäßigerweise vorher mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden ab, gegebenenfalls reicht auch der entsprechende Wunsch in der Sitzung. Im C. G.-Kodex heißt es nun: „Der Aufsichtsrat sollte bei Bedarf ohne den Vorstand tagen".

Zur Beratung über einzelne Gegenstände – nicht zur gesamten Aufsichtsratssitzung – können **Sachverständige** und **Auskunftspersonen** hinzugezogen werden (§ 109 Abs.1 Satz 2 AktG). Ständige Berater oder Gäste dürfen also nicht an den Aufsichtsratssitzungen teilnehmen. Allerdings führt ein Verstoß gegen diese Regelung nach der Rechtsprechung nicht mehr automatisch zur Unwirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses, da eine Entlastung der Gesellschaft zu-gelassen

wird. Man muss die Ursächlichkeit des Verstoßes für die Beschlussfassung beweisen.

Unabhängig von § 109 Abs.1 AktG ist die Hinzuziehung von **Protokollführern** zulässig; letztlich entscheidet allerdings der Aufsichtsrat durch Beschluss hierüber.

(Zur schriftlichen Stimmabgabe und zur Beschlussfassung ohne Sitzung siehe unten 3.3.).

Niederschrift

Mindestanforderungen über den Inhalt der Sitzungsniederschrift stellt § 107 Abs.2 AktG auf. Danach sind in ihr Ort und Tag der Sitzung, **Teilnehmer und Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen sowie die Beschlüsse** des Aufsichtsrates anzugeben. Wenn auch die Niederschrift den Verlauf der Sitzung nicht wörtlich in allen Einzelheiten wiedergeben muss, so sind doch die Beschlussanträge in vollem Wortlaut zu protokollieren. Im übrigen kann jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied verlangen, dass sein Widerspruch gegen eine Entscheidung (natürlich auch kurz inhaltlich) ins Protokoll aufgenommen wird. Es ist üblich und zweckmäßig, dass der jeweils erste Punkt einer Aufsichtsratssitzung die Genehmigung der Niederschrift der vergangenen Sitzung vorsieht. Jedem Mitglied des Aufsichtsrates ist auf Verlangen eine **Abschrift** der Sitzungsniederschrift **auszuhändigen** (§ 107 Abs.2 Satz 4 AktG); dieses Recht kann nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, deshalb sind auch Sonderprotokollierungen nur zu Akten der Gesellschaft unzulässig.

Im Übrigen sollte man darauf dringen, dass das Sitzungsprotokoll in nicht allzu langer Zeit nach der Aufsichtsratssitzung erstellt und zugestellt wird.[19]

3.3 Beschlussfassung

Beschlussfähigkeit

Ausgangspunkt ist § 108 Abs.2 AktG. Danach kann die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates, soweit sie nicht gesetzlich geregelt ist, durch die Satzung bestimmt werden. (Für Genossenschaften im Bereich des DrittelbG muss allerdings das

19 Nicht überzeugen kann eine Entscheidung des BGH; wonach gemäß § 51a GmbHG die GmbH-Gesellschafter einen Informationsanspruch über das Sitzungsprotokoll des Aufsichtsrates haben (BGH 6.3.1997, ZIP 1997, S.978 ff.); praktisch wird dies allerdings nur, wenn eine Gesellschafterminderheit nicht im Aufsichtsrat auf der Anteilseignerseite vertreten ist.

Statut die zu einer Beschlussfassung erforderliche Zahl bestimmen, § 36 GenG.) Ist sie weder gesetzlich, noch durch Satzung geregelt, ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die **Hälfte der Mitglieder**, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. In jedem Fall müssen sich **mindestens drei Mitglieder** an der Beschlussfassung beteiligen. Der Beschlussfähigkeit steht nicht entgegen, dass dem Aufsichtsrat weniger Mitglieder als die durch Gesetz (§ 95 AktG) oder Satzung festgesetzte Zahl angehören. Dies gilt auch für den Fall, dass das für seine Zusammensetzung maßgebende Zahlenverhältnis (zwischen Kapital- und Arbeitnehmervertretern) nicht gewahrt ist (§ 108 Abs.2 Satz 4 AktG).

Für die Satzung gibt es allerdings dann auch bestimmte Einschränkungen: Einmal ist das gesetzliche Mindesterfordernis der Teilnahme von drei Mitgliedern unabdingbar. Weiterhin kann die Satzung nicht die Beschlussfähigkeit von der Teilnahme eines oder mehrerer bestimmter Aufsichtsratsmitglieder, insbesondere auch nicht des Aufsichtsratsvorsitzenden, abhängig machen. Ebenso wenig kann sie festlegen, dass der Aufsichtsrat nur beschlussfähig ist, wenn mindestens die Hälfte seiner anwesenden Mitglieder Anteilseignervertreter sind. Beides ergibt sich aus der Bilfinger & Berger-Entscheidung des BGH[20] und dem darin herangezogenen Gleichheitsgrundsatz, weshalb diese Entscheidung auch für den Bereich des DrittelbG maßgeblich ist.

Da diese Entscheidung zur Beschlussfähigkeit erging, wird für die ähnlich gelagerte Thematik der Vertagung teilweise ein weiterer Standpunkt vertreten. Aus der Begründung folgt jedoch klar, dass auch Unterbrechungs- oder Vertagungsklauseln, die daran anknüpfen, dass mindestens die Hälfte der an der Beschlussfassung teilnehmenden Vertreter der Anteilseigner sind und/oder sich der Aufsichtsratsvorsitzende unter ihnen befindet, verboten sind. Lediglich Unterbrechungs- und Vertagungsklauseln, die keinen Unterschied zwischen Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer machen, sind danach gestattet. Auch eine Satzungsvorschrift, wonach die Sitzung zu vertagen ist, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende nicht an ihr teilnimmt, ist aus unserer Sicht unzulässig. Im Übrigen ist eine Unterbrechung oder Vertagung nur einmal zulässig, weil eine mehrmalige Verschiebung die zwingenden Vorschriften über die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates umgehen würde. Die ansonsten gerade von Anteilseignern

20 25.2.1982, Die Mitbestimmung 6/82 = DB 1982,747 f.

immer wieder betonte Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates wäre im übrigen hier auch gefährdet.

Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass natürlich eine Unterbrechung oder Vertagung der Sitzung auch einmal angebracht sein kann. Dies wäre z.B. bei Pattsituationen vor einer erneuten Abstimmung der Fall. Ein zeitlicher Aufschub mit der Möglichkeit für zwischengeschaltete Gespräche kann sinnvoller sein als die sture Einhaltung eines einmal gefassten Zeitplanes. Wenn sich der Aufsichtsrat dann in einer solchen Situation auf eine Vertagung verständigt, so ist dies vernünftig und zulässig.

Abstimmung

Eine Beschlussfassung des Aufsichtsrates setzt eine **ausdrückliche Entscheidung** dieses Gremiums voraus. Stillschweigende Beschlüsse gibt es nicht; dies hat der BGH mehrfach bestätigt, allerdings auch auf die Möglichkeit der Auslegung der Beschlüsse hingewiesen. Voraussetzung für die Beschlussfassung sind Aufnahme des Gegenstandes in die **Tagesordnung**, Vorliegen eines entsprechenden **Beschlussantrages** sowie **Abstimmung** mit der für die Beschlussfassung erforderlichen **Mehrheit**. Bloße Meinungsäußerungen in der Sitzung stellen, auch wenn sie der Aufsichtsratsmehrheit entsprechen, keine Beschlüsse dar. Der Aufsichtsrat gibt beispielsweise seine Zustimmung zu einem Zustimmungsgeschäft nicht dadurch, dass er ein entsprechendes Vorhaben des Vorstandes zur Kenntnis nimmt.

Die Abstimmung ist offen, weil eine geheime Stimmabgabe mit der Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder für ihre Amtsführung nicht vereinbar wäre. Die von anderen Autoren seit Inkrafttreten des MitbestG 1976 dagegen vorgebrachten Argumente, bei offener Abstimmung könnten sich die Aufsichtsratsmitglieder Druck ausgesetzt sehen, schlagen dagegen nicht durch. Da sich aus einer Abstimmung u.U. Haftungsfolgen ergeben können, muss feststellbar sein, wie sich das betreffende Aufsichtsratsmitglied in einer bestimmten Frage entschieden hat. Im Übrigen würde das ansonsten gerne bemühte Argument der offenen und vertrauensvollen Zusammenarbeit im Aufsichtsrat hier beiseite geschoben. Schon bei einer schriftlichen Stimmabgabe bleibt diese im Übrigen nicht mehr geheim (und zwar auch trotz komplizierter Vorschläge in der Literatur).

Beschlüsse des Aufsichtsrates kommen (von den im Gesetz genannten Ausnahmen abgesehen) mit der **Mehrheit** der abgegebenen Stimmen zustande. Maßgeblich ist also die einfache Stimmenmehrheit (schriftliche Stimmen einbezogen), nicht etwa die Mehrheit der an der Sitzung teilnehmenden Aufsichtsratsmitglieder.

Bei der **Feststellung der Stimmenmehrheit** gilt eine wichtige Besonderheit: Stimmenthaltungen zählen bei der Mehrheitsberechnung nicht mit. Anders als bei der Beschlussfähigkeit berechnet sich die Stimmenmehrheit nicht nach der Zahl der Abstimmungsteilnehmer, sondern nur nach der Zahl der abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen. Haben z.B. in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat fünf Mitglieder mit Ja gestimmt und sich sieben Mitglieder der Stimme enthalten, ist der Beschluss zustande gekommen.

Bei **Stimmengleichheit** ist der Beschlussantrag nach den allgemeinen Grundsätzen bei der Beschlussfassung abgelehnt. Die Satzung/ der Gesellschaftsvertrag kann jedoch - ähnlich dem § 29 MitbestG, dort aber nur für eine **erneute Abstimmung** - für diesen Fall dem Aufsichtsratsvorsitzenden den Stichentscheid einräumen.

Schriftliche Stimmabgabe

Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen (§ 111 Abs.5 AktG). Mit Rücksicht auf diesen höchstpersönlichen Charakter des Aufsichtsratsamtes gibt es für verhinderte Aufsichtsratsmitglieder nach § 108 Abs.3 AktG nur dadurch eine Möglichkeit, an der Beschlussfassung teilzunehmen, dass sie eine schriftliche Stimmabgabe übergeben lassen. Die Überreichung der schriftlichen Stimme erfolgt in der Regel durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied (also einen anderen Arbeitnehmervertreter); aber auch dritte Personen, die nicht dem Aufsichtsrat angehören, können eine schriftliche Stimmabgabe überbringen, wenn dies in der Satzung ausdrücklich zugelassen ist (§ 108 Abs.3 Satz 3, § 109 Abs.3 AktG).

Die **schriftliche Stimmabgabe** muss den **Gegenstand** der Abstimmung und das **Votum** des Abstimmenden **genau bezeichnen**. Zu ihrer Gültigkeit ist es weiter erforderlich, dass sie von dem verhinderten Aufsichtsratsmitglied eigenhändig **unterschrieben** ist. Der Überbringer der schriftlichen Stimmabgabe ist nichts anderes als ein sogenannter Stimmbote. Als Bote darf er die schriftliche Stimmabgabe des abwesenden Aufsichtsratsmitgliedes lediglich überbringen. Er hat keinerlei Entscheidungsspielraum und darf in keinem Falle selbst abstimmen. Jede Form der Blanko-Stimmabgabe, die den Boten befugt, nach eigener Einschätzung bzw. nach Weisung des abwesenden oder eines anderen Aufsichtsratsmitgliedes das Vollmachtsformular auszufüllen, ist unzulässig.

Seit Inkrafttreten des MitbestG 1976, sprich: der Einführung der zahlenmäßigen Parität im Aufsichtsrat, mehren sich die Versuche, allgemein die Regeln für

die Handhabung der schriftlichen Stimmabgabe zu lockern. Argumentiert wird mit dem Ziel größerer Flexibilität für die Aufsichtsratssitzungen, der Nutzung der modernen Kommunikationsmittel, hingewiesen wird aber auch auf die Parität und den Zweck, „Zufallsmehrheiten" zu vermeiden.

Diese **Ausweitungsversuche sind generell abzulehnen**. Gerade in anderem Zusammenhang wird die höchstpersönliche Amtsführung, bei der jede Form der Stellvertretung untersagt ist, betont (siehe auch § 111 Abs.5 AktG). Aufsichtsratsmitglieder unterliegen auch einer Haftung nach den §§ 93,116 AktG, bei der ihnen die Beweislast für ein pflichtgemäßes Verhalten auferlegt ist. Insofern ist auch eine klare, schriftliche Beweisunterlage für die Stimme abwesender Aufsichtsratsmitglieder notwendig. Hinzu kommt der Notbehelfcharakter der Vorschrift; sie soll nicht etwa die Anwesenheit bei den Sitzungen in das Belieben der Aufsichtsratsmitglieder stellen oder ihnen die Möglichkeit gewähren, in gleicher Weise von außen das Sitzungsgeschehen zu beeinflussen. Der Aufsichtsrat liefe Gefahr, zu einer reinen Abstimmungsmaschine zu werden, eine Willensbildung in der Sitzung fände nicht statt.

Mit allen Mitteln moderner Telekommunikation das Stimmengewicht der Anteilseigner im Aufsichtsrat zu sichern, kann nicht das Ziel einer Auslegung des § 108 Abs.3 AktG sein. Insofern greifen auch Hinweise auf die inzwischen großzügigere Rechtsprechung zur Einlegung von Rechtsmitteln nicht; der Schutzzweck der Fristwahrung ist dort ein anderer. Hinzu kommen nun noch neue Gesetze: Das Namensaktien-StimmrechtsausübungsG vom 24.1.2001 (BGBl. S.123 f.) änderte gerade nur § 108 Abs. 4 AktG (dazu sogleich) und auch im „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Geschäftsverkehr" (BT.-Ds. 535/00) sowie dem TransPuG 2002 blieb Abs. 3 unangetastet.

Eigenes Votum und Unterschrift des abwesenden Mitglieds sind deshalb für eine schriftliche Stimmabgabe unverzichtbar. Daraus folgt u.a.:

- Telegrafische oder fernschriftliche Stimmabgaben sind ausgeschlossen. Die vom Gesetz geforderte Schriftform fehlt hier völlig. Dementsprechend wären Manipulationsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet.
- Eine schriftliche Stimmabgabe muss vom abwesenden Aufsichtsratsmitglied eigenhändig unterschrieben sein. Eine Unterzeichnung der schriftlichen Stimmabgabe durch einen „Vertreter in der Erklärung" ist unzulässig.

– Es ist auch nicht möglich, dem Stimmboten eine Blankoerklärung oder verschiedene Stimmabgabeschreiben auszuhändigen mit der Ermächtigung, nach eigenem Ermessen über die Verwendung zu entscheiden.

„Umlaufverfahren" (besser: Beschlussfassung ohne Sitzung)

Nach § 108 Abs.4 AktG (in der Fassung des sog. NaStraG 2001) sind **schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung** des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse **vorbehaltlich einer näheren Regelung durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats** nur zulässig, wenn kein Aufsichtsratsmitglied diesem Verfahren widerspricht.

In der Gesetzesbegründung heißt es: "Sicher wird die Präsenzsitzung auch künftig in der Regel – insbesondere bei den Ausschusssitzungen – vorzugswürdig sein. Der intensivere persönliche Austausch und der unmittelbare Eindruck etwa von den Ausführungen des Wirtschaftsprüfers sind nicht zu unterschätzen. Dennoch ist es nicht Aufgabe des Gesetzes, durch zwingende Regelungen den Handlungsspielraum zu begrenzen."

Der für das Gesetz zuständige Beamte im BMJ Seibert[21] erläuterte: „Videokonferenz- oder Telefonkonferenzsitzungen des Aufsichtsrats waren bisher nur bei einstimmigem Beschluss zulässig; nunmehr sind sie bei Regelung durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats generell möglich." Man muss dem allerdings entgegenhalten, dass der Wortlaut der Neufassung zumindest unglücklich ist; erst durch die Gesetzesbegründung wird das Gemeinte deutlich. Hinzu kam die Kritik an der geringen Sitzungshäufigkeit der Aufsichtsräte in Deutschland, dem das KonTraG 1998 zumindest für die börsennotierten Aktiengesellschaften und nunmehr im Grundsatz das TransPuG 2002 für alle Gesellschaften durch Erhöhung der Pflichtzahl Rechnung getragen hat. Im Gegensatz zum oben beschriebenen schriftlichen Abstimmungsverfahren kann hier also u.U. eine Beratung im Plenum überhaupt nicht stattfinden. Es ist deshalb unmöglich, ggf. weitere Erläuterungen durch den Vorstand einzuholen oder den zur Beschlussfassung gestellten Antrag einvernehmlich zu ändern.

Die Möglichkeit das Widerspruchsrecht des Einzelnen durch Satzungs- oder Geschäftsordnungsregelungen zu beseitigen, wird allerdings durch das neue Indi-

21 ZIP 2001 S. 54.

vidualrecht auf Sondersitzungen des Aufsichtsrates (§110 Abs.2 nach TransPuG 2002, s. oben 3.2) in gewisser Weise abgemildert.

Beschlussfassungen ohne Sitzung sollten wegen dieser Mängel bei der Willensbildung des Aufsichtsrates weiterhin auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben; Satzungs- und Geschäftsordnungsänderungen sollten abgelehnt werden. Dies gilt auch für Videokonferenzen oder die teilweise Zuschaltung Einzelner per Video. In der Praxis ist auch das Bedürfnis für derartige Vorgehensweisen im Aufsichtsratsalltag nicht so sehr erkennbar; dem kann auch nicht schlicht die Internationalisierung der Aufsichtsräte entgegengehalten werden. Routinebeschlüsse können in den ordentlichen Sitzungen, Eilentscheidungen durchaus in Sondersitzungen des Aufsichtsrates getroffen werden.

Ein **Widerspruch** gegen eine Beschlussfassung muss ausdrücklich erfolgen. Eine nähere Begründung für die Ablehnung ist ebenso wenig erforderlich wie ein Eingehen auf den Beschlussgegenstand selbst. Wer sich auf einen Antrag zum „Umlaufbeschluss" überhaupt nicht äußert, widerspricht dem Verfahren nicht, seine Stimme ist aber bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit – die natürlich auch bei Beschlüssen ohne Sitzung vorliegen muss – nicht mitzuzählen.

„Anfechtung" von AR-Beschlüssen

Will man Fehler bezüglich der Beschlussfassung von Aufsichtsräten geltend machen (Anfechtung/Nichtigkeit), so sind die Verfahrensfragen durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.5.1993[22] nunmehr geklärt:

- Die Berufung auf die Unwirksamkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses hat durch Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden – mit aller zumutbaren Beschleunigung[23] – zu geschehen.
- Der Streit um die Wirksamkeit der „Anfechtung" (d.h. des Beschlusses) erfolgt durch Erhebung einer Feststellungsklage, die Monatsfrist des § 246 AktG für Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse findet – auch nicht als Leitbild – keine Anwendung.
- Zu verklagen ist die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand (auch wenn es wie hier gewissermaßen um AR-interne Auseinandersetzungen geht).

22 Mitbestimmung 9/93 S. 70 ff.

23 Als Faustformel: Spätestens bei der nächsten Aufsichtsratssitzung.

3. Kapitel
Informations-, Gestaltungs- und Kontrollrechte des Aufsichtsrates

1. Überwachung

Gemäß § 171 Abs.2 AktG ist der Aufsichtsrat (von AG und GmbH) verpflichtet, zu berichten, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat[24].

„Der Aufsichtsrat hat sich während des Geschäftsjahres durch laufende Berichterstattung des Vorstandes über die Geschäftsführung des Unternehmens unterrichtet. In verschiedenen Sitzungen mit dem Vorstand wurden im Berichtszeitraum wichtige Fragen der Geschäftsführung besprochen."

Gegen derartige schlichte und oft jährlich gleichlautende Sätze wandte man sich immerhin seit längerem in der juristischen Literatur. Im ersten Kapitel ist das Spannungsfeld von Kontrollorgan und Verantwortung, von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung bereits angesprochen worden. In der Regierungsbegründung zum KonTraG 1998 wurde (S.60f.) sogar eingeräumt, dass dieser Bericht häufig aus wenig aussagekräftigen Standardformulierungen bestehe; allerdings beschränkte sich die Gesetzesergänzung dann selbst auf einige wenige zusätzliche Pflichtangaben.

Es bedürfte aber sicherlich eingehender empirischer Untersuchung, ob der bei Unternehmenskrisen oder Skandalen in der Vergangenheit angeführte Einwand, der Aufsichtsrat habe nur begrenzte Kontrollmöglichkeiten, in dieser Einfachheit zutraf, oder ob der Aufsichtsrat lange Zeit vor Ausbruch der Krise Fehler bei seiner Überwachung gemacht hatte.

Wenn sich die Praxis von den Lehrbüchern des Aktienrechts entfernt hatte, so könnte sie sich auch vom Gesetz entfernt haben. Inwieweit die Praxis die wenigen neuen Regulierungen (abgesehen vom Kapitel Abschlussprüfer) des KonTraG

24 Bei börsennotierten Aktiengesellschaften hat er seit KonTraG 1998 insbesondere anzugeben, welche Ausschüsse gebildet worden sind, sowie die Zahl seiner Sitzungen und die der Ausschüsse mitzuteilen.

1998 und des TransPuG 2002 angenommen hatte, bedürfte empirischer Untersuchungen.

In der ersten Neuauflage des Kölner Kommentars, einem der umfassendsten aktienrechtlichen Kommentare, hieß es bereits 1988:

„Die Berichterstattung des Vorstandes ist eine der wichtigsten Grundlagen für die Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat. Aus der Auseinandersetzung mit den Berichten des Vorstandes gewinnt der Aufsichtsrat die erforderliche Sachkunde, um den ihm im Rahmen seiner Überwachungsfunktion abverlangten kritischen Dialog mit dem Vorstand zu führen. Infolge der dem Aufsichtsrat eingeräumten Möglichkeiten, sich über alle für seine Aufgaben wichtigen Fragen orientieren zu lassen, wird den Aufsichtsratsmitgliedern die Berufung auf Unkenntnis weitgehend abgeschnitten; denn sie haben die Pflicht, sich der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Informationsquellen zu bedienen und den Vorstand ggf. zur Erteilung von Informationen anzuhalten. Insbesondere muss der Aufsichtsrat Berichte anfordern, sobald sich Zweifel an der Rechtmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung durch den Vorstand ergeben. Auch gegen eine verspätete Erstattung der zu einem bestimmten Zeitpunkt fälligen Berichte hat der Aufsichtsrat einzuschreiten“, Mertens, § 90 Rz.4.

In diesem Zitat ist sowohl von **dem Aufsichtsrat**, wie auch von **den Aufsichtsratsmitgliedern** die Rede. Geraten Unternehmen in die Krise, werden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat oft mitverantwortlich gemacht.

Abgesehen davon, dass hier wirkliche Mitbestimmung Voraussetzung wäre (siehe zu Gesetzesanspruch und Wirklichkeit oben 1. Kapitel 2.1), darf hier nicht vernachlässigt werden, dass die Rechtsprechung noch viel zu sehr den Gesamtaufsichtsrat als Träger des Überwachungsrechts sieht.[25]).

Das KonTraG griff in mancherlei Hinsicht zu kurz[26]. Deshalb war es richtig im Rahmen der Corporate Governance Debatte Ende der neunziger Jahre diese Themen für neue Gesetzgebungen wieder aufzugreifen, und sich nicht nur um

25 Siehe vor allen Dingen die Opel-Entscheidung des BGH, Mitbestimmung 1989,137 ff., aber auch OLG Celle, DB 1989,2422 f., mit zutreffender Kritik daran von Raiser, EWiR 1/90 zu § 111 AktG; modifiziert für die Schadensverfolgung gegenüber dem Vorstand durch die ARAG-Entscheidung des BGH, Die Mitbestimmung 7/8 1997 S.75 ff.

26 So zu Recht Theisen, Die Aktiengesellschaft 1998 S.170.

die Verabschiedung eines Kodex zur Unternehmensführung und –Überwachung zu bemühen.

Abschließend:

Auch die **Arbeitnehmervertreter** haben die sich aus dem AktG (ggf. in Verbindung mit § 1 Abs. 1 DrittelbG) ergebenden Rechte und Pflichten. Sie haben sich weiterhin Mindestkenntnisse und -fähigkeiten anzueignen, wenn sie in den Aufsichtsrat gewählt sind[27]). Angesichts der Machtkonstellationen ist es aber nicht richtig, sich im Krisenfall einfach Verantwortung zuschieben zu lassen. Wenn das komplizierte Wahlverfahren zum Aufsichtsrat und die im DrittelbG für die Belegschaften vorgesehene Abwahlmöglichkeit dann noch hinzugezogen werden, dann ist die Betonung der **Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat** durch die Arbeitnehmervertreter richtig. Andererseits darf die **Kontrollaufgabe** aber nicht darauf **beschränkt** werden: es geht um Strategie und Vorstandsgehälter und nicht nur um Entlassungen und Standortverlagerungen. Professionalisierte und qualifizierte Aufsichtsratsarbeit erfordert Weiterbildung, jedoch wäre eine Orientierung darauf unter Vernachlässigung der Interessen der Belegschaften ein zu kurzes Verständnis von der Aufgabe.

Andererseits sind Argumente allgemein für den Aufsichtsrat:

Maßnahmen der Geschäftsführung könne der Aufsichtsrat sich nicht übertragen, die Aufsichtsratstätigkeit sei ein Nebenamt, und Hinweise auf Sitzungshäufigkeit und Sitzungsdauer schon früher nicht weiterführend gewesen; das KonTraG 1998 appellierte sicherlich an eine Verbesserung der Überwachungseffizienz und durch die Corporate Governance Debatte ab 2002 sollte das Bewusstsein endlich geschärft sein.

Überwachung bedeutet:

Prüfungsmaßstab:

Rechtsmäßigkeit
Ordnungsmäßigkeit
Wirtschaftlichkeit
Zweckmäßigkeit

27 Hertie-Entscheidung des BGH, Mitbestimmung 1983, 83 ff.

Zeitpunkte:

Vorausschauende Kontrolle
- Gespräche über Planungen und Anhalten dazu

Gleichzeitige Kontrolle
- Entscheidungen im Rahmen der zustimmungspflichtigen Geschäfte

Nachträgliche Kontrolle
- Jahresabschluss, Lagebericht, WP
- Einsichts- und Prüfungsrecht
- Vergleich Plan/Ist, Gründe?

Überwachung im Konzern

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs.1 AktG). In einem Konzern bedeutet dies dann die **Überwachung der Konzernleitung**, und zwar nicht nur im Nachhinein über den Konzernabschluss- und den Konzernlagebericht, sondern bezogen auf die Leitungsmaßnahmen, die die Geschäftsführung der Obergesellschaft ergreift oder auch unterlässt. Diese Pflicht des Aufsichtsrates führt nicht zu einer bestimmten Konzernorganisation. Umgekehrt: Je nach den Einwirkungsmöglichkeiten und der tatsächlichen Lenkung bezüglich des Konzerns seitens des Vorstandes/ der Geschäftsführung gestaltet sich auch die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates und dies bedeutet auch nicht ein „Aushebeln" der Mitbestimmung auf der Ebene der Konzerngesellschaften.

Neben einer entsprechenden **Konzernberichterstattung**, seit 2002 in § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG klargestellt:

„Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen (§290 HGB), so hat der Bericht auch auf Tochterunternehmen und auf Gemeinschaftsunternehmen (§ 310 HGB) einzugehen",

und dem bereits erwähnten Konzernlagebericht sollte der Aufsichtsrat bestimmte **Maßnahmen** seines Vorstandes/Geschäftsführung **in den Untergesellschaften** von seiner eigenen **Zustimmung** abhängig machen, wie dies kraft Gesetzes – § 32 MitbestG – für bestimmte Fälle wegen angeblicher Mitbestimmungspotenzierung praktisch bereits geschehen ist (dazu näher unten 4.1).

2. Informationsrechte

2.1 Regelmäßige Berichte

Der Vorstand der Aktiengesellschaft hat nach § 90 Abs.1+2 AktG von sich aus regelmäßig und zu einzelnen bestimmten Zeitpunkten Berichte gegenüber dem Aufsichtsrat zu erstatten. „Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat soll die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen“ (3.4. des C.G.-Kodex)

Jahresberichte

Mindestens einmal jährlich, wenn nicht Änderungen der Lage oder neue Fragen eine unverzügliche Berichterstattung gebieten, ist über die **beabsichtigte Geschäftspolitik** und andere grundsätzliche **Fragen der Unternehmensplanung** (insbesondere die **Finanz-, Investitions- und Personalplanung**) zu berichten. So lautet seit 2002 nach der Neufassung durch das KonTraG die für die in die Zukunft gerichtete Kontrolle des Aufsichtsrates wesentliche Berichtspflicht des Vorstandes. Der Begriff Unternehmensplanung soll das Gewollte besser zum Ausdruck bringen (S.37 der Begründung).

„Beispielhaft – heißt es in der Begründung dann weiter – sind die kurzfristige, die mittelfristige (Mehrjahresplan) und die langfristige Planung (Unternehmensplan). In der Regel wird ein Unternehmen eine kurzfristige Planung (Jahresplan) haben. Ferner wird die Vorschrift um Beispielsfälle ergänzt, nämlich hinsichtlich der Finanz-, Investitions- und Personalplanung. Die Aufzählung ist nicht abschließend, hinzukommen je nach Bedarf, Größe oder Branche noch der Produktions-, Absatz-, Beschaffungs-, Entwicklungs-, Kosten- oder der Ergebnisplan etc. Dies ist gesetzlich nicht festzulegen. Die Vorschrift hat klarstellenden Charakter. **Sie umreißt zugleich die Aufgabe des Vorstandes, die auch die Unternehmensplanung umfasst.**“

Schon aus dem ausführlichen Zitat wird auch deutlich, dass natürlich weiterhin im Aufsichtsrat zur Unternehmenspolitik über den engeren Begriff der Unternehmensplanung hinaus zu berichten und zu diskutieren ist.

Hinzukommt seit 2002 durch das TransPuG die eigentlich selbstverständliche Pflicht, „auf **Abweichungen** der tatsächlichen Entwicklung von früher berichteten Zielen **unter Angabe von Gründen einzugehen.**“

Vierteljahresberichte

Regelmäßig, mindestens vierteljährlich, ist über den **Gang der Geschäfte**, insbesondere den **Umsatz** und die **Lage der Gesellschaft** zu berichten. Insofern kommt es also auch nicht auf die Sitzungshäufigkeit des Aufsichtsrates an (s. aber auch § 110 Abs.1 AktG zur Zahl der Sitzungen).

Rentabilitätsbericht

Über die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals, ist in der Sitzung des Aufsichtsrates, in der über den **Jahres-Abschluss** verhandelt wird, zu berichten.

Sonderberichte

Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, sind möglichst **so rechtzeitig** zu berichten, dass der Aufsichtsrat **vor Vornahme der Geschäfte** Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen. Wenn es im Gesetz „möglichst" heißt, so dürfen Abweichungen vom Prinzip der Rechtzeitigkeit in der Praxis dennoch nur seltene Ausnahmefälle bleiben. Dies gilt angesichts der Ergänzung des § 90 Abs.1 Nr.1 AktG durch das KonTraG 1998, vor allen Dingen aber der Einfügung des Risikomanagements in § 91 Abs.2 AktG (dazu sogleich) und der allgemeinen Formulierung in § 90 Abs.4 AktG um so mehr. Diese Berichterstattungspflicht ist im Übrigen unabhängig davon, ob das Geschäft einer Zustimmung nach § 111 Abs.4 AktG bedarf.

Außerdem ist dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates aus **sonstigen wichtigen Anlässen** zu berichten, als wichtiger Anlass ist auch ein dem Vorstand bekannt gewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen anzusehen, der auf die Lage der eigenen Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein kann. In der Geschäftsordnung könnte hier die Einbeziehung des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden vorgesehen werden.

Risikomanagement / Frühwarnsystem

Die Buchführungspflicht des Vorstandes wurde durch das KonTraG 1998 erweitert: Als gesetzliche Hervorhebung der allgemeinen Leitungsaufgabe des Vorstandes gemäß § 76 AktG, sollte die Verpflichtung des Vorstands, für ein angemessenes Risikomanagement und für eine angemessene interne Revision zu sorgen, verdeutlicht werden (§ 91 Abs.2 AktG). Die konkrete Ausformung der Pflicht ist

von der Größe, Branche, Struktur, dem Kapitalmarktzugang usw. des jeweiligen Unternehmens abhängig.

„Zu den den **Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen** gehören insbesondere risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken. Die Maßnahmen interner Überwachung sollen so eingerichtet sein, dass solche Entwicklungen **frühzeitig**, also zu einem Zeitpunkt **erkannt werden**, in dem noch geeignete Maßnahmen zur Sicherung des Fortbestandes der Gesellschaft ergriffen werden können. **Bei Mutterunternehmen** im Sinne des § 290 HGB ist die Überwachungs- und Organisationspflicht im Rahmen der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten **konzernweit zu verstehen**, sofern von Tochtergesellschaften den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen ausgehen können." (Gesetzes-Begründung S. 37 f.)

In das GmbHG wurde keine entsprechende Regelung aufgenommen. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, dass „die Neuregelung Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen hat (S.39).

Diese gesetzliche Verdeutlichung des Pflichtenrahmens des AG-Vorstandes dient - worauf hier schon hinzuweisen ist - zugleich als Grundlage für die korrespondierende Erweiterung der Abschlussprüfung durch den Wirtschaftsprüfer bei börsennotierten Aktiengesellschaften (§ 317 Abs. 4 HGB).

Auf die Berichtspflichten im Zusammenhang mit den zustimmungsbedürftigen Geschäften und dem Jahresabschluss wird unten (4.) näher eingegangen.

Informationsordnung

Die ganze Diskussion um die Verbesserung der Effizienz der Überwachung hat immerhin dazu geführt, dass in der Gesetzesbegründung (S.37) zum KonTraG 1998 dazu ein Hinweis enthalten ist: „Zur Durchsetzung und Verstetigung des Informationsflusses zwischen Vorstand und Aufsichtsrat kann es sinnvoll und geboten sein, dass der Aufsichtsrat eine Informationsordnung erlässt, die die Berichtspflicht im einzelnen regelt." Im Anschluss daran hieß es allerdings auch, dazu bedürfe es einer gesetzlichen Regelung nicht. Im Rahmen der Corporate Governance Debatte wurde das Ganze erneut thematisiert (siehe eingangs 2.1), mit der Folge der Verbesserungen des § 90 AktG und der Aufforderung im C.-G.-Kodex zu einer **näheren Festlegung** der **Informations- und Berichtspflichten** des Vorstandes

durch den Aufsichtsrat. Die Praxis ist hier nach einigen einschlägigen Untersuchungen dem bisher nur beschränkt gefolgt.

Damit bleibt außerdem die zu kurz greifende Orientierung des KonTraG 1998 und des TransPuG 2002 deutlich: Man konzentrierte sich auf die Aktiengesellschaften. Die übrigen Rechtsformen werden einfach (wieder) nicht bedacht.

Für die **GmbH** ist § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG einschlägig. (Bei Genossenschaft und VVaG wird praktisch auf das AktG Bezug genommen): Dort wird nur auf § 90 Abs. 3, 4 + 5 Sätze 1 + 2 verwiesen. Erklärbar ist dies nur damit, dass der Gesetzgeber früher in die Strukturen der GmbH nicht so streng eingreifen wollte (daher ursprünglich z.B. auch nur der Verweis auf § 171 AktG unter Vernachlässigung der Frage, wie der Aufsichtsrat zu den zu prüfenden Unterlagen kommt). Angesichts der Größe von GmbH's auch unter dem DrittelbG ist dies jedoch nicht sinnvoll und für die Gesetzgebung 2004 deutlich zu kritisieren. Konsequenz muss sein, dass der Aufsichtsrat das für seine Zwecke geeignete Berichtssystem selbst durch Mehrheitsbeschluss schafft. Der Aufsichtsrat hat hier nicht ein schwächeres Berichtsrecht. **„Der Umfang ist gleich, nur muss der Aufsichtsrat mehr Initiative entfalten für Berichte, die ihm sonst automatisch zugehen"** *(Lutter, Information und Vertraulichkeit, S. 237)*.

Berichtspflicht für Konzern

Das Zitat oben aus der Gesetzesbegründung zum Risikomanagement verdeutlichte, was auch schon bisher zutreffende Rechtsinterpretation war: Mit der Erweiterung der Überwachung im Konzern korrespondieren schon die Berichtspflichten des Vorstandes an den Aufsichtsrat. Aus der Strukturierung des Konzerns und der Leitung durch die Obergesellschaft ergeben sich die Berichtspflichten bezüglich des **Gesamtkonzerns** und die Konsequenzen für die Berichterstattung über **einzelne Geschäftsbereiche und Konzernunternehmen. Seit dem TransPuG 2002** ist die Pflicht direkt im Gesetz verankert: Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen (§ 290 HGB), so hat der Bericht auch auf Tochterunternehmen und auf Gemeinschaftsunternehmen (§ 310 Abs.1 HGB)einzugehen.

2.2 Anforderungsberichte

Zentral für die Arbeit des Aufsichtsrates und seiner einzelnen Mitglieder (nachfolgendes gilt auch für die GmbH, str. bei der Genossenschaft) ist nun, dass der Aufsichtsrat, aber auch **eine Minderheit von nunmehr einem Mitglied, jederzeit vom Vorstand einen Bericht verlangen kann**.

„So kann hier der Aufsichtsrat durch Beschluss, aber auch jedes Aufsichtsratsmitglied, jederzeit über - im weitesten Sinne - alle Angelegenheiten der Gesellschaft und über all ihre Beziehungen zu verbundenen Unternehmen, sowie über alle wichtigen Angelegenheiten in diesem selbst, einen Bericht an den Aufsichtsrat verlangen. Diese Berichtspflicht ist thematisch nur begrenzt durch den Bezug zur Gesellschaft und zu den mit ihr verbundenen Unternehmen - also etwa keine Berichtspflicht zur allgemeinen volkswirtschaftlichen Lage. Ein in diesem Rahmen zulässiges Verlangen kann vom Vorstand überhaupt nicht zurückgewiesen werden.« *(Lutter, Information und Vertraulichkeit, S.17 f.)*

Wenn gelegentlich das Argument verwendet wird, dieses oder jenes Auskunftsbegehren habe mit der Aufsichtsratstätigkeit nichts zu tun, so ist schlichtweg auf eine Entscheidung des LG Dortmund [28]zu verweisen. Die Entscheidung, ob die **Kenntnis bestimmter Tatsachen** für die sachgerechte Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsrates erforderlich sei, **obliege dem eigenen Ermessen** dieses Gremiums. Nur im Hinblick auf Missbrauch oder offenbaren Fehlgebrauch kann die konkrete Ausübung dieses Ermessens überprüft werden.

Die letzten Bemerkungen gelten auch für die nunmehr einem **einzelnen Aufsichtsratsmitglied** individuell eingeräumten **Auskunftsrechte**; auch hier kann es nur um Rechtsmissbrauch in extremen Ausnahmefällen gehen (so auch der Rechtsausschuss in seiner Begründung zum TransPuG 2002).

2.3 Art und Weise der Informationen

Mündliche Berichte können überhaupt nur in einer Aufsichtsratssitzung erstattet werden, dazu werden dann oft noch Folien projiziert (die man im übrigen zum Protokoll nehmen sollte) Sie sind aber nach richtiger Auffassung auch die Ausnahme. So besagt das AktG (§ 90 Abs.4 in der Fassung des TransPuG 2002), dass die Berichte den **Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft** zu entsprechen haben und **möglichst rechtzeitig** und, mit Ausnahme des Berichts nach Absatz 1 Satz 3, **in der Regel in Textform** zu erstatten sind. Mit

28 Die Mitbestimmung 1984,410 f.; vgl. auch LG Bremen 11.12.1997, Die Mitbestimmung 1998 S. 62 f.

letzterem wird den neueren elektronischen Übermittlungsmöglichkeiten Rechnung getragen, weshalb §§ 90 Abs.5, 170 Abs. 3 und 314 Abs. 1 AktG auch nur noch von übermitteln sprechen. Überwachungsaufgabe und Sorgfaltspflicht erfordern entsprechende Möglichkeiten der Sitzungsvorbereitung.

Prägnant hierzu schon früher: Lutter/Krieger[29]

„Niemand reicht einem anderen gern und rasch den Strick, mit dem er aufgeknüpft werden kann! Soll also der Aufsichtsrat im Bereich der Überwachung des Vorstandes mehr sein als ein Reiter auf dem dünnvereisten Bodensee - und das soll er nach dem Gesetz gewisslich! - dann verlangt das von jedem Aufsichtsratsmitglied Vorbereitung und Beschäftigung mit dem betreffenden Unternehmen und seinen Problemen über die vier Sitzungstage im Jahr hinaus. Anders ist moderne Unternehmensführung - und darauf bezogen ist ja der Aufsichtsrat - nicht möglich ... Im Zweifel ist schriftlich zu berichten (natürlich auf dem Hintergrund geplanter weiterer möglicher Ergänzungen) und nur ausnahmsweise - und d.h.: mit entsprechender Begründung – mündlich. Ein freies Ermessen des Vorstandes besteht hier nicht. Sieht man das richtig, so kommt ein Verweis des Aufsichtsrates auf mündliche Berichterstattung vor allem aus zwei Gründen in Betracht: Wegen der besonderen Geheimhaltungsbedürftigkeit der betreffenden Angaben und wegen der sich rasch verändernden Umstände, die eine Festlegung (noch) nicht erlauben“.

Da das Gesetz eine Verschwiegenheitspflicht und Vertrauenswürdigkeit aller Aufsichtsratsmitglieder annimmt (siehe erst recht den § 116 AktG in der Fassung von 2002), müssen **im Regelfall** die **Berichte** in **Textform** auch **allen** Aufsichtsratsmitgliedern **direkt zugehen**. Wenn es im Gesetz (§ 90 Abs.5 Satz AktG) heißt, soweit die Berichte in Textform erstattet worden sind, sind sie auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übermitteln, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat, so ist zur Form bereits das Erforderliche gesagt. Zum anderen sollte zu Beginn seiner Aufsichtsratstätigkeit jedes einzelne Mitglied gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden bereits dieses Übermittlungsverlan-

29 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3.A., S.77.

gen stellen. Selbst wenn dann der Vorstand die Berichte „zuständigkeitshalber" dem Aufsichtsratsvorsitzenden zuleitet und nicht restriktiverweise hier fragwürdige Geschäftsordnungsregelungen vorliegen, ist der Aufsichtsratsvorsitzende zur umgehenden Weiterleitung der Berichte verpflichtet. Nach dem Gesetz hat der Aufsichtsratsvorsitzende die Möglichkeit, einen Beschluss nach § 90 Abs.5 Satz 2 AktG herbeizuführen. Aber auch hier hat er die übrigen Aufsichtsratsmitglieder über den Eingang des Berichts bei ihm zu informieren, damit sie sich in diesen seltenen Fällen durch Einsicht in den Geschäftsräumen unterrichten können.

3. Personalentscheidungen

3.1 Bestellung und Anstellung von Vorstand/Geschäftsführung

Allgemeines

Die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern/Geschäftsführern ist im engen Zusammenhang mit dem Überwachungsauftrag des Aufsichtsrates zu sehen. Darüber hinaus fällt dem Aufsichtsrat mit dem Recht zur Bestellung des Geschäftsführungsorgans die Möglichkeit zu, mit der Auswahl des Führungspersonals von sich aus unternehmenspolitische Akzente zu setzen und in gewissem Rahmen den zukünftigen Kurs des Unternehmens vorherzubestimmen. Rechtlich ist die Bestellung als die Berufung zum Organmitglied von der Anstellung als der Regelung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Vorstands-/Geschäftsführungsmitglied zu unterscheiden (siehe auch § 84 Abs.1 Satz 1 und 5 AktG).

Bestellung

Bezüglich der Zuständigkeit zur Bestellung der Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans ist im Bereich des DrittelbG nach den Rechtsformen zu unterscheiden:

- In den **Aktiengesellschaften** wird der Vorstand vom Aufsichtsrat bestellt (§ 84 AktG).
- Bei der **GmbH** obliegt die Bestellung der Geschäftsführer (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 46 Nr. 5 GmbHG) der Gesellschafterversammlung, diese kann allerdings auch durch den Gesellschaftsvertrag diese Aufgabe dem Aufsichtsrat übertragen.

- Bei den **Genossenschaften** ist im Bereich des DrittelbG (§ 1 Abs.1 Nr. 5 DrittelbG, § 24 GenG) die Generalversammlung zuständig, wobei aber das Statut diese Befugnisse auch dem Aufsichtsrat einräumen könnte.
- Für die **VVaG** (§ 1 Abs. 1 Nr. DrittelbG) gilt bei größeren das AktG, bei kleineren das GenG.
- Ausgeschlossen ist ein Wahlrecht des Vorstandes (d.h. der persönlich haftenden Gesellschafter) beim Aufsichtsrat der **Kommanditgesellschaft auf Aktien**.

Überall, wo der **Aufsichtsrat** über die **Bestellung** zu entscheiden hat, ist dies eine Aufgabe des **Gesamtaufsichtsrates**, sie kann einem Ausschuss nicht übertragen werden. Da jedoch auch in diesem Bereich Ausschüsse zur Vorbereitung der Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates tätig werden können, werden in der Praxis vielfach das Aufsichtsratspräsidium bzw. ein Personalausschuss oder sogar nur der Aufsichtsratsvorsitzende in einer Weise aktiv, die als problematisch anzusehen ist. Insofern ist der Rechtsmeinung zuzustimmen, die eine Verfahrensgestaltung verlangt, die dem Ausschuss zwar den für eine sachnotwendige Arbeitsteilung erforderlichen Handlungsspielraum lässt. Das Plenum ist aber schon während des Vorbereitungsverfahrens durch – die Vertraulichkeit über die Person konkreter Bewerber wahrende – Berichte einzubeziehen und ihm die Möglichkeit zu geben, den Ausschuss gezielt anzuweisen oder zu steuern. Das gilt auch für heute; trotz der Zuständigkeit des Plenums auch für die Vergütung wird die Personalauswahl sicher weiter im „kleinen Kreis“ erfolgen.

Auch wenn im Bereich des DrittelbG „zwei weniger sind als vier“, so hat doch mit Recht die Sozialforschungsstelle bei ihrer Untersuchung 1991 festgestellt, dass Drittelbeteiligung auch nicht gleich Drittelbeteiligung ist. Soweit die Arbeitnehmervertreter daher bei der Bestellung der Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans mitzuwirken haben, sollten sie bei allen Vorstandsbewerbern auch darauf achten, dass sie neben fachlichen Qualitäten die Bereitschaft mitbringen, Informations- und Mitwirkungsrechte der Mitbestimmungsträger im Unternehmen zu respektieren und die soziale Verantwortung gegenüber der Belegschaft ernst zu nehmen. Dies gilt umso mehr bei der Frage der Wiederbestellung. Gesetzlich ist hier im Gegensatz zum Bereich des MitbestG 76 und der Montanmitbestimmung auf Vorstandsebene ein **Arbeitsdirektor** nicht vorgesehen. Dennoch ist es ab einer bestimmten Unternehmensgröße sinnvoll, wenn das Personal- und Sozialwesen auf der Ebene des Geschäftsleitungsorgans selbst in einem Ressort verankert ist. Je nach Umfang dieser Aufgabe ist es dann durchaus natürlich zu-

lässig, noch weitere Bereiche diesem Mitglied des Geschäftsleitungsorgans zu übertragen.

Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit ist möglich, bedarf aber eines erneuten ausdrücklichen Aufsichtsratsbeschlusses, der nach § 84 Abs.1 Satz 3 AktG frühestens ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit getroffen werden kann. Eine stillschweigende Verlängerung ohne Aufsichtsratsbeschluss ist nur dann zulässig, wenn die Amtszeit einschließlich der Verlängerungszeit die Grenze von fünf Jahren nicht überschreitet. Voraussetzung dafür ist eine ausdrückliche Verlängerungsklausel im Bestellungsbeschluss.

Widerruf der Bestellung

Der Gesamtaufsichtsrat (also nicht ein Ausschuss, § 107 Abs.3 Satz 2 AktG) kann nach § 84 Abs.3 AktG die **Bestellung** zum Vorstandsmitglied oder die Ernennung zum Vorstandsvorsitzenden **widerrufen**, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Es gilt das gleiche Verfahren wie bei der Bestellung. Vom Widerruf der Bestellung zu unterscheiden ist die Kündigung des Anstellungsvertrages, die **einvernehmliche Aufhebung** der Bestellung und die **Suspendierung**. Eine einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung ist jederzeit zulässig; allerdings ist auch hier der Gesamtaufsichtsrat zuständig. Überwiegend wird auch die Möglichkeit einer Suspendierung unter den Voraussetzungen eines Widerrufs bejaht, allerdings kann ein solcher Beschluss ebenfalls nur vom Gesamtaufsichtsrat getroffen werden, weder durch einen Ausschuss, noch gar durch den Aufsichtsratsvorsitzenden.

Anstellung

Von der gerade beschriebenen Bestellung ist nach dem Gesetz der Anstellungsvertrag zu unterscheiden. Durch die Bestellung erwirbt eine Person die Rechte und Pflichten, die kraft Gesetzes, Satzung usw. mit der Stellung als Vorstandsmitglied verbunden sind. Der Anstellungsvertrag regelt demgegenüber die Einzelheiten des Innenverhältnisses zwischen Gesellschaft und dem einzelnen Vorstands- bzw. Geschäftsführungsmitglied (Höhe der Bezüge, Urlaubsdauer, Pensionsleistungen usw.).

Hierzu ist in allen AG‘s und Genossenschaften (§ 39 GenG) der Aufsichtsrat zuständig. In der GmbH unter dem DrittelbG ist diese Kompetenz, wie auch schon die Bestellungskompetenz, grundsätzlich bei den Gesellschaftern verblieben.

Soweit der Aufsichtsrat zuständig ist, sind auch die §§ 87 ff. AktG bei der Genossenschaft zumindest als Orientierung maßgeblich.

Zu den Inhalten und zur **Höhe der Vergütung**, insbesondere zu sog. erfolgsorientierten Elementen, gab es mit Recht in den letzten Jahren eine intensive Debatte. Hier dürfte zum einen eine individuelle **Transparenz** eine gewisse Bremse gebildet haben (im C.G.-Kodex – 4.2.4). Zum anderen haben wir jetzt mit dem Vorstandsvergütungs-Angemessenheits-Gesetz (VorstAG) vom Sommer 2009 sowohl für die Festsetzung der Gesamtbezüge, wie auch zu ihrer Herabsetzung bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft deutliche neue Maßstäbe in § 87 AktG. Es geht um die Angemessenheit der Gesamtbezüge, und bei börsennotierten Gesellschaften um die Nachhaltigkeit, außerdem soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit für außerordentliche Entwicklungen vorsehen[30].

Ist der Aufsichtsrat zuständig, kann ein Ausschuß auch nur noch allenfalls (§ 107 Abs.3 Satz 3 AktG) die Beschlussfassung vorbereiten, die Vergütungsentscheidung selbst hat durch die Aufsichtsratsgesamtheit zu erfolgen. Davon zu unterscheiden ist die Unterzeichnung des Vertrages. Hierzu kann durch Aufsichtsratsbeschluss der Aufsichtsratsvorsitzende bevollmächtigt werden.

Der Anstellungsvertrag endet durch Zeitablauf, wenn ein Zeitpunkt festgesetzt war (die Bestellung kann ja nur auf höchstens fünf Jahre erfolgen), durch Vereinbarung oder Kündigung. Das Erlöschen der Bestellung zum Organmitglied führt nicht von selbst zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses; beide Rechtsverhältnisse können verschiedene Schicksale haben. Das **vorrangige Bestellungsverhältnis** ist dabei zu **beachten**.

3.2 Einfluss auf Arbeitsweise von Vorstand/Geschäftsführung

Bei der Leitung des Unternehmens ist zwischen der Vertretungsbefugnis und der Geschäftsführungsbefugnis zu unterscheiden. Während die **Vertretungs-Macht** maßgebend ist für die Wirksamkeit von Willenserklärungen gegenüber Dritten, ist **Geschäftsführung** die Betätigung gegenüber der Gesellschaft. Bei einem mehrköpfigen Vertretungsorgan ist für die Organisation dessen Arbeit eine **Geschäftsordnung** zweckmäßig, ebenso wie die Zuweisung eines **Geschäftsbereiches (Geschäftsverteilung)**, wobei dieses auch zusammen geschehen kann.

30 Für Einzelheiten ist auf die Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 14 zu verweisen.

Aktiengesellschaft

Für die AG findet sich die Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung in §§ 77 und 78 AktG. Das Gesetz geht zunächst für beide Fragen von einer gemeinschaftlichen Befugnis des mehrköpfigen Vorstandes aus.

Für den Erlass der Geschäftsordnung gilt, dass gemäß § 77 Abs.2 AktG der Vorstand sie sich geben kann, wenn nicht die Satzung den Erlass der Geschäftsordnung dem Aufsichtsrat übertragen hat oder der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlässt. Die Satzung selbst kann allerdings, jedoch nur Einzelfragen, der Geschäftsordnung bindend regeln. In der Praxis wird es auch vielfach so gehandhabt, dass der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates sich eine Geschäftsordnung gibt.

In der Literatur nicht unumstritten ist das Verhältnis der Bestellung zum Vorstandsmitglied zur Einrichtung und Zuweisung eines bestimmten Aufgabenbereiches. Bereits der AktG-Gesetzgeber hat das Erfordernis der Einstimmigkeit für eine vom Vorstand selbst gesetzte Geschäftsordnung mit der Erwägung begründet, dass der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder regelmäßig im Hinblick auf einen bestimmten Aufgabenbereich bestelle und verhindert werden solle, dass der Vorstand durch eigenmächtige Änderungen in das Bestellungsrecht des Aufsichtsrates eingreifen könne. Dies ist auch noch heute ein tragender Gesichtspunkt, der nur gewisse Ressortkorrekturen ohne erneuten Aufsichtsratsbeschluss zulässt.

GmbH und Genossenschaft

Die Geschäftsverteilung in der Genossenschaft kann nach § 27 Abs.1 Satz 2 GenG in der Satzung geregelt werden.

Dem Aufsichtsrat der GmbH im Bereich DrittelbG stehen von Gesetzes wegen (§ 1 Abs.1 Nr. 3) die Befugnisse nach §§ 77,78 AktG nicht zu; der Gesellschaftsvertrag könnte dies jedoch anders regeln.

Vorsitzender des Vorstandes/der Geschäftsführung

Besteht das Geschäftsleitungsorgan aus mehreren Mitgliedern, so sieht für die AG § 84 Abs.2 AktG die Möglichkeit vor, dass der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstandes ernennt. Für GmbH und Genossenschaft gilt dies nur, wenn der Gesellschaftsvertrag/das Statut dies so ausdrücklich geregelt haben.

4. Mitwirkung an Geschäftsführungsmaßnahmen

Von der **Gewaltenteilung** zwischen der **Leitung** der Gesellschaft und deren **Kontrolle** durch den Aufsichtsrat war im 1. Kapitel bereits die Rede. Diese ist jedoch nicht rein durchgeführt. Teils von Gesetzes wegen, teils aufgrund des Statuts des Unternehmens, aber auch durch eigene Beschlüsse bei einzelnen Maßnahmen, hat der Aufsichtsrat bei Geschäftsführungsmaßnahmen mitzuwirken. Im C.G.-Kodex ist sogar von einer engen Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle des Unternehmens die Rede. Und davon, dass der Vorstand die **strategische Ausrichtung** des Unternehmens mit dem Aufsichtsrat abstimmt und mit ihm in regelmäßigen Abständen den Stand der Strategieumsetzung erörtert (3.1 und 3.2). Daran ist sicher richtig, die Beratungsfunktion des Aufsichtsrates zu unterstreichen (s. auch dort 5.1.1), trotzdem ist die These des Kodex, die internationalen Führungssysteme (hier in Deutschland: dualistisch: Vorstand/Aufsichtsrat – dort z.B. in USA: monistisch: Board) bewegten sich aufeinander zu, überzogen.

Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat Befugnisse in Bezug auf die Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung; diese sollen am Ende dieses Abschnittes kurz dargestellt werden.

4.1 Zustimmungsbedürftige Geschäfte

Maßnahmen der Geschäftsführung können zwar dem Aufsichtsrat **nicht übertragen** werden. **Jedoch** konnte bis 2002 der Aufsichtsrat mit der Festlegung, dass **bestimmte Arten** von Geschäften **seiner Zustimmung** bedürfen, Einfluss auf die Geschäftspolitik ausüben (§ 111 Abs.4 AktG). Dies gilt nicht für die KGaA, bei der nur die Satzung derartige Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrates vorsehen kann. Für die GmbH gilt dies aber, da in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auf die §§ 107 bis 116 AktG verwiesen ist. (also auch auf § 111 Abs.4). In der Genossenschaft kann nur die Satzung selbst einen derartigen Katalog für den Aufsichtsrat einführen (§ 38 Abs.3 GenG).

Soweit die grundsätzliche Rechtslage. Die Praxis zeigte demgegenüber oft ein anderes Bild. Es ging auch hier um die Frage, wie groß letztlich der **Einfluss des Aufsichtsrates und in ihm der Arbeitnehmervertreter** sein sollte. Jedenfalls wurde vielfach das Thema unter Machaspekten und nicht unter sorgfältiger Kontrolle abgehandelt. Es ist nun einmal ein nicht zu gering achtender Unterschied zwischen der Kenntnisnahme von Berichten und dem ausdrücklichen Antrag an

den Aufsichtsrat zur Zustimmung bei bestimmten Geschäften. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, dass der Aufsichtsrat, verzichte er gänzlich auf solche Vorbehalte oder halte er den Katalog bewusst eng, seine Pflichten verletzen könne. Der Bundesgerichtshof bejahte 1993 immerhin eine Einschreitenspflicht bei der Gefahr von Gesetzesverstößen[31], unterstellte die Entscheidung aber ansonsten dem pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrates. Im Zuge der Diskussion um die Aktienrechtsreform gab es eine große Bandbreite von Meinungen im Detail, viele aber sagten, letztlich gehe wohl kein Weg daran vorbei, dass hier **gesetzlich** auch **Abhilfe** geschaffen werden müsse, wenn diese Frage im Aufsichtsrat unter Macht-, und nicht unter Überwachungsaspekten entschieden werde[32]. Kein Satz dazu aber im KonTraG 1998.

2002 ist im Zuge der Corporate Governance Debatte ein Durchbruch gelungen:

„Die Satzung oder der Aufsichtsrat **hat** jedoch **zu bestimmen**, dass **bestimmte Arten** von Geschäften **nur mit** seiner **Zustimmung** vorgenommen werden dürfen", lautet jetzt § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Damit ist es nicht zur österreichischen Lösung eines gesetzlichen Mindestkatalogs gekommen, und man muss zum **Inhalt des Kataloges** schon auf die Gesetzesbegründung zurückgreifen („Hierzu können etwa grundlegende Entscheidungen zur Unternehmensstrategie oder **bedeutsame Investitionsentscheidungen**, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsausichten der Gesellschaft grundlegend verändern werden, rechnen"). Dies greift auch noch insoweit zu kurz, als richtigerweise es um nur Geschäfte gehen muss, die von herausragender Bedeutung für das Unternehmen sind, ohne dass eine Gefährdung desselben damit verbunden zu sein braucht. Schließlich muss der Aufsichtsrat „in grundlegende Entscheidungen eingebunden werden, es wird eine „aktivere Rolle" von ihm „als bisher eingefordert.[33] Der C.G.-Kodex schließlich bemerkt ergänzend, „für Geschäfte von grundlegender Bedeutung legen die Satzung oder der Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats fest. Hiezu gehören Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern" (3.3). Einig sind sich auch Gesetzesbegründung und Kodex, dass dies **auch** für **Maßnahmen im Konzern** gilt, die die beschriebene Auswirkung auf die Gesellschaft haben.

31 BGH 15.11.1993, ZIP 1993, S. 1862 ff.= Die Mitbestimmung 5/94 S. 64 f..

32 Bezeichnend dazu Lutter ZHR 1995 S.300 f. ; auch mit dem Hinweis auf die gesetzlichen Kataloge des österreichischen und niederländischen Rechts.

33 Jeweils Zitate aus der Gesetzesbegründung.

Die **Satzung** oder der **Gesellschaftsvertrag** kann wie bisher zunächst einen derartigen Katalog durch Beschluss der Anteilseignerorgane enthalten. Hierauf haben die Arbeitnehmervertreter keinen Einfluss. Entscheidend ist jedoch, dass **Herr dieses Kataloges** und der **letztlich verpflichtete** der **Aufsichtsrat** ist. In AG und GmbH können nämlich Satzung/Gesellschaftsvertrag keine abschließenden Regelungen vornehmen, (auch nicht, wie eine Mindermeinung früher meinte, solche dem Aufsichtsrat vorenthalten). Die Diskussion ist also zu führen und gerade Versuchen wieder über Satzungsregelungen „den Deckel zuzumachen" entgegenzutreten. Die Festlegung durch den **Aufsichtsrat** kann in **seiner Geschäftsordnung**, der des **Vorstandes** oder auch durch **einzelne Beschlüsse** erfolgen. Die Beschlussfassung über den Katalog kann nicht einem Ausschuss überlassen werden (§ 107 Abs.3 Satz 2 AktG).

Schließlich kann der Aufsichtsrat auch in Zukunft **in einem Einzelfall** ebenfalls beschließen, dass ein bestimmtes Geschäft als Zustimmungsgeschäft zu behandeln ist[34].

Auch bei der **GmbH**, um es abschließend noch einmal zu betonen, **gilt dieses neue Recht**. Versuche, im Bundesrat die Verweisungsvorschriften auf die GmbH (§ 25 MitbestG, § 77 Abs.1 BetrVG`52) abzuändern, fanden dort schon keine Mehrheit[35]. Auch hier hat also der Aufsichtsrat seine vornehme Zurückhaltung aufzugeben, die letztlich nichts anderes als die Weigerung der Gesellschafter und ihrer Vertreter im Aufsichtsrat war, diese Diskussionen dort zu führen. Gelegentlich wird dann auch noch die Einladung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zur Gesellschafterversammlung (siehe unten 4.4) – auf der natürlich über die Geschäfte beschlossen wird – „vergessen".

Im Hinblick auf § 111 Abs.4 Satz 1 (keine Maßnahmen der Geschäftsführung auf den Aufsichtsrat übertragbar) ist es unzulässig, wenn der Aufsichtsrat eine Unzahl weniger bedeutsamer Geschäfte an seine Zustimmung bindet. Die Geschäfte müssen **nach generellen Merkmalen definiert** werden und müssen nach Art und Umfang für die Gesellschaft **von Gewicht** sein (siehe zur Anschauung die Mustergeschäftsordnung in Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr.1).

34 Der Aufsichtsrat ist dazu verpflichtet, wenn eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann, BGH 15.11.1993 Die Mitbestimmung 5/94 S.64 f. vgl. auch LG Bielefeld 16.11.99 Mitbestimmung 3/2000= ZIP 2000, S. 20 ff.

35 Seibert NZG 2002, S. 610. Eingehender als oben Köstler/Zachert/Müller AR-Praxis Rn. 672.

Die für die beabsichtigte Geschäftspolitik zentralen Aspekte, sowohl in sachlicher als auch in personeller Hinsicht, müssen im Mittelpunkt der Zustimmungskataloge stehen.[36]

Verweigert der Aufsichtsrat in der AG seine Zustimmung, so kann der Vorstand die **Hauptversammlung zur letzten Entscheidung** anrufen, die dann endgültig mit einer Mehrheit von mindestens Dreiviertel der abgegebenen Stimmen entscheidet (§ 111 Abs.4 Satz 3 AktG).

Unterschiedliche, weit auseinandergehende Positionen finden sich zur **GmbH** in der Literatur, insbesondere im Zusammenhang mit dem Einfluss der Gesellschafter (Weisungsrecht) gegenüber der Geschäftsführung. Angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 1 Abs.1 Nr. 3 DrittelbG (im Gegensatz zu § 90 AktG gibt es bei § 111 AktG keine Einschränkung in der Verweisung) kann auch hier der Ersetzungsbeschluss der Gesellschafter nur mit einer Dreiviertel-Mehrheit getroffen werden (die Gesellschafter können allerdings zur Vorlage an sie anweisen, da § 119 AktG keine Anwendung findet).

Zustimmung erfasst nach juristischem Sprachgebrauch die vorherige Einwilligung und die nachträgliche Genehmigung. Nach Sinn und Zweck des § 111 Abs.4 AktG muss hier aber vom Erfordernis der **Zustimmung vor Vornahme** des Geschäftes ausgegangen werden, zumal im Außenverhältnis (§ 82 AktG) die Beschränkung keine Rolle spielt. Das Geschäftsleitungsorgan begeht eine Pflichtverletzung, wenn es ohne Zustimmung das Geschäft abschließt, mit der Möglichkeit von Sanktionen, wie z.B. Schadenersatz oder Abberufung. Angesichts der Möglichkeiten für die Beschlussfassung des Aufsichtsrates nach § 108 AktG ist der Aufsichtsrat auch Eilsituationen in der Regel gewachsen. Zum anderen ist im Normalfall bei entsprechender regelmäßiger Berichterstattung an den Aufsichtsrat ein Eilfall auch vermeidbar.

4.2 Ausübung von Beteiligungsrechten

Für die Wahrnehmung bestimmter **Rechte** aus Beteiligungen **an anderen Unternehmen** ist nach § 15 MitbestErgG, § 32 MitbestG die Zustimmung des

36 Gerum/Steinmann/Fees, Der mitbestimmte Aufsichtsrat, S.71 ff.

Aufsichtsrates des herrschenden Unternehmens erforderlich, wenn auch das andere Unternehmen dem MitbestG unterliegt. Diese Beschlüsse bedürfen nur der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner. Es ist jedoch unzulässig, die Entscheidung über solche Angelegenheiten einem nur aus Anteilseignervertretern zusammengesetzten „Beteiligungsausschuss" zu übertragen. Die Arbeitnehmervertreter müssen an der Beratung beteiligt werden. Im DrittelbG gibt es angesichts des geringeren Arbeitnehmeranteils im Aufsichtsrat derartige Vorschriften überhaupt nicht.

Liegt ein **Beherrschungsvertrag** zwischen den Unternehmen vor, so ist auch im Bereich DrittelbG § 308 Abs.3 AktG von Bedeutung. Wird nämlich der Vorstand der abhängigen Gesellschaft angewiesen, ein Geschäft vorzunehmen, das nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates seiner Gesellschaft vorgenommen werden darf, und wird diese Zustimmung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erteilt, so hat der Vorstand dies dem herrschenden Unternehmen mitzuteilen. Wiederholt dann das herrschende Unternehmen seine Weisung aufgrund der Rechte aus dem Beherrschungsvertrag, so ist zwar die Zustimmung des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft nicht mehr erforderlich. Die **Weisung** darf aber, wenn das herrschende Unternehmen selbst einen **Aufsichtsrat** hat, nur mit dessen **Zustimmung wiederholt werden**.

Zustimmungsvorbehalte im Konzern

Beide Fallgestaltungen zeigen, dass es schon kraft Gesetzes **Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates in der Obergesellschaft** für Sachverhalte gibt, die der Vorstand **im Rahmen der Konzerngeschäftsführung** bei Beteiligungsgesellschaften verwirklicht. Auf diese Fälle sollte sich jedoch der Aufsichtsrat nicht beschränken, sondern auch in anderen Bereichen die **Konzernleitung entsprechend binden** (s. dazu oben aus der Gesetzesbegründung und dem Kodex). An den Kompetenzen der Aufsichtsräte in den abhängigen Gesellschaften ändert sich dadurch nichts. Gebunden ist nur der Vorstand/die Geschäftsführung, soweit sie gegenüber oder in der abhängigen Gesellschaft handeln; insoweit betreiben sie aber auch zugleich Geschäftsführung für die Konzernobergesellschaft[37].

37 In den Mustern der Treuhand-Anstalt hieß es dazu: »Die Zustimmung ist auch einzuholen, wenn der Vorstand bei nachgeordneten Unternehmen durch Weisung, Zustimmung, Stimmabgabe oder in sonstiger Weise an Geschäften der vorgenannten Art mitwirkt.«

4.3 Prüfung des Jahresabschlusses

Aktiengesellschaft und GmbH

In allen Unternehmen, deren Aufsichtsräten nach dem Gesetz Arbeitnehmervertreter angehören müssen, hat der Aufsichtsrat bei der Verabschiedung des Jahresabschlusses mitzuwirken. Zwischen AG und GmbH gibt es bezüglich der Billigung des Jahresabschlusses einen – allerdings entscheidenden – Unterschied: In der AG ist mit der **Billigung** der Jahresabschluss festgestellt, sofern nicht Vorstand oder Aufsichtsrat beschließen, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung zu überlassen (§ 172 AktG).

Bei der GmbH beschließt über die **Feststellung** des Jahresabschlusses die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr.1 GmbHG); der Gesellschaftsvertrag könnte dies aber auch dem Aufsichtsrat übertragen.

Dem Aufsichtsrat vorzulegen sind:

- Der **Jahresabschluss**, bestehend aus **Bilanz , Gewinn-** und **Verlustrechnung** und dem **Anhang**; bei Mutterunternehmen auch den **Konzernabschluss**),
- der **Lagebericht** (§ 289 HGB) und ggfs. den **Konzernlagebericht**
- der **Bericht des Wirtschaftsprüfers** und
- der **Gewinnverwendungsvorschlag** (§§ 170 AktG, 42a GmbHG).

Für die GmbH ist vor in Kraft treten des Bilanzrichtliniengesetzes (1986) aus der fehlenden Verweisung auf § 170 AktG in § 77 Abs.1 Satz 2 BetrVG‘52 teilweise gefolgert worden, die Geschäftsführer seien nicht verpflichtet, unaufgefordert die Prüfungsberichte dem Aufsichtsrat vorzulegen. Dies war schon zum geltenden Recht wegen der Prüfungspflicht des Aufsichtsrates nach § 171 AktG unzutreffend[38]. Durch die Neufassung der §§ 42a, 52 GmbHG durch das Bilanzrichtliniengesetz war die Frage bereits 1986 beantwortet[39]. Seit 1998 kam noch das KonTraG hinzu: Gemäß dessen Neufassung des **§ 111 Abs.2 AktG erteilt der Aufsichtsrat dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag** für den Jahres- und den Konzernabschluss. Und auf § 111 Abs.2 AktG war in § 77 Abs.1 Satz 2 BetrVG‘52 für die GmbH verwiesen. Hinzu trat zum einen die 1998 erfolgte Änderung des **§ 318 Abs.1 S.4 HGB**: „Die gesetzlichen Vertreter, bei Zuständigkeit des Aufsichtsrates dieser, haben unverzüglich nach der Wahl den Prüfungsauftrag zu erteilen“. In der Begründung dazu (BT.-Ds.13/9712

38 Vgl. OLG Karlsruhe, Die Mitbestimmung 1987,72

39 Vgl. Scholz-Schneider GmbHG § 52 Rz.87-89 und LG Düsseldorf: Die Mitbestimmung 2/95 S.60 f.

S.27) heißt es, diese Fassung sei gewählt worden, um zu berücksichtigen, dass für den freiwilligen Aufsichtsrat in der GmbH nach § 52 GmbHG eine abweichende Regelung anstelle der Auftragserteilung durch den Aufsichtsrat zulässig bleiben sollte. Weiterhin ist auf **§ 318 Abs.7** und **§ 321 Abs.5 HGB** zu verweisen: „Hat der Aufsichtsrat den Auftrag erteilt, so ist der Bericht ihm vorzulegen." Trotzdem ist es zu begrüßen, wenn 2004 das **DrittelbG** in seinen Verweisungen **direkt § 170 AktG** aufführt (§ 1 Abs. 1 Nr.3).

Dem Vorstand / der Geschäftsführung ist nach § 321 Abs.5 HGB lediglich **Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben, wobei diese nach dem Zweck der Regelung nicht an den Prüfer zu richten, sondern **dem Aufsichtsrat** zu **zuleiten** ist.[40]

Die Auftragserteilung gegenüber den Prüfern (Unterzeichnung) erfolgt durch den Aufsichtsratsvorsitzenden als dem „geborenen Erklärungsvertreter" des Aufsichtsrates.

Davorgeschaltet ist der aufsichtsratsinterne Willensbildungsprozess hinsichtlich Auftragsumfang und Beschlussfassung.

Gegenstand und Umfang der Prüfung ergeben sich zunächst aus § 317 HGB, dies aber sind in erster Linie gesetzlich vorgegebene Prüfungsziele. Schon in der Gesetzesbegründung wurde 1998 darauf hingewiesen, dass der Aufsichtsrat eigene Schwerpunkte festlegen könne. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass der Aufsichtsrat aus seiner Sicht Hinweise und konkrete Empfehlungen zu Prüfungsschwerpunkten im Rahmen der gesetzlichen Prüfung geben kann und im Grunde genommen sollte. Andererseits haben auch die Prüfer Prüfungspläne, sie prüfen bestimmte Schwerpunkte durchaus nur in Intervallen. Im Gespräch zwischen Prüfern und Aufsichtsrat sollten daher die jeweiligen Festlegungen erfolgen. Die Erteilung des Auftrags hat – wie gesagt – unverzüglich nach der Wahl zu erfolgen. (Es dürfte nicht besonders sinnvoll sein, wenn dies in der meist kurzen Sitzung im Anschluss an die Hauptversammlung erfolgt.) Es sollte sich am besten so einspielen, dass man am Ende der Jahresabschluss-Sitzung und der dort stattgefundenen Erörterungen mit den Prüfern die Schwerpunkte für die kommende Prüfung vorbereitet.

Nach dem Wortlaut des § 111 Abs.2 AktG erteilt der Aufsichtsrat den Auftrag. In der Gesetzesbegründung heißt es weiter: „Er kann die vorbereitenden Arbeiten hierzu auch an den Vorstand oder einen Ausschuss delegieren. Im Rahmen der Auftragserteilung hat der Aufsichtsrat auch die Vergütung des Prüfers

40 Heymann-Herrmann HGB § 321 Rn. 11; Hommelhoff BB 1998, 2628.

zu vereinbaren." Im Wege systematischer Interpretation muss man schließen[41], dass der **Gesamtaufsichtsrat über die Erteilung des Prüfauftrages Beschluss fassen** muss, ein Aufsichtsratsausschuss also nicht genügt (und erst recht nicht eine Auftragserteilung durch den Vorsitzenden ohne entsprechenden Plenumsbeschluss, ist dem hinzuzufügen).

Nun ist die Aufgabenstellung nach § 111 Abs.2 AktG nicht in § 107 Abs.3 AktG bei den Gegenständen aufgeführt, die nicht auf einen Ausschuss übertragen werden dürfen. Deshalb wird teilweise in der Literatur auch gefolgert, hier könne eine Bilanzausschuss (vgl. seine indirekte Erwähnung in §§ 170, 171 AktG) anstelle des Plenums tätig werden. Hierbei wird aber (neben der oben zitierten Gesetzesbegründung) übersehen, dass die Aufgabe nach § 171 AktG, also die eigene Prüfung von Jahresabschluss usw. nicht auf einen Ausschuss zur abschließenden Tätigkeit übertragen werden darf. Für diese Prüfungsaufgabe des Aufsichtsrates erteilt er nunmehr den Prüfauftrag an den Wirtschaftsprüfer; eine völlige Delegation des Auftrages auf einen beschließenden Ausschuss widerspräche der neuen Gesetzessystematik und der Begründung dazu. Lediglich vorbereitende Arbeiten sind auf einen Ausschuss übertragbar.

Prüfung durch den Aufsichtsrat

Im hier allgemein maßgeblichen § 170 Abs.3 AktG (für die anderen Kapitalgesellschaften ggf. in Verbindung mit §§ 318 Abs.1 S. 4, Abs. 7 und 321 Abs. 5 HGB[42] heißt es nach dessen Neufassung durch das KonTraG und das TransPuG:

- „Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht, von den Vorlagen und Prüfungsberichten Kenntnis zu nehmen. **Die Vorlagen und Prüfungsberichte sind auch jedem** Aufsichtsratsmitglied oder soweit der Aufsichtsrat dies beschlossen hat, den Mitgliedern eines Ausschusses **zu übermitteln**."

Nimmt man diesen Gesetzeswortlaut und vor allen Dingen die Begründung dazu (S. 58 f.), so muss man zunächst das Positive an der Neufassung hervorheben: Als **Regelfall** und **ohne** dass ein ausdrückliches **Verlangen** gefordert wird, haben **alle Aufsichtsratsmitglieder** diese **Unterlagen zu erhalten**. Und die Begründung betont selbst, ohne Kenntnis der Prüfungsberichte sei eine sinnvolle Erfüllung der Kontrollaufgaben kaum möglich (vgl. § 171 Abs.1 Satz 1 und 107 Abs.3 Satz 2

41 So mit Recht Hommelhoff/Mattheus, AG 1998 S.257; vgl. auch Schindler/Rabenhorst, BB 1998, S.1887; Hommelhoff BB 1998 S.2569 und ausf. Theisen, DB 1999, S.341 ff.; Ziemons DB 2000, S.77 ff.

42 Siehe dazu auch Theisen aaO.; Hommelhoff aaO und Bremer, GmbHR 1999 S.116 f

AktG). Auch widerspreche dies der Funktion der Abschlussprüfung zur Unterstützung des Aufsichtsrats. Aushändigung bedeute nicht, lediglich zur kurzfristigen Einsicht auszulegen, andererseits auch nicht Aushändigung zum endgültigen Verbleib.

Angesichts dessen muss man sich fragen, was dann die Einschränkungsmöglichkeit auf einen Bilanzausschuss soll. Bezeichnend die „weiche" Formulierung in der Begründung: „Wo dies sinnvoll erscheint, kann der Aufsichtsrat beschließen, dass die Unterlagen nur den Mitgliedern eines Ausschusses, etwa eines Bilanzausschusses auszuhändigen sind. Die vorgeschlagene Regelung gibt der Praxis damit die erforderliche Flexibilität."[43]

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach richtiger Ansicht schon zum bisherigen Recht lediglich die Aushändigung des Prüfberichtes überhaupt ausgeschlossen werden konnte.[44]

Weiterhin muss auch ein ausdrücklicher Aufsichtsratsbeschluss vorliegen, ohne einen solchen können Vorstände/Geschäftsführer und Aufsichtsratsvorsitzende den Bericht nicht zurückhalten! Dafür muss im Grunde genommen auch eine besondere Begründung verlangt werden. Vor allen Dingen aber hat die Begründung selbst § 107 Abs.3 Satz 2 AktG zitiert. Die Aufgabe nach § 171 AktG – also die Prüfung des Jahresabschlusses etc. – kann also einem Ausschuss nicht zur Beschlussfassung anstelle des Aufsichtsrates überwiesen werden. Wenn aber alle Aufsichtsratsmitglieder hier eine eigene Prüfungspflicht haben, so gibt es ohne besondere Begründung keinen Anlass, bei der Verteilung des Prüfungsberichtes zwischen Ausschuss- und übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zu differenzieren.[45]

Ein etwaiger **Bilanzausschuss** - und ein gewisser Trend war bereits früher festzustellen und der C.G.-Kodex beförderte dies weiter (vgl. dort 5.3.2 und jetzt § 107 Abs. 4 AktG mit dem besonderen Experten) – hat hier also nur eine **Empfehlungsfunktion**.

43 Zur Hinzuziehung von Sachverständigen zur eigenen Beratung heißt es in der Literatur gelegentlich, der Bundesgerichtshof habe diese Hinzuziehung ohne dass konkrete einzelne Fragestellungen dies erforderten in der Hertie-Entscheidung (15.11.1982, Mitbestimmung 1983,83 ff. = BB 1983,101 ff.) nicht erlaubt,. Das Urteil bezog sich aber nur auf die Mitnahme eines solchen zur Einsichtnahme des Prüfberichts in den Geschäftsräumen (s. dazu ausf. Köstler/Zachert/Müller 9.A. Rz. 749. Selbstverständlich gilt es die erforderliche Vertraulichkeit zu wahren..

44 Siehe Köstler: Die Mitbestimmung 1+2/98 S.63 f., Claussen, Kölner Kommentar AktG 1. Auflage, § 170 Rz.17.

45 Wie die übrigen AR-Mitglieder von den in den Prüfungsberichten enthaltenen Informationen Kenntnis erhalten, bedarf dann weiterer Klärung, s. dazu auch Hommelhoff aaO. S.2573.

Nach der Neufassung von § 171 Abs.1 Satz 2 hat der Abschlussprüfer an den Verhandlungen des Aufsichtsrates oder eines Ausschusses über diese Vorlagen teilzunehmen und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten. Auch hier ist die Beschränkung auf einen Ausschuss zunächst nicht einzusehen. Wichtiger aber ist diese Berichtspflicht des Prüfers, die man mit Auskünften zu Einzelheiten des Prüfberichtes an ihn verknüpfen kann und abschließend fragen sollte, ob er über seinen Vortrag hinaus noch dem Aufsichtsrat zu berichten habe.

Konzernabschluss

In die bereits angesprochenen Vorschriften der §§ 111 Abs.2, 170 und 171 AktG wurde durch das KonTraG, und ausgeweitet durch das TransPuG auch der **Konzernabschluss eingearbeitet**. Für dessen Behandlung im Aufsichtsrat gelten also jetzt die gesamten obigen Ausführungen gleichermaßen. Die entscheidende Neuerung des TransPuG 2002 ist hier, dass auch der Konzernabschluss nunmehr vom Aufsichtsrat zu billigen ist (vgl. § 173 AktG). Verweigert der Aufsichtsrat die Feststellung des Jahresabschlusses, so geht dieses Recht auf die Hauptversammlung über; beim Konzernabschluss geht es immer nur um die Billigung.

Abhängige nicht durch einen Beherrschungsvertrag gebundene Aktiengesellschaften unterliegen eines besonderen Schutzes nach §§ 311 ff. AktG. Hier hat im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss der Vorstand auch den sog. **Abhängigkeitsbericht** zu geben. Dieser ist vom Abschlussprüfer ebenfalls zu prüfen und im Aufsichtsrat zu behandeln. Beim KonTraG 1998 war die Anpassung der §§ 313, 314 AktG. vergessen worden. Das Versäumnis wurde durch das Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz (KapCoRiLiG 9.3.2000) beseitigt: also auch dieser ist dem Aufsichtsrat direkt vorzulegen und der Prüfer hat auch insoweit an den Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen.

Besonderheiten bei der Genossenschaft

Hier sind durch das KonTraG 1998 nur die Verweisungen in den einschlägigen Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes (§§ 53 und 58) auf die Neufassungen von §§ 317,321 HGB angepasst worden.

Die Aufstellungsfrist für den Jahresabschluss ist fünf Monate (§ 33 GenG, § 336 HGB; anders wenn Kreditinstitut). Je nach Bilanzsumme sind Genossenschaften in jedem oder jedem zweiten Jahr vom Prüfungsverband zu prüfen (§§ 53,54,55 GenG). Jahresabschluss sowie Lagebericht sind unverzüglich dem Aufsichtsrat vorzulegen und nach dessen Prüfung mit dessen Bemerkungen der

Generalversammlung (§ 33 Abs.2, 38 Abs.1 S.3 GenG) zu berichten. Der Prüfungsbericht des Verbandes ist dem Vorstand unter gleichzeitiger Benachrichtigung der Aufsichtsratsvorsitzenden vorzulegen. Jedes Mitglied des Aufsichtsrats ist berechtigt, den Bericht einzusehen (§ 58 Abs.3 GenG). Hier hat das KonTraG keine Änderung vorgenommen; jedoch entsprach es schon der bisherigen Auffassung, dass genügend Vorbereitungszeit sein müsse und eine Aushändigung dazu zulässig sei[46]. Über das Ergebnis der Abschlussprüfung hat der Aufsichtsrat mit dem Vorstand in gemeinsamer Sitzung zu beraten, und der Aufsichtsrat hat sich über die wesentlichen Feststellungen der Prüfung zu erklären (§ 59 Abs.2 GenG).

4.4 Weitere Mitwirkungsrechte

Alle Aufsichtsräte im Geltungsbereich der Gesetze über die Beteiligung der Arbeitnehmer an Aufsichtsräten haben das Recht, eine **Anteilseignerversammlung einzuberufen**, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert.

Nur bei AG und KGaA haben Vorstand bzw. persönlich haftende Gesellschafter und Aufsichtsrat zu jedem Gegenstand der Tagesordnung der Hauptversammlung **Vorschläge zur Beschlussfassung** zu machen (§ 124 Abs.3 AktG).

Schließlich ist auf die Pflicht zur **Einladung der Aufsichtsratsmitglieder zu den Haupt-/Gesellschafterversammlungen hinzuweisen**. § 118 Abs.3 AktG gilt über § 1 Abs.1 Nr. 3 DrittelbG auch für die GmbH. Die Unterlagen und Beschlüsse der Haupt-/Gesellschafterversammlung sind schließlich, da § 125 Abs.3+4 AktG hier maßgeblich sind, jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übersenden. In der juristischen Literatur wurde mit Recht die Meinung vertreten, dass es sich bei der Nichterwähnung des § 125 Abs.4 AktG in § 77 Abs.1 BetrVG ´52 um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt[47]. Nunmehr ist der Absatz auch ausdrücklich in § 1 Abs.1 Nr. 3 DrittelbG erwähnt.

Bei börsennotierten Aktiengesellschaften hat der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung gemäß § 171 Ab.2 S.2 insbesondere nunmehr auch anzugeben, welche Ausschüsse gebildet worden sind, sowie die Zahl seiner Sitzungen und die der Ausschüsse mitzuteilen. Mit dieser Regelung will das Gesetz den vom Gesetzgeber festgestellten „Trend“ weg von wenig aussagefähigen

46 Vgl. Lang/Weidmüller GenG 33.A.§ 58 Rz.32.
47 Siehe Baumbach-Hueck GmbHG 16.Aufl.1996 § 52 Rz.162 und Säcker NJW 1979 S.1524.

Standardformulierungen bei diesen Berichten an die HV unterstreichen (Begründung KonTraG S.60 f.).

Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex

„Vorstand und Aufsichtsrat der **börsennotierten Aktiengesellschaft** erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen **Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen** der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance **Kodex**" entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen" (§ 161 AktG in der Fassung des TransPuG 2002).

Der Aufsichtsrat hat also in diesen Gesellschaften einen Beschluss zur Einhaltung des Kodex (s. schon eingehend Vorwort dieser Broschüre) zu fassen (die Erklärung des Aufsichtsrats kann theoretisch von der des Vorstandes abweichen). Nach der Übergangsregelung in § 15 EGAktG war die Erklärung in 2002 zum ersten Mal abzugeben. Es reicht bis Ende des Jahres und es ist keine Aussage nötig, ob der Kodex in der Vergangenheit eingehalten wurde. Inzwischen gibt es hierzu einiges an Praxis, und auch Verfahren um die Korrektheit der Erklärung bzw. die Anfechtung der Entlastung wegen Unkorrektheit.[48]

Entscheidend dürfte beim **Abweichen** sein, dass dies auch den Aktionären gegenüber **begründet** wird, denn nur so werden diese und – nach Vorstellung der Corporate Governance Kodex Verfechter – der Kapitalmarkt ihre Einstellung zum Unternehmen überdenken können und nicht negativ reagieren. Dies ist nun durch das Bilanzmordernisierungsgesetz von 2009 in § 161 AktG aufgenommen worden („und warum").

48 Der BGH gab zuletzt am 21.9.2009 (DB 2009, S. 2422 ff.)einer Anfechtung statt, da „in einem nicht unwesentlichen Punkt" ... „die unterbliebene Information für einen objektiv urteilenden Aktionär für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte relevant" war

4. Kapitel
Schluss

1. Kontrolleur und Interessenvertreter

Der Aspekt der Informationsbeschaffung ist also, wie unsere qualitativen Befunde deutlich ausweisen, auf zwar sehr unterschiedlichen Niveaus, aber doch ziemlich durchgehend ein wichtiger Aspekt der Beteiligungen im Aufsichtsrat unter den Bedingungen des BetrVG ‚52. Die Ergebnisse unserer schriftlichen Befragung belegen zugleich mit hinreichender Deutlichkeit, dass - sowohl im Bezug auf die Qualität der Informationsbeschaffung, als auch auf die Informationsverarbeitung und - Weitergabe an Vertrauensleute und Beschäftigte - generell, also im Durchschnitt aller Unternehmen, ein Niveauunterschied zu den Unternehmen im Geltungsbereich des MitbestG ‚76 zu beobachten ist. Anders formuliert: In allzu vielen und insgesamt wohl deutlich mehr Fällen als dort ist unter den Bedingungen der Drittelbeteiligung die Definitionsmacht des Managements in Bezug darauf, welche Informationen gegeben werden, weitgehend unangetastet und sind Unsicherheiten bzw. entsprechend vorsichtiger Umgang der Arbeitnehmervertreter mit bestimmten Informationen im Hinblick auf deren eventuellen Vertraulichkeit nicht zu übersehen. Ist also das Urteil mancher hauptamtlicher Gewerkschaftsfunktionäre berechtigt, insbesondere im Bereich der Drittelbeteiligung verhielten sich die Betriebsräte nur allzu oft wie „Geheimräte und Geheimnisträger, die alles wissen und nichts sagen?“

Uns scheint, im Licht unserer qualitativen Befunde, eine solche pauschalierende Bewertung nicht angebracht, unbeschadet des auch von uns kritisch hervorgehobenen Niveauunterschiedes der Informationsarbeit zwischen beiden gesetzlichen Regelungsbereichen.

Dem Vorwurf der Geheimniskrämerei haftet immer auch der Verdacht an, dass Informationen gezielt und wider besseres Wissen zurückgehalten werden. Der vom Management ins Vertrauen gezogene Betriebsrat erscheint dann allzu leicht als wirkungsvoll eingebunden, weil auf dessen Problemsicht festgelegt, vielleicht nicht zuletzt aufgrund fragwürdiger „Trostpflaster“, die womöglich gar den Geruch der Korruption an sich haben. Es mag Einzelfälle geben, auf die eine solche Charakterisierung zutrifft. Lässt man sich aber aber auf die Handlungsbedingungen und Perspektiven ein, so wie sie aus unseren Gesprächen

mit den betrieblichen Arbeitnehmervertretern sichtbar werden, dann treten in den Fällen, die aus der Sicht hauptamtlicher Gewerkschafter entsprechend den obigen Zitaten inkriminiert werden müssten, doch andere Momente in den Vordergrund. Was einem begegnet, ist der Versuch, möglichst redlicher Nutzung und Weitergabe von zum Teil mühsam errungenen Daten, die sich manchmal auch nur recht vage zu wirklich nutzbaren Informationen zusammenfügen. Hinzu kommt eine Handlungssituation, die geprägt ist durch erhebliche Definitions- und (zumindest befürchtete) Sanktionsmacht des Managements und in der teilweise Witz und so etwas wie Bauernschläue eingesetzt werden, um solche Informationen zu erhalten und wenigstens einer begrenzten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Herstellung von Betriebsöffentlichkeit ist offenbar immer wieder ein schwieriges, ja ein als riskant erachtetes Geschäft. Man muss sich Kniffe einfallen lassen, ist sicherlich häufig auch zu ängstlich und wagt es nicht, bestehende Machtverhältnisse weitergehend anzugreifen, obwohl es das BetrVG als Kollektivrecht erlaubt, die Öffentlichkeit einschränkende Privatheit des Unternehmens sehr viel deutlicher zu relativieren.

Die große Seltenheit gerichtlicher Auseinandersetzungen um Streitfragen der Herstellung von Öffentlichkeit oder der Wahrung von Vertraulichkeit belegen u.E. die generelle Richtigkeit dieser These. Gerichtliche Auseinandersetzungen bilden nicht nur unter den von uns näher untersuchten Unternehmen eine Ausnahme, sondern sind auch für die Aufsichtsräte mit Arbeitnehmerbeteiligung insgesamt völlig untypisch....

Das fast völlige Fehlen juristischer Konflikte lässt schon vermuten, dass es in den Unternehmen so etwas wie einen durch Definitionsmacht des Managements wesentlich geprägten Grundkonsens gibt, den die Arbeitnehmervertreter nicht so leicht verletzen. Viele unserer Gesprächspartner weisen z.B. darauf hin, dass es im Unternehmen hinsichtlich der Weitergabe von Informationen noch nie zu „ernstlichen Beschwerden“ gekommen sei - eine Formulierung, die ja wohl besagt, dass sie dem Management keine entsprechenden Beschwerdegründe geliefert haben. Die alltäglich erfahrenen Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse kommen also schon in dieser Formulierung zum Ausdruck.

Dabei liegt es natürlich auf der Hand, dass das „Niveau“ von Betriebsöffentlichkeit, was als zulässig definiert wird, jeweils sehr unterschiedlich sein kann.
Aus: Bürger: „Mitbestimmung ohne Parität“ – Aufsichtsratsbeteiligung nach dem BetrVG 1952, Köln 1991

Im 1. Kapitel war das **Handlungsfeld für die Arbeitnehmervertreter** im Aufsichtsrat bereits umrissen worden:

Kontrolleur (und **Gestalter** im Rahmen der im 3. Kapitel dargestellten Möglichkeiten) der Unternehmensleitung und **Bestandteil** eines Systems **der Interessenvertretung**.

Kein Arbeitnehmervertreter kann sich nur als Interessenvertreter in dem Gremium des Aufsichtsrates betrachten; dies gilt auch für die Drittelbeteiligung. Es wurde im 3. Kapitel im Abschnitt Überwachung auch betont. Andererseits geht es ebenso darum, gegenüber den **Betriebsverfassungsorganen** (Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Wirtschaftsausschuss, Konzernbetriebsrat) und den **Belegschaften** immer wieder deutlich zu machen, was im Aufsichtsrat geschieht. Zum anderen sind auch die Informationen von vor Ort über die Betriebsverfassungsorgane bis hin zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zu transportieren, gewissermaßen **kommunizierende Röhren der Mitbestimmung** herzustellen.

Hierzu sind die Arbeitnehmervorbesprechungen wichtig. Hierher gehört die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat an den Sitzungen der Betriebsverfassungsorgane. Weiterhin sind die Formen **schriftlicher Information über die Aufsichtsratsarbeit** und die **mündliche Berichterstattung auf Betriebsversammlungen** zu nutzen und ggf. auszubauen. Und schließlich ist der unterstützende **Sachverstand** der **Gewerkschaften** einzubeziehen.

In der juristischen Literatur wird dieser Sicht oft das Schlagwort von der repräsentativen Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat, der an der Führung eines Wirtschaftsunternehmens mitwirke, entgegengehalten. Eine solche Argumentation löst aber schlichtweg das im 1. Kapitel thematisierte Spannungsverhältnis von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung zugunsten des Ersteren. Im 1. Kapitel (insbesondere 2. Aufsichtsrat und Mitbestimmung) ist zum gesellschaftspolitischen Element einer solchen rechtlichen Argumentation bereits Stellung genommen worden. Weder die Rechtsprechung[49], noch die Rechtswissenschaft können daher hier bei einer positivistischen Haltung stehen bleiben. „Positivismus ist die Methode der prinzipiellen Billigung oder zumindest Bevorzugung des Status quo, die er gegen interpretatorische oder legislatorische Veränderungen abschirmt."[50]

Im Übrigen gehört die Möglichkeit der **Abberufung** eines **Aufsichtsratsmitgliedes durch** seine **Wähler** zum festen Bestandteil des deutschen Gesellschaftsrechts, und in alle Gesetze über die Beteiligung der Arbeitnehmer am

49 Vgl. hierzu Köstler: Das steckengebliebene Reformvorhaben, 1987.
50 Grimm: Methode als Machtfaktor, Festschrift Coing, München 1982, S.471 f.

Aufsichtsrat seit 1951 wurde eine derartige Abwahlmöglichkeit durch die Belegschaften aufgenommen. Hierin liegt schon ein Unterschied zur repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes für die Abgeordneten des Bundestages. Vorgehensweisen von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, wie sie eingangs beschrieben wurden, als „Wahlkampf zu etikettieren, führt deshalb auch nicht weiter. „Wenn bei solcher Strategie der Vorstand im Interesse der Gesellschaft versuchen wird, Informationen nicht oder erst im späteren Moment zu geben“[51], so muss man doch gegenüber dieser „praktischen Erkenntnis“ auch den anderen Erfahrungssatz setzen, dass Vorstände ihre Sicht der Dinge zum Unternehmensinteresse hochstilisieren.

Verschwiegenheitspflicht als Teil der Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist geltendes Gesellschaftsrecht. Sie soll nachfolgend – gerade auch mit ihren nicht unproblematischen Formulierungen durch das TransPuG – kurz erläutert werden. Weder sie jedoch, noch gar die Formel vom Unternehmensinteresse, sind praktische Kategorien, denen - von wem auch immer definiert - sich Mitbestimmung einfach unterordnen müsste. (Siehe auch 1. Kapitel 2.3)

2. Verschwiegenheitspflicht[52]

„Zutreffend sieht das Berufungsgericht in dem Schweigegebot des § 116 i.V.m. § 93 Abs.1 Satz 2 AktG eine abschließende Regelung, die nach § 23 Abs.5 AktG durch Satzung oder Geschäftsordnung weder gemildert, noch verschärft werden kann. Sie beruht auf einer Abwägung, inwieweit es zum Schutz übergeordneter Geheimhaltungsinteressen geboten, aber auch tragbar erscheint, die Bewegungsfreiheit der Organmitglieder unter Berücksichtigung ihrer gesetzlichen Funktion zu beschränken.“
Bundesgerichtshof, 5.6.1975, *BGHZ 64/325 ff., 326 f.*

Diese Entscheidung – die, wie ersichtlich, einige Monate vor Verabschiedung des MitbestG erging – ist auch heute noch im Grundansatz die Leitentscheidung. Darin ist aber dann auch davon die Rede, dass ein **unbeschränktes Schweigegebot** der **Bedeutung des Aufsichtsratsamtes** und den hohen **sachlichen** und **persönlichen Anforderungen**, die es an seinen Träger stellt, **nicht gerecht geworden wäre**; es

51 Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, S.87.
52 Siehe auch die Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr.5 und Köstler/Zachert/Müller Rn. 542 ff.

hätte sogar ein Hindernis für eine pflichtgemäße Amtsausübung bilden können. Die **Größe der Verantwortung** bedinge auch ein **gewisses Maß an Freiheit**, im Einzelfall mit der gebotenen Sorgfalt **selber zu prüfen** und **zu entscheiden, wie** übernommene Aufgaben **am besten zu erfüllen** sind. Dazu könne auch ein **abgewogenes Urteil darüber** gehören, **wann Schweigen Pflicht** und **wann es erlaubt oder vielleicht sogar nötig** ist, über eine bestimmte Angelegenheit **offen zu reden**.

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß (dort: Über **vertrauliche Angaben** und **Geheimnisse** der Gesellschaft, **namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse**, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, haben sie **Stillschweigen** zu bewahren). Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene **vertrauliche Berichte** und **vertrauliche Beratungen** verpflichtet. So §§ 116, 93 AktG in der Fassung des TransPuG 2002.

Nach der Gesetzesbegründung 2002 besteht zwischen Information und Vertraulichkeit ein unlösbarer Zusammenhang. Es bedürfe einer besonderen Hervorhebung der für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats elementaren Verpflichtung zur Verschwiegenheit in § 116 selbst. Da der Aufsichtsrat typischerweise Mitglieder habe, die auch und häufig hauptberuflich in anderen Unternehmen oder Organisationen arbeiteten und da folglich ein Interessenkonfliktganz bewusst im System angelegt sei, bedürfe die Wahrung der Vertraulichkeit der besonderen Erinnerung und gesetzlichen Absicherung. Dies werde durch die Betonung „insbesondere“ unterstrichen.

Wenn anschließend von der Zuständigkeit für die Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens die Rede ist, ist festzuhalten, dass sich Arbeitnehmervertreter hier diese auch nicht anmaßen wollen. Mit Zuständigkeit kann man aber nicht bei der Frage argumentieren, wie weit die Verschwiegenheitspflicht geht bzw. das AktG das Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit einschränken kann.

Ausgangspunkt sollten weiterhin die Begriffe in § 93 AktG sein: Aus den besonders hervorgehobenen Begriffen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, kann man besonders gut **Umfang und Zielsetzung der Verschwiegenheitspflicht** erläutern:

- Durch die **Tätigkeit im Aufsichtsrat** bekannt geworden sein müssen **relativ unbekannte Tatsachen**, d.h. nur einem geschlossenen Kreis von Mitwissern bekannt sein und
- es muss ein **objektivierbares Unternehmensinteresse** an der Geheimhaltungsbedürftigkeit gegeben sein. Dies kann anerkannt werden, wenn die Weitergabe der Informationen dem Unternehmen einen ins Gewicht fallenden Schaden zufügt.

Der Begriff der **„vertraulichen Angaben"** wird in der Literatur nicht einheitlich definiert. Einerseits wird gesagt, vertrauliche Tatsachen würden dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschaft ein objektives Interesse habe, dass sie, obwohl bekannt, nicht hervorgezogen auf dem offenen Markte verhandelt würden. Andererseits werden hierunter Vorgänge im persönlichen Lebensbereich oder im Organbereich von Vorstand und Aufsichtsrat oder im sonstigen Unternehmensbereich liegende Vorkommnisse, die dem Aufsichtsrat mitgeteilt werden, zugeordnet. Letztlich aber hat auch hier eine objektiv zu bestimmende Geheimhaltungsbedürftigkeit zu entscheiden (auf das sogenannte Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis wird unten noch eingegangen).

Wenn der Bundesgerichtshof, wie eingangs zitiert, das Schweigegebot auf eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens und der Bewegungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder zurückführt, so steht man – bzw. jedes Aufsichtsratsmitglied selbst einzelverantwortlich – vor der Problematik im konkreten Einzelfalle, objektivierbare Aspekte des Unternehmensinteresses hier zu bestimmen. Abgesehen davon, dass oftmals versucht wird, Dinge zu Geheimnissen zu erklären, die längst nicht mehr relativ unbekannt sind, ist entscheidend, dass **dem Unternehmen** mit **hoher Wahrscheinlichkeit** ein **Schaden entstehen kann**. Hier hat dann eine Auslegung stattzufinden, die die hier berührten Grundrechte gegenüber dem Schutzgut nicht mit der Bemerkung, dass einzelne Aufsichtsratsmitglied habe sich freiwillig in den Interessenbereich der Gesellschaft begeben, beiseite schiebt.

Wenn man den weiten und der juristischen Methodik kaum zugänglichen Begriff des „Unternehmensinteresses" nicht hier als einseitige Formel verwenden möchte, der sich jegliche Arbeitnehmerinteressen unterzuordnen haben, so muss man einräumen, dass hier letztlich eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen, die im Unternehmen vereinigt sind, Platz greifen muss. Diese ist grundsätzlich vom einzelnen Aufsichtsratsmitglied im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht durchzuführen (dazu noch unten). Abstrakte Umschreibungen führen hier oft dazu,

dass die Interpretationsgesichtspunkte nicht deutlich genug offengelegt werden. Sie sind aber auch schwierig, wenn man nicht einseitig von der Interessenlage der Kapitaleigner ausgehen will, oder beispielsweise das hier angesprochene Unternehmensinteresse mit dem Anteilseignerinteresse auf möglichst hohe Rendite gleichsetzt. Deshalb kann im Rahmen allgemeiner Bemerkungen auch nur betont werden, dass die Interessen der Arbeitnehmer, die entscheidend zum Unternehmenserfolg beitragen, zumindest gleichrangig zu berücksichtigen sind.

Eine allgemeine Umschreibung gibt seit 2009 der C.-G-.-Kodex:

Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse). Präambel … also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) Ziff. 4.1.

Nun spricht der § 116 AktG in der Fassung 2002 diesbezüglich spezifisch von **erhaltenen vertraulichen Berichten** und von **vertraulichen Beratungen**.

Schon vom Wortlaut her muss man dann festhalten, dass es auch andere Berichte gibt und nicht alles was im Aufsichtsrat besprochen wird vertraulich ist. In der Gesetzesbegründung ist denn auch bei den Berichten von einem „besonders betonten Ausschnitt der vielfältigen vom Vorstand gelieferten Informationen" die Rede und, dass „vertrauliche Daten in den Beratungen vom Aufsichtsrat selbst generiert würden".

Problematisch ist die weitere Begründung: „Das Gesetz ändert nichts daran, dass die **Geheimhaltungsbedürftigkeit** einer Tatsache keiner subjektiven Einstufung unterliegt, sondern **objektiv zu bewerten** ist. Wenn allerdings die Quelle der Information (sei es der Vorstand oder der Aufsichtastrat selbst) diese ausdrücklich als vertraulich bezeichnet, so besteht jedenfalls eine Vermutung, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Wenn umgekehrt der Aufsichtsrat oder der Vorstand solche Daten als nicht-vertraulich qualifizieren, so spricht unbeschadet der objektiven Einstufung eine Vermutung für die Richtigkeit dieser Einschätzung." Nach den Worten des zuständigen Beamten im Bundesjustizministerium[53]sei damit die bereits vom Bundesgerichtshof 1975 entwickelte Vermutungswirkung deutlich herausgearbeitet worden. Dort allerdings steht es – mit Recht –. etwas anders: „einen wichtigen Hinweis auf die Notwendigkeit

53 Seibert NZG 2002 S. 610 f.

vertraulicher Behandlung geben, der nicht ohne sorgfältige Prüfung und, wenn erforderlich, sachkundige Beratung beiseite geschoben werden darf“[54]. Gerade auf Grund der Stellungnahme des DGB zur „Vermutung“ ist die Gesetzesbegründung neu gefasst worden[55], dann aber muss betont werden:

Im Streitfall ist von einem **Gericht** die Qualifikation als vertraulich nach **objektiven Kriterien** festzustellen. So war der Ansatz des BGH und ohne Niederschlag im Wortlaut des Gesetzes verbleibt es angesichts der Materie (Einschränkung eines Grundrechts) dabei. Wenn der Vorstand die Vertraulichkeit betont, ist natürlich sorgfältig zu prüfen. Jedoch kann ein Aufsichtsrat nicht einfach durch Mehrheitsbeschluss hier eine mehr als subjektive Einschätzung vornehmen.

Im Zusammenhang mit dem Begriff vertrauliche Angaben ist im Grunde genommen bereits das Thema **Abstimmungsergebnis und Gang der Verhandlungen im Aufsichtsrat** angesprochen worden. Nunmehr kommt § 116 AktG 2002 (**vertrauliche Beratungen**) hinzu. Hier wurde nun vielfach - und insbesondere unter Bezugnahme auf die erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofes - eine auch aus dem Betriebsverfassungsrecht bekannte Formel (vertrauensvolle Zusammenarbeit) für die Aufsichtsratsmitglieder zur Entscheidungsleitschnur erklärt.

Die Passage im Bundesgerichtshof-Urteil lautet:

„So werden vor allem die Stimmabgabe und die Stellungnahmen anderer Aufsichtsratsmitglieder oder sonstige persönliche Äußerungen, die nach Form und Inhalt ersichtlich nur für den Kreis der Anwesenden bestimmt sind, schon ihrer Natur nach im allgemeinen als vertraulich zu bewerten sein. Stünde es einem Mitglied frei, alle Vorgänge, die ihm bei den Beratungen des Aufsichtsrates zur Kenntnis kommen, alsbald in die Öffentlichkeit zu tragen, so wäre - zum Schaden des Unternehmens - eine vertrauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat und eine unbefangene Meinungsäußerung und Meinungsbildung seiner Mitglieder in Frage gestellt. Solche Vorgänge fallen daher in weitestem Umfang unter die Schweigepflicht.“[56]

Der unbefangene Leser kann in dieser Passage jedenfalls **kein Verbot** der **Bekanntgabe** des **eigenen Abstimmungsverhaltens finden**, soweit nicht der Gegenstand selbst der Geheimhaltung unterliegt. Vor dem Begriff der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist schließlich Vorsicht geboten. Zahlreiche praktische Erfahrungen, wie sie auch in empirischen Veröffentlichungen dargestellt sind,

54 BGHZ 64, S. 329 f.
55 Seibert aaO.
56 BGHZ 64,332

belegen doch, wie oftmals einseitig hier eine Aufladung des Begriffs versucht worden ist. Mit der **Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses** ist eine Aussage über das Abstimmungsverhalten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder nicht gemacht. Wenn man das Schutzgut der Verschwiegenheitspflicht ernst nimmt, kann auch nicht der Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates in einer Weise überhöht werden, dass Aufsichtsratsbeschlüsse als solche zur vertraulichen Angabe erklärt werden. Die Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses kann also nur dann gegen die Verschwiegenheitspflicht verstoßen, wenn der Beschlussinhalt unter den Tatbestand von §§ 93, 116 AktG eingeordnet werden kann.

Es besteht immerhin Einigkeit, dass die Pflicht zur **Vertraulichkeit gegenüber** den **übrigen Aufsichtsratsmitgliedern nicht** besteht. Zu betonen ist dies an dieser Stelle vor allen Dingen für das Verhältnis von **Aufsichtsratsausschüssen** und **Aufsichtsratsplenum**; hier kommt natürlich die neue Berichtspflicht und die Plenarzuständigkeit bei Vergütungsentscheidungen nach § 107 Abs.3 AktG hinzu.

Mit dem oben wiedergegebenen Urteil des Bundesgerichtshofes ist auch klar, dass das Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich die Entscheidung über den Umfang der Verschwiegenheitspflicht zu treffen hat. **Weder Vorstand/Geschäftsführung, noch der Aufsichtsratsvorsitzende oder der Aufsichtsrat** als Kollegialorgan, **haben** hier **ein Entscheidungsrecht**. Schließlich können Regelungen auch nicht in Geschäftsordnungen oder Satzungen Platz greifen, wenn sie mehr sind, als mit anderen Worten noch einmal den Gesetzesinhalt zu umschreiben. Dabei bleibt es – wie gesagt – trotz der Ausführungen zur Vermutungswirkung in der Gesetzesbegründung zum TransPuG. Problematisch sind schließlich sogenannte Richtlinien, mit denen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied erläuternde Hinweise gegeben werden sollen. Auch hier besteht wiederum die Gefahr, dass durch eine zu enge Formulierung eine unzulässige Einengung des Entscheidungsspielraums des einzelnen Mitgliedes entsteht.

Als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat besteht ein besonderes Interesse an der **Kommunikation** innerhalb der **Interessenvertretungsorgane** und gegenüber der **Belegschaft**. Hier nun wird z.T. unter dem Gesichtspunkt der Kompetenz zur Weitergabe von Informationen - der Aufsichtsrat sei reines Innenorgan - eine Barriere aufzubauen versucht. Ebenso gibt es den Einwand, die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des § 79 BetrVG zeige gerade, dass Information in der umgekehrten Richtung als dort geregelt nicht zulässig sei. Und

die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht gehe schließlich auch weiter als die betriebsverfassungsrechtliche[57].

Hier ist nun allerdings wirklich der Punkt, bei dem man Grundrechte (insbesondere Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art.5 GG, aber auch Art.9 Abs.3 und 20 GG) nicht durch Kompetenzen - Vertretung der Gesellschaft - aushebeln kann. Eigentümlich daran ist schließlich auch, dass der Hinweis auf die Informationspflichten der Unternehmensleitung gegenüber den Interessenvertretungsorganen hier allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Art Nothilferecht in Betracht gezogen wird. Darum geht es hier nicht:

Im **Betriebsverfassungsgesetz konnte nur** die **eine Richtung** des **Informationsflusses geregelt** werden. Dies ist auch dem Bundesarbeitsgericht[58] entgegenzuhalten. Und für die Praxis sollte man darauf achten, dass dem Aufsichtsrat auch Mitglieder des Wirtschaftsausschusses angehören; diese können dann dort gezielter Nachfragen. Im Sinne der Regelung des § 79 Abs.1 BetrVG sollte allerdings das Aufsichtsratsmitglied ausdrücklich auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit hinweisen.

Zutreffend ist, dass die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der **Belegschaft** eine gewisse praktische Bedeutung erlangen kann. Doch auch hier ist zunächst auf den Ausschnitt aus der Untersuchung zu Beginn dieses Abschnittes zu verweisen. Weiterhin ist hier nochmals auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zurückzukommen:

„So kann es gerade **im Interesse des Unternehmens notwendig** werden, eine im Aufsichtsrat besprochene Angelegenheit anderweit in einem geschlossenen Kreis oder auch öffentlich zu erörtern, um **Missverständnisse auszuräumen**, Gerüchten entgegenzutreten, **Unruhen zu vermeiden** oder sonst die Beziehungen und das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen; wann dies der Fall ist, lässt sich nicht nach starren Regeln, sondern nur für den Einzelfall entscheiden.... Ferner kann es zur **sachgemäßen Ausübung des Mandats** und damit wiederum **zum Nutzen des Unternehmens** angezeigt erscheinen, vor einer wichtigen Entscheidung **sachkundigen Rat** außerhalb des Aufsichtsrates **ein-**

57 Die neue Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts v. 23.10.2008, DB 2009 S.1131 tendiert „grundsätzlich“ auch in diese Richtung; ob Ausnahmen anzuerkennen seien bedürfe im konkreten Fall keiner Erörterungen. Kritisch zu dieser Entscheidung und mit praktischen Erwägungen Cuntz/Sick Mitbestimmung 4/2010.

58 Siehe Fn. 57 und die Entscheidung des Dän. Strafgerichtshofs in einem dortigen „Insider-Fall“, erwähnt bei Cuntz/Sick und vollständig in ZIP 2009 S. 1526.

zuholen, wobei allerdings schon durch die Auswahl des Beraters eine Weitergabe oder einem sonstigen Missbrauch vertraulicher Mitteilungen vorzubeugen ist."

Auch hier gilt, dass eine Argumentation mit dem Repräsentationsprinzip zu kurz greifen würde. Dies zeigen vor allen Dingen die bereits erwähnten Abwahlmöglichkeiten. Dies hat dann auch letztlich nichts mit „Wahlkampf" zu tun, sondern ist eben genau die Rückkoppelung zwischen Wählern und Gewählten. Wenn dann das Unternehmensinteresse nicht etwas über den Dingen Schwebendes ist, dann sind hier die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer, die maßgeblich zur Wertschöpfung des Unternehmens beitragen, auch von Bedeutung, so sieht es ja jetzt auch der C.-G.-Kodex (s. oben) mit seiner Klärung zum Unternehmensinteresse[59].

Eine besondere Thematik stellt im Bereich der börsennotierten Unternehmen und Konzerne das sog. **Insiderrecht** - durch das Wertpapierhandelsgesetz 1994 eingeführt - dar. „Beratungsgegenstände, die durch Ad-hoc-Mitteilungen, Zwischenberichte etc. schon öffentlich sind, unterliegen naturgemäß nicht der Vertraulichkeit (so die Begründung im TransPuG zu § 116)[60]. Da diese Broschüre eine orientierende Einführung sein soll, wird auf die Darstellung dieser Spezialmaterie hier verzichtet und auf die **Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 8**[61] verwiesen.

3. Einzelrechte

Da diese Broschüre - wie bereits eingangs gesagt - eine orientierende Einführung sein soll, wird auf die Darstellung von Einzelrechten, wie etwa:

Aufwendungsersatz, Recht auf Freistellung, Schulung und Lohnfortzahlung, Kündigungsschutz, sonstiger **Schutz der Tätigkeit** der Arbeitnehmervertreter, Rechte der Arbeitnehmervertreter beim **Arbeitskampf** und schließlich die **allgemeinen Pflichten** hier verzichtet und auf *Köstler/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis* (9. Auflage 2009 Teil B, 3.Kapitel) verwiesen.

59 So auch schon AG München, welches die Interessenproblematik deutlich sah und auch darauf hingewiesen hatte, dass die Informationen nur gegenüber der betrieblichen Öffentlichkeit gegeben worden waren 2.5.1989, ZIP 1989, 1139 ff.,

60 Siehe auch für einen solchen Fall den Freispruch des Dän. Strafgerichtshofs, erwähnt bei Cuntz/Sick und vollständig in ZIP 2009 S. 1526.

61 Neuaufgelegt im Herbst 2009.

5. Kapitel
Anhang

5.1 Gesetzestext

Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz DrittelbG)

DrittelbG
Ausfertigungsdatum: 18.05.2004
Vollzitat:

„Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004 (BGB1. I S. 974), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGB1. I S. 2479) geändert worden ist“

Stand: Zuletzt geändert durch Art. 10 G v. 30.7.2009 I 2479

Fußnote
Textnachweis ab: 1.7.2004
Das G wurde als Art. 1 d. G v. 18.5.2004 I 974 (WahlVereinfG 2) vom Bundestag beschlossen. Es tritt gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 mit Ausnahme von § 13 am 1.7.2004 in Kraft; § 13 tritt gem. Art. 6 Abs. 1 dieses G am 28.5.2004 in Kraft.

Teil 1
Geltungsbereich

§ 1
Erfasste Unternehmen

(1) Die Arbeitnehmer haben ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat nach Maßgabe dieses Gesetzes in

1. einer Aktiengesellschaft mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat besteht auch in einer Aktiengesellschaft mit in der Regel weniger als 500 Arbeitnehmern, die vor dem 10. August 1994 eingetragen worden ist und keine Familiengesellschaft ist. Als Familiengesellschaften gelten solche Aktiengesellschaften, deren Aktionär eine einzelne natürliche Person ist oder deren Aktionäre unterei-

nander im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 der Abgabenordnung verwandt oder verschwägert sind;

2. einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Nummer 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend;
3. einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat zu bilden; seine Zusammensetzung sowie seine Rechte und Pflichten bestimmen sich nach § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, nach den §§ 95 his 114, 116, 118 Abs. 3, § 125 Abs. 3 und 4 und nach den §§ 170, 171, 268 Abs. 2 des Aktiengesetzes;
4. einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern, wenn dort ein Aufsichtsrat besteht;
5. einer Genossenschaft mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. § 96 Abs. 2 und die §§ 97 bis 99 des Aktiengesetzes sind entsprechend anzuwenden. Die Satzung kann nur eine durch drei teilbare Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern festsetzen. Der Aufsichtsrat muss zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten.

(2) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf

1. die in § 1 Abs. 1 des Mitbestimmungsgesetzes, die in § 1 des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und die in den §§ 1 und 3 Abs. 1 des Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetzes bezeichneten Unternehmen;
2. Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend
   a) politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder
   b) Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes anzuwenden ist, dienen.

   Dieses Gesetz ist nicht anzuwenden auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform.

(3) Die Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sowie über die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern gelten insoweit nicht, als sie den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen.

§ 2
Konzern

(1) An der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens eines Konzerns (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes) nehmen auch die Arbeitnehmer der übrigen Konzernunternehmen teil.

(2) Soweit nach § 1 die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eines herrschenden Unternehmens von dem Vorhandensein oder der Zahl von Arbeitnehmern abhängt, gelten die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens als solche des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist.

§ 3
Arbeitnehmer, Betrieb

(1) Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind die in § 5 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes bezeichneten Personen mit Ausnahme der in § 5 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes bezeichneten leitenden Angestellten.

(2) Betriebe im Sinne dieses Gesetzes sind solche des Betriebsverfassungsgesetzes. § 4 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes ist anzuwenden.

(3) Die Gesamtheit der Schiffe eines Unternehmens gilt für die Anwendung dieses Gesetzes als ein Betrieb. Schiffe im Sinne dieses Gesetzes sind Kauffahrteischiffe, die nach dem Flaggenrechtsgesetz die Bundesflagge führen. Schiffe, die in der Regel binnen 48 Stunden nach dem Auslaufen an den Sitz eines Landbetriebs zurückkehren, gelten als Teil dieses Landbetriebs.

Teil 2
Aufsichtsrat

§ 4
Zusammensetzung

(1) Der Aufsichtsrat eines in § 1 Abs. 1 bezeichneten Unternehmens muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen.

(2) Ist ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer oder sind zwei Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen, so müssen diese als Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sein. Sind mehr als zwei Aufsichtsratsmitglieder der

Arbeitnehmer zu wählen, so müssen mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder als Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sein.

(3) Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, die Arbeitnehmer des Unternehmens sind, müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein Jahr dem Unternehmen angehören. Auf die einjährige Unternehmensangehörigkeit werden Zeiten der Angehörigkeit zu einem anderen Unternehmen, dessen Arbeitnehmer nach diesem Gesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen, angerechnet. Diese Zeiten müssen unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, ab dem die Arbeitnehmer zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens berechtigt sind. Die weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes müssen erfüllt sein.

(4) Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein.

§ 5
Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer

(1) Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer werden nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl für die Zeit gewählt, die im Gesetz oder in der Satzung für die von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder bestimmt ist.

(2) Wahlberechtigt sind die Arbeitnehmer des Unternehmens, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. § 7 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes gilt entsprechend.

§ 6
Wahlvorschläge

Die Wahl erfolgt auf Grund von Wahlvorschlägen der Betriebsräte und der Arbeitnehmer. Die Wahlvorschläge der Arbeitnehmer müssen von mindestens einem Zehntel der Wahlberechtigten oder von mindestens 100 Wahlberechtigten unterzeichnet sein.

§ 7
Ersatzmitglieder

(1) In jedem Wahlvorschlag kann zusammen mit jedem Bewerber für diesen ein Ersatzmitglied des Aufsichtsrats vorgeschlagen werden. Ein Bewerber kann nicht zugleich als Ersatzmitglied vorgeschlagen werden.

(2) Wird ein Bewerber als Aufsichtsratsmitglied gewählt, so ist auch das zusammen mit ihm vorgeschlagene Ersatzmitglied gewählt.

§ 8
Bekanntmachung der Mitglieder des Aufsichtsrats

Das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ hat die Namen der Mitglieder und der Ersatzmitglieder des Aufsichtsrats unverzüglich nach ihrer Bestellung in den Betrieben des Unternehmens bekannt zu machen und im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Nehmen an der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder des Unternehmens auch die Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens teil, so ist daneben das zur gesetzlichen Vertretung des anderen Unternehmens befugte Organ zur Bekanntmachung in seinen Betrieben verpflichtet.

§ 9
Schutz von Aufsichtsratsmitgliedern vor Benachteiligung

Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

§ 10
Wahlschutz und Wahlkosten

(1) Niemand darf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer behindern. Insbesondere darf niemand in der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts beschränkt werden.
(2) Niemand darf die Wahlen durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen.
(3) Die Kosten der Wahlen trägt das Unternehmen. Versäumnis von Arbeitszeit, die zur Ausübung des Wahlrechts oder der Betätigung im Wahlvorstand erforderlich ist, berechtigt nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts.

§ 11
Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer

(1) Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines Ersatzmitglieds der Arbeitnehmer kann beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesent-

liche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte.

(2) Zur Anfechtung berechtigt sind
1. mindestens drei Wahlberechtigte,
2. die Betriebsräte,
3. das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ.

Die Anfechtung ist nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tag der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger an gerechnet, zulässig.

§ 12
Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer

(1) Ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer kann vor Ablauf der Amtszeit auf Antrag eines Betriebsrats oder von mindestens einem Fünftel der Wahlberechtigten durch Beschluss abberufen werden. Der Beschluss der Wahlberechtigten wird in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Abstimmung gefasst; er bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Auf die Beschlussfassung findet § 2 Abs. 1 Anwendung.

(2) Absatz 1 ist für die Abberufung von Ersatzmitgliedern entsprechend anzuwenden.

Teil 3
Übergangs- und Schlussvorschriften

§ 13
Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Vorschriften über das Verfahren für die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer zu erlassen, insbesondere über

1. die Vorbereitung der Wahl, insbesondere die Aufstellung der Wahlerlisten und die Errechnung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer;
2. die Frist für die Einsichtnahme in die Wählerlisten und die Erhebung von Einsprüchen gegen sie;
3. die Wahlvorschläge und die Frist für ihre Einreichung;

4. das Wahlausschreiben und die Frist für seine Bekanntmachung;
5. die Teilnahme von Arbeitnehmern eines in § 3 Abs. 3 bezeichneten Betriebs an der Wahl;
6. die Stimmabgabe;
7. die Feststellung des Wahlergebnisses und die Fristen für seine Bekanntmachung;
8. die Anfechtung der Wahl;
9. die Aufbewahrung der Wahlakten.

§ 14
Verweisungen

Soweit in anderen Gesetzen auf Vorschriften verwiesen wird, die durch Artikel 6 Abs. 2 des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat aufgehoben werden, treten an ihre Stelle die entsprechenden Vorschriften dieses Gesetzes.

§ 15
Übergangsregelung

Auf Wahlen oder Abberufungen, die vor dem 1. Juli 2004 eingeleitet worden sind, ist das Betriebsverfassungsgesetz 1952 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852), auch nach seinem Außerkrafttreten anzuwenden.

5.2 Literaturhinweise

Köstler/Zachert/Müller: Aufsichtsratspraxis, Handbuch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 9. Auflage 2009, Bund-Verlag, Frankfurt (Hrsg.: Hans-Böckler-Stiftung).

Raiser/Veil: Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. A. Berlin 2009.

Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge: Mitbestimmungsrecht 3. A. München 2008.

Potthoff/Trescher/Theisen: Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Auflage Stuttgart 2003.

Lutter/Krieger: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Auflage Freiburg 2008.

Bürger: Mitbestimmung ohne Parität, – Aufsichtsratsbeteiligung nach dem BetrVG ,52, Bund-Verlag Köln 1991.

Bamberg/Bürger u.a.: Aber ob die Karten voll ausgereizt sind..., 10 Jahre Mitbestimmungsgesetz 1976 in der Bilanz, Bund-Verlag, Köln 1987.

Köstler: Das steckengebliebene Reformvorhaben, Rechtsprechung und Rechtsentwicklung zur Unternehmensmitbestimmung von 1922 bis zum Mitbestimmungsgesetz 1976, Bund-Verlag, Köln 1987.

Gerum/Steinmann/Fees: Der mitbestimmte Aufsichtsrat, Stuttgart 1988.

Jürgens/Lippert/Gaeth: Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, Baden-Baden 2008.

Gerum: Das deutsche Corporate Governance System, Stuttgart 2007.

Judith (Hrsg.): 40 Jahre Montanmitbestimmung, Erfahrungen, Probleme: Perspektiven, Bund-Verlag, Köln 1986.

Ranft: Vom Objekt zum Subjekt, Montanmitbestimmung, Sozialklima und Strukturwandel im Bergbau seit 1945, Bund-Verlag, Köln 1988.

Kotthoff/Ochs: Mitbestimmung an der Saar, Bund-Verlag, Köln 1988 Praxis der Weimarer Betriebsräte im Aufsichtsrat, Bund-Verlag, Köln 1986.

Außerdem ist auf die **Arbeitshilfen für Aufsichtsräte** hinzuweisen.

(Ein Gesamtverzeichnis ist über: Setzkasten GmbH, Kreuzbergstr. 56, 40489 Düsseldorf (Fax 408009040) bzw. http://www.boeckler.de/ zu beziehen bzw. sind diese downloadbar.

5.3 Gesamtverzeichnis
Arbeitshilfen für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten

01 Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats
02 Übersicht über die Aufsichtsratsrechte Bereich MitbestG ’76
03 Übersicht über die Aufsichtsratsrechte im Bereich Drittelbeteiligungsgesetz 2004
04 Rechtsprechung zur Unternehmensmitbestimmung
05 Hinweise zum praktischen Umgang mit der Verschwiegenheitspflicht
06 Die Europäische Aktiengesellschaft
07 Praktische Hinweise zum Unternehmensrecht
08 Insiderrecht
09 Der Shareholder Value-Ansatz
10 Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsratstätigkeit
11 Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft
12 Die Beauftragung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat
13 Praktische Hinweise zum sogenannten Risikomanagement
14 Vorstandsvergütung
16 Die Effizienzprüfung des Aufsichtsrats
17 Die Prüfung von Jahresabschluss und Konzernabschluss in Aufsichtsräten

In **Einzelexemplaren** kostenlos zu beziehen über: Hans-Böckler-Stiftung,
Referat Wirtschaftsrecht, Irene Ehrenstein,
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf,
Telefax: 02 11 / 77 78 188, Irene-Ehrenstein@boeckler.de

edition der Hans-Böckler-Stiftung
Bisher erschienene Reihentitel ab Band 220

	Bestellnr.	ISBN	Preis / €
Ralf-Peter Hayen, Manuela Maschke (Hsg.) Boombranche Zeitarbeit – Neue Herausforderungen für betriebliche Akteure	13220	978-3-86593-106-1	10,00
Peter Thomas Ein Bündnis für Arbeit und Umwelt zur integralen energetischen Gebäudemodernisierung	13221	978-3-86593-108-5	15,00
Wolfgang Schroeder Zur Reform der sozialen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung – Kasseler Konzept	13222	978-3-86593-109-2	12,00
Rolf Dobischat, Marcell Fischell, Anna Rosendahl Auswirkungen der Studienreform durch die Einführung des Bachelorabschlusses auf das Berufsbildungssystems	13223	978-3-86593-110-8	15,00
Lutz Bellmann, Alexander Kühl Expansion der Leiharbeit Matthias Kemm, Christian Sandig, Judith Schuberth Fallstudien zu Leiharbeit in deutschen Betrieben	13224	978-3-86593-113-9	20,00
Henry Schäfer, Beate Frank Derivate Finanzinstrumente im Jahresabschluss nach HGB und IFRS	13225	978-3-86593-114-6	18,00
Tobias Wolters Leiharbeit – Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz (AÜG)	13226	978-3-86593-110-8	15,00
Klaus Löbbe Die Chemiefaserindustrie am Standort Deutschland	13227	978-3-86593-116-0	30,00
Siegfried Roth Innovationsfähigkeit im globalen Hyperwettbewerb – Zum Bedarf strategischer Neuausrichtung der Automobilzulieferindustrie	13229	978-3-86593-118-4	18,00
Hans-Erich Müller Autozulieferer: Partner auch in der Krise?	13230	978-3-86593-120-7	10,00
Judith Beile, Ina Drescher-Bonny, Klaus Maack Zukunft des Backgewerbes	13231	978-3-86593-121-4	15,00
Ulrich Zachert Demografischer Wandel und Beschäftigungssicherung im Betrieb und Unternehmen	13232	978-3-86593-122-1	12,00
Gerd Busse, Hartmut Seifert Tarifliche und betriebliche Regelungen zur beruflichen Weiterbildung	13233	978-3-86593-123-8	15,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis / €
Wolfgang Böttcher, Heinz-Hermann Krüger Evaluation der Qualität der Promotionskollegs der Hans-Böckler-Stiftung	13234	978-3-86593-124-5	25,00
Winfried Heidemann, Michaela Kuhnhenne (Hrsg.) Zukunft der Berufsausbildung	13235	978-3-86593-125-2	18,00
Werner Voß, Norbert in der Weide Beschäftigungsentwicklung der DAX-30-Unternehmen in den Jahren 2000 – 2006	13236	978-3-86593-126-9	22,00
Markus Sendel-Müller Aktienrückkäufe und Effizienz der Aufsichtsratsarbeit	13237	978-3-86593-128-3	29,00
Seddik Bibouche, Josef Held, Gudrun Merkle Rechtspopulismus in der Arbeitswelt	13238	978-3-86593-130-6	20,00
Svenja Pfahl, Stefan Reuyß Das neue Elterngeld	13239	978-3-86593-132-0	28,00
Arno Prangenberg, Martin Stahl Steuerliche Grundlagen der Umwandlung von Unternehmen	13240	978-3-86593-133-7	15,00
Samuel Greef, Viktoria Kalass, Wolfgang Schroeder (Hrsg.) Gewerkschaften und die Politik der Erneuerung – Und sie bewegen sich doch	13241	978-3-86593-134-4	28,00
Anne Ames Ursachen und Auswirkungen von Sanktionen nach § 31 SGB II	13242	978-3-86593-135-1	23,00
Matthias Knuth, Gernot Mühge Von der Kurz-Arbeit zur langfristigen Sicherung von Erwerbsverläufen	13244	978-3-86593-137-5	15,00

Ihre Bestellungen senden Sie bitte unter Angabe der Bestellnummern an den Setzkasten oder unter Angabe der ISBN an Ihre Buchhandlung. Ausführliche Informationen zu den einzelnen Bänden können Sie dem aktuellen Gesamtverzeichnis der Buchreihe **edition** entnehmen.

Setzkasten GmbH
Kreuzbergstraße 56
40489 Düsseldorf
Telefax 0211-408 00 90 40
E-Mail mail@setzkasten.de

Über die Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage **www.boeckler.de** bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39 Telefon: 02 11/77 78-0
40476 Düsseldorf Telefax: 02 11/77 78-225

↘ www.boeckler.de

Hans **Böckler** **Stiftung**

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

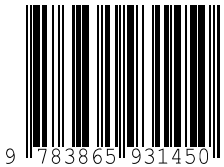
www.boeckler.de

„Zwei sind weniger als vier", aber Drittelbeteiligung ist nicht gleich Drittelbeteiligung. So lauten die Ergebnisse der Untersuchung der Sozialforschungsstelle zum Betriebsverfassungsgesetz 1952. Eine rechtliche Hilfestellung für diese Aufsichtsräte soll diese ganz auf die Besonderheiten dieses Bereichs zugeschnittene Broschüre geben.

Die Organisations- und Verfahrensregeln des Aufsichtsrats, seine Informations-, Gestaltungs- und Kontrollrechte werden erläutert.

Die **Neuauflage** berücksichtigt die gesamte Debatte zu Corporate Governance in Deutschland. **Das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom Juli 2002** – mit zahlreichen Neuerungen für alle Aufsichtsräte, **der Corporate Governance Kodex, das Drittelbeteiligungsgesetz 2004 und die Rechtsentwicklung seither** wurden eingearbeitet.

Neuaufgelegt im Herbst 2009



ISBN 978-3-86593-145-0
€ 12,00