

# Der Aufsichtsrat

Backhaus / Tielmann

2. Auflage 2023

ISBN 978-3-8006-6837-3

Vahlen

Amtszeit läuft ab.<sup>88</sup> Wenn bis zur gerichtlichen Entscheidung noch neue Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen sind, greifen die bisher geltenden Vorschriften ein (→ Rn. 62 ff.).

Ergeht in dem gerichtlichen Verfahren **keine Entscheidung** (→ § 99 Rn. 23 ff.), entfaltet die Bekanntmachung des Vorstands dennoch keine Wirkung mehr.<sup>89</sup> Da das Gericht zunächst angerufen wurde, bleibt es dabei, dass die Bekanntmachung keinerlei Rechtswirkungen entfaltet (→ Rn. 54). Aus Gründen der Rechtssicherheit bleibt der Aufsichtsrat in seiner bisherigen Zusammensetzung bestehen (§ 96 Abs. 4).<sup>90</sup> Der Vorstand muss prüfen, ob er eine neue Bekanntmachung veranlasst oder sogleich das Gericht anruft (→ Rn. 32 ff., 37).

## VI. Keine Bekanntmachung bei Rechtshängigkeit (Bekanntmachungssperre, Abs. 3)

Eine Bekanntmachung des Vorstands über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats kann nicht erfolgen, solange ein gerichtliches Verfahren gem. §§ 98, 99 anhängig ist (§ 97 Abs. 3). Damit wird ein Nebeneinander von gerichtlichem und außergerichtlichem Verfahren<sup>91</sup> und sich widersprechende Ergebnisse<sup>92</sup> verhindert. Dem **anhängigen gerichtlichen Verfahren** soll **Vorrang** eingeräumt werden.<sup>93</sup> Eine entgegen § 97 Abs. 3 erfolgende Bekanntmachung ist rechtlich unwirksam; unerheblich ist, wer das gerichtliche Verfahren initiiert hat.<sup>94</sup> Ebenso ist unerheblich, ob das gerichtliche Verfahren innerhalb der Anrufungsfrist initiiert wurde.

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats muss gem. § 98 Abs. 4 S. 1 nur geändert werden, wenn sie der gerichtlichen Entscheidung **widerspricht** (→ § 98 Rn. 47 f.).

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Auswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung auf die Bekanntmachungspflicht. Die hM trennt zwischen Bekanntmachung und gerichtlichen Verfahren: trotz rechtskräftiger Entscheidung kann der Vorstand jederzeit eine **neue Bekanntmachung** veranlassen; es kommt nicht darauf an, ob die Bekanntmachung auf neuen Tatsachen beruht.<sup>95</sup> Allerdings sind alle Tatsachen, die bereits in einem ersten Gerichtsverfahren vorgetragen wurden oder hätten vorgetragen werden können, **in einem neuen gerichtlichen Verfahren präkludiert**.<sup>96</sup> Die Gegenauffassung<sup>97</sup> lehnt mangels neuer Tatsachen auch schon das Bekanntmachungsrecht ab. Auch wenn die praktischen Unterschiede gering sind, überzeugen beide Auffassung nicht. Vorzugswürdig ist eine differenzierende Lösung, die Rechtskraft der Entscheidung (→ § 99 Rn. 35 ff.) berücksichtigt und davon ausgehend zwischen dem Statusverfahren einerseits und der internen Pflichtenbindung des Vorstands andererseits differenziert. Im Ausgangspunkt ist auch der Vorstand an die gerichtliche Entscheidung gebunden (§ 98 Abs. 4 S. 1). Allerdings wäre es mit dem Verfahrenszweck nicht zu vereinbaren, wenn eine formell ordnungsgemäße

<sup>88</sup> MüKoAktG/Habersack Rn. 36.

<sup>89</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 38; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 86; MüKoAktG/Habersack Rn. 37; Koch Rn. 6, K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 17; aA MüKoAktG/Semler, 2. Aufl. 2004, Rn. 80.

<sup>90</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 38; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 85; MüKoAktG/Habersack Rn. 37; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 17.

<sup>91</sup> MüKoAktG/Habersack Rn. 38.

<sup>92</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 87.

<sup>93</sup> BegrRegE Kropff S. 128 = BT-Drs. 4/171, 134; MüKoAktG/Semler, 2. Aufl. 2004, Rn. 8.

<sup>94</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 87; MüKoAktG/Habersack Rn. 38.

<sup>95</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 88; MüKoAktG/Habersack Rn. 39; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 7; NK-AktR/Breuer/Fraune Rn. 13; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 18; BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 12; aA MüKoAktG/Semler, 2. Aufl. 2004, Rn. 84; BeckOGK/Spindler Rn. 39; abweichend Grigolet/Tomasich Rn. 11; Hölter/Weber/Simons Rn. 37, 39; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 6, 20, die annehmen, der Vorstand müsse die rechtskräftige Entscheidung akzeptieren, aber zugleich eine Bekanntmachung auch zulassen, wenn sie nicht auf neuen Tatsachen beruht, sie aber wohl als pflichtwidrig ansehen.

<sup>96</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 89; insoweit auch Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 20; Koch Rn. 7; MüKoAktG/Habersack Rn. 39; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 18; wohl auch BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 12.

<sup>97</sup> MüKoAktG/Semler, 2. Aufl. 2004, Rn. 84; BeckOGK/Spindler Rn. 39.

Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 keine Rechtswirkung hätte. Daher hat entfaltet sie in jedem Fall aus Gründen der Rechtssicherheit Wirkung. Ohne neue Tatsachen handelt der Vorstand indes pflichtwidrig, wenn er trotz der rechtskräftigen Entscheidung eine neue Bekanntmachung vornimmt<sup>98</sup>. Davon zu trennen ist die nach dem Verfahrensrecht zu beurteilende Frage, welche Rechtsfolgen das Fehlen neuer Tatsachen in einem weiteren gerichtlichen Verfahren hat. Da die Entscheidung formell und materiell rechtskräftig wird (§ 99 Abs. 5 S. 1; → § 99 Rn. 35 ff.) und *inter omnes* wirkt (§ 99 Abs. 5 S. 2), ist ein neues gerichtliches Verfahren durch den Vorstand bereits als unzulässig zurückzuweisen<sup>99</sup>. Bei anderen Antragstellern ist der Vorstand mit alten Tatsachen präkludiert.

## VII. Anzeigepflicht gegenüber der BaFin und Bundesbank

- 77 Die **Bestellung** eines Aufsichtsrats- bzw. Verwaltungsratsmitglieds bei einem Institut (§ 1 Abs. 1b KWG<sup>100</sup>) ist der BaFin und der Bundesbank nach § 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG unverzüglich unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen anzuzeigen; das **Ausscheiden** einer solchen Person ist der BaFin und der Bundesbank ebenfalls anzuzeigen (§ 24 Abs. 1 Nr. 15a KWG).<sup>101</sup>
- 78 Die Anzeige ist als geschäftsführende Maßnahme vom Vorstand bzw. dem geschäftsführenden Organ zu veranlassen. Ausgenommen von der Anzeigepflicht sind solche Institute, die von der Ausnahmvorschrift gem. § 2 KWG oder der Befreiungsvorschrift des § 31 Abs. 1, 2 KWG erfasst sind.<sup>102</sup> Die Bekanntmachung kann formfrei erfolgen.<sup>103</sup>
- 79 Die Anforderungen an die **erforderliche Sachkunde** (§ 25d Abs. 1 S. 1 KWG) richten sich nach der jeweiligen Geschäftstätigkeit der Institute (zB Kreditvergabe an Privatkunden und kleine Unternehmen oder globales Investmentbanking; § 25d Abs. 1 S. 2 KWG).<sup>104</sup> Bei Personen, die bereits in leitender Funktion bei einem vergleichbaren Institut tätig waren, kann die erforderliche Sachkunde regelmäßig angenommen werden.<sup>105</sup>
- 80 **Zuverlässig** (§ 25d Abs. 1 S. 1 KWG) ist ein Aufsichtsrats- bzw. Verwaltungsratsmitglied, wenn keine persönlichen Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass diese die sorgfältige und ordnungsgemäße Wahrnehmung des Kontrollmandats beeinträchtigen können.<sup>106</sup>
- 81 Eine Anzeigepflicht besteht nicht nur für gesetzlich vorgeschriebene Kontrollorgane, sondern auch für solche, die **freiwillig** gebildet wurden.<sup>107</sup>
- 82 Daneben sind der Geschäftsleiter eines Instituts und die Personen, die die Geschäfte einer **Finanzholding-Gesellschaft** (§ 1 Abs. 3a KWG) tatsächlich führen, gem. § 24 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 KWG persönlich verpflichtet, der BaFin und Bundesbank unverzüglich anzuzeigen, wenn der Geschäftsleiter eines Instituts eine Tätigkeit als Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsmitglied bei einem anderen Unternehmen aufnimmt.<sup>108</sup> Entsprechend § 1 Abs. 2 KWG sind Geschäftsleiter grundsätzlich diejenigen natürlichen Personen, die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung eines Instituts in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Personenhandels-gesellschaft berufen sind. Die Anzeige bei der BaFin und der Bundesbank ist mit dem Formular „**Nebentätigkeiten von Geschäftsleitern und Personen, die die Geschäfte**

<sup>98</sup> So wohl auch Grigoleit/Tomasic Rn. 11; Hölter/Weber/Simons Rn. 37; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 6, 20.

<sup>99</sup> Hölter/Weber/Simons Rn. 37.

<sup>100</sup> Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG) vom 9.9.1998 (BGBl. 1998 I 2776).

<sup>101</sup> Ausf. BFS/Braun KWG § 24 Rn. 167 ff.

<sup>102</sup> Ausf. BFS/Braun KWG § 24 Rn. 42.

<sup>103</sup> BFS/Braun KWG § 24 Rn. 170, 30.

<sup>104</sup> BFS/Braun KWG § 24 Rn. 169 f.

<sup>105</sup> Vgl. BaFin, Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, I.1.

<sup>106</sup> Ausf. BFS/Wolfgarten KWG § 25d Rn. 17 ff.

<sup>107</sup> BFS/Wolfgarten KWG § 25d Rn. 13 ff.

<sup>108</sup> Ausf. BFS/Braun KWG § 24 Rn. 246 ff.

einer **Finanzholding Gesellschaft oder einer gemischten Finanzholding-Gesellschaft tatsächlich führen**“ nach Anlage 6 AnzV<sup>109</sup> einzureichen, wobei die Anzeige unverzüglich und schriftlich in jeweils einfacher Ausfertigung der BaFin und der zuständigen Hauptverwaltung der Bundesbank zuzuleiten ist (§ 1 Abs. 1 S. 1 AnzV).<sup>110</sup>

Zudem muss eine Finanzholding-Gesellschaft (§ 1 Abs. 3a KWG) gem. § 24 Abs. 3a S. 1 Nr. 4 KWG der BaFin und der Bundesbank unverzüglich die **Bestellung eines Verwaltungsrats- oder Aufsichtsratsmitglieds** unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen anzeigen. 83

Die Anzeigen sind gem. § 16 AnzV von einer Finanzholding-Gesellschaft unter Verwendung des Formulars „**Aktivische Beteiligungsanzeige**“ (**Anlage 3 AnzV**) einzureichen, wobei für jedes Beteiligungsverhältnis ein separates Formular zu verwenden ist und bei komplexen Beteiligungsstrukturen das Formular „**Anlage für komplexe Beteiligungsstrukturen**“ (Anlage 4 AnzV) verwendet werden muss.<sup>111</sup> Komplexe Beteiligungsstrukturen sind insbesondere bei Treuhandverhältnissen und solchen Beteiligungen, die über mehrere Tochterunternehmen oder ein gleichartiges Verhältnis über mehrere Beteiligungsketten gehalten werden (vgl. § 7 Abs. 4 AnzV), anzunehmen.<sup>112</sup> 84

### VIII. Schadensersatzansprüche

Der Vorstand ist der **Gesellschaft** gem. § 93 zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er seine Verpflichtung nach § 97 Abs. 1, § 98 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 verletzt, auf eine ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats hinzuwirken.<sup>113</sup> **Mangels** eines berechenbaren **Schadens** ist ein solcher Anspruch in der Praxis jedoch regelmäßig ohne Bedeutung.<sup>114</sup> Denkbare Schadenspositionen sind unnötige Verfahrenskosten oder Kosten der unterlassenen Verkleinerung des Aufsichtsrats.<sup>115</sup> 85

Das Gesetz räumt weder **Dritten** (insbesondere Arbeitnehmern) noch **Anteilseignern** einen Schadensersatzanspruch gegenüber den Vorstandsmitgliedern oder gegenüber der Gesellschaft ein; § 97 ist kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.<sup>116</sup> Dritte und Anteilseigner müssen ggf. als Antragsberechtigte (§ 98 Abs. 2) selbst tätig werden und eine rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats betreiben.<sup>117</sup> 86

### § 98 Gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

**(1) Ist streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, so entscheidet darüber auf Antrag ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.**

**(2) <sup>1</sup> Antragsberechtigt sind**

- 1. der Vorstand,**
- 2. jedes Aufsichtsratsmitglied,**

<sup>109</sup> Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz (Anzeigenverordnung – AnzV) vom 19.12.2006 (BGBl. 2006 I 3245).

<sup>110</sup> BFS/Braun KWG § 24 Rn. 250.

<sup>111</sup> BFS/Braun KWG § 24 Rn. 269.

<sup>112</sup> BFS/Braun KWG § 24 Rn. 269.

<sup>113</sup> AllgM BeckOGK/Spindler Rn. 40; Grigoleit/Tomasic Rn. 5; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 67; MüKoAktG/Habersack Rn. 28; Koch Rn. 4; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 7; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 10.

<sup>114</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 40; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 7; MüKoAktG/Habersack Rn. 28; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 10.

<sup>115</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 67; Hölter/Weber/Simons Rn. 45.

<sup>116</sup> AllgM BeckOGK/Spindler Rn. 40; Grigoleit/Tomasic Rn. 5; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 68; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 8; MüKoAktG/Habersack Rn. 28; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 10.

<sup>117</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 40; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 8; MüKoAktG/Habersack Rn. 28.

3. jeder Aktionär,
4. der Gesamtbetriebsrat der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat,
5. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss,
6. der Gesamtbetriebsrat eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat,
7. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss,
8. mindestens ein Zehntel oder einhundert der Arbeitnehmer, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen,
9. Spitzenorganisationen der Gewerkschaften, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, ein Vorschlagsrecht hätten,
10. Gewerkschaften, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, ein Vorschlagsrecht hätten.

<sup>2</sup>Ist die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes oder die Anwendung von Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes streitig oder ungewiß, so sind außer den nach Satz 1 Antragsberechtigten auch je ein Zehntel der wahlberechtigten in § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Mitbestimmungsgesetzes bezeichneten Arbeitnehmer oder der wahlberechtigten leitenden Angestellten im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes antragsberechtigt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäß, wenn streitig ist, ob der Abschlußprüfer das nach § 3 oder § 16 des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes maßgebliche Umsatzverhältnis richtig ermittelt hat.

(4) <sup>1</sup>Entspricht die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht der gerichtlichen Entscheidung, so ist der neue Aufsichtsrat nach den in der Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen. <sup>2</sup>§ 97 Abs. 2 gilt sinngemäß mit der Maßgabe, daß die Frist von sechs Monaten mit dem Eintritt der Rechtskraft beginnt.

**Schrifttum:** Bayer/Hoffmann, Das „Erzberger-Portfolio“ und das Mitbestimmungs-Screening der deutschen AG-Landschaft, AG 2018, R336; Hoffmann/Neumann, Aktuelle Fragen des Mitbestimmungsgesetzes für GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1978, 56; Keidel, Kommentar zum FamFG, 20. Aufl. 2020; Martens, Mitbestimmungsrecht und Prozeßrecht, ZGR 1977, 385; Martens, Das aktienrechtliche Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065; Oetker, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19; Oetker, Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97 ff. AktG, ZHR 149 (1985), 575; Rittner, §§ 96–99 AktG 1965 und das Bundesverfassungsgericht, DB 1969, 2165; Schürmbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007; Simons, Ungeklärte Zuständigkeitsfragen bei gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen, NZG 2012, 609.

### Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines .....	1
1. Inhalt und Bedeutung der Norm .....	1
2. Entstehungsgeschichte .....	7
II. Die gerichtliche Entscheidung (Abs. 1) .....	10
1. Örtliche Zuständigkeit .....	10
2. Sachliche und funktionale Zuständigkeit des Gerichts .....	12
3. Antragserfordernis .....	18
III. Antragsberechtigung (Abs. 2) .....	22
1. Antragsrecht ohne besondere Voraussetzungen (Nr. 1–5) .....	25

	Rn.
a) Vorstand (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) .....	26
b) Jedes Aufsichtsratsmitglied (Abs. 2 S. 1 Nr. 2) .....	28
c) Jeder Aktionär (Abs. 2 S. 1 Nr. 3) .....	29
d) (Gesamt-)Betriebsrat (Abs. 2 S. 1 Nr. 4) .....	30
e) Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss (Abs. 2 S. 1 Nr. 5) .....	31
2. Nur bei zu wahren Belangen (Nr. 6–10) .....	32
a) (Gesamt-)Betriebsrat eines anderen Unternehmens (Abs. 2 S. 1 Nr. 6) ....	32
b) Gesamtsprecherausschuss oder der Sprecherausschuss eines anderen Un- ternehmens (Abs. 2 S. 1 Nr. 7) .....	34
c) Wahlberechtigte Arbeitnehmer (Abs. 2 S. 1 Nr. 8, S. 2) .....	35
d) Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und Gewerkschaften (Abs. 2 S. 1 Nr. 9, 10) .....	37
IV. Entscheidung über das Umsatzverhältnis (Abs. 3) .....	41
1. Umsatzverhältnis der Konzernunternehmen .....	42
2. Gerichtliche Entscheidung .....	43
a) Zulässigkeit des Antrags .....	43
b) Prüfungsumfang .....	44
V. Wirkung der gerichtlichen Entscheidung (Abs. 4) .....	45
1. Vor Eintritt der Rechtskraft .....	45
2. Nach Eintritt der Rechtskraft .....	46

## I. Allgemeines

**1. Inhalt und Bedeutung der Norm.** Die Vorschrift regelt zusammen mit § 99 das **1 gerichtliche Statusverfahren**. Es ergänzt das außergerichtliche Statusverfahren (§ 97) und ermöglicht eine gerichtliche Entscheidung über die gesetzlichen Vorschriften der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, wenn sich die an der Besetzung des Aufsichtsrates beteiligten Gruppen nicht einig sind.<sup>1</sup> Es stellt damit die zweite Möglichkeit der Veränderung der nach dem Kontinuitätsprinzip (§ 96 Abs. 4) geltenden gesetzlichen Vorschriften nach denen der Aufsichtsrat zusammen zu setzen ist (→ § 97 Rn. 4 f.). Zum Zweck des Statusverfahrens bereits → § 97 Rn. 2 f.

Dem gerichtlichen Verfahren muss nicht notwendig ein außergerichtliches Verfahren **2** (§ 97) vorausgehen (→ § 97 Rn. 37). Der Vorstand ist nicht zu einer vorgängigen Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 verpflichtet (→ Rn. 26; zur Bekanntmachung → § 97 Rn. 33 ff.).

**Abs. 1** bestimmt die **ausschließliche Zuständigkeit** des Landgerichts der Gesellschaft **3** als Grundsatz. Damit soll eine Zuständigkeitszersplitterung zwischen der ordentlichen und der arbeitsrechtlichen Gerichtsbarkeit vermieden werden.<sup>2</sup> Zu etwaigen örtlichen Sonderzuständigkeiten aufgrund von Landesrecht → Rn. 10 ff.

Das Gericht wird nach Abs. 1 **nur auf Antrag** tätig (→ Rn. 18). **Abs. 2** legt fest, wer **4** antragsberechtigt ist (→ Rn. 22 ff.).

**Abs. 3** erweitert den Anwendungsbereich des gerichtlichen Statusverfahrens, wenn **5** streitig ist, ob der Abschlussprüfer das nach §§ 3, 16 MitbestErgG maßgebliche **Umsatzverhältnis** richtig ermittelt hat (→ Rn. 41 ff.).

**Abs. 4** regelt die **Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung**, wenn der bisherige **6** Aufsichtsrat nicht entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist (→ Rn. 45 ff.).

**2. Entstehungsgeschichte.** Die Vorschrift ist mit dem **AktG 1965** neu eingefügt **7** worden.<sup>3</sup> Sie ist seitdem mehrfach geändert worden. Mit Inkrafttreten des **MitbestG** wurde

<sup>1</sup> BegrRegE Kropff S. 129 = BT-Drs. 4/171, 134.

<sup>2</sup> BegrRegE Kropff S. 129 = BT-Drs. 4/171, 134; BeckOGK/Spindler Rn. 3; MüKoAktG/Habersack Rn. 1; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 1; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 2; Koch Rn. 1; Hensler/Strohn/Hensler Rn. 1.

<sup>3</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 4; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 1 ff.; MüKoAktG/Habersack Rn. 2.

der damalige § 98 durch die heutigen § 98 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 6 (damals Nr. 5) und 10 (damals Nr. 8) ergänzt. Außerdem erweitert seitdem § 98 Abs. 2 S. 2 das Antragsrecht für die Arbeitnehmer und die leitenden Angestellten in einem qualifizierten Anteil (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG). Durch § 98 Abs. 2 Nr. 10 erhielten die Gewerkschaften erstmals ein eigenes Vorschlagsrecht.

- 8 Im Jahr 2002 wurde § 98 durch Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und 7 ergänzt, womit den (Gesamt-)Sprecherausschüssen und den Sprecherausschüssen anderer Unternehmen eine eigene Antragsberechtigung eingeräumt wurde.<sup>4</sup> Zugleich wurde § 98 Abs. 2 S. 2 neu gefasst.
- 9 Mit dem **FGG-Reformgesetz**<sup>5</sup> wurden einzelgesetzliche Zuständigkeitsregelungen aufgehoben und neugeordnet im GVG zusammengeführt. Seitdem ist grundsätzlich das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (→ Rn. 10 f.). Die Zuständigkeit der **Kammer für Handelssachen**, die bereits durch das UMAG<sup>6</sup> begründet wurde, ergibt sich nun aus den allgemeinen Gerichtsorganisationsrecht (§ 71 Abs. 2 GVG, § 95 Abs. 2 GVG). Die Konzentrationsermächtigung der Landesregierungen ist nunmehr in § 71 Abs. 4 GVG geregelt, nicht mehr in § 98 Abs. 1 S. 2 und 3 (zu den daraus folgenden örtlichen Sonderzuständigkeiten → Rn. 10 f.).

## II. Die gerichtliche Entscheidung (Abs. 1)

- 10 **1. Örtliche Zuständigkeit. Örtlich zuständig** ist gem. Abs. 1 ausschließlich das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Nach § 71 Abs. 4 S. 1, 2 Nr. 4 lit. b GVG sind die Landesregierungen und gem. § 71 Abs. 4 S. 1 GVG die Landesjustizverwaltungen indes berechtigt, durch Rechtsverordnung die Entscheidungen einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zu übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient.
- 11 Bisher haben die Landesregierungen von Baden-Württemberg<sup>7</sup>, Bayern<sup>8</sup>, Hessen<sup>9</sup>, Niedersachsen<sup>10</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>11</sup> und Sachsen<sup>12</sup> von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Hat die Gesellschaft einen Doppelsitz, ist das Gericht zuständig, welches zuerst angerufen wird (§ 2 Abs. 1 FamFG).<sup>13</sup> Dies gilt auch dann, wenn im zweiten Verfahren ein anderer Antragsteller iSv § 98 Abs. 2 das Gericht anruft.<sup>14</sup> Diese wegen der inter omnes-Rechtskraftwirkung (§ 99 Abs. 5 S. 2; zur Rechtskraft → § 99 Rn. 35 ff.) notwendige Verfahrenskonzentration folgt aus einer analogen Anwendung von § 2 Abs. 1 FamFG<sup>15</sup>.

<sup>4</sup> Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23.3.2002, BGBl. 2002 I 1130.

<sup>5</sup> Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 22.12.2008, BGBl. 2008 I 2586.

<sup>6</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. 2005 I 2802.

<sup>7</sup> Zuständig sind die LG Mannheim und Stuttgart gem. § 13 ZuVOJu vom 20.11.1998, GBl. 1998, 680.

<sup>8</sup> Zuständig sind die LG München I und Nürnberg-Fürth gem. § 14 Abs. 1 GZVJu vom 11.6.2012, GVBl. 2012, 295. Beschwerdeinstanz ist gem. § 14 Abs. 2 GZVJu das BayObLG.

<sup>9</sup> Zuständig ist das LG Frankfurt a. M. gem. § 38 JuZuV vom 3.6.2013, GVBl. 2013, 386.

<sup>10</sup> Zuständig ist das LG Hannover gem. § 2 ZustVO-Justiz vom 18.12.2009, Nds. GVBl. 2009, 506.

<sup>11</sup> Zuständig sind die LG Dortmund, Düsseldorf und Köln gem. § 1 NRWKonzVOGesR (Konzentrations-VO Gesellschaftsrecht vom 8.6.2010, GV NRW 2010, 350); Beschwerdeinstanz ist das OLG Düsseldorf ist gem. § 2 NRWKonzVOGesR.

<sup>12</sup> Zuständig ist das LG Leipzig gem. § 10 SächsJOrgVO vom 7.3.2016, SächsGVBl. 2016 S. 103.

<sup>13</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 5; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 25; MüKoAktG/Habersack Rn. 7; Hölters/Weber/Simons Rn. 7; Koch Rn. 2; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 2; wohl auch BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 2.

<sup>14</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 25; MüKoAktG/Habersack Rn. 7; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 2; Hölters/Weber/Simons Rn. 7.

<sup>15</sup> AA GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 25 mit dem an sich zutreffenden Verweis, auf den Ausschluss der Norm in § 377 Abs. 4 FamFG. Diese beruht aber auf der Prämisse, dass es aufgrund von § 377 Abs. 1 FamFG zu einer eindeutigen Zuständigkeit kommt (BegrRegE FamFG BT-Drs. 16/6308, 285) und einem Ausschluss von Doppelsitzen (BeckOK FamFG/Otto Rn. 17; Keidel/Heinemann FamFG § 377 Rn. 43). Sind Doppelsitze faktisch gegeben, ist § 377 Abs. 4 FamFG teleologisch zu reduzieren.

**2. Sachliche und funktionale Zuständigkeit des Gerichts.** Sachlich zuständig ist **ausschließlich** das **Landgericht** (§ 98 Abs. 1). Funktional zuständig ist die **Kammer für Handelssachen**, wenn eine solche beim Landgericht gebildet wurde (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 GVG, §§ 94, 71 Abs. 2 Nr. 4 lit. b GVG iVm § 98 Abs. 1).<sup>16</sup> Deren Zuständigkeit ist aber nicht (mehr) ausschließlich, sondern tritt nur ein, wenn Antragsberechtigter (analog § 96 Abs. 1 GVG) oder die Gesellschaft als Antragsgegner (analog § 98 Abs. 1 GVG) dieses verlangen<sup>17</sup>. Dieses folgt daraus, dass die frühere ausdrückliche Zuweisung an die Kammer für Handelssachen (§ 98 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 aF) entfallen ist und in das allgemeine Regime des GVG integriert wurde, in dem nur ein Antrag zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen führt.

Die ausschließliche sachliche Zuständigkeit betrifft nur den Anwendungsbereich des Statusverfahrens, also die Frage der Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (→ § 97 Rn. 11). In diesem Rahmen können andere ordentliche Gerichte und Arbeitsgerichte darüber **keine Inzidenzentscheidungen** treffen<sup>18</sup>. Bis zum Abschluss eines Statusverfahrens sind auch sie nach dem Kontinuitätsgrundsatz an die bisher geltenden Vorschriften gebunden (§ 96 Abs. 4; → § 96 Rn. 85).<sup>19</sup> Eine Notwendigkeit zur Aussetzung des Statusverfahrens besteht daher regelmäßig nicht.<sup>20</sup>

Das Statusverfahren hat zudem Vorrang gegenüber einem Wahlanfechtungsverfahren, soweit die Wahlen von Arbeitnehmervertretern mit der Begründung angefochten werden sollen, der Aufsichtsrat sei nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt.<sup>21</sup>

Hinsichtlich der Geltendmachung der **Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl** gilt, dass grundsätzlich gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 1, § 246 Abs. 3 S. 1 Klage vor dem ordentlichen Gericht und bei der Wahl von Arbeitnehmervertretern nach § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG die gewöhnliche Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht zu erheben ist<sup>22</sup>.

Eine Konkurrenz zwischen Statusverfahren und Nichtigkeitsfeststellungsklage (§ 250 Abs. 1 Nr. 1) besteht nicht, da diese mit der Bindungswirkung des Statusverfahrens verknüpft ist. Die ordentlichen Gerichte können weiterhin Vorfragen außerhalb des Anwendungsbereiches des Statusverfahrens (→ Rn. 13) entscheiden, zB über die Gültigkeit von Satzungsbestimmungen, von Gesellschafterbeschlüssen, Wahlen oder Abberufungsentscheidungen in Bezug auf die Aufsichtsratsbesetzung<sup>23</sup>.

Die **Arbeitsgerichte** entscheiden weiterhin im Beschlussverfahren gem. § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG, § 80 ArbGG über gesellschafts- und konzernrechtliche **Vorfragen**, die das **Wahlrecht der Arbeitnehmer** zum Aufsichtsrat und dessen personelle Zusammensetzung betreffen.<sup>24</sup> Teilweise wurde unter Verweis auf das erweiterte Antragsrecht gem. § 98 Abs. 2 S. 1 die Auffassung vertreten, den Arbeitsgerichten sei auch diese Vorfragenkom-

<sup>16</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 5; Hölters/Weber/Simons Rn. 7; Koch Rn. 2; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 43; MüKoAktG/Habersack Rn. 9; BKL AktG//Bürgers/Fischer Rn. 2; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 2; Grigoleit/Tomasic Rn. 5; Simons NZG 2012, 609 (610).

<sup>17</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 24; Hölters/Weber/Simons Rn. 7; Koch Rn. 2; Simons NZG 212, 609 (610); aA BeckOGK/Spindler Rn. 5; MüKoAktG/Habersack Rn. 9; wohl auch K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 2.

<sup>18</sup> BegrRegE Kropff S. 129 = BT-Drs. 4/171, 135.

<sup>19</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 17; MüKoAktG/Habersack Rn. 10; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 2; Habersack/Henssler/Habersack MitbestG § 6 Rn. 79; RVJ/Raiser MitbestG § 6 Rn. 61.

<sup>20</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 17; MüKoAktG/Habersack Rn. 10; Habersack/Henssler/Habersack MitbestG § 6 Rn. 79; insoweit aA RVJ/Raiser MitbestG § 6 Rn. 61: Aussetzung regelmäßig zu empfehlen.

<sup>21</sup> BAG ZIP 2008, 1630 Rn. 18; MüKoAktG/Habersack Rn. 10; Oetker ZGR 2000, 19 (48 f.).

<sup>22</sup> MüKoAktG/Habersack Rn. 10.

<sup>23</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 18.

<sup>24</sup> LG Düsseldorf DB 1978, 988 ff.; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 2; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 18, 20; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 45; MüKoAktG/Habersack Rn. 11; BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 2; ausführlich Habersack/Henssler/Habersack MitbestG § 6 Rn. 82; RVJ/Raiser MitbestG § 6 Rn. 60.



petenz entzogen.<sup>25</sup> Diese Ansicht ist abzulehnen.<sup>26</sup> Mit der Einführung des erweiterten Antragsrechts durch das MitbestG sollte die bereits vorher bestehende arbeitsgerichtliche Kompetenz nicht eingeschränkt werden.<sup>27</sup> Dies hätte einer eindeutigen Regelung des Gesetzgebers bedurft.

- 18 3. Antragserfordernis.** Das gerichtliche Verfahren wird nur auf **Antrag** eingeleitet (§ 98 Abs. 1 S. 1). Der Antrag kann **formlos** gestellt werden.<sup>28</sup> Er kann gem. § 25 FamFG zu Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen Landgerichts oder eines Amtsgerichts erklärt, aber auch mittels anderer Übermittlungsmethoden gestellt werden.<sup>29</sup> Eine **Frist** ist nicht einzuhalten, sofern zuvor keine Bekanntmachung (§ 97 Abs. 1) erfolgt ist.<sup>30</sup> Ansonsten gilt die Monatsfrist des § 97 Abs. 1 S. 3, deren Ablauf jedoch einen Antrag gem. § 98 Abs. 1 kann nicht hindert (→ § 97 Rn. 58).
- 19** Es besteht kein Anwaltszwang.<sup>31</sup> Der Antrag muss die **Identität des Antragstellers** und das **Antragsziel**, dh die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, erkennen lassen.<sup>32</sup> Der Antrag muss weder als solcher bezeichnet sein noch ist eine Begründung des Antrags erforderlich.<sup>33</sup> Der Antrag sollte zudem die sachlich sinnvolle funktionale Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen beantragen (§ 96 Abs. 1 GVG; → Rn. 12).
- 20** Der Antrag erfordert einen **Streit oder Ungewissheit** darüber, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist (§ 98 Abs. 1).<sup>34</sup> Daran sind wegen des Zwecks des Statusverfahrens keine hohen Anforderungen zu stellen. Fehlt diese Voraussetzung ausnahmsweise, ist der Antrag wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.<sup>35</sup> **Ungewissheit** liegt vor, wenn der Vorstand sich selbst nicht sicher ist, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist. Sie besteht auch, wenn der Vorstand sich zwar seiner eigenen Auffassung gewiss ist, jedoch damit rechnet, dass nach einer Bekanntmachung ein Antragsberechtigter (§ 98 Abs. 2) eine gerichtliche Entscheidung beantragen wird. Für eine Ungewissheit genügt es, wenn künftige Streitigkeiten über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats zumindest möglich erscheinen.<sup>36</sup> Die erforderliche Ungewissheit ergibt sich zumeist bereits konkludent aus dem Antrag.<sup>37</sup> **Streit** besteht, wenn sich der Vorstand und ein anderer Beteiligter oder mehrere andere Beteiligte über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ernsthaft auseinandersetzen. Er hat neben der Ungewissheit keine eigenständige Bedeutung.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf DB 1978, 1358 f.; LAG Düsseldorf DB 1978, 987 (988); Hoffmann-Neumann GmbHR 1978, 56 (60 f.); Martens ZGR 1977, 385 (388); Oetker ZHR 149 (1985), 575 (589).

<sup>26</sup> Großkomm AktG/Hopt/Roth Rn. 17 ff.; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 45; MüKoAktG/Habersack Rn. 11; WKS/Wißmann MitbestG § 6 Rn. 76 f.; ausf. Habersack/Henssler/Habersack MitbestG § 6 Rn. 82.

<sup>27</sup> MüKoAktG/Habersack Rn. 11; vgl. Martens DB 1978, 1065 (1071).

<sup>28</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 11; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 31; MüKoAktG/Habersack Rn. 3; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 4; BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 3.

<sup>29</sup> Keidel/Sternal FamFG § 25 Rn. 13 ff.; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 11; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 31; MüKoAktG/Habersack Rn. 3.

<sup>30</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 13; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 31; MüKoAktG/Habersack Rn. 3; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 4.

<sup>31</sup> OLG München, NZG 2020, 783 Rn. 58; BeckOGK/Spindler Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 11; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 31; MüKoAktG/Habersack Rn. 3.

<sup>32</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 7; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 31; MüKoAktG/Habersack Rn. 4; K. Schmidt/Lutter/Drygala Rn. 4.

<sup>33</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 8.

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken NZG 2016, 941 Rn. 110; BeckOGK/Spindler Rn. 8; MüKoAktG/Habersack Rn. 5; Koch Rn. 3; Habersack/Henssler/Habersack MitbestG § 6 Rn. 30; BKL AktG/Bürgers/Fischer Rn. 3; wohl auch Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 47, die die subjektive Ungewissheit ausreichen lassen; aA GroßkommAktG/Hopt/Roth Rn. 9.

<sup>35</sup> BeckOGK/Spindler Rn. 8.

<sup>36</sup> Koch Rn. 3.

<sup>37</sup> Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn §§ 97–99 Rn. 47 aE.