

AKtG

Großkommentar

Begründet von W. Gadow und E. Heinrichen

4., neubearbeitete Auflage

Herausgegeben von
Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann

24. Lieferung:
§§ 95-117

Bearbeiter: Klaus J. Hopt, Michael Kort, Markus Roth

2005

De Gruyter Recht · Berlin · New York

Um in der Erscheinungsweise nicht festgelegt zu sein und auf diese Weise Bedürfnissen der Praxis besser gerecht werden zu können, wird darauf verzichtet, die Bände durchgehend zu paginieren. Durch Verwendung der Randnummern sind Seitenzahlen – vor allem für das Zitieren – entbehrlich.

Die einzelnen Lieferungen werden in der Reihenfolge des Erscheinens durchnummeriert; die Folge wird also von derjenigen des Gesamtwerks abweichen. Sobald ein Band vollständig ist, werden jeweils Einbanddecken geliefert.

Der Verlag

Erscheinungsdatum: August 2005
ISBN 978-3-89949-254-5
eISBN 978-3-11-027747-0

© Copyright 2005 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 10785 Berlin.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany.

ZWEITER ABSCHNITT

Aufsichtsrat

§ 95

Zahl der Aufsichtsratsmitglieder

Der Aufsichtsrat besteht aus drei Mitgliedern. Die Satzung kann eine bestimmte höhere Zahl festsetzen. Die Zahl muß durch drei teilbar sein. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder beträgt bei Gesellschaften mit einem Grundkapital

bis zu 1.500.000 Euro neun,
von mehr als 1.500.000 Euro fünfzehn,
von mehr als 10.000.000 Euro einundzwanzig.

Durch die vorstehenden Vorschriften werden hiervon abweichende Vorschriften des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (Bundesgesetzbl. I S. 1153), des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 7. August 1956 (Bundesgesetzbl. I S. 707) – Mitbestimmungsergänzungsgesetz – nicht berührt.

* Die Kommentierung der §§ 95–116 ist ohne Rückgriff auf die Vorauflage völlig neu geschrieben und befindet sich auf dem Stand vom 1. Oktober 2005. Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005, BGBl I 2802, das § 93 Abs 1 Satz 2 mit der business judgment rule neu eingefügt hat und damit auch für § 116 relevant ist, ist bereits berücksichtigt. Die umfangliche Diskussion um die Corporate Governance, die seit Erscheinen der Kommentierung von § 93 (Stand 1.1.1999) international und in Deutschland noch weiter zugenommen hat und ganz wesentlich den Aufsichtsrat berührt, ist insoweit, allerdings auch nur insoweit, voll berücksichtigt. Das gilt auch für die einschlägigen Passagen des Deutschen Corporate Governance Kodex (Fassung vom 2. Juni 2005). Die Kommentierung erfolgt bei denjenigen Bestimmungen der §§ 95–116, die durch den Kodex ergänzt werden, und dort jeweils in einem eigenen Abschnitt der Kommentierung. Funktional gehören die Gesetzes- und die Kodexbestimmungen zusammen, eine Kommentierung nur bei § 161 würde dem nicht gerecht. Die Europäische Gesellschaft (SE) ist im Anschluss an europäische Vorgaben durch zwei

eigene Gesetze, das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) und das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG), beide vom 22. Dezember 2004, BGBl I 3675, 3686, geregelt. Da ersteres aber, was das zweistufige Modell angeht, weitestgehend auf die §§ 95ff verweist, ist die Europäische Gesellschaft, soweit ihr Aufsichtsorgan oder der einstufige Verwaltungsrat betroffen ist, in jeweils eigenen Abschnitten der Kommentierung kurz berücksichtigt. Bei § 116 ist davon abgesehen worden, die Kommentierung zu § 93 im Wesentlichen zu wiederholen, um für den Leser unnötige Dopplungen und Kosten zu vermeiden. Wie schon bei der Kommentierung von § 93 ist jeweils ein letzter Abschnitt der einzelnen Kommentierungen, soweit angezeigt, dem internationalen, europäischen und ausländischen Recht gewidmet. Das entspricht der heutigen Realität der Aktiengesellschaft und soll dem Leser einen Einstieg in die Bewältigung der damit verbundenen, schwierigen Fragen geben. Auch sonst sind, soweit das in einem juristischen Kommentar möglich ist, die Erfahrungen wichtiger anderer Rechtsordnungen, zumeist solche mit dem Verwaltungsrat (board), sowie aus der Praxis und den Wirtschaftswissenschaften berücksichtigt.

Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Grundlagen zu den §§ 95–116		a) Vorkommen	40
1. Der Aufsichtsrat als Organ der Aktiengesellschaft	1	b) Zulässigkeit und rechtliche Stellung	41
a) Verwaltungs- und Aufsichtsrat im Konzessionssystem	1	c) Einrichtung von Beiräten	46
b) Entwicklung des Aufsichtsrats durch das ADHGB und bis zum AktG 1965	4	d) Vergütung, Informationsrechte und Haftung	48
c) Die fakultative Verwaltungsratsfunktion nach ADHGB und im HGB 1897	7	e) Abgrenzung zu Aufsichtsratsausschüssen	51
d) AktG 1965: Funktion und Funktionswandel des Aufsichtsrats	10	f) Beiräte im Konzern	54
e) Zwingendes Recht	16	III. Die Besetzung des Aufsichtsrats	
2. Corporate Governance	19	1. Gesetzliche Regelzahl als Mindestmitgliederzahl (Satz 1)	56
a) Der angloamerikanische Ursprung der Corporate Governance-Debatte	19	2. Durch Satzung bestimmte Zahl (Satz 2, 3)	60
b) Corporate Governance Kodizes und europäische Empfehlungen	22	a) Unzulässigkeit variabler und niedrigerer Mitgliederzahlen (Satz 2)	60
c) Deutscher Corporate Governance Kodex	24	b) Grundsatz der Teilbarkeit durch drei (Satz 3)	61
aa) Allgemeines	24	3. Gesetzliche Höchstmitgliederzahl (Satz 4)	62
bb) Der Aufsichtsrat im Deutschen Corporate Governance Kodex	25	a) Abstufung nach dem Grundkapital	62
cc) § 95 und Deutscher Corporate Governance Kodex	26	b) Anrechnungsfähige Mitglieder	65
d) Empfehlungen der Europäischen Kommission	27	4. Vorrang abweichender Mitbestimmungsregeln (Satz 5)	66
3. Gesetzesgeschichte des § 95	28	a) MitbestG	68
4. Normzweck des § 95	31	b) Montan-MitbestG	69
5. Überblick über Sonderregeln bei mitbestimmten Gesellschaften	34	c) MitbestErgG	70
II. Der Aufsichtsrat als Organ der Aktiengesellschaft		5. Sanktionen bei Verstoß gegen die Besetzungsvorschriften	71
1. Zwingendes Erfordernis eines Aufsichtsrats	35	a) Zwingendes Recht und entgegenstehende Satzungsvorschriften	71
2. Satzungsbestimmungen über den Aufsichtsrat	38	b) Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl	75
3. Beiräte und andere fakultative Gremien	40	c) Verstoß gegen das Dreiteilbarkeitsgebot	76
		d) Überschreiten der Höchstmitgliederzahl	77
		e) Mitbestimmungsrechtliche Besonderheiten	82

** Einen ersten ausführlichen Entwurf hat 1995 Frau Dr. Martina Deckert, München, geliefert, die ihrerseits auf Vorarbeiten von Frau Marianne Goerdeler, München, zurückgreifen konnte. In Hamburg hat Frau Andrea Peddinghaus das Statusverfahren und § 102 weitgehend vorbereitet, Herr wiss. Referent Christoph Kumpan und Herr Dr. Philipp Rühland haben Vorarbeiten zur Kommentierung des Deutschen Corporate Governance Kodex bzw der Europäischen Gesellschaft geleistet. Die Assessorinnen Claudia Biss und Daniela Cohn-Heeren, die Herren Rechtsreferendare Jan Reiche und Fabian Schwartz sowie die Herren cand. iur. Sven Sievert und Urs Engels haben bei der

Literatursuche und der Überprüfung von Fundstellen mitgeholfen. Ihnen allen sei herzlich gedankt. Die beiden Autoren sind auch für vielfältige Gespräche mit Habilitanden und Doktoranden am Hamburger Max-Planck-Institut insbesondere Herrn Rechtsreferendar Patrick C. Leyens (LL.M.) dankbar, der eine auch für Erfahrungen aus der High Level Group of Company Law Experts der Europäischen Kommission im Vorfeld des Company Law Action Plan vom Mai 2003, als Mitglied der Börsensachverständigenkommission und aus der Zeit als Aufsichtsratsmitglied der Deutsche Börse AG.

	Rdn		Rdn
6. Änderung der Besetzung bei Vergrößerung und Verkleinerung des Aufsichtsrats	83	bb) SE-Ausführungsgesetz und SE-Beteiligungsgesetz	107
a) Problemstellung	83	c) Das auf die SE anwendbare Recht (Normenhierarchie)	108
b) Fakultative Änderung der Satzungsbestimmungen über die Mitgliederzahl	86	d) Bedeutung	109
aa) Vergrößerung des Aufsichtsrats	89	2. Die Organisationsstruktur der SE (Verordnung, SEAG und AktG)	110
bb) Verkleinerung des Aufsichtsrats	91	a) Wahlfreiheit zwischen monistischem und dualistischem System	110
c) Änderung der gesetzlichen Mitgliederzahlen wegen Änderung des Grundkapitals	99	b) Dualistische SE	112
aa) Vergrößerung des Aufsichtsrats	99	c) Monistische SE	113
bb) Verkleinerung des Aufsichtsrats	100	3. Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsbzw. Verwaltungsorgans	114
d) Änderung der gesetzlichen Mitgliederzahlen wegen Änderung der Arbeitnehmerzahlen	101	a) Dualistische SE	114
aa) Vergrößerung des Aufsichtsrats	101	b) Monistische SE	116
bb) Verkleinerung des Aufsichtsrats	102	V. Internationales, europäisches und ausländisches Recht	
IV. Europäische Gesellschaft (SE)		1. Internationales Recht	120
1. Rechtsgrundlagen und Bedeutung	105	a) Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats nach Gründungsstatut	120
a) SE-Verordnung und Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer	105	b) Kapitalmarktrechtliche Überlagerung	121
b) Nationale Umsetzungsvorschriften	106	2. Europäisches Recht	122
aa) Befugnis und Bedürfnis	106	3. Ausländisches Recht	124
		a) Verwaltungs- und Aufsichtsrat	124
		b) Größe und Zusammensetzung	125

Schrifttum

American Law Institute Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Philadelphia 1994; *Heinz-Dieter Assmann/Rolf Sethe* Der Beirat der KGaA, in: FS Lutter 2000, 251–281; *Michael Bachner/Roland Köstler/Wolfgang Trittin/Ralf Trümmer* Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung, Köln 1997; *Theodor Baums* Der Aufsichtsrat — Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, 11–18; *Walter Bayer* Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit nach den EuGH-Entscheidungen Inspire Art und Überseering auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 534–538; *Karl Bender* Fortbildung des Aktienrechts: Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaftsorgane notwendig, DB 1994, 1965–1968; *Berliner Netzwerk Corporate Governance* 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung, AG 2004, 200–201; *Wolfgang Bernhardt* Wenig Neues – zu wenig? Kleine Aktienrechtsreform, Corporate Governance und Konzernwirklichkeit, ZfB 1997, 803–816; *Knut Bleicher* Der Aufsichtsrat im Wandel: Eine repräsentative Studie über Aufsichtsräte in bundesdeutschen Aktiengesellschaften im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung, 1987; *Knut Bleicher/Herbert Paul* Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung – Stand und Entwicklungstendenzen, DBW 46 (1986), 263–288; *Peter Böckli* Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtsystems, in Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance 2003, 201–222; *Ekkehart Boehmer* Who Controls German Corporations?, in Joseph A. McCahery/Piet Moerland/Theo Raaijmakers/Luc Renneboog (eds), Corporate Governance Regimes, Oxford 2002, 268–286; *Ernst Boesebeck* Unklarheiten in der Geschäftsführung und Verantwortung bei der Aktiengesellschaft, JW 1938, 2525–2529; *Erik Boettcher/Karl Hax/Otto Kunze/Oswald von Nell-Breuning/Heinz-Dietrich Ortlieb/Ludwig Preller* Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, Berlin 1968; *Gerhard Brandmüller* Die Rechtsstellung der Aufsichtsräte im Handels- und Steuerrecht, Heidelberg 1977; *Otto von Braunbehrens* Ehrenmitglied des Aufsichtsrats, BB 1981, 2100–2101; *Thomas Brinkmann* Unternehmensinteresse und Unternehmensstruktur: Aufgaben und Grenzen eines normativen Regulativs unternehmenspolitischer Interessen, Frankfurt am Main 1983; *Inés Calle Lambach* Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG), RIW 2005, 161–168; *Carsten P. Clausen* Das Recht der Aufsichtsratswahl im Schnittpunkt der Fraktionen, AG 1971, 385–389; *Carsten P.*

Claussen/Norbert Bröcker Der Corporate Governance-Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen-AG, DB 2002, 1199–1206; *Gerhard Cromme* Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland, in Gerhard Cromme (Hrsg), Corporate Governance Report 2003, 2003, 19–35; *Paul Davies* Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, ZGR 2001, 268–293; *Konrad Duden* Über Unternehmensziele, in: Festgabe Kunze 1969, 127–141; *Horst Eidenmüller/Gebhard Rehm* Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159–188; *Curt Eduard Fischer* Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht – Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktienrechts, AcP 154 (1955) 85–120; *ders* Die Reform des Aktienrechts – Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung, AcP 154 (1955) 181–243; *ders* Minderheiten-Vertreter im Aufsichtsrat, NJW 1958, 1265–1268; *Holger Fleischer* Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004) 502–543; *Peter Forstmoser* Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung? Das Schweizer Konzept, ZGR 2003, 688–719; *Rudolf Franta* Die Verfassung der Aktiengesellschaft nach dem Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes, DB 1958, 1347–1356; *Martin Franzen* Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, 257–263; *Elmar Gerum/Horst Steinmann/Werner Fees* Der mitbestimmte Aufsichtsrat: Eine empirische Untersuchung, 1988; *Ernst Gefßler* Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 497–503; *ders* Variable Aufsichtsräte?, DB 1953, 440–441; *ders* Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform?, AG 1965, 343–348; *ders* Zum Erlöschen des Aufsichtsratsamtes, DB 1965, 1469–1471; *Jürgen Götz* Multinationale Konzernstrukturen nach Überseering und Inspire Art, Der Konzern 2004, 449–455; *Philipp Göz* Statusverfahren bei Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, ZIP 1998, 1523–1528; *Marcel Grobys* Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2004, 779–781; *ders* SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, 84–91; *Erwin Grochla* Die organisatorische Struktur der Aktiengesellschaft in betriebswirtschaftlicher Sicht, AG 1957, 103–106 und 138–142; *Stefan Grundmann* Die Mobilität der Kapitalgesellschaften: the Golden Five, in: FS Raiser 2005, 81–98; *Erich Gutenberg* Unternehmensführung, Organisation und Entscheidungen, 1962; *ders* Funktionswandel des Aufsichtsrats, ZfB Ergänzungsheft Dezember 1970, E1–E10; *Mathias Habersack* Das Konzernrecht der deutschen SE, ZGR 2003, 724–742; *ders* Der Aufsichtsrat im Visier der Kommission, ZHR 168 (2004) 373–381; *Herbert Hansen* Die Zusammensetzung von Aufsichtsräten der DAX-Gesellschaften und die Auswirkungen auf ihre Effizienz, AG-Report 1994, 403–404; *Martin Hartl* Reform des italienischen Gesellschaftsrechts, NZG 2003, 667–669; *Hermann Herold* Der Grundsatz der Dreiteilbarkeit bei der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1953, 1809–1811; *Heribert Hirte* Die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 1–10; *ders* Die Organisationsverfassung der italienischen Aktiengesellschaft nach neuem Recht: aus der Sicht des deutschen Juristen, in: FS Raiser 2005, 839–857; *ders* Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick nach In-Kraft-Treten der deutschen Ausführungsgesetzgebung, 653–658 und 700–704; *Michael Hoffmann-Becking* Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995) 325–345; *ders* Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten, insbesondere im monistischen System, ZGR 2004, 355–382; *Peter Hommelhoff* Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern – eine Problemskizze, ZGR 1996, 144–163; *ders* Die OECD-Principles on Corporate Governance – ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung, ZGR 2001, 238–267; *Peter Hommelhoff/Martin Schwab* Regelungsquellen und Regelungsebenen der Corporate Governance: Gesetz, Satzung, Codices, unternehmensinterne Grundsätze, in Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 51–86; *Peter Hommelhoff/Wolfram Timm* Anmerkung zu LG Köln AG 1976, 329, AG 1976, 330–334; *Klaus J. Hopt* Zur Funktion des Aufsichtsrats im Verhältnis von Industrie und Banken, in Norbert Horn/Jürgen Kocka (Hrsg), Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert, 1979, 227–242; *ders* Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert, in Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band 5, Geld und Banken, 1980, 128–168; *ders* Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe, 14 International Review of Law and Economics 203–214 (1994); *ders* Kontrolle und Transparenz im Unternehmens-

bereich, in: Freundesgabe Kübler 1997, 435–456; *ders* Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG-Sonderheft 1997, 42–48; *ders* Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe, ZIP 1998, 96–106; *ders* Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema, Dritte Max Hachenburg Gedächtnisvorlesung, 1998, 2000, 9–47; *ders* Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa? ZGR 2000, 779–818; *ders* Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Zum Bericht der Regierungskommission Corporate Governance –, in Peter Hommelhoff/Marcus Lutter/Karsten Schmidt/Wolfgang Schön/Peter Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, 27–67; *ders* Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Corporate Governance, in Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 29–50; *ders* Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen, ZIP 2005, 461–474; *Klaus J. Hopt/Patrick C. Leyens* Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy, ECFR 2004, 135–168; *Norbert Horn* Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893–901; *Alfred Hueck* Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954, 274–276; *Christoph Hütten* Unternehmenseigener Corporate-Governance-Kodex – Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit in Zeiten von TransPuG und Deutschem Kodex, BB 2002, 1740–1742; *Hans-Christoph Ihrig/Jens Wagner* Reaktion börsennotierter Unternehmen auf die Änderung des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2003, 1625–1629; *Axel Jäger* Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft in den Jahren 1994 – 1996, WiB 1996, 457–466; *Hans Janberg* Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht, AG 1966, 1–5; *Detlev Joost* Die Bildung des Aufsichtsrats beim Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: FS Clausen 1997, 187–197; *Edgar Joussen* Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftervertrag, 1995; *Rocco Julia* Die Bildung besonderer Konzernorgane, 1995; *Abbo Junker* Sechssundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728–730; *ders* Unternehmensmitbestimmung in Deutschland: Anpassungsbedarf durch internationale und europäische Entwicklungen, ZfA 2005, 1–44; *Clemens Just* Corporate Governance im Vereinigten Königreich, RIW 2004, 199–203; *Jörn Axel Kaemmerer/Rüdiger Veil* Paritätische Mitbestimmung in der monistischen Societas Europaea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg? ZIP 2005, 369–376; *Harald Kallmeyer* Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, ZIP 2003, 1531–1536; *Susanne Kalss* Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593–646; *Marcus Kamp* Die unternehmerische Mitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, BB 2004, 1496–1500; *Hermann Karoli* Aufgaben und Arbeitsweisen von Aufsichtsräten und Beiräten, in: FS Möhring 1973, 115–131; *Eva-Maria Kieninger* Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZEuP 2004, 685–704; *Johann Kindl* Anmerkung zum Beschluß des OLG Dresden vom 18.02.1997, 14 W 1396/96, WiB 1997, 699; *Christian Kirchner* Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197–200; *Michael Kittner* Unternehmensverfassung und Information – Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, ZHR 136 (1972) 208–251; *Roland Köstler* Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800–809; *ders* Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft nach den deutschen Umsetzungsgesetzen, DStR 2005, 745–750; *Roland Köstler/Siegfried Räßiger* Anpassung an das Mitbestimmungsgesetz? – Ergebnisse einer Auswertung der Hans-Böckler-Stiftung von Satzungen, Gesellschaftsverträgen und Geschäftsordnungen, Mitbestimmungsgespräch 1978, 263–269; *Katharina Kollmann* Aktuelle Corporate-Governance-Diskussion in Deutschland – Deutscher Corporate-Governance-Kodex der Regierungskommission sowie Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) –, WM 2003, Sonderbeilage 1, 1–18; *Walter Kolvenbach* Neue Initiative zur Weiterentwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts, EuZW 1996, 229–234; *Karl Otto Konow* Zum Tätigkeitsbereich der Beiräte bei Aktiengesellschaften, DB 1966, 332–333; *Reinier R. Kraakman/Paul Davies/Henry Hansmann/Gerard Hertig/Klaus J. Hopt/Hideki Kanda/Edward B. Rock* The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, Oxford 2004; *Heinz Krejci* Zur Unternehmensaufsicht, zur Vinkulierung und zum Vollmachtsstimmrecht im österreichischen Recht, in: Johannes Semler in Gemeinschaft mit Peter Hommelhoff/Peter Doralt/Jean Nicolas Druey (Hrsg), Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, 25–42; *Michael*

Kruse Organisation des Entscheidungsprozesses im Aufsichtsrat der AG, Diss Frankfurt 1972; *Friedrich Kübler* Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG-Sonderheft 1997, 48–52; *ders* Aufsichtsratsmitbestimmung im Gegenwind der Globalisierung, in: FS Döser 1999, 237–254; *ders* Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts, ZHR 167 (2003) 222–234; *Georg Kuhn* Enden alle Aufsichtsratsmandate nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 EG AktG 1965?, NJW 1965, 2186–2189; *Eva-Desree Lembeck* UK Company Law Reform – Ein Überblick, NZG 2003, 956–965; *Patrick C. Leyens* Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungssystem? Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate Governance-Debatte, RabelsZ 67 (2003) 57–105; *ders* Information des Aufsichtsrats: Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board, im Erscheinen für 2006; *Hans-Dieter Lippert* Zulässigkeit und Aufgaben von Beiräten in Aktiengesellschaften, JuS 1978, 90–94; *Karl-Hermann Lowe* Fehlerhaft gewählte Aufsichtsratsmitglieder: Organstellung, Tätigkeit und Anstellungsverhältnis, 1989; *Manfred Löwisch* Unternehmensmitbestimmung im Mehrmütterkonzern, in: FS Schlechtriem 2003, 833–851; *Hagen Lüderitz* Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats, in: FS Steindorff 1990, 113–123; *Marcus Lutter* Der Aufsichtsrat: Konstruktionsfehler, Inkompetenz seiner Mitglieder oder normales Risiko?, AG 1994, 176–177; *ders* Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht, ZGR 2001, 224–237; *ders* Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, ZIP 2003, 417–419; *Klaus-Peter Martens* Das aktienrechtliche Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065–1071; *Peter J. Mathis* Mechanismen zur Kontrolle von Managern in großen Kapitalgesellschaften: Eine ökonomische Analyse, 1992; *Silja Maul* Konzernrecht der deutschen SE – ausgewählte Fragen zum Vertragskonzern und den faktischen Unternehmensverbindungen, ZGR 2003, 743–763; *Silja Maul/Georg Lanfermann* Europäische Corporate Governance – Stand der Entwicklungen, BB 2004, 1861–1868; *Norbert Meier* Probleme der freiwilligen zahlenmäßigen Erweiterung eines mitbestimmten Aufsichtsrats nach dem MitbestG 1976, NZG 2000, 190–191; *Michel Menucq* Das „monistische“ System der Unternehmensleitung in der SE, ZGR 2003, 679–687; *Hanno Merkt* Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht, ZGR 2003, 650–678; *Ernst-Joachim Mestmäcker* Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre: Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der corporations in den Vereinigten Staaten, 1958; *Mitbestimmungskommission* Mitbestimmung im Unternehmen – Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, Bochum im Januar 1970, BTDrucks VI/334; *Peter Mülberr/Stefan Grundmann* Corporate Governance – Europäische Perspektiven, ZGR 2001, 215–223; *Klaus J. Müller/Reinmar Wolff* Freiwilliger Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG und andere freiwillige Organe, NZG 2003, 751–755; *dies* Verlagerung von Zuständigkeiten auf den Beirat der GmbH, GmbHR 2003, 810–817; *Thomas Müller-Bonanni/Paul Melot de Beauregard* Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195–200; *Bernhard Nagel* Ist die Europäische Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?, DB 2004, 1299–1304; *ders* Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833–839; *Benno Natzel* Zur Änderung des Aktien- und Mitbestimmungsrechts, DB 1957, 748–750; *Hans-Werner Neye* Die optionale Einführung der monistischen Unternehmensverfassung für die Europäische (Aktien-)Gesellschaft im deutschen Recht, in: FS Röhrich 2005, 443–454; *Hans-Werner Neye/Christoph Teichmann* Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 169–179; *Bernd Nielsen-Stokkeby* Die Organe der Aktiengesellschaft: Ein Beitrag zur Frage der Aktienrechtsreform, Diss Hamburg 1954; *Thomas Niklas* Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, NZA 2004, 1200–1206; *Eric Nowak/Roland Rott/Till Mahr* Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt?, ZGR 2005, 252–279; *Hartmut Oetker* Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97 ff AktG, ZHR 149 (1985) 575–598; *ders* Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19–60; *ders* Aufsichtsrat/Board: Aufgaben, Besetzung, Organisation, Entscheidungsfindung und Willensbildung – Rechtlicher Rahmen, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance 2003, 261–284; *ders* Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der leitenden Angestellten, BB-Spezial 1/2005, 2–13; *Peter Oser/Christian Orth/Dominic Wader* Die Umsetzung des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Praxis – Empirische Untersuchung zur Entsprechenserklärung börsennotierter

Unternehmen, DB 2003, 1337–1341; *dies* Beachtung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex – Erste Ergebnisse einer empirischen Folgeuntersuchung der Entsprechenserklärung börsennotierter Unternehmen, BB 2004, 1121–1126; *Hans-Peter Overrath* Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat?, AG 1970, 219–224; *Bernhard Pellens/Franca Hillebrandt/Björn Ulmer* Umsetzung von Corporate Governance-Richtlinien in der Praxis, BB 2001, 1243–1250; *Martin Peltzer* Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, NZG 2002, 593–599; *Martin Peltzer/Axel von Werder* Der „German Code of Corporate Governance (GCCG)“ des Berliner Initiativkreises, AG 2001, 1–6; *Egon A. Peus* Die Praxis privatautonomer Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 206–212; *Klaas Hinrich Pflüger* Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Klagebefugnis des Einzelaktionärs unter besonderer Berücksichtigung der „derivative suit“ des anglo-amerikanischen Rechts, Hamburg 1969; *Katharina Pistor* Corporate Governance durch Mitbestimmung und Arbeitsmärkte, in Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 157–175; *Klaus Pohle/Axel von Werder* Die Einschätzung der Kernthesen des German Code of Corporate Governance (GCCG) durch die Praxis: Ergebnisse einer Befragung der DAX 100-Unternehmen, DB 2001, 1101–1107; *Stefan Prigge* A Survey of German Corporate Governance, in Klaus J. Hopt/Hideki Kanda/Mark J. Roe/Eddy Wymeersch/Stefan Prigge (Hrsg), Comparative Corporate Governance, Oxford 1998, 943–1044; *Hagen Prühs* Vorbesprechungen und Fraktionsbildung im Aufsichtsrat, AG 1970, 193–195; *ders* Der Entscheidungsprozess im Aufsichtsrat, DB 1970, 1961–1964; *Thomas Raiser* Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder?, ZGR 1978, 391–404; *Günter Redding* Aufsichtsrat und Interessenkollision, NJW 1956, 48–50; *Jochem Reichert/Stephan Brandes* Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE – Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, 767–799; *Klaus Rellermeyer* Der Aufsichtsrat. Betrachtungen zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZGR 1993, 77–103; *Jonathan Rickford* Fundamentals, Developments and Trends in British Company Law – Some Wider Reflections, ECFR 2004, 391–415 und ECFR 2005, 63–106; *Bodo Riegger* Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis, ZGR 2004, 510–530; *Franz-Joachim Robertz* Der Beirat als freiwilliges Organ der Gesellschaft, MittRhNotK 1991, 239–251; *Wolfgang Röller* Quo vadis Aufsichtsrat?, AG 1994, 333–336; *Hans Rosendahl* Unternehmensumgliederungen und ihre Auswirkung auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Ersatzwahlen und Nachwahlen nach MitbestG, AG 1985, 325–334; *Markus Roth* Die unternehmerische Mitbestimmung in der monistischen SE, ZfA 2004, 431–462; *Bernd Rudolph* Unternehmensfinanzierung und Corporate Governance – Entwicklungen und weiterer Anpassungsbedarf, BB 2003, 2053–2060; *Winfried Rutenfranz* Der „Beirat“ im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, 238–239; *Franz Jürgen Säcker* Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976: Einsetzung, Besetzung und Arbeitsweise, 1979; *ders* Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, 180–186; *Otto Sandrock* Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen *ordre public*?, AG 2004, 57–66; *Eberhard Scheffler* Der Aufsichtsrat – nützlich oder überflüssig?, ZGR 1993, 63–76; *Maximilian Schiessl* Deutsche Corporate Governance post Enron, AG 2002, 593–604; *Wolfgang Schilling* Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit), in: FS Geßler, 1971, 159–169; *Wolfgang Schmalz* Die Verfassung der Aktiengesellschaft in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1950; *Karsten Schmidt* Verlust der Mitte durch „Inspire Art“? – Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckreaktionen der Literatur, ZHR 168 (2004) 493–502; *Walter Schmidt* Die Verfassung der Aktiengesellschaft, in: Hans Hengeler (Hrsg), Beiträge zur Aktienrechtsreform, 1959, 42–60; *Otto Helmut Schmitt/Helmut Seydel/W. Koehler* Verkleinerung des Aufsichtsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 1953, 474–476; *Uwe H. Schneider* Die Revision der OECD Principles of Corporate Governance 2004, AG 2004, 429–434; *Uwe H. Schneider/Christian Strenger* Die „Corporate Governance-Grundsätze“ der Grundsatzkommission Corporate Governance (German Panel on Corporate Governance), AG 2000, 106–113; *Werner Schubert/Peter Hommelhoff* Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1985; *dies* (Hrsg), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, 1987; *Joachim Schwalbach* Effizienz des Aufsichtsrates, AG 2004, 187–190; *Eberhard Schwark* Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt, AG 2004, 173–180; *Christoph H. Seibt* Effizienzprüfung der Aufsichtsrats Tätigkeit, – Hinweise zur Anwendung von Ziff. 5.6 Deutscher Corporate Governance Kodex –, DB 2003, 2107–2112; *Ulrich Seibert* Aufsichtsratsreform in der 13. Wahlperiode. Zum aktuellen Stand der

rechtspolitischen Diskussion, ZBB 1994, 349–353; *ders* Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) – Der Referentenentwurf zur Aktienrechtsnovelle, WM 1997, 1–9; *Wolfgang Seidel* Kodex ohne Rechtsgrundlage, NZG 2004, 1095–1096; *ders* Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung?, ZIP 2004, 285–294; *Heinrich Siegelmann* Die Stellung des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, DB 1967, 1029–1030; *Walter Sigle* Beiräte, NZG 1998, 619–622; *Rolf Steding* Die Genossenschaft und ihr ambivalentes Verhältnis zum Aktienrecht, NZG 2002, 449–455; *Ursula Stein* Rechtsschutz gegen gesetzeswidrige Satzungsnormen bei Kapitalgesellschaften, ZGR 1994, 472–493; *Horst Steinmann* Das Großunternehmen im Interessenkonflikt: Ein wirtschaftswissenschaftlicher Diskussionsbeitrag zu Grundfragen einer Reform der Unternehmensordnung in hochentwickelten Industriegesellschaften, Stuttgart 1969; *Manfred Straube* Was bleibt von der „14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie“?: Gedanken zur Regelung der Sitzverlegungsproblematik durch Sekundärrecht, in: FS Doralt Wien 2004, 637–649; *Christoph Teichmann* Corporate Governance in Europa, ZGR 2001, 646–679; *ders* Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367–401; *ders* Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53–60; *Claus Tessin* Rechtsvergleichende Darstellung der Verfassung einer Aktiengesellschaft nach deutschem und englischem Recht, Diss Hamburg 1956; *Manuel René Theisen* Die Rechtsprechung zum Mitbestimmungsgesetz 1976, BB 1981, 1858–1863; *ders* Das Board-Modell: Lösungsansatz zur Überwindung der „Überwachungslücke“ in deutschen Aktiengesellschaften?, AG 1989, 161–168; *Gregor Thüsing* Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381–388; *Peter Ulmer* Die Anpassung von AG-Satzungen an das Mitbestimmungsgesetz – eine Zwischenbilanz, ZHR 141 (1977) 490–519; *ders* Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 166 (2002) 150–181; *ders* Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004, 1201–1210; *Detlev F. Vagts* Reforming The „Modern“ Corporation: Perspectives From The German, Harvard Law Review, 80 (1966/67) 23–89; *Frank Vischer* Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten bei der großen AG, in: Festgabe Schönenberger 1968, 345–370; *Wolfgang Vogel* Aktienrecht und Aktienwirklichkeit. Organisation und Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat: Eine empirische Untersuchung deutscher Aktiengesellschaften, 1980; *Volker Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1990; *Peter Weides* Synoptische Darstellung der Sparkassengesetze im Geltungsbereich des Grundgesetzes, 1992; *Axel von Werder* Der Deutsche Corporate Governance Kodex – Grundlagen und Einzelbestimmungen, DB 2002, 801–810; *ders* Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 3–29; *ders* Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166–172; *Axel von Werder/Till Talaulicar* Kodex Report 2005: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2005, 841–846; *Winfried Werner* Sind „Riesen-Aufsichtsräte“ zulässig?, DB 1963, 1563–1565; *ders* Fragen zum Aktienrecht: Zum Erscheinen der 2. Auflage des Kölner Kommentars zum Aktienrecht, AG 1990, 1–19; *Heinz-Jürgen Werth* Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, 1960; *Herbert Wiedemann* Unternehmensrecht und GmbH-Reform, JZ 1970, 593–602; *ders* Beiratsverfassung in der GmbH, in: FS Lutter 2000, 801–819; *Theodor Wiesenhöfer* Die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft, Diss Köln 1960; *Rudolf Wiethölter* Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961; *Christine Windbichler* Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz, AG 2004, 190–196; *Karl Winkler* Nichtgewerbliche, ideale, insbesondere politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, NJW 1970, 449–453; *Hellmut Wißmann* Neues Gesetz zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung, DB 1989, 426–429; *Klaus Zekorn* Zur Rechtswirksamkeit der Mitbestimmungsregelung des „Lüdenscheider Abkommens“, AG 1960, 243–247; *Hans Günther Zempel* Fragen der Aufsichtsratshaftung, AcP 155 (1956) 209–244; *Daniel Zimmer* Neue Formen der unternehmerischen Mitbestimmung bei In- und Auslandsgesellschaften, in: Marcus Lutter (Hrsg), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, 365–377; *Herbert Zimmermann* Zur höchstzulässigen Zahl von Aufsichtsratssitzen, BB 1963, 284–285; *Alexander Zinser/Nicole Spreng* Der neue britische Corporate Governance Kodex mit rechtsvergleichenden Betrachtungen zur deutschen Regelung, ZVglRWiss 103 (2004) 401–431.

I. Grundlagen zu den §§ 95–116

1. Der Aufsichtsrat als Organ der Aktiengesellschaft

a) Verwaltungs- und Aufsichtsrat im Konzessionssystem

Vorläufer des Aufsichtsrats ist der Verwaltungsrat. Die ersten deutschen Aktiengesellschaften kannten kein auf die Kontrolle der Geschäftsführung beschränktes Überwachungsorgan. Vielmehr hatten fast alle Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien einen Verwaltungsrat.¹ Dabei ist zu beachten, dass der Verwaltungsrat nicht alleine stand.² Wie heute noch die Sparkassen verfügten die ersten Aktiengesellschaften sowohl über einen Vorstand als auch über einen Verwaltungsrat,³ der Vorstand war jedenfalls nach dem ADHGB organschaftlich verfasst.

Erst mit dem ADHGB wird von einem Aufsichtsrat gesprochen.⁴ Als Grund wird die damalige Gesetzestchnik genannt, die die Kommanditgesellschaft auf Aktien im Anschluss an die Kommanditgesellschaft im HGB regelte und als Prototyp der Aktiengesellschaft behandelte.⁵ Da Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft nach der gesetzlichen Lage nicht zur Geschäftsführung berufen sind, sollten auch die als Vertreter der Kommanditaktionäre angesehenen Aufsichtsratsmitglieder nicht gesetzlich mit der Führung der Geschäfte der Gesellschaft betraut werden. Auch ohne besondere Vorschrift implizierte dies aber, dass wie bei der Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten, die Satzung auch für den Aufsichtsrat weitere Kompetenzen und insbesondere die Aufgabe der Geschäftsführung vorsehen konnte. Angeführt wird weiter das römische Recht, dem die deutschen Juristen entnommen haben sollen, dass „gestio“ einerseits und „electio, instructio et custodia“ andererseits auseinander zu halten seien.⁶

Durchgehalten wurde die Analogie bei der Ausgestaltung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft sowie der Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Stellung der Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft nur eingeschränkt. Dem Aufsichtsrat stand bereits nach dem ADHGB 1869 das allgemeine Einsichts- und Prüfungsrecht zu, das in der Personenhandels-gesellschaft nur zur Geschäftsführung berufene persönlich haftende Gesellschafter hatten und haben.⁷ Der Geschäftsführung zuzuordnen sind insbesondere die Bestellung des Vorstands, die Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands, die Beratung des Vorstands und Vertretung der Gesellschaft.

¹ Hopt *Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert*, in Coing/Wilhelm (Hrsg), *Wissenschaft und Kodifikation im Privatrecht*, Band 5, *Geld und Banken*, 1980, S 128, 152 ff, *ders* in Horn/Kocka (Hrsg), *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, 1979, S 227, 231 f; *Mestmäcker* *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, 1958, S 83 f; *Passow* *Die Aktiengesellschaft*², 1922, S 390; *Wiethölter* *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 1961, S 270 ff.

² Zum Verwaltungsrat in der SE unten IV.2.c., Rdn 113.

³ Vgl *Weides* (Hrsg), *Synoptische Darstellung der Sparkassengesetze im Geltungsbereich des Grundgesetzes*, 1992.

⁴ *Pinner* in *Verhandlungen des 34. DJT*, Köln 1926, 2. Band S 646; *Passow* *Die Aktiengesellschaft*², 1922, S 395, 397 f, kritisch hierzu *ders* S 399.

⁵ *Passow* *Die Aktiengesellschaft*², 1922, S 397 f.

⁶ *Böckli* in *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg), *Handbuch Corporate Governance*, 2003, S 201, 202.

⁷ Art 269 ADHGB 1869, zur Entwicklung im Einzelnen § 111 I.1., Rdn 1 ff.

b) Entwicklung des Aufsichtsrats durch das ADHGB und bis zum AktG 1965

- 4** Seit dem ADHGB ist die Teilung der Verwaltung der Gesellschaft in Vorstand und Aufsichtsrat für das deutsche Aktienrecht kennzeichnend. Im ADHGB des norddeutschen Bundes von 1869 noch als fakultatives Organ gestaltet,⁸ wurde die Einrichtung eines Aufsichtsrats mit Abschaffung des Konzessionszwangs verpflichtend. Nach Art 209 Nr 6 ADHGB 1870⁹ musste der Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines Aufsichtsrates von mindestens drei, aus der Zahl der Aktionäre zu wählenden Mitgliedern bestimmen. Art 209f ADHGB 1884¹⁰ bestimmte sodann, dass jede Aktiengesellschaft außer dem Vorstand auch einen Aufsichtsrat haben muss.
- 5** Das zweigliedrige Verwaltungssystem des ADHGB und des HGB 1897¹¹ entsprach zwar der Bezeichnung nach, nicht aber inhaltlich der heutigen Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand. Sowohl nach ADHGB¹² als auch nach dem HGB 1897¹³ konnten dem Aufsichtsrat durch Satzung Aufgaben der Geschäftsführung übertragen werden, oberstes Gesellschaftsorgan war die Hauptversammlung.¹⁴ Noch in den zwanziger Jahren wurde der Aufsichtsrat in seiner praktischen Ausprägung häufig als Verwaltungsrat angesehen.¹⁵ Der Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat hatte den Vorstand nicht nur zu beaufsichtigen, sondern für diesen verbindlich über allgemeine Maßregeln der Geschäftsführung und wichtige Unternehmungen zu beschließen.¹⁶ Nach der Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats übertrug die Praxis durch die Statuten dem Aufsichtsrat die Befugnisse des bisherigen Verwaltungsrats; der Aufsichtsrat wurde zu einem eigentlichen Verwaltungsrat, welcher gemeinsam mit dem Vorstand die Geschäfte leitete.¹⁷ Die Diskussion um die Übernahme des board-Systems und der Vorschlag der Ablösung des Aufsichtsrats durch Revisoren¹⁸ in der Weimarer Republik sind vor diesem Hintergrund zu sehen.
- 6** Der Aufsichtsrat heutiger Prägung wurde erst durch das AktG 1937 begründet, das zwar den Aufsichtsrat als Organ erhielt, die Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat aber verbot. Eine trennscharfe Abgrenzung im Sinne eines Ausschlusses des Aufsichtsrats von jeder unternehmerischen Entscheidung ergibt sich hieraus nicht. Zwar kann der Aufsichtsrat nicht wie der Verwaltungsrat einer Sparkasse die Leitlinien für die Geschäftsführung des Vorstands beschließen.¹⁹ Dennoch obliegt dem Aufsichtsrat eine Vielzahl

⁸ Art 225 ADHGB 1869, veröffentlicht im BGBl des Norddeutschen Bundes von 1869, S 379, 404, 449.

⁹ BGBl des Norddeutschen Bundes von 1870, S 375, 378.

¹⁰ Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, RGBl 123.

¹¹ Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, RGBl 219.

¹² Art 225 ADHGB 1884.

¹³ § 246 Abs 3 HGB 1897.

¹⁴ Im Genossenschaftsrecht wird diese Struktur auf das Modell der staatlichen Gewaltenteilung von Montesquieu zurückgeführt, *Steding NZG* 2002, 449, 452, kritisch zu diesem Bild *Wiethölter* Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, 1961, S 100 ff.

¹⁵ *Julius von Gierke* Handels- und Wirtschaftsrecht³, 1929, S 307.

¹⁶ Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG, Allgemeine Begründung, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S 459.

¹⁷ Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG, Allgemeine Begründung, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S 459.

¹⁸ *Pinner* in Verhandlungen des 34 DJT, Köln 1926, 2. Band S 612.

¹⁹ So die meisten Sparkassengesetze der Länder, vgl *Weides* (Hrsg), Synoptische Darstellung der Sparkassengesetze im Geltungsbereich des Grundgesetzes, 1992, S 54 ff.

von Aufgaben, die der Geschäftsführung zuzuordnen sind. Funktional ist auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die unternehmerische Tätigkeit des Aufsichtsrats anerkannt.²⁰ Der Aufsichtsrat wird nunmehr als mit-unternehmerisches Organ der Gesellschaft²¹ bezeichnet. Ausführlich zum Funktionswandel des Aufsichtsrats unten I.1.4.d., Rdn 10 ff.

c) Die fakultative Verwaltungsratsfunktion nach ADHGB und im HGB 1897

Bereits nach der Grundkonzeption der aktienrechtlichen Regelungen im ADHGB 1869 und 1870 konnten dem Aufsichtsrat auch weitere Aufgaben übertragen werden.²² Die Anpassung der Gesetzeslage an die tatsächlichen Gegebenheiten erfolgte erst durch die Aktienrechtsnovelle von 1884.²³ Die Allgemeine Begründung zum Entwurf des ADHGB 1884 spricht ausdrücklich von einem Aufsichtsrat mit Verwaltungsratsfunktion,²⁴ diese konnte nach Art 225 Abs 3 ADHGB 1884 von der Satzung vorgesehen werden. Praktisch sahen die Satzungen der Gesellschaften häufig vor, dass der Vorstand den Weisungen des Aufsichtsrats zu folgen hatte.²⁵ Dadurch wurde der Vorstand – wie eine Gerichtsentscheidung dieser Zeit anmerkt – zum bloßen Erfüllungsbeamten des Aufsichtsrats herabgedrückt.²⁶ Teilweise wurde die Ausgestaltung des Aufsichtsrats als Verwaltungsrat als im deutschen Recht immer möglich und auch üblich,²⁷ teilweise als „unheilvolle Entwicklung“²⁸ angesehen.

Ausgehend von der praktischen Ausgestaltung des Aufsichtsrats als Verwaltungsrat wollte *Pinner* den Aufsichtsrat von seiner Überwachungsaufgabe befreien.²⁹ Der Aufsichtsrat sollte sich voll auf die Beratung des Vorstands konzentrieren können, ohne aber seine Kontrollrechte einzubüßen, zugleich sollte eine Bilanzprüfung verpflichtend eingeführt werden. Dieser Vorschlag wurde mit Hinweis auf die fehlende Vergleichbarkeit des Aufsichtsrats mit dem board abgelehnt und auch von der Aktienrechtskommission am Ende der Weimarer Republik nicht wieder aufgenommen. Die von *Pinner* angeregte Aktienrechtskommission legte zwei Entwürfe für ein Aktiengesetz vor, das die Regelungen der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien im HGB ablösen sollte.³⁰

In Anlehnung an die Revisoren (auditors) des englischen und des US-amerikanischen Rechts am Ende der Weimarer Republik tatsächlich eingeführt wurde die obligatorische Abschlussprüfung.³¹ Der Abschlussprüfer hatte danach und nach dem AktG 1937 auch direkt an den Aufsichtsrat zu berichten. Diese Berichterstattung wurde vom AktG 1965 als entbehrlich angesehen und erst durch das KonTraG mittels Beauftragung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat wieder eingeführt.

²⁰ BGHZ 135, 244, 254 f (ARAG/Garmenbeck).

²¹ *Lutter/Krieger*⁴ Rdn 56 ff.

²² Dazu auch § 111 I.1.a., Rdn 5.

²³ *Zempelin* AcP 155 (1956) 209, 210.

²⁴ Allgemeine Begründung zum ADHGB 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S 460: „Aufsichtsrath als Kontrollorgan mit Zulassung der Funktion eines Verwaltungsraths“.

²⁵ Vgl Staub/*Pinner* HGB¹⁴ § 246 Anm 10.

²⁶ OLG Hamburg ZHR 35 (1889) 247.

²⁷ *Mestmäcker* Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S 86.

²⁸ *Schlegelberger/Quassowski*³ § 95 AktG 1937, 28.

²⁹ *Pinner* in Verhandlungen des 34. DJT Köln 1926, 2. Band S 646 ff, 648 ff.

³⁰ Zweiter Entwurf abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, 1987, S 849 ff.

³¹ §§ 262a–g HGB, einführt durch die Notverordnung vom 19.9.1931, RGBl I 493.

d) AktG 1965: Funktion und Funktionswandel des Aufsichtsrats

- 10** Der Aufsichtsrat nach dem AktG 1965 ist ein überwachendes Organ. Seine hauptsächlichen Funktionen liegen in Kontrollaufgaben. Diese sind gesetzlich normiert (§§ 111 Abs 1, 2, § 90). Nach herkömmlicher Auffassung ist der Aufsichtsrat kein geschäftsführendes Organ,³² wenn ihm auch mittelbare Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung gegeben sind. Als dem Aufsichtsrat auf dem Gebiet der Geschäftsführung obliegende Aufgaben werden Bestellung und Abberufung des Vorstands und den Abschluss der Anstellungsverträge (§ 84) einschließlich der Festsetzung und Überwachung der Bezüge (§ 87), für die gesetzliche Vertretung der Aktiengesellschaft nicht nur gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 112), sondern auch – zusammen mit dem Vorstand – in Nichtigkeits- und Anfechtungsprozessen (§§ 246 Abs 2, 249 Abs 1, 251 Abs 3, 254 Abs 2, 255 Abs 3, 257 Abs 2), aber auch die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei der Bilanzfeststellung (§§ 170–173) eingeordnet. Der Aufsichtsrat kann jederzeit, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert, eine Hauptversammlung einberufen (§ 111 Abs 3). Einer geschäftsführenden Funktion nähert kann sich der Aufsichtsrat durch den Erlass der Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 Abs 2) und durch einen nicht nur formalen Katalog von zustimmungsbedürftigen Geschäften (§ 111 Abs 4).³³ Dies wird nach der Pflicht zur Einführung von Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs 4 Satz 2) noch häufiger der Fall sein. In diesem Zusammenhang zu sehen ist auch die Debatte um die Konvergenz des Aufsichtsrats deutscher Prägung mit dem angloamerikanischen board,³⁴ hervorgehoben werden auch die Gemeinsamkeiten von Aufsichtsrat und schweizerischem Verwaltungsrat.³⁵
- 11** Trotz der zwingenden und weder durch die Satzung noch durch Beschluss der Hauptversammlung abänderbaren Zuständigkeitsregelung des AktG zeigt sich in der Praxis eine höchst unterschiedliche Funktionsweise des Aufsichtsrats. Dabei ist der Einfluss der Hauptversammlung insofern entscheidend, als ein Allein- oder Mehrheitsaktionär (besonders im Konzernwesen) oft über den Aufsichtsrat nicht nur überwachend, sondern bestimmend in die Geschäftsführung eingreift.³⁶ Bei Gesellschaften mit breit gestreutem Aktienbesitz (sog Publikumsgesellschaften) besitzt der Aufsichtsrat beschränktere Einflussmöglichkeiten und schöpft sogar die gesetzlichen Kontrollrechte nicht voll aus,³⁷ was dann zu den typischen principal-agent-Konflikten zwischen Aktionär und Management und diesbezüglichen Kontrolldefiziten in solchen Gesellschaften führt und ein Hauptgrund für die andauernden Reformen des Aufsichtsrats geworden ist.

³² So dezidiert Baumbach/Hueck¹³ 2.

³³ So bereits Meyer-Landrut in Voraufgabe 1.

³⁴ Zur Konvergenz des zwei- und einstufigen Systems (one tier, two tier) und zu den verbleibenden Unterschieden vor allem Davies ZGR 2001, 268; auch Lutter ZGR 2001, 224. Zum US-amerikanischen board *American Law Institute*, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, St. Paul, Minn. 1994. Zum englischen board Davies Principles of Modern Company Law⁷, London 2003, ch 14. Zur Debatte auch § 111 II.3.c., Rdn 91 ff.

³⁵ Vergleich zwischen beiden Systemen bei Böckli Schweizer Aktienrecht³ Zürich 2004, § 13 XII.

³⁶ Empirische Befunde zum deutschen Aufsichtsrat bei Prigge in Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/ Prigge (eds), Comparative Corporate Governance, Oxford 1998, 943, 955 et seq.; Boehmer in McCahery/Moerland/Raahmakers/Renneboog (eds), Corporate Governance Regimes, Oxford 2002, 268.

³⁷ Eindrucksvoll Prigge in Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge (eds), Comparative Corporate Governance, Oxford 1998, 943, 962.

Die Einwirkung des Aufsichtsrats auf den Vorstand als autonomes geschäftsführendes Organ vollzieht sich mittelbar über beratende und kontrollierende Einflussnahme.³⁸ Die Intensität der Einflussnahme hängt weitgehend von der Verteilungsstruktur des Anteilseigentums ab. Entscheidend ist, ob es sich um eine abhängige Aktiengesellschaft, die entweder von einem anderen Unternehmen als Großaktionär beherrscht wird oder unter dominantem Einfluss von Privatpersonen oder Institutionen steht,³⁹ oder um eine so genannte Publikumsgesellschaft mit breit gestreutem Aktienbesitz handelt. Bei Publikumsgesellschaften gewinnt in der Regel keiner der Aktionäre entscheidenden Einfluss und die Stellung des Vorstands ist demgegenüber besonders stark. Das macht sich insbesondere in seiner Einflussnahme auf die Bestellung des Aufsichtsrats bemerkbar. Eine andere Frage ist, ob der Aufsichtsrat in diesem Fall nicht stärker von den ihm eingeräumten Kontrollmöglichkeiten Gebrauch machen sollte. Beim Typ der abhängigen Aktiengesellschaft setzt sich im Regelfall das herrschende Unternehmen bei der Besetzung des Aufsichtsrats auch gegenüber dem Vorstand durch.⁴⁰

Von einem Funktionswandel und einer Aufwertung des Aufsichtsrats wurde zunächst im Hinblick auf den mitbestimmten Aufsichtsrat ausgegangen. Dabei wurde seine „Doppelrolle“ als Repräsentationsorgan für Interessengruppen gegenüber der Hauptversammlung und als Verwaltungsorgan mit Kontrollfunktionen gegenüber dem Vorstand hervorgehoben.⁴¹ Konsequenter wird der Aufsichtsrat dann nicht nur als ein von der Hauptversammlung abgeleitetes Organ angesehen, sondern als ein Organ, das sich gegenüber den Aktionären weitgehend verselbständigt hat.⁴²

Inzwischen wird der Funktionswandel nicht mehr nur auf die Mitbestimmung, sondern allgemeiner auf das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bezogen. Der Aufsichtsrat wird nicht mehr als rein kontrollierendes, sondern als mitunternehmerisches Organ angesehen.⁴³ Mitunternehmerisches Handeln liegt nicht nur bei einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs 2, sondern allgemeiner bei einer Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats vor, die insbesondere auch nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex⁴⁴ eine zentrale, der Überwachung gleich gestellte Aufgabe des Aufsichtsrats ist. Beschäftigt sich der Aufsichtsrat mit einem Vorschlag des Vorstands, so kann er sowohl bei einem Zustimmungsvorbehalt, als auch bei reiner Beratungstätigkeit einen unternehmerischen Ermessensspielraum für sich in Anspruch nehmen.⁴⁵ Zu den Veränderungen der gesetzlich zugewiesenen Überwachungs- und Beratungsaufgaben und insbesondere zum Fokus auf die Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats siehe im Einzelnen die Kommentierung zu § 111.

³⁸ Siehe im Einzelnen die Kommentierung zu § 111, IV.6., Rdn 325 ff.

³⁹ In den Neunziger Jahren wurde geschätzt, dass es sich bei rund 70 % der verbliebenen ca. 3.000 Aktiengesellschaften um abhängige Gesellschaften handelt, nur ca. 750 Aktiengesellschaften entsprachen dem gesetzlichen Leitbild, siehe Kübler⁵ § 14 II 2e, S 161.

⁴⁰ Von dieser Einteilung ausgehend schon Wietbölder *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 1961, S 135; Mestmäcker *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, 1958, S 89 ff; Stellungnahme des

Mitbestimmungsberichts, BTDrucks 6/334, S 31 ff.

⁴¹ Raiser ZGR 1978, 391, 396; Brinkmann *Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur*, 1983, S 191 f mwN in Fn 474.

⁴² Hommelhoff/Timm AG 1976, 330, 333.

⁴³ Lutter/Krieger⁴ Rdn 56 ff. Nach Peltzer NZG 2002, 592, 594 hat sich die Rolle des Aufsichtsrats „völlig geändert“.

⁴⁴ Ziffer 3 sowie explizit Ziffer 5.1.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

⁴⁵ BGHZ 135, 244, 254 f.

- 15** Vom Normgeber⁴⁶ betont wurde die unternehmerische Tätigkeit des Aufsichtsorgans durch das KonTraG sowie insbesondere das TransPuG und den Deutschen Corporate Governance Kodex. Das KonTraG übertrug dem Aufsichtsrat nicht nur die Beauftragung des Abschlussprüfers, sondern stärkte auch die zukunftsorientierte Überwachung des Aufsichtsrats durch eine Reform der Berichtspflichten des Vorstands. Das TransPuG führte dies fort und sieht nunmehr eine Pflicht zur Einführung von Zustimmungsvorhalten vor. Nach § 161 idF des TransPuG müssen börsennotierte Gesellschaften zudem erklären, ob sie dem Deutschen Corporate Governance Kodex folgen, der an zentraler Stelle das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat behandelt. Nicht wenige Desiderata, die im Vorfeld der Beratungen zum KonTraG ausführlich diskutiert wurden, dann aber keinen Eingang in das Gesetz fanden, sind Gegenstand einer Kodex-Empfehlung.⁴⁷

e) Zwingendes Recht

- 16** Die §§ 95–116 enthalten in weiten Teilen zwingendes Recht (§ 23 Abs 5). So muss die Aktiengesellschaft zwingend über einen Aufsichtsrat verfügen,⁴⁸ und darf bei dessen Besetzung nicht von der gesetzlichen Mindest- und Höchstzahl abweichen, bei mitbestimmungsfreien und nach dem DrittelbG mitbestimmten Gesellschaften muss die Anzahl der Aufsichtsratsitze durch drei teilbar sein.⁴⁹ Zwingend sind auch die in § 96 aufgezählten Aufsichtsratsmodelle,⁵⁰ auch das Statusverfahren (97–99) kann nicht durch Satzung abbedungen werden. Einer Regelung durch die Satzung nicht zugänglich sind die in § 100 Abs 1–3 aufgestellten persönlichen Voraussetzungen und gesetzlichen Hinderungsgründe für Aufsichtsratsmitglieder⁵¹ sowie die Regelungen in § 105,⁵² allerdings kann die Satzung nach § 100 Abs 4 für Anteilseignervertreter weitere Voraussetzungen und für die Vertretung eines Vorstandsmitglieds durch ein Aufsichtsratsmitglied nach § 105 Abs 2 kürzere Entsendezeiträume vorsehen.
- 17** § 101 regelt in Abs 1 Satz 1 zwingend die Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Wahl der Anteilseignervertreter und verbietet die Wahl von Stellvertretern, lässt aber die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern und die Wahl Ersatzmitgliedern zu.⁵³ Nicht abgewichen werden kann auch von der Höchstdauer der Amtszeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 102, möglich sind aber eine Wiederwahl sowie eine kürzere Amtszeit.⁵⁴ § 103 ist zwingend soweit nicht ausdrücklich Satzungsfreiheit eingeräumt wurde, lässt aber weitere Beendigungsgründe zu.⁵⁵ Abschließend ist die Möglichkeit einer gerichtlichen Ersatzbestellung nach § 104,⁵⁶ § 106 ist nicht abdingbar. § 107 und § 108 sind hinsichtlich der explizit geregelten Gegenstände zwingend,⁵⁷ im Grundsatz zwingend sind die §§ 109 und 110, es können nach § 109 Abs 3 aber die Satzung die Teilnahme Dritter für verhinderte Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen und über die Mindestnorm des § 110 Abs 3 hinausgehende Aufsichtsratsitzungen vorgesehen werden.⁵⁸
- 18** Zwingend sind schließlich die Regelung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats in § 111,⁵⁹ die Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat nach § 112,⁶⁰ die

⁴⁶ Zur Rechtsprechung des BGH oben I.2., Rdn 6.

⁴⁷ *Ulmer* ZHR 166 (2002) 150, 178.

⁴⁸ Unten II.1., Rdn 35.

⁴⁹ Unten III.5.a., Rdn 71.

⁵⁰ Dazu § 96 II.1., Rdn 7 ff.

⁵¹ Dazu § 100 I.2., Rdn 9.

⁵² Dazu § 105 I.2., Rdn 12.

⁵³ Dazu § 101 I.3., Rdn 9

⁵⁴ Dazu § 102 I.2., Rdn 4.

⁵⁵ Dazu § 103 I.2., Rdn 5.

⁵⁶ Dazu § 104 I.2., Rdn 11.

⁵⁷ Dazu § 107 I.2., Rdn 3 und § 108 I.2., Rdn 5.

⁵⁸ Dazu § 109 I.2., Rdn 7 und § 110 I.2., Rdn 6.

⁵⁹ Dazu § 111 I.3., Rdn 40.

⁶⁰ Dazu § 112 I.3., Rdn 9.

Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Regelung der Aufsichtsratsvergütung,⁶¹ die Regelung der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder in § 114⁶² und der Kreditgewährung nach § 115⁶³ sowie die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 116. Vorgesehen ist eine ist Regelung durch die Satzung nur für den Erlass von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs 4 Satz 2⁶⁴ und für die Gewährung und die Höhe der Aufsichtsratsvergütung,⁶⁵ Ersteres kann auch durch Beschluss des Aufsichtsrats, Letzteres auch durch Beschluss der Hauptversammlung erfolgen. Eingeschränkt werden können die gesetzlichen Möglichkeiten für Beratungs- und Kreditverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern.⁶⁶

2. Corporate Governance

a) Der angloamerikanische Ursprung der Corporate Governance-Debatte

Der Ursprung der rechtswissenschaftlich und ökonomisch geführten Corporate Governance-Debatte⁶⁷ liegt in den USA und in England.⁶⁸ Rechtlich gehört die Offenheit des board-Systems,⁶⁹ das durch eine sehr viel geringere Regelungstiefe⁷⁰ gekennzeichnet ist als etwa die deutsche Unternehmensverfassung,⁷¹ zu den Entstehungsbedingungen. Ökonomisch wird insbesondere auf das principal/agent-Problem⁷² sowie das Unternehmen als nexus of contractus verwiesen,⁷³ als Bezugsgruppen werden neben den Aktionären (Shareholder-Ansatz) auch sonstige Interessen (Stakeholder-Ansatz) diskutiert.⁷⁴

⁶¹ Dazu § 113 I.2., Rdn 5.

⁶² Dazu § 114 I.2., Rdn 6.

⁶³ § 115 I.3., Rdn 3.

⁶⁴ Dazu § 111 VIII.1.b., Rdn 590.

⁶⁵ Dazu § 113 III.1., Rdn 83 ff.

⁶⁶ Dazu § 114 I.4., Rdn 9 und § 115 I.3., Rdn 3.

⁶⁷ Zur Entwicklung etwa *Hopt* in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 29, 30 ff; *Kronke* in: FS Lutter 2000, S 1449 ff. Aus dem US-amerikanischen Schrifttum etwa der Überblick von *Shleifer/Vishny* Journal of Finance, 1997, 737 ff.

⁶⁸ Dazu insbesondere *American Law Institute Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (Philadelphia 1994); *Hopt/Kandal/Roe/Wymeersch/Prigge* (eds), *Comparative Corporate Governance* (Oxford 1998); *McCahery/Moerland/Raahmakers/Renneboog* (eds), *Corporate Governance Regimes* (Oxford 2002); *Hopt/Wymeersch* (eds), *Capital Markets and Company Law* (Oxford 2003); *Ferranini/Hopt/Winter/Wymeersch* (eds), *Reforming Company Law and Takeover Law in Europe* (Oxford 2004); *Clarke* (ed), *Corporate Governance, critical perspectives on business and management*, 5 volumes, London 2005. Hierzu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Feddersen/Hommelhoff/Schneider* (Hrsg), *Corporate Governance*, 1996; *Baums* (Hrsg), *Bericht der Regierungskommission*

Corporate Governance, 2001; *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg), *Handbuch Corporate Governance*, 2003.

⁶⁹ *Rickford* ECFR 2005, 63.

⁷⁰ Zu England *Leyens* Information des Aufsichtsrats, 2. Kapitel A I 1 (im Erscheinen 2006).

⁷¹ Zu Reformen in England und insbesondere zur Company Law Reform *Rickford* ECFR 2004, 391 und ECFR 2005, 63; *Lembeck* NZG 2003, 956, *Leyens* Information des Aufsichtsrats, 2. Kapitel A II 1 (im Erscheinen 2006).

⁷² Unter rechtlichen Vorzeichen zur Aktiengesellschaft als „Betrugsunternehmen“ mit blumigen Worten dazu bereits *von Jhering* *Der Zweck im Recht*, Band I, 5. Auflage 1904, S 220 f: Wenn nicht „das eigene Interesse am Steuerruder des Rechts sitzt (...) ist (...) die Gefahr heraufbeschworen, dass der Steuermann den Kurs dahin richtet, wohin sein Interesse, nicht das fremde es wünschenswert macht.“

⁷³ Zur unternehmerischen Mitbestimmung aus ökonomischer Sicht *Hopt* 14, *International Review of Law and Economics* 203 (1994); *Pistor* in *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg), *Handbuch Corporate Governance*, 2003, S 157.

⁷⁴ Hierzu *von Werder* in *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg), *Handbuch Corporate Governance*, 2003, S 3, 6 ff.

Zu unterscheiden sind interne und externe Corporate Governance.⁷⁵ Externe Corporate Governance wird insbesondere durch die Finanzmärkte ausgeübt,⁷⁶ hierzu können auch Fremdkapitalgeber zählen, wenn die Unternehmen in bedeutendem Maße auf Fremdkapital angewiesen sind, was in Deutschland aber nicht mehr wie früher der Fall ist.⁷⁷

- 20** Im Zentrum der Corporate Governance-Diskussion, insbesondere der Diskussion der internen Corporate Governance, steht die Kontrolle.⁷⁸ Der Deutsche Corporate Governance Kodex behandelt folgerichtig schwerpunktmäßig den Aufsichtsrat, international liegt der Fokus auf Ausschüssen des board. Verlangt werden international ein Prüfungsausschuss (audit committee) ein Nominierungsausschuss (nominating committee) und ein Vergütungsausschuss (remuneration committee).⁷⁹ Diese Ausschüsse werden als „amalgam“ des Aufsichtsrats bezeichnet.⁸⁰
- 21** Die Befolgung von Corporate Governance-Grundsätzen ist ein wichtiger Faktor im Wettbewerb um Eigenkapital.⁸¹ Der Standort Deutschland soll auch durch den Deutschen Corporate Governance Kodex für nationale und internationale Investoren attraktiver gemacht werden.⁸² Ein Mehrwert durch gute Corporate Governance wird behauptet,⁸³ wird allerdings als empirisch bislang noch nicht bis ins Letzte schlüssig nachgewiesen angesehen.⁸⁴ Nicht festgestellt werden konnte ein kurzfristiger negativer Zusammenhang bei Erklärung der Nichtbefolgung einzelner Vorschriften des deutschen Corporate Governance Kodex.⁸⁵

b) Corporate Governance Kodizes und europäische Empfehlungen

- 22** Eingebettet in die internationale code of conduct-Bewegung⁸⁶ wurden in Deutschland zunächst zwei Kodizes zur Diskussion gestellt, neben dem Kodex der (Frankfurter) Grundsatzkommission⁸⁷ der des Berliner Initiativkreises,⁸⁸ deren Übernahme von der Unternehmenspraxis durchaus erwogen wurde.⁸⁹ Für die Außenwirkung des Finanzplatzes Deutschland war die Konkurrenz zwischen zwei Corporate Governance-Kodizes

⁷⁵ Hierzu *Hopt* in Dritte Max Hachenburg Gedächtnisvorlesung, 2000, S 9, 24 ff, 39 ff, *ders* ZGR 2000, 779, 782 ff, aus europäischer Sicht *ders* in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 29, 39 ff, 41 ff; *Teichmann* ZGR 2001, 645, 659 ff; *Leyens* RabelsZ 67 (2003) 57, 63.

⁷⁶ Hierzu *Rudolph* BB 2003, 2053 ff.

⁷⁷ *Kräkel* Organisation und Management², S 330.

⁷⁸ *Mülbert/Grundmann* ZGR 2001, 215, 221 f.

⁷⁹ Näher § 107 VIII.5.

⁸⁰ *Hansmann/Kraakman* in Kraakman/Davies/Hansman/Hertig/Hopt/Kanda/Rock The Anatomy of Corporate Law, Oxford 2004, p 40.

⁸¹ *Claussen/Bröcker* DB 2002, 1199, 1200.

⁸² *Von Werder* DB 2002, 801 f.

⁸³ *Drobetz/Schillhofer/Zimmermann* ZfB 74 (2004) 5 ff, ferner der Überblick bei *Schwalbach* AG 2004, 186, 187.

⁸⁴ *Von Werder* in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 3, 20 f.

⁸⁵ *Nowak/Rott/Mahr* ZGR 2005, 252, 278 f.

⁸⁶ *Hopt* in Dritte Max Hachenburg Gedächtnisvorlesung, 2000, S 9, 20 ff; *Hopt* in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 29, 32 ff.

⁸⁷ Corporate Governance-Grundsätze, AG 2000, 109 ff (mit Einleitung *Schneider/Strenger*); NZG 2000, 333.

⁸⁸ German Code of Corporate Governance (GCCG), AG 2001, 6 (mit Einleitung *Peltzer/von Werder* AG 2001, 1 ff), hierzu im Einzelnen *Peltzer* in von Werder (Hrsg), German Code of Corporate Governance², S 35 ff; zur Einschätzung der Kernthesen durch die Praxis *Pohle/von Werder* DB 2001, 1101 ff.

⁸⁹ *Pellens/Hillebrandt/Ulmer* BB 2001, 1243, 1248.

nachteilig.⁹⁰ Der Deutsche Corporate Governance Kodex reflektiert auch die steigende Bedeutung des Kapitalmarkts für die Finanzierung deutscher Unternehmen.⁹¹ Ökonomisch wird eine Kodexregulierung gegenüber einer gesetzlichen Regulierung als vorteilhaft angesehen.⁹²

International beispielgebend ist die Entwicklung in England⁹³ und dort insbesondere der Combined Code.⁹⁴ Corporate Governance Kodizes sind nunmehr international üblich,⁹⁵ ihre Beachtung⁹⁶ oder jedenfalls eine Erklärung über ihre Beachtung (comply or explain)⁹⁷ ist häufig Bestandteil der Börsenzulassungsregeln. Länderübergreifend sind die OECD-Principles of Corporate Governance zu nennen.⁹⁸ Stärker zu veranschlagen ist der Anpassungsdruck durch die Empfehlungen der EU-Kommission zur Unabhängigkeit und zur Vergütung.⁹⁹

c) Deutscher Corporate Governance Kodex

aa) Allgemeines

Für die deutsche Corporate Governance ist der Deutsche Corporate Governance Kodex zentral.¹⁰⁰ In Anlehnung an die angloamerikanischen Vorbilder gilt er nur für börsennotierte Aktiengesellschaften, es hat sich der Gesetzgeber aber für eine gesetzliche Verankerung des Deutschen Corporate Governance Kodex durch die Normierung der Entsprechenserklärung in § 161 AktG entschlossen.¹⁰¹ § 285 Satz 1 Nr 16 HGB sowie § 314 Abs 1 Nr 8 HGB sehen eine Publizität der Erklärung im Anhang des Jahres- bzw des Konzernabschlusses vor, nach § 325 HGB ist die Erklärung über die Befolgung bzw Nichtbefolgung des DCGK auch zum Handelsregister einzureichen. Trotz geltend gemachter verfassungsrechtlicher Bedenken¹⁰² gegen diese Form der Verankerung¹⁰³ be-

⁹⁰ Hopt in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 47.

⁹¹ Lutter in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 737, 738 f.

⁹² Kirchner in Ballwieser (Hrsg), BWL und Regulierung, ZfbF Sonderheft 48, 2002, S 93, 112 f, 116; Leyens Information des Aufsichtsrats, 1. Kapitel A III (im Erscheinen 2006).

⁹³ Cadbury Report 1992; Cadbury Report, Compliance with Best Practice, 1995; zur Vergütung der Greenbury Report 1995; Hampel Report 1998 und diese drei Arbeiten konsolidierend der Combined Code vom 25.6.1998. Auf Grundlage des Higgs Reports 2003 wurde der Combined Code reformiert (Combined Code July 2003). Näher Hopt in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 32 f und Hopt/Leyens ECFR 2004, 135, 149 ff, hierzu auch Leyens Information des Aufsichtsrats, 2. Kapitel A (im Erscheinen 2006).

⁹⁴ Zum Higgs Report und zum Combined Code July 2003 Rickford ECFR 2004, 391 und

ECFR 2005, 63; Hopt/Leyens ECFR 2004, 135, 149; in deutscher Sprache Just RW 2004, 199, mit Vergleich des Deutschen Corporate Governance Kodex Zinsler/Sprenger ZVglRWiss 103 2004) 401.

⁹⁵ Zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance Böckli in: FS Forstmoser, Zürich 2003, S 257 ff.

⁹⁶ So in den USA (NYSE und NASDAQ).

⁹⁷ So in England, hierzu Hopt in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 53.

⁹⁸ Dazu Uwe H. Schneider AG 2004, 429.

⁹⁹ Unten I.2.d., Rdn 27.

¹⁰⁰ In der Fassung vom 26.2.2002 abgedruckt ZIP 2002, 452 ff. Dazu Schiessl AG 2002, 593, 594 ff.

¹⁰¹ Zur Rechtsnatur Hopt in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 51 f.

¹⁰² Seidel ZIP 2004, 285, 291 ff, ders NZG 2004, 1095; Wolf ZRP 2002, 59 ff. Hiergegen zutreffend Heintzen ZIP 2004, 1933.

¹⁰³ Hommelhoff in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 51, 60.

steht ein Trend zu stärkerer Akzeptanz der Regeln.¹⁰⁴ Fraglich erscheint die Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften, die Durchsetzung der Kodizes wurde nicht den Börsen anvertraut.¹⁰⁵ Stark diskutiert wird so auch die entsprechende Anwendung auf andere Gesellschaften. Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt in der Präambel auch die Beachtung durch nicht börsennotierte Gesellschaften.¹⁰⁶ Unternehmenseigene Kodizes sind möglich.¹⁰⁷

bb) Der Aufsichtsrat im Deutschen Corporate Governance Kodex

- 25** Die Bestimmungen zum Aufsichtsrat bilden den Schwerpunkt des Deutschen Corporate Governance Kodex.¹⁰⁸ Die Präambel (Punkt 1 des Deutschen Corporate Governance Kodex) erklärt das deutsche dualistische Führungssystem. Mit den Punkten 3 „Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat“, 5 „Aufsichtsrat“ und 7 „Rechnungslegung und Transparenz“ beschäftigen sich die Hälfte der der Präambel nachfolgenden Gliederungsziffern ganz oder zumindest ganz wesentlich mit dem Kontrollorgan der Aktiengesellschaft. Auch die übrigen Gliederungspunkte lassen den Aufsichtsrat nicht unerwähnt. Unter Punkt 2 „Aktionäre und Hauptversammlung“ wird die Wahl der Anteilseignervertreter, unter Punkt 4 „Vorstand“ die Ernennung des Vorstands durch den Aufsichtsrat, unter Punkt 6 Transparenz auch der Aktienbesitz von Aufsichtsratsmitgliedern genannt. Illustriert werden kann der Fokus auf den Aufsichtsrat durch die Aussage, dass der Kodex in dem dem Vorstand gewidmeten Abschnitt keine einzige auf das Organ gerichtete Empfehlung oder Anregung enthält.¹⁰⁹

cc) § 95 und Deutscher Corporate Governance Kodex

- 26** Der Deutsche Corporate Governance Kodex enthält keine spezielle Bestimmung zur Größe eines Aufsichtsrats. Dies bedeutet nicht, dass sich der Aufsichtsrat nicht mit seiner Organisationsstruktur auseinander zu setzen hat. Vielmehr ist trotz aller erforderlichen Unterschiede mittlerweile anerkannt, dass gute Corporate Governance insbesondere bei kleineren Aufsichtsräten zu erwarten ist. In der Corporate Governance-Diskussion hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass kleine Gremien effektiver überwachen können.¹¹⁰ Die durch das MitbestG vorgesehene Größe des Aufsichtsrats wird vor diesem Hintergrund kritisch gesehen.¹¹¹ Sofern der Aufsichtsrat allerdings mitbestimmungsfrei oder nur nach dem DrittelbG mitbestimmt ist, kann die Gesellschaft selbst über die Größe des Kontrollorgans entscheiden. Hiermit hat sich zuvörderst auch der Aufsichtsrat zu beschäftigen, Ziffer 5.6 des Deutschen Corporate Governance Kodex hält ausdrücklich fest, dass der Aufsichtsrat regelmäßig die Effizienz seiner Tätigkeit überprüfen soll.¹¹²

¹⁰⁴ Oser/Orth/Wader BB 2004, 1121, dies DB 2003, 1337, 1338 (2003 zu 2002); von Werder/Talauicar/Kolat DB 2003, 1857 ff; Berlin Center of Corporate Governance NZG 2003, 622 f, jeweils mit Einzelnachweisen. Zu Reaktionen der Unternehmen auf Änderungen Ihrig/Wagner BB 2003, 1625 ff.

¹⁰⁵ Hopf in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 50.

¹⁰⁶ Präambel, Absatz 9, hierzu Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder² Rdn 134 ff.

¹⁰⁷ Begründung RegE TransPuG 14/8769, S 21;

Kollmann WM 2003, Sonderbeilage 1, S 6; Hütten BB 2002, 1740.

¹⁰⁸ Claussen/Bröcker DB 2002, 1199, 1202; Ulmer ZHR 166 (2002) 150, 154 f.

¹⁰⁹ Ulmer ZHR 166 (2002) 150, 154 f, v Werder verweist insoweit auf die Bestellung eines Vorsitzenden oder Sprechers des Vorstands, DB 2002, 801, 804.

¹¹⁰ Nachweise unten I.4., Rdn 32 Fn 130.

¹¹¹ Unten I.4., Rdn 32 Fn 132.

¹¹² Dazu näher § 111 XI.7., Rdn 834 ff; Seibt DB 2003, 2107.

Vorgeschlagen wird nunmehr, die Größe des Aufsichtsrats durch Änderung des AktG und des MitbestG auf zwölf Mitglieder zu begrenzen.¹¹³

d) Empfehlungen der Europäischen Kommission

Auf Grundlage des Berichts der High Level Group¹¹⁴ und des Aktionsplans der Europäischen Kommission¹¹⁵ hat die EU-Kommission gestützt auf Art 211 EGV zwei auch für die deutsche Corporate Governance zentrale Empfehlungen zur Unabhängigkeit und zur Ausschussbildung im Aufsichts- und Verwaltungsrat¹¹⁶ sowie zur Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung¹¹⁷ ausgesprochen. Die Empfehlung der Kommission zur Unabhängigkeit und zur Ausschussbildung verweist dabei auf das Prinzip des *comply or explain*.¹¹⁸ Empfehlungen sind nach Art 249 Abs 5 EG-Vertrag (zuvor Art 189 Abs 5 EWG-Vertrag) nicht verbindlich. Allerdings sind Empfehlungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch nicht völlig wirkungslos, vielmehr sind die innerstaatlichen Gerichte verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.¹¹⁹

3. Gesetzesgeschichte des § 95

Die Regelung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder in § 95 geht auf § 86 AktG 1937¹²⁰ und § 243 Abs 1 HGB 1897 zurück. Das ADGBG 1884 hatte in Art 224 noch auf die Vorschriften der KGaA (Art 191 ADHGB 1884) verwiesen, das ADHGB 1870 sah in Art 209 Nr 6 eine Regelung durch die Satzung vor. Unverändert blieb seit 1870 die Mindestzahl von 3 Mitgliedern, seit dem ADHGB 1884 handelt es sich dabei um eine Mindestzahl mit der Möglichkeit, durch Satzung eine höhere Mitgliederzahl zu bestimmen. Nachdem mit der Aktienrechtsverordnung von 1930 erstmals eine Höchstzahl für die Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats eingeführt wurde,¹²¹ folgte im AktG 1937 die Staffelung der Höchstzahl nach dem Grundkapital, die sodann in das AktG 1965 übernommen wurde.

¹¹³ Antrag der FDP-Fraktion: Konzernmitbestimmung neu ordnen – Aufsichtsräte und Eigentümerrechte stärken, BTDrucks 15/4038, S 1, 4.

¹¹⁴ Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten (sogenannte High Level Group) auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa, Brüssel 4.11.2002.

¹¹⁵ Europäische Kommission, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, 21.5.2003, KOM(2003) 284 endgültig.

¹¹⁶ Empfehlung zu den Aufgaben von nichtgeschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/

Aufsichtsrats vom 15.2.2005, ABIEU L 52/51.

¹¹⁷ Empfehlung zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften vom 14.12.2005, ABIEU L 385/55.

¹¹⁸ Ziffer 1, dazu *Habersack ZHR* 168 (2004) 373.

¹¹⁹ EuGH vom 13.12.1989, – 4416 (Rs C-322/88).

¹²⁰ Geändert durch § 60 Abs 4 DMBilG sowie § 84 Nr 1 und 2 BetrVG 1952.

¹²¹ Nach Art VIII Abs 3 der Verordnung über das Aktienrecht vom 19.9.1931, RGBI I 493 durfte die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr als dreißig betragen.

- 29** Eine Änderung¹²² gegenüber dem AktG 1937 ergibt sich hinsichtlich der Zulässigkeit variabler Größen: Soll von der Regelzahl drei Mitgliedern des Aufsichtsrats abgewichen werden, muss die Satzung nunmehr eine „bestimmte“ (Satz 2) Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern verbindlich festlegen. Satzungsbestimmungen, die zu beweglichen Zahlen führen, wie etwa Rahmengrößen mit Mindest- und Höchstzahlen (zB 6–9) oder Alternativzahlen (6, 9, 12) sind damit im Gegensatz zu einer früher verbreiteten Auffassung¹²³ nicht mehr zulässig. Eine weitere Änderung betrifft die Höchstzahlen der Aufsichtsratsmitglieder (Satz 4): Sie sind in den letzten beiden Gruppen heraufgesetzt worden, und zwar von 12 auf 15 für Gesellschaften mit mehr als 1,5 Mio Euro (früher 3 Mio DM, siehe Rdn 30) und von 15 auf 21 Mitglieder für Gesellschaften mit mehr als 10 Mio Euro (früher 20 Mio DM, siehe Rdn 30) Grundkapital. Die Möglichkeit von den Höchstzahlen abzuweichen, wie sie § 86 Abs 1 Satz 4 AktG 1937 durch ministerielle Ausnahmegenehmigung vorsah, existiert nicht mehr. Herausgenommen wurden auch die Bestimmungen über die persönlichen Voraussetzungen von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 86 Abs 2 AktG 1937). Diese finden sich nunmehr in § 100. Der neu hinzugekommene Satz 5 hat lediglich klarstellende Funktion. Die vorrangige Geltung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften – erweitert um das MitbestG von 1976 – ergibt sich bereits daraus, dass es sich um Spezialregelungen handelt¹²⁴. Durch den ausdrücklichen Hinweis wird jedoch die „Verzahnung zwischen Aktien- und Mitbestimmungsrecht“¹²⁵ hergestellt, mögliche Unklarheiten über anzuwendendes Mitbestimmungsrecht werden beseitigt. Die Bestellung von Stellvertretern der Aufsichtsratsmitglieder ist entgegen der zum AktG 1937 vertretenen Auffassung durch ausdrückliche Regelung in § 101 Abs 3 nunmehr unzulässig.
- 30** Durch die Einführung des Euro mussten die DM-Angaben des § 95 entsprechend angepasst werden. Satz 1 wurde daher durch das Euro-Einführungsgesetz¹²⁶ geändert, die bisherigen Schwellenwerte von 3 und 10 Millionen DM wurden im Verhältnis eins zu zwei in 1,5 und 10 Millionen Euro umgerechnet. Die Regelung trat zum 1. Januar 1999 in Kraft, ohne dass es einer Übergangsregelung bedurfte, dazu III.3., Rdn 62.

4. Normzweck des § 95

- 31** § 95 regelt die zahlenmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats und schränkt die Gestaltungsfreiheit sowohl der Hauptversammlung als auch der Satzung ein. Mit der Abschaffung der variablen Mitgliederzahlen soll insbesondere mit Blick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verhindert werden, dass die Hauptversammlung ohne Satzungsänderung, also mit einfacher Mehrheit, die Größe des Aufsichtsrats verringern kann, um auf diesem Weg unerwünschte Aufsichtsratsmitglieder aus dem Amt zu entfernen bzw am Eintritt in den Aufsichtsrat zu hindern.¹²⁷ Solche Manipulationsmöglichkeiten stehen einer auf Kooperationsbereitschaft aufbauenden Unternehmensverfassung im Wege.

¹²² Zu den Abweichungen ausführlich *KK/Mertens*² 1–4; *Geßler/Geßler* 1; *Godin/Wilhelmi*⁴ 1.

¹²³ ZB *Baumbach-Hueck*¹² § 86, 2A; dagegen zB *Großkomm/Schmidt/Meyer-Landrut*² § 86 AktG 1937, 2; jeweils mit umfassenden Nachweisen.

¹²⁴ Von Sondergesetzen sprechen *Baumbach/Hueck*¹³ 1; *Geßler/Geßler* 1.

¹²⁵ Siehe Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 18.

¹²⁶ Gesetz zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz – EuroEG) vom 9.6.1998, BGBl I 1242 (Art 3 § 1 Nr 5).

¹²⁷ *KK/Mertens*² 5; *MünchKommAktG/Semler* 19; *Hüffer*⁶ 1; *Godin/Wilhelmi*⁴ 3; Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965.

Die Höchstzahlen wurden als Reaktion auf Auswüchse während der Weimarer Republik eingeführt und durch die Einschränkung der nunmehr in § 109 geregelten Teilnahmebefugnis Dritter abgesichert.¹²⁸ Die Festlegung einer Höchstzahl beruht vor allem auf Effektivitätsüberlegungen.¹²⁹ Zu große Aufsichtsräte können ihre Aufgaben erfahrungsgemäß nicht sachgerecht wahrnehmen.¹³⁰ Die hiernach vorgegebenen Mitgliederzahlen haben entscheidende Bedeutung für die mitbestimmungsfreie Aktiengesellschaft sowie für die Aktiengesellschaft, die der Mitbestimmung nach dem DrittelbG (früher § 76 BetrVG 1952) unterliegen. Für alle übrigen Aktiengesellschaften finden die Sonderregelungen des jeweiligen Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG, Montan-MitbestG, MitbestErgG) Anwendung. Zu den nach den der jeweiligen Mitbestimmungsform möglichen Zusammensetzung des Aufsichtsrats vgl den Überblick bei § 96 II.2., Rdn 11 ff. Praktisch wird der Normzweck des § 95 insbesondere von der zwingenden Mitbestimmungsgesetzgebung behindert, die eine Herabsetzung der Aufsichtsratsgröße deutscher Gesellschaften auf eine ihnen jeweils angemessene, einem internationalen Vergleich Stand haltende Größe verhindert¹³¹ und an deren Beibehaltung klare politische Interessen bestehen.¹³² Bei Inkrafttreten des AktG 1965 wurden die Erfahrungen auf dem Gebiet der Montanmitbestimmung hingegen noch als Begründung für die Streichung der ministeriellen Genehmigung größerer Aufsichtsräte angeführt.¹³³

Die erste Vorschrift des Abschnitts über den Aufsichtsrat schweigt über die Schaffung des Kontrollorgans. Der Aufsichtsrat wird als zwingend notwendiges Organ vorausgesetzt,¹³⁴ sowohl die §§ 95 ff als auch die Vorschriften über die Gründung gehen von seinem Vorhandensein aus. Die Vorschrift des Art 209f ADHGB 1884 wurde nicht in das HGB 1897 übernommen, da sich dies aus den übrigen Vorschriften des Gesetzes von selbst ergibt.¹³⁵

32

33

¹²⁸ Vgl zu § 109 dort I.2., Rdn 2.

¹²⁹ KK/Mertens² 5; MünchKommAktG/Semler 19; Hüffer⁶ 1; Oetker in Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 261, 267.

¹³⁰ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 125; 61. Deutscher Juristentag Karlsruhe 1996, Beschluss E.IV.15; Hommelhoff ZGR 2001, 238, 251 f mwN; Hopt in: Freundesgabe Kübler 1997, S 435, 437 f, auch in AG-Sonderheft 1997, 42; ders in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer, Corporate Governance, 2002, S 27, 44; Lutter ZGR 2001, 224, 236; dazu auch Seibert WM 1997, 1, 4 mwN; Schwalbach AG 2004, 186, 187.

¹³¹ Rechtstatsächlich *Heidrick & Struggles* Corporate Governance in Europe: what's the outlook?, 2005, p 13, die aufgrund des MitbestG bei großen börsennotierten Gesellschaften eine deutlich über dem europäischen Durchschnitt von 12, 5 Mitgliedern liegende Anzahl konstatieren und de lege ferenda eine Deregulierung fordern (p 23).

¹³² Deutlich bei der vorgegebenen Ausklammerung der Mitbestimmung und damit der Größe der deutschen Aufsichtsräte aus den Aufgaben der Regierungskommission Corporate Governance, kritisch zu diesem Geburtsfehler der Aktienrechtsreform Hopt in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg) Corporate Governance, 2002, S 27, 42 ff. Zur Blockade schon beim KonTraG ders aaO 44 sowie Kübler in: FS Döser 1999, S 237, 245 f, 252. Allgemeiner die berechtigte Kritik bei Ulmer ZHR 166 (2002) 271; auch von Werder ua AG Heft 4/2004, hierzu auch § 96 I.3., Rdn 6.

¹³³ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 125.

¹³⁴ KK/Mertens² 5; MünchKommAktG/Semler 9.

¹³⁵ Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzes, S 132; kritisch hierzu Ritter² § 86 AktG 1937, 2.

5. Überblick über Sonderregeln bei mitbestimmten Gesellschaften

- 34** Sonderregelungen für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats enthalten das DrittelbG¹³⁶ (früher BetrVG 1952), das MitbestG 1976 sowie das Montan-MitbestG, das MitbestErgG und das Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz. Besondere Vorschriften über die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder enthalten insbesondere das MitbestG 1976 sowie das Montan-MitbestG und das MitbestErgG. Für einen Überblick über die verschiedenen Mitbestimmungsmodelle siehe unten § 96 II.2., Rdn 8 ff, im Einzelnen die Kommentierung von *Oetker*, unten zu den verschiedenen Mitbestimmungsgesetzen.

II. Der Aufsichtsrat als Organ der Aktiengesellschaft

1. Zwingendes Erfordernis eines Aufsichtsrats

- 35** Jede Aktiengesellschaft muss zwingend einen Aufsichtsrat haben.¹³⁷ Das ergibt sich auch ohne ausdrückliche Bestimmung bereits daraus, dass die Aktiengesellschaft ohne Aufsichtsrat als juristische Person nicht entstehen könnte (vgl §§ 36, 37). Der Aufsichtsrat als Organ der Gesellschaft kann weder durch die Satzung noch durch einen Beschluss der Hauptversammlung abgeschafft werden.¹³⁸ Die Gesellschaft muss das betreffende Organ als Aufsichtsrat (und nicht als Verwaltungsrat oder Ähnliches) bezeichnen.¹³⁹
- 36** Der Bestand der Gesellschaft wird aber nicht dadurch berührt, dass vorübergehend ein funktionsfähiger Aufsichtsrat nicht vorhanden ist oder zeitweilig faktisch überhaupt kein Aufsichtsrat existiert, etwa weil alle Mitglieder weggefallen und neue noch nicht bestellt worden sind.¹⁴⁰
- 37** Für jede Gesellschaft ist nur je ein Aufsichtsrat zulässig. Daher ist die Bildung von Sonderaufsichtsräten oder eine Aufgabenaufteilung auf mehrere Aufsichtsräte nicht möglich.¹⁴¹ Die Existenz anderer Gremien neben dem Aufsichtsrat (zB Beiräte) ist dagegen nicht generell ausgeschlossen,¹⁴² unten II.3., Rdn 40 ff. Ausdrücklich zugelassen ist in § 107 Abs 3 die Bildung von Aufsichtsratsausschüssen.

2. Satzungsbestimmungen über den Aufsichtsrat

- 38** Die Satzung muss keine Bestimmungen über den Aufsichtsrat enthalten, die organisationsrechtlichen Vorschriften des AktG reichen aus. Satzungsregeln über den Aufsichtsrat sind aber üblich und empfehlenswert.¹⁴³ Die Satzung kann nicht nur die gesetzlichen Regelungen für die Aufsichtsratsmitglieder verdeutlichen, sie kann darüber hinaus auch

¹³⁶ Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) vom 18.5.2004, BGBl I 974.

¹³⁷ MünchKommAktG/Semler 9; KK/Mertens² 7; Hüffer⁶ 1; Lutter/Krieger⁴ 7.

¹³⁸ RGZ 48, 40, 42 ff; KG OLGRspr 34, 348, 349 = RJA 15, 124; MünchKommAktG/Semler 9.

¹³⁹ So KG JW 1932, 2620, 2621 m zust Anm Pinner; MünchKommAktG/Semler 13; KK/Mertens² 7; Hüffer⁶ 1; Meyer-Landrut in Voraufgabe 1; aA Ritter² § 86 AktG 1937, 3 (allerdings nur, wenn trotz anderer Bezeichnung klar ist, was bzw wer gemeint ist).

¹⁴⁰ KG OLGRspr 34, 348, 349 = RJA 15, 124, 125; MünchKommAktG/Semler 10; Godin/Wilhelmi⁴ 2; KK/Mertens² 7; K. Schmidt GesR⁴ § 14 III.1.a; zu den Folgen § 104 III.3., Rdn 34, § 108 III.5.b., Rdn 94 ff und weiter gehend: KG OLG Rspr 34, 348 ff = RJA 15, 124 ff.

¹⁴¹ Geßler/Geßler 4; KK/Mertens² 7; siehe auch MünchKommAktG/Semler 11.

¹⁴² Hüffer⁶ 4; Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹⁴³ Meyer-Landrut in Voraufgabe 1; Musterentwürfe bei Happ²: 1.01 (§§ 9 ff); 1.02 (§§ 8 ff); 1.03 (§§ 11 ff).

die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats sichern und einen Beitrag zur Corporate Governance der Gesellschaft leisten. Zur Sicherung der Beschlussfähigkeit im mitbestimmungsfreien oder nach dem DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrat empfiehlt es sich, eine höhere als die gesetzliche Anzahl von 3 Aufsichtsratsmitgliedern vorzusehen, zumal § 108 Abs 2 Satz 3 ebenfalls eine Mindestanzahl von drei Mitgliedern vorsieht und bei einem Stimmrechtsausschluss eines dieser dreien dann erhebliche Rechtsprobleme entstehen.¹⁴⁴ Die Corporate Governance der Gesellschaft kann unter anderem dadurch verbessert werden, dass die Satzung Regelungen über Interessenkonflikte, die Höchstzahl von Mandaten sowie die Unabhängigkeit und Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder enthält.¹⁴⁵ Weiter empfiehlt sich eine Satzungsregelung, um eine Beschlussfassung außerhalb der Sitzung zuzulassen und die Beschlussfassung in einer Videokonferenz auf eine sichere Grundlage zu stellen.¹⁴⁶

Auf Grund der in § 23 Abs 5 normierten Satzungsstrenge sind die Regelungsmöglichkeiten gesetzlich beschränkt, hierzu der Überblick oben I.1.e., Rdn 16 ff. Eine Regelungsbefugnis besteht dort, wo das Gesetz durch ausdrückliche „Öffnungsklauseln“ dem Satzungsgeber entsprechende Kompetenzen einräumt sowie bei unvollständigen gesetzlichen Regelungen. Seit der Einführung des MitbestG ist allerdings umstritten, ob und inwieweit die Satzungsbefugnis zur Steuerung der stimmrechtlichen Machtverteilung zu Gunsten der Anteilseigner eingesetzt werden darf.¹⁴⁷ Hierzu und zur Frage des Verhältnisses zwischen Organisationsautonomie des Aufsichtsrats und Satzungsautonomie der Hauptversammlung unten § 108 III.1., Rdn 71 ff und § 107 III.4.c.aa., Rdn 135.

3. Beiräte und andere fakultative Gremien¹⁴⁸

a) Vorkommen

Neben dem Aufsichtsrat sind in der Praxis weitere Gremien anzutreffen, die teils Beratungs-, Koordinierungs-, Repräsentations- („Prominentenbeirat“),¹⁴⁹ teils weitere bzw andere Funktionen haben. Am geläufigsten ist die Bezeichnung als Beirat, in der Bank-, Versicherungs- und Energiewirtschaft finden sich auch so genannte Regional- und Landesausschüsse.¹⁵⁰ Auch hinter der Bezeichnung Verwaltungsrat oder Verwaltungsausschuss, Familienrat, Ältestenrat, Arbeitsausschuss, Aktionärs- oder Aktivitätsausschuss¹⁵¹ uä verbergen sich regelmäßig Gremien, die als Beirat zu qualifizieren sind.¹⁵²

¹⁴⁴ Dazu unten III.1., Rdn 52 und § 108 II.5.c.ff., Rdn 63 f.

¹⁴⁵ Hierzu § 100 V.2.b., Rdn 97.

¹⁴⁶ Hierzu § 108 V.2.a., Rdn 124 f.

¹⁴⁷ Siehe zur Anpassung der Satzungen an das MitbestG; *Ulmer* ZHR 1977, 490 ff und Sonderheft 50 der ZHR 1980; *Köstler/Räbiger* MitbGespr 1978, 263 ff; siehe auch § 96 III.1., Rdn 22 ff.

¹⁴⁸ Ausführlich *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, ferner *KK/Mertens*² Vor § 76, 26 ff; *Hoffmann/Preu*⁵ Rdn 162 ff; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 29, 18 ff; *MünchKommAktG/Semler* 14 f.

¹⁴⁹ Näher *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 10.

¹⁵⁰ Näher dazu *Voormann* Der Beirat im Gesell-

schaftsrecht², 1990, S 11, *Hoffmann/Preu*⁵ Rdn 163; siehe auch *Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberland* S 159 f (die dort auf S 160 genannte Mustersatzungsklausel für die Errichtung von Landesauschüssen ist allerdings hinsichtlich der Beratung des Aufsichtsrats unzulässig, worauf *Geßler/Geßler* § 111, 94 zu Recht hinweist; näher dazu unten II.3.b., Rdn 44).

¹⁵¹ Zu letzterem LG Köln AG 1976, 329 f, mit kritischer Anm *Hommelhoff/Timm*; zu beiden auch *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 26.

¹⁵² *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 1; *Gesellschafterabsprachen* neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, 1995, S 112 Fn 128.

Der Hauptfunktionsbereich von Beiräten liegt in der allgemeinen Beratung des Vorstands,¹⁵³ dem Meinungsaustausch und der Kontaktpflege,¹⁵⁴ wobei in der Praxis zur Ausnutzung der Erfahrungen und des wirtschaftlichen Sachverständs hauptsächlich ehemalige Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder herangezogen wurden.¹⁵⁵

b) Zulässigkeit und rechtliche Stellung

- 41** Über die Zulässigkeit der Bildung von Beiräten und sonstigen freiwilligen Gremien enthält das AktG keine ausdrückliche Bestimmung. Erwähnt wird der Beirat in bilanzrechtlichen Vorschriften, früher in § 161 Abs 3 Nr 8, seit Inkrafttreten des BiRiLiG in § 285 Nr 9 HGB; Beiratsvergütungen mussten im Geschäftsbericht und sind jetzt im Anhang mitzuteilen, weiter sind Vorschüsse und Kredite an Beiratsmitglieder sowie die Gesamtbezüge früherer Beiratsmitglieder anzugeben. Hieraus wird geschlossen, dass das Gesetz die Zulässigkeit von Beiräten voraussetzt.¹⁵⁶ Als Rechtsgrundlage zur Errichtung von Beiräten kommt die Publikationspflicht aber nicht in Betracht, da sie nach überwiegender und zutreffender Ansicht nur dem Zweck dient, zu verhindern, dass die Pflicht zur Offenlegung von Aufsichtsratsvergütungen umgangen wird.¹⁵⁷
- 42** Inwieweit Beiräte und andere Gremien zulässig sind, ergibt sich aus der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft,¹⁵⁸ insbesondere aus der Struktur und Kompetenz des Aufsichtsrats. Auf Grund der zwingenden Aufgabenaufteilung und der damit einhergehenden im Wesentlichen ebenfalls zwingenden Kompetenzzuweisung an die gesetzlich vorgesehenen Organe der Aktiengesellschaft (§§ 76 ff für den Vorstand, § 111 für den Aufsichtsrat sowie § 119 für die Hauptversammlung) ergibt sich, dass das AktG eine Durchbrechung der inneren Organisation und ihrer Funktionsaufteilung verbietet.¹⁵⁹ Es ist daher ausgeschlossen, dass ein Beirat organschaftliche Funktionen (des Aufsichtsrats oder Vorstands) übernimmt.¹⁶⁰
- 43** Den Betätigungsfeldern von Beiräten sind enge Grenzen gesetzt, eine Vermischung mit den gesetzlich dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgaben ist nicht zulässig.¹⁶¹ Als weitgehend unproblematisch angesehen wird die Einsetzung von Beiräten zur Unterstützung und Beratung des Vorstands.¹⁶² Dies gilt, solange der Beirat keine dem Aufsichtsrat zukommende Beratungsfunktion übernimmt, zur Auswirkung der Beratungspflichten des Aufsichtsrats auf die Tätigkeitsfelder eines Beirats unten Rdn 45. Weiter darf der Vor-

¹⁵³ MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 29, 18; Beratungsgremium.

¹⁵⁴ Hoffmann/Preu⁵ Rdn 163; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 29, 18, zum Beirat in der GmbH Wiedemann in: FS Lutter 2000, S 801, 812 zum Bedürfnis auf Einsetzung eines Beirats Sigle NZG 1998, 619, 621.

¹⁵⁵ Lippert JuS 1978, 90, 91.

¹⁵⁶ MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 29, 19.

¹⁵⁷ Geßler/Kropff § 160, 99; Hommelhoff/Timm AG 1976, 330 f; Lippert JuS 1978, 90, 91, insb Fn 15.

¹⁵⁸ Zu den Grenzen der Übertragung von Aufgaben auf den Beirat einer GmbH Müller/Wolff GmbHHR 2003, 810 ff.

¹⁵⁹ Lippert JuS 1978, 90; Meyer-Landrut in Voraufgabe 7; Voormann Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 24.

¹⁶⁰ KK/Mertens² Vor § 76, 28; MünchKommAktG/Semler 14; Hüffer⁶ 4; Godin/Wilhelmi⁴ 2; Vetter in Marsch-Barnier/Schäfer (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 23, 13; Hommelhoff/Timm AG 1976, 330; Lippert JuS 1978, 90, 91; Voormann Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 24, 61 ff; Rutenfranz NJW 1965, 238; Assmann/Sethe in: FS Lutter 2000, S 251, 257, so auch Röhricht, oben § 23, 190. Zur Abgrenzung des Aufsichtsrats vom Beirat im GmbH-Recht so auch Müller/Wolff NZG 2003, 751 ff.

¹⁶¹ Geßler/Geßler § 111, 93 sieht ihre eigentliche Funktion auf Banken, Versicherungen und Energieversorgungsunternehmen beschränkt und im Übrigen als vom Gesetzgeber unerwünscht an.

¹⁶² Siehe oben II.3.a., Rdn 40.

stand nicht in seiner eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis (§ 76) beeinträchtigt werden. Diese Grenze muss jedenfalls dann als überschritten angesehen werden, wenn ein Beirat an der Beschlussfassung des Vorstands beteiligt wird.¹⁶³

Auf der Ebene des Aufsichtsrats ist eine ständige Beratungstätigkeit ausgeschlossen (§§ 109, 111). Eine allgemeine Beratung des Aufsichtsrats durch ein ständiges Gremium ist mit der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft unvereinbar. In Konkretisierung der Höchstpersönlichkeit¹⁶⁴ der Amtsführung der Aufsichtsratsmitglieder erlaubt § 109 Abs 1 Satz 2 nur eine zeitweise Zuziehung von Dritten (Sachverständige und Auskunftspersonen), § 111 Abs 2 Satz 2 sieht nur die Übertragung bestimmter Aufgaben an Sachverständige vor.¹⁶⁵ Nur innerhalb dieses Rahmens kann ein Beratergremium für den Aufsichtsrat gebildet werden,¹⁶⁶ das somit anders als ein Beratergremium für den Vorstand kaum als Beirat bezeichnet werden kann¹⁶⁷. Zur Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats bei der Schaffung eines solchen Beratergremiums zur Unterstützung seiner Arbeit siehe II.3.c., Rdn 46.

Auch die eigenständige Wahrnehmung von Kontroll- und Überwachungsaufgaben gegenüber dem Vorstand durch einen Beirat ist begrenzt. Der Beirat darf den Aufsichtsrat nicht aus dessen Funktionskreisen verdrängen.¹⁶⁸ Unzulässig ist daher eine Gestaltung, bei der einem Beirat alle oder auch nur einzelne dem Aufsichtsrat gesetzlich zugewiesenen Rechte und Pflichten übertragen werden, bei gleichzeitigem Ausschluss der Kompetenzen des Aufsichtsrats.¹⁶⁹ Eine kumulative Aufgabenwahrnehmung, bei der der Beirat neben dem Aufsichtsrat Überwachungsfunktionen ausübt, die Aufgabenwahrnehmung durch den Aufsichtsrat also weiterhin möglich bleibt, wird zwar teilweise als zulässig angesehen.¹⁷⁰ Gegen diese Auffassung spricht aber, dass sie eine gewissenhafte Überwachungstätigkeit gefährdet, da das Interesse der Aufsichtsratsmitglieder an der Wahrnehmung ihrer Aufgaben untergraben wird, wenn wegen des zweiten Gremiums die eigene Überwachungstätigkeit an Bedeutung verliert.¹⁷¹ Neben der Gefährdung der effektiven Kontrolle des Vorstands würde auch das Verbot der Bildung mehrerer Aufsichtsräte (oben II.1., Rdn 37) und das Gebot der höchstpersönlichen Aufgabenwahrnehmung des Aufsichtsrats umgangen.¹⁷² Das bedeutet, dass alle dem Aufsichtsrat gesetzlich zugewiesenen Aufgaben nicht von einem Beirat ausgeübt werden können und dürfen.¹⁷³ Da damit eine Überwachung des Vorstands durch einen Beirat nur in den Bereichen möglich ist, die nicht unter die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nach § 111 Abs 1 fal-

¹⁶³ AA LG Köln AG 1976, 329; wie hier *Hommelhoff/Timm* AG 1976, 330, 331 und *Lippert* JuS 1978, 90, 91.

¹⁶⁴ *KK/Mertens*² 9; *MünchKommAktG/Semler* 15.

¹⁶⁵ Zu den Einzelheiten § 109 III.1., Rdn 41 ff und § 111 V.2.d.cc., Rdn 424.

¹⁶⁶ *Lippert* JuS 1978, 90 f; *KK/Mertens*² Vor § 76, 28; enger *Geßler/Geßler* § 111, 94; für weiter gehende Befugnisse dagegen *Baumbach/Hueck*¹³ Vor § 76, 8 und *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 7.

¹⁶⁷ Hierzu auch *KK/Mertens*² Vor § 76, 28.

¹⁶⁸ Siehe oben Rdn 42.

¹⁶⁹ *KK/Mertens*² 9, Vor § 76, 28; *MünchKommAktG/Semler* 14; *Hüffer*⁶ 4; *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht²,

1990, S 61; *Rutenfranz* NJW 1965, 239; *Joussen* Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, 1995, S 116; insoweit auch LG Köln AG 1976, 329, 330.

¹⁷⁰ LG Köln AG 1976, 329, 330; *Joussen* Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, S 116; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, S 616.

¹⁷¹ *Hommelhoff/Timm* AG 1976, 330, 331; *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990 S 63.

¹⁷² *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 63.

¹⁷³ *Geßler/Geßler* § 111, 94; *Rutenfranz* NJW 1965, 239; *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 24, 63; im Ergebnis ebenso *Hanau/Ulmer* MitbestG § 25, 139.

len,¹⁷⁴ bleibt für eine eigenständige Kontroll- und Überwachungsfunktion gegenüber dem Vorstand praktisch kein Raum.¹⁷⁵ Dies gilt sofern der Beirat schwerpunktmäßig Aufgaben wahrnimmt, die dem Aufsichtsrat obliegen. Möglich bleibt die Kontrolle nachgeordneter Mitarbeiter durch ein besonderes Gremium. Nicht ausgeschlossen wird so die Einrichtung einer Internen Revision, die dem Vorstand untersteht und die gelegentlich auch die Vorstandsmitglieder kontrolliert. Auch gegen eine Beratung des Vorstands auf bestimmten Feldern bestehen keine Bedenken.

c) Einrichtung von Beiräten

- 46** Der Beirat ist kein Organ (oben II.3.b., Rdn 42) der Aktiengesellschaft und steht dieser daher als „Dritter“ gegenüber, wobei die einzelnen Beiratsmitglieder auf der Grundlage von schuldrechtlichen Beziehungen (Auftrag oder entgeltliche Geschäftsbesorgung, §§ 662, 675 Abs 1 BGB) tätig werden.¹⁷⁶ Zuständig für den Abschluss der Verträge ist der Vorstand (§ 78). Die Bildung von Beiräten zur Beratung und Überwachung des Vorstands unterfällt nicht der Organisationsautonomie des Aufsichtsrats, weil es sich nicht wie bei Ausschüssen um Organteile des Aufsichtsrats handelt.¹⁷⁷ Auch die Ermächtigung des Aufsichtsrats nach § 109 Abs 1 Satz 2 bzw § 111 Abs 2 Satz 2, zeitweise Dritte zu den Aufsichtsratssitzungen hinzuzuziehen bzw mit einzelnen Aufgaben zu beauftragen,¹⁷⁸ erfasst nicht die Vergabe von dauerhaften, allgemeinen Beratungsaufträgen.¹⁷⁹ Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats nach § 112 greift somit regelmäßig nicht ein.¹⁸⁰ Nur soweit die Kompetenz des Aufsichtsrats zur Beauftragung von Sachverständigen und anderen Hilfspersonen reicht, kann er die Gesellschaft gegenüber Dritten vertreten.¹⁸¹
- 47** Beiräte können auch ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung eingerichtet werden.¹⁸² Das folgt aus der untergeordneten Bedeutung der Beiräte im Gesamtgefüge der Aktiengesellschaft. Mit der Bildung eines Beirats kann weder eine wesentliche Beeinflussung der Grundstruktur der Aktiengesellschaft einhergehen (II.3.b., Rdn 41, 43, 44), noch können einem Beirat umfassende Rechte gegenüber der Gesellschaft eingeräumt werden (II.3.d., Rdn 49). Daher ist es unbedenklich, dem Vorstand die Errichtung und Zusammensetzung zu überlassen.¹⁸³ Satzungsbestimmungen über die Einrichtung eines Beirats sind aber zulässig¹⁸⁴ und vom Vorstand zu beachten, soweit sie nicht in seine unveräußerliche Leitungsmacht eingreifen. Insbesondere kann die Satzung Kriterien zur Konstituierung des Beirats nennen sowie eine Geschäftsordnung enthalten. Ebenso wie die Bestellung der Beiratsmitglieder (siehe oben Rdn 46) kann aber auch diese nur durch Vereinbarung des Vorstands mit den einzelnen Beiratsmitgliedern verbindlich gemacht werden.¹⁸⁵

¹⁷⁴ Zum Aufgabenkatalog siehe § 111 IV., Rdn 150 ff.

¹⁷⁵ *Rutenfranz* NJW 1965, 239; vgl auch *Rellermeyer* Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S 71; anders offenbar *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht², 1990, S 63.

¹⁷⁶ *KK/Mertens*² Vor § 76, 28; *Robertz* MittRhNotK 1991, 239, 250; *Godin/Wilhelmi*⁴ 2.

¹⁷⁷ Näher zur Abgrenzung unten II.3.e., Rdn 51.

¹⁷⁸ Dazu 109 III.1., Rdn 41 ff und § 111 V.2.d.cc., Rdn 424.

¹⁷⁹ *KK/Mertens*² Vor § 76, 28; vgl auch oben II.3.b., Rdn 44.

¹⁸⁰ *KK/Mertens*² Vor § 76, 28.

¹⁸¹ Hierzu § 112 III.1.c., Rdn 60 ff.

¹⁸² *KK/Mertens*² Vor § 76, 28; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 29, 18; *Joussen* Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, 1995, S 114; auch *Geßler/Geßler* § 111, 95, der aber nach Tätigkeitsbereichen differenziert und für Beiräte im Aufgabenbereich des Aufsichtsrats eine Satzungsgrundlage fordert, § 111, 94; aA *Hommelhoff/Timm* AG 1976, 330; *Lippert* JuS 1978, 91.

¹⁸³ *Baumbach/Hueck*¹³ Vor § 76, 8; *Godin/Wilhelmi*⁴ 2; *KK/Mertens*² Vor § 76, 28.

¹⁸⁴ *KK/Mertens*² Vor § 76, 28 mwN.

¹⁸⁵ *KK/Mertens*¹ Vor § 76, 21; *Robertz* MittRhNotK 1991, 239, 250.

d) Vergütung, Informationsrechte und Haftung

Hinsichtlich der Vergütung scheint eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Aufsichtsratsvergütung (§ 113) angemessen.¹⁸⁶ Damit werden die Vergütungen einer ausreichenden Kontrolle unterworfen. Das entspricht der zusammenfassenden Erwähnung in § 285 Nr 9 HGB, wonach neben den „Gesamtbezügen“ des Aufsichtsrats auch die Bezüge eines Beirats im Anhang aufzuführen sind. **48**

Beiräten und anderen fakultativen Einrichtungen steht kein Recht auf umfassende Berichterstattung iSv § 90 zu.¹⁸⁷ Ebenso wenig haben sie ein Recht auf Anhörung.¹⁸⁸ Entsprechende Auskunfts- oder Anhörungsrechte können dem Beirat auch nicht durch die Satzung eingeräumt werden.¹⁸⁹ Daraus folgt aber kein Verbot der Information des Beirats.¹⁹⁰ Abzulehnen ist eine Befugnis des Vorstands nur, soweit der Beirat ihm nicht übertragbare Organfunktionen wahrnimmt.¹⁹¹ Ansonsten kann der Vorstand im Rahmen seiner Verschwiegenheitspflicht¹⁹² den Beiratsmitgliedern die Information zur Verfügung stellen, die sie zur Erfüllung der vertraglich übernommenen Pflichten benötigen. Für die Bestimmung der Verschwiegenheitspflicht gelten die allgemeinen Grundsätze, nicht die gegenüber dem Aufsichtsrat mögliche Information. Dem entspricht auch die Haftungsregelung (Rdn 50). **49**

Die Haftung der Beiratsmitglieder richtet sich mangels einer aktienrechtlichen Organfunktion nicht nach § 116, sondern nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen.¹⁹³ Andernfalls müssten ihnen auch weiter gehende Informationsrechte zugestanden werden (siehe Rdn 49). **50**

e) Abgrenzung zu Aufsichtsratsausschüssen

Soweit Beiräte im Bereich der Aufsichtsratsstätigkeit eingesetzt werden,¹⁹⁴ kann eine Abgrenzung zu Aufsichtsratsausschüssen iSd § 107 Abs 3 notwendig sein.¹⁹⁵ Die Unterscheidung der beiden Gremien ist zB bei der Frage der zulässigen Aufgabenwahrnehmung geboten: Während die Wahrnehmung von gesetzlich dem Aufsichtsrat zugewiesenen Überwachungsaufgaben an einen Beirat nicht möglich ist (oben II.3.b., Rdn 45), wäre eine solche grundsätzlich zulässig,¹⁹⁶ wenn das entsprechende Gremium als Aufsichtsratsausschuss zu qualifizieren ist. **51**

Für die Differenzierung ist die gewählte Bezeichnung „Ausschuss“ irrelevant.¹⁹⁷ Auch scheint es ausgeschlossen, insoweit auf die zugewiesenen oder tatsächlich wahrgenommenen Funktionen abzustellen. Denn zumindest für die Aktiengesellschaft, in der der Aufsichtsrat zwingendes Organ ist und der Grundsatz der Satzungsstrenge herrscht (§ 23 Abs 5), kann die Ausübung bestimmter Aufgaben nicht die rechtliche Qualifikation eines **52**

¹⁸⁶ Baumbach/Hueck¹³ Vor § 76, 8; Geßler/Geßler § 111, 96; Meyer-Landrut in Vorauf-lage 7; Möhring/Schwartz/Rowedder/Haber-land² S 161; Rutenfranz NJW 1965, 239.

¹⁸⁷ Meyer-Landrut in Vorauf-lage 7; aA Baum-bach/Hueck¹³ Vor § 76, 8.

¹⁸⁸ KK/Mertens² Vor § 76, 28; Godin/Wil-helmi⁴ 2; aA Baumbach/Hueck¹³ Vor § 76, 8 und Meyer-Landrut in Vorauf-lage 7.

¹⁸⁹ Assmann/Sethe in: FS Lutter 2000, S 251, 257; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 29, 19 f; KK/Mertens² Vor § 76, 28.

¹⁹⁰ So aber Lippert JuS 1978, 90, 91, 92.

¹⁹¹ Hierzu Hommelhoff/Timm, AG 1976, 330, 331 f.

¹⁹² Dazu Hopt, oben § 93, 187 ff.

¹⁹³ Geßler/Geßler § 111, 96; Rutenfranz NJW 1965, 239.

¹⁹⁴ Zur eingeschränkten Zulässigkeit oben II.3.b., Rdn 44 f.

¹⁹⁵ Voormann Der Beirat im Gesellschafts-recht², 1990, S 24 f.

¹⁹⁶ Näher dazu § 107 VIII.1.c.cc., Rdn 239.

¹⁹⁷ Siehe die Beispiele oben II.3.a., Rdn 40.

Gremiums bestimmen.¹⁹⁸ Vielmehr muss umgekehrt die rechtliche Einordnung über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Funktionen entscheiden.

- 53** Es erscheint daher richtig, auf die Art und Weise der Konstituierung abzustellen.¹⁹⁹ Aufsichtsratsausschüsse sind als Teile des Gesamtaufichtsrats nur von diesem zu bilden. Die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats verbietet es, dass ein anderes Organ oder die Satzung Aufsichtsratsausschüsse konstituiert. Das gilt unabhängig davon, ob die Aufgaben dem Aufsichtsrat durch Gesetz oder durch Satzung zugewiesen sind,²⁰⁰ auch wenn zutreffend für die Übertragung von Aufgaben an den Aufsichtsrat durch Satzung praktisch kein Raum ist.²⁰¹ Als Konsequenz ergibt sich, dass dann, wenn die Satzung rechtlich unzulässigerweise die Bildung von „Ausschüssen“ des Aufsichtsrats vorschreibt, zu prüfen ist, ob es sich dabei nicht der Sache nach um rechtlich zulässige, zusätzliche Gremien handelt.²⁰² Richtigerweise sind diese dann sowohl hinsichtlich der möglichen Funktionen als auch hinsichtlich der sonstigen rechtlichen Stellung als Beirat zu behandeln.²⁰³ Insbesondere steht einem solchen Gremium damit kein Informationsrecht nach § 90 zu (oben II.3.d., Rdn 49). Nicht möglich ist es, dass die Satzung die Bestellung eines Beirats aus dem Kreise der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht.²⁰⁴ Umgekehrt ist ein von einem Aufsichtsrat gebildetes Gremium als Ausschuss zu qualifizieren. Denn einerseits kann der Aufsichtsrat überhaupt nur die ihm zugewiesenen Aufgaben delegieren. Dieser Aufgaben kann sich der Aufsichtsrat andererseits aber auch nicht durch die Konstituierung eines neuen Gremiums entledigen.²⁰⁵

f) Beiräte im Konzern

- 54** Im Konzern sind Beiräte als Koordinierungsgremien für den Gesamtkonzern denkbar.²⁰⁶ Zu diesem Zweck werden sie zB mit Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern der Tochtergesellschaften besetzt und an der Konzernspitze gebildet.²⁰⁷
- 55** Der Name „Konzernaufsichtsrat“ für diese Gremien ist, wenn nicht sogar unzulässig, so jedenfalls problematisch. Zwar ist der Begriff Konzernaufsichtsrat gesetzlich nicht besetzt. Einen Konzernaufsichtsrat im technischen Sinne gibt es nicht,²⁰⁸ weder existiert der Konzern als juristische Person noch ist durch gesetzliche Sonderregelungen ein spezieller Konzernaufsichtsrat vorgesehen.²⁰⁹ Eine gewisse Durchbrechung dieses Prinzips enthalten lediglich die Regelungen der Mitbestimmungsgesetze, die eine Beteiligung der Arbeitnehmer nachgeordneter Gesellschaften an der Wahl zum Aufsichtsrat der Konzern-

¹⁹⁸ Vgl aber die Argumentation von *Hommelhoff/Timm AG 1976*, 330 bei Fn 1; ähnlich wie hier, für die GmbH *Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG*¹⁷ § 45, 13.

¹⁹⁹ In diesem Sinne wohl auch *Lippert JuS 1978*, 91.

²⁰⁰ Teilweise str; siehe dazu die Kommentierung zu § 107, dort VIII.3.b.aa., Rdn 247.

²⁰¹ Vgl § 107 VIII.3.b.aa., Rdn 247.

²⁰² So bereits *Janberg AG 1966*, 1, 3; *Rellermeyer Aufsichtsratsausschüsse*, 1986, S 70 f; differenzierend *Voormann Der Beirat im Gesellschaftsrecht*², 1990, S 25.

²⁰³ In diesem Sinne *KK/Mertens*¹ § 107, 85; *Säcker Aufsichtsratsausschüsse*, 1979, S 33; so wohl auch *Rellermeyer Aufsichtsratsausschüsse*, 1986, S 69, 71 f.

²⁰⁴ *Rellermeyer Aufsichtsratsausschüsse*, 1986, S 70 f.

²⁰⁵ Zum Fortbestehen der Verantwortung des Gesamtaufichtsrats bei einer Aufgaben-delegation auf Ausschüsse siehe § 107 VIII.11.b., Rdn 449 f.

²⁰⁶ *Godin/Wilhelmi*⁴ 2; *Rutenfranz NJW 1965*, 238; näher dazu *Jula Die Bildung besonderer Konzernorgane*, 1995, S 64 ff.

²⁰⁷ *Rutenfranz NJW 1965*, 238; zu anderen, weiter gehenden Modellen *Jula Die Bildung besonderer Konzernorgane*, 1995.

²⁰⁸ *Bernhardt ZfB 1997*, 803, 805; *Hoffmann-Becking ZHR 159 (1995)* 325, 326.

²⁰⁹ Vgl *Jula Die Bildung besonderer Konzernorgane*, 1995, S 6 ff.

obergesellschaft vorsehen (vgl. § 5 MitbestG).²¹⁰ Generell ist auch in einem Konzern lediglich ein Aufsichtsrat der einzelnen, rechtlich selbständigen Gesellschaften, nicht hingegen des Gesamtkonzerns denkbar.²¹¹ Dennoch wird der Ausdruck Konzernaufsichtsrat nicht selten für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens verwendet²¹² und sollte schon deshalb nicht als Bezeichnung für einen Beirat benutzt werden. Weiterhin wird mit der Bezeichnung als „Aufsichtsrat“ für den Rechtsverkehr die irreführende Vermutung geweckt, das Gremium sei mit Rechten und Pflichten eines Aufsichtsrats ausgestattet. Schließlich dient gerade das zwingende Gebot, den Aufsichtsrat als solchen zu bezeichnen (oben II.1., Rdn 35), und das Verbot mehrerer Aufsichtsräte (oben II.1., Rdn 37) einer Klarheit, die ansonsten unterlaufen werden würde.

III. Die Besetzung des Aufsichtsrats

1. Gesetzliche Regelzahl als Mindestmitgliederzahl (Satz 1)

Der Aufsichtsrat muss aus *mindestens drei* Mitgliedern bestehen.²¹³ Das ergibt sich aus Satz 1 iVm Satz 2, wonach lediglich eine Abweichung von der Regelzahl nach oben zulässig ist,²¹⁴ und wird durch die Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5) lediglich klargestellt. Enthält die Satzung keine Bestimmung, so verbleibt es bei der gesetzlichen Regelzahl von drei Aufsichtsratsmitgliedern. Die Satzung kann diese Regelzahl bestätigen.

An die Mindestzahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist die gesetzliche Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats geknüpft. Auch an der Beschlussfassung müssen mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder teilnehmen (§ 108 Abs 2 Satz 3). Sinkt die Mitgliederzahl unter drei, ist zur Verhinderung der dann eintretenden Beschlussunfähigkeit eine gerichtliche Ergänzung der fehlenden Mitglieder vorzunehmen (§ 104 Abs 1). Die Beschlussfähigkeit begründet zugleich die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats.²¹⁵ Es ist nicht nur der vollbesetzte (früher auch als handlungsfähig bezeichnete) Aufsichtsrat beschlussfähig. Bestimmt die Satzung eine höhere Mitgliederzahl, so bleibt der Aufsichtsrat beschlussfähig, wenn ihm noch die Hälfte der Mitglieder, mindestens aber drei, angehören und die Satzung keine höheren Anforderungen an die Beschlussfähigkeit stellt. Wegen der nahe liegenden Gefahr des Absinkens unter die Mindestzahl empfiehlt es sich, generell eine höhere Mitgliederzahl in der Satzung festzulegen;²¹⁶ zu den Voraussetzungen unten III.2., Rdn 60f. Sofern nicht die Wahl aller Aufsichtsratsmitglieder unwirksam ist, steht auch eine Überbesetzung des Aufsichtsrats der Beschlussfähigkeit nicht im Wege.²¹⁷

²¹⁰ Hoffmann-Becking ZHR 159 (1995) 325, 327, siehe aber auch 328; zu den Voraussetzungen Oetker, unten MitbestG § 5, 3 ff; Lutter/Wackerbarth HoldingHdb⁴, § 9, 84 ff.

²¹¹ Vgl aber Martens DB 1978, 1065, 1070, der für eine Anerkennung des Konzernaufsichtsrats als rechtlich besonders verfasstes Organ und für die Verselbständigung seines Rechtsstatus eintritt; für Notwendigkeit und Zulässigkeit von Konzernorganen auch Jula Die Bildung besonderer Konzernorgane, für den Aufsichtsrat, 1995, S 20 ff, 39 ff, 64 ff.

²¹² So etwa Hommelhoff ZGR 1996, 144, 152; Martens DB 1978, 1065, 1069 f.

²¹³ LG Karlsruhe AG 1994, 87.

²¹⁴ MünchKommAktG/Semler 18; KK/Mertens² 1; Hüffer⁶ 2 f; Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 125.

²¹⁵ Zu Differenzierungen nach früherem Recht § 108.I.1., Rdn 2; Geßler/Geßler 9.

²¹⁶ KK/Mertens² 11; Vetter in Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 2.

²¹⁷ OLG Hamburg DB 2002, 572, 573.

- 58** In einem nicht voll besetzten Aufsichtsrat sind die verbliebenen Mitglieder unabhängig von der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats auch in der Übergangszeit nicht von ihren Pflichten befreit. Die vorhandenen Aufsichtsratsmitglieder können und müssen ggf ihre Rechte ausüben, soweit dies nicht die Beschlussfähigkeit des Gesamtorgans voraussetzt.²¹⁸ Insbesondere sind sie berechtigt und nach Maßgabe der §§ 116, 93 verpflichtet, einen Antrag auf gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats zu stellen.²¹⁹
- 59** In der Praxis finden sich insbesondere bei Großunternehmen Aufsichtsräte mit hoher Mitgliederzahl. Soweit dies auf freiwilligen Satzungsbestimmungen beruht, wurde damit häufig eine möglichst umfassende Repräsentation der geschäftlichen Außenbeziehungen der Gesellschaft bezweckt.²²⁰ Zumeist zwingt jedoch schon die Beachtung mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften zu einer personell starken Besetzung; der Gesetzgeber hielt dies für nötig, um eine ausgewogene Vertretung aller Arbeitnehmer herbeizuführen. Im Hinblick auf die zu erhaltende Funktionsfähigkeit des Kontrollgremiums wird zutreffend vor zu großen Aufsichtsräten gewarnt.²²¹

2. Durch Satzung bestimmte Zahl (Satz 2, 3)

a) Unzulässigkeit variabler und niedrigerer Mitgliederzahlen (Satz 2)

- 60** Die Satzung darf nur eine feste Mitgliederzahl, nicht aber variable Zahlen in Form von Mindest- und/oder Höchstzahlen festlegen.²²² Satz 2 spricht von einer „bestimmten“ Zahl. Damit soll der Hauptversammlung die Möglichkeit genommen werden, durch einfache Mehrheit die Mitgliederzahl herauf- bzw herabzusetzen.²²³ Möglich sind deshalb Satzungsbestimmungen, die die nach Grundkapital jeweils höchstzulässige Mitgliederzahl als vorgesehene Anzahl zu Grunde legen.²²⁴ Hier steht die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder objektiv fest. Das Verbot niedrigerer Mitgliederzahlen²²⁵ ergibt sich e contra aus Satz 2 („höhere“ Zahl).

b) Grundsatz der Teilbarkeit durch drei (Satz 3)

- 61** Die von der Satzung bestimmte Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern muss durch drei teilbar sein. Die Dreiteilbarkeit geht auf § 84 BetrVG 1952 zurück, der § 86 AktG 1937 unter anderem in diesem Punkt abänderte, um die Drittelparität der Arbeitnehmervertreter sicherzustellen, dies aber generell auch für nicht mitbestimmte Gesellschaften vorsah. Eine durch drei teilbare Mitgliederzahl wurde durch die Einführung der drittelparitätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer (früher § 76 Abs 1 BetrVG 1952, seit 2004 DrittelbG) erforderlich. In den dem DrittelbG unterliegenden und den mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaften kann der Aufsichtsrat daher lediglich aus sieben verschiedenen Größen bestehen: aus drei, sechs, neun, zwölf, fünfzehn, achtzehn oder einundzwanzig.

²¹⁸ Siehe RGZ 146, 145, 151 f, als Pflichtengrundlage wird noch das Vertragsverhältnis jedes einzelnen Mitglieds zur Gesellschaft angesehen.

²¹⁹ Unten § 104 II.3.e., Rdn 40.

²²⁰ Hierzu etwa Passow Die Aktiengesellschaft², 1922, S 416 ff.

²²¹ Siehe Karoli in: FS O. Möhring 1973, S 115, 121, mit dem Hinweis, dass ab 15 Mitgliedern die Bereitschaft zu aktiver Mitarbeit sinkt; auch J. H. Geßler 3; zur Effizienz als

Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats siehe Lüderitz in: FS Steindorff 1990, S 113 ff; siehe dazu schon oben I.4., Rdn 32.

²²² KK/Mertens² 14; MünchHdbAG/Semler 19; Hüffer⁶ 3, zur historischen Entwicklung oben I.3., Rdn 29.

²²³ Näher zum Normzweck oben I.4., Rdn 31.

²²⁴ KK/Mertens² 14; MünchKommAktG/Semler 20.

²²⁵ MünchKommAktG/Semler 18; KK/Mertens² 11; Hüffer⁶ 2.

zig Mitgliedern. Der Grundsatz der Dreiteilbarkeit wurde auch nach Einführung der kleinen Aktiengesellschaft beibehalten. Für Aktiengesellschaften, die dem MitbestG oder der Montanmitbestimmung unterfallen, und solchen, die zum Unternehmensgegenstand den Betrieb von deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken haben,²²⁶ gelten jeweils andere Zahlenverhältnisse.

3. Gesetzliche Höchstmitgliederzahl (Satz 4)

a) Abstufung nach dem Grundkapital

Mit § 86 AktG 1937, nachfolgend in der Fassung des § 84 BetrVG 1952 (siehe oben III.2.b.) wurde die Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats von der Höhe des Grundkapitals abhängig gemacht. Die Angaben des Grundkapitals in DM wurden durch das EuroEG (oben I.3., Rdn 30) in Euro abgeändert. Die Euroangaben gelten seit dem 1. Januar 1999. Von einer Übergangsregelung wurde abgesehen,²²⁷ da die jetzigen Angaben unter den bisherigen Werten liegen. Damit kann die Neuregelung nicht dazu führen, dass bereits bestehende Organe die Höchstzahlen überschreiten.²²⁸

Nach der in Satz 4 vorgesehenen Abstufung beträgt die zulässige Höchstzahl bei bis zu 1,5 Mio Euro Grundkapital 9, bis zu 10 Mio Euro Grundkapital 15 und bei einem darüber hinausgehenden Grundkapital 21 Mitglieder (zu den Abweichungen gemäß § 95 Abs 5 unten III.4., Rdn 66 ff).

Unter Grundkapital ist dabei der jeweils nach außen wirksam gewordene Nennbetrag zu verstehen. Dafür können unterschiedliche Zeitpunkte entscheidend sein: Die bedingte Kapitalerhöhung wird erst mit Ausgabe der Bezugsaktien wirksam (§ 200). Bei der genehmigten Kapitalerhöhung ist dagegen die Eintragung der Durchführung der Erhöhung Wirksamkeitsvoraussetzung (§ 203 Abs 1 iVm § 189). Bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln schließlich reicht schon die Eintragung des dahingehenden Beschlusses (§ 211).²²⁹ Darauf, ob die Einlage bereits voll geleistet ist, kommt es hingegen nicht an.²³⁰

b) Anrechnungsfähige Mitglieder

In die Höchstzahlen des § 95 sind sämtliche Mitglieder einzubeziehen. Das heißt, es kommt weder auf den Wahlkörper, noch darauf an, ob die Mitglieder gewählt oder entsandt werden. Die frühere Streitfrage, ob auch Stellvertreter einzurechnen sind, ist mit dem Verbot der Stellvertreter von Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 101 Abs 3 Satz 1 hinfällig geworden. Ersatzmitglieder sind erst mitzuzählen, wenn das zu ersetzende Mitglied weggefallen ist.²³¹ Erst zu diesem Zeitpunkt werden die Ersatzmitglieder zu Mitgliedern des Aufsichtsrats (§ 101 Abs 3 Satz 2). Soweit man darüber hinaus eine auf den Wegfall eines anderen Mitglied aufschiebend bedingte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zulässt, gilt das zuvor Gesagte für diese Mitglieder entsprechend.²³² Ehrenmit-

²²⁶ Siehe dazu die sondergesetzliche Regelung vom 13.5.1957, BGBl II 262.

²²⁷ Siehe aber § 1 ff EGAktG, dort auch zum Verfahren der Euro-Umstellung, eingehend zur Euro-Umstellung: *Schürmann* DB 1997, 1381 ff; *Steffan/Schmidt* DB 1998, 559 ff.

²²⁸ *Hüffer*⁶ 4.

²²⁹ *Geßler/Geßler* 13.

²³⁰ *KK/Mertens*² 13; *MünchKommAktG/Semler* 26.

²³¹ *KK/Mertens*² 15; *Hüffer*⁶ 4; *MünchKommAktG/Semler* 28.

²³² *KK/Mertens*² 20; *MünchKommAktG/Semler* 30, zur aufschiebend bedingten Bestellung bei Satzungsänderungen § 101 III.4.a., Rdn 40, zum Status des Ersatzmitglieds als aufschiebend bedingt bestelltes Aufsichtsratsmitglied § 101 VI.2.e., Rdn 204.

glieder sind nicht mit einzubeziehen.²³³ Demgegenüber gilt Satz 4 auch für die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern. Auch die gerichtliche Bestellung wird erst wirksam, wenn der vom Gericht Bestellte das Aufsichtsratsamt annimmt.²³⁴ Gerichtlich bestellte Mitglieder sind nicht mehr einzuberechnen, wenn es zu einer Bestellung durch das ordentliche Bestellungsorgan gekommen ist.²³⁵ Denn neu gewählte bzw entsandte Mitglieder ersetzen die gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder, diese scheiden aus ihrem Amt aus (§ 104 Abs 5).

4. Vorrang abweichender Mitbestimmungsregeln (Satz 5)

- 66** Die Erwähnung des Vorrangs mitbestimmungsrechtlicher Regelungen in Satz 5 hat lediglich klarstellende Funktion.²³⁶ Dass abweichende Vorschriften des Mitbestimmungsrechts nicht berührt werden, ergibt sich bereits auf Grund der Spezialität der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen, die als Sondergesetze unmittelbar und zwingend vorgehen. Eine Ausnahme gilt allerdings in gewissem Umfang für die Besetzung des ersten Aufsichtsrats (§ 30 Abs 2).²³⁷
- 67** Bestimmungen des MitbestG, des Montan-MitbestG und des MitbestErgG sehen zum überwiegenden Teil von Satz 1, 3 und 4 abweichende Regelungen vor. So gilt der Grundsatz der Dreiteilbarkeit nicht und es gelten andere Mindest- und Höchstzahlen, mit der Folge, dass deutsche mitbestimmte Gesellschaften im internationalen Vergleich und für ihre Kontrollaufgaben zu groß sind.^{237a} Dagegen wird in § 4 Abs 1 DrittelbG (früher § 76 BetrVG 1952) lediglich die personelle Besetzung des Aufsichtsrats (1/3 Arbeitnehmeranteil) vorgegeben. Abweichungen gegenüber den Grundbestimmungen des § 95 ergeben sich daraus nicht. Im Einzelnen sehen folgende Vorschriften abweichende Zahlenverhältnisse vor:²³⁸

a) MitbestG

- 68** Die gesetzliche Mitgliederzahl nach dem MitbestG 1976 knüpft an die Zahl der regelmäßig im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer an (§ 7 MitbestG). Die Mitgliederzahl ist stets gerade, um der quasiparitätischen Zusammensetzung Rechnung zu tragen. Das MitbestG sieht drei verschiedene Größen des Aufsichtsrats von 12, 16 und 20 Mitgliedern vor. Diese hoch angesetzte Zahl sollte eine ausreichende und ausgewogene Vertretung der verschiedenen Gruppen der Arbeitnehmer (Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte, zur Abgrenzung vgl § 3 MitbestG) gewährleisten.²³⁹ Mittlerweile überwiegt die Kritik, die Größe des Aufsichtsrats wird nicht mehr im historischen Vergleich mit der Weimarer Republik, sondern international und unter Effizienz Gesichtspunkten betrachtet.²⁴⁰ Dennoch wurde die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder auch bei der Abschaffung der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten nicht geändert.

²³³ MünchKommAktG/Semler 29; KK/Mertens² 15.

²³⁴ Unten § 104 V.1., Rdn 89.

²³⁵ KK/Mertens² § 104, 24; Meyer-Landrut in Voraufgabe 13.

²³⁶ Hüffer⁶ 6.

²³⁷ Dazu Röhrich, oben § 30, 7.

^{237a} Oben I.4., Rdn 32.

²³⁸ Einzelheiten zur Zusammensetzung bei § 96

II.2., Rdn 11 ff sowie Oetker, unten zu den Mitbestimmungsgesetzen, zur Vergrößerung/Verkleinerung des mitbestimmten Aufsichtsrats auch unten III.6., Rdn 86 f, 91 f, 101, 103 f.

²³⁹ Begründung RegE BTDrucks 7/2172, S 21, 22.

²⁴⁰ Dazu oben I.4., Rdn 32.

b) Montan-MitbestG

In Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie hat der Aufsichtsrat unabhängig von der Größe des Grundkapitals im Regelfall aus 11 Mitgliedern zu bestehen (§ 4 Abs 1 Satz 1 Montan-MitbestG). Für Gesellschaften mit mehr als 10 Mio Euro²⁴¹ Grundkapital kann die Satzung die Aufsichtsratsgröße auf 15 Mitglieder, bei mehr als 25 Mio Euro Grundkapital auf 21 Mitglieder erhöhen (§ 9 Montan-MitbestG); näher unten die Erläuterungen von *Oetker*, unten zu § 4 und § 9 Montan-MitbestG. **69**

c) MitbestErgG

Für Holdinggesellschaften eines Konzerns, die Gesellschaften beherrschen, welche ihrerseits als Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie dem Anwendungsbereich des Montan-MitbestG unterfallen, gelten bezüglich des Aufsichtsrats die §§ 5 bis 13 MitbestErgG. Hier besteht der Aufsichtsrat im gesetzlichen Regelfall aus 15 Mitgliedern (§ 5 MitbestErgG). Bei Gesellschaften bei denen das Grundkapital 25 Mio Euro übersteigt, kann die Satzung auf 21 Mitglieder erhöhen (§ 5 Abs 1 Satz 2 MitbestErgG);²⁴² näher die Erläuterungen von *Oetker*, unten zu § 5 MitbestErgG. **70**

5. Sanktionen bei Verstoß gegen die Besetzungsvorschriften

a) Zwingendes Recht und entgegenstehende Satzungsvorschriften

Überschreitet eine Satzungsbestimmung die gesetzlich vorgesehene Höchstzahl, sieht sie weniger als drei Aufsichtsratsmitglieder vor oder verstößt sie gegen Satz 2 oder Satz 3 der Vorschrift, so ist sie nichtig.²⁴³ Soweit zur Begründung auf § 134 BGB verwiesen wird,²⁴⁴ ist dem allerdings nur für Bestimmungen der ursprünglichen Satzung zuzustimmen. Bei Verstößen durch später geänderte Satzungsbestimmungen ist die Anwendung des § 134 BGB durch die §§ 241 ff gesperrt.²⁴⁵ Bei späteren Satzungsänderungen ergibt sich aus § 241 Nr 3, 2 Alt iVm § 23 Abs 5 die Nichtigkeit des satzungsändernden Beschlusses.²⁴⁶ Umstritten ist, ob die entsprechenden Satzungsnormen geheilt werden oder weiterhin nichtig sind, wenn der Beschluss, auf dem sie beruhen, nach § 242 geheilt wird.²⁴⁷ **71**

²⁴¹ Zur Angabe in Euro siehe oben I.3., Rdn 30 und III.3., Rdn 62 f.

²⁴² Unzutreffend *KK/Mertens*² 25, §§ 97–99, 40, Anh § 117 D MitbestErgG, 10, der auf den bereits durch Gesetz vom 20.12.1988 (BGBl I 2312 ff, Nr 7) aufgehobenen § 12 MitbestErgG verweist, dessen Regelungen seit dem in §§ 5 Abs 1, 6 Abs 1 MitbestErgG enthalten sind (vgl BGBl I 2312 ff, Nr 4, 5). Richtig aber *KK/Mertens*² § 96, 9.

²⁴³ *KK/Mertens*² 16, Vor § 95, 16; Münch-KommAktG/*Semler* 54; *J. H. Geßler* 4; *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 3; *Nirk HdbAG*³ Teil I Rdn 819; *Schilling* in Voraufgabe § 250, 5, für Satz 1 und 3 auch *Hüffer*⁶ 5 und *ErfK/Oetker*⁵ § 95 AktG, 5, die

allerdings beide auch im Fall von Satz 2 und 4 als Rechtsfolge die Geltung der gesetzlichen Regelung annehmen; für Überschreitung der Höchstzahlen auch: *Geßler/Hüffer* § 250, 19; *KK/Zöllner*¹ § 250, 28; siehe auch *K. Schmidt*, unten § 250, 17. Abzustellen ist auf die höchstzulässige Zahl, vgl MünchKommAktG/*Hüffer* § 250, 10.

²⁴⁴ *K. Schmidt*, unten § 250, 17.

²⁴⁵ Vgl *KK/Zöllner*¹ § 241, 28 ff.

²⁴⁶ Im Einzelnen str, Einzelheiten und Meinungsstand: *KK/Zöllner*¹ § 241, 53 ff, insb 56; *Geßler/Hüffer* § 241, 49, offen gelassen von BGHZ 99, 211, 216 f.

²⁴⁷ Für Heilung: BGHZ 99, 211, 217 f; *K. Schmidt*, unten § 242, 8, *Röbriicht*, oben § 23, 204 mit Hinweis auf Löschung von

- 72** An die Stelle der nichtigen Satzungsbestimmung tritt die gesetzlich vorgesehene Regelgröße von drei Mitgliedern.²⁴⁸ Das ist allerdings für den Fall einer die gesetzliche Höchstzahl überschreitenden Satzungsbestimmung bestritten. Teilweise wird angenommen, dass dann die jeweilige gesetzliche Höchstzahl gelte.²⁴⁹ Dies kann dem § 250 Abs 1 Nr 3 indes nicht entnommen werden.²⁵⁰ Die Vorschrift erklärt nur die Wahl der unter Verstoß gegen die Höchstzahl des Satz 4 gewählten Aufsichtsratsmitglieder für nichtig. Auch eine Analogie zu § 250 Abs 1 Nr 3 scheidet aus. Die Frage des Schicksals der zu viel gewählten Aufsichtsratsmitglieder, also des konkreten Wahlbeschlusses, ist mit dem hier in Rede stehenden Fall der Nichtigkeit abstrakter Satzungsnormen nicht vergleichbar (dazu auch unten III.5.d., Rdn 77 ff).²⁵¹
- 73** Von der Wirksamkeit der Satzungsbestimmung zu unterscheiden ist die Frage, wie sich die Nichtigkeit der Satzungsbestimmung auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder auswirkt. Einigkeit besteht darin, dass Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter gleich zu behandeln sind.²⁵² Strittig ist, ob die Wahl im Hinblick auf die über den Normalbestand von drei Mitgliedern hinausgehenden Personen nichtig ist. Es liegt jedoch keine dem Nichtigkeitsgrund des § 250 Abs 1 Nr 3 entsprechende Lage vor.²⁵³ Ebenso wenig lässt sich aus der Tatsache der Nichtigkeit der Satzungsbestimmung der Schluss ziehen, dass damit die auf dieser Grundlage vorgenommenen Wahlen eo ipso ebenfalls nichtig sind.²⁵⁴ Vielmehr ist die Lage damit vergleichbar, dass die Satzung keine über die Normalzahl hinausgehende Regelung enthält und dennoch mehr als drei Mitglieder gewählt werden. In diesem Fall ist lediglich ein Anfechtungsgrund gegeben, da das Gesetz mit der in § 250 Abs 1 Nr 3 ausgesprochenen Nichtigkeitsfolge nur die Einhaltung der gesetzlichen Höchstzahl sichern will.²⁵⁵
- 74** Nichtigkeit tritt allerdings ein, wenn nicht nur mehr als drei Mitglieder gewählt werden, sondern auch die nach Satz 4 zulässige Anzahl der Aktionärsvertreter überschritten wird. Werden bei der so genannten Block- oder Listenwahl mehrere Aufsichtsratsmitglieder unter Verstoß gegen die gesetzliche Höchstzahl gewählt, ist der gesamte Beschluss nichtig.²⁵⁶

b) Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl

- 75** Setzt sich der Aufsichtsrat aus weniger als drei Mitgliedern zusammen, so ist er nicht mehr beschlussfähig (oben III.1., Rdn 57). Unterschreitet die Mitgliederzahl die in der Satzung bestimmte höhere Zahl, bleibt das zunächst ohne Folgen für die Beschlussfähigkeit, solange noch die Hälfte der in der Satzung vorgesehenen Mitgliederzahl an der

Amts wegen gem § 144 Abs 2 FGG jeweils mwN; dagegen: KK/Mertens² 16, Vor § 95, 16; MünchKommAktG/Semler 54; teilweise auch Stein ZGR 1994, 472, 481, 488.

²⁴⁸ Meyer-Landrut in Voraufgabe 3; Schilling in Voraufgabe § 250, 5; Godin/Wilhelmi⁴ 6; nun auch MünchKommAktG/Semler 54, wohl auch Hüffer⁶ 7; für Satz 2 und 3 auch Geßler/Geßler 19 und KK/Mertens² 16.

²⁴⁹ KK/Mertens² 16; Geßler/Geßler 21.

²⁵⁰ So aber KK/Mertens² 16; Geßler/Geßler 21.

²⁵¹ Vgl KK/Mertens² Vorb § 95, 16, grundsätzlich Stein ZGR 1994, 472 ff mwN; vgl auch K. Schmidt, unten § 250, 17.

²⁵² Ausdrücklich MünchKommAktG/Semler 59.

²⁵³ So aber MünchKommAktG/Semler 57, der eine Analogie zu den Fällen der Überschreitung der gesetzlichen Höchstzahl zieht.

²⁵⁴ So noch Godin/Wilhelmi 6; Meyer-Landrut in Voraufgabe 3; außerdem Nirk HdbAG³ Teil I Rdn 819.

²⁵⁵ Hüffer⁶ 7; KK/Zöllner¹ § 250, 29; Schilling in Voraufgabe § 250, 5; Einzelheiten bei K. Schmidt, unten § 250, 17 mwN.

²⁵⁶ KK/Mertens² 17; MünchKommAktG/Semler 58; Hüffer⁶ 7.

Beschlussfassung teilnimmt (§ 108 Abs 2 Satz 2) und die Satzung keine höheren Anforderungen an die Beschlussfähigkeit stellt. Bei Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl kommt eine gerichtliche Ergänzung nach § 104 in Betracht, zur Stellung des Antrags können die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet sein.

c) Verstoß gegen das Dreiteilbarkeitsgebot

Ein isolierter Verstoß gegen das Dreiteilbarkeitsgebot durch den Wahlbeschluss der Hauptversammlung ist nicht denkbar. Soweit die Satzung keine Regelung vorsieht, liegt immer auch eine Verletzung des Satz 1 vor. Wenn eine Satzungsregelung eine Abweichung von der Regelzahl des Satz 1 gestattet, ist entweder zugleich auch ein Verstoß der Satzung gegen Satz 2 (oben III.5.a., Rdn 71 f) oder aber ein Verstoß gegen die Satzung (dazu oben III.5.b., Rdn 75, unten III.5.d., Rdn 81) gegeben. In allen Fällen ist der Wahlbeschluss nur anfechtbar, sofern die gesetzliche Höchstmitgliederzahl beachtet wird. **76**

d) Überschreiten der Höchstmitgliederzahl

Wenn mit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung die gesetzliche Höchstzahl überschritten würde, tritt Nichtigkeit nach § 250 Abs 1 Nr 3 ein.²⁵⁷ Die Höchstzahlen ergeben sich aus § 95 Satz 4 (dazu oben III.3., Rdn 62 ff) sowie den sondergesetzlichen Regelungen (Satz 5), die sich nach der Höhe des Grundkapitals (§§ 4 Abs 1, 9 Montan-MitbestG, § 5 Abs 1 MitbestErgG) oder nach der Anzahl der Arbeitnehmer im Unternehmen (§ 7 Abs 1 MitbestG) richten.²⁵⁸ Die Nichtigkeit tritt auch ein, wenn auf Grund einer die Höchstzahl überschreitenden Satzungsbestimmung mehr Mitglieder als zulässig gewählt werden (oben III.5.a., Rdn 74). Bei einem Verstoß gegen die Höchstzahlen durch gerichtliche Entscheidung gilt § 250 Abs 1 Nr 3 nicht.²⁵⁹ Zum Verstoß durch Entsendung, siehe § 101 V.3., Rdn 129 ff. Wegen der Diskrepanz zwischen Grundkapital und entsprechender Höchstzahl, die erst nach der Wahl durch eine Kapitalherabsetzung erfolgt, siehe unten III.6.c.bb., Rdn 100.

Für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge gilt Folgendes:²⁶⁰ Es ist nur die Wahl derjenigen Mitglieder nichtig, die zeitlich nach dem Erreichen der gesetzlichen Höchstzahl gewählt wurden. Falls eine zeitliche Reihenfolge nicht festgestellt werden kann, ist die gesamte Wahl nichtig, es sei denn, es ist zum Zeitpunkt der Wahl auf andere Weise eindeutig ersichtlich, welchen Kandidaten die Hauptversammlung den Vorrang einräumen will. Somit ist nach dem jeweiligen Wahlverfahren zu differenzieren: Werden die Aufsichtsratsmitglieder in getrennten Wahlgängen gewählt (Einzelwahl), so ist nur die Wahl derjenigen Mitglieder nichtig, die zeitlich nach Eintritt der Höchstgrenze gewählt werden. Lässt sich dagegen wegen eines einzigen Wahlaktes bei einer Blockwahl (Listen- oder Globalwahl) keine zeitliche Reihenfolge ausmachen und werden mehrere Aufsichtsratsmitglieder in einem Beschluss unter Verstoß gegen Satz 4 gewählt, so ist der gesamte Beschluss nichtig.²⁶¹ **78**

Geschieht eine Bestellung im Hinblick auf das bevorstehende Ausscheiden bisheriger Aktionärsvertreter, ist insofern von einer wirksamen aufschiebenden Bestellung auszugehen.²⁶² **79**

²⁵⁷ Dazu K. Schmidt, unten § 250, 17 f.

²⁵⁸ Siehe dazu im Einzelnen § 96 II. 2., Rdn 11 ff.

²⁵⁹ Siehe K. Schmidt, unten § 250, 19 sowie § 104 V.3., Rdn 103.

²⁶⁰ Dazu auch K. Schmidt, unten § 250, 18.

²⁶¹ MünchKommAktG/Semler 57, 58; Hüffer⁶ 7; KK/Mertens² 17; Meyer-Landrut in Vorauflage 3.

²⁶² KK/Mertens² 20.

- 80** Die Hauptversammlung überschreitet die zulässige Höchstzahl von Aufsichtsratsmitgliedern bereits dann, wenn sie mehr Aktionärsvertreter in den Aufsichtsrat bestellt als sie nach den für die personelle Zusammensetzung maßgeblichen Vorschriften (§ 96 Abs 2) zu wählen hat. Der Einwand, dass noch nicht gewählte Arbeitnehmervertreter bzw noch nicht entsandte Mitglieder nicht zu berücksichtigen seien, geht fehl, da ansonsten der Zeitfaktor über den Eintritt der Nichtigkeitsfolge entscheiden würde. Zudem käme man zu einem nicht akzeptablen Ergebnis, sollte erst die Wahl der Arbeitnehmervertreter – falls sie von der Hauptversammlung vorgenommen würde – nichtig sein.²⁶³
- 81** Eine Wahl unter Überschreitung einer satzungsmäßigen Höchstzahl, die sich zugleich im Rahmen des Gesetzes bewegt, ist lediglich anfechtbar (§ 251 Abs 1 Satz 1).²⁶⁴ Etwas anderes gilt, wenn in mitbestimmten Gesellschaften die Wahl zugleich zu einer gesetzeswidrigen personellen Zusammensetzung führt. Es liegt dann in jedem Fall ein Nichtigkeitsgrund nach § 250 Abs 1 Nr 1 vor.²⁶⁵ Bei einer Einzelwahl greift der Nichtigkeitsgrund des § 250 Abs 1 Nr 3 ein, bis zur Höchstgrenze der Aufsichtsratsmitglieder liegt eine gültige Aufsichtsratswahl vor. Bei Anwendung des Nichtigkeitsgrundes des § 250 Abs 1 Nr 1 wäre dagegen grundsätzlich die gesamte Wahl nichtig.²⁶⁶

e) Mitbestimmungsrechtliche Besonderheiten

- 82** Auf Grund der anderen Besetzungsregeln gelten die vorstehend (III.5.a–d., Rdn 71 ff) gemachten Ausführungen für mitbestimmte Gesellschaften nur eingeschränkt. Bei nach dem MitbestG 1952, Montan-MitbestG und dem MitbestErgG mitbestimmten Gesellschaften entfallen Verletzungen des Dreiteilungsgebots. Ansonsten gilt jedoch auch hier die Regelung des § 250. Steht eine Satzungsbestimmung nicht mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang, so ist sie nichtig,²⁶⁷ bei erstmaliger Anwendung des MitbestG gelten Besonderheiten, § 37 Abs 1 Satz 1 MitbestG.²⁶⁸

6. Änderung der Besetzung bei Vergrößerung und Verkleinerung des Aufsichtsrats

a) Problemstellung²⁶⁹

- 83** Die Frage einer Neubesetzung des Aufsichtsrats stellt sich zunächst in dem Fall, dass die Vorschriften über die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder direkt durch Neufassung oder Neuaufnahme entsprechender Satzungsbestimmungen (oder gesetzlicher Vorschriften) geändert werden und dadurch die tatsächliche Besetzung des Aufsichtsrats nicht mehr den Satzungsvorschriften entspricht.
- 84** Zu einer indirekten Änderung der Vorgaben über die Aufsichtsratsbesetzung kann es durch eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals kommen. Das ist der Fall, wenn die Aktiengesellschaft dadurch einer anderen Grundkapitalgruppe des Satz 4 zuzu-

²⁶³ K. Schmidt, unten § 250, 18; KK/Zöllner¹ § 250, 30, 32.

²⁶⁴ HM, so schon RG LZ 1931, Sp 448, 451; J. H. Geßler 4; Godin/Wilhelmi⁴ 7; KK/Zöllner¹ § 250, 22; Meyer-Landrut in Vorauflage 3; so auch MünchKommAktG/Semler 65; KK/Mertens² 21, der aber zu Unrecht auf § 243 Abs 1 verweist (vgl zu § 251 Abs 1 K. Schmidt, unten, § 251 Rdn 4); dazu auch oben III.5.a., Rdn 72.

²⁶⁵ KK/Mertens² 19, 21; MünchKommAktG/

Semler 64; Meyer-Landrut in Vorauflage 3; siehe auch bereits Rdn 80; näher K. Schmidt, unten § 250, 11 ff, 18.

²⁶⁶ Vgl K. Schmidt, unten § 250, 18; KK/Zöllner¹ § 250, 32.

²⁶⁷ K. Schmidt, unten § 250, 17.

²⁶⁸ Näher dazu Oetker, unten § 37 MitbestG 1, 3 f.

²⁶⁹ Zum Statusverfahren auch die Kommentierung zu § 96 Abs 2 sowie zu den §§ 97–99.

ordnen ist, mit der Folge, dass andere gesetzliche Höchstzahlen für den Aufsichtsrat gelten. Entsprechendes gilt für die Höchstzahlen nach dem Montan-MitbestG (§ 9) und dem MitbestErgG (§ 5 Abs 1). Auch hier stellt sich jeweils die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die faktische Besetzung des Aufsichtsrats den nunmehr geltenden Vorschriften angepasst werden muss. Im Anwendungsbereich des MitbestG ergibt sich dasselbe Problem durch Über- bzw Unterschreitung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahlen (vgl § 7 Abs 1 MitbestG). Darüber hinaus kann es im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze bzw des DrittelbG auf Grund der Änderung der Arbeitnehmerzahlen oder der Änderung der gesetzlichen Grundlagen zur Bildung eines Aufsichtsrats zu einem Wechsel des Mitbestimmungsregimes oder zum kompletten Wegfall der Pflicht zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats kommen (allgemein zu den Voraussetzungen einer Arbeitnehmerbeteiligung § 96 II.2., Rdn 12 ff, sowie unten III.6.d.bb., Rdn 102).

Während eine Vergrößerung des Aufsichtsrats wenige Probleme aufwirft, ergeben sich im Fall einer Verkleinerung zahlreiche, zum Teil sehr kontrovers diskutierte Schwierigkeiten. Da sich für jede Fallgestaltung eigene Probleme ergeben, kommt nur eine den Fallgestaltungen entsprechende differenzierte Lösung in Betracht:

b) Fakultative Änderung der Satzungsbestimmungen über die Mitgliederzahl

aa) Vergrößerung des Aufsichtsrats

Eine Vergrößerung des Aufsichtsrats kann direkt durch einen entsprechenden Satzungsänderungsbeschluss herbeigeführt werden. Der jeweils notwendige Hauptversammlungsbeschluss (§ 179) hat sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (dazu oben III.1., Rdn 56 ff, III.4., Rdn 68 ff) zu bewegen. Da die Satzungsänderung mit Eintragung ins Handelsregister wirksam wird (§ 181 Abs 3), ist der Aufsichtsrat ab diesem Zeitpunkt faktisch unterbesetzt. Für die Beschlussfähigkeit hat das allerdings grundsätzlich keine Folgen (siehe oben III.1., Rdn 57).

In mitbestimmungsfreien Gesellschaften kommt es zu einer direkten Vergrößerung des Aufsichtsrats entweder durch Änderung der in der Satzung festgelegten Zahl der Aufsichtsratsmitglieder oder durch erstmalige Aufnahme einer Satzungsregelung, mit der von der Regelzahl drei Satz 1, 2) abgewichen wird. Der Satzungsgeber hat allerdings die Vorgaben des § 95, insbesondere die Höchstzahlen des Satz 4, zu beachten.

Für die der Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaften ist ebenfalls eine Vergrößerung des bereits bestehenden Aufsichtsrats direkt über eine Satzungsänderung möglich. Das MitbestG 1976 schreibt zwar in § 7 Abs 1 Satz 1 die drei möglichen Größen (12, 16 oder 20 Mitglieder) für den Aufsichtsrat vor. Da es sich diese jedoch um Mindestgrößen in Abhängigkeit von der Arbeitnehmerzahl handelt, kann davon gegebenenfalls durch entsprechende Satzungsbestimmung nach oben auf eine der bis zu zwei anderen Größen abgewichen werden, soweit noch Spielraum besteht (§ 7 Abs 1 Satz 2, 3 MitbestG). Auch für die mitbestimmte Gesellschaft, deren Aufsichtsratsgröße von der Höhe des Grundkapitals abhängt, gilt, dass fakultativ über eine Satzungsänderung eine Vergrößerung herbeigeführt werden kann (vgl § 4 DrittelbG iVm § 95 Satz 2, 4 AktG; § 9 Montan-MitbestG; § 5 Abs 1 Satz 2, 3 MitbestErgG).

Sowohl bei mitbestimmungsfreien als auch bei mitbestimmten Gesellschaften können nach der Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister (siehe oben Rdn 86) die fehlenden Mitglieder nachgewählt werden.²⁷⁰ Die Bestellung der erforderlichen Mehr-

²⁷⁰ Hüffer⁶ 5; KK/Mertens² 24, Anh § 117 B
§ 7 MitbestG 6; MünchKommAktG/Semler

34; Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 66,
74; Hoffmann/Lehmann/Weinmann

mitglieder ist gleichzeitig mit dem Änderungsbeschluss möglich. Eine solche, gleichzeitige Ergänzungswahl muss dann allerdings mit der Maßgabe stattfinden, dass die neu gewählten Mitglieder erst mit Eintragung der Satzungsänderung ihr Amt antreten,²⁷¹ ansonsten wäre bis zur Eintragung der Satzungsänderung ins Handelsregister eine Überbesetzung gegeben. Für die mitbestimmungsfreien Gesellschaften hätte dies die Anfechtbarkeit der Wahlbeschlüsse nach § 251 Abs 1 Satz 1 wegen Satzungsverstoßes zur Folge,²⁷² gleiches gilt für mitbestimmte Gesellschaften. Bei den mitbestimmten Gesellschaften muss hinsichtlich der Ergänzungswahl für die Arbeitnehmervertreter das entsprechende Wahlorgan tätig werden. Das hier für alle Gesellschaftstypen befürwortete Verfahren einer vorzeitigen Ergänzungswahl ist sachdienlich und verletzt insbesondere nicht die Grundsätze der Kontinuität und Unabhängigkeit des Aufsichtsrats.¹⁷³ Als Frist für die Ergänzungswahl kann § 97 Abs 2 analog herangezogen werden.²⁷⁴

90 Streitig ist, ob in den hier genannten Fällen das Statusverfahren nach §§ 97–99 durchzuführen ist.²⁷⁵ Die Notwendigkeit eines Statusverfahrens wird vom Bundesarbeitsgericht²⁷⁶ im Anschluss an *Geßler*²⁷⁷ auch für eine Erhöhung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder durch freiwillige Satzungsänderung angenommen.²⁷⁸ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.²⁷⁹ Insbesondere ist die Annahme, dass sich die für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats maßgebende gesetzliche Grundlage mit einer Satzungsänderung geändert habe, zumindest dann abzulehnen, wenn die Satzung sich im Rahmen des gesetzlich Zulässigen hält (an die Zahlenverhältnisse des § 7 MitbestG, des § 4 Abs 1 DrittelbG iVm § 95 AktG).²⁸⁰ Vielmehr wird hier dispositives Recht mittels Satzung in Geltung gebracht. Ein Wechsel der anzuwendenden *gesetzlichen* Vorschriften (vgl § 96 Abs 2) liegt damit nicht vor.²⁸¹ Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis für die Durchführung des Statusverfahrens, da die Zuwahl ohne weitere Schwierigkeiten möglich ist.²⁸²

MitbestG § 7, 50; *Raiser* MitbestG⁴ § 7, 5; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*²¹ § 76 BetrVG 1952, 140; *Dietz/Richardi* BetrVG⁶ § 76 BetrVG 1952, 126; aA *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 15, 105, 106, die sich – allerdings in sich widersprüchlich – für eine komplette Neuwahl aussprechen; siehe auch unten Rdn 90.

²⁷¹ KGJ 28 A 216; KK/*Mertens*² 24; Münch-KommAktG/*Semler* 35; *Hüffer*⁶ 5.

²⁷² *Geßler/Geßler* 38.

²⁷³ *Hanau/Ulmer* MitbestG § 7, 16.

²⁷⁴ *Hanau/Ulmer* MitbestG § 7, 16.

²⁷⁵ Dazu auch § 97 I.3.c., Rdn 11; vgl auch unten III.6.b.bb., Rdn 97.

²⁷⁶ BAG AG 1990, 361, 362.

²⁷⁷ *Geßler/Geßler* § 96, 52.

²⁷⁸ Ebenso *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 7, 12; MünchHdbArbR/*Wißmann*² § 378, 3, § 383, 13; *Scholz/Schneider* GmbHG⁹ § 52, 35 (für die GmbH); in analoger Anwendung *Oetker* ZHR 149 (1985), 575, 585.

²⁷⁹ Im Ergebnis wie hier: OLG Hamburg (für eine GmbH) OLGZ 89, 32, 34 = WM 1988, 1487, 1488; *Hüffer*⁶ 5; KK/*Mertens*² 26 und §§ 97–99, 40; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² § 28, 54; *Vetter* in *Marsch-Barnier/Schäfer* (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 22; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 15 und § 7, 15; *Raiser* MitbestG⁴ § 7, 5; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 7, 48; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 150; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 76 BetrVG 1952, 26; *Rosendahl* AG 1985, 325, 328 f; *Martens* DB 1978, 1065, 1068 f; *Meier* NZG 2000, 190; für die GmbH: *Baumbach/Hueck/Zöllner* GmbHG¹⁷ § 52, 92 und MünchHdb-GmbH/*Marsch-Barnier/Diekmann* § 48, 143.

²⁸⁰ Dazu auch unten III.6.b.bb., Rdn 97, 103 f.

²⁸¹ Zur Kritik KK/*Mertens*² 26; vgl auch *Hüffer*⁶ § 97, 3; dazu auch § 97 I.3.c., Rdn 11.

²⁸² *Raiser* MitbestG⁴ § 7, 5.

bb) Verkleinerung des Aufsichtsrats

Eine Verminderung der Aufsichtsratssitze ist grundsätzlich ebenso wie eine Erhöhung auf freiwilliger Basis durch entsprechende Satzungsänderung möglich. Da für alle Gesellschaften die gesetzlichen Zahlen, soweit sie überhaupt dispositiv sind, Mindestzahlen darstellen,²⁸³ kommt eine Verminderung allerdings nur dann in Betracht, wenn zuvor durch Satzung von den gesetzlichen Vorgaben nach oben abgewichen wurde und diese Änderung nunmehr im Sinne einer Verringerung der Sitzzahl wieder geändert werden soll.

Bei mitbestimmungsfreien Gesellschaften und solchen, die der drittelparitätischen Mitbestimmung des DrittelbG (früher BetrVG 1952) unterliegen, darf bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats die Zahl drei Aufsichtsratsmitgliedern nicht unterschritten werden.

Bei den paritätisch und qualifiziert mitbestimmten Gesellschaften bestehen geringere Handlungsspielräume für den Satzungsgeber: Nach dem MitbestG sind überhaupt nur je drei Aufsichtsratsgrößen gesetzlich zulässig und damit maximal zwei Alternativgrößen mit geringerer Besetzung. Da diese Zahlen zugleich Mindestzahlen²⁸⁴ in Abhängigkeit der Arbeitnehmerzahlen sind, ist eine fakultative Verringerung unter Umständen ganz ausgeschlossen, insbesondere dann, wenn die Gesellschaft hinsichtlich ihrer Belegschaftsstärke der obersten Zahlengruppe angehört. Nach dem Montan-MitbestG sind drei, nach dem MitbestErgG nur zwei Größen zulässig, die jeweils vom Grundkapital abhängen.

Einzelheiten bei der Verkleinerung des Aufsichtsrats infolge einer freiwilligen Satzungsänderung sind sehr umstritten. Parallelprobleme und eine annähernd synchron verlaufende Kontroverse ergeben sich im Fall einer gesetzlich notwendigen Aufsichtsratsverkleinerung wegen Herabsetzung des Grundkapitals oder Absinken der Arbeitnehmerzahlen (dazu unten III.6.d.bb., Rdn 102 ff). Es geht vor allem um die Frage, wann die Satzungsänderung wirksam wird und nach welchem Verfahren die dann überzähligen Mitglieder ausscheiden. Vereinzelt wird vertreten, dass eine Satzungsänderung ihre Wirkungen unmittelbar mit der Eintragung in das Handelsregister entfaltet (§ 181 Abs 3) und zu einem automatischen Ausscheiden derjenigen Mitglieder des Aufsichtsrats mit der jeweils geringsten Stimmenzahl führen.²⁸⁵

Nach anderer, vor allem in der älteren Literatur vertretenen Meinung wird eine Orientierung an bisherigen Überleitungsvorschriften (§§ 8 EGAktG 1937, § 63 DMBilG, § 89 BetrVG 1952 und § 12 EGAktG 1965), die der Gesetzgeber bei Änderung der gesetzlichen Zahl der Aufsichtsratsmitglieder angewendete, und deren analoge Anwendung vorgeschlagen.²⁸⁶ Verlangt wird eine alsbaldige Anpassung der Aufsichtsratsgröße, alle Aufsichtsratsämter sollen nach Beendigung der nächsten Hauptversammlung nach Eintragung der Satzungsänderung erlöschen.²⁸⁷ Diese Auffassung führt dazu, dass bei einer während des Laufs einer Amtsperiode beschlossenen Verkleinerung des Aufsichtsrats mit der Beendigung der über die Entlastung beschließenden Hauptversammlung ein Mandatsverlust sämtlicher Mitglieder eintritt und sodann eine (außerordentliche) Neuwahl

²⁸³ Vgl § 95 Satz 1, 2; § 76 BetrVG 1952 iVm § 95 Satz 1, 2; § 7 Abs 1 MitbestG; §§ 4 Abs 1, 9 Montan-MitbestG; § 5 Abs 1 MitbestErgG; siehe aber Rdn 93, Fn 284.

²⁸⁴ KK/Mertens² § 96, 4.

²⁸⁵ Dietz/Richardi BetrVG⁶ § 76 BetrVG 1952,

125 mwN; Nikisch Arbeitsrecht III², S 612; Schmidt/Seydel/Koehler BB 1953, 474.

²⁸⁶ So Godin/Wilhelmi⁴ 4; Meyer-Landrut in Voraufgabe 4; Kuhn NJW 1965, 2186, 2187.

²⁸⁷ S Godin/Wilhelmi⁴ 4; Meyer-Landrut in Voraufgabe 4 mwN.

erforderlich ist, die den veränderten Verhältnissen Rechnung trägt. Von dieser automatischen Beendigung soll abgesehen werden können, wenn eine genügende Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern ihr Mandat niederlegt oder aber ein Abberufungsverfahren nach § 103 bzw nach §§ 12 DrittelbG, 23 MitbestG, 11 Abs 2 Montan-MitbestG, 10m Mitbest-ErgG Erfolg hat und die Anzahl der Mitglieder infolgedessen der geminderten Aufsichtsratsgröße entspricht. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 in einer Entscheidung zum damals noch geltenden BetrVG 1952 die Anwendung des Statusverfahrens gefordert.²⁸⁸

- 96 Richtig erscheint es, grundsätzlich von der Fortdauer einer wirksamen Bestellung auszugehen, hinsichtlich der Möglichkeit der Amtsbeendigung aber zwischen mitbestimmten und mitbestimmungsfreien Aufsichtsräten zu unterscheiden. Bei Aufsichtsräten mit Arbeitnehmerbeteiligung ist mit der wohl²⁸⁹ überwiegenden Ansicht davon auszugehen, dass Satzungsänderungen, die während des Laufs einer Amtsperiode die Verkleinerung des Aufsichtsrats beschließen, erst nach Ablauf der normalen Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder für die darauf folgende gesetzliche Neuwahl zu beachten sind.²⁹⁰ Bis dahin bleiben alle Aufsichtsratsmitglieder, Arbeitnehmervertreter ebenso wie Anteilseignervertreter, im Amt. Nach dem OLG Dresden²⁹¹ gelten diese Grundsätze auch für bereits gewählte, aber noch nicht im Amt befindliche Arbeitnehmervertreter. Auch wenn der Deutsche Corporate Governance Kodex nunmehr eine Wahl bzw Neuwahl der Aufsichtsratsmitglieder zu unterschiedlichen Zeitpunkten anregt (Ziffer 5.4.4 Deutscher Corporate Governance Kodex), sprechen die sonst eröffneten Manipulationsmöglichkeiten für diese herrschende Lehre und neuere Rechtsprechung. Nach den übrigen Meinungen wäre es möglich, durch Verkleinerung der Aufsichtsratsgröße missliebige Arbeitnehmervertreter aus dem Aufsichtsrat herauszudrängen.²⁹² Die Möglichkeit einer nachträglichen Einflussnahme der Anteilseigner auf die rechtliche Stellung der Arbeitnehmervertreter ist mit dem System des Mitbestimmungsrechts nicht zu vereinbaren,²⁹³ wenn sie nicht auf einer anderweitig motivierten unternehmerischen Entscheidung

²⁸⁸ BAG AG 1990, 361, 362. So auch Geßler/*Geßler* 28 ff; *Wißmann* DB 1989, 426, 427; MünchHdbArbR/*Wißmann*² § 378, 3; für analoge Anwendung: *Oetker* ZHR 149 (1985), 575, 577 mwN.

²⁸⁹ Vgl BAG AG 1990, 361, 362: „mit Abstand am häufigsten vertretenen Auffassung“; ebenso bereits LAG Düsseldorf, AG 1989, 66, 67.

²⁹⁰ OLG Dresden, ZIP 1997, 589, 591; OLG Hamburg (für eine GmbH) OLGZ 89, 32, 37 = WM 1988, 1487, 1490; LAG Düsseldorf AG 1989, 66, 67 f; wohl auch BAG (obiter) AG 1990, 361, 362; *KK/Mertens*² 26; MünchKommAktG/*Semler* 43 ff; *Hüffer*⁶ 5, § 97, 3; *Baumbach/Hueck*¹³ 5; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² § 28, 54; *Obermüller/Werner/Winden/Butzke*⁴ Rdn J 19 ff; *Vetter* in *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 25, 71; *GK-BetrVG*⁴/*Kraft* § 76 BetrVG 1952, 25 f; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*²¹ § 76 BetrVG 1952, 140; *Henssler/Willem-*

sen/Kalb/Seibt § 76 BetrVG 1952, 25; *Dreher* EWiR 1997, 435, 436; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 7, 16; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 7, 53; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 147; nunmehr auch *Raiser* MitbestG⁴ § 7, 5 unter Aufgabe der abweichenden Ansicht der 2. Auflage, Fn 14; mwN; für die GmbH: *Lutter/Hommelhoff GmbHG*¹⁶ § 52, 26; *Scholz/Schneider GmbHG*⁹ § 52, 186.

²⁹¹ OLG Dresden ZIP 1997, 589, 591; vgl Anm *Dreher* in EWiR 1997, 435, 436; vgl Anm *Kindl* in WiB 1997, 699.

²⁹² LAG Düsseldorf AG 1989, 66, 67 f; *Baumbach/Hueck*¹³ 5; *KK/Mertens*¹ 21; vgl auch I.4., Rdn 31; dazu auch BAG AG 1990, 361, 362.

²⁹³ OLG Hamburg (für eine GmbH) OLGZ 89, 32, 37 = WM 1988, 1487, 1490; OLG Dresden ZIP 1997, 589, 591.

beruht, wie dies insbesondere bei einer Umwandlung der Fall ist. Im Hinblick auf die Wahl aller Arbeitnehmervertreter zu einem einheitlichen Termin, lässt sich kein zwingender Grund dafür finden, bereits zu einem früheren Zeitpunkt als der nächsten turnusgemäßen Neuwahl der Arbeitnehmervertreter Konsequenzen aus der Satzungsänderung zu ziehen.²⁹⁴ Auch die Steigerung der Effektivität des Aufsichtsrats durch eine Verkleinerung des Gremiums rechtfertigt keinen solchen Eingriff in die Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter. Dieser Normzweck trifft zwar nur Arbeitnehmervertreter, doch können Anteilseignervertreter nicht schlechter behandelt werden. In mitbestimmungsfreien Gesellschaften ist ein solcher Vertrauensschutz nicht nötig. Die Anteilseignervertreter bleiben zwar ebenfalls im Amt,²⁹⁵ können aber jederzeit nach § 103 auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden.²⁹⁶ Scheiden Anteilseignervertreter in nicht hinreichender Zahl aus, bleiben die übrigen im Amt, aber neue können nicht zugewählt werden.²⁹⁷

Die Durchführung des Statusverfahrens nach §§ 96–98 bei mitbestimmten Unternehmen²⁹⁸ ist aus den bereits oben III.6.b.aa., Rdn 90 angegebenen Gründen abzulehnen.²⁹⁹ Bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats spricht auch das dem Statusverfahren zu Grunde liegende Kontinuitätsprinzip für die herrschende und auch hier vertretene Meinung, nach der wegen der Wahrung der Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrats vom Fortbestand der Aufsichtsratsmandate bis zur nächsten ordentlichen Neubestellung ausgegangen wird. Zutreffend wird sogar die Rechtsstellung von Arbeitnehmervertretern geschützt, die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Satzungsänderung zwar noch nicht im Amt, aber schon gewählt sind.³⁰⁰ Soweit sich das BAG für die Anwendbarkeit des Statusverfahrens ausspricht,³⁰¹ dürfte damit ein Verfahren zum Ende der Amtszeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gemeint sein. Ein solches erscheint indes auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht erforderlich, wird aber empfohlen.³⁰²

Beim „staggered board“ (Ziffer 5.4.4 Deutscher Corporate Governance Kodex) ist zu unterscheiden. Werden sowohl Anteilseigner- als auch Arbeitnehmervertreter zu verschiedenen Zeitpunkten gewählt, so kann den neuen Anforderungen in der Regel bei der ersten anstehenden Neubestellung Rechnung getragen werden. Werden nur die Anteilseignervertreter zeitversetzt bestellt, kann ein vorzeitiges Ausscheiden einiger Aufsichtsratsmitglieder nicht stets vermieden werden. Erklärt sich gegebenenfalls nicht eine ausrei-

²⁹⁴ Anders bei der Kapitalherabsetzung, hierzu unten III.6.c.bb., Rdn 100.

²⁹⁵ MünchKommAktG/Semler 38; KK/Mertens² 25; Hüffer⁶ 5.

²⁹⁶ KK/Mertens² 27; Geßler/Geßler 32; Hüffer⁶ 5, für die Notwendigkeit eines Statusverfahrens Oetker ZHR 149 (1985), 575, 586.

Nach MünchKommAktG/Semler 38 gibt es keine Gesetzesvorschrift, die ein Ausscheiden satzungsmäßig überzähliger Aufsichtsratsmitglieder bewirkt.

²⁹⁷ MünchKommAktG/Semler 39.

²⁹⁸ So Geßler/Geßler 28 ff; ebenso Wißmann DB 1989, 426, 427; MünchHdbArbR/Wißmann² § 383, 13, der bei bloßer Satzungsänderung eine analoge Anwendung annimmt, so auch noch Oetker ZHR 149 (1985), 575, 577 mwN, vgl nunmehr dens

ZGR 2000, 19, 21 f; dazu auch § 97 I.3.c., Rdn 11 und I.3.e., Rdn 23.

²⁹⁹ OLG Dresden ZIP 1997, 589, 591; OLG Hamburg OLGZ 89, 32, 33 ff = AG 1989, 64, 65; KK/Mertens² 26; MünchKommAktG/Semler 41, 46; Hüffer⁶ 5; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 54; Vetter in Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 22; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 15; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 7, 51; Göz ZIP 1998, 1523, 1526, so wohl auch LAG Düsseldorf AG 1989, 66, 67.

³⁰⁰ OLG Dresden ZIP 1997, 589, 591.

³⁰¹ BAG AG 1990, 361, 362.

³⁰² KK/Mertens² 26; MünchKommAktG/Semler 46.

chende Anzahl von Anteilseignervertretern zur vorzeitigen Amtsniederlegung bereit und wird sie auch nicht nach § 103 abberufen, so wird der Vorstand ausnahmsweise befugt und verpflichtet sein, die gesetzliche Parität mit einem Statusverfahren herbeizuführen.

c) **Änderung der gesetzlichen Mitgliederzahlen wegen Änderung des Grundkapitals**

aa) **Vergrößerung des Aufsichtsrats**

- 99** Durch eine Erhöhung des Grundkapitals wird eine Vergrößerung des Aufsichtsrats ermöglicht, wenn und soweit die Aktiengesellschaft damit in eine andere Gruppe der angegebenen Schwellenzahlen gelangt. Die Kapitalerhöhung allein bewirkt allerdings in der Regel nicht die Vergrößerung des Aufsichtsrats. Dafür muss durch entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss eine erhöhte Zahl in der Satzung vorgesehen werden,³⁰³ vgl III.6.b.aa., Rdn 86 ff. Das betrifft sowohl die mitbestimmungsfreien als auch die Gesellschaften, die der unternehmerischen Mitbestimmung nach dem DrittelbG, dem Montan-MitbestG und dem MitbestErgG unterliegen (zum MitbestG unten III.6.d., Rdn 101 ff).

bb) **Verkleinerung des Aufsichtsrats**

- 100** Verringert sich im Fall einer Kapitalherabsetzung das Grundkapital einer Gesellschaft derart, dass für den Aufsichtsrat nunmehr nach Satz 4 eine niedrigere Höchstzahl gilt, so ist streitig, welche Folgen sich für einen dann faktisch überbesetzten Aufsichtsrat ergeben (zum Parallelproblem bei der Verkleinerung durch freiwillige Satzungsänderung oben III.6.b.bb., Rdn 94 ff). Hinsichtlich des Zeitpunkts und des Verfahrens des Ausscheidens der überzähligen Mitglieder werden die zur freiwilligen Satzungsänderung angeführten Meinungen³⁰⁴ für den Fall der Kapitalherabsetzung ebenso vertreten. Auch bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats infolge einer Herabsetzung des Grundkapitals ist zwischen mitbestimmten und mitbestimmungsfreien Gesellschaften zu unterscheiden. Bei einer mitbestimmungsfreien Gesellschaft erscheint es grundsätzlich richtig, dass die Aufsichtsratsmitglieder bis zum Ende der regulären Amtszeit im Amt bleiben und die veränderten Höchstzahlen erst bei der Neuwahl der Aufsichtsratsmitglieder zu beachten sind.³⁰⁵ Zwar kann die Kapitalherabsetzung in ihrer Wirksamkeit nicht wie eine Veränderung der Satzungsbestimmung über die Aufsichtsratsgröße auf den Zeitpunkt der Amtsbeendigung aufgeschoben werden. Die Folgen, soweit sie die Besetzung des Aufsichtsrats betreffen, können aber sehr wohl aufgeschoben werden. Die Aufsichtsratsmitglieder verlieren ihr Amt nicht automatisch mit der Satzungsänderung. Sie können im mitbestimmungsfreien Aufsichtsrat aber jederzeit nach § 103 abberufen werden. Ein Statusverfahren kann mangels Wechsels des Mitbestimmungsstatuts nicht durchgeführt werden. Im mitbestimmten Aufsichtsrat ist das Statusverfahren durchzuführen, da es zu einer Geltung anderer Vorschriften kommt (§ 97).³⁰⁶ Anders als bei der Satzungsände-

³⁰³ KK/Mertens² 23; MünchKommAktG/Semler 36; Hüffer⁶ 5.

³⁰⁴ Siehe dort III.6.b.bb., Rdn 94 ff.

³⁰⁵ Hüffer⁶ 5; KK/Mertens² 25; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 142, vgl ferner OLG Hamburg (für eine GmbH, allerdings für den Fall einer fakultativen Verringerung) OLGZ 89, 32, 37 = WM 1988, 1487, 1490; wohl auch BAG

(obiter) AG 1990, 361, 362, auf Satzungsänderungen beschränkt aber Hanau/Ulmer MitbestG § 7, 16.

³⁰⁶ KK/Mertens² 25; Hüffer⁶ 5; Löwisch in: FS Schlechtriem 2003, S 833, 849; aA wohl MünchKommAktG/Semler 41, dazu auch unten § 97 I.3.c., Rdn 11. Gegen eine Unterscheidung mitbestimmter und mitbestimmungsfreier Gesellschaften Göz ZIP 1998, 1523, 1525.

zung, die an der einschlägigen Norm nichts ändert, ist bei der Kapitalherabsetzung auf eine andere Alternative des Satz 4 abzustellen. Zutreffend ist das Statusverfahren auch bei einem Wechsel innerhalb eines Mitbestimmungsmodells anwendbar. Im Geltungsbe-
reich des MitbestG tritt dieses Problem allerdings nicht in Bezug auf Kapitalkennziffern
auf, da sich hier die Größe nicht nach dem Grundkapital, sondern nach den Arbeitneh-
merzahlen richtet (§ 7 MitbestG unten III.6.d., Rdn 101 ff, näher dazu *Oetker*, unten § 7
MitbestG Rdn 7 ff).

d) Änderung der gesetzlichen Mitgliederzahlen wegen Änderung der Arbeitnehmerzahlen

aa) Vergrößerung des Aufsichtsrats

Bei Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen, ist zwingend eine Anpassung der **101**
Aufsichtsratsgröße vorzunehmen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer die in § 7 Abs 1
MitbestG vorgegeben Schwellenzahlen übersteigt. Ähnlich wie im Fall der Verkleinerung
des mitbestimmten Aufsichtsrats bei Unterschreitung der Schwellenzahlendes des § 7
MitbestG (unten III.6.d.bb., Rdn 103) ist auch hier das Statusverfahren nach §§ 97 ff
durchzuführen.³⁰⁷

bb) Verkleinerung des Aufsichtsrats

Ein ähnliches Problem wie bei der Kapitalherabsetzung (oben III.6.c.bb., Rdn 100) **102**
entsteht im Fall des Herabsinkens der Arbeitnehmerzahlen unter die im DrittelbG, im
MitbestG, und in den Montanmitbestimmungsgesetzen genannten Schwellenzahlen, was
zB bei Umstrukturierungen des Unternehmens oder wegen § 5 MitbestG,³⁰⁸ § 2 Abs 2
DrittelbG bei Ausscheiden eines Unternehmens aus dem Konzernverbund³⁰⁹ der Fall sein
kann. Fällt das Unternehmen dabei aus der Mitbestimmung heraus, so ist das Statusver-
fahren einzuleiten. Das gilt auch, wenn gegen die Beschlüsse der Umstrukturierungen, die
zu einem Herausfallen aus der Mitbestimmung geführt haben, noch Anfechtungsklagen
rechtshängig sind.³¹⁰

Abweichend von dem zur Satzungsänderung eingenommenen Standpunkt kann das **103**
Statusverfahren beim nach dem MitbestG mitbestimmten Aufsichtsrat anzuwenden
sein.³¹¹ Zwar ist strittig, ob §§ 97 ff ausschließlich beim Wechsel des gesetzlichen Mitbe-
stimmungsmodells Anwendung finden. Nach richtiger Auslegung ist aber davon auszu-
gehen, dass auch Änderungen innerhalb eines Mitbestimmungsmodells zur Einleitung

³⁰⁷ OLG Hamburg (für eine GmbH) OLGZ 89, 32, 33 f = WM 1988, 1487, 1488; vgl auch OLG Düsseldorf DB 1978, 1358, 1359; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 6, 13, § 7, 9; *Hoffmann/Lehmann/Weimann* MitbestG § 7, 48, § 37, 5; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 6 MitbestG, 4; *Hüffer*⁶ 5; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 53; *MünchHdbArbR/Wißmann*² § 378, 2; *Raiser* MitbestG⁴ § 6, 5, § 7, 5; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 14 mwN; *Löwisch* in: FS Schlechtriem 2003, S 833, 849; uneinheitlich *KK/Mertens*², wie hier: Anh § 117 B § 7 MitbestG 6, anders dagegen §§ 97–99, 40, wo er sich für die Durchführung des

Statusverfahrens bei Unterschreitung der Schwellenzahlen ausspricht; ausführlich dazu *Oetker*, unten § 7 MitbestG, 7, siehe auch *Oetker*, unten § 5 MitbestG, 52 mwN.

³⁰⁸ Zur Berechnung der Arbeitnehmerzahlen im Konzernverbund *Oetker*, unten § 5 MitbestG, 3 ff.

³⁰⁹ Näher dazu *Oetker*, unten § 5 MitbestG, 50 f; vgl auch § 98 II.3.a., Rdn 15.

³¹⁰ LG Mainz, DB 1998, 2052 f; zustimmend *Oetker* ZGR 2000, 19, 20.

³¹¹ Gegen eine Unterscheidung mitbestimmter und mitbestimmungsfreier Gesellschaften *Göz* ZIP 1998, 1523, 1525.

des Statusverfahrens führen können.³¹² Solange die Besetzung noch im gesetzlichen Rahmen liegt, der durch die Satzung ausgefüllt werden kann (vgl zB bei § 7 MitbestG die Relation zwischen Arbeitnehmerzahl und möglicher Besetzung), ist eine Neuzusammensetzung dann nicht herbeizuführen, wenn die Satzung eine entsprechende Regelung vorsieht.³¹³ Entspricht aber die für die faktische Zusammensetzung zu Grunde zu legende Zahl der Arbeitnehmer nicht mehr der tatsächlich vorliegenden Größe, ist eine Anpassung der Aufsichtsratsbesetzung auf dem dafür vorgesehenen Weg nach §§ 97 ff vorzunehmen.

- 104** Daraus folgt, dass im Fall des § 7 MitbestG, wenn die Arbeitnehmerzahl unter die angegebenen Schwellenwerte von 10.000 bzw 20.000 sinkt, die Satzung aber den größeren Aufsichtsrat vorgesehen hat, das Statusverfahren nicht durchzuführen ist.³¹⁴ Eine Verringerung der Aufsichtsratsgröße ist nicht zwingend geboten, da insoweit eine Satzungs-kompetenz gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 und 3 MitbestG besteht (vgl auch § 97 I.3.c., Rdn 9).

IV. Europäische Gesellschaft (SE)

1. Rechtsgrundlagen und Bedeutung

a) SE-Verordnung und Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer

- 105** Die Europäische Gesellschaft (SE)³¹⁵ basiert auf der Verordnung über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE-VO)³¹⁶ und der Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der

³¹² Siehe ausführlich *Oetker* ZHR 149 (1985) 577 ff; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² § 28, 53. Unten § 97 I.3.c., Rdn 9.

³¹³ Siehe sogleich Rdn 104, Fn 314; aA wohl *KK/Mertens*² § 97–99, 40.

³¹⁴ Ebenso *Oetker*, unten § 5 MitbestG Rdn 51; MünchKommAktG/*Semler* § 97, 24; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² § 28, 53; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 5; *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 64; *Rosendahl* AG 1985, 325; 328 f; aA *KK/Mertens*² § 97–99, 40, vgl auch Anh § 117 B § 7 MitbestG, 6, der die Größen des § 7 Abs 1 MitbestG als Höchstzahlen begreift (dazu bereits oben III.6.b.bb., Rdn 93, Fn 284); vgl Rdn 103, Fn 313; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 14 mwN. Eine Änderung der Satzung bzw der Zusammensetzung des Aufsichtsrats voraussetzend *Raiser* MitbestG⁴ § 7, 5, § 6, 5.

³¹⁵ Zur SE *Lutter* (Hrsg), Europäische Gesellschaft, 2005; *Baums/Cahn* (Hrsg), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2004; *Opu-lustil/Teichmann* (eds), The European Company, 2004; *Manz/Mayer-Schröder* (Hrsg), Europäische Aktiengesellschaft SE; *Jannot/Frodermann* Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005; *Fleischer* AcP 204

(2004) 502; *Hoffmann-Becking* ZGR 2004, 355; *Merkt* ZGR 2003, 650; *Menjuçq* ZGR 2003, 679; *Forstmoser* ZGR 2003, 688; *Habersack* ZGR 2003, 724; *Hirte* NZG 2002, 1, *ders* DStR 2005, 653, 700; *Kall-meyer* ZIP 2003, 1531; *Kalss* ZGR 2003, 593; *Maul* ZGR 2003, 743; *Neye* in: FS Röhrich 2005, 443; *Neye/Teichmann* AG 2003, 169; *Reichert/Brandes* ZGR 2003, 767; *Teichmann* ZGR 2003, 647; *ders* BB 2004, 53 *ders* in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S 193; zur Mitbestimmung *Oetker* in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S 277, *ders* BB-Sonderheft 1/2005, S 2; *Calle Lambach* RIW 2005, 161; *Grobys* NZA 2005, 84; *ders* NZA 2004, 779; *Nagel* DB 2004, 1299; *ders* NZG 2004, 833; *Niklas* NZA 2004, 1200; *Kaem-merer/Veil* ZIP 2005, 369; *Köstler* ZGR 2003, 800, *ders* DStR 2005, 745; *Kübler* ZHR 167 (2003) 222; *Müller-Bonmani/Beauregard* GmbH 2005, 195; *Markus Roth* ZfA 2004, 431; *Seibt* AG 2005, 413.

³¹⁶ Verordnung (EG) Nr 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEG Nr L 294 vom 10.11.2001, S 1 ff.

Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL)³¹⁷. Die beiden grundlegenden europäischen Rechtsakte sind im hier interessierenden Bereich der Besetzung der Organe vielfach untereinander verschränkt. Ob eine Europäische Gesellschaft der unternehmerischen Mitbestimmung unterfällt, richtet sich nach der Richtlinie, es enthält aber auch die Verordnung eine Fülle von Regelungen, die auf die unternehmerische Mitbestimmung Bezug nehmen bzw durch sie begründet sind.

b) Nationale Umsetzungsvorschriften

aa) Befugnis und Bedürfnis

Enthält das Recht eines Mitgliedstaates in Bezug auf Aktiengesellschaften mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über ein dualistisches bzw über ein monistisches System, kann dieser Mitgliedstaat entsprechende Vorschriften in Bezug auf die SE erlassen (Art 39 Abs 5 bzw Art 43 Abs 4 SE-VO). Teilweise als Regelungsauftrag klassifiziert wird die Regelung des Art 43 Abs 1 Satz 2 SE-VO für die monistische SE,³¹⁸ zutreffend liegt auch hierin nur eine Regelungsbefugnis bzw ein Wahlrecht des nationalen Gesetzgebers. Der Regierungsentwurf verwies zur Begründung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs auf die zahlreiche Regelungsaufträge und Wahlrechte für den nationalen Gesetzgebers.³¹⁹ **106**

bb) SE-Ausführungsgesetz und SE-Beteiligungsgesetz

In Deutschland ist die Kodifikation insbesondere der Regelungsaufträge der SE-VO durch das SE-Ausführungsgesetz (SEAG)³²⁰ erfolgt. Die Umsetzung der Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft erfolgte durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG).³²¹ Für die dualistische SE beschränkt sich das SE-Ausführungsgesetz auf die Wahrnehmung ausdrücklicher Ermächtigungen. **107**

c) Das auf die SE anwendbare Recht (Normenhierarchie)

Nach Art 9 Abs 1 lit a SE-VO unterliegt die SE den Bestimmungen der SE-VO. Sofern die SE-VO dies ausdrücklich zulässt, unterliegt die SE sodann den Bestimmungen der Satzung der SE (Art 9 Abs 1 lit b SE-VO). Soweit in der SE-VO ein Bereich nicht oder nur teilweise geregelt ist, unterliegt die SE nach Art 9 Abs 1 lit c in Bezug auf die nicht von der Verordnung erfassten Aspekte den Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen (i), den **108**

³¹⁷ Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr L 294 vom 10.11.2001, S 22 ff.

³¹⁸ Begründung RegE SEAG, BTDrucks 15/3405, S 31.

³¹⁹ Begründung des Regierungsentwurfs zum SEAG, BTDrucks 15/3405, S 30.

³²⁰ Das als Artikelgesetz konzipierte Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEAG) vom 22.12.2004, BGBl I 3675 ff enthält in Art 1 das Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr 2157/2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft

(SE) – (SE-Ausführungsgesetz – SEAG). Dazu *Teichmann* in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S 193 ff; *Hirte* DStR 2005, 653, 700.

³²¹ Art 2 des SEAG (oben Fn 320) enthält das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG). Dazu *Grobys* NZA 2005, 84; *Kaemmerer/Veil* ZIP 2005, 369; *Köstler* DStR 2005, 745; *Krause* BB 2005, 1221; *Oetker* in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S 277, *ders* BB-Sonderheft 1/2005, S 2; *Seibt* AG 2005, 413.

Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würde (ii), bzw den Bestimmungen ihrer Satzung unter den gleichen Bedingungen wie im Falle einer nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründeten Aktiengesellschaft (iii).

d) Bedeutung

- 109** Unabhängig von ihrer noch ungewissen praktischen Bedeutung handelt es sich bei der SE um ein „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“. ³²² Trotz ihrer lückenhaften und mitgliedstaatlicher Ausfüllung bedürftigen Regelung kommt ihr auch bei der Reform des deutschen Aktien- und Mitbestimmungsrechts eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. In der SE gelten die zu zu großen Aufsichtsratsgrößen führenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen (§ 95 Satz 5) ^{322a} nicht, wovon zB die Allianz AG bei ihrer Umwandlung in eine SE Gebrauch machen will.

2. Die Organisationsstruktur der SE (Verordnung, SEAG und AktG)

a) Wahlfreiheit zwischen monistischem und dualistischem System

- 110** Nach Art 38 lit b SE-VO verfügt die SE entsprechend der in der Satzung gewählten Form entweder über ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan (dualistisches System) oder über ein Verwaltungsorgan (monistisches System). ³²³ Das SEAG übernimmt für die dualistische SE die Diktion der Verordnung und spricht abweichend vom Aktiengesetz von einem Aufsichtsorgan und einem Leitungsorgan (§§ 15–19 SEAG). Das Verwaltungsorgan der SE wird abweichend von SE-Verordnung als Verwaltungsrat bezeichnet.
- 111** Nach dem 14. Erwägungsgrund ist es erforderlich, der SE alle Möglichkeiten einer leistungsfähigen Geschäftsführung an die Hand zu geben und gleichzeitig deren wirksame Überwachung sicherzustellen. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in der Gemeinschaft hinsichtlich der Verwaltung derzeit zwei Systeme bestehen. Die Wahl des Systems bleibt der SE überlassen, jedoch ist eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, wünschenswert.

b) Dualistische SE

- 112** Die dualistische SE (§§ 15 ff SEAG) hat ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan. Das entspricht dem Modell des deutschen Aktienrechts mit Vorstand und Aufsichtsrat. Daher konnten insoweit die Vorschriften der SE weitgehend im Gleichlauf mit dem deutschen Aktienrecht ausgestaltet werden. ³²⁴ Zutreffend wird man bereits eine abweichende Regelungsbefugnis nach der SE-VO verneinen müssen, nach Art 39 Abs 5 SE-VO kann ein Mitgliedstaat Vorschriften über ein dualistisches System in Bezug auf die SE erlassen, wenn das Recht des Mitgliedsstaats in Bezug auf Aktiengesellschaften in seinem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über ein dualistisches System enthält.

c) Monistische SE

- 113** Demgegenüber stellt die monistische SE (§§ 20 ff SEAG), bei der es nur ein Verwaltungsorgan, den Verwaltungsrat, gibt, jedenfalls im Aktienrecht ein neues Modell der

³²² Hopt ZIP 1998, 96, 99.

^{322a} Oben III.4., Rdn 67.

³²³ Für einen Rechtsvergleich zwischen der

monistischen und dem dualistischen System
siehe § 111 II.3.c., Rdn 91 ff.

³²⁴ Neyer/Teichmann AG 2003, 169, 176.

Unternehmensleitung für deutsche Gesellschaften dar. Für die monistische SE gelten die §§ 20–49 SEAG anstelle der §§ 76–116 AktG. Nach der gesetzgeberischen Konzeption verdrängen die §§ 20–49 SEAG also die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 76–116 AktG.³²⁵

3. Anzahl der Mitglieder des Aufsichts- bzw Verwaltungsorgans

a) Dualistische SE

Nach Art 40 Abs 3 Satz 1 SE-VO werden die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder die Regeln für ihre Festlegung durch die Satzung bestimmt. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Ermächtigung des Art 40 Abs 3 Satz 2 SE-VO Gebrauch gemacht, um einen Gleichklang mit der im AktG geregelten AG herzustellen.³²⁶ Nach Art 40 Abs 3 Satz 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder deren Höchst- und/oder Mindestzahl festlegen. Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der dualistischen SE ist in § 17 Abs 1 SEAG geregelt.³²⁷ Das SEAG übernimmt in § 17 Abs 1 die § 95 Satz 1–4 AktG wörtlich, so dass insofern auf die obige Kommentierung verwiesen werden kann. § 17 SEAG beruht auf Art 40 Abs 3 SE-VO. **114**

Unterschiede im Vergleich zu § 95 ergeben sich bei mitbestimmten Gesellschaften. Anders als § 95 Satz 5 AktG, der die einzelnen Formen der Mitbestimmung aufzählt, verweist § 17 Abs 2 pauschal auf das SE-Beteiligungsgesetz. Nach dem SE-Beteiligungsgesetz sind zahlenmäßig andere Zusammensetzungen des Aufsichtsorgans der SE möglich.³²⁸ **115**

b) Monistische SE

Nach Art 43 Abs 2 Satz 1 SE-VO werden die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans oder die Regeln für ihre Festlegung durch die Satzung bestimmt. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Ermächtigung des Art 43 Abs 2 Satz 2 SE-VO Gebrauch gemacht.³²⁹ Nach Art 40 Abs 3 Satz 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten eine Mindestzahl und erforderlichenfalls eine Höchstzahl festsetzen. Nach Art 43 Abs 2 Satz 3 SE-VO muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer der SE gemäß der Richtlinie geregelt ist. **116**

Die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder in der monistischen SE ist Gegenstand des § 23 SEAG. Entsprechend § 95 Satz 1 sieht § 23 Abs 1 Satz 1 SEAG als gesetzlichen Regelfall einen dreiköpfigen Verwaltungsrat vor. Die Höchstzahlen sind in § 23 Abs 1 Satz 3 SEAG entsprechend § 95 Satz 4 geregelt. Bei Gesellschaft mit einem Grundkapital von bis zu 1,5 Mio € kann der Verwaltungsrat aus höchstens neun, bei mehr als 1,5 Mio € aus höchstens fünfzehn und bei einem Grundkapital von mehr als 10 Mio € aus höchstens einundzwanzig Mitgliedern bestehen. Diese Regelungen müssen sich an Art 43 Abs 2 Satz 2 SE-VO messen lassen, der einen gesetzlichen Regelfall jedenfalls ausdrücklich nicht vorsieht und Höchstzahlen nur zulässt, soweit dies „erforderlich“ ist. **117**

Anders als bei der dualistischen SE muss die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder nicht entsprechend § 95 Satz 3 durch drei teilbar sein. § 23 Abs 1 Satz 2, 1. Halbsatz SEAG **118**

³²⁵ Begründung des RegE zum SEEG, BTDrucks 15/3405, S 36.

³²⁶ Begründung RegE SEEG, BTDrucks 15/3405, S 36.

³²⁷ Grundlage dafür ist Art 40 Abs 3 SE-VO.

³²⁸ Näher dazu *Grobys NZA* 2005, 84, 90; *Ihrig/Wagner BB* 2004, 1749, 1755.

³²⁹ BegrRegE SEEG, BT-Drucks 15/3405, S 37.

gewährt Satzungsautonomie auch für Abweichungen von der gesetzlichen Regelzahl nach unten.³³⁰ Lediglich bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio Euro muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Personen bestehen.³³¹ Ohne eine statutarische Bestimmung bleibt es beim gesetzlichen Regelfall von drei Mitgliedern. Einen Verwaltungsrat dieser Größe hält der Gesetzgeber für Unternehmen ab einer mittleren Größe für angemessen.

- 119** Wie § 17 Abs 1 SEAG für die dualistische SE stellt § 23 Abs 2 SEAG auch für die monistische SE klar, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SEBG unberührt bleibt. Die Arbeitnehmerbeteiligung aufgrund einer Vereinbarung (§ 21 SEBG) oder der gesetzlichen Auffangregelung (§§ 34–38 SEBG) kann zu einer zahlenmäßig anderen Zusammensetzung des Verwaltungsrats führen.³³²

V. Internationales, europäisches und ausländisches Recht

1. Internationales Recht

a) Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats nach Gründungsstatut

- 120** Aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit³³³ ist jedenfalls innerhalb der Europäischen Union von der Geltung der Gründungstheorie auszugehen.³³⁴ Bedeutung hat dies insbesondere für das Unternehmensorganisationsrecht, die Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats richtet sich allein nach dem Gründungsstatut. Einzelne international zwingende Schutznormen schließt das nicht aus,³³⁵ einen Aufsichtsrat nach Aktiengesetz muss aber nur eine deutschem Gesellschaftsstatut unterliegende Gesellschaft bilden.³³⁶ Eine Sonderanknüpfung aufgrund der Mitbestimmung kommt zutreffend nicht in Betracht.³³⁷

b) Kapitalmarktrechtliche Überlagerung

- 121** Eine kapitalmarktrechtliche Überlagerung des Gesellschaftsstatuts ist insbesondere durch den US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act erfolgt,³³⁸ im Rahmen der Ausfüh-

³³⁰ *Neyel/Teichmann* AG 2003, 169, 179, anders § 95 Satz 2 AktG, hierzu oben III.1., Rdn 56.

³³¹ Begründung RegE SEE, BTDrucks 15/3405, S 92.

³³² Hierzu Fn 328.

³³³ EuGH vom 9.3.1999 – Rs C-212/97, Slg 1999, I-1459 = ZIP 1999, 438 (Centros); EuGH vom 5.11.2002 – Rs C-208/00 = ZIP 2002, 2037 (Überseering); EuGH vom 30.9.2003 – Rs C-167/01 = ZIP 2003, 1885 (Inspire Art), jüngste Überblicke von *Bayer* BB 2003, 2357, *ders* AG 2004, 534; *Eidenmüller/Rehm* ZGR 2004, 159; *Götz* Der Konzern 2004, 449; *Hirte* ZInsO 2003, 833, 835; *Kieninger* ZEuP 2004, 685; *Ulmer* NJW 2004, 1201; *K. Schmidt* ZHR 168 (2004) 493.

³³⁴ High Level Group, dazu *Straube* in: FS Doralt, Wien 2004, S 637, 647 f.

³³⁵ *Grundmann* in: FS Raiser 2005, S 81, 89.

³³⁶ *Juncker* ZfA 2005, 1, 6 ff.

³³⁷ So *Franz* RdA 2004, 257, 260 ff. Wie hier *Assmann*, oben Einleitung 595; *Palandt/Heldrich* BGB⁶⁴ Anh zu EGBGB 12, 8; *Horn* NJW 2004, 893, 900; *Juncker* NJW 2004, 728, 729; *Kamp* BB 2004, 1496, 1499; *Mankowski* RIW 2004, 481, 483; *Riegger* ZGR 2004, 510, 518 ff; *Sandrock* AG 2004, 57, 66; *Schwark* AG 2004, 173, 177 f; *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Zimmer* in Lutter (Hrsg), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, 365, 369.

³³⁸ Zum Sarbanes Oxley-Act *Gruson/Kubicek* AG 2003, 337, 393; ausführlich *Romano* 114 Yale Law Journal 1521 (2005).

rung hat die SEC aber Wert darauf gelegt, dass eine Kollision mit ausländischem Gesellschaftsrecht vermieden wird.

2. Europäisches Recht

Das europäische Recht enthält keine Regelungen über die Größe des Aufsichtsrats. Die SE-VO gilt nicht für deutsche Aktiengesellschaften. Die Größe kann allenfalls mittelbar durch Offenlegung der Bestellung sowie des Ausscheidens und der Personalien der Mitglieder des Aufsichtsorgans erschlossen werden.³³⁹ Mittelbare Wirkungen auf § 95 ergaben sich auch durch die Einführung der Europäischen Währungsunion.³⁴⁰ **122**

Auf Empfehlung der High Level Group³⁴¹ vom Aktionsplan vorgesehen wird ein Wahlrecht zwischen dem Aufsichtsrats- und dem board-System.³⁴² Die Kommission beabsichtigt, hierzu mittelfristig eine Legislativmaßnahme zu erlassen, geplant ist der Erlass einer entsprechenden Richtlinie für 2006–2008. Ein solches Wahlrecht wird auch für deutsche Aktiengesellschaften gefordert³⁴³ und sollte zugelassen werden. **123**

3. Ausländisches Recht

a) Verwaltungs- und Aufsichtsrat

International vorherrschend ist nicht das Aufsichtsratssystem, sondern das Verwaltungsrats- bzw board-System.³⁴⁴ Zunehmend wird aber die auch vom Aktionsplan der EU-Kommission vorgesehene³⁴⁵ Wahl zwischen monistischem (board-)System und dualistischem (Aufsichtsrats-)System zugelassen, etwa schon länger in Frankreich,³⁴⁶ in Finnland,³⁴⁷ in Italien,³⁴⁸ und in Belgien.³⁴⁹ **124**

³³⁹ Hierzu § 106 VII.1., Rdn 30.

³⁴⁰ *Schneider/Sünner* DB 1996, 817, 819 f.

³⁴¹ Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten (sogenannte High Level Group) auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa, Brüssel 4.11.2002, III.4.1, S 62 ff.

³⁴² Europäische Kommission, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, 21.5.2003, KOM(2003) 284 endg., 3.1.3 (S. 18 f) und Anhang 1 Mittelfristige Maßnahmen.

³⁴³ *Hopt* in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), *Corporate Governance*, 2002, S 27, 45, *ders* in Dritte Max Hachenburg Gedächtnisvorlesung, S 9, 29; Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Fragenkatalog der Regierungskommission *Corporate Governance*, NZG 2001, 185, 189; *Cromme* in *Cromme* (Hrsg), *Corporate Governance Report* 2003, S 20, 30; Reform-

katalog des *Wirtschaftsrats* anlässlich der Klausurtagung „Corporate Governance in Europa – Herausforderung für deutsche Unternehmen, Thesenpapier, S 3; *Fleischer* AcP 204 (2004) 502, 522 ff.

³⁴⁴ Neben dem angloamerikanischen Rechtskreis ist der Verwaltungsrat ua in Japan der Schweiz, in Frankreich, Italien und Spanien vorgesehen.

³⁴⁵ Oben V.2., Rdn 123.

³⁴⁶ *Hopt/Leyens* ECFR 2004, 135, 156.

³⁴⁷ *Toiviainen* in Baums/Ulmer (Hrsg), *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten*, 2004, S 25, 26.

³⁴⁸ *Gazetta Ufficiale* nr 779, 798 ff, 8.11.2001, dazu *Hopt* in Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg), *Corporate Governance*, 2002, S 27, 45, ferner *Hopt/Leyens* ECFR 2004, 135, 158 ff. Zur Reform des italienischen Rechts auch *Hartl* NZG 2003, 667; *Hirte* in: FS Raiser 2005, S 839 ff.

³⁴⁹ Hierzu *Teichmann* ZGR 2001, 645, 665.

b) Größe und Zusammensetzung

125 § 86 öAktG sieht aufbauend auf § 86 AktG 1937 eine Mindestzahl von drei und eine kapitalabhängige Höchstzahl von 20 Aufsichtsratsmitgliedern vor.³⁵⁰ Eine Mindestzahl von drei und eine Höchstzahl von 18 Mitgliedern sieht das französische Recht sowohl für den Verwaltungsrat (conseil d'administration, Art L 227-17)³⁵¹ als auch für den Aufsichtsrat (conseil de surveillance, Art L 225-69)³⁵² vor. Das englische Recht sieht eine Mindestzahl von zwei directors vor, vor dem 1. November 1929 registrierte und geschlossene Gesellschaften müssen nur einen director haben.³⁵³ Der Verwaltungsrat einer Schweizer Aktiengesellschaft besteht nach Art 707 Schweizer Obligationenrecht (OR) aus einem oder mehreren Mitgliedern,³⁵⁴ auch der gesellschaftsrechtliche führende US-Bundesstaat Delaware³⁵⁵ und der US-amerikanische Revised Model Business Corporation Act (§ 8.03(a)) lassen eine Besetzung des board mit einem director genügen.

§ 96

Zusammensetzung des Aufsichtsrats

(1) Der Aufsichtsrat setzt sich zusammen

bei Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz gilt, aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer,

bei Gesellschaften, für die das Montan-Mitbestimmungsgesetz gilt, aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer und aus weiteren Mitgliedern,

bei Gesellschaften, für die die §§ 5 bis 13 des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes gelten, aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer und aus einem weiteren Mitglied,

bei Gesellschaften, für die das Drittelbeteiligungsgesetz gilt, aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer,

bei den übrigen Gesellschaften nur aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre.

(2) Nach anderen als den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften kann der Aufsichtsrat nur zusammengesetzt werden, wenn nach § 97 oder nach § 98 die in der Bekanntmachung des Vorstands oder in der gerichtlichen Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind.

Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Grundlagen			
1. Gesetzesgeschichte	1	1. Der zwingende Charakter der Aufsichtsratsmodelle	7
2. Normzweck	4	2. Überblick über die gesetzlichen Aufsichtsratsmodelle	11
3. Corporate Governance	6	a) Mitbestimmungsgesetz 1976	11
II. Die fünf Möglichkeiten der Aufsichtsratszusammensetzung (Abs 1)		b) Montan-Mitbestimmungsgesetz	13

³⁵⁰ Hierzu ausführlich die Kommentierung von *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* Kommentar zum AktG, Wien 2003; *Jabornegg/Strasser* AktG⁴, Wien 2001.

³⁵¹ *Lamy sociétés commerciales*, Paris 2005, n° 3275.

³⁵² *Lamy sociétés commerciales*, Paris 2005, n° 3508.

³⁵³ Section 282 Companies Act.

³⁵⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 27, 67.

³⁵⁵ Title 8, § 141 (b).

	Rdn		Rdn
c) Montan-Mitbestimmungs- ergänzungsgesetz	15	1. Vereinbarungen zur Lösung von zweifelhaften Sach- und Rechtsfragen	45
d) Drittelbeteiligungsgesetz	16	2. Mitbestimmungssichernde Verein- barungen	48
e) Aufsichtsrat ohne zwingende Arbeitnehmerbeteiligung	17	3. Gesetzesergänzende Vereinbarungen über die Befugnisse und das Verfahren des Aufsichtsrats	51
3. Ermittlung des einschlägigen Mit- bestimmungsmodells	19	4. Vereinbarungen über die Mitwirkung an zusätzlich gebildeten Organen	52
a) Schwellenwerte, Montanmitbestim- mung, Tendenz- und Familien- unternehmen	19	V. Abweichungen von der bisherigen Zusammensetzung (Abs 2)	
b) Mitbestimmung im Konzern	21	1. Erfasste Abweichungen	53
III. Zulässigkeit der Erweiterung der Mit- bestimmung		2. Kontinuitätsgrundsatz	54
1. Mitbestimmungserweiterung durch entsprechende Satzungsbestimmungen	22	3. Pflicht zur Durchführung des Status- verfahrens nach §§ 97-99	55
2. Freie Zuwahl von weiteren Arbeit- nehmern in den Aufsichtsrat durch die Hauptversammlung	26	4. Sanktionen	56
3. Stimmbindungsverträge zur Mit- bestimmungserweiterung	29	a) Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl gemäß § 250 Abs 1 Nr 1	56
a) Keine Verletzung der Verbands- autonomie und der Wahlfreiheit der Aktionäre	29	b) Haftung des Vorstands	57
b) Zulässigkeitsgrenzen	33	VI. Europäische Gesellschaft (SE)	
aa) Allgemeine Stimmbindungs- verbote	33	1. Die unternehmerische Mitbestimmung in der SE	58
bb) Konzernrechtlichen Besonder- heiten	35	a) Primat der Verhandlungslösung	58
c) Entsendung von „faktischen Arbeitnehmervertretern“	36	b) Auffangregelung	60
4. Betriebsvereinbarungen zur Mit- bestimmungserweiterung	37	aa) Fortgelten der Mitbestimmungs- regeln bei Gründung durch Um- wandlung	60
5. Mitbestimmungserweiterung durch Tarifvertrag	38	bb) Gründung durch Verschmelzung sowie einer Holding-SE oder Tochter-SE	61
a) Geeignetheit des Tarifvertrags als Gestaltungsmittel	38	cc) Verteilung der auf die Arbeit- nehmer entfallenden Sitze	62
b) Aktienrechtliche Zuständigkeit	41	dd) Wahlverfahren	63
6. Erweiterung der Mitbestimmung durch die öffentliche Hand	43	ee) Paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat?	64
IV. Sonstige vereinbarte Mitbestimmungs- regelungen		2. Dem § 96 entsprechende Regelungen im Recht der SE	65
		a) Dualistische SE	65
		b) Monistische SE	66
		VII. Europäisches Recht	67

Schrifttum

Theodor Baums Der Aufsichtsrat – Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, 11–18; *Theodor Baums/Peter Ulmer* (Hrsg), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72, 2004; *Wolfgang Bernhardt* Deutsche (Unternehmens-)Mitbestimmung zwischen Wünschen und Wirklichkeit, BB 2004, 2480–2482; *Bericht der Kommission Mitbestimmung* Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, 1998, 2. Aufl 1999; *Berliner Netzwerk Corporate Governance* 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung, AG 2004, 200–201; *Volker Beuthien* Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1983, 141–168; *ders* Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem Recht, ZHR 148 (1984) 95–117; *Kurt Biedenkopf/Franz-Jürgen Säcker* Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211–271; *Lars Böttcher/Kai Haakon Liekefett* Mitbestimmung bei Gemeinschaftsunternehmen mit mehr als zwei Muttergesellschaften, NZG 2003, 701–708; *Ulrich Büdenbender* Mitbestimmungsrechtlicher Besitzstand im Gesellschaftsrecht, ZIP 2000, 385–401; *Carsten P. Claussen* Das Recht der Aufsichtsratswahl im Schnittpunkt der Fraktionen, AG 1971,

385–389; *Wolfgang Däubler* Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1973; *Barbara Deilmann* Zur Zurechnung von Arbeitnehmern nach dem neuen Drittelbeteiligungsgesetz, NZG 2005, 659–664; *Konrad Duden* Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, ZRP 1972, 29–32; *Gerd Engels* Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes: Sicherungsgesetz oder Sterbeklausel? BB 1981, 1349–1359; *Fritz Fabricius* Erweiterung der Arbeitnehmer-Beteiligung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gemäß § 76 BetrVG 1952 auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, in: FS Hilger/Stumpf 1983, 155–176; *Bernd Frick/Norbert Kluge/Wolfgang Streeck* Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung: Expertenberichte für die Kommission Mitbestimmung, 1999; *Rainer Funke* Die Rechtspolitik der FDP-Bundestagsfraktion in der 15. Legislaturperiode ZRP 2003, 22–24; *Franz Gamillschegg* Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im deutschen Recht – Bilanz nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979, in: FS Kahn-Freund 1980, 93–106; *Elmar Gerum/Horst Steinmann/Werner Fees* Der mitbestimmte Aufsichtsrat, 1988; *Heinrich Götz* Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, 337–353; *Jürgen Götz* Unternehmerische Mitbestimmung in der multinationalen Holdinggesellschaft, AG 2002, 552–556; *Gary Gorton/Frank A. Schmidt* Capital, Labor and the Firm: A Study of German Codetermination, 2 Journal of the European Economic Association 863–905 (2004); *Peter Hanau* Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung insbesondere durch Vereinbarung, ZGR 2001, 75–109; *Detlef Hensche* Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, AuR 1971, 33–45; *Martin Henssler* Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen, ZfA 2000, 241–266; *ders* Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht, in: Theodor Baums/Peter Ulmer (Hrsg.), Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedsstaaten, ZHR-Beiheft 72, 2004, 133–158; *Michael Hoffmann-Becking* Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Verbesserung der Arbeit des Aufsichtsrates, in: FS Havermann 1995, 229–246; *Peter Hommelhoff* Vereinbarte Mitbestimmung, ZHR 148 (1984), 118–148; *Martin Höpner* Unternehmensmitbestimmung unter Beschluss: Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung, MPIfG Discussion Paper 04/8, 1–42; *Klaus J. Hopt* Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat – Auswirkungen der Mitbestimmung auf corporate governance und wirtschaftliche Integration in Europa, in: FS Everling 1995, 475–492; *ders* Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, in: Freundesgabe Kübler 1997, 435–456; *ders* Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG-Sonderheft 1997, 42–48; *ders* Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen, ZIP 2005, 461–474; *Götz Hueck* Zwei Probleme der Konzernmitbestimmung, in: FS Westermann 1974, 241–261; *Jörn Axel Kaemmerer/Rüdiger Veil* Paritätische Mitbestimmung in der monistischen Societas Europaea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg?, ZIP 2005, 369–376; *Hans-Christoph Ibrüg/Michael Schlitt* Vereinbarungen über eine freiwillige Einführung oder Erweiterung der Mitbestimmung, NZG 1999, 333–337; *Ulrich Jürgens/Inge Lippert* Kommunikation und Wissen im Aufsichtsrat, Studie in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA), 2005; *Sven Kahlert* Mitbestimmungsergänzungsgesetz oder Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz? AuR 2001, 491–492; *Christian Kirchner* Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197–200; *Horst Konzen* Paritätische Mitbestimmung im Montanbereich, AG 1983, 289–303; *Roland Köstler* Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800–809; *Friedrich Kübler* Aufsichtsratsmitbestimmung im Gegenwind der Globalisierung, in: FS Döser 1999, 237–254; *Karl Heinz Lehmann/Theodor Heinsius* Aktienrecht und Mitbestimmung, 7. Aufl 1992; *Manfred Löwisch* Unternehmensmitbestimmung im Mutterkonzern, in: FS Schlechtriem 2003, 833–851; *Marcus Lutter* Überblick zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 195–214; *ders* Das neue „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“, AG 1994, 429–447; *Klaus-Peter Martens* Aktienrechtliches Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065–1071; *Norbert Meier* Probleme der freiwilligen zahlenmäßigen Erweiterung eines mitbestimmten Aufsichtsrats nach dem MitbestG 1976, NZG 2000, 190–191; *Heinz-Joachim Neubürger* Die deutsche Mitbestimmung aus Sicht eines international operierenden Unternehmens, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, 177–197; *Note* Labor Unions in the Boardroom: An Antitrust Dilemma, 92 Yale Law Journal 106–127 (1982); *Hartmut Oetker* Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97 ff

AktG, ZHR 149 (1985) 575–598; *ders* Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19–60; *Fritz Ossenbühl* Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1972; *ders* Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 504–518; *Egon A. Peus* Die Praxis privatautonomer Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 206–212; *Katharina Pistor* Corporate Governance durch Mitbestimmung und Arbeitsmärkte, in Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 157–175; *Ulrich Preis* Verfassungsrechtliche Fragen zur Neuregelung der Montan-Mitbestimmung, AuR 1983, 161–169; *Günter Püttner* Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, 1972; *ders* Mitbestimmung über Verträge und Verfassungsrecht, BB 1987, 1122–1126; *Thomas Raiser* Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, 1461–1468; *ders* Mitbestimmungsvereinbarungen de lege ferenda, in: FS Werner 1984, 681–696; *ders* Bewährung des Mitbestimmungsgesetzes nach 20 Jahren?, in: Freundesgabe Kübler 1997, 477–492; *ders* Geklärte und ungeklärte Fragen der Konzernmitbestimmung, in: FS Kropff 1997, 243–257; *ders* Wirkungen des Mitbestimmungsgesetzes, in: Hagen Hof/Gertrude Lübke-Wolff (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, 107–120; *ders* Unternehmerische Mitbestimmung auf dem Prüfstand, in: FS Buxbaum 2000, 415–431; *Reinhard Richardi* Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat einer arbeitnehmerlosen Aktiengesellschaft, in: FS Zeuner 1994, 147–159; *Fritz Rittner* §§ 96 bis 99 AktG und das Bundesverfassungsgericht – Bemerkungen zum Lex Rheinstahl-Urteil, DB 1969, 2165–2170; *ders* Der 30jährige Krieg um das deutsche Gesellschaftsrecht und seine Lehren, in: FS Peltzer 2001, 367–388; *Gerhard Röder/Jürgen Gneiting* Besetzung des Aufsichtsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der Gründung von Aktiengesellschaften, DB 1993, 1618–1621; *Mark J. Roe* German Codetermination and German Securities Markets, 5 Columbia Journal of European Law 199–211 (1999); *Hans Rosendahl* Unternehmensgliederungen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Ersatzwahlen und Nachwahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz, AG 1985, 325–334; *Markus Roth* Die unternehmerische Mitbestimmung in der monistischen SE, ZfA 2004, 431–462; *Bernd Rütters* Mitbestimmungsprobleme in Betriebsführungsaktiengesellschaften, BB 1977, 605–612; *Franz J. Säcker* Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, 180–186; *Ralf Schäfer* Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften: Die rechtsgeschäftliche Einführung und Erweiterung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aus verfassungsrechtlicher und kommunalrechtlicher Sicht, 1988; *Maximilian Schiessl* Deutsche Corporate Governance post Enron, AG 2002, 593–604; *ders* Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb, ZHR 167 (2003) 235–256; *Burkhard Schmiedel* Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch Aktionärsbeschluss?, JZ 1973, 343–349; *Hubertus Schmoldt* Corporate Governance und Mitbestimmung, Die Mitbestimmung 6/2002, 10–16; *Joachim Schwalbach* Effizienz des Aufsichtsrates, AG 2004, 186–190; *Eberhard Schwark* Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt, AG 2004, 173–180; *Christoph H. Seibt* Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts – Analyse des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767–776; *Arndt Stengel* Plädoyer für eine Corporate Governance-Debatte ohne Denkverbote, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, 2002, 61–69; *Wolfgang Strassburg* Zur Aufsichtsratspflicht einer GmbH nach §§ 76 ff BetrVG 1952, BB 1979, 1070–1072; *Clyde W. Summers* Worker Participation in the U.S. and West Germany: A Comparative Study from an American Perspective, 28 American Journal of Comparative Law 367–392 (1980); *Rolf Thüsing* Zur Frage der Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Ausweitung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der GmbH, in: FS Werner 1984, 893–909; *Peter Ulmer* Zur Berechnung der für die Anwendung des MitbestG auf Kapitalgesellschaften maßgebenden Arbeitnehmerzahl, in: FS Heinsius 1991, 855–873; *ders* Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß? ZHR 166 (2002) 271–277; *Axel von Werder* Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166–172; *Dieter Wienke/Thomas Prinz/Steffen Schöne/Anke Podewin* Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 2002; *Christine Windbichler* Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz, AG 2004, 190–196; *Hellmut Wißmann* Das Montan-Mitbestimmungsänderungsgesetz: Neuer Schritt zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung, NJW 1982, 423–425; *ders* Arbeitsrecht und Europarecht, RdA 1999, 152–158; *Alexander Wolff* Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat – weitere

Vereinfachung des Wahlverfahrens-, DB 2002, 790–793; *Peter Wössner* Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften aufgrund vertraglicher Stimmbindung: das „Duisburger“ und das „Kieler“ Modell – zugleich eine Untersuchung über die Zulässigkeit von Abstimmungsvereinbarungen der Gemeinden als Aktionäre und Gesellschafter, Diss Frankfurt am Main, 1972; *Klaus Zekorn* Zur Rechtswirksamkeit der Mitbestimmungsregelung des „Lüdenscheider Abkommens“, AG 1960, 243–247.

I. Grundlagen

1. Gesetzesgeschichte

- 1 Der im AktG 1965 erstmals enthaltene § 96 betrifft die gruppenmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats.¹ Das zur Zeit der Mitbestimmung nach dem Betriebsrätegesetz² geltende Aktienrecht (§§ 178 HGB 1897ff) enthielt keine entsprechende Regelung. Die Frage von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat wurde sodann erst durch die Wiedereinführung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften nach dem 2. Weltkrieg wieder bedeutsam,³ blieb aber zunächst ungeregt. § 86 AktG 1937 behandelte auch nach der Wiedereinführung der Montanmitbestimmung und dem Inkrafttreten des BetrVG 1952 unter Überschrift „Zusammensetzung des Aufsichtsrats“ die zahlenmäßige und personelle Zusammensetzung, die jetzt § 95 und § 100 normiert ist.
- 2 Das Aktiengesetz regelt die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat allerdings nicht selbst. § 96 Abs 1 verweist für die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat und die damit einhergehenden Bestimmungen über die Größe des Aufsichtsrats auf die jeweils einschlägige mitbestimmungsrechtliche Regelung. Welche Art der Mitbestimmung und unter welchen Voraussetzung diese gilt, bestimmt sich nach den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen. Bei Erlass des AktG 1965 waren dies das BetrVG 1952, das Montan-MitbestG und das MitbestErgG. Hinzu kam das MitbestG 1976.⁴ Seit der Aufhebung des BetrVG 1952 durch das Zweite Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat ist die drittelparitätische Mitbestimmung im Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)⁵ geregelt. Das DrittelbG ist mit Ausnahme der Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen zum 1. Juli 2004 in Kraft getreten, ohne dass sich hieraus besondere Änderungen der materiellen Rechtslage ergeben haben. Abs 1 wurde textlich jeweils an die neuen Mitbestimmungsgesetze angepasst.
- 3 Die Kontinuitätsregel des Abs 2 ist vor dem Hintergrund der Rechtslage unter dem AktG 1937 nach Wiedereinführung der Mitbestimmung in den Fünfziger Jahren zu sehen. Bei Unsicherheiten über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats war die Gültigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen bei unzutreffender tatsächlicher Zusammensetzung des

¹ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 126.

² Hierzu unten *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 2 ff.

³ Zur Entwicklung der Mitbestimmung vgl unten *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 1 ff.

⁴ § 96 Abs 1 neugefasst durch das Gesetz über

die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4.5.1976, BGBl I 1153.

⁵ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG) vom 18.5.2004, BGBl I 974 (als Art 1 des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat), dazu *Seibt* NZA 2004, 767; *Ber* vom 3.11.2004, BGBl I 2769.

Aufsichtsrats stets problematisch.⁶ Über die Art der Zusammensetzung des Aufsichtsrats wurde in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren entschieden, zivilrechtliche Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen waren bis zur Klärung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats auszusetzen.⁷

2. Normzweck

Die Aufzählung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen in § 96 Abs 1 verzahnt das Aktienrecht mit den Regelungen über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.⁸ Relevanz hat dies über die bloße Klarstellung der Geltung der Mitbestimmungsgesetze als *leges speciales* hinaus für die Zulässigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen. Praktisch folgt aus der Verzahnung die Erstreckung der Satzungsstrenge auch auf die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen im DrittelbG, MitbestG, Montan-MitbestG und im MitbestErgG. Dies dient dem sozialen Frieden in den betroffenen Gesellschaften. Die dynamische Verweisung auf die jeweils geltende Fassung erlaubt Änderungen mitbestimmungsrechtlicher Regelungen, ohne dass zugleich das Aktiengesetz angeglichen werden muss.⁹

Abs 2 bezweckt die Schaffung einer sicheren Rechtsgrundlage in den Fällen, in denen das Gesetz aufgrund einer Änderung der tatsächlichen Umstände eine andere Zusammensetzung des Aufsichtsrats fordert.¹⁰ Um nicht die Wirksamkeit der vom Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse in Gefahr zu bringen, gilt der bisherige Aufsichtsrat als ordnungsgemäß zusammengesetzt, bis ein förmliches Verfahren nach §§ 97, 98 durchgeführt worden ist.¹¹ Über eine andere Zusammensetzung des Aufsichtsrats wird entweder durch unangefochtene Bekanntmachung des Vorstands (§ 97) oder durch gerichtlichen Beschluss (§ 98) verbindlich entschieden. Bis zu diesem Zeitpunkt behält der nach den bislang anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzte Aufsichtsrat seine Handlungs- bzw Beschlussfähigkeit.¹²

3. Corporate Governance

Die zwingende unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland wird in jüngster Zeit wieder kritischer gesehen.¹³ Hintergrund ist nicht nur die Größe der qualifiziert mit-

⁶ Hierzu § 108 I.1., Rdn 2.

⁷ Hierzu *Fitting/Krageloh/Auffarth*⁶ § 76 BetrVG 1952, 135; *Dietz*³ § 76 Betr 1952, 79.

⁸ So der Ausdruck von *Geßler/Geßler* 2, nunmehr MünchKommAktG/*Semler* 3.

⁹ *Hüffer*⁶ 1.

¹⁰ *KK/Mertens*² 22; MünchKommAktG/*Semler* 5; *Hüffer*⁶ 1; Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 126.

¹¹ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 126.

¹² OLG Düsseldorf ZIP 1995, 1752, 1753.

¹³ *ZB Berliner Netzwerk Corporate Governance* AG 2004, 200 mit 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung; *Baums* ZIP 1995, 11, 14 mwN; *Funke* ZRP 2003, 22, 23; *Götz* AG 2002, 552; *Henssler* in: *Baums/Ulmer* (Hrsg.), Unternehmens-Mitbe-

stimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72, 2004, S 133, 147 ff; *Hoffmann-Becking* in: *FS Havermann* 1995, S 229, 240 f; *Junker* ZfA 2005, 1; *Kübler* in: *FS Döser* 1999, S 237 ff; *Raiser* in: *Freundesgabe Kübler* 1997, 477, 487 ff; 1; *Rittner* in: *FS Peltzer* 2001, S 367; *Stengel* in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2001, 2002, S 61, 62; *Schiessl* AG 2002, 593, 595 ff; *ders* ZHR 167 (2003) 235; *Seibt* NZA 2004, 767, 775; *Ulmer* ZHR 166 (2002) 271; *von Werder, Schwark, Säcker, Schwalbach, Windbichler, Kirchner* AG 2004, 166, 173, 180, 186, 190, 197. Rechtsvergleichende Befunde bei *Baums/Ulmer* (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72, 2004. Eine gute Abwägung

bestimmten Aufsichtsräte,¹⁴ sondern auch die fehlende Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer¹⁵ und vor allem die mangelnde Vermittelbarkeit im Ausland mit der Befürchtung gravierender Standortnachteile. Nüchtern zu erörtern sind die Auswirkungen der unternehmerischen Mitbestimmung auf die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit, aber auch auf die Effizienz und Innovationsfähig- und freudigkeit der Unternehmen insgesamt. Die Loyalität gegenüber der eigenen Gruppe wird auch von Arbeitnehmervertretern als wichtigstes Hemmnis einer offenen Diskussion im Aufsichtsrat genannt.¹⁶ Auf europäischer Ebene ist es nach jahrzehntelanger Blockade des europäischen Gesellschaftsrecht durch die deutsche Mitbestimmung auf Grund deutscher Intervention zu Kompromisslösungen gekommen, die den deutschen Status quo zugunsten der deutschen Mitbestimmung als Auffangmodell festschreiben sollen, so insbesondere bei der Europäischen Gesellschaft (SE).¹⁷ Zur Reform der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung vorgeschlagen werden eine Verhandlungslösung,¹⁸ eine drittelparitätische Mitbestimmung¹⁹ sowie ein Konsultationsrat²⁰ bzw. Unternehmensausschuss,²¹ teilweise auch

der ökonomischen und sozialpolitischen Befunde und Argumente bei *Pistor* in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, 157; früher Hopt in: FS Everling 1995, S 475; aus internationaler Sicht *Neubürger* in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 177. Aus den USA *Roe* German Codetermination and German Securities Markets, 5 Columbia Journal of European Law 199 (1999); *idem* Political Determinants of Corporate Governance, Oxford 2003. Zuletzt *BDA/BDI*, Mitbestimmung Modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, November 2004. *AA*, gegen grundsätzliche Reformen zB *Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung*, Bericht der Kommission Mitbestimmung 2. Aufl 1999; *Götz AG* 1995, 337, 347; *Schmoldt* Die Mitbestimmung 6/2002, 10; die Beiträge in *Streeck/Kluge* (Hrsg), Mitbestimmung in Deutschland: Tradition und Effizienz, 1999 und in *Frick/Kluge/Streeck* (Hrsg), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, Expertenberichte für die Kommission Mitbestimmung, 1999.

¹⁴ Dazu oben § 95 III.4., Rdn 68 ff.

¹⁵ Zu Vorbehalten hiergegen *Jürgens/Lippert* Kommunikation und Wissen im Aufsichtsrat, Voraussetzungen und Kriterien guter Aufsichtsratsarbeit aus der Perspektive leitender Angestellter, Studie in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA), 2005, S 48: 70 Prozent der befragten Arbeitnehmervertreter sahen keine Notwendigkeit der Teilnahme von Arbeitnehmern ausländischer Unternehmensteile, insoweit nicht enthalten in Der Aufsichtsrat 6/2005, 7.

¹⁶ *Jürgens/Lippert* Kommunikation und Wissen im Aufsichtsrat, Voraussetzungen und Kriterien guter Aufsichtsratsarbeit aus der Perspektive leitender Angestellter, Studie in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA), 2005, S 43, kritisch wegen der Auswirkungen auf die Information des Aufsichtsrats *Leyens* Information des Aufsichtsrats, 3. Kapitel A III, E IV 3 (im Erscheinen 2006).

¹⁷ Zur Entwicklung kritisch *Hopt* ZIP 2005, 461, 471.

¹⁸ *Fleischer* AcP 204 (2004) 502, 536 ff; *BDA/BDI*, Mitbestimmung Modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, November 2004, S 28 ff, zur SE unten VI.1., Rdn 58 ff.

¹⁹ FDP-Antrag Konzernmitbestimmung neu ordnen – Aufsichtsräte und Eigentümerrechte stärken, BT/Drucks 15/4038. In Bezug genommen wird eine Studie der Federal Reserve Bank of St. Louis vom April 2002. Nach einem working paper von *Gary Gorton* (University of Pennsylvania) und *Frank A. Schmid* (Federal Reserve Bank of St. Louis) vom Januar 2004 liegt der Abschlag gegenüber einer drittelparitätischen Mitbestimmung bei durchschnittlich 31 Prozent, ähnlich bereits dies *Class Struggle inside the Firm: A Study of German Codetermination*, Working Paper 2000-025B, September 2000, Revised April 2002, so nun auch *Gorton/Schmid* 2 Journal of the European Economic Association 863, 879 (2004). So als Auffanglösung auch *Fleischer* AcP 204 (2004) 502, 536 ff; Bericht der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI, S 28 ff, zur SE unten VI.1., Rdn 58 ff. Für eine drittelparitätische Mitbestimmung unter Rekurs

eine Holdingklausel.²² Generell kritisch wird die unternehmerische Mitbestimmung in den USA gesehen,²³ was für deutsche Gesellschaften wegen der steigenden Bedeutung der Kapitalmärkte nicht nur für die Finanzierung der Unternehmen, sondern auch als externe Kontrollmechanismen von Bedeutung ist. Änderungen der unternehmerischen Mitbestimmung werden vor dem Hintergrund der Bedeutung der Kapitalmärkte und der mangelnden Akzeptanz des deutschen Modells im Ausland für unausweichlich gehalten.²⁴

II. Die fünf Möglichkeiten der Aufsichtsratszusammensetzung (Abs 1)

1. Der zwingende Charakter der Aufsichtsratsmodelle

Die Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats stellen zwingendes Recht dar.²⁵ Dies zeigt allein schon die Regelung des Statusverfahrens, das jedem Aktionär, aber auch den Arbeitnehmern, dem Vorstand, dem Aufsichtsrat, den Betriebsrat, dem Sprecherausschuss und den Gewerkschaften ein Antragsrecht auf gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats zubilligt (näher § 98 Abs 2). Etwaige Vereinbarungen über Erweiterung oder Rückführung der Mitbestimmung stehen so rein praktisch unter dem Vorbehalt, dass auch an der Vereinbarung Unbeteiligte jederzeit einen Antrag auf Feststellung der für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats maßgeblichen Vorschriften stellen können. Nach § 250 Abs 1 Nr 1 ist die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nichtig, wenn der Aufsichtsrat unter Verstoß gegen die verbindlich festgestellten Normen (§§ 96 Abs 2, 97 Abs 2 Satz 1, 98 Abs 4) zusammengesetzt wurde.

Die Frage nach den Möglichkeiten einer Mitbestimmungserweiterung auf privatautonomer Gestaltungsebene wirft somit Probleme auf. Der Hinweis auf zwingende Mitbestimmungsmodelle genügt allerdings für sich allein noch nicht, um jedwedes Abweichen hiervon als unzulässig zu bewerten.²⁶ Die Streitigkeiten über die Möglichkeiten insbesondere einer Erweiterung der Mitbestimmung beruhen auf der noch nicht vollständig geklärten Verzahnung zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und mitbestimmungsrechtlichen Regelungen. Bei den einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten zur Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat ist daher danach zu differenzieren, ob

auf das österreichische Recht *Bernhardt* BB 2004, 2480, 2482. Nach *Höppner* Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss, MPIfG Discussion Paper 04/8, S 8 ist die zwingende paritätische unternehmerische Mitbestimmung nach slowenischem Recht verfassungswidrig. Zur Verfassungswidrigkeit der paritätischen Mitbestimmung im Verwaltungsrat der SE *Kaemmerer/Veil* ZIP 2005, 369, 372 ff; *Markus Roth* ZfA 2004, 431, 443.

²⁰ *Berliner Netzwerk Corporate Governance* AG 2004, 200.

²¹ So für den Verwaltungsrat der SE *Markus Roth* 2004, 431, 456 ff.

²² *Götz* AG 2002, 552, 555.

²³ Vgl polemisch *Conard* ZGR 1987, 180, 214: „Amerikanische Unternehmensleitungen leben nicht im Schatten eines militanten

Sozialismus, der europäische Politiker dazu treibt, alternative Formen des Klassenkampfes zu akzeptieren“. Zum Thema auch *Summers* 28 *American Journal of Comparative Law* 367 (1980); *Note* 92 *Yale Law Journal* 106 (1982).

²⁴ *Vetter* in *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg), *Hdb börsennotierte AG*, § 23, 7.

²⁵ *KK/Mertens*² 14; *MünchKommAktG/Semler* 4; *Hüffer*⁶ 3; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 40; *Wißmann* in: *FS Däubler* 1999, S 385, 396. Zur Qualifizierung nach § 23 Abs 5 unten III.1., Rdn 22 ff.

²⁶ Vgl nur *KK/Mertens*² 14 ff; *MünchKommAktG/Semler* 45 ff; *Raiser* in: *FS Werner* 1984, S 681, 682; *Hanau* ZGR 2001, 75, 76 ff.

aktienrechtliche Bestimmungen oder die Mitbestimmungsgesetze zwingende Vorschriften enthalten und wie weit die zwingende Natur mitbestimmungsrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Normen reicht.

- 9 Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass die verschiedenen Mitbestimmungsmodelle nicht gegeneinander ausgetauscht (modifiziert) werden dürfen.²⁷ Die in den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen enthaltenen Bestimmungen über die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat sind insoweit zwingend, als die darin vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer – weder durch Satzung noch durch sonstige Vereinbarungen – verkürzt oder beseitigt werden können.²⁸ Die einzelnen Mitbestimmungsmodelle haben Schutzcharakter zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmer und sollen ein Mindestmaß an Kontrolle und Beteiligung am unternehmenspolitischen Willensbildungsprozess sichern.²⁹ Die Arbeitnehmer können auf ihre Vertretung im Aufsichtsrat nicht rechtswirksam verzichten.³⁰ Die Grenzen für mitbestimmungsrechtliche Vereinbarungen betreffen somit vor allem die Erweiterung der Mitbestimmung. Explizit abgelehnt wird eine Erweiterung der Mitbestimmung im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, soweit die in § 7 MitbestG geregelte Größe des Aufsichtsrats betroffen ist.³¹ Weiter kann die Mitbestimmung aber auch nicht „aufgestockt“ werden und so etwa statt dem DrittelbG das MitbestG 1976 oder statt dem MitbestG 1976 eine Montanmitbestimmung vereinbart werden.³² Schließlich wird eine Einführung der Mitbestimmung auf privatautonomer Basis abgelehnt.³³ Zur Zulässigkeit mitbestimmungsrechtlicher Vereinbarungen im Einzelnen unten unter III., Rdn 22 ff und IV., Rdn 45 ff.³⁴
- 10 Das für die Europäische Gesellschaft (SE) geltende Primat der Verhandlungslösung³⁵ kann de lege lata nicht auf deutsche Aktiengesellschaften übertragen werden, die dem AktG unterfallen. Allerdings ist zu beachten, dass auch eine deutsche Aktiengesellschaft mit einer ausländischen Tochter sich in eine SE umwandeln kann. Insofern besteht mittelbar die Möglichkeit einer Verhandlungslösung. Praktisch wird eine Umwandlung in eine SE insbesondere in Betracht kommen, wenn die Arbeitnehmer zuvor ihre Bereitschaft zur Einschränkung der Mitbestimmung signalisiert haben. Von dieser Bereitschaft wird maßgeblich abhängen, ob die SE für deutsche Gesellschaften eine attraktive Rechtsform dar-

²⁷ KK/Mertens² 14; Hüffer⁶ 3; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 49; Hanau/Ulmer MitbestG, Einl, 45, § 1, 20; Hommelhoff ZHR 148 (1984) 118, 134; Konzen AG 1983, 289, 301 f.

²⁸ Hanau ZGR 2001, 75, 79; Henssler ZfA 2000, 241, 260.

²⁹ So die überwiegende Meinung; siehe grundlegend Hensche AuR 1971, 33, 36; Mertens AG 1982, 141, 147; OLG Bremen AG 1977, 257, 258; für eine flexiblere Handhabung de lege ferenda Raiser in: FS Werner 1984, S 681, 691 sowie Hommelhoff ZHR 148 (1984) 118, 147 f. Für klare Schranken Beut-
bien ZHR 148 (1984) 95, 115 ff; kritisch auch KK/Mertens² 21. Vgl zur Flexibilität der Mitbestimmung im Rahmen einer Europa-AG auch Hopt in: FS Everling 1995, S 475, 490 f.

³⁰ Hanau ZGR 2001, 75, 79; Raiser MitbestG⁴

§ 1, 49; Hanau/Ulmer MitbestG § 1, 16; Fitting/Wlotzke/Wissmann MitbestG² § 1, 3.

³¹ Raiser MitbestG⁴ § 7, 2; Hanau/Ulmer MitbestG § 7, 1; Fitting/Wlotzke/Wissmann MitbestG² § 7, 2; Hanau ZGR 2001, 75, 79.

³² Mertens AG 1982, 141, 151, umfassende Darstellung des Streitstandes zu Mitbestimmungsvereinbarungen bei Hanau ZGR 2001, 75 ff.

³³ Hommelhoff ZHR 148 (1984) 118, 134.

³⁴ Überblick über den Meinungsstand auch bei MünchAnwHdbAktienrecht/Nebels § 23, 48 ff.

³⁵ Richtlinie vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG L 294/22 vom 10.11.2001; SE-Ausführungsgesetz – SEAG vom 22.12.2004, BGBl I 3675.

stellt. Für mitbestimmungsaverse Unternehmen rechtlich interessant ist die monistische SE; die im SE-Beteiligungsgesetz vorgesehene Übertragung der paritätischen Aufsichtsratsmitbestimmung auf den Verwaltungsrat erscheint mit den europaa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, auch gegen eine drittelparitätische Mitbestimmung bestehen massive Bedenken.³⁶

2. Überblick über die gesetzlichen Aufsichtsratsmodelle

a) Mitbestimmungsgesetz 1976

Nach dem MitbestG von 1976, dem am 31.12.2002 insgesamt 767 Unternehmen **11** (davon 386 Aktiengesellschaften) unterlagen,³⁷ ist der Aufsichtsrat nach Köpfen, aber nicht stets auch nach Stimmen paritätisch besetzt (numerische bzw formelle Parität). In Abhängigkeit von der jeweiligen Arbeitnehmeranzahl des Unternehmens gehören dem Aufsichtsrat je 6, 8 oder 10 Vertreter von Arbeitnehmern und Anteilseignern an (§ 7 Abs 1 MitbestG).³⁸ Bei Großunternehmen ist so zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden, dem zwanzig Personen angehören. Vor dem Hintergrund einer Verbesserung der Effizienz der Aufsichtsratsarbeit ist dies bedenklich. Kleinere Gremien arbeiten in der Regel besser.³⁹

Die Arbeitnehmerbank setzt sich aus zwei verschiedenen Gruppen zusammen, den leitenden Angestellten sowie den sonstigen Arbeitnehmern des Unternehmens, worunter die Arbeiter und Angestellten zusammengefasst werden (§ 3 MitbestG). Hinzu kommen Vertreter der in dem Unternehmen vertretenen Gewerkschaften (§ 7 Abs 2 MitbestG).⁴⁰ Eine Besonderheit gegenüber den übrigen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen liegt in der Sicherstellung eines Sitzes von maximal zehn Sitze zu Gunsten der leitenden Angestellten (§ 11 Abs 1 Satz 2 MitbestG). Damit entsteht im Ergebnis regelmäßig eine Überrepräsentation dieser Sondergruppe der Angestellten.⁴¹ Zu den ausschließlich aus Gewerkschaftsvertretern bestehenden externen Vertretern zählen grundsätzlich zwei und bei einem Aufsichtsrat mit der Höchstzahl von insgesamt 20 Mitgliedern drei Personen. Die Satzung kann in gewissen Grenzen einen größeren als mitbestimmungsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsrat vorsehen (§ 7 Abs 1 Satz 2 MitbestG). Zur

³⁶ Markus Roth ZfA 2004, 431, 443 ff.

³⁷ Überblick über die Entwicklung von 1978 bis 2002 bei Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt § 1 MitbestG, 1; Zahl für Ende 2002 auch nach Köstler bei Henssler in: Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten 2004, 133. Ende 1997 waren es insgesamt 705 Unternehmen, davon 388 Aktiengesellschaften, Die Mitbestimmung 1998, Heft 5, 8 auch zur Entwicklung seit Inkrafttreten des MitbestG. Neben den 388 Aktiengesellschaften mit einem Anteil von 55 Prozent unterfallen 292 GmbH (40 Prozent), 13 GmbH & CoKG, 6 KGaA sowie 6 Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Die Zahl der mitbestimmten Gesellschaften hat damit deutlich zugenommen. Anfang 1986 unterfielen dem MitbestG etwa 276 AG (58 %), 176 GmbH (37 %),

9 GmbH & CoKG (2 %) und sechs Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (1 %) Gerum/Steinmann/Fees Der mitbestimmte Aufsichtsrat, 1988, S 17.

³⁸ Die Satzung kann unabhängig von der Arbeitnehmerzahl eine höhere Gesamtzahl vorsehen.

³⁹ Vgl Hopt in: Freundesgabe Kübler 1997, S 435, 437 f; ders AG-Sonderheft 1997, 42; Raiser in: FS Kübler 1997, S 477, 487 ff. Oben § 95 I.4., Rdn 32.

⁴⁰ Überblick der vertretenen Gewerkschaften bei Hassel/Kluge Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 167, 171.

⁴¹ Hierzu Witte/Bronner Leitende Angestellte, 1974, S 46, wonach leitende Angestellte durchschnittlich 2,14 % der Beschäftigten und 6,03 % der Angestellten ausmachen.

außerordentlich kompliziert geregelten Wahl nach dem MitbestG und den hierzu erlassenen Wahl-Ordnungen siehe dort.⁴² Die Änderungen des MitbestG im Rahmen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes⁴³ sowie durch das Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat⁴⁴ mit den neuen Wahlordnungen 2002⁴⁵ haben hier begrenzt Abhilfe geschaffen. Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten hat sich überholt und ist nunmehr auch im Rahmen des MitbestG weggefallen.⁴⁶ An der Dauer des Wahlverfahrens konnte dies nichts Wesentliches ändern, auch die Verringerung der Delegiertenzahl durch das Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter ist hierfür nur eingeschränkt geeignet.⁴⁷

b) Montan-Mitbestimmungsgesetz⁴⁸

- 13** Dem Montan-MitbestG, das auf die Unternehmen der Eisen- und Stahlproduktion sowie des Bergbaus Anwendung findet (näher § 1 Montan-MitbestG), unterfielen Ende 2002 insgesamt 45 Unternehmen, allerdings mit abnehmender Tendenz.⁴⁹ Das Montan-MitbestG sieht auf Grund der gleichgewichtigen Stimmverteilung volle Parität (= materielle Parität) der beiden Bänken vor. Der Aufsichtsrat besteht im Regelfall aus elf Mitgliedern. Die Sitze verteilen sich zu gleichen Teilen auf Anteilseigner und Arbeitnehmervertreter. Nachdem auch im Rahmen des Montan-MitbestG die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten weggefallen ist,⁵⁰ gliedert sich die Arbeitnehmerseite in Arbeitnehmer des Unternehmens, Gewerkschaftsvertreter sowie ein „weiteres“ Mitglied auf (§§ 4, 6, 9 Montan-MitbestG). § 6 Abs 1 Montan-MitbestG stellt sicher, dass mindestens zwei Arbeitnehmer, die in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sind, im Aufsichtsrat vertreten sind; den Gewerkschaften kommt hinsichtlich zweier Mitglieder ein Vorschlagsrecht zu (§ 6 Abs 3 Montan-MitbestG). Sowohl zur Arbeitnehmerseite als

⁴² Hierzu die Kommentierung von *Oetker*, unten, zu §§ 7, 9 ff MitbestG, zu den Änderungen im Jahre 2002 vgl *Wolff* DB 2002, 790 ff.

⁴³ Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23.7.2001, BGBl I 1852.

⁴⁴ Gesetz vom 23.3.2002, BGBl I 1130.

⁴⁵ Erste Wahlordnung zu Wahlen in Unternehmen mit nur einem Betrieb vom 27.5.2002, BGBl I 1682; Zweite Wahlordnung zu Wahlen in Unternehmen mit mehreren Betrieben vom 27.5.2002, BGBl I 1708; Dritte Wahlordnung zu Wahlen in mehreren Unternehmen eines Konzerns oder einer GmbH & Co. KG vom 27.5.2002, BGBl I 1741. Zum Wahlverfahren nach dem MitbestG *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 18 MitbestG, 1 ff, hierzu auch *Wienke/Podewin/Prinz/Schöne* Die Wahlordnungen zum MitbestG, 2002.

⁴⁶ *BegrRegE* BetrVerf-Reformgesetz, BTDrucks 14/5741, S 36 und 57 ff.

⁴⁷ Nach der Begründung zur Ersten Wahlordnung verringert sich die Verfahrensdauer von bis dato mindestens 21 Wochen um zwei Wochen, Allgemeine Begründung, S 3.

⁴⁸ Das Montan-MitbestG 1951 hieß bis zum Inkrafttreten des MitbestG 1976 ebenfalls MitbestG.

⁴⁹ Zahlen nach *Köstler* bei *Henssler* in: *Baums/Ulmer* (Hrsg), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten 2004, S 134. Ebenso schon der Bericht der Kommission Mitbestimmung, Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, S 43. Vor der Wiedervereinigung (31.12.1990) unterfielen 28 Unternehmen dem Montan-MitbestG, vgl *Oetker*, unten, Montan-MitbestG Einl, 8. 1977 unterfielen dem Montan-MitbestG 11 Unternehmen des Bergbaus und 23 Unternehmen der Eisen- und Stahlproduktion, *Gamillschegg* in: *FS Kahn-Freund* 1980, S 93, 94. *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 1 Montan-MitbestG, 4 schätzt Ende 2002 einen Bestand von 35 Unternehmen und gibt einen Überblick über die Entwicklung seit 1951.

⁵⁰ Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23.7.2001, BGBl I 1852.

auch zur Anteilseignerseite gehört jeweils ein externes Mitglied, welches keinem Interessenverband (weder Gewerkschaft noch Arbeitgebervereinigung) als Mitglied angehören darf (§ 4 Abs 1, 2 Montan-MitbestG). Als ausgleichendes Moment zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern ist zudem ein 11. Mann als so genanntes neutrales Mitglied zu wählen (§ 8 Montan-MitbestG).

Die Satzung kann die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder bei einem Grundkapital von 10 Mio Euro bis zu 25 Mio Euro auf fünfzehn und bei Überschreitung eines Grundkapitals von 25 Mio Euro auf einundzwanzig festsetzen (§ 9 Abs 1 Montan-MitbestG). Bei 15 Mitgliedern sind neben dem externen Mitglied drei Arbeitnehmer zu wählen, drei Mitglieder werden von den Gewerkschaften vorgeschlagen (insgesamt 7 Mitglieder). Bei 21 Mitgliedern befinden sich vier Arbeitnehmer, vier von den Gewerkschaften vorgeschlagene sowie zwei Externe auf der Arbeitnehmerbank (insgesamt 10 Mitglieder, vgl § 9 Abs 2 Montan-MitbestG). Hier bildet der 15. bzw der 21. Mann das neutrale weitere Mitglied. Zu den Wahlmodalitäten vgl *Oetker*, unten, Kommentierung zu § 6 Montan-MitbestG. **14**

c) Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz⁵¹

Der Mitbestimmung nach dem MitbestErgG unterfallen Gesellschaften, die zwar nicht selbst Unternehmen des Bergbaus oder der Eisen und Stahl verarbeitenden Industrie sind, aber solche auf Grund eines Beherrschungsvertrages (§§ 291 AktG ff) oder Eingliederung (§ 319 AktG) beherrschen. Der Montananteil am Gesamtumsatz muss allerdings 20 Prozent betragen (näher § 3 Abs 2 MitbestErgG).⁵² Rechtstatsächlich ist das MitbestErgG von geringer Bedeutung⁵³ und nach dem Ausscheiden der Mannesmann AG (schon vor der Übernahme durch Vodafone) aus dem Anwendungsbereich des MitbestErgG sogar gegenstandslos.⁵⁴ Das MitbestErgG sieht einen Aufsichtsrat von 15 Mitgliedern vor, dem 7 Mitglieder der Anteilseignerseite und 7 Mitglieder der Arbeitnehmerseite sowie ein neutrales Mitglied angehören (§ 5 Abs 1 MitbestErgG). Genau wie beim MitbestG und beim Montan-MitbestG verteilt sich die Arbeitnehmerseite auf Arbeitnehmer und Gewerkschaftsvertreter. Abweichend vom Montan-MitbestG gibt es neben dem neutralen 15. Mann keine weiteren externen Mitglieder neben den Gewerkschaftsvertretern. Die Arbeitnehmervertreter setzen sich aus fünf Arbeitnehmer aus den Betrieben der Konzernunternehmen sowie zwei Gewerkschaftsvertretern zusammen (näher §§ 6 Abs 1, 10c Abs 2, 10g MitbestErgG). Bei einem Nennkapital von über 25 Mio Euro kann die Satzungsbestimmung die Mitgliederzahl auf 21 erhöht werden (§ 5 Abs 1 Satz 3 MitbestErgG). Auf der Arbeitnehmerseite befinden sich dann 7 Arbeitnehmer von Konzernunternehmen sowie 3 Gewerkschaftsvertreter (§ 6 Abs 1 Satz 2 **15**

⁵¹ Zur Zitierweise im Hinblick auf die frühere Bezeichnung des Montan-MitbestG als MitbestG anders *Kahlert* AuR 2001, 491 f (Mitbestimmungsergänzungsgesetz). Üblich ist die Abkürzung MitbestErgG.

⁵² §§ 3 Abs 2, 16 MitbestErgG; vgl auch BVerfGE 99, 367 ff.

⁵³ 1997 unterfiel dem MitbestErgG ein Unternehmen, *Gamillschegg* in: FS Kahn-Freund 1980, S 93, 94; nach einem Anstieg auf drei Unternehmen unterfällt infolge der Umsetzung des BVerfG-Urteils zur teilweisen

Verfassungswidrigkeit des MitbestErgG kein Unternehmen dem MitbestErgG, BVerfGE 99, 367 ff, nachfolgend OLG Düsseldorf AG 2000, 45, vgl hierzu auch unten *Oetker*, Einl MitbestErgG, *ders* ZGR 2000, 19, 25 ff. *Raiser* RdA 1999, 394, 399 spricht sogar vom Ende der Anwendung des MitbestErgG, vgl hierzu auch *Hoffmann/Preu*⁵ Rdn 109.2. ⁵⁴ *Henssler* in: *Baums/Ulmer* (Hrsg), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S 134.

MitbestErgG). Zum Wahlverfahren vgl *Oetker*, unten, Kommentierung zu den §§ 7 ff MitbestErgG.

d) Drittelbeteiligungsgesetz

- 16** Als Mitbestimmungsmodell numerisch die größte Bedeutung hat das Drittelbeteiligungsgesetz (bis 2004: BetrVG 1952).⁵⁵ Die Schätzungen differieren, realistischerweise dürften heute circa 1.800–2.000 Unternehmen darunter fallen.⁵⁶ Nach § 4 Abs 1 DrittelbG besteht der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (und anderer Gesellschaften) zu einem Drittel aus Arbeitnehmern. Soweit dies von der Gesamtmitgliederzahl (nicht bei nur drei Mitgliedern) möglich ist, müssen sich mindestens zwei Arbeitnehmer aus den Betrieben des Unternehmens hierunter befinden. Bei einer Repräsentation von drei Mitgliedern können die über die Zahl von 2 hinausgehenden Mitgliedern unabhängig von der Belegschaftszugehörigkeit besetzt werden. Hierzu zählen auch Gewerkschaftsvertreter sowie leitende Angestellte, die unter den Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG 1972 fallen und nicht ausdrücklich von der Repräsentation ausgeschlossen sind (zu den Problemen der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Konzern sowie zum Wahlverfahren, siehe die Kommentierung von *Oetker*).⁵⁷ 2004 ist eine neue Wahlordnung ergangen, die WO DrittelbG.⁵⁸

e) Aufsichtsrat ohne zwingende Arbeitnehmerbeteiligung

- 17** Bei den Gesellschaften, die nicht die Voraussetzungen einer geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelung erfüllen, setzt sich der Aufsichtsrat nur aus Anteilseignern zusammen. Mitbestimmungsfrei sind Aktiengesellschaften, bei denen bereits das DrittelbG keine Mitbestimmung vorsieht. So müssen nach dem 9. August 1994 eingetragene Aktiengesellschaften für ein Eingreifen der drittelparitätischen Mitbestimmung mehr als fünfhundert Mitarbeiter beschäftigen (§ 1 Abs 1 Nr 1 DrittelbG). Diese Schwelle gilt auch für bereits zuvor eingetragene Familiengesellschaften sowie bei einem nach dem 9. August 1994 eingetragenen Formwechsel.⁵⁹ Von der Mitbestimmung ausgenommen sind ferner Tendenzbetriebe.⁶⁰ Angenommen wird für die Mitbestimmung nach dem DrittelbG ferner eine Mindestzahl von drei bis fünf Arbeitnehmern.⁶¹ In der Fortgeltung

⁵⁵ Zu diesem *Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt* Drittelbeteiligungsgesetz; *Seibt* NZA 2004, 767.

⁵⁶ *Henssler* in: Baums/Ulmer (Hrsg), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S 134; Bericht der Kommission Mitbestimmung, Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, S 45 schätzte noch auf 3500.

⁵⁷ *Oetker*, unten § 76 BetrVG 1952, 24 ff. Speziell zum DrittelbG *Erk/Oetker*³ Nr 260; *Deilmann* NZG 2005, 659.

⁵⁸ Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz – WODrittelbG) vom

23.6.2004, BGBl I 1393. Dazu *Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt* Drittelbeteiligungsgesetz, S 25 ff; *Seibt* NZA 2004, 767, 772 f.

⁵⁹ *Oetker*, unten, § 76 BetrVG 1952, 4 ff; *MünchKommAktG/Semler* 33; *Hüffer*⁶ 12; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 2; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 76 BetrVG 1952, 16; *Lutter* AG 1994, 429, 445.

⁶⁰ Hierzu die Kommentierung von *Oetker*, unten, zu § 81 BetrVG 1952; *Seibt* NZA 2004, 767, 769.

⁶¹ Str, hierzu *Oetker*, unten § 76 BetrVG 1952, 4. Für mindestens vier Arbeitnehmer etwa *Hüffer*⁶ 12; *Vetter* in *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg), *Hdb börsennotierte AG*, § 24, 4; für mindestens fünf Arbeitnehmer etwa *MünchKommAktG/Semler* 39; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 4 ff.

der Mitbestimmung für vor dem 10. August 1994 eingetragene Gesellschaften wird in der Literatur vereinzelt ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz gesehen.⁶²

Sind die Voraussetzungen der Mitbestimmung an sich entfallen, ist vor Durchführung eines Statusverfahrens zu prüfen, ob eine gesetzliche Fiktion zur (temporären) Beibehaltung der Mitbestimmung führt. Dies kann sich bei einer grenzüberschreitender Einbringung aus dem Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz⁶³ oder allgemein bei Abspaltung und Ausgliederung aus § 325 UmwG ergeben. Weiter wurde zum Schutz der Mitbestimmung in Deutschland für die EWIV eine Grenze von 500 Arbeitnehmern gezogen und bestimmt, dass die EWIV nicht konzernleitendes Unternehmen sein kann.⁶⁴ **18**

3. Ermittlung des einschlägigen Mitbestimmungsmodells

a) Schwellenwerte, Montanmitbestimmung, Tendenz- und Familienunternehmen

Wichtigster Parameter zur Feststellung des einschlägigen Mitbestimmungsregimes ist die Anzahl der Beschäftigten Arbeitnehmer. Mitbestimmungsfrei sind Tendenzunternehmen sowie Familienunternehmen mit höchstens 500 Mitarbeitern. Nach dem 9. August 1994 eingetragene Aktiengesellschaften sind mitbestimmungsfrei, wenn sie regelmäßig nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Bei regelmäßig mehr als 500 bis 2.000 Arbeitnehmern gilt die drittelparitätische Mitbestimmung nach dem DrittelbG, bei über 2.000 Mitarbeitern das MitbestG 1976. Zu Einzelheiten bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen die Kommentierung von *Oetker*, unten.⁶⁵ **19**

Besondere Regeln gelten für die Montanindustrie. Um der Montan-Mitbestimmung zu unterfallen, muss das Unternehmen nach § 1 Abs 1 Montan-MitbestG dem Montanbereich zuzurechnen zu sein und mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs 1 und 2 Montan-MitbestG). Gehört das herrschende Unternehmen nach seinem überwiegenden Betriebszweck nicht mehr zur Montanindustrie, so greift zunächst die Übergangsregelung des § 1 Abs 3 Montan-MitbestG, hilfsweise bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 MitbestErgG das MitbestErgG. **20**

b) Mitbestimmung im Konzern

Regelungen zur Mitbestimmung im Konzern enthalten sowohl das DrittelbG als auch das MitbestG sowie das Montan-MitbestG und das MitbestErgG (§§ 2 DrittelbG, 5 MitbestG, 1 Abs 4 Montan-MitbestG, 1 MitbestErgG). Damit hat jedes Mitbestimmungsmodell auch eine Konzerndimension, das MitbestErgG wurde sogar nur erlassen, um die Montan-Mitbestimmung in der Konzernspitze zu erhalten. Unterschiede bestehen bezüglich der Einbeziehung einer lediglich faktischen Konzernierung. Hängt die Mitbestimmung nach § 1 DrittelbG in einem herrschenden Unternehmen von der Anzahl der Arbeitnehmer ab, so gelten nach § 2 Abs 2 DrittelbG Arbeitnehmer eines abhängigen Unternehmens als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht (§ 291) oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert wurde (§ 319). Auch ein mit einer Toch-

⁶² So *Büdenbender* ZIP 2000, 385, 398 ff.

⁶³ Hierzu § 97 I.3.d.dd., Rdn 21 und *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 52 ff.

⁶⁴ *Wißmann* RdA 1999, 152, 154.

⁶⁵ Zur Referenzperiode vgl auch *Münch-AnwHdbAktienrecht/Nebbs* § 23, 14.

ter-GmbH geschlossener Beherrschungsvertrag genügt.⁶⁶ Gewinnabführungsverträge ohne Beherrschungsvertrag und andere Unternehmensverträge (§ 292) genügen nach dem klaren Wortlaut von § 2 Abs 2 DrittelbG nicht. Erst recht genügt für die Zurechnung nicht ein bloß faktischer Konzern.⁶⁷ Problematisch ist etwa die Zurechnung bei Gemeinschaftsunternehmen mit mehr als zwei Muttergesellschaften.⁶⁸ Streitig ist auch, ob eine Teilkonzernspitze („Konzern im Konzern“) unabhängig von den Voraussetzungen des § 5 Abs 3 MitbestG zugerechnet werden kann.⁶⁹

III. Zulässigkeit der Erweiterung der Mitbestimmung

1. Mitbestimmungserweiterung durch entsprechende Satzungsbestimmungen

- 22** Nach ganz überwiegender Meinung scheidet eine Erweiterung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch Satzung nach § 23 Abs 5 aus.⁷⁰ Die Gegenansicht sieht den „Rechtsgrund der aktienrechtlichen Satzungsstrenge“ überhaupt nicht berührt,⁷¹ das Aktiengesetz soll keine abschließende Regelung und auch keine Auslegungsregel in Bezug auf § 76 Abs 1 BetrVG 1952 (nunmehr § 4 Abs 1 DrittelbG) enthalten. Dies verkennt die Verzahnung von Mitbestimmungs- und Aktienrecht. Durch § 96 Abs 1 werden die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften materiell in das aktienrechtliche Regelungsprogramm aufgenommen.⁷²
- 23** Auch die in der Literatur vorzufindenden Ausführungen zum Rechtsgrund der aktienrechtlichen Satzungsstrenge sind ganz unterschiedlicher Art.⁷³ Fragwürdig erscheint jedenfalls die Annahme, dass es dem Kleinaktionär bzw durchschnittlichen Kapitalanleger bei seiner Entscheidung über An- und Verkäufe von Aktien entscheidend auf die

⁶⁶ BayObLG ZIP 1993, 263; OLG Düsseldorf WM 1997, 668, 671 f; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 7 mwN.

⁶⁷ OLG Düsseldorf WM 1997, 668, 672; Seibt NZA 2004, 767, 770.

⁶⁸ Hierzu BAG WM 1997, 1551, 1554; Böttcher/Liekefett NZG 2003, 701; Löwisch in: FS Schlechtriem 2003, S 833, 838 ff; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 21.

⁶⁹ Dazu OLG Düsseldorf WM 1979, 956 f und WM 1997, 668, 671 (offen); OLG Zweibrücken WM 1983, 1347, 1349 f; OLG Frankfurt WM 1987 237, 238; weitere Rechtsprechung bei MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 20; Raiser in: FS Kropff 1997, S 244, 251 ff; auch Hüffer⁶ 4; Vetter in Marsch-Barnier/Schäfer (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 9.

⁷⁰ Hüffer⁶ 3; KK/Mertens² 14; MünchKommAktG/Semler 4, 50; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 42; MünchHdbAR/Wißmann² § 375, 22; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 7, 46; Hanau/Ulmer MitbestG Einl 46, § 1, 20; Raiser MitbestG⁴ § 1, 52; Fitting/Wlotzke/Wißmann Mit-

bestG² § 1, 5; Hensler/Willemsen/Kalb/Seibt § 76 BetrVG 1952, 24 und § 1 MitbestG, 20; Däubler Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, S 329; Hensche AuR 1971, 33, 34 f; Mertens AG 1982, 141, 147; Konzen AG 1983, 289, 299; Hommelhoff ZHR 148 (1984) 119, 134 ff; Ihrig/Schlitt NZG 1999, 333, 334; Henssler ZfA 2000, 241, 262 f, insbesondere zur Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 vgl auch Henssler in: FS 50 Jahre BGB, Festgabe der Wissenschaft Bd II, S 387, 413; Seibt AG 2005, 413, 416; Thüsing in: FS Werner 1984, S 893, 898. Hierzu auch der Überblick von Hanau ZGR 2001, 75, 88 ff.

⁷¹ So Fabricius in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 160, der es nach Maßgabe des § 96 Abs 1 für zwingend hält, dass jedenfalls ein Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat sitzt. Für nur eingeschränkte Unwirksamkeit Henssler ZfA 2000, 241, 262.

⁷² Konzen AG 1983, 289, 299 sowie zum Normzweck oben I.2., Rdn 4.

⁷³ Zur Satzungsstrenge Röhrich, oben § 23, 167 ff.

Zusammensetzung des jeweiligen Aufsichtsrats ankomme.⁷⁴ Im Hinblick auf eine prosperierende Entwicklung des Unternehmens dürfte näher liegen, dass der Gesetzgeber die innere Organisation des Aufsichtsrats abschließend festlegen wollte, um den Ausbau der Mitbestimmung dem innergesellschaftlichen Kräftespiel zu entziehen.⁷⁵

Aber auch ganz unabhängig von der Frage der Stichhaltigkeit der für die aktienrechtliche Satzungsstrenge angegebenen inhaltlichen Begründungen ist davon auszugehen, dass die Vorschrift des § 23 Abs 5 vom Gesetz abweichende Gestaltungsmöglichkeiten über die Satzung weitestgehend ausschließt. Auf die Kontroverse, ob die Entstehungsgeschichte des § 76 BetrVG 1952 genug Aufschluss darüber gibt, dass das Gesetz nur ein Mindestprogramm an Mitbestimmung festlegen wollte,⁷⁶ muss nicht näher eingegangen werden. Voraussetzung für eine Dispositionsfreiheit des Satzungsgebers ist nach dem Wortlaut des § 23 Abs 5 Satz 1 eine ausdrückliche dahingehende Öffnungsklausel. Eine solche Befugnis zu einer anderweitigen Satzungsregel kann sich auch aus anderen Gesetzen als dem AktG ergeben.⁷⁷ Daran fehlt es aber sowohl im an die Stelle des § 76 BetrVG 1952 § 4 Abs 1 DrittelbG als auch in den anderen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen. Im Ergebnis ist daher eine Erweiterung des Arbeitnehmereinflusses durch die Festsetzung höherer Beteiligungsquoten ausgeschlossen.⁷⁸ Der Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers erschöpft sich darin, nach Maßgabe des § 23 Abs 5 ergänzende oder vom Gesetz abweichende Normierungen hinsichtlich des Verfahrens und der Befugnisse des Aufsichtsrats zu regeln, soweit das anwendbare Aktienrecht und das Mitbestimmungsrecht keine bzw keine zwingenden Regelungen enthält.⁷⁹

Ausgeschlossen wird mit dem Verbot einer Erweiterung der Mitbestimmung durch Satzung nicht nur die Möglichkeit der Wahl weiterer Arbeitnehmervertreter durch die Belegschaft, sondern auch ein Entsendungsrecht zu Gunsten von Gewerkschaften oder des Betriebsrats.⁸⁰ Die Ausübung des Entsendungsrechts kann auch nicht von der Zustimmung der Arbeitnehmer oder von Arbeitnehmervertretern abhängig gemacht werden.⁸¹ Unzulässig wäre weiter eine Satzungsbestimmung, nach der einzelne oder alle Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft Arbeitnehmer oder Gewerkschaftsvertreter sein müssen.⁸² Zu weit gehend wäre es demgegenüber, das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses mit der Gesellschaft als Voraussetzung für die Gewährung eines Entsendungsrechts zu betrachten. Es besteht kein Grund, den Belegschaftsaktionären ein Entsendungsrecht vorzuenthalten. Unzulässig wäre es nur, das Entsendungsrecht an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu koppeln. Nicht möglich ist es schließlich, in der Satzung vorzu-

24

25

⁷⁴ Hierzu kritisch *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 160; *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 119, 135.

⁷⁵ *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 119, 135; *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 115.

⁷⁶ Ablehnend *Schmiedel* JZ 1973, 343, 345; dagegen *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 163, der der Auffassung ist, dass aus der Entstehungsgeschichte zwar keine klare Aussage getroffen werden könne, aber die Heranziehung des Sozialstaatsprinzips und die grundrechtlichen Verpflichtungen eine Auslegung des § 76 BetrVG als Mindestregelung geboten, aaO, S 162.

⁷⁷ *Geßler/Eckardt* § 23, 110.

⁷⁸ So die hM, siehe OLG Bremen AG 1977, 257, 258; OLG Hamburg AG 1972, 183; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller* Aufsichtsratspraxis⁷ Rdn 320 ff; aA *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 163.

⁷⁹ *Mertens* AG 1982, 141, 151.

⁸⁰ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 7, 43; *Ihrig/Schlitt* NZG 1999, 333, 334.

⁸¹ Zur Zulässigkeit der Zustimmung Dritter als Voraussetzung für die Entsendung in den Aufsichtsrat § 101 V.2.f.aa., Rdn 125.

⁸² Hierzu § 100 VI., Rdn 105.

schreiben, dass bestimmte Aufsichtsratsmitglieder nur auf Vorschlag der Arbeitnehmer oder ihrer Vertretungen gewählt werden können.⁸³

2. Freie Zuwahl von weiteren Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat durch die Hauptversammlung

- 26** Die auf freiwilliger Grundlage beruhende Zuwahl von weiteren Arbeitnehmern beziehungsweise den Arbeitnehmern nahe stehenden Personen in den Aufsichtsrat wird von der herrschenden Meinung bei drittelparitätisch mitbestimmten Gesellschaften (DrittelbG, früher BetrVG 1952) sowie bei mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaften als zulässig angesehen.⁸⁴ Zur Begründung der Zulässigkeit finden sich verschiedene Ansätze, wobei im Wesentlichen mit den aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 101, 119, 105 sowie mit § 103 argumentiert wird. Sicher ist zunächst, dass § 101 keine Aussagen über die Zusammensetzung der nicht nach mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zu wählenden Anteilseignervertreter beinhaltet. Vielmehr räumt § 101 Wahlfreiheit ein. Konsequenterweise muss es daher den Aktionären der Hauptversammlung überlassen bleiben, wen sie als „ihre“ Vertreter wählen wollen. Keineswegs hat der Gesetzgeber eine bestimmte „soziologische Infrastruktur“ der von den Anteilseignern gewählten Aufsichtsratsmitglieder zur Wahrung eines bestimmten Verhältnisses der Fraktionen zueinander vorgegeben.⁸⁵ Auch § 105, der bestimmte Inkompatibilitäten von Aufsichtsratsfunktionen normiert, belässt im Übrigen der Hauptversammlung ein freies, nur durch Entsendungsrechte einschränkbares Auswahlrecht (§§ 119 Nr 1, 101 Abs 2).⁸⁶ Inkompatibilität zwischen organschaftlicher Kontrollbefugnis und Weisungsabhängigkeit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist § 105 gerade nicht zu entnehmen, da sonst auch die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften dem so verstandenen Grundsatz der Unabhängigkeit des Kontrollierenden vom Kontrollierten zuwiderlaufen würden.⁸⁷ Schließlich wird noch § 103 herangezogen, wonach von der Hauptversammlung frei gewählte Aufsichtsratsmitglieder vorzeitig wieder abberufen werden können, was voraussetzt, dass die zusätzlich gewählten Arbeitnehmer als Anteilseignervertreter gelten.⁸⁸

⁸³ Hierzu *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 102 sowie zum Verbot einer Bindung der Hauptversammlung durch Wahlvorschläge § 101 III.2., Rdn 20 ff.

⁸⁴ BGH AG 1975, 242, 244; OLG Hamburg AG 1972, 183 ff; KK/*Mertens*² 15; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² § 28, 42; *Fabrizius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 156; *Konzen* AG 1983, 289, 299; *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 118, 136; *Ihrig/Schlitt* NZG 1999, 333, 334; *Henssler ZfA* 2000, 241, 260 f; aA *Hüffer*⁶ 2 IVm § 251, 2; *Godin/Wilhelmi*⁴ § 105, 3; *Claussen* AG 1971, 386. Vgl auch § 105 II.4.a., Rdn 40 ff.

⁸⁵ So aber *Claussen* AG 1971, 386, 388.

⁸⁶ Zur Entstehungsgeschichte, die eindeutig ergibt, dass nicht nur die nach dem BetrVG 1952 zu wählenden Arbeitnehmervertreter von dem Unvereinbarkeitsgrundsatz ausgenommen werden sollen, sondern die Haupt-

versammlung freiwillig darüber entscheiden können soll, ob sie weitere Arbeitnehmer wählen will (BTDrucks 1/3585, S 19) vgl 105 I.1., Rdn 3.

⁸⁷ Dazu OLG Hamburg AG 1972, 183, 185; dagegen *Godin/Wilhelmi*⁴ § 105, 3. Zur Auslegung des Unvereinbarkeitsgrundsatzes vgl die Ausführungen zu § 105. Eine ganz andere Frage ist, ob Arbeitnehmer der Aktiengesellschaft wirklich als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder im Sinne der modernen Corporate Governance-Diskussion angesehen werden können, dazu vor allem die Diskussion um die Besetzung von Kernausschüssen mit unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern, unten § 107 VIII.5.b.cc., VIII.5.c.cc., und VIII.5.d.cc., Rdn 322 ff, 331 f, 339.

⁸⁸ Zur Einordnung eines freiwillig hinzugewählten Arbeitnehmers als Anteilseignervertreter auch § 105 II.4.a., Rdn 42.

Diese Argumentation mit bestimmten Vorschriften ist nur begrenzt überzeugungsfähig. **27** Entscheidend bleibt die Wahlfreiheit, die die Anteilseigner als Gesellschafter haben und deren Beschränkung durch das Gesetz nicht festgestellt werden kann. Wenn die Anteilseigner weitere der Arbeitnehmerseite zuzurechnende Personen in den Aufsichtsrat wählen, mögen sie dafür gute Gründe haben (etwa Stärkung des Arbeitnehmereinflusses zur Verbesserung des Betriebsklimas und des sozialen Friedens) oder auch nicht, jedenfalls ist das ihre eigene Entscheidung.⁸⁹ Freiwillig dazu gewählte Arbeitnehmer sind danach rechtlich als Anteilseignervertreter anzusehen.⁹⁰ Diese zwar in soziologischer Hinsicht zweifelhafte Zuordnung ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu beanstanden.⁹¹

Bislang ungeklärt ist die Frage, ob eine Zuwahl nur bei einer Mitbestimmung nach dem DrittelbG in Betracht kommt.⁹² Die freiwillige Zuwahl von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat wird kontrovers diskutiert, soweit sie zu einer Überparität der (faktischen) Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat führt, also zu einer Minderheit der originär die Anteilseignerinteressen vertretenden Aufsichtsratsmitglieder.⁹³ Insbesondere für die Mitbestimmung nach dem MitbestG sowie für die Montanmitbestimmung ist es relevant, dass ein Teil der Literatur eine überparitätische Besetzung des Aufsichtsrats mit (faktischen) Arbeitnehmervertretern ablehnt, wenn eine Aktionärsminderheit widerspricht.⁹⁴ Nach *Lutter* ist die Wahl anfechtbar, wenn sie mit dem Ziel der mehrheitlichen Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat erfolgt.⁹⁵ Praktische Relevanz hat die Frage nicht gewonnen.⁹⁶

3. Stimmbindungsverträge zur Mitbestimmungserweiterung

a) Keine Verletzung der Verbandsautonomie und der Wahlfreiheit der Aktionäre

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Erhöhung des Arbeitnehmeranteils im Aufsichtsrat durch Stimmbindungsverträge vorsehen werden kann, ist streitig.⁹⁷ Die wohl herrschende Meinung im Schrifttum leitet aus der Zulässigkeit der freien Zuwahl ab, dass sich die Aktionäre auch in einem Stimmbindungsvertrag zu einer Wahl von Arbeitnehmern bzw. von Interessenvertretern der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat verpflichten können.⁹⁸ **29**

⁸⁹ OLG Hamburg AG 1972, 183, 186.

⁹⁰ BGH AG 1975, 242, 244; MünchKommAktG/Semler 47; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 42; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 7, 41.

⁹¹ Kritisch zur Legitimationsgrundlage Hommelhoff ZHR 148 (1984) 118, 136. Vgl. auch § 105 II.4.a., Rdn 40 ff.

⁹² AA auch insoweit Hüffer⁶ 2 iVm § 251, 2.

⁹³ Henssler ZfA 2000, 241, 262.

⁹⁴ So Hanau/Ulmer MitbestG § 1, 25, dagegen Henssler ZfA 2000, 241, 261 f.; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 7, 41.

⁹⁵ Lutter ZGR 1977, 195, 203.

⁹⁶ Raiser MitbestG⁴ § 1, 51.

⁹⁷ Beispiel eines Stimmbindungsvertrags bei Ibrüg/Schlitt NZG 1999, 333, 336 f. Zu den Bedenken gegen die konkrete Fassung unten III.3.b.aa., Rdn 34.

⁹⁸ Raiser Kapitalgesellschaftsrecht³ § 16, 91; Hanau/Ulmer MitbestG § 1, 21; Beuthien ZHR 148 (1984) 95, 105; MünchHdbAR/Wißmann² § 375, 22; Biedenkopf/Säcker ZfA 1971, 211, 264; Fabricius in: FS Hilget/Stumpf 1983, S 157, 160, 167; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt²¹ § 76 BetrVG 1952, 7; Hensche AuR 1971, 33, 39 ff (mit ausführlicher Begründung); Ibrüg/Schlitt NZG 1999, 333, 335; Köstler/Kittner/Zachert/Müller Aufsichtsratspraxis⁷ Rdn 235; Konzen AG 1983, 289, 299 f.; Seibt AG 2005, 413, 415; aA Geßler/Geßler § 95, 45; KK/Mertens² 16; Hommelhoff ZHR 148 (1984) 118, 140; Schmiedel JZ 1973, 343, 348, vgl. auch Baumbach/Hueck¹³ Anh § 96, 4, einschränkend auch MünchKommAktG/Semler 69.

- 30** Die Gegenansicht sieht in Stimmbindungsverträgen einen Verstoß gegen das Verbot einer Bindung an Wahlvorschläge nach § 101 Abs 1 Satz 2,⁹⁹ lehnt Stimmbindungsverträge mit Nichtaktionären generell ab¹⁰⁰ oder nimmt eine Unwirksamkeit des Stimmbindungsvertrags an, wenn er faktisch an die Stelle einer nichtigen Satzungsbestimmung tritt.¹⁰¹ Nach letzterer Ansicht ist ein Stimmbindungsvertrag nur unwirksam, wenn eine langfristige Veränderung des Mitbestimmungsstatus herbeigeführt und zementiert wird.¹⁰²
- 31** Diese Bedenken greifen nicht durch. § 101 Abs 1 Satz 2 bezieht sich nur auf die Hauptversammlung bindende Wahlvorschläge, nicht auf die Selbstbindung einzelner Anteilseigner. Diese sind frei, sich selbst zu binden. Schon von daher ginge die Annahme zu weit, längerfristige Stimmbindungsverträge seien deshalb unwirksam, weil sie das Verbot, vom gesetzlichen Mitbestimmungsmodell durch Satzungsregelung abzuweichen, umgehen würden. Hinzu kommt aber auch, dass schon die Voraussetzungen für eine Umgehung nicht vorliegen. Anders als bei einer Satzungsregelung wird durch einen Stimmbindungsvertrag nicht die Gesamtheit der Anteilseigner, sondern nur der kontrahierende Aktionär gebunden. Eine dem Stimmbindungsvertrag widersprechende Stimmabgabe ist gültig; zur Rücknahme der Mitbestimmungserweiterung ist keine Satzungsänderung mit qualifizierter Mehrheit nötig.
- 32** Wegen der generellen Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen auch mit Dritten¹⁰³ und der Möglichkeit einer freiwilligen Zuwahl von Arbeitnehmern¹⁰⁴ sind Stimmbindungsverträge zwischen Aktionären und Arbeitnehmervertretern grundsätzlich zulässig. Dies entspricht einem obiter dictum des OLG Hamburg. Kann sich der einzelne Aktien-erwerber schon wegen der freiwilligen Zuwahl nicht darauf verlassen, dass der Aktionär nur in einem ganz bestimmten Sinn seine Stimme (für die Wahl von Anteilseignervertreter) einsetzt, so bietet das Gesetz auch keinen Schutz davor, dass eine Änderung der soziologischen Infrastruktur des Unternehmens durch freiwillig eingegangene Verträge herbeigeführt wird.¹⁰⁵ Da schuldrechtlich bindende Absprachen mit Dritten rechtlich zulässig sind, gibt es keine Rechtfertigung dafür, gerade und nur einen Vertragsschluss mit Arbeitnehmern oder Gewerkschaften an angeblichen Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts scheitern zu lassen.¹⁰⁶ Die bei der freiwilligen Zuwahl genannten Grenzen sind allerdings auch bei Stimmbindungsverträgen zu beachten.

b) Zulässigkeitsgrenzen

aa) Allgemeine Stimmbindungsverbote

- 33** Ein allgemeines Stimmbindungsverbot enthält § 136 Abs 2, wonach keine Verpflichtung zur Stimmabgabe nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats eingegangen werden darf, sowie in § 405 Abs 3 Satz 6 und 7, wonach keine beson-

⁹⁹ So Geßler/*Gefßler* 45, anders nunmehr MünchKommAktG/*Semler* 66 f; im Ergebnis verneinend *Konzen* AG 1983, 289, 299, 300.

¹⁰⁰ *Hüffer*⁶ § 133, 25, 27.

¹⁰¹ *KK/Mertens*² 16; MünchKommAktG/*Semler* 69; *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 118, 140; *Henssler* ZfA 2000, 241, 264.

¹⁰² So ausdrücklich *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 118, 139 f, der nur einen auf eine Amtsperiode bezogenen Stimmbindungsvertrag, der den Mitbestimmungsstatus „in der

Schwebe“ hält, für rechtswirksam hält, alles andere verstoße gegen Sinn und Zweck des § 96 Abs 2.

¹⁰³ Hierzu § 101 III.3., Rdn 25 ff.

¹⁰⁴ Hierzu oben III.2., Rdn 26 ff.

¹⁰⁵ OLG Hamburg AG 1972, 183, 187, sowie S 188: Stimmbindungsverträge dürften zulässig sein, allerdings soll nicht eine Behörde Vertragspartner sein dürfen.

¹⁰⁶ So auch *Konzen* AG 1983, 289, 300; *Hensche* AuR 1971, 33, 40.

deren Vorteile für die Ausübung des Stimmrechts gewährt bzw. angenommen werden dürfen. Weiter darf die zugesagte Wahl eines bestimmten Aufsichtsratsmitglieds nicht aus anderen Gründen gesetzes- oder satzungswidrig sein, so etwa bei dem Versuch des Erlangens von Sondervorteilen zum Schaden der Gesellschaft. Zu beachten sind die gesetzlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB.¹⁰⁷ Angenommen wird eine unzulässige Vereinbarung zudem, wenn auch die Abberufung der zusätzlich gewählten „Arbeitnehmervertreter“ in die Hände der Gewerkschaften gelegt wird.¹⁰⁸

Richtigerweise wird man die Wirksamkeit von Stimmbindungsverträgen insbesondere an der Treuepflicht der Aktionäre messen müssen.¹⁰⁹ Unzulässig ist danach eine unbedingte Folgepflicht auch bei der Gesellschaft schädigenden Wünschen der Arbeitnehmer. Grundsätzlich ist ein Lösungsrecht zu vereinbaren. Gegen die Treuepflicht des Aktionärs wird in den meisten Fällen auch die Vereinbarung einer überparitätischen Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat verstoßen, hierzu oben III.2., Rdn 28. Etwas Anderes kann aber dann in Betracht kommen, wenn die Arbeitnehmer an der Gesellschaft maßgeblich beteiligt sind oder in einer Sanierungssituation besondere Opfer erbringen. In gleicher Weise wird die Vereinbarung einer paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats ohne Sicherung des Letztentscheidungsrechts der Aktionäre zumeist treuepflichtwidrig sein.¹¹⁰

bb) Konzernrechtliche Besonderheiten

Spezifische Einschränkungen ergeben sich für Stimmbindungsverträge im Konzern. Betroffen sind auch hier insbesondere Verträge, die den Arbeitnehmer eine (über-)paritätische Mitwirkung im Kontrollorgan der Tochtergesellschaft sichern. Umstritten ist, woraus sich diese Einschränkung ergibt. Problematisch erscheint der Rekurs auf § 76 AktG. Inwieweit aus der Eigenverantwortlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands das Verbot eines Einflusses Dritter in Organisationsfragen folgt,¹¹¹ ist letztlich noch nicht geklärt.¹¹² Weiter wird aus dem Rechtsgedanken des § 32 MitbestG geschlossen, dass die Mitwirkung der Anteilseigner in der Obergesellschaft geboten ist, wenn Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands bei der Untergesellschaft einen Eingriff in die im Anteilseigentum verkörperten Vermögensinteressen darstelle. Das wäre der Fall, wenn das Letztentscheidungsrecht der Anteilseigner im Aufsichtsrat der Untergesellschaft entfiel.¹¹³ Eine daraus direkt abgeleitete allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands durch die vorherige Herbeiführung einer Zustimmung der Hauptversammlung ist aber bedenklich.¹¹⁴ Die rechtspolitisch umstrittene Regelung des § 32 MitbestG¹¹⁵ sollte nicht als Aufhänger für eine Verlängerung der Anteilseignerrechte in die abhängige Gesellschaft in Bezug auf die Aufsichtsratswahl benutzt werden. Kern des

¹⁰⁷ *Konzen* AG 1983, 289, 297.

¹⁰⁸ *Konzen* AG 1983, 289, 300, vgl. hierzu auch VG Gelsenkirchen NJW 1974, 378, 379.

¹⁰⁹ Hierzu schon Hanau/*Ulmer* MitbestG § 1, 25.

¹¹⁰ Anders wohl *Ibrig/Schlitt* NZG 1999, 333, 337, die in dem von ihnen vorgeschlagenen Stimmbindungsvertrag eine volle Parität ohne Sicherung des Letztentscheidungsrechts vorsehen.

¹¹¹ So aber *Mertens* AG 1982, 141, 150.

¹¹² So ist etwa das Drängen von Gläubigern auf

die Einrichtung eines Prüfungsausschusses durchaus positiv zu beurteilen.

¹¹³ *Mertens* AG 1982, 141, 150.

¹¹⁴ Wie hier *Konzen* AG 1983, 289, 300; zu einem Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats ablehnend *Hommelhoff* ZHR 148 (1984) 118, 142.

¹¹⁵ Zur Kritik am Eindruck, dass Beteiligungen ausschließlich im Interesse der Anteilseigner zu verwalten sind, *Kübler* GesR⁵ § 32 V 2 sowie die Nachweise bei *Oetker*, unten § 32 MitbestG in Fn 1.

Problems ist der Eingriff in Aktionärsrechte. Ist eine Aushöhlung der Anteilseignerrechte zu befürchten, so trifft den Vorstand eine Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung.¹¹⁶

c) Entsendung von „faktischen Arbeitnehmervertretern“

- 36** Räumt die Satzung bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien Entsendungsrechte ein (§ 101 Abs 2 Satz 1), kann der Entsendungsberechtigte als Ergebnis der bisherigen Ausführungen auch Arbeitnehmer der Gesellschaft in den Aufsichtsrat entsenden.¹¹⁷ Dabei sind allerdings die Grenze des § 105 sowie die in der Satzung vorgesehenen personellen Voraussetzungen einzuhalten. Auch ist der Entsender bei der Auswahl der zu entsendenden Personen keinerlei Weisungen Dritter unterworfen. Er kann sich auch nicht des ihm eingeräumten Sonderrechts der Auswahl durch faktische Übertragung des Entsendungsrechts an einen Dritten schlechthin begeben, vor allem nicht gegenüber dem zu Entsendenden. Andererseits ist eine Bindung im Einzelfall und mit festem Inhalt der Vereinbarung ohne weiteres zulässig.¹¹⁸

4. Betriebsvereinbarungen zur Mitbestimmungserweiterung

- 37** Die unternehmerische Mitbestimmung erweiternde Vereinbarungen können nicht durch Betriebsvereinbarung getroffen werden.¹¹⁹ Der Betriebsrat hat ein Mandat jedenfalls im Grundsatz nur für die im BetrVG aufgeführten Fälle, die aber gerade nicht auf die unternehmensverfassungsrechtliche Ebene gerichtet sind. Freiwillige Betriebsvereinbarungen sind auf soziale Angelegenheiten im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich beschränkt. Der Betriebsrat ist nicht rechtsfähig, er kann sich nicht auf die Privatautonomie als Voraussetzung für sonstige Vereinbarungen berufen.¹²⁰

5. Mitbestimmungserweiterung durch Tarifvertrag

a) Geeignetheit des Tarifvertrags als Gestaltungsmittel

- 38** Problematisch ist bereits die Geeignetheit des Tarifvertrags zur Regelung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Nach § 1 Abs 1 TVG kann ein Tarifvertrag neben den Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien und den Arbeitsverhältnissen der Tarifunterworfenen nur betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln. Dabei kann über den normativen Teil des Tarifvertrages keine Tariffähigkeit begründet werden kann.¹²¹ Die Unternehmensmitbestimmung stellt weder eine betriebliche noch eine betriebsverfassungsrechtliche Frage dar.¹²²
- 39** Allerdings beinhaltet die Tariffähigkeit auch die Kompetenz zum Abschluss eines schuldrechtlichen Tarifvertrages, der den Bereich von „Rechten und Pflichten“ der Tarifvertragsparteien betrifft. Ob mitbestimmungsrechtliche Regelungen über den Tarifver-

¹¹⁶ *Konzen* AG 1983, 289, 299: intern wirkend.

¹¹⁷ VG Gelsenkirchen NJW 1974, 378 f; KK/*Mertens*² 15; MünchKommAktG/*Semler* 49.

¹¹⁸ Zu den Einzelheiten der Entsendungsproblematik vgl § 101 V.5.d., Rdn 169.

¹¹⁹ Statt aller *Seibt* AG 2005, 413, 417.

¹²⁰ Einhellige Meinung, siehe nur *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 112, 113; *Hensche* AuR

1971, 33, 37 f; *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 165.

¹²¹ *Wiedemann/Oetker* TVG⁶ § 1, 593.

¹²² MünchHdbArbR/*Wißmann*² § 375, 18; *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 99; *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 165; *Konzen* AG 1983, 289, 295, so wohl auch *Hanau* ZGR 2001, 75, 80 f.

trag mit schuldrechtlicher Wirkung erzielt werden können, hängt entscheidend davon ab, ob ein solcher Vertragsgegenstand von Art 9 Abs 3 GG gedeckt wird. Die wohl überwiegende, im Aktienrecht sogar herrschende Literatur zählt zum Kernbereich der Tarifautonomie nur die Zurverfügungstellung eines funktionierenden Tarifvertragssystems und hält die Ausformung der Mitbestimmung durch die Tarifvertragsparteien mit der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes für unvereinbar.¹²³ Unter Berufung auf das Mitbestimmungsurteil¹²⁴ wird in der gesetzlichen Regelung grundsätzlich ein Spannungsverhältnis zur Funktionsfähigkeit des überkommenen Tarifvertragssystems gesehen, die Einflussnahme auf die Binnenorganisation des Koalitionsgegners durch Tarifvertrag scheidet danach aus. Die Erweiterung der Unternehmensverfassung ist verfassungsrechtlich nicht geschützt und stellt nach dieser Ansicht zugleich einen Eingriff in die gesellschaftsrechtliche Satzungsautonomie dar. Konsequenz sind dann nur schuldrechtliche Verträge auf der Grundlage der den Gewerkschaften zukommenden Privatautonomie zulässig.¹²⁵ Anders als zum Beispiel in Schweden, wo die Mitbestimmung primär den Tarifvertragsparteien überlassen ist,¹²⁶ hat der deutsche Gesetzgeber eine weitestgehend zwingende, gesetzliche Lösung gewählt, die die Grundrechte gemäß Art 14 und 9 Abs 3 GG kompliziert ausbalanciert. Die Meinung, dass diese gesetzliche Balance nicht tarifvertraglich einseitig angetastet werden könne, hat deshalb manches für sich.

Die Gegenansicht versteht unter der umfassenden Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch die Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung an unternehmenspolitischen Entscheidungen.¹²⁷ Ein Konflikt mit der bestehenden Tarifautonomie wird verneint. Die unternehmerische Mitbestimmung diene unmittelbar der Verwirklichung der im Grundgesetz gesicherten Freiheits- und Gleichheitsrechte und stelle deshalb nicht wie das Tarifvertragssystem nur ein technisches Hilfsmittel zur Durchsetzung individueller Freiheitsrechte dar.¹²⁸ Vertragspartner wären nach dieser Ansicht die Gewerkschaften.¹²⁹ **40**

b) Aktienrechtliche Zuständigkeit

Neben der tarifvertraglichen Zulässigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen ist auch die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit streitig. Bei der Unternehmensmitbestimmung handelt es sich wegen des direkten Bezugs auf die Struktur der Gesellschaft um ein **41**

¹²³ MünchKommAktG/Semler 57; MünchHdb-AG/Hoffmann-Becking² § 28, 41; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² Vorbemerkung 9; *Raiser* MitbestG⁴ Einl 55; *Hanau/Ulmer* MitbestG Einl 43; *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 100; *Konzen* AG 1983, 289, 295; *Seibt* AG 2005, 413, 417.

¹²⁴ BVerfGE 50, 290, 368.

¹²⁵ *Konzen* AG 1983, 289, 296; *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 100, 105; allerdings wird die Einführung von gesetzlichen Öffnungsklauseln für möglich gehalten, nach KK/*Mertens*² 21 sollte dann eine Satzungsautonomie bestehen. Zu gesetzlichen Öffnungsklauseln de lege ferenda insbesondere *Hanau* ZGR 2001, 75, 105 ff.

¹²⁶ Dazu *Victorin* in: *Baums/Ulmer* (Hrsg),

Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72, 2004, S 125.

¹²⁷ Vgl *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 165; *Däubler* Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, S 174 ff, 325 ff; *Zachert* AuR 1985, 201, 206; *Hensche* AuR 1971, 33, 38, allerdings hält er nur mitbestimmungsrechtliche Unternehmensverträge eigener Art für zulässig; vgl auch *Köstler/Kittner/Zachert/Müller* Aufsichtsratspraxis⁷ Rdn 230.

¹²⁸ So *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 168, der von einem elementaren Menschenrecht auf Mitbestimmung als rechtspolitischer Verpflichtung ausgeht.

¹²⁹ Anders *Raiser* hierzu unten III.5.b., Rdn 42.

Grundlagengeschäft, das in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fällt.¹³⁰ Hieraus wird geschlossen, dass es an einem Vertragspartner für den Abschluss einer schuldrechtlichen tarifvertraglichen Regelung fehlt.¹³¹ Der Vorstand soll bei etwaigem Vertragsabschluss auf Seiten der Aktiengesellschaft nicht das zuständige Vertretungsorgan sein, weil er sonst maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats hätte, die Hauptversammlung selbst ist nicht als tarifvertragsfähige Partei anerkannt.¹³² Die Gegenansicht nimmt zur Lösung dieser Kompetenzfrage eine Analogie zu den Unternehmensverträgen der §§ 291 ff AktG an,¹³³ und lässt damit nicht überzeugend zu, dass der Vorstand über die Besetzung seines eigenen Kontrollorgans verhandelt. Eine Kompetenz des Aufsichtsrats selbst für Verhandlungen über seine Besetzung sieht das Aktiengesetz nicht vor und ist de lege lata auch nur schwer zu entwickeln. Problematisch ist auch die Abschlusskompetenz der Arbeitnehmerseite.¹³⁴

- 42** Einen anderen Ansatz verfolgt auf Grund seiner besonderen unternehmensrechtlichen Konzeption *Raiser*.¹³⁵ Er geht von zwei teilrechtsfähigen Teilverbänden der Anteilseignerschaft und Arbeitnehmererschaft im Gesamtverband Unternehmen aus, die zum Abschluss von organisationsrechtlichen Unternehmensverträgen über ihre jeweiligen Repräsentanten im Aufsichtsrat befugt sein sollen.¹³⁶ Daneben werden je nach betroffenem Regelungsbereich und Typus des Mitbestimmungsvertrages Zustimmungsvorbehalte der Anteilseigner oder des Gesamtaufsichtsrats angenommen.¹³⁷

6. Erweiterung der Mitbestimmung durch die öffentliche Hand

- 43** Neben den geschilderten gesellschaftsrechtlichen werfen Mitbestimmungsvereinbarungen in privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand auch öffentlich-rechtliche Probleme auf,¹³⁸ insbesondere werden gegen die freiwillige Einführung einer paritätischen Mitbestimmung in Unternehmen der Gebietskörperschaften demokratietheoretische Bedenken geltend gemacht. Die öffentliche Hand darf wegen des für die Verwaltung geltenden Prinzips der parlamentarischen Letztverantwortlichkeit auf ihre bestimmenden Einflussmöglichkeiten nicht verzichten. Die Gemeinden müssen ihr Letztentscheidungsrecht sichern.¹³⁹ Vorbehaltlich der gesellschafts- und kommunalrecht-

¹³⁰ *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 101; *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 165 f, vgl auch *Seibt* AG 2005, 413, 417.

¹³¹ MünchKommAktG/Semler 59; *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 105; *Mertens* AG 1982, 141, 151.

¹³² *Beuthien* ZHR 148 (1984) 95, 101.

¹³³ Ausführlich dazu *Däubler* Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, S 333 ff. Siehe auch *Zachert* AuR 1985, 201, 209. Für §§ 182 ff BGB *Fabricius* in: FS Hilger/Stumpf 1983, S 155, 165 f.

¹³⁴ Dazu *Seibt* AG 2005, 413, 417 f.

¹³⁵ *Raiser* BB 1977, 1461 ff, überarbeitete Fassung mit geänderter Terminologie und Betonung des rechtspolitischen Charakters seiner Vorstellungen in: FS Werner 1984, S 681 f.

¹³⁶ Zur Auseinandersetzung im Einzelnen vgl *Mertens* AG 1982, 141, 147 ff.

¹³⁷ *Raiser* in: FS Werner 1984, S 681, 693 ff.

¹³⁸ Vgl hierzu nur *Ossenbühl* ZGR 1996, 504, 516 ff, der Eigengesellschaften der öffentlichen Hand von der Mitbestimmung ausnehmen will; zur Vertretung von Gemeinden nach der GO NW *Meier* NZG 2000, 190.

¹³⁹ *Wössner* Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften auf Grund vertraglicher Stimmrechtsbindungen, Diss 1972, S 113 ff; *Biedenkopf/Säcker* ZfA 1971, 211, 233 ff; *KK/Mertens*¹ 22, 23; *Püttner* Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, 1972, S 102 f; an der direkten Übertragbarkeit der grundgesetzlichen Prinzipien auf die Gemeinden zweifelnd, *Ossenbühl* Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigenbetrieben, 1972, S 32 ff, vgl aber nunmehr *ders* ZGR 1996, 504, 508 ff.

lichen Zulässigkeit sind Mitbestimmungsvereinbarungen innerhalb dieser Grenze möglich.¹⁴⁰

Zu weit geht demgegenüber die Ansicht, die jegliche Erweiterung der Mitbestimmung durch die öffentliche Hand ablehnen möchte.¹⁴¹ Aus dem System der repräsentativen Demokratie kann kein Verbot der Potenzierung von Mitwirkungsmöglichkeiten abgeleitet werden. Hieraus folgt keine Aufhebung der prinzipiellen Gleichheit aller Staatsbürger hinsichtlich ihrer Einflussmöglichkeiten. Zwar untersteht auch die Leistungsverwaltung in privatrechtlichen Organisationsformen der spezifisch parlamentarischen Legitimation. Aber dies schließt nicht aus, dass sich die öffentliche Hand daneben auch um eine vermehrte soziale Legitimation durch eine verstärkte unternehmensinterne Mitarbeiterbeteiligung bemüht. Insoweit unterscheidet sich auch die ökonomische Stellung des Arbeitnehmers im öffentlichen Unternehmen nicht prinzipiell von derjenigen in der freien Wirtschaft.¹⁴²

IV. Sonstige vereinbarte Mitbestimmungsregelungen

1. Vereinbarungen zur Lösung von zweifelhaften Sach- und Rechtsfragen

Anders als Erweiterungen der Mitbestimmung sind Regelungen zu bewerten, die auf die Bereinigung von Streitfragen gerichtet sind und insbesondere dem Zweck dienen, gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.¹⁴³ Es geht den Beteiligten bei solchen Vereinbarungen um eine für beide Seiten zufrieden stellende Handhabung des Gesetzes bei von der Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärten Fallgestaltungen. Betroffen können typische Probleme der Konzernmitbestimmung sein,¹⁴⁴ wie etwa Abreden zur Feststellung, wie weit Konzernleitungsmacht delegiert wurde, als Voraussetzung für die Annahme eines Konzern im Konzern, Feststellung des Tendenzcharakters eines Unternehmens oder der Konzernspitze oder aber spezielle Probleme bei der Abgrenzung von Arbeitnehmern als Voraussetzung für die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Qualifizierung und Abgrenzung der leitenden Angestellten) und schließlich Abreden zur Auslegung der Wahlordnungen¹⁴⁵ oder über den Verzicht von Wahlanfechtungen, wenn Zweifel bestehen, ob ein Verfahrensfehler im Sinne der §§ 21, 22 MitbestG wesentlich ist oder er das Wahlergebnis beeinflusst hat.

Die angeführten Beispiele zeigen zugleich die rechtlichen Grenzen solcher streitschlichtender Regelungen auf. Soweit die Beteiligten im Wege des gegenseitigen Nachgebens darum bemüht sind, tragbare Kompromisslösungen in einem Bereich zu finden,

¹⁴⁰ Vgl OLG Bremen AG 1977, 257, 260 f; Schäfer Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S 136 mwN. Auf den Erhalt der Mehrheit an Aufsichtsratsmandaten bei freiwilliger Regelung des Entscheidungsrechts abstellend auch VG Gelsenkirchen NJW 1974, 378, 379. Gegen ein Abstellen auf die Letztentscheidung *Ossenbübl* ZGR 1996, 504, 515.

¹⁴¹ *Biedenkopf/Säcker* ZfA 1971, 211, 221, 268; *KK/Mertens*² 16 mit Verweis auf *KK/Mertens*¹ 22, 23; *Püttner* Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, S 60 ff.

¹⁴² Vgl auch *Duden* ZRP 1972, 29, 30.

¹⁴³ *KK/Mertens*² 20; *MünchKommAktG/Semler* 56; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 46; *Hüffer*⁶ 3; *Hanau/Ulmer* MitbestG Einl 44; *Raiser* MitbestG⁴ § 1, 49.

¹⁴⁴ Zum Streitpotenzial vgl nur BayObLG AG 2002, 511; LG Hamburg AG 2001, 98; LG Mannheim ZIP 2001, 2149; *Löwisch* in: *Schlechtriem* 2003, S 833 ff; *Oetker* in: *Gedächtnisschrift Heinze* 2005, 597.

¹⁴⁵ *Oben* II.2.a., Rdn 12 und II.2.d., Rdn 16.

der mangels klarer gesetzlicher Aussagen einer vertretbaren Gesetzesinterpretation bzw Lückenfüllung bedarf, sollte ihnen ein begrenzter Handlungs- und Regelungsspielraum eingeräumt werden.¹⁴⁶ In der Regel wird es sich um Fragen handeln, die für die Einleitung des Statusverfahrens relevant sind und die somit ohnehin Dritte gerichtlich überprüfen lassen können.

- 47** Die Grenze ist dort zu ziehen, wo konkretisierungsbedürftige Normen nicht mehr nur ausgefüllt werden sollen, sondern den gesetzlichen Regelungen entgegengesetzte Vereinbarungen getroffen werden. So kann nicht im Rahmen einer „Rationalisierung- oder Anpassungsvereinbarung“ abweichend von § 5 Abs 3 MitbestG ein Verzicht auf die Mitbestimmung im Teilkonzern vereinbart werden, auch wenn als Ausgleich hierfür freiwillig die Konzernmitbestimmung in dem nach dem Gesetz mitbestimmungsfreien, herrschenden Unternehmen vorgesehen würde.¹⁴⁷ Möglich sind demgegenüber in gewissen Grenzen Vereinbarungen über das Wahlverfahren¹⁴⁸ und insbesondere über die Wahrnehmung der Aufgaben eines Wahlvorstands für verschiedene Betriebe.¹⁴⁹

2. Mitbestimmungssichernde Vereinbarungen

- 48** Mitbestimmungssichernde Vereinbarungen wollen ein bestehendes Mitbestimmungsmodell absichern. Praktisch liegt meist eine Änderung der als Anknüpfungspunkt für die Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsregelung dienenden Parameter vor, insbesondere eine Änderung der zurechenbaren Arbeitnehmerzahl.¹⁵⁰ Vorgeschlagen wurde eine solche Vereinbarung Anfang der Achtzigerjahre anlässlich einer Änderung der Konzernstruktur der damaligen Mannesmanngruppe. Aufgrund einer geplanten Verpachtung der Mannesmann Hüttenwerke AG an die Mannesmann Röhrenwerke AG und der damit verbundene Verlagerung der Stahlproduktion wären die Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf den Pächter übergegangen. Als Folge dessen hätte die Konzernmutter ihre im Montanbereich beschäftigten Arbeitnehmer verloren und wäre aus der Montanmitbestimmung ausgeschieden. Zur Abwendung dieses Ergebnisses schlug die IG-Metall einen Betriebsführungsvertrag zwischen Mannesmann Hüttenwerke AG und Mannesmann Röhrenwerke AG vor, wonach die Arbeitnehmer weiterhin der Hüttenwerke AG und damit der Mannesmann AG unterstellt gewesen wären.¹⁵¹

¹⁴⁶ Hierzu MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 46 f. So auch KK/Mertens² 20 trotz seiner Zweifel am Vergleichscharakter solcher Vereinbarungen, Mertens AG 1982, 141, 149; Raiser BB 1977, 1461, 1466; Hanau/Ulmer MitbestG Einl 44 ff mit weiteren Beispielen.

¹⁴⁷ So aber Raiser in BB 1977, 1461, 1467; nunmehr allerdings zur Ablehnung sowohl einer wirksamen Bindung der gerichtlichen Instanzen als auch eines Klageverzichts an der Notwendigkeit solcher Vereinbarungen *ders* in: FS Werner 1984, S 681, 690; wie hier Hanau/Ulmer MitbestG Einl 45; KK/Mertens² 20; *ders* AG 1982, 141, 149, wohl auch Seibt AG 2005, 413, 419 wegen der Ablehnung von Rationalisierungs- und Anpassungsvereinbarungen im Ergebnis Hüffer⁶ 3.

¹⁴⁸ MünchKommAktG/Semler 60; KK/Mertens² 17 (aE) f; Seibt AG 2005, 413, 419.

¹⁴⁹ Hierzu MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 48.

¹⁵⁰ Zur Frage des wirksamen Verzichts auf Klage und Rechtsmittel, insb auch des Statusverfahrens nach §§ 97 ff, Hanau/Ulmer MitbestG Einl 44; weitgehend ablehnend – mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs – Raiser in: FS Werner 1984, S 681, 689 f; zuletzt bekannter Fall der Böhler-AG, BGHZ 87, 52, wo der BGH sich aber mit keinem Wort zur Rechtswirksamkeit der Vereinbarungen und ihrer Bindungswirkung in Bezug auf §§ 97 ff AktG geäußert hat.

¹⁵¹ Zu den Einzelheiten vgl die Dokumentation des Konflikts bei Mannesmann in Mitbestimmungsgespräch 1980, 146 ff.

Wie schon zuvor¹⁵² und auch später noch löste der Gesetzgeber den Konflikt. Im Fall war es konkret das MitbestimmungsfortgeltungsG, wodurch Unternehmen befristet montanmitbestimmt bleiben, selbst wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllen.¹⁵³ Das nunmehr teilweise für verfassungswidrig erklärte¹⁵⁴ Gesetz zur Sicherung der Montanmitbestimmung¹⁵⁵ ergänzte und verschärfte die Voraussetzungen für den Austritt der bisher der Montanmitbestimmung unterliegenden Konzernobergesellschaften, also das MitbestErgG. Abzustellen ist nunmehr allerdings allein auf die Umsatzquote von 20 % im Montanbereich, die Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern wurde vom BVerfG als zu niedrig angesehen.¹⁵⁶ Für den Eintritt in die paritätische Mitbestimmung gelten danach andere weitreichendere Voraussetzungen, wonach mindestens eine 50 % montanbezogene Wertschöpfungsquote vorliegen muss.

Greift der Gesetzgeber nicht ein, sind die allgemeinen Grenzen einer privatautonomen Regelung zu beachten. So können nicht willkürlich Arbeitnehmer einer bestimmten Gesellschaft vertraglich zugeordnet werden, nur um die Voraussetzungen des jeweiligen Mitbestimmungsrechts zu erhalten. Relevant ist dies etwa in den Fällen der Kombination von Betriebspacht- und Betriebsführungsverträgen, wenn das verpachtende Unternehmen namens und für Rechnung des Pächters den Betrieb fortsetzt. Im Normalfall ist hier der Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Pächter anzunehmen.¹⁵⁷

3. Gesetzesergänzende Vereinbarungen über die Befugnisse und das Verfahren des Aufsichtsrats

Gesetzesergänzende Vereinbarungen regeln, ohne den Mitbestimmungsstatus zu ändern, Einzelheiten seiner Durchführung für den Aufsichtsrat. Solche Abreden können das Verfahren und die einzelnen Befugnisse des Aufsichtsrats betreffen, die in den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften nicht geregelt sind oder dispositives Recht darstellen.¹⁵⁸ Diskutiert werden Abreden, die sich auf die Bildung, Zusammensetzung und das Verfahren von Aufsichtsratsausschüssen beziehen oder aber die Festlegung eines Katalogs von Vorbehaltsgeschäften gemäß § 111 Abs 4 AktG zum Gegenstand haben. Zu beachten ist die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats. Die Verbindlichkeit solcher Absprachen setzt die Transformation in eine innergesellschaftliche Norm voraus, wobei je nach Organkompetenz entweder eine entsprechende Bestimmung in die Satzung oder in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats aufgenommen wird.¹⁵⁹

4. Vereinbarungen über die Mitwirkung an zusätzlich gebildeten Organen

Mitbestimmungsrechtliche Vereinbarungen können auch die Beteiligung in Gremien betreffen, die neben den gesetzlich zwingend vorgesehenen Vertretungsorganen freiwillig

¹⁵² Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 27.4.1967, BGBl I 505, „lex Rheinstahl“, so *Wißmann* in: FS Däubler, S 385, 386.

¹⁵³ Zum FortgG (Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21.5.1981, BGBl I 441) vgl *Engels* BB 1981,

1349; *Wißmann* NJW 1982, 423; insb zur Verfassungsmäßigkeit *Preis* AuR 1983, 161.

¹⁵⁴ Vgl BVerfGE 99, 366 (MitbestErgG) hierzu *Oetker*, unten, MitbestErgG Einl, 8.

¹⁵⁵ Gesetz vom 20.12.1988, BGBl I 2312, ist am 1.1.1989 in Kraft getreten.

¹⁵⁶ BVerfGE 99, 366.

¹⁵⁷ *Mertens* AG 1982, 141, 150.

¹⁵⁸ *Mertens* AG 1982, 141, 151.

¹⁵⁹ *Mertens* AG 1982, 141, 151. De lege ferenda vgl auch *Raiser* in: FS Werner 1987, S 681, 687.

gebildet werden, ohne in deren Befugnisse einzugreifen.¹⁶⁰ Solche Beiräte¹⁶¹ sind in der Praxis etwa bei Verschmelzungen eingerichtet worden, bei denen mitbestimmte Montanunternehmen ihre rechtliche Selbständigkeit und damit ihre Mitbestimmungsorgane verloren haben. Durch die Schaffung von Beiräten auf der mittleren Managementebene sollten für die wirtschaftlichen Betriebe einer Zweigniederlassung, die zuvor selbständig war, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer erhalten werden. Vielfach wurden auch die Betriebsführungsgesellschaften gebildet, die trotz der Eingliederung in das Unternehmen eine begrenzte gesellschaftsrechtliche Selbständigkeit erhielten, um bestimmten Unternehmensbereichen eine gesellschaftsrechtliche Struktur mit mitbestimmten Organen zu geben.¹⁶² Zu nennen ist insbesondere das „Lüdenscheider Abkommen“ für den Montanbereich vom 19. August 1959.¹⁶³

V. Abweichungen von der bisherigen Zusammensetzung (Abs 2)

1. Erfasste Abweichungen

- 53** Das aktienrechtliche Statusverfahren ist sowohl bei einer erstmaligen Anwendung mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften als auch bei jedem anderen Wechsel des Mitbestimmungsstatus der Gesellschaft einzuleiten.¹⁶⁴ Praktisch relevant ist insbesondere der Wechsel vom DrittelbG zum MitbestG und umgekehrt. Neben dem Wechsel des Mitbestimmungsmodells ist aber auch bei einer auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften notwendigen Änderung der Aufsichtsratsgröße innerhalb eines Mitbestimmungsmodells ein Statusverfahren durchzuführen.¹⁶⁵ Dies kommt etwa in Betracht, wenn nach § 7 Abs 1 MitbestG infolge Absinkens oder Ansteigens der Arbeitnehmerzahl zwingend ein größerer oder kleinerer Aufsichtsrat zu bilden ist oder wenn wegen einer Kapitalherabsetzung andere Höchstzahlen eingreifen. Dagegen ist kein Statusverfahren durchzuführen, wenn nur infolge einer Satzungsänderung eine Veränderung der Höchstzahl des Aufsichtsrats eintritt.¹⁶⁶

2. Kontinuitätsgrundsatz

- 54** Bis zum Abschluss eines Statusverfahrens gilt der Aufsichtsrat nach der gesetzlichen Fiktion des § 96 Abs 2 als richtig zusammengesetzt.¹⁶⁷ Die Besetzung des Aufsichtsrats nach anderen als den bisherigen gesetzlichen Vorschriften bedarf der Durchführung eines Statusverfahrens. Konkret kann der Aufsichtsrat erst dann nach den neuen Vorschriften gebildet werden, wenn einer entsprechenden Bekanntmachung des Vorstands nach § 97 nicht innerhalb eines Monats widersprochen wurde oder wenn eine entsprechende gerichtliche Entscheidung rechtskräftig geworden ist. Die Zusammensetzung muss dabei

¹⁶⁰ Hierzu rechtstatsächlich *Peus* AG 1982, 206, 208 f, *Mertens* AG 1982, 141, 144.

¹⁶¹ Hierzu § 95.II.3., Rdn 40 ff.

¹⁶² *Mertens* AG 1982, 141, 144; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller* Aufsichtsratspraxis⁷, Rdn 333.

¹⁶³ Abgedruckt in BB 1959, 1028. Postiv *Köstler/Kittner/Zachert/Müller* Aufsichtsratspraxis⁷, Rdn 333; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*² Vorbem MitbestG 42 mwN; kritisch zur Zulässigkeit *Beuthien* ZHR 148 (1984)

95, 111, der die Gefahr einer Funktionsentwertung des Betriebsrats sieht, die nicht durch die Tarifautonomie gedeckt sei, siehe auch *Zekorn* AG 1960, 243 ff, 267 ff mwN.

¹⁶⁴ Ausführlich hierzu § 97 I.3., Rdn 5 ff.

¹⁶⁵ Hierzu § 97 I.3.c., Rdn 9.

¹⁶⁶ Hierzu III.6.b., Rdn 75 ff.

¹⁶⁷ BAG AG 1990, 361, 362; OLG Düsseldorf AG 1996, 87; *KK/Mertens*² 22; *Münch-KommAktG/Semler* 75; *Hüffer*⁶ 13; *Oetker* ZGR 2000, 19, 21.

spätestens sechs Monate nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung bzw nach dem widerspruchsfreien Ablauf der Monatsfrist nach Bekanntmachung durch den Vorstand vorgenommen werden. Ein Statusverfahren muss zur Überwindung des Kontinuitätsgrundsatzes (Status quo-Prinzip) auch dann durchgeführt werden, wenn bei allen Beteiligten Einigkeit über die Notwendigkeit und Art einer neuen Zusammensetzung des Aufsichtsrats herrscht.¹⁶⁸

3. Pflicht zur Durchführung des Statusverfahrens nach §§ 97–99

Der Vorstand ist nach § 97 Abs 1 Satz 1 zur Durchführung eines Statusverfahrens verpflichtet, wenn er der Ansicht ist, dass der Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist. Die Mitwirkung der Arbeitnehmer ist durch das Antragsrecht von Gewerkschaften, Betriebsrat, Sprecherausschuss sowie einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern nach § 98 Abs 2 gesichert.¹⁶⁹ **55**

4. Sanktionen

a) Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl gemäß § 250 Abs 1 Nr 1

Verstöße gegen die Kontinuitätsregel des Abs 2 führen zur Unwirksamkeit der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder. Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre durch die Hauptversammlung nach anderen als den zuletzt angenommenen bzw in einem Statusverfahren festgestellten Normen ist nach § 250 Abs 1 Nr 1 nichtig. Gleiches gilt für die Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat.¹⁷⁰ **56**

b) Haftung des Vorstands

Zur Haftung führende Pflichtverletzungen des Vorstands können in der Nichtdurchführung eines Statusverfahrens sowie in einem Verstoß gegen die Kontinuitätsregel liegen. Praktisch bedeutsam wird zudem die ungerechtfertigte Einleitung eines Statusverfahrens sein. Da § 97 Abs 1 allerdings auf die „Ansicht“ des Vorstands abstellt, ist diesem bei Einleitung eines Statusverfahrens ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen.¹⁷¹ **57**

VI. Europäische Gesellschaft (SE)

1. Die unternehmerische Mitbestimmung in der SE

a) Primat der Verhandlungslösung

Anders als das deutsche Recht sieht das europäische Recht für die SE den Primat der Verhandlungslösung vor. Dies ergibt sich allerdings nicht aus der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO), sondern aus der ergänzenden Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer.¹⁷² Nach dem 19. Erwägungsgrund der VO stellen **58**

¹⁶⁸ MünchKommAktG/Semler 75; Hüffer⁶ 13; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 50.

¹⁶⁹ Zur Antragsbefugnis vgl § 98 III., Rdn 22 ff.

¹⁷⁰ Hierzu K. Schmidt, unten § 250, 6.

¹⁷¹ Zum unternehmerischen Ermessen Hopt, oben § 93, 81 ff.

¹⁷² Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG L 294/22 vom 10.11.2001.

Richtlinie und Verordnung eine untrennbare Ergänzung dar, nach Art 1 Abs 4 der VO wird die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Richtlinie geregelt. Nach Art 3 der Richtlinie ist ein besonderes Verhandlungsgremium einzusetzen. Das besondere Verhandlungsgremium soll als Vertretung der Arbeitnehmer mit dem jeweils zuständigen Organ der beteiligten Gesellschaften in einer schriftlichen Vereinbarung die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE festlegen (Art 3 Abs 3 der Richtlinie). Nach Art 4 Abs 4 der RL muss zumindest das gleiche Ausmaß der Arbeitnehmerbeteiligung gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll.

- 59 Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie im SE-Beteiligungsgesetz¹⁷³ umgesetzt, zugleich aber in § 24 SE-Ausführungsgesetz¹⁷⁴ auch für den Verwaltungsrat eine dem § 96 entsprechende Regelung vorgesehen, die der Verzahnung zwischen SE-Ausführungsgesetz und SE-Beteiligungsgesetz entspricht. Das besondere Verhandlungsgremium ist in §§ 4–20 SEBG, der Inhalt der Vereinbarung ist in § 21 SEBG geregelt. Die Verhandlungen dauern bis zu sechs Monate, die Verhandlungsdauer kann entsprechend der Richtlinie durch gemeinsamen Beschluss auf insgesamt ein Jahr ausgedehnt werden.

b) Auffangregelung

aa) Fortgelten der Mitbestimmungsregeln bei Gründung durch Umwandlung

- 60 Eine Auffangregelung sieht Art 7 der Richtlinie vor, dabei differenziert der Anhang III der Richtlinie nach der Art der Gründung. Greift die Auffangregelung ein, so ist bei der Gründung der SE durch Umwandlung eine bestehende Mitbestimmung in jedem Fall zu erhalten (§ 34 Abs 1 Nr 1 SEBG). Dabei bleiben bei der Gründung der SE durch Umwandlung die vorhandenen Mitbestimmungsregeln in vollem Umfang erhalten (§ 35 Abs 1 SEBG).

bb) Gründung durch Verschmelzung sowie einer Holding-SE oder Tochter-SE

- 61 Wird eine SE durch Verschmelzung oder eine Holding-SE bzw eine Tochter-SE gegründet, so greift anders als bei einer Gründung durch Umwandlung nach Art 7 der Richtlinie eine unternehmerische Mitbestimmung nur bei Überschreiten von bestimmten Schwellenwerten oder einem entsprechenden Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums ein. Bei einer Gründung durch Verschmelzung müssen vor der Eintragung der SE mindestens 25 % der Arbeitnehmer Mitbestimmungsrechte zugestanden haben (§ 34 Abs 1 Nr 2 lit a SEBG). Diese Wert beträgt bei Gründung einer Holding-SE oder Tochter-SE 50 % (§ 34 Abs 1 Nr 3 lit a SEBG). Greift hiernach eine Mitbestimmung ein, bemisst sich die Zahl der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan gemäß § 35 Abs 2 Satz 2 SEBG nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gründungsgesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat. Die Größe des Aufsichtsorgans bzw des Verwaltungsrats kann in den durch die SE-VO und das SEAG gezogenen Grenzen von der Satzung festgelegt werden, diese Grenzen sind deut-

¹⁷³ Hierzu Krause BB 2005, 1221; Köstler DStR 2005, 745, insbesondere zu möglichen Modellen für Mitbestimmungsvereinbarungen Seibt AG 2005, 413, 422 ff. Zum Regierungsentwurf Kallmeyer ZIP 2004, 1442, noch allein zur Richtlinie Goos in: FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S 1179, 1189 f.

¹⁷⁴ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr 2157/2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) vom 22.12.2004, BGBl I 3675.

lich flexibler als die auf deutsche Aktiengesellschaften anwendbaren Regeln der unternehmerischen Mitbestimmung.

cc) Verteilung der auf die Arbeitnehmer entfallenden Sitze

Die Verteilung der Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan ist im Anhang III der Richtlinie geregelt. Sie richtet sich nach dem Anteil der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der SE, zuständig ist der SE-Betriebsrat (§ 36 Abs 1 SEBG). **62**

dd) Wahlverfahren

Das Wahlverfahren für die SE ist deutlich flexibler und effizienter als die Wahlordnungen des MitbestG bzw des DrittelbG. Für die auf das Inland entfallenden Arbeitnehmervertreter verweist § 36 Abs 3 SEBG grundsätzlich auf die Vorschriften für die Bestellung des besonderen Verhandlungsgremiums (§§ 6 Abs 2–4, 8 Abs 1 Satz 2 bis 5 und Abs 2 bis 7, 9, 10 SEBG). Abgestellt wird auf die Arbeitnehmervertretungen, was eine deutlich schnellere und kostengünstigere Abwicklung der Wahl ermöglicht. **63**

ee) Paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat?

Streitig ist, ob eine Übertragung der paritätischen Mitbestimmung auf den Verwaltungsrat möglich ist. Teilweise wird dies aus der Richtlinie gefolgert.¹⁷⁵ Der Text der Richtlinie lässt dies indes nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, er verweist im Teil 3 des Anhangs lediglich auf den „höchsten maßgeblichen Anteil“. Der Vorschlag einer Strukturrichtlinie sah explizit eine (drittel-)paritätische Mitbestimmung des Aufsichtsrats bzw in Bezug auf die nichtgeschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsorgans vor (Art 4b und Art 21d RL-Vorschlag). Nach der Verordnung ist eine paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat erkennbar nicht vorgesehen. Zutreffend ist so auf das Recht des Landes abzustellen, das je nach Zusammensetzung des Aufsichts- bzw Verwaltungsorgans den höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern vorsieht. **64**

2. Dem § 96 entsprechende Regelungen im Recht der SE

a) Dualistische SE

Für die dualistische SE gilt mangels einer Regelung in bzw in Anwendung der SE-Verordnung das nationale Aktienrecht entsprechend,¹⁷⁶ § 96 AktG ist auch auf die dualistische SE anzuwenden. Dabei ist hinsichtlich der Mitbestimmung nach § 17 Abs 2 nicht auf die für deutsche Aktiengesellschaften, sondern auf das SEBG abzustellen. **65**

b) Monistische SE

Eine dem § 96 AktG entsprechende Regelung ist in § 24 Abs 1 SEAG enthalten. Verwiesen wird dabei nicht auf die in § 96 Abs 1 genannten nationalen Mitbestimmungsregeln, sondern auf das SEBG. **66**

VII. Europäisches Recht

Die unternehmerische Mitbestimmung spielt auch im europäischen Recht eine große Rolle, sie hat diverse Vorschläge der EU-Kommission für Jahrzehnte blockiert. Eine diffe- **67**

¹⁷⁵ So Köstler ZGR 2003, 800, 804 f.

¹⁷⁶ Oben § 95 IV.1.c., Rdn 108.

renzierte Regelung war in der Strukturrichtlinie vorgesehen. Eine Beteiligung der Arbeitnehmer war sowohl durch eine Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsorgans, als auch durch eine Arbeitnehmervertretung oder durch Tarifvertrag vorgesehen (Art 4b–h, Art 21d–i) möglich. Bei einer Vertretung im Verwaltungsorgan wurde die Mitbestimmung auf die nicht geschäftsführenden Mitglieder bezogen (Art 21d). Blockiert wurden durch die Mitbestimmung auch die Vorschläge einer internationalen Fusionsrichtlinie und einer Sitzverlegungsrichtlinie, diese wurden nach der Einigung über die Mitbestimmung in der SE indes anders als die Strukturrichtlinie wieder aufgegriffen. Nach der Verordnung mitbestimmungsfrei ist die EWIV, sie darf nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen (Art 3 Abs 2 lit c EWIV-VO).

§ 97

Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

(1) Ist der Vorstand der Ansicht, daß der Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, so hat er dies unverzüglich in den Gesellschaftsblättern und gleichzeitig durch Aushang in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen bekanntzumachen. In der Bekanntmachung sind die nach Ansicht des Vorstands maßgebenden gesetzlichen Vorschriften anzugeben. Es ist darauf hinzuweisen, daß der Aufsichtsrat nach diesen Vorschriften zusammengesetzt wird, wenn nicht Antragsberechtigte nach § 98 Abs. 2 innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger das nach § 98 Abs. 1 zuständige Gericht anrufen.

(2) Wird das nach § 98 Abs. 1 zuständige Gericht nicht innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger angerufen, so ist der neue Aufsichtsrat nach den in der Bekanntmachung des Vorstands angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen. Die Bestimmungen der Satzung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, über die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder sowie über die Wahl, ABERUFUNG und Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern treten mit der Beendigung der ersten Hauptversammlung, die nach Ablauf der Anrufungsfrist einberufen wird, spätestens sechs Monate nach Ablauf dieser Frist insoweit außer Kraft, als sie den nunmehr anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften widersprechen. Mit demselben Zeitpunkt erlischt das Amt der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder. Eine Hauptversammlung, die innerhalb der Frist von sechs Monaten stattfindet, kann an Stelle der außer Kraft tretenden Satzungsbestimmungen mit einfacher Stimmenmehrheit neue Satzungsbestimmungen beschließen.

(3) Solange ein gerichtliches Verfahren nach §§ 98, 99 anhängig ist, kann eine Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht erfolgen.

Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Grundlagen			
1. Gesetzesgeschichte	1		
2. Normzweck	3		
3. Anwendungsbereich des Statusverfahrens	5		
a) Betroffene Gesellschaftstypen	5		
b) Erster Aufsichtsrat	7		
		c) Erstmalige Anwendung, Beendigung und Wechsel von Mitbestimmungsmodellen oder von Vorschriften innerhalb eines Modells	8
		d) Besonderheiten bei Umwandlungen	12
		aa) Allgemeines	12
		bb) Abspaltung und Ausgliederung	13

	Rdn		Rdn
cc) Formwechsel	16	c) Widerruf	48
dd) Grenzüberschreitende Fusionen (MitbestBeiG)	21	5. Sanktionen	49
ee) Erstmalige Bildung eines Auf- sichtsrats	22	a) Rechtsfolgen bei fehlerhafter Bekanntmachung	49
e) Entsprechende Anwendung des Statusverfahrens	23	b) Haftung des Vorstands	53
f) Sanktionen	24	III. Die Wirkungen der Bekanntmachung	
II. Die Bekanntmachung durch den Vorstand (Abs 1)		1. Bei Nichtanrufung des Gerichts (Abs 2)	55
1. Pflicht zur Bekanntmachung	25	a) Fristablauf	55
a) Erster Aufsichtsrat	25	b) Neubesetzung des Aufsichtsrats (Abs 2 Satz 1)	56
b) Spätere Änderungen der tatsäch- lichen Verhältnisse	27	c) Amt des bisherigen Aufsichtsrats (Abs 2 Satz 3)	61
2. Zuständigkeit des Gesamtorgans	32	d) Satzungsbestimmungen (Abs 2 Satz 2, 4)	64
3. Inhalt der Bekanntmachung (Abs 1 Satz 1–3)	35	e) Keine Antragsperre nach Frist- ablauf	67
a) Feststellung der unrichtigen Zusammensetzung (Abs 1 Satz 1)	35	2. Bei Anrufung des Gerichts	70
b) Angabe der gesetzlichen Vor- schriften (Abs 1 Satz 2)	36	IV. Die Bekanntmachungssperre	
c) Hinweis auf die Möglichkeit der An- rufung des Gerichts (Abs 1 Satz 3)	39	1. Bei Rechtshängigkeit (Abs 3)	73
4. Bekanntmachungsverfahren	43	2. Nach rechtskräftiger Entscheidung	74
a) Zeitpunkt	43	V. Europäische Gesellschaft (SE)	
b) Form und Ort	44	1. Dualistische SE	77
		2. Monistische SE	78
		VI. Europäisches Recht	79

Schrifttum

Holger Altmeyen Arbeitnehmerbeteiligung im Personalaussschuß des Aufsichtsrats, in: FS Brandner 1996, 3–22; *Peter Bartodziej* Reform des Umwandlungsrechts und Mitbestimmung, ZIP 1994, 580–585; *Winfried Boecken* Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996; *Ulrich Büdenbender* Mitbestimmungsrechtlicher Besitzstand im Gesellschaftsrecht, ZIP 2000, 385–401; *Kurt H. Freiherr von Falkenhausen* Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Aktienrecht, AG 1967, 309–318; *Philipp Göz* Statusverfahren bei Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, ZIP 1998, 1523–1528; *Peter Hanau* Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung insbesondere durch Vereinbarung, ZGR 2001, 75–109; *Norbert Horn/Ulrich Wackerbarth* Zum Fortbestand des mitbestimmten Aufsichtsrats bei Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft, in: FS Söllner 2000, 447–459; *Detlev Joost* Umwandlungsrecht und Arbeitsrecht, in: Marcus Lutter (Hrsg), Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, 1995, 297–328; *ders* Die Bildung des Aufsichtsrats beim Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: FS Claussen 1997, 187–197; *Thilo Götz Jung* Umwandlungen unter Mitbestimmungsverlust, 2000; *Harald Kallmeyer* Nachwahlen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, BB 1978, 1524–1527; *Roger Kiem* Unternehmensumwandlung: Mustertexte zu Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, 2000; *Roger Kiem/Monika Uhrig* Der umwandlungsbedingte Wechsel des Mitbestimmungsstatus – am Beispiel der Verschmelzung durch Aufnahme zwischen AGs, NZG 2001, 680–688; *Roland Köstler* Das steckengebliebene Reformvorhaben: Rechtsprechung und Rechtsentwicklung zur Unternehmensmitbestimmung von 1922 bis zum Mitbestimmungsgesetz 1976, 1987; *ders* Austausch des Aufsichtsrats nach formwechselnder Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft?, BB 1993, 81–82; *Wolf-D. Krause-Ablaß/Jan Link* Fortbestand, Zusammensetzung und Kompetenzen des Aufsichtsrats nach einer Umwandlung einer AG in eine GmbH, GmbHR 2005, 731–736; *Manfred Löwisch* Unternehmensmitbestimmung im Mehrmütterkonzern, in: FS Schlechtriem 2003, 833–851; *Klaus-Peter Martens* Das aktienrechtliche Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065–1071; *Frank Meininger/Thomas Gänzle* Rückforderung europarechtswidriger Registergebühren, BB 2000, 840–844; *Anja Mengel* Umwandlungen im Arbeits-

recht: eine Untersuchung der arbeitsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994, 1997; *Kai Mertens* Umwandlungen und Universalsukzession, 1993; *ders* Zur Universalsukzession in einem neuen Umwandlungsrecht, AG 1994, 66–78; *Ulrich Noack* Der elektronische Bundesanzeiger im Aktienrecht – Ein Überblick, BB 2002, 2025–2028; *Hartmut Oetker* Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97ff AktG, ZHR 149 (1985) 575–598; *ders* Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19–60; *Fritz Rittner* §§ 96 bis 99 AktG 1965 und das Bundesverfassungsgericht, DB 1969, 2165–2170; *Hans Rosendahl* Unternehmensumgliederungen und ihre Auswirkung auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Ersatzwahlen und Nachwahlen nach dem MitbestG, AG 1985, 325–334; *Markus Roth* Die übertragende Auflösung nach Einführung des Squeeze-out, NZG 2003, 998–1005; *Franz Jürgen Sacker* Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz: gesellschafts-, konzern- und arbeitsrechtliche Vorfragen und wahlorganisationsrechtliche Hauptprobleme des Wahlverfahrens, 1978; *Jochen Schröder* Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, 1979; *Christoph H. Seibt* Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts – Analyse des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767–776; *Rainer Sieg/Dirk Siebels* Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Vereinfachung des Wahlverfahrens, NZA 2002, 697–702; *Wolfgang Spieker* Vorbereitende Hinweise zum Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, Das Mitbestimmungsgespräch 1976, 219–224; *ders* Hinweise zum Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, Die Quelle 1976, 415–524; *Manfred Thau* Mängel der Aufsichtsratswahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz, 1983; *Christian Treffer* Auswirkungen der GmbH-Insolvenz auf das Binnenrecht der Gesellschaft, GmbHR 2002, 205–208; *Otfried Wlotzke* Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40–48.

I. Grundlagen

1. Gesetzesgeschichte

- 1 § 97 wurde durch das AktG 1965 neu eingeführt. Ein vergleichbares Verfahren, wie das in § 97 zusammen mit §§ 98 und 99 geregelte Statusverfahren (auch Überleitungsverfahren genannt), fehlte vor Inkrafttreten des AktG 1965. Eine Übergangsregelung enthielt allerdings auch Art VIII der Aktienrechtsnotverordnung vom 19. September 1931 RGBI I, S 493.¹ Anders als die §§ 96, 98, 99 wurde § 97 nach seiner Einführung lange Zeit nicht geändert. Mit Inkrafttreten der entsprechenden Änderung durch das Zweite Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat² zum 1. Juli 2004 hat die Bekanntmachung nicht mehr im in Papierform erscheinenden Bundesanzeiger, sondern im elektronischen Bundesanzeiger zu erfolgen.
- 2 Hinsichtlich der Durchführung des Statusverfahrens wird häufig von einer Zweistufigkeit bzw einem zweistufigen Verfahren gesprochen.³ Zunächst bedarf es der außergerichtlichen (§ 97) oder gerichtlichen (§ 98) Feststellung neuer maßgeblicher Vorschriften für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Für die als zweite Stufe bezeichnete Anpassung der Aufsichtsratszusammensetzung an die rechtswirksam festgestellten neuen Vorschriften sah der Regierungsentwurf eine Frist von vier Monaten vor. Zur Erleichterung

¹ Dazu *Rittner* DB 1969, 2165, 2169; *KK/Mertens*² §§ 97–99, 2.

² Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18.5.2004, BGBl I 974. Zu Auslegungsproblemen nach Einführung des elektronischen Bundesanzeigers *Noack* BB 2002, 2025.

³ *MünchKommAktG/Semler* 3; *Hüffer*⁶ 1; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 51; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 13; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 6 MitbestG, 6, 19; *Vetter* in *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 21; *Rittner* DB 1969, 2165, 2168.

der Anpassung sieht das Gesetz auf Empfehlung des Rechts- und Wirtschaftsausschusses eine einheitliche Frist für die Neubestellung und Satzungsänderung von sechs Monaten vor.⁴

2. Normzweck

§ 97 ist Teil des in den §§ 97–99 normierten so genannten Statusverfahrens, das der Feststellung der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats dient sowie die sichere Überleitung von einem Mitbestimmungsmodell in ein anderes gewährleistet.⁵ In § 97 ist das außergerichtliche Verfahren geregelt, das vom Vorstand eingeleitet wird. Entsteht Streit über die ordnungsgemäße Zusammensetzung oder ist diese ungewiss, so sollen diese Unsicherheiten in dem in §§ 98, 99 geregelten besonderen gerichtlichen Verfahren beseitigt werden (§§ 97 Abs 1 Satz 3, Abs 2 Satz 1).⁶ Mit diesem Verfahren soll dem Aufsichtsrat eine sichere Rechtsgrundlage gegeben werden.⁷ Dabei geht es einerseits darum, die materielle Richtigkeit der Aufsichtsratsbesetzung zu gewährleisten, wobei der Gesetzgeber vor allem die verschiedenen Mitbestimmungsmodelle im Auge hatte,⁸ die auf Grund ihrer vielschichtigen Voraussetzungen Zweifelsfragen ihrer Anwendbarkeit nahe legen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss jedenfalls,⁹ dass sich der Sicherungszweck lediglich auf die Anwendung von gesetzlich zwingend vorgesehenen, nicht jedoch von statutarischen Zusammensetzungsregelungen erstreckt.¹⁰

Andererseits soll mit dem Statusverfahren die Rechtssicherheit erhöht und die Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrats gesichert werden.¹¹ Auch bei Zweifeln über das einschlägige Mitbestimmungsstatut soll eine jederzeit rechtmäßige Beschlussfassung des Aufsichtsrats ermöglicht werden.¹² Änderungen der Zusammensetzung sind nur im Wege des formalisierten Verfahrens der §§ 97 ff möglich (§ 96 Abs 2); Zweifel über die Richtigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats können nur in diesem Verfahren vorgebracht und auch nur in dessen Rahmen berücksichtigt werden. Bis zum Abschluss des Verfahrens gilt der Aufsichtsrat daher weiterhin als richtig besetzt, auch wenn die der Zusammensetzung zu Grunde liegenden Vorschriften unzutreffend sind (Status quo-Prinzip/Kontinuitätsgrundsatz).¹³ Diese Fiktion gilt auch für das Ergebnis des Statusverfahrens selbst.¹⁴ Die in einer unangefochtenen Bekanntmachung des Vorstands bzw in einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung für anwendbar erklärten Vorschriften bleiben unabhängig von ihrer materiellen Richtigkeit so lange maßgeblich, bis auf Grund eines erneuten Statusverfahrens andere Vorschriften in Geltung gebracht worden sind (§§ 97 Abs 2, 98 Abs 4, 96 Abs 2).

⁴ Begründung RegE und Ausschussbericht bei *Kropff AktG* 1965, S 128.

⁵ *MünchKommAktG/Semler* 1; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 50; *Obermüller/Werner/Winden/Butzke*⁴ Rdn J 17.

⁶ Zu den Antragsberechtigten gemäß § 98 siehe dort III.2., Rdn 23 ff.

⁷ Begründung RegE bei *Kropff AktG* 1965, S 126; *Martens* DB 1978, 1065, 1068; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 141.

⁸ Begründung RegE bei *Kropff AktG*, S 18; *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 577.

⁹ Siehe auch unten Rdn I.3.c., Rdn 11.

¹⁰ Vgl dazu bereits § 95 III.6.b.aa., Rdn 90 und III.6.b.bb., Rdn 95.

¹¹ Begründung RegE bei *Kropff AktG* 1965, S 126; *KK/Mertens*² §§ 97–99, 2; *Münch-KommAktG/Semler* 1; *Hüffer*⁶ 1; *Rittner* DB 1969, 2165, 2168; *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 577 mwN; *Kiem/Uhrig* NZG 2001, 680, 681.

¹² *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 141.

¹³ *Rittner* DB 1969, 2165, 2167; *KK/Mertens*² § 96, 23.

¹⁴ Begründung RegE *Kropff AktG* 1965, S 126.

3. Anwendungsbereich des Statusverfahrens

a) Betroffene Gesellschaftstypen

- 5** Das Statusverfahren ist außer für die Aktiengesellschaft auch für die KGaA (§ 278 Abs 3), bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§§ 27 EGAktG, 1 Abs 1 Nr 3 Satz 2 DrittelbG), bei eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 1 Abs 1 Nr 5 Satz 2 DrittelbG) und bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§§ 35 Abs 3 VAG) anwendbar, die auf Grund Gesetz oder Satzung einen Aufsichtsrat zu bilden haben. Weiter finden sich Verweisungen auf das Statusverfahren in § 3 Abs 2 Montan-MitbestG und § 3 Abs 2 MitbestErgG. § 27 EGAktG enthält darüber hinaus einen mittlerweile gegenstandslosen Verweis auf die bergrechtlichen Gewerkschaften.
- 6** Im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes 1976 wird auf die Regelungen des § 97 neben der generalklauselartigen Verweisung des § 6 Abs 2 MitbestG auch in den § 37 MitbestG verwiesen. § 37 Abs 1 MitbestG weitet den Anwendungsbereich des § 97 Abs 2 Satz 2 auf dort vom Wortlaut her nicht erfasste Sachverhalte aus. Dadurch, dass § 37 Abs 1 MitbestG für die Unwirksamkeit von gegen das MitbestG verstoßenden Satzungsbestimmungen auf die Durchführung des Statusverfahrens verweist, wird zugleich der Vorrang des MitbestG eingeschränkt,¹⁵ da die entgegenstehenden Satzungsbestimmungen nicht automatisch und sofort außer Kraft treten, sondern erst nach Ablauf der in § 97 Abs 2 genannten Fristen. Die übrigen den Aufsichtsrat und außer § 30 den Vorstand betreffenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen (§§ 25 bis 29, 31 bis 33 MitbestG) gelten nach § 37 Abs 2 dementsprechend auch erst später, und zwar erst, nachdem ein nach dem MitbestG gebildeter Aufsichtsrat vorhanden ist. Der ebenfalls eine Verweisung auf das Statusverfahren enthaltenden Übergangsklausel des § 38 MitbestG kam keine materielle Bedeutung mehr zu,¹⁶ sie wurde deshalb aufgehoben.¹⁷

b) Erster Aufsichtsrat

- 7** Das Statusverfahren muss erstmals vor Ablauf der Amtszeit des ersten Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (§ 30 Abs 3 Satz 2) durchgeführt und dann vor jeder Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§ 96 Abs 2) wiederholt werden.¹⁸ Für Sachgründungen durch Einlage oder Übernahme eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils gelten für den ersten Aufsichtsrat besondere Regelungen (§ 31) (näher dazu unten II.1.a., Rdn 26).

c) Erstmalige Anwendung, Beendigung und Wechsel von Mitbestimmungsmodellen oder von Vorschriften innerhalb eines Modells

- 8** Das aktienrechtliche Statusverfahren ist sowohl bei einer erstmaligen Anwendung mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, etwa durch Ansteigen der Arbeitnehmerzahlen über 500 (dann DrittelbG),¹⁹ und dem

¹⁵ Näher dazu *Oetker*, unten § 37 MitbestG, 3,4; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 37, 7; dazu auch unten III.1.d., Rdn 64.

¹⁶ Begründung RegE BetrVerf-Reformgesetz, BTDrucks 14/5741, S 58. So bereits *Hanau/Ulmer* MitbestG § 38, 2.

¹⁷ Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23.7.2001, BGBl I 1852.

¹⁸ *Geßler/Geßler* 3.

¹⁹ Allgemein zu den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des DrittelbG und der Mitbestimmungsgesetze § 96 II.2., Rdn 11 ff; zur erstmaligen zwingenden Arbeitnehmerbeteiligung siehe auch Rdn 22.

gänzlichen Entfallen einer Arbeitnehmerbeteiligung, etwa durch Herabsinken der Arbeitnehmerzahlen,²⁰ als auch bei jedem anderen Wechsel des Mitbestimmungsstatuts der Gesellschaft, etwa bei Erreichen einer Arbeitnehmerzahl von in der Regel mehr als 2.000 (dann MitbestG), einzuleiten.²¹ Zur Berechnung der mitbestimmungsrechtlich relevanten Arbeitnehmerzahl im Einzelnen die Kommentierung von *Oetker*.²² Der Wechsel des Mitbestimmungsstatuts kann sich auch aus der Verfassungswidrigkeit einer mitbestimmungsrechtlichen Regelung ergeben, so etwa im Fall der Fortgeltung der Montanmitbestimmung bei der Mannesmann-AG.²³

Darüber hinaus finden die Vorschriften der §§ 97 ff nach zutreffender Ansicht auch bei einer infolge sonstiger zwingender gesetzlicher Vorschriften erforderlichen Veränderung der Aufsichtsratsgröße während der laufenden Amtszeit Anwendung. Dies gilt insbesondere bei Veränderungen der jeweils einschlägigen Schwellenzahlen innerhalb desselben Mitbestimmungsmodells²⁴ (näher zu den zu Grunde liegenden Sachverhalten § 95 III.6.d., Rdn 101 ff). Gegen diese Auffassung spricht zwar der Wortlaut der Gesetzesbegründung. Dort wird lediglich der Wechsel von einem Mitbestimmungsmodell in ein anderes genannt, die Problematik der Veränderungen innerhalb eines Mitbestimmungsmodells wird hingegen nicht erwähnt.²⁵ Auch die systematische Stellung des § 96 Abs 2, der der Aufzählung der verschiedenen Mitbestimmungsmodelle in Abs 1 nachfolgt, spricht zunächst gegen eine Anwendung des Statusverfahrens bei einem Wechsel innerhalb desselben Mitbestimmungsstatuts.²⁶ Für die Einbeziehung dieser Fälle in den Anwendungsbereich des Statusverfahrens sind dagegen der Wortlaut der §§ 96 Abs 2, 97 und 98 anzuführen, die lediglich von der Anwendbarkeit anderer gesetzlicher Vorschriften sprechen. Weiterhin hat der Gesetzgeber bei Änderungen der gesetzlichen Höchstzahlen stets eine Übergangsregelung vorgesehen.²⁷ Entscheidend ist aber letztlich, dass die mit dem Statusverfahren verfolgten Ziele, nämlich Rechtssicherheit und Erhalt der Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrats,²⁸ die Anwendung des Statusverfahrens auch in diesen Fällen erfordern.²⁹

²⁰ Nach *Treffer GmbH* 2002, 205, 206 entfällt die Mitbestimmung auch in der Insolvenz.

²¹ Ebenso *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99 AktG, 4; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 143.

²² *Oetker*, unten § 1 MitbestG, 12 ff.

²³ Vgl BVerfGE 99, 367 ff. Nach *Büdenbender* ZIP 2000, 385, 398 ff weiter die Ewigkeitsregelungen zur Fortgeltung der Mitbestimmung im BetrVG 1952 (jetzt DrittelbG) und im MitbestBeiG.

²⁴ OLG Hamburg OLGZ 89, 32, 33 ff = AG 1989, 64, 65; OLG Düsseldorf DB 1978, 1358; LG Düsseldorf DB 1978, 988, 989; *KK/Mertens*² §§ 97–99, 40; *Hüffer*⁶ 3; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 146; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 53; *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99 AktG, 4; *Raiser MitbestG*⁴ § 6, 5,

§ 7, 5; *Hanau/Ulmer MitbestG* § 6, 14; *Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG*² § 6, 13, 7, 9; *Hoffmann/Lemann/Weinmann* § 37, 5; *Löwisch* in: FS Schlechtriem 2003, S 833, 849; *Oetker ZHR* 149 (1985) 575, 577, 582 mwN; zweifelhaft ist nur, ob dies auch für die mitbestimmungsfreie Aktiengesellschaft gilt, siehe ibidem 580; *Martens* DB 1978, 1065, 1068; implizit auch OLG Düsseldorf, AG 1996, 87 f; *MünchKommAktG/Semler* 22 f, 28 ff; *aA Rosendahl* AG 1985, 325, 326 f; ihm folgend *Göz* ZIP 1998, 1523, 1525.

²⁵ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 126.

²⁶ Zu beidem *Raiser MitbestG*⁴ § 6, 5.

²⁷ Vgl etwa Art VIII der Aktienrechtsnovelle vom 19.9.1931, RGBl I 493 sowie § 8 EGAktG 1937.

²⁸ Oben I.2., Rdn 4.

²⁹ *Raiser MitbestG*⁴ § 6, 5.

- 10** Das aktienrechtliche Statusverfahren (§§ 97 ff) war dagegen nicht einzuleiten, wenn lediglich Änderungen in den für den Gruppenproporz zwischen Arbeitern und Angestellten (§ 15 Abs 2 MitbestG aF) maßgeblichen Verhältnissen eintraten, das blieb Sache der Arbeitnehmerseite.³⁰ In den Fällen der Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG herrscht Uneinigkeit darüber, ob das Statusverfahren generell oder nur dann Anwendung findet, wenn die Schwellenzahlen durch eine Änderung der Konzernzurechnung tangiert werden.³¹ Zutreffend ist das Statusverfahren nur bei einer Veränderung der Schwellenzahlen durchzuführen (näher § 98 II.3.a., Rdn 15).
- 11** Umstritten ist auch, ob das Statusverfahren der §§ 97 bis 99 direkt oder zumindest entsprechend anzuwenden ist, wenn durch eine (freiwillige) Satzungsänderung der Aufsichtsrat im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften während der laufenden Amtsperiode verringert oder vergrößert wird (eingehend dazu § 95 III.6.b., Rdn 90, 95). Das trifft aber richtiger Ansicht nach nicht zu. Neben der vom BAG³² vertretenen direkten Anwendung³³ des Statusverfahrens wird zwar teilweise angenommen, dass bei einer Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Aufsichtsratsgröße und den statutarischen Bestimmungen das Statusverfahren jedenfalls bei einer Verringerung der Aufsichtsratsgröße analog zur Anwendung komme.³⁴ Der Vorstand müsse daher auch bei einer statutarischen Veränderung der Aufsichtsratsgröße das Statusverfahren einleiten, nach dessen Abschluss der gesamte Aufsichtsrat neu zu wählen sei.³⁵ Dagegen wird aber mit Recht eingewandt, dass das Satzungsrecht der Autonomie der Anteilseigner unterliegt und im Vergleich zum zwingenden Gesetzesrecht einen geringeren Ordnungsgehalt impliziert, weshalb das Satzungsrecht gegenüber dem Grundsatz der Amtskontinuität zurückzutreten hat.³⁶ Dies, die Erreichung des auf Rechtssicherheit gerichteten Verfahrenszwecks schon durch § 181 Abs 3,³⁷ und die Regelung des § 97 Abs 2 Satz 2 stehen einer analogen Anwendung des Statusverfahrens entgegen.³⁸ Dies gilt insbesondere bei mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaften.³⁹ Auswirkungen auf die gesetzliche Zusammensetzung des Aufsichtsrats kann eine Satzungsänderung bei einer Kapitalherabsetzung haben, verstößt die Aufsichtsratsgröße nach Änderung der Satzung gegen § 95 Satz 4, so ist ein Statusverfahren durchzuführen.⁴⁰

³⁰ *Martens* DB 1978, 1069; *Hüffer*⁶ 3; *ErfK/Oetker*⁴ §§ 97–99 AktG, 7; *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 64 aE; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 15; *Raiser* MitbestG⁴ § 6, 5 (unter Aufgabe der in der 1. Auflage vertretenen Ansicht). Zum Gruppenproporz auch noch *Vetter* in *Marsch-Barnert/Schäfer* (Hrsg.), *Hdb börsennotierte AG*, § 24, 22.

³¹ Siehe auch *Oetker*, unten § 5 MitbestG, 53; *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99 AktG, 7 mwN.

³² BAG AG 1990, 361, 362.

³³ Siehe auch *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99 AktG, 5 mwN.

³⁴ *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 584 f; nicht auf analoge Anwendung reduziert aber *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99 AktG, 5, vgl auch *ders* ZGR 2000, 19, 21.

³⁵ *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 586.

³⁶ So *Martens* DB 1978, 1065, 1069 mwN; im Ergebnis ebenso OLG Dresden ZIP 1997, 589; zustimmend *Dreher* EWiR 1997, 435, 436; vgl auch oben I.2., Rdn 3.

³⁷ So *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 15; zustimmend *Hüffer*⁶ 3.

³⁸ OLG Dresden ZIP 1997, 589, 591; OLG Hamburg OLGZ 89, 32, 33 ff = AG 1989, 64, 65; *KK/Mertens*² §§ 97–99, 40; *Münch-KommAktG/Semler* 32; *Hüffer*⁶ 3; *Münch-HdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 54; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 15; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 7, 51; *Göz* ZIP 1998, 1523, 1526, *Rosendahl* AG 1985, 325, 329; *Martens* DB 1978, 1065, 1069, so wohl auch *LAG Düsseldorf AG* 1989, 66, 67.

³⁹ *MünchKommAktG/Semler* 11.

⁴⁰ Str, hierzu oben § 95 III.6.c.bb., Rdn 100.

d) Besonderheiten bei Umwandlungen

aa) Allgemeines

Das Statusverfahren gilt auch für Umwandlungen nach dem UmwG 1994.⁴¹ Allerdings enthält das UmwG im Gegensatz zu den bis dahin im AktG geregelten Fällen der Umwandlung (§§ 363, 366 Abs 4, 370, 377, 384 Abs 6, 385f, 385m, 386 Abs 3, 389 Abs 5, 393 Abs 3 aF) nunmehr keinen ausdrücklichen Verweis auf die Anwendbarkeit des Statusverfahrens. Davon wurde mit dem Ziel einer Rechtsbereinigung bewusst abgesehen, da entsprechende Sonderregelungen sowohl die unterschiedlichen Mitbestimmungsmodelle als auch die verschiedenen Möglichkeiten von Unternehmensumstrukturierungen⁴² berücksichtigen müssten. Der damit verbundene Aufwand wurde als unverhältnismäßig angesehen.⁴³ Vielmehr wurden die allgemeinen Regelungen über die Anwendbarkeit des Statusverfahrens für ausreichend gehalten.⁴⁴ Folglich ist das Statusverfahren immer bereits mit dem Umwandlungsbeschluss durchzuführen, wenn sich die gesetzlichen Grundlagen für die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat mit der Umwandlung ändern.⁴⁵ Für drei Arten der Umwandlung enthält das UmwG allerdings Sonderregelungen zur Besetzung des Aufsichtsrats: für Abspaltungen und Ausgliederungen (§§ 123 Abs 2 und 3 UmwG) in § 325 UmwG (I.3.d.bb., Rdn 13ff) sowie für den Formwechsel (§§ 190ff UmwG) in § 203 UmwG (I.3.d.cc., Rdn 16ff). Eine weitere Besonderheit ergibt sich, wenn durch die Umwandlung bei einem bereits existierenden Unternehmen zum ersten Mal ein Aufsichtsrat gebildet werden muss (I.3.d.ee., Rdn 22).⁴⁶

12

bb) Abspaltung und Ausgliederung

Soweit infolge von Abspaltungen und Ausgliederungen (§ 123 Abs 2, 3 UmwG)⁴⁷ die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat beim übertragenden Rechtsträger entfallen, bestimmt § 325 Abs 1 UmwG, dass das bis zur Umwandlung gültige Mitbestimmungsmodell für den Zeitraum von 5 Jahren weiterhin gültig bleibt. Diese eine Erhaltung der Mitbestimmung beim übertragenden Rechtsträger bewirkende Regelung gilt auch für den Fall, dass andere Mitbestimmungsregelungen eingreifen, also bei einem Wechsel des einschlägigen Gesetzes.⁴⁸ Wegen speziellerer Regelungen im Montan-MitbestG und MitbestErgG ist § 325 UmwG allerdings nur für den

13

⁴¹ Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994, BGBl I 3210, berichtigt durch Gesetz vom 22.3.1995, BGBl I 428.

⁴² Einen Überblick über die mitbestimmungsrelevanten Fälle der Umwandlung gibt *Bar-todziej* ZIP 1994, 580 ff.

⁴³ Begründung RegE bei *Ganske* UmwG, S 22.

⁴⁴ Begründung RegE bei *Ganske* UmwG, S 20 ff; *Lutter/Decher* UmwG³ § 203, 13; diese Auffassung wurde teilweise bereits zum alten Recht vertreten, vgl *Geßler/Semler/Grunewald* § 363, 3 mwN.

⁴⁵ *Kiem/Uhrig* NZG 2001, 680, 685, zum Streit über die Einleitung vor Eintritt der eine andere Zusammensetzung begründenden Tatsachen II.4.a., Rdn 43.

⁴⁶ Zum Ganzen auch *Oetker*, unten, Vorbemer-

kungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 50 ff, 82 ff.

⁴⁷ Ausführlich zu den Folgen für den Aufsichtsrat, insb betreffend die Mitbestimmung unten *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 82 ff.

⁴⁸ *Boecken* Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996, S 430; *Schmitt/Hörnagel/Stratz* UmwG³ § 325, 4; *Lutter/Joost* UmwG³ § 325, 21; *Joost* Umwandlungsrecht, S 315; *Kallmeyer/Willemsen* UmwG § 325, 5; *Widmann/Mayer/Wißmann* UmwR § 325, 11; ebenso *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 87 mwN.

Wechsel zwischen dem Mitbestimmungsgesetz und dem drittelparitätisch besetzten Aufsichtsrat nach dem DrittelbG praktisch relevant.⁴⁹ Für Wechsel innerhalb eines Aufsichtsratsmodells gilt die Übergangsregelung nicht.⁵⁰ Sie gilt auch mangels der von § 325 Abs 1 Satz 1 geforderten Kausalität („durch“) nicht für andere Umstrukturierungen (auch nicht analog⁵¹) oder Maßnahmen die zu einem Wegfall (etwa Untergang des Rechtsträgers durch Aufspaltung, § 123 Abs 1 UmwG;⁵² oder Personalabbau⁵³) oder zur Änderung des bisherigen Mitbestimmungsmodells führen.⁵⁴ Gegebenenfalls, wie etwa bei einer notwendig gewordenen Verkleinerung des Aufsichtsrats, sind die §§ 97 ff sofort anzuwenden.⁵⁵

- 14** Bei Eingreifen des § 325 UmwG ist nach fünf Jahren das Statusverfahren durchzuführen.⁵⁶ Eine Ausnahme ergibt sich aus § 325 Abs 1 Satz 2 UmwG für den Fall, dass bei dem übertragenden Rechtsträger die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes von einer Mindestarbeitnehmerzahl abhängig ist und sich die Zahl der Arbeitnehmer nach der Umwandlung auf weniger als in der Regel ein Viertel der Mindestzahl reduziert. In diesem Fall ist das Statusverfahren sofort durchzuführen.⁵⁷ Das muss darüber hinaus auch für den Fall gelten, dass Streit darüber entsteht, ob § 325 Abs 1 Satz 1 oder Satz 2 UmwG anwendbar ist. In diesem Fall kommen dann allerdings sofort die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren (§§ 98, 99) zur Anwendung. Zu einer Abweichung von der 5-Jahresfrist kann es weiterhin dann kommen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung der bisherigen Mitbestimmungsmodelle aus anderen Gründen entfallen (siehe Rdn 13).
- 15** Die Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister (§ 131 UmwG) ist der maßgebliche Zeitpunkt sowohl für die 5-jährige Auslaufrist des § 325 Abs 1 Satz 1 UmwG als auch für die Bestimmung der Arbeitnehmerzahlen und des Unternehmenszwecks, nach denen sich die Entscheidung richtet, ob überhaupt ein anderes Gesetz über die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat anwendbar und damit das Statusverfahren einzuleiten wäre. Zu diesem Zeitpunkt entscheidet sich damit auch, ob die Überleitungsregelung des § 325 UmwG zur Anwendung kommt. Ein späteres Absinken der Arbeitnehmerzahlen oder eine spätere Veränderung des Unternehmenszwecks führt grundsätzlich nicht mehr zur Anwendung der Auslaufrist des § 325 Abs 1 Satz 1 UmwG,⁵⁸ es sei denn, der Tatbe-

⁴⁹ Dazu Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 24, 25; allgemein zum Verhältnis zwischen § 325 UmwG und anderen Fortgeltungsregeln *ders* Rdn 41 ff (§ 1 Mitbest-BeiG); 44 ff (§ 1 Abs 3 Montan-MitbestG).

⁵⁰ Lutter/Joost UmwG³ § 325, 21; Mengel Umwandlungen im Arbeitsrecht, 1997, S 421; Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 12; aA Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 88.

⁵¹ Näher Schmitt/Hörtnagel/Stratz UmwG³ § 325, 6.

⁵² Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel UmwG § 325, 10; Kallmeyer/Willemsen UmwG § 325, 2; ebenso Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 84 mwN.

⁵³ Kallmeyer/Willemsen UmwG § 325, 8; siehe

auch Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 91.

⁵⁴ Näher Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 91 f; vgl auch Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 10.

⁵⁵ Siehe Rdn 15, sowie Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 91; auch Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 38.

⁵⁶ Schmitt/Hörtnagel/Schwarz UmwG³ § 325, 12; Lutter/Joost UmwG³ § 325, 30; siehe auch Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 95 mwN.

⁵⁷ Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 49.

⁵⁸ Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 28.

stand des § 325 Abs 1 Satz 1 UmwG ist auf Grund einer neuerlichen Ab- bzw Ausgliederung erfüllt.⁵⁹ Bedeutsam ist allerdings ein späteres Absinken der Arbeitnehmerzahl unter die 1/4 Grenze des § 325 Abs 1 Satz 2 UmwG.⁶⁰ In diesem Falle hat sofort eine Bekanntmachung nach § 97 zu erfolgen.⁶¹

cc) Formwechsel

Bei einem Formwechsel (§ 190 UmwG) bestimmt § 203 UmwG, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats für den Rest ihrer Wahlzeit als Mitglieder des Aufsichtsrats des Rechtsträgers neuer Rechtsform im Amt bleiben, wenn der Aufsichtsrat beim Rechtsträger neuer Rechtsform in gleicher Weise wie beim formwechselnden Rechtsträger gebildet und zusammengesetzt wird. Weiter sind nach § 197 UmwG die Gründungsvorschriften nicht anzuwenden, soweit sie die Bildung und Zusammensetzung des ersten Aufsichtsrats betreffen. Die sich daraus ergebenden Abweichungen für die Frage der Durchführung des Statusverfahrens sind streitig: Nach überwiegender Ansicht ist bei einem Formwechsel das Statusverfahren nur dann durchzuführen, wenn sich die Bildung oder die tatsächliche Zusammensetzung des Aufsichtsrats ändert.⁶² Nach anderer Auffassung⁶³ soll dagegen unabhängig von der Frage, ob sich die Bildung oder die Besetzung des Aufsichtsrats ändert, das Statusverfahren bei einem Formwechsel zumindest immer dann anwendbar sein, wenn ein mitbestimmungspflichtiger Rechtsträger beteiligt ist. Letztere Auffassung wird mit dem Wortlaut des § 97 begründet: Auf Grund des Formwechsels änderten sich die maßgeblichen Vorschriften iSd § 97.⁶⁴

Beide Auffassungen überzeugen jedoch nicht. Die letztgenannte Ansicht hat zur Folge, dass bei jedem Formwechsel (jedenfalls soweit ein mitbestimmungspflichtiger Rechtsträger beteiligt ist) das Amt der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder nach Durchführung des Statusverfahrens erlischt (§ 97 Abs 2 Satz 3).⁶⁵ Damit widerspricht sie der dem § 203 UmwG zu Grunde liegenden Zielsetzung einer Amtskontinuität, die vom Gesetzgeber auch in den Fällen der mitbestimmten Gesellschaften ausdrücklich als wünschenswert angesehen wurde.⁶⁶ Darüber hinaus scheint es nicht angemessen, darauf abzustellen, ob ein der Mitbestimmung unterliegendes Unternehmen beteiligt ist. Dies kann, insbesondere wenn der formwechselnde Rechtsträger mitbestimmungsfrei war, schwierig zu ermitteln sein. Solche Zweifel auszuräumen, soll aber gerade mit den Regelungen der §§ 97 ff erreicht werden, so dass es konsequent wäre, diese immer, dh auch bei ursprüng-

⁵⁹ Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 32.

⁶⁰ Schmitt/Hörtnagel/Stratz UmwG³ § 325, 7; Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 36; Wlotzke DB 1995, 40, 47; näher dazu Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 94; zum Ansteigen und Abnahme der Arbeitnehmerzahlen auch Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 37.

⁶¹ Widmann/Mayer/Wißmann UmwR § 325, 49.

⁶² Lutter/Decher UmwG³ § 203, 14; Kallmeyer/Meister/Klöcker UmwG² § 197, 73; ErfK/Oetker⁵ §§ 97–99 AktG, 6; siehe auch Oetker, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat,

82 ff. Speziell zum Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft Horn/Wackerbarth in: FS Söllner 2000, S 447, 459.

⁶³ Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann UmwG § 203, 6 ff, ein Statusverfahren für möglich haltend wohl auch Krause-Ablaß/Link GmbH 2005, 731, 735.

⁶⁴ Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann UmwG § 203, 6.

⁶⁵ Das hat Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann UmwG § 203, 7 aber offensichtlich nicht bedacht, wenn sie einerseits von einem Fortdauern des mitbestimmten Aufsichtsrats sprechen und zugleich die das Statusverfahren für anwendbar erklären.

⁶⁶ Begründung RegE bei Ganske UmwG, S 205.

lich mitbestimmungsfreien Gesellschaften, anzuwenden. Noch weit gehender an dem Zweck der Rechtssicherheit der §§ 97 ff vorbei argumentiert die zuerst genannte Auffassung für die Fälle, in denen die Anwendbarkeit des § 203 UmwG zweifelhaft ist.⁶⁷ Da sich die Argumentation vor allem auf den Erhalt der Amtskontinuität stützt, würde mit der Entscheidung für die Anwendbarkeit des § 203 Satz 1 UmwG zugleich gegen die Anwendbarkeit des Statusverfahrens entschieden. Zweifel über die richtige Besetzung des Aufsichtsrats auszuräumen, ist aber der genuine Zweck der §§ 97 ff, die damit in solchen Fällen richtigerweise zur Anwendung kommen müssen.⁶⁸ § 203 UmwG geht zumindest insofern den §§ 97 ff nicht vor, da die Vorschrift anders als die §§ 97 ff keine verfahrensmäßige Möglichkeit bietet, um Zweifelsfragen zu klären.

- 18** Um den Zielsetzungen sowohl der §§ 97 ff als auch des § 203 UmwG gerecht zu werden, erscheint Folgendes richtig: Das Statusverfahren ist bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einem Formwechsel grundsätzlich immer durchzuführen (Rdn 19). Die Ämter der Aufsichtsratsmitglieder erlöschen aber nur bei materiell anderer Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Rdn 20).
- 19** Im Fall der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einem Formwechsel gebietet der Normzweck grundsätzlich die Einleitung des Statusverfahrens, da wegen der Anwendbarkeit der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften für diese Rechtsform in der Regel Fragen der Aufsichtsratsbesetzung klarzustellen sind. Soweit in die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewechselt wird, die den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften unterliegt, wird praktisch immer zu klären sein, ob der Aufsichtsrat nunmehr richtig besetzt ist. Soweit es sich bei dem formwechselnden Rechtsträger um eine Aktiengesellschaft handelt, gilt es über den Fortbestand der Arbeitnehmerbeteiligung durch das Statusverfahren Klarheit zu schaffen. Nur wenn zweifelsfrei auszuschließen ist, dass sich durch den Formwechsel Fragen der gesetzlichen Regelung über die mitbestimmungsrechtliche Zusammensetzung des Aufsichtsrats stellen, kann von einem Statusverfahren abgesehen werden. Der Grundsatz gilt danach für den Fall nicht, dass es sich um eine Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsrat ohne Arbeitnehmerbeteiligung handelt und der neue Rechtsträger unter keinen Umständen einer gesetzlichen Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats unterliegt, wie es beispielsweise bei der Umwandlung in eine Personengesellschaft der Fall ist.⁶⁹ Das gilt unabhängig davon, ob bei der Personengesellschaft durch entsprechende Satzungsregeln ein Aufsichtsrat gebildet wird,⁷⁰ denn die Sicherung statutarischer Regelungen wird von den §§ 97 ff nicht erfasst.⁷¹
- 20** Von § 203 UmwG wird die Regelung des § 97 Abs 2 Satz 1 aber insoweit modifiziert, als die Ämter der Aufsichtsratsmitglieder nur erlöschen, wenn der Vorstand andere als die bisherigen Vorschriften für anwendbar erklärt (wobei hier rein formale Änderungen in der Verweisungskette außer Betracht bleiben) oder die tatsächliche Zusammensetzung

⁶⁷ Dazu zB Lutter/Decher UmwG³ § 203, 6 f.

⁶⁸ Insoweit zutreffend Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann UmwG § 203, 10.

⁶⁹ Anders Lutter/Decher UmwG³ § 203, 14, der grundsätzlich das Statusverfahren auch bei Formwechsel in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform anwenden will; offen allerdings für den hier angenommenen Sachverhalt eines mitbestimmungsfreien formwechselnden Rechtsträgers.

⁷⁰ AA insoweit Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann UmwG § 203, 7, der das Verfahren anwenden will, wenn in die Rechtsform einer Personengesellschaft gewechselt wird und dort auf Grund statutarischer Bestimmungen ein Aufsichtsrat in gleicher Weise zu bilden ist.

⁷¹ Oben I.2., Rdn 3, Oetker, unten § 1 MitbestG, 7; vgl auch § 95 III.6.b.aa., Rdn 90 und III.6.b.bb., Rdn 95.

sich nach den jeweiligen Entscheidungen zu ändern hat.⁷² Ansonsten besteht das Amt der Aufsichtsratsmitglieder bis zum regulären Ablauf der Amtszeit fort.⁷³ Dies ergibt sich für den Fall, dass das Gericht den Antrag nach § 98 auf Änderung der derzeitigen Zusammensetzung zurückweist, ohnehin aus dem Gesetz (§ 98 Abs 4).⁷⁴ Für den Fall, dass die Bekanntmachung des Vertretungsorgans unangefochten bleibt und damit der bisherigen Zusammensetzung entspricht, ist dieser Fall lediglich nicht bedacht worden, da der Vorstand nach der Vorstellung des Gesetzgebers gemäß § 97 nur tätig werden sollte, wenn sich die Zusammensetzung ändert. Diese Lösung entspricht weitgehend der herrschenden Meinung zum alten Umwandlungsrecht.⁷⁵

dd) Grenzüberschreitende Fusionen (MitbestBeiG)

Das Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz⁷⁶ von 23. August 1994,⁷⁷ in der an das ebenfalls novellierte Umwandlungssteuergesetz angepassten Form (Gesetz vom 28. Oktober 1994),⁷⁸ wurde aus Anlass der steuerrechtlichen EG-Fusionsrichtlinie (90/434/EWG)⁷⁹ erlassen, mit der grenzüberschreitende Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und der Austausch von Anteilen durch den Abbau steuerrechtlicher Hemmnisse erleichtert werden sollen.⁸⁰ Die umwandlungssteuerrechtlich nunmehr privilegierten Vorgänge im Rahmen einer grenzüberschreitenden Fusion (Einbringung von Anteilen oder (Teil-)Betrieben, §§ 23 Abs 4, 23 Abs 1 bis 3 UmwStG) können bei einer deutschen Gesellschaft den Wegfall der Voraussetzungen über die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat zur Folge haben. Nach Art 11 Abs 1 lit b der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Abweichungen von der Richtlinie vorsehen, wenn die grenzüberschreitende Maßnahme dazu führt, dass die Voraussetzungen für die bis zu dem Vorgang bestehende Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Gesellschaft nicht mehr erfüllt sind; dies gilt sowohl für eine an dem Vorgang beteiligte oder auch für eine an dem Vorgang nicht beteiligte Gesellschaft.⁸¹ In Deutschland greift das bestehende Mitbestimmungsstatut ein. Danach ist dann, wenn es zu einem Eingriff in das bestehende Mitbestimmungsstatut kommt, im Hinblick auf die vor dem Vorgang angewendeten Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung die Einbringung

⁷² Vgl für die Regelungen nach altem Umwandlungsrecht zB *Meyer-Landrut* in Voraufgabe § 363, 3 mwN, sowie unten Fn 75.

⁷³ Im Ergebnis ebenso wohl *Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann* UmwG § 203, 7; vgl Rdn 17, Fn 65.

⁷⁴ Vgl § 98 V.2., Rdn 48.

⁷⁵ Vgl *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 6, 27; *Baumbach/Hueck*¹³ § 363, 3, 9; *Köstler* BB 1993, 81 f; *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 185; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 37; *Raiser* MitbestG⁴ § 6, 19; aA *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 15, 212.

⁷⁶ Gesetzestext abgedruckt bei *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 53.

⁷⁷ BGBl I 2228.

⁷⁸ BGBl I 3267.

⁷⁹ ABIEG L 225/1 v 20.8.1990. Davon zu

unterscheiden ist die gesellschaftsrechtliche Fusionsrichtlinie 78/855/EWG, ABIEG L Nr 295 v 20.10.1978.

⁸⁰ Ausführlich zum Ganzen *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 52 ff. Dazu auch *Hanau* ZGR 2001, 75, 100.

⁸¹ Dies gilt nach Art 11 Abs 2 bis zur gemeinschaftsweiten Regelung der Vertretung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen. Vgl zur Fusionsrichtlinie auch die Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12.3.2001, ABIEG L 85/16 vom 22.3.2001, hierdurch aufgehoben die Richtlinie 77/187/EWG vom 14.2.1977, ABIEG Nr L 61/26 vom 5.3.1977.

als nicht erfolgt zu behandeln (§ 1 MitbestBeiG). § 2 MitbestBeiG sieht Ausnahmen von dieser Fiktion vor. Die Durchführung des Statusverfahrens ist geboten, wenn Streit darüber besteht, ob die Fiktion des § 1 MitbestBeiG eingreift bzw ob einer der Ausnahmetatbestände des § 2 MitbestBeiG vorliegt und wenn bei Nichtvorliegen der Fiktion eine andere Aufsichtsratsbesetzung zwingend wäre.⁸² Kritisch zur Vereinbarkeit der Ewigkeitsregelung mit dem Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG *Büdenbender*.⁸³

ee) Erstmalige Bildung eines Aufsichtsrats

- 22** Ergibt sich durch eine Umwandlung erstmals die gesetzliche Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats, so ist das Statusverfahren stets anwendbar.⁸⁴ Das gilt nach Sinn und Zweck des Statusverfahrens, obwohl diese Fälle vom Wortlaut der §§ 97 ff nicht erfasst werden. Denn für die Aktiengesellschaft, für die stets ein Aufsichtsrat zu bilden ist,⁸⁵ ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 97 ff im Gründungsstadium über die Verweisung in §§ 30, 31.⁸⁶ Da aber gemäß § 197 Satz 2 UmwG die Vorschriften über den ersten Aufsichtsrat nicht anwendbar sind,⁸⁷ kann zB in den Fällen eines Formwechsels in eine Aktiengesellschaft zum ersten Mal ein Aufsichtsrat zu bilden sein.⁸⁸ Hier, ebenso wie in den Fällen der erstmaligen Mitbestimmungspflichtigkeit einer GmbH, ist das Statusverfahren durchzuführen.⁸⁹ Dies wird mit der Verweisung in § 27 EGAktG begründet, der eine entsprechende Anwendung vorsieht.⁹⁰

e) Entsprechende Anwendung des Statusverfahrens

- 23** Vereinzelt wird eine entsprechende Anwendung des Statusverfahrens angenommen. Nach *Altmeyen* soll sich bei entgegen den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zusammengesetzten Aufsichtsratsausschüssen die Wirksamkeit der vom falsch zusammengesetzten Aufsichtsratsausschuss geschlossenen Vorstandsverträge aus einer entsprechenden Anwendung des Statusverfahrens ergeben.⁹¹ Weiter wurde bei Satzungsänderungen, die eine Vergrößerung oder Verkleinerung des Aufsichtsrats zum Gegenstand haben, eine entsprechende Anwendung des Statusverfahrens angenommen.⁹² Eine entsprechende Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften ist grundsätzlich möglich.⁹³ Jedenfalls in

⁸² *Oetker*, unten, Vorbemerkungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, 81.

⁸³ *Büdenbender* ZIP 2000, 385, 401.

⁸⁴ *Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann* UmwG § 203, 8; *Lutter/Decher* UmwG³ § 203, 15 mwN.

⁸⁵ § 95 II.1., Rdn 35 ff.

⁸⁶ Dazu oben I.3.b., Rdn 7 und Erl bei §§ 30, 31.

⁸⁷ Vgl aber *Joost* in: FS Claussen 1997, S 187, 195 f, der den § 197 Abs 2 teleologisch auf die Fälle reduziert, in denen bereits vor der Umwandlung ein Aufsichtsrat bestand. Das Problem stellt für die erstmalige Anwendung des MitbestG wegen § 6 Abs 2 MitbestG nicht, da diese Vorschrift auch für die *Bildung* eines Aufsichtsrates ausdrücklich auf die §§ 97 ff verweist; dazu *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 6, 8.

⁸⁸ Beispiele bei *Lutter/Decher* UmwG³ § 203, 10, 6.

⁸⁹ *BegrRegE* bei *Ganske* UmwG, S 22; *Lutter/Decher* UmwG³ § 203, 15; *Widmann/Mayer/Wißmann* UmwR § 203, 9092 mwN; *Scholz/Schneider* GmbHG⁹ § 52, 35; *Baumbach/Hueck/Zöllner* GmbHG¹⁷ § 52, 8; wohl auch *Joost* in: FS Claussen 1997, S 187, 195 f, der § 31 für anwendbar erklärt; *aA* wohl *Lutter/Hommelhoff* GmbHG¹⁶ § 52, 22; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*²⁰ § 77 BetrVG 1952, 12.

⁹⁰ Etwa von *Baumbach/Hueck/Zöllner* GmbHG¹⁷ § 52, 8.

⁹¹ *Altmeyen* in: FS Brandner 1996, S 3, 21.

⁹² *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 585.

⁹³ Zum Spruchstellenverfahren BGHZ 153, 47 (*Macroton*).

den genannten Fällen fehlt es aber an hinreichend klaren Vorgaben des materiellen Rechts.⁹⁴ Dem materiellen Recht kann nicht entnommen werden, dass allein wegen einer Satzungsänderung alle Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt verlieren sollen und Neuwahlen auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durchzuführen sind.⁹⁵ Probleme einer unwirksamen Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen und des Abschlusses von unwirksamen Verträgen mit Vorstandsmitgliedern können bereits mit den Regeln über fehlerhafte Dauerschuldverhältnisse angemessen gelöst werden.⁹⁶ Auch im Übrigen erscheint bei einer analogen Anwendung der Vorschriften des Statusverfahrens Zurückhaltung geboten.

f) Sanktionen

Ist die Anwendbarkeit des Statusverfahrens nach dem zuvor Gesagten angezeigt, so ist die Durchführung obligatorisch. Ein Verstoß führt zur Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl, wenn die Zusammensetzung des Aufsichtsrats unter Verstoß gegen das Kontinuitätsprinzip des § 96 Abs 2 geändert wird (§ 250 Abs 1 dazu dort Rdn 11 ff (K. Schmidt)). Eine pflichtwidrige Untätigkeit des Vorstands, hat dagegen allein haftungsrechtliche Konsequenzen: Der Vorstand haftet hier gemäß § 93, wenn er seine Pflichten der Bekanntmachung nach §§ 97, 98 versäumt. Andere Personen haften dagegen nicht (näher zur Pflichtenstellung und Haftung unten II.1.b., Rdn 27, II.4.a., 43, II.5.a., Rdn 49).

II. Die Bekanntmachung durch den Vorstand (Abs 1)

1. Pflicht zur Bekanntmachung

a) Erster Aufsichtsrat⁹⁷

Für den ersten Aufsichtsrat schließt § 30 Abs 2 die Anwendung der Vorschriften über die Bestellung von Arbeitnehmervertretern grundsätzlich aus. Die Amtszeit des bei Gründung eingesetzten ersten Aufsichtsrats ist allerdings begrenzt (30 Abs 3 Satz 1). Der neue Aufsichtsrat ist sodann nach § 96 Abs 1 unter Beachtung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zusammenzusetzen. Hierfür ist nach § 96 Abs 2 das Verfahren gemäß § 97 bzw § 98 durchzuführen. Gemäß § 30 Abs 3 Satz 2 hat daher der Vorstand rechtzeitig vor Ablauf der Amtszeit des ersten Aufsichtsrats (mit Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das erste (Rumpf-)Geschäftsjahr beschließt, siehe 30 Abs 3 Satz 1), das Verfahren nach § 97 durch die Bekanntmachung einzuleiten. Im Übrigen gelten die §§ 98, 99 (näher dazu Röbriecht § 30 Rdn 21 ff). Zweck des § 30 Abs 3 ist es, dass möglichst von vornherein die richtige Form für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats gewählt wird, jedenfalls aber eine Form, gegen die kein Beteiligter Widerspruch erhebt.⁹⁸

Auch der erste Aufsichtsrat soll mitbestimmt sein, wenn bei einer Sachgründung oder Sachübernahme ein Unternehmen oder ein Unternehmensteil eingebracht wird. Der Vorstand hat dann gemäß § 31 Abs 3 Satz 1 unverzüglich nach der Einbringung oder Übernahme das außergerichtliche Verfahren nach § 97 einzuleiten oder das Gericht nach § 98

⁹⁴ Zu den Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung *Markus Roth* NZG 2003, 998, 1003.

⁹⁵ Hierzu § 95 III.6.b., Rdn 86 ff.

⁹⁶ Hierzu § 108 VI.4.b.bb., Rdn 164 ff.

⁹⁷ Für Einzelheiten siehe *Röbriecht*, oben Erl bei §§ 30, 31.

⁹⁸ *Baumbach/Hueck*¹³ §§ 97–99, 2.

anzurufen. Hier gilt im Unterschied zu einer Gründung ohne Unternehmenseinbringung, dass die Arbeitnehmervertreter sofort nach Übernahme berücksichtigt werden müssen, ohne dass für sie auch die zeitliche Beschränkung der Amtszeit gilt (§ 31 Abs 5).

b) Spätere Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse

27 Der Vorstand ist verpflichtet dafür zu sorgen, dass der Aufsichtsrat nach den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (den in § 96 Abs 1 genannten Möglichkeiten) zusammengesetzt ist.⁹⁹ Da die gesetzlich vorgesehene Zusammensetzung an veränderliche tatsächliche Voraussetzungen anknüpft (insbesondere Grundkapital und Arbeitnehmerzahl), kann ein ursprünglich richtig besetzter Aufsichtsrat (oben II.1.a., Rdn 25, 26) auf Grund einer Änderung der Umstände, die für die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat der Gesellschaft nach den Mitbestimmungsgesetzen maßgebend sind, im Laufe der Zeit nicht mehr den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (zu einzelnen Fallgestaltungen oben beim Anwendungsbereich I.3., Rdn 5 ff). Der Vorstand ist verpflichtet, eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse im Auge zu behalten und aus eigener Initiative die Richtigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu überprüfen.¹⁰⁰ Einen Anlass dazu bieten entsprechende Hinweise Antragsberechtigter und nicht Antragsberechtigter, jedenfalls aber die Angabe der durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer im Anhang des Jahresabschlusses (§ 285 Nr 7 HGB). Gelangt der Vorstand zu der Ansicht, dass die Zusammensetzung nicht mehr den gesetzlichen¹⁰¹ Vorschriften entspricht, so muss er unverzüglich das Verfahren nach § 97 (bzw nach § 98) einleiten.¹⁰² Die Bildung der Ansicht setzt selbst keinen Beschluss voraus¹⁰³ und ist nicht mit dem Beschluss gleichzusetzen, das Verfahren einzuleiten, sondern nur Grundlage für einen solchen (unten II.2., Rdn 33). Diese Pflicht trifft den Vorstand bereits, wenn abzusehen ist, dass sich in naher Zukunft die Verhältnisse derart ändern werden, dass mit Sicherheit eine Umgestaltung des Aufsichtsrats erforderlich werden wird¹⁰⁴ (näher dazu unten II.4.a., Rdn 43). Ist sich der Vorstand über die richtige Zusammensetzung im Klaren und erwartet er keinen Widerspruch von den nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten, so hat er seine Ansicht über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach § 97 Abs 1 bekannt zu machen.¹⁰⁵ Ansonsten kann das Verfahren nach § 98 durchzuführen sein (dazu unten Rdn 29 und die Erl zu § 98).

28 In der Begründung des Regierungsentwurfs wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren nach § 97 die Einigkeit aller beteiligten Gruppen über die Besetzung des Aufsichtsrats erfordere.¹⁰⁶ Zutreffend ist, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ohne die Anrufung des Gerichts geändert werden kann, wenn sich die Beteiligten über die Zusammensetzung einig sind.¹⁰⁷ Keinesfalls folgt aus der der Regierungsbegründung zum AktG 1965, dass der Vorstand nach § 97 nur tätig werden kann, wenn eine Einigung erzielt wurde. Dem Vorstand bleibt es in jedem Fall unbenommen, seine Ansicht über die richtige Zusammensetzung nach § 97 Abs 1 bekannt zu machen und es damit

⁹⁹ KK/Mertens² §§ 97–99, 3; MünchKomm-AktG/Semler 7, 40.

¹⁰⁰ Hierzu explizit Geßler/Geßler 7.

¹⁰¹ Zu Änderungen der Satzung siehe § 95 III.6.b.aa., Rdn 90 und III.6.b.bb., Rdn 95.

¹⁰² Baumbach/Hueck¹³ §§ 97–99, 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 3; Rittner DB 1969, 2165, 2167.

¹⁰³ Möglicherweise anders Hüffer⁶ 2.

¹⁰⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 3.

¹⁰⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 3; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 152.

¹⁰⁶ BegrRegE bei Kropff AktG, S 127.

¹⁰⁷ Hierzu Geßler/Geßler 8.

den anderen Beteiligten zu überlassen, Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen.¹⁰⁸ Die Ansicht des Vorstands ist in jedem Fall maßgeblich (Abs 1 Satz 1) und hat, soweit bekannt gemacht, auch dann die in Abs 2 bestimmte Wirkung, wenn seine Ansicht nicht gesetzeskonform ist.¹⁰⁹ Es besteht keine Pflicht des Vorstands, sich mit den nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten vor Einleitung eines Verfahrens nach § 97 in Verbindung zu setzen.¹¹⁰ Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden solche Konsultationen aber nahe liegen.¹¹¹

Rechnet der Vorstand mit Widerspruch gegen das von ihm für anwendbar gehaltene Mitbestimmungsregime oder bestehen Meinungsverschiedenheiten bzw Rechtsunsicherheit im Vorstand über das anwendbare Mitbestimmungsstatut und damit über die richtige Besetzung des Aufsichtsrats, so kann der Vorstand von dem Verfahren nach § 97 Abs 1 absehen und sofort die gerichtliche Entscheidung nach § 98 beantragen.¹¹² **29**

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs¹¹³ liegt es im *Ermessen* des Vorstands, ob er den Weg nach § 97 oder nach § 98 geht.¹¹⁴ Allerdings gilt dies nur mit der Einschränkung, dass der Vorstand sich nicht seiner Pflicht zur eigenständigen Prüfung der anwendbaren Gesetze entledigen kann, indem er ohne weiteres das Gericht anruft. Der Vorstand hat die konkreten Gegebenheiten und die zu erwartende Opposition abzuwägen.¹¹⁵ Soweit für eine Anrufung des Gerichts keine nachvollziehbaren Gründe gegeben sind, kann ein solches Verhalten, das für die Gesellschaft zusätzliche Kosten bedeutet, als Pflichtverletzung zu bewerten sein.¹¹⁶ Es besteht auch entgegen der Ansicht von *Mertens*¹¹⁷ keine Pflicht des Vorstands, bereits dann das Gericht gemäß § 98 anzurufen, wenn sich ihm nach sorgfältiger Prüfung Zweifel aufdrängen müssten, ob die gegenwärtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats noch richtig ist. Vielmehr hat er in diesem Fall zunächst selbst zu prüfen, welches Aufsichtsratsmodell statt des bisherigen in Frage kommt. Sodann kann er das Verfahren nach § 97 einleiten, das insoweit vorrangig ist. Solange der Vorstand in einer Situation, in der sich ihm Zweifel an der Richtigkeit der Zusammensetzung aufdrängen müssten, entweder nach § 97 oder nach § 98 tätig wird, hat er die ihm obliegenden Pflichten erfüllt, mit Ausnahme des Falles einer leichtfertigen Anrufung des Gerichts, die zu erheblichen Kosten und zu Unruhe in der Gesellschaft führt.¹¹⁸ Eine Pflicht zur Einleitung des Statusverfahrens besteht im Hinblick auf die Vielzahl anderer Antragsberechtigter nur, wenn das Festhalten am bisherigen Mitbestimmungsmodell unvertretbar erscheint. In diesem Rahmen kann der Vorstand auch mit anderen Antragsberechtigten Verträge über das Mitbestimmungsstatut schließen. **30**

¹⁰⁸ MünchKommAktG/*Semler* 37.

¹⁰⁹ *Geßler/Geßler* 9 sowie nunmehr MünchKommAktG/*Semler* 36 unter Verweis auf Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 127.

¹¹⁰ Ebenso MünchKommAktG/*Semler* 38 im Anschluss an *Geßler/Geßler* 10.

¹¹¹ Ebenso MünchKommAktG/*Semler* 38 im Anschluss an *Geßler/Geßler* 10; weiter gehend *Godin/Wilhelmi*⁴ 2, der Konsultationen mindestens mit dem Aufsichtsrat, den Betriebsräten und den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften empfiehlt.

¹¹² MünchKommAktG/*Semler* 39; *Baumbach/Hueck*¹³ §§ 97–99, 4; *Godin/Wilhelmi*⁴ 1; v. *Falkenhausen* AG 1967, 309, 311 f;

grundsätzlich wohl auch *KK/Mertens*² §§ 97–99, 4.

¹¹³ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 127 und S 130.

¹¹⁴ Ebenso v. *Falkenhausen* AG 1967, 309, 311 ff; *J. H. Geßler* 8; im Ergebnis auch *KK/Mertens*² §§ 97–99, 4.

¹¹⁵ *J. H. Geßler* 8.

¹¹⁶ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 4; aA *J. H. Geßler* 8, nach dem „im Interesse der Gesellschaft der schnellste, wenn auch unter Umständen nicht kostengünstigste Weg vorzuziehen sein kann“.

¹¹⁷ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 5.

¹¹⁸ Insoweit richtig *KK/Mertens*² §§ 97–99, 5.

- 31** Sofern bereits eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, ist der Vorstand ausnahmsweise nicht mehr darin frei, seine Ansicht über die Besetzung bekannt zu machen. Der Vorstand hat vielmehr die Ansicht des Gerichts zu respektieren. Setzt er sich mit einer anders lautenden Bekanntmachung darüber hinweg, so handelt er pflichtwidrig. Generell gilt nach einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung für die Einleitung des Statusverfahrens, sei es durch Bekanntmachung (auch durch eine mit der gerichtlichen Entscheidung übereinstimmende) oder die Anrufung des Gerichts, die Voraussetzung, dass sich die maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse geändert haben müssen.¹¹⁹ Allerdings macht ein möglicher Verstoß gegen die Pflicht, die gerichtliche Entscheidung zu respektieren, das Vorgehen des Vorstands nicht prozessual unzulässig.¹²⁰ Auch hat seine unangefochtene Bekanntmachung weiterhin die Wirkung des § 97 Abs 2 (näher dazu unten IV.2., Rdn 75 f).¹²¹

2. Zuständigkeit des Gesamorgans

- 32** Das Verfahren nach § 97 kann nur der Vorstand als solcher einleiten.¹²² Einzelnen Vorstandsmitgliedern kommt diese Befugnis nicht zu, auch nicht, wenn sie im Vorstand überstimmt wurden.¹²³ Dies folgt aus dem Grundsatz, dass der Vorstand über Leitungsaufgaben als Gesamtvorstand zu entscheiden hat.¹²⁴ Auch bei der Einleitung des Statusverfahrens handelt es sich um eine solche herausgehobene Geschäftsführungsmaßnahme, über die der Gesamtvorstand in organschaftlicher Funktion zu befinden hat. Eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis per Geschäftsordnung des Vorstandes oder per Satzung auf einzelne Vorstandsmitglieder ist nicht möglich. Auch genügt eine Vertretungsbefugnis nicht.¹²⁵ Das einzelne Vorstandsmitglied muss jedoch im Vorstand auf die Einleitung des Bekanntmachungsverfahrens dringen, wenn es der Ansicht ist, dass der Aufsichtsrat materiell nicht mehr richtig zusammengesetzt ist.¹²⁶
- 33** Der Vorstand entscheidet durch Beschluss. Ist in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Vorstands nichts anderes bestimmt, so ist gemäß § 77 Abs 1 Satz 1 Einstimmigkeit erforderlich. Die Ausführung der beschlossenen Bekanntmachung kann durch Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Anzahl erfolgen.¹²⁷
- 34** Als Geschäftsführungsmaßnahme obliegt die Einleitung des Bekanntmachungsverfahrens nach § 97 ausschließlich dem Vorstand.¹²⁸ Eine Delegation an andere Gremien bzw Weisungen anderer Gremien¹²⁹ sind nicht möglich. Das ergibt sich für den Aufsichtsrat bereits aus § 111 Abs 4 Satz 1,¹³⁰ für die Hauptversammlung ist § 119 Abs 2 unanwendbar.¹³¹ Weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat können den Vorstand anweisen, die Bekanntmachung vorzunehmen.¹³² Andere Beteiligte sind damit immer darauf

¹¹⁹ KK/Mertens² §§ 97–99, 6; siehe auch IV.2., Rdn 75 f.

¹²⁰ KK/Mertens² §§ 97–99, 6.

¹²¹ KK/Mertens² §§ 97–99, 18; Hüffer⁶ 5; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 25; aA Geßler/Geßler 35 sowie nunmehr MünchKommAktG/Semler 84.

¹²² KK/Mertens² §§ 97–99, 9; MünchKommAktG/Semler 40; Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹²³ Ebenso Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹²⁴ Hierzu BGHZ 149, 158 (Vorschläge zur Beschlussfassung der Hauptversammlung).

¹²⁵ MünchKommAktG/Semler 40.

¹²⁶ MünchKommAktG/Semler 40.

¹²⁷ MünchKommAktG/Semler 41 im Anschluss an Geßler/Geßler 12; Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹²⁸ MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 55; KK/Mertens² §§ 97–99, 9; MünchKommAktG/Semler 42; Raiser MitbestG⁴ § 6, 9.

¹²⁹ MünchKommAktG/Semler 42.

¹³⁰ Explizit Geßler/Geßler 13.

¹³¹ KK/Mertens² §§ 97–99, 9.

¹³² KK/Mertens² §§ 97–99, 9; MünchKommAktG/Semler 42, vgl auch Raiser MitbestG⁴ § 6, 9 mwN.

angewiesen, das gerichtliche Verfahren nach § 98 Abs 1 einzuleiten. Umgekehrt kann der Aufsichtsrat auch keinen Zustimmungsvorbehalt vorsehen.¹³³

3. Inhalt der Bekanntmachung (Abs 1 Satz 1–3)¹³⁴

a) Feststellung der unrichtigen Zusammensetzung (Abs 1 Satz 1)

Die Bekanntmachung hat nach Abs 1 Satz 1 („dies“) einleitend die Feststellung des Vorstands zu enthalten, dass der Aufsichtsrat nach Auffassung des Vorstands nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist.¹³⁵ **35**

b) Angabe der gesetzlichen Vorschriften (Abs 1 Satz 2)

Gemäß Abs 1 Satz 2 sind zweitens die gesetzlichen Vorschriften anzugeben, die nach Ansicht des Vorstands maßgebend sind. Der Vorstand muss angeben, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat nunmehr zu bilden sei. Dabei genügt die Nennung der Paragraphen und des Gesetzes; die Vorschriften müssen nicht wörtlich zitiert werden.¹³⁶ Zweckmäßigerweise sollte der Vorstand aber konkret angeben, wie der Aufsichtsrat nach seiner Ansicht richtig zusammensetzen ist.¹³⁷ Der Bekanntmachungsinhalt darf sich demnach nicht auf die Angabe des jeweils einschlägigen Mitbestimmungsstatuts beschränken. Insoweit herrscht in der Literatur Einigkeit.¹³⁸ **36**

Über den genauen Inhalt der Bekanntmachung gehen die Ansichten auseinander. Insbesondere *Säcker*¹³⁹ fordert eine möglichst präzise Angabe der einschlägigen Vorschriften in der Bekanntmachung. Eine Meinung stellt auf diejenigen Vorschriften ab, aus denen sich die Zahl der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat ergeben.¹⁴⁰ *Geßler*¹⁴¹ fordert, die für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats maßgeblichen Vorschriften im Einzelnen zu nennen. Es seien bei Zusammensetzung nach § 76 Abs 1 BetrVG 1952 gegebenenfalls auch dessen Abs 2 oder 3 (vgl nunmehr §§ 4–6 DrittelbG), bei Zusammensetzung nach dem Montan-MitbestG je nach Sach- und Rechtslage § 4 Montan-MitbestG oder § 9 Abs 1 oder 2 Montan-MitbestG in Verbindung mit §§ 5–8 Montan-MitbestG zu nennen. Dabei seien die aus der unmittelbaren bzw analogen Anwendung des § 6 Montan-MitbestG folgenden Unterschiede klarzustellen. Bei Zusammensetzung nach §§ 5–13 MitbestErgG seien je nachdem § 5 oder (§ 12, inzwischen aufgehoben iVm) §§ 6–9 MitbestErgG anzuführen. Im Falle des § 7 MitbestG wird in der mitbestimmungsrechtlichen Literatur vielfach gefordert, dass auch die entsprechende gesetzliche Wahlmöglichkeit des § 7 Abs 1 Satz 1 MitbestG anzugeben sei.¹⁴² Vereinzelt wird verlangt, dass auch auf die **37**

¹³³ KK/*Mertens*² §§ 97–99, 9; § 111, 70; MünchKommAktG/*Semler* 42 (Fn 96).

¹³⁴ Beispiel einer Bekanntmachung bei *Happ*² Formular 9.14.

¹³⁵ *Baumbach/Hueck*¹³ § 97–99, 4; KK/*Mertens*² §§ 97–99, 10; MünchHdbAG/*Hoffmann-Becking*² 49 mwN; MünchKommAktG/*Semler* 45; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 153; wohl nicht für notwendig gehalten von *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 3.

¹³⁶ Explizit *Geßler/Geßler* 17.

¹³⁷ Richtiger Vorschlag von *Geßler/Geßler* 16.

¹³⁸ Vgl die Nachweise *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 590 mwN.

¹³⁹ *Säcker* Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rdn 68.

¹⁴⁰ *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 6, 17.

¹⁴¹ *Geßler/Geßler* 17.

¹⁴² So *Säcker* Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rdn 68; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 6, 17; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 21; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 9; *Spieker* Die Quelle 1976, 415, 421; *Thau* Mängel der Aufsichtsratswahlen nach dem Mit-

Inanspruchnahme des Wahlrechts des § 7 Abs 1 Satz 2 und Satz 3 MitbestG hinzuweisen sei.¹⁴³ Ebenso wird vertreten, dass die in §§ 4 und 5 MitbestG geregelte Unternehmenszurechnung in der Bekanntmachung anzugeben sei,¹⁴⁴ wobei auch die Angabe der Konzernunternehmen gefordert wird.¹⁴⁵

- 38** Bei *teleologischer Betrachtung*¹⁴⁶ muss die Bekanntmachung inhaltlich jedenfalls so präzise und detailliert gefasst sein, dass zum einen der Wahlvorstand anhand dieser Bekanntmachung die Richtigkeit der Angaben des Vorstands überprüfen kann und dass zum anderen die nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten ersehen können, ob die vom Vorstand angeführten Vorschriften zutreffen.¹⁴⁷ Um die Größe des Aufsichtsrats zu bestimmen, kann es damit ebenfalls notwendig sein, auf Satzungsvorschriften hinzuweisen, die von dem im MitbestG (§ 7 Abs 1 Satz 2, 3) und Montan-MitbestG (§ 9) eingeräumten Dispositionsbefugnis Gebrauch machen und eine von der Regelgröße abweichende Aufsichtsratsbesetzung vorsehen.¹⁴⁸ Dem Gesetz kann dagegen nicht entnommen werden, dass neben den gesetzlichen Vorschriften auch der sie verwirklichende Lebenssachverhalt anzugeben ist. Nicht anzuführen sind also zB die Konzernunternehmen, die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer oder das Umsatzverhältnis, wenn das Montan-MitbestG in Betracht kommt.¹⁴⁹

c) Hinweis auf die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts (Abs 1 Satz 3)

- 39** Dritter und letzter Punkt der Bekanntmachung ist der Hinweis auf die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts. Gemäß Abs 1 Satz 3 hat der Vorstand in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, dass der Aufsichtsrat nach den in der Bekanntmachung angegebenen Vorschriften zusammengesetzt wird, wenn nicht Antragsberechtigte nach § 98 Abs 2 innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im elektronischen¹⁵⁰ Bundesanzeiger das nach § 98 Abs 1 zuständige Gericht anrufen. Zur Erfüllung dieser Pflicht reicht ein Hinweis auf das Bestehen einer Antragsberechtigung unter Nennung der Vorschrift des § 98 Abs 2 (Rdn 40), die Nennung des die gerichtliche Zuständigkeit bestimmenden § 98 Abs 1 (Rdn 41) sowie ein Hinweis auf die Frist zur Anrufung (Rdn 42) und die Folgen der Nichtanrufung des Gerichts aus.

- 40** Die Antragsberechtigten brauchen nicht einzeln aufgezählt zu werden.¹⁵¹ Hierfür spricht zunächst der Wortlaut. Danach ist ein wörtliches Zitieren der Vorschriften nicht

bestG, 1983, S 434 sowie Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 153.

¹⁴³ Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 21; Geßler/Geßler 17; aA Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 10.

¹⁴⁴ So Sacker aaO Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rdn 63; aA Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 9; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 22.

¹⁴⁵ Spieker Die Quelle 1976, 415, 421; ders MitbestGespr 1976, 219, 221; ErfK/Oetker⁵ §§ 97–99 AktG, 10; Oetker ZHR 149 (1985) 575, 592; näher dazu unten Rdn 38; mit aA in Fn 149.

¹⁴⁶ Dazu eingehend Oetker ZHR 149 (1985) 575, 591 ff.

¹⁴⁷ So zutreffend Oetker ZHR 149 (1985) 575, 592.

¹⁴⁸ KK/Mertens² §§ 97–99, 10; MünchKommAktG/Semler 45; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 153; Oetker ZHR 149 (1985) 575, 592.

¹⁴⁹ Ganz oder teilweise aA die in Fn 145 Genannten; wie hier KK/Mertens² §§ 97–99, 10; MünchKommAktG/Semler 47; Hüffer⁶ 4.

¹⁵⁰ Änderung ab 1.7.2004, oben I.1., Rdn 1.

¹⁵¹ Godin/Wilhelmi⁴ 2; Hüffer⁶ 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 10; MünchKommAktG/Semler 47.

erforderlich.¹⁵² Gegen eine Pflicht zur Nennung der Antragsberechtigten spricht auch, dass es sich bei diesem Teil der Bekanntmachung lediglich um eine Ankündigung und nicht um eine Rechtsbehelfsbelehrung handelt.¹⁵³ Würde man auf die Nennung der Antragsberechtigten nicht verzichten, so wäre die Bekanntmachung allein schon wegen dieser Weglassung unwirksam.¹⁵⁴ Die Aufzählung der Antragsberechtigten kann für den Vorstand mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein (vgl. dazu § 98 Abs 2 Nr 6–10).¹⁵⁵ Es ist nicht Sache des Vorstands, über das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen für die Berechtigung eines Antrags nach § 98 zu entscheiden.¹⁵⁶

Das zuständige Gericht muss in der Bekanntmachung nicht konkret benannt werden.¹⁵⁷ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 97 Abs 1 Satz 3 und aus dem Rechtscharakter der Bekanntmachungspflicht.¹⁵⁸ Aus der Nichtangabe des zuständigen Gerichts kann den Antragsberechtigten kein Nachteil entstehen, weil nach richtiger Ansicht auch durch die Anrufung eines örtlich unzuständigen Gerichts die Frist gewahrt wird.¹⁵⁹ Allerdings ist den Stimmen zuzustimmen, die es nach dem Sinn und Zweck der Bekanntmachungspflicht für geboten halten, dass der Vorstand auf das örtlich¹⁶⁰ und sachlich zuständige Gericht hinweist.¹⁶¹ Dies ist jedoch als „Soll-Bestimmung“ zu verstehen, die nicht bewirkt, dass die Bekanntmachung unwirksam wird, wenn sie in diesem Punkt nur eine Verweisung auf § 98 enthält.¹⁶²

Ebenfalls zweckmäßig, aber nicht zwingend erforderlich ist ein Hinweis auf den Ablauf der Frist zur Anrufung des Gerichts. Der Tag der Veröffentlichung sowie des Fristablaufs kann auch in die Anzeige im elektronischen Bundesanzeiger mit aufgenommen werden, denn dieser gibt auf Anfrage das Veröffentlichungsdatum vorher bekannt.¹⁶³ Die verschiedenen Bekanntmachungsformen können dann zu dem angekündigten Termin „gleichzeitig“ (§ 97 Abs 1 Satz 1) und unter Hinweis auf den Ablauf der Frist erfolgen (näher dazu unten II.4.b., Rdn 44 f und III.1.a., Rdn 55).

4. Bekanntmachungsverfahren

a) Zeitpunkt

Die Bekanntmachung zur Einleitung des Verfahrens nach § 97 hat unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs 1 Satz 1 BGB), zu erfolgen. Kein schuldhaftes Zögern liegt etwa in der Einholung eines Rechtsgutachtens oder in der Konsultation der nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten. Der Vorstand muss stets prüfen, ob der Aufsichtsrat nach den gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist und tätig werden, sobald er

¹⁵² Vgl. zu Abs 1 Satz 2 auch Rdn 36.

¹⁵³ Vgl. Hüffer⁶ 4.

¹⁵⁴ Worauf Godin/Wilhelmi⁴ 2 zu Recht hinweist; ebenso Geßler/Geßler 19; abweichend bezüglich der Rechtsfolgen nach § 250 Abs 1 Nr 1 KK/Mertens² §§ 97–99, 11; hierzu unten II.5.b., Rdn 52.

¹⁵⁵ Geßler/Geßler 19.

¹⁵⁶ Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹⁵⁷ MünchKommAktG/Semler 46; Hüffer⁶ 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 10; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 57; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 153.

¹⁵⁸ Siehe auch oben II.3.b., Rdn 38.

¹⁵⁹ Hierzu unten III.2., Rdn 70.

¹⁶⁰ Dabei wird es sich oft abweichend von § 98 Abs 1 Satz 1 um Zuständigkeiten handeln, die gemäß § 98 Abs 1 Satz 3 durch die Landesregierung oder die Landesjustizverwaltung bestimmt worden sind (näher dazu § 98 II.3.d., Rdn 21).

¹⁶¹ Geßler/Geßler 19; Godin/Wilhelmi⁴ 2; KK/Mertens² §§ 97–99, 10; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 57.

¹⁶² Godin/Wilhelmi⁴ 2; ebenso wohl Geßler/Geßler 19; KK/Mertens² §§ 97–99, 10.

¹⁶³ MünchKommAktG/Semler 46.

den Aufsichtsrat für nicht richtig zusammengesetzt hält. Insbesondere hat er nicht den Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens abzuwarten, das die Veränderungen von tatsächlichen Verhältnissen, die eine andere Aufsichtsratsbesetzung erfordern, rückgängig machen würde.¹⁶⁴ Eine Verletzung dieser Pflichten kann den Vorstand nach § 93 Schadensersatzpflichtig machen.¹⁶⁵ Dabei darf er unter Umständen den Eintritt der falschen Zusammensetzung nicht abwarten. Wenn bereits zu einem früheren Zeitpunkt sicher abzusehen ist, dass sich die Umstände derart ändern werden, dass andere gesetzliche Vorschriften Anwendung finden,¹⁶⁶ trifft den Vorstand die Pflicht zum Tätigwerden nach richtiger Ansicht entsprechend früher.¹⁶⁷ Allerdings kann in Anlehnung an die Zweimonatsfrist der alten Umwandlungsvorschriften (zB § 363 Abs 1, 370 Abs 1, 377 Abs 1 AktG) für die Bekanntmachung ein früherer Zeitpunkt als 2 Monate vor dem Termin der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht verlangt werden.¹⁶⁸ Eine frühere Bekanntmachung kann zu praktischen Schwierigkeiten führen, etwa wenn im Monat nach der unangefochtenen Bekanntmachung eine Hauptversammlung einberufen ist. In diesem Fall würden nach § 97 Abs 2 Satz 3 iVm Satz 2 mit Beendigung der Hauptversammlung die bisherigen Aufsichtsratsämter erlöschen, sodass zweckmäßigerweise bereits auf dieser Hauptversammlung der Aufsichtsrat nach den bekannt gemachten Vorschriften neu gewählt werden sollte. Für die Besetzung können die neuen Besetzungsvorschriften aber nicht zu Grunde gelegt werden, ohne dass die tatsächlichen Umstände dies rechtfertigen, da ansonsten ein rechtswidriger Zustand geschaffen würde. Diese Situation kann hingegen bei einer zweimonatigen Frist nicht eintreten, da sowohl die Frist des § 97 Abs 2 Satz 1 als auch die Einberufungsfrist für die Hauptversammlung (mindestens) einen Monat betragen (§ 123 Abs 1). Mit der Wahl der Arbeitnehmervertreter, die geraume Zeit dauern kann, kann gegebenenfalls bereits vor der Bekanntmachung des Vorstands begonnen werden.¹⁶⁹

b) Form und Ort

- 44** Die Bekanntmachung ist durch Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern vorzunehmen. Das sind der elektronische Bundesanzeiger sowie andere in der Satzung genannte Blätter oder elektronische Informationsmedien (§ 25 Satz 1 und 2). Dies gilt auch für Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen. Der Verweis auf das Statusverfahren in § 6 Abs 2 MitbestG bezieht sich ebenfalls auf die Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger.
- 45** Gleichzeitig hat die Bekanntmachung durch Aushang in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen zu erfolgen. Hinsichtlich der Form ist zu verlangen, dass der Aushang erkennen lässt, dass es sich um eine Bekanntmachung des

¹⁶⁴ Vgl LG Mainz DB 1998, 2052 f (keine Berücksichtigung von Anfechtungsklagen gegen eine beschlossene Ausgliederung von Unternehmensteilen bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats); *Oetker* ZGR 2000, 19, 20.

¹⁶⁵ Zur Unverzögerlichkeit nach dem der Vorstand den Aufsichtsrat für nicht mehr richtig zusammengesetzt hält so auch *Münch-KommAktG/Semler* 43; hierzu auch unten II.5.b., Rdn 53 f.

¹⁶⁶ Vgl auch schon oben II.1.b., Rdn 27.

¹⁶⁷ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 3; für Ermessen *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 155; *Kiem/Ubrig* NZG 2001, 680, 686; wohl auch *Krause-Ablaß/Link* GmbHHR 2005, 731, 734, hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit zweifelnd *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 58.

¹⁶⁸ Dazu bereits oben II.1.b., Rdn 27.

¹⁶⁹ Unten III.1.b., Rdn 57.

Vorstands handelt.¹⁷⁰ Weiterhin sollte sowohl wegen der Anrufungsfrist des § 97 Abs 2 Satz 1 als auch zum Schutz des Vorstands das Datum des Aushangs angegeben sein.¹⁷¹

Der Aushang der Bekanntmachung kann auf die inländischen Betriebe und Konzernunternehmen beschränkt werden. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, der Unterrichtung aller wahlberechtigten Arbeitnehmer.¹⁷² Da aber nur die Arbeitnehmer inländischer Unternehmen wahl- und damit antragsberechtigt im Sinne von § 98 Abs 2 Nr 6 bis 8 sind, reicht es, wenn die Bekanntmachung in diesen Unternehmen vorgenommen wird.¹⁷³

Nach der Wahlberechtigung der Arbeitnehmer von Konzernunternehmen bestimmt sich auch, in welchen der inländischen Betrieben der Konzernunternehmen ein Aushang zu erfolgen hat.¹⁷⁴ Der Aushang ist in allen Konzernunternehmen erforderlich, deren Arbeitnehmer ein passives oder aktives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bereits haben oder zukünftig haben könnten.¹⁷⁵ Dafür sind nicht nur die Unternehmen zu berücksichtigen, deren Arbeitnehmer an der Wahl zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu beteiligen waren, sondern auch die, die nach einer möglichen Änderung des Aufsichtsratsmodells zu beteiligen wären.¹⁷⁶ Auszuhängen ist in den Betrieben abhängiger Unternehmen, deren Arbeitnehmer ein Wahlrecht bezüglich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens. Praktisch größte Bedeutung hat dabei die Zurechnung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (§ 2 DrittelbG). Weiterhin erhalten die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens das Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Konzernspitze,¹⁷⁷ wenn die Voraussetzungen des Mitbestimmungsgesetzes oder des Montan-Mitbestimmungsgesetzes vorliegen (§§ 5 Abs 1 MitbestG, 1 Abs 4 Montan-MitbestG). Auch in nach dem MitbestErgG mitbestimmten Obergesellschaften wählen die Arbeitnehmervertreter der abhängigen Unternehmen einen Teil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens (§§ 1, 6ff MitbestErgG). Zutreffend ist die Pflicht zum Aushang auf von der betroffenen Aktiengesellschaft abhängige Unternehmen zu beschränken,¹⁷⁸ nur bei diesen hat der Vorstand auch die tatsächliche Möglichkeit, den Aushang in den Betrieben vornehmen zu lassen. Obwohl auch eine mögliche Muttergesellschaft oder Schwestergesellschaften der betroffenen Aktiengesellschaft Konzernunternehmen iSd § 18 Abs 1 Satz 1 AktG sind, ist der Begriff der Konzernunternehmen in § 97 teleologisch dahin zu reduzieren, dass in den Betrieben dieser Unternehmen die Bekanntmachung nicht ausgehängt werden muss.¹⁷⁹ Streitig ist die Zurechnung von inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Konzerntöchter.¹⁸⁰

46

47

¹⁷⁰ Hüffer⁶ 4; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 56.

¹⁷¹ Hüffer⁶ 4.

¹⁷² Dazu auch sogleich Rdn 47.

¹⁷³ MünchKommAktG/Semler 44.

¹⁷⁴ So auch Baumbach/Hueck¹³ §§ 97–99, 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 13; MünchKommAktG/Semler 44; vgl auch Raiser MitbestG⁴ § 6, 12.

¹⁷⁵ Vgl dazu §§ 2 DrittelbG, 5 MitbestG, 1 Abs 4 Montan-MitbestG, 1 MitbestErgG.

¹⁷⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 13.

¹⁷⁷ Zur Problematik des Konzerns im Konzern im Mitbestimmungsrecht § 96 II.3.b., Rdn 21.

¹⁷⁸ So auch Godin/Wilhelmi⁴ 2.

¹⁷⁹ Godin/Wilhelmi⁴ 2; ähnlich Raiser MitbestG⁴ § 6, 12.

¹⁸⁰ Dazu Oetker, unten § 5 MitbestG, 33; Raiser MitbestG⁴ § 5, 29; MünchKomm/Kindler³ IntGesR Rdn 454; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG² § 5, 18.

c) Widerruf

- 48** Der Vorstand kann die Bekanntmachung bis zum Ablauf der Frist des Abs 2 widerrufen.¹⁸¹ Mit dieser Widerrufsmöglichkeit wird es dem Vorstand ermöglicht, die Rechtsfolgen der vorherigen Bekanntmachung aufzuheben¹⁸² sowie gegebenenfalls durch eine erneute Bekanntmachung mögliche Fehler des Bekanntmachungsverfahrens zu korrigieren und damit Unsicherheiten über die Wirksamkeit der Bekanntmachung (dazu sogleich II.5.a., Rdn 49ff) auszuräumen.¹⁸³ Weiterhin muss es ihm, ebenso wie den anderen Antragsberechtigten, möglich sein, zu verhindern, dass die in § 97 Abs 2 vorgesehenen Folgen eintreten, wenn er den Inhalt der Bekanntmachung nicht (mehr) für gesetzmäßig hält.¹⁸⁴ Sobald ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, ist ihm allerdings eine erneute Bekanntmachung verwehrt (Bekanntmachungssperre nach § 97 Abs 3).¹⁸⁵ Auch ein Widerruf ist dann nicht mehr zulässig,¹⁸⁶ da mit Einleitung des gerichtlichen Verfahrens die Bekanntmachung keine Rechtswirkungen mehr entfaltet.¹⁸⁷ Wird das Gericht allerdings nicht innerhalb der Monatsfrist des § 97 Abs 2 Satz 1 angerufen, ist es nach dem Gesetz nicht ausgeschlossen, dass der Vorstand nach Ablauf der Monatsfrist eine erneute Bekanntmachung erlässt.¹⁸⁸ Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Widerrufsbe-
kannntmachung¹⁸⁹ im technischen Sinne, da bis zum Ablauf der damit erneut in Gang gesetzten Frist die in der vorherigen Bekanntmachung angegebenen Vorschriften rechtsverbindlich bleiben.¹⁹⁰ Dies entspricht der Kontinuitätsregelung¹⁹¹ und dem Grundsatz, dass der Vorstand jederzeit eine Bekanntmachung erlassen kann, wenn er die bisher angewandten Regelungen für nicht (mehr) einschlägig hält. Ebenso könnte der Vorstand auch selbst das Gericht anrufen.¹⁹² Allerdings hat der Vorstand Pflichtwidrigkeiten bei Erlass der ersten Bekanntmachung oder bei Versäumnis der Widerrufsfrist zu verantworten (zum Ganzen bereits oben II.1.b., Rdn 31, zur Haftung sogleich II.5.b., Rdn 53).

5. Sanktionen

a) Rechtsfolgen bei fehlerhafter Bekanntmachung

- 49** Bei der Frage, welche Rechtsfolgen eine fehlerhafte Bekanntmachung hat, ist zwischen Formfehlern und inhaltlichen Mängeln sowie danach zu unterscheiden, ob das

¹⁸¹ Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 23; KK/Mertens² §§ 97–99, 16; Raiser MitbestG⁴ § 6, 13; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 66; weitergehend Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 166 sowie Köstler Reformvorhaben, S 130 Fn 133 (Widerrufsmöglichkeit auch nach Ablauf der Frist, mit der Folge, dass ein eingeleitetes gerichtliches Verfahren endet).

¹⁸² Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 65.

¹⁸³ KK/Mertens² §§ 97–99, 16.

¹⁸⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 16.

¹⁸⁵ Näher dazu unten IV.1., Rdn 73, und Baumbach/Hueck¹³ §§ 97–99, 7.

¹⁸⁶ AA Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 166; Köstler Reformvorhaben, 1987, S 130 Fn 133: Widerruf ist auch dann noch zulässig; so Fn 181.

¹⁸⁷ LG Nürnberg-Fürth AG 1972, 21 (dazu auch unten Rdn 51); KK/Mertens² §§ 97–99, 19.

¹⁸⁸ Vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 66; allerdings wohl nur für den Fall, dass inzwischen eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist.

¹⁸⁹ So Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 66.

¹⁹⁰ Ebenso wohl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 66.

¹⁹¹ Vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 65, 66.

¹⁹² Dazu oben II.1.b., Rdn 30 vgl auch unten III.1.e., Rdn 67 f und § 98 III.2.a., Rdn 23 ff.

Gericht fristgerecht angerufen wurde oder nicht. Fehler in der Art und Weise der Bekanntmachung außerhalb der Gesellschaftsblätter, wie etwa ein verspäteter oder nicht erfolgter Aushang in den Betrieben, nehmen der Bekanntmachung nicht die Wirksamkeit.¹⁹³ Ansonsten könnte unter Berufung hierauf jederzeit die Wirksamkeit der Bekanntmachung in Zweifel gezogen werden. Bei Nichtanrufung des Gerichts würde dies aber auf Grund möglicher Beweisschwierigkeiten zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen,¹⁹⁴ die durch das Statusverfahren gerade vermieden werden soll.¹⁹⁵ Für diese Ansicht spricht auch, dass Anknüpfungspunkt für die Monatsfrist des § 97 Abs 2 Satz 1 lediglich die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger ist. Allein die Nichtveröffentlichung in diesem kann deshalb Wirksamkeitshindernis sein.¹⁹⁶ Dies erscheint auch insofern sinnvoll, als die Einhaltung hier leicht nachprüfbar ist und sich mögliche Zweifel schnell aufklären lassen. Entsprechend ist ein Aushang, der kein Datum angibt oder aber nicht erkennen lässt, dass die Bekanntmachung vom Vorstand stammt, wirksam. Hierin liegt kein Hindernis, die Wirkungen des § 97 Abs 2 eintreten zu lassen. Die wegen der fehlerhaften Bekanntmachung nicht Informierten können jederzeit einen Antrag nach § 98 stellen. Eine mögliche Haftung des Vorstands wegen Pflichtverletzung ist hiernach allerdings nicht ausgeschlossen (dazu auch unten II.5., Rdn 53). Diese kann insbesondere eingreifen, wenn infolge des fehlerhaften Aushangs die Frist zur Anrufung des Gerichts versäumt wird. Die Gegenansicht nimmt bei einer nicht ordnungsgemäßen Bekanntmachung in den Betrieben wohl eine Hemmung der Frist zur Anrufung des Gerichts an.¹⁹⁷

Nicht alle *inhaltlichen Mängel* führen zur Unwirksamkeit der Bekanntmachung. Bei einer fehlerhaften, weil inhaltlich unzureichenden Bekanntmachung, ist richtigerweise zwischen der Nichtigkeit der Bekanntmachung und der Widerspruchsmöglichkeit der nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten zu unterscheiden.¹⁹⁸ Nichtig ist eine Bekanntmachung nur, wenn die Mindestangaben fehlen, die unerlässliche Voraussetzung des Statusverfahrens sind bzw bei deren Fehlen auch nach Bestandskraft der Bekanntmachung ein neuer Aufsichtsrat nicht gebildet werden kann.¹⁹⁹ Hierzu gehören die gesetzlichen Vorschriften, aus denen sich das Mitbestimmungsmodell des zukünftigen Aufsichtsrats ergibt, die Mitteilung, dass der gegenwärtige Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist (§ 97 Abs 1 Satz 1) sowie die in Abs 1 Satz 3 genannten formellen Angaben.²⁰⁰ Keine Mindestangabe in diesem Sinne stellt die konkrete Bezeichnung der antragsberechtigten Personen und Organe²⁰¹ sowie des konkret zuständigen Gerichts dar.²⁰² Auch die über das Mitbestimmungsmodell hinausgehenden präzisen inhaltlichen Anforderungen²⁰³ wie etwa die Größe des Aufsichtsrats²⁰⁴ gehören nicht hierzu; ihr Fehlen führt nicht zur Nichtigkeit der Bekanntmachung,

50

¹⁹³ KK/Mertens² §§ 97–99, 14 f; aA ohne Begründung Geßler/Geßler 20, ab-schwächend MünchKommAktG/Semler 49 ff.

¹⁹⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 14.

¹⁹⁵ BegrRegE bei Kropff AktG 1965, S 126; ausführlich hierzu I.2., Rdn 3.

¹⁹⁶ Vgl KK/Mertens² §§ 97–99, 14, 15.

¹⁹⁷ MünchKommAktG/Semler 51.

¹⁹⁸ So mit Recht Oetker ZHR 149 (1985) 575, 594 f.

¹⁹⁹ KK/Mertens² §§ 97–99, 11; MünchKomm-

AktG/Semler 52; Vetter in Marsch-Barnier/Schäfer (Hrsg), Hdb börsennotierte AG, § 24, 26; Oetker ZHR 149 (1985) 575, 594 f.

²⁰⁰ So auch KK/Mertens² §§ 97–99, 11; MünchKommAktG/Semler 49.

²⁰¹ Siehe bereits oben II.3.c., Rdn 40.

²⁰² Siehe oben II.3.c., Rdn 41.

²⁰³ Siehe dazu oben II.3.b., Rdn 37 f.

²⁰⁴ Anders insoweit KK/Mertens² §§ 97–99, 11; MünchKommAktG/Semler 49.

sondern ist im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens von den nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten geltend zu machen.²⁰⁵

- 51** Soweit das Gericht fristgerecht angerufen wurde, sind Fehler im Bekanntmachungsverfahren unbeachtlich. Es kommt auf die Bekanntmachung nicht mehr an. Die Zusammensetzung des neuen Aufsichtsrats richtet sich allein nach den in der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung angegebenen Vorschriften.²⁰⁶ Es bedarf deshalb auch keiner Entscheidung über den Inhalt der Bekanntmachung, ob zB die gesetzlichen Vorschriften bestimmt genug angegeben wurden (§ 97 Abs 1 Satz 2).²⁰⁷
- 52** Ist die Bekanntmachung nach den zuvor genannten Grundsätzen nichtig, so ist auch eine eventuelle Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf Grund der bekannt gemachten Vorschriften nichtig. Dies folgt aus § 250 Abs 1 Nr 1.²⁰⁸ Die abweichende Ansicht²⁰⁹ übersieht, dass dieser Fall zwar nicht ausdrücklich dort geregelt ist, bei einer Neuwahl des Aufsichtsrats entsprechend den in der nichtigen Bekanntmachung genannten Vorschriften aber ein Verstoß gegen den in § 96 Abs 2 niedergelegten Kontinuitätsgrundsatz vorliegt, der von § 250 Abs 1 Nr 1 erfasst wird.²¹⁰

b) Haftung des Vorstands

- 53** Der Vorstand macht sich gemäß § 93 der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er eine unverzügliche Bekanntmachung nach § 97 Abs 1 bzw die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens nach § 98 Abs 1, 2 Nr 1 unterlässt, obwohl er bei ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleitung von einer unrichtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats hätte ausgehen müssen²¹¹ (dazu bereits oben II.1.b., Rdn 27 ff). Ein Schadensersatzanspruch scheitert nicht am Schutzzweck der Norm, hier der Bekanntmachungspflicht. Aus der Normierung verschiedener zwingender Aufsichtsratsmodelle folgt, dass der Gesetzgeber bei bestimmten Schwellengrößen von einer optimalen Aufsichtsratsform ausgegangen ist und nicht lediglich eine paritätische Mitbestimmung sichern wollte. Neben der Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns muss die Gesellschaft allerdings auch einen auf der Pflichtverletzung beruhenden Schaden darlegen und beweisen, was ihr nur selten gelingen wird. Die Gesellschaft dürfte kaum damit durchdringen, dass ein anders (nämlich richtig) zusammengesetzter Aufsichtsrat die Schäden verhindert hätte, die der tatsächlich amtierende Aufsichtsrat verursacht hat.²¹² Eigenständige Bedeutung hat dieser Schadensersatzanspruch zudem nur, wenn keine weitere Pflichtwidrigkeit des Vorstandes zum Schaden führt. Keinen Schaden der Gesellschaft stellen Bezüge dar, die an wegen der Untätigkeit des Vorstands im Amt verbliebene Aufsichtsratsmitglieder weitergezahlt werden.²¹³ Sofern diese Bezüge nicht unangemessen (§ 113 Abs 1 Satz 3) sind, erhält die Gesellschaft eine gleichwertige Gegenleistung. Soweit die Gesellschaft allerdings erkennbar (Satzung) nur das Mindestmaß an Aufsichtsratsmitgliedern beschäftigen will und sich dieses auf Grund von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse oder

²⁰⁵ Ausführlicher dazu *Oetker* ZHR 149 (1985), 575, 595.

²⁰⁶ LG Nürnberg-Fürth AG 1972, 21.

²⁰⁷ Zu letzterem LG Nürnberg-Fürth AG 1972, 21.

²⁰⁸ Vgl MünchHdbAG/*Franz-Jörg Semler*² § 41, 108.

²⁰⁹ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 11; MünchKomm-AktG/*Semler* 55.

²¹⁰ Dazu *K. Schmidt*, unten § 250, 12 f.

²¹¹ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 5, 7; vgl auch für die GmbH *Scholz/Schneider GmbHG*⁹ § 52, 35.

²¹² *KK/Mertens*¹ §§ 97–99, 7; nicht mehr vertreten in der 2. Auflage.

²¹³ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 7; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 155b.

der gesetzlichen Vorschriften reduziert, kann ein Schaden auch in den an die überzähligen Aufsichtsratsmitglieder gezahlten Bezügen bestehen. Denn dass ein größer besetzter Aufsichtsrat entsprechend mehr an Überwachungsleistung bringt, ist nicht nur nicht zwingend, sondern nach Stand der Erkenntnisse zur optimalen Größe des Aufsichtsrats²¹⁴ zumindest zu bezweifeln.

Gegenüber Aktionären und Dritten kommt eine Schadensersatzpflicht des Vorstands wegen Verletzung der Pflichten aus §§ 97, 98 nicht in Betracht.²¹⁵ Aktionäre, Arbeitnehmer und Gewerkschaften sind nach § 98 Abs 2 selbst antragsberechtigt. Für sie²¹⁶ aber auch allgemein stellen die §§ 97, 98 keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 BGB dar. **54**

III. Die Wirkungen der Bekanntmachung

1. Bei Nichtanrufung des Gerichts (Abs 2)

a) Fristablauf

Maßgebend für die Frist von einem Monat zur Anrufung des Gerichts (§ 97 Abs 2) ist ausschließlich das Datum der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger. Der Zeitpunkt, zu dem die Bekanntmachung in den anderen Gesellschaftsblättern erfolgt, spielt keine Rolle.²¹⁷ Ebenfalls unerheblich für den Fristablauf ist die Frage, ob die Bekanntmachung formgerecht ausgehängt wurde (vgl II.4.b., Rdn 44 ff). Um die Anrufungsfrist zu wahren, ist ein dem Vorstand gegenüber geäußerter Widerspruch gegen die beabsichtigte Änderung nicht ausreichend.²¹⁸ Erforderlich ist vielmehr die Stellung des Antrags nach § 98 Abs 1 beim zuständigen Gericht.²¹⁹ **55**

b) Neubesetzung des Aufsichtsrats (Abs 2 Satz 1)

Läuft die Monatsfrist des § 97 Abs 2 ab, ohne dass vor dem zuständigen Gericht ein Antrag auf Feststellung der richtigen Zusammensetzung gestellt wurde, so wird das vom Vorstand in der Bekanntmachung angekündigte Aufsichtsratsmodell für die Gesellschaft maßgeblich (§ 97 Abs 2 Satz 1). Dies gilt auch, wenn der Vorstand irrtümlich von einer Änderung der Verhältnisse ausging²²⁰ oder sonst ein unzutreffendes Mitbestimmungsregime angegeben hat.²²¹ Der Vorstand ist dann eben erneut verpflichtet, die Neuzusammensetzung des Aufsichtsrats entsprechend der Bekanntmachung in die Wege zu leiten und alles Erforderliche frühzeitig zu veranlassen. **56**

Insbesondere wenn in den neuen Aufsichtsrat Arbeitnehmer zu wählen oder dafür vorzuschlagen sind, hat der Vorstand die rechtzeitige Durchführung der Wahlen gemäß den Wahlordnungen 2002 zu ermöglichen.²²² Dafür hat sich der Vorstand ua an den **57**

²¹⁴ § 95 I.4., Rdn 31.

²¹⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 8.

²¹⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 8.

²¹⁷ Geßler/Geßler 20; KK/Mertens² §§ 97–99, 14, 15; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 8 (mit Hinweisse zum Fristenlauf bei anderen Gesellschaften, bei denen der BAnz nicht zu den Gesellschaftsblättern gehört), anders nun wohl MünchKommAktG/Semler 51.

²¹⁸ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 127, 128; MünchKommAktG/Semler 59; dazu § 98 II., Rdn 4 ff.

²¹⁹ Vgl aber III.2., Rdn 70.

²²⁰ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 127.

²²¹ MünchKommAktG/Semler 36.

²²² Noch zum alten Recht KK/Mertens² §§ 97–99, 25; für das MitbestG: Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 27; Hoffmann/Leh-

Betriebsrat und die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften zu wenden und diesen die Zahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer und der im Aufsichtsrat zu beteiligenden Arbeitnehmer und den Beginn der Amtszeit mitzuteilen (§§ 2 der 1., 2. und 3. Wahlordnung MitbestG;²²³ § 1 Wahlordnung DrittelbG²²⁴). Damit die Wahlen möglichst zu Beginn der Amtszeit des neuen Aufsichtsrats abgeschlossen sind, wird es als zulässig erachtet, das Wahlverfahren bereits vor Ablauf der Monatsfrist²²⁵ oder sogar vor der Bekanntmachung²²⁶ einzuleiten.²²⁷ Dem ist angesichts der Dauer des Wahlverfahrens²²⁸ zuzustimmen. Ansonsten wäre eine rechtzeitige Wahl regelmäßig nicht möglich.²²⁹ Da noch keine verbindliche Wahl stattfindet und damit Korrekturen für den Fall einer anders lautenden gerichtlichen Entscheidung möglich sind, sprechen auch keine durchgreifenden Gründe dagegen. Sollte die Wahl dennoch nicht rechtzeitig möglich sein, ist eine Notbestellung (§ 104) vorzunehmen.²³⁰

58 Durch die Neubesetzung eines bereits mitbestimmten Aufsichtsrats verliert ein Arbeitsdirektor nicht ohne weiteres seine Mitgliedschaft im Vorstand.²³¹ Möglich ist es aber, den Arbeitsdirektor gemäß § 84 Abs 3 abzurufen (vgl § 33, 31 Abs 5 iVm Abs 1–4 MitbestG).²³² Das gilt auch für den Fall, dass es sich um einen Arbeitsdirektor handelt, der nach dem Montan-MitbestG gewählt wurde. Die Einschränkung des § 13 Abs 1 Satz 2 Montan-MitbestG (keine Bestellung oder Widerruf gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter) greift nicht mehr, wenn die Gesellschaft aus dem Anwendungsbereich des Montan-MitbestG herausfällt. Die Voraussetzung eines wichtigen Grundes²³³ für die

mann/Weinmann MitbestG § 37, 15, so auch zum neuen Recht *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 175, 177 (Wahlen sind unverzüglich durchzuführen).

²²³ Erste, Zweite und Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz vom 27.5.2002, BGBl I 1682, 1708, 1741, dazu *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 254 ff; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 18 MitbestG, 1 ff. So bereits Erste, Zweite und Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz vom 23.6.1976 durch RVO der Bundesregierung auf Grund der Ermächtigung des § 39 MitbestG, BGBl I 861, 893, 934, jeweils geändert durch VO zur Änderung der Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz vom 9.11.1990, BGBl I 2487; hierzu *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 15; *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl², Rdn 254; jeweils mit Einzelheiten zur Einleitung der Wahl und den einzelnen Wahlordnungen. Zu den Wahlordnungen 2002 *Sieg/Siebels* NZA 2002, 697; *Seibt* NZA 2004, 767, 768 ff.

²²⁴ Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz – WODrittelbG) vom 23.6.2004, BGBl I 1393. Dazu *Seibt* NZA 2004, 767, 772 f; *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³, Rdn 446 ff.

²²⁵ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 16.

²²⁶ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 25; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 58; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 26, 12; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² Vor § 9, 18; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 155; *Kiem/Uhrig* NZG 2001, 680, 687; *aA Sacker* Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Anm 40.

²²⁷ Für ein Tätigwerden der Arbeitnehmer vor der formellen Einleitung *Sacker* Wahlordnungen, 1978, S 21 f.

²²⁸ Das Verfahren nach den alten WahlO für das MitbestG konnte länger als 7 Monate dauern; vgl *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 12.

²²⁹ Zu den mit der Dauer des Wahlverfahrens nach den alten WahlO verbundenen Problemen zB *Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann* UmwG § 203, 13.

²³⁰ Dazu unten III.1.c., Rdn 62.

²³¹ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 26.

²³² Zum Verfahren vgl *KK/Mertens*² Anh § 117 B § 31 MitbestG, 10; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 31, 31f; *Raiser* MitbestG⁴ § 31, 32 ff.

²³³ Dazu die Kommentierung zu § 84 und *Hüfner*⁶ § 84, 26; *KK/Mertens*² § 84, 102 ff.

Abberufung, die von § 31 Abs 5 MitbestG, der eine reine Verfahrensvorschrift ist, nicht tangiert wird,²³⁴ ist regelmäßig dann als gegeben zuzusehen, wenn das Erfordernis, einen Arbeitsdirektor zu bestellen, entfällt.²³⁵ Von der Bestellung zu unterscheiden ist jedoch der Anstellungsvertrag,²³⁶ der von der Abberufung zunächst unberührt bleibt²³⁷ und für den der Wegfall der Mitbestimmungspflichtigkeit auch nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund für eine Kündigung²³⁸ darstellt.²³⁹

Findet die nach der unwidersprochen gebliebenen Bekanntmachung des Vorstandes notwendige Neubesetzung des Aufsichtsrats nicht statt, so ist die Gesellschaft spätestens sechs Monate nach Ablauf der Anrufungsfrist ohne Aufsichtsratsmitglieder (§ 97 Abs 2 Satz 3; dazu unten III.1.c., Rdn 61). Das Organ besteht in diesem Falle ohne Mitglieder fort (zur Notbestellung nach § 104 unten III.1.c., Rdn 62). Der Bestand der Gesellschaft wird durch das Fehlen eines funktionsfähigen Aufsichtsrats nicht tangiert.²⁴⁰ **59**

Wird in einem Wahlverfahren ein neuer Aufsichtsrat entgegen den nunmehr feststehenden Vorschriften zusammengesetzt, so ist diese Wahl nichtig. Soweit die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht, ergibt sich die Nichtigkeit der Wahl direkt aus § 250 Abs 1 Nr 1.²⁴¹ Für die Wahl von Arbeitnehmervertretern nach anderen als den wirksam festgestellten Vorschriften fehlt es demgegenüber an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Dennoch erscheint es richtig, mit der herrschenden Meinung die Unwirksamkeit einer solchen Wahl anzunehmen.²⁴² Der paritätische Charakter der Mitbestimmung erlaubt insofern keine Ungleichbehandlung der Wahlen von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern.²⁴³ Hiergegen sprechen auch keine Grundsätze der Wahl der Arbeitnehmervertreter. Auch nach mitbestimmungsrechtlichen Grundsätzen ist eine Wahl ausnahmsweise nichtig, wenn gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl in so schwer wiegender Weise verstoßen worden ist, dass auch nicht der Schein einer korrekten Wahl vorliegt.²⁴⁴ Dies ist insbesondere bei einem in § 250 Abs 1 Nr 1 geregelten Verstoß der Fall.²⁴⁵ Festgestellt werden kann die Nichtigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren.²⁴⁶ **60**

c) Amt des bisherigen Aufsichtsrats (Abs 2 Satz 3)

Mit der Beendigung der ersten Hauptversammlung, die nach Ablauf der Monatsfrist zur Anrufung des Gerichts einberufen wird, endet die Amtszeit der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Einberufung der Hauptversammlung (§§ 121 ff) an,²⁴⁷ nicht darauf, wann die Hauptversammlung stattfindet. Auch eine **61**

²³⁴ Oetker, unten § 31 MitbestG, 16 ff.

²³⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 26.

²³⁶ Dazu die Kommentierung zu § 84.

²³⁷ Dazu allgemein KK/Mertens² § 84, 94 f; für das MitbestG zB Raiser MitbestG⁴ § 31, 40.

²³⁸ Zur Kündigung des Anstellungsvertrags vgl die Anm zu § 84.

²³⁹ KK/Mertens² §§ 97–99, 26.

²⁴⁰ Hierzu § 95 II.1., Rdn 36.

²⁴¹ Hierzu K. Schmidt, unten § 250, 5 ff, 11 ff.

²⁴² MünchKommAktG/Semler § 98, 56; Meyer-Landrut und Schilling in Voraufgabe § 98, 6 bzw § 250, 3; Obermüller/Werner/Winden Hauptversammlung³, S 239; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG² § 22, 10;

GKMitbestG/Matthes § 22, 7; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 80; Raiser MitbestG⁴ § 6, 7 und § 22, 20 f; aA J. Schröder Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, 1979, S 22 ff und Godin/Wilhelmi⁴ § 96, 8.

²⁴³ Ähnlich Raiser MitbestG⁴ § 6, 6, vgl auch dens § 22, 20 ff.

²⁴⁴ BAGE 1, 317; Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 629.

²⁴⁵ Hierzu auch K. Schmidt, unten § 250, 6.

²⁴⁶ MünchKommAktG/Semler § 98, 56; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 80.

²⁴⁷ Näher dazu Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 22.

unmittelbar vor Ablauf der Frist einberufene Hauptversammlung erfüllt diese Voraussetzung daher nicht.²⁴⁸ Unabhängig von diesem Zeitpunkt erlöschen die Aufsichtsratsmandate aber spätestens sechs Monate nach Ablauf der Anrufungsfrist (Abs 2 Satz 3). Zu diesem Zeitpunkt verlieren alle bisherigen Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt automatisch. Deshalb müssen auch Aufsichtsratsmitglieder, die im neu zusammzusetzenden Aufsichtsrat im Amt verbleiben sollen, neu gewählt und bestellt werden.²⁴⁹

62 Werden neue Aufsichtsratsmitglieder nicht oder nicht rechtzeitig bestellt, so hat eine *Ersatzbestellung nach § 104* durch das Gericht zu erfolgen.²⁵⁰ Das gilt jedoch erst nach Beendigung des Statusverfahrens für die Besetzung des Aufsichtsrats nach den neuen Vorschriften. Bis zum Abschluss des Statusverfahrens können die durch eine bevorstehende etwaige Vergrößerung des Aufsichtsrats entstandenen zusätzlichen Aufsichtsratsitze nicht im Wege einer gerichtlichen Notbestellung nach § 104 Abs 2 besetzt werden.²⁵¹ § 96 Abs 2 fingiert, dass der Aufsichtsrat bis zum Abschluss des Statusverfahrens entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist.²⁵² Auf Grund dieser Fiktion entfällt die für § 104 Abs 2 erforderliche Diskrepanz zwischen tatsächlicher und gesetzlicher Zusammensetzung des Aufsichtsrats.²⁵³ Anderes gilt für den Fall, dass noch vor Fristablauf der noch amtierende Aufsichtsrat Vakanzen aufweist. Diese können im Wege des § 104 nach den bisherigen Vorschriften gefüllt werden.

63 Die bisherigen Aufsichtsratsmitglieder amtieren trotz der Diskrepanz zwischen tatsächlicher und gesetzlicher Zusammensetzung rechtswirksam weiter, bis der gesamte Aufsichtsrat neu gewählt wurde bzw die in § 97 Abs 2 Satz 2 genannten Fristen verstrichen sind.²⁵⁴ Sind vor Ablauf dieser Frist noch Aufsichtsratsmitglieder neu zu bestellen, etwa weil die reguläre Amtszeit aller oder einiger Aufsichtsratsmitglieder endet, so geschieht diese Neuwahl bzw die gerichtliche Ersatzbestellung nach den bisher angewandten Vorschriften.²⁵⁵ Vorgeschlagen wird allerdings angesichts der Zeitdauer zumal bei der Wahl von Arbeitnehmervertretern (oben III.1.b., Rdn 57), die Wahl vor Abschluss des Statusverfahrens bereits nach den künftig anwendbaren Vorschriften durchzuführen, aber mit zeitlicher Wirkung erst nach Abschluss desselben.²⁵⁶ Das ist möglich, bedeutet dann aber, dass die Lücke im Aufsichtsrat eben auch erst dann

²⁴⁸ Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 23.

²⁴⁹ Hüffer⁶ 5; MünchKommAktG/Semler 70; Obermüller/Werner/Winden/Butzke⁴ Rdn J 18; hierzu auch Obermüller/Werner/Winden Hauptversammlung³, S 235 f (sie gingen zwar grundsätzlich von der Notwendigkeit einer Neuwahl aus, jedoch erwogen sie, ob bei einer Satzungsanpassung, bei der nur Arbeitnehmervertreter neu hinzukommen, lediglich eine Hinzuwahl derselben erfolgen solle. Sie bezweifelten aber, dass dies mit dem Gesetz vereinbar sei, so nun auch nicht mehr die von Butzke bearbeitete 4. Auflage Rdn J 18).

²⁵⁰ MünchKommAktG/Semler 70.

²⁵¹ So Oetker ZHR 149 (1985) 575, 594 f mwN; aA Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 7, 50; wohl auch Kallmeyer BB 1978, 1524, 1524 f.

²⁵² Martens DB 1978, 1065, 1071.

²⁵³ Oetker ZHR 149 (1985) 575, 594 f.

²⁵⁴ OLG Frankfurt WM 1985, 1494, 1495; KK/Mertens² §§ 97–99, 22; MünchKommAktG/Semler 67; Oetker ZHR 149 (1985) 575, 596, 598; Martens DB 1978, 1065, 1068.

²⁵⁵ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 128; Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 165; aA KK/Mertens² §§ 97–99, 23; wie hier zwischen der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds, dann alte Vorschriften, und der Neuwahl des gesamten Aufsichtsrats differenzierend, dann schon die neuen Vorschriften, bei Anrufung des Gericht die alten Vorschriften, MünchKommAktG/Semler 68, 69 und 78.

²⁵⁶ MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 50.

geschlossen wird, was etwa bei Beschlussunfähigkeit oder aus anderen Gründen nicht abgewartet werden kann.

d) Satzungsbestimmungen (Abs 2 Satz 2, 4)

Zeitgleich mit dem Erlöschen der Ämter der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder nach Abs 2 Satz 3 treten gemäß Abs 2 Satz 2 auch die Satzungsbestimmungen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder sowie über Wahl, Abberufung und Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern insoweit außer Kraft, als sie den nunmehr anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften widersprechen. Diese Bestimmungen dürfen bei der Wahl des neuen Aufsichtsrats nicht mehr zu Grunde gelegt werden; dies gilt – entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut des Satz 2²⁵⁷ – auch für die erste innerhalb von sechs Monaten einberufene Hauptversammlung. Wenn diese erste Hauptversammlung keine neuen Satzungsbestimmungen beschließt, treten an die Stelle der außer Kraft getretenen Bestimmungen die nunmehr anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften.²⁵⁸ Für einen Wechsel in das MitbestG weitet § 37 Abs 1 MitbestG diese Regelung auch auf andere, nicht in § 97 Abs 2 Satz 2 genannte Satzungsregelungen aus,²⁵⁹ die mit dem MitbestG nicht zu vereinbaren sind.²⁶⁰ Nur soweit noch eine (Nach-)Besetzung nach den alten Vorschriften zu erfolgen hat,²⁶¹ kommt der bisherigen Satzungsbestimmung Bedeutung zu.²⁶²

Gemäß Abs 2 Satz 4 kann eine (also nicht nur die erste) Hauptversammlung, die innerhalb der Frist von sechs Monaten nach Ablauf der Frist zur Anrufung des Gerichts stattfindet, neue Satzungsbestimmungen abweichend von § 179 Abs 2 ohne zusätzlich notwendige Kapitalmehrheit²⁶³ mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen. Die Satzung kann diese gesetzlich vorgesehene Vereinfachung nicht verhindern.²⁶⁴ Da die Befreiung von dem sonst zusätzlich geltenden Erfordernis der Kapitalmehrheit die Anpassung an die neue Gesetzeslage erleichtern soll,²⁶⁵ erstreckt sie sich nur auf jene Satzungsänderungen, die im Zusammenhang mit der Anpassung an die neue Rechtslage hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats stehen.²⁶⁶ Dazu können aber auch neue Satzungsbestimmungen gehören.²⁶⁷ Nicht hierher gehören jedenfalls Satzungsänderungen, die mit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats in keinerlei Zusammenhang stehen. Erweitert wird der Anwendungsbereich des § 97 Abs 2 im Anwendungsbereich des MitbestG durch dessen § 37.²⁶⁸ Wird die Frist versäumt, so bedarf der Beschluss auch für diese

²⁵⁷ Darauf weist *Mertens* zu Recht hin; KK/*Mertens*² §§ 97–99, 23.

²⁵⁸ MünchKommAktG/*Semler* 74; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 21.

²⁵⁹ Beispiele dafür sind Abweichungen von den in §§ 25–29 geregelten Verfahrensvorschriften betreffend die Aufsichtsratsarbeit, wie Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 27 MitbestG) oder Beschlussfähigkeitsvoraussetzungen (§ 28); näher dazu *Oetker*, unten § 37 MitbestG, 3, *Hanau/Ulmer* MitbestG § 37, 8.

²⁶⁰ Dazu bereits oben I.3.a., Rdn 6.

²⁶¹ Hierzu oben III.1.c., Rdn 63.

²⁶² MünchKommAktG/*Semler* 68 (Fn 158) mit Verweis auf Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 128.

²⁶³ Hierzu *Wiedemann*, unten § 179, 112 ff.

²⁶⁴ *Godin/Wilhelmi*⁴ 3.

²⁶⁵ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 128.

²⁶⁶ *Hüffer*⁶ 5: Satzungsänderung muss sich auf die Zusammensetzung beziehen, auf Erfordernis der Änderung abstellend, MünchKommAktG/*Semler* 77.

²⁶⁷ Vgl KK/*Mertens*² §§ 97–99, 24, der auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Änderungen mit anpassendem und solchen mit neuem Gehalt verweist.

²⁶⁸ Dazu oben I.3.a., Rdn 6 und III.1.c., Rdn 63; näher dazu *Oetker*, unten § 37 MitbestG, 3 ff.

Satzungsänderungen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen wieder einer satzungsändernde Mehrheit.

- 66** Findet keine Hauptversammlung innerhalb der Sechsmonatsfrist statt, so treten die nunmehr anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften an die Stelle der außer Kraft tretenden Satzungsbestimmungen.²⁶⁹

e) Keine Antragsperre nach Fristablauf

- 67** Streitig ist, ob ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung auch nach Ablauf der Monatsfrist jederzeit zulässig ist. Während dies von einem Teil der Literatur angenommen wird,²⁷⁰ halten andere Stimmen den Antrag nach diesem Zeitpunkt für unzulässig, wenn er nicht auf eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach Ablauf der Anrufungsfrist gestützt wird.²⁷¹ Die zuletzt genannte Ansicht führt an, dass nach Ablauf der Monatsfrist feststehe, wie der Aufsichtsrat zusammensetzen sei (§ 97 Abs 2 Satz 1), so dass es für einen Antrag nach § 98 Abs 1 Satz 1 an der Voraussetzung fehle, dass die Zusammensetzung streitig oder ungewiss ist.²⁷² Diese Argumentation ist hingegen nicht haltbar, da ein Antragsrecht für andere als den Vorstand danach auch dann fehlen müsste, wenn der Vorstand nach der Bekanntmachung untätig geblieben ist. Auch in diesen Fällen stand die Besetzung des Aufsichtsrats wegen des Kontinuitätsgrundsatzes fest (§ 96 Abs 2), so dass dann ebenfalls die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ebenso wenig als streitig oder ungewiss anzusehen wäre. Ein Antragsrecht bei Untätigkeit des Vorstands ist jedoch in jedem Fall gegeben.²⁷³
- 68** Deshalb ist mit der ersten Ansicht von einem jederzeit ohne weitere Voraussetzung eingreifenden Antragsrecht auszugehen. Für die Zulässigkeit des Antrags kann es nicht darauf ankommen, ob neue Tatsachen eingetreten sind oder nicht. Auch wenn man den Formulierungen der anderen Ansicht entnehmen kann, dass die bloße Berufung auf eine solche Veränderungen ausreichen soll, wird es in praxi für das Gericht schwer sein, dies zu überprüfen; der Vorstand ist bei Erlass seiner Bekanntmachung nicht verpflichtet, den Sachverhalt anzugeben, auf den sich seine Entscheidung stützt.²⁷⁴ Allein auf den Zeitpunkt der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse kann es aber nicht ankommen, weil in der Bekanntmachung eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt wird, die noch bevorsteht und erst nach der Bekanntmachung, im Einzelfall auch erst nach Ablauf der Monatsfrist, eintritt.²⁷⁵
- 69** Die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens nach Ende der Widerspruchsfrist hat auf die Wirksamkeit der Bekanntmachung nach § 97 keinen Einfluss. Der Aufsichtsrat ist

²⁶⁹ MünchKommAktG/Semler 74; Godin/Wilhelmi⁴ 3, näher Rdn 64.

²⁷⁰ Meyer-Landrut in Voraufgabe 6; sowie Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1, 67, § 37, 28 (der von der hL spricht); Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 30; KK/Mertens² §§ 97–99, 27; Baumbach/Hueck¹³ §§ 97–99, 8; Fuchs/Köstler Aufsichtsratswahl³, Rdn 167; MünchHdbArbeitsR/Wißmann² § 376, 7; Göz ZIP 1998, 1523, nun auch MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 55.

²⁷¹ So MünchKommAktG/Semler 62 im Anschluss an Geßler/Geßler 30; Obermüller/

Werner/Winden/Butzke Hauptversammlung⁴, Rdn J 17; sowie auch noch MünchHdbAG/Hoffmann-Becking¹ § 28, 47; zur Parallele bei der Frage einer erneuten Bekanntmachung nach rechtskräftiger Entscheidung unten IV.2., Rdn 75 f; sowie bereits oben II.1.b., Rdn 31.

²⁷² Geßler/Geßler 30.

²⁷³ Dazu § 98 II.1.b Rdn 7, vgl auch § 98 II.2., Rdn 11.

²⁷⁴ Vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 28.

²⁷⁵ Dazu oben II.3.c., Rdn 42 und III.1.a., Rdn 55.

zunächst nach den vom Vorstand angegebenen Vorschriften zusammensetzen. Wenn zum Zeitpunkt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung bereits eine Neubesetzung vorgenommen wurde, kommt es darauf an, ob diese der Gerichtsentscheidung entspricht oder nicht; letzterenfalls wird sie ungültig.²⁷⁶

2. Bei Anrufung des Gerichts

Ruft einer der nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten innerhalb der Monatsfrist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung des Vorstands im elektronischen Bundesanzeiger das zuständige Gericht zur Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats an, so wird das außergerichtliche Verfahren in das gerichtliche übergeleitet. Dies gilt nach § 99 Abs 1 iVm § 7 FGG selbst dann, wenn das angerufene Gericht örtlich unzuständig ist,²⁷⁷ sofern das angerufene Gericht den Antrag nicht sofort an den Antragsteller zurückschickt.²⁷⁸ Zwar wird in Rechtsprechung und Schrifttum zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit auch vertreten, dass ein Antrag vor einem unzuständigen Gericht nicht fristwahrend wirkt.²⁷⁹ Entscheidend kommt es dabei aber auf den Zweck der Antragsfrist an.²⁸⁰ Eine Verfristung kann nur angenommen werden, wenn es sich bei der Antragsfrist um eine Ausschlussfrist handelt, die die Möglichkeit zu einer Änderung der Rechtslage zeitlich begrenzt.²⁸¹ Bei der Monatsfrist des § 97 Abs 2 Satz 1 handelt es sich aber gerade nicht um eine Ausschlussfrist. Zweck des Statusverfahrens ist neben der Rechtssicherheit insbesondere die Feststellung der anwendbaren mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften.²⁸² Der Antragsfrist kommt dabei lediglich die Funktion einer zeitlichen Begrenzung des Widerspruchs gegen die Bekanntmachung, nicht eines Ausschlusses des Antragsrechts zu; ein verfristeter Antrag kann nach § 98 jederzeit wiederholt werden.²⁸³

Die Anrufung des Gerichts ist formfrei.²⁸⁴ Mit der Anrufung des Gerichts verliert die Bekanntmachung des Vorstands jede rechtliche Bedeutung.²⁸⁵ Bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens bleibt der Aufsichtsrat in seiner Zusammensetzung unverändert bzw ist nach den zuletzt angewandten Vorschriften zusammensetzen (§ 96 Abs 2).²⁸⁶ Bis zu diesem Zeitpunkt haben auch Entsendungen in den Aufsichtsrat nach § 101 Abs 2 und die gerichtliche Bestellung von Ersatzmitgliedern nach § 104 nach

²⁷⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 28; MünchKommAktG/Semler 61.

²⁷⁷ Hüffer⁶ 6; KK/Mertens² §§ 97–99, 20 mwN; MünchKommAktG/Semler 79; zum FGG BayObLGZ 94, 40, 50; OLG Köln DNotZ 75, 743; im Einzelnen hierzu Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 7, 3 ff, 9; Bassenge/Herbst⁹ Einl 14 und § 7, 1 f; aA v. Falkenhausen AG 1967, 309, 314.

²⁷⁸ Bumiller/Winkler FGG⁷ § 7, 3; droht Verfristung, nimmt Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁴ § 7, 4 eine Pflicht zur Weiterleitung des Antrags an das zuständige Gericht an.

²⁷⁹ OLG Braunschweig OLGZ 89, 186, 188 zum WEG; Allgemein Jansen FGG² Vor § 8, 10.

²⁸⁰ In diesem Sinne auch OLG Braunschweig OLGZ 89, 186, 189.

²⁸¹ OLG Braunschweig OLGZ 89, 186, 189; Jansen FGG² Vorbem § § 8–18, 10.

²⁸² Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 18.

²⁸³ Str, hierzu oben III.1.e., Rdn 66 f.

²⁸⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 21; MünchKommAktG/Semler 78, zum Antrag nach § 98 Abs 1 dort II Rdn 4 ff.

²⁸⁵ Dazu unten IV.1., Rdn 73; LG Nürnberg-Fürth AG 1972, 21; Godin/Wilhelmi⁴ 4; MünchKommAktG/Semler 78; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 24; Hüffer⁶ 6.

²⁸⁶ OLG Düsseldorf, AG 1996, 87 f; dazu auch § 98 V.1., Rdn 47; näher § 96 V.2., Rdn 54; LG Nürnberg-Fürth AG 1972, 21; KK/Mertens² §§ 97–99, 19; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 24; Hüffer⁶ 6; MünchKommAktG/Semler 78; Oetker ZGR 2000, 19, 21; siehe auch Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 128.

den zuletzt angewandten Vorschriften zu erfolgen.²⁸⁷ Für den Fall der Anrufung nach Ablauf der Frist findet ein gerichtliches Verfahren nach § 98 statt, ohne dass die Verfahrenseinleitung Einfluss auf die bereits ergangene Bekanntmachung hat (dazu oben III.1.e., Rdn 69). Zu den Rechtsfolgen einer von der Bekanntmachung abweichenden rechtswirksamen Entscheidung des Gerichts in diesem Fall siehe § 98 V.2., Rdn 49.

- 72** Kommt es etwa wegen Rücknahme des Antrags nicht zu der beantragten gerichtlichen Entscheidung, so bleibt es bei der bisherigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats.²⁸⁸ Der Aufsichtsrat ist in diesem Fall nicht, wie eine abweichende Auffassung²⁸⁹ meint, entsprechend der Bekanntmachung des Vorstands zusammenzusetzen, da die Bekanntmachung durch Einleitung des gerichtlichen Verfahrens ihre rechtliche Bedeutung bereits verloren hat.²⁹⁰ Die abweichende Auffassung ist mit dem den Statusverfahren zu Grunde liegenden Gedanken der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren.²⁹¹ Hält der Vorstand an seiner in der Bekanntmachung geäußerten Rechtsauffassung fest, so hat er diese vielmehr erneut bekannt zu machen.²⁹² Ein zweites Statusverfahren kann der Vorstand verhindern, indem er selbst ebenfalls einen Antrag nach § 98 stellt.

IV. Die Bekanntmachungssperre

1. Bei Rechtshängigkeit (Abs 3)

- 73** Abs 3 stellt klar, dass, solange ein gerichtliches Verfahren nach §§ 98, 99 über die richtige Zusammensetzung anhängig ist, eine Bekanntmachung des Vorstands nicht erfolgen kann. Das vor Gericht anhängige Verfahren hat in jedem Fall Vorrang,²⁹³ eine dennoch erlassene Bekanntmachung wäre ohne rechtliche Wirkung.²⁹⁴

2. Nach rechtskräftiger Entscheidung

- 74** Nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung bzw, soweit keine Entscheidung ergeht (siehe oben III.2., Rdn 72), nach Ende des Verfahrens, ist es dem Vorstand wieder möglich, eine neue Bekanntmachung zu erlassen.²⁹⁵ Der Vorstand braucht nicht erst, wie vereinzelt vertreten,²⁹⁶ die gerichtliche Entscheidung auszuführen und abzuwarten, bis der Aufsichtsrat entsprechend umbesetzt ist.
- 75** Zweifelhaft ist, ob der Vorstand ein erneutes Verfahren, sei es gerichtlich oder außergerichtlich,²⁹⁷ erst dann einleiten kann, wenn sich der Sachverhalt gegenüber der gerichtlichen Entscheidung geändert hat.²⁹⁸ Dies wird zum Teil angenommen, weil der Vor-

²⁸⁷ Ebenso *Godin/Wilhelmi*⁴ 4; siehe auch Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 128; zu § 104 dort II.4.b., Rdn 44.

²⁸⁸ *Baumbach/Hueck*¹³ 7; wohl auch *Hüffer*⁶ 6.

²⁸⁹ So *MünchKommAktG/Semler* 80 im Anschluss an *Geßler/Geßler* 33; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 156; zweifelnd *Hüffer*⁶ 6 aE.

²⁹⁰ Siehe soeben Rdn 71.

²⁹¹ *Hüffer*⁶ 6.

²⁹² *Hüffer*⁶ 6.

²⁹³ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 128.

²⁹⁴ Unstr: *Baumbach/Hueck*¹³ 7; *MünchKommAktG/Semler* 81; *Godin/Wilhelmi*⁴ 4; siehe bereits oben III.2., Rdn 71.

²⁹⁵ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 18, 49; *Hüffer*⁶ 7.

²⁹⁶ *MünchKommAktG/Semler* 84.

²⁹⁷ Vgl dazu bereits oben II.1.b., Rdn 31; vgl auch II.4.c., Rdn 48 und III.1.e., Rdn 67 f.

²⁹⁸ Vgl zum parallelen Erfordernis bei der streitigen Frage einer Anrufung des Gerichts nach Fristablauf III.1.e., Rdn 67 f und bereits oben II.1.b., Rdn 31.

stand bei unverändertem Sachverhalt an die Entscheidung gebunden sei und sich auch aus Abs 3, der sich nicht mit den Folgen einer rechtskräftigen Entscheidung befasst, nichts anderes herleiten lasse.²⁹⁹ Entscheidend ist jedoch der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Für die Wirksamkeit jedenfalls einer neuen Bekanntmachung, jedenfalls wenn sie unangefochten bleibt, kann es nicht darauf ankommen, ob sich die Umstände nachträglich geändert haben oder nicht.³⁰⁰ Wird hingegen ein neues gerichtliches Verfahren eingeleitet, sei es auf Grund einer Anfechtung der erneuten Bekanntmachung oder ohne eine solche direkt nach § 98, so sind in dem neuen Verfahren alle Tatsachen präkludiert, die bereits in dem vorhergehenden vorgebracht wurden oder hätten vorgebracht werden können.³⁰¹ Im Ergebnis können daher, soweit nicht eine einvernehmliche außergerichtliche Einigung gegeben ist, nach einer rechtskräftigen Entscheidung nur neue Tatsachen eine erneute gerichtliche Änderung der Zusammensetzung bewirken.³⁰²

Bis zum Ablauf der Monatsfrist des § 97 Abs 2 Satz 1 bzw bis zur Rechtskraft einer erneuten Entscheidung im Falle einer Anfechtung der Bekanntmachung gilt wegen § 96 Abs 2 die bereits ergangene rechtskräftige Entscheidung als Grundlage für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Insbesondere verhindert weder eine erneute Bekanntmachung noch ein gegebenenfalls eingeleitetes erneutes Gerichtsverfahren den Ablauf der in § 97 Abs 2 Satz 2 bis 4 vorgesehenen Fristen über das Außerkrafttreten der bisherigen Bestimmungen und das Ende der Amtszeit des alten Aufsichtsrats. Damit ist dem Vorstand die Möglichkeit genommen, durch Erlass einer neuen Bekanntmachung die Bindungswirkung der rechtskräftigen ersten Entscheidung zu unterlaufen. Der Aufsichtsrat ist also in der nächsten Hauptversammlung nach der gerichtlichen Entscheidung zusammenzusetzen, auch wenn bereits eine neue Bekanntmachung oder eine Anrufung des Gerichts stattgefunden hat. Im Ergebnis anders kann es allerdings dann sein, wenn sowohl die gerichtliche Entscheidung als auch eine zeitlich später erfolgte Bekanntmachung zur selben Zeit umgesetzt werden müssen. Dann gilt, da zeitlich später, die Bekanntmachung als Grundlage der Zusammensetzung. Dies ist zB dann der Fall, wenn die erneute Bekanntmachung unangefochten bleibt und so rechtzeitig erfolgt, dass sie bereits zur Zeit der ersten Hauptversammlung nach der gerichtlichen Entscheidung gemäß § 97 Abs 2 Satz 1 Bestand hat.³⁰³

76

V. Europäische Gesellschaft (SE)

1. Dualistische SE

Für die dualistische SE gilt mangels einer Regelung in bzw in Anwendung der SE-Verordnung das nationale Aktienrecht entsprechend;³⁰⁴ § 97 AktG ist auch auf die dualistische SE anzuwenden.

77

²⁹⁹ MünchKommAktG/Semler 84 im Anschluss an Geßler/Geßler 35.

³⁰⁰ KK/Mertens² §§ 97–99, 18; Hüffer⁶ 7; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 25.

³⁰¹ Jansen FGG² § 31, 13; KK/Mertens² §§ 97–99, 18.

³⁰² KK/Mertens² §§ 97–99, 18.

³⁰³ Vgl auch § 98 V.1., Rdn 47 und V.2., Rdn 51.

³⁰⁴ Oben § 95 IV.1.c., Rdn 108.

2. Monistische SE

- 78** Die Einleitung des Statusverfahrens durch Bekanntmachung der Verwaltung der Gesellschaft ist für die monistische SE in § 25 SEAG in Anlehnung an § 97 AktG geregelt.³⁰⁵ Zuständig ist für die Bekanntmachung der Vorsitzende des Verwaltungsrats.³⁰⁶ Hinzuweisen ist auf die einschlägigen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen. Der Aushang kann auch in elektronischer Form erfolgen.

VI. Europäisches Recht

- 79** Regelungen zum Statusverfahren kennt das europäische Recht nicht. Die Kosten des Statusverfahrens dürften auch nicht unter die Rechtsprechung des EuGH zu europarechtswidrigen Handelsregistergebühren fallen.³⁰⁷

³⁰⁵ § 25 SEAG (Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats) lautet: (1) Ist der Vorsitzende des Verwaltungsrats der Ansicht, dass der Verwaltungsrat nicht nach den maßgeblichen vertraglichen oder gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, so hat er dies unverzüglich in den Gesellschaftsblättern und gleichzeitig durch Aushang in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen bekannt zu machen. Der Aushang kann auch in elektronischer Form erfolgen. In der Bekanntmachung sind die nach Ansicht des Vorsitzenden des Verwaltungsrats maßgeblichen vertraglichen oder gesetzlichen Vorschriften anzugeben. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsrat nach diesen Vorschriften zusammengesetzt wird, wenn nicht Antragsberechtigte nach § 26 Abs 2 innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger das nach § 26 Abs. 1 zuständige Gericht anrufen. (2) Wird das nach § 26 Abs. 1 zuständige Gericht nicht innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger angerufen, so ist der neue Verwaltungsrat nach den in der Bekanntmachung angegebenen Vorschriften zusammensetzen. Die Bestimmungen der Satzung über die Zu-

sammensetzung des Verwaltungsrats, über die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats sowie über die Wahl, Abberufung und Entsendung von Mitgliedern des Verwaltungsrats treten mit der Beendigung der ersten Hauptversammlung, die nach Ablauf der Anrufungsfrist einberufen wird, spätestens sechs Monate nach Ablauf dieser Frist insoweit außer Kraft, als sie den nunmehr anzuwendenden Vorschriften widersprechen. Mit demselben Zeitpunkt erlischt das Amt der bisherigen Mitglieder des Verwaltungsrats. Eine Hauptversammlung, die innerhalb der Frist von sechs Monaten stattfindet, kann an Stelle der außer Kraft tretenden Satzungsbestimmungen mit einfacher Stimmenmehrheit neue Satzungsbestimmungen beschließen.

(3) Solange ein gerichtliches Verfahren nach § 26 anhängig ist, kann eine Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats nicht erfolgen.

³⁰⁶ Begründung des Regierungsentwurfs zum SEAG, BT-Drucks 15/3405, S 37: Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats ist eine strukturelle Frage der Gesellschaft, keine Angelegenheit der Geschäftsführung.

³⁰⁷ Vgl EuGH ZIP 2001, 1145.

§ 98

Gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

(1) Ist streitig oder ungewiß, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, so entscheidet darüber auf Antrag ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat; ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet diese an Stelle der Zivilkammer.* Die Landesregierung kann die Entscheidung durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte einem der Landgerichte übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen.

(2) Antragsberechtigt sind

1. der Vorstand,
2. jedes Aufsichtsratsmitglied,
3. jeder Aktionär,
4. der Gesamtbetriebsrat der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat,
5. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss,
6. der Gesamtbetriebsrat eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat,
7. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss,
8. mindestens ein Zehntel oder einhundert der Arbeitnehmer, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen,
9. Spitzenorganisationen der Gewerkschaften, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, ein Vorschlagsrecht hätten,
10. Gewerkschaften, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, ein Vorschlagsrecht hätten.

Ist die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes oder die Anwendung von Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes streitig oder ungewiß, so sind außer den nach Satz 1 Antragsberechtigten auch je ein Zehntel der wahlberechtigten in § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Mitbestimmungsgesetzes bezeichneten Arbeitnehmer oder der wahlberechtigten leitenden Angestellten im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes antragsberechtigt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäß, wenn streitig ist, ob der Abschlußprüfer das nach § 3 oder § 16 des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes maßgebliche Umsatzverhältnis richtig ermittelt hat.

* Geändert durch Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl I 2802), mit Wirkung zum 1.11.2005.

tungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl I 2802), mit Wirkung zum 1.11.2005.

(4) Entspricht die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht der gerichtlichen Entscheidung, so ist der neue Aufsichtsrat nach den in der Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen. § 97 Abs. 2 gilt sinngemäß mit der Maßgabe, daß die Frist von sechs Monaten mit dem Eintritt der Rechtskraft beginnt.

Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Grundlagen		e) (Gesamt-) Sprecherausschuss (Abs 2 Satz 1 Nr 5)	29
1. Gesetzesgeschichte	1	f) (Gesamt-) Betriebsrat anderer Unternehmen im Konzernverbund (Abs 2 Satz 1 Nr 6)	30
2. Normzweck	3	g) (Gesamt-) Sprecherausschuss anderer Unternehmen im Konzernverbund (Abs 2 Satz 1 Nr 7)	31
II. Das gerichtliche Verfahren über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Abs 1)		h) Gruppe wahlberechtigter Arbeitnehmer (Abs 2 Satz 1 Nr 8)	32
1. Antragsgrundsatz	4	i) Spitzenorganisationen der Gewerkschaften (Abs 2 Satz 1 Nr 9)	33
a) Antrag als Verfahrensvoraussetzung	4	j) Gewerkschaften (Abs 2 Satz 1 Nr 10)	35
b) Inhalt des Antrags	5	k) Gruppe wahlberechtigter Arbeitnehmer oder leitender Angestellter (Abs 2 Satz 2)	36
c) Form und Frist des Antrags	8	3. Antragspflicht	38
2. Verfahrensgegenstand und Verfahrensbeteiligte	11	IV. Die gerichtliche Entscheidung über das Umsatzverhältnis der §§ 3, 16 Mitbest-ErgG (Abs 3)	41
3. Gerichtliche Zuständigkeit	13	V. Die möglichen Rechtsfolgen des Verfahrens (Abs 4)	
a) Ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts (Abs 1 Satz 1)	13	1. Rechtsfolgen der Verfahrenseinleitung	47
b) Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen ab dem 1. November 2005	19	2. Rechtsfolgen der gerichtlichen Entscheidung	48
c) Örtliche Zuständigkeit	20	VI. Europäische Gesellschaft (SE)	
d) Abweichende örtliche Zuständigkeitsregelungen durch Rechtsverordnung (Abs 1 Satz 2 und 3)	21	1. Dualistische SE	54
III. Die Antragsberechtigung (Abs 2)		2. Monistische SE	55
1. Antragsrecht	22		
2. Die einzelnen Antragsberechtigten	23		
a) Vorstand (Abs 2 Satz 1 Nr 1)	23		
b) Aufsichtsratsmitglieder (Abs 2 Satz 1 Nr 2)	26		
c) Aktionäre (Abs 2 Satz 1 Nr 3)	27		
d) (Gesamt-) Betriebsrat (Abs 2 Satz 1 Nr 4)	28		

Schrifttum

Hartwin Bungert Behebung der doppelten gerichtlichen Zuständigkeit bei Spruchverfahren wegen Doppelverschmelzungen, DB 2000, 2051–2053; Kurt H. Freiherr von Falkenhausen Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Aktienrecht, AG 1967, 309–318; Martin Henssler Die Unternehmensmitbestimmung, in: 50 Jahre BGH, Festgabe der Wissenschaft II, 2000, 387–422; Dietrich Hoffmann/Nikolaus Neumann Aktuelle Fragen des Mitbestimmungsgesetzes für GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1978, 56–63; Jochen König Doppelsitz einer Kapitalgesellschaft – Gesetzliches Verbot oder zulässiges Mittel der Gestaltung einer Fusion?, AG 2000, 18–31; Marcus Lutter Mitbestimmung im Konzern: eine Stellungnahme zu den konzernrechtlichen Vorschlägen des Regierungsentwurfes eines Mitbestimmungsgesetzes, 1975; Klaus-Peter Martens Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht, ZGR 1977, 385–394; ders Das aktienrechtliche Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065–1071; Heinz Meilicke/Wienand Meilicke Mitbestimmung im Konzern BB 1978, 406–412; Hartmut Oetker Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97 ff AktG, ZHR 149 (1985) 575–598; Fritz Rittner §§ 96 bis 99 AktG 1965 und das Bundesverfassungsgericht, DB 1969, 2165–2170; Hans Peter Schreiber Das neue Aktienrecht – Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§§ 96 ff AktG), Wertpapier 1967, 600–601; Georg Schröder Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Beteiligung der Arbeitnehmer in den gesellschaftlichen Organen, in: FS Ernst Geßler 1971, 171–183; Wolfgang Spieker Vorbereitende Hinweise zum

Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, Das Mitbestimmungsgespräch 1976, 219–224; *Gerald Spindler* Die Montanmitbestimmung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, AG 1994, 258–265; *Harry Westermann* Rechtsstreitigkeiten um die Rechte aus § 90 AktG, in: FS Böttcher 1969, 369–381; *Georg Wiesner* Zuständigkeitsverteilung zwischen ordentlicher und Arbeitsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten nach dem Mitbestimmungsgesetz, DB 1977, 1747–1751.

I. Grundlagen

1. Gesetzesgeschichte

§ 98 ist gegenüber dem AktG 1937 neu. Durch diese Vorschrift ist iVm § 99 im AktG 1965 ein besonderes Antragsverfahren und eine ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts eingeführt worden. Damit sollten die bis dahin aufgetretenen Zuständigkeitsaufspaltungen zwischen der ordentlichen und der Arbeitsgerichtsbarkeit ausgeräumt werden, die zu widersprüchlichen Entscheidungen und Zeit raubenden Verfahren führten.¹ Ziel war es, eine übersichtliche und einheitliche gerichtliche Zuständigkeit herzustellen, die homogene und schnelle Entscheidungen ermöglicht.² In Abs 1 sind der Antragsgrundsatz und die gerichtliche Zuständigkeit geregelt. Abs 2 zählt die Antragsberechtigten auf. Abs 3 erweitert den Anwendungsbereich des Verfahrens auf bestimmte Bereiche des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes. Abs 4 schließlich befasst sich mit den Rechtsfolgen der Entscheidung.

Spätere Änderungen haben sich insbesondere hinsichtlich der in Abs 2 aufgeführten Antragsberechtigten ergeben. So wurden durch das Mitbestimmungsgesetz³ Abs 2 Satz 1 Nr 4 und 5 (nun Nr 6) geändert und Nr 8 (nun Nr 10) sowie Satz 2 angefügt. Abs 2 Satz 1 Nr 7 (nun Nr 9) wurde zuletzt durch das Bilanzrichtliniengesetz⁴ geändert. Durch Art 4 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung⁵ wurden Abs 2 Satz 1 Nr 5 und 6 (nun Nr 6 und 9), ebenso wie Abs 3 geändert. Eine nochmalige Änderung der Abs 2 Satz 1 Nr 5 und 6 (nun Nr 6 und 9) ergab sich durch Art 7 ArbeitsG-Änderungsgesetz.⁶ Neu eingefügt wurde das Antragsrecht für (Gesamt-) Sprecherausschüsse und Sprecherausschüsse anderer Unternehmen nach Nr 5 und 7 durch das Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter, das zudem Abs 1 Satz 2 neu fasste.⁷ Durch das UMAG mit Wirkung zum 1. November 2005 wurde Abs 1 Satz 1 geändert; seitdem ist die Kammer für Handelssachen zuständig.^{7a}

2. Normzweck

§ 98 ist eine der zwei Vorschriften (daneben § 99), die Regelungen über den gerichtlichen Teil des Statusverfahrens enthalten, in dem über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats entschieden wird. § 97 betrifft demgegenüber das außergerichtliche Verfahren, das dem gerichtlichen nach §§ 98, 99 vorausgehen kann, aber nicht vorausgehen muss. § 98 ist ebenso wie § 97 Fortsetzung des in § 96 Abs 2 verankerten Konti-

¹ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 129.

² Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 129; *Hüffer*⁶ 1.

³ Gesetz vom 4.5.1976, BGBl I 1153, 1162.

⁴ Gesetz vom 19.12.1985, BGBl I 2355, 2390.

⁵ Gesetz vom 20.12.1988, BGBl I 2312.

⁶ Gesetz vom 26.6.1990, BGBl I 1206.

⁷ Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23.3.2002, BGBl I 1130.

^{7a} Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl I 2802).

nitätsgrundsatzes. Danach ist eine Änderung in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nur möglich, wenn im Wege des Statusverfahrens die Anwendbarkeit anderer gesetzlicher Vorschriften festgestellt worden ist. Zweck des Statusverfahrens ist es, auch bei Unsicherheit über das auf die Gesellschaft anwendbare Mitbestimmungsstatut stets einen beschlussfähigen Aufsichtsrat zu ermöglichen.⁸ Weiter dient das Statusverfahren der Richtigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats. In diesem Zusammenhang soll nach Abs 3 auch die Überprüfung der Festsetzung des nach dem MitbestErgG maßgeblichen Umsatzverhältnisses ermöglicht werden.⁹

II. Das gerichtliche Verfahren über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Abs 1)

1. Antragsgrundsatz

a) Antrag als Verfahrensvoraussetzung

- 4 Das Verfahren nach §§ 98, 99 ist ein Antragsverfahren.¹⁰ Das Antragerfordernis ist in § 98 Abs 1 Satz 1 ausdrücklich vorgeschrieben. Der Antrag ist Verfahrensvoraussetzung und damit Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ergeht.¹¹ Zur Frage, ob dieser als solcher bezeichnet werden muss, siehe unten II.1.c., Rdn 8.

b) Inhalt des Antrags

- 5 Der Antrag zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens nach § 98 muss den Antragsteller und das *Antragsziel* erkennen lassen.¹² Der Antrag muss auf eine Änderung in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats gerichtet sein.¹³ Nicht zulässig wäre ein Antrag auf Feststellung, dass die derzeitige Zusammensetzung des Aufsichtsrats dem § 96 Abs 1 entspricht, etwa um dem Vorgehen des Vorstands nach § 97 zuvorzukommen.¹⁴
- 6 Weitere inhaltliche Anforderungen an den Antrag sind den Vorschriften des FGG, die hier gemäß § 99 Abs 1 Anwendung finden, nicht zu entnehmen. Insbesondere besteht grundsätzlich keine Begründungspflicht.¹⁵ Vgl aber zur Darlegungspflicht bei einem Prozesskostenhilfeantrag der Aktiengesellschaft § 99 VI., Rdn 42 sowie zur Darlegung der Antragsberechtigung § 99 II.1., Rdn 9.
- 7 Teilweise wird Streit oder Ungewissheit über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Voraussetzung für die Antragsberechtigung genannt.¹⁶ Unter Ungewissheit werden neben der eigenen Unsicherheit auch erwartete zukünftige Streitigkeiten verstanden.¹⁷

⁸ Hierzu näher § 97 I.2., Rdn 4.

⁹ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 131.

¹⁰ Allgemein zum Antragsverfahren zB *Bassenge/Herbst* FGG⁹ Einl 4 ff; *Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt* FGG¹⁵ § 12, 9 ff.

¹¹ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 29; vgl *Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt* FGG¹⁵ § 12, 22.

¹² *Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt* FGG¹⁵ § 12, 21.

¹³ *Fuchs/Köstler* Aufsichtsratswahl³ Rdn 167; näher dazu noch unten II.2., Rdn 11.

¹⁴ *MünchKommAktG/Semler* 30, ohne explizite Nennung dieser Voraussetzung v. *Falkenhaußen* AG 1967, 309, 312.

¹⁵ *Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt* FGG¹⁵ § 12, 21.

¹⁶ *MünchKommAktG/Semler* 25, vgl aber *ders* § 99, 11 f; *Hüffer*⁶ 3. In einem obiter dictum auf „Streit“ über das Ausmaß der Beteiligung der Arbeitnehmer abstellend LAG Düsseldorf AG 1989, 66, 67.

¹⁷ *MünchKommAktG/Semler* 25; *Hüffer*⁶ 3.

Dabei wird vereinzelt gefordert, dass diese Möglichkeit konkret vorliegen muss.¹⁸ Im Gegensatz dazu wird zumindest für den Vorstand vertreten, dass er, auch ohne dass Streit oder Ungewissheit vorliegen, den Weg über § 98 statt über § 97 wählen kann, um für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats eine sichere Rechtsgrundlage zu schaffen.¹⁹ Richtig erscheint, dass der Frage, inwieweit Streit oder Ungewissheit gegeben ist, für die Zulässigkeit des Antrags grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung zukommt.²⁰ Es ist kaum vorstellbar, dass ein Antrag gestellt wird, obwohl die richtige Zusammensetzung offenkundig bei allen Beteiligten unstreitig und überdies auch inhaltlich zweifelsfrei ist. Geht man von Streit oder Ungewissheit als Voraussetzung für die Antragstellung, so wird man diese zudem allein schon wegen der Vielzahl der Antragsberechtigten kaum verneinen können. Es muss weiter allenfalls eine der beiden Varianten vorliegen. Dabei besteht eine tatsächliche Vermutung, dass mit Streit zu rechnen, wenn ein anderer als der Vorstand den Antrag stellt und damit praktisch von den Vorstellungen des Vorstands abweicht. Sofern der Vorstand den Antrag stellt, kann die eigene Unsicherheit regelmäßig bereits aus der Antragstellung gefolgt werden.²¹

c) Form und Frist des Antrags

Im FGG, das gemäß § 99 Abs 1 auf das Verfahren anzuwenden ist, sind keine besonderen Formvorschriften für den Antrag vorgesehen.²² Der Antrag kann sowohl schriftlich²³ als auch gemäß § 11 FGG zu Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen Landgerichts oder jedes Amtsgerichts gestellt werden.²⁴ Weiterhin ist eine Übermittlung durch Telefax, Telegramm oder Telekopie zulässig.²⁵ Ebenso kann das Gericht auch mündlich oder telefonisch erklärte Anträge zulassen.²⁶ Der Antrag muss auch nicht als solcher bezeichnet werden, sondern kann vom Gericht als Antrag auf Durchführung eines Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 98 ausgelegt werden, wenn er als Klage bezeichnet wurde.²⁷ Immer muss jedoch die Identität des Erklärenden festzustellen sein.²⁸ Soweit dieses Kriterium erfüllt ist, kann daher bei schriftlichen Erklärungen auch auf die handschriftliche Unterzeichnung verzichtet werden.²⁹ Es besteht kein Anwaltszwang³⁰ (anders im Beschwerdeverfahren nach § 99 Abs 3 Satz 4).

Der Antrag ist zulässig, auch ohne dass zuvor ein außergerichtliches Verfahren nach § 97 stattgefunden hat. Das gilt für alle nach Abs 2 Antragsberechtigten.³¹ Die übrigen

¹⁸ Hüffer⁶ 3, so nun auch MünchKommAktG/Semler 25.

¹⁹ Godin/Wilhelmi⁴ 4; aA Hüffer⁶ 3: „Voraussetzung ist jedoch stets, dass Streit oder Ungewissheit über maßgebliche Gesetze besteht.“

²⁰ Vgl KK/Mertens² §§ 97–99, 43 aE sowie unten § 99 II.1, II.4., Rdn 9, 16.

²¹ Siehe auch § 99 II.4., Rdn 15.

²² Bassenge/Herbst FGG⁹ § 11, 4; vgl auch KK/Mertens² §§ 97–99, 29; dazu auch v. Falkenhausen AG 1967, 309, 314.

²³ Dazu Bassenge/Herbst FGG⁹ § 11, 7 und Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 11, 28.

²⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 29.

²⁵ Bassenge/Herbst FGG⁹ § 11, 7; Keidel/

Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 11, 29.

²⁶ Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 11, 31; KK/Mertens² §§ 97–99, 29; Bassenge/Herbst FGG⁹ § 11, 8.

²⁷ Vgl BGH NJW-RR 1995, 1183 f.

²⁸ Bassenge/Herbst FGG⁸ § 11, 7; Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 11, 28, 31; KK/Mertens² §§ 97–99, 29.

²⁹ Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann FGG¹⁵ § 11, 28.

³⁰ KK/Mertens² §§ 97–99, 29.

³¹ MünchKommAktG/Semler 2; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG² § 6, 23; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 30; dazu auch § 97 II.1.b., Rdn 26 (Pflicht des Vorstands, Verfahren nach § 97 einzuleiten).

Antragsberechtigten sind nicht verpflichtet, zunächst die Bekanntmachung des Vorstands nach § 97 abzuwarten.

- 10** Ein solcher selbständiger Antrag auf Einleitung des Statusverfahrens ist nicht fristgebunden und allen Antragsberechtigten, auch dem Vorstand, möglich.³² Streitig ist jedoch, ob der Antrag im Falle einer Bekanntmachung nach § 97 Abs 2 Satz 1 auch nach Ablauf der Monatsfrist zulässig ist (dazu oben § 97 III.6.e., Rdn 66 ff). Der Antrag kann zurückgenommen werden (näher § 99 II.3., Rdn 12) und mangels Fristlaufs erneut bzw wiederholt gestellt werden.³³

2. Verfahrensgegenstand und Verfahrensbeteiligte

- 11** Der Verfahrensgegenstand wird nach allgemeinen Grundsätzen durch den Antrag bestimmt.³⁴ Im gerichtlichen Statusverfahren nach §§ 98, 99 kann daher nur über die Frage entschieden werden, ob die jeweilige Zusammensetzung des Aufsichtsrats den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Weiterhin wird der Gegenstand des Verfahrens durch den sachlichen Anwendungsbereich des gerichtlichen Verfahrens begrenzt. Der Anwendungsbereich des gerichtlichen Verfahrens bestimmt sich ebenso wie der des außergerichtlichen nach § 97 Abs 1.³⁵ Insbesondere geht es darum, zu klären, welches der fünf in § 96 Abs 1 genannten gesetzlichen Modelle für die Gesellschaft maßgeblich sind.³⁶ Daraus wird gefolgert, dass das Verfahren nach §§ 98, 99 nur dann zulässig ist, wenn die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat überhaupt oder das Ausmaß ihrer Beteiligung streitig ist,³⁷ zutreffend ist der Streit über die richtige Besetzung weder Verfahrensgegenstand noch Verfahrensvoraussetzung.³⁸ Für Wahlen, Bestellungen und Abberufungen von Aufsichtsratsmitgliedern gelten die jeweiligen Vorschriften und Zuständigkeiten (siehe §§ 100 ff und die Wahlordnungen der einzelnen Gesetze über die Arbeitnehmerbeteiligung). Für die Anfechtung der Wahlen von Aktionärsvertretern sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 241 ff, insbesondere § 251 mit der ausschließlichen gerichtlichen Zuständigkeit des § 246 Abs 3 anzuwenden.
- 12** Verfahrensbeteiligte können neben den formell Beteiligten, die in § 99 Abs 2 aufgeführt sind, auch materiell Beteiligte sein, also alle potenziell unmittelbar Betroffenen, denen ein Anhörungsrecht zusteht. Zu den materiell Beteiligten näher § 99 II.5.b., Rdn 19.

3. Gerichtliche Zuständigkeit

a) Ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts (Abs 1 Satz 1)

- 13** Gemäß Abs 1 Satz 1 ist für das gerichtliche Statusverfahren eine ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und zwar des Landgerichts vorgesehen. Über die Frage, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist,

³² Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 27; dazu auch II.2., Rdn 11, und § 97 II.1.b., Rdn 27 und 29.

³³ MünchKommAktG/Semler 22, der allerdings von dem Fristlauf nach § 97 Abs 2 ausgeht, der Antrag nach §§ 98, 99 kann aber auch ohne vorangegangenes außergerichtliches Verfahren nach § 97 gestellt werden.

³⁴ Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 22.

³⁵ Hüffer⁶ § 99, 1; zum Anwendungsbereich des Statusverfahrens siehe § 97 I.3., Rdn 5 ff.

³⁶ OLG Hamburg AG 1989, 64, 65.

³⁷ So LAG Düsseldorf AG 1989, 66, 67; diese Entscheidung wurde von BAG AG 1990, 361 aufgehoben, aber wegen einer anderen Ansicht zur Begründetheit.

³⁸ Hierzu schon oben II.1.b., Rdn 7.

kann grundsätzlich in keinem anderen Verfahren, für dessen Entscheidung dies erheblich ist, entschieden werden.³⁹ Mit der Entscheidung der Streitfrage der gesetzmäßigen Besetzung des Aufsichtsrats durch ein ausschließlich zuständiges Gericht zielt das nach dem Amtsermittlungsgrundsatz des FGG durchzuführende Statusverfahren⁴⁰ zugleich auch auf die allgemeinverbindliche Klärung des Mitbestimmungsstatuts der Gesellschaft.⁴¹ Ist die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§ 96 Abs 1) eine Vorfrage in einem anderen Verfahren, so darf das betreffende Gericht weder selbst über diese Frage entscheiden, noch darf es sein Verfahren aussetzen.⁴² Vielmehr hat das Gericht den nach den bisher maßgebenden Vorschriften gebildeten Aufsichtsrat als ordnungsgemäß zusammengesetzt anzusehen (§ 96 Abs 2), solange eine Entscheidung nach § 98 noch nicht ergangen ist.⁴³ Zur Kompetenz der Arbeitsgerichte, statusrechtlich relevante Vorfragen zu entscheiden, unten Rdn 16.

Die ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bezieht sich nur auf die Entscheidung über solche Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes, in denen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats normiert ist.⁴⁴ Für alle anderen Streitfragen, die die Besetzung des Aufsichtsrats und die Zugehörigkeit zu ihm betreffen, ist ein Streitverfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder ein Verfahren vor den Arbeitsgerichten möglich.⁴⁵ Dies betrifft insbesondere Streitigkeiten über die Gültigkeit von die Zusammensetzung des Aufsichtsrats betreffenden Satzungsbestimmungen, Bestimmungen eines Gesellschaftsvertrages, von Gesellschafterbeschlüssen, Wahlen oder Abberufungsentscheidungen zum Aufsichtsrat. Die Arbeitsgerichte⁴⁶ sind nach § 2a Abs 1 Nr 3 ArbGG für Angelegenheiten aus dem MitbestG, dem MitbestErgG und dem DrittelbG (bis 2004: BetrVG 1952) zuständig, soweit über die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat und über ihre Abberufung mit Ausnahme der Abberufung nach § 103 Abs 3⁴⁷ zu entscheiden ist. Nicht in die Kompetenz der Arbeitsgerichte fallen Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Wahl von Arbeitnehmervertretern nach dem Montan-MitbestG. Diese werden von der Hauptversammlung⁴⁸ in den Aufsichtsrat gewählt, sodass die §§ 250 ff AktG direkt Anwendung finden.⁴⁹

Da sich der sachliche Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 97 Abs 1 bestimmt⁵⁰ und dieser in Einzelheiten umstritten ist (dazu § 97 I.3., Rdn 5 ff), gilt dasselbe für die gerichtliche Zuständigkeit nach § 98 Abs 1. So ist nach bestrittener, aber zutreffender Ansicht die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 98 Abs 1 auch dann nicht gegeben, wenn es zu Änderungen der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auf Grund freiwill-

³⁹ *Godin/Wilhelmi*⁴ 5.

⁴⁰ Dazu § 99 II.3., Rdn 11 ff.

⁴¹ OLG Frankfurt AG 1985, 220, 221.

⁴² MünchKommAktG/*Semler* 21, eine Notwendigkeit regelmäßig verneinend *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 79; grds für eine Aussetzung *Köstler/Kittner/Zachert/Müller* Aufsichtsratspraxis⁷ Rdn 278.

⁴³ OLG Frankfurt AG 1985, 220; *Baumbach/Hueck*¹³ §§ 97–99, 9; MünchKommAktG/*Semler* 21; *Godin/Wilhelmi*⁴ 5; siehe auch V.2., Rdn 50 sowie § 99 V.1., Rdn 33 f.

⁴⁴ Insoweit unstr, siehe nur *Wiesner* DB 1977, 1747, 1749; *Godin/Wilhelmi*⁴ 5, missverständlich allerdings MünchKommAktG/*Semler* 18.

⁴⁵ OLG Hamburg AG 1989, 64, 65; siehe aber unten Rdn 16.

⁴⁶ Dazu auch *Schröder* in: FS E. Geßler 1971, S 171; *Martens* DB 1978, 1065, 1070 f.

⁴⁷ Dazu auch § 103 IV.5.a., Rdn 71.

⁴⁸ §§ 5, 6 Abs 6 Montan-MitbestG iVm §§ 101, 119 Abs 1 Nr 1.

⁴⁹ Eingehend zu den unter § 2a Abs 1 Nr 3 fallenden Streitigkeiten *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* ArbGG⁴ § 2a, 54 ff, vgl auch BAG DB 1970, 1595; BAG AP Nr 15, 18 zu § 76 BetrVG 1952 und BAG NJW 1967, 75, 76.

⁵⁰ *Hüffer*⁶ § 99, 1.

liger Änderungen der Satzung kommt, die im Rahmen des gesetzlich Zulässigen liegen. Das Statusverfahren ist in diesen Fällen nicht anwendbar, da es auf solche Fragen beschränkt ist, die das nach § 96 Abs 1 maßgebliche Gesetzesrecht betreffen.⁵¹ Zweifelhafte ist die Statthaftigkeit des Statusverfahrens nach § 98, wenn die Aufsichtsratsgröße unverändert bleibt⁵² und nur die Konzernzurechnung eines Unternehmens nach § 5 MitbestG in Streit steht.⁵³ In der (älteren) Rechtsprechung sowie in der älteren Lehre wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Statusverfahren nach §§ 98, 99 extensiv gesehen.⁵⁴ Als Argument dient die Formulierung des § 98 Abs 2 Satz 2, die auch Streitigkeiten über einzelne Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes umfasst. § 98 Abs 2 Satz 2 definiert mit Bezug auf die Antragsberechtigung einen Teilbereich der Anträge genauer und lasse daher einen Rückschluss auf den Antragsbereich zu.⁵⁵ Konkret erstreckte sich die Kompetenz der ordentlichen Gerichte daher über die in § 98 Abs 1 normierte Materie hinaus auf die Anwendung einzelner Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes.⁵⁶ Für die Anwendbarkeit des Statusverfahrens wird neben diesem eher formellen Argument auch angeführt, dass zur Klärung grundsätzlicher Fragen bei der Anwendung der Mitbestimmungsvorschriften ein umfassender und möglichst einheitlicher Rechtsschutz gewährt werden soll.⁵⁷ Eine mögliche Vorfragenkompetenz der Arbeitsgerichte bleibt damit offen.⁵⁸ Demgegenüber wird in der neueren aktien- und mitbestimmungsrechtlichen Literatur die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach § 98 verneint und die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte angenommen, wenn trotz der Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG die Aufsichtsratsgröße unverändert bleibt.⁵⁹ Als Grund wird darauf verwiesen, dass eine Erweiterung der Entscheidungskompetenz der ordentlichen Gerichte mit der Neufassung des § 98 Abs 2 Satz 2 durch das MitbestG nicht gewollt war.⁶⁰ Zustimmung verdient die neuere Lehre insbesondere deshalb, weil sie Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Bestimmung der Zuständigkeit von Arbeits- und Zivilgerichten verhindert.

⁵¹ OLG Hamburg AG 1989, 64, 65; dazu § 97 I.3.c., Rdn 11.

⁵² Soweit geänderte Schwellenzahlen dadurch eine andere Größe des Aufsichtsrats vorgeben, ist das Statusverfahren anwendbar; § 97 I.3.c., Rdn 9.

⁵³ Dazu bereits § 97 I.3.c., Rdn 10; hierzu auch *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 5, 25 f.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, DB 1978, 1358 unter Aufhebung des Beschlusses des LG Düsseldorf DB 1978, 988; LAG Düsseldorf, DB 1978, 987, 988; ArbG Düsseldorf DB 1978, 795; ArbG Herne BB 1977, 950; offen gelassen von LAG Hamm DB 1977, 1052. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 5, 26, § 37, 30; *Lutter* Mitbestimmung im Konzern, 1975, S 16; *Martens* ZGR 1977, 385, 389, der insofern seine Meinung jedoch modifiziert hat: siehe *ders* DB 1978, 1065, 1070; *Oetker* (vgl aber Fn 60) ZHR 149 (1985), 575, 588 f mwN.

⁵⁵ OLG Düsseldorf DB 1978, 1358, 1359.

⁵⁶ *Oetker* ZHR 149 (1985) 575, 588 mwN.

⁵⁷ OLG Düsseldorf DB 1978, 1358, 1359; dazu eingehend *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 37, 30.

⁵⁸ Vgl *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* MitbestG § 5, 27; sogleich Rdn 16.

⁵⁹ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 41; *MünchHdbAG/Hoffmann-Becking*² § 28, 53; *Hüffer*⁶ § 97, 3; *Raiser* MitbestG⁴ § 5, 49; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG² § 5, 72 ff; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 5, 81 f; *Meilicke/Meilicke* MitbestG² § 5, 19 (nur implizit); *dies* BB 1978, 406, 411; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen², Rdn F 157; *Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt* § 6 MitbestG, 16; *Henssler* in: 50 Jahre BGH, Freundesgabe der Wissenschaft II, S 387, 391; *Wiesner* DB 1977, 1747, 1749 mwN sowie LG Düsseldorf, DB 1978, 988, 989 – allerdings vom OLG Düsseldorf (siehe Fn 54) aufgehoben;

⁶⁰ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 41; vgl auch *ErfK/Oetker*⁵ §§ 97–99, 7; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 82; *Raiser* MitbestG⁴ § 6, 59 f.

Die Kompetenz der Arbeitsgerichte⁶¹ erstreckt sich nach bestrittener,⁶² aber zutreffender Meinung⁶³ auch auf statusrechtliche Vorfragen. Die Arbeitsgerichte sind nicht verpflichtet, ein Wahlanfechtungsverfahren auszusetzen und den Beteiligten Gelegenheit zu geben, ein Verfahren beim Landgericht anzustrengen, sofern statusrechtliche Probleme präjudiziell sind.⁶⁴ Dafür spricht neben Effektivitätserwägungen auch dass die Antragsbefugnisse des Wahlanfechtungs- und des Statusverfahrens abweichend geregelt sind, sodass die Verfahrensbeteiligten durch eine Aussetzung rechtsschutzlos gestellt werden könnten.⁶⁵ **16**

Das Landgericht kann in dem Verfahren nach § 98 auch arbeitsrechtliche Vorfragen entscheiden, soweit von ihnen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats abhängt.⁶⁶ Das Landgericht muss weder eine arbeitsgerichtliche Entscheidung abwarten noch sein Verfahren aussetzen.⁶⁷ **17**

Die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts gilt nicht für die Frage, ob ein Gesetz, dass der Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu Grunde liegt, verfassungswidrig ist.⁶⁸ Insofern ist auch keine Vorfragenkompetenz gegeben. Hält das Gericht in einem Verfahren nach §§ 98, 99 die entscheidungserhebliche Regelung für verfassungswidrig, so ist es durch die Gesetzesverwerfungskompetenz des BVerfG nach Art 100 Abs 1 GG daran gehindert, diese Feststellung zu treffen. Es hat das Verfahren auszusetzen, um die Entscheidung des BVerfG einzuholen.⁶⁹ **18**

b) Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen ab dem 1. November 2005

Funktional zuständig ist aufgrund der Änderung durch das UMAG⁷⁰ ab dem 1. November 2005 die Kammer für Handelssachen, sofern bei dem Landgericht eine solche gebildet wurde. Die Begründung des Regierungsentwurfes verweist insofern auf die §§ 142, 148, 246 Abs 3 und 315, die ebenfalls eine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen vorsehen.⁷¹ Grund für die frühere, für Altverfahren noch bedeutsame Zuständigkeit der Zivilkammer war zum einen, dass Gegenstand des Statusverfahrens nicht primär kaufmännische Fragen sind, zum anderen, dass eine mögliche Einseitigkeit dadurch, dass bei der Kammer für Handelssachen in der Regel Arbeitgeber als Beisitzer **19**

⁶¹ Zu möglichen Hauptsachen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fallen, oben Rdn 14.

⁶² *Spieker* MitbestGespr 1976, 219, 222; *Martens* ZGR 1977, 385, 388, einschränkend aber *ders* DB 1978, 1065, 1071.

⁶³ BAGE 22, 390, 392; 19, 76, 78; *Martens* DB 1978, 1065, 1070 f; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 82; insoweit auch *KK/Mertens*² §§ 97–99, 41.

⁶⁴ So aber *Spieker* MitbestGespr 1976, 219, 222.

⁶⁵ *Martens* DB 1978, 1065, 1071.

⁶⁶ Dazu *Schröder* in: FS E. Geßler 1971, S 171.

⁶⁷ *MünchKommAktG/Semler* 19.

⁶⁸ *KK/Mertens*² § 96, 23 unter Berufung auf *Schreib* Wertpapier 1967, 600.

⁶⁹ OLG Düsseldorf, AG 1991, 153, 154 (*Mannesmann AG I*); vgl auch OLG Düsseldorf, AG 1994, 281 (*Mannesmann AG II*). Das

Gericht sah § 3 Abs 2 Satz 1 MitbestErgG als mit Art 3 Abs 1 GG unvereinbar an, beschloss dann erneut eine Vorlage an das BVerfG, nachdem dieses an der Entscheidungserheblichkeit der Frage gezweifelt hatte; bis dahin ruhten auch zwei andere Verfahren nach § 98 vor dem LG Düsseldorf (*Klößner AG*, *Thyssen AG*), dazu *Spindler*, AG 1994, 258, 259; vgl auch *KK/Mertens*² Anh § 117 D, 2 und Anh § 117 C, 4; siehe dazu inzwischen BVerfGE 99, 367 ff = ZIP 99, 410 ff, in der § 3 Abs 2 Satz 1 MitbestErgG hinsichtlich Nr 2 als verfassungswidrig und damit nichtig angesehen wird, S 367, 397 ff. Abschließend OLG Düsseldorf AG 2000, 45.

⁷⁰ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl I 2802).

⁷¹ Begründung RegE BTDrucks 15/5092, S 12.

fungieren, vermieden werden sollte.⁷² Wurde beim örtlich zuständigen Landgericht keine Kammer für Handelssachen gebildet, verbleibt es bei Zuständigkeit der Kammer für Zivilsachen.

c) Örtliche Zuständigkeit

- 20** Örtlich zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (Abs 1 Satz 1). Besteht ausnahmsweise ein doppelter Gesellschaftssitz,⁷³ sind beide Sitzgerichte zuständig.⁷⁴ Nach § 4 FGG wird dasjenige Gericht allein zuständig, das zuerst in einer Sache tätig wird; diese Vorgriffzuständigkeit wird auch im Fall eines Doppelsitzes einer Aktiengesellschaft begründet.⁷⁵ Dies ergibt sich aus der Rechtskraftwirkung, mit der die Einheitlichkeit der Entscheidungen gewahrt wird. Da die Entscheidung gemäß § 99 Abs 5 Satz 2 „für und gegen alle“ wirkt, gilt dies auch dann, wenn im zweiten Verfahren ein anderer Antragsteller handelt.⁷⁶ Zur Wahrung der Frist des § 97 Abs 2 bei Anrufung des örtlich unzuständigen Gerichts, siehe § 97 III.2., Rdn 69.

d) Abweichende örtliche Zuständigkeitsregelungen durch Rechtsverordnung (Abs 1 Satz 2 und 3)

- 21** Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Verfahrenskonzentration möglich. Gemäß Abs 1 Satz 2 kann die Landesregierung die Zuständigkeit für die Entscheidung durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte einem der Landgerichte übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Gemäß Abs 1 Satz 3 kann diese Ermächtigung von der Landesregierung auf die Landesjustizverwaltung übertragen werden. Ähnliche Regelungen finden sich in zahlreichen Gesetzen, zB § 89 GWB, § 105 UrhG, § 143 Abs 2 PatG, § 140 Abs 2 MarkenG. Von der Ermächtigung ist ua Gebrauch gemacht worden⁷⁷ in Baden-Württemberg⁷⁸ (zuständig sind die Landgerichte Stuttgart bzw Mannheim), Bayern⁷⁹ (zuständig sind die Landgerichte München I bzw Nürnberg-Fürth), Hessen⁸⁰ (zuständig ist das Landgericht Frankfurt am Main), Niedersachsen⁸¹ (zuständig ist das LG Hannover), Nordrhein-Westfalen⁸² (zuständig sind die Landgerichte Dortmund, Düsseldorf bzw Köln) und im Freistaat Sachsen⁸³ (zuständig ist das Landgericht Leipzig). Von der entsprechenden Ermächtigung nach § 99 Abs 3 Satz 8 für die Entscheidung über die Beschwerde durch das OLG hat ua Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht,⁸⁴ zuständig ist das OLG Zweibrücken.⁸⁵

⁷² Ausschussbericht § 98, bei *Kropff* AktG 1965, S 130 (anders noch der Regierungsentwurf); *Godin/Wilhelmi*⁴ 5; *KK/Mertens*² §§ 97–99, 39.

⁷³ Siehe dazu *Brändel*, oben § 5, 29 ff mwN; *König* AG 2000, 18; *Bungert* DB 2000, 2051. Gegen die Begründung eines Doppelsitzes bei Umwandlung zunächst das AG Essen AG 2001, 434, dafür sodann das LG Essen AG 2001, 429.

⁷⁴ *MünchKommAktG/Semler* 14; wohl auch *Hüffer*⁶ 2 („so sollen“), vgl dazu schon *Brändel*, oben § 5, 34 mit Hinweis auf die daraus resultierenden Schwierigkeiten.

⁷⁵ *KG Rpfleger* 1991, 510, 511; *Bumiller/Wink-*

ler FGG⁷ § 4, 1; hierzu auch *Geßler/Geßler* 10, der auf § 263 ZPO abstellt.

⁷⁶ *AA* wohl *Brändel*, oben § 5, 34.

⁷⁷ Siehe dazu außerdem *MünchKommAktG/Semler* 22; *Geßler/Geßler* 13; *Hanau/Ulmer* *MitbestG* § 6, 33.

⁷⁸ VO vom 20.11.1998, GBl 680.

⁷⁹ VO vom 16.11.2004, GVBl 471.

⁸⁰ VO vom 10.5.1977, GVBl I 183.

⁸¹ VO vom 22.1.1998, GVBl 66.

⁸² VO vom 16.12.2003, GV 2004, 10.

⁸³ VO vom 10.12.2004, GVBl 582.

⁸⁴ VO vom 22.11.1985, GVBl 267.

⁸⁵ *MünchKommAktG/Semler* 36.

III. Die Antragsberechtigung (Abs 2)

1. Antragsrecht

Das Antragsrecht steht den in Abs 2 aufgezählten Personen, Organen, Organisationen oder Anzahl von Arbeitnehmern zu. Die Aufzählung ist abschließend.⁸⁶ Die danach Antragsberechtigten lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Das Antragsrecht der nach Satz 1 Nr 1–5 Antragsberechtigten ist an keine weitere Voraussetzung geknüpft; ihr berechtigtes Interesse an der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist offenkundig.⁸⁷ Die zweite Gruppe umfasst die in Satz 1 Nr 6–10 und Satz 2 Aufgeführten, die nur dann antragsberechtigt sind, wenn sie in irgendeiner Form an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach den (mitbestimmungsrechtlichen) Vorschriften mitwirken, um deren Anwendbarkeit es in dem Verfahren geht. Die Einbeziehung dieser zweiten Gruppe rechtfertigt sich primär aus ihrem Interesse an einer Einhaltung der mitbestimmungsrelevanten Vorschriften.⁸⁸ Nicht genannt sind die übrigen Verfahrensbeteiligten (dazu § 99 II.5.b., Rdn 19). Zur Pflicht, einen Nachweis der Antragsberechtigung zu erbringen, siehe § 99 II.1., Rdn 9.

2. Die einzelnen Antragsberechtigten

a) Vorstand (Abs 2 Satz 1 Nr 1)

Die in Abs 2 Satz 1 Nr 1 vorgesehene Antragsberechtigung des Vorstands ergibt sich aus seiner Pflicht, für die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu sorgen.⁸⁹ Für den gerichtlichen Antrag gilt im Wesentlichen dasselbe wie für die Bekanntmachung nach § 97 (siehe dort II.2., Rdn 32ff). So ist der Vorstand nur als Gremium antragsberechtigt, nicht hingegen das einzelne Vorstandsmitglied.⁹⁰ Da es sich um einen Geschäftsführungsakt handelt, ist für den Antrag ein Beschluss des Vorstands erforderlich.⁹¹ Dieser hat, soweit die Satzung oder die Geschäftsordnung des Vorstands nichts anderes bestimmen, einstimmig zu erfolgen (§§ 77, 78).⁹² Zur Antragstellung bei Gericht genügt sodann eine zur Vertretung der Gesellschaft befugte Zahl von Vorstandsmitgliedern.⁹³ Das Gericht kann einen Nachweis über den Vorstandsbeschluss fordern.⁹⁴

Nach *Mertens*⁹⁵ tritt der Vorstand mit Antragstellung zumindest nicht nur als selbständiger Beteiligter auf, sondern vertritt immer auch die Gesellschaft als Verfahrensbeteiligte. So erklärt er, dass der Vorstand im Gegensatz zu den Aufsichtsratsmitgliedern nur als Gremium antragsbefugt ist⁹⁶ und dass ein Beschluss erforderlich ist, der als Akt der Geschäftsführung der dafür erforderlichen Mehrheit bedarf. Auch systematische Überlegungen werden für die Einordnung der Gesellschaft als insoweit durch den Vorstand vertretene Verfahrensbeteiligte angeführt. Es wird in diesem Zusammenhang als Widerspruch gewertet, dass das Gesetz der Gesellschaft, obwohl es sie nicht eigens als

⁸⁶ Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 31.

⁸⁷ Geßler/Geßler 14, vgl auch MünchKommAktG/Semler 40.

⁸⁸ Oetker ZHR 149 (1985) 575, 581; Begründung RegE bei Kropff AktG, S 130 f.

⁸⁹ § 97 II.1.b., Rdn 26 ff.

⁹⁰ Hüffer⁶ 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 32; Godin/Wilhelmi⁴ 2.

⁹¹ MünchKommAktG/Semler 34; Raiser

MitbestG⁴ § 6, 17; im Ergebnis auch Godin/Wilhelmi⁴ 2.

⁹² Geßler/Geßler 14; Hüffer⁶ 4.

⁹³ MünchKommAktG/Semler 33; KK/Mertens² §§ 97–99, 32; Raiser MitbestG⁴ § 6, 17.

⁹⁴ Geßler/Geßler 14; dazu auch § 99 II.1., Rdn 9.

⁹⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 32.

⁹⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 32.

Antragsberechtigte in Abs 2 nennt, ein Beschwerderecht einräumt (vgl § 99 Abs 4 Satz 4⁹⁷).⁹⁸

- 25** Zutreffend wird man entsprechend der Nennung des Vorstands als Anfechtungsbefugter nach § 245 Nr 4⁹⁹ auch beim Statusverfahren von der grundsätzlichen Rollenverteilung in Antragsteller und Antragsgegner auszugehen haben. Der Vorstand stellt den Antrag aus eigenem Recht. Dies entspricht der Rechtsprechung zum Antrag auf gerichtliche Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 103.¹⁰⁰ Ansonsten müsste insoweit von einem Insichprozess ausgegangen werden.¹⁰¹ Auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird aber ein Streit zwischen zwei oder mehreren Parteien ausgetragen.¹⁰² Deshalb steht einer Verfahrensbeteiligung beider, des Vorstands und der Gesellschaft, nichts entgegen (näher § 99 IV., Rdn 27).

b) Aufsichtsratsmitglieder (Abs 2 Satz 1 Nr 2)

- 26** Das Antragsrecht der Aufsichtsratsmitglieder nach Abs 2 Satz 1 Nr 2 rechtfertigt sich aus dem berechtigten Interesse auf Grund der eigenen Betroffenheit. Daher ist im Gegensatz zu einzelnen Vorstandsmitgliedern (III.2.a., Rdn 23) auch jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats antragsberechtigt. Dies gilt unabhängig vom Grund für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat. Somit kann auch ein nach § 104 gerichtlich bestelltes Aufsichtsratsmitglied den Antrag stellen.¹⁰³ Ein Ersatzmitglied ist hingegen mangels Mitgliedschaft im Aufsichtsrat (§ 101 Abs 3 Satz 2) nicht antragsbefugt.¹⁰⁴

c) Aktionäre (Abs 2 Satz 1 Nr 3)

- 27** Abs 2 Satz 1 Nr 3 gewährt jedem einzelnen Aktionär ein Antragsrecht. Antragsberechtigt sind immer nur Aktionäre der Gesellschaft, deren Aufsichtsratsbesetzung in Frage steht. Damit sind insbesondere Aktionäre von abhängigen Gesellschaften von dem Antragsrecht ausgeschlossen. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass für Aktionäre abhängiger Gesellschaften – anders als für Arbeitnehmer oder Betriebsrat – gesetzlich keine Einflussmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der herrschenden Gesellschaft vorgesehen ist. Eine Verletzung berechtigter Interessen kommt daher für diese Aktionäre nicht in Betracht. Mit dem Antragsrecht verbessert sich die Rechtsposition der Aktionäre gegenüber dem altem Recht (§§ 197 f AktG 1937). Danach konnten sie nur über eine Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung auf die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats Einfluss nehmen.¹⁰⁵

d) (Gesamt-) Betriebsrat (Abs 2 Satz 1 Nr 4)

- 28** Der Gesamtbetriebsrat bzw der Betriebsrat der betroffenen Gesellschaft ist gemäß Abs 2 Satz 1 Nr 4 ohne weiteres antragsberechtigt, da er die Belange der Arbeitnehmer wahrnimmt.

⁹⁷ KK/Mertens² §§ 97–99, 32 nennt hier verehendentlich ein Beschwerderecht nach § 99 Abs 5; vgl §§ 97–99, 51.

⁹⁸ Str, dazu § 99 IV., Rdn 27.

⁹⁹ Hierzu K. Schmidt, unten § 245, 33.

¹⁰⁰ Hierzu § 103 IV.5.b., Rdn 73.

¹⁰¹ So entgegen der hM bei der Anfechtungsklage Harry Westermann in: FS Böttcher 1969, S 369, 376, KK/Zöllner¹ § 246, 24.

Zum Statusverfahren vgl KK/Mertens² §§ 97–99, 32 und 51.

¹⁰² Von Falkenhausen AG 1967, 309, 316.

¹⁰³ KK/Mertens² §§ 97–99, 32.

¹⁰⁴ KK/Mertens² §§ 97–99, 33.

¹⁰⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 34. Von einem Erhalt der Rechte spricht Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 130, ähnlich MünchKommAktG/Semler 37.

e) (Gesamt-) Sprecherausschuss (Abs 2 Satz 1 Nr 5)

Nach Abs 2 Satz 1 Nr 5 kann nunmehr auch die Interessenvertretung der leitenden Angestellten einen Antrag auf Einleitung des Statusverfahrens stellen.¹⁰⁶ Die Einführung des Antragsrechts für den Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss bzw für den Sprecherausschuss, wenn in der Gesellschaft nur ein Sprecherausschuss besteht, dient der Gleichbehandlung der Interessen der Arbeitnehmer.¹⁰⁷

f) (Gesamt-) Betriebsrat anderer Unternehmen im Konzernverbund (Abs 2 Satz 1 Nr 6)

Nach Abs 2 Satz 1 Nr 6 besteht die Antragsberechtigung auch für den Gesamtbetriebsrat bzw den Betriebsrat eines anderen Unternehmens, wenn es sich dabei um ein abhängiges Unternehmen handelt und die Organisation des Aufsichtsrats der herrschenden Gesellschaft streitig oder ungewiss ist. Der Einzelbetriebsrat eines Konzernunternehmens ist nur antragsbefugt, wenn bei dem Konzern kein Gesamtbetriebsrat gebildet wurde.¹⁰⁸ Da die Möglichkeit bestehen muss, dass durch eine falsche Zusammensetzung die Interessen der Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens verletzt sind, ist Voraussetzung für das Antragsrecht, dass die Arbeitnehmer des Konzernunternehmens nach den Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiss ist, an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der herrschenden Gesellschaft selbst oder indirekt durch Delegierte teilnehmen.¹⁰⁹ Dies kann einmal gemäß § 2 DrittelG der Fall sein, wenn der Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft nach dem DrittelG zusammengesetzt ist. Weitere Regelungen über die Mitbestimmung im Konzern enthalten § 5 MitbestG, § 1 Abs 4 MontanMitbestG und § 1 MitbestErgG.¹¹⁰

g) (Gesamt-) Sprecherausschuss anderer Unternehmen im Konzernverbund (Abs 2 Satz 1 Nr 7)

Mit dem Antragsrecht nach Abs 2 Satz 1 Nr 7 wurde das Antragsrecht nach Nr 6 auf die Interessenvertretung der leitenden Angestellten ausgedehnt.¹¹¹ Antragsberechtigt ist der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss bzw gegebenenfalls der Sprecherausschuss. Wie bei Nr 6 ist Voraussetzung, dass die leitenden Angestellten nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiss ist, an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat teilnehmen.

h) Gruppe wahlberechtigter Arbeitnehmer (Abs 2 Satz 1 Nr 8)

Antragsberechtigt nach Abs 2 Satz 1 Nr 8 sind mindestens ein Zehntel oder, als Alternative dazu, mindestens 100 Arbeitnehmer, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiss ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen. Gemeint sind hier sowohl die eigenen Arbeitnehmer der Gesellschaft, wenn deren Beteiligung etwa nach § 3 DrittelG streitig

¹⁰⁶ Nr 5 eingefügt durch das Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 26.3.2002, BGBl I 1130.

¹⁰⁷ Die Begründung RegE spricht von der Wahrung der Parität aller beteiligten Interessengruppen, BTDrucks 14/8214, S 12.

¹⁰⁸ OLG Frankfurt WM 1987, 237, 238.

¹⁰⁹ KK/Mertens² §§ 97-99, 36; MünchKommAktG/Semler 41.

¹¹⁰ Näher § 96 II.3.b., Rdn 21.

¹¹¹ Begründung RegE BTDrucks 14/8214, S 12.

oder ungewiss ist, als auch die Fälle der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im herrschenden Unternehmen (vgl oben III.2.f., Rdn 30).

i) Spitzenorganisationen der Gewerkschaften (Abs 2 Satz 1 Nr 9)

- 33** Ein Antragsrecht haben nach Abs 2 Satz 1 Nr 9 auch Spitzenorganisationen der Gewerkschaften (DGB), die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiss ist, ein Vorschlagsrecht hätten. Es geht dabei um die Frage der Anwendbarkeit des Montan-MitbestG (§§ 6 Abs 3, 9 Montan-MitbestG). Außerhalb des Montanbereichs kommt den Spitzenorganisationen kein Antragsrecht zu. Nur nach den zuvor genannten Vorschriften besteht ein Vorschlagsrecht der Spitzenorganisationen.¹¹² Ein voraussetzungsloses Antragsrecht der Spitzenorganisationen war im Gesetzgebungsverfahren mit der Begründung abgelehnt worden, dass es einem allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz entspreche, dass nur der unmittelbar Betroffene ein gerichtliches Verfahren einleiten kann.¹¹³
- 34** Auch bei Anwendbarkeit des Montan-MitbestG fehlt es nach einer Ansicht an einem Antragsrecht.¹¹⁴ Begründet wird dies damit, dass das unmittelbare Vorschlagsrecht der Spitzenorganisationen in ein Vorschlagsrecht gegenüber dem Betriebsrat umgewandelt wurde.¹¹⁵ Ebenso wie bei § 104¹¹⁶ liegt aber auch bei einem mittelbaren Vorschlagsrecht ein das Antragsrecht legitimierendes Interesse vor.¹¹⁷

j) Gewerkschaften (Abs 2 Satz 1 Nr 10)

- 35** Nach Abs 2 Satz 1 Nr 10 sind neben den Spitzenorganisationen auch die im Unternehmen oder einem Konzernunternehmen (vgl § 5 MitbestG) vertretenen Gewerkschaften selbst antragsberechtigt, wenn sie nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiss ist, ein Vorschlagsrecht hätten. Damit ist das Vorschlagsrecht nach §§ 16 Abs 2, 7 Abs 2 und 4 MitbestG angesprochen. Vor Aufnahme der Nr 8 aF durch das MitbestG 1976 war dies problematisch, da Einzelgewerkschaften bei der Aufzählung der Antrags-, Anhörungs- und Beschwerdeberechtigten nicht mit aufgeführt waren (vgl Abs 2, § 99 Abs 2 und 4 aF).¹¹⁸ Ein Antragsrecht steht den Gewerkschaften allerdings nur dann zu, wenn sie vorschlagsberechtigt sind, nicht, soweit lediglich ein Beratungsrecht besteht (§ 6 Abs 3 Montan-MitbestG; zum Anhörungsrecht und zur Beschwerdebefugnis in diesem Fall siehe § 99 III.5.b., Rdn 19).

k) Gruppe wahlberechtigter Arbeitnehmer oder leitender Angestellter (Abs 2 Satz 2)

- 36** Das Antragsrecht nach Abs 2 Satz 2¹¹⁹ berücksichtigte die im MitbestG enthaltene Differenzierung nach Gruppen der im Unternehmen beschäftigten Arbeiter, Angestellten oder leitenden Angestellten.¹²⁰ Wegen der Aufgabe der Differenzierung zwischen Arbei-

¹¹² *Raiser* MitbestG⁴ § 6, 17; *Hanau/Ulmer* MitbestG § 6, 32, speziell zum MitbestG *Oetker*, unten MitbestG § 16, 2.

¹¹³ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 130.

¹¹⁴ *MünchKommAktG/Semler* 44; *Münch-HdbAG/Hoffmann-Becking*² § 30, 59.

¹¹⁵ Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21.5.1981, BGBl I 441.

¹¹⁶ Dort IV.3., Rdn 76, für ein Antragsrecht auch *MünchKommAktG/Semler* § 104, 47.

¹¹⁷ Ein Antragsrecht annehmend auch *KK/Mertens*² §§ 97–99, 38.

¹¹⁸ Vgl OLG Düsseldorf AG 1971, 122, 123 f.

¹¹⁹ Angefügt durch MitbestG, hierzu oben I.1., Rdn 2.

¹²⁰ *KK/Mertens*² §§ 97–99, 37.

tern und Angestellten in §§ 3, 10 MitbestG wird nunmehr nur noch zwischen Arbeitnehmern und leitenden Angestellten unterschieden.¹²¹ Je mindestens ein Zehntel der Angehörigen dieser Gruppen sind antragsberechtigt. Die bereits in Abs 2 Satz 1 Nr 8 enthaltene konkurrierende¹²² Antragsberechtigung für 10 % oder 100 aller Arbeitnehmer des Unternehmens berücksichtigt die im MitbestG enthaltene Wahlberechtigung der einzelnen Gruppen nicht. Durch das durch Abs 2 Satz 2 geltende Antragsrecht für bereits 10 % jeder einzelnen Arbeitnehmergruppe wird vor allem die Position der leitenden Angestellten gestärkt, für die es auf Grund ihrer zahlenmäßigen Unterlegenheit im Unternehmen ansonsten fast nie möglich wäre, die Durchführung des Statusverfahrens zu initiieren.¹²³

Weitere Voraussetzung für das Antragsrecht nach Satz 2 ist immer, dass es entweder um die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes als solches oder aber, wenn die grundsätzliche Anwendbarkeit des MitbestG unstreitig ist, um Streitigkeiten oder Unsicherheiten bezüglich einzelner Vorschriften innerhalb des Gesetzes geht. Der neu eingefügte Abs 2 Satz 2 ist in den Gesetzesmaterialien ohne Begründung geblieben; dort ist somit auch nicht ersichtlich, welche einzelnen „Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes“ gemeint sein sollen. Zutreffend ist davon auszugehen, dass nur ein Antragsrecht für eine weitere Gruppe normiert werden sollte. Für eine Erweiterung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (Abs 1 Satz 1) fehlt es damit an hinreichend klaren Vorgaben und Kompetenzabgrenzungen.¹²⁴ **37**

3. Antragspflicht

Ändern sich die für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats einschlägigen Vorschriften oder setzt sich dieser nach nicht zutreffend ermittelten Vorschriften zusammen, ist es in erster Linie die Pflicht des *Vorstands*, nach § 98 bzw § 97 tätig zu werden.¹²⁵ Setzt er kein Verfahren in Gang, so kann eine Haftung gemäß § 93 eintreten.¹²⁶ Ist der Vorstand selbst jedoch von der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats überzeugt, so kann er den übrigen Antragsberechtigten die Initiative überlassen. Der Vorstand kann seine Sorgfaltspflicht allerdings auch dann verletzen, wenn er das Vorbringen von nicht Antragsberechtigten nicht hinreichend geprüft und pflichtwidrig falsch entschieden hat. Muss der Vorstand von der Änderung der Vorschriften für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ausgehen, so hat er das Statusverfahren einzuleiten. Näher zum Umfang des Wahlrechts zwischen dem Verfahren nach § 97 und dem gerichtlichen Verfahren nach § 98 die Kommentierung zu § 97 II.1.b., Rdn 30. **38**

Fraglich ist, ob der Aufsichtsrat damit von einer Antragspflicht ausgenommen ist. Zweifelhaft ist insbesondere, ob der Gesetzgeber mit § 97 zum Ausdruck bringt, dass er die Pflicht zur richtigen Organisation allein dem Vorstand habe auferlegen wollen.¹²⁷ Das Argument, der Gesetzgeber habe diese Pflicht dem Aufsichtsrat selbst nicht auferlegen wollen, um Konfliktsituationen zu vermeiden, in die das einzelne Aufsichtsratsmitglied als möglicherweise unmittelbar Betroffener gelangt,¹²⁸ ist nicht zwingend. Zu- **39**

¹²¹ §§ 3, 10 MitbestG geändert durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23.7.2001, BGBl I 1852.

¹²² Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 35, 7.

¹²³ Vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 35, 7.

¹²⁴ Dazu bereits oben II.3.a., Rdn 15.

¹²⁵ KK/Mertens² §§ 97–99, 3.

¹²⁶ Dazu schon § 97 II.5.b., Rdn 52.

¹²⁷ So KK/Mertens² §§ 97–99, 31 mit Hinweis auf Rittner DB 1969 2165, 2166; Münch-KommAktG/Semler 34, vgl auch Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 31.

¹²⁸ KK/Mertens² §§ 97–99, 31.

nächst gehört zu den grundlegenden Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, für eine ordnungsgemäße Organisation der Aufsichtsratsarbeit zu sorgen. Auch dabei kann es zu Konfliktsituationen kommen. Zudem ist jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der Überwachungsaufgabe verpflichtet, bei Verletzungen der Geschäftsführungspflicht des Vorstands tätig zu werden.¹²⁹ Da die Antragstellung nach § 98 für den Vorstand eine solche Geschäftsführungspflicht ist, sind mögliche Konfliktsituationen ohnehin nicht völlig auszuschließen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit § 97 die Aufsichtsratsmitglieder von ihrer Pflicht zur Überwachung der ordnungsgemäßen Organisation des eigenen Organs ausnehmen wollte. Vielmehr trifft auch den Aufsichtsrat eine Antragspflicht, wenn Missstände bekannt werden.¹³⁰ Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss selbständig von sich aus (Abs 2 Satz 1 Nr 2) einen Antrag nach § 98 stellen, wenn es erkennt, dass der Aufsichtsrat nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt ist.¹³¹ Die Aufsichtsratsmitglieder verletzen ihre Sorgfaltspflicht (§§ 116, 93), wenn sie trotz Kenntnis der unrichtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats nichts unternehmen.

- 40** Die übrigen nach Abs 2 Antragsberechtigten trifft keine Pflicht, einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 zu stellen. Sie sind nicht für die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats verantwortlich.¹³² Sie haben daher auch nicht die Pflicht, den Vorstand auf Unrichtigkeiten in der Zusammensetzung hinzuweisen oder, bevor sie einen gerichtlichen Antrag stellen, erst beim Vorstand eine Bekanntmachung anzuregen.¹³³

IV. Die gerichtliche Entscheidung über das Umsatzverhältnis der §§ 3, 16 MitbestErgG (Abs 3)

- 41** Die Bedeutung des Abs 3 ergibt sich aus dem Zusammenhang mit den Vorschriften über die Anwendbarkeit des MitbestErgG. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns, das selbst nicht dem Montan-MitbestG unterfällt, bestimmt sich nach dem Mitbestimmungsmodell des MitbestErgG, wenn die Voraussetzungen der §§ 3, 16 MitbestErgG vorliegen. Wenn Konzernunternehmen und abhängige Unternehmen, auf die das Montan-MitbestG anzuwenden sind, den Unternehmenszweck des Konzerns kennzeichnen, ist der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nach den Vorschriften des MitbestErgG (§§ 5–13) zusammenzusetzen (§ 3 Abs 1 Satz 1 MitbestErgG), sofern die weiteren Voraussetzungen des § 16 MitbestErgG vorliegen. § 3 Abs 2 MitbestErgG enthält die Definition, wann der Unternehmenszweck des Konzerns von Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen bestimmt ist. Für die eine Alternative¹³⁴ ist dafür erforderlich, dass in diesen Unternehmen ein gewisser Mindestanteil am Gesamtkonzernumsatz erzielt wird (§ 3 Abs 2 Satz 1 Nr 1 MitbestErgG). Dieses Umsatzverhältnis wird vom Abschlussprüfer des herrschenden Unternehmens ermittelt (§ 4 MitbestErgG). Er hat innerhalb von fünf Monaten nach Ende jedes Geschäftsjahrs über das vergangene Jahr einen schriftlichen Bericht dem Vorstand und dem Aufsichtsrat vorzulegen. Die Betriebs- bzw Gesamtbetriebsräte sowie die nach § 7

¹²⁹ Im Einzelnen dazu § 111 IV.2.c.ii., Rdn 234 ff; vgl auch KK/Mertens² § 116, 16.

¹³⁰ Ebenso *Godin/Wilhelmi*⁴ 2; *J.H. Gefler* 3.

¹³¹ *Godin/Wilhelmi*⁴ 2; *J.H. Gefler* 3.

¹³² *Godin/Wilhelmi*⁴ 2.

¹³³ Siehe oben Rdn II.1., Rdn 4 ff.

¹³⁴ Die zweite Alternative, also § 3 Abs 2 Satz 2 MitbestErgG wurde vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt, BVerfGE 99, 367 ff; s dazu die Nachweise in Fn 69.

MitbestErgG vorschlagsberechtigten Spitzenorganisationen der Gewerkschaften sind vom Vorstand über das festgestellte Umsatzverhältnis zu unterrichten. Soweit eine Stellungnahme des Aufsichtsrats dazu vorliegt, ist diese ebenfalls mitzuteilen. Bei Streitigkeiten über die Ermittlungen des Abschlussprüfers gibt § 98 Abs 3 den nach Abs 2 Antragsberechtigten die Möglichkeit, den Bericht des Abschlussprüfers gerichtlich daraufhin überprüfen zu lassen, ob das nach §§ 3, 16 MitbestErgG maßgebliche Umsatzverhältnis richtig ermittelt worden ist.

Das Verfahren nach Abs 3 gilt ausschließlich für Unklarheiten hinsichtlich der Ermittlung des maßgeblichen Umsatzverhältnisses. Andere Einwände können nicht Gegenstand eines Antrags nach Abs 3 sein.¹³⁵ Soweit andere Fragen der Zusammensetzung des Aufsichtsrats aus dem MitbestErgG streitig oder unsicher sind, ist eine Anrufung des Gerichts nach Abs 1 iVm Abs 2 möglich.¹³⁶ **42**

Ein Antrag nach Abs 3 ist wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn ausgeschlossen ist, dass die vom Antragsteller behauptete Unrichtigkeit des Prüfungsergebnisses irgendeinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats haben kann.¹³⁷ **43**

Das Gericht kann bereits dann nach Abs 3 angerufen werden, wenn Streit über die richtige Ermittlung des Umsatzverhältnisses für das erste Jahr besteht.¹³⁸ Hier fehlt nicht etwa das Rechtsschutzinteresse, weil sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach § 16 Abs 1 Nr 1 MitbestErgG erst ändert, wenn in sechs aufeinander folgenden Geschäftsjahren der nach § 3 MitbestErgG berechnete Anteil mehr als die Hälfte der Umsätze sämtlicher Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen beträgt. Vielmehr besteht ein Interesse an gerichtlicher Nachprüfung für jedes Geschäftsjahr,¹³⁹ da jeder Bericht Teil der Beurteilung nach § 16 MitbestErgG ist und damit Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats haben kann. **44**

Hinsichtlich der richtigen Ermittlung des maßgeblichen Umsatzverhältnisses kann das Gericht den Bericht des Abschlussprüfers in vollem Umfang nachprüfen bzw durch Sachverständige nachprüfen lassen. In diesem Rahmen überprüft das Gericht auch die tatsächlichen Feststellungen des Abschlussprüfers.¹⁴⁰ **45**

Auch der Antrag nach Absatz 3 ist grundsätzlich form- und fristfrei zulässig.¹⁴¹ Insbesondere braucht der Aufsichtsrat seine Bedenken gegen die Feststellung des Abschlussprüfers nicht zuvor über den Weg des § 4 Abs 4 MitbestErgG (Überprüfung und Berichtserstattung) zu äußern. Geht der Aufsichtsrat diesen Weg, so ist eine Entscheidung über den Antrag nach § 98 Abs 3 durch das Gericht allerdings erst möglich, wenn das Prüfungsverfahren mit der abschließenden Stellungnahme des Aufsichtsrats beendet wurde und der Vorstand gemäß § 4 Abs 5 MitbestErgG den dort Genannten das Umsatzverhältnis samt der Stellungnahme des Aufsichtsrats mitgeteilt hat.¹⁴² **46**

¹³⁵ So auch KK/Mertens² §§ 97–99, 55; Godin/Wilhelmi⁴ 4.

¹³⁶ Godin/Wilhelmi⁴ 4.

¹³⁷ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 131; Godin/Wilhelmi⁴ 4; KK/Mertens² §§ 97–99, 55; Hüffer⁶ 5; MünchKommAktG/Semler 50.

¹³⁸ Ebenso Godin/Wilhelmi⁴ 4; Geßler/Geßler 17; siehe auch Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 131.

¹³⁹ Godin/Wilhelmi⁴ 4.

¹⁴⁰ KK/Mertens² §§ 97–99, 55; MünchKommAktG/Semler 51; Godin/Wilhelmi⁴ 4, vgl auch Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 131.

¹⁴¹ KK/Mertens² §§ 97–99, 56. Allgemein dazu oben II.1.c., Rdn 8 ff.

¹⁴² KK/Mertens² §§ 97–99, 56.

V. Die möglichen Rechtsfolgen des Verfahrens (Abs 4)

1. Rechtsfolgen der Verfahrenseinleitung

- 47** Die Verfahrenseinleitung hat unmittelbare Auswirkung auf das Recht des Vorstands, eine Bekanntmachung nach § 97 zu erlassen. Eine Bekanntmachung ist während eines laufenden Verfahrens unzulässig (§ 97 Abs 3). Die bisherige Zusammensetzung des Aufsichtsrats bleibt von der Verfahrenseinleitung dagegen unberührt. Wird das Gericht fristgerecht (§ 97 Abs 2) nach einer Bekanntmachung des Vorstands angerufen, so verliert die Bekanntmachung ihre rechtliche Bedeutung.¹⁴³ Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bleibt damit grundsätzlich unverändert.¹⁴⁴ Anderes gilt jedoch uU dann, wenn das Gericht nicht fristgerecht, also erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 97 Abs 2 angerufen wurde. In dem Fall behält die Bekanntmachung ihre Wirkung, so dass die Fristen des § 97 Abs 2 weiterlaufen (unten V.2., Rdn 51) und es möglich ist, dass die Aufsichtsratsämter auch während des laufenden Verfahrens neu zu besetzen sind.¹⁴⁵ Während des laufenden Statusverfahrens ist der Aufsichtsrat nach den bisher angewandten Vorschriften zu ergänzen bzw neu zu bestellen.¹⁴⁶ Dies ist auch bei einer Anrufung des Gerichts ohne vorherige Bekanntmachung (dazu II.1.c., Rdn 9) möglich, etwa wenn die reguläre Amtszeit des Aufsichtsrats während des Verfahrens ausläuft.¹⁴⁷

2. Rechtsfolgen der gerichtlichen Entscheidung¹⁴⁸

- 48** Weist das Gericht den Antrag zurück, ändert sich an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nichts. Die zuletzt angewandten Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bleiben maßgeblich. In diesem Fall hat der Vorstand daher nichts weiter zu veranlassen. Er muss lediglich die gerichtliche Entscheidung zum Handelsregister einreichen (§ 99 Abs 5 Satz 3).¹⁴⁹
- 49** Entscheidet das Gericht, dass andere als die bisher angewandten gesetzlichen Vorschriften für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats gelten, so ist nach Abs 4 Satz 1 der neue Aufsichtsrat gemäß den in der gerichtlichen Entscheidung für maßgeblich erklärten gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen. § 97 Abs 2 gilt dabei sinngemäß mit der Maßgabe, dass die Anpassungsfrist von sechs Monaten mit der Rechtskraft der Entscheidung beginnt (Abs 4 Satz 2). Auch in diesem Fall muss der Vorstand die rechtskräftige Entscheidung zum Handelsregister einreichen (§ 99 Abs 5 Satz 3). Außerdem ist der Aufsichtsrat neu zu bestellen. Der Vorstand hat insbesondere rechtzeitig eine Hauptversammlung einzuberufen und gegebenenfalls Vorschläge für erforderliche Satzungsänderungen vorzulegen.¹⁵⁰
- 50** Bis das Statusverfahren nach §§ 98 f beendet ist, bleiben der Aufsichtsrat und die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder einer mitbestimmten Aktiengesellschaft unverändert bestehen.¹⁵¹ Zur Kompetenz eines Gerichts, über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

¹⁴³ Dazu bereits § 97 III.2., Rdn 70.

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, AG 1996, 87 f; dazu bereits § 97 III.2., Rdn 71.

¹⁴⁵ Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 35.

¹⁴⁶ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 126, 130, und oben § 97 III.1.c., Rdn 62, streitig. Von einem status quo-Prinzip sprechend MünchHdbAG/Hoffmann-Becking² § 28, 50.

¹⁴⁷ Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 35.

¹⁴⁸ Zur gerichtlichen Entscheidung näher § 99.

¹⁴⁹ MünchKommAktG/Semler 58; Hüffer⁶ 6.

¹⁵⁰ MünchKommAktG/Semler 60; Hüffer⁶ 6; Rittner DB 1969, 2165, 2167 f.

¹⁵¹ OLG Frankfurt AG 1985, 220; siehe oben § 97 III.2., Rdn 71.

nach den Vorschriften des MitbestG als Vorfrage in einem anderen Verfahren zu entscheiden, siehe oben I.3., Rdn 13 ff.

Wurde das Gericht erst nach Ablauf der Anrufungsfrist des § 97 Abs 2 angerufen (dazu § 97 III.2., Rdn 69f) und hat bis zum Erlass einer rechtskräftigen Entscheidung eine Umgestaltung des Aufsichtsrats nach den in der Bekanntmachung angegebenen Vorschriften noch nicht stattgefunden, so wird die Bekanntmachung bedeutungslos. Der Aufsichtsrat ist also sofort nach den vom Gericht angegebenen Vorschriften zu besetzen.¹⁵² Die auch für außergerichtliche Verfahren geltenden Fristen des § 97 Abs 2 Satz 2–4 laufen für das gerichtliche Verfahren dann neu ab Rechtskraft der Entscheidung (§ 98 Abs 4 Satz 2). Das zuvor Gesagte gilt entsprechend für Satzungsbestimmungen. Sie sind so zu behandeln, als hätte die Bekanntmachung nicht stattgefunden.

Abs 4 Satz 2 bestimmt, dass für die Wahl der neuen Aufsichtsratsmitglieder und die Anpassung der Satzung § 97 Abs 2 entsprechend gilt.¹⁵³ Es ist also rechtzeitig eine Hauptversammlung einzuberufen. Innerhalb der Frist von sechs Monaten, beginnend mit der Rechtskraft der Entscheidung, kann die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit die alten Satzungsbestimmungen der gerichtlichen Entscheidung anpassen. Bis zur Beendigung einer Hauptversammlung in diesem Zeitraum bleibt auch der bisherige Aufsichtsrat im Amt. Er kann während dieser Zeit wirksame Beschlüsse fassen und durch Wahl oder Bestellung nach den alten Vorschriften ergänzt werden. Erst mit dem Ende einer Hauptversammlung in diesem Zeitraum erlöschen die Ämter der Aufsichtsratsmitglieder. Wird die Frist von sechs Monaten zur Anpassung der satzungsmäßigen Regelungen und zur Durchführung von Neuwahlen zum Aufsichtsrat versäumt, so treten den jetzt anwendbaren Bestimmungen widersprechende Satzungsbestimmungen außer Kraft und das Amt aller bisherigen Aufsichtsratsmitglieder erlischt. Für das MitbestG weitet § 37 MitbestG die Anwendung dieser Regelungen auf andere als in § 97 Abs 2 Satz 2 genannten Regelungen aus.¹⁵⁴ Die zur Beschlussfassung nötige Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist gegebenenfalls durch das Gericht im Verfahren nach § 104 zu bestellen.

Wird ein neuer Aufsichtsrat unter Verstoß gegen die in der gerichtlichen Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt, so ist die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nichtig, soweit sie durch die Hauptversammlung erfolgte (§ 250 Abs 1 Nr 1). Entsprechendes gilt auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesetz für Wahlen von Arbeitnehmervertretern, soweit diese im Widerspruch zu einer gerichtlichen Entscheidung gemäß Abs 4 stehen.¹⁵⁵ Die Nichtigkeitsklage kann nach § 250 Abs 1 Nr 1 nur darauf gestützt werden, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrats gegen §§ 96 Abs 2, 97 Abs 2 Satz 1 oder § 98 Abs 4 verstoße, nicht aber allgemein auf eine rechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Umgekehrt kann nicht eingewandt werden, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Wahrheit rechtmäßig sei, wenn sie einer Bekanntmachung des Vorstands oder der gerichtlichen Entscheidung widerspricht.¹⁵⁶

¹⁵² KK/Mertens² §§ 97–99, 27.

¹⁵³ Näher § 97 III., Rdn 55 ff.

¹⁵⁴ Dazu § 97 I.3.a., Rdn 6 sowie Oetker, unten § 37 MitbestG, 3 ff.

¹⁵⁵ Ebenso MünchKommAktG/Semler 56;

Raiser MitbestG⁴ § 6, 7 mwN; Obermüller/Werner/Winden Hauptversammlung³, S 239; wohl aA Godin/Wilhelmi⁴ § 96, 8; oben § 97 III.1.b., Rdn 59.

¹⁵⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 54.

VI. Europäische Gesellschaft (SE)

1. Dualistische SE

- 54** Für die dualistische SE gilt mangels einer eigenständigen Regelung in bzw in Anwendung der SE-Verordnung grundsätzlich das nationale Aktienrecht entsprechend, § 98 AktG ist auch auf die dualistische SE anzuwenden. Angepasst werden die nationalen Regeln über das Statusverfahren nur insoweit, als nach § 17 Abs 3 Satz 1 SEAG auch der SE-Betriebsrat antragsberechtigt ist. Keinen Anwendungsbereich hat § 98 Abs 3 AktG, die unternehmerische Mitbestimmung in der SE richtet sich allein nach dem SE-Beteiligungsgesetz.

2. Monistische SE

- 55** Das gerichtliche Verfahren über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats wird in § 26 Abs 1–3 SEAG in Anlehnung an § 98 Abs 1–2, 4 AktG geregelt.¹⁵⁷ Anders als nach § 98 Abs 2 Ziffer 1, 2 AktG der Vorstand und der Aufsichtsrat sind bei der monistischen SE alle Mitglieder des Verwaltungsrats (§ 26 Abs 2 Ziffer 1 SEAG) antragsberechtigt. Zusätzlich zu den in § 98 Abs 2 AktG aufgeführten Stellen ist auch der SE-Betriebsrat antragsbefugt (§ 26 Abs 2 Ziffer 4 SEAG).

§ 99

Verfahren

(1) Auf das Verfahren ist das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, soweit in den Absätzen 2 bis 5 nichts anderes bestimmt ist.

(2) Das Landgericht hat den Antrag in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Der Vorstand und jedes Aufsichtsratsmitglied sowie die nach § 98 Abs. 2 antragsberechtigten Betriebsräte, Sprecherausschüsse, Spitzenorganisationen und Gewerkschaften sind zu hören.

¹⁵⁷ § 26 SEAG lautet:

(1) Ist streitig oder ungewiss, nach welchen Vorschriften der Verwaltungsrat zusammenzusetzen ist, so entscheidet darüber auf Antrag ausschließlich das Landgericht (Zivilkammer), in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Landesregierung kann die Entscheidung durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte einem der Landgerichte übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen.

(2) Antragsberechtigt sind

1. jedes Mitglied des Verwaltungsrats,
2. jeder Aktionär,

3. die nach § 98 Abs 2 Satz 1 Nr. 4 bis 10 des Aktiengesetzes Antragsberechtigten,
4. der SE-Betriebsrat.

(3) Entspricht die Zusammensetzung des Verwaltungsrats nicht der gerichtlichen Entscheidung, so ist der neue Verwaltungsrat nach den in der Entscheidung angegebenen Vorschriften zusammenzusetzen. § 25 Abs. 2 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Frist von sechs Monaten mit dem Eintritt der Rechtskraft beginnt.

(4) Für das Verfahren gilt § 99 des Aktiengesetzes entsprechend mit der Maßgabe, dass die nach Absatz 5 der Vorschrift vorgesehene Einreichung der rechtskräftigen Entscheidung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats erfolgt.

(3) Das Landgericht entscheidet durch einen mit Gründen versehenen Beschluß. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Sie kann nur auf eine Verletzung des Rechts gestützt werden; die §§ 546, 547, 559, 561 der Zivilprozessordnung gelten sinngemäß. Die Beschwerde kann nur durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift eingelegt werden. Über sie entscheidet das Oberlandesgericht. § 28 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt entsprechend. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen. Die Landesregierung kann durch Rechtsverordnung die Entscheidung über die Beschwerde für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte einem der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen.

(4) Das Gericht hat seine Entscheidung dem Antragsteller und der Gesellschaft zuzustellen. Es hat sie ferner ohne Gründe in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Die Beschwerde steht jedem nach § 98 Abs. 2 Antragsberechtigten zu. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Bekanntmachung der Entscheidung im elektronischen Bundesanzeiger, für den Antragsteller und die Gesellschaft jedoch nicht vor der Zustellung der Entscheidung.

(5) Die Entscheidung wird erst mit der Rechtskraft wirksam. Sie wirkt für und gegen alle. Der Vorstand hat die rechtskräftige Entscheidung unverzüglich zum Handelsregister einzureichen.

(6) Für die Kosten des Verfahrens gilt die Kostenordnung. Für das Verfahren des ersten Rechtszugs wird das Vierfache der vollen Gebühr erhoben. Für den zweiten Rechtszug wird die gleiche Gebühr erhoben; dies gilt auch dann, wenn die Beschwerde Erfolg hat. Wird der Antrag oder die Beschwerde zurückgenommen, bevor es zu einer Entscheidung kommt, so ermäßigt sich die Gebühr auf die Hälfte. Der Geschäftswert ist von Amts wegen festzusetzen. Er bestimmt sich nach § 30 Abs. 2 der Kostenordnung mit der Maßgabe, daß der Wert regelmäßig auf 50.000 Euro anzunehmen ist. Schuldner der Kosten ist die Gesellschaft. Die Kosten können jedoch ganz oder zum Teil dem Antragsteller auferlegt werden, wenn dies der Billigkeit entspricht. Kosten der Beteiligten werden nicht erstattet.

<i>Übersicht</i>		Rdn
I. Grundlagen	Rdn	Rdn
1. Gesetzesgeschichte	1	
2. Regelungsgegenstand und Normzweck	2	
3. Bedeutung der Verfahrensregeln für andere Verfahren	4	
II. Das gerichtliche Verfahren		
1. Verfahrensvoraussetzungen	8	
2. Verhältnis der anzuwendenden Verfahrensnormen (Abs 1)	10	
3. Verfahren nach dem FGG	11	
4. Die Bekanntmachung des Antrags (Abs 2 Satz 1)	14	
5. Anhörungspflicht (Abs 2 Satz 2)	18	
a) Anhörungspflicht der formell Beteiligten (Abs 2 Satz 2)	18	
b) Anhörungsrecht sonstiger Verfahrensbeteiligter	19	
III. Die (erstinstanzliche) Entscheidung des		
		Gerichts (Abs 3 Satz 1; Abs 4 Satz 1 und 2)
		1. Art und Inhalt 23
		2. Zustellung und Bekanntmachung 24
		IV. Die Rechtsmittel (Abs 3 Satz 2–9; Abs 4 Satz 3–4) 25
		V. Die Rechtsfolgen der Entscheidung (Abs 5)
		1. Wirksamkeit ab Rechtskraft (Abs 5 Satz 1) 33
		2. Wirkung für und gegen alle (Abs 5 Satz 2) 35
		3. Einreichung zum Handelsregister (Abs 5 Satz 3) 38
		VI. Die Kosten des Verfahrens (Abs 6) 39
		VII. Europäische Gesellschaft (SE)
		1. Dualistische SE 44
		2. Monistische SE 45

Schrifttum

Micha Bloching/Alexander Kettinger Verfahrensgrundrechte im Zivilprozess – Nun endlich das Comeback der außerordentlichen Beschwerde?, NJW 2005, 860–863; *Helmut Büchel* Neuordnung des Spruchverfahrens, NZG 2003, 793–804; *Hartwin Bungert/Petra Mennicke* Das Spruchverfahrensneueuordnungsgesetz, BB 2003, 2021–2031; *Volker Emmerich* Das neue Spruchverfahrensgesetz, in: FS Tilmann 2003, 925–935; *Kurt H. Freiherr von Falkenhausen* Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Aktienrecht, AG 1967, 309–318; *Helmut Kollbosser* Probleme konkurrierender aktienrechtlicher Gerichtsverfahren, AG 1977, 117–129; *Walter F. Lindacher* Zur Antragsrücknahme im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1965, 41–42; *ders* Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1978, 577–584; *Wienand Meilicke/Thomas Heidel* Das neue Spruchverfahren in der gerichtlichen Praxis, DB 2003, 2267–2275; *Hans-Werner Ney* Auf dem Weg zu einem neuen Spruchverfahren – Ein Zwischenbericht –, in: FS Wiedemann 2002, 1127–1139; *Uwe H. Schneider* Antragsberechtigung des außenstehenden Aktionärs nach den §§ 304, 305 AktG, NJW 1971, 1109–1112; *Johannes Semler* Verpflichtungen der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat und Zahlungen der Gesellschaft an seine Mitglieder, in: FS Claussen 1997, 381–403; *Christian Tomson/Susanne Hammerschmitt* Aus alt mach neu? Betrachtungen zum Spruchverfahrensneueuordnungsgesetz, NJW 2003, 2572–2576; *Thomas Trölitzsch* Zulässigkeit einer außerordentlichen Beschwerde im Verfahren auf gerichtliche Entscheidung über das Auskunftrecht des Aufsichtsrats, WiB 1996, 388–389; *Max Vollkommer* Rechtsschutz bei erstmaliger Verletzung von Verfahrensgrundsätzen in der Berufungs- und Beschwerdeinstanz im Licht des Plenarbeschlusses des BVerfG vom 30.4.2003, in: FS Schlosser 2005, 1009–1023; *Dirk Wasmann* Gesellschaftsrechtliches Spruchverfahren – Wann gilt altes, wann neues Recht?, DB 2003, 1559–1560.

I. Grundlagen

1. Gesetzesgeschichte

- 1 § 99 ist ebenso wie §§ 96–98 gegenüber AktG 1937 neu.¹ Nach einer sprachlichen Anpassung von Abs 1 und Abs 3 Satz 6 durch das Bilanzrichtliniengesetz² wurde Abs 2 Satz 2 geändert.³ Die seitdem auch in Abs 2 Satz 2 enthaltene ausdrückliche Nennung der Gewerkschaften trägt der Änderung des § 98 Abs 2 Nr 8 (nunmehr Nr 10) Rechnung⁴ und behebt⁵ ein früheres Redaktionsversehen.⁶ Bereits durch die Nennung der Gewerkschaften in § 98 Abs 2 Nr 8 (nun Nr 10)⁷ wurde die Problematik und damit der Beschluss des OLG Düsseldorf⁸ überholt, wonach auf Antrag auch die Einzelgewerkschaften als Verfahrensbeteiligte zuzulassen und anhörungsberechtigt sind.⁹ Weiterhin wurde durch das UmwBerG¹⁰ § 99 Abs 5 Satz 7 aF, wonach Kostenvorschüsse nicht zu

¹ Siehe § 98 I.1., Rdn 1.

² Die Worte „Reichsgesetz“ und „Reichsgesetzes“ wurden durch die Worte „Gesetz“ und „Gesetzes“ ersetzt, Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz – BiRiLiG) vom 19.12.1985, BGBl I 2355.

³ Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung vom 20.12.1988, BGBl I 2312.

⁴ BTDrucks 11/2503, S 49.

⁵ Hüffer⁶ 6.

⁶ Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 34; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 37, 32; Hüffer¹ 3.

⁷ Dazu § 98 I.1., Rdn 2.

⁸ OLG Düsseldorf AG 1971, 122.

⁹ Zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf und allgemein zu den Grundsätzen der Verfahrensbeteiligung unten II.5.b., Rdn 19.

¹⁰ Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG) vom 28.10.1994, BGBl I 3210.

erheben waren, gestrichen.¹¹ Sodann wurde der nach Abs 3 Satz 6 regelmäßig anzusetzende Geschäftswert der Währungsumstellung in Euro¹² und die Verweisung in § 99 Abs 3 Satz 2, 2. Halbsatz der Reform des Zivilprozesses¹³ angepasst. Schließlich sind nach Abs 2 Satz 2 nunmehr auch die Sprecherausschüsse zu hören,¹⁴ bezüglich des Beginns der Beschwerdefrist wird in Abs 4 Satz 4 entsprechend der Neufassung des § 25 AktG auf die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger abgestellt.¹⁵

2. Regelungsgegenstand und Normzweck

Die Vorschrift regelt das gerichtliche Verfahren, in dem über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats entschieden wird (Abs 1–Abs 5 Satz 1). Weiterhin enthält § 99 in Abs 6 die Kostenfolge des Verfahrens und regelt die Pflicht des Vorstands, die Entscheidung beim Handelsregister einzureichen, Abs 5 Satz 2. Die Einleitung des Verfahrens ergibt sich bereits aus § 98, der dementsprechend auch die Regelungen über Voraussetzungen des Verfahrens und Zuständigkeiten enthält.

Das Verfahren unterliegt gemäß § 99 den Vorschriften über die Freiwillige Gerichtsbarkeit, obwohl es sich um ein Streitiges Verfahren handelt. Grund ist, dass der Gesetzgeber das Verfahren nach dem FGG, insbesondere die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes und die damit verbundenen Beschränkungen der Dispositionsbefugnis der Parteien,¹⁶ für den hier vorliegenden Streit als besser geeignet ansah als das Verfahren nach der ZPO.¹⁷ § 99 hat insofern für das Aktiengesetz allgemeine Bedeutung, als an mehreren Stellen im AktG darauf Bezug genommen und dadurch das Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für anwendbar erklärt wird (dazu I.3., Rdn 4 ff). Der Rekurs auf das FGG-Verfahren dient der mit dem Statusverfahren bezweckten Richtigkeitsgewähr des Statusverfahrens. Zum Zweck des Statusverfahrens allgemein § 97 I.2., Rdn 3 f.

3. Bedeutung der Verfahrensregeln für andere Verfahren

§ 99 enthält Verfahrensregeln für das gerichtliche Statusverfahren, in dem über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats entschieden wird. § 99 Abs 1 Satz 1 nimmt insoweit Bezug auf § 98 („das Verfahren“)¹⁸. Auf andere Verfahren ist § 99 nur anwendbar, soweit ausdrücklich auf diese Vorschrift verwiesen wird. Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht.¹⁹

Das Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet wegen entsprechender Verweisungen beim ersten Aufsichtsrat bei Einbringung oder Übernahme eines Unternehmens (§ 31 Abs 3 Satz 2) und auch bei Streitigkeiten über die Zusammensetzung des

¹¹ Dazu Fraktionsbegr zu § 312 UmwG 1994, BTDrucks 12/6699, S 170 f, 177.

¹² Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts und der Steuerberatergebührenverordnung auf Euro (KostREuroUG) vom 27.4.2001, BGBl I 751.

¹³ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27.7.2001, BGBl I 1887. Hüffer⁶ 1: Reine Textanpassung.

¹⁴ Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23.3.2002, BGBl I 1130.

¹⁵ Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18.5.2004, BGBl I 974.

¹⁶ Hüffer⁶ 1.

¹⁷ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 133.

¹⁸ Explizit Geßler/Geßler 3; zum Anwendungsbereich des Statusverfahrens § 97 I.3.a., Rdn 5 ff.

¹⁹ Vgl OLG Düsseldorf AG 1994, 424: keine analoge Anwendbarkeit der Kostenregelung in § 99 Abs 6 auf Notbestellungen nach § 104, näher unten VI., Rdn 41.

zweiten Aufsichtsrats (§ 30 Abs 3 Satz 2 2. Halbsatz) Anwendung²⁰. Ebenfalls kraft Verweisung gilt das Verfahren – allerdings zT mit Abweichungen – auch für die folgenden Spruchverfahren:²¹

- Entscheidung über das Auskunftsrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung (§ 132 Abs 3),
- Entscheidung über die abschließenden Feststellungen der Sonderprüfer des § 259 (§ 260 Abs 3),
- Verfahren über Auskunfts- und Einsichtsrechte in der GmbH (§§ 51b GmbHG iVm § 132 Abs 3).

6 In Altfällen vor Inkrafttreten des Spruchverfahrensneuordnungsgesetzes²² kommt ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich in Betracht.²³

7 Auf diese Verfahren findet nunmehr ebenso wie bei den zuvor in §§ 305 ff aF UmwG geregelten Verfahren das Spruchverfahrensgesetz Anwendung. Ähnliche Regelungen wie für Entscheidungen nach § 99 gelten für solche über Streitigkeiten zwischen dem Abschlussprüfer und der Aktiengesellschaft (§ 324 Abs 2 und 3 HGB).

II. Das gerichtliche Verfahren

1. Verfahrensvoraussetzungen

8 Die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens ist in § 98 Abs 1 bis 3 geregelt. Danach muss ein Antrag, gerichtet auf Nachprüfung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats bzw im Falle des § 98 Abs 3 auf Nachprüfung der richtigen Ermittlung des Umsatzverhältnisses vorliegen. Der Antrag muss außerdem von einem nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten gestellt worden sein.

9 Da von der Antragsberechtigung die Zulässigkeit des Antrags²⁴ abhängt, hat der Antragsteller diese darzulegen und nachzuweisen. Welcher Nachweis dabei für ausreichend zu erachten ist, hängt davon ab, wer den Antrag stellt und woraus sich seine

²⁰ Dazu bereits § 97 I.3.b., Rdn 7, II.1.a., Rdn 25. Einzelheiten bei *Röhrich*, oben § 30, 21 ff; § 31, 12 ff.

²¹ Die früher in §§ 375 Abs 3 Satz 4, 388 aF und in §§ 30 bis 39 UmwG aF enthaltenen Regelungen über das Verfahren bei Abfindungen sind durch Art 6 Nr 143 UmwBerG 1994 vom 28.10.1994, BGBl I 3210 ff, aufgehoben. Stattdessen gelten die entsprechenden Vorschriften des UmwG 1994 sowie die §§ 320 ff. Nunmehr gilt das Spruchverfahrensgesetz vom 12.6.2003, BGBl I 838.

²² Gesetz zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens (Spruchverfahrensneuordnungsgesetz) vom 12.6.2003, BGBl I 838. Dazu *Büchel* NZG 2003, 793; *Bungert/Mennicke* BB 2003, 2021; *Emmerich* in: FS Tilmann 2003, S 925 ff; *Meilicke/Heidel* DB 2003, 2267; *Neye* in: FS Wiedemann 2001, S 1127; *Tomson/Hammerschmitt* NJW 2003, 2572.

²³ Für bis zum 1.9.2003 eingeleitete Spruchverfahren blieb § 99 relevant für folgende Entscheidungen: 1) Entscheidung über den angemessenen Ausgleich (§ 304) und die angemessene Abfindung (§ 305) bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen (§ 306 Abs 2 aF, zum Verfahren nach §§ 304 ff eingehend *Uwe H. Schneider* NJW 1971, 1109 f; 2) Entscheidungen über die Angemessenheit der Abfindungen infolge von Eingliederungen nach §§ 320 f (§ 320b Abs 2 und Abs 3 iVm § 306 aF); 3) Entscheidungen über die Angemessenheit der angemessenen Abfindung beim Ausschluss von Minderheitsaktionären (§ 327 f Abs 2 iVm § 306 aF). Zum maßgeblichen Zeitpunkt im Einzelnen *Wasmann* DB 2003, 1559.

²⁴ Nicht hingegen die Bekanntmachung nach Abs 2, siehe unten II.4., Rdn 16.

Antragsberechtigung ergibt. Der Vorstand (§ 98 Abs 2 Satz 1 Nr 1) führt den Nachweis grundsätzlich durch Bezugnahme auf die Registerakten bzw durch Vorlage eines Auszugs aus dem Handelsregister.²⁵ Ist der Antrag nicht von allen Vorstandsmitgliedern gestellt (dazu § 98 III.2.a., Rdn 23), so hat der Vorstand gegebenenfalls nachzuweisen, dass die Entscheidung zur Antragstellung auf einem ordnungsgemäßen Mehrheitsbeschluss des Vorstands beruht. Dazu kann das Gericht die Vorlage des Sitzungsprotokolls zum Nachweis verlangen,²⁶ bei der Vertretung durch alle Vorstandsmitglieder reicht die Vorlage des Handelsregisterauszugs aus. Aufsichtsratsmitglieder (§ 98 Abs 2 Satz 1 Nr 2) können in der Regel durch Bezugnahme auf die Handelsregisterakten (§ 106) oder durch Hauptversammlungsprotokolle ihre Antragsberechtigung nachweisen,²⁷ bei Aktionären (§ 98 Abs 2 Satz 1 Nr 3) genügt die Vorlage der Aktienurkunde bzw in der Praxis die Hinterlegungs- oder Depotbescheinigung eines Kreditinstituts.²⁸ Der (Gesamt-) Betriebsrat (§ 98 Abs 2 Satz 1 Nr 4) erbringt den Nachweis seiner Antragsberechtigung durch eine geeignete Bescheinigung etwa des Vorstands oder durch Vorlage des Protokolls über seine Wahl,²⁹ ebenso der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss bzw Sprecher-ausschuss (98 Abs 2 Satz 1 Nr 5). Die Antragstellern nach § 98 Satz 1 Nr 6–10 und Satz 2 haben neben ihrer persönlichen auch ihre sachliche Legitimation nachzuweisen. Aus ihrem Antrag muss hervorgehen, dass sie nach den betreffenden Vorschriften ein Wahl- bzw Vorschlagsrecht haben.³⁰ Bei den in § 98 Abs 2 Satz 1 Nr 8 genannten Arbeitnehmern reicht hinsichtlich der persönlichen Legitimation eine Bescheinigung des Betriebsrats über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses der Antragsteller mit der Gesellschaft sowie gegebenenfalls über die Zahl aller Arbeitnehmer aus.³¹ Bei den in § 98 Abs 2 Satz 2 aufgeführten Arbeitnehmergruppen bedarf es stets auch eines Nachweises über die Zahl aller Arbeitnehmer.

2. Verhältnis der anzuwendenden Verfahrensnormen (Abs 1)

Die auf das gerichtliche Verfahren anwendbaren Normen sind Gegenstand des § 99; **10** aus Abs 1 ergibt sich folgende Normenhierarchie: In erster Linie regeln die Sondervorschriften der Abs 2 bis 5 das gerichtliche Verfahren. Sodann findet das FGG einschließlich der ungeschriebenen Rechtsregeln Anwendung. Kraft Verweisung aus dem FGG gelten schließlich ergänzend noch die Vorschriften und Verfahrensregeln des Zivilprozessrechts.³²

3. Verfahren nach dem FGG³³

Greifen die Sonderregeln nach Abs 2 bis 5 nicht ein, gilt für das gerichtliche Verfahren grundsätzlich das FGG. Danach gilt insbesondere der Amtsermittlungs- bzw Untersuchungsgrundsatz (§ 12 FGG).³⁴ Da dieser Grundsatz bis zur Entscheidungsreife der **11**

²⁵ So bereits *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 2, ohne diese Erfordernis MünchKommAktG/Semler 14.

²⁶ *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 2, nur auf die Protokolle abstellend MünchKommAktG/Semler 14.

²⁷ *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 2.

²⁸ *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 2; Münch-KommAktG/Semler 16.

²⁹ *Meyer-Landrut* in Voraufgabe 2.

³⁰ Vgl *Godin/Wilhelmi*⁴ 2.

³¹ Vgl *Godin/Wilhelmi*⁴ 2.

³² Wegen der anzuwendenden Vorschriften vgl Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 230 f, Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz FGG¹⁵ Vor §§ 8–18, 1 ff; v. *Falkenhausen* AG 1967, 309 ff.

³³ Einzelheiten zum Streitverfahren nach dem FGG bei Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 226 ff.

³⁴ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 133.

Sache gilt, hat das Gericht auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung selbst abzustellen.³⁵ Die dem Gericht danach erforderlich scheinenden tatsächlichen Ermittlungen hat es von Amts wegen anzustellen. Es ist weder an Vorträge noch an Anträge,³⁶ auch nicht an Beweisanträge der Parteien gebunden. Gegebenenfalls hat es von sich aus Beweis zu erheben. Dadurch wird verhindert, dass rein formelle Entscheidungen zu Ergebnissen führen, die vom Gericht nicht nachgeprüft sind.³⁷

- 12** Im FGG-Verfahren des § 99 gilt der Dispositionsgrundsatz jedoch insoweit, als das Gericht nur auf Antrag tätig wird (zum Antragsgrundatz § 98 II.1., Rdn 4 ff). Eine Antragsrücknahme ist zulässig. Sie kann jederzeit während des Verfahrens erfolgen. Zeitliche Grenze ist die Rechtskraft der Entscheidung.³⁸ Ist bereits eine Entscheidung ergangen, aber noch nicht rechtskräftig, so wird sie bei Rücknahme des Antrags wirkungslos.³⁹ Eine Einwilligung der Gesellschaft als Antragsgegnerin nach Einlassung zur Sache analog § 269 Abs 1 ZPO ist nach überwiegender und zutreffender Ansicht nicht erforderlich.⁴⁰ Weiterhin ist es den Beteiligten möglich, durch übereinstimmende Erledigungs- erklärung die Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens zu beenden. In diesem Fall darf lediglich eine Kostenentscheidung ergehen.⁴¹
- 13** Das Verfahren ist nicht öffentlich.⁴² Eine mündliche Verhandlung ist nicht obligatorisch,⁴³ wohl aber die Anhörung der Beteiligten (Abs 2 Satz 2; dazu unten II.5., Rdn 18). Es gibt keine formelle Beweislast. Anerkenntnis- oder Versäumnisurteile können in diesem Verfahren nicht ergehen.⁴⁴ Zu Besonderheiten eines Prozesskostenhilfeantrags seitens der Aktiengesellschaft siehe unten VI., Rdn 42.

4. Die Bekanntmachung des Antrags (Abs 2 Satz 1)

- 14** Nach Abs 2 Satz 1 ist das Landgericht verpflichtet, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung in den Gesellschaftsblättern, also gemäß § 25 zumindest im elektronischen Bundesanzeiger, bekannt zu machen. Zweck der Bekanntmachung ist es, alle an der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats Interessierten von dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu unterrichten, damit diese sich am Verfahren beteiligen und ihre Stellungnahmen abgeben können.⁴⁵ Dies betrifft insbesondere diejenigen, die zwar ein Interesse

³⁵ OLG Düsseldorf WM 1988, 1696, 1699; KK/Mertens² §§ 97–99, 42.

³⁶ Vgl zur Auslegung einer Klage als Antrag auf Durchführung des gerichtlichen Statusverfahrens § 98 II.1.c., Rdn 8.

³⁷ Godin/Wilhelmi⁴ 2.

³⁸ OLG Düsseldorf NJW 1980, 349; MünchKommAktG/Semler 18; KK/Mertens² §§ 97–99, 42; Hüffer⁶ 4; Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 39, 41; Lindacher Rpfleger 1965, 41.

³⁹ So v. Falkenhausen AG 1967, 309; zustimmend Hüffer⁶ 4.

⁴⁰ BayOblGZ 1973, 106, 108 zu § 306; OLG Hamm RdL 1961, 205 f; v. Falkenhausen AG 1967, 309, 314; Hüffer⁶ 4; Jansen FGG² Vor § 8, 20; KK/Mertens² §§ 97–99, 42; aA OLG Düsseldorf NJW 1980, 349; Lindacher Rpfleger 1965, 41, 42; Keidel/Kunze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 40; MünchKomm-

AktG/Semler 21. Die Begründung etwa von Hüffer⁶ 4, ein zweites Verfahren sei wegen des dann regelmäßig eingetretenen Fristablaufs nicht zu befürchten, trägt allerdings nicht, wenn man mit der üL keine Antragsperre nach Fristablauf annimmt (oben § 97 III.1.e., Rdn 67 f). Indessen wird ein neues Verfahren selbst durch rechtskräftige Entscheidung nach § 99 Abs 5 Satz 2 nicht ausgeschlossen (unten IV.2., Rdn 74, allerdings Tatsachenpräklusion).

⁴¹ BayOblG NZG 2001, 608, 609 liSp, Hüffer⁶ 4.

⁴² Geßler/Geßler 6.

⁴³ Dazu Keidel/Kunze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 152 mwN.

⁴⁴ Geßler/Geßler 6; Hüffer⁶ 3.

⁴⁵ Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 133; MünchKommAktG/Semler 25; Godin/Wilhelmi⁴ 2.

an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats haben, für die Abs 2 Satz 2 aber kein Anhörungsrecht vorsieht.⁴⁶

Eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht ist dann anzunehmen, wenn der Antrag evident unzulässig ist.⁴⁷ Bei einem offensichtlich unzulässigen Antrag kann die Bekanntmachung unnötige, schwere Nachteile für das Unternehmen zur Folge haben.⁴⁸ Die Bekanntmachung setzt voraus, dass der Antrag überhaupt auf die Überprüfung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats⁴⁹ (bzw der Ermittlung des maßgeblichen Umsatzverhältnisses, § 98 Abs 3) gerichtet ist.⁵⁰ Nicht zu prüfen hat das Gericht, ob die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (bzw das Prüfungsergebnis im Falle des § 98 Abs 3) streitig oder ungewiss ist⁵¹, da darin grundsätzlich keine Zulässigkeitsvoraussetzung zu sehen ist.⁵² Insofern genügt vielmehr die eigene Ungewissheit, die sich aus dem Antrag selbst ergibt.⁵³

Zweifelhaft ist, ob die Bekanntmachung nur erfolgen kann, wenn das Gericht auf Grund seiner Prüfung die Antragsberechtigung des Antragstellers nach § 98 Abs 2 bejaht. Zum Teil wird angenommen, dass das Landgericht zur Bekanntmachung nur verpflichtet sein könne, wenn der Antragsteller zu dem Kreis der nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten gehört, wobei die in § 98 Abs 2 Satz 1 Nr 6–10 Genannten ihre Antragsberechtigung konkret im Antrag schlüssig darzulegen hätten.⁵⁴ Nach anderer Ansicht⁵⁵ hat das Gericht zwar die Antragsberechtigung zu prüfen, doch ist der Antrag auch dann bekannt zu machen, wenn das Gericht den Antragsteller für nicht antragsberechtigt hält. Die erste Auffassung liefert zunächst schon keine Begründung dafür, warum diese Darlegungspflicht nicht die nach § 98 Abs 2 Satz 2 Antragsberechtigten betreffen soll. Denn diese gehören, ebenso wie die in Abs 2 Satz 1 Nr 6–10 Genannten, zu der zweiten Gruppe der Antragsberechtigten, deren Antragsrecht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist.⁵⁶ Wichtiger und entscheidend ist aber der Informationszweck der Bekanntmachung, denn diese soll alle Beteiligten unterrichten, auch wenn sie nicht von Amts wegen anzuhören sind. Diesem Zweck wird allein die zweite Auffassung gerecht.⁵⁷ Das Gericht hat somit zwar die Antragsberechtigung im Laufe des Verfahrens zu prüfen und der Antragsteller hat dementsprechend seine Antragsberechtigung darzulegen. Für die Bekanntmachung ist jedoch weder der Nachweis noch die Antragsberechtigung an sich von Bedeutung.

Die Ablehnung der Bekanntmachung ist mit der einfachen Beschwerde anfechtbar. 17
Beschwerdegericht ist das OLG.⁵⁸

⁴⁶ MünchKommAktG/Semler 25.

⁴⁷ KK/Mertens² §§ 97–99, 43.

⁴⁸ KK/Mertens² §§ 97–99, 43.

⁴⁹ Oben § 98 II.1.b., Rdn 5.

⁵⁰ Ebenso Godin/Wilhelmi⁴ 2; Hüffer⁶ 5; KK/Mertens §§ 97–99, 43.

⁵¹ Godin/Wilhelmi⁴ 2; KK/Mertens² §§ 97–99, 43.

⁵² Str, oben § 98 II.1.b., Rdn 7.

⁵³ KK/Mertens² §§ 97–99, 43; vgl auch MünchKommAktG/Semler 11, der für das

Vorliegen einer Ungewissheit auf die subjektive Sicht des Antragstellers abstellt.

⁵⁴ So KK/Mertens² §§ 97–99, 43; Meyer-Landrut in Voraufgabe 2; wohl auch Godin/Wilhelmi⁴ 2.

⁵⁵ MünchKommAktG/Semler 13; Hüffer⁶ 5.

⁵⁶ Hierzu auch § 98 III.1., Rdn 22.

⁵⁷ Ebenso Hüffer⁶ 5.

⁵⁸ KK/Mertens² §§ 97–99, 43; vgl auch unten IV., Rdn 25.

5. Anhörungspflicht (Abs 2 Satz 2)

a) Anhörungspflicht der formell Beteiligten (Abs 2 Satz 2)

- 18** Das Gericht hat von Amts wegen jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied sowie den Vorstand als Gesamtorgan anzuhören (Abs 2 Satz 2). Der Vorstand wird dabei als Antragsberechtigter in eigener Sache tätig, vertritt aber zugleich auch die Gesellschaft als Antragsgegnerin des Spruchverfahrens.⁵⁹ Zwingend vorgeschrieben ist nach Abs 2 Satz 2 außerdem die Anhörung der Betriebsräte, Sprecherausschüsse, Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und Gewerkschaften⁶⁰, sofern sie nach § 98 Abs 2 antragsberechtigt sind. Eine mündliche Verhandlung ist dagegen nicht erforderlich.⁶¹

b) Anhörungsrecht sonstiger Verfahrensbeteiligter

- 19** Abs 2 Satz 2 stellt keine abschließende Aufzählung der Anhörungsberechtigten dar, sondern regelt nur den Kreis der formell Beteiligten.⁶² Ein Anspruch auf rechtliches Gehör steht auch den materiell Beteiligten zu.⁶³ Dies folgt aus Art 103 Abs 1 GG, der unmittelbar geltendes Verfahrensrecht darstellt und auch im FGG-Verfahren anzuwenden ist.⁶⁴ Als materiell Beteiligter kommt in Betracht, wer ein rechtliches und nicht nur allgemeines gesellschaftspolitisches Interesse an der gerichtlichen Entscheidung hat.⁶⁵ Darüber hinaus sollte das rechtliche Interesse insoweit eng ausgelegt werden, als nur der als materiell Beteiligter anzuerkennen ist, der möglicherweise persönlich und unmittelbar betroffen sein kann.⁶⁶ Der Arbeitsdirektor, dessen Stellung durch den Ausgang des Verfahrens allenfalls mittelbar gefährdet wird, gehört danach nicht zu dem Kreis der Verfahrensbeteiligten.⁶⁷ Betroffen sind aber auch Gewerkschaften, die nicht zu den in § 99 Abs 2 Satz 2 Aufgeführten gehören, weil ihnen kein Antragsrecht zusteht, sie aber dennoch unmittelbar betroffen sind. Das kann bei § 6 Abs 3 Montan-MitbestG der Fall sein. Danach sind sie nicht antragsbefugt, weil ihnen kein Vorschlagsrecht (vgl § 98 Abs 2 Nr 10) zusteht. Jedoch gewährt ihnen das Montan-MitbestG in dieser Vorschrift ein Beratungsrecht, das es rechtfertigt, sie als materiell Beteiligte anzusehen, wenn der Verlust dieses Rechts möglich erscheint.⁶⁸
- 20** Den materiell Beteiligten ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Das Gericht muss aber nicht für ihre Beiladung sorgen. Die Information durch die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§ 25) ist insofern ausreichend.⁶⁹ Auf Antrag sind die Beteiligten im materiellen Sinne aber als Verfahrensbeteiligte im gerichtlichen Verfahren nach § 99 zuzulassen.⁷⁰ Ein materiell Beteiligter, der auch formell am Verfahren teilnimmt, kann in diesem Verfahren Anträge stellen und ist berechtigt, die sofortige Beschwerde einzu-

⁵⁹ Dazu auch unten IV., Rdn 27 sowie § 98 III.2.a., Rdn 24 f.

⁶⁰ Früher streitig, das diesbezügliche Redaktionsversehen ist jedoch inzwischen korrigiert, oben I.1., Rdn 1.

⁶¹ OLG Frankfurt EWiR 1985, 607, 608; allgemein zum FGG-Verfahren oben II.3., Rdn 11 ff.

⁶² OLG Düsseldorf AG 1971, 122.

⁶³ HM: BGH NJW 1968, 157; OLG Düsseldorf AG 1971, 122; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 34; Hüffer⁶ 6; KK/Mertens² §§ 97–99, 44; aA Kollbosser AG 1977, 117, 128 f.

⁶⁴ BVerfGE 19, 49; KK/Mertens² §§ 97–99, 44; eingehend dazu Keidel/Kunze/Winkler/Schmidt FGG¹⁵ § 12, 147 ff.

⁶⁵ OLG Düsseldorf AG 1971, 122, 123.

⁶⁶ Vgl Hüffer⁶ 6; Hanau/Ulmer MitbestG § 6, 34.

⁶⁷ AA KK/Mertens¹ § § 97–99, 43 (nicht mehr vertreten in KK/Mertens² §§ 97–99, 44).

⁶⁸ Vgl OLG Düsseldorf AG 1971, 122, 123 f.

⁶⁹ KK/Mertens² §§ 97–99, 44, OLG Düsseldorf AG 1971, 122, 124; aA offenbar Godin/Wilhelmi⁴ 3; dazu sogleich Rdn 21.

⁷⁰ OLG Düsseldorf AG 1971, 122, 124.

legen.⁷¹ Zu Rechtsmitteln bei Nichtzulassung eines materiell Beteiligten siehe unten IV., Rdn 32.

Für eine Anhörung ist es erforderlich und ausreichend, dass dem betreffenden Anhörungsberechtigten Gelegenheit gegeben wird, zum Sachverhalt und zur Rechtslage Stellung zu nehmen.⁷² Diese Gelegenheit kann in unterschiedlicher Form geschaffen werden. Nicht nur die mündliche Äußerung im Rahmen eines formellen Termins, sondern auch Äußerungen anderer Art, sei es mündlich oder schriftlich, auch außerhalb eines formellen Termins sind möglich.⁷³ Die gerichtliche Bekanntmachung nach Abs 1 soll dafür ausreichen.⁷⁴ War die Gelegenheit zur Anhörung gegeben, so kann das Gericht auch dann entscheiden, wenn sich die Anzuhörenden nicht geäußert haben.⁷⁵ **21**

Den Aktionären und Arbeitnehmern (§ 98 Abs 2 Satz 1 Nr 3, Nr 8 und Satz 2) ist gegebenenfalls ebenfalls Gelegenheit zur Anhörung zu geben.⁷⁶ Die ablehnende Auffassung⁷⁷ geht fälschlicherweise davon aus, dass das Gericht von sich aus an diese Personen herantreten muss, was sowohl wegen der Vielzahl der möglichen Betroffenen als auch wegen des nicht klar abgrenzbaren Kreises dieser Antragsberechtigten als unmöglich angesehen wird. Nach dem zuvor Gesagten (Rdn 20, 21) ist eine formelle Beiladung aber gerade nicht erforderlich. **22**

III. Die (erstinstanzliche) Entscheidung des Gerichts (Abs 3 Satz 1; Abs 4 Satz 1 und 2)

1. Art und Inhalt

Die Entscheidung des Landgerichts ergeht durch Beschluss. Da der Beschluss rechtsmittelfähig ist, ist er mit Gründen zu versehen (Abs 3 Satz 1).⁷⁸ **23**

2. Zustellung und Bekanntmachung

Der Beschluss ist allen Antragstellern⁷⁹ und der Gesellschaft zuzustellen (Abs 4 Satz 1). Nicht zuzustellen ist er dagegen den sonstigen Antragsberechtigten oder den gerichtlich Angehörten, es sei denn, dass diese sich auch formell dem Antrag als Antragsteller angeschlossen haben.⁸⁰ Ferner muss das Gericht den Beschluss in den Gesellschaftsblättern (§ 25) bekannt machen. Dort ist der Beschluss ohne Gründe, also nur mit Rubrum und Tenor, zu veröffentlichen (Abs 4 Satz 2). Die Bekanntmachung hat unver-

⁷¹ KK/Mertens² §§ 97–99, 44; vgl auch Uwe H. Schneider NJW 1971, 1109, 1111; zur sofortigen Beschwerde unten IV., Rdn 25.

⁷² MünchKommAktG/Semler 30 im Anschluss an Geßler/Geßler 9; Hüffer⁶ 6; Godin/Wilhelmi⁴ 3.

⁷³ MünchKommAktG/Semler 30; Godin/Wilhelmi⁴ 3.

⁷⁴ LG Mannheim ZIP 2001, 2149, 2150 mit Verweis auf KK/Mertens² §§ 97–99, 44, der eine Beiladung durch das Gericht für entbehrlich hält, weil durch die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern ausreichend verbürgt sei, dass jeder materiell Beteiligte von dem Verfahren erfährt und

Geßler/Geßler 9, der eine Entscheidung des Gerichts auch bei „Verschweigen“ der Anhörungsberechtigten für möglich hält, so nun auch MünchKommAktG/Semler 30. Vgl auch Hüffer⁶ 6.

⁷⁵ Explizit Geßler/Geßler 9, tendenziell auch MünchKommAktG/Semler 30.

⁷⁶ Explizit Geßler/Geßler 9, tendenziell auch MünchKommAktG/Semler 30.

⁷⁷ Godin/Wilhelmi⁴ 3.

⁷⁸ Hüffer⁶ 7.

⁷⁹ Hüffer⁶ 8.

⁸⁰ MünchKommAktG/Semler 32 im Anschluss an Geßler/Geßler 11.

züglich zu erfolgen⁸¹ und ohne Rücksicht darauf, ob gegen die Entscheidung bereits Beschwerde eingelegt wurde oder ob die Beschwerdefrist verstrichen ist.⁸² Zweck der Bekanntmachung ist es, alle Beschwerdeberechtigten (das sind nach Abs 4 Satz 3 alle Antragsberechtigten des § 98 Abs 2, auch wenn sie nicht Antragsteller waren) zu unterrichten, damit sie gegebenenfalls Beschwerde einlegen können.⁸³ Es sollen auch alle bisher nicht am Verfahren Beteiligten (aber Antragsberechtigten) diesem jederzeit und in jedem Stadium beitreten können.⁸⁴

IV. Die Rechtsmittel (Abs 3 Satz 2–9; Abs 4 Satz 3–4)

- 25** Gegen die Entscheidung des Landgerichts findet die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht statt (Abs 3 Satz 2, 5; § 22 FGG). Die sofortige Beschwerde ist eine Rechtsbeschwerde. Sie kann nur auf Verletzungen des Gesetzes gestützt werden, für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gelten die §§ 546, 547, 559, 561 ZPO über das Revisionsverfahren sinngemäß (Abs 3 Satz 3). Die sofortige Beschwerde kann daher nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden.⁸⁵ Das Oberlandesgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts gebunden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts über die richtige Ermittlung des Umsatzverhältnisses durch den Abschlussprüfer (§ 98 Abs 3).⁸⁶ Neue Tatsachen können ausnahmsweise berücksichtigt werden. Dies wird angenommen, wenn sie sich erst im Beschwerdeverfahren ereignen, unstreitig sind und keine schützenswerten Belange der Gegenpartei verletzen.⁸⁷
- 26** Beschwerdebefugt sind neben den bereits im Verfahren vor dem Landgericht formell Beteiligten,⁸⁸ alle nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten (Abs 4 Satz 3). Die nach § 98 Abs 2 Antragsberechtigten müssen am Verfahren erster Instanz nicht beteiligt gewesen sein.⁸⁹
- 27** Beschwerdebefugt ist auch die Gesellschaft, deren Aufsichtsrat nach neuen oder den bereits bisher angewandten Vorschriften zusammengesetzt werden soll. Die Beschwerdebefugnis der Gesellschaft kann nicht aus Abs 4 Satz 3 gefolgert werden, da die Gesellschaft selbst nicht antragsberechtigt ist.⁹⁰ Einer Beschwerdebefugnis der Gesellschaft steht das aber nicht entgegen.⁹¹ Antrags- und Beschwerdebefugnis sind entgegen der herrschenden Lehre⁹² nicht gleichzusetzen. Es kann Abs 4 Satz 3 nicht entnommen werden, dass nur die gemäß § 98 Antragsbefugten Beschwerde einlegen können. Vielmehr gilt § 20 FGG, wonach jeder Beschwerde einlegen kann, dessen Recht durch eine Verfügung des Gerichts beeinträchtigt wurde. Beschwerde kann somit auch die Gesellschaft als

⁸¹ MünchKommAktG/Semler 33.

⁸² Godin/Wilhelmi⁴ 4.

⁸³ Ebenso MünchKommAktG/Semler 33 im Anschluss an Geßler/Geßler 11.

⁸⁴ Godin/Wilhelmi⁴ 4.

⁸⁵ OLG Düsseldorf AG 2000, 45.

⁸⁶ Hüffer⁶ 7; MünchKommAktG/Semler 46.

⁸⁷ OLG Düsseldorf AG 2000, 45, gegen die Zulassung neuen Sachenvortrags Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 5, 25.

⁸⁸ KK/Mertens² §§ 97–99, 46; zu den materiell Beteiligten oben II.5.b., Rdn 20.

⁸⁹ Hüffer⁶ 8; KK/Mertens² §§ 97–99, 46;

MünchKommAktG/Semler 38; Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 133, vgl dazu auch oben Rdn 19.

⁹⁰ MünchKommAktG/Semler 38; Hüffer⁶ 8; Meyer-Landrut in Voraufgabe 6; aA wohl KK/Mertens² §§ 97–99, 32 und 51. Oben § 98 III.2.a., Rdn 24 f.

⁹¹ So aber Hüffer⁶ 8, der eine Beschwerde durch den Vorstand als Antragsberechtigten für erforderlich hält.

⁹² Hüffer⁶ 8; Meyer-Landrut in Voraufgabe 6; MünchKommAktG/Semler 41.

Antragsgegnerin⁹³ einlegen.⁹⁴ Bei einem Spruchstellenverfahren konnte die Gesellschaft auch noch nach Ablauf ihrer Rechtsmittelfrist eine sogenannte unselbständige Anschlussbeschwerde einlegen,⁹⁵ für das Statusverfahren zur Feststellung des einschlägigen Mitbestimmungsmodells dürfte diese aus dem Gedanken der Waffengleichheit und Verfahrensökonomie gefolgerte Möglichkeit keine Rolle spielen. Die Einordnung der Gesellschaft als Verfahrensbeteiligte⁹⁶ erklärt nicht nur Abs 4 Satz 4, der ausdrücklich den Beginn der Beschwerdefrist für die Gesellschaft regelt, sondern auch die Kostenübernahme durch die Gesellschaft nach Abs 6 Satz 7.

Die Beschwerde kann bei dem Landgericht, dessen Entscheidung angegriffen wird, oder beim zuständigen Oberlandesgericht als Beschwerdegericht eingelegt werden (§ 21 FGG). Wie für das erstinstanzliche Verfahren (§ 98 Abs 1 Satz 2, 3) kann die Landesregierung die Entscheidung über die Beschwerde für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte durch Rechtsverordnung einem Oberlandesgericht bzw. Obersten Landesgericht übertragen (Abs 3 Satz 8). Die Ermächtigung kann von der Landesregierung auf die Landesjustizverwaltung übertragen werden (Abs 3 Satz 9). Zu den Übertragungen siehe § 98 II.3.c., Rdn 21.

Für das Beschwerdeverfahren herrscht grundsätzlich kein Anwaltszwang.⁹⁷ Das gilt entgegen anderer Auffassung⁹⁸ trotz der Bestimmung, nach der die Beschwerde nur durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift eingelegt werden kann (Abs 3 Satz 4). Denn andere Beteiligte brauchen nicht anwaltlich vertreten zu sein.

Die Beschwerdefrist für das Einlegen der sofortigen Beschwerde beträgt zwei Wochen (§ 22 FGG). Die Beschwerdefrist beginnt mit der Veröffentlichung der Entscheidung im elektronischen⁹⁹ Bundesanzeiger (Abs 4 Satz 4), dh dessen Ausgabetag. Das Datum der Veröffentlichung in anderen Gesellschaftsblättern ist für den Lauf der Beschwerdefrist nicht maßgeblich.¹⁰⁰ Nach Abs 4 Satz 4 Halbs 2 beginnt die Frist für den Antragsteller und die Gesellschaft jedoch nicht vor der Zustellung der Entscheidung zu laufen. Die teilweise vertretene Auffassung, dass das Gesetz hier stattdessen den Vorstand meine, da die Gesellschaft selbst nicht beschwerdeberechtigt sei,¹⁰¹ ist abzulehnen. Richtig ist vielmehr nach dem oben (Rdn 27) Gesagten, dass die Gesellschaft als Antragsgegnerin beschwerdebefugt sein kann. Dennoch ist für den Vorstand, auch wenn er nicht Antragsteller war, die Zustellung der mit Gründen versehenen Entscheidung an die Gesellschaft für den Beginn der Beschwerdefrist maßgebend, nicht die Bekanntmachung der Entscheidung im elektronischen Bundesanzeiger.¹⁰²

⁹³ Hierzu § 98 III.2.a., Rdn 24 f.

⁹⁴ Vgl KK/Mertens² §§ 97–99, 32.

⁹⁵ BayObLG AG 1996, 127; OLG Hamburg AG 2002, 606, 607; Hüffer⁶ 8.

⁹⁶ KK/Mertens² §§ 97–99, 32 und 51.

⁹⁷ Meyer-Landrut in Voraufgabe 5; Münch-KommAktG/Semler 41 im Anschluss an Geßler/Geßler 15; nur die Unterzeichnung der Beschwerde durch einen Rechtsanwalt fordernd auch Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG, § 5, 25, hierauf hinweisend KK/Mertens² §§ 97–99, 47; aA Hüffer⁶ 7; missverständlich Godin/Wilhelmi⁴ 5.

⁹⁸ Hüffer⁶ 7.

⁹⁹ So ausdrücklich nun die Neufassung von Abs 4 Satz 4 durch das Zweite Gesetz zur

Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18.5.2004, BGBl I 974.

¹⁰⁰ MünchKommAktG/Semler 40; Godin/Wilhelmi⁴ 5.

¹⁰¹ Geßler/Geßler 16; Hüffer⁶ 8; Meyer-Landrut in Voraufgabe 6, implizit auch Münch-KommAktG/Semler 38.

¹⁰² Im Ergebnis ebenso die Vertreter der hier abgelehnten Meinung (Fn 92); vgl auch KK/Mertens² §§ 97–99, 46; weiter gehend Godin/Wilhelmi⁴ 5, der für alle Beteiligten die Zustellung – sofern erfolgt – für maßgeblich als Fristbeginn hält, sofern sie erst nach der Bekanntmachung erfolgt ist.

- 31** Die Beschwerdeentscheidung ergeht durch Beschluss. Für die Entscheidung des Beschwerdegerichts gilt die Pflicht zur Zustellung und Bekanntmachung (Abs 4 Satz 1 und 2)¹⁰³. Eine weitere Beschwerde findet nicht statt (Abs 3 Satz 7). Durch die Verweisung in Abs 3 Satz 6 auf § 28 Abs 2 und 3 FGG wird jedoch die Divergenzvorlage an den BGH zugelassen. Sie hat zu erfolgen, wenn das Beschwerdegericht bei der Auslegung der für seine Entscheidung maßgeblichen Rechtsvorschriften von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Ausnahmsweise kann eine im Gesetz nicht vorgesehene außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit in Betracht kommen.¹⁰⁴ Hierfür wurde vorausgesetzt, dass die angefochtene Entscheidung mit der geltenden Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist, weil sie jeder Grundlage entbehrt und inhaltlich dem Gesetz fremd ist.¹⁰⁵ Obwohl der BGH seine entsprechende Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO-Reform ausdrücklich aufgegeben hat und der Gesetzgeber mit § 321a ZPO einen Anspruch auf Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör eingeführt hat,¹⁰⁶ wird weiterhin eine Anwendbarkeit der außerordentlichen Beschwerde bei Verfahrensfehlern angenommen.¹⁰⁷
- 32** Der erstinstanzliche Beschluss des Landgerichts, durch den einem materiell Beteiligten¹⁰⁸ die Zulassung als Verfahrensbeteiligter verweigert wird, ist ebenfalls mit der einfachen Beschwerde gemäß § 19 Abs 1 FGG angreifbar.¹⁰⁹ Das gilt auch für den Fall, dass das Landgericht bereits die Bekanntmachung nach Abs 2 abgelehnt hat (oben II.4., Rdn 15 ff). Zuständig ist, anders als in § 19 Abs 2 FGG vorgesehen, wegen der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Landgerichts jeweils das Oberlandesgericht.¹¹⁰

V. Die Rechtsfolgen der Entscheidung (Abs 5)

1. Wirksamkeit ab Rechtskraft (Abs 5 Satz 1)

- 33** Die gerichtliche Entscheidung entfaltet keine sofortige Wirkung. Wirksam wird die gerichtliche Entscheidung über auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats anwendbaren gesetzlichen Vorschriften erst mit der Rechtskraft (Abs 5 Satz 1). Erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Statusverfahrens tritt die Wirkung für und gegen alle (Abs 5 Satz 2, unten V.2., Rdn 35 ff) ein. Bis dahin ist der Aufsichtsrat weiterhin nach den alten Vorschriften zusammzusetzen, die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder wird nicht durch das schwebende Statusverfahren, sondern erst durch seinen rechtskräftigen Abschluss berührt.¹¹¹

¹⁰³ KK/Mertens² §§ 97–99, 48; *Godin/Wilhelmi*⁴ 5; MünchKommAktG/Semler 45.

¹⁰⁴ BGH ZIP 2000, 2066, 2067. Zur außerordentlichen Beschwerde wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ bei Nichtzulassung der sofortigen Beschwerde (Verfahren nach § 132) OLG Koblenz NJW-RR 1995, 1378, mit Anm Trölitzsch WiB 1996, 388 f.

¹⁰⁵ BGH ZIP 2000, 2066, 2067, für den Fall einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör eine besondere gesetzliche Regelung fordernd BVerfG BB 2003, 1570, 1572 f.

¹⁰⁶ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) vom 9.12.2004, BGBl I 3220.

¹⁰⁷ *Bloching/Kettinger* NJW 2005, 860, 861 ff, so zumindest nach dem BVerfG-Urteil auch *Vollkommer* in FS Schlosser 2005, S 1009, 1021 ff.

¹⁰⁸ Siehe dazu II.5.b., Rdn 19.

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf AG 1971, 122 (Leitsatz 2).

¹¹⁰ Vgl allgemein Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl FGG¹⁵ § 19, 48.

¹¹¹ OLG Frankfurt AG 1985, 220.

Bei den erstinstanzlichen Entscheidungen des Landgerichts tritt die Rechtskraft mit Ablauf der Beschwerdefrist ein. Die Entscheidung des Landgerichts wird so frühestens¹¹² zwei Wochen nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger rechtskräftig. Das Gesetz ist dahingehend auszulegen, dass entsprechend der Bekanntmachungspflicht der Gesellschaft auf den elektronischen Bundesanzeiger abzustellen ist. Da es gegen die Beschwerdeentscheidungen des Oberlandesgerichts und gegebenenfalls (oben IV., Rdn 31) des BGH kein weiteres Rechtsmittel gibt, werden sie mit ihrem Erlass und nicht erst mit ihrer Zustellung rechtskräftig.¹¹³ Die Bekanntmachungs- und Zustellungspflicht gilt aber auch für diese Entscheidungen.¹¹⁴ **34**

2. Wirkung für und gegen alle (Abs 5 Satz 2)

Die rechtskräftige Entscheidung wirkt nach Abs 5 Satz 2 für und gegen alle. Nicht nur die Parteien des Verfahrens, sondern jedermann, also jeder Dritte, jedes andere Gericht und jede Verwaltungsbehörde sind an die Entscheidung gebunden.¹¹⁵ Die Bindungswirkung bezieht sich auf die in der Entscheidung getroffenen Feststellungen,¹¹⁶ wozu auch Vorfragen gehören können (siehe unten Rdn 37). Eine solche inter-omnes-Wirkung wie nach Abs 5 Satz gibt es nicht generell in allen anderen oben I.3., Rdn 5 genannten Verfahren, für die auf § 99 verwiesen wird, zB nicht im Verfahren nach § 132 Abs 3.¹¹⁷ **35**

Die Entscheidung im Statusverfahren gemäß §§ 97–99 über die Anwendbarkeit des MitbestG ist insbesondere für andere Gerichte bindend.¹¹⁸ In jedem anderen Verfahren muss die nach § 98 rechtskräftig getroffene Entscheidung ohne die Möglichkeit einer erneuten Überprüfung als richtig hingenommen werden. Diese Bindungswirkung gilt auch für die im Verfahren nach § 98 entscheidenden Gerichte selbst.¹¹⁹ Jedoch ist die Einleitung eines erneuten Verfahrens nach §§ 97ff dadurch nicht ausgeschlossen (str, dazu § 97 IV.1.e., Rdn 75). Die materielle Rechtskraft bewirkt allerdings eine Präklusion derjenigen Tatsachen, die bereits zum Zeitpunkt der vorherigen Entscheidung vorlagen. Eine abändernde Entscheidung kann daher nur auf neue Tatsachen gestützt werden. Das entspricht dem Kontinuitätsgedanken des § 96 Abs 2. Insbesondere ist auch das Gericht, das über die Frage der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nach §§ 250, 251 zu entscheiden hat, nach § 96 Abs 2 iVm § 99 Abs 5 Satz 2 an die im Verfahren nach § 98 ergangene Entscheidung gebunden.¹²⁰ **36**

Die Vorgreiflichkeit des Verfahrens nach §§ 97–99 bedeutet auch, dass andere Gerichte vom bisherigen Mitbestimmungsstatus auszugehen haben, wenn und solange nicht in einem Statusverfahren etwas Gegenteiliges festgestellt wurde.¹²¹ Dies gilt insbesondere **37**

¹¹² Oben IV., Rdn 30.

¹¹³ Baumbach/Hueck¹³ §§ 97–99, 12; KK/Mertens² §§ 97–99, 48 mwN.

¹¹⁴ Oben IV., Rdn 31.

¹¹⁵ Siehe Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 133; KK/Mertens² §§ 97–99, 49; MünchKommAktG/Semler 50.

¹¹⁶ Hüffer⁶ 9.

¹¹⁷ Die Verweisung dort spart Abs 5 Satz 2 ausdrücklich aus. Dazu auch Hüffer⁶ 10.

¹¹⁸ OLG Frankfurt AG 1985, 220 f.

¹¹⁹ Allgemein zum FGG-Verfahren OLG Hamm MDR 1970, 1020 mwN.

¹²⁰ KK/Mertens² §§ 97–99, 49; MünchKommAktG/Semler 50; Begründung RegE bei Kropff AktG 1965, S 133, im Übrigen wirkt dann auch dieses Urteil, wenn es die Nichtigkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds feststellt, für und gegen alle zur Wahl oder Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern berechtigten Personen und Gruppen (§ 252).

¹²¹ OLG Frankfurt AG 1985, 220, 221.

für die (Vor-) Frage, ob die Gesellschaft auf Grund ihrer regelmäßigen Arbeitnehmerzahl überhaupt dem MitbestG unterfällt.¹²²

3. Einreichung zum Handelsregister (Abs 5 Satz 3)

- 38** Die inter-omnes-Wirkung der Entscheidung gemäß Abs 5 Satz 2 findet ihren weiteren Ausdruck darin, dass der Vorstand die Entscheidung unverzüglich (§ 121 Abs 1 Satz 1 BGB) nach Rechtskraft zum Handelsregister einzureichen hat (Abs 5 Satz 3).¹²³ Die Entscheidung soll von jedermann eingesehen werden können.¹²⁴ Vom Vorstand einzureichen ist die rechtskräftige Entscheidung mit Gründen, nicht ausreichend ist die Entscheidungsformel.¹²⁵ Die Entscheidung wird in den Aktenband aufgenommen, der für jedes Registerblatt vom Registergericht geführt wird (§ 8 Abs 2 HRV).¹²⁶ Sie unterliegt sodann gemäß § 9 HGB der Publizität des Handelsregisters. Nach § 14 HGB kann der Vorstand durch Zwangsgeld zur Einreichung der Entscheidung angehalten werden.¹²⁷

VI. Die Kosten des Verfahrens (Abs 6)

- 39** Für die Kosten des gerichtlichen Verfahrens gilt nach Abs 6 Satz 1 die Kostenordnung. Der Geschäftswert, der der Kostenberechnung zugrunde zu legen ist, ist von Amts wegen festzusetzen (Abs 6 Satz 5). Er bestimmt sich nach § 30 Abs 2 KostO (nicht über 500.000 Euro) und soll regelmäßig auf 50.000 Euro festgesetzt werden (Abs 6 Satz 6). Der frühere Satz 7 der Vorschrift, nach dem das Gericht entgegen § 8 KostO keine Kostenvorschüsse erhebt, ist gestrichen, da darin eine unangemessene Risikoverteilung zu Lasten der Staatskasse gesehen wurde¹²⁸.
- 40** Für das gerichtliche Verfahren wird in beiden Rechtszügen das Vierfache der vollen Gebühr erhoben (Abs 6 Satz 2 und 3, 1. Halbsatz), auch dann, wenn die Beschwerde Erfolg hat (Abs 6 Satz 3, 2. Halbsatz). Wird der Antrag oder die Beschwerde zurückgenommen, bevor eine Entscheidung ergangen ist, so ermäßigt sich die Gebühr auf die Hälfte (Abs 6 Satz 4).
- 41** Kostenschuldnerin ist grundsätzlich die Gesellschaft (Abs 6 Satz 7). Sie ist diejenige, die das Hauptinteresse an der gerichtlichen Klärung hat.¹²⁹ Aus Billigkeitsgründen können die Kosten jedoch ganz oder teilweise dem Antragsteller auferlegt werden (Abs 6 Satz 8), so zB bei offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten¹³⁰ Anträgen¹³¹ und bei leichtfertig eingeleiteten Verfahren. Diese Billigkeitsregelung gilt nach *Mertens*¹³² nicht für die einzelnen Vorstandsmitglieder persönlich, da der Vorstand nicht im eigenen, sondern im Namen der Gesellschaft handele.¹³³ Soweit anderen Antragstellern danach die Kosten des Verfahrens auferlegt werden, bleibt zu prüfen, ob im Innenverhältnis ein

¹²² OLG Frankfurt AG 1985, 220, 221.

¹²³ Vgl Ausschussbericht bei *Kropff* AktG 1965, S 133 f.

¹²⁴ Vgl *Hüffer*⁶ 11.

¹²⁵ MünchKommAktG/*Semler* 53 im Anschluss an *Geßler/Geßler* 20.

¹²⁶ *Hüffer*⁶ 11.

¹²⁷ *Godin/Wilhelmi*⁴ 5.

¹²⁸ Siehe oben I.1., Rdn 1.

¹²⁹ Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 134; *Hüffer*⁶ 12; vgl auch *Semler* in: FS Claussen 1997, S 381, 391.

¹³⁰ Hierauf besonders abstellend Begründung RegE bei *Kropff* AktG 1965, S 134.

¹³¹ KK/*Mertens*² §§ 97–99, 51; MünchKommAktG/*Semler* 56 im Anschluss an *Geßler/Geßler* 22; *Hüffer*⁶ 12; *Godin/Wilhelmi*⁴ 6.

¹³² KK/*Mertens*² §§ 97–99, 51.

¹³³ So KK/*Mertens*² §§ 97–99, 51. Anders zur Antragsbefugnis oben IV., Rdn 27 und 30, sowie § 98 Rdn 24 f.

Regress gegenüber der Gesellschaft, etwa über einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675 Abs 1, 670 BGB, möglich ist¹³⁴. Abs 6 Satz 8 findet keine analoge Anwendung bei gerichtlicher Bestellung nach § 104¹³⁵.

Wegen der möglichen Prozesskostenhilfe für die Gesellschaft ist auf einen Beschluss des BFH¹³⁶ aufmerksam zu machen.¹³⁷ Danach kann das Prozesskostenhilfesuch einer inländischen juristischen Person nach § 14 FGG iVm § 116 Nr 2 ZPO nur Erfolg haben, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.¹³⁸ Es muss dafür außer den an der Führung des Prozesses wirtschaftlich Beteiligten ein erheblicher Kreis von Personen durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung in Mitleidenschaft gezogen werden können.¹³⁹ Als Beispiel dient der Fall, dass von der Durchführung des Prozesses die Erhaltung einer großen Zahl von Arbeitsplätzen abhängt.¹⁴⁰ Bei den hier in Frage stehenden Verfahren dürfte dagegen die mitbestimmungsrechtliche Relevanz der Fragen im Vordergrund stehen.

Die Anwaltsgebühren berechneten sich nach § 118 BRAGO,¹⁴¹ Anwendung findet nun das RVG.¹⁴² Die Kosten der Beteiligten (etwa eigene Anwaltskosten und Auslagen¹⁴³) werden nicht erstattet (Abs 6 Satz 9).

VII. Europäische Gesellschaft (SE)

1. Dualistische SE

Für die dualistische SE gilt mangels einer eigenständigen Regelung in bzw in Anwendung der SE-Verordnung grundsätzlich das nationale Aktienrecht entsprechend, § 99 AktG ist auch auf die dualistische SE anzuwenden. Angepasst werden die nationalen Regeln über das Statusverfahren nur insoweit, als nach § 17 Abs 3 Satz 1 SEAG auch der SE-Betriebsrat antragsberechtigt ist, für die unternehmerische Mitbestimmung ist das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) maßgeblich. **44**

2. Monistische SE

Für das Verfahren gilt nach § 26 Abs 4 SEAG die Vorschrift des § 99 AktG mit der Maßgabe, dass die Einreichung der rechtskräftigen Entscheidung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats erfolgt; nach § 99 Abs 5 Satz 3 AktG ist der Vorstand zuständig. Als Betriebsrat im Sinne von § 98 Abs 2 AktG ist auch der SE-Betriebsrat anzusehen. § 17 Abs 3 Satz 1 SEAG erklärt für ein Verfahren nach §§ 98, 99 auch den SE-Betriebsrat für antragsberechtigt, für ein Verfahren über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats kann insoweit nichts anderes gelten. **45**

¹³⁴ Dazu (allerdings speziell für Aufsichtsratsmitglieder) *Semler* in: FS Claussen 1997, S 381, 390 f mwN.

¹³⁵ OLG Düsseldorf AG 1994, 424; dazu bereits oben I.3., Rdn 4.

¹³⁶ BFH DB 1982, 2120; der Beschluss erging für das finanzgerichtliche Verfahren, ist aber insoweit verallgemeinerungsfähig, siehe *J. H. Geßler* 12.

¹³⁷ Richtiger Hinweis von *J. H. Geßler* 11.

¹³⁸ BFH DB 1982, 2120.

¹³⁹ So bereits BFH BStBl II 1973, 851.

¹⁴⁰ BFH DB 1982, 2120.

¹⁴¹ MünchKommAktG/*Semler* 57.

¹⁴² Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG) vom 5.5.2004, BGBl I 718.

¹⁴³ *Geßler/Geßler* 23.

§ 100

Persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder

(1) Mitglied des Aufsichtsrats kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Ein Betreuer, der bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unterliegt, kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein.

(2) Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer

1. bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist,
2. gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist, oder
3. gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört.

Auf die Höchstzahl nach Satz 1 Nr. 1 sind bis zu fünf Aufsichtsratssitze nicht anzurechnen, die ein gesetzlicher Vertreter (beim Einzelkaufmann der Inhaber) des herrschenden Unternehmens eines Konzerns in zum Konzern gehörenden Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, inne hat. Auf die Höchstzahl nach Satz 1 Nr. 1 sind Aufsichtsratsämter im Sinne der Nummer 1 doppelt anzurechnen, für die das Mitglied zum Vorsitzenden gewählt worden ist.

(3) Die anderen persönlichen Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sowie der weiteren Mitglieder bestimmen sich nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz und dem Drittelbeteiligungsgesetz.

(4) Die Satzung kann persönliche Voraussetzungen nur für Aufsichtsratsmitglieder fordern, die von der Hauptversammlung ohne Bindung an Wahlvorschläge gewählt oder auf Grund der Satzung in den Aufsichtsrat entsandt werden.

Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Grundlagen			
1. Gesetzesgeschichte	1		
a) Entwicklung bis zum AktG 1965	1		
b) KonTraG und weitergehende Reformvorschläge	4		
c) TransPuG und Corporate Governance	7		
d) Künftige Reformen	8		
2. Rechtsnatur und Normzweck	9		
3. Sonderregeln in mitbestimmten Gesellschaften	11		
4. Corporate Governance	12		
II. Persönliche Voraussetzungen (Abs 1)			
1. Unbeschränkt geschäftsfähige natürliche Person	16		
2. Grundsätzlich keine weiteren aktienrechtlichen Erfordernisse	19		
3. Sachkunde als Erfordernis der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied und/oder zum Ausschussmitglied?	20		
a) Sachkunde als Erfordernis der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied?	20		
		b) Sachkunde als Erfordernis der Bestellung zum Aufsichtsratsvorsitzenden und zum Ausschussmitglied?	31
		III. Gesetzliche Hinderungsgründe nach Abs 2	
		1. Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten (Abs 2 Satz 1 Nr 1)	32
		a) Grundsatz 10 Sitze	32
		aa) Einzuberechnende Mandate	32
		bb) Auslandsbezug	36
		b) Konzernprivileg (Abs 2 Satz 2)	40
		c) Doppelzählung von Aufsichtsratsvorsitzmandaten (Abs 2 Satz 3) und weitergehende Reformvorschläge	45
		2. Keine Aufsichtsratsmitgliedschaft entgegen Organisationsgefälle (Abs 2 Satz 1 Nr 2)	51
		a) Organisationsgefälle	51
		b) Auslandsbezug	54
		c) Doppelmandate im Konzern und Konzerneingangskontrolle	55

	Rdn		Rdn
3. Das Verbot der Überkreuzverflechtung (Abs 2 Satz 1 Nr 3)	58	b) Ablehnung der Wahl	109
a) Fälle von Überkreuzverflechtung	58	2. Rechtsfolgen bei anfänglichem Fehlen von Voraussetzungen	111
b) Auslandsbezug	62	a) Bei gesetzlichen Voraussetzungen	112
c) Freiwillig gebildeter Aufsichtsrat	63	b) Bei satzungsmäßigen Voraussetzungen	117
IV. Weitere Hinderungsgründe		3. Rechtsfolgen bei nachträglichem Wegfall von Voraussetzungen	119
1. Inkompatibilität nach § 105	64	a) Bei gesetzlichen Voraussetzungen	119
2. Außerhalb des AktG geregelte Inkompatibilität	66	b) Bei satzungsmäßigen Voraussetzungen	128
a) Öffentliches Recht	66	VIII. Interessenkonflikte und Rechtsfolgen von Interessenkonflikten	
b) Sonstige Vorschriften	70	1. Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern: Allgemeines und Fallgruppen	131
c) Deutscher Corporate Governance Kodex	72	a) Allgemeines	131
3. Ungeschriebene Inkompatibilitäten, insbesondere die Tätigkeit in Konkurrenzunternehmen	73	b) Interessenwahrung und Eigeninteressen	134
a) Das Problem	73	aa) Eigene Interessen als Aufsichtsratsmitglied	134
b) Die Reformdiskussion und die Absage des Gesetzgebers des KonTraG an solche Inkompatibilitäten	74	bb) Eigene Interessen als Aktionär der Gesellschaft	136
c) Rechtslage de lege lata: keine aktienrechtliche Inkompatibilität infolge von Interessenkonflikten	78	cc) Eigene Interessen als Arbeitnehmer der Gesellschaft	138
aa) Keine ungeschriebenen Inkompatibilitäten	78	dd) Wettbewerb mit der Gesellschaft	141
bb) Keine spezielle Inkompatibilität bei Konkurrenzunternehmen	79	ee) Aneignung von Geschäftschancen (corporate opportunities)	142
cc) Rechtsfolgen der Interessenkonflikte bei Tätigkeit in Konkurrenzunternehmen	83	ff) Ausnutzung von Geschäftsgeheimnissen und Insiderinformationen	143
dd) Haftung bei Tätigkeit auch für Konkurrenzunternehmen	85	gg) Einsatz und Ausnutzung der Organstellung zum eigenen Nutzen	145
4. Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	86	c) Eigene Interessen und Ausgestaltung vertraglicher bzw korporationsrechtlicher Beziehungen zur Gesellschaft	146
a) Rechtslage und Problem	86	aa) Eigengeschäfte mit der Gesellschaft	146
b) Die Empfehlung der Europäischen Kommission	87	bb) Beratungsverträge mit und Kredite der Gesellschaft (§§ 114, 115)	147
c) Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	90	cc) Übermäßige Vergütung	150
d) Einzelfragen und Deutscher Corporate Governance Kodex	93	dd) Geschäfte der Gesellschaft mit den Aufsichtsratsmitgliedern nahe stehenden Dritten	152
e) Lead bzw senior independant director	95	d) Vertretung auch von divergierenden Drittinteressen	154
V. Persönliche Voraussetzungen für Arbeitnehmervertreter und „weitere Mitglieder“ (Abs 3)	96	aa) Aufsichtsratsmandate in Konkurrenzunternehmen	154
VI. Satzungsmäßige Regelungen (Abs 4)		bb) Entsandte Aufsichtsratsmitglieder, geschäftliche Beziehungen	157
1. Personelle Reichweite zulässiger satzungsmäßiger Regelungen	100	cc) Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat	159
2. Zulässiger Inhalt satzungsmäßiger Regelungen	102	dd) Bankenvertreter und Bieter in Übernahmesituationen	161
a) Für entsandte Aufsichtsratsmitglieder	102	ee) Vertreter der öffentlichen Hand	162
b) Für von der Hauptversammlung gewählte Aufsichtsratsmitglieder	103		
VII. Rechtsfolgen bei Fehlen bzw Wegfall der Voraussetzungen			
1. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen	108		
a) Die persönlichen Voraussetzungen als Amtsantrittsvoraussetzungen	108		