

VERONIKA WETLITZKY

Der Einfluss des Aufsichtsrats auf die Unternehmensstrategie

*Schriften zum Unternehmens-
und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

128



Veronika Wetlitzky

Der Einfluss des Aufsichtsrats auf die Unternehmensstrategie

Mohr Siebeck

Veronika Wetlitzky, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg, der Université Lumière Lyon II (Frankreich) und der Ludwig-Maximilians-Universität München, 2017 Erstes Juristisches Staatsexamen, Referendariat im Oberlandesgerichtsbezirk München, 2019 Zweites Juristisches Staatsexamen, 2020 promotionsbegleitende wissenschaftliche Mitarbeit in internationaler Wirtschaftskanzlei, 2020 bis 2024 Rechtsanwältin in Boutique-Kanzlei spezialisiert auf Gesellschaftsrecht und M&A, 2023 Promotion, seit 2024 Notarassessorin beim Freistaat Bayern.
orcid.org/0009-0001-5907-8940

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2023

ISBN 978-3-16-163663-9 / eISBN 978-3-16-163664-6

DOI 10.1628/978-3-16-163664-6

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Laupp & Göbel aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinem Großvater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Ende des Wintersemesters 2022/2023 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten weitgehend bis Ende des Jahres 2023 berücksichtigt werden. Ich habe die Arbeit von Januar 2020 bis Februar 2023 während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin und später als Rechtsanwältin verfasst.

An erster Stelle gilt mein herzlicher Dank meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Mathias Habersack für die umfassende Betreuung der Dissertation und für die wertvollen und hilfreichen Anmerkungen während der Erstellung und der Finalisierung der Arbeit. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. Hans Christoph Grigoleit für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Schließlich möchte ich mich herzlich bei Herrn Professor Dr. Jochen Vetter für meine nunmehr länger zurückliegende, aber sehr lehrreiche Anwaltsstation bedanken, in der die Idee zu dieser Arbeit geboren wurde.

Die Arbeit wurde im April 2024 mit dem Dissertationspreis der Esche Schümann Commichau Stiftung ausgezeichnet. Für diese Förderung bedanke ich mich herzlich bei der Stiftung und ihrem Kuratorium, insbesondere bei Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt für die ausführliche Vorstellung meiner Arbeit bei der Preisverleihung in Hamburg.

Neben Herrn Professor Schmidt gebührt mein Dank selbstverständlich auch Herrn Prof. Dr. Rüdiger Veil und Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht.

Abschließend und ganz besonders möchte ich mich bei meiner Familie und meinen Freunden für ihre Unterstützung bedanken – vor allem bei meinem Vater, der stets als Diskussionspartner zur Verfügung stand, und bei meinem Mann Tobias für seinen unermüdlichen Zuspruch auch in schwierigen Zeiten. Ihr habt zum Gelingen dieser Arbeit wesentlich beigetragen.

München, im August 2024

Veronika Wetlitzky

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Teil 1: Einführung	1
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	3
§ 2 Aufbau der Untersuchung	9
Teil 2: Der Aufsichtsrat in der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft	11
§ 3 Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft	13
A. Grundzüge des dualistischen Systems	13
B. Aufsichtsrat als Überwachungsorgan	15
C. Unterschiede zum Aufsichtsrat der KGaA	18
§ 4 Rechtshistorische Entwicklung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft	21
A. Vom leitenden Verwaltungsrat zum satzunggebundenen Überwachungsorgan	21
B. Bedeutungszuwachs als Überwachungsorgan	43
C. Fazit	55
Teil 3: Die Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats	57
§ 5 Grundzüge der Beratungsaufgabe	59
A. Beratung als Überwachungsmittel	59
B. Gegenstand der Beratung	64
C. Beratungsverfahren	85
§ 6 Strategieberatung durch den Aufsichtsrat	109
A. Strategie als Gegenstand der Aufsichtsratskontrolle	109
B. Strategische Kontrolle durch den Aufsichtsrat?	118

Teil 4: Die Funktionstrennung als Befugnissschranke des Aufsichtsrats	135
§ 7 <i>Der Aufsichtsrat als Leitungsorgan</i>	137
A. Einflussnahme auf die Unternehmensleitung	137
B. Funktionstrennung von Leitung und Geschäftsführung	142
C. Aufsichtsrat als Leitungsorgan	148
§ 8 <i>Grenzen der Leitungsteilhabe</i>	153
A. Kompetenzordnende Funktion der Organisationsverfassung	154
B. Grenzen der unternehmerischen Teilhabe des Aufsichtsrats	187
Teil 5: Gestaltung der Beratungsaufgabe	189
§ 9 <i>Strategische Beratung durch den Aufsichtsrat</i>	191
A. Intensivierung der Beratung im Wege der strategischen Kontrolle	192
B. Aufbau eines Strategiedialogs	209
§ 10 <i>Wahrnehmung der strategischen Beratung</i>	235
A. Beratung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden	236
B. Ausschussarbeit	238
C. Organübergreifende Gremien	263
§ 11 <i>Statutarischer und vertraglicher Regelungsrahmen</i>	283
A. Möglichkeiten einer Kompetenzregelung	283
B. Entwurf einer Beratungsordnung einer paritätisch mitbestimmten Aktiengesellschaft	292
§ 12 <i>Exkurs: Unternehmerische Teilhabe des Aufsichtsrats der KGaA</i>	297
Teil 6: Thesen	303
§ 13 <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform</i>	305
Literaturverzeichnis	311
Anhang: Umfrage unter Aufsichtsratsvorsitzenden	343
Stichwortverzeichnis	345

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Teil 1: Einführung	1
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	3
§ 2 Aufbau der Untersuchung	9
Teil 2: Der Aufsichtsrat in der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft	11
§ 3 Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft	13
A. Grundzüge des dualistischen Systems	13
B. Aufsichtsrat als Überwachungsorgan	15
C. Unterschiede zum Aufsichtsrat der KGaA	18
§ 4 Rechtshistorische Entwicklung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft	21
A. Vom leitenden Verwaltungsrat zum satzungsgebundenen Überwachungsorgan	21
I. Erste Kodifikationen des Aufsichtsrats	21
1. Etablierung als zwingendes Gesellschaftsorgan	21
2. Versuche einer Kompetenzabgrenzung:	
Die zweite Aktienrechtsnovelle	24
a) Statutarische Ausgestaltung des Aufsichtsrats	25
b) Änderungen durch die Novelle	28
II. Ende des 19. Jahrhunderts bis zur Weimarer Republik:	
Kritik und Reformüberlegungen	30
III. Die Aktienrechtsreform von 1937	35
1. Reformarbeiten und -ziele	35
2. Umstrukturierung der Kompetenzordnung	37
a) Vorstand und Hauptversammlung	37

b) Rolle des Aufsichtsrats	40
B. Bedeutungszuwachs als Überwachungsorgan	43
I. Das Aktiengesetz von 1965	43
1. „Aktivierung“ des Aufsichtsrats	44
2. Beibehaltung der Organisationsverfassung im Aktiengesetz 1965	45
II. Jüngere Neuerungen	48
1. „Professionalisierung“ des Aufsichtsrats durch KonTraG und TransPuG	49
2. Deutscher Corporate Governance Kodex	52
3. Heutige Gesetzgebung	54
C. Fazit	55
Teil 3: Die Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats	57
§ 5 Grundzüge der Beratungsaufgabe	59
A. Beratung als Überwachungsmittel	59
I. Zeit der Satzungsfreiheit	59
II. Zeit der Satzungsstrenge	60
III. Heutiger Stellenwert	61
B. Gegenstand der Beratung	64
I. Leitungsmaßnahmen	64
1. Differenzierung zwischen Geschäftsführung und Leitung	64
2. Inhaltliche Definition der Leitung	66
a) Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre	67
b) Übernahme in die Rechtswissenschaft	69
c) Fazit	70
3. Einschränkung der Überwachungspflicht	71
a) Nebenamtscharakter	72
b) Berichtspflicht des Vorstands	74
c) Anwendung auf die Beratungskompetenz	75
II. Ausschluss des operativen Geschäfts?	77
1. Überwachung in Krisensituationen	78
2. Abgrenzung zu § 114 AktG	81
C. Beratungsverfahren	85
I. Informationsversorgung und Tatsachenfeststellung	85
1. Berichterstattung nach § 90 AktG	86
2. Informationsversorgung durch Mitarbeiter des Unternehmens	88
II. Urteilsbildung des Aufsichtsrats	90
1. Überwachungsmaßstäbe	91
2. Beratung im Besonderen	94

a) Maßnahmen in der Planung	94
b) Sorgfaltsmaßstab im Rahmen der Beratung	96
c) Ermessensspielraum des Vorstands	97
aa) Grenzen des unternehmerischen Ermessensspielraums des Vorstands	98
bb) Beachtung des Ermessensspielraums im Rahmen der Beratung	102
III. Die Meinungsäußerung des Aufsichtsrats	104
1. Verpflichtung zur Meinungsäußerung	104
2. Arten der Meinungsäußerung	105
a) Die förmliche Stellungnahme	105
b) Die formlose Meinungsäußerung	107
<i>§ 6 Strategieberatung durch den Aufsichtsrat</i>	109
A. Strategie als Gegenstand der Aufsichtsratskontrolle	109
I. Definition der Unternehmensstrategie	111
II. Zuständigkeit für Entwicklung und Kontrolle der Strategie	112
III. Strategische Kontrolle als begleitende Feedforward-Kontrolle	114
1. Heranziehung betriebswirtschaftlicher Konzepte?	114
2. Strategiekontrolle als begleitende Feedforward-Kontrolle	115
B. Strategische Kontrolle durch den Aufsichtsrat?	118
I. Anforderungen an den Kontrollprozess des Aufsichtsrats	120
1. Prämissenkontrolle	120
2. Strategieplausibilität	121
3. Durchführungskontrolle	122
4. Informationsversorgung und Kontrolldichte	123
II. Strategische Überwachung in der Praxis	125
III. Grenzen des Aufsichtsratsrechts	129
1. Gesetzliche Rahmenbedingungen	129
2. Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	131
3. Fazit	134
 Teil 4: Die Funktionstrennung als Befugnisschranke des Aufsichtsrats	 135
<i>§ 7 Der Aufsichtsrat als Leitungsorgan</i>	137
A. Einflussnahme auf die Unternehmensleitung	137
I. Zustimmungsvorbehalte	137
II. Beratung des Vorstands	141

B. Funktionstrennung von Leitung und Geschäftsführung	142
I. Ausschließliche Leitungszuweisung an den Vorstand?	142
II. Unternehmerische Funktion des Aufsichtsrats	145
1. Unternehmerische Befugnisse	145
2. Unternehmerischer Ermessensspielraum	146
C. Aufsichtsrat als Leitungsorgan	148
I. Einstufung als „Leitungsorgan“	148
II. Keine mit dem Begriff des Leitungsorgans verknüpften Rechtsfolgen	152
<i>§ 8 Grenzen der Leitungsteilhabe</i>	153
A. Kompetenzordnende Funktion der Organisationsverfassung	154
I. § 76 Abs. 1 und § 111 Abs. 4 S. 1 AktG als Schranken der Aufsichtsratsbefugnisse	154
1. Grenzziehung im Schrifttum	154
2. Fehlen klarer Abgrenzungskriterien	156
II. Geschäftsführungsverbot als Kompetenzabgrenzungsnorm	157
1. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG als Schranke für neue Befugnisse	157
2. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG als Schranke für bestehende Befugnisse	158
III. Kompetenzschützende Wirkung des § 76 Abs. 1 AktG	159
1. Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung	160
2. Entäußerung der Leitungskompetenz durch den Vorstand	161
a) Schuldrechtlich vereinbarte Leitungsbeschränkungen des Vorstands	162
b) Leitungsunterstellung als Grenze schuldrechtlicher Vereinbarungen	164
aa) Voraussetzungen des Vertragskonzerns	164
bb) Der „verdeckte“ Beherrschungsvertrag und Teilbeherrschungsverträge	166
cc) Mittel der Leitungsunterstellung	169
(1) Weisungen	169
(2) Zustimmungsvorbehalte	170
dd) Zusammenfassung	172
c) Ermessensbeschränkende Selbstbindung des Vorstands	173
aa) Kein umfassendes Verbot der Vorwegbindung	173
bb) Kernbereich der Leitungsverantwortung	177
d) Fazit: Leitungsautonomie und Ermessensbindung	178
aa) Ermessensabgabe an Dritte	178
bb) Ermessensselbstbindung	179
cc) Verbindliche Ermessensbeschränkung	179

3. Anwendung auf das Verhältnis zum Aufsichtsrat	180
a) Hintergründe der ausschließlichen Konzentration der Leitungsmacht auf den Vorstand	180
aa) Effektivitätssteigerung der Verwaltung	180
bb) Sicherung der Verbandsautonomie der AG	181
cc) Wahrung des aktienrechtlichen Haftungsregimes	185
b) Fazit	187
B. Grenzen der unternehmerischen Teilhabe des Aufsichtsrats	187
I. Kein absolut geschützter Kernbereich	187
II. Entscheidend: Verbindlichkeit der Einflussnahme	188
 Teil 5: Gestaltung der Beratungsaufgabe	189
 § 9 Strategische Beratung durch den Aufsichtsrat	191
A. Intensivierung der Beratung im Wege der strategischen Kontrolle	192
I. Umfang der Beratungstätigkeit	192
II. Ausweitung der Informationsversorgung	195
1. Ausweitung der Berichtspflichten	195
2. Unternehmensplanung als Beratungsgegenstand	198
a) Detailgrad der Unternehmensplanung	198
b) Planungen im Entwicklungsstadium	201
III. Steigerung der Sitzungsfrequenz	207
B. Aufbau eines Strategiedialogs	209
I. Eigene unternehmerische Konzeption des Aufsichtsrats	213
II. Aktive Strategiearbeit des Aufsichtsrats	214
1. Alternativvorschläge	214
2. Aufsichtsratsinitiativen	217
3. Kompromittierung der Überwachungsfunktion	218
a) Überwachung im Spannungsfeld von Nähe und Distanz	219
b) Nähe als Erfolgsfaktor eines Corporate-Governance-Systems	220
aa) Monistisches System in UK	221
bb) Monistisches System in USA	222
cc) Societas Europaea	223
c) Unabhängigkeit und Objektivität	225
aa) Bedeutung einer kritischen Distanz zum Überwachungsgegenstand	225
bb) Unabhängigkeitsanforderungen im monistischen System	228
d) Fazit	232

§ 10 Wahrnehmung der strategischen Beratung	235
A. Beratung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden	236
B. Ausschussarbeit	238
I. Bildung eines Strategie- bzw. Beratungsausschusses	240
II. Vertraulichkeit und Information	247
III. Ausschussbesetzung	251
1. Professionelle Aufsichtsratsmitglieder?	252
2. Ausschussbesetzung im mitbestimmten Aufsichtsrat	256
IV. Haftung	261
C. Organübergreifende Gremien	263
I. Gremienbildung im Aktienrecht	265
1. Vorstandsergänzende Gremien	265
2. Aufsichtsratsergänzende Gremien	267
3. Natur der Gremien	268
II. Organübergreifende Gremien	269
1. Kompetenzrechtliche Aspekte	270
2. Delegation durch den Vorstand	271
a) Prinzip der Gesamtleitung	271
b) Prinzip der Gesamtverantwortung (und Gleichberechtigung)	274
c) Fazit	275
3. Delegation durch den Aufsichtsrat	275
4. Rahmenbedingungen	278
a) Errichtung und Zusammensetzung	278
aa) Vorstandsmitglieder	279
bb) Aufsichtsratsmitglieder	279
cc) Unternehmensmitarbeiter	280
dd) Externe Dritte	280
b) Interne Ausgestaltung	280
aa) Organisations- und Beschlusshoheit des Vorstands	280
bb) Informationsfluss	281
5. Fazit	282
§ 11 Statutarischer und vertraglicher Regelungsrahmen	283
A. Möglichkeiten einer Kompetenzregelung	283
I. Statutarische Festschreibung	283
II. Vertragliche Regelungsmöglichkeiten	284
1. Beispiel Informationsordnung und Kommunikationsordnung	284
2. Rechtlicher Rahmen	285
a) Geschäftsordnungen des Aufsichtsrats und des Vorstands	285
b) Separates Regelwerk: Die kompetenzregelnde Vereinbarung	287

aa) Natur einer kompetenzrechtlichen Organvereinbarung . . .	287
bb) Kooperation statt Zwang	291
B. Entwurf einer Beratungsordnung einer paritätisch mitbestimmten Aktiengesellschaft	292
<i>§ 12 Exkurs: Unternehmerische Teilhabe des Aufsichtsrats der KGaA . . .</i>	297
Teil 6: Thesen	303
<i>§ 13 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform</i>	305
Literaturverzeichnis	311
Anhang: Umfrage unter Aufsichtsratsvorsitzenden	343
Stichwortverzeichnis	345

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Allg./allg.	Allgemein(e), allgemein(e)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
Begr.	Begründer
begr.	begründet
Begr. RegE	Regierungsbegründung des Entwurfs
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Bundesministerium der Justiz
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEO	Chief Executive Officer
CFL	Corporate Finance Law
CFO	Chief Financial Officer
Cornell L. Rev	Cornell Law Review
CSR	Corporate Social Responsibility
DAV	Deutscher Anwaltverein
DAX	Deutscher Aktienindex

DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	Derselbe
Diss.	Dissertation
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
ECFR	European Company and Financial Law Review
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
MDAX	Mid-Cap-Dax
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotations Stock Market
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NYSE	New York Stock Exchange
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
SDAX	Small-Cap-Dax
SE	Societas Europaea, Europäische Aktiengesellschaft
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
sog.	sogenannt
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SZ	Süddeutsche Zeitung
Urt.	Urteil
v.	vom/von
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Vorb.	Vorbemerkung
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpG	Die Wirtschaftsprüfung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung

Teil 1

Einführung

§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Die Rolle des Aufsichtsrats im organschaftlichen Machtgefüge der Aktiengesellschaft (AG) hat sich in den letzten dreißig Jahren spürbar gewandelt. Spätestens seit dem Urteil des BGH in der Sache „Deutscher Herold“ im Jahr 1994¹ besteht Einigkeit, dass der Aufsichtsrat nicht auf die Ex-post-Kontrolle der Tätigkeit des Vorstands beschränkt ist, sondern den Vorstand auch zukunftsorientiert beraten darf und muss. In der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung aus dem Jahr 1997² sprach der BGH dem Aufsichtsrat im Rahmen seiner begleitenden Mitgestaltung der Vorstandsarbeit ausdrücklich einen unternehmerischen Ermessensspielraum zu. Mit dem Erlass des KonTraG (1998)³ und des TransPuG (2002)⁴ begann sodann die gesetzliche „Professionalisierung“ des Aufsichtsrats: Seine Überwachungsfunktion und die damit einhergehenden Befugnisse wurden gestärkt und flexibilisiert, seine aktive Teilnahme am unternehmerischen Entscheidungsprozess gefördert.⁵ Regelmäßig beschäftigt sich das Schrifttum nun mit den steigenden Anforderungen an die Aufsichtsratsarbeit sowie der Reichweite seiner Kompetenzen.⁶ Zunehmend wird dem Aufsichtsrat eine Teilhabe an der Leitung der

¹ BGH, Urt. v. 25.3.1991 – II ZR 188/89 – „Deutscher Herold“, BGHZ 114, 127 = NJW 1991, 1830.

² BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 – „ARAG/Garmenbeck“, BGHZ 135, 244 = ZIP 1997, 883.

³ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BGBl. I, S. 786.

⁴ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19.7.2002, BGBl. I 2002, S. 2681.

⁵ Siehe etwa Begr. RegE zum KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15.; Begr. des RegE zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17; Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, BT-Drucks. 14/7515, S. 33, 44; dazu auch *Lieder*, Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 487 f., 555 f.

⁶ *Vetter*, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre AktG, S. 103; *Hopt*, ZGR 2019, 507; *Drinhausen*, ZHR 2019, 509 (518 f.); *Roth*, in: FS Windbichler, 2020, S. 963 (973 ff.); *Westermann*, in: FS Windbichler, 2020, S. 1163; *Schneider/Schneider*, AG 2015, 621; *Börsig/Löbbe*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125; *Semler*, AG 2013, 771; *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570; *Lutter*, DB 2009, 775; *Bachmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 337; *Bihr/Blätchen*, BB 2007, 1285; vgl. auch jüngst *Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats*, in: Hommelhoff/Kley/Verse, Reform des Aufsichtsratsrechts, S. 3.

AG zugesprochen; er wird gerne als „Mit-Leitungsorgan“,⁷ „Führungsorgan“⁸ oder auch „Co-Entscheidungs-gremium“⁹ bezeichnet. Angesichts der intensiven Teilnahme des Aufsichtsrats an der Unternehmensführung wollen vereinzelte Stimmen im Schrifttum sogar eine Aufweichung des dualistischen Systems erkennen können.¹⁰

Die Beratungsaufgabe, auch zukunftsorientierte oder präventive Kontrolle genannt, gilt mittlerweile neben der Personalkompetenz als die bedeutendste Aufgabe des Aufsichtsrats.¹¹ Die in ihm versammelte Expertise und Erfahrung lassen den Aufsichtsrat für den Vorstand oftmals zum wertvollen Gesprächspartner über die zukünftige Gestaltung des Unternehmens werden.¹² Um den Anforderungen einer zukunfts-gewandten Überwachung und einer modernen Corporate Governance nachzukommen, wurde schon vor Jahren gefordert, dass der Aufsichtsrat „anstelle der weitgehend passiven Erfüllung seiner Mindestpflichten eine aktive Rolle übernimmt und seine im Gesetz verankerten Rechte bis an die Grenzen ausschöpft.“¹³ In heutigen Zeiten, in denen die Unternehmensumwelt von wachsender Komplexität, Volatilität und Disruption geprägt ist, ist es wichtiger denn je, dass der Aufsichtsrat seine Beratungsaufgabe aktiv, intensiv und eigenverantwortlich wahrnimmt.¹⁴

⁷ *Seibt*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, HdB Corporate Governance, 2. Aufl., S. 391 (397); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 59 bezeichnen den Aufsichtsrat als mitunternehmerisches und mitentscheidendes Unternehmensorgan; ebenso *Lutter*, in: FS Albach, 2001, S. 225 ff.

⁸ *Säcker/Rehm*, DB 2008, 2814 (2815); *Albach*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, HdB Corporate Governance, S. 361 (373); v. *Werder*, DB 2017, 977; *Bea/Scheurer*, DB 1994, 2145 sprechen von einer „Führungsfunktion“ des Aufsichtsrats.

⁹ *Seibt*, DB 2018, 237 (238); von Co-Management spricht *Göppert*, Reichweite der Business Judgment Rule, S. 67.

¹⁰ *Drinhausen/Keinath/Waldvogel*, in: FS Marsch-Barner, 2018, S. 159 (161 ff.).

¹¹ „In erster Linie“ bei *Kolb*, in: Beck'sches Hdb AG, § 7 Rn. 73; *Martens*, BB 1973, 1118 (1121): „Schwergewicht der Aufsichtsrats-tätigkeit“; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 260: „Wesentliche Bedeutung für die Effizienz der Überwachung“; auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 85.

¹² *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 103; *Vetter*, in: HdB börsennotierte AG, § 27 Rn. 16; *ders.*, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre AktG, S. 103 (115); *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 260; allerdings zweifeln etwa *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, Vor § 95 Rn. 9, an der grundlegenden Eignung des Aufsichtsrats zur Beratung: Ein „aus nebenamtlich tätigen, mit dem Unternehmen und seinen Beschaffungs- und Absatzmärkten fast durchweg nicht hinreichend vertrauten Mitgliedern bestehendes Gremium ist nicht nur mit der Beratung im Hinblick auf Einzelheiten der Geschäftsführung, sondern auch mit einer Beratung in grundlegenden strategischen Fragen überfordert“.

¹³ *Bea/Scheurer*, DB 1994, 2145 (2151).

¹⁴ So etwa *Wrona/Gunnesch*, BOARD 2017, 62; *Müller-Stewens/Schimmer*, Der Aufsichts-

Während bisweilen beklagt wird, dass sich der Aufsichtsrat außerhalb der regulierten Wirtschaft¹⁵ mit strategischen Fragen insgesamt noch zu selten beschäftigt,¹⁶ befindet sich das traditionelle Rollenverständnis eines Aufsichtsrats, der die vom Vorstand ausgearbeitete Strategie nur abnickt, in Veränderung. Vorstände erwarten vom Aufsichtsrat zunehmend, dass dieser seine Rolle als qualifizierter Berater oder gar „strategischer Sparringspartner“¹⁷ ernst nimmt. Vermehrt fordern auch Aktionäre ein, dass neben dem Vorstand der Aufsichtsrat Verantwortung für die Unternehmensstrategie übernimmt.¹⁸ Studien legen nahe, dass sich die Einbindung des Aufsichtsrats in Strategiefragen stetig intensiviert: In einer 2019 von der Unternehmensberatung Kienbaum durchgeführten Umfrage stimmten 77 % der befragten Aufsichtsräte der Aussage zu, Aufsichtsräte müssten das Geschäftsmodell und die Strategie im Detail verstehen; 79 % der befragten Aufsichtsräte gaben an, die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sei in den letzten Jahren deutlich intensiver geworden.¹⁹ Viele Aufsichtsräte verspüren den Wunsch, in Fragen der langfristigen Unternehmensstrategie stärker eingebunden zu werden.²⁰ In einer von Deloitte im gleichen Jahr durchgeführten Umfrage zum Thema Strategie im Aufsichtsrat stimmten 62,9 % der befragten Aufsichtsräte der Aussage zu, dass „eine eigene strategische Kompetenz der Aufsichtsräte im Hinblick auf die angelsächsische Board-Praxis und -Verantwortung zukünftig nicht zu vermeiden sein wird. Daher sollte vom Aufsichtsrat aktiv Mitverantwortung übernommen werden.“²¹ Dies schlägt sich auch in der Zusammensetzung der Aufsichtsräte nieder: mehr denn je achten Aktiengesellschaften dar-

rat 2008, 98; *Becker*, BOARD 2018, 113; *Seibt*, DB 2018, 237 (240); *Bonnard*, Der Aufsichtsrat 2015, 110; *Ruhwedel*, BOARD 2019, 24 (27).

¹⁵ Nach § 25d Abs. 6 S. 2 KWG müssen Aufsichtsorgane von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten sowie Finanzholding-Gesellschaften der Erörterung von Strategien und Risiken ausreichend Zeit widmen.

¹⁶ *Hohenemser*, Der Aufsichtsrat 2012, 160; *Campagna*, Mitbestimmungspraxis Nr. 29, Jan. 2020, S. 6; auch *Achleitner*, in: Schoppen, Corporate Governance, S. 130; *Schoppen*, in: Schoppen, Corporate Governance, S. 51 (55); *Hirt*, in: Schoppen, Corporate Governance, S. 234 (235); *Schoppen*, Der Aufsichtsrat 2011, 38; *Ruhwedel*, BOARD 2019, 24 (25); *Lenz/Krag*, ZCG 2008, 161 (162).

¹⁷ *Thümmel*, BB 2002, 1105 (1107); v. *Preen/Pacher/Gunnesch*, BOARD 2017, 3 (5); *Pacher/Dyballa*, Der Aufsichtsrat 2019, 102; *Schoppen*, in: Schoppen, Corporate Governance, S. 111; *Hoffmann*, BOARD 2018, 188; *Pacher/Woopen/Flottmann*, ZCG 2020, 127 (128); *Theisen/Probst*, Der Aufsichtsrat 2019, 154 (155).

¹⁸ *Müller-Stewens/Schimmer*, Der Aufsichtsrat 2008, 98; *Pacher/Dyballa*, Der Aufsichtsrat 2019, 102; vgl. dazu auch *Thümmel*, Interview mit Klaus Mangold, Der Aufsichtsrat 2019, 42; *Neuscheler*, FAZ vom 30.8.2019.

¹⁹ Ergebnisse zusammengefasst bei *Pacher/Woopen/Flottmann*, ZCG 2020, 127 (128).

²⁰ *Pacher/Woopen/Flottmann*, ZCG 2020, 127 (128).

²¹ Ergebnisse zusammengefasst bei *Theisen/Probst*, Der Aufsichtsrat 2019, 154 (156).

auf, im Aufsichtsrat sowohl Kompetenzen als auch Erfahrungen anzusammeln, die für das Unternehmen gerade in strategischer Hinsicht von Nutzen sein können.²² Im Jahr 2022 gaben in einer von AlixPartners durchgeführten Studie 76 % der befragten Vorstände an, der Aufsichtsrat habe einen entscheidenden Wertbeitrag im Bereich der strategischen Ausrichtung des Unternehmens geleistet; 90 % der Vorstände wünschten sich einen solchen Wertbeitrag.²³

Strategie ist also nicht mehr allein Vorstandssache. Auch das Schrifttum fordert zunehmend, dass sich der Aufsichtsrat intensiver mit der Unternehmensstrategie und dem Geschäftsmodell befasst und den Vorstand aktiv zu diesen Themen berät.²⁴ Gerade in die Strategieentwicklung und -formulierung sei der Aufsichtsrat stärker und früher einzubinden.²⁵ Der Aufsichtsrat solle sich initiativ „mit Meinungen und Vorschlägen in einen strategischen Dialog mit der Geschäftsführung begeben.“²⁶ Er sei zuständig, andere Perspektiven auf die Strategie zu bieten, zu hinterfragen, ob Ziele realistisch sind, und wo nötig auf das Risiko von Fehlentscheidungen hinzuweisen.²⁷ Damit wächst der Einfluss, den der Aufsichtsrat auf die Leitung der Aktiengesellschaft ausübt. Es ist sogar von einer „deutlichen Macht- und Aufgabenverlagerung vom Vorstand in den Aufsichtsrat“ die Rede.²⁸

Schranke einer Strategieberatung durch den Aufsichtsrat ist allerdings die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft. Die Beratungskompetenz liegt an der Schnittstelle von Leitung und Überwachung. Da sie gesetzlich nicht geregelt

²² Pacher/Dyballa, Der Aufsichtsrat 2019, 102; Ruhwedel, BOARD 2019, 24 (27); Schoppen, Der Aufsichtsrat 2008, 160; Bea/Scheurer, DB 1994, 2145 (2152); siehe auch Busse, SZ vom 27.1.2020.

²³ AlixPartners in Zusammenarbeit mit WHU, Aufsichtsrats-Radar 2022, S. 10, <https://features.alixpartners.com/Aufsichtsrats-Radar-2022/>, zuletzt abgerufen am 31.12.2023.

²⁴ Hohenemser, Der Aufsichtsrat 2012, 160; Wrona/Gunnesch, BOARD 2017, 62 (67); Pacher/Woopen/Flottmann, ZCG 2020, 127 (128); Ruhwedel, BOARD 2019, 24 (25); Kley, AG 2019, 818 (821); Wall, in: Hommelhoff/Kley/Verse, Reform des Aufsichtsratsrechts, S. 41; Schoppen, Der Aufsichtsrat 2011, 38 (39); Plumpe, in: Dehnen, Der professionelle Aufsichtsrat, S. 101; Interview mit Jim Hagemann Snabe, in: Schoppen, Corporate Governance, S. 200 f.; Simon, BOARD 2019, 96; Hoffmann, BOARD 2018, 188; Neuscheler, FAZ vom 30.8.2019; Busse, SZ vom 27.1.2020; Thümmel, Interview mit Reiner Strecker, Der Aufsichtsrat 2022, 132.

²⁵ Wrona/Gunnesch, BOARD 2017, 62 ff.; Hohenemser, Der Aufsichtsrat 2012, 160 (162); Schoppen, Der Aufsichtsrat 2011, 38 (39); Plumpe, in: Dehnen, Der professionelle Aufsichtsrat, S. 101 (109); Bonnard, Der Aufsichtsrat 2015, 110 (111); bereits Deckert, ZIP 1996, 985 (988); dies., JuS 1999, 736 (738); Bea/Scheurer, DB 1994, 2145 (2150 ff.).

²⁶ Müller-Stewens/Schimmer, Der Aufsichtsrat 2008, 98 (99). Ähnlich spricht Lutter, ZIP 2003, 417 (418) von einem „mitunternehmerischen Zusammenwirken mit dem Vorstand bei strategischen Entscheidungen“.

²⁷ Schoppen, Der Aufsichtsrat 2008, 160; ders., Der Aufsichtsrat 2011, 38 (39); Bonnard, Der Aufsichtsrat 2015, 110 (111).

²⁸ Ruhwedel, BOARD 2019, 24 (25).

ist,²⁹ werden ihre Grenzen von Schrifttum und Rechtsprechung gezogen, und dies bisher recht restriktiv.

Im dualistischen System sind Vorstand und Aufsichtsrat zwar grundsätzlich gleichberechtigt, doch die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft ist gesetzlich dem Vorstand zugewiesen (§ 76 Abs. 1 AktG). Der Einfluss des Aufsichtsrats auf die Unternehmensstrategie ist deshalb nach Ansicht des Schrifttums beschränkt: Mische er sich zu stark in Leitungsangelegenheiten des Vorstands ein, drohe eine Verschiebung der organisationsrechtlichen Zuständigkeiten.³⁰ Keineswegs dürfe sich der Aufsichtsrat zum Vorsitzenden des Vorstands machen,³¹ insbesondere nicht „über intensiven und zeitlich dichten Rat“.³² Eine aktive, unbeschränkte Teilnahme an strategischen Planungs- und Entwicklungsprozessen des Vorstands stehe ihm nicht zu.³³ Insbesondere müsse der Aufsichtsrat vor dem Hintergrund des § 76 Abs. 1 AktG stets das planerische Initiativrecht des Vorstands respektieren.³⁴

Angesichts dieser intrinsischen Problematik des dualistischen Systems wird oft und geradezu neidvoll das angloamerikanische monistische System zum Vergleich herangezogen, in dem ein einheitliches Gremium, das *Board of Directors*, Verwaltung und Kontrolle in sich vereinigt: Als Vorteil dieses *One-Tier*-Systems gilt eine flexible und entscheidungsfreudige Einwirkung des Boards sowohl auf Unternehmensstrategie als auch auf den operativen Betrieb.³⁵ Zudem fordern

²⁹ Für eine gesetzliche Regelung sprechen sich aus der *Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats*, in: Hommelhoff/Kley/Verse, Reform des Aufsichtsratsrechts, S. 3 (13); Habersack, in: Hommelhoff/Kley/Verse, Reform des Aufsichtsratsrechts, S. 23 (30 f.); Kley, AG 2019, 818 (821); s. auch Thümmel, Interview mit Mathias Habersack, Der Aufsichtsrat 2020, 26.

³⁰ Spindler, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 10; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 606; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, Vor § 95 Rn. 1, § 111 Rn. 31, 86; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 31; Groß-Bölting/Rabe, in: Hölters/Weber, AktG, § 111 Rn. 31; Hasselbach, NZG 2012, 41 (47).

³¹ Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, Vor § 95 Rn. 1, § 111 Rn. 31; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 31; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 606.

³² Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 212 Fn. 64.

³³ Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 111 Rn. 14; Koch, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre AktG, S. 65 (84); Vetter, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre AktG, S. 103 (117 f.); ders., in: HdB börsennotierte AG, § 26 Rn. 16; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, § 111 Rn. 67; Cahn, AG 2014, 525 (526); Hoffmann, in: FS Havermann, 1995, S. 201 (219); Möllers, ZIP 1995, 1725 (1727).

³⁴ Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 85, 179; Habersack, in: Münch. Komm. AktG, § 111 Rn. 51; Koch, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre AktG, S. 65 (82); Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 583; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 111 Rn. 77.

³⁵ Thümmel, Der Aufsichtsrat 2018, 153; so sagte auch die ehemalige Wirecard-Aufsichtsrätin Anastasia Lauterbach in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung: „Wir müssen dringend über Corporate Governance in Deutschland reden. Auch das angelsächsische Modell des einheitlichen ‚One-Tier‘-Aufsichtsrates ist gegen Betrug nicht immun, aber der Aufsichts-

Stimmen im Schrifttum in jüngerer Zeit auch eine Wahlmöglichkeit zwischen monistischem und dualistischem Leitungssystem abseits der *Societas Europaea* (SE) auch für Aktiengesellschaften³⁶ oder sogar eine Rückkehr zur weniger restriktiven Organisationsverfassung des ADHGB 1884,³⁷ das eine weitreichende Beteiligung des Aufsichtsrats an der Geschäftsführung und Leitung zuließ.³⁸

Anstatt der Sinnhaftigkeit solcher rechtspolitischen Ansätze nachzugehen, widmet sich diese Arbeit jedoch dem Recht des Aufsichtsrats nach der geltenden Kompetenzordnung. Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft kennzeichnet ein ausbalanciertes System von *checks and balances*³⁹ zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung; allerdings ist gerade das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in den Bereichen Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung stets von Spannungen geprägt. Diese Arbeit untersucht die Reichweite der Beschränkungen, die das Aktiengesetz dem Aufsichtsrat tatsächlich auferlegt, und soll im Organisationsinnenrecht der Aktiengesellschaft für größere Rechtssicherheit sorgen.

Das Recht der Aktiengesellschaft in Deutschland unterliegt grundsätzlich wandelbaren wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Einflüssen⁴⁰ und lässt stets Raum für eine Ausfüllung durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung.⁴¹ In Anbetracht der dargestellten Diskussion um die Kompetenzen des Aufsichtsrats und deren Grenzen mag deshalb die Zeit für eine Neuinterpretation des Verhältnisses der Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft richtig sein. Zu schließen ist jedoch mit den nicht in diesem, aber einem ähnlichen thematischen Zusammenhang geäußerten Worten *Jens Kochs*:

„Der Rechtsanwender mag dann je nach dem Grad seiner methodischen Beweglichkeit selbst entscheiden, ob er [die Hürden einer solchen Neuinterpretation] argumentativ noch zu überspringen vermag oder ob an der ein oder anderen Stelle doch der Punkt erreicht ist, wo nicht mehr der Gesetzesanwender, sondern der Gesetzgeber zur Modernisierung des Aktienrechts aufgerufen ist.“⁴²

rat ist dort operativ näher dran. Der Aufsichtsrat muss in Deutschland bissiger werden“, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/wirecard-anastassia-lauterbach-banken-1.5308009>, zuletzt abgerufen am 31.12.2023.

³⁶ *Roth*, in: FS Baums, 2017, S. 1023 (1039); *Roth*, in: FS Windbichler, 2020, S. 963 (974 f.); *Drinhausen/Keinath/Waldvogel*, in: FS Marsch-Barner, 2018, S. 159 (171 ff.); s. auch *Thümmel*, Interview mit Mathias Habersack, Der Aufsichtsrat 2020, 26.

³⁷ Siehe dazu unten § 4 A.

³⁸ *Roth*, in: FS Windbichler, 2020, S. 963 (975 ff.).

³⁹ *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 9.

⁴⁰ *Strauss*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 3 (21 f.).

⁴¹ So auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 85; ferner *Koch*, AG 2017, 129 (131).

⁴² *Koch*, AG 2017, 129 (131) zur Auslegung des geltenden Aktienrechts in Bezug auf die Grenzen der Investorenkommunikation des Aufsichtsrats.

§ 2 Aufbau der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in sechs Teile. Anschließen an diese Einführung (Teil 1) wird sich die Einordnung des Organs Aufsichtsrat in die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft (Teil 2). Es wird zunächst die Organisationsverfassung der AG (§ 3) und sodann die rechtshistorische Entwicklung des Aufsichtsrats unter besonderer Beleuchtung des immerwährenden Spannungsverhältnisses zum Vorstand dargestellt (§ 4). Darauf aufbauend widmet sich die Arbeit der Beratungskompetenz des Aufsichtsrats (Teil 3), beginnend mit deren Grundzügen (§ 5). Die Beratung ist ein Teil der allgemeinen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats; insbesondere in Folge von Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsentwicklungen der letzten 25 Jahre kommt ihr eine zentrale Bedeutung im Aufgabenkatalog des Aufsichtsrats zu. Stimmen aus der Praxis fordern häufig, den Aufsichtsrat gerade in die strategische Steuerung des Unternehmens intensiv einzubinden; es folgt eine Erörterung diesbezüglicher Möglichkeiten und Grenzen (§ 6). Zu diesem Zweck werden betriebswirtschaftliche Modelle einer effizienten Strategiekontrolle herangezogen und ihre Übertragbarkeit auf den Überwachungsprozess des Aufsichtsrats überprüft. Da das Schrifttum einer Intensivierung der Beratungstätigkeit unter Hinweis auf die zwingende Kompetenzordnung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat kritisch gegenübersteht, folgt eine Erörterung der aktienrechtlichen Funktionstrennung zwischen Leitung und Geschäftsführung als Befugnissschranke des Aufsichtsrats (Teil 4). Zunächst wird sich der Ausgestaltung der unternehmerischen Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitung der AG gewidmet. Die gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen ein Urteil über die umstrittene Frage, ob der Aufsichtsrat als Leitungsorgan der AG einzuordnen ist und welche Rechtsfolgen damit verbunden sind (§ 7). Sodann wird untersucht, welche Rolle den kompetenzordnenden Normen § 76 Abs. 1 und § 111 Abs. 4 S. 1 AktG bei der Bestimmung der Reichweite der Leitungsteilhabe zukommt und wo somit die Grenzen der Beratungskompetenz im Besonderen, aber auch der Aufsichtsratsbefugnisse im Allgemeinen verlaufen (§ 8).

Basierend auf den gewonnenen Erkenntnissen enthält Teil 5 der Arbeit eine ausführliche Befassung mit Gestaltungsmöglichkeiten der Beratung des Aufsichtsrats im Rahmen des geltenden Rechts (§ 9); es wird auf die inhaltliche und äußere Intensivierung der Beratungsaufgabe sowie die Grenzen einer aktiven

Strategiearbeit des Aufsichtsrats eingegangen. Anschließend ist die organinterne, aber auch organübergreifende Wahrnehmung der Strategieberatung Gegenstand der Ausführungen (§ 10). Neben der Beratung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden und der traditionellen Ausschussarbeit wird an dieser Stelle die Möglichkeit einer organübergreifenden Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat diskutiert. Zuletzt beleuchtet die Arbeit statutarische und vertragliche Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Beratungsaufgabe (§ 11). In diesem Rahmen wird auch eine beispielhafte Beratungsordnung eines mitbestimmten Aufsichtsrats entworfen. § 12 enthält einen kurzen Exkurs zum Aufsichtsrat der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Enden wird die Arbeit mit einer Zusammenfassung in Thesenform (Teil 6).

Stichwortverzeichnis

- Aktienrecht
 - Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) 21 ff.
 - Aktiengesetz 1937 35 ff.
 - Aktiengesetz 1965 43 ff.
 - ARUG II 262
 - HGB 1897 30
 - Historie 21 ff.
 - KonTraG 48 ff., 62
 - Notverordnung 1931 32 f.
 - Novelle 1870 23
 - Novelle 1884 24, 28 ff.
 - TransPuG 48 ff., 62
- Aktionäre, Aktionärsinteresse 5, 22, 36, 38, 98 ff.
- Annexkompetenz 157
- ARAG/Garmenbeck-Urteil 3, 56, 98, 146 f., 152
- Arbeitnehmerbeteiligung 248 ff., 256 ff.
- Aufsichtsrat
 - Aufsichtsrat als Leitungsorgan 148 ff.
 - Ausschüsse *siehe* Aufsichtsratsausschüsse
 - Beratung *siehe* Beratungsfunktion
 - Beschlussfassung 106, 240, 242, 251
 - Besetzung 5 f., 251 ff.
 - Einwirkungsbefugnisse 16 f., 106
 - Nebenamt 49, 72 f., 131, 200, 208, 254 f. 261
 - Sitzungsfrequenz 131, 207 ff.
 - Vorsitzender 236 f.
- Aufsichtsrat der KGaA 18 ff., 297 ff.
- Aufsichtsratsausschüsse 42, 238 ff.
 - Beratungsausschuss 240 ff.
 - Besetzung 251 ff.
 - Delegationsverbot 240 f.
 - Haftung 261 ff.
 - Mitbestimmte Gesellschaft 256 ff.
 - Organisationshoheit 251
 - Professionelle Mitglieder 252 ff.
 - Prüfungsausschuss 54, 93, 239
 - Vertraulichkeit 247 ff.
- Aufsichtsratsfrage 30 ff.
- Beherrschungsvertrag 165 ff.
- Beratungsfunktion 18, 59 ff., 141 ff.
 - Beratungsausschuss *siehe* Aufsichtsratsausschüsse
 - Beratungsordnung 285 ff., 292 ff.
 - Gegenstand der Beratung 94 ff.
 - Intensivierung der Beratung 192 ff., 207 ff.
 - Rahmenbedingungen 129 f.
 - Sorgfaltsmaßstab 96 ff.
 - Verfahren 85 ff.
- Berichtspflicht des Vorstands 33, 44 f., 51, 60 f., 74 f.
 - Ausweitung der Berichtspflicht 195 ff.
 - Berichterstattung über Geschäftspolitik und Unternehmensplanung 86 ff.
 - Berichtsordnung *siehe* Informationsordnung
 - Informationsrechte gegenüber Mitarbeitern 88 ff.
- Betriebswirtschaftslehre 67 ff.
- Board of Directors 7, 221 ff.
 - Chief Executive Officer / Chairman 229
 - Executive Director/Non-Executive Director 221, 228 f., 231
 - Executive Officer 222 f., 230
 - Independent/Inside Director 222, 228, 230
 - Outside Director 222, 229
- Board-System *siehe* Monistisches System
- Business Combination Agreement 162, 167, 173
- Business Judgment Rule 54, 102, 147, 161, 213, 261

- Compliance 70, 93, 229
- Corporate Governance 14, 54 *siehe auch*
Kompetenzordnung
- Corporate Social Responsibility 101 f.
- Delegation
– durch den Vorstand 271 ff.
– durch den Aufsichtsrat 275 ff.
- Deutscher Corporate Governance Kodex,
DCGK 52 ff., 88, 207, 211 f., 231 f.,
236 f., 243, 253, 284, 289
- Dienstvertrag mit Aufsichtsratsmitgliedern
78, 81 ff.
- Dualistisches System 4, 7, 13 ff., 219, 224,
227
- Entsprechenserklärung 53
- Ermessen
– Ermessensbeschränkungen 98 ff.
– Ermessensspielraum des Aufsichtsrats
146 f.
– Ermessensspielraum des Vorstands 97 ff.
– Selbstbindung des Vorstands 162, 173 ff.
- Feedforward-Kontrolle *siehe* Strategische
Kontrolle
- Funktionstrennung 14, 132, 142 ff.
- Geschäftsführung, Geschäftsführungsbefugnis 64, 71
– Geschäftsverteilung *siehe* Vorstand
– Terminologie 64 ff., 71 ff.
- Geschäftsführungsverbot 15, 41, 142
siehe auch Kompetenzabgrenzung
- Geschäftsordnung 145, 282, 285 ff.
- Geschäftspolitik *siehe* Unternehmensplanung
- Gesellschaftsinteresse 23, 34, 100
- Gläubiger, Gläubigerinteressen 67, 99, 182
- Gleichbehandlungsgrundsatz 92, 236
- Gremienbildung 263 ff.
– Aufsichtsratsergänzende Gremien 267 f.
– Ausgestaltung 280 ff.
– Errichtung, Besetzung 278 ff.
– Organübergreifende Gremien 263 ff.,
269 ff.
– Vorstandsergänzende Gremien 265 ff.
- Gemeinwohlprinzip 32, 36 ff., 100
- Haftungsregime 29, 185 f., 261 ff.
– Haftungsdefizit 186
– Haftungsentlastung 262 f.
- Hauptversammlung
– Historie 21 ff., 38 ff.
– Ungeschriebene Hauptversammlungs-
zuständigkeit 14
- Informationsordnung 51, 195, 200, 206,
284, 286
- Informationsrecht *siehe* Berichtspflicht
des Vorstands
- Kommunikationsordnung 130, 285
- Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand
und Aufsichtsrat 131 f., 142 ff., 154 ff.,
228
– Geschäftsführungsverbot als Kompetenz-
abgrenzungsnorm 157 ff.
– Leitungsgebot als Kompetenzabgren-
zungsnorm 159 ff.
- Kompetenzordnung 6 f., 13 ff., 37 ff., 45 ff.
- Kompetenzregelnde Vereinbarung 284 ff.,
287 ff.
- Legalitätspflicht 91
- Leistungsverantwortung, Leitungsautonomie
13 f., 160 ff.
– Aufsichtsrat als Leitungsorgan 148 ff.
– Beschränkungen der Leitungsmacht
162 ff., 173 ff.
– Definition 64 ff.
– Delegation 271 ff.
– Kernbereich 66, 177 f., 187 f.
– Leitungsunterstellung 164 ff., 169 ff.
– Selbstbindung des Vorstands 163, 173 ff.
– Unveräußerlichkeit 161, 163
- Meinungsäußerung *siehe* Stellungnahmen
- Meinungsbeschluss 106
- Mitbestimmung *siehe* Arbeitnehmerbeteili-
gung
- Monistisches System 34, 47 f., 220 ff.,
228 ff.
- Objectivity-Proximity-Tradeoff 236
- Organisationsverfassung *siehe* Kompetenz-
ordnung

- Personalkompetenz 17, 145
 Personengesellschaft 19, 300
 Präsidialausschuss 244
 Prinzipal-Agenten-Konflikt 183 f.
 Professionalisierung des Aufsichtsrats 3, 49, 52, 256
- Satzung
 – Satzungsfreiheit 31, 56, 59, 185
 – Satzungsstrenge 19, 35, 41, 60, 278
 Shareholder Value 99 f., 230
 Societas Europaea 8, 223 ff.
 Soll-Ist-Vergleich 115 f., 191, 239
 Sorgfaltsmaßstab 29, 96 ff.
 Stakeholder Value 100
 Stellungnahme 17, 60 f., 104 ff.
 Strategie *siehe* Unternehmensstrategie
 Strategieberatung 109 f., 118 ff.
 – Gestaltungsmöglichkeiten 192 ff., 236 ff.
 – Strategieausschuss 240 ff.
 – Strategiemitarbeit 209 ff., 214 ff.
 Strategische Kontrolle 114 ff.
 – Berichtszyklus 123 f.
 – Durchführungskontrolle 122 f.
 – Plausibilitätskontrolle 121 f.
 – Prämissenkontrolle 120 f.
 Strategisches Management 116 f.
- Überwachungsaufgabe 15 ff.
 – Abgrenzung zwischen Kontrollpflicht und -recht 81
 – Einschränkung der Überwachungsaufgabe 71 f.
 – Grundkonflikt 219 f., 225 ff.
 – Kompromittierung der Überwachungsfunktion 218 ff.
 – Überwachung des operativen Geschäfts 77 ff.
 – Überwachung in Krisensituationen 78 ff.
 – Überwachungsmaßstäbe 91 ff.
 Überwachungsinstrumente 15 ff.
 Unternehmensinteresse 63, 99, 138, 183
 Unternehmensplanung 51, 69 f., 74
 – als Beratungsgegenstand 198 ff.
 – als Berichterstattungsgegenstand 86 ff.
 Unternehmensstrategie 86 f., 111 f.
 Unternehmerfunktion 67 ff.
 Unternehmerische Funktion des Aufsichtsrats 103, 145 ff., 213 ff.
- Verbandsautonomie 181 f.
 Verdeckter Beherrschungsvertrag *siehe* Beherrschungsvertrag
 Vertragskonzern 164 f.
 Verwaltungsrat 22 f., 223 f., 231
 Vorstand
 – Gesamtleitung 271 ff.
 – Gesamtverantwortung 274 f.
 – Haftung *siehe* Haftungsregime
 – Leitungsautonomie *siehe dort*
 – Ressortzuordnung/Geschäftsverteilung 254, 272, 274
 – Spartenorganisation 266
- Weisungsrecht 26, 47, 161, 165 ff., 188
- Zustimmungsvorbehalte 42 f., 51, 137 ff., 170 ff.