

Der Aufsichtsrat

Kommentar

Bearbeitet von

Dr. Kersten Schenck, Prof. Dr. Thomas Gasteyer, Ralf Gerdes, Stephan Gittermann, Dr. Stefan Mutter, Dr. Carsten Schütz, Dr. Holger Seidler, Dr. Stefan Wilhelm Suchan

1. Auflage 2015. Buch. XXVI, 1080 S. In Leinen

ISBN 978 3 8006 4790 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

86–91 § 101 AktG

dem Tod des Entsendungsberechtigten das Entsendungsrecht an einen nicht erbberechtigten dritten Anteilseigner übergehen soll.

cc) Änderung der Rechtsform. Das Entsendungsrecht einer juristischen Person endet nicht bei einer formwechselnden Umwandlung der entsendungsberechtigten Korporation.¹²⁶ Eine besondere Satzungsregelung ist nicht notwendig. Bei einer formwechselnden Umwandlung bleibt die Rechtspersönlichkeit als solche bestehen. 86

dd) Verschmelzung. Das Entsendungsrecht erlischt zweifelsfrei im Fall einer übertragenden Verschmelzung oder Vermögensübertragung auf eine andere Gesellschaft.¹²⁷ Offen ist hingegen, was bei einer aufnehmenden Verschmelzung geschieht, wenn sich durch das Hinzutreten weiterer Gesellschafter „nur“ materiell der Kreis der Berechtigten verändert. Jedenfalls bei juristischen Personen als Entsendeberechtigten wird man das aber wohl hinnehmen. 87

b) Das Inhaberentsendungsrecht. Neben einem persönlichen Entsendungsrecht sieht das Gesetz (Abs. 2 S. 1, 2. Fall) ein **Inhaberentsendungsrecht** vor. Ein solches kann dem Inhaber oder den Inhabern (zur Möglichkeit ein Entsendungsrecht einer Gruppe von Aktionären zu gewähren → Rn. 77 f.) bestimmter Aktien durch die Satzung eingeräumt werden. Nur vinkulierte Namensaktien können mit einem Inhaberentsendungsrecht verbunden werden.¹²⁸ 88

aa) Entstehung des Inhaberentsendungsrechts. Die Satzung kann dem Berechtigten ein Entsendungsrecht nur unter zwei vom Gesetz aufgestellten Bedingungen (Abs. 2 S. 2) gewähren. Zum einen müssen die Aktien **auf den Namen lauten** und zum anderen muss die **Übertragung der Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft** gebunden sein.¹²⁹ Das Inhaberentsendungsrecht bildet mit der Namensaktie eine Einheit.¹³⁰ Wird die Aktie an den neuen Inhaber übertragen, erhält dieser zugleich das Entsendungsrecht. Dem Veräußerer steht es nicht mehr zu. Nur der jeweilige Inhaber der Namensaktien verfügt über das Inhaberentsendungsrecht. Es ist **aktiengebunden**.¹³¹ Im Einzelnen gelten die Vorschriften über die vinkulierten Namensaktien (vgl. § 68 Abs. 2). 89

Die **Satzung** muss vorsehen, dass die Übertragung der Namensaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen kann (§ 68 Abs. 2 S. 1). Der **Vorstand erteilt die Zustimmung** (§ 68 Abs. 2 S. 2) für die Gesellschaft, und zwar auf Grund seiner Geschäftsführungszuständigkeit regelmäßig aus eigenem Recht. Die Satzung kann jedoch hiervon abweichend im Innenverhältnis einen Beschluss des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung voraussetzen (§ 68 Abs. 2 S. 3). Eine solche Regelung empfiehlt sich, weil der Vorstand keinen Einfluss auf die Auswahl der ihm im Aufsichtsrat überwachenden Personen haben soll. Es ist vorstellbar, dass ein Zustimmungsrrecht des Vorstands als mit dem Wesen der AG unvereinbar angesehen wird. 90

bb) Ausübung des Entsendungsrechts bei mehreren Berechtigten. Existiert eine Rechtsgemeinschaft (§ 68 Abs. 2 S. 3) an der das Entsendungsrecht begründenden Namensaktie, besteht das Entsendungsrecht für alle an der Rechtsgemeinschaft Berechtigten. Sie können ihr Entsendungsrecht nur durch einen **gemeinschaftlichen Vertreter** (§ 69 91

¹²⁶ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 55; Baumbach/Hueck Rn. 10.

¹²⁷ AA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 55, die davon ausgehen, dass im Zweifel das Entsendungsrecht einer juristischen Person von einer Umwandlung oder Verschmelzung nicht berührt wird. Der Gegenansicht kann nicht gefolgt werden. Sie lässt außer Acht, dass eine neue Rechtspersönlichkeit entsteht. Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 112, dort Fn. 482, halten es für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „für bestimmte Aktionäre“ in Abs. 2 S. 1 unbeachtlich, dass durch die Verschmelzung eine neue Rechtspersönlichkeit entsteht.

¹²⁸ Abs. 2 S. 2; vgl. MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 23a.

¹²⁹ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 52.

¹³⁰ Hüffer/Koch Rn. 10.

¹³¹ So der Begriff bei Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 52.

Abs. 1) ausüben. Im Innenverhältnis richten sich seine Bestellung und seine Geschäftsführungsbefugnis nach dem zwischen den Berechtigten bestehenden Rechtsverhältnis.

- 92 Die **Satzung** kann Regelungen darüber aufstellen, ob mehrere Berechtigte ihr Entscheidungsrecht durch Mehrheitsbeschluss ausüben können oder ob Einstimmigkeit erforderlich ist.¹³² Enthält die Satzung keine derartige Regelung, richtet sich die Ausübung des Entscheidungsrechts nach dem zwischen den Berechtigten bestehenden Rechtsverhältnis. Wenn kein besonderes Rechtsverhältnis vereinbart ist, gelten die Regeln über die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) entsprechend (insbesondere § 745 BGB). Das bedeutet, dass für die Ausübung des Entscheidungsrechts keine Einstimmigkeit erforderlich ist. Stimmenmehrheit reicht aus.¹³³
- 93 **cc) Erlöschen des Inhaberentsendungsrechts.** Das Inhaberentsendungsrecht erlischt, wenn eine der gesetzlichen Bedingungen entfällt. Dies ist der Fall, wenn die Namensaktien in Inhaberaktien umgewandelt werden oder die Übertragbarkeit nicht mehr an die Zustimmung der Gesellschaft gekoppelt ist. Allerdings können Hauptversammlungsbeschlüsse, die das Erlöschen des Inhaberentsendungsrechts unmittelbar oder mittelbar (zB durch die Satzung) bewirken, nur mit Zustimmung der Entscheidungsberechtigten gefasst werden.
- 94 **c) Zusammentreffen von persönlichem Entscheidungsrecht und Inhaberentsendungsrecht.** Das Gesetz sieht ein Zusammentreffen der beiden Entscheidungsmöglichkeiten nicht vor. Die Satzung kann eine **Koppelung von persönlichem und Inhaberentsendungsrecht** bestimmen. Eine Koppelung stellt einen Fall des persönlichen Entscheidungsrechts dar. Es spricht nichts gegen eine Satzungsbestimmung, die einem Aktionär ein Entscheidungsrecht unter der Bedingung einräumt, dass er zugleich Inhaber bestimmter Aktien ist. Die Satzung kann **Hinterlegung** dieser Aktien bei der Gesellschaft verlangen. Zulässig ist auch eine Regelung, die die **Abtretbarkeit** des Anspruchs auf Rücknahme ausschließt.¹³⁴
- 95 Die Hauptversammlung kann im Fall des Zusammentreffens von persönlichem und Inhaberentsendungsrecht das Erfordernis des Innehabens bestimmter Aktien auch ohne Zustimmung des Aktionärs **aufheben**; sein persönliches Entscheidungsrecht wird dadurch nicht berührt. Das Entscheidungsrecht bleibt bestehen, auch wenn der Aktionär diese Aktien verkauft. Der Erwerber dieser Aktien erhält kein Entscheidungsrecht, da es ihm nicht persönlich eingeräumt worden ist. Allerdings bleibt das Erfordernis des Innehabens von Aktien durch den Entscheidungsberechtigten auch dann bestehen.
- 96 Die Hauptversammlung kann das entsandte Aufsichtsratsmitglied **abberufen**, wenn ihm keine Aktien mehr gehören (§ 103 Abs. 2 S. 2).
- 97 **5. Innenverhältnis von Entscheidungsberechtigten und Entsandten. a) Rechtsnatur des Innenverhältnisses.** Bei dem Innenverhältnis zwischen Entscheidungsberechtigten und Entsandten wird der Entsendung ein **Geschäftsbesorgungsvertrag** (§ 675 BGB) oder ein **Auftragsverhältnis** (§§ 662 ff. BGB) zugrunde liegen,¹³⁵ je nachdem, ob der Entscheidungsberechtigte dem Entsandten eine Vergütung zugesagt hat oder nicht.¹³⁶ In besonderen Fällen kann es sich um ein **hoheitliches Verhältnis** handeln. Dies ist der Fall, wenn der Entsandte Beamter und der Entscheidungsberechtigte sein Dienstherr ist und wenn die Wahrnehmung des Mandats im öffentlichen Interesse liegt.
- 98 **b) Ausgestaltung durch die Satzung.** Die **Satzung** darf das Entscheidungsrecht selbst und auch das Innenverhältnis zwischen Entscheidungsberechtigten und Entsandten näher ausgestalten. Dies gilt insbesondere für eine Ausschaltung oder die Begrenzung des Wei-

¹³² Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 119.

¹³³ § 745 BGB analog; so jetzt auch Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 119.

¹³⁴ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 52.

¹³⁵ Bürgers/Körber/Bürgers/Israel Rn. 13; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 72; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 155.

¹³⁶ Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 155.

Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

99-106 § 101 AktG

sungsrechts (→ Rn. 135) des Entsendungsberechtigten. Dadurch kann eine gewisse Unabhängigkeit des Entsandten gewährleistet werden. Die Satzung kann beispielsweise bestimmen, dass der Entsandte vom Entsendungsberechtigten keine Vergütung erhalten darf.¹³⁷

c) Verschwiegenheitspflicht des Entsandten. Der Entsandte unterliegt gegenüber dem Entsendungsberechtigten grundsätzlich der **aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**.¹³⁸ Eine gesetzlich normierte Ausnahme gilt für Berichte der Aufsichtsratsmitglieder, die diese an Gebietskörperschaften erstatten, von denen sie entsandt worden sind (§ 394 S. 1). Insoweit besteht keine Verschwiegenheitspflicht, es sei denn, es handelt sich um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft. Ist ihre Kenntnis allerdings für die Zwecke der Berichte von zwingender Bedeutung, besteht auch insoweit keine Verschwiegenheitspflicht (§ 394 S. 2).

Die zeitweilige Überlassung und die endgültige **Herausgabe von Akten** an den Entsendungsberechtigten richten sich nach der zugrunde liegenden Vertragsbeziehung.¹³⁹ Akten dürfen jedoch an den Entsendungsberechtigten **nicht** überlassen oder herausgegeben werden, wenn sie Daten enthalten, die der Verschwiegenheitspflicht unterfallen. Auch eine Einsichtnahme ist untersagt.

d) Haftung. Ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied unterliegt den gleichen Haftungsverpflichtungen (§§ 116, 93 Abs. 2) wie ein von der Hauptversammlung gewähltes Aufsichtsratsmitglied.

Das AktG sieht keine Haftung des Entsendungsberechtigten für den Entsandten vor (vgl. zur Haftung des Entsendungsberechtigten → Rn. 106 f.). Ein **Regressanspruch** auf Ersatz des gegen den Entsandten geltend gemachten Schadens kann in anderen Gesetzen vorgesehen sein (§ 67 S. 1 BBG) oder vertraglich vereinbart werden.

Eine **Schadensersatzpflicht** des Entsandten **gegenüber dem Entsendungsberechtigten** kann sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis ergeben. Entsendungsberechtigter und Entsandter können **vertraglich vereinbaren**, dass der Entsandter im Innenverhältnis die **Haftung** des Entsandten gegenüber der Gesellschaft übernimmt.

6. Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und der Gesellschaft. **a) Kein Vertragsverhältnis zwischen Entsendungsberechtigtem und Gesellschaft.** Zwischen dem Entsendungsberechtigten und der Gesellschaft besteht kein Vertrag.¹⁴⁰ Es kann allerdings eine **vertragsähnliche Vertrauensbeziehung** entstehen.¹⁴¹

b) Haftung für eigenes Verschulden des Entsendungsberechtigten. Die vertragsähnliche Vertrauensbeziehung begründet möglicherweise auch eine über die Pflichten des Aktionärs bei einem Wahlvorschlag zur Hauptversammlung hinausgehende Verpflichtung zur sachgerechten Auswahl des entsandten Aufsichtsratsmitglieds. Verletzt der Entsendungsberechtigte diese, kann auch eine Haftung in Betracht kommen..

c) Keine Haftung für Verschulden des Entsandten. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, die den Entsendungsberechtigten für den Entsandten haften lässt.¹⁴² Der Gesetzgeber hat hiervon bewusst abgesehen. Aus diesem Grund ist eine Haftung für den Entsandten als **Erfüllungsgehilfen** (§ 278 BGB) ausgeschlossen. Der Entsandte ist ebenso wenig **Ver-**

¹³⁷ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 73.

¹³⁸ K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 25; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 74.

¹³⁹ K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 25; MüKoAktG/Habersack Rn. 47; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 74.

¹⁴⁰ K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 26; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 77; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 162.

¹⁴¹ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 77; aA K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 26, der entsprechende Pflichten aus der Treuepflicht des Aktionärs herleitet; ebenfalls ablehnend MüKoAktG/Habersack Rn. 48 („weder Raum noch Notwendigkeit“).

¹⁴² Vgl. auch Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 78; zur Entsanderhaftung jur. Personen nach § 31 BGB vgl. Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn § 76 Rn. 76.

richtungsgehilfe¹⁴³ des Entsendungsberechtigten.¹⁴⁴ Gegen eine solche Annahme spricht bereits die durch das Unternehmensinteresse begrenzte Weisungsgebundenheit (vgl. hierzu → Rn. 135 ff.), soweit eine zulässige Weisungsgebundenheit überhaupt vorhanden ist.

- 107 d) Keine Haftungserweiterung durch Satzungsregelung.** Die Satzung kann keine Haftungserweiterung des Entsendungsberechtigten vorsehen. Das Gesetz bietet dafür keine Grundlage. Ist der Entsender Anteilseigner, kann er über die Entlastung des von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglieds mitstimmen.¹⁴⁵
- 108 e) Entsendungsberechtigte Gebietskörperschaften.** Sondervorschriften bestehen für entsendende Gebietskörperschaften, die einerseits Berichtsprivilegien genießen, andererseits aber auch einer eigenen Verschwiegenheitspflicht unterliegen (§§ 394, 395; s. aber auch → Rn. 135), Die zuständigen Beamten unterfallen zudem aktienrechtlichen Strafvorschriften (§ 395).
- 109 7. Grenzen des Entsendungsrechts (Abs. 2 S. 4).** Das Gesetz setzt dem Entsendungsrecht eine **zahlenmäßige** (Abs. 2 S. 4) **Grenze**. Die Begrenzung des Entsendungsrechts ist erfolgt, um den Einfluss der Hauptversammlung durch die Wahl der Anteilseignervertreter sicherzustellen. Die **Satzung** kann weitere Voraussetzungen an die Einräumung von Entsendungsrechten knüpfen.¹⁴⁶ Das Entsendungsrecht kann aber nur eingeschränkt und nicht erweitert werden.
- 110 a) Höchstzahl.** Insgesamt können **höchstens für ein Drittel** der sich aus dem Gesetz oder Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner Entsendungsrechte vergeben werden.¹⁴⁷ Anteilseignern ohne entsprechend hohen Aktienbesitz bleibt damit eine Dominanz bei der Besetzung des Aufsichtsrats mittels Entsendungsrechten verwehrt.¹⁴⁸ Dies gilt umso mehr mit Blick auf europarechtliche Vorgaben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verstößt eine Regelung, die Aktionären ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Beteiligung Entsendungsrechte einräumt, gegen die in Art. 56 Abs. 1 EG (Art. 63 Abs. 1 AEUV) garantierte Kapitalverkehrsfreiheit, weil es ihnen ermöglicht, sich stärker an der Tätigkeit des Aufsichtsrats zu beteiligen, als es ihr Aktionärsstatus normalerweise zulässt und dadurch der Einfluss der anderen Aktionäre hinter deren Investitionen zurückbleibt.¹⁴⁹ Daraus ergibt sich im Umkehrschluss die Zulässigkeit eines Entsendungsrechts, das nicht als ein solches „vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichendes Sonderrecht“¹⁵⁰ ausgestaltet ist.¹⁵¹
- 111 Führt** eine Satzungsbestimmung mittelbar oder unmittelbar zur Überschreitung der gesetzlichen Höchstzahl, ist sie **nichtig**.¹⁵² Dies gilt nicht, wenn die Entsendungsrechte einem einzigen Inhaber zustehen;¹⁵³ dann reduziert sich die Zahl der Entsendungsrechte auf das gesetzlich zulässige Maß. Wird die Höchstzahl von vornherein nicht beachtet, sind alle

¹⁴³ § 831 BGB; BGHZ 36, 296 (309) = WM 1962, 236 ff. unter Hinweis darauf, dass die Handlung nicht „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung“ begangen worden sei.

¹⁴⁴ BGHZ 36, 296 (309) = WM 1962, 236 ff. mit der Begründung, dass der Entsende in keinem Vertragsverhältnis zu der aufnehmenden Gesellschaft stehe; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 26; MüKoAktG/Habersack Rn. 49; Kölner Komm AktG/Mertens/Calm Rn. 78.

¹⁴⁵ BGHZ 36, 296 = WM 1962, 236; Kölner Komm AktG/Mertens/Calm Rn. 79.

¹⁴⁶ Folge aus § 103 Abs. 2 S. 2.

¹⁴⁷ Abs. 2 S. 4. Besteht der Aufsichtsrat beispielsweise aus 12 Aufsichtsratsmitgliedern (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG), kann die Zahl der Entsendungsrechte maximal zwei betragen.

¹⁴⁸ Hüffer/Koch Rn. 11; MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 24.

¹⁴⁹ Vgl. EuGH ZIP 2007, 2068 (2072); dazu auch Bayer/Schmidt BB 2008, 454 (459 f.); Möslin AG 2007, 770 (773 ff.); Werner Der Konzern 2009, 336 (339 ff.); NK-AktG/Breuer/Fraune Rn. 11.

¹⁵⁰ EuGH ZIP 2007, 2068 (2072).

¹⁵¹ BGH ZIP 2009, 1566 – ThyssenKrupp; dazu Nikoleyczik EWiR 2010, 103 f.; zuvor schon OLG Hamm AG 2008, 552; im Ergebnis auch Seeling/Zwickel BB 2008, 622 (623).

¹⁵² Hüffer/Koch Rn. 11; Kölner Komm AktG/Mertens/Calm Rn. 60; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 131.

¹⁵³ Kölner Komm AktG/Mertens/Calm Rn. 60.

Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

112–116 § 101 AktG

gewährten Entsendungsrechte nichtig. Die auf Grund vermeintlicher Entsendungsrechte entsandten Aufsichtsratsmitglieder sind nicht Mitglieder des Aufsichtsrats geworden. Wird durch Satzungsänderung eine nachträgliche Erweiterung der Entsendungsrechte über die gesetzliche Grenze hinaus beschlossen, ist der entsprechende Hauptversammlungsbeschluss nichtig (§ 241 Nr. 3). Die vorhandene Satzungsbestimmung bleibt bestehen, die Erweiterung ist nichtig.¹⁵⁴

aa) Ermittlung der Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder. Entsendungsrechte 112 dürfen durch die Satzung höchstens für **ein Drittel der Zahl der Anteilseignervertreter** vergeben werden. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder ist maßgeblich für die Höchstzahl der Entsendungsrechte. Die Anzahl der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat muss ermittelt werden. Hierbei ist auf den Zeitpunkt der Einräumung des Entsendungsrechts abzustellen. Zu berücksichtigen ist, welche gesetzlichen Vorschriften für die Aufsichtsratszusammensetzung maßgeblich sind (§ 96) und wie viele Aufsichtsratsmitglieder die Satzung vorsieht.¹⁵⁵ Die „weiteren Mitglieder“ (§ 96 Abs. 1) sind nicht zu den Anteilseignervertretern zu zählen.

Die **maximal zulässige Zahl** an Entsendungsrechten kann im Einzelfall allerdings 113 **höher liegen als ein Drittel** der Zahl der vorhandenen Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat. Dies ist der Fall, wenn nicht alle satzungsmäßig vorgesehenen Anteilseignervertreter tatsächlich gewählt worden sind, also einzelne der für Anteilseignervertreter vorgesehenen Mandate nicht besetzt worden sind. Die gesetzliche Begrenzungsvorschrift (Abs. 2 S. 4) stellt auf die sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Anzahl der Anteilseignervertreter (Sollzahl) ab und nicht auf die Zahl der tatsächlich in den Aufsichtsrat Gewählten (Istzahl). Entstehen Unterschiede zwischen der Zahl der gesetzlich oder satzungsmäßig möglichen und der tatsächlich gewählten Anzahl der Anteilseignervertreter, führt dies nicht zu einer Beeinträchtigung des Entsendungsrechts. Machen die Aktionäre von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch, bedürfen sie auch keines Schutzes.

bb) Änderung der Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder. Die Änderung der 114 Einflussfaktoren,¹⁵⁶ die für die Höchstzahl der Aufsichtsratssitze maßgeblich sind, kann eine Verringerung der bisher geltenden Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder bewirken. Die Auswirkungen auf die Zahl der in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder sind unterschiedlich.

(1) Änderung der Höchstzahl auf Grund zwingender gesetzlicher Vorgaben 115 **(mittelbare Veränderung der Höchstzahl).** Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder muss an die **gesetzlichen Vorgaben** (§ 95 Satz 4; Mitbestimmungsgesetze) angepasst werden. Erfolgt beispielsweise eine **Kapitalherabsetzung** von mehr als 1,5 Mio. Euro auf unter 1,5 Mio. Euro, besteht der Aufsichtsrat zukünftig nicht mehr aus fünfzehn, sondern nur noch aus neun Mitgliedern (§ 95 S. 4). Diese Kapitalherabsetzung wirkt sich folglich auch auf das Drittel der durch Entsendung zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder aus.

Alle Entsendungsrechte der Berechtigten **erlöschen**, wenn sie verschiedenen Inhabern 116 zustehen. Wenn alle Entsendungsrechte einer einzigen Person zustehen, erlischt das Recht in dem Maße, in dem es die nunmehr geltende Höchstzahl an Entsendungsrechten übersteigt.¹⁵⁷ Nichts anderes gilt, wenn sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach anderen (mitbestimmungsrechtlichen) Vorschriften richtet.

¹⁵⁴ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 60.

¹⁵⁵ Bürgers/Körber/Bürgers/Israel Rn. 14; MüKoAktG/Habersack Rn. 54; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 131.

¹⁵⁶ Satzungsbestimmung über die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, Höhe des Grundkapitals, das für die Gesellschaft anwendbare Recht (MitbestG etc.).

¹⁵⁷ Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 133.

- 117 **Zustimmung zur Verringerung der Höchstzahl.** Das Erfordernis einer **Zustimmung** des Entsendungsberechtigten zur Kapitalherabsetzung, wenn diese zur Verringerung der Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder führt, beurteilt sich nach dem Zweck der Kapitalherabsetzung. Dient die Kapitalherabsetzung dem Zweck, **wirtschaftlich notwendige Maßnahmen** durchzuführen, ist die Zustimmung der Entsendungsberechtigten entbehrlich. In allen anderen Fällen ist die Zustimmung der Berechtigten erforderlich.¹⁵⁸ Auch mittelbar darf das Entsendungsrecht eines Entsendungsberechtigten nicht geschmälert werden (§ 35 BGB).
- 118 **Auswirkung auf die Satzungsbestimmung.** Die Anpassung an die neue Höchstzahl führt zu einer **Reduzierung** der satzungsmäßig gewährten Entsendungsrechte. Dies ist erforderlich, weil sie der gesetzlich bestimmten Höchstzahl an Aufsichtsratsitzen widerspricht. Die Satzungsbestimmung kann entweder an die neue Rechtslage angepasst werden oder sie wird nichtig.¹⁵⁹ Eine **Anpassung** ist möglich, wenn die zukünftige Zusammensetzung des Aufsichtsrats sichergestellt ist. Dies ist in zwei Fällen möglich. Liegen alle Entsendungsrechte in der Hand eines einzigen Entsendungsberechtigten, verschlechtert sich seine Rechtsposition im Fall einer Anpassung nicht. Er hat nach wie vor den gleichen prozentualen Anteil an Entsendungsrechten. Regelt eine Satzungsbestimmung die Reihenfolge, in der die überzähligen Entsendungsrechte bei einer Höchstzahlverminderung entfallen, herrscht weiterhin Klarheit über die zukünftig verbleibenden Entsendungsrechte und über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. In allen anderen Fällen ist die Satzungsbestimmung **nichtig**. Die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats wäre gefährdet, wenn nicht klar wäre, wem zukünftig Entsendungsrechte zustehen.
- 119 **(2) Änderung der Höchstzahl auf Grund einer Satzungsänderung (unmittelbare Veränderung der Höchstzahl).** Will die Hauptversammlung eine Verringerung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder beschließen, ohne dass hierzu auf Grund gesetzlicher Vorgaben Anlass besteht, ist die **Zustimmung der Entsendungsberechtigten zur Satzungsänderung** notwendig.¹⁶⁰ Die Hauptversammlung kann die beabsichtigte Verringerung nicht beschließen, wenn die Entsendungsberechtigten nicht zustimmen. Die Eigenschaft des Entsendungsrechts als Sonderrecht (§ 35 BGB; vgl. → Rn. 62) steht dem entgegen. Eine dennoch erfolgende Herabsetzung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder wäre unzulässig, da sie die bestehenden Entsendungsrechte nicht beeinträchtigen kann und, wenn die Zahl der Entsendungsrechte höher als ein Drittel wäre, das gesetzlich festgelegte Verhältnis (Abs. 2 S. 4) von gewählten zu entsandten Aufsichtsratsmitgliedern nicht gewährleistet wäre. Etwas anderes gilt, wenn die Satzung von vornherein die Verminderung der Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder durch Hauptversammlungsbeschluss vorsieht. Dann ist das Sonderrecht des Entsendungsberechtigten von Anfang an eingeschränkt.¹⁶¹
- 120 **(3) Rechtsfolgen für die entsandten Aufsichtsratsmitglieder nach Verringerung der Mandate.** Die Rechtsfolgen für die entsandten Aufsichtsratsmitglieder richten sich danach, ob die Gesellschaft eine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat aufweist.

¹⁵⁸ Str., **wie hier** Geßler/Hefermehl/Geßler Rn. 82; Spindler/Stilz/Spindler Rn. 68; ähnlich wie hier auch Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 61, die die Zustimmung für entbehrlich halten, wenn im Fall der Kapitalherabsetzung die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder kraft Gesetzes vermindert wird und Entsendungsrechte dementsprechend nicht vollumfänglich aufrecht erhalten werden können; **vermittelnd** K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 21, der die Zustimmung unabhängig vom Zweck der Kapitalherabsetzung für erforderlich hält, jedoch eine Zustimmungspflicht annimmt, wenn die Kapitalherabsetzung in dieser Form wirtschaftlich erforderlich und geboten sowie für den Betroffenen nicht mit einer Erhöhung seiner Leistungspflichten verbunden sei. **aA** Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 135, die entsprechend den Regeln über die Abschaffung der Mehrstimmrechte (§ 5 Abs. 3 und 4 EGAktG) die Gewährung eines angemessenen Ausgleichs befürworten, da ein kompensationsloser Verzicht auf das Entsendungsrecht nicht zumutbar sei. Dem zustimmend MüKoAktG/Habersack Rn. 57.

¹⁵⁹ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 61.

¹⁶⁰ Seeling/Zwicker BB 2008, 622 (624); Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 61; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 134.

¹⁶¹ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 61.

b) Ausgestaltung des Entsendungsrechts durch die Satzung. Das Entsendungsrecht besteht nicht kraft Gesetzes, sondern wird durch die Satzung eingeräumt. Daher kann es durch die Satzung nahezu beliebig ausgestaltet und eingeschränkt werden.¹⁶² Von dieser Regelungsmöglichkeit sollte Gebrauch gemacht werden.

Die Satzung kann die Gewährung eines Entsendungsrechts an die Erfüllung **persönlicher** oder **sachlicher** Voraussetzungen knüpfen. Sie muss sich bei einer Einschränkung des Entsendungsrechts allerdings an die Satzung der Gesellschaft halten.¹⁶³

aa) Persönliche Voraussetzungen. Das entsandte Mitglied muss die persönlichen Voraussetzungen erfüllen, die das Gesetz von einem Aufsichtsratsmitglied fordert (§ 100). Wenn zB eine Person in den Aufsichtsrat entsandt werden soll, die in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied derselben börsennotierten Gesellschaft war, muss der Entsendungsberechtigte entsprechend den Anforderungen in § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 wenigstens 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.¹⁶⁴ Das Gesetz ermächtigt die Satzung ausdrücklich, weitere persönliche Voraussetzungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder zu fordern (§ 100 Abs. 4). Zulässig sind Satzungsbestimmungen, die die Einräumung eines Entsendungsrechts von persönlichen Voraussetzungen des Entsandten oder des Entsendungsberechtigten abhängig machen. Hierzu gehören beispielweise die Voraussetzung der deutschen Staatsangehörigkeit,¹⁶⁵ die Anteilseignereigenschaft des Entsandten, ein Aktienbesitz des Entsendungsberechtigten in bestimmter Höhe¹⁶⁶ oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe oder Familie.¹⁶⁷ Allerdings ist es der Hauptversammlung verwehrt, eine Satzungsbestimmung zu beschließen, der zu Folge das Entsendungsrecht dem Aktionär nur zusteht, solange er Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ist.¹⁶⁸ Dies wäre rechtsmissbräuchlich, weil es Auswirkungen auf die Wahlfreiheit der Hauptversammlung und das Vorstands-Bestellungsrecht des Aufsichtsrats hätte. Umgekehrt kann aber einem Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglied ein Entsendungsrecht eingeräumt werden, das trotz der Mitgliedschaft des Entsendungsberechtigten im Vorstand oder Aufsichtsrat ausgeübt werden darf.¹⁶⁹

Die Entsendung ist **nichtig**, wenn der Entsandte von Anfang an nicht die geforderten persönlichen Voraussetzungen mitbringt. Die Entsendung ist auch nichtig, wenn dem Entsender ein Entsendungsrecht gar nicht zustand oder er es nicht hätte ausüben dürfen.¹⁷⁰

Verliert ein entsandtes Mitglied eine der geforderten persönlichen Voraussetzungen, kann es von der Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit **abberufen** (§ 103 Abs. 2 S. 2) werden.¹⁷¹ Eine Abberufung des entsandten Mitglieds aus wichtigem Grund (§ 103 Abs. 3) ist für den Fall denkbar, dass die Ausübung des Entsendungsrechts gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde.¹⁷² Es erfolgt kein automatischer Amtsverlust.¹⁷³ Daneben besteht das Abberufungsrecht des Entsendungsberechtigten (§ 103 Abs. 2 S. 1).

¹⁶² Seeling/Zwickel BB 2008, 622 (625); Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 108; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Spindler/Stilz/Spindler Rn. 51.

¹⁶³ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58.

¹⁶⁴ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 65.

¹⁶⁵ MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 12a.

¹⁶⁶ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58.

¹⁶⁷ MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 12a; MüKoAktG/Habersack Rn. 59 f. und Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 102 machen nachträglich hinzugefügte weitere persönliche Voraussetzungen und Hinderungsgründe von der Zustimmung des Entsendungsberechtigten abhängig; aA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 46.

¹⁶⁸ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 125.

¹⁶⁹ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 125.

¹⁷⁰ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 65.

¹⁷¹ MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 23a; aA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 65, denen zu Folge § 103 Abs. 2. S. 2 nur den Fall trifft, dass der Entsendungsberechtigte sein Recht verliert.

¹⁷² R.G.Z. 165, 68 (79 ff.); Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 65.

¹⁷³ MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 23a.

AktG § 101 126–131

- 126 **bb) Sachliche Voraussetzungen.** Die Satzung kann sachliche Voraussetzungen aufstellen, die das Entsendungsrecht einschränken können.¹⁷⁴
- 127 **(1) Zulässige sachliche Voraussetzungen.** Die Satzung kann beispielsweise vorsehen, dass das Entsendungsrecht nach Ablauf einer bestimmten Zeit¹⁷⁵ oder unter bestimmten Bedingungen (zB Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft) **wegfällt**. Sie kann verlangen, dass der Entsendungsberechtigte eine bestimmte Mindestanzahl von Anteilen besitzen muss.¹⁷⁶
- 128 Auch ein **Ruhen** des Entsendungsrechts¹⁷⁷ kann vorgesehen werden zB für den Fall, dass ein Entsendungsberechtigter zum Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gewählt wird.¹⁷⁸
- 129 Die Satzung kann dem Entsendungsberechtigten eine **Entsendungspflicht** auferlegen.¹⁷⁹ Einer in der Satzung bestimmten Entsendungspflicht steht auch das Abberufungsrecht des Entsendungsberechtigten (§ 103 Abs. 2 S. 1) nicht entgegen.¹⁸⁰ Übt der Entsendungsberechtigte sein Entsendungsrecht trotz Entsendungspflicht nicht aus, kann eine gerichtliche Bestellung (§ 104) erfolgen. Weder entfällt das entsprechende Aufsichtsratsmandat, noch darf die Hauptversammlung das nicht entsandte Mitglied wählen.¹⁸¹
- 130 **(2) Unzulässige sachliche Voraussetzungen.** Weder der Vorstand¹⁸² noch der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung¹⁸³ dürfen Einfluss darauf nehmen, welche Person in den Aufsichtsrat entsandt werden soll. Ihre Entsendung darf daher nicht an die Zustimmung der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats geknüpft werden. Die Wahl von mindestens zwei Dritteln der Anteilseignervertreter gewährleistet der **Hauptversammlung** ihren Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats. Würde der Hauptversammlung zusätzlich zu ihrer Wahlmöglichkeit noch die Einflussnahme auf die Entsendung durch ein Zustimmungserfordernis eröffnet werden, so widerspräche dies dem Sinn und Zweck des Entsendungsrechts: Die Entsendung soll gerade unabhängig von der Hauptversammlung erfolgen. Dem **Aufsichtsrat** räumt das Gesetz keine über die Erteilung von Wahlvorschlägen (§ 124 Abs. 3) hinausgehende Einflussnahme auf seine Zusammensetzung ein. Auch die Satzung kann es dem Aufsichtsrat nicht ermöglichen, sich seine Mitglieder selbst auszusuchen. Ein Zustimmungserfordernis durch den **Vorstand** ist ebenfalls abzulehnen, da er nicht die Besetzung des Organs beeinflussen darf, das ihn kontrolliert. Allerdings wird der **Entsendungsberechtigte** häufig vor Rechtsausübung mit einem Großaktionär, dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Vorstand Fühlung aufnehmen und über die von ihm in Aussicht genommene Person sprechen. Dies ist zulässig, solange er sein Recht zur eigenverantwortlichen Benennung des Entsandten nicht aufgibt.
- 131 **8. Wahrung des Unternehmensinteresses.** Alle Aufsichtsratsmitglieder unterliegen dem **Gleichbehandlungsgebot**.¹⁸⁴ Entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben die **gleichen Rechte und Pflichten wie die gewählten Mitglieder**.¹⁸⁵ Es gelten die gleichen gesetzlichen Vorschriften. Das entsandte Mitglied hat in erster Linie das Interesse des Unterneh-

¹⁷⁴ Merten/Cahn in Kölner Komm. AktG Rn. 58.

¹⁷⁵ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58.

¹⁷⁶ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58.

¹⁷⁷ Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 125; vgl. zum Ruhen des persönlichen Entsendungsrechts → Rn. 82 f.

¹⁷⁸ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Spindler/Stilz/Spindler Rn. 52.

¹⁷⁹ K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 27; MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 25; Baumbach/Hueck Rn. 12; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58 und 81.

¹⁸⁰ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 81.

¹⁸¹ MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 25.

¹⁸² Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 126.

¹⁸³ AA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 58; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 126.

¹⁸⁴ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 69.

¹⁸⁵ BGHZ 36, 296 (306); MHdB AG/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 25; Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 145; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 69.