

Leseprobe zu



Lutter/Bayer (Hrsg.)

Holding-Handbuch

Konzernrecht - Konzernsteuerrecht - Konzernarbeitsrecht - Betriebswirtschaft

5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2015, 1312 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-48006-6

219,00 €

§ 7

Überwachung durch den Aufsichtsrat und die Gesellschafter der Holding

	Rz.		Rz.
I. Überwachung durch den Aufsichtsrat der Holding			
1. Überblick	7.2	a) Überwachungsaspekte	7.31
2. Gegenstand der Konzernüberwachung	7.5	b) Umfang der Überwachung	7.35
3. Information des Aufsichtsrats..	7.10	5. Eingriffsmittel	7.41
a) Überblick	7.10	6. Personalentscheidungen im Konzern	7.46
b) Berichte an den Aufsichtsrat.	7.11	7. Entscheidung über die Ausübung von Beteiligungsrechten gem. § 32 MitbestG, § 15 MitbestErgG	7.48
aa) Allgemeines	7.11		
bb) Berichtspflichten.	7.13		
cc) Gestaltung der Berichte ..	7.22		
dd) Probleme der Informationsbeschaffung und -weitergabe	7.23		
c) Einsichts- und Prüfrecht nach § 111 Abs. 2 AktG	7.26		
4. Aspekte und Verfahren der Überwachung	7.31		
		II. Überwachung durch die Gesellschafter der Holding	
		1. Holding-AG	7.49
		a) Zuständigkeit der Hauptversammlung	7.49
		b) Informationsrechte der Aktionäre	7.60
		2. Holding-GmbH	7.62

Literaturübersicht: *Barzen/Kampf*, Berichtspflicht des AG-Vorstands zu Tochtergesellschaften, BB 2011, 3011; *Börgers/Schilha*, Die Unabhängigkeit des Vertreters des Mutterunternehmens im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, AG 2010, 221; *Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, ZGR 1998, 524; *Grundmeier*, Dogmatische Grundzüge einer konzernweiten Compliance-Pflicht, Der Konzern 2012, 487; *Gubitz/Nikolejczik*, Erwerb der Dresdner-Bank durch die Commerzbank: Ein „Holzmüller“-Fall?, NZG 2010, 539; *Habersack*, Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens, in FS Möschel, 2011, S. 1175; *Harbarth*, Zustimmungsvorbehalt im faktischen Aktienkonzern, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 457; *Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 325; *Hoffmann-Becking* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2015; *Hofmeister*, Veräußerung und Erwerb von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft: Denkbare Anwendungsfälle der Gelatine-Rechtsprechung?, NZG 2008, 47; *Hommelhoff*, Zur Anteils- und Beteiligungsüberwachung im Aufsichtsrat, in FS Stimpel, 1985, S. 601; *Hommelhoff*, Grundsätze ordnungsgemäßer Kontrolle der Beteiligungsverwaltung des Konzernvorstands durch den Konzernaufsichtsrat, AG 1995, 225; *Hommelhoff*, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern, ZGR 1996, 144; *Hüffer*, Informationen zwischen Tochtergesellschaft und herrschendem Unternehmen, in Festgabe Rieger, 2008, S. 29; *Hüffer*, Informationen zwischen Tochtergesellschaft und herrschendem Unternehmen im vertraglosen Konzern, in FS Schwark, 2009, S. 185; *Kalss*, Der Aufsichtsrat im Konzern nach österreichischem Recht, Der Konzern 2012, 89; *Kieftner*, Konzernumbildung und Börsengang der Tochter, 2005; *Kieftner*, Beteiligungserwerb und ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit, ZIP 2011, 545; *Kiesewetter/Spengler*, Hauptversammlungszuständigkeit bei Veräußerung und Erwerb von Gesellschaftsvermögen im Rahmen von M&A-Transaktionen, Der Konzern 2009, 451; *Kocher*, Einschränkungen des Anspruchs auf gleiche Information für alle Aktionäre – keine Angst vor § 131 Abs. 4 AktG?, Der Konzern 2008, 611; *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, 2003; *Lenz*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, AG 1997, 448; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003; *Lutter*, Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in FS Fischer, 1979, S. 419; *Lutter*, Organzuständigkeit im Konzern, in FS Stimpel, 1985, S. 825; *Lutter*, Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, in FS Albach, 1991, S. 345 = AG 1991, 249; *Lutter*, Defizite für eine effiziente Aufsichtsratstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR 159 (1995), 287; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006; *Lutter*, Der Aufsichtsrat im Konzern, AG 2006, 517; *Lutter*, Der Erwerb der Dresdner Bank durch die Commerzbank – ohne ein Votum ihrer Hauptversammlung?, ZIP 2012, 351; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und

Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014; *Maier-Reimer/Flume*, Rechtsschutz bei gesellschaftsrechtlichen Strukturnahmen in der Aktiengesellschaft, KSzW 01.2013, 30; *Martens*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 567; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994; *Nikolejczik/Gubitz*, Erwerb der Dresdner-Bank durch die Commerzbank – Beteiligungserwerb kein „Holzmüller“-Fall, NZG 2011, 91; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl. 2003; *Priester*, Aktionärsentscheid zum Unternehmenserwerb, AG 2011, 654; *Jerczynski*, Ungeschriebene Zuständigkeiten der Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft, 2009; *Ramm*, Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern, 2002; *Scheffler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats im Konzern, DB 1994, 793; *M. Schmidt*, Konzernsteuerung über Aufsichtsräte, in FS Imhoff, 1998, S. 67; *Uwe H. Schneider*, Das Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding AG, in FS Kropff, 1997, S. 271; *Uwe H. Schneider*, Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens im Konzern, in FS Hadding, 2004, S. 621; *Uwe H. Schneider*, Die aktienrechtliche Sonderprüfung im Konzern, AG 2008, 305; *Uwe H. Schneider*, Investigative Maßnahmen und Informationsweitergabe im konzernfreien Unternehmen und im Konzern, NZG 2010, 1201; *Uwe H. Schneider*, Konzerngründung im faktischen GmbH-Konzern, GmbHHR 2014, 113; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996; *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013; *Staake*, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen in börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, 2009; *Theisen*, Der Konzern im Umbruch, 1998; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980; *Wagner*, Ungeschriebene Kompetenzen der Hauptversammlung, 2007; *Wahlers*, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, 1995.

- 7.1 Neben der internen Überwachung der Geschäftstätigkeit der Holding durch deren eigenes Geschäftsführungsorgan (vgl. dazu oben v. Schenck Rz. 5.1 ff.) steht die externe Überwachung durch andere Organe und Dritte. Bei Holding-Rechtsformen mit einem Pflicht-Aufsichtsrat tritt dessen Tätigkeit als externer Überwachungsträger in den Vordergrund. Daneben stehen in Abhängigkeit von der Rechtsform mehr oder minder stark ausgeprägte Überwachungskompetenzen der Gesellschafter sowie die Tätigkeit des Abschlussprüfers. Im Einzelfall können darüber hinaus freiwillig gebildete Aufsichtsgremien der Holding (fakultativer Aufsichtsrat, Beirat u.Ä.) und staatliche Aufsichtsgremien (Finanzdienstleistungsaufsicht, Stiftungsaufsicht usw.) eine Rolle spielen. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Überwachung durch den Aufsichtsrat und durch die Gesellschafter einer Holding in der Rechtsform der AG oder GmbH.

I. Überwachung durch den Aufsichtsrat der Holding

1. Überblick

- 7.2 Der Aufsichtsrat ist **Pflichtorgan** jeder Aktiengesellschaft (§ 95 AktG) sowie aller Gesellschaften mbH, die der Mitbestimmung unterliegen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelbG, § 1 MitbestG, §§ 1, 3 Abs. 1 Montan-MitbestG, § 3 Abs. 1 MitbestErgG), oder Kapitalverwaltungsgesellschaften (§ 18 Abs. 2 Satz 1 KAGB) sind. Er besteht aus mindestens drei Mitgliedern. Seine Größe und Zusammensetzung bestimmt sich vor allem danach, welche Form der Arbeitnehmermitbestimmung im Einzelfall anwendbar ist (vgl. dazu näher unten Wackerbarth Rz. 12.75 ff.). Soweit ein GmbH-Aufsichtsrat nicht vorgeschrieben ist, kann er durch entsprechende Regelung der Satzung freiwillig gebildet werden; seine Ausgestaltung richtet sich dann nach der Satzung und, soweit diese keine Regelung enthält, weitgehend nach den Vorschriften des Aktienrechts (§ 52 Abs. 1 GmbHG).
- 7.3 Der **Aufsichtsrat der AG** ist zuständig für die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder und die Regelung der Anstellungsverhältnisse (§ 84 AktG). Er hat die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen (§ 111 AktG); daneben stehen ihm im Einzelfall Mitentscheidungsbefugnisse zu, namentlich bei Geschäftsführungsmaßnah-

men des Vorstands, bei denen ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats eingerichtet ist (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG), bei der Feststellung des Jahresabschlusses und der Billigung des Konzernabschlusses (§§ 171, 172 AktG) sowie bei der Ausübung von Beteiligungsrechten in mitbestimmten Gesellschaften (§ 32 MitbestG, § 15 MitbestErgG). Die Geschäftsführung obliegt demgegenüber allein dem Vorstand, der die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet (§ 76 Abs. 1 AktG). Dem Aufsichtsrat können Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 1 Satz 4 AktG), und er besitzt dementsprechend hinsichtlich der Vornahme von Geschäften weder ein Initiativ- noch ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand¹.

Für den **Pflicht-Aufsichtsrat der GmbH** gelten im Wesentlichen gleiche Grundsätze. Auch er hat vor allem die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, wobei weitgehend die aktienrechtlichen Regelungen Anwendung finden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelnG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, § 3 Abs. 1 Satz 2 MitbestErgG, § 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB). Ebenso wie bei der AG können Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats eingerichtet werden. Der GmbH-Aufsichtsrat ist jedoch nicht zuständig für die Feststellung des Jahresabschlusses, die allein der Gesellschafterversammlung obliegt. Außerdem hat ein GmbH-Aufsichtsrat nach dem DrittelnG und dem KAGB nicht die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer und zur Regelung der Anstellungsverträge; diese Personalzuständigkeit haben nur die GmbH-Aufsichtsräte nach dem MitbestG und der Montan-Mitbestimmung. Die folgenden Ausführungen gehen von der Aktiengesellschaft aus, gelten aber, soweit nichts anderes vermerkt ist, auch für den Pflicht-Aufsichtsrat einer Holding-GmbH; für den freiwillig gebildeten Aufsichtsrat einer GmbH gelten sie nur insoweit, wie in der Satzung nichts abweichendes geregelt ist (§ 52 Abs. 1 GmbHG).

2. Gegenstand der Konzernüberwachung

Gegenstand des Überwachungsauftrags des Aufsichtsrats ist die „**Geschäftsführung**“ (§ 111 Abs. 1 AktG) durch den Vorstand. Zu dieser Geschäftsführung gehört die Verantwortung für die Leitung und Überwachung der operativen Konzerngesellschaften (vgl. oben *Keller* Rz. 4.16 ff. und v. *Schenck* Rz. 5.1 ff.), und gerade in einer Holding liegt darin die eigentliche Aufgabe des Vorstands. Dementsprechend richtet sich der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats darauf, ob der Vorstand dieser Leitungs- und Überwachungsverantwortung für den Konzern gerecht wird². Von einer derart **konzernweiten Überwachungsaufgabe** des Aufsichtsrats geht auch das Gesetz aus, wenn es die Berichtspflicht des Vorstands auch auf Tochter- und Gemeinschaftsunternehmen erstreckt (§ 90 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AktG) und wenn es den Aufsichtsrat der Obergesellschaft verpflichtet, den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht zu prüfen und über die Billigung des Konzernabschlusses zu entscheiden (§ 171 Abs. 1 und 2 AktG).

Der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats, wie § 111 Abs. 1 AktG ihn versteht, erstreckt sich nur auf die Unternehmensleitung durch den Vorstand. Dementsprechend bleibt auch die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats der Holding auf den **Holding-Vorstand beschränkt**. Der Aufsichtsrat hat nicht die Organe der nachgeordneten

1 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 62; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 11 und 51.

2 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 18; *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 15; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 142; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 30; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 381 f.; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 238 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144 (149).

Konzernunternehmen und deren Geschäftsführung zu überwachen¹. Deren Leitung und Überwachung ist Sache des Holding-Vorstands; der Holding-Aufsichtsrat hat sicherzustellen, dass der Vorstand seiner Leitungs- und Aufsichtsfunktion gegenüber den Tochtergesellschaften und deren Organen ordnungsgemäß nachkommt. Im Rahmen dieses Überwachungsauftrags kann es zwar nötig werden, dass sich der Aufsichtsrat im Einzelfall auch mit Geschäftsführungshandlungen der Leitungsorgane von Tochtergesellschaften zu befassen hat (vgl. Rz. 7.9). Aber das muss (und darf) er nur, soweit es nötig ist, um die ordnungsgemäße Wahrnehmung der konzernleitenden Führungsaufgaben sicherzustellen, nicht hingegen zum Zwecke einer eigenständigen Überwachung der Tochter-Geschäftsführung.

- 7.7 Der Aufsichtsrat hat die geschäftsführende Tätigkeit des Vorstands nicht in allen Einzelheiten zu überwachen. Ein so weitgehender Überwachungsauftrag wäre vom Aufsichtsrat nicht zu erfüllen und würde im Aktienrecht auch mit der Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) kollidieren. Die Überwachung ist deshalb auf die Schwerpunkte der Leistungstätigkeit beschränkt, d.h. auf die Ausübung der eigentlichen Führungsfunktionen und auf wesentliche Einzelmaßnahmen²; auch der Holding-Aufsichtsrat hat sich bei seiner Überwachung auf die in der Holding zu erledigenden **Führungsaufgaben** zu beschränken. Welchen Umfang diese haben, ist von Fall zu Fall unterschiedlich und davon abhängig, inwieweit aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls zentral oder dezentral geführt wird³. Es gibt aber ein Mindestmaß echter Führungssentscheidungen, die vom Holding-Vorstand wahrgenommen und dementsprechend vom Holding-Aufsichtsrat überwacht werden müssen. Dazu zählt die Betriebswirtschaftslehre solche Entscheidungen, die für den Bestand des Konzerns und seine Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage von wesentlicher Bedeutung sind oder die Kenntnis des Gesamtzusammenhangs des Konzerns voraussetzen⁴. Als Einzelbereiche genannt werden dabei die Festlegung der Unternehmenspolitik, der Konzernziele und -strategien, der Konzernstruktur und -organisation, die Zuteilung von Ressourcen, die Koordination der Konzernunternehmen, die Überwachung der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung hinsichtlich der vorgegebenen Ziele, die Besetzung wichtiger Führungsfunktionen und die Mitentscheidung über Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung⁵.
- 7.8 Konkretisiert wird der Gegenstand der Überwachung vor allem durch die in § 90 Abs. 1 AktG geregelten **Berichtspflichten** des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat sowie durch die Pflicht zur Vorlage von Jahresabschluss und Konzernabschluss. Was dem Aufsichtsrat zu berichten ist, ist zugleich Gegenstand seiner Überwachungstätigkeit. Diese hat sich also insbesondere auf die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftsführung des Unternehmensverbundes, auf seine Rentabilität, den Gang der Geschäfte und die Lage des Verbundes zu erstrecken. Einzelne Geschäfte bedürfen einer Prüfung durch den Aufsichtsrat nur,

1 Koppenstein in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 73; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 30; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 142, 144; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 401; Hommelhoff, ZGR 1996, 144 (150); eingehend Ramm, Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern, S. 116 ff.

2 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 2 f.; Habersack in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 18 ff.; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 65; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 27.

3 Näher zu den Umständen, von denen Intensität und Umfang der Konzernführung abhängig sein können, Scheffler, DB 1994, 793 (796).

4 Näher Scheffler, Konzernmanagement, 1992, S. 37 ff.; Scheffler, DB 1994, 793 (796).

5 Scheffler, Konzernmanagement 1992, S. 38 f.; Potthoff/Trescher/Theisen, Das Aufsichtsratsmitglied, Rz. 515; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 11 ff.; s. auch oben Keller Rz. 4.27.

wenn sie von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität oder Liquidität der Holding oder des Verbundes sein können oder wenn es sich um geschäftliche Vorgänge handelt, die aus anderen Gründen für die Holding oder den Verbund von wesentlicher Bedeutung sind¹. Das gilt auch für den Aufsichtsrat einer **GmbH**, auch wenn dort die Berichtsregeln des § 90 AktG nur eingeschränkt gelten (vgl. unten Rz. 7.21).

Ein deutlich engeres Überwachungskonzept wird demgegenüber von *Hommelhoff* befürwortet². Nach seiner Ansicht findet im Konzern eine arbeitsteilige oder **vernetzte Aufsichtsratsüberwachung** statt. Der Aufsichtsrat der Konzernspitze könnte sich für den Regelfall darauf verlassen, dass das Geschehen in den Tochtergesellschaften von den dort gebildeten Aufsichtsräten hinreichend überwacht werde. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft müsse nur dafür sorgen, dass ihm der Konzernvorstand über die Tätigkeit der Tochteraufsichtsräte berichte, und der Konzernvorstand müsse sich über eigene Mandate in Tochteraufsichtsräten über deren Tätigkeit informieren. Nach dieser Auffassung braucht der Aufsichtsrat der Mutter die Tätigkeit der Tochtergesellschaft selbst dann nicht weiterzuverfolgen, wenn es sich dabei um für die Konzernspitze wesentliche Vorgänge handelt³. Den gesetzlichen Regelungen insbesondere des § 90 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AktG sowie des § 171 AktG liegt jedoch die Vorstellung einer **eigenen Überwachungspflicht des Konzernaufsichtsrats** zugrunde. Das Konzept der vernetzten Überwachung griffe auch zu kurz, weil der Aufsichtsrat der Obergesellschaft einen anderen Überwachungsmaßstab (Unternehmensinteresse der Holding statt Unternehmensinteresse der Tochter) und einen anderen Überwachungsgegenstand (Konzerleitung des Holding-Vorstands statt Unternehmensleitung des Tochter-Vorstands) hat⁴. Die „Vernetzung“ oder „Arbeitsteilung“ kann deshalb nicht darin bestehen, dass der Holding-Aufsichtsrat sich bei seiner eigenen Überwachungsaufgabe auf die Töchter-Aufsichtsräte verlässt. Vielmehr besteht die vom Gesetz vorgegebene Arbeitsteilung darin, dass Holding- und Töchter-Aufsichtsräte von vornherein unterschiedliche Überwachungsaufgaben haben. Mit dem Geschehen in den Töchtern muss sich der Holding-Aufsichtsrat ohnehin – im Rahmen der Kontrolle des Holding-Vorstands – nur insoweit befassen, als dieses erhebliche Auswirkungen auf den Konzern hat; insoweit aber kann er sich nicht einfach auf den Tochter-Aufsichtsrat verlassen⁵. Allerdings wird man annehmen können, dass die Aufsichtsratskontrolle auf Holding-Ebene für Konzernbereiche mit eigenem Aufsichtsrat weniger Intensität verlangt als für andere Bereiche⁶.

3. Information des Aufsichtsrats

a) Überblick

Damit der Aufsichtsrat überwachen kann, muss er informiert sein. Seine Informationen erhält er in der **Aktiengesellschaft** vor allen Dingen durch **Berichte**, die der Vor-

7.9

7.10

1 Vgl. zum Ganzen *Lutter/Krieger/Versie*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 65, 143; *Haibersack* in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 22; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 103 ff.; *Hüffer*, ZGR 1980, 320 (335).

2 *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144 (149 ff.); zustimmend *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rz. 547 f., mit Einschränkungen auch *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 173 ff.

3 So ausdrücklich *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144 (156).

4 Ausführlich *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 244 ff., hinsichtlich des unterschiedlichen Überwachungsmaßstabs zustimmend auch *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 178 ff.

5 Insoweit zustimmend auch *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 192 f.

6 Ähnlich *Martens*, ZHR 159 (1995), 567 (568), der eine geringere Überwachungsintensität für Konzernbereiche mit einem vom Konzernvorstand weitgehend unabhängigen Kontrollsystem befürwortet; a.A. wohl *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 243 ff. mit Fn. 32.

stand ihm in regelmäßigen Abständen (§ 90 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG), aus wichtigen Anlässen (§ 90 Abs. 1 Satz 3 AktG) sowie auf Verlangen des Aufsichtsrats oder einzelner Aufsichtsratsmitglieder (§ 90 Abs. 3 AktG) zu erstatten hat. Hinzu kommen Vorlageberichte aufgrund von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG (vgl. unten Rz. 7.42 ff.) sowie der Jahres- und Konzernabschluss mit dem Lagebericht und Konzernlagebericht jeweils nebst dem zugehörigen Prüfungsbericht des Abschlussprüfers. Überdies hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, sämtliche **Unterlagen** der Gesellschaft einzusehen und zu prüfen (§ 111 Abs. 2 AktG). Im Recht der GmbH gilt das aktienrechtliche Berichtssystem nur teilweise. Hier muss der Aufsichtsrat stärker durch eigene Initiative für den Erhalt der nötigen Informationen sorgen; vgl. unten Rz. 7.21.

b) Berichte an den Aufsichtsrat

aa) Allgemeines

- 7.11 § 90 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AktG regeln in ihren Nr. 1 bis 4 die vom Vorstand in regelmäßigen Abständen zu erstattenden Berichte. Die Vorschrift geht zunächst von einer Berichterstattung über die Angelegenheiten der Gesellschaft aus. Zugleich hebt § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG jedoch hervor, dass der Bericht in einem Konzern auch auf Tochterunternehmen und auf Gemeinschaftsunternehmen einzugehen hat. Zusätzlich stellt das Gesetz klar, dass wichtiger Anlass für einen Sonderbericht auch ein geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen sein kann (§ 90 Abs. 1 Satz 3 AktG) und sich das Recht, zusätzliche Berichte vom Vorstand zu verlangen, auch auf geschäftliche Vorgänge bei verbundenen Unternehmen bezieht (§ 90 Abs. 3 Satz 1 AktG), sofern diese auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können. Damit trägt das Gesetz den Besonderheiten des Konzerns Rechnung. Wenn der Vorstand der Gesellschaft einen Konzern führt und sich damit die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats auf die Konzernführung durch den Vorstand zu erstrecken hat, muss der Vorstand seinen Aufsichtsrat über den Konzern nach den gleichen Regeln und in der gleichen Weise informieren wie über die Gesellschaft. Wo die Geschäftsführung des Vorstands Konzerngeschäftsführung ist, muss auch die Berichterstattung **Konzernberichterstattung** sein¹. Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob die Tochtergesellschaften mit der Holding durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (oder gar durch Eingliederung) verbunden sind oder nur im Rahmen eines faktischen Konzerns geführt werden².
- 7.12 Die Berichtsansprüche des Holding-Aufsichtsrats richten sich ausschließlich gegen den Holding-Vorstand. So wenig der Aufsichtsrat der Holding die Geschäftsführungsorgane von Tochtergesellschaften zu überwachen hat, so wenig hat er unmittelbare Informationsrechte gegen diese. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist im Regel-

1 Spindler in MünchKomm/AktG, § 90 AktG Rz. 22; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, § 90 AktG Rz. 12; Krieger/Sailer-Coceanu in K. Schmidt/Lutter, § 90 AktG Rz. 32; Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 228 ff.; Kohlenbach, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Konzern, S. 102 ff.; Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 267 ff.; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 403 ff.; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 148 ff.; enger Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 90 AktG Rz. 41 f.; Koch in Hüffer, § 90 AktG Rz. 7a; Barzen/Kampf, BB 2011, 3011 ff., die die Berichtspflicht auf solche Konzerndaten beschränken, die auf die Angelegenheiten der herrschenden Gesellschaft erheblichen Einfluss haben können.

2 Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (334); Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 231; Kohlenbach, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Konzern, S. 143; Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 271, der nur Finanzbeteiligungen ausklammern will.

fall auch nicht berechtigt, sich mit **Informationswünschen unmittelbar an Tochtergesellschaften** zu wenden. Insoweit müssen für die Direktbefreiung von Organmitgliedern der Töchter die gleichen Schranken gelten wie für die Einholung direkter Informationen bei Mitarbeitern der Gesellschaft selbst: Der Aufsichtsrat hat die Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 AktG) zu wahren. Geht es um die Klärung von Vorwürfen, einschließlich des Vorwurfs unvollständiger oder unzutreffender Berichterstattung, kann der Aufsichtsrat ausnahmsweise die Geschäftsführungsorgane von Tochtergesellschaften um Direktinformationen bitten, geht es hingegen um Fragen der Geschäftsführung, ist der Aufsichtsrat nicht berechtigt, am Vorstand vorbei zu handeln, sondern darauf verwiesen, diesen um die Beschaffung der Information oder um sein Einverständnis mit einer unmittelbaren Kontaktaufnahme zu bitten¹. Mit Einverständnis des Vorstands der Holding ist es hingegen zulässig, dass der Aufsichtsrat Informationen unmittelbar bei Geschäftsführungsorganen der Tochtergesellschaften einholt²; insbesondere ist es verbreitet und zweckmäßig, dass der Aufsichtsrat in Abstimmung mit dem Vorstand der Holding in gewissen zeitlichen Abständen die Geschäftsführungsorgane der Töchter bittet, an einer Aufsichtsratssitzung der Holding teilzunehmen und dort selbst über ihren Bereich zu informieren. Eine Verpflichtung des Vorstands der Holding, seinem Aufsichtsrat die unmittelbare Informationserhebung bei Tochtergesellschaften zu gestatten, besteht nicht³. Zur Möglichkeit des Aufsichtsrats, über die Festlegung von Prüfungsschwerpunkten bei der Konzernabschlussprüfung Informationen unmittelbar bei Tochtergesellschaften zu erheben, vgl. unten Rz. 7.28.

bb) Berichtspflichten

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat den Aufsichtsrat durch die sog. **Quartalsberichte** mindestens vierteljährlich über den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz und die Lage der Gesellschaft, zu informieren (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 AktG). Bei der Darstellung des **Gangs der Geschäfte** steht der Umsatz im Vordergrund. Dieser ist sowohl für den Gesamtkonzern als auch seine wesentlichen Bereiche anzugeben und sowohl den Zahlen der Vergleichsperioden des Vorjahres als auch den Zahlen der Planung gegenüberzustellen. Positive und negative Abweichungen gegenüber Vergleichsperioden und Plänen sind zu erläutern. Die Berichterstattung über die **Lage** verlangt eine Darstellung der aktuellen Ergebnissituation, aber auch Angaben zur Liquiditätslage und zum Personalstand. Auch diese Zahlen sind wieder in einen Perioden- und Planungsvergleich zu stellen und durch verbale Ausführungen zu den wesentlichen Entwicklungen im Berichtszeitraum und den Ursachen für Abweichungen zum Vorjahr und zur Planung zu ergänzen⁴. All diese Angaben sind für die gesamte Gruppe zu machen und in einer Form aufzubereiten, dass die Entwicklung des Konzerns durchsichtig wird. Wie die Berichte im Einzelnen aus-

7.13

1 Vgl. *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 124 f.; *Brandi*, ZIP 2000, 173 (175 f.); *Möllers*, ZIP 1995, 1728. Zur Direktbefragung von Mitarbeitern der Gesellschaft vgl. *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 90 AktG Rz. 52; *Spindler* in Münch-Komm/AktG, § 90 AktG Rz. 38; *Lutter/Krieger/Versle*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 246 ff.

2 *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 125; *Scheffler*, DB 1994, 797.

3 A.A. *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 125, der eine solche Verpflichtung aus der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit herleiten will.

4 Näher *Koch* in *Hüffer*, § 90 AktG Rz. 6; *Spindler* in MünchKomm/AktG, § 90 AktG Rz. 27; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 90 AktG Rz. 31 ff.; *Lutter/Krieger/Versle*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 193 ff., 231; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 281 f.

zugestalten sind, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den individuellen Besonderheiten des Konzerns ab. Im Kern gilt für die Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat nichts anderes als für die Berichte des Controllings an den Vorstand: Nötig ist ein konsolidierter Bericht¹, der den gesamten Konzern umfasst, die wesentlichen Unternehmensbereiche gesondert darstellt und in standardisierter Form vorgelegt wird, damit die Berichte untereinander vergleichbar sind. Von ihrem Grundraster können die Berichte ebenso angelegt sein wie die Controllingberichte, nur dass es im Allgemeinen nicht des gleichen Detailreichtums bedarf, wie man ihn in Controlling-Berichten üblicherweise findet.

- 7.14 Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat weiterhin über die **beabsichtigte Geschäftspolitik** und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung zu berichten (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG); dieser Bericht ist mindestens einmal jährlich zu erstatten, sofern nicht Änderungen der Lage oder neue Fragen eine unverzügliche Berichterstattung gebieten (§ 90 Abs. 2 Nr. 1 AktG). Bei dieser Berichterstattung geht es darum, den Aufsichtsrat zu Beginn des Geschäftsjahres mit der **Unternehmens- und Konzernplanung** bekannt zu machen. Damit sind nach dem Wortlaut des Gesetzes insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung, daneben aber auch andere im Konzern erstellte Planungen, insbesondere die Ergebnisplanung, angesprochen, die für den Konzern in seiner Gesamtheit wie auch für seine wesentlichen Bereiche darzulegen sind². Es geht also nicht nur darum, den Aufsichtsrat in die eigenen Planungsentscheidungen der Holding einzubeziehen, sondern der Aufsichtsrat ist mit der Planung auch insoweit zu befassen, als diese nicht konzernweit durch die Holding erarbeitet, sondern den abhängigen Konzernunternehmen überlassen wird.
- 7.15 Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat überdies den **Jahresabschluss und den Konzernabschluss**, den Lagebericht sowie den Konzernlagebericht mit den Prüfungsberichten des Abschluss- bzw. Konzernabschlussprüfers unverzüglich vorzulegen (§ 170 Abs. 1 AktG)³. Ergänzend dazu hat er jährlich zur Bilanzsitzung über die **Rentabilität** der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals, zu berichten (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 AktG). Auch dieser Bericht hat – jeweils in Gegenüberstellung zum Vorjahr und zur Planung – die Ertragskraft des Konzerns insgesamt und seiner wesentlichen Geschäftsbereiche darzustellen und dem Aufsichtsrat die entsprechenden Rentabilitätskennziffern – neben der vom Gesetz erwähnten Eigenkapitalrendite insbesondere also auch die Umsatzrendite, den Cash-flow und den return on investment – darzustellen⁴.
- 7.16 Des Weiteren hat der Vorstand dem Aufsichtsrat über **Geschäfte** zu berichten, die für die Rentabilität oder Liquidität **von erheblicher Bedeutung** sein können; die Berichterstattung hat möglichst so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Aufsichtsrat vor dem Geschäft Gelegenheit zur Stellungnahme hat (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 4 AktG). Das können Geschäfte der Holding (z.B. eine bedeutende Beteiligungsakquisition oder -veräußerung), aber auch Geschäfte von Konzernunternehmen sein, sofern diese nicht nur aus der Sicht des einzelnen Konzernunternehmens, sondern aus der Sicht des Gesamtkonzerns entsprechende Bedeutung haben. Das beurteilt sich nach

1 Dazu eingehend *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 272 ff.

2 Näher *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 198 ff., 237; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 280 f.; zur Planung im Konzern vgl. näher *Scheffler*, Konzernmanagement, 1992, S. 101 ff.; *Lutter* in FS Albach, S. 345 (357 f.).

3 Zur Prüfung durch den Aufsichtsrat vgl. näher unten Rz. 7.36.

4 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 204 und 237; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 281.

den Auswirkungen auf die Tätigkeit des Gesamtkonzerns und den Risiken für dessen Liquiditäts- und Ertragslage¹.

Darüber hinaus hat der Vorstand aus sonstigen **wichtigen Anlässen** unverzüglich an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu berichten (§ 90 Abs. 1 Satz 3 AktG), der seinerseits spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung die übrigen Mitglieder zu informieren hat (§ 90 Abs. 5 Satz 3 AktG). Hierzu stellt das Gesetz selbst klar, dass als wichtiger Anlass auch geschäftliche Vorgänge bei verbundenen Unternehmen anzusehen sind, sofern sie auf die Lage der Holding von erheblichem Einfluss sein können. In Abgrenzung zu den wichtigen Geschäften sind hiermit insbesondere die negativen Ereignisse gemeint, wie behördliche Eingriffe, drohende Arbeitskämpfe, Betriebsstörungen, wesentliche Rechtsstreitigkeiten, Angriffe in der Öffentlichkeit usw. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob diese Ereignisse unmittelbar bei der Holding oder bei einer ihrer Töchter auftreten. Entscheidend ist allein, dass sie aus der Sicht der Konzernspitze in Relation zu der Situation des Gesamtkonzerns von entsprechender Bedeutung sind².

Einen sog. **Vorlagebericht** hat der Vorstand zu erstatten, wenn er einen bestimmten Beschluss des Aufsichtsrats erstrebt. Neben der Vorlage des Jahres- und Konzernabschlusses (§ 170 Abs. 1 AktG) sowie des Abhängigkeitsberichts (§ 312 AktG)³ gehören hierher die Vorgänge, bei denen Maßnahmen des Vorstands der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Neben einer Reihe von Entscheidungen, die kraft Gesetzes an die Mitwirkung des Aufsichtsrats gebunden sind (z.B. §§ 59 Abs. 3, 89, 114, 115, 202 Abs. 3 Satz 2, 308 Abs. 3 Satz 2 AktG, § 32 MitbestG, § 15 MitbestErgG), spielen hier vor allem durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss angeordnete Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG eine Rolle. Solche Zustimmungsvorbehalte können auch die Durchführung von Maßnahmen bei Tochtergesellschaften betreffen (näher unten Rz. 7.44 f.). Damit der Aufsichtsrat seiner Mitwirkungsverantwortung nachkommen kann, bedarf es in diesen Fällen eines Vorlageberichts, der die in Rede stehende Maßnahme mit ihren Chancen und Risiken für die Unternehmensgruppe und ihren Auswirkungen auf deren Vermögens-, Finanz- und Ertragslage⁴ im Einzelnen schildert.

Schließlich können der Aufsichtsrat und einzelne seiner Mitglieder jederzeit vom Vorstand einen **Bericht** über Angelegenheiten der Gesellschaft an den Gesamtaufsichtsrat **verlangen** (§ 90 Abs. 3 AktG). Auch hierzu stellt das Gesetz ausdrücklich klar, dass sich dieser Berichtsanspruch sowohl auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Holding zu ihren verbundenen Unternehmen als auch auf geschäftliche Vorgänge bei den verbundenen Unternehmen erstreckt, sofern diese auf die Lage der Holding von erheblichem Einfluss sein können. Der Aufsichtsrat kann auf diese Weise jeden geschäftlichen Vorgang im Konzern aufgreifen, auch hier allerdings vorausgesetzt, dass es sich um einen Vorgang von entsprechender Bedeutung handelt. Mit Angelegenheiten, die aus der Sicht des Gesamtkonzerns von untergeordneter Bedeutung sind, hat sich der Aufsichtsrat nicht zu befassen.

Ziff. 3.4 Abs. 3 Satz 1 des Deutschen Corporate Governance Kodex empfiehlt für börsennotierte Aktiengesellschaften, dass der Aufsichtsrat die Informations- und Be-

1 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 208 und 238; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 282 ff.

2 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 209 und 238; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 284 ff.

3 Vgl. hierzu etwa Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 216 ff., 239.

4 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 220 f. und 239; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 286 f.

richtspflichten des Vorstands in einer **Informationsordnung** näher festlegt. Diese kann auf die gesetzlichen Berichtsregeln aufbauen, näherte Konkretisierungen über Inhalt und Gestaltung der Berichte treffen, darüber hinaus die gesetzlichen Berichtspflichten aber auch erweitern¹.

- 7.21 Im **Recht der GmbH** gelten die Berichtsregeln des § 90 AktG nur eingeschränkt. Während die Montan-Mitbestimmungsgesetze § 90 AktG insgesamt für anwendbar erklären (§ 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, §§ 1 und 3 MitbestErgG), findet in Gesellschaften, die der Drittelpartizipation nach dem DrittelpG oder der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG unterliegen, lediglich § 90 Abs. 3 AktG entsprechende Anwendung, der dem Aufsichtsrat und den einzelnen Mitgliedern das Recht gibt, vom Vorstand jederzeit einen Bericht zu verlangen; die Vorschriften über die Regelberichterstattung und die Berichterstattung aus wichtigen Anlässen in § 90 Abs. 1 und 2 AktG sind hingegen nicht entsprechend anwendbar (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelpG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Gleiches gilt für externe Kapitalverwaltungsgesellschaften (§ 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB) und für den fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG. Das bedeutet jedoch nicht, dass in diesen Gesellschaften eine regelmäßige Berichterstattung nicht erforderlich wäre. Sachgerechte Überwachung setzt regelmäßige und umfassende Informationen voraus. Daraus folgt zugleich die Verpflichtung des Aufsichtsrats, sich von der Geschäftsführung regelmäßig Bericht erstatten zu lassen². Es ist deshalb jedem GmbH-Aufsichtsrat dringend zu empfehlen, gestützt auf § 90 Abs. 3 AktG ein generelles Berichtsverlangen zu formulieren und darauf basierend eine allgemeine Informationsordnung zu erlassen, die sich an dem System des § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG orientiert³.

cc) Gestaltung der Berichte

- 7.22 Die Berichte müssen den Grundsätzen einer **gewissenhaften und getreuen Rechenschaft** entsprechen (§ 90 Abs. 4 Satz 1 AktG). Dazu gehört, dass sie inhaltlich vollständig und richtig und in leicht verständlicher und informativer Form gestaltet sind⁴. Die Berichte sind – mit Ausnahme des dem Aufsichtsratsvorsitzenden aus wichtigem Anlass zu erstattenden Berichts nach § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG – i.d.R. in **Textform**, d.h. schriftlich oder in elektronischer Form, zu erstatten (§ 90 Abs. 4 Satz 2 AktG). Eine rein mündliche Berichterstattung kommt daher nur ausnahmsweise in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit und wohl auch bei besonderer Geheimhaltungsbedürftigkeit in Frage, der im Kern schriftliche Bericht kann jedoch mündlich ergänzt und vertieft werden⁵. Die Berichte sind **möglichst rechtzeitig** zu erstatten (§ 90 Abs. 4 Satz 2 AktG), so dass die Mitglieder des Aufsichtsrats angemessene Zeit zur Ver-

1 Näher dazu *Lutter* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rz. 349 f.; vgl. auch *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rz. 100 f.; *Börsig/Löbbecke* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125 (137); *Götz*, ZGR 1998, 524 (540 f.), der den Aufsichtsrat für verpflichtet ansieht, ein Informationsstatut zu erstellen.

2 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 1123; *Zöllner/Noack* in Baum-bach/Hueck, § 52 GmbHG Rz. 132 ff.; *Lutter* in Lutter/Hommelhoff, § 52 GmbHG Rz. 22 ff., 52; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 294 ff.; weitergehend etwa *Raiser/Heermann* in Großkomm/GmbHG, § 52 GmbHG Rz. 115, die aus der Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 1 GmbHG eine Pflicht zur Berichterstattung aus eigener Initiative der Geschäftsführung ableiten wollen.

3 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 1123; v. *Schenck* in Semler/ v. *Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 1 Rz. 111; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rz. 712; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 296.

4 Vgl. etwa *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 224 und 236; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 272 ff.

5 Näher *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 225 f.

fügung haben, um sich anhand des Berichts auf die Sitzung vorzubereiten. Die Regelungen des § 90 Abs. 4 AktG gelten auch für den Pflichtaufsichtsrat einer GmbH (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, § 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB) sowie – solange die Satzung nichts anderes regelt – für den freiwilligen GmbH-Aufsichtsrat.

dd) Probleme der Informationsbeschaffung und -weitergabe

Die **benötigten Informationen** muss sich der Vorstand von seinen Konzerngesellschaften **beschaffen**. Das macht im Allgemeinen in der Praxis keine Probleme und ist auch rechtlich unschwer durchsetzbar. Die Geschäftsführung einer abhängigen GmbH ist ohnehin uneingeschränkt auskunftspflichtig (§ 51a GmbHG). Der Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft ist gegenüber dem herrschenden Unternehmen zu umfassender Informationserteilung verpflichtet, wenn ein Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung besteht¹; im faktischen Konzern ist er zur Informationsweitergabe an das herrschende Unternehmen jedenfalls berechtigt, selbst wenn es sich um Informationen handelt, deren Weitergabe an Dritte durch die Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verboten ist². Eine Informationserteilung an das herrschende Unternehmen zieht auch nicht die Verpflichtung nach sich, gem. § 131 Abs. 4 AktG auf Verlangen auch die anderen Aktionäre entsprechend zu informieren; denn Grundlage der Information ist nicht die Aktionärseigenschaft des herrschenden Unternehmens, sondern die Konzernleitung³.

7.23

An **Grenzen** stoßen kann die Informationsbeschaffung bei abhängigen Unternehmen allerdings, sofern die Informationserteilung für die abhängige Gesellschaft von Nachteil ist und kein Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung bestehen, die Nachteilszuflügungen erlauben (§§ 308 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 1 Satz 2 AktG). Bei einer abhängigen GmbH muss in diesem Fall die Information nach Maßgabe von § 51a Abs. 2 GmbHG verweigert werden, bei einer abhängigen AG ist ein Nachteilsausgleich gem. § 311 Abs. 2 AktG (vgl. unten *Bayer/Tröltzscher Rz. 8.69 f.*) erforderlich⁴. Da allerdings i.d.R. nicht die Informationserteilung als solche, sondern allenfalls die Verwendung der Informationen zugunsten der Mutter und zu Lasten der Tochter einen konkreten Nachteil begründen wird, wird man es genügen lassen können, wenn sich die Mutter gegenüber der Tochter verpflichtet, zu Kontrollzwecken erteilte Informationen nicht ohne Einverständnis der Tochter zu anderen Zwecken zu verwenden⁵. Probleme ergeben sich weiterhin, wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Information verweigert, obwohl er sie erteilen dürfte; denn ohne einen Beherrschungsvertrag besteht zwar ein Recht, aber keine Pflicht, das herrschende Unternehmen zu informie-

7.24

1 *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 300 ff.; *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 123; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 111 f.; *Götz*, ZGR 1998, 524 (527).

2 *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 28; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 177; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 300 ff.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 112 ff.; *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 147 f.

3 LG München I v. 26.4.2007 – 5 HKO 12848/06, Der Konzern 2007, 448 (455 f.); LG Saarbrücken v. 14.9.2005 – 7 I O 7/04, AG 2006, 89 (90); *Koch* in Hüffer, § 131 AktG Rz. 38; *Kubis* in Münch-Komm/AktG, § 131 AktG Rz. 157 ff.; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 29; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 307 ff.; *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 147; a.A. LG Frankfurt v. 21.2.2006 – 3-5 O 71/05, AG 2007, 48 (50); *Koppensteiner* in KölnKomm/AktG, § 312 AktG Rz. 7.

4 *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 29; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325 (337); *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 305.

5 Eingehend *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 112 ff.

ren¹. Schließlich ist es denkbar, dass bei ausländischen Töchtern Rechtsvorschriften aus deren Rechtsordnung dem Informationsfluss an die Holding Grenzen ziehen. In derartigen Fällen hat der Vorstand der Holding alles zu tun, um die erforderlichen **Informationen sicherzustellen**. Zur Konzernleitungsaufgabe des Holding-Vorstands gehört es auch, den Verbund so zu organisieren, dass er die für die Leitung und Überwachung des Konzerns erforderlichen Informationen erhält. Das kann es erforderlich machen, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen, wenn das Recht des faktischen Konzerns den Informationsfluss zu sehr behindert oder Vorstände der Holding in die Organe der Töchter zu entsenden, wenn dies den Informationsfluss erleichtert. Unter Umständen muss man sich von Vorstandsmitgliedern in abhängigen Unternehmen auch trennen, wenn diese ohne rechtliche Notwendigkeit Informationen verweigern.

- 7.25 Soweit der Holding-Vorstand über Informationen verfügt, stehen einer **Weitergabe** an den Aufsichtsrat keine Hindernisse entgegen. Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat gibt es keine Geheimhaltung², wohl aber unterliegen die Mitglieder des Aufsichtsrats einer strengen Verschwiegenheitsverpflichtung, die sich auch auf die Interna abhängiger Gesellschaften bezieht, von denen sie im Rahmen ihres Amtes Kenntnis erlangt haben³.

c) Einsichts- und Prüfungsrecht nach § 111 Abs. 2 AktG

- 7.26 Gemäß § 111 Abs. 2 AktG kann der Aufsichtsrat die **Bücher und Schriften** der Gesellschaft und deren Vermögensgegenstände einsehen und prüfen. Er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen. Der Aufsichtsrat soll also bei seiner Informationsbeschaffung nicht nur auf die Berichterstattung des Vorstands angewiesen, sondern auch in der Lage sein, sich „vor Ort“ selbst zu informieren. Dieses Einsichtsrecht besteht auch für den Pflicht-Aufsichtsrat einer GmbH (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, § 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB) und – sofern die Satzung nichts anderes regelt – den freiwilligen GmbH-Aufsichtsrat.
- 7.27 Allerdings beschränkt sich dieses unmittelbare Einsichts- und Prüfungsrecht auf die Gesellschaft selbst, es erstreckt sich nicht auf verbundene Unternehmen. Der Aufsichtsrat kann also nicht selbst bei einer Tochtergesellschaft in deren Unterlagen Ein-sicht nehmen oder durch einen Sachverständigen Prüfungen vornehmen lassen⁴. Das ist als eine deutliche Schwäche im Überwachungssystem kritisiert worden⁵ und muss de lege ferenda überdacht werden⁶. Auch nach geltendem Recht hat der Auf-

1 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 116 AktG Rz. 43; Kubis in MünchKomm/AktG, § 131 AktG Rz. 158; Krieger in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 28; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 179; Kort, ZGR 1987, 46 (58 ff.); Kohlenbach, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 146; a.A. Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 154 ff.; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 300 ff.; v. Schenck oben Rz. 5.70.

2 Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 138 ff.

3 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 281; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 116 AktG Rz. 52.

4 Allgemeine Meinung, etwa Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 19; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 54; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 245; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 421; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 297 ff.

5 Vgl. nur Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 245; Martens, ZHR 159 (1995), 567 (585 f.) sowie den Diskussionsbericht in ZHR 159 (1995), 346.

6 Vgl. etwa Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rz. 22, die ein Recht zur Einsichtnahme durch vom Aufsichtsrat der Mutter beauftragte Sachverständige vorschlägt; dagegen Kohlenbach, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 121.

sichtsrat allerdings die Möglichkeit, auf die bei der Holding vorhandenen **Unterlagen über Tochtergesellschaften** zuzugreifen. Das kann er unbegrenzt. Denn Unterlagen über Konzernunternehmen, die bei der Holding vorhanden sind, sind Unterlagen der Holding und stehen dort dem Aufsichtsrat zur Verfügung¹. Darüber hinaus wird man den Vorstand der Holding als verpflichtet anzusehen haben, seinem Aufsichtsrat die gewünschte Einsicht und Prüfung in Bezug auf Tochtergesellschaften zu ermöglichen: Auf Grund der Verpflichtung des Vorstands zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat ist der Vorstand gehalten, alles ihm Mögliche zu tun, um dem Aufsichtsrat die Erfüllung seines Überwachungsauftrags zu erleichtern². Deswegen ist der Aufsichtsrat de jure nicht darauf angewiesen, dass der Vorstand freiwillig „mitspielt“³, sondern der Vorstand verletzt seine eigenen Pflichten, wenn er den Aufsichtsrat nicht unterstützt, und setzt sich damit der Gefahr einer eigenen Schadensersatzhaftung (§ 93 Abs. 2 AktG) und seiner Abberufung aus wichtigem Grund (§ 84 Abs. 3 AktG) aus.

Während dem Aufsichtsrat kein unmittelbares Einsichts- und Prüfungsrecht gegenüber Tochtergesellschaften zusteht, sind der **Abschlussprüfer** und der Konzernabschlussprüfer berechtigt, nicht nur von den gesetzlichen Vertretern der Muttergesellschaft, sondern auch von den gesetzlichen Vertretern der Töchter alle Aufklärungen und Nachweise zu verlangen und in die Bücher und Schriften der Töchter Einsicht zu nehmen, soweit dies für eine sorgfältige Prüfung des Jahresabschlusses der Mutter oder des Konzernabschlusses erforderlich ist (§ 320 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 HGB). Den Prüfungsauftrag an Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer erteilt der Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG). Dabei kann der Aufsichtsrat Prüfungsschwerpunkte festlegen⁴, und er soll mit dem Abschlussprüfer vereinbaren, dass dieser über alle für die Aufgaben des Aufsichtsrats wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse unverzüglich berichtet, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben (Ziff. 7.2.3 Abs. 1 DCGK). Das Fehlen eines direkten Informationsrechts gegenüber Tochtergesellschaften wird dadurch jedenfalls zum Teil wett gemacht⁵; vgl. zur Prüfung des Konzernabschlusses im Übrigen unten Rz. 7.36.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht des § 111 Abs. 2 AktG wird in der Literatur als Ultima Ratio angesehen⁶ und in der Praxis selten genutzt⁷. Dahinter steht das Verständnis, dass es bei § 111 Abs. 2 AktG um die Durchführung einer „**Sonderprüfung**“ gehe, die Misstrauen des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand signalisiere und daher eine hohe Belastung darstelle⁸. Das ist ein zu beschränktes Verständnis der Regelung. § 111 Abs. 2 AktG erlaubt aus besonderem Anlass eingeleitete Sonderprüfungen,

7.28

7.29

1 Ebenso *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 64; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 54; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 419 ff.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 300; *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 117 ff.

2 *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 64; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 422 ff.; zustimmend *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 117 ff.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 300.

3 So aber *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325 (339).

4 Begr. RegE Kontrag, BT-Drucks. 13/9712, 16; *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 184; *Rodewig* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rz. 210.

5 Noch weitergehend *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 292, auf diesem Wege könne „für den Konzern praktisch das gleiche erreicht werden, wie bei einer besonderen Prüfung durch Sachverständige nach § 112 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG“.

6 Deutlich in diesem Sinne etwa *Kohlenbach*, Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern, S. 121.

7 *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325 (338).

8 So ausdrücklich *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325 (338); ähnlich *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 52.

kann aber auch als ganz unspektakuläres Routineinstrument für eine **Verbesserung der laufenden Information** des Aufsichtsrats eingesetzt werden, indem der Aufsichtsrat den Vorstand schlicht bittet, ihm bestimmte Unterlagen regelmäßig zuzuleiten¹; zur Frage, inwieweit der Aufsichtsrat dazu verpflichtet ist, vgl. unten Rz. 7.37 ff.

- 7.30 Das Einsichts- und Prüfungsrecht steht dem **Aufsichtsrat als Organ** zu. Der Aufsichtsrat hat also durch Mehrheitsbeschluss über seine Ausübung zu entscheiden. Ein Einsichts- und Prüfungsrecht einzelner Aufsichtsratsmitglieder besteht anders als beim Berichtsanspruch (§ 90 Abs. 3 Satz 2 AktG) nicht². Der Aufsichtsrat kann mit der Ausübung des Rechts einen Ausschuss oder ein einzelnes Mitglied – vorzugsweise den Vorsitzenden – beauftragen, für bestimmte Aufgaben kann er auch besondere Sachverständige hinzuziehen. Eine solche Hinzuziehung Externer ist jedoch nur für konkrete Fragen zulässig, eine „flächendeckende“ allgemeine Prüfung durch Dritte kann der Aufsichtsrat nicht veranlassen³.

4. Aspekte und Verfahren der Überwachung

a) Überwachungsaspekte

- 7.31 Die Überwachung des Aufsichtsrats hat sich auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu beziehen. Das gilt im Einzelunternehmen ebenso wie im Konzern⁴. Leitlinie für den Aufsichtsrat soll dabei nach verbreiteter Auffassung nicht das Unternehmensinteresse des herrschenden Unternehmens, sondern das **Konzerninteresse** sein, welches die Leitungsgänge des herrschenden Unternehmens verpflichtet, auch die Interessen der Konzerngesellschaften angemessen zu berücksichtigen⁵. Solchen Überlegungen wird man keine praktische Bedeutung beimessen können. Es ist – zumal in Holding-Konzernen – schon im Grundsatz fraglich, ob es Interessenkonflikte zwischen der Konzernobergesellschaft und dem Konzern in seiner Gesamtheit überhaupt geben kann oder ob nicht das, was im wohlverstandenen Interesse des Gesamtkonzerns liegt, zugleich auch im Interesse der Obergesellschaft liegen muss⁶. Sollte es sie aber geben, können die Organe der Mutter nur den Interessen ihrer Gesellschaft verpflichtet sein, die sie nicht wegen abweichender Interessen anderer vernachlässigen dürfen.

- 7.32 Die Kontrolle der **Rechtmäßigkeit** der Konzerngeschäftsführung durch den Vorstand umfasst die Einhaltung der von dem Unternehmen zu beachtenden Rechtsnormen in ihrer ganzen Breite. Soweit der Aufsichtsrat sich mit der Leitungstätigkeit des Vor-

1 Zutreffend *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 307 f.

2 OLG Stuttgart v. 30.5.2007 – 20 U 14/06, AG 2007, 873 (877); *Koch* in *Hüffer*, § 111 AktG Rz. 20; *Haibersack* in *MünchKomm/AktG*, § 111 AktG Rz. 62; *Lutter/Krieger/Vers*e, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 241.

3 BGH v. 15.11.1982 – II ZR 27/82 – *Hertie*, BGHZ 85, 293 ff. = AG 1983, 133; *Koch* in *Hüffer*, § 111 AktG Rz. 23; *Lutter/Krieger/Vers*e, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 243.

4 *Mertens/Cahn* in *KölnKomm/AktG*, § 111 AktG Rz. 28; *Haibersack* in *MünchKomm/AktG*, § 111 AktG Rz. 55; *Krieger* in *MünchHdb/AG*, § 70 Rz. 34; *Lutter/Krieger/Vers*e, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 148 ff.; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 426.

5 Ausführlich *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 355 ff.; *Ramm*, Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern, S. 33 ff., 87; *v. Schenck* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 7 Rz. 201 ff.; *Scheffler*, DB 1994, 793 (797); ablehnend *Haibersack* in *MünchKomm/AktG*, § 111 AktG Rz. 54; *Hoffmann-Becking* in FS Hommelhoff, 2012, S. 433 (438 ff.); *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325 (329 ff.); *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 50 ff.

6 *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 64 ff.; tendenziell auch *Lutter/Krieger/Vers*e, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 147; für die Möglichkeit von Interessenkonflikten hingegen *Hoffmann-Becking* in FS Hommelhoff, 2012, S. 433 (437 f.); *Scheffler*, DB 1994, 793 (797).

stands zu befassen hat, hat er auch auf ihre Rechtmäßigkeit zu achten. Damit sind ganz allgemein Fragen des Wettbewerbsrechts, Steuerrechts, Umweltrechts usw., aber auch die Einhaltung der Vorschriften des Aktiengesetzes, der Satzung und der Vorstandsgeschäftsordnung angesprochen. Nach dem heute erreichten Stand der Diskussion hat der Vorstand der Muttergesellschaft sicherzustellen, dass ein konzernweites **Compliance-System** (eingehend oben v. *Schenck* Rz. 5.80 ff.; *Mackert* Rz. 6.1 ff.) existiert, um die Einhaltung von Gesetz und Recht in den Konzerngesellschaften zu gewährleisten¹; der Aufsichtsrat hat zu überwachen, dass der Vorstand der Mutter diesem Organisationsauftrag gerecht wird. Der Aufsichtsrat einer Holding hat im Zuge der Rechtmäßigkeitskontrolle insbesondere auch zu kontrollieren, dass im Verhältnis zu abhängigen Aktiengesellschaften die Vorschriften der §§ 311 ff. AktG über den Nachteilsausgleich bei nachteiligen Einflussnahmen im faktischen Konzern beachtet² und gegenüber abhängigen Gesellschaften mbH die aus der Treuepflicht gegenüber Minderheitsgesellschaftern, den Kapitalerhaltungsvorschriften und den Grundsätzen über die Existenzvernichtungshaftung sich ergebenden Grenzen für nachteilige Einwirkungen eingehalten werden³. Im internationalen Konzern gehört zum Überwachungsauftrag auch die Einhaltung der Rechtsnormen des ausländischen Rechts⁴, außerdem auch die Berücksichtigung der OECD-Grundsätze und anderer internationaler Verhaltensregeln für multinationale Unternehmen⁵, auch wenn es sich dabei nicht um formelles Recht handelt⁶.

Die **Ordnungsmäßigkeit** der Konzerngeschäftsführung betrifft die Frage, ob der Vorstand seiner Verpflichtung zur Leitung (vgl. oben *Keller* Rz. 4.16 ff.)⁷ und laufenden Überwachung des Geschehens im Unternehmen und in der Unternehmensgruppe (vgl. oben v. *Schenck* Rz. 5.1 ff.) gerecht wird. Dazu gehört vor allem eine sachgerechte Konzernorganisation⁸ und die Einrichtung eines verbundweiten, den betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen genügenden Controlling-Systems mit einer entsprechenden Unternehmensplanung (dazu näher oben v. *Schenck* Rz. 5.76 f., 5.78 f.)⁹, einem zweckmäßigen System der Berichterstattung an den Holding-Vorstand (vgl. oben v. *Schenck* Rz. 5.69 ff.) und einer entsprechenden Kontrolle, die die notwendige Analyse von Abweichungen und die Einleitung von Gegenmaßnahmen sicherstellt. Die Regelung des § 91 Abs. 2 AktG stellt dies für einen Teilaspekt (frühzeitige Erkennung existenzbedrohender Entwicklungen) klar. Zur Schaf-

7.33

1 Vgl. etwa LG München I v. 10.12.2013 – 5HK O 1387/10 – Neubürger, AG 2014, 332 = ZIP 2014, 570/572 ff.; *Lutter/Krieger/Versch.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 150; *Habersack* in FS Möschel, 2011, S. 1175; *Lutter* in FS Goette, 2011, S. 289; *Versch.*, ZHR 175 (2011), 401; *Grundmeier*, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011, s. auch Ziff. 4.1.3 DCGK.

2 *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 34; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 250; vgl. auch unten *Bayer/Trölitzsch* Rz. 8.69 f.

3 Zu den Grenzen schädigender Einflussnahme im faktischen GmbH-Konzern vgl. BGH v. 5.6.1975 – II ZR 23/74 – ITT, BGHZ 65, 15 ff.; BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, BGHZ 173, 246 = AG 2007, 657 = GmbHR 2007, 927; BGH v. 28.4.2008 – II ZR 246/06 – Gamma, BGHZ 176, 204; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 13 GmbHG Rz. 25 ff.; *Lutter/Hommelhoff* in *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13 GmbHG Rz. 27 ff.; *Zöllner/Beurskens* in Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlusssanh. Konzernrecht Rz. 109 ff., 121 ff., 132 ff.; unten *Bayer/Trölitzsch* Rz. 8.71 ff.

4 *Lutter/Krieger/Versch.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 149 Scheffler, DB 1994, 793 (797).

5 Vgl. dazu näher *Steeg*, ZGR 1985, 1 ff.

6 *Lutter/Krieger/Versch.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 149; Scheffler, DB 1994, 793 (797).

7 Scheffler, Konzernmanagement, 1992, S. 36 ff.

8 *Lutter/Krieger/Versch.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 79 ff., 151 f.; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 28; Scheffler, DB 1994, 793 (796); *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 250 f.

9 *Semler*, ZGR 1983, 1 ff.; *Keller*, Unternehmungsführung mit Holding-Konzepten, 2. Aufl. 1993, S. 176 ff.; *Lutter/Krieger/Versch.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 152.

fung eines konzernweiten Compliance-Systems vgl. schon oben Rz. 7.32. Der Aufsichtsrat hat sicherzustellen, dass der Vorstand die nötigen Instrumentarien schafft.

- 7.34 Bei der Überwachung der **Wirtschaftlichkeit** der Konzerngeschäftsführung muss der Aufsichtsrat nicht nur Aufwand und Ertrag unternehmerischer Maßnahmen ins Auge fassen, sondern auch die Sicherung der Liquidität und die angemessene Finanzierung der Unternehmensgruppe überwachen¹. Schließlich hat sich der Aufsichtsrat ein Urteil über die **Zweckmäßigkeit** der seiner Überwachung unterliegenden Tätigkeit des Vorstands zu bilden. Unter diesem Aspekt sind z.B. die Konzernstruktur und Leitungsdichte², aber auch die wesentlichen Maßnahmen der laufenden Konzernführung zu überwachen. Das heißt allerdings nicht, dass der Aufsichtsrat seine Auffassung durchsetzen müsste, wenn er eine andere Entscheidung als die des Vorstands für zweckmäßiger ansieht. Die eigenverantwortliche Leitung des Konzerns obliegt dem Vorstand. Wo es um Fragen der Zweckmäßigkeit geht, hat der Aufsichtsrat sich eine eigene Meinung zu bilden und diese mit dem Vorstand zu erörtern. Die abschließende Entscheidung, was getan werden soll, trifft jedoch der Vorstand³.

b) Umfang der Überwachung

- 7.35 Bei der Bestimmung des Ausmaßes der Überwachungspflicht ist zu beachten, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Tätigkeit **nebenamtlich** ausüben und nach dem Leitbild des Gesetzes zusätzlich zu ihrem Hauptberuf bis zu 10 Aufsichtsratsmandate (und bis zu 5 zusätzliche Konzernmandate) betreuen können (§ 100 Abs. 2 AktG). § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG bestimmt zudem, dass der Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften zweimal im Kalenderhalbjahr tagen muss; in nicht börsennotierten Gesellschaften kann sich der Aufsichtsrat sogar mit nur einer Sitzung im Kalenderhalbjahr begnügen (§ 100 Abs. 3 Satz 2 AktG). Dahinter steht die Vorstellung, dass der Aufsichtsrat unter normalen Umständen seine Aufgaben erledigen kann, indem er etwa **vierteljährlich zu einer Sitzung** zusammentritt, in der die geschäftlichen Vorgänge des letzten Vierteljahres (und zusätzlich die einmal jährlich anfallenden Angelegenheiten) behandelt werden⁴; das korrespondiert mit der Verpflichtung, über den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft mindestens vierteljährlich Bericht zu erstatten (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 AktG; s. auch Ziff. 3.4 DCGK).
- 7.36 Unter normalen Umständen ist daher die Annahme zutreffend, dass der Aufsichtsrat seiner Überwachungsaufgabe während des Geschäftsjahres genügt, indem er die regelmäßige Erstattung der Vorstandsbücher sicherstellt, diese sorgfältig prüft und im Gesamtremium erörtert. Gleiches gilt für die Prüfung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses. Auch hier genügt der Aufsichtsrat seiner Überwachungsverpflichtung in aller Regel durch die Prüfung und Erörterung dieser Vorlagen nebst den zugehörigen Prüfungsberichten des Abschlussprüfers. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht (und die Pflicht), diese Vorlagen durchzuarbeiten, und erhält zu diesem Zweck die schriftlichen Unterlagen ausgehändigt, soweit der Aufsichtsrat nicht die Aushändigung ausgeschlossen (§ 90 Abs. 5 Satz 2 AktG) oder auf die Mitglieder eines Ausschusses beschränkt (§ 170 Abs. 3 Satz 2 AktG) hat. Besondere Bedeutung kommt

1 Näher Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 89 und 153; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 252.

2 Koppensteiner in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 73; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 399; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (332 f.); Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 251.

3 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 154; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 202; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 251.

4 Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 140.

in diesem Zusammenhang dem **Konzernabschluss** und dem Prüfungsbericht des Konzernabschlussprüfers zu. Der Prüfungsbericht des Konzernabschlussprüfers ist die wichtigste neutrale Informationsquelle des Aufsichtsrats und muss von jedem Aufsichtsratsmitglied sorgfältig analysiert werden¹. Das Gesetz sieht zwar keine Feststellung des Konzernabschlusses vor, der Aufsichtsrat hat ihn gleichwohl zu prüfen und einen Beschluss über seine Billigung herbeizuführen (§§ 171 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 4 und 5 AktG). Zu den Verhandlungen über den Konzernabschluss hat der Aufsichtsrat den Prüfer hinzuzuziehen (§ 171 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Ergeben sich bei diesen Prüfungen Zweifel, ist diesen weiter nachzugehen, indem weitere Informationen verlangt (§ 90 Abs. 3 Satz 2 AktG) oder unmittelbar die Unterlagen der Gesellschaft eingesehen (§ 111 Abs. 2 AktG) werden. Ohne besonderen Anlass braucht der Gesamt-Aufsichtsrat jedoch keine **weitergehenden Prüfungsmaßnahmen** zu ergreifen². Das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat beruht auf gegenseitigem Vertrauen³. Deshalb darf sich der Aufsichtsrat, solange ihm keine anderen Anhaltspunkte vorliegen, grundsätzlich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm vom Vorstand erstatteten Berichte verlassen⁴, und er hat im Allgemeinen seine Pflichten mit einer gewissenhaften Prüfung und Erörterung der ihm überlassenen Informationen und Unterlagen erfüllt⁵. Das gilt jedoch nur mit einigen wesentlichen **Vorbehalten**:

Zunächst können besondere Umstände eine **erhöhte Wachsamkeit** verlangen. Das kommt z.B. in Betracht, wenn aus früheren Erfahrungen Zweifel an der Zuverlässigkeit der Berichterstattung des Vorstands bestehen, wenn es sich um außergewöhnliche Vorgänge mit besonderem Risiko handelt⁶ oder wenn die Gesellschaft erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit angelaufen ist⁷. Ebenso kann eine schlechte wirtschaftliche Situation des Unternehmens eine höhere Kontrolldichte verlangen⁸. In solchen Situationen kann sich der Aufsichtsrat nicht auf 2–4 Sitzungen im Jahr und die routinemäßige Berichterstattung des Vorstands verlassen, sondern er kann je nach den Umständen verpflichtet sein, die Zahl seiner Sitzungen zu erhöhen, die Berichtsintensität nach Frequenz und Umfang zu steigern und selbst Prüfungen vorzunehmen⁹.

7.37

7.38

1 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 180.

2 BGH v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, NJW 1978, 425; *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 171 AktG Rz. 6; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 45 Rz. 15; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 485; zweifelnd aber *Ekkenga* in KölnKomm/AktG, § 171 AktG Rz. 23; weitergehend auch *Henrichs/Pöschke* in MünchKomm/AktG, § 171 AktG Rz. 103 ff., die bei besonders wesentlichen Bilanzposten stichprobenartige Prüfungshandlungen des Aufsichtsrats verlangen.

3 BGH v. 26.3.1956, BGHZ 20, 239 (246); *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 158.

4 *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 158.

5 Vgl. etwa BGH v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, NJW 1978, 425; OLG Köln v. 5.5.1977 – 14 U 46/76, AG 1978, 17/21; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 52; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 72; *Hüffer*, ZGR 1980, 320 (338); *Semler*, AG 1983, 141 (142).

6 *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 158.

7 BGH v. 22.10.1979 – II ZR 151/77, WM 1979, 1425/1427; OLG Düsseldorf v. 8.3.1984 – 6 U 75/83, AG 1984, 273 = WM 1984, 1080/1084.

8 BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (379) = GmbHHR 1997, 25 = AG 1997, 37; OLG Stuttgart v. 19.6.2012 – 20 W 1/12, AG 2012, 762 = ZIP 2012, 1965; OLG Düsseldorf v. 31.5.2012 – I-16 U 176/10, AG 2013, 171; *Koch* in *Hüffer*, § 111 AktG Rz. 15; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 87 ff.; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 231 ff.; *Löbbecke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 253 f.

9 Vgl. z.B. OLG Düsseldorf v. 8.3.1984 – 6 U 75/83, AG 1984, 273 = WM 1984, 1080 (1084): Verpflichtung des Aufsichtsrats zur persönlichen Inaugenscheinnahme von Investitionsobjekten im Ausland.

- 7.39 Auch ohne solche Sondersituationen besteht eine ungeschriebene Verpflichtung des **Aufsichtsratsvorsitzenden**, einen bei weitem intensiveren Informationskontakt zum Vorstand zu halten. Allein mit den gesetzlichen Regularberichten und der vorgeschriebenen Zahl von Sitzungen ist eine effektive Überwachungs- und Beratungstätigkeit nicht möglich, sondern diese erfordert auch bei normaler Lage des Unternehmens ständiges Augenmerk und ständige Beratungs- und Gesprächsbereitschaft. Und auch das Recht des Aufsichtsrats, vom Vorstand jederzeit einen Bericht gem. § 90 Abs. 3 AktG zu verlangen, kann nur genutzt werden, wenn der Aufsichtsrat aufgrund einer ständigen Beobachtung des Vorstands in der Lage ist, Anlässe für die Anforderung eines Vorstandsberichts zu erkennen. Ein ständiger Kontakt zwischen Aufsichtsrat und Vorstand ist deshalb unverzichtbar, und diesen Kontakt zu halten, ist die Pflicht des Aufsichtsratsvorsitzenden¹. Das betont auch Ziff. 5.2 Abs. 3 des Deutschen Corporate Governance Kodex, der in diesem Zusammenhang insbesondere die Beratung der Strategie, der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance hervorhebt. Für den Aufsichtsrat einer Konzernholding gilt dies in besonderem Maße. Je größer der Kreis der Konzernstöchter, je verschachtelter der Konzernaufbau und je unterschiedlicher die Geschäftszweige, umso schwieriger ist die Führung und dementsprechend auch die Überwachung des Konzerns. In solchen Situationen ist es unverzichtbar, dass sich der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßig zu **intensiven Gesprächen mit dem Vorstand** trifft, von Zeit zu Zeit die wichtigen Tochtergesellschaften besucht, mit deren Geschäftsführungsorganen zusammentrifft² und sich in kürzeren Abständen und mit größerem Detailreichtum über den Gang der Geschäfte im Konzern unterrichten lässt als das Plenum. Bedeutung kann hierbei auch das Recht gewinnen, sich laufend Unterlagen des Vorstands vorlegen zu lassen. Je größer und unübersichtlicher der Konzern ist, umso wichtiger kann es werden, dass der Aufsichtsrat sich nicht nur vom Vorstand berichten lässt, sondern sich aus erster Hand informiert, indem er selbst Einblick in die wesentlichen Informationsquellen des Vorstands nimmt. Dabei ist insbesondere an die regelmäßigen Berichte zu denken, die dem Vorstand vom Controlling erstattet werden³. Rechtlich steht nichts entgegen, dass sich der Aufsichtsratsvorsitzende monatlich den **Controlling-Bericht** vorlegen lässt, notfalls auf der Grundlage eines Aufsichtsratsbeschlusses gem. § 111 Abs. 2 AktG.
- 7.40 Zu den Pflichten des Aufsichtsrats gehört es überdies, sich selbst so zu organisieren, dass er zur sachgerechten Erfüllung seiner Aufgabe in der Lage ist. Dazu gehört – soweit dies sachlich erforderlich ist – die Verteilung der Aufgaben auf **Ausschüsse** und einzelne Aufsichtsratsmitglieder, die Koordination dieser Tätigkeiten und ihre Überwachung⁴. Der Aufsichtsrat muss sich fragen, ob er im Hinblick auf die konkreten Umstände des Unternehmens – etwa dessen Größe, die Vielfalt seiner Geschäftsfelder, die wirtschaftliche Situation usw. – in der Lage ist, seiner Überwachungsaufgabe im Plenum mit der erforderlichen Intensität nachzukommen oder ob es nötig ist, Ausschüsse zu bilden. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt – abhängig von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens und der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder – die Bildung von Ausschüssen (Ziff. 5.3.1 DCGK), insbeson-

1 Vgl. hierzu eingehend *Hopt/Roth* in Großkomm/AktG, § 107 AktG Rz. 68 f.; *Spindler* in Spindler/Stilz, § 107 AktG Rz. 39; *Lutter/Krieger/Versle*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 680; *Schenck*, AG 2010, 649 (650, 652 f.); *Krieger*, ZGR 1985, 338 (340 ff.).

2 Erforderlich ist allerdings das Einverständnis des Holding-Vorstands, vgl. oben Rz. 7.12.

3 Zurückhaltend *Scheffler*, DB 1994, 793 (798).

4 Dazu ausführlich *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (298 ff.); *v. Schenck* in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 1 Rz. 41 ff.; *Lutter/Krieger/Versle*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 654, 743.

dere eines Prüfungsausschusses (Ziff. 5.3.2 DCGK)¹, der durch das AktG zwar nicht vorgeschrieben ist, dessen Aufgaben seit dem BilMoG (2009) jedoch in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG besonders hervorgehoben werden. Im Aufsichtsrat einer Holding kann es im Einzelfall auch zweckmäßig sein, für die intensivere Überwachung bestimmter Konzernbereiche Ausschüsse zu bilden². Solche überwachenden Ausschüsse ändern allerdings nichts daran, dass auch das Plenum sich weiterhin um die Überwachung dieser Konzernbereiche kümmern muss. Ein Ausschuss kann insoweit aber wichtige Unterstützungsfunctionen wahrnehmen, indem er sich intensiver mit dem ihm zugewiesenen Konzernbereich befasst, als es das Plenum könnte. Über das Ergebnis seiner Tätigkeit muss der Ausschuss regelmäßig dem Plenum berichten, damit der Gesamtaufsichtsrat in die Lage versetzt wird, sich eine eigene Meinung zu bilden (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG).

5. Eingriffsmittel

Dem Aufsichtsrat im Konzern stehen die gleichen Eingriffsmittel zur Verfügung wie in der konzernfreien Gesellschaft. Er kann auf den Vorstand durch Meinungsäußerungen einwirken, eine Geschäftsordnung erlassen, Geschäftsführungsmaßnahmen an seine Zustimmung binden, Vorstandsmitglieder abberufen und notfalls eine Hauptversammlung einberufen³. Das gilt im Wesentlichen auch für den Aufsichtsrat einer GmbH. Allerdings hat ein GmbH-Aufsichtsrat nach dem DrittelpG, dem KAGB und dem GmbHG nicht die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelpG, § 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB, § 52 Abs. 1 GmbHG); überdies fehlt dem GmbH-Aufsichtsrat nach h.M. das Recht zum Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung⁴.

Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands können von der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht werden (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Solche **Zustimmungsvorhalte** können sowohl durch die Satzung als auch durch den Aufsichtsrat selbst eingerichtet werden; in der Satzung angeordnete Zustimmungsvorhalte kann der Aufsichtsrat durch weitere ergänzen. Das Gesetz schreibt heute vor, dass Satzung oder Aufsichtsrat Zustimmungsvorhalte schaffen müssen, ohne jedoch inhaltliche Vorgaben zu machen. Damit können Satzung und Aufsichtsrat den speziellen Bedürfnissen ihrer Gesellschaft Rechnung tragen; der Aufsichtsrat hat dabei nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Der Aufsichtsrat kann Zustimmungsvorhalte durch einfachen Beschluss einrichten, üblicherweise werden sie jedoch in die Geschäftsordnung des Vorstands oder Aufsichtsrats aufgenommen. Ein Zustimmungsvorbehalt kann vom Aufsichtsrat auch ad hoc für ein aktuelles Vorhaben des Vorstands beschlossen werden⁵. Notfalls muss der Aufsichtsrat das tun, um Absichten des Vorstands, die der Aufsichtsrat für unvertretbar hält, noch verhindern zu können⁶.

7.41

7.42

1 Dazu näher etwa *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 753 ff.; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 32 Rz. 20 ff.

2 Scheffler, DB 1994, 793 (797).

3 Zu den Mitteln der Überwachung näher etwa *Hoffmann-Becking* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 39 ff.; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 109 ff.

4 Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, § 37 GmbHG Rz. 73 f.; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 30 MitbestG Rz. 21; a.A. *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 1142 ff.

5 BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, AG 1994, 124 = ZIP 1993, 1862 (1867); Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 39; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 117.

6 BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, AG 1994, 124 = ZIP 1993, 1862 (1867).

- 7.43 Zustimmungsvorbehalte können für bestimmte **Arten von Geschäften**, aber auch für Einzelgeschäfte von herausragender Bedeutung eingeführt werden¹. Sie können auch rein unternehmensinterne Maßnahmen betreffen, insbesondere also auch die Unternehmensplanung². Als sinnvoller Gegenstand von Zustimmungsmaßnahmen kommen des weiteren Strukturauscheidungen wie der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, der Abschluss von Unternehmensverträgen, bedeutende Investitionsvorhaben und sonstige außergewöhnliche Einzelgeschäfte in Frage, daneben konzernpolitische Entscheidungen von besonderer Bedeutung³.
- 7.44 Der Aufsichtsrat kann seine Zustimmungsvorbehalte auch auf **Maßnahmen** erstrecken, die nicht in der Holding, sondern **in einer Tochter** vorgenommen werden. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt bindet allerdings nicht unmittelbar das Geschäftsleitungsorgan der Tochter, sondern den Vorstand der Holding. Dieser hat in einem solchen Fall sicherzustellen, dass die betreffenden Geschäfte und Maßnahmen in den verbundenen Unternehmen nicht ohne seine vorherige Mitwirkung durchgeführt werden⁴, für die er dann seinerseits die Zustimmung seines Aufsichtsrats benötigt. In welcher Form der Holding-Vorstand an den Maßnahmen der Tochter mitwirkt, ob durch Stimmabgabe in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Tochter, durch eine konzernrechtliche Weisung oder auch nur durch ein formloses Einverständnis, ist gleichgültig⁵. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt ist von den Vorstandsmitgliedern der Holding selbst dann zu beachten, wenn es um Maßnahmen geht, an denen sie durch Stimmabgabe im Aufsichtsrat der Tochter mitwirken. Sie dürfen der Maßnahme im Aufsichtsrat der Tochter daher grundsätzlich erst zustimmen, wenn zuvor der Aufsichtsrat der Holding seine Zustimmung erteilt hat⁶. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Zustimmungsverweigerung für die abhängige Aktiengesellschaft nachteilig ist, kein Beherrschungsvertrag und keine Eingliederung bestehen und ein Nachteilsausgleich gem. § 311 AktG durch die Holding nicht möglich ist oder verweigert wird⁷. Ist die abhängige Gesellschaft eine GmbH mit außenstehenden Gesellschaftern, darf eine nachteilige Zustimmungsverweigerung nur bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages erklärt werden⁸.

1 OLG Stuttgart v. 27.2.1979 – 12 U 171/77, WM 1979, 1296 (1300); Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 39; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 55; Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 119; ablehnend Steinbeck, Überwachungsverpflichtung und Einwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1992, S. 151 f.

2 Habersack in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 112; Habersack in FS Hüffer, 2010, S. 259 (268 ff.); Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 120 und 122; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 55; Rodewig in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rz. 28 ff.; einschränkend Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 86; Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 41; E. Vetter in Marschner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, § 26 Rz. 30; Fonk, ZGR 2006, 841 (850), die einen Zustimmungsvorbehalt für die Mehrjahresplanung für unzulässig ansehen.

3 Vgl. näher Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 118; Rodewig in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rz. 47; Scheffler, DB 1994, 793 (798).

4 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 54; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 96; Altmeppen in MünchKomm/AktG, § 311 AktG Rz. 420; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 57; Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 160 f.; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 305 ff., 312.

5 Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (341).

6 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 54; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (341); Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 311 f.; Götz, ZGR 1998, 524 (542 f.); Lenz, AG 1997, 448 (454).

7 Altmeppen in MünchKomm/AktG, § 311 AktG Rz. 421; Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 54; Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 161; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 437; Götz, ZGR 1998, 524 (542 f.); Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 312 f.

8 Götz, ZGR 1998, 524 (543); s. auch Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 54.

Sofern sich aus der Formulierung eines Zustimmungsvorbehalts nicht klar ergibt, ob dieser auch für Geschäftsführungsmaßnahmen in Tochtergesellschaften gelten soll, ist diese Frage durch Auslegung zu klären. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass Zustimmungsvorbehalte konzernweite Geltung haben sollen¹, unabhängig davon, ob der Zustimmungsvorbehalt in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat selbst festgelegt ist². Ob das einzelne Geschäft zustimmungspflichtig ist oder nicht, hängt in diesen Fällen davon ab, ob eine Zustimmungspflicht bestünde, falls das Konzernunternehmen ein rechtlich unselbständiger Teil der Obergesellschaft wäre³. Ein Zustimmungsvorbehalt zur Bestellung von Generalbevollmächtigten und Prokuristen soll allerdings, wenn nicht etwas anderes geregelt ist, auf die Obergesellschaft beschränkt bleiben und weder die Bestellung von Generalbevollmächtigten und Prokuristen noch die Bestellung von Geschäftsführern in Tochtergesellschaften⁴ erfassen. Dem wird man für Konzerngesellschaften von geringer Bedeutung zustimmen können, hingegen sind Zweifel angebracht, wenn der Prokurist, Generalbevollmächtigte oder Geschäftsführer der Tochter eine Funktion innehat, die nach ihrem Gesamtbild mit derjenigen eines Generalbevollmächtigten oder Prokuristen der Obergesellschaft vergleichbar ist.

7.45

6. Personalentscheidungen im Konzern

Die Bestellung von Vorstandsmitgliedern und deren Abberufung obliegt in der Aktiengesellschaft ausschließlich dem Aufsichtsrat; dieser ist daneben auch zwingend für den Abschluss, die Änderung und die Beendigung des Anstellungsvertrags zuständig (§ 84 Abs. 1 AktG)⁵. Gleiches gilt für den GmbH-Aufsichtsrat nach dem MitbestG und der Montan-Mitbestimmung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG), während der GmbH-Aufsichtsrat nach dem DrittelpG, dem KAGB und dem GmbHG diese Personalzuständigkeit nicht besitzt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelpG, § 18 Abs. 2 Satz 3 KAGB, § 52 Abs. 1 GmbHG). Im Konzern gelten insoweit zunächst keine Besonderheiten. Die Personalkompetenz des Holding-Aufsichtsrats erstreckt sich nur auf die eigene Gesellschaft, für die Personalentscheidungen in den Töchtern bleiben deren Organe zuständig. Der Aufsichtsrat der Holding muss sich aber im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe mit der Besetzung von **Führungspositionen in abhängigen Gesellschaften** befassen. Die Besetzung von Führungspositionen im Konzern gehört zu den Leitungsaufgaben des Holding-Vorstands und damit

7.46

1 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 53; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 160; Rodewig in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rz. 94; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 57; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (340); Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 320 ff.; Harbarth in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 457 (461 ff.); a.A. Altmeppen in MünchKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 417 ff.; Brouwer, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats, S. 297 f.

2 Koch in Hüffer, § 111 AktG Rz. 53; Hopt/Roth in Großkomm/AktG, § 111 AktG Rz. 690; Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 111 AktG Rz. 63; Harbarth in FS Hoffmann-Becking, S. 457 (465 f.); Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 323 f.; insoweit a.A. Spindler in Spindler/Stilz, § 111 AktG Rz. 86; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 97, die in Zweifelsfällen nur für satzungsmäßige Zustimmungsvorbehalte von einer konzernweiten Geltung ausgehen.

3 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 160; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 57; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (340).

4 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 160; Rodewig in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rz. 95; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 111 AktG Rz. 87; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325 (340).

5 Vgl. zu Einzelheiten der Personalkompetenz des Aufsichtsrats Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 331 ff.; Wiesner in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, §§ 20 und 21.

zum Überwachungskreis des Holding-Aufsichtsrats¹. Der Aufsichtsrat hat also darauf zu achten, dass der Vorstand eine planmäßige Personalpolitik betreibt, die dazu geeignet ist, Führungskräfte im Konzern heranzubilden. Er hat sich über wichtige Personalentscheidungen in Tochtergesellschaften berichten zu lassen und diese mit dem Vorstand zu erörtern, und er kann die Mitwirkung seines Vorstands bei Personalentscheidungen in Töchtern gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG von seiner Zustimmung abhängig machen (vgl. dazu schon oben Rz. 7.44 f.)². In Gesellschaften, die dem MitbestG oder dem MitbestErgG unterliegen, besteht ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der Mutterkraft Gesetzes; vgl. unten Rz. 7.48.

- 7.47 In der Praxis ist es nicht selten, dass Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft oder umgekehrt Mitglieder des Geschäftsführungsorgans einer Tochter zugleich in den Vorstand der Holding berufen werden³. Die Zulässigkeit solcher **Doppelmandate** im Konzern ist trotz damit potentiell verbundener Interessenkonflikte unstreitig⁴. So weit Aktiengesellschaften beteiligt sind, bedarf die Übernahme eines zusätzlichen Vorstandsmandats in einer anderen Gesellschaft allerdings gem. § 88 Abs. 1 AktG der Einwilligung des Aufsichtsrats der Holding.

7. Entscheidung über die Ausübung von Beteiligungsrechten gem. § 32 MitbestG, § 15 MitbestErgG

- 7.48 Eine Besonderheit gilt für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen des Holding-Vorstands nach § 32 MitbestG und § 15 MitbestErgG. Unterliegt die Holding dem MitbestG oder der Montanmitbestimmung, so kann ihr Vorstand in bestimmten Fällen die Beteiligungsrechte bei Tochtergesellschaften nur nach Weisung der Anteilseignervertreter im Holding-Aufsichtsrat ausüben. Voraussetzung ist, dass die Beteiligung an der Tochtergesellschaft sich auf mindestens 25 % beläuft. § 32 MitbestG verlangt weiter, dass auch die Tochtergesellschaft dem MitbestG unterliegt; nach § 15 MitbestErgG ist es demgegenüber unerheblich, ob und nach welchen Regeln die Tochtergesellschaft mitbestimmt ist. Der Weisungsvorbehalt beschränkt sich auf die im Gesetz im Einzelnen genannten Entscheidungen. Er betrifft insbesondere die Bestellung, den Widerruf der Bestellung und die Entlastung von Verwaltungsträgern – hier insbesondere also der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats – der Untergesellschaft sowie bestimmte Strukturmaßnahmen wie den Abschluss von Unternehmensverträgen und Umwandlungsvorgänge. Über die Ausübung der Beteiligungsrechte ist ein Aufsichtsratsbeschluss zu fassen, der jedoch nur der Mehrheit der Stimmen der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bedarf (§ 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG, § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestErgG). Die Arbeitnehmervertreter können an den Beratungen teilnehmen, haben jedoch keine Antrags- und Entscheidungsbefugnisse⁵. Die Ent-

1 Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rz. 273 und 430; Krieger in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 38; Lutter/Krieger/Versie, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 478.

2 Weitergehend Martens, ZHR 159 (1995), 567 (577 ff.), der für wichtige Vorstandspositionen bei Töchtern eine Pflicht zur Schaffung eines Zustimmungsvorbehalts annehmen will.

3 Zu den unternehmerischen Aspekten, die für eine derartige Personalunion sprechen, vgl. etwa Semler in FS Stiefel, 1987, S. 719 (722 ff.); Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570; Decher, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990, S. 71 ff., 80 ff., 86 ff.

4 BGH v. 9.3.2009 – II ZR 170/07, BGHZ 180, 105 = GmbHR 2009, 881 Rz. 14 ff.; Koch in Hüffer, § 76 AktG Rz. 54; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 76 AktG Rz. 70; Reuter, AG 2011, 274 (276); Fonk, NZG 2010, 368 f.; Löbbecke, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 63 ff.; s. auch § 100 Abs. 2 Satz 2 AktG.

5 Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 67; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 32 MitbestG Rz. 17.

scheidungen nach § 32 MitbestG werden vielfach einem **Ausschuss** des Aufsichtsrats übertragen. Da Beschlüsse nach § 32 MitbestG der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner bedürfen (§ 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG), muss einem solchen Ausschuss die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner angehören¹. Da Arbeitnehmervertreter bei der Abstimmung nach § 32 MitbestG nicht stimmberechtigt sind, kann der Ausschuss auch ausschließlich mit Anteilseignervertretern besetzt werden².

II. Überwachung durch die Gesellschafter der Holding

1. Holding-AG

a) Zuständigkeit der Hauptversammlung

aa) Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft ist an der Leitung der Gesellschaft und deren Überwachung nach der **Konzeption des Gesetzes** nur in engen Grenzen beteiligt. Die Geschäftsführung obliegt dem Vorstand in eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG), die Überwachung dem Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 1 AktG), und die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung grundsätzlich nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 119 Abs. 2 AktG). Ihre Mitwirkung beschränkt sich im Allgemeinen darauf, die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat zu bestellen (§ 101 AktG) und notfalls abzuberufen (§ 103 Abs. 1 AktG) sowie alljährlich über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zu beschließen (§ 120 Abs. 1 Satz 1 AktG). Darüber hinaus bedürfen wesentliche Strukturentscheidungen der Zustimmung der Hauptversammlung, namentlich der Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags der Holding mit einer Tochtergesellschaft (§ 293 Abs. 2 AktG), die Eingliederung einer Tochter (§§ 319 Abs. 2, 320 Abs. 1 Satz 3 AktG) sowie Umwandlungsvorgänge, an denen die Holding beteiligt ist, wie eine Verschmelzung oder Spaltung (§§ 13 Abs. 1, 125 Satz 1 UmwG).

bb) Der Vorstand einer AG unterliegt beim Erwerb und der Veräußerung von Beteiligungen **Bindungen durch die Satzung**: 7.50

Er darf Beteiligungen nur erwerben, wenn ihn die Satzung durch eine sog. „Konzernklausel“ dazu besonders ermächtigt³. Diese Satzungsermächtigung ist für jeden **Beteiligungserwerb** erforderlich, auf die Art, die Höhe (mit Ausnahme von Bagatelfällen)

1 Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 32 MitbestG Rz. 17; Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 69; Oetker in Großkomm/AktG, § 32 MitbestG Rz. 19; a.A. Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 32 MitbestG Rz. 21 f., die eine Besetzung mit 3 Anteilseignervertretern genügen lassen.

2 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 500; weitergehend etwa Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 29 Rz. 69; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, § 32 MitbestG Rz. 22, die eine Ausschussmitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern für unzulässig halten und diesen nur ein Teilnahmerecht nach § 109 Abs. 2 AktG zubilligen; a.A. z.B. Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 32 MitbestG Rz. 28, den Arbeitnehmern müsse auf Verlangen mindestens ein Sitz im Ausschuss eingeräumt werden.

3 Heute h.M., etwa BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 (46) = AG 2004, 384; OLG Frankfurt v. 21.6.2007 – 5 U 34/07, AG 2008, 862 (863); Stein in MünchKomm/AktG, § 179 AktG Rz. 113; Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 31; Koppensteiner in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 61 ff.; Timm, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 88 ff., 117 ff., 128 ff.; Lutter in FS Stimpel, 1985, S. 825 (847 f.); a.A. noch OLG Hamburg v. 5.9.1980 – 11 U 1/80, ZIP 1980, 1000 (1006 ff.); Götz, AG 1984, 85 (89); Westermann, ZGR 1984, 352 (362).

len) und den Zweck des Beteiligungserwerbs kommt es nicht an¹. Beim Beteiligungserwerb ist der Vorstand überdies an den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand gebunden, d.h. er darf sich nicht an Unternehmen beteiligen, deren Tätigkeit außerhalb des Bereichs liegt, der vom Unternehmensgegenstand der eigenen Gesellschaft gedeckt ist²; das gilt allerdings nur für den Erwerb einer unternehmerischen Beteiligung, nicht schon bei bloßen Finanzbeteiligungen, die keinen unternehmerischen Einfluss eröffnen³.

Spiegelbildliches kann für die **Veräußerung von Beteiligungen** gelten. Der Vorstand einer AG ist verpflichtet, den Unternehmensgegenstand auszufüllen. Schreibt die Satzung bestimmte Tätigkeitsbereiche vor, und will der Vorstand diese dauerhaft aufgeben, ist daher zunächst eine Satzungsänderung nötig⁴. Das gilt allerdings nur, wenn die Auslegung der Satzung ergibt, dass die dort genannten Geschäftsfelder als verbindliches Handlungsprogramm gemeint und nicht nur als unverbindliche Beispiele genannt sind; je weiter der Unternehmensgegenstand formuliert ist, umso mehr spricht dafür, seine Angaben als bloße Beispiele zu verstehen⁵.

- 7.51 cc) Liegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen für einen Beteiligungserwerb vor, kann gleichwohl noch eine gesonderte Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich sein. Nach der sog. **Holzmüller-Rechtsprechung** des BGH kann für Maßnahmen der Geschäftsführung ausnahmsweise und in engen Grenzen die Zustimmung durch die Hauptversammlung nötig sein. Voraussetzung dafür ist, dass eine vom Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft Veränderungen nach sich zieht, die einen wesentlichen Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte und Vermögensinteressen der Aktionäre darstellen und denjenigen zumindest nahe kommen, die ausschließlich durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können⁶. Die Instanzgerichte sind dieser Rechtsprechung – vielfach unter Überdehnung ihres Anwendungsbereichs – von Anfang an gefolgt, in der Literatur war sie zunächst sehr umstritten, fand aber zunehmend Akzeptanz. Heute steht sie kaum mehr in Zweifel⁷,

1 Ebenso *Koppenstein* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 61 m.w.N.; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 95 ff.; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 5; a.A. etwa *Wahlers*, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, S. 139 ff., der eine statutarische Ermächtigung nur für den Erwerb von Beteiligungen verlangt, auf die der Vorstand der Obergesellschaft unternehmerischen Einfluss ausüben will.

2 *Koppenstein* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 60; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 7; *Wahlers*, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, 1994, S. 138 f.; OLG Hamburg v. 5.9.1980 – 11 U 1/80, AG 1981, 344 = ZIP 1980, 1000 (1006) für Erwerb einer beherrschenden Beteiligung; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 100 f. für Beteiligungen von mehr als 25 %.

3 Vgl. etwa OLG Hamburg v. 5.9.1980 – 11 U 1/80, AG 1981, 344 = ZIP 1980, 1000 (1006); *Koppenstein* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 60; *Stein* in MünchKomm/AktG, § 179 AktG Rz. 112; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 100 f.

4 Vgl. z.B. OLG Köln v. 15.1.2009 – 18 U 205/07, AG 2009, 416 (417 f.); OLG Stuttgart v. 13.7.2005 – 20 U 1/05, AG 2005, 693 (695 f.); *Koch* in Hüffer, § 179 AktG Rz. 9a; *Stein* in MünchKomm/AktG, § 179 AktG Rz. 9a; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 31; eingehend *Wollburg/Gehling* in FS Lieberknecht, 1997, S. 133 (136 ff.); *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 225 (226 ff.).

5 Vgl. näher *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 225 (227); *Koch* in Hüffer, § 179 AktG Rz. 9a. 6 Grundlegend BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 = AG 1982, 158 (131 f.); präzisiert und eingegrenzt durch BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 – *Gelatine I*, AG 2004, 384 = ZIP 2004, 993 und BGH v. 26.4.2004 – II ZR 154/02 – *Gelatine II*, ZIP 2004, 1001.

7 Vgl. etwa *Koch* in Hüffer, § 119 AktG Rz. 16 ff.; *Krieger* in MünchHdb/AG, § 70 Rz. 9; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 33 ff., alle mit vielen Nachw.; nach wie vor ablehnend *Koppenstein* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 42 ff.

die praktische Bedeutung ist jedoch gering, seit die Gelatine-Entscheidungen¹ den Anwendungsbereich stark eingeschränkt haben.

Problematisch ist zunächst, auf welche **Art von Maßnahmen** die Rechtsprechung anwendbar ist. Die Holzmüller-Entscheidung des BGH betraf den Fall der Ausgliederung eines Unternehmensbereichs auf eine Tochtergesellschaft, die Gelatine-Entscheidungen die Übertragung einer bislang unmittelbar gehaltenen Beteiligung auf eine Tochtergesellschaft, d.h. die Umstrukturierung einer Tochter- in eine Enkelgesellschaft. Ob sich die Holzmüller-Grundsätze auch auf andere Erwerbsarten, insbesondere den Kauf einer wesentlichen Beteiligung oder die Bargründung einer Tochtergesellschaft, erstrecken lassen, ist zweifelhaft. In Rechtsprechung und Literatur wird dies vielfach angenommen², mehr spricht jedoch für die Annahme, dass der Kauf einer Beteiligung oder die Bargründung einer Tochter keiner besonderen Zustimmung mehr bedürfen, wenn hierfür die nötige satzungsmäßige Ermächtigung vorhanden ist³. Überwiegend anerkannt ist demgegenüber, dass die Grundsätze der Holzmüller-Rechtsprechung auf Fälle der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung nicht anwendbar sind, weil es in diesem Fall an einer Mediatisierung von Aktionärsrechten fehlt⁴.

Des Weiteren war zunächst ungeklärt, ab welcher **Größenordnung** eine Maßnahme als „wesentlich“ anzusehen ist, so dass sie einer möglichen Zustimmungspflicht unterliegt. Im Holzmüller-Fall ging es um den wertvollsten Unternehmensbereich, der ca. 80 % der Aktiva ausmachte. In Literatur und Instanzrechtsprechung wurden die Grenzen zunächst deutlich niedriger angesetzt. Der BGH hat in den Gelatine-Entscheidungen jedoch klargestellt, dass der Bereich, der von der Maßnahme erfasst wird, in seiner Bedeutung die Ausmaße aus dem Holzmüller-Fall erreichen muss⁵. Ob das der Fall ist, ist nicht allein eine quantitative, sondern auch eine qualitative Frage, und es lässt sich nicht pauschal beurteilen, sondern nur in einer Analyse des Einzelfalls⁶. Neben dem Anteil des betroffenen Vermögensgegenstandes an der Bilanzsumme sollte man dabei auch den Anteil am Umsatz, und an der Ertragskraft⁷,

1 Vgl. oben Rz. 7.51 Fn. 6.

2 So z.B. LG Frankfurt v. 15.12.2009 – 3-5 O 208/09, ZIP 2010, 429 (431); *Habersack* in Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 42; *Koch* in *Hüffer*, § 119 AktG Rz. 21; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 33; *Reichert*, AG 2005, 150 (155); *Wollburg/Gehling* in FS Lieberknecht, 1997, S. 133 (152); *Groß*, AG 1994, 266 (271); *Timm*, ZIP 1993, 114 (117); *Lutter* in FS Stimpel, 1985, S. 825 (850 f.); *Wahlers*, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, S. 94 ff.; *Mecke*, Konzernstruktur und Aktionärsentscheid, 1992, S. 90 f.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986, S. 162 ff., 179 ff.

3 Ebenso OLG Frankfurt v. 7.12.2010 – 5 U 29/10 – Commerzbank, AG 2011, 173 = ZIP 2011, 75/77; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 71; *Reger* in Bürgers/Körber, § 119 AktG Rz. 17; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 10.

4 BGH v. 20.11.2006 – II ZR 226/05, AG 2007, 203 = ZIP 2007, 24; OLG Köln v. 15.1.2009 – 18 U 205/07, AG 2009, 416 (418); *Koch* in *Hüffer*, § 119 AktG Rz. 22; *Habersack* in Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 43; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, § 76 AktG Rz. 63; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 34, a.A. noch *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 68; *Hoffmann* in *Spindler/Stilz*, § 119 AktG Rz. 30.

5 BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 – Gelatine I, AG 2004, 384 = ZIP 2004, 993 (998); vgl. auch BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (131 f.) = AG 1982, 158: der Vorgang müsse sich im Kernbereich der Unternehmensaktivität abspielen und die Unternehmensstruktur von Grund auf ändern.

6 OLG Stuttgart v. 13.7.2005 – 20 U 1/05, AG 2005, 693 = ZIP 2005, 1415 (1418); *Koch* in *Hüffer*, § 119 AktG Rz. 25; *Herrler* in Grigoleit, § 119 AktG Rz. 24; *Reger* in Bürgers/Körber, § 119 AktG Rz. 22.

7 Im Einzelnen nach wie vor umstr., vgl. etwa *Habersack* in Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 47; *Koch* in *Hüffer*, § 119 AktG Rz. 25; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 31; *Herrler* in Grigoleit, § 119 AktG Rz. 24.

7.52

7.53

jeweils des Konzerns¹, berücksichtigen. Mehrere Einzelmaßnahmen sind zusammenzurechnen, wenn zwischen ihnen ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht². Entscheidend ist bei alledem, dass eine Hauptversammlungszuständigkeit nach diesen Grundsätzen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Frage kommt³.

- 7.54 Unklar ist weiterhin, ob **Gegenstand der Zustimmung** konkrete Vereinbarungen über die Ausführung der beabsichtigten Maßnahmen sein müssen, oder ob es genügt, den Vorstand in allgemeiner Form zur Durchführung der beabsichtigten Maßnahme zu ermächtigen. Richtigerweise ist ein abstrakter Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung als ausreichend anzusehen, der allerdings die beabsichtigte Maßnahme in groben Umrissen konkretisieren muss⁴.
- 7.55 Soweit ein ungeschriebener Zustimmungsvorbehalt für die Hauptversammlung besteht, bedarf der Beschluss einer Mehrheit von mindestens 75 % des vertretenen Grundkapitals, die Satzung kann dieses Quorum nicht absenken⁵. Mit der **Bekanntmachung** der Tagesordnung ist entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG auch der wesentliche Inhalt der zustimmungspflichtigen Maßnahme bekanntzumachen ist⁶. Außerdem wird man den Vorstand entsprechend § 186 Abs. 4 Satz 1, § 293a AktG, § 8 UmwG als verpflichtet ansehen müssen, in einem ausführlichen **schriftlichen Bericht** die Gründe der beabsichtigten Maßnahme darzulegen und diesen Bericht in gleicher Weise zu publizieren und in der Hauptversammlung zu erläutern wie die Berichte über den Bezugsrechtsausschluss, einen Unternehmensvertrag oder einen Umwandlungsvorgang⁷. Zu den **auszulegenden Unterlagen** gehört auch der Vertrag (und zwar in seinem gesamten Inhalt mit allen Nebenvereinbarungen⁸), falls die Zustimmung zu einem konkreten Vertrag eingeholt wird⁹. Schließlich wird vereinzelt auf-

1 LG München I v. 8.6.2006 – 5 HK O 5025/06, ZIP 2006, 2036 (2040); *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 50; *Reger* in Bürgers/Körber, § 119 AktG Rz. 22; *Feldhaus*, BB 2009, 451 (455); *Kiesewetter/Spengler*, Der Konzern 2009, 451 (456); *Reichert*, AG 2005, 150 (154); a.A. *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 46; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 29.

2 *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 47; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 52; *Reger* in Bürgers/Körber, § 119 AktG Rz. 22; wohl auch OLG Hamm v. 19.11.2007 – 8 U 216/07, AG 2008, 421 (423).

3 BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 – *Gelatine I*, AG 2004, 384 = ZIP 2004, 993 (998).

4 LG Frankfurt v. 12.12.2000 – 3/5 O 149/99, AG 2001, 431 (432 f.), eingehend *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 805 ff., 811 ff.; *Grunewald*, AG 1990, 133 (136 f.); *Bungert*, NZG 1998, 367 (470); *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 12; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 51; a.A. LG Stuttgart v. 8.11.1991 – 2 KfH O 135/91, AG 1992, 236 (237 f.); LG Karlsruhe v. 6.11.1997 – O 43/97 KfH I, AG 1998, 99 = ZIP 1998, 385 (387); *Veil*, ZIP 1998, 361 (368).

5 BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 – *Gelatine I*, AG 2004, 384 = ZIP 2004, 993 (998).

6 BGH v. 15.1.2001 – II ZR 124/99 – Altana/Milupa, BGHZ 146, 288 (294) = AG 2001, 261; OLG Schleswig v. 8.12.2005 – 5 U 57/04, AG 2006, 120 = ZIP 2006, 421 (424); *Koch* in Hüffer, § 119 AktG Rz. 27; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 52.

7 OLG Frankfurt v. 23.3.1999 – 5 U 193/97, AG 1999, 378 (379 f.); LG Karlsruhe v. 6.11.1997 – O 43/97 KfH I, AG 1998, 99 = ZIP 1998, 385 (387 ff.); *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 52; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 14; vgl. in diese Richtung auch BGH v. 16.11.1981 – II ZR 150/80 – *Hoesch/Hoogovens*, BGHZ 82, 188 = AG 1982, 129; a.A. LG Hamburg v. 21.1.1997 – 402 O 122/96, AG 1997, 238; *Koch* in Hüffer, § 119 AktG Rz. 27; *Groß*, AG 1996, 111 (117 f.); *Priester*, ZHR 163 (1999), 187 (200 f.); wohl auch OLG München v. 26.4.1996 – 23 U 4586/95, WM 1996, 1462 (1464); diff. *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 55; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 43, die einen Bericht bei einem Konzeptbeschluss verlangen, jedoch nicht bei Vorlage konkreter Verträge.

8 BGH v. 16.11.1981 – II ZR 150/80 – *Hoesch/Hoogovens*, BGHZ 82, 188 = AG 1982, 129.

9 OLG Frankfurt v. 23.3.1999 – 5 U 193/97, AG 1999, 378 = BB 1999, 1128 (1129); OLG München v. 26.4.1996 – 23 U 4586/95, WM 1996, 1462 (1464); im Ansatz differenzierend, im Ergebnis für

erdem die Auslegung der Jahresabschlüsse und Lageberichte der drei letzten Geschäftsjahre und die Auslegung einer Zwischenbilanz entsprechend § 63 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UmwG verlangt¹.

Ein **ohne die erforderliche Zustimmung** der Hauptversammlung durchgeföhrter Beteiligungserwerb ist unzulässig, jedoch wirksam². Den Aktionären steht jedoch ein Anspruch darauf zu, dass die Gesellschaft den Beteiligungserwerb unterlässt bzw. rückgängig macht. Diesen Anspruch kann innerhalb angemessener Frist jeder Aktionär durch Klage gegen die Gesellschaft geltend machen³.

dd) Darüber hinaus kann nach der Holzmüller-Rechtsprechung eine Zuständigkeit der Aktionäre der Obergesellschaft auch bei grundlegenden **Entscheidungen in der Tochtergesellschaft** gegeben sein, die sich wesentlich auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Obergesellschaft auswirken⁴. Das hängt vom Gewicht der Tochtergesellschaft im Konzern und von der Art der Entscheidung ab. Für die Praxis haben diese Grundsätze im Lichte der Gelatine-Entscheidungen mit ihren hohen Anforderungen an den Umfang des betroffenen Unternehmensteils kaum Bedeutung erlangt.

Die Frage, ob die Tochtergesellschaft von hinreichendem Gewicht im Gesamtbereich des Konzerns ist, ist nach den gleichen Kriterien abzugrenzen, wie in der Obergesellschaft selbst⁵. Sind die Größenkriterien erreicht, erstreckt sich die Zustimmungspflicht auf Strukturentscheidungen in der Tochtergesellschaft, die sich auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Holding und ihrer Aktionäre wesentlich auswirken. Nicht zustimmungspflichtig sind beispielsweise Sitzverleihungen, Firmenänderungen oder eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bei einer Tochtergesellschaft⁶, und wohl auch nicht Unternehmensverträge zwischen Konzerngesellschaften⁷ sowie Umwandlungsvorgänge, an denen ausschließlich 100 %-Töchter beteiligt sind⁸. Demgegenüber kann die Zustimmung der Hauptversammlung für **Unternehmensverträge** zwischen einer Tochtergesellschaft und Dritten nötig sein⁹, nicht hingegen für die **Auflösung** einer Tochtergesellschaft, da die Auflösung einer ebenfalls nicht zustimmungspflichtigen (vgl. oben Rz. 7.52) Veräußerung der

7.56

7.57

7.58

„echte“ Holzmüller-Fälle aber wohl ebenso BGH v. 15.1.2001 – II ZR 124/99 – Altana/Milupa, BGHZ 146, 288 (294) = AG 2001, 261.

1 LG Karlsruhe v. 6.11.1997 – O 43/97 KfH I, AG 1998, 99 = ZIP 1998, 385 (387 ff.); *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 52; einschränkend *Reichert* in Habersack/Koch/Winter (Hrsg.), Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen, 1999, S. 25/61; a.A. *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 55; unklar *Veil*, ZIP 1998, 361 (368).

2 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (130, 132) = AG 1982, 158; BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 – Gelatine I, AG 2004, 384 = ZIP 2004, 993 (997).

3 Näher BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (134 ff.) = AG 1982, 158.

4 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (140) = AG 1982, 158; LG Frankfurt v. 29.7.1997 – 3/5 O 162/95, ZIP 1997, 1698 (1700 f.); *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 48; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 36; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 73 ff.; *Krieger* in MünchHdb/AG, § 70 Rz. 43 ff.

5 LG Frankfurt v. 29.7.1997 – 3/5 O 162/95, AG 1998, 45 = ZIP 1997, 1698 (1701); *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 48; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 78; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, § 119 AktG Rz. 36.

6 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (140) = AG 1982, 158; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 49.

7 *Koppensteiner* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 105; *Krieger* in MünchHdb/AG, § 70 Rz. 45.

8 Vgl. *Koppensteiner* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 103 f.; *Krieger* in MünchHdb/AG, § 70 Rz. 45; *Lutter* in FS Stimpel, S. 825/851; *Martens*, ZHR 157 (1983), 377 (424 f.).

9 *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 49; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 79.

Tochter wirtschaftlich gleichsteht¹ Nach Auffassung des BGH ist die Zustimmung der Holding-Hauptversammlung auch bei **Kapitalerhöhungen** (gegen Einlagen) in Tochtergesellschaften nötig. Das soll sogar dann gelten, wenn die Holding ihr Bezugsrecht in vollem Umfang ausüben will², geht für diesen Fall aber zu weit³. Wenn allerdings das Bezugsrecht der Holding nicht in vollem Umfang aufrechterhalten oder ausgeübt werden soll, wird vielfach die Zustimmung der Holding-Hauptversammlung verlangt, vorausgesetzt, dass die Tochtergesellschaft von wesentlicher Bedeutung für den Gesamtzirkus ist⁴; teilweise wird weiter vorausgesetzt, dass durch die Nichtausübung des Bezugsrechts eine wesentliche Strukturveränderung eintritt, weil z.B. erstmals Mitgesellschafter in eine bislang 100 %ige Tochter aufgenommen werden oder die bisherigen Mehrheitsverhältnisse grundlegend verändert werden (z.B. Verlust der qualifizierten oder der einfachen Mehrheit)⁵. Für ein genehmigtes und bedingtes Kapital gelten entsprechende Grundsätze⁶.

- 7.59 Soweit nach diesen Grundsätzen die Hauptversammlung der Holding zustimmen muss, ist hierfür die gleiche **Mehrheit** nötig, die für eine entsprechende Maßnahme in der Holding erforderlich wäre⁷. Darüber hinaus wird man an die Zustimmung auch sonst die gleichen Anforderungen stellen müssen, die bei einer entsprechenden Maßnahme der Obergesellschaft selbst gelten würden (Bekanntmachung, Berichterstattung durch den Vorstand u.A.). Gleiches gilt hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Zustimmungspflicht. Näher oben Rz. 7.55 f.

b) Informationsrechte der Aktionäre

- 7.60 Jeder Aktionär der Holding kann in deren Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, soweit diese zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich sind. Diese Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu den verbundenen Unternehmen (§ 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG). Der Auskunftsanspruch erfasst nicht nur Konzernunternehmen, sondern alle verbundenen Unternehmen i.S.v. § 15 AktG. Er erfasst die gesamten Beziehungen der Gesellschaft zu ihren Beteiligungsunternehmen, darüber hinaus aber auch Vorgänge in den Beteiligungsgesellschaften, sofern diese für die Holding selbst wichtig sind und damit zu deren Angelegenheit werden⁸; das ist bei einer Holding eher der Fall als bei einer Konzernspitze mit eigenem opera-

1 A.A. BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (140) = AG 1982, 158; LG Frankfurt v. 29.7.1997 – 3/5 O 162/95, ZIP 1997, 1698 (1701); Götz, AG 1984, 85 (88); wie hier H.P. Westermann, ZGR 1984, 352 (373).

2 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller, BGHZ 83, 122 (141 ff.) = AG 1982, 158; zustimmend *Hirte*, Bezugrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986, S. 175 ff.; Rehbinder, ZGR 1983, 92 (102).

3 Ablehnend auch *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 49; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 81; *Lutter* in KölnKomm/AktG, § 182 AktG Rz. 53; *Krieger* in MünchHdb/AG, 4. Aufl. 2015, § 70 Rz. 46; *Koppeneister* in KölnKomm/AktG, Vorb. § 291 AktG Rz. 99 m.w.N.

4 Vgl. etwa *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 49; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 82; *Peifer* in MünchKomm/AktG, § 182 AktG Rz. 81 f.; *Lutter* in FS Stimpel, S. 825 (854); *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 174 f.; *Hirte*, Bezugrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986, S. 182 ff.; H.P. Westermann, ZGR 1984, 352 (376).

5 Vgl. etwa *Lutter* in FS Westermann, S. 347 (365 f.); *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, S. 174 f., 138 ff.; *Hirte*, Bezugrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986, S. 186.

6 *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 AktG Rz. 49; *Kubis* in MünchKomm/AktG, § 119 AktG Rz. 82.

7 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 – Holzmüller (Leitsatz e), BGHZ 83, 122 = AG 1982, 158.

8 BGH v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, BGHZ 152, 339 (345) = GmbHR 2003, 295; *Koch* in Hüffer, § 131 AktG Rz. 16; *Kort*, ZGR 1985, 46 (57); *Lutter*, AG 1985, 117 (199).

tiven Geschäft¹. Hinzukommen muss, dass die Auskunft zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist; praktisch kommt dem jedoch wenig Bedeutung zu, weil namentlich für die Tagesordnungspunkte „Vorlage des Jahresabschlusses“ und „Entlastung des Vorstands“ jeder Vorgang von einem Gewicht Bedeutung haben kann. Außerdem erweitert § 131 Abs. 1 Satz 4 AktG die Auskunftspflicht: In der Hauptversammlung, in der der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht vorgelegt werden, hat der Holding-Vorstand auf Verlangen auch Fragen zur Lage des Konzerns und der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen zu beantworten.

Aus diesen Grundsätzen folgt z.B.:

7.61

- Die Aktionäre der Holding können Auskunft darüber verlangen, welche bedeutenden Beteiligungen gehalten werden. Wo die Grenze läuft, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Rechtsprechung hat die Grenze wiederholt bei einer Beteiligungsquote von 5 % oder 10 % oder einem Beteiligungswert von 100 Mio. DM gezogen²; das ist jedoch zu pauschal³.
- Bezüge von Organmitgliedern der Holding in Tochterunternehmen brauchen nicht im Einzelnen genannt zu werden, sondern es genügt die Angabe der für die Wahrnehmung der Aufgaben im Mutterunternehmen und den Tochterunternehmen gewährten Gesamtbezüge im Konzernanhang (§ 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB)⁴. Die Bezüge der Organmitglieder einzelner Töchter sind nur zu nennen, wenn sie für die Holding selbst von Bedeutung sind; ist das der Fall reicht die Angabe des Gesamtbetrags⁵.
- Über Verluste in einer Beteiligungsgesellschaft ist nicht in jedem Fall Auskunft zu erteilen, denn § 131 Abs. 1 Satz 2 AktG erstreckt die Auskunftspflicht grundsätzlich nur auf die Beziehungen zu einem verbundenen Unternehmen⁶. Aber wenn die Verluste sich auf den Beteiligungswert auswirken, werden sie damit zu einer eigenen Angelegenheit der Holding, über die nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG Auskunft zu geben ist⁷. Auch wenn das nicht der Fall ist, folgt die Auskunftspflicht aus § 131 Abs. 1 Satz 4 AktG, sofern die Beteiligungsgesellschaft in den Konzernabschluss einbezogen ist.
- Im Hinblick auf Geschäftsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen (§ 131 Abs. 1 Satz 2 AktG) können grundsätzlich Angaben über die zugrunde gelegten Verrechnungspreise einschließlich einer etwaigen Konzernumlage⁸ und über Art und Umfang der Geschäftsbeziehungen beansprucht werden⁹.

1 BayObLG v. 14.7.1999 – 3Z BR 11/99, AG 2000, 131 (132); Koch in Hüffer, § 131 AktG Rz. 16.

2 Vgl. etwa KG v. 26.8.1993 – 2 W 6111/92 – Siemens, AG 1994, 83 = ZIP 1993, 1618; KG v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93 – Allianz, AG 1994, 469 = ZIP 1994, 1267; KG v. 15.2.2001 – 2 W 3288/00, AG 2001, 421; BayObLG v. 23.8.1996 – 3Z BR 130/96, AG 1996, 516 (517 f.).

3 Näher dazu mit Unterschieden Koch in Hüffer, § 131 AktG Rz. 19a; Kersting in KölnKomm/AktG, § 131 AktG Rz. 172 ff.; Spindler in K. Schmidt/Lutter, § 131 AktG Rz. 57; Saenger, DB 1997, 145 (148 ff.); Groß, AG 1997, 97 (106 f.); Spitze/Diekmann, ZHR 158 (1994), 447 (461 ff.); Krieger, DStR 1994, 177 ff.

4 Koch in Hüffer, § 131 AktG Rz. 19; Lutter, AG 1985, 117 (123).

5 Koch in Hüffer, § 131 AktG Rz. 16.

6 Lutter, AG 1985, 117 (120).

7 OLG Bremen v. 20.10.1980 – 2 W 35/80, AG 1981, 229.

8 OLG Stuttgart v. 11.8.2004 – 20 U 3/04, AG 2005, 94 (96); Koch in Hüffer, § 131 AktG Rz. 15.

9 Ebenroth, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 117 f.

- Auch Detailinformationen über einzelne Geschäfte können begehrt werden, wenn diese zur Meinungsbildung über den Gegenstand der Tagesordnung erforderlich sind¹. Das wird jedoch vielfach nicht der Fall sein.

2. Holding-GmbH

- 7.62 In der GmbH sind die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung in Bezug auf Geschäftsführungsfragen erheblich weiter gezogen als in der Aktiengesellschaft. Die Geschäftsführer einer GmbH unterstehen den **Weisungen**, die die Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss erteilen (§ 37 Abs. 1 GmbHG)². Über die Grundsätze der Unternehmenspolitik und über außergewöhnliche Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden stets die Gesellschafter; die Geschäftsführer haben solche Maßnahmen auch ohne besondere Weisung von sich aus der Gesellschafterversammlung zur **Zustimmung** vorzulegen³. Darüber hinaus ist es zulässig und üblich, durch Satzungsregelung und/oder Gesellschafterbeschluss einen Kreis von Geschäften festzulegen, für die die Geschäftsführer die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen müssen⁴. Damit sind in einer Holding-GmbH insbesondere **der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen** in aller Regel der Gesellschafterversammlung zur Zustimmung vorzulegen. Das ist zumeist ausdrücklich geregelt, gilt aber – mit Ausnahme von ungewöhnlichen Erwerbs- und Veräußerungsvorgängen – auch ohne ausdrückliche Regelung. Ebenso muss auch in der GmbH für strukturverändernde **Vorgänge in Tochtergesellschaften** die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Mütter in weitgehendem Umfang eingeholt werden als bei einer Holding in der Rechtsform der AG.
- 7.63 Auch die Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter gehen erheblich weiter als im Aktienrecht. Gemäß § 51a GmbHG haben die Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten. Dieses **Auskunftsrecht** erstreckt sich unstreitig auch auf die Beziehungen der GmbH zu verbundenen Unternehmen⁵. Darüber hinaus gilt das Gleiche auch für Auskünfte über verbundene Unternehmen⁶. Die Gesellschafter einer Holding-GmbH können über die Angelegenheiten von Töchtern daher in gleichem Umfang Auskunft verlangen wie über die Angelegenheiten der Holding selbst⁷. Allerdings besteht dieses Informationsrecht nur gegenüber der Holding, nicht unmittelbar gegenüber den Tochtergesellschaften⁸. Die Holding ist verpflichtet, sich die gewünschten Informationen im Rahmen des ihr rechtlich und faktisch Möglichen bei den Tochtergesellschaften zu verschaffen⁹. Im Gegensatz zum Auskunftsrecht soll ein Recht auf **Einsicht** in die Unterlagen von

1 OLG Stuttgart v. 11.8.2004 – 20 U 3/04, AG 2005, 94; Kersting in KölnKomm/AktG, § 131 AktG Rz. 250.

2 Unstreitig vgl. etwa Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, § 37 GmbHG Rz. 17; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 37 GmbHG Rz. 20 ff.

3 Vgl. etwa BGH v. 29.3.1973 – II ZR 139/70, NJW 1973, 1039; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, § 37 GmbHG Rz. 11 f.; Stephan/Tieves in MünchKomm/GmbHG, § 37 GmbHG Rz. 17, 129; a.A. nur Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 37 GmbHG Rz. 7.

4 Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, § 37 GmbHG Rz. 16 m.w.N.

5 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 13.

6 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 14; Grunewald, ZHR 146 (1982), 211 (233 ff.).

7 OLG Köln v. 26.4.1985 – 24 W 54/84, AG 1986, 24 = GmbHR 1985, 358 = WM 1986, 36 (39); OLG Hamm v. 6.2.1986 – 8 W 52/85, ZIP 1986, 709 (GmbH & Co. KG); ausführlich Reuter, BB 1986, 1653; Kort, ZGR 1987, 46; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 14 und 16; enger Zöllner in Baumbach/Hueck, § 51a GmbHG Rz. 12.

8 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 16.

9 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 14.

Tochtergesellschaften, die bei der Holding vorhanden sind, nur im Hinblick auf 100 %ige Töchter bestehen¹. Das ist jedoch zweifelhaft. Wenn sich Unterlagen von und über Tochtergesellschaften bei der Mutter befinden, sind diese zugleich Unterlagen der Mutter, und es ist dann nicht gerechtfertigt, sie vom Einsichtsrecht auszunehmen. Anders als beim Auskunftsrecht wird man allerdings keinen Anspruch darauf begründen können, dass die Holding Unterlagen von Töchtern eigens zu dem Zweck beschafft, ihren Gesellschaftern die Einsicht möglich zu machen.

¹ *Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 20.