

**Bildung und Funktion des Aufsichtsrats beim Formwechsel in eine  
Kapitalgesellschaft**

Dissertation

**Zur Erlangung des akademischen Grades  
doctor iuris (Dr. iur.)**

Vorgelegt dem Rat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-  
Universität Jena

von  
**Tobias Stirnberg**

geboren am 16.05.1975  
in Bobingen

# RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG

Herausgeber:

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.  
Universität München

Band 674

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Stirnberg, Tobias:**

Bildung und Funktion des Aufsichtsrats beim  
Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft /

Tobias Stirnberg. - München: VVF, 2001

(Rechtswissenschaftliche Forschung und  
Entwicklung; Bd. 674)

Zugl.: Jena, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-89481-436-5

© 2001 by VVF Verlag V. Florentz GmbH, Postfach 34 01 63, 80098 München,  
Fürstenstraße 15, 80333 München, Tel.: 089/280 90 95  
Fax: 089/280 95 28, e-mail: [vvf-verlag@t-online.de](mailto:vvf-verlag@t-online.de), [www.vvf-verlag.de](http://www.vvf-verlag.de)

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, auch die der Übersetzung,  
des Nachdruckes und der Vervielfältigung des Buches, oder Teilen daraus,  
vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages  
in irgendeiner Form (Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren), auch nicht  
für Zwecke der Unterrichtsgestaltung, reproduziert oder unter Verwendung  
elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.  
Gesamtherstellung: VVF Verlag V. Florentz, 80333 München. Printed in Germany.

## Inhaltsübersicht

§ 1	Einführung und Gang der Untersuchung	S. 1
§ 2	Überblick über die beim Formwechsel relevanten Regelungen zum Aufsichtsrat	S. 13
§ 3	Überblick über die für den Aufsichtsrat relevanten Regelungen zum Formwechsel	S. 24
§ 4	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft	S. 33
§ 5	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften	S. 138
§ 6	Der Aufsichtsrat unter Beteiligung von Genossenschaften	S. 161
§ 7	Die Folgen einer fehlerhaften Errichtung des Aufsichtsrats beim Formwechsel und Heilungsmöglichkeiten	S. 168
§ 8	Der Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e.V. zur Änderung des § 197 Satz 2 UmwG, Analyse, Stellungnahme, Ausblick und Bewertung	S. 176

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>§ 1 Einführung und Gang der Untersuchung</b>	<b>1</b>
A. Der Aufsichtsrat	1
B. Der Formwechsel	5
C. Ziel und praktische Bedeutung dieser Arbeit	7
D. Gang der Untersuchung	11
<b>§ 2 Überblick über die bei einem Formwechsel relevanten gesetzlichen Regelungen zum Aufsichtsrat</b>	<b>13</b>
A. Allgemeines	13
B. Der Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft	14
I. Die allgemeinen Regelungen zum Aufsichtsrat, §§ 95, 96 AktG	15
II. Das Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG und die gerichtliche Bestellung des Aufsichtsrats, § 104 AktG	16
III. Die Regelungen zur Besetzung und Zusammensetzung des ersten Aufsichtsrat, insbesondere §§ 30, 31 AktG	18
IV. Die Regelungen über den Aufsichtsrat der KGaA, §§ 278 ff. AktG	20
C. Regelungen zum Aufsichtsrat in anderen Gesetzen mit Relevanz für den Formwechsel einer Gesellschaft	21
I. Die Regelung zum fakultativen Aufsichtsrat des § 52 GmbHG	21
II. Der Aufsichtsrat im BetrVG 1952, Mitbestimmungsgesetz und Montanmitbestimmungsgesetz	22
III. Anderweitige Regelungen zum Aufsichtsrat	23
<b>§ 3 Überblick über die für den Aufsichtsrat relevanten Regelungen zum Formwechsel</b>	<b>24</b>
A. Begriff des Formwechsels und Verhältnis zu früherem Recht	24
B. Das Identitätsprinzip	24
C. Der Ablauf des Formwechsels	25
I. Der Formwechsel nach früherem Recht des UmwG 1969	25
II. Der Formwechsel nach dem UmwG 1995	26
D. Die Regelungen zum Aufsichtsrat beim Formwechsel der §§ 197, 203, 222, 245, 246 UmwG	27
I. Zweck und Systematik des § 197 UmwG	27
II. Die Sackgasse des § 197 Satz 2 Hs. 2 UmwG	29

<b>E. Analoge Anwendung von § 325 UmwG auf den Formwechsel?</b>	<b>31</b>
<b>§ 4 Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft</b>	<b>33</b>
A. Allgemeines und Vorgehensweise	33
B. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG ohne Aufsichtsrat in eine AG	35
I. Allgemeines	35
II. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	35
1. Einleitung und aktienrechtliche Situation	35
2. Ausschluss des § 30 Abs. 1 Satz 1 AktG durch § 197 Satz 2 Hs. 2 UmwG ?	37
3. Anwendung der §§ 101, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG	38
4. Zwischenergebnis	41
III. Die Beurkundung der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	42
1. Ablauf der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder des ersten Aufsichtsrats nach dem Gründungsrecht des AktG, § 30 Abs. 1 AktG	42
2. Mitwirkungserfordernisse	43
3. Die Beurkundungsvorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 AktG	44
a. Bestandteile der Beurkundung	44
b. Gegenstand der Beurkundung	45
c. Zwischenergebnis	46
4. Ausschluss des § 30 Abs. 1 Satz 2 AktG durch § 197 Satz 2 Hs. 2 UmwG ?	46
a. Die Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG	47
b. Die Neuregelung des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG	47
c. Sinn und Zweck einer Beurkundung	49
d. „Grundlagengeschäft“	49
5. Notarielle Beurkundung von Bestellungsakten durch Entsendungsberichtigte, §101 Abs. 2 AktG	51
6. Zwischenergebnis	52
IV. Besetzung, Zusammensetzung und Aufgaben des neuen Aufsichtsrats beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine AG	52
1. Einleitung	52
a. Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern	53
b. Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern und weniger als 2000 Arbeitnehmern	54
c. Die Aufgaben des neuen Aufsichtsrats beim Formwechsel	57
2. Die Bestellung des ersten Vorstandes durch den Aufsichtsrat beim Formwechsel	57
a. Einleitung und anwendbares Recht für die Vorstandsbestellung	57
b. Lösungsvorschläge für eine ordnungsgemäße Bestellung des ersten Vorstandes durch den neuen Aufsichtsrat im Rahmen eines Formwechsels	59

aa. Teilnahme nur der bereits gewählten Aufsichtsratsmitglieder an der Bestellung, insbesondere analoge Anwendung von § 108 Abs. 2 AktG	60
bb. Gerichtliche Bestellung der Vertreter der Arbeitnehmer, § 104 AktG	61
cc. Abwarten der Wahl der Arbeitnehmervertreter	62
dd. Anwendung des § 31 AktG	63
ee. Durchführung eines Statusverfahrens	64
c. Bewertung der einzelnen Lösungsansätze zur Bestellung des ersten Vorstandes durch den neuen Aufsichtsrat	64
aa. Teilnahme nur der bereits gewählten Aufsichtsratsmitglieder an der Bestellung der Vorstandsmitglieder, insbesondere analoge Anwendung des § 108 Abs. 2 AktG	65
bb. Bestellung eines Notaufsichtsrats, § 104 AktG analog	74
cc. Abwarten der Wahl der Arbeitnehmervertreter	79
dd. Anwendung des § 31 AktG	81
ee. Zwischenergebnis	89
3. Die Registeranmeldung gemäß § 222 UmwG	90
a. Allgemeines zur Registeranmeldung nach § 222 UmwG	91
b. Besetzung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats bei der Registeranmeldung	91
c. Der Streitstand in dieser Frage	92
d. Bewertung der einzelnen Ansichten	92
aa. Anmeldung ohne vorherige Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat	93
bb. Analogie Anwendung des § 104 AktG	96
cc. Abwarten der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat	97
dd. Anwendung von § 31 AktG	98
e. Zwischenergebnis	99
4. Gesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern	99
a. Allgemeines zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat nach dem MitbestG	100
b. Die Auswirkungen des MitbestG auf die Stellung des Aufsichtsrats beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine AG, insbesondere Abweichungen zu den Ausführungen zum BetrVG 1952	102
V. Die Dauer der Amtszeit der Mitglieder des Aufsichtsrats beim Formwechsel	102
1. Einleitung	102
2. Die Regelungen des Aktiengesetzes zur Dauer der Aufsichtsratsämter	104
3. Die Regelungen des § 197 Satz 2 Hs. 2 UmwG	105
4. Die Anwendung von § 102 AktG	106
5. Zwischenergebnis	106
VI. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder beim Formwechsel	108
1. Einleitung	108
2. Die Regelung der Vergütung im Aktiengesetz	108

3.	Die Regelung des § 197 Satz 2 Hs. UmwG	109
4.	Die Regelung des § 113 Abs. 2 Satz 2 AktG	112
5.	Zwischenergebnis	114
<b>VII. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH &amp; Co. KG</b>		
in eine GmbH oder KGaA		114
1.	Einleitung	114
2.	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH	116
a.	Der Ablauf des Formwechsels einer GmbH & Co. KG in eine GmbH	117
b.	Die Unterscheidung nach der Zahl der Arbeitnehmer	118
aa.	Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern	119
bb.	Gesellschaften mit mehr als 500 und weniger als 2000 Arbeitnehmern	120
c.	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH im Anwendungsbereich des § 77 BetrVG 1952	120
aa.	Einleitung	120
bb.	Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	122
(1)	Die Regelungen im GmbHG	122
(2)	Die Bestellung im Rahmen des Formwechsels	122
(3)	Zwischenergebnis	122
cc.	Die Beurkundung der Bestellung	123
dd.	Besetzung, Zusammensetzung und Aufgaben des Aufsichtsrats beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH	124
(1)	Einleitung	124
(2)	Die ordnungsgemäße Be- und Zusammensetzung des Aufsichtsrats bei der Anmeldung des Formwechsels zum Handelsregister	125
(3)	Zwischenergebnis	128
ee.	Die Amts dauer des Aufsichtsrats beim Formwechsel in die GmbH	128
ff.	Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder	129
gg.	Zwischenergebnis	129
d.	Die Besonderheiten bei Formwechsel einer GmbH & Co. KG mit mehr als 2000 Arbeitnehmern in eine GmbH	129
3.	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine KGaA	130
a.	Allgemeines	130
b.	Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine KGaA	132
aa.	Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern	132
bb.	Gesellschaften mit mehr als 500 und weniger als 2000 Arbeitnehmern	133
(1)	Bestellung, Beurkundung, Amts dauer und Vergütung der Mitglieder des Aufsichtsrats beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine KGaA	133
(2)	Be- und Zusammensetzung und Aufgaben des Aufsichtsrats	133
cc.	Gesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern	135
c.	Zwischenergebnis	135

C. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG mit fakultativem Aufsichtsrat in eine AG	135
<b>§ 5 Der Aufsichtsrat beim Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften</b>	<b>138</b>
A. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH in eine AG als Beispielfall	139
I. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine AG	139
II. Der Formwechsel einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat in eine AG	141
1. Bestellung der Aufsichtsratmitglieder, Amtskontinuität und Anwendbarkeit von § 203 UmwG beim Formwechsel einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat in eine AG	142
a. Ausgangspunkt	142
b. Die Regelung des § 203 UmwG	143
c. Änderung der rechtlichen Voraussetzungen für den Aufsichtsrat	144
d. Abgrenzungsschwierigkeiten	144
e. Zwischenergebnis	145
2. Zusammensetzung, Aufgaben, Dauer und Vergütung des Aufsichtsrats	145
III. Notwendigkeit der Durchführung eines Statusverfahrens	146
1. Allgemeines zum Statusverfahren	147
2. Statusverfahren beim Formwechsel einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat bzw. ohne Aufsichtsrat in eine AG	148
a. Ausgangslage	149
b. Zweck des Verfahrens	149
c. Die Intention des Gesetzgebers	150
3. Statusverfahren und gerichtliche Bestellung des neuen Aufsichtsrats	151
a. Das Problem	151
b. Anwendung des § 96 Abs. 2 AktG	151
c. Diskrepanz zwischen tatsächlicher und rechtlich notwendiger Zusammensetzung	152
d. Differenzierung für den Fall des Formwechsels	153
4. Zwischenergebnis	154
IV. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer GmbH mit mehr als 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern in eine AG	154
V. Zwischenergebnis	156
B. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel eines VVaG in eine AG	156
I. Der Aufsichtsrat in einem VVaG	156
II. Die Möglichkeiten und Ablauf eines Formwechsels unter Beteiligung eines VVaG	157
III. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel eines VVaG in ein AG	158
IV. Zwischenergebnis	159

<b>§ 6 Der Aufsichtsrat beim Formwechsel unter Beteiligung von Genossenschaften</b>	<b>161</b>
A. Der Aufsichtsrat der eG	161
B. Die Möglichkeiten eines Formwechsels unter Beteiligung einer eG	162
I. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine eG	163
II. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine eG	164
III. Der Aufsichtsrat beim Formwechsel einer eG in eine Kapitalgesellschaft	166
C. Zwischenergebnis	166
<b>§ 7 Die Folgen einer fehlerhaften Errichtung des Aufsichtsrats beim Formwechsel und Heilungsmöglichkeiten</b>	<b>168</b>
A. Einleitung	168
B. Die Prüfung des Formwechsels und der Anmeldung durch das Registergericht	168
C. Die Auswirkung von § 202 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 UmwG	169
D. Folgen einer fehlerhaften Besetzung des Aufsichtsrats beim Formwechsel	170
I. Zur Dogmatik fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse im allgemeinen	171
II. Rechtsfolge im konkreten Fall des Formwechsels	171
III. Der Beschluss zur Vorstandsbestellung im Rahmen des Formwechsels	173
E. Durchführung eines Statusverfahrens und Heilungsmöglichkeiten	173
F. Zwischenergebnis	174
<b>§ 8 Der Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e.V. zur Änderung des § 197 Satz 2 UmwG, Analyse und Stellungnahme, Ausblick und Bewertung</b>	<b>176</b>
A. Die Ausgangslage	176
B. Der Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e.V.	177
C. Die Stellungnahme der Gewerkschaften	177
D. Bewertung des Vorschlags und Ausblick	178
I. Allgemeines	178
II. Dogmatik und früheres Recht	179
III. Zwischenergebnis und Ausblick	181
<b>Endergebnis</b>	<b>182</b>

## § 1 Einführung und Gang der Untersuchung

Seit Inkrafttreten des neuen Umwandlungsrechts am 01.01.1995 ist es immer wieder zu Unklarheiten in Bezug auf die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats beim Formwechsel von Gesellschaften gekommen. In Literatur und Wissenschaft haben diese Unklarheiten bisher verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden. Die Klärung der Rechtsfragen zur rechtlichen Behandlung des Aufsichtsrats beim Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft soll Aufgabe dieser Untersuchung sein.

### A. Der Aufsichtsrat

Die Bedeutung und rechtliche Stellung des Aufsichtsrats im deutschen Gesellschaftsrecht ist zuletzt mit Einführung des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) am 01.05.1998<sup>1</sup> erheblich gestärkt worden. Durch dieses Gesetz hat der Gesetzgeber auf die vielfältige Kritik der Literatur und der Praxis an den gesetzlichen Regelungen zum Aufsichtsrat im deutschen Gesellschaftsrecht reagiert. Die Kritik und die entsprechenden Vorschläge zur Verbesserung der Aufsichtsratstätigkeit im Vorfeld der Gesetzesänderung betrafen vor allem die Besetzung der Aufsichtsräte, die Anzahl der Aufsichtsratsmandate, die Zusammensetzung der Aufsichtsräte, die Qualifikation seiner Mitglieder,<sup>2</sup> die Sitzungsfrequenz, die

<sup>1</sup> Die Reform des Rechts des Aufsichtsrats gehörte zum Gesetzgebungsprogramm von der von CDU/CSU und FDP regierten 13. Legislaturperiode 1994 – 1998, zur Entwicklung und zum Gesetzgebungsverfahren vgl. Deckert, NZG 1998, 710 ff.; aktuell und ausführlich zu den Auswirkungen des KonTraG und den neuen Anforderungen an den Aufsichtsrat vgl. Feddersen, AG 2000, 385 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch zum aktuellen Recht die provozierende Anmerkung von Wagner in NZG 1999, 1092, 1093, der die Voraussetzungen der Übernahme eines Aufsichtsratsmandats und die damit verbundene Verantwortung mit dem Erwerb eines Fischereischeins in Vergleich stellt und heraushebt, daß als Voraussetzung der Mandatsübernahme die Fähigkeit genüge, „lesen und gegebenenfalls noch rechnen zu können“. Ähnlich ironisch auch Götz in AG 1995, 337 ff., der die Kritik an der Besetzung der deutschen Aufsichtsräte mit der Bemerkung „Prominenz statt Effizienz“ zusammenfaßt, grundsätzlich aber der Ansicht ist, dass die Kontrolle der

Aufsichtsratsvergütung, die Information des Aufsichtsrats, die Zustimmungsvorbehalte und die mangelnden Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf die Unternehmenspolitik.<sup>3</sup> Tatsächlich war die Gewährleistung einer Kontroll- und Überwachungsfunktion, § 111 Abs. 1 AktG, des Organs Aufsichtsrat nach früherem Recht nicht immer gegeben.<sup>4</sup> Davon war indirekt auch die Effizienz der „mitbestimmungsrechtlichen“ Regelungen des BetrVG 1952 und des MitbestG betroffen.<sup>5</sup> Die Forderung nach mehr Professionalität der Aufsichtsratsmitglieder<sup>6</sup> und der Gewährleistung einer langfristig angelegten Unternehmensüberwachung durch das Organ Aufsichtsrat war weit verbreitet.<sup>7</sup>

In eine ähnliche Richtung tendierte auch eine in der Betriebswirtschaft und der Jurisprudenz verbreitete Ansicht, nach der der Aufgaben- und Funktionsbereich des Aufsichtsrats die Trias aus Überwachung, Beratung und Führung umfasst.<sup>8</sup> Die zunehmende Bedeutung der strategischen Unternehmensführung verstärkte die Notwendigkeit der strategischen

---

Aktiengesellschaft auch schon vor Erlass des KonTraG gesetzlich weitgehend zufriedenstellend geregelt war. Aktuell zur schlechten Kontrolle deutscher Unternehmen Süddeutsche Zeitung, vom 27.10.2000, S. 26; Auch die jüngsten Firmenzusammenbrüche am Neuen Markt seit der zweiten Hälfte des Jahres 2000 sind in diesem Zusammenhang zu sehen.

<sup>3</sup> Die Kritisierung der gesetzlichen Regelungen zum Aufsichtsrat wurde schon 1987 von Bleicher, Der Aufsichtsrat im Wandel geäußert, Zur Kritik vgl. im einzelnen Baums in ZIP 1995, 11, 16-18; Deckert in ZIP 1996, 985 ff.; Götz in AG 1995, 337 ff. m.w.N.; Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, § 32 III 1a.

<sup>4</sup> Vgl. auch hinsichtlich einer Studie zur Berichterstattung der Aufsichtsräte zum Umfang der Geschäftsführungsprüfung Theissen/Salzberger, DB 1997, 105 ff., die u.a. zu folgendem Ergebnis kommt: „Von einem ehrlichen und substantiellen Rechenschaftsbericht gegenüber den Eigentümern des Unternehmens kann keine Rede sein.“ In DB 1994, 2145 ff. stellen Bea/Scheurer die These auf, die schweren Unternehmenskrisen seit 1993 wie z.B. die Krise der Coop AG, der Südmilch AG, der Metallgesellschaft AG, der Balsam AG, Klöckner, der IBH und der Schneider AG, hätten bei besseren Informationen und Kontrollmöglichkeiten des Aufsichtsrats vermieden werden können, zu dieser Thematik auch Götz, AG 1995, 337 ff.; Theissen/Salzberger, DB 1997, 105 ff., die eine umfassende empirische Analyse der Berichterstattung der Aufsichtsräte der Jahre 1984 – 1994 erstellt haben.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch Deckert NZG 1998, 710, 712.

<sup>6</sup> Dazu Lutter, NJW 1995, 1133 f.

<sup>7</sup> Anstatt aller Bea/Scheurer, DB 1994, 2145 ff., die aber auch die Aufsichtsratsmitglieder zur aktiven Ausübung ihrer Tätigkeit auffordern und klarstellen, dass Aufsichtsratsätigkeit keine Bring- sondern eine Holschuld sei.

<sup>8</sup> Bea/Scheurer, DB 1994, 2145.

Überwachung und einer begleitenden Beratung.<sup>9</sup> Dieses Aufgabenprofil des Aufsichtsrats müsse aufgrund der gesteigerten Herausforderungen an die Geschäftsführungsorgane durch eine größere Intensität der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats gesichert werden.<sup>10</sup>

Durch das KonTraG sind zwar im Ergebnis nicht alle Forderungen von Literatur und Praxis erfüllt worden. Jedoch hat der Gesetzgeber in den Neuregelungen v.a. der §§ 90 Abs. 1 Nr. 1, 100 Abs. 2 Satz 3, 110 Abs. 3, 111 Abs. 3 Satz 3, 170 Abs. 1, 2, 171 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 319 Abs. 3 Nr. 6 HGB die Rechte und Kontrollpflichten des Aufsichtsrats gestärkt. Insbesondere aus der Norm des § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG wird im Schrifttum eine starke Bedeutungszunahme des Aufsichtsrats im Struktur- und Unternehmensgefüge der Aktiengesellschaft<sup>11</sup> herausgelesen.<sup>12</sup> Kropff stellt sogar die These auf, durch Zustimmungsvorbehalte und die Pflicht zur Stellungnahme des Aufsichtsrats zur Unternehmensplanung könne auf lange Sicht eine gemeinsame Feststellung der Unternehmensplanung durch Vorstand und Aufsichtsrat denkbar sein.<sup>13</sup> Gestützt wird diese These durch die Regelung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, nach der der Aufsichtsrat die Vornahme bestimmter Geschäfte an seine Zustimmung binden kann.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Bea/Scheurer, DB 1994, 2145, zur Beratungspflicht auch BGH-Urteil vom 25.03.1991, II ZR 188/89; BGHZ 85, 293, 300 (Hertie).

<sup>10</sup> Scheffler, ZGR 1993, 63 ff., der in diesem Aufsatz auch sehr kritisch auf die weitere Problematik des im deutschen Gesellschaftsrecht geltenden dualen Systems (Trennungsmodell) der Unternehmensführung eingeht und dieses in Vergleich zum angelsächsischen Board System stellt. Anders, und das duale System befürwortend Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 249, 251; im angelsächsischen Board System ist die Führung des Unternehmens und die Kontrolle dieser Führung in einem Organ – dem Board – verkörpert. Darauf soll hier aber nicht weiter eingegangen werden; vgl. dazu auch Hay, Einführung in das amerikanische Recht, 4. Auflage, 1995, S. 181 f.; Bleicher, Der Aufsichtsrat im Wandel, S. 65; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, § 29 Rn 10; Zu dem Problem der aktiven Unternehmensplanung durch den Aufsichtsrat auch schon Semler, ZGR 1983, 1 ff., insbesondere 16 ff.; interessant und rechtsvergleichend die Ausführungen von Wagner, NZG 1999, 1092, 1094 zu Rechtslage in der Schweiz; in diesem Zusammenhang ansatzweise auch zum US-amerikanischen und Schweizer Recht Deckert in NZG 1998, 710, 714.

<sup>11</sup> Diese wurde hier als im Hinblick auf Regelungen für den Aufsichtsrat bedeutendste Rechtsform herausgehoben.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Kropff, NZG 1999, 613 ff.

<sup>13</sup> Kropff, NZG 1999, 613, 618; diese These kann natürlich nur im Rahmen des im deutschen Gesellschaftsrecht geltenden Trennungsmodells gelten, nach dem der Aufsichtsrat nicht zum Geschäftsführungsorgan werden darf, § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG.

<sup>14</sup> Diese Regelung existierte allerdings schon vor Erlass des KonTraG.