

# Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder

Semler / v. Schenck / Wilsing

5. Auflage 2021  
ISBN 978-3-8006-5168-9  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

die Wahlen des Aufsichtsratsvorsitzenden, seines Stellvertreters, der Ausschussvorsitzenden und der Ausschussmitglieder (→ § 5 Rn. 36).

Selten findet man eine Tagesordnung für eine ordentliche Sitzung, die nicht mit dem Punkt „**Verschiedenes**“ endet. Neben logistischen Themen, wie Festlegung von Sitzungsterminen und Verabschiedungen von Aufsichtsratsmitgliedern, die unterjährig ausscheiden, werden unter diesem Punkt vielfach **kurzfristig**, oft erst in der Sitzung **gestellte Zusatzanträge** zur Tagesordnung oder aktuelle Vorfälle behandelt. Wesentliche, einer Beschlussfassung des Aufsichtsrats unterliegende Punkte dürfen jedoch nicht unter diesem Tagesordnungspunkt „versteckt“ werden.<sup>132</sup> Eine derart kurzfristig anberaumte Beschlussfassung ist nur möglich, wenn kein Aufsichtsratsmitglied widerspricht; abwesende Aufsichtsratsmitglieder müssen in einem angemessenen Zeitraum der Beschlussfassung zustimmen.<sup>133</sup>

## 7. Ergänzungsanträge zur angekündigten Tagesordnung

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht, eine Ergänzung angekündigter sowie die Aufnahme weiterer Tagesordnungspunkte zu verlangen.<sup>134</sup> Das sollte **unlichst rechtzeitig**, also alsbald nach Erhalt der Tagesordnung, jedenfalls aber vor der Sitzung, erfolgen, um die Unterrichtung der anderen Mitglieder zu ermöglichen. Die Entscheidung über die Zulassung obliegt grundsätzlich dem Vorsitzenden.<sup>135</sup> Sie kann auf entsprechenden Antrag aber auch durch Beschluss des Plenums erfolgen. Voraussetzung ist in jedem Fall, weil es sich bei einem nicht alsbald gestellten Ergänzungsantrag um ein **Fristversäumnis** handelt, dass alle Aufsichtsratsmitglieder dem Verzicht auf die Fristeinhaltung zustimmen oder dem Beschluss nicht binnen angemessener Frist widersprechen bzw. ihm nachträglich zustimmen.<sup>136</sup> Falls der Aufsichtsratsvorsitzende den Ergänzungsantrag ablehnt, kann eine Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss erfolgen, sonst hilft nur eine neue Aufsichtsratssitzung.<sup>137</sup> Ergänzungen der Tagesordnung können, der Meinung in der Literatur folgend, vom Vorstand oder von einem Aufsichtsratsmitglied erzwungen werden.<sup>138</sup> Eine Regelung kann auch in der Satzung getroffen werden.<sup>139</sup>

Solche **Ergänzungs-** oder **Zusatzanträge** werden in der Praxis immer wieder mit der Begründung der Eilbedürftigkeit **erst zum Sitzungsbeginn** gestellt und die betreffenden Unterlagen als Tischvorlage verteilt. Dann liegt jedenfalls ein Fristversäumnis vor. Der Verzicht auf die Einhaltung der Frist kann, wie in anderen Fällen, nur vom Aufsichtsrat bei voller Präsenz<sup>140</sup> beschlossen werden; fehlt ein Aufsichtsratsmitglied, sollte mit Zustimmung aller Anwesenden dessen **Genehmigung nachträglich** eingeholt werden, um das ansonsten bestehende Risiko der Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses<sup>141</sup> auszu-

<sup>132</sup> Vgl. OLG Naumburg NZG 1999, 317; Hüffer/Koch/Koch AktG § 110 Rn. 4, 5; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* AktG § 110 Rn. 14.

<sup>133</sup> LKV Aufsichtsrat Rn. 723.

<sup>134</sup> Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* AktG § 110 Rn. 17; MHdB GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 31 Rn. 43. *Hoffmann/Preu* Aufsichtsrat Rn. 410.

<sup>135</sup> MHdB GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 31 Rn. 43; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* AktG § 110 Rn. 17; *Kindl* Aufsichtsratssitzung 74 ff.

<sup>136</sup> LKV Aufsichtsrat Rn. 723; s. aber *Baums* ZGR 1983, 300 (316 ff.).

<sup>137</sup> Ggf. gem. § 110 Abs. 2 AktG erzwingbar, s. *Hoffmann/Preu* Aufsichtsrat Rn. 410.

<sup>138</sup> Analog zu § 110 Abs. 2 AktG, vgl. MHdB GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 31 Rn. 43.

<sup>139</sup> S. zB § 18 Abs. 1 S. 3 und 4 der Satzung der Merck KGaA in der Fassung vom 27.4.2018: „Zu Gegenständen der Tagesordnung, die nicht mit der Einberufung mitgeteilt worden sind, kann ein Beschluss nur gefasst werden, wenn kein Mitglied widerspricht. Abwesenden Mitgliedern ist in einem solchen Fall Gelegenheit zu geben, der Beschlussfassung innerhalb einer vom Vorsitzenden bestimmten angemessenen Frist nachträglich zu widersprechen; der Beschluss wird erst wirksam, wenn kein abwesendes Mitglied innerhalb der Frist widersprochen hat.“

<sup>140</sup> Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 110 Rn. 5.

<sup>141</sup> Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 108 Rn. 18 ff., § 110 Rn. 5.

schließen. Das wird nicht selten übersehen. Gibt der Abwesende im Rahmen des gemischten Beschlussverfahrens seine Stimme ab, gilt das als konkludenter Verzicht auf die Einhaltung der Frist.<sup>142</sup>

## 8. Punkte außerhalb der Tagesordnung

- 110 Im Rahmen seiner Leitungsbefugnis kann der Vorsitzende die Besprechung von Gegenständen zulassen, die nicht in die Tagesordnung aufgenommen worden sind oder aufgenommen werden sollen. Das kommt in der Praxis immer wieder vor, zB wenn eine Protokollierung aus Gründen der **Geheimhaltung** vermieden werden soll. Diese Möglichkeit bietet sich zur **Problemlösung** auch dann an, wenn Ergänzungs- oder Zusatzanträge zur Tagesordnung nicht satzungskonform gestellt worden sind. Die Besprechung dient in einem solchen Fall der **Erleichterung eines später zu fassenden Beschlusses**, sei es im schriftlichen Umlaufverfahren, sei es in einer späteren Sitzung des Aufsichtsrats oder Telefonkonferenz. Im Übrigen wird die Gelegenheit des Zusammentreffens aller – oder zumindest der Mehrheit der – Aufsichtsratsmitglieder oft genutzt, um vor oder nach Erledigung der Tagesordnung allgemeine Angelegenheiten des Unternehmens zu erörtern.

## IV. Durchführung von Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen

### 1. Sitzungsleitung

- 111 Der Aufsichtsratsvorsitzende leitet in der Regel die Aufsichtsratssitzungen. Dies ergibt sich aus seiner Funktion als Vorsitzender eines Kollegialorgans.<sup>143</sup> Dieses Recht zur Sitzungsleitung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass der Aufsichtsrat auch über **Verfahrensfragen** entscheiden kann und dahingehende Anträge zuzulassen sind.<sup>144</sup> Im Übrigen wird das regelmäßig so auch in der Satzung und, falls vorhanden, der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat bestimmt.
- 112 Der Aufsichtsratsvorsitzende kann zwar – anders als in einer Hauptversammlung – grundsätzlich das **Rederecht** eines Aufsichtsratsmitglieds<sup>145</sup> nicht beschränken, weil ihm **keine Disziplinarbefugnisse** oder Weisungsrechte gegenüber anderen Aufsichtsratsmitgliedern zustehen.<sup>146</sup> Er sollte aber über genügend Autorität und Durchsetzungsvermögen verfügen, um fruchtlose Debatten abzuschneiden und kann in diesem Zusammenhang Redezeitbegrenzungen einführen.<sup>147</sup> Im äußersten Fall kann er den Betreffenden von der **Teilnahme ausschließen**, wenn anderenfalls die Sitzungsdurchführung gefährdet wäre.<sup>148</sup>
- 113 Wenn der Vorsitzende – aus welchen Gründen auch immer – verhindert ist, die Sitzung zu leiten, übernimmt dies der **stellvertretende Vorsitzende** (§ 107 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>149</sup> Es ist insoweit **ohne Bedeutung, ob bei mitbestimmten Gesellschaften der Stellvertreter ein Arbeitnehmervertreter** ist. Der Stellvertreter übernimmt auch die Sitzungs-

<sup>142</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 41; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 110 Rn. 19.

<sup>143</sup> Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 416, 440, 441; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 22, 53; Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 8; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 107 Rn. 36; LKV Aufsichtsrat Rn. 679; Spindler/Stilz/Spindler AktG § 107 Rn. 41.

<sup>144</sup> Engels, Die Leitung der Aufsichtsratssitzung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, 2019, 81, 85; KK-AktG/Mertens/Cahn AktG § 107 Rn. 41.

<sup>145</sup> Kindl Aufsichtsratssitzung 84.

<sup>146</sup> Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 110 Rn. 19.

<sup>147</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 56; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 107 Rn. 36.

<sup>148</sup> Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 107 Rn. 38; Kindl Aufsichtsratssitzung 87; MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 56.

<sup>149</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 24; Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 7; Großkomm-AktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 153 ff., § 110 Rn. 12; LKV Aufsichtsrat Rn. 684.

leitung, wenn der Vorsitzende die Aufsichtsratsitzung vorübergehend verlässt oder sich verspätet. Ein **Vertretungsfall** ist jedoch nicht in dem seltenen Fall anzunehmen, dass der Vorsitzende trotz persönlicher Anwesenheit die Leitung nicht übernehmen will.<sup>150</sup> Die Satzung oder die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat können Beispielsfälle festlegen, was als Verhinderungsfall anzusehen ist.<sup>151</sup>

Ist weder der Vorsitzende noch ein Stellvertreter zur Leitung der Aufsichtsratsitzung anwesend, so entspricht es der üblichen Praxis und wird oft so in der Satzung oder der Geschäftsordnung formuliert, dass das **älteste Aufsichtsratsmitglied** den Vorsitz übernimmt und die Sitzung leitet.<sup>152</sup> Dabei kommt es auf das **Lebensalter** des Betreffenden an, nicht auf das Dienstalster als Aufsichtsratsmitglied. Diese Regelung kann auch für den Fall einer **vorübergehenden Sitzungsleitung** getroffen werden, zB wenn es um die Wahl des Vorsitzenden geht.<sup>153</sup> Im Übrigen kann in der Sitzung auch *ad hoc* ein Vorsitzender gewählt werden. Der **Ehrenvorsitzende** des Aufsichtsrats kann zwar, wenn das in der Satzung vorgesehen ist oder der Aufsichtsrat das einstimmig beschließt, an einer Aufsichtsratsitzung ohne Rechte – wie Rede-, Antrags- oder Stimmrecht – teilnehmen, kommt jedoch mangels Sitz und Stimme im Aufsichtsrat als Sitzungsleiter nicht in Betracht.

## 2. Sitzungsablauf

### a) Feststellung der Ordnungsmäßigkeit der Einberufung

Es gehört zu den formellen Grundpflichten, dass der Vorsitzende zu Beginn einer Aufsichtsratsitzung deren form- und fristgerechte Einberufung sowie die Beschlussfähigkeit feststellt; die entsprechenden Vorgaben sind regelmäßig in der Satzung festgelegt.<sup>154</sup> Nur ein ordnungsgemäß einberufener Aufsichtsrat kann wirksame Beschlüsse fassen, es sei denn, alle Aufsichtsratsmitglieder (nicht nur die an der Sitzung teilnehmenden) verzichten auf die Einhaltung von Form und Frist für die Einberufung.<sup>155</sup>

### b) Genehmigung des Protokolls der letzten Sitzung

Die **Protokollpflicht** ist gesetzlich niedergelegt, nicht dagegen eine Pflicht zur Genehmigung des Protokolls,<sup>156</sup> obwohl die Genehmigung des Protokolls anzuraten und durchaus üblich ist. Entsprechendes gilt auch für außerhalb einer Sitzung – telefonisch, schriftlich, gemischt, usw. – gefasste Beschlüsse.<sup>157</sup> Jedes Aufsichtsratsmitglied hat einen rechtlichen Anspruch darauf, eine Abschrift des Sitzungsprotokolls zu erhalten (§ 107 Abs. 2 S. 4 AktG).<sup>158</sup> Wird eine **Änderung** verlangt, so sollte dies der Genehmigung zeitlich vorgelagert mit dem darüber entscheidenden Aufsichtsratsvorsitzenden, der auch das Protokoll zu unterschreiben hat (§ 107 Abs. 2 S. 1 AktG), abgestimmt werden. Änderungswünsche werden aber vielfach auch erst in der Sitzung selbst ausdiskutiert, was bei kritischen Formulierungen viel Zeit in Anspruch nehmen kann. Ein so genehmigtes Protokoll ist wegen seiner **Beweisfunktion** von Bedeutung.<sup>159</sup>

<sup>150</sup> Vgl. Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 10; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 24.

<sup>151</sup> Spindler/Stilz/Spindler AktG § 107 Rn. 57.

<sup>152</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 10; LKV Aufsichtsrat Rn. 705.

<sup>153</sup> Vgl. § 4 Abs. 7 der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat und seine Ausschüsse der Daimler AG idF vom November 2019: „Der Aufsichtsrat kann jedoch im Fall der Dringlichkeit mit allen Stimmen der anwesenden Mitglieder beschließen, dass das an Lebensjahren älteste Aufsichtsratsmitglied die Sitzung leitet.“

<sup>154</sup> S. aber § 110 Abs. 1 S. 2 AktG: binnen zwei Wochen nach Einberufung.

<sup>155</sup> Zu den Einzelheiten der Einberufung → Rn. 36 ff.

<sup>156</sup> LKV Aufsichtsrat Rn. 710; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 110.

<sup>157</sup> § 107 Abs. 2 AktG gilt entsprechend; Muster s. MVHdB GesR Hölters/Favoccia Muster V.62.

<sup>158</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 109; Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 16; LKV Aufsichtsrat Rn. 712.

<sup>159</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 15; LKV Aufsichtsrat Rn. 711.

### c) Genehmigung und Reihenfolge der Tagesordnung

- 117 Häufig wird als weiterer einführender Tagesordnungspunkt die vorab versandte Tagesordnung zur Abstimmung gestellt oder es wird bei möglichen Änderungs- oder Ergänzungsvorschlägen um Zustimmung gebeten; hierzu ist auf das oben zu Ergänzungsanträgen zur Tagesordnung Gesagte zu verweisen.
- 118 Aus der Leitungsfunktion des Vorsitzenden folgt, dass er auch die **Reihenfolge** der Erledigung der Punkte der Tagesordnung bestimmen kann.<sup>160</sup> Üblicherweise folgt man der Reihenfolge, wie sie in der Tagesordnung selbst aufgeführt ist, jedoch kann es vorkommen, dass ein Gast der Sitzung erst später verfügbar ist oder Aufsichtsratsmitglieder die Sitzung früher verlassen müssen. Dann bietet es sich an, die Reihenfolge anzupassen. Im Einzelfall kann die **Reihenfolge der Erledigung** eine bedeutsame Rolle spielen. Ein routinierter Sitzungsleiter wird nicht selten zu dem Mittel einer **Umstellung der Reihenfolge** greifen, wenn angesichts des Sitzungsverlaufs zu erwarten ist, dass ein Tagesordnungspunkt zu Kontroversen führen wird. Dann zieht er die unproblematisch erscheinenden Punkte im Interesse eines konstruktiven Sitzungsklimas zeitlich vor.<sup>161</sup>

### d) Verschiebung und Vertagung der Beschlussfassung

- 119 Eine **Verschiebung der Beschlussfassung** durch kurzfristige **Unterbrechung der Sitzung**, wozu der Vorsitzende berechtigt ist,<sup>162</sup> bietet sich in verschiedenen Fällen an, zB wenn mit dem späteren Eintreffen eines Aufsichtsratsmitglieds gerechnet werden kann oder der Punkt noch weiterer Aufklärung bedarf, etwa durch Herbeischaffung entsprechender Unterlagen oder durch *ad hoc* beigezogene Angestellte als Auskunftspersonen oder als Sachverständige. Hier zeigt sich die Nützlichkeit der Bestimmung des Sitzungsorts am Sitz der Gesellschaft. Die unterbrochene Sitzung sollte, muss aber nicht notwendigerweise, am selben Tag fortgesetzt werden.<sup>163</sup>
- 120 Möglich ist auch eine **wiederholte Beschlussfassung**, wenn die erste Abstimmung problembehaftet sein sollte. Typischer Fall ist eine Pattsituation, dh **Stimmengleichheit**,<sup>164</sup> wenn der Vorsitzende kein Zweitstimmrecht hat oder es nicht ausüben will, zB weil dies zu einer Klimaverschlechterung im Aufsichtsrat führen könnte. Eine erneute Diskussion über den entsprechenden Gegenstand der Beschlussfassung kann sich als nützlich erweisen. Jedes Aufsichtsratsmitglied kann einen Antrag auf erneute Diskussion stellen,<sup>165</sup> worüber der Sitzungsleiter entscheidet. Erfolgt bei der **wiederholten Abstimmung** ein gültiger Mehrheitsbeschluss, wird damit der erste – ablehnende – Beschluss hinfällig.
- 121 Der Vorsitzende oder einzelne Aufsichtsratsmitglieder haben das Recht, eine **Vertagung** auf eine nachfolgende Sitzung zu verlangen.<sup>166</sup> Die Satzung und Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat kann dem Vorsitzenden das Recht einräumen, eine Vertagung zu bestimmen.<sup>167</sup> Anderenfalls ist ein Beschluss des Aufsichtsrats erforderlich.<sup>168</sup> Dabei kann es sich um eine Vertagung der gesamten Sitzung oder nur der Behandlung einzelner Gegenstände der Tagesordnung handeln, insbesondere **wenn die Beschlussfähigkeit nicht ge-**

<sup>160</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 55.

<sup>161</sup> LKV Aufsichtsrat Rn. 705.

<sup>162</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 56; Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 416 ff.

<sup>163</sup> Zur Vertagung s. Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 108 Rn. 47.

<sup>164</sup> Werner ZGR 1977, 219 (236, 242).

<sup>165</sup> Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 416.

<sup>166</sup> Engels, Die Leitung der Aufsichtsratssitzung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, 2019, 145 ff.; Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 416, 417; Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG § 108 Rn. 47; LKV Aufsichtsrat Rn. 724.

<sup>167</sup> Vorbehaltlich einer abweichenden Entscheidung des Plenums, vgl. MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 86.

<sup>168</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 86; Engels, Die Leitung der Aufsichtsratssitzung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, 2019, 147.

**geben ist oder Zufallsmehrheiten**<sup>169</sup> **vermieden** werden sollen. Dies gilt dann, wenn zB ein Mitglied die Sitzung vorübergehend oder endgültig verlässt und keinen Gebrauch von der Möglichkeit macht, einen Stimmboten einzusetzen, oder wenn eine gemischte Beschlussfassung beschlossen wird. Eine dahingehende Satzungsbestimmung darf jedoch nicht dem allgemeinen Prinzip der Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder widersprechen,<sup>170</sup> und ein möglicher Gebrauch davon ist nur als *ultima ratio* zu verstehen.

Es gibt verschiedentlich Fälle, in denen die vorgesehene Länge der Aufsichtsratsitzung überschritten wird und folglich die Präsenz oder die Sicherstellung einer sorgfältigen Behandlung sämtlicher Punkte der Tagesordnung gefährdet erscheint. Dann sollte der Vorsitzende im Rahmen seiner **Leitungsbefugnis** das Recht haben, die **Sitzung zu schließen**. Auch einzelne Aufsichtsratsmitglieder können das beantragen. In solchen Fällen ist es ratsam, Termin und Ort für eine neue Sitzung zu beschließen. Man kann aber auch, sollte dies praktikabel sein, anstelle der Schließung eine spätere Fortsetzung der Sitzung – zB am folgenden Tag – beschließen, ohne dass es sich dabei um eine Vertagung handeln muss.

### 3. Beschlussfähigkeit, Quorum

Das AktG schreibt für die Entscheidungen des Aufsichtsrats die Form des Beschlusses vor (§ 108 Abs. 1 AktG). Auch **Ausschüsse** können Beschlüsse fassen, wenn sie dazu vom Plenum ermächtigt wurden. Der Aufsichtsratsvorsitzende alleine kann keine Beschlüsse fassen. Das setzt zur Gültigkeit die **Beschlussfähigkeit** in der jeweiligen Sitzung voraus, und zwar bei jedem Beschluss.

Üblich ist es, vor der Beschlussfassung die **Beschlussfähigkeit festzustellen**, wenn dies unklar ist.<sup>171</sup> Die Voraussetzungen der Beschlussfähigkeit ergeben sich regelmäßig aus der Satzung.<sup>172</sup> Es bestehen aber rechtliche Besonderheiten bezüglich mitbestimmter Gesellschaften.<sup>173</sup> Die Feststellung der festgelegten Beschlussfähigkeit ist somit von Bedeutung und zwar ggf. für jeden einzelnen Beschluss. Mit einer solchen Feststellung kann im **Streitfall** die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassungen durch Hinweis auf das Sitzungsprotokoll nachgewiesen werden.

Verlässt ein Aufsichtsratsmitglied ohne Hinterlassung einer schriftlichen Stimmabgabe oder Erteilung einer Stimmbotschaft vorzeitig die Sitzung, gefährdet es dadurch die Rechtsgültigkeit später gefasster Beschlüsse. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass alle Aufsichtsratsmitglieder eingeladen worden sind, es sei denn, dass auch das nicht eingeladene Mitglied trotzdem erschienen ist, weil es auf andere Weise von der Sitzung unterrichtet worden ist. Regelmäßig wird die Frage des Quorums in der Satzung geregelt.<sup>174</sup> Danach kann als Voraussetzung für ein **Quorum** die Teilnahme aller Aufsichtsratsmitglieder oder einer Mindestzahl vorgeschrieben werden,<sup>175</sup> und zwar unabhängig davon, ob sie im Einzelfall stimmberechtigt sind oder nicht. Fehlt es an einer solchen Satzungsregelung und greift auch keine gesetzliche Regelung, so ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die  **Hälfte der Zahl der Mitglieder**, aus denen er bestehen soll, an der Abstimmung teilnimmt (§ 108 Abs. 2 S. 2 AktG). Die **Teilnahme eines bestimmten Mitglieds** – etwa des „Vertreters“ des Mehrheitsaktionärs – **als Voraussetzung der Be-**

<sup>169</sup> Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 418.

<sup>170</sup> BGHZ 83, 151 ff. = NJW 1982, 1530 – Bilfinger & Berger Bau AG.

<sup>171</sup> Dies ist zB der Fall, wenn bei einer Sitzung einige Mitglieder per Telefon teilnehmen.

<sup>172</sup> Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 405; Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 15.

<sup>173</sup> Gem. § 28 MitbestG und § 10 MontanMitbestG ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. Dazu Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 17 und 18.

<sup>174</sup> LKV Aufsichtsrat Rn. 717; MVHdB GesR. Hölter/Favocia Muster V.27 Anm. 40.

<sup>175</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 60.

**schlussfähigkeit kann nicht vorgeschrieben werden**, weil das praktisch ein Vetorecht bedeuten würde.<sup>176</sup>

- 126 Sollte der **Aufsichtsrat nicht vollständig besetzt** sein, hat dies keinen Einfluss auf die Beschlussfähigkeit (§ 108 Abs. 2 S. 4 AktG),<sup>177</sup> sofern die Hälfte seiner nach Gesetz oder Satzung vorgesehenen Mitglieder teilnimmt (§ 108 Abs. 2 S. 2 AktG), **mindestens aber drei Mitglieder** (§ 108 Abs. 2 S. 3 AktG). Bei einem dreiköpfigen Aufsichtsrat bedeutet dies, dass alle Mitglieder teilnehmen müssen.<sup>178</sup> Umgekehrt kann die Satzung nicht verlangen, dass sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats, aus denen er nach Gesetz oder Satzung bestehen soll, an der Sitzung teilnehmen, sondern nur, dass alle vorhandenen Mitglieder teilnehmen; gleichwohl ist auch von einer solchen Regelung dringend abzuraten, da sie sehr schnell zu einer Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats führen kann.<sup>179</sup> Bestimmt die Satzung, wie häufig, dass das Quorum aus einem Bruchteil der Zahl aller Aufsichtsratsmitglieder besteht, richtet sich die **Berechnung nach der Sollstärke**.<sup>180</sup> Das Gleiche gilt für dem MitbestG unterliegende Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (§ 28 S. 1 MitbestG und § 10 MontanMitbestG); auch hier setzt die Beschlussfähigkeit voraus, dass sich mindestens die Hälfte der satzungsmäßig vorgeschriebenen Sollstärke aller Mitglieder an der Beschlussfassung beteiligt.<sup>181</sup>
- 127 In dem praktisch wichtigen Fall eines **Stimmverbots für ein Aufsichtsratsmitglied im dreiköpfigen Aufsichtsrat** hat der BGH<sup>182</sup> entschieden, dass zur Einhaltung des gesetzlichen Quorums, und damit zur Wahrung der Beschlussfähigkeit, für das befangene Aufsichtsratsmitglied ein **Teilnahmegebot** an der Sitzung besteht, es aber aus Gründen der Befangenheit nicht mitstimmen darf, sondern sich der Stimme zu enthalten hat.<sup>183</sup> Das Urteil, das die Frage der Zulässigkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern zum Gegenstand hatte,<sup>184</sup> bietet für die meisten Fälle eine praxiserrechte Lösung.
- 128 Der **Grundsatz der Gleichbehandlung** aller Aufsichtsratsmitglieder ist in jedem Fall einzuhalten. Satzungsbestimmungen dahingehend, dass die Beschlussfähigkeit von der Teilnahme des Aufsichtsratsvorsitzenden oder mindestens der gleichen Zahl von Aktionärsvertretern und von Arbeitnehmervertretern abhängt, sind unzulässig.<sup>185</sup> Es gilt nur das satzungsmäßige, ersatzweise das gesetzliche Quorum, mithin muss zB mindestens die Hälfte aller Aufsichtsratsmitglieder, aus denen das Gremium zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnehmen, in jedem Fall aber mindestens drei (§ 108 Abs. 2 S. 2 AktG). Diese Beschlussfähigkeit sollte im Verlauf einer Sitzung durchgehend gewahrt werden.

<sup>176</sup> BGHZ 83, 151 (156) = NJW 1982, 1530; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 60.

<sup>177</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 16; LKV Aufsichtsrat Rn. 720.

<sup>178</sup> MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 44, bei einem vorliegenden Interessenskonflikt eines dieser Mitglieder kommt daher im Beschlussfall nur die Stimmenthaltung in Frage; siehe zum Stimmverhalten bei Interessenkonflikten auch Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 14.

<sup>179</sup> KK-AktG/Mertens/Cahn AktG § 108 Rn. 80, die darin eine unzulässige Einschränkung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats sehen.

<sup>180</sup> BGHZ 4, 224 (228) = NJW 1952, 343; MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 43.

<sup>181</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 60; MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 40.

<sup>182</sup> BGH NJW-RR 2007, 1483 = DStR 2007, 1046 (1047). Hierzu v. Schenck DStR 2007, 395 (401).

<sup>183</sup> In der Literatur kontrovers erörtert, v. Schenck DStR 2007, 395 ff.; Weiss BB 2007, 1853 (Fn. 6); Müller-Michaels ZCG 2006, 99 (101), jew. mwN.

<sup>184</sup> Vgl. hierzu v. Schenck DStR 2007, 395 ff.; Weiss BB 2007, 1853 ff.

<sup>185</sup> BGHZ 83, 151 = NJW 1982, 1530 – Bilfinger & Berger Bau AG; MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 39; Hoffmann/Preu Aufsichtsrat Rn. 405; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 60.



## 4. Beschlussanträge und Abstimmungen

### a) Beschlussanträge

**Jedes Aufsichtsratsmitglied** kann einen Beschlussantrag stellen, der erforderlich ist, um einen Beschluss fassen zu können.<sup>186</sup> Der Gegenstand der Beschlussfassung sollte klar und eindeutig formuliert und in das Protokoll aufgenommen werden, eine Grundregel, die in der Praxis leider nicht immer beachtet wird und später zu Auseinandersetzungen führen kann.<sup>187</sup> 129

Entscheidungen des Aufsichtsrats sind immer dann erforderlich, wenn dem Willen des Aufsichtsrats als Organ Ausdruck verliehen werden soll.<sup>188</sup> Fasst der Aufsichtsrat einen Beschluss, muss sich jedes anwesende Aufsichtsratsmitglied entscheiden, wie es zu dem Beschlussvorschlag steht. Es wird also jedes einzelne Mitglied in die Pflicht genommen. Etwaige spätere Gegenargumente werden somit erschwert.<sup>189</sup> Das setzt Beschlussfähigkeit voraus.<sup>190</sup> Der entsprechende Beschluss wird im Wege der **Abstimmung** gefasst, deren Ergebnis vom Vorsitzenden zu verkünden und in das Protokoll aufzunehmen ist. Wichtig ist hierbei eine **klare und allen verständliche Formulierung** des Beschlussantrags. In der Praxis findet man immer wieder Fälle, bei denen die ursprüngliche Formulierung als Ergebnis der darüber geführten Diskussion mehrfach geändert wird und am Ende Unklarheit darüber besteht, was nun eigentlich beschlossen worden ist. Der Vorsitzende ist daher gut beraten, wenn er die endgültige Formulierung vor der Abstimmung noch einmal verliest und deutlich macht, dass darüber nun endgültig Beschluss gefasst werden soll. Beschlüsse sind **ausdrücklich**<sup>191</sup> zu fassen (§ 108 Abs. 1 AktG). Es gibt **keine stillschweigenden Beschlüsse** des Aufsichtsrats.<sup>192</sup> Im Übrigen bestimmt der Vorsitzende die Art und Weise der Abstimmung; sie erfolgt zumeist durch Handaufheben oder aber schriftlich im Sonderfall einer Geheimabstimmung. 130

### b) Mehrheitserfordernisse

Das Gesetz enthält keine generelle Bestimmung über die **Mehrheiten** für Aufsichtsratsbeschlüsse,<sup>193</sup> doch finden sich solche in mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften, die unter anderem eine Verschärfung ausschließen,<sup>194</sup> aber auch vorsehen, dass die Bestellung von Vorstandsmitgliedern grundsätzlich eine Mehrheit im Aufsichtsrat von „mindestens zwei Drittel der Stimmen seiner Mitglieder“ erfordert (§ 31 Abs. 2 MitbestG). Üblicherweise ist in der Satzung bestimmt, dass eine **einfache Mehrheit** der gültig abgegebenen Stimmen ausreicht.<sup>195</sup> Das gilt für alle Beschlüsse, die der Aufsichtsrat nach Gesetz zu fassen hat.<sup>196</sup> Dabei hat jedes Aufsichtsratsmitglied das gleiche Stimmrecht.<sup>197</sup> Bei nicht mitbestimmten Gesellschaften kann die Satzung<sup>198</sup> qualifizierte Mehrheiten für bestimmte Beschlüsse, zB Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats für bestimmte Geschäfte oder Änderungen der vom Aufsichtsrat beschlossenen Geschäftsordnung, vorschreiben. 131

<sup>186</sup> MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 17; Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 6.

<sup>187</sup> Vgl. dazu auch Hoensch/Henning BOARD 2013, 199 ff.

<sup>188</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 2.

<sup>189</sup> Hoensch/Henning BOARD 2013, 199.

<sup>190</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 6, 10 ff.; → Rn. 98.

<sup>191</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 4; LKV Aufsichtsrat Rn. 714.

<sup>192</sup> BGH DB 1989, 472; OLG Schleswig AG 2001, 651; Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 4; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 65.

<sup>193</sup> Vgl. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB.

<sup>194</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 71 ff.

<sup>195</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 6; LKV Aufsichtsrat Rn. 733.

<sup>196</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 66.

<sup>197</sup> AllgM, Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 9, analog zu § 34 BGB.

<sup>198</sup> Nicht die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat, str., so MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 69.

- 132 Grundsätzlich ist bei **Stimmengleichheit** die Ablehnung des betreffenden Antrags anzunehmen.<sup>199</sup> Bei nicht dem MitbestG oder dem MontanMitbestG unterliegenden Gesellschaften kann die Satzung – nicht die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats<sup>200</sup> – vorsehen, dass im Fall von Stimmengleichheit der Aufsichtsratsvorsitzende (oder, falls er verhindert ist, die Sitzung zu leiten, sein Stellvertreter) das Recht zum **Stichentscheid** hat, allerdings kein Vetorecht.<sup>201</sup> Vielfach wird das in der Satzung dahingehend formuliert, dass in einem solchen Fall die Stimme des Vorsitzenden „den Ausschlag gibt“. Das hat sich zur **Lösung von Patt-Situationen** als nützlich erwiesen. Nach dem MitbestG hat bei paritätisch zusammengesetzten Aufsichtsräten der Vorsitzende, nicht aber sein Stellvertreter (§ 29 Abs. 2 S. 3 MitbestG), ein **doppeltes Stimmrecht** in der zweiten Abstimmung derselben Sitzung, wenn bei der ersten Abstimmung Stimmengleichheit bestand (§§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 4 MitbestG).<sup>202</sup> Im Fall seiner Verhinderung kann nur seine schriftliche Stimmabgabe helfen.<sup>203</sup> Die Möglichkeit einer **Losentscheidung**, die als Lösung auch vorgeschlagen wurde, erscheint abwegig und sollte nicht vorgesehen werden.<sup>204</sup>

### c) Stimmrechtsausschluss, Interessenkonflikt

- 133 Ein **Interessenkonflikt** kann uU zu einem **Stimmrechtsausschluss** führen. Grundsätzlich darf ein Aufsichtsratsmitglied auch seine eigenen beruflichen Interessen dann verfolgen, wenn durch sein Stimmverhalten die Belange der Gesellschaft und das Unternehmensinteresse nicht negativ berührt werden.<sup>205</sup> Das Gebot des geschäftlichen Anstands sollte es aber in jedem Fall beachten, den Interessenkonflikt dem Aufsichtsrat **offenlegen** und sich zumindest der Stimme enthalten,<sup>206</sup> wenn nicht sogar **an Beratung und Beschlussfassung nicht teilnehmen**<sup>207</sup> oder sein Amt **niederlegen**, wenn ein dauernder Interessenkonflikt droht.<sup>208</sup> In der Literatur spricht man von einer „**Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder**“. Danach entfällt die Stimmberechtigung – nicht aber die Teilnahmeberechtigung an der Sitzung selbst. Sollte das **nicht stimmberechtigte Aufsichtsratsmitglied** trotzdem **mitgestimmt** haben, bleibt dieser Beschluss dann wirksam, wenn seine Stimme ohne Einfluss auf das Ergebnis gewesen ist.<sup>209</sup>
- 134 Der DCGK empfiehlt, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das sich in einem **Interessenkonflikt** befindet, diesen dem Aufsichtsratsvorsitzenden gegenüber offenlegen soll.<sup>210</sup> Der **Aufsichtsratsvorsitzende** wird sodann den Aufsichtsrat informieren, damit dieser sich der Befangenheit des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds bewusst ist.<sup>211</sup> Zudem empfiehlt der DCGK dem Aufsichtsrat, in seinem **Bericht an die Hauptversammlung** über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung zu informieren.<sup>212</sup> Schließlich empfiehlt der Kodex, dass wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte eines

<sup>199</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 6; LKV Aufsichtsrat Rn. 733; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 66.

<sup>200</sup> AllgM, s. zB Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 8; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 68; MüKoAktG/Habersack AktG § 108 Rn. 25.

<sup>201</sup> BGHZ 83, 151 (156) = NJW 1982, 1530 betreffend Aufsichtsratsausschüsse; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 68; Hüffer/Koch/Koch AktG § 108 Rn. 8.

<sup>202</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 80; LKV Aufsichtsrat Rn. 735.

<sup>203</sup> So MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 85.

<sup>204</sup> Möhring/Schwartz, Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl. 1966, 141.

<sup>205</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 116 Rn. 6f.; Koch ZGR 2014, 697 (707).

<sup>206</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 31 Rn. 70ff.

<sup>207</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG § 116 Rn. 6, § 108 Rn. 13; LKV Aufsichtsrat Rn. 902.

<sup>208</sup> Seibt FS Hopt, 2010, 1363 (1383f.); Herkenroth AG 2001, 33 (38). Vgl. zu den Risiken eines anderenfalls entfallenden Schutzes durch die *business judgment rule* → § 16 Rn. 114.

<sup>209</sup> Palandt/Heinrichs BGB § 34 Rn. 2 unter Berufung auf RGZ 106, 263.

<sup>210</sup> S. Empfehlung E.1 DCGK.

<sup>211</sup> KBLW/Kremer Rn. 1129; MüKoAktG/Habersack AktG § 100 Rn. 100.

<sup>212</sup> S. Empfehlung E.1 DCGK.