

## Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

Bearbeitet von  
RA Dr. Wolfgang Selter

1. Auflage 2014. Buch. 444 S. Gebunden  
ISBN 978 3 8487 0790 4

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

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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.

Selter

# Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder



Nomos

Dr. Wolfgang Selter  
Rechtsanwalt, Düsseldorf

# **Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder**



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8487-0790-4

## **Vorwort**

Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen aus den letzten 30 Jahren, Gesetzesänderungen vor allem in den letzten eineinhalb Jahrzehnten und nicht zuletzt der Deutsche Corporate Governance Kodex mit seinen alljährlichen Anpassungen während der letzten Dekade haben dazu beigetragen, dass aus dem Aufsichtsrat als vormalig „Veranstaltung zur Pflege von Eitelkeiten“ oder „Altherrenrunde“ ein Arbeitsgremium geworden ist, dessen Mitglieder stets qualifiziert und engagiert sein müssen und nicht zu unterschätzenden Haftungsgefahren ausgesetzt sind. Zu den wesentlichen gesetzgeberischen Maßnahmen mit Einfluss auf die Rahmenbedingungen der Aufsichtsratsarbeit zählen KonTraG von 1998, TransPuG aus dem Jahr 2002, UMAG von 2005 sowie BilMoG, ARUG und VorstAG aus dem Jahr 2009. Hinzukommen die Einführung des WpÜG in 2001 sowie die Novellen von GenG in 2006 und KWG in 2013. Die für den Aufsichtsrat Richtung weisenden Beiträge der höchstrichterlichen Judikative sind unter anderem „Hertie“ aus 1982 zu den Mindestkenntnissen und -fähigkeiten, über die ein Aufsichtsratsmitglied verfügen muss, „ARAG/Garmenbeck“ aus dem Jahr 1997 zur Verpflichtung des Aufsichtsrats, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre (ehemaligen) Vorstandsmitglieder geltend zu machen, „Mannesmann/Vodafone“ aus 2005 zur strafrechtlichen Relevanz von Anerkennungsprämien, „Kirch/Deutsche Bank“ aus 2009 zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung, „Ision“ aus 2011 zur Haftungsfreizeichnung durch Hinzuziehung externen Sachverständigen und zur Verschärfung der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund Spezialwissens sowie „Fresenius“ aus 2012 als vorerst letzte Entscheidung des BGH zu Beraterverträgen zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft.

Das vorliegende Handbuch stellt die derzeitige Rechtslage dar, wie sie Gesetzgeber, Gerichte und Kodex-Kommission geschaffen haben, erläutert sie und versorgt Aufsichtsratsmitglieder und deren Berater mit vielfältigen Handlungsempfehlungen. Darüber hinaus werden aktuelle Meinungsstände rechtspolitischer Diskussionen skizziert, die dem Leser eine Vorstellung davon geben sollen, wie gegenwärtige Probleme zukünftig gelöst werden könnten. Beispielhaft sei die Diskussion um Ausschluss oder zumindest betragsmäßige Begrenzung der Ingressnahme von Organmitgliedern wegen mit Bußgeld geahndeter Kartellverstöße der Gesellschaft genannt. Nicht zuletzt werden Rechtstatsachen bemüht, um die Bedeutung einzelner Rechtsinstitute in der Praxis und deren Entwicklung zu dokumentieren.

Rechtsprechung und Literatur bis zum 31.12.2013 sind berücksichtigt. Die Änderungen durch die KWG-Novelle von 2013, die zum 1.1.2014 in Kraft getreten sind, sind ebenfalls dargestellt und erläutert.

Meiner Frau und meinen Kindern danke ich für ihr großes Verständnis. Denn in der Zeit der Fertigstellung des Manuskripts zu diesem Handbuch mussten sie sehr häufig auf mich verzichten.

Düsseldorf, den 31. Januar 2014

Wolfgang Selter

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Vorwort</b> .....                                                      | 5  |
| <b>Abkürzungen</b> .....                                                  | 17 |
| <b>I. Einführung und Grundbegriffe</b> .....                              | 25 |
| 1. Der Aufsichtsrat als Organ .....                                       | 25 |
| 2. Arten von Gesellschaften .....                                         | 25 |
| a) Aktiengesellschaft .....                                               | 25 |
| b) Kommanditgesellschaft auf Aktien .....                                 | 26 |
| c) Societas Europaea .....                                                | 26 |
| d) Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....                            | 27 |
| e) Eingetragene Genossenschaft .....                                      | 27 |
| 3. Verhältnis von Gesellschaftern, Leitungs- und Kontrollorgan .....      | 27 |
| a) Hauptversammlung und Aufsichts- bzw Beirat .....                       | 27 |
| b) Aufsichtsrat u. Vorstand bzw persönlich haftender Gesellschafter ..... | 28 |
| c) Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung .....                   | 28 |
| <b>II. Zusammensetzung, Bestellung und Abberufung u.a.</b> .....          | 30 |
| 1. Zahl der Mitglieder .....                                              | 30 |
| a) Allgemeines .....                                                      | 30 |
| b) Nicht mitbestimmte Rechtsträger .....                                  | 30 |
| c) Mitbestimmten Rechtsträger .....                                       | 30 |
| aa) MitbestG 1976 .....                                                   | 30 |
| bb) Montan-MitbestG 1951 und Montan-MitbestErgG 1956 .....                | 31 |
| cc) DrittelbG 2004 .....                                                  | 31 |
| d) Stellvertreter und Ersatzmitglieder .....                              | 32 |
| 2. Zusammensetzung .....                                                  | 33 |
| a) Abhängigkeit von Mitbestimmung .....                                   | 33 |
| b) Statusverfahren .....                                                  | 34 |
| c) Diversity und Frauenquote .....                                        | 35 |
| d) Spezielle Voraussetzungen für Banken und Versicherungen .....          | 37 |
| e) Benennung konkreter Ziele für die Zusammensetzung .....                | 37 |
| aa) Allgemeines und Rechtspolitisches .....                               | 37 |
| bb) Zuständigkeit und Bezugspunkt in mitbestimmten Aufsichtsräten .....   | 38 |
| cc) Ziele im Einzelnen .....                                              | 39 |
| 3. Bestellung .....                                                       | 41 |
| a) Begriff .....                                                          | 41 |
| b) Wahl durch Haupt-, General- oder Vertreterversammlung .....            | 42 |
| aa) Wahlvorschläge bei AG und KGaA .....                                  | 42 |
| (1) Gesetzliche Ausgangssituation .....                                   | 42 |
| (2) Vorgaben des DCGK .....                                               | 43 |
| (3) Praktische Handhabung .....                                           | 45 |
| bb) Beschlussfassung, Annahme der Wahl und Wiederwahl .....               | 46 |
| cc) Besonderheiten bei der eG .....                                       | 46 |
| c) Wahl der Arbeitnehmervertreter .....                                   | 47 |
| aa) Allgemeines .....                                                     | 47 |
| bb) Erste, zweite und dritte Wahlordnung zum MitbestG .....               | 47 |
| cc) Montan-MitbestG .....                                                 | 49 |
| dd) DrittelbG .....                                                       | 49 |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| d) Entsendung .....                                                              | 51 |
| e) Bestellung durch das Gericht .....                                            | 52 |
| aa) Einleitung .....                                                             | 52 |
| bb) Beschlussunfähigkeit .....                                                   | 52 |
| cc) Beschlussboykott .....                                                       | 54 |
| dd) Unterbesetzung .....                                                         | 54 |
| ee) Prozessuale Aspekte .....                                                    | 55 |
| f) Fehlerhafte Bestellung .....                                                  | 56 |
| aa) Ausgangslage .....                                                           | 56 |
| bb) Vorsorgliche gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern .....      | 57 |
| cc) Bestätigungsbeschluss der Hauptversammlung .....                             | 58 |
| dd) Ausdehnung der Lehre vom fehlerhaft bestellten Organmitglied .....           | 59 |
| ee) Behandlung fehlerhafter Bestellung durch den BGH .....                       | 60 |
| 4. Persönliche Voraussetzungen und Beschränkungen .....                          | 61 |
| a) Natürliche Person, Betreuung u. statutarische Vorgaben .....                  | 61 |
| b) Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder .....                              | 62 |
| aa) Anknüpfungspunkte, Bedeutung und internationaler Vergleich .....             | 62 |
| bb) Zahl unabhängiger Mitglieder im Aufsichtsrat .....                           | 63 |
| cc) Negativdefinition der Unabhängigkeit – Überblick .....                       | 64 |
| dd) Abhängigkeit von Gesellschaft, Organen und Kontrollaktionär .....            | 65 |
| ee) Geschäftliche oder persönliche Beziehung .....                               | 67 |
| ff) Wesentlicher und dauerhafter Interessenkonflikt .....                        | 68 |
| gg) Unabhängigkeit bei Beziehung zum kontrollierenden Aktionär .....             | 69 |
| hh) Unabhängigkeit bei Beziehung zu Lieferanten, Dienstleistern und Kunden ..... | 69 |
| ii) Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern .....                              | 70 |
| jj) Zielkonflikt zwischen Unabhängigkeit und Sachkunde .....                     | 72 |
| c) Der unabhängige Finanzexperte iS von § 100 Abs. 5 AktG .....                  | 72 |
| aa) Voraussetzungen .....                                                        | 72 |
| bb) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....                                           | 74 |
| d) Besondere Sachkunde .....                                                     | 76 |
| aa) Gesamtkompetenz des Organs als Summe der Einzelkompetenzen .....             | 76 |
| bb) Unternehmensspezifische Mindestkompetenz .....                               | 77 |
| cc) Statutarische Anforderungen .....                                            | 77 |
| e) Branchenspezifische Voraussetzungen .....                                     | 78 |
| f) Spezielle Hinderungsgründe .....                                              | 79 |
| aa) Überblick .....                                                              | 79 |
| bb) Zugehörigkeit zum Vorstand .....                                             | 79 |
| cc) § 100 Abs. 2 AktG .....                                                      | 81 |
| (1) Zulässige Höchstzahl an Mandaten (Nr. 1) .....                               | 81 |
| (2) Mitgliedschaft im Leitungsorgan eines abhängigen Unternehmens (Nr. 2) .....  | 81 |
| (3) Überkreuzverflechtung (Nr. 3) .....                                          | 82 |
| (4) Karenzzeit nach Ausscheiden aus dem Vorstand (Nr. 4) .....                   | 82 |
| dd) Karenzzeit für die Vorstandsmitglieder einer eG .....                        | 85 |
| ee) Rechtsformunabhängige Hinderungsgründe .....                                 | 85 |
| ff) Aufsichtsrechtliche Sonderbestimmungen .....                                 | 85 |
| gg) Berater eines bedeutenden Anteilseigners .....                               | 85 |
| g) Vermeidung von Interessenkonflikten, insbes. Wettbewerbsverbote .....         | 86 |
| aa) Ausgangssituation .....                                                      | 86 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Transparenz statt Inkompatibilität .....                                   | 88  |
| 5. Weisungsgebundenheit .....                                                  | 91  |
| a) Öffentlich-rechtliche Vorschriften .....                                    | 91  |
| b) Mitbestimmungsrechtliche Vorschriften .....                                 | 92  |
| c) Rechtsprechung .....                                                        | 92  |
| aa) Zivilgerichtliche Rechtsprechung .....                                     | 92  |
| bb) Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung .....                               | 93  |
| d) Meinungsstand in der Literatur .....                                        | 93  |
| e) Stellungnahme .....                                                         | 95  |
| 6. Amtszeit .....                                                              | 97  |
| a) Mitglieder des ersten Aufsichtsrats .....                                   | 97  |
| b) Mitglieder späterer Aufsichtsräte .....                                     | 98  |
| aa) Gesetzliche Höchstdauer bei AG und KGaA .....                              | 98  |
| bb) Gesetzliche Höchstdauer bei eG .....                                       | 100 |
| cc) Unterschiedlich lange Amtszeiten und Wiederbestellung .....                | 100 |
| 7. Abberufung .....                                                            | 101 |
| a) Zuständigkeit, Voraussetzungen und Wirksamwerden .....                      | 101 |
| b) Abberufung entsandter Aufsichtsratsmitglieder .....                         | 102 |
| c) Abberufung durch gerichtliche Entscheidung .....                            | 102 |
| d) Sonderfälle der Abberufung von Arbeitnehmervertretern .....                 | 104 |
| e) Ausscheiden des Aufsichtsratsmitglieds aus der eG .....                     | 104 |
| 8. Amtsniederlegung und sonstige Beendigungsgründe .....                       | 105 |
| aa) Amtsniederlegung .....                                                     | 105 |
| bb) Sonstige Beendigungsgründe .....                                           | 105 |
| 9. Vergütung .....                                                             | 106 |
| a) AG und KGaA .....                                                           | 106 |
| aa) Voraussetzungen für Gewährung .....                                        | 106 |
| bb) Höhe, Bestandteile und Berechnungsgrundlagen der Vergütung .....           | 108 |
| cc) Herabsetzung und Erhöhung .....                                            | 111 |
| (1) Quorum für den Herabsetzungsbeschluss der Hauptversammlung .....           | 111 |
| (2) Möglichkeit der Rückwirkung des Herabsetzungsbeschlusses .....             | 111 |
| (3) Möglichkeit der Rückwirkung eines Erhöhungsbeschlusses .....               | 114 |
| (4) Besonderheiten der Vergütung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats ..... | 114 |
| dd) Nebenleistung als Vergütungsbestandteile .....                             | 114 |
| ee) Ersatz angemessener Auslagen .....                                         | 116 |
| ff) Steuerliche Aspekte .....                                                  | 116 |
| b) eG .....                                                                    | 116 |
| 10. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern .....                                | 117 |
| a) Dienst- und Werkverträge .....                                              | 117 |
| aa) Einleitung .....                                                           | 117 |
| bb) Inhaltliche Anforderungen .....                                            | 118 |
| cc) Personelle Aspekte .....                                                   | 121 |
| dd) Rechtsfolgen .....                                                         | 123 |
| b) Darlehens- und sonstige Kreditverträge .....                                | 124 |
| 11. Kostenerstattung .....                                                     | 125 |
| a) Allgemeines zum Auslagenersatz .....                                        | 125 |
| b) Einzelne Arten von Auslagen .....                                           | 127 |
| aa) Reisekosten .....                                                          | 127 |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Aus- und Fortbildungskosten .....                                              | 129 |
| cc) Sonstige Kosten .....                                                          | 131 |
| c) Kompetenz zur Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit .....                  | 132 |
| III. Innere Ordnung .....                                                          | 136 |
| 1. Vorsitz .....                                                                   | 136 |
| a) Allgemeines .....                                                               | 136 |
| b) Wahl, Dauer der Amtszeit und Abberufung .....                                   | 137 |
| aa) Wahl und gerichtliche Ersatzbestellung .....                                   | 137 |
| bb) Dauer der Amtszeit und Abberufung .....                                        | 137 |
| c) Aufgaben und Funktion .....                                                     | 138 |
| aa) Aufsichtsratsinterne Tätigkeit und Repräsentation .....                        | 138 |
| bb) Der Aufsichtsratsvorsitzende und die Hauptversammlung .....                    | 140 |
| cc) Mitwirkung bei Handelsregisteranmeldungen .....                                | 141 |
| dd) Konflikt zwischen Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzenden .....                 | 142 |
| d) Stellvertreter und Ehrenvorsitzender .....                                      | 142 |
| 2. Beschlüsse .....                                                                | 142 |
| a) Beschlussfassung .....                                                          | 142 |
| b) Beschlussfähigkeit .....                                                        | 145 |
| c) Beschlussinhalt .....                                                           | 147 |
| d) Fehlerhafte Beschlüsse .....                                                    | 147 |
| aa) Rechtsfolge .....                                                              | 147 |
| bb) Rechtsschutz .....                                                             | 149 |
| 3. Sitzungen .....                                                                 | 151 |
| a) Turnus und Einberufung .....                                                    | 151 |
| b) Teilnahme .....                                                                 | 152 |
| aa) Aufsichtsratsmitglieder .....                                                  | 152 |
| bb) Vorstandsmitglieder .....                                                      | 153 |
| cc) Sachverständige, Boten und sonstige Personen .....                             | 154 |
| dd) Sonderfall: fakultativer Aufsichtsrat einer GmbH .....                         | 155 |
| ee) Rechtsfolge von Verstößen gegen § 109 Abs. 1 AktG .....                        | 157 |
| c) Gemeinsame Sitzungen mehrerer Organe .....                                      | 157 |
| aa) Vorstand und Aufsichtsrat .....                                                | 157 |
| bb) Aufsichtsräte mehrerer Konzerngesellschaften .....                             | 157 |
| d) Sitzungsniederschrift .....                                                     | 159 |
| e) Vorbesprechungen von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern .....            | 160 |
| 4. Ausschüsse .....                                                                | 160 |
| a) Bestellung, Zusammensetzung und Arbeitsweise .....                              | 160 |
| aa) Bestellung und Zusammensetzung von Ausschüssen .....                           | 160 |
| bb) Arbeit im Ausschuss und Berichterstattung an das Plenum .....                  | 162 |
| cc) Rechte der nicht dem Ausschuss angehörenden Aufsichtsratsmitglie-<br>der ..... | 163 |
| b) Aufgaben und Kompetenzen .....                                                  | 164 |
| c) Delegationsverbot bzw Plenumsvorbehalt .....                                    | 165 |
| aa) Aufsichtsratsvorsitz u. Abschlagszahlung auf Bilanzgewinn .....                | 165 |
| bb) Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder .....                        | 165 |
| cc) Entscheidung über Vergütung des Vorstands .....                                | 166 |
| dd) Einberufung der Versammlung der Anteilseigner .....                            | 168 |
| ee) Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder .....                                   | 168 |
| ff) Prüfung der Vorstandsvorlagen zu Jahresabschluss u.a. ....                     | 168 |
| gg) Begründung von Zustimmungsvorbehalten .....                                    | 169 |

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Informationsanspruch des Ausschusses gegen den Vorstand .....                      | 169 |
| e) Autonomie des Aufsichtsrats bei der Bildung von Ausschüssen .....                  | 169 |
| aa) Grundsätzliches zu AG, KGaA und eG .....                                          | 169 |
| bb) Besonderheiten bei mitbestimmten Rechtsträgern .....                              | 170 |
| cc) Prüfungsausschuss .....                                                           | 171 |
| dd) Typische Ausschüsse .....                                                         | 173 |
| ee) Ad hoc Ausschüsse .....                                                           | 174 |
| 5. Geschäftsordnung .....                                                             | 175 |
| aa) Rechtssetzungsbefugnis des Aufsichtsrats und Verhältnis zur Sat-<br>zung .....    | 175 |
| bb) Keine Geltung des Grundsatzes der Diskontinuität .....                            | 176 |
| cc) Zweck und typischer Inhalt .....                                                  | 177 |
| IV. Aufgaben des Aufsichtsrats, Rechte und Pflichten seiner Mitglieder .....          | 178 |
| 1. Einleitung .....                                                                   | 178 |
| 2. Personalangelegenheiten .....                                                      | 178 |
| a) Personalkompetenz des Aufsichtsrats .....                                          | 178 |
| b) Bestellung der Vorstandsmitglieder .....                                           | 180 |
| c) Amtszeit der Vorstandsmitglieder .....                                             | 181 |
| aa) Höchstdauer .....                                                                 | 181 |
| bb) Mindestdauer .....                                                                | 182 |
| cc) Wiederholte Bestellung .....                                                      | 182 |
| dd) Neufestsetzung der Amtszeit als Sonderfall der wiederholten Bestel-<br>lung ..... | 183 |
| ee) Berechnung der Frist und Befristung .....                                         | 185 |
| d) Anstellungsvertrag .....                                                           | 186 |
| aa) Abgrenzung von Bestellung und Zuständigkeiten .....                               | 186 |
| bb) Konzernanstellungsverträge u.a. ....                                              | 187 |
| cc) Überlassung von Vorstandsmitgliedern .....                                        | 188 |
| dd) Laufzeit .....                                                                    | 188 |
| ee) Vergütung – Überblick .....                                                       | 189 |
| ff) Vergütung – Folgen von Verstößen gegen § 87 Abs. 1 AktG .....                     | 189 |
| (1) Zivil- und strafrechtliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder .....              | 189 |
| (2) Konsequenzen für die Vorstandsmitglieder .....                                    | 190 |
| (3) Sonderfall unverhältnismäßig geringer Vergütung .....                             | 193 |
| gg) Vergütung – Bemessung anhand von Angemessenheit u. Üblichkeit ....                | 193 |
| hh) Vergütung – Bemessung anhand der Nachhaltigkeit .....                             | 196 |
| ii) Vergütung – Begrenzungsmöglichkeit für außerordentliche Entwick-<br>lungen .....  | 201 |
| jj) Vergütung – Antritts-, Halte-, Beendigungs- u. Anerkennungsprä-<br>mien .....     | 201 |
| kk) Vergütung – bereichsspezifische Sonderregelungen .....                            | 203 |
| ll) Hauptversammlungsvotum zum Vergütungssystem .....                                 | 203 |
| (1) Gesetzliche Ausgangssituation .....                                               | 203 |
| (2) Rechtsvergleichende Verortung des deutschen Say-on-Pay<br>Votums .....            | 206 |
| mm) Herabsetzung von Vorstandsbezügen und Versorgungsleistungen .....                 | 207 |
| (1) Handlungsoptionen des Aufsichtsrats und praktische Restriktio-<br>nen .....       | 207 |
| (2) Verschlechterung der Lage der Gesellschaft .....                                  | 208 |
| (3) Unbilligkeit der Weitergewährung für die Gesellschaft .....                       | 209 |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (4) Herabsetzung auf angemessene Höhe .....                                                     | 210 |
| (5) Herabsetzung von Rehegehältern und Hinterbliebenenbezügen ....                              | 210 |
| (6) Rechtsschutz gegen die Herabsetzung .....                                                   | 211 |
| nn) Besondere vertragliche Zusagen .....                                                        | 211 |
| oo) Abfindung .....                                                                             | 213 |
| pp) Hinzuziehung von Vergütungsberatern .....                                                   | 214 |
| e) Ernennung zum Vorstandsvorsitzenden .....                                                    | 215 |
| f) Widerruf der Bestellung und Kündigung des Anstellungsvertrages .....                         | 216 |
| aa) Kündigungsberechtigter und Kündigungserklärung .....                                        | 216 |
| bb) Wichtiger Grund .....                                                                       | 217 |
| (1) Inhalt der Interessenabwägung bei Abberufung und Kündigung ...                              | 217 |
| (2) Verhaltungsbedingte Gründe .....                                                            | 218 |
| (3) Personenbezogene Gründe .....                                                               | 221 |
| (4) Betriebsbedingte Gründe einschließlich Vertrauensentzug durch<br>die Hauptversammlung ..... | 221 |
| cc) Rechtsfolgen und Rechtsbehelfe .....                                                        | 224 |
| g) AGG und Altersdiskriminierung .....                                                          | 225 |
| aa) Zugang zur Erwerbtätigkeit und Entlassungsbedingungen .....                                 | 225 |
| bb) Vorhandensein AGG-widriger Motive bei Aufsichtsratsentscheidun-<br>gen .....                | 227 |
| cc) Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff .....                                                 | 228 |
| h) Suspendierung .....                                                                          | 229 |
| aa) AG .....                                                                                    | 229 |
| bb) eG .....                                                                                    | 230 |
| i) Amtsniederlegung .....                                                                       | 231 |
| j) Einvernehmliches Ausscheiden .....                                                           | 232 |
| 3. Überwachung der Geschäftsführung .....                                                       | 233 |
| a) Umfang, Inhalt und Intensität .....                                                          | 233 |
| aa) Umfang der Überwachungsaufgabe (Wen oder was?) .....                                        | 233 |
| bb) Inhalt der Überwachungsaufgabe (Wie?) .....                                                 | 234 |
| (1) Vergangenheitsbezug .....                                                                   | 234 |
| (2) Zukunftsgerichtetheit und Prävention .....                                                  | 235 |
| cc) Intensität der Überwachung (Wie viel?) .....                                                | 236 |
| b) Prüfung von Jahresabschluss u.a. ....                                                        | 237 |
| aa) Einleitung – Beauftragung und Funktion des Abschlussprüfers .....                           | 237 |
| bb) Gegenstände, Ziele und Umfang der Prüfung .....                                             | 239 |
| cc) Prüfung bei der eG .....                                                                    | 241 |
| dd) Prüfungsmaßstäbe .....                                                                      | 242 |
| ee) Intensität der Prüfung und praktische Umsetzung der Prüfungs-<br>pflicht .....              | 244 |
| ff) Verfahrensprüfungen .....                                                                   | 247 |
| gg) Bilanzsitzung mit dem Abschlussprüfer .....                                                 | 248 |
| hh) Beschluss über Billigung bzw. Missbilligung .....                                           | 252 |
| ii) Prüfung von Quartals- und Halbjahresfinanzberichten nach WpHG ...                           | 255 |
| jj) Individuelle Sorgfaltspflichten u. nicht prüfungspflichtige Gesellschaf-<br>ten .....       | 256 |
| c) Bericht an die Hauptversammlung .....                                                        | 258 |
| aa) Überblick – Berichtsgegenstände und Entwicklung .....                                       | 258 |
| bb) Inhalt und Tiefe sowie Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft .....                      | 260 |
| (1) Ausführlichkeit des Berichts .....                                                          | 260 |

|                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2) Kollision mit Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft .....                                                                                                                        | 262 |
| cc) Beschlussfassung über Berichtsinhalt .....                                                                                                                                           | 263 |
| dd) Bericht an General- bzw Vertreterversammlung .....                                                                                                                                   | 264 |
| ee) Konkreter Inhalt des Berichts .....                                                                                                                                                  | 265 |
| (1) Bericht „über das Ergebnis der Prüfung“ gemäß<br>§ 171 Abs. 2 Satz 1 AktG .....                                                                                                      | 265 |
| (2) Bericht „über das Ergebnis der Prüfung“ gemäß<br>§ 314 Abs. 2 Satz 1 AktG .....                                                                                                      | 266 |
| (3) Stellungnahme zu dem Ergebnis der Prüfung durch den obligatori-<br>schen (Konzern-) Abschlussprüfer gemäß § 171 Abs. 2 Satz 3<br>(iVm Satz 5) AktG .....                             | 267 |
| (4) Stellungnahme zu dem Ergebnis der Prüfung durch den obligatori-<br>schen Abschlussprüfers gemäß § 314 Abs. 2 Satz 2 u. 3 AktG und<br>Schlusserklärung gemäß § 314 Abs. 3 AktG .....  | 268 |
| (5) Bericht über Art und Umfang der Prüfung der Geschäftsführung<br>gemäß § 171 Abs. 2 Satz 2 Hs 1 AktG .....                                                                            | 269 |
| (6) Personalien betreffend den Vorstand .....                                                                                                                                            | 272 |
| (7) Personalien betreffend den Aufsichtsrat .....                                                                                                                                        | 273 |
| (8) Bericht zu Ausschüssen u. Sitzungen gemäß<br>§ 171 Abs. 2 Satz 2 Hs 2 AktG .....                                                                                                     | 275 |
| (9) Erklärung über Einwendungen gegen Jahres- und Konzernab-<br>schluss sowie über die Billigung des Jahresabschlusses gemäß<br>§ 171 Abs. 2 Satz 4 f AktG (sog. Schlusserklärung) ..... | 276 |
| ff) Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Berichtspflicht .....                                                                                                                           | 277 |
| (1) Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen .....                                                                                                                                | 277 |
| (2) Zivil- und strafrechtliche Haftung .....                                                                                                                                             | 280 |
| d) Zuleitung des Prüfungsberichts an den Vorstand .....                                                                                                                                  | 280 |
| e) Sonstige Instrumente zur Überwachung und konkrete Pflichten .....                                                                                                                     | 283 |
| aa) § 111 Abs. 2 Satz 1 u. 2 AktG, § 38 Abs. 1 Satz 2 GenG .....                                                                                                                         | 283 |
| (1) Einsichtnahme in Bücher und Schriften der Gesellschaft .....                                                                                                                         | 283 |
| (2) Besondere Prüfung durch Sachverständige .....                                                                                                                                        | 284 |
| bb) § 90 Abs. 1 bis 3 AktG .....                                                                                                                                                         | 286 |
| (1) Informationelle „Holschuld“ des Aufsichtsrats .....                                                                                                                                  | 286 |
| (2) Inhalt und Turnus der Erstattung der Berichte gemäß<br>§ 90 Abs. 1 AktG .....                                                                                                        | 287 |
| (3) Unbeschränkte Verpflichtung des Vorstands zur Offenheit gegen-<br>über dem Aufsichtsrat .....                                                                                        | 288 |
| (4) Auskunftsanspruch des Aufsichtsrats gegen Arbeitnehmern .....                                                                                                                        | 288 |
| (5) Keine Recht auf Beschaffung von Informationen bei außen stehen-<br>den Dritten .....                                                                                                 | 289 |
| (6) Vorbereitung auf Aufsichtsratssitzungen anhand von Vorstands-<br>berichten .....                                                                                                     | 290 |
| cc) § 91 Abs. 2 AktG .....                                                                                                                                                               | 290 |
| dd) § 111 Abs. 3 AktG, § 38 Abs. 2 GenG .....                                                                                                                                            | 291 |
| ee) § 77 Abs. 2 AktG .....                                                                                                                                                               | 292 |
| ff) § 161 Abs. 1 AktG – Entsprechenserklärung .....                                                                                                                                      | 294 |
| (1) Konzept des Comply or Explain und Anwendungsbereich von<br>§ 161 AktG .....                                                                                                          | 294 |
| (2) Angaben im Anhang zur Entsprechenserklärung .....                                                                                                                                    | 295 |
| (3) Haftungsrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen § 161 AktG .....                                                                                                                     | 296 |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (4) Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund Vorstoßes gegen § 161 AktG ..... | 296 |
| (5) Gerichtliche Feststellung eines Verstoßes gegen § 161 AktG .....                          | 300 |
| gg) § 289 a HGB – Erklärung zur Unternehmensführung .....                                     | 301 |
| (1) Überblick und Publikationsanforderungen .....                                             | 301 |
| (2) Rolle des Aufsichtsrats bei Erstellung und Veröffentlichung .....                         | 302 |
| (3) Erklärung auf den Stichtag .....                                                          | 303 |
| (4) Inhalt der Erklärung .....                                                                | 303 |
| (5) Rechtsfolgen einer Verletzung der Pflichten aus § 289 a HGB .....                         | 304 |
| hh) Ziff. 3.10 DCGK – Corporate Governance Bericht .....                                      | 305 |
| (1) Abgrenzung zu § 289 a HGB .....                                                           | 305 |
| (2) Konkreter Mindestinhalt des Berichts .....                                                | 305 |
| ii) § 15 a Abs. 3 InsO .....                                                                  | 306 |
| jj) § 204 Abs. 1 AktG .....                                                                   | 306 |
| kk) § 124 Abs. 3 S 1 u. 2 AktG .....                                                          | 307 |
| ll) § 27 WpÜG .....                                                                           | 308 |
| f) Zustimmungsvorbehalte als Sonderfall der Überwachung .....                                 | 312 |
| aa) Zweck und Kompetenz .....                                                                 | 312 |
| bb) Inhalt: Betroffene Geschäfte .....                                                        | 313 |
| cc) Sonderfall: Planungen .....                                                               | 316 |
| dd) Konzernbezogene und konzernweite Zustimmungsvorbehalte .....                              | 316 |
| ee) SE und Besonderheiten bei Mitbestimmung .....                                             | 317 |
| ff) Sonderfall: eG .....                                                                      | 317 |
| g) Zustimmungserteilung/-verweigerung als Ermessensentscheidung .....                         | 318 |
| 4. Treuepflicht, Interessenkollisionen und deren Bewältigung .....                            | 321 |
| a) Allgemeines .....                                                                          | 321 |
| b) Unabhängigkeit und Interessenkonflikte nach dem DCGK .....                                 | 323 |
| c) Die verschiedenen Tätigkeits- und Pflichtenkreise .....                                    | 323 |
| 5. Verschwiegenheitspflicht .....                                                             | 324 |
| a) Grundsätzliches und Umfang bzw. Gegenstände .....                                          | 324 |
| b) Inhalt der Pflicht .....                                                                   | 326 |
| c) Keine Disponibilität und keine Differenzierungen .....                                     | 328 |
| aa) AG und KGaA .....                                                                         | 328 |
| bb) GmbH .....                                                                                | 328 |
| d) Sonderfall der §§ 394 f AktG .....                                                         | 329 |
| aa) Allgemeines .....                                                                         | 329 |
| bb) Berichtspflicht .....                                                                     | 330 |
| cc) Berichtsadressaten .....                                                                  | 331 |
| dd) Form und Inhalt der Berichterstattung .....                                               | 332 |
| e) Offenbarung von vertraulichen Informationen .....                                          | 333 |
| aa) Zuständigkeit und gebundene Entscheidung .....                                            | 333 |
| bb) Sanktionen und Zeugnisverweigerungsrecht .....                                            | 334 |
| 6. Vertretung von AG und eG .....                                                             | 335 |
| a) Vertretung durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan .....                                    | 335 |
| b) Vertretung durch einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats .....                               | 337 |
| c) Vertretung durch den Vorstand .....                                                        | 338 |
| d) Gemeinsame Vertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat .....                                | 339 |
| e) Prozessführungsbefugnis .....                                                              | 339 |
| 7. Geltendmachung von Ersatzansprüchen .....                                                  | 339 |
| a) Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats .....                                             | 339 |

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| aa) Eigenverantwortliche Prüfung und Entscheidung .....                                | 339 |
| bb) Ingressnahme der Vorstandsmitglieder .....                                         | 342 |
| cc) Schaden aufgrund unzureichender Prozessführung durch den Vor-<br>stand .....       | 345 |
| b) Entscheidung durch die General- bzw Vertreterversammlung .....                      | 345 |
| V. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern .....                                          | 347 |
| 1. Allgemeines und aktuelle Tendenzen .....                                            | 347 |
| a) Historie .....                                                                      | 347 |
| b) Verhältnis zu hauptamtlichen Geschäftsleitern .....                                 | 348 |
| aa) Differenzierung zwischen fakultativem und obligatorischem Aufsichts-<br>rat .....  | 348 |
| bb) Verteidigung bei Verstoß gegen insolvenzrechtliches Zahlungsverbot ..              | 350 |
| c) Aktuelles .....                                                                     | 351 |
| aa) Veränderungen im Kreis der Aktionäre .....                                         | 351 |
| bb) UK Bribery Act .....                                                               | 351 |
| 2. Innen- und Außenhaftung .....                                                       | 352 |
| 3. Allgemeiner Sorgfaltsmaßstab und Gleichbehandlung .....                             | 354 |
| a) Grundsatz: Einheitlicher Mindeststandard .....                                      | 354 |
| b) Differenzierungen nach Unternehmen und Person .....                                 | 356 |
| aa) Differenzierung nach Unternehmensgröße und -zuschnitt .....                        | 356 |
| bb) Differenzierung nach Funktion des Mitglieds innerhalb des Aufsichts-<br>rats ..... | 356 |
| cc) Differenzierung nach persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten .....                | 357 |
| c) Aufsichtsratsstätigkeit als Nebentätigkeit .....                                    | 359 |
| 4. Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder .....                                | 361 |
| a) Verletzung individueller Pflichten und Gesamtschuldnerhaftung .....                 | 361 |
| b) Business Judgement Rule .....                                                       | 363 |
| aa) Allgemeines .....                                                                  | 363 |
| bb) Unternehmerische Entscheidung .....                                                | 364 |
| cc) Handeln zum Wohle der Gesellschaft .....                                           | 365 |
| dd) Freiheit von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen .....                     | 366 |
| ee) Angemessene Informationsgrundlage .....                                            | 366 |
| ff) Sonderfall: Eingehen existenzgefährdender Risiken .....                            | 367 |
| c) Beratung durch externe Fachleute und Fehleinschätzungen .....                       | 368 |
| aa) Organ und Organmitglied als Berater .....                                          | 368 |
| bb) Fehlen von Pflichtverletzung oder Verschulden als Rechtsfolge? .....               | 369 |
| cc) Der Berater als Erfüllungsgehilfe der Organmitglieder? .....                       | 369 |
| dd) Erkennen des Beratungsbedarfs .....                                                | 370 |
| ee) Auswahl eines unabhängigen und fachlich qualifizierten Beraters .....              | 371 |
| ff) Uneingeschränkte Versorgung des Beraters mit Informationen .....                   | 373 |
| gg) Plausibilitätskontrolle .....                                                      | 374 |
| d) Ersatzfähiger Schaden .....                                                         | 375 |
| e) Beweislastverteilung .....                                                          | 376 |
| f) Erweiterung und Einschränkung der Haftung .....                                     | 376 |
| aa) Sondertatbestände der § 93 Abs. 3 AktG, § 34 Abs. 3 GenG .....                     | 376 |
| bb) Vereinbarungen über Haftungsausschluss und Freistellung .....                      | 377 |
| cc) Haftungsausschluss oder –begrenzung qua Gesetzes? .....                            | 378 |
| (1) Ausgangssituation und Lösungsansätze des Schrifttums .....                         | 378 |
| (2) Schwierigkeiten der Begründung für Vorschläge zur Haftungsbe-<br>grenzung .....    | 379 |

## Inhaltsverzeichnis

---

|                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------|------------|
| (3) Zusätzliche Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder .....          | 380        |
| (4) Sonderfall des Regresses .....                                         | 380        |
| (5) Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung .....                           | 381        |
| dd) Haupt- und Generalversammlungsbeschlüsse zur Geschäftsführung ....     | 382        |
| ee) Verzicht und Vergleich .....                                           | 383        |
| ff) Entlastung .....                                                       | 384        |
| g) Zeitliche Aspekte .....                                                 | 386        |
| h) Geltendmachung von Ersatzansprüchen .....                               | 387        |
| aa) Geltendmachung durch den Vorstand oder Aufsichtsrat .....              | 387        |
| bb) Aktionärsklage .....                                                   | 388        |
| cc) Geltendmachung durch Gläubiger der Gesellschaft .....                  | 388        |
| 5. D&O – Versicherung .....                                                | 389        |
| a) Allgemeines .....                                                       | 389        |
| b) D&O-Versicherung als Haftpflichtversicherung .....                      | 390        |
| aa) Abgedeckte Risiken .....                                               | 390        |
| bb) Zulässigkeitsgrenzen (Regress und Selbstbehalt) .....                  | 390        |
| cc) Abschlusskompetenz u. Einstufung der Prämienzahlung .....              | 393        |
| dd) Verbot unangemessener Vergütung u. Einstufung der Prämienzahlung ..... | 394        |
| c) Ausschlüsse und Einschränkungen .....                                   | 394        |
| aa) Ausschluss wegen Vorsatzes u.a. ....                                   | 394        |
| bb) Zeitliche Einschränkung durch das Claims-made-Prinzip .....            | 395        |
| cc) Beschränkung auf Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts .....             | 396        |
| d) Eigenversicherung zur Abdeckung des Selbstbehalts .....                 | 397        |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>                                          | <b>399</b> |
| <b>Stichwortverzeichnis .....</b>                                          | <b>427</b> |