Schriften zum gesamten Unternehmensrecht 16

Felix Müller-Mürnseer

Quis custodiet ipsos custodes

Entwicklung, Qualität und Durchsetzung der Pflichten des Aufsichtsrats

Nomos

https://www.nomos-shop.de/44320

Schriften zum gesamten Unternehmensrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg
Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

Band 16

https://www.nomos-shop.de/44320

Felix Müller-Mürnseer

Quis custodiet ipsos custodes

Entwicklung, Qualität und Durchsetzung der Pflichten des Aufsichtsrats

Nomos

https://www.nomos-shop.de/44320

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6498-3 (Print)
ISBN 978-3-7489-0640-7 (ePDF)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://www.nomos-shop.de/44320

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Ihre Fragestellung entstammt meiner anwaltlichen Tätigkeit im Aktienrecht, insbesondere als Begleiter und Berater von Vorständen und Aufsichtsräten.

An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL. M. (Duke) für seine Bereitschaft, sich auf einen dem akademischen Bereich längst entflohenen Doktoranden und das damit unweigerlich verbundene Abenteuer einer Dissertation „aus der Praxis für die Praxis“ einzulassen. Herrn Prof. Dr. Wolfgang Servatius, der das Zweitgutachten angefertigt hat, danke ich für die – trotz des Umfangs der Arbeit – rasche Erstattung des Gutachtens und seine weiterführenden Anregungen.

Eine solche Dissertation aus der Praxis entsteht nicht nur in der Stille einer Bibliothek, sondern auch im Austausch mit Mandanten und Kollegen. Für unverzichtbare Einblicke in die praktischen Bedürfnisse von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern danke ich den Herren Dr. Alexander Blum, Kai Dorn und Charles Fränkl sowie Hau-Yan Wong und Bernhard Riedel (†). Herrn Dr. Armin Dürrschmidt, Herrn Frank Eimers, Frau Kerstin Grau, Frau Martina Großmann, Herrn Dr. Ralph Mentzel und Herrn Karl Pörnbacher danke ich für zahlreiche fachliche Impulse.

In persönlicher Hinsicht gilt mein Dank meiner Frau Christine, die mich in allen Phasen der Arbeit stützte und ertrug, sowie meinen Eltern, die so viel Geduld und Liebe in die Ausbildung ihrer Kinder gesteckt haben. Last but not least danke ich meinem Schwiegervater und Erstlektor Herrn Josef Mürnseer, ohne dessen wachen Blick so mancher Fehler unentdeckt geblieben wäre.

Holzkirchen, im Februar 2020

Felix Müller-Mürnseer

https://www.nomos-shop.de/44320

https://www.nomos-shop.de/44320

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung und Gang der Untersuchung 27

A. Fragestellung 27

B. Heutiger Meinungsstand und Kritik 30

C. Gegenstand der Untersuchung 32

D. Gang der Darstellung 33

Teil I – Entwicklungslinien der Aufsichtsratstätigkeit 35

§ 2. Diener zweier Herren: Die Geschichte des Aufsichtsrats bis 1965 35

A. Frühe Corporate Governance: Generalversammlung und Gesellschafterausschuss 36

I. Das Oktroi-System: Kapitalgesellschaften kraft hoheitlicher Verleihung 36

1. Vom Mittelalter zu den Handelskompanien des 17. Jahrhunderts 36

2. Ende des Merkantilismus mit einsetzender Aufklärung 38

II. Ab 1807: Gründungsfreiheit, Konzessionssystem 40

III. Konzessionssystem statt Kontrollinstanzen 41

1. Zweck des Konzessionswesens 41

2. Praxis der Konzessionierung 42

3. Keine ernstzunehmende staatliche Betriebsüberwachung, kein Kontrollorgan 43

IV. Praktisches Ergebnis: Missstände infolge fehlender Kontrolle 45

V. Zusammenfassung 46

B. Aktienrechtseinheit: Das ADHGB und seine Novellen 47

I. ADHGB 1861: Organverfassung mit fakultativem Aufsichtsrat 47

1. Konzessionssystem; Aktiengesellschaft als Sonderfall der KGaA 48

a) Fortschreibung des Konzessionssystems 48

b) KGaA als Normalfall 50

https://www.nomos-shop.de/44320

2. Die Organverfassung der ADHGB-Aktiengesellschaft 51
   a) Starke Generalversammlung 51
   b) Schwacher Vorstand 51
   c) Aufsichtsrat mit Exekutivrolle 52
3. Befund: Aufsichtsrat als Fortführung des bisherigen Verwaltungsrats 56
4. Zwischenergebnis: Fakultativ, kein Aufsichtsgremium 58

II. Die 1. Aktienrechtsnovelle von 1870: Der Aufsichtsrat wird obligatorisch 58
1. Auslöser: Deregulierung verlangt nach neuem Aufsichtsmodell 59
   a) Der Streit um das Konzessionserfordernis 60
   b) Liberalisierung, staatliche und private Überwachung 61
   c) Neues Überwachungskonzept: Aufsichtsrat statt Konzession 63
2. Praxis: Liberalisierung und Gründerzeit 65
3. Bewertung: Konzessionserfordernis fällt, aber Selbstkontrolle findet nicht statt 67
4. Zwischenergebnis: Pflichtaufsichtsrat überfordert 68

III. Die 2. Aktienrechtsnovelle 1884: Präzisierung ohne Fokussierung 69
1. Auslöser: Gründerkrach, Aktienschwindel und Kleinanlegerschutz 70
2. Zehn Jahre Reformdiskussion; Selbsthilfe vs. Staatshilfe 72
3. Formell: Inkompatibilität, Wahlverfahren, höchstpersönliches Mandat 75
4. Materiell: Präzisierungen bei Kontrollfunktion und Verhaltenskontrolle 78
5. Konzeptionelle Schwäche: Der Aufsichtsrat bleibt janusköpfig 80
6. Bewertung 81
7. Zwischenergebnis: Präzisierte Aufgaben beseitigen konzeptionelle Defizite nicht 82

C. Die Rolle des Aufsichtsrats im Aktienrecht des HGB 84

I. Organverfassung mit Verhaltenssteuerung durch Haftung und Strafe 84

https://www.nomos-shop.de/44320

II. Das Verhaltenssteuerungskonzept des HGB im Spiegel der „Aufsichtsratsfrage“ 85
1. Reformvorschläge 86
2. Aber: Die Aufsichtsratsfrage bleibt unbeantwortet 92
3. Bewertung 94
III. Unternehmensrealität: Derogation der Organverfassung 95
1. Schleichende Entmachtung der Generalversammlung 96
2. Ab 1920: Arbeitnehmermitbestimmung 97
3. Nach langer Diskussion: Gesetzentwürfe von 1930 und 1931 98
IV. Stattdessen: Notverordnungen 1931 100
1. Auslöser: Gefahr einer Bankenkrise 100
2. NotVO zur Stärkung des Vertrauens in die Aufsicht über Aktiengesellschaften 102
V. Zwischenergebnis: Aktionismus gegen Vertrauenskrise 104

D. Die Rolle des Aufsichtsrats im AktG 1937 106
I. Ausgangspunkt und Reforminhalt 107
II. Schwerpunkt: Die Organverfassung 108
1. Der Vorstand als alleiniger Unternehmensleiter 109
2. Entmachtung der Hauptversammlung 110
3. Der „Aufsichtsrat“ wird endlich zum Aufsichtsrat 112
a) Überwachung als Hauptaufgabe 112
b) Neues Verhältnis zum Vorstand 113
c) Keine Geschäftsführungsaufgaben mehr beim Aufsichtsrat 114
d) Organhaftung des Aufsichtsrats 115
III. Zwischenergebnis 116

E. Zusammenfassung zu § 2 119

§ 3. Organverfassung heute: Wie der Aufsichtsrat seit 1965 zum Mitunternehmer mutiert 127

A. Prolog: Aktienrecht im Nachkriegsdeutschland 127
I. Ausgangspunkt: Weitergeltung des AktG 1937 127
II. Politische Zielsetzung: „Aktienrecht der sozialen Marktwirtschaft“ 128

https://www.nomos-shop.de/44320

B. Das AktG 1965 129
I. Wesentliche Regelungsschwerpunkte 130
II. Prinzipielle Kontinuität der Organverfassung 131
III. Schwerpunkt: Die Stellung des Aufsichtsrats 132
1. „Aktivierung des Aufsichtsrats“ 133
2. Behebung bekannter Defizite 135
3. Regelung der Arbeitsorganisation des Aufsichtsrats 136
4. Verhaltenssteuerung nur noch durch zivilrechtliche Haftung 137
a) Anerkennung von Durchsetzungsdefiziten 138
b) Abgrenzung Erfüllungs- von Ersatzansprüchen 138
IV. Zusammenfassung und Bewertung 139
C. Mitbestimmung und Folgen für den Aufsichtsrat 140
I. Gesetzgebungsgeschichte 141
1. Grundlagen 141
2. Die Mitbestimmungsgesetze nach 1945 142
II. Auswirkungen der Mitbestimmung auf den Aufsichtsrat 144
1. Paradigmenwechsel durch Teilhabefunktion des Aufsichtsrats 144
2. Auswirkungen auf die Arbeitspraxis: Überwachungsniveau sinkt 145
3. Verbesserungen nicht erreichbar 147
III. Zwischenbefund 149
D. Die „Aktienrechtsreform in Permanenz“ 149
I. Einführung und Begriffsbestimmung 149
II. Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen (KonTraG), 1998 152
1. Hintergründe und Entstehungsgeschichte 153
a) Kontrolle und Transparenz als Reaktion auf eine „lange Kette schwarzer Perlen“ 153
b) Parallel: Internationalisierung der Eigenkapitalfinanzierung 156
2. Reformdiskussion 157
3. Regelungsinhalte des KonTraG 158
a) Risikofrüherkennungssystem: Pflicht für Vorstand und Aufsichtsrat 159
b) Neues Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer 160

https://www.nomos-shop.de/44320

c) Verbesserung der Informationsversorgung des Aufsichtsrats 161
d) In geringem Umfang: Geänderte Spielregeln für die Aufsichtsratsmitgliedschaft 163
e) Aufsichtsratsorganisation 163
f) Aufsichtsratshaftung: Strukturproblem besteht fort 165
g) Nicht umgesetzte Vorschläge 168
4. Bewertung: KonTraG hätte krisenauslösende Einzelfälle nicht verhindert 171
5. Zwischenergebnis und weitere Entwicklung 174
III. Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG), 2002 178
1. Regierungskommission Corporate Governance 178
2. Regelungen mit Bezug zum Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern 179
3. Bessere Kontrolle ex ante bewirkt schlechtere Kontrolle ex post 180
4. Entsprechenserklärung zum Corporate-Governance-Kodex, § 161 AktG 181
5. Rezeption des TransPuG und Kritik 184
6. Zwischenergebnis 185
IV. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), 2005 187
1. Regelungsinhalt des UMAG 187
a) Strukturproblem „Beißhemmung“ 188
b) Kodifikation der Business Judgment Rule zur Haftungsbegrenzung 190
2. Ergebnis in der Praxis: Rationale Apathie 192
3. Eigene Bewertung: Informationsasymmetrie ausschlaggebend für Leerlauf 193
4. Zwischenergebnis 195
V. Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG), 2009 196
1. Der unabhängige Finanzexperte: ein Fremdkörper im Aufsichtsrat? 196
2. Änderungen bei der Entsprechenserklärung: Comply or Explain 198
3. Bewertung 199
4. Zusammenfassung 203

https://www.nomos-shop.de/44320

VI. Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), 2009 204
1. Regelungsziel und Anlass 204
2. Regelungsinhalt „Angemessenheit der Vorstandsvergütung“ 205
3. Regelungsschwerpunkt Corporate Governance 207
4. Bewertung: Scheinlösung für ein Scheinproblem 209
VII. Restrukturierungsgesetz (RestruktG), 2010 211
1. Regelungsziel und Anlass 212
2. Regelungsinhalt 213
3. Rezeption 214
4. Bewertung: Durchsetzungsdefizit bewusst nicht behoben 214
VIII. Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (GlTeilhG), 2015 217
1. Regelungsziel und Anlass 217
2. Regelungsinhalt 218
3. Bewertung 219
a) Aufsichtsrat als Führungsgremium? 220
b) Aufsichtsrat als Teilhabegremium? 221
c) Formale Überlegungen zum Rollenverständnis des Aufsichtsrats 224
4. Zwischenergebnis 226
IX. Abschlussprüfungsreformgesetz (APReG), 2016 226
1. Anlass: Notwendigkeit eines unabhängigen Prüfungsausschusses 226
2. Regelungsinhalt: Änderung durch Konstanz 229
3. Bewertung 232
X. CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, 2017 234
XI. Befund 237
1. Gesetzgebung seit 1965 reaktiv, nicht proaktiv 238
2. Ausblick: Die Aktienrechtsreform in Permanenz als Sammlung verpasster Chancen 239

https://www.nomos-shop.de/44320

E. Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Aufgaben des Aufsichtsrats 246
I. Hertie: Anforderungen an die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern? 246
1. Das Anforderungsprofil des Aufsichtsrats nach der Hertie-Entscheidung 247
2. Rezeption und Kritik 248
3. Eigene Interpretation: Autarkiegebot als Erwartungshaltung 250
II. Die Verpflichtung zur Einbringung von Fachwissen nach der Ision-Entscheidung 253
III. Die Konturierung der Überwachungsaufgabe durch die Rechtsprechung 255
1. Überwachungsintensität organadäquat zu bestimmen 255
2. Kontrolldichte abgestuft nach Lage der Gesellschaft 257
3. Normallage: „Begleitende Überwachung“ durch Systemüberwachung 259
4. Sonderlage: Verschärfte Überwachungspflicht 261
a) MPS: Information als Pflichtrecht des Aufsichtsrats 261
b) IKB, oder: Anhaltspunkten ist nachzugehen 263
c) Doberlug: Zahlungsverbote sind zugunsten von Drittgläubigern zu überwachen 264
d) Pflicht zur Anordnung von Zustimmungsvorbehalten bei klaren Gesetzesverstößen 264
e) Pflicht zu Personalmaßnahmen? 265
f) Gesamtschau 268
5. Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat als zukunftsbezogene Kontrolle 269
a) Die Ableitung der „überwachenden Beratungspflicht“ aus den Vergütungsgrundsätzen 269
b) Unstrittig: Beratung als Geschäftsführungsprophylaxe (trotz Interessenkonflikts) 274
c) Umstritten: Beratung als Aspekt einer Mitunternehmerschaft des Aufsichtsrats? 276

https://www.nomos-shop.de/44320

d) Gegenauffassung: Beratende Kontrolle gesetzlich begrenzt 278
(a) BGH definiert ausschließlich beratende Kontrolle 280
(b) Implikationen 282
(c) Fazit: Beratung ex ante nur, wo ex post beanstandet werden dürfte 284
IV. Die Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat 285
1. ARAG/Garmenbeck: Unternehmenswohl determiniert Verfolgungsentscheidung 285
2. Rezeption und Kritik 287
3. Korrekturbedürfnisse aufgrund uferloser Weite der Organhaftung? 289
a) Ausgangspunkt 290
b) Lösungsvorschläge 293
4. Eigene Stellungnahme: Vermögensbetreuungspflicht ohne Spielraum 295
5. Zwischenergebnis 301
V. Verschwiegenheit im Konflikt zwischen Kommunikationserwartung und -wunsch 301
1. Das Bayer-Urteil: Verschwiegenheit für alle 302
2. Eigene Stellungnahme: Der Aufsichtsrat als hermetischer Zirkel 304
VI. Kompetenzschutz im Verhältnis der Organe untereinander 306
1. Die Holzmüller-/Gelatine-Rechtsprechung 306
2. Ableitung: Rolle des Aufsichtsrats bei Kompetenzüberschreitungen des Vorstands 307
F. Zusammenfassung zu § 3 308

Teil II – Verhaltensspielräume und Verhaltenssteuerung 313

§ 4. Leitbild und Interessenlage: Rechtliche Möglichkeit und tatsächlicher Verhaltensspielraum 313
A. Die Leitprinzipien moderner Aufsichtsratstätigkeit 313
I. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan 313
II. Geschäftsführungsverbot und Ausnahmen 314
III. Der Werkzeugkasten des Aufsichtsrats 317

https://www.nomos-shop.de/44320

IV. Insbesondere: Zustimmungsvorbehalte als Werkzeug 321
V. Sonderproblem: Der Aufsichtsrat als Mitunternehmer 324
1. These: Aufsichtsrat als Mitunternehmer hinter dem Vorstand 325
2. Kritik: Mitunternehmerschaft verschiebt Leitungszuständigkeit contra legem 327
3. Eigene Stellungnahme: Mitunternehmer, aber ohne Leitungsmacht 328

B. Die Interessenlage der Beteiligten 330
I. Der Vorstand der Aktiengesellschaft 330
1. Vergütungsinteresse 331
a) Interessenlage gegenüber dem Aufsichtsrat 331
b) Interessenlage gegenüber der Hauptversammlung 333
2. Bestandsinteresse 333
a) Interessenlage gegenüber dem Aufsichtsrat 334
b) Interessenlage gegenüber der Hauptversammlung 335
3. Haftungsvermeidungsinteresse 335
4. Schlussfolgerung 338
II. Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder 340
1. Bestandsinteresse 340
2. Drittinteressen, insbesondere: Interessenkonflikte durch Nebenamtscharakter 341
a) De lege lata: Organadäquanz 342
b) De lege ferenda: Konflikt von Nebenamtscharakter und Unabhängigkeit 344
3. Vergütungsinteresse 345
4. Interesse an Haftungsvermeidung 347
5. Gestaltungs- und Mitgestaltungsinteresse? 349
6. Schlussfolgerung 351
III. Aktionäre und Hauptversammlung 352
IV. Sonstige Interessenträger: Gläubiger und Allgemeinheit 353

C. Zusammenfassung zu § 4 356

https://www.nomos-shop.de/44320

§ 5. Konzept und Problematik der Verhaltenssteuerung durch Haftung 359

A. Einleitung: Die Entwicklung von Aufgaben und Verhaltenssteuerungselementen 359

I. Erste Phase: Vor 1937 360

II. Zweite Phase: 1937 bis 1965 364

III. Dritte Phase: 1965 bis heute 364

B. Haftungsbasierte Verhaltenssteuerung und ihre Defizite 369

I. Das haftungsbasierte Erfüllungskonzept 369

1. Verhaltenssteuerung durch Drohung: Der Pflichtverletzung folgt Haftung 369

2. Keine sonstigen Steuerungsmechanismen 371

II. Unzulänglichkeiten des haftungsbasierten Erfüllungskonzepts 374

1. Keine Verhaltenssteuerung mangels ernstzunehmender Haftungsdrohung 374

2. Verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung unbelegt 376

3. Verhaltenssteuerung durch Haftung hat Schutzlücken 378

4. Empirik 379

III. Zwischenergebnis 381

C. Die Kompetenz-Kontroll-Schere 382

I. Konstante Verhaltenssteuerung seit 1937 382

II. Konstantes Aufgabenwachstum seit 1937 383

1. Ausgangslage, Schwächung unter dem Einfluss der Mitbestimmung 384

2. Aufgabenwachstum unter dem Einfluss der „Aktienrechtsreform in Permanenz“ 385

3. Aufgabenwachstum durch Rechtsprechung: Beratungs- und Verfolgungspflicht 386

4. Aufgabenwachstum durch Veränderungen der Unternehmenspraxis 387

5. Fazit: Stetiges Aufgabenwachstum 388

III. Folge: Kompetenz-Kontroll-Schere 389

D. Zusammenfassung zu § 5 389

https://www.nomos-shop.de/44320

Teil III – Qualität und Inhalt der Aufgaben 391

§ 6. Rechtsnatur und Inhalt der Pflichten des Aufsichtsrats 391

A. Rechtsnatur: Pflichten oder Obliegenheiten? 392

I. Theorie der Aufsichtsratsobliegenheiten 393

1. Rollenbild des Aufsichtsrats 394

2. Sorgfaltspflichten sind Schutzpflichten, daher generell nicht klagbar 394

3. Kein Interorganstreit durch die Hintertür 395

a) Zur Einführung: Der Interorganstreit 395

b) Überlagerung der Binnenstruktur der Organverfassung? 398

4. Gesetz hält mit wenigen Ausnahmen nachträgliche Sanktion für ausreichend 400

5. Überwachungszirkel und ausdifferenzierter Reaktionskanon 402

6. Annahme von Erfüllungsansprüchen wäre in der Praxis wirkungslos 402

II. Kritische Würdigung 403

1. Überwachungszirkel eher theoretisches Phänomen 403

2. Keine abschließenden „anderweitigen Abwehrinstrumente“ 405

a) Nur Pflichtverletzung, nicht Pflichteinhaltung des Aufsichtsrats geregelt 406

b) Beobachtung einer Kompetenz-Kontroll-Schere beim Aufsichtsrat 406

c) Existenz und Durchsetzbarkeit von Ansprüchen sind zu trennen 408

3. Inkonsistenzen, da Ansprüche in Einzelfällen anerkannt 409

4. Gesetzgeberische Entscheidung gegen Erfüllungsansprüche nicht erkennbar 410

III. Eigene Stellungnahme: Einforderbare Rechtspflichten, wo keine spezifischen korporativen Sanktionsmechanismen 413

1. Wortlaut und Mechanik des § 116 AktG 413

a) Wortlaut „Sorgfaltspflicht“ 413

b) Systematisches Verhältnis zwischen § 116 Satz 1 Fall 1 und Fall 2 414

https://www.nomos-shop.de/44320

c) Schutz des Integritätsinteresses spricht gegen Annahme bloßer Obliegenheiten 417
2. Eigenfunktionen des Aufsichtsrats im Vergleich mit dem Vorstand 417
3. Historie spricht für Existenz von „Erfüllungsansprüchen“ 418
4. Verneinung von Rechtspflichten des Aufsichtsrats passt nicht in den gesetzgeberischen Trend zur besseren Governance 419
5. Unternehmenswohlerwägungen stützen Annahme von Rechtspflichten 421
a) Das Unternehmenswohl als gesellschaftsrechtliches Kriterium 421
b) Parallele von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Vermögensbetreuung 423
6. Schutzlücke bei schuldlosem sowie gefährdendem Fehlverhalten 425
7. Dreifache Schutzlücke bei Legalitätspflichtverletzungen 427
8. Kein Ausschluss analog § 241 Abs. 2 BGB wegen Privilegierung des Beschützers 428
a) Eigene Stellungnahme: Erfüllungsansprüche; keine Einschränkung der Klagbarkeit 428
b) Aber: Streitfrage kann vorliegend offenbleiben 431
9. Zwischenbefund und Anspruchsgrundlage 432
10. Aber: Bedenken, falls Überlagerung abschließender korporativer Wertungen 433
a) Grundsatz: Unanwendbarkeit der Anspruchsgrundlage 433
b) Einzelfälle 434
(a) Schadensersatzansprüche als abschließende Regelung? 434
(b) Einberufung der Hauptversammlung als abschließende Sonderregelung? 435
(c) § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG als abschließende Regelung bei Zustimmungsverweigerung? 437
(d) Verspäteter Prüfbericht, § 171 Abs. 3 AktG 438
c) Fazit 439
IV. Zwischenergebnis: Rechtspflichten, im Einzelfall vorrangige gesetzliche Regelungen 439

https://www.nomos-shop.de/44320

B. Inhalt der Pflichten 441
I. Zu Terminologie und Systematik des Pflichtenkreises 441
II. Die Organpflichten im engeren Sinne als Handlungspflichten des Aufsichtsrats 444
1. Selbstorganisationspflicht: Schaffung einer funktionsgerechten Organisation 445
a) Binnenstruktur 445
b) Entscheidung über das eigene Verfahren 447
2. Alleinentscheidungen durch den Aufsichtsrat 449
a) Personalentscheidungen und Annexkompetenzen 449
b) Festlegung von Zustimmungsvorbehalten für den Vorstand 451
c) Gründungs- und Jahresabschlussprüfung, Bericht und Rechenschaft gegenüber der Hauptversammlung 452
d) Abschluss des Abschlussprüfervertrags 455
e) Entscheidungen im Umfeld der Hauptversammlung 456
(a) Einberufung der Hauptversammlung 456
(b) Vorschlagspflicht für Aufsichtsratswahlen 457
(c) Vorschlagspflichten für Abschlussprüferwahlen 458
(d) Beschlussempfehlungen an die Hauptversammlung 459
f) Geschäftsordnungskompetenz gegenüber dem Vorstand 460
3. Die Mitwirkung des Aufsichtsrats an Geschäftsführungsmaßnahmen 461
a) Befugnisse im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss 462
b) Erteilung der Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands 464
c) Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG 466
d) Sonstige Einzelfälle 467
4. Überwachung des Vorstands 467
a) Nachträgliche Kontrolle 469
b) Laufende Überwachung des Vorstands ex ante 471

https://www.nomos-shop.de/44320

III. Die Verhaltensstandards des Aufsichtsrats 472
1. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters 473
2. Treue gegenüber dem Unternehmensinteresse 475
a) Spannungsverhältnis zwischen Loyalität und Nebenamtscharakter 475
b) Kritik an der herkömmlichen Auflösung des Spannungsverhältnisses 476
3. Insbesondere: Treuhänderposition als Ermessensschranke 479
4. Verschwiegenheit als Verhaltensstandard 483
5. Die Legalitätspflicht des Aufsichtsrats 485
a) Die Legalitätspflicht des Vorstands 485
b) Die Rolle des Aufsichtsrats bei der Einhaltung der Legalitätspflicht 487
c) Die unmittelbare Legalitätspflicht des Aufsichtsrats 490
6. Empfehlungen des DCGK als ermessensleitender Verhaltensstandard? 493
IV. Zwischenergebnis 495

C. Sonderproblem: Umgang mit Ermessen und sonstigen Spielräumen des Aufsichtsrats 496
I. Problemstellung: Kombination von Erfüllungsanspruch und Ermessen 496
II. Die Ermessensspielräume des Aufsichtsrats 497
1. Überblick über die ermittelten Ermessensspielräume 497
2. Ermessen und unternehmerische Aufgaben 502
a) Denkbar: Annahme vollständiger Ermessensfreiheit 502
b) Eigene Stellungnahme: Unternehmerische Aufgaben eng zu verstehen 504
3. Keine Gleichstellung sonstiger Spielräume mit Ermessensspielräumen 506
a) Materielle Gleichstellung aller Entscheidungen mit prognostischer Komponente? 507
b) Haftungsrechtliche Gleichstellung: Business Judgment Rule analog? 509
4. Zusammenfassung 512

https://www.nomos-shop.de/44320

III. Folgefrage: Was ist Anspruchsinhalt, wenn der Aufsichtsrat Ermessen hat? 513
1. Grundlage: Ermessen hindert nicht die Entstehung von Ansprüchen 513
2. Fallgruppenbildung: Ermessen als materieller Anspruchsinhalt 514
3. Bestimmung des materiellen Anspruchsinhalts 516
IV. Zwischenergebnis 518

D. Zusammenfassung zu § 6 519

Teil IV – Praxis 521

§ 7. Die Durchsetzung der Pflichten 521

A. Wer vertritt die Gesellschaft? Überlegungen zur Durchsetzungszuständigkeit 521
I. Hypothese: Niemand ist zuständig 522
1. Pflichten des Aufsichtsrats als unvollkommene Verbindlichkeiten? 522
2. Kritik und eigene Stellungnahme 524
a) Rechte sind Rechte 524
b) Kontrollfreiheit des Aufsichtsrats ist Mythos ohne Stütze im Gesetz 524
c) Parallele zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen 525
d) § 245 Nr. 4 AktG ist Spezialregelung zu § 76 Abs. 1 AktG 526
e) Das Aktienrecht kennt eine allgemeine Zuständigkeit 527
II. Hypothese: Durchsetzung als Zuständigkeit der Hauptversammlung 527
1. Überlegungen zur Organisationshierarchie 527
2. Kritik und eigene Stellungnahme 529
a) Kompetenzordnung bewirkt keine Zuständigkeit der Hauptversammlung 529
(a) Keine ausdrückliche Zuständigkeit 529
(b) Zuständigkeit analog § 103 AktG? 530
(c) Zuständigkeit analog § 147 AktG? 532
(d) Zuständigkeit analog § 112 AktG? 533

https://www.nomos-shop.de/44320

b) Historie: Seit 1937 keine Allzuständigkeit der Hauptversammlung mehr 535
c) Parallele zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen 536
III. Hypothese: Durchsetzung durch den Aufsichtsrat selbst 536
1. Selbstüberwachung sinnlos 536
2. Selbstevaluation nach DCGK als Sedes Materiae? 538
3. Ausfluss der Legalitätspflicht? 539
IV. Hypothese: Durchsetzung durch Aktionäre oder Fremdkapitalgläubiger? 539
1. Aktionäre als Eigenkapitalgläubiger 540
2. Fremdkapitalgläubiger 540
V. Hypothese: Zuständigkeit des Vorstands 541
1. Generalklausel: Geschäftsführung ist Vorstandssache 541
a) Allgemeine Zuständigkeitsregeln §§ 76, 77 AktG 541
b) Keine abdrängenden Sonderzuweisungen 542
c) Überwachung des Aufsichtsrats als Geschäftsführungsmaßnahme? 543
2. Verhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch 545
a) Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen obliegt dem Vorstand 545
b) Kein Grund für abweichende Behandlung von Erfüllungsansprüchen ersichtlich 547
c) Zwischenergebnis 548
3. Verhältnis zwischen Erfüllungs- und Rückgewähranspruch 548
4. § 112 AktG ist Sonderregelung zu § 78 AktG 549
5. Unternehmenswohl gebietet Anspruchsdurchsetzung durch den Vorstand 550
6. Auch hier: Kein relevanter Überwachungszirkel 551
7. Kein Widerspruch zur aktienrechtlichen Kompetenzordnung 552
8. Annahme, dass Konstellation irrelevant, ist in dieser Pauschalität unzutreffend 552
VI. Zwischenergebnis 554

https://www.nomos-shop.de/44320

B. Die Überwachung der Pflichten 555
I. Begriffsklärung 555
II. Überwachung als systematische Kontrolle? 556
1. Ausgangspunkt: Keine Generalklausel 556
2. Aber: Mosaik von Einzelpflichten 557
a) Schadensabwendungspflicht des Vorstands 557
b) Pflicht zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen 558
c) Eigene Amtspflichten zwingen den Vorstand zu beschränkter Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Aufsichtsratshandelns 559
(a) § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG: Konzernweite Prüfpflichten bei Verträgen 560
(b) § 93 Abs. 3 Nr. 8: Umfangreiche Prüfpflichten bei Kreditvergabe 562
(c) Ergebnis: Einsichts- und Auskunftsansprüche 563
d) Rolle der Beschlussempfehlung zur Entlastung des Aufsichtsrats 565
e) Pflichtwidrigkeitskontrolle im Bereich der Eigenfunktionen 566
f) Auswertung sonstiger Erkenntnisse als Teil sorgfältiger Geschäftsführung 567
III. Zwischenergebnis 568

C. Wer ist Schuldner, wer Gläubiger der Pflichten? 569
I. Schuldner 569
1. Aufsichtsratskollegium als Pflichtenträger? 569
2. Kritik, insbesondere zum Verhältnis von Kollegium und Aufsichtsratsmitglied 571
3. Eigene Stellungnahme: Aufsichtsratsmitglieder sind Pflichtenträger 572
a) Wortlaut und Systematik sprechen für Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder 573
b) Kollegialitätsprinzip, Mitwirkungspflichten und Scharnierfunktion 573
c) Auch Rechtsprechung unterscheidet Organbefugnisse von Pflichten der Organwalter 575
d) Vergleich mit Treuepflichten als Verhaltensstandard 576
e) Weisungsfreiheit nicht beeinträchtigt 577

https://www.nomos-shop.de/44320

f) § 33 AktG nicht verallgemeinerbar 577
g) Spiegelbild zur h. M. bei § 90 AktG 577
4. Zwischenergebnis 578
II. Die Gläubigerin 578
1. Hypothese: Vorstand (im Erstrechtschluss zu § 245 Nr. 4 AktG) 579
2. Eigene Position: Anspruchsinhaber ist die Gesellschaft 580
3. Fazit 581
III. Zwischenergebnis 581

D. Prozessuale Probleme der Anspruchsdurchsetzung gegen den Aufsichtsrat 581
I. Einführung 581
II. Zur Problematik sog. Interorganstreitigkeiten 582
1. Begriffsdefinition 582
2. Hier vertretene Auffassung führt nicht zu Interorganstreit 583
3. Zwischenergebnis 585
III. Inhalt des prozessualen Anspruchs, insbesondere bei Ermessen des Aufsichtsrats 586
1. Problemstellung 586
2. Anspruchsinhalt und Klageart nach Fallgruppen 587
a) Pflichtaufgaben, insbesondere gebundene Entscheidungen 587
b) Reine Ermessensentscheidungen (Entschließungs- und Auswahlermessen) 590
(a) Rechtsfreier Raum? 590
(b) Schuldrechtliche Lösung analog § 315 Abs. 3 BGB 591
(c) Verwaltungsrechtliche Lösung 593
(d) Eingeschränkt verwaltungsrechtliche Lösung 594
c) Sonstige Fallgruppen 597
IV. Zwischenergebnis 598

E. Zusammenfassung zu § 7 599

https://www.nomos-shop.de/44320

§ 8. Praxisrelevante Einzelfälle 601

A. Problemstellung 601

I. Haben Erfüllungsansprüche eine praktische Bedeutung? 601

II. Kriterium: Interesse des Unternehmenswohls und der Beteiligten 603

B. Auswertung der Einzelfälle nach Interessenlagen 605

I. Fallgruppe: Pflichten im Zusammenhang mit der Legalität der Aufgabenerfüllung 605

1. Kompetenzüberschreitungen 606

a) Eingriff eines Aufsichtsratsmitglieds in die Leitungszuständigkeit durch Einmischung in Geschäftsführungsmaßnahmen 606

b) Eingriff des Aufsichtsrats in die Leitungszuständigkeit durch zu enge Zustimmungsvorbehalte 607

c) Kapitalmarktkommunikation durch Aufsichtsratsmitglieder 610

2. Bruch von Vertraulichkeitspflichten 612

a) Drohender Geheimnisverrat 612

b) Kommunikation mit wählenden Großaktionären 613

3. Sonstige Treuepflichtverletzungen und Interessenkonflikte 617

a) Selbstbegünstigung 617

b) Drittbegünstigung 618

c) Streikbeteiligung und Streikaufruf 620

II. Fallgruppe: Pflichten im Zusammenhang mit der Überwachung der Geschäftsführung 622

1. Aufsichtsrat bleibt untätig, obwohl er nach Lage der Dinge handeln müsste 622

2. Ungenügende Wahrnehmung von Aufklärungspflichten 624

3. Übereifer 624

4. Nichtdurchsetzung von Schadensersatzansprüchen (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht) 628

5. Fehlende Festlegung von Zustimmungsvorbehalten 633

https://www.nomos-shop.de/44320

III. Fallgruppe: Nichterfüllung sonstiger gesetzlicher Pflichten 635
1. Unterlassungen bei der Gründungsprüfung § 33 Abs. 1 AktG 635
2. Pflicht zur Jahresabschlussprüfung und Berichterstattung hierüber 636
3. Pflicht zur Beauftragung des Abschlussprüfers 637
IV. Fallgruppe: Geschäftsführungsmaßnahmen unter Beteiligung des Aufsichtsrats 639
1. Einflussnahme auf den Vorstand zugunsten schädlicher Geschäftsführungsmaßnahmen 639
2. Zustimmung zu gesetzwidriger Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands 641
3. Geschäftsführungsmaßnahmen gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG 642
4. Sonstige exzessive Nutzung von Eigenfunktionen des Aufsichtsrats 643
C. Zusammenfassung zu § 8 644

§ 9. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 647
A. Thesen: Quis custodiet ipsos custodes? 647
B. Zusammenfassung 654
C. Schlussfolgerung 675
D. Epilog: De lege ferenda 677

Literaturverzeichnis 685