

Leseprobe zu



Lutter/Krieger/Verse

## **Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats**

6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2014, 720 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-31717-1

99,00 €

## § 4 Die Überwachung im Konzern

### I. Erweiterung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats

#### 1. Der Konzern

Aktiengesellschaften und größere (500–2000 Arbeitnehmer)<sup>1</sup> und große GmbHs (mehr als 2000 Arbeitnehmer)<sup>2</sup> sind heute nahezu ausnahmslos Teil eines Unternehmensverbundes, eines Konzerns. Der Konzern als die Verbindung von einem herrschenden Unternehmen (Obergesellschaft) und einem oder mehreren abhängigen Unternehmen (Tochtergesellschaften) unter der einheitlichen Leitung der Obergesellschaft (§ 18 Abs. 1 AktG) hat selbst aber **keine eigene Rechtsform**, sondern ist der funktionale Zusammenschluss aus mehreren (gar nicht selten mehreren hundert)<sup>3</sup> rechtlich selbständigen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform und unterschiedlicher Nationalität<sup>4</sup>. Diese abhängigen Gesellschaften leben je nach den Regeln des für sie zuständigen Rechts. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber dem bisher Gesagten<sup>5</sup>. 141

#### 2. Gründe für die Erweiterung

Im Konzern aber werden alle Dinge komplexer und schwieriger. Denn einerseits gelten für alle Konzerngesellschaften die Regeln ihres eigenen Rechts weiter, haben ihre Aufsichtsräte die Geschäftsführung von Vorständen oder Geschäftsführern ihrer Gesellschaften zu überwachen etc., andererseits **erweitert sich zugleich der unternehmerische Handlungsspielraum** des Vorstands einer Obergesellschaft. Denn der Konzern ist vom Gesetz definiert durch die einheitliche Leitung mehrerer Unterneh- 142

---

1 Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben müssen, in dem die Arbeitnehmer ein Drittel der Sitze innehaben (§ 4 Abs. 1 DrittelbG); siehe dazu oben Rn. 8.

2 Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben müssen, in dem die Arbeitnehmer die Hälfte der Sitze innehaben (§§ 1 ff. MitbestG); siehe oben Rn. 8.

3 Die frühere VEBA und heutige e-on AG soll mehr als 1000 abhängige Tochter-, Enkel- und Urenkel-Gesellschaften haben.

4 Von besonderer Bedeutung sind heute die nach ausländischem Recht gegründeten und im Ausland ansässigen Tochtergesellschaften: Für sie ist allein das betreffende ausländische Recht maßgebend, vgl. *Großfeld* in Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 188 ff.; *Assmann*, Großkomm. AktG, Einl. Rn. 517 ff.; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, Komm. GmbHG, Anh I zu § 4a Rn. 9 ff.

5 Die vier großen derzeitigen oder ehemaligen Tochter-Aktiengesellschaften der e-on AG (VEBA Öl AG, VEBA Chemie AG, VEBA Handel AG und PreußenElektra AG) haben je ihren eigenen, nach den Regeln des MitbestG gebildeten Aufsichtsrat.

men aus einer Obergesellschaft heraus (§ 18 Abs. 1 AktG)<sup>1</sup>. Die Leitung der Obergesellschaft bestimmt also nicht mehr nur das Geschehen im eigenen Unternehmen, sondern zugleich – mehr oder minder – das in einer oder mehreren anderen Gesellschaften. Mittel dieser Leitung über weitere, „fremde“ Gesellschaften sind Unternehmensverträge (Vertragskonzern) und Beteiligungen (faktischer Konzern). Dehnt sich aber der Handlungsspielraum des Vorstands aus, so kann das nicht unkontrolliert geschehen: Parallel dazu weitet sich auch der Aufgabenkreis des Aufsichtsrats aus. Grundlage für diese Aussage ist die Erkenntnis, dass diese einheitliche Leitung auch der anderen Gesellschaften zugleich Geschäftsführung für die Obergesellschaft ist<sup>2</sup>. Der Aufsichtsrat hat aber die **gesamte Geschäftsführung des Vorstands**, also auch diejenige im Zusammenhang mit der Konzernleitung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG)<sup>3</sup>. Das wird auch bestätigt durch §§ 171, 337 AktG, wonach der Konzernabschluss einschließlich des Konzernlageberichts und des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers eben diesem Aufsichtsrat der Obergesellschaft zur Prüfung vorzulegen ist<sup>4</sup>. Das aber erhält seinen Sinn nur aus der Pflicht des Aufsichtsrats zur Überwachung auch der konzernleitenden Maßnahmen seines Vorstands<sup>5</sup>.

- 143 Diese schon immer richtige Sicht wird durch § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG bestätigt, wonach gilt:

1 Zum Begriff der einheitlichen Leitung vgl. *Koppensteiner*, Kölner Komm. AktG, § 18 Rn. 15; *Krieger*, Münchener Hdb. AG, § 68 Rn. 67 ff.; zur Stellung des Aufsichtsrats im beherrschten Unternehmen vgl. *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 456 ff. und *Turner*, DB 1991, 583 f.

2 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 156; *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 28; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 369 ff.; v. *Schenck* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 7 Rn. 72; *Timm*, AG 1980, 172, 181; *Lutter*, AG 2006, 517 ff.; *Henze*, BB 2005, 165, 168.

3 Nach *Uwe H. Schneider*, BB 1981, 249, 252 (für den GmbH-Konzern *Uwe H. Schneider* in *Scholz*, Komm. GmbHG, § 52 Rn. 187) sind auch die geschäftsführenden Organe der nachgeordneten Konzerngesellschaften durch den Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu überwachen. Dem steht jedoch die rechtliche Selbständigkeit der Konzernunternehmen entgegen, vgl. *v. Schenck* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 7 Rn. 71. Wie hier *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 188; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 401; *Habersack*, MünchKomm. AktG, § 111 Rn. 52; *Hambloch-Gesinn/Gesinn* in *Hölters*, Komm. AktG, § 111 Rn. 24 f.; *Krieger*, Münchener Hdb. AG, § 69 Rn. 30; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 500 ff. Ebenso *Enzinger*, Der Aufsichtsrat im Konzern, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, Rn. 18 ff.

4 Auch über diese Prüfung hat der Aufsichtsrat an die Hauptversammlung zu berichten, § 171 Abs. 2 und 3 AktG; vgl. im Übrigen unten Rn. 561 ff.

5 Hierzu näher *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 163; *Lutter*, AG 2006, 517, 518; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 369 ff.; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 381 ff.; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 190; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 500.

„Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs), so hat der Bericht auch auf Tochterunternehmen und auf Gemeinschaftsunternehmen (§ 310 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs) einzugehen.“

Was aber dem Aufsichtsrat zu berichten ist, muss von ihm auch kontrolliert werden.

Aufgrund dieser **Erweiterung der Überwachungsaufgabe** des Aufsichtsrats der Obergesellschaft<sup>1</sup> kann es zweckmäßig oder sogar erforderlich sein, **offizielle Aufsichtsratsausschüsse** zu bilden, die einzelne Konzernbereiche verstärkt überwachen<sup>2</sup>.

### 3. Besondere Schwierigkeiten der Überwachung im Konzern

Der Konzern hat **keine eigene Rechtsform**, der Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist daher auch nicht der förmliche Aufsichtsrat des Konzerns. In den Tochter- und Enkelgesellschaften ist er nicht Aufsichtsrat, ist nicht Organ im Verhältnis zur dortigen Geschäftsleitung, hat keine eigenen Informationsrechte diesen gegenüber<sup>3</sup>. Auch in schwierigen Situationen kann er nicht etwa die betreffende Tochtergesellschaft selbst besuchen und dort Einblick in die Bücher nehmen und sich mit der örtlichen Geschäftsleitung beraten. All das wäre nur mit Zustimmung des Vorstands der Obergesellschaft und mit Zustimmung der örtlichen Geschäftsleitung und den örtlichen Aufsichtsräten möglich.

Daher muss sich der Aufsichtsrat der Obergesellschaft mit seinem Informationssystem (dazu näher unten Rn. 317), ggf. mit seinen Ausschüssen und mit seinen Möglichkeiten der Rückkoppelung zum Konzernabschlussprüfer (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG) darauf einrichten, seine Überwachungsaufgabe im Konzern ebenfalls zentral und parallel zur Überwachung der Obergesellschaft und ihres Vorstands **selbst zu organisieren und zu verwirklichen**. Es ist gerade hier daran zu erinnern, dass der Aufsichtsrat für die Organisation seiner Überwachung und für diese selbst verantwortlich ist, bei Mängeln der Organisation seiner Überwachung und etwaigen Schäden daraus **selbst einzustehen** hat und ggf. **selbst haftet**. Das alles zeigen die §§ 90 Abs. 1 Satz 3, 171 Abs. 1 Satz 1 AktG mit der Informationspflicht des Vorstands über den Konzern und der Verantwortung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft für den Konzernabschluss.

1 So auch *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, Komm. AktG, § 111 Rn. 28. Zur Überwachungspflicht des Vorstands/Geschäftsführung der Obergesellschaft bezüglich ihrer Tochtergesellschaften vgl. OLG Jena v. 12.8.2009 – 7 U 244/07, GmbHR 2010, 483 = NZG 2010, 226 und dazu *Wilsing/Ogorek*, NZG 2010, 216.

2 *Krieger* in Lutter, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 39; *Scheffler*, DB 1994, 783, 797. *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 342 hält hingegen einen „Konzernausschuss“ nur bei unterschiedlichen Geschäftsbereichen von Ober- und Untergesellschaft für zweckmäßig.

3 So ausdrücklich der österr. OGH in seinem Urteil vom 17.6.2013 – 2 Ob 112/12b, JBl. 2013, 523, 527 unter Ziff. 5.2.2 der Gründe.

- 145 Die unten (Rn. 317) behandelte **Informationsordnung des Aufsichtsrats** ist mithin von Anfang an nicht nur auf die Obergesellschaft selbst, sondern auch auf den Konzern insgesamt so auszulegen, dass dessen wirtschaftliche und unternehmerische Entwicklung transparent und zugleich die Orte der etwaigen Schwachstellen im Konzern erkennbar sind: Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft muss in relativ einfacher und klarer Weise erkennen können, ob die Obergesellschaft selbst erfolgreich arbeitet, der Konzern insgesamt im Prinzip ebenfalls, gravierende Schwächen aber bei der brasilianischen und der kanadischen Tochtergesellschaft aufgetreten sind: Darüber hat dann das Gespräch mit dem Vorstand zu erfolgen<sup>1</sup>.

## II. Umfang der Erweiterung

- 146 Die Überwachung des Aufsichtsrats richtet sich nach der Geschäftsführung des Vorstands. Diese aber hat je nach der Organisation des Konzerns unterschiedlich starke Einwirkungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeitsstrukturen in Bezug auf den Konzern<sup>2</sup>:

Bei **eingegliederten Gesellschaften** treffen Ergebnis und Haftung voll die Obergesellschaft; hier ist der Aufsichtsrat nicht mehr und nicht weniger zur Überwachung verpflichtet wie bei einer Betriebsabteilung der eigenen Gesellschaft. Gleiches gilt aus praktisch gleichen Gründen bei **Organschaftsverträgen** (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) und, wegen der ungemein engen Verbindung, auch für die 100 %igen oder fast 100 %igen Tochtergesellschaften<sup>3</sup>.

Im einfachen **faktischen**, auf Mehrheitsbesitz beruhenden Konzern ist der Handlungsspielraum des Vorstands der Obergesellschaft geringer, insbesondere wegen der §§ 311 ff. AktG; dem entspricht auch ein geringerer Überwachungsrahmen des Aufsichtsrats<sup>4</sup>.

## III. Urteilsbildung im Aufsichtsrat über Konzernvorgänge

- 147 Während die Handlungen des Vorstands in der eigenen Gesellschaft ausgerichtet sind an deren Nutzen und Besten (Interessen), geht es bei den Konzerngesellschaften aus der Sicht des Vorstands der Obergesellschaft nicht nur um deren Bestes, sondern um die **Förderung des Konzerns**. Maßstab des Vorstandshandelns im Konzern ist das Konzerninteresse, die

1 Dazu *Theisen* in FS E. Frese, 1998, S. 442, 444 ff.; zum Ganzen *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 148 ff.; *Lutter*, AG 2006, 517, 518 ff.

2 Dazu *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, Komm. AktG, § 111 Rn. 29.

3 Zu beiden ausführlich *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 163 ff.; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 372.

4 Selbstverständlich unterliegt auch der schlichte Beteiligungsbesitz einer Gesellschaft und seine Verwaltung durch den Vorstand der Überwachung durch den Aufsichtsrat. Nur enthält das keine Besonderheiten aus dem Aspekt des Konzerns.

Förderung des Unternehmensverbundes als Ganzem<sup>1</sup>. Dieser Sicht hat der Aufsichtsrat bei der Überwachung und der Beurteilung des Vorstandshandelns zu folgen. Dabei sind insbesondere folgende Einzelaspekte zu beachten:

### 1. Rechtmäßigkeit

a) Der Aufsichtsrat hat die Rechtmäßigkeit der Konzerngeschäftsführung zu überwachen<sup>2</sup>. Hier kommt dem Aufsichtsrat besondere Verantwortung zu im Hinblick auf die §§ 311 ff. AktG<sup>3</sup> und die Einhaltung entsprechender Treuepflichten in der GmbH mit Minderheitsgesellschaftern durch den Vorstand der Obergesellschaft<sup>4</sup>. Daher hat der Aufsichtsrat mit großer Sorgfalt darauf zu achten, dass der Abhängigkeitsbericht nach §§ 313, 314 AktG keinerlei Beanstandungen von Seiten des Abschlussprüfers oder des Aufsichtsrats der betreffenden abhängigen Gesellschaft enthält<sup>5</sup>. 148

Zur Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns im Konzern als Aspekt der Überwachung durch den Aufsichtsrat gehört im internationalen (multinationalen) Konzern aber auch – soweit einschlägig – die **Einhaltung des fremden Rechts**<sup>6</sup> sowie die Berücksichtigung der für multinationale Unternehmen festgelegten Grundsätze<sup>7</sup>. Auch wenn diese letzteren Grund- 149

1 Ebenso *Marsch-Barner* in Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, § 13 Rn. 135 und v. *Schenck* in Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, § 7 Rn. 202; *Semler*, *Leitung und Überwachung*, Rn. 367; *Semler*, *MünchKomm. AktG*, 2. Aufl., § 111 Rn. 233; *Scheffler*, *DB* 1994, 793, 797; demgegenüber sprechen sich für eine Verpflichtung des Vorstands allein auf das Unternehmensinteresse der Konzernobergesellschaft aus: *Hoffmann-Becking*, *ZHR* 159 (1995), 325, 329 ff. und jetzt auch *Habersack*, *MünchKomm. AktG*, 3. Aufl., § 111 Rn. 54, während *Krieger* in *Lutter*, *Handbuch*, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 30; *Krieger*, *Münchener Hdb. AG*, § 69 Rn. 32 mit guten Gründen zweifelt, ob Konzerninteresse und Interesse der Konzernobergesellschaft überhaupt miteinander in Konflikt stehen können; zur Auflösung des Streitstandes und Vereinbarung beider Begriffe miteinander siehe *Löbbe*, *Unternehmenskontrolle*, 2003, S. 64 ff. Aus österr. Sicht siehe *Enzinger*, *Der Aufsichtsrat im Konzern*, passim.

2 *Lutter*, *AG* 2006, 517, 519; zum Inhalt der Konzernleitungspflicht vgl. *Hommelhoff*, *Konzernleitungspflicht*, 1982, S. 182 ff.; *Semler*, *Leitung und Überwachung*, Rn. 469 ff.; *Götz*, *ZGR* 1998, 524, 530 ff.; *Reuter*, *DB* 1999, 2250.

3 Ebenso *Semler*, *Leitung und Überwachung*, Rn. 428; *Krieger*, *Münchener Hdb. AG*, § 69 Rn. 31; *Uwe H. Schneider* in *FS Hadding*, 2004, S. 621, 627.

4 Es gehört auch zu den Regeln ordnungsgemäßer Führung der Gesellschaft und des Konzerns, die Minderheit nicht durch Maßnahmen der Geschäftsführung zugunsten der Mehrheit zu benachteiligen; vgl. dazu *BGH v. 5.6.1975 – II ZR 23/74*, *BGHZ* 65, 15 ff. (ITT) (Konzernumlage).

5 Vgl. zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft unten Rn. 218.

6 Z.B. die Beachtung amerikanischen Kartellrechts, brasilianischen Steuer- und Devisenrechts etc.

7 Vgl. dazu *Steege*, *ZGR* 1985, 1 ff. mit allen Nachw.

sätze kein formelles Recht sind<sup>1</sup>, so gehört ihre Berücksichtigung doch zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Konzerngeschäftsführung<sup>2</sup>. Das aber bedeutet, dass eine Abweichung von diesen Regeln jedenfalls der Begründung gegenüber dem Aufsichtsrat bedarf.

- 150 **b)** Zur ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung durch den Vorstand der Obergesellschaft gehört auch, dass dieser für die Einhaltung von Gesetz und Recht in den Konzerngesellschaften sorgt<sup>3</sup>. Das geschieht etwa durch die Bestellung eines **Compliance-Beauftragten** (Compliance Officer) in der Obergesellschaft mit Zuständigkeit für den ganzen Konzern<sup>4</sup> und der Aufgabe, bis in die letzte Urenkel-Gesellschaft für die Einhaltung von Gesetz und Recht zu sorgen, etwaige Verstöße festzustellen und zu ahnden bzw. ahnden zu lassen.

Die ganz große Bedeutung dieses Bereichs wird deutlich, wenn man bedenkt, dass alle Verstöße der jüngeren Vergangenheit bei Tochter- und Enkelgesellschaften stattfanden, wegen der zentralen Verantwortung der Obergesellschaft aber dort zu sehr hohen Bußgeldern geführt haben.

All das hat der Aufsichtsrat zu überwachen. Er ist also mitverantwortlich für die Compliance im Konzern<sup>5</sup>, muss sich über die getroffenen Maßnahmen laufend Bericht erstatten lassen und diese Maßnahmen mindestens auf ihre Plausibilität hin prüfen<sup>6</sup>.

## 2. Ordnungsmäßigkeit

- 151 Der Aufsichtsrat hat weiter auch hier auf die Ordnungsmäßigkeit der Konzerngeschäftsführung zu achten. Dazu gehört die Investitions-, Produkt-, Absatz-, Finanz- und vor allem die Personalplanung im Konzern<sup>7</sup>. Die Pflichten des Vorstands zur **Planung** und des Aufsichtsrats zur Über-

1 Deshalb spricht man in diesem Zusammenhang auch gerne von „soft law“, von „weichem“ Recht! Vgl. dazu *Kolvenbach*, ZGR 1986, 47, 49; *Steege*, ZGR 1985, 1, 14 m.w.N.

2 Ebenso *Scheffler*, Corporate Governance, S. 147, 164; *Krieger* in *Lutter*, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 31.

3 Der Kodex sagt dazu in Ziff. 4.1.3: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“ Vgl. dazu auch *Ringleb* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Komm. Kodex, Rn. 582 ff. und *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 246 und 247; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 122.

4 Vgl. dazu *Brückle* in *Hauschka* (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2011, § 8, S. 127 ff.; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 122.

5 Nicht zuletzt auf Initiative des Aufsichtsrats von Siemens wurde ein neues Vorstandsmitglied bestellt allein zur Sicherung der Compliance im Konzern.

6 Näher zur Compliance im Konzern *Habersack* in FS Möschel, 2011, S. 1175; *Lutter* in FS Goette, 2011, S. 289; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401; *Grundmeier*, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011.

7 Zur Planung im Konzern mit instruktiven Beispielen *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 324 ff.

wachung der Planung bestimmen sich nach denselben Grundsätzen, die für die Einzelgesellschaft gelten<sup>1</sup>. Die Ordnungsmäßigkeit der Konzerngeschäftsführung betrifft aber auch eine sachgerechte und der Konzernpolitik angemessene **Konzernorganisation**. Diese darf weder dem Zufallsprinzip folgen noch in Unübersichtlichkeit zerfließen, sondern muss rational betriebswirtschaftlichen (und allerdings auch steuerlichen) Grundsätzen folgen<sup>2</sup>.

Zur Ordnungsmäßigkeit der Konzerngeschäftsführung gehört auch die Einrichtung eines konzernweiten, betriebswirtschaftlichen Anforderungen genügenden Controlling-Systems<sup>3</sup>; das gilt umso mehr, als die großen Unternehmenskrisen des vergangenen Jahrzehnts ihren Ausgang bei Tochtergesellschaften im In- oder Ausland nahmen. Der Aufsichtsrat hat hier eine besonders wichtige und verantwortliche Kontrollaufgabe. § 91 Abs. 2 AktG spricht nur vom Risiko-Kontrollsystem der Gesellschaft (oben Rn. 87). Die dort statuierte Pflicht ist aber nur deklaratorischer Natur, formuliert nur, was sowieso Teil einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist. Daher auch gilt Gleiches für die ordnungsgemäße Konzerngeschäftsführung: der Vorstand ist zur Einrichtung eines **konzernweiten Systems der Risiko-Früherkennung** und eines **konzernweiten Controllings** verpflichtet<sup>4</sup> und der Aufsichtsrat hat das zu überwachen, wobei er nach Lage der Dinge verpflichtet sein kann, den Prüfungsauftrag des Abschlussprüfers darauf zu erweitern<sup>5</sup>.

Wichtig ist zu erkennen, dass zunächst einmal der Vorstand verpflichtet ist, das Geschehen in den Tochtergesellschaften zu überwachen bzw. überwachen zu lassen. Daran lässt das OWiG keine Zweifel<sup>6</sup>. Aber das gilt nicht nur für straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Fragen, sondern für das gesamte wirtschaftliche Geschehen nach den Prinzipien Legalität, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit. Für all das ist der Vorstand der Obergesellschaft zuständig<sup>7</sup> und der Aufsichtsrat hat das seinerseits zu überwachen.

1 Siehe oben Rn. 80 ff. und *Lutter*, AG 1991, 249, 255.

2 Zu den verschiedenen Formen der Organisation eines Konzerns (z.B. Regionalprinzip, Spartenprinzip etc.) vgl. *Bleicher*, ZfO 1979, 243 ff., 328 ff.; *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203, 205; v. *Werder*, Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung im Konzern, in Albach (Hrsg.), Konzernmanagement, 2001, S. 145.

3 *Krieger* in *Lutter*, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 32; *Semler* in *Lutter*, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 5 Rn. 93; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 531 f.; eingehend *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2006, S. 199 ff.

4 OLG Jena v. 12.8.2009 – 7 U 244/07, NZG 2010, 227 = GmbHR 2010, 483 und dazu *Wilsing/Ogorek*, NZG 2010, 210.

5 Nach § 317 Abs. 4 HGB muss das der Abschlussprüfer bei börsennotierten Gesellschaften in jedem Falle prüfen, und zwar konzernweit; vgl. *Hopt/Merkt* in *Baumbach/Hopt*, Komm. HGB, § 317 Rn. 10.

6 *Lutter* in *FS Goette*, 2011, S. 289 ff. und *Grundmeier*, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011, passim.

7 Die Versäumung dieser Pflicht ist pflichtwidrig: OLG Jena v. 12.8.2009 – 7 U 244/07, NZG 2010, 226 = AG 2010, 376 und dazu *Wilsing/Ogorek*, NZG 2010, 216.



### 3. Rentabilität

- 153 Von besonderer Bedeutung und großem Gewicht sind im Konzern die Fragen der Finanzierung und der Rentabilität (Wirtschaftlichkeit). Für Letztere gilt das Gleiche wie oben Rn. 89 zur Einzelgesellschaft ausgeführt, nur muss die Überwachung verstärkt betrieben werden im Hinblick auf die großen Gefahren aus einem Verlust der Gesamtrentabilität<sup>1</sup> und die technischen Schwierigkeiten des Überblicks<sup>2</sup>. Im Übrigen ist die Finanzierung des Konzerns nach einheitlichen Aspekten geradezu ein konstitutives Element des Konzerns<sup>3</sup>. Sie ist heute von großer betriebswirtschaftlicher<sup>4</sup> und rechtlicher Bedeutung<sup>5</sup> einschließlich der Fragen, die sich aus Gewinnen und Verlusten im Konzern auf die Einbehaltung und Ausschüttung an die Aktionäre ergeben<sup>6</sup>. Dieser Bedeutung muss dann auch die Überwachung durch den Aufsichtsrat unter Berücksichtigung der Optimierung und der Sicherung (Liquidität) entsprechen. Die vom Gesetz (§ 90 Abs. 1 Satz 2 AktG mit § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 AktG) vorgeschriebenen vierteljährlichen Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat über die Entwicklung von Ertrag und Liquidität im Konzern entsprechen dieser Bedeutung (näher dazu unten Rn. 196 ff.). Der Aufsichtsrat ist aber gut beraten, wenn er die **Häufigkeit** gerade dieser **Berichte** in seiner Berichtsordnung für den Vorstand erhöht und monatliche Berichte verlangt.

### 4. Zweckmäßigkeit

- 154 Schließlich hat der Aufsichtsrat auch im Konzernbereich die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen. Das bedeutet auch hier mitnichten, dass er für die Durchsetzung seiner eigenen Meinung einzutreten hätte: Wie der Vorstand die Gesellschaft leitet, so leitet er – als Geschäftsleiter der Obergesellschaft – auch den Konzern in

1 VW hat an seiner Triumph/Adler AG nahezu 2 Mrd. DM (!) verloren; bei weiteren Verlusten von „nur noch“ 1 Mrd. DM wäre die Gesamtrentabilität des Unternehmens VW über Jahre hinaus fraglich geworden. An ähnliche Entwicklungen bei BMW, Daimler oder Metallgesellschaft sei erinnert.

2 Beton und Monierbau AG fiel in die Insolvenz vor allem wegen plötzlicher und hoher Verluste einer afrikanischen Tochtergesellschaft. Die Fast-Insolvenz der Metallgesellschaft hatte ihren Grund im riesigen Verlust einer amerikanischen Tochtergesellschaft.

3 So vor allem *Koppensteiner*, Kölner Komm. AktG, § 18 Rn. 26 ff. m.w.N.

4 Vgl. *Reintges* in Christians, Finanzierungshandbuch, S. 661 ff.; *Schnabel*, ZfB 51 (1981), 1238 ff.

5 Dazu vor allem *Uwe H. Schneider*, ZGR 1984, 497 ff.; sowie *Lutter/Scheffler/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Handbuch Konzernfinanzierung, 1998, insbes. S. 1 ff. und S. 171 ff. Dazu auch *Theisen* in Lutter, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 11 S. 470 ff.

6 Dazu vor allem *Götz*, AG 1984, 93 ff.; *Geßler*, AG 1985, 257 ff.; *Werner* in FS Stimpel, 1985, S. 935, 940 ff.; *Lutter* in FS Goerdeler, 1987, S. 327 ff.; *Lutter* in Lutter/Scheffler/Uwe H. Schneider, Handbuch Konzernfinanzierung, 1998, Rn. 14.1 ff.

eigener Verantwortung<sup>1</sup>. Der Aufsichtsrat aber hat – wie in der Gesellschaft – auch im Konzern für die Zweckmäßigkeit im Sinne von Plausibilität und innerer Folgerichtigkeit im Vorstandshandeln zu sorgen, auf Widersprüche hinzuweisen und für die Einhaltung der allgemeinen Regeln ordnungsmäßiger Konzerngeschäftsführung und Konzernorganisation zu sorgen.

Bei einer faktisch herrschenden Obergesellschaft hat ihr Aufsichtsrat die Konzerngeschäftsführung auch dahingehend zu überwachen, dass diese durch die Art und Weise ihrer Einwirkung auf die abhängigen Gesellschaften nicht ein Haftungsrisiko der Obergesellschaft begründet<sup>2</sup>. 155

## 5. Summa

Der **Inhalt der Überwachungsaufgabe** des Aufsichtsrats in der Konzernobergesellschaft im Hinblick auf die Konzerngeschäftsführung lässt sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen<sup>3</sup>: 156

- Einhaltung der Vorschriften des Konzernrechts,
- Einhaltung von Gesetz und Recht in allen Teilen des Konzerns und deren Sicherung durch geeignete Maßnahmen (Compliance),
- Vorliegen einer zweckmäßigen Konzernorganisation,
- Einrichtung eines Konzern-Controlling und eines konzernweiten Risiko-Managementsystems entspr. § 91 Abs. 2 AktG,
- Zweckmäßigkeit der Vorgaben und Richtlinien der Konzernleitung sowie deren Beachtung und
- Erzielung eines nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolges im Konzern.

Hinsichtlich einer **positiven wirtschaftlichen Entwicklung** in den abhängigen Gesellschaften kann sich der Aufsichtsrat der Obergesellschaft grundsätzlich darauf verlassen, dass diese durch eine ordnungsgemäße Überwachung der Tochteraufsichtsräte – soweit solche vorhanden sind – sichergestellt wird<sup>4</sup>. Von diesem Grundsatz sind allerdings zwei **Ausnahmen** zu machen: dann, wenn es sich um wesentliche wirtschaftliche Aktivitäten oder große Vermögensbindungen handelt<sup>5</sup>, oder wenn Anzeichen dafür bestehen, dass der Aufsichtsrat in der Untergesellschaft seinen Verpflichtungen nicht in ausreichendem Maße nachkommt<sup>6</sup>. 157

1 *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 165 ff.

2 Vgl. etwa BGH v. 17.9.2001 – II ZR 178/99, ZIP 2001, 1874 = AG 2002, 43 (Bremer Vulkan).

3 *Scheffler*, DB 1994, 793, 796 f.; *Lutter*, AG 2006, 517 ff.

4 *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 155 f., 159; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, Der Aufsichtsrat 2009, 33.

5 *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 333; *Scheffler*, DB 1994, 793, 797; a.A. *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 156. Beispielsweise VW in Bezug auf AUDI.

6 *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 156.

#### IV. Beratung mit dem Vorstand

- 158 Beratung ist Teil der Überwachung<sup>1</sup>. Da der Aufsichtsrat zur Überwachung der Konzernleitung und der Führung verbundener Unternehmen durch den Vorstand verpflichtet ist, gilt für die Beratung in Konzernfragen das Gleiche wie zu den Fragen der Gesellschaft selbst (siehe dazu oben Rn. 103 ff.).

#### V. Konzernweite Zustimmungsvorbehalte

- 159 1. Der Aufsichtsrat kann bestimmte Maßnahmen *seines* Vorstands in den Untergesellschaften von seiner eigenen Zustimmung abhängig machen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG); denn soweit der Vorstand in der Untergesellschaft handelt, betreibt er zugleich **Geschäftsführung für die Obergesellschaft**<sup>2</sup>. Maßnahmen dieser Art können etwa sein: Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern in den Tochtergesellschaften, Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen, schwerwiegende Änderungen in der Produktion, Kapitalerhöhungen, Satzungsänderungen etc. in den (wesentlichen) Tochtergesellschaften<sup>3</sup>. Dabei gilt auch hier der bereits oben Rn. 121 erörterte Grundsatz, dass solche Zustimmungspflichten des Aufsichtsrats der Obergesellschaft für Maßnahmen des Vorstands in Konzerngesellschaften von einigem Gewicht sein müssen und nicht gerade die Alltäglichkeiten der Konzernführung erfassen dürfen<sup>4</sup>.
- 160 In den meisten Fällen beziehen sich die in der Obergesellschaft festgelegten Zustimmungsvorbehalte nicht ausdrücklich auf Maßnahmen ihres Vorstands in den Untergesellschaften. Bei Auslegung dieser „neutralen“ **Zustimmungsvorbehalte** ist entscheidend, ob das zu beurteilende Geschäft der abhängigen Gesellschaft in seinen Folgen für die Entwicklung des herrschenden Unternehmens den dort ausdrücklich dem Zustimmungsvorbehalt unterworfenen Geschäften vergleichbar ist. Das ist anzunehmen, wenn es für den Fall, dass die Untergesellschaft ein rechtlich unselbständiger Teil der Obergesellschaft wäre, vom Zustimmungskatalog erfasst würde<sup>5</sup>. Näher dazu auch *Harbarth* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 457.

1 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 129 f. = AG 1991, 312 und *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 88 f. Ebenso der Kodex unter Ziff. 3.1 und 2 sowie 5.1.1.

2 Dazu ausführlich *Lutter* in FS Fischer, 1979, S. 419 ff.; *Lutter*, AG 2006, 517, 520; ebenso *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 431 ff.; *Uwe H. Schneider* in Scholz, Komm. GmbHG, § 52 Rn. 194 f.

3 Vgl. bereits oben den Katalog Rn. 118; vgl. weiter *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 562 ff.

4 Zutreffend *Martens*, ZHR 147 (1983), 377 ff., 419; *Hoffmann-Becking*, Münchener Hdb. AG, § 29 Rn. 57.

5 *Lutter* in FS Fischer, 1979, S. 419 ff.; *Hoffmann-Becking*, Münchener Hdb. AG, § 29 Rn. 57; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 340; ihnen folgend *Hüffer*, Komm. AktG, § 111 Rn. 16; *Habersack*, MünchKomm. AktG, § 111 Rn. 118;

Außerdem ist nach der Geschäftsart zu differenzieren: während Zustimmungsvorbehalte z.B. bei Investitionen und Unternehmensverträgen konzernweit zu interpretieren sind, werden Personalentscheidungen und Prokuraerteilungen in den Untergesellschaften nicht vom Zustimmungsvorbehalt der herrschenden Gesellschaft erfasst<sup>1</sup>. Erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt auch auf Geschäfte in den Tochterunternehmen, stellt sich die Frage nach seiner Durchsetzung, denn deren Vorstand kann nicht an die Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft gebunden werden. Vielmehr ist der Vorstand des herrschenden Unternehmens verpflichtet, im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten am Geschäft der Untergesellschaft mitzuwirken, um so einen Anknüpfungspunkt für die Aufsichtsratszustimmung zu liefern<sup>2</sup>. Bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung, sowie wenn die Tochter GmbH ist, kann er dazu von seinem Weisungsrecht Gebrauch machen, anderenfalls sollte er selbst im Aufsichtsrat der Tochter sein.

Besteht dagegen nur ein **faktisches Beherrschungsverhältnis**, so hat der Vorstand, dessen Mitglieder zumeist im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens vertreten sind, auf die Schaffung eines Zustimmungsvorbehalts in dieser Gesellschaft hinzuwirken<sup>3</sup>. Verweigert nun der Aufsichtsrat der faktisch herrschenden Obergesellschaft seine Zustimmung zu einem für die Untergesellschaft vorteilhaften Geschäft, dann befinden sich diese Vorstandsmitglieder bei ihrer Entscheidung im Tochteraufsichtsrat in einem Konflikt zwischen den Interessen des Konzerns und denen der Untergesellschaft. Diesen Konflikt haben sie zugunsten der Interessen der Untergesellschaft aufzulösen. Sie dürfen allenfalls dann dem Ablehnungswunsch des Aufsichtsrats der herrschenden Gesellschaft Folge leisten, wenn sichergestellt ist, dass ein eventuell beim abhängigen Unternehmen eintretender Nachteil nach § 311 AktG ausgleichsfähig ist und auch ausgeglichen wird<sup>4</sup>.

---

*Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 687 ff.; *Lenz*, AG 1997, 448, 452; *Pott-hoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 563; in diesem Sinne auch *Rodewig* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rn. 94; *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 96 f., die jedoch eine Auslegung zugunsten konzernweiter Sachverhalte dann ablehnen, wenn der Aufsichtsrat der Obergesellschaft die Zustimmungsvorbehalte selbst beschließt.

1 *Lutter* in *FS Fischer*, 1979, S. 419, 437 f.; ebenso *Rodewig* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rn. 95; *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 96; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 438; a.A. *Krieger* in *Lutter*, Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 44.

2 *Götz*, ZGR 1990, 633, 646 ff.; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 341 f.; *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 93; in diesem Sinne auch *Pott-hoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 565 f.

3 *Rodewig* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rn. 102 f.; *Semler*, MünchKomm. AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 237 sowie *Haber-sack*, MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 53.

4 *Lutter* in *FS Fischer*, 1979, S. 419, 427 ff.; *Rodewig* in *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 8 Rn. 107 f.; *Pott-hoff/Trescher/*

- 162 2. Der Aufsichtsrat kann weiterhin **Konflikte** zwischen der Konzernleitung und einer Untergesellschaft über § 308 Abs. 3 AktG zu schlichten behilflich sein; die dort geregelte Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats der Untergesellschaft ist dieser Gesellschaft zugeordnet und setzt daher beim herrschenden Unternehmen keinen eigenen solchen Zustimmungsvorbehalt in dessen Satzung oder durch Beschluss des Aufsichtsrats voraus<sup>1</sup>.
- 163 3. Schließlich hat der Aufsichtsrat als **mitbestimmter Aufsichtsrat** nach dem MitbestG die besonderen Befugnisse aus § 32 MitbestG (ähnlich nach § 15 MontanMitbestErgG), wonach der Vorstand in einer Reihe von Konzernmaßnahmen sogar an die Weisungen seines eigenen Aufsichtsrats gebunden ist: Solche verbindlichen Weisungen des Aufsichtsrats an den Vorstand sind dem Gesellschaftsrecht sonst ganz fremd<sup>2</sup>.
- Korrespondierend zu diesen besonderen und zusätzlichen Aufgaben im Konzern hat der Aufsichtsrat auch zusätzliche Informationsrechte; siehe dazu unten Rn. 228 ff.

## VI. Konzernspezifische Besonderheiten der Überwachung in abhängigen Gesellschaften

- 164 Die Überwachung durch den Aufsichtsrat einer eingegliederten, faktisch oder vertraglich konzernierten Gesellschaft folgt zunächst denselben Grundsätzen, die für die Überwachung einer konzernfreien Gesellschaft gelten<sup>3</sup>. Aufgrund der **Einflussnahme** des herrschenden Unternehmens **auf die Tochtergesellschaft** ergeben sich jedoch einige konzernspezifische Überwachungsaufgaben<sup>4</sup>. In der faktisch abhängigen Aktiengesellschaft trifft den Aufsichtsrat die zusätzliche Pflicht, den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen, den sog. Abhängigkeitsbericht, seines Vorstands zu prüfen und der Hauptversammlung darüber Rechen-

---

*Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 567; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 437; wohl auch *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 94 f.; a.A. *Götz*, ZGR 1990, 633; 653 f., der bei der Möglichkeit des Nachteilsausgleichs die Vorstandsmitglieder für verpflichtet hält, dem Interesse der Obergesellschaft Vorrang einzuräumen.

1 *Uwe H. Schneider* in Scholz, Komm. GmbHG, § 52 Rn. 196. Eingehend zur Frage von Zustimmungsvorbehalten in Bezug auf Tochtergesellschaften auch *Götz*, ZGR 1990, 633, 646 ff.

2 Zur rechtspolitischen Kritik an § 32 MitbestG vgl. *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 32 MitbestG Rn. 4 m.w.N. sowie *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, S. 69 ff.

3 *Krieger*, Münchener Hdb. AG, § 69 Rn. 36; *Mertens/Cahn*, Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 29; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 381; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 345.

4 Dazu *Drygala* in *K. Schmidt/Lutter*, Komm. AktG, § 111 Rn. 30 f.; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 597 ff.; *Habersack*, MünchKomm. AktG, § 111 Rn. 57; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper*, Komm. AktG, § 111 Rn. 9 f.

schaft abzulegen, ggf. hat er zu einem Bericht des Abschlussprüfers Stellung zu nehmen (§ 314 Abs. 2 AktG)<sup>1</sup>.

Gegenstück zu dieser Verpflichtung ist die **Haftungsregelung** des § 318 Abs. 2 AktG<sup>2</sup>. Ergeben sich aus dem Abhängigkeitsbericht Hinweise auf eine Benachteiligung der Untergesellschaft, dann muss der Aufsichtsrat diesen nachgehen. Bestätigt sich sein Verdacht, hat er auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 317 AktG hinzuwirken und ggf. gegen den eigenen Vorstand einzuschreiten<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat muss aber bereits während des Geschäftsjahres Informationen darüber einholen, ob der Vorstand die Interessen der Untergesellschaft im Rahmen des § 311 AktG hinreichend vertreten hat, etwa durch eindringlichen Hinweis auf drohende Nachteile und einen angemessenen Ausgleich<sup>4</sup>. 165

Sind im Aufsichtsrat der konzernabhängigen Gesellschaft **Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft** vertreten, müssen sie bei Erfüllung ihrer Überwachungsaufgabe den Interessen der Untergesellschaft den Vorzug geben<sup>5</sup>. Ist das nicht möglich, haben sie sich bei der Abstimmung zu enthalten oder bei einem permanenten Interessenkonflikt sogar ihr Amt niederzulegen<sup>6</sup>. 166

In der vertraglich beherrschten Aktiengesellschaft muss der Vorstand die **Weisungen der Obergesellschaft** befolgen, es sei denn, sie überschreiten die durch Gesetz, Satzung und Beherrschungsvertrag gezogenen Grenzen, dienen offensichtlich nicht Konzernbelangen (§ 308 Abs. 2 AktG) oder ge- 167

---

1 Versäumt der Aufsichtsrat diese Prüfung und Berichterstattung, so kann er nicht entlastet werden, LG München v. 31.5.2001 – 5 HK O 17738/00, DB 2001, 1714 = AG 2002, 302. Seine Entlastung kann wirksam angefochten werden, wenn der Aufsichtsrat den Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers in seinem Bericht an die Hauptversammlung nicht aufnimmt oder nicht wörtlich wiedergibt, LG München v. 29.9.2005 – 5 HK O 13412/05, DB 2006, 94 = AG 2005, 170.

2 Nach h.M. verdrängt § 318 Abs. 2 AktG die §§ 93, 116 AktG nicht, sondern modifiziert diese nur; vgl. dazu *Kropff*, MünchKomm. AktG, § 318 Rn. 24 ff.; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, § 111 Rn. 387; *Hüffer*, Komm. AktG, § 318 Rn. 9 f.

3 Vgl. dazu *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 468 f.

4 *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 603; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 462; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 181.

5 *Krieger*, Münchener Hdb. AG, § 69 Rn. 36; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 567; *Scheffler*, DB 1994, 793, 799; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 344; sinngemäß *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 588; auch *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 464, 466, der zu Recht annimmt, dass der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft nicht auf seinen Vorstand einwirken darf, wenn dieser aufgrund rechtmäßigen Konzerneinflusses vom Interesse der Untergesellschaft abweicht. Nach BGH v. 21.12.1979 – II ZR 244/78, DB 1980, 438 = AG 1980, 111 führt die Interessenvertretung zugunsten des herrschenden Unternehmens nicht zum Ausschluss der Haftung als Aufsichtsratsmitglied der Untergesellschaft.

6 *Scheffler*, DB 1994, 793, 799; *Lutter* in FS *Priester*, 2007, S. 417 ff.

fährden die Existenz der Untergesellschaft<sup>1</sup>. Der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats der Untergesellschaft wird beim Vorliegen einer Weisung der Obergesellschaft nicht hinfällig, sondern konkretisiert sich auf die Überprüfung, ob der Vorstand der Untergesellschaft die Grenzen seiner Folgepflicht ordnungsgemäß eingehalten hat<sup>2</sup>. Der Vorstand/Geschäftsführer der Untergesellschaft wiederum hat seinen Aufsichtsrat darüber zu unterrichten, wann und aus welchem Grund er eine Weisung nicht befolgt, damit dieser vermittelnd tätig werden kann<sup>3</sup>.

- 168 Bei einer **eingegliederten Aktiengesellschaft** besteht dagegen auch die Pflicht des Vorstands zur Befolgung von existenzgefährdenden Weisungen und solchen, die mit den Konzernbelangen offensichtlich nicht im Einklang stehen. Sie entfällt nur bei Rechtswidrigkeit der Weisung<sup>4</sup>. Entsprechend modifiziert sich der Überwachungsumfang des Aufsichtsrats in der eingegliederten Gesellschaft.

169, 170 Einstweilen frei.

---

1 Zu Letzterem *Hüffer*, Komm. AktG, § 308 Rn. 19; *Krieger*, Münchener Hdb. AG, § 70 Rn. 149; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 615; a.A. *Koppensteiner*, Kölner Komm. AktG, 3. Aufl., § 308 Rn. 50 ff.

2 *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 612; *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 147.

3 *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 616.

4 *Koppensteiner*, Kölner Komm. AktG, § 323 Rn. 7; *Grunewald*, MünchKomm. AktG, § 323 Rn. 2; *Hüffer*, Komm. AktG, § 323 Rn. 3; *Ziemons* in K. Schmidt/Lutter, Komm. AktG, § 323 Rn. 6 und 13; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 624.