



Universität Hamburg

Seminar für Handels-, Schifffahrts-  
und Wirtschaftsrecht

Geschäftsführender Direktor  
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.(Berkeley)

in Kooperation mit der  
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

## Seminar

# *Rechtsvergleichendes Seminar zum Gesellschaftsrecht* *Il sistema dualistico in Germania e in Italia* *The two-tier system in Germany and Italy*

**Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)**  
**Prof. Gaetano Presti**

**Sommersemester 2007**

---

*Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat innerhalb der  
Organisationsverfassung einer Aktiengesellschaft unter besonderer  
Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf den Vorstand*  
*La divisione dei poteri tra Consiglio di Gestione (Vorstand) e  
Consiglio di Sorveglianza (Aufsichtsrat)*  
*The division of powers between administrative and supervisory board*

---

von  
***Sonja Kristina Heinze***

# Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung .....	1
B.	Grundlagen .....	3
I.	Kurzvorstellung Aktiengesellschaft .....	3
II.	Organe einer AG .....	4
1.	Hauptversammlung, §§ 118 ff. AktG .....	4
2.	Vorstand, §§ 76 ff. AktG .....	5
a.	Überblick .....	5
b.	Aufgaben und Pflichten .....	6
aa.	Hauptpflichten gegenüber der Gesellschaft .....	7
bb.	Zusammenstellung aller Vorstandspflichten .....	8
3.	Aufsichtsrat, §§ 95 ff. AktG .....	9
a.	Überblick .....	9
b.	Aufgaben und Pflichten .....	10
III.	Kurzeinführung Deutscher Corporate Governance Kodex .....	11
C.	Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand .....	11
I.	Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, § 111 Abs. 1 AktG ..	12
1.	Überwachung .....	12
a.	Überwachungsgegenstand .....	12
b.	Ziel der Überwachung .....	13
c.	Grenzen der Überwachung .....	14
2.	Beratung .....	15
a.	Beratungsaufgabe .....	15
b.	Grenzen und Probleme .....	16
II.	Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf den Vorstand .....	17
1.	Personalkompetenz des Aufsichtsrats .....	17
a.	Bestellung und Anstellung .....	18
b.	Widerruf der Bestellung, Kündigung der Anstellung .....	20
c.	Festlegung der Bezüge der Vorstandsmitglieder, § 87 AktG .....	21
d.	Ernennung des Vorsitzenden des Vorstands .....	22
e.	Entsendungsrecht des Aufsichtsrats in den Vorstand .....	22
f.	Schlussfolgerung .....	23
2.	Organisation der Vorstandsarbeit .....	23
3.	Zustimmungsvorbehalte, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG .....	25
a.	Vorstellung des Instruments .....	25
b.	Zuständigkeit .....	25
c.	Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte .....	26
d.	Probleme .....	27
4.	Informationsrecht und Berichtspflichten, § 90 AktG .....	28
5.	Einsichts- und Prüfungsrecht, § 111 Abs. 2 AktG .....	30
6.	Stellungnahmen .....	30
7.	Feststellung des Jahresabschlusses, § 172 S. 1 AktG .....	31
8.	Einberufung der Hauptversammlung, § 111 Abs. 3 AktG .....	33
9.	Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat, § 112 AktG .....	34
10.	Schlussfolgerung .....	35
III.	Sonderproblem: Wechsel der Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat .....	35
IV.	Schlussfolgerung .....	37
D.	Fazit .....	38

# Literatur

- Anwaltkommentar Aktienrecht* Aktiengesetz, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht, Steuerrecht, Europarecht, Deutscher Anwaltverein, Hrsg.: Heidel, Thomas, Bonn, 2003 [zitiert: Anwaltkommentar Aktienrecht/Bearbeiter].
- Beck'sches Handbuch der AG – mit KGaA –* Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, Hrsg. Müller, Welf/Rödder, Thomas, München 2004 [zitiert: Beck AG-HB/Bearbeiter].
- Brandner, Hans Erich* Zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern/Geschäftsführern, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin, New York, 1991 [zitiert: FS-Quack/Brandner].
- Fey, Gerd* Corporate Governance – Unternehmensüberwachung bei deutschen Aktiengesellschaften, in: DStR 1995, S. 1320 – 1327 [zitiert: Fey, DStR 1995].
- Großkommentar Aktiengesetz* Band 4, §§ 95 – 117, 4., neubearbeitete Auflage, Hrsg.: Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert, Berlin, 2006 [zitiert: Großkomm. AktG/Bearbeiter].
- Heidel, Thomas (Hrsg.)* Nomos Kommentar Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2., Auflage, Baden-Baden, 2007 [zitiert: Heidel/Bearbeiter].
- Henn, Günter* Handbuch des Aktienrechts, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2002 [zitiert: Henn].
- Hirte, Heribert* Kapitalgesellschaftsrecht, 5., neu bearbeitete Auflage, Köln, 2006 [zitiert: Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht].

- Hirte, Heribert* Das Transparenz- und Publizitätsgesetz und seine Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht, in: Das Transparenz- und Publizitätsgesetz. Einführende Gesamtdarstellung, Hrsg. Hirte, Heribert, München, 2003, S. 1 – 50 [zitiert; Hirte, TransPuG].
- Hueck, Götz/Windbichler, Christine* Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch, 20., völlig neu bearbeitete Auflage, München, 2003 [zitiert: Hueck/Windbichler].
- Hoffmann, Dietrich/Preu, Peter* Der Aufsichtsrat. Ein Leitfaden für Aufsichtsräte, 5., neubearbeitete und ergänzte Auflage, München 2003 [zitiert: Hoffmann/Preu].
- Hopt, Klaus J./Leyens, PatrickC.* Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France an Italy, in: ECFR 2004, S. 135 – 168 [zitiert: Hopt/Leyens, ECFR 2004].
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 7., neubearbeitete Auflage, München, 2006 [zitiert: Hüffer].
- Jäger, Axel* Die Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, in: DStR 1996, S. 671 – 676 [zitiert: Jäger, DStR 1996].
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* Band 2, §§ 76 – 117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Hrsg.: Zöllner, Wolfgang, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996 [zitiert: Kölner Kommentar/Bearbeiter].
- Lange, Oliver* Der Wechsel aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat, in: NZG 2004, S. 265 – 270 [zitiert: Lange, NZG 2004].
- Lentfer, Thies* Die Überwachung des Risikomanagements gemäß § 91 Abs. 2 AktG durch den Aufsichtsrat, 1. Auflage, Hamburg, 2003 [zitiert: Lentfer].

- Leyens, Patrick C.* Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board, Dissertation, Tübingen, 2006 [zitiert: Leyens].
- Leuring, Dieter/Stefan, Simon* Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats, in: NJW-Special 2007, S: 123 – 124 [zitiert: Leuring/Stefan, NJW-Special 2007].
- Lutter, Marcus/Krieger, Gerd* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, 2002 [zitiert: Lutter/Krieger].
- Meyer, Lohmann* Der Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft und seine neue Rolle im Prozess der Unternehmensführung, Dissertation, Bamberg, 1997 [zitiert: Meyer-Lohmann].
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft* Hrsg. Hoffmann-Becking, Michael, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999 [zitiert: Münch. Hdb. GesR IV/Bearbeiter].
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* 2. Auflage, Hrsg.: Kropff, Bruno/Semler, Johannes, München, 2004 [zitiert: MüKo AktG/Bearbeiter].
- Nagel, Bernhard* Unabhängigkeit der Kontrolle im Aufsichtsrat und Verwaltungsrat: Der Konflikt zwischen der deutschen und der angelsächsischen Konzeption, in: NZG 2007, S: 166 –169 [zitiert: Nagel, NRG 2007].
- Peltzer, Martin* Vorstand und Geschäftsführung als Leitungs- und gesetzliches Vertretungsorgan der Gesellschaft, in: JuS 2003, 348 – 353 [zitiert: Peltzer, JuS 2003].
- Peltzer, Martin* Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmungen für den Aufsichtsrat, in: NZG 2002, S. 10 – 16 [zitiert: Peltzer, NZG 2002].

- Potthoff, Erich/Trescher, Karl* Das Aufsichtsratsmitglied. Ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten, 6., neu bearbeitete Auflage von Manuel René Theisen, Stuttgart, 2003 [zitiert: Potthoff/Trescher/Bearbeiter].
- Rode, Oliver* Der Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat – eine gute Corporate Governance? Neuregelung in Ziff. 5.4.4 Deutscher Corporate Governance Kodex, in: BB 2006, 341 – 344 [zitiert: Rode, BB 2006].
- Säcker, Franz Jürgen/Boesche, Katharina Vera* Vom Gutsherren zum Gutsverwalter: Wandlungen im Aufsichtsrat unter besonderer Berücksichtigung des Mannesmann-Urteils, in: BB 2006, S. 897 – 905 [zitiert: Säcker/Boesche, BB 2006].
- Schenck, Kersten, von* Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, in: NZG 2002, S. 64 – 68 [zitiert: v. Schenck, NZG 2002].
- Semler, Johannes/Schenck, Kersten von* Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, München, 2004 [zitiert: Semler/v. Schenck/Bearbeiter].
- Semler, Johannes* Die Unternehmensplanung in der Aktiengesellschaft – eine Betrachtung unter rechtlichen Aspekten – , in: ZGR 1983, S. 1 – 33 [zitiert: Semler, ZGR 1983].
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 [zitiert: Schmidt].
- Schönberger, Katja* Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 S. 2-4 AktG), Dissertation, Jena, 2006 [zitiert: Schönberger].
- Sina, Peter* Zur Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat bei drohender Verletzung der Verschwiegenheitspflichten durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder, in: NJW 1990, S. 1016 – 1021 [zitiert: Sina, NJW 1990].

*Steinbeck, Claudia*

Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, Dissertation, Berlin, 1992 [zitiert: Steinbeck].

*Westerburg, Justus*

Die Kontrolle des Vorstands durch Aufsichtsrat und Abschlussprüfer. Eine Studie anhand von Fallbeispielen (Balsam AG, Bremer Vulkan Verbund AG) zur Rechtslage vor und nach dem KonTraG, Dissertation, Hamburg, 2002 [zitiert: Westerburg].

*Wirth, Gerhard*

Anforderungsprofil und Inkompatibilitäten für Aufsichtsratsmitglieder, in: ZGR 2005, S. 327 – 347 [zitiert: Wirth, ZGR 2005].

*Wöhe, Günter/Döring, Ulrich*

Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 22. neubearbeitete Auflage, München, 2005 [zitiert: Wöhe/Döring].

***Abkürzungen entsprechen:***

*Duden, Konrad:* Die deutsche Rechtschreibung, 24. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich, 2006.

*Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia:* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, 2003.

## **A. Einleitung**

Einen wichtigen Bereich in der aktuellen Diskussion über die Unternehmensform Aktiengesellschaft (AG) stellt die Rolle des Aufsichtsrats dar. Insbesondere die jüngsten Krisen in deutschen Großunternehmen, wie z.B. Siemens oder Mannesmann, zeigen, dass die Funktion des Aufsichtsrats einer genauen Betrachtung bedarf.

In der Vergangenheit wurde der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs.1 AktG zunächst als vergangenheitsorientiertes Überwachungs- und Kontrollorgan angesehen. Heutzutage ist diese Aufgabe auch zukunftsgerichtet und beratend zu verstehen. Insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Änderungen durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) und das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) haben zu einer Stärkung der Rolle des Aufsichtsrats geführt und dessen Rolle aktiver ausgestaltet.

Zu den Änderungen gehören z.B. die Pflicht, Zustimmungsvorbehalte gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG festzulegen, die Pflicht, den Abschlussprüfer zu bestellen, § 111 Abs. 2 S. 3 AktG sowie die Erhöhung der Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats von zwei auf mindestens vier Sitzungen pro Jahr, § 110 Abs. 3 AktG, wobei die Satzung einer nichtbörsennotierten AG festlegen kann, dass eine Sitzung pro Kalenderhalbjahr genügt. Insbesondere durch die Erweiterung seiner Rechte und Pflichten, hat der Aufsichtsrat heutzutage im Gegensatz zu früher ein wesentlich höheres Maß an Verantwortung für das Unternehmen zu übernehmen. Die Erweiterung der Aufgaben des Überwachungsorgans ist für das zu überwachende Organ jedoch nicht unproblematisch. Je mehr Kompetenzen dem Aufsichtsrat zustehen, desto eher kann er beratend, leitend oder mitentscheidend auf die gemäß § 76 Abs. 1 AktG unabhängige und weisungsfreie Geschäftsführung durch den Vorstand einwirken. Die reine Überwachung der Geschäftsführung wird durch Kompetenzzuweisungen durchbrochen. Die Probleme, die sich aus dieser Kompetenzüberschneidung im dualistischen System ergeben, sollen in dieser Seminararbeit untersucht werden. Hierfür werden die AG und ihre Organe zunächst kurz vorgestellt. In einem zweiten Schritt werden, ausgehend von den dem Aufsichtsrat zur Verfügung stehenden Instrumentarien, die Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats dargestellt und

hieraus resultierende Gefahren aufgezeigt. Den Abschluss bildet ein Fazit mit Empfehlungen.

An geeigneter Stelle wird hierbei auch auf die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) eingegangen. Auf die ausführliche Einbeziehung der sich aus der Mitbestimmung ergebenden Probleme wird hingegen genauso verzichtet wie auf die Verknüpfung zur *Societas Europaea* (SE) und die Betrachtung des Konzernrechts. Schließlich werden sämtliche Haftungsfragen, wie z.B. die *business judgement rule* und das Klagerecht, außer Acht gelassen. Diese Fragen werden in anderen Seminararbeiten behandelt.

## **B. Grundlagen**

In diesem Kapitel werden die für das Verständnis der Seminararbeit erforderlichen aktienrechtlichen Grundlagen kurz dargestellt. Hierzu zählen eine kurze Vorstellung der AG und deren Organe, der Hauptversammlung, des Vorstands und des Aufsichtsrats. Abschließend wird kurz auf den DCGK eingegangen.

### ***I. Kurzvorstellung Aktiengesellschaft***

Die AG ist eine Körperschaft und zählt zu den Kapitalgesellschaften. Für ihre Verbindlichkeiten haftet sie nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen, wobei ihr Grundkapital in Aktien zerlegt ist, § 1 Abs. 1, 2 AktG. Als juristische Person ist sie mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG, und kann als AG nur durch ihre drei Organe handeln. Die Verfassung einer AG ist ihre Satzung, wobei zu beachten ist, dass von den gesetzlichen Vorgaben des AktG nur abgewichen werden darf, wenn das Gesetz dies ausdrücklich erlaubt, § 23 Abs. 5 AktG. Folglich ist das Aktienrecht in weiten Teilen zwingendes Recht.

Für die Anwendung von § 161 AktG sowie verschiedenen Berichtspflichten, vgl. z.B. §§ 15, 15 a WpHG, ist zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten AGen zu unterscheiden. Während Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten AG in einer Entsprechenserklärung<sup>1</sup> jährlich zu erklären haben, ob und welchen den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde oder warum nicht (*comply or explain*<sup>2</sup>), § 161 S. 1 AktG, gilt diese Pflicht für nicht börsennotierte Unternehmen nicht.<sup>3</sup>

Eine Besonderheit an der deutschen AG ist – im Gegensatz z.B. zum amerikanischen Board-System – das *two-tier* oder dualistische System. Im dualistischen System ist die Aufteilung von Geschäftsführung und Kontrolle auf ein Leitungs- und das Kontrollorgan zwingend vorgeschrieben.<sup>4</sup>

Aufgabe des Vorstands ist es, die AG eigenverantwortlich zu leiten, § 76 Abs. 1 AktG. Die Aufsichtsrat obliegt die Überwachung der Geschäftsführung, § 111 Abs. 1 AktG.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.54.

<sup>2</sup> *Peltzer*, JuS 2003, 348, 353.

<sup>3</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 54; *Peltzer*, JuS 2003, 348, 353.

<sup>4</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.4; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking*, § 29 Rn. 10; *Hopt/Leyens*, ECFR 2004, 135, 141; *Lentfer*, S. 16.

## **II. Organe einer AG**

In diesem Kapitel werden die Organe einer AG in den für die Themenstellung relevanten Teilbereichen erläutert.

### **1. Hauptversammlung, §§ 118 ff. AktG**

Die Aktionäre einer AG üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus, § 118 Abs. 1 AktG, an der gemäß § 118 Abs. 2 AktG auch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats teilnehmen sollen. Sie ist der Ort der „Willensbildung der Gesellschafter“<sup>5</sup>. Als höchstes Organ hat die Hauptversammlung Grundlagenkompetenz<sup>6</sup>. Die Aufgaben der Hauptversammlung sind in § 119 Abs. 1 AktG festgelegt und können unter Beachtung von § 23 Abs. 5 AktG durch die Satzung erweitert werden. Im Rahmen ihrer Aufgaben ist die Hauptversammlung z.B. für inhaltliche Änderungen der Satzung zuständig, die eines Beschlusses der Hauptversammlung bedürfen, § 179 Abs. 1 S. 1 AktG. Auch beschließt die Hauptversammlung über Strukturmaßnahmen.<sup>7</sup> Sie bestellt die Mitglieder des Aufsichtsrats, § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG und beschließt über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, § 120 Abs. 1 S. 1 AktG. Neben den im Gesetz und in der Satzung festgelegten Zuständigkeiten der Hauptversammlung, sind die Zuständigkeiten der Hauptversammlung zu beachten, die sich aus der Holz-müllerrechtssprechung des Bundesgerichtshofes<sup>8</sup> entwickelt haben. Danach bedürfen Maßnahmen, die einen schwerwiegenden Eingriff in die bestehende AG bedeuten, eines zustimmenden Beschlusses der Aktionäre.<sup>9</sup>

Die Hauptversammlung tagt mindestens einmal im Jahr, § 120 Abs. 1 S. 1 AktG, sowie dann, wenn Gesetz, Satzung oder das Wohl der Gesellschaft es fordern, § 121 Abs. 1 AktG. Sie wird durch den Vorstand einberufen, § 121 Abs. 2 S. 1 AktG, soweit nicht ausnahmsweise der Aufsichtsrat zuständig ist, weil es das Wohl der Gesellschaft erfordert, § 111 Abs. 3 AktG.

---

<sup>5</sup> *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.2.

<sup>6</sup> Vgl. *Hueck/Windbichler*, § 21 Rn. 10.

<sup>7</sup> Vgl. *Hueck/Windbichler*, § 21 Rn. 10.

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 82, 122.

<sup>9</sup> Vgl. *Schmidt*, S. 838, 872 f.

## 2. Vorstand, §§ 76 ff. AktG

Im Folgenden wird der Vorstand und seine Rechte und Pflichten vorgestellt.

### a. Überblick

Dem Vorstand einer Aktiengesellschaft obliegt gemäß § 76 Abs. 1 AktG die eigenverantwortliche, also von Aufsichtsrat, Hauptversammlung oder Dritten unabhängige, Leitung der Gesellschaft. Der Vorstand ist somit nicht weisungsgebunden.<sup>10</sup> Auf die Ausnahme von der Weisungsgebundenheit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags, § 308 AktG, oder bei Eingliederung, § 323 AktG, soll nicht weiter eingegangen werden, § 105 Abs. 1 AktG.

Der Vorstand besteht aus einer oder mehreren Personen, wobei ab einem Grundkapital von mehr als € 3.000.000 oder bei Bestellung eines Arbeitsdirektors, § 33 MitbestG, mindestens zwei Vorstandsmitglieder zu bestellen sind. In ersterem Fall kann die Satzung hiervon abweichen, § 76 Abs. 2 AktG. In der Praxis besteht der Vorstand durchschnittlich aus fünf bis sechs Personen.<sup>11</sup> Mitglieder des Vorstands können nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein, die nicht innerhalb einer Frist von fünf Jahren rechtskräftig wegen einer Straftat nach §§ 283 – 283d StGB verurteilt worden sind, § 76 Abs. 3 AktG. Ein paralleles Vorstands- und Aufsichtsratsmandat schließen sich aus, § 105 Abs. 1 AktG. Allerdings hat der Aufsichtsrat in besonderen Fällen gemäß § 105 Abs. 2 S. 1 AktG das Recht, Aufsichtsratsmitglieder für maximal ein Jahr auf vakante Vorstandsposten zu entsenden. In diesem Zeitraum ruht das Aufsichtsratsmandat.

Der Vorstand entscheidet durch Beschluss. Nach dem Einstimmigkeitsprinzip des § 77 Abs. 1 S. 1 AktG ist hierfür ein einstimmiger Beschluss aller Mitglieder notwendig.<sup>12</sup> Bei abweichender Regelung in der Satzung ist die erforderliche Mehrheit notwendig. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben, so dass auch eine konkludente Beschlussfassung möglich ist.<sup>13</sup> Aufsichtsrat und Vorstand tagen häufig gemeinsam, wobei 3.6 DCKG empfiehlt, dass der Vorstand bei Bedarf auch ohne den Aufsichtsrat tagt.

Gemäß § 84 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 AktG ist zuständiges Organ für die Bestellung des Vorstands und deren Widerruf der Aufsichtsrat. Mit der Bestellung als korporativem Akt wird die Organstellung begründet.<sup>14</sup> Die

---

<sup>10</sup> Vgl. Heidel/Oltmanns, § 76 Rn. 7; Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.43.

<sup>11</sup> Vgl. Meyer-Lohmann, S. 86; Wirth, ZGR 2005, 327, 330.

<sup>12</sup> Vgl. Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 22 Rn. 6.

<sup>13</sup> Vgl. Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 22 Rn. 6.

<sup>14</sup> Vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.10; Schmidt, S. 809.

Bestellung kann maximal für fünf Jahre erfolgen, § 84 Abs. 1 S. 1 AktG, wobei eine wiederholte Bestellung zulässig ist.<sup>15</sup> Von dem Rechtsverhältnis der Bestellung ist die Anstellung als entgeltlicher Vertrag zu unterscheiden (Trennungstheorie<sup>16</sup>). Rechtlich stellt dieser einen Geschäftsbesorgungsvertrag auf Grundlage eines Dienstvertrages dar, § 675 i.V.m. §§ 611 ff. BGB. Aus dem Anstellungsvertrag erfolgen ein Anspruch auf die Vergütung sowie die Verpflichtung, für die AG tätig zu sein.<sup>17</sup> Für Abschluss und Kündigung des Anstellungsvertrages ist ebenfalls der Aufsichtsrat zuständig.<sup>18</sup> Schließlich legt der Aufsichtsrat die Gesamtbezüge der Vorstandmitglieder fest, § 87 Abs. 1 S. 1 AktG, wobei er den Angemessenheitsmaßstab zu beachten und die Bezüge ggf. zu senken hat.<sup>19</sup>

In der AG gilt der Grundsatz der Drittorganschaft, wonach auch Nichtaktionäre Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sein dürfen.<sup>20</sup>

#### **b. Aufgaben und Pflichten**

Aufgaben und Pflichten des Vorstands ergeben sich aus seiner Organstellung und aus seinem Anstellungsverhältnis<sup>21</sup>. Als Adressaten kommen sowohl die Gesellschaft als auch Dritte, wie Geschäftspartner oder die Allgemeinheit in Betracht.<sup>22</sup>

Bei den Pflichten, die sich aus der Organstellung ergeben, steht im Zentrum die Pflicht, den Gesellschaftszweck aktiv zu verfolgen und der Gesellschaft keinen Schaden zuzufügen.<sup>23</sup> Die Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis ergeben sich aus dem konkreten Vertrag.<sup>24</sup> Bei seinen Tätigkeiten hat der Vorstand gemäß § 93 Abs. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und dem Unternehmensinteresse zu dienen.<sup>25</sup>

Im Folgenden sollen nur die Hauptpflichten gegenüber der Gesellschaft definiert werden, da diese durch den Aufsichtsrat überwacht werden. Die

---

<sup>15</sup> Vgl. *Meyer-Lohmann*, S. 80.

<sup>16</sup> Vgl. BGHZ 79, 38, 41; *Hüffer*, § 84 Rn. 2 m.w.N.

<sup>17</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.10, 3.21; *Hueck/Windbichler*, S. 282; *Peltzer*, JuS 2003, 348, 351; *Schmidt*, S. 809.

<sup>18</sup> Vgl. *Hueck/Windbichler*, S. 282; *Schmidt*, S. 809.

<sup>19</sup> Vgl. *Säcker/Boesche*, BB 2006, 897, 898.

<sup>20</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.2.

<sup>21</sup> Vgl. als Muster für einen Anstellungsvertrag und für die sich hieraus ergebenden Pflichten der Vorstandsmitglieder z.B. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.66.

<sup>22</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.37.

<sup>23</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.38.

<sup>24</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.66.

<sup>25</sup> Vgl. *Säcker/Boesche*, BB 2006, 897, 899 f. m.w.N.

sonstigen Aufgaben und Pflichten werden in Tabelle 1 überblicksartig dargestellt und gegebenenfalls in Kapitel C vertieft.

*aa. Hauptpflichten gegenüber der Gesellschaft*

Geschäftsführung und Vertretung der AG sind die Hauptpflichten des Vorstands<sup>26</sup>, §§ 77 Abs. 1, 78 Abs. 1 AktG. Die Geschäftsführung betrifft das Innenverhältnis (das rechtliche Dürfen), die Vertretung das Außenverhältnis (das rechtliche Können).<sup>27</sup>

Geschäftsführung i.S.d. § 77 Abs. 1 AktG meint die Entscheidungszuständigkeit im Innenverhältnis.<sup>28</sup> Hierunter fallen sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, und zwar sowohl interne als auch externe Maßnahmen.<sup>29</sup> Neben der Leitung, die als Teilbereich der Geschäftsführung Grundlagenentscheidungen, Entscheidungen von größerer Bedeutung und dem Vorstand als Organ ausdrücklich zugewiesene Aufgaben umfasst<sup>30</sup>, fallen unter die Geschäftsführung auch sämtliche sonstigen (Einzel-) Maßnahmen des Vorstands.<sup>31</sup> Eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des Vorstands erfolgt durch den in der Satzung festgelegten Unternehmenszweck, an den der Vorstand bei all seinen Handlungen gebunden ist.<sup>32</sup> Ferner kann die Geschäftsführung durch Zustimmungsvorbehalte gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG beschränkt sein. An diese Beschränkungen ist der Vorstand gemäß § 82 Abs. 2 AktG gebunden. Bei einem mehrgliedrigen Vorstand gilt Gesamtgeschäftsführung, soweit die Satzung oder die Geschäftsordnung des Vorstands nicht Abweichendes regelt, §§ 77, 78 AktG. Vertretung durch den Vorstand i.S.d. § 78 Abs. 1 AktG umschreibt die Vornahme von Prozesshandlungen oder nach außen gerichtetes rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der AG, wobei die rechtlichen Folgen der AG zugerechnet werden.<sup>33</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich z.B. dort, wo die Vorstandsmitglieder selbst betroffen sind, vgl. z.B. §§ 112, 114 AktG. Soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, gilt Gesamtvertretung. Für die passive Vertretung gilt Einzelvertretung, § 78 Abs. 2 AktG. Im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht des Vorstands weder

---

<sup>26</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.39.

<sup>27</sup> Vgl. *Heidel/Oltmanns*, § 77 Rn. 2.

<sup>28</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.42.

<sup>29</sup> Vgl. *Heidel/Oltmanns*, § 77 Rn. 2; *Schmidt*, S. 806.

<sup>30</sup> Vgl. *Heidel/Oltmanns*, § 76 Rn. 5.

<sup>31</sup> Vgl. *Hüffer*, § 76 Rn. 7, § 77 Rn. 3; *Schmidt*, S. 808.

<sup>32</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.42.

<sup>33</sup> Vgl. *Hüffer*, § 78 Rn. 1, 3; *Heidel/Oltmanns*, § 78 Rn. 2.

beschränkt noch beschränkbar, §§ 78 Abs. 1, 82 Abs. 1 AktG.<sup>34</sup> Im Innenverhältnis hat der Vorstand Beschränkungen, die sich aus dem in der Satzung festgeschriebenen Unternehmensgegenstand oder der Geschäftsordnung ergeben, einzuhalten, § 82 Abs. 2 AktG.

*bb. Zusammenstellung aller Vorstandspflichten*

<b>Aufgaben und Pflichten des Vorstands gegenüber der Gesellschaft</b>		
<b>Aus Organstellung</b>		
<b>Hauptpflichten</b>	<b>Treuepflichten</b>	<b>Sonstige Pflichten</b>
Geschäftsführung, § 77 Abs. 1 AktG	Verschwiegenheitspflicht, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	Buchführung, § 91 Abs. 1 AktG und Rechnungslegung, § 264 Abs. 1 HGB, sowie Vorlage und Feststellung des Jahresabschlusses, §§ 172 ff. AktG
Vertretung, § 78 Abs. 1 AktG	Einhaltung des Wettbewerbsverbot, § 88 AktG	Schaffung eines Überwachungssystems ( <i>controlling system</i> ), § 91 Abs. 2 AktG
	Einhaltung der Form- und Zustimmungserfordernisse bei nach der Satzung wesentlichen Geschäften, § 119 Abs. 2 AktG	Berichts- und Auskunftspflichten, §§ 90, 131 AktG; bei börsennotierten AGen §§ 15, 15a WpHG, § 161 AktG
		Kapitalerhaltung, §§ 57 ff., 71 ff. AktG, vgl. auch § 93 Abs. 3 AktG
		Risikobegrenzung im Fall der Krise und rechtzeitige Insolvenzantragspflicht, § 92 AktG
		Vorbereitung und Einberufung der Hauptversammlung, §§ 83, 121 Abs. 2 AktG
		Abgabe einer Entsprechenserklärung mit dem Aufsichtsrat, § 161 AktG
<b>Aus dem Anstellungsvertrag</b>		
<b>Hauptpflichten</b>	<b>Treuepflichten</b>	
Bereitstellung der gesamten Arbeitskraft	(nachvertragliches) Wettbewerbsverbot	
Verbot bzw. Genehmigungspflicht oder Pflicht zur Übernahme von Nebentätigkeiten oder -ämtern	Offenlegung von Interessenkonflikten	
Pflicht zur Verschwiegenheit		
Herausgabe der Geschäftsunterlagen nach Beendigung der Tätigkeit		
<b>Aufgaben und Pflichten des Vorstands gegenüber Geschäftspartnern und der Allgemeinheit</b>		
Aufklärung über die Krise der Gesellschaft	Beachtung einzelner Verbotsgesetze	Respektierung absoluter Rechtsgüter Dritter

Tabelle 1: Aufgaben und Pflichten des Vorstands einer AG<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Vgl. Hüffer, § 78 Rn. 5; Heidel/Oltmanns § 78 Rn. 4.

<sup>35</sup> Die Tabelle folgt in Aufbau und Inhalt der Darstellung von Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.38 ff., 3.67 ff., 3.76 ff.

### **3. Aufsichtsrat, §§ 95 ff. AktG**

Schließlich soll der Aufsichtsrat mit seinen Aufgaben und Pflichten vorgestellt werden.

#### **a. Überblick**

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen. Die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat ist nicht möglich, § 111 Abs. 4 S. 1 AktG.

Der Aufsichtsrat ist das Organ, in dem die kooperative Mitbestimmung durch die Arbeitnehmer umgesetzt wird, vgl. § 95 Abs. 2 AktG. Liegen die Voraussetzungen des DrittelbG, des MitbestG oder des MontanMitbestG vor, setzt sich der Aufsichtsrat neben Mitgliedern der Aktionäre und eventuellen sonstigen Mitgliedern auch aus Arbeitnehmern zusammen, § 96 Abs. 1 AktG. Zuständiges Organ für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre ist die Hauptversammlung, § 101 Abs. 1 S. 1 AktG. Nicht zuständig ist diese für die Bestellung der nach § 101 Abs. 2 AktG entsandten oder der mitbestimmten Mitglieder, § 101 Abs. 1 S. 2 AktG. Auf eine weiterführende Darstellung des mitbestimmten Aufsichtsrats wird verzichtet. Die Hauptversammlung entscheidet auch entweder durch Beschluss oder in der Satzung über eine zulässige Vergütung für den Aufsichtsrat, § 113 Abs. 1 AktG.

Aufsichtsratsmitglieder können nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein, die weder Mitglied im Vorstand der AG sind noch eine leitende Funktion ausüben, § 105 Abs. 1 AktG. Auch darf keiner der Ausschlussgründe des § 100 Abs. 2 AktG, also z.B. das Innehaben von mehr als zehn Aufsichtsratsmandaten, erfüllt sein. In der Satzung können weitere Voraussetzungen für die von der Hauptversammlung bestellten Aufsichtsratsmitglieder festgelegt werden. Diese können z.B. den Empfehlungen 5.4.1 DCGK entsprechen, wonach bei der Bestellung auf das Vorhandensein notwendiger Fachkenntnisse sowie die Nichtüberschreitung einer Altersgrenze beachtet werden sollte. Aufsichtsratsmitglieder werden für maximal vier Jahre bestellt, § 102 Abs. 1 S. 1 AktG. Nach der Grundnorm des § 95 AktG<sup>36</sup> besteht der Aufsichtsrat aus mindestens drei Mitgliedern, wobei eine höhere Zahl an Mitgliedern durch drei teilbar sein muss und

---

<sup>36</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.156.

Höchstzahlen nicht überschritten werden dürfen, § 95 AktG. Maximal besteht der Aufsichtsrat aus 21 Personen, § 95 Abs. 1 S. 2 AktG.

Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss, § 108 Abs. 1 AktG. In den Grenzen des § 107 Abs. 3 AktG kann er zur Erfüllung seiner Aufgaben Ausschüsse bilden.

### b. Aufgaben und Pflichten

Die Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats lassen sich in Pflichten gegenüber der Gesellschaft und Pflichten gegenüber Geschäftspartnern und der Allgemeinheit teilen. Letztere entsprechen den Aufgaben und Pflichten des Vorstands<sup>37</sup>, vgl. Tabelle 1, Kapitel A 2 b. bb. Die Aufgaben gegenüber der Gesellschaft lassen sich weiter in Aufgaben als Kontroll- und Verwaltungsorgan und sonstige Pflichten gliedern, vgl. als Übersicht Tabelle 2.

Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft		
Kontrollorgan	Tätigkeiten als Verwaltungsorgan	Verschwiegenheitspflichten
Überwachung der Geschäftsführung, § 111 Abs. 1 AktG	Bestellung, Widerruf, Anstellung und Kündigung des Vorstands, Festlegung der Vergütung, §§ 84, 87 AktG	Verschwiegenheitspflichten, §§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 S. 1 AktG
Konkretisierung von Informations- und Berichtspflichten des Vorstands, § 111 Abs. 2 AktG	Bestellung des Abschlussprüfers, § 111 Abs. 2 S. 3 AktG	
Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer, § 111 Abs. 2 S. 3 AktG	Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand, § 112 AktG	
Pflicht, Zustimmungsvorbehalte festzulegen, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG (Mischung aus Kontroll- und GF-Tätigkeit)	gemeinsame Vertretung der Gesellschaft mit dem Vorstand bei Klagen, §§ 246 Abs. 2 S. 2, 249 Abs. 1 S. 1 AktG	
	Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, §§ 171, 172 AktG und bei der Bildung von Gewinnrücklagen, § 58 Abs. 2 AktG	
	Einberufung der Hauptversammlung, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert, § 111 Abs. 3 AktG	
	Entscheidung über Vergabe von Krediten an Vorstand, § 89 AktG	
	Entsprechenserklärung, § 161 AktG (bei Börsennotierung)	

Tabelle 2: Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats einer AG<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.205.

<sup>38</sup> Die Tabelle folgt im Aufbau und Inhalt der Darstellung von *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.194 ff., 3.199 ff.; 3.203 f.

### **III. Kurzeinführung Deutscher Corporate Governance Kodex**

Im September 2001 hat die Deutsche Bundesregierung die „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ eingesetzt, um einen einheitlichen DCGK zu erstellen. Unter *Corporate Governance* sind Grundsätze guter Unternehmensführung zu verstehen, die sich an Organe wenden. Aufgrund der §§ 76 Abs. 1, 84, 111 AktG sind Hauptadressaten Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>39</sup> Die Grundsätze des DCGK sind nicht zwingend. Jedoch hat eine börsennotierte AG seit dem Inkrafttreten des TransPuGes im Jahr 2002 eine Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG abzugeben, vgl. B. I. Mit dem DCGK wird das Ziel verfolgt, das System deutscher Corporate Governance national und international nachvollziehbar und transparent zu machen. Auch soll das Vertrauen in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter AGen und damit mittelbar auch in den Kapitalmarkt, gestärkt werden, vgl. 1. Präambel DCGK.<sup>40</sup>

### **C. Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand**

Nach dem Trennungsprinzip sind der Vorstand für die Leitung, § 76 Abs. 1 AktG, der Aufsichtsrat für die Überwachung der Geschäftsführung, § 111 Abs. 1 AktG, zuständig. Kennzeichnend ist eine personelle, § 105 AktG, und inhaltliche Trennung der Aufgaben der Organe.<sup>41</sup> Bereits an der übersichtsartigen Darstellung in Kapitel A wird deutlich, dass Vorstand und Aufsichtsrat ihre Aufgaben in der AG nicht unabhängig voneinander wahrnehmen können. Vielmehr handelt es sich um ein „System von Gewaltenverzahnung und Gewaltenkontrolle“<sup>42</sup>, in dem die Organe nicht immer widerspruchsfrei miteinander verflochten sind.<sup>43</sup> Diese komplizierten Zusammenhänge zwischen Aufsichtsrat und Vorstand sollen im Folgenden vorgestellt und untersucht werden. Hierfür wird zunächst die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats dargestellt. In einem zweiten Schritt wird anhand der dem Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben zur Verfügung stehenden Mittel untersucht, ob und inwieweit dieser in die Kompetenzen des Vorstands Einfluss nehmen kann und in welchem Verhältnis die beiden

---

<sup>39</sup> Vgl. Hüffer, § 76 Rn. 15a.

<sup>40</sup> Vgl. zum Ganzen Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 1.54 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Schönberger, S. 36 m.w.N.; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 19 Rn. 2.

<sup>42</sup> Vgl. Schmidt, S. 866.

<sup>43</sup> Vgl. Peltzer, JuS 2003, 348, 349.

Organe zueinander stehen. Anschließend wird auf die Sonderthematik des Wechsels von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat eingegangen.

## ***I. Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, § 111 Abs. 1 AktG***

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen. Nach 5.1.1 DCGK gehören hierzu Überwachung (*ex post*) und Beratung (*ex ante*) des Vorstands.

### **1. Überwachung**

Zunächst soll die Überwachung durch den Aufsichtsrat anhand des Überwachungsgegenstands, des Überwachungsziels und der Überwachungsgrenzen betrachtet werden.

#### **a. Überwachungsgegenstand**

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG ist Gegenstand der Überwachung die Geschäftsführung, die gemäß §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG dem Vorstand obliegt. Geschäftsführung i.S.d. § 77 Abs. 1 AktG umfasst sämtliche tatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten für die AG, vgl. Kapitel B II b. aa. Aus der Neufassung der AktG 1965 ergibt sich, dass mit der Geschäftsführung i.S.d. § 111 Abs. 1 AktG ein solch umfassender Überwachungsgegenstand nicht gemeint sein kann, da der im AktG 1937 enthaltene Passus „in allen Zweigen der Verwaltung“ weggefallen ist. Stattdessen werden unter Geschäftsführung i.S.d. § 111 Abs. 1 AktG die Leitungsaufgaben des Vorstands sowie wesentliche Einzelmaßnahmen verstanden. Einfach gesagt, umfasst die Geschäftsführung i.S.d. § 111 Abs. 1 AktG die Maßnahmen, über die der Vorstand zu berichten hat.<sup>44</sup> Hiermit stimmt 5.1.1 DCKC überein. Dahinstehen kann, ob es sich bei der Überwachung um eine Funktions- oder um eine Organkontrolle handelt, da die Vorstandsmitglieder ihre Funktion nicht ohne ihre Organstellung ausüben können und das Organ nicht ohne die ihm zugewiesene Funktion kontrolliert werden kann.<sup>45</sup> Folglich ist mit Überwachung die vergangenheitsbezogene Kontrolle der Leitungsmaßnahmen des Vorstands gemeint. Hierzu gehören insbesondere die Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht und Bilanzgewinnverwendungsvorschlag, § 171 Abs. 1 S. 1 AktG, und die Konkretisierung der Berichtspflichten des

---

<sup>44</sup> Vgl. Anwaltkommentar Aktienrecht/*Breuer/Fraume*, § 111 Rn. 5; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Jäger*, DStR 1996, 671, 674; *Lutter/Krieger*, Rn. 63.

<sup>45</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 2; *Lutter/Krieger*, Rn. 63 Rn. 1 m.w.N.

Vorstands, § 90 Abs. AktG.<sup>46</sup> Für die Prüfung stehen dem Aufsichtsrat Berichte des Vorstands sowie in § 111 Abs. 2 AktG genannte Maßnahmen zur Verfügung. Wie stark der Aufsichtsrat auf diese Instrumente zurückgreifen muss, hängt von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens ab.<sup>47</sup>

Zu beachten ist, dass die Überwachung des Vorstands dem Aufsichtsrat als Gesamtorgan zugewiesen ist. Eine Übertragung an Ausschüsse ist im Umkehrschluss aus § 107 Abs. 3 AktG nicht möglich.

#### **b. Ziel der Überwachung**

Ziel der Überwachung durch den Aufsichtsrat ist es, dass sich dieser ein unabhängiges Urteil über die Geschäftsführung durch den Vorstand bildet. Prüfungsmaßstab ist hierbei das Unternehmensinteresse. Hierzu zählen z.B. die dauerhafte Existenzsicherung, die strategische Ausrichtung, die Rentabilität sowie die Liquidität des Unternehmens. Der Aufsichtsrat kontrolliert die Rechtmäßigkeit, die Ordnungsmäßigkeit, die Wirtschaftlichkeit und die Zweckmäßigkeit der Maßnahmen des Vorstands.<sup>48 49</sup>

Bei der Rechtmäßigkeit hat der Aufsichtsrat zu überwachen, ob sich der Vorstand an die Vorschriften des AktG und anderer Wirtschaftsgesetze sowie die Satzung der AG gehalten hat.<sup>50</sup> Ferner hat der Aufsichtsrat zu kontrollieren, ob der Vorstand ordnungsmäßig gehandelt hat. Ordnungsmäßig meint hierbei die für das Unternehmen in seiner Struktur angemessene Organisation, insbesondere bzgl. des Planungs- und Rechnungswesens.<sup>51</sup> Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit hat der Aufsichtsrat zu prüfen, ob der Vorstand seine Maßnahmen darauf ausgerichtet hat, Liquidität, Ertragskraft und Stellung am Markt des Unternehmens zu sichern. Dieses ist zu bejahen, wenn das Ziel mit möglichst minimalem Aufwand und maximalem Ertrag erreicht werden konnte (Minimax-Regel<sup>52</sup>).<sup>53</sup> Die Zweckmäßigkeit der Maßnahmen des Vorstands spielt im Rahmen der Überwachung selten eine eigenständige Rolle. Vielmehr ist sie bereits in den Kriterien

---

<sup>46</sup> Vgl. Hüffer, § 111 Rn. 3; Lutter/Krieger, Rn. 64.

<sup>47</sup> Vgl. Hüffer, 111 Rn. 7 m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. BGHZ 114, 127, 129; Fey, DStR 1995, 1320, 1322; Münch. Hdb. GesRIV/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 26 m.w.N.; Leyens, S. 135.

<sup>49</sup> Vgl. zur uneinheitlichen Terminologie des Prüfungsmaßstabs Leyens, S. 135 m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 72.

<sup>51</sup> Vgl. Hüffer, § 111 Rn. 7; Semler, ZGR 1983, 1, 16 ff.

<sup>52</sup> Wöhe/Döring, S. 120.

<sup>53</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 84; Semler/v. Schenck/v. Schenck, § 7 Rn. 125.

Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit enthalten. Stellt die Zweckmäßigkeit dennoch einen eigenen Überwachungsaspekt dar, ist ergebnisorientiert zu fragen, ob Aufwand und Erfolg in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>54</sup>

Stellt der Aufsichtsrat bei der Überwachung Mängel oder Fehler in den Handlungen des Vorstands fest, hat er geeignete Schritte einzuleiten, um diese zu beheben.

### **c. Grenzen der Überwachung**

Eine sehr ausgeprägte Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat birgt die Gefahr, dass der Aufsichtsrat unzulässigerweise in die Leitungskompetenz des Vorstands eingreift. Nach § 76 Abs. 1 AktG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG ist dem Aufsichtsrat die Geschäftsführung jedoch gerade nicht gestattet. Fraglich ist, welche Grenze eingehalten werden muss, um die Grenze zwischen Überwachung und Eingriff in die Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands nicht zu überschreiten und gleichzeitig die hinreichende Erfüllung der Überwachungsaufgabe durch den Vorstand sicherzustellen. Die Beurteilung dieser zwei Fragen hängt auch von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens ab.<sup>55</sup> Erscheint dem Aufsichtsrat in der Normallage der AG eine Maßnahme des Vorstands aus seiner Sicht vertretbar, ist es ausreichend, wenn er dem Vorstand seine gegensätzlichen Ansichten unterbreitet. Auch erfüllt er seine Aufgabe, indem er die Berichte des Vorstands prüft und eventuell ergänzende Informationen anfordert. Der Aufsichtsrat darf keine eigenen Kontakte zu Geschäftspartnern der AG aufnehmen, um sich über die Geschäftsbeziehungen zu informieren.<sup>56</sup> Ein Eingriff liegt vor, wenn er seine Ansichten gegenüber dem Vorstand durchsetzt oder Alternativen ausarbeitet.<sup>57</sup>

Eine höhere Intensität an Überwachung ist zu fordern, wenn sich das Unternehmen in einer Krise befindet oder eine solche droht. In einem solchen Fall hat der Aufsichtsrat seine normalen Überwachungstätigkeiten zu verstärken. Es ist Pflicht des Aufsichtsrats, in einer solchen wirtschaftlichen Lage dafür zu sorgen, dass die AG von einem geeigneten Vorstand geleitet wird. Im Rahmen des Entsendungsrechts gemäß § 105 Abs. 2 AktG kann die

---

<sup>54</sup> Vgl. Hüffer, § 111 Rn. 6; Lutter/Krieger, Rn. 84 m.w.N.; Semler/v. Schenck/v. Schenck, § 7 Rn. 126..

<sup>55</sup> Vgl. Westerburg, S. 37 m.w.N.

<sup>56</sup> Vgl. OLG Zweibrücken DB 1990, 1401.

<sup>57</sup> Vgl. Zum Ganzen Lutter/Krieger, Rn. 86, m.w.N.; 94; Hüffer, § 111 Rn. 7.

Überwachungstätigkeit somit sogar bis zur vorübergehenden Unternehmensführung gesteigert werden.<sup>58</sup> Dieses würde im Normalfall einen unzulässigen Eingriff darstellen. Aufgrund der Krisensituation verschiebt sich jedoch die Grenze der Zulässigkeit.

## **2. Beratung**

Im Folgenden soll die Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats und deren Grenzen vorgestellt werden.

### **a. Beratungsaufgabe**

Um seiner Überwachungsaufgabe umfassend gerecht zu werden, die Zukunft des Unternehmens zu sichern und es vor Schaden zu schützen, ist es notwendig, dass der Aufsichtsrat nicht nur die in der Vergangenheit liegende Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands kontrolliert, sondern auch die Grundsatzentscheidungen der zukünftigen Geschäftspolitik überwacht, ihn also berät.<sup>59</sup> Zu begründen ist dies dadurch, dass falsche Entscheidungen Einfluss auf die Zukunft des Unternehmens haben. Daher hat der Aufsichtsrat auch die Rolle eines „institutionelle[n] Ratgeber[s] und Gesprächspartner[s] des Vorstands“<sup>60</sup>, um die vorbeugende, in die Zukunft gerichtete Überwachung des Vorstands sicherzustellen.<sup>61</sup> Diese Aufgabe kann der Aufsichtsrat nur erfüllen, wenn er dem Vorstand als ständiger Gesprächspartner beratend zur Verfügung steht.<sup>62</sup> Korrespondierend mit der Pflicht des Aufsichtsrats den Vorstand zu beraten, ist dessen Pflicht, sich beraten zu lassen. Hierbei liegt es in der Kompetenz des Aufsichtsrats, über Art, Zeit und Umfang der Beratung zu entscheiden.<sup>63</sup> Auch 5.1.1 DCGK bestimmt, dass der Aufsichtsrat den Vorstand bei der Unternehmensleitung regelmäßig zu überwachen und zu beraten hat und in bedeutende Entscheidungen einzubeziehen ist.

Bei der Beratung des Vorstands durch ein Aufsichtsratsmitglied ist zwischen der Beratung innerhalb und außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit zu unterscheiden. Letztere ist gemäß § 114 Abs. 1 AktG nur mit besonderer

---

<sup>58</sup> Vgl. Anwaltkommentar Aktienrecht/Breuer/Fraune, § 111 Rn. 13; Hüffer, § 111 Rn. 7 m.w.N.; Lutter/Krieger, Rn. 87 ff. m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. h.M. BGHZ 114, 127, 130; Lutter/Krieger, Rn. 94; Säcker/Boesche, BB 2006, 897, 897; Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb, § 7 Rn. 73; vgl. zur Diskussion Sina, NJW 1990, 1016, 1017 f.

<sup>60</sup> Lutter/Krieger, Rn. 94.

<sup>61</sup> Vgl. BGHZ 114, 127, 130; Lutter/Krieger, Rn. 94.

<sup>62</sup> Vgl. BGHZ 114, 127, 130 m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 95 m.w.N.

Genehmigung durch den Aufsichtsrat zulässig, da der Vertrag sonst nichtig ist. Ein Beratungsvertrag außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit ist nur in engen Grenzen, wie z.B. bei Fragen bzgl. eines speziellen Fachgebiets, zulässig, und muss eindeutig abgrenzbar sein. Im Zweifel ist von einer Beratungstätigkeit im Rahmen der Organzuständigkeit auszugehen.<sup>64</sup> Eine besondere Vergütung ist nur für eine Beratung außerhalb des Aufsichtsratsmandats zulässig. Die Vergütung sonstiger Tätigkeiten ist durch die nach § 113 Abs. 1 AktG gewährten Bezüge abgegolten.<sup>65</sup> Im Folgenden soll die Beratung außerhalb der Organkompetenz nicht verfolgt werden, da sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats aus seiner Organstellung ergibt.

#### **b. Grenzen und Probleme**

Hinsichtlich der Beratung durch den Aufsichtsrat sind Grenzen einzuhalten, um die Leitungskompetenz des Vorstands sicherzustellen. Die Beratungsaufgabe ist auf solche Maßnahmen beschränkt, die in den Überwachungsbe- reich des Aufsichtsrats fallen. Anstatt auf jedes Schreiben zu antworten oder auf jede Handlung des Vorstands einzugehen, erfüllt der Aufsichtsrat seinen Auftrag auch durch eine formlose Erörterung oder – wenn er mit den Plänen des Vorstands einverstanden ist – durch Schweigen.<sup>66</sup> Ferner hat der Aufsichtsrat dem Vorstand seine Bedenken mitzuteilen und mit diesem zu erörtern. Die endgültige Entscheidung steht jedoch allein dem Vorstand und nicht dem Aufsichtsrat zu. Ebenso stünde es einem Eingriff in die Leitungskompetenz des Vorstands gleich, wenn der Aufsichtsrat dem Vorstand Alternativpläne vorlegen müsste oder würde.<sup>67</sup>

Ferner ist die dargestellte Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat nicht unproblematisch, da sie die Machtbalance zwischen Vorstand und Aufsichtsrat gefährden kann.<sup>68</sup> Zum einen gibt es Bedenken, ob der Aufsichtsrat überhaupt kompetent genug ist, um der umfassenden Beratungsaufgabe gegenüber dem Vorstand zu genügen.<sup>69</sup> Hiergegen wird vorgebracht, dass Aufsichtsräte i.d.R. eigene Erfahrungen in der Leitung von Unternehmen gemacht haben und die Beurteilung einer Entscheidung nicht

---

<sup>64</sup> Vgl. h.M. BGHZ 126, 340, 344; 114, 127, 129, 132; Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 1875 ff; a.A. Jäger, DStR 1996, 671, 675.

<sup>65</sup> Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 1872.

<sup>66</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 98 f.

<sup>67</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 94.

<sup>68</sup> Vgl. Jäger, DStR, 1996, 671.

<sup>69</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 95 m.w.N.

dieselbe Kompetenz verlangt wie deren Entwicklung.<sup>70</sup> Ferner kann in der Satzung der AG festgelegt werden, welche Fähigkeiten im Aufsichtsrat vorhanden sein müssen, wie auch 5.4.1 DCGK empfiehlt. Grundsätzlich wird vorgebracht, Überwachung und Beratung würden sich analog § 49 Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (WiPrO) und § 319 Abs. 2 HGB funktionell ausschließen. Nach dieser Auffassung fände eine Beratung auf Wunsch des zu Beratenden und die Überwachung im Interesse Dritter statt.<sup>71</sup> Hiergegen ist anzuführen, dass sich Überwachung und Beratung in der hier vorliegenden Konstellation gerade nicht ausschließen, da sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat dem Unternehmensinteresse der AG verpflichtet sind und eine möglichst gute und fehlerfreie Geschäftspolitik in ihrem Interesse liegt.<sup>72</sup>

Aus der Beratung kann sich jedoch ein gewichtiges Problem für die Überwachung ergeben: Ein großes Engagement des Aufsichtsrats in der Beratung des Vorstands kann leicht mit einem zunehmenden Grad an Misstrauen gegenüber der Geschäftsführungstätigkeit dieses Organs korrelieren.<sup>73</sup> Dieses ergibt sich daraus, dass der Aufsichtsrat einen Teil seiner Neutralität verliert und potentielle eigene Fehler nicht eingestehen wollen wird.

## ***II. Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf den Vorstand***

Der Aufsichtsrat kann seine Überwachungsaufgabe nur dann zielführend erfüllen, wenn ihm Möglichkeiten offen stehen, auf das Handeln des Vorstands einzuwirken. Hierfür obliegen ihm in der dualistischen Verwaltung der AG verschiedene vorstandsbezogene Aufgaben<sup>74</sup>, mit denen er insbesondere auf die Zusammensetzung des Vorstands und dessen Handlungen Einfluss nehmen kann. Diese Mittel sollen im Folgenden vorgestellt und auf dieser Grundlage die Gefahr der Einflussnahme auf die Leitungskompetenz des Vorstands beurteilt werden.

### **1. Personalkompetenz des Aufsichtsrats**

Eine große – wenn nicht die bedeutendste<sup>75</sup> – Einflussmöglichkeit auf die Gestaltung der Geschäftsführung ist die Personalkompetenz des

---

<sup>70</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 96; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Rn. 790.

<sup>71</sup> Vgl. *Jäger*, DStR 1996, 671, 672.

<sup>72</sup> Vgl. *Jäger*, DStR 1996, 671, 674; *Lutter/Krieger*, Rn. 97.

<sup>73</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 96 Fn. 4 m.w.N.

<sup>74</sup> Vgl. *Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 61.

<sup>75</sup> Vgl. *Leyens*, S 139; *Peltzer*, NZG 2002, 10, 13.

Aufsichtsrats bzgl. der Zusammensetzung des Vorstands. Zu der Personalkompetenz des Aufsichtsrats gehören (wiederholte) Bestellung, Anstellung und Verlängerung, Suspendierung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, § 84 Abs. 1, 3 AktG, Ernennung und Abberufung eines Vorstandsvorsitzenden, § 84 Abs. 2, 3 AktG, die Festlegung der Vergütung, § 87 AktG, sowie die Anstellung.

#### **a. Bestellung und Anstellung**

Im Rahmen seiner Personalkompetenz zur Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern kann der Aufsichtsrat Einfluss darauf nehmen, wie der Vorstand zusammengesetzt ist. Zunächst ist der Aufsichtsrat für die Auswahl geeigneter Kandidaten zuständig. Diese können entweder aus den eigenen Reihen oder von extern rekrutiert werden.<sup>76</sup> 5.1.2 DCGK empfiehlt die gemeinsame langfristige Nachfolgeplanung für den Vorstand durch Aufsichtsrat und Vorstand, da die Führung der Mitarbeiter Aufgabe des Vorstands ist<sup>77</sup> und dieser potentielle Kandidaten gezielt fördern und fordern kann. Der Aufsichtsrat überwacht die Führung der Mitarbeiter durch den Vorstand. Eigene Kompetenzen gegenüber den Mitarbeitern stehen ihm nicht zu.<sup>78</sup> Die alleinige Entscheidung über die Besetzung des Vorstands obliegt dem Aufsichtsrat. Dem Vorstand ist jedoch Gelegenheit zu geben, ein Anforderungsprofil zu entwickeln und zu den vorgeschlagenen Kandidaten Stellung zu nehmen. Ein verbindliches Vorschlagsrecht steht dem Vorstand allerdings nicht zu.<sup>79</sup> Die alleinige Entscheidungsbefugnis des Aufsichtsrats bleibt auch dann bestehen, wenn zulässigerweise persönliche Eignungsvoraussetzungen, wie z.B. ein Mindest- oder Höchstalter oder fachliche Voraussetzungen, für Vorstände in die Satzung aufgenommen worden sind. Über diese kann sich der Aufsichtsrat im Rahmen der Bestellung hinwegsetzen.<sup>80</sup> Diese Rolle führt zu einem hohen Maß an Einfluss auf die Ausrichtung des Unternehmens. Besetzt der Aufsichtsrat den Vorstand mit Personen, deren Ansichten bzgl. der Ausrichtung und Führung eines

---

<sup>76</sup> Vgl. *Peltzer*, JuS 2003, 348, 350; *Peltzer*, NZG 2002, 10, 12.

<sup>77</sup> Vgl. *Peltzer*, NZG 2002, 10, 12.

<sup>78</sup> Vgl. *Lentfer*, S. 127; *Lutter/Krieger*, Rn. 68, *Steinbeck*, S. 43; a.A. *Hüffer*, § 111 Rn. 3 m.w.N.

<sup>79</sup> Vgl. *Leyens*, S. 139.

<sup>80</sup> Vgl. h.M. *Lutter/Krieger*, Rn. 340: *Anwaltkommentar Aktienrecht/Oltmanns*, § 77 Rn. 25.

Unternehmens denen des Aufsichtsrats entsprechen, kann der Aufsichtsrat mittelbar Einfluss auf die Art und Weise der Unternehmensführung nehmen.<sup>81</sup> Dieses kann soweit gehen, dass der Aufsichtsrat hierdurch die Geschäftsführung, die nach § 76 Abs. 1 AktG ausschließlich dem Vorstand obliegt, indirekt steuert. Auch wenn somit keine direkte Verletzung des Verbotes, dem Aufsichtsrat Geschäftsführungsaufgaben zu übertragen, § 111 Abs. 4 S. 1 AktG, vorliegt, ist eine Verwischung der Grenze zwischen Geschäftsführungs- und Kontroll- und Überwachungsaufgabe zu bejahen. Ob bereits eine Verletzung des Trennungsprinzips vorliegt, ist vom Einzelfall abhängig. Ein anderes Problem stellt sich, wenn der Aufsichtsrat den Wunschkandidaten des Vorstands wählt, ohne ihn und die anderen Kandidaten einer intensiven Prüfung zu unterziehen.<sup>82</sup>

Neben der Entscheidung über die erstmalige Bestellung des Vorstands entscheidet der Aufsichtsrat auch über eine Verlängerung oder Wiederholung der Bestellung. Hierbei gilt die Maßgabe, dass der Beschluss über eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit zulässig ist, § 84 Abs. 1 S. 2 AktG, um eine ausreichende Kontrolle durch den Aufsichtsrat und die hinreichende Qualität der Arbeit des Vorstands sicherzustellen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass der Aufsichtsrat auch hierbei nicht frei von eigenen Interessen sein wird. Ein Vorstandsmitglied, dessen Ansichten bzgl. der Unternehmenspolitik konträr zu denen des Aufsichtsrats sind, oder das in der Vergangenheit zu Schwierigkeiten geführt hat, wird der Aufsichtsrat trotz qualitativ hochwertiger Arbeit wahrscheinlich nicht erneut bestellen. Dieses führt zu einer gewissen Abhängigkeit des Vorstands vom Aufsichtsrat, die zu Entscheidungen zugunsten der Vorschläge des Aufsichtsrats führen kann, um die Wiederbestellung gefährdende Zerwürfnisse zu vermeiden.<sup>83</sup> Diese Gefahr der Abhängigkeit wird durch die Empfehlung 5.1.2 DCGK, wonach bei einer erstmaligen Bestellung die Höchstdauer von fünf Jahren nicht ausgeschöpft werden soll, verstärkt, da das betroffene Vorstandsmitglied nicht längerfristig planen kann. Auch kann eine Bestellung, die nicht verlängert wird, zu einem schlechten Ruf führen, der die Übernahme eines anderweitigen Postens als Vorstand schwierig oder sogar unmöglich machen kann. Ein

---

<sup>81</sup> Vgl. *Lentfer*, S. 144 m.w.N.

<sup>82</sup> Vgl. *Leyens*, S. 139.

<sup>83</sup> Vgl. *Westerburg*, S. 33 m.w.N.

weiteres Problem wird insbesondere deutlich, wenn Vorstand und Aufsichtsrat einvernehmlich zusammenwirken, um die Vorschrift des § 84 Abs. 1 S. 2 AktG zu umgehen: In jüngerer Zeit treten Fälle auf, in denen der Vorstand von seinem Amt zurücktritt und kurz darauf erneut vom Aufsichtsrat bestellt wird. Hierdurch kann erneut ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand entstehen, aus dem sich z.B. ergeben kann, dass der Vorstand den Vorschlägen des Aufsichtsrats positiver gegenübersteht als er dies ohne eine erneute Bestellung getan hätte.<sup>84</sup> Somit ergeben sich ähnliche Probleme, wie bei der erstmaligen Bestellung.

Also kann der Aufsichtsrat durch Bestellung und Anstellung des Vorstands zumindest mittelbar Einfluss auf dessen Geschäftsführungspolitik nehmen.

#### **b. Widerruf der Bestellung, Kündigung der Anstellung**

Das stärkste Mittel des Aufsichtsrats, die Politik des Vorstands zu sanktionieren, ist der Widerruf der Bestellung. Hierfür ist gemäß § 84 Abs. 3 S. 1 AktG ein wichtiger Grund notwendig. Dieser ist zu bejahen, wenn es der AG nicht zugemutet werden kann, ein Mitglied des Vorstands im Amt zu behalten.<sup>85</sup> Hierzu gehören z.B. die Verletzung der Berichtspflichten<sup>86</sup>, eine grobe Pflichtverletzung, die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, soweit das Vertrauen nicht offensichtlich aus unsachlichen Gründen entzogen wurde<sup>87</sup>, § 84 Abs. 3 S. 2 AktG. In letzterem Fall hat der Aufsichtsrat in die Hauptversammlungseinberufungskompetenzen des Vorstands einzugreifen und gemäß § 111 Abs. 3 S. 1 AktG eine Hauptversammlung einzuberufen.

Das Recht zur Abberufung des Vorstands kann jedoch zu gravierenden Problemen führen. Ist der Aufsichtsrat mit einer Handlung des Vorstands nicht einverstanden, kann er zunächst versuchen, den Vorstand von seinen Ansichten im Rahmen seiner Beratungstätigkeit zu überzeugen oder die Maßnahme durch einen Zustimmungsvorbehalt von seiner Zustimmung abhängig zu machen, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Führt dieses Vorgehen nicht zum Erfolg oder besteht eine generelle Unzufriedenheit mit der Ausrichtung der Unternehmenspolitik, wird der Aufsichtsrat versuchen, den Vorstand

---

<sup>84</sup> Vgl. *Peltzer*, JuS 2003, 348, 350.

<sup>85</sup> Vgl. *Hoffmann/Preu*, Rn. 218; Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 64.

<sup>86</sup> Vgl. *Sina*, NJW 1990, 1016, 1017.

<sup>87</sup> Vgl. Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 64.

abzuberufen. Auch wenn es für die Abberufung des Vorstands eines wichtigen Grundes bedarf und der Aufsichtsrat in seiner Entscheidung nicht frei ist, ist davon auszugehen, dass der Vorstand durch drohende personelle Kompetenzen in seinen Entscheidungen eingeschränkt und evtl. auf die eine oder andere Maßnahme verzichten wird.<sup>88</sup> Im schlimmsten Fall wird der Vorstand somit grundsätzlich aufsichtsratskonform handeln und entscheiden, um sein Amt zu sichern. Hierdurch greift der Aufsichtsrat durch seine Personalkompetenz zumindest mittelbar in die Leitungskompetenz des Vorstands ein. Die angeführte Gefahr gilt auch für das mildere Mittel der Freistellung oder Suspendierung eines Vorstandsmitglieds, bei der das Mitglied bei Verbot der Ausübung seines Mandats im Amt bleibt, die ebenfalls eines wichtigen Grundes bedürfen.<sup>89</sup>

**c. Festlegung der Bezüge der Vorstandsmitglieder, § 87 AktG**

Probleme bei der Festlegung der Bezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat stellen sich aus zwei Richtungen: Zum einen bilden die Berichte des Vorstands die Grundlage für die Beurteilung der Lage des Unternehmens durch den Aufsichtsrat.<sup>90</sup> Erfüllt dieser seine Pflichten aus § 90 AktG unzureichend, legt der Aufsichtsrat die Bezüge des Vorstand auf falscher Datenbasis fest, so dass es zu einer finanziellen Schädigung des Unternehmens kommen kann, die evtl. sogar zu einer Krise führt oder diese verschlimmert. Allerdings kann diese Gefahr vermindert werden, wenn Aufsichtsratsmitglieder ihre Sorgfaltspflichten nach §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 AktG, sehr ernst nehmen. Hierzu gehören insbesondere ihre Rechte nach § 90 Abs. 5 AktG, alle Berichte zur Kenntnis zu nehmen, und § 111 Abs. 2 AktG, das umfassende Einsichts- und Prüfungsrecht, umfassend wahrzunehmen.

Zum anderen kommt es zu einem Interessenskonflikt, wenn Vorstandsmitglieder nach dem Ende ihrer Amtszeit in den Aufsichtsrat wechseln und somit vorausschauend über ihre eigenen Bezüge entscheiden.

---

<sup>88</sup> Vgl. *Hoffmann/Preu*, Rn. 217; *Leyens*, S. 141.

<sup>89</sup> Vgl. h.M. *Leyens*, S. 140; *Lutter/Krieger*, Rn. 377.

<sup>90</sup> Vgl. *Sina*, NJW 1990, 1016, 1016.

#### **d. Ernennung des Vorsitzenden des Vorstands**

Neben der allgemeinen Berufung der Mitglieder des Vorstands kann der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 2 AktG in einem mehrgliedrigen Vorstand einen Vorsitzenden bestellen. Auch wenn im Aktienrecht trotz der Bestellung eines Vorsitzenden theoretisch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Vorstandsmitglieder gilt<sup>91</sup>, können die Satzung oder die Geschäftsordnung dem Vorsitzenden weitere Kompetenzen, wie z.B. ein Vetorecht, einräumen. Auch ist mit dem Amt des Vorsitzenden ein besonderes Maß an Verantwortung verbunden.<sup>92</sup> Fraglich ist, ob sich hieraus Gefahren ergeben. Einerseits erscheint es sinnvoll, dem Aufsichtsrat die Kompetenz einen Vorstandsvorsitzenden zu bestellen zu übertragen, da diesem im Rahmen der Befugnisse bzgl. der Geschäftsordnung des Vorstands auch die Überwachung und Gestaltung der Binnenorganisation des Vorstands obliegt. Andererseits wird dem Vorstand hierdurch das Recht genommen, seinen Vorsitzenden selber zu wählen oder zu bestimmen. Vielmehr kann der Aufsichtsrat denjenigen zum Vorsitzenden bestellen, den er für geeignet hält. Hieraus folgen Gefahren: Zum einen kann der Aufsichtsrat denjenigen bestellen, dessen Vorstellungen am ehesten mit denen des Aufsichtsrats korrespondieren. Auch werden insbesondere die Vorsitzenden von Aufsichtsrat und Vorstand sehr eng zusammenarbeiten, so dass die Gefahr besteht, dass der Aufsichtsrat demjenigen den Posten des Vorsitzenden zuschiebt, dem er einen Gefallen schuldet oder der z.B. an der eigenen Bestellung positiv mitgewirkt hat. Auch die gängige Praxis, dass Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat wechseln, führt zu einer gefährlichen Verflechtung bei der Bestellung des Vorsitzenden des Vorstands.

#### **e. Entsendungsrecht des Aufsichtsrats in den Vorstand**

Gemäß § 105 Abs. 2 AktG kann der Aufsichtsrat eines seiner Mitglieder für maximal ein Jahr in den Vorstand entsenden. Dieses ist dann möglich, wenn der Vorstand nicht vollständig besetzt ist oder ein Vorstandsmitglied z.B. durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert ist und daher sein Amt nicht ordnungsgemäß erfüllen kann.<sup>93</sup> Das Amt des Entsendeten im Aufsichtsrat ruht während der Zeit des Mandats im Vorstand, § 105 Abs. 2 S. 3 AktG.

---

<sup>91</sup> Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.8.

<sup>92</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 438 f. m.w.N.

<sup>93</sup> Vgl. *Heidel/Breuer/Fraune*, § 105 Rn. 13; *Großkomm. AktG/Hopt/Roth*, § 105 Rn. 48 ff.

Durch die Entsendung tritt der Aufsichtsrat in die Rechtsstellung des Vorstandmitglieds ein, das er ersetzt, soweit der Aufsichtsrat nicht eine abweichende Geschäftsordnung erlassen hat.<sup>94</sup> Probleme können sich durch ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied im Vorstand ergeben, wenn es hierdurch gelingt, auf die Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands Einfluss zu nehmen oder die im Vorstand gewonnen Informationen unzulässigerweise im Aufsichtsrat zu verwerten.

#### **f. Schlussfolgerung**

Also kann die Personalkompetenz des Aufsichtsrats dazu führen, dass der Aufsichtsrat die Geschäftsführung, die nach § 76 Abs. 1 AktG ausschließlich dem Vorstand obliegt, indirekt steuert, anstatt sie nur zu überwachen.

### **2. Organisation der Vorstandsarbeit**

In engem Zusammenhang mit der Auswahl der richtigen Vorstandsmitglieder steht die sachgerechte Organisation der Arbeit des Vorstands, um deren reibungslosen Ablauf zu gewährleisten. Hierzu zählen zunächst die Geschäftsverteilung, aber auch weitere Regelungen über die Form der Zusammenarbeit des Gesamtorgans, die in der Geschäftsordnung festgelegt werden können.<sup>95</sup>

Satzung oder Geschäftsordnung können von der in § 77 Abs. 1 S. 2 AktG definierten Gesamtgeschäftsführungsbefugnis im Rahmen der Geschäftsverteilung abweichen. Zusätzlich kann eine Verteilung der Aufgaben auf die einzelnen Vorstandsmitglieder erfolgen oder es können Ausschüsse gebildet werden.<sup>96</sup> Werden diese Fragen durch eine durch den Aufsichtsrat erlassene Geschäftsordnung entschieden, hat dieser großen Einfluss auf die Rahmenbedingungen der Geschäftsverteilung im Vorstand.<sup>97</sup>

Durch Zuweisung der Erlasskompetenz durch die Satzung oder eigene Initiative, hat der Aufsichtsrat das Recht, dem Vorstand eine Geschäftsordnung<sup>98</sup> zu geben, § 77 Abs. 2 AktG. Die Befugnis des Vorstands, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben, tritt hinter der Befugnis des Aufsichtsrats subsidiär zurück.<sup>99</sup> Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, die sachgerechte

---

<sup>94</sup> Vgl. *Heidel/Breuer/Fraune*, § 105 Rn. 16; *Großkomm. AktR/Hopt/Roth*, § 105 Rn. 65, 67 m.w.N.

<sup>95</sup> Vgl. *Lentfer*, S. 145; *Lutter/Krieger*, Rn. 424 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Hüffer*, § 77 Rn. 10.

<sup>97</sup> Vgl. *Lentfer*, S. 145.

<sup>98</sup> Vgl. als Muster Anwaltkommentar *Aktienrecht/Lohr/Terbrack*, Muster Rn. 10.

<sup>99</sup> Vgl. *Hüffer*, § 77 Rn. 19, *Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb* § 7 Rn. 77:

Organisation der Vorstandsarbeit zu gewährleisten. Hierfür kann er diese Frage auch dem Vorstand selbst überlassen, solange er die Ausführung überwacht.<sup>100</sup> Sind Regelungen zu Einzelfragen der Geschäftsordnung in der Satzung getroffen worden, sind diese für Aufsichtsrat und Vorstand bindend, § 77 Abs. 2 S. 2 AktG. Die Möglichkeit der Regelung der Geschäftsordnung in der Satzung der AG soll nicht weiter vertieft werden, § 77 Abs. 2 S. 2 AktG. Hingewiesen werden soll nur darauf, dass eine umfassende Regelung der Geschäftsordnung des Vorstands in der Satzung zu Inflexibilität führen kann<sup>101</sup>, da eine Änderung der Satzung stets eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf, die ordentlich nur einmal im Jahr tagt, § 175 Abs. 1 AktG, und somit extra einberufen werden müsste.

Fraglich ist, welche Probleme sich aus Zuweisung der Geschäftsordnungsbefugnis an den Aufsichtsrat bzgl. der Kompetenzverteilung ergeben können. Zunächst kann es von Vorteil sein, wenn Fragen der Geschäftsverteilung und Geschäftsordnung nicht von dem Organ selber, sondern durch einen Dritten entschieden werden. Ein Dritter kann sowohl Geschäftsverteilung als auch Geschäftsordnung ohne Verfolgung eigener Interessen gestalten. Auch ist es von Vorteil, dass der Aufsichtsrat im Zweifelsfall eingreifen kann. Gefahren bestehen jedoch, wenn der Aufsichtsrat die Vorgaben gegenüber dem Vorstand so eng fasst, dass diesem kein eigener Spielraum für die Ausfüllung seiner Leitungsaufgabe verbleibt.<sup>102</sup> In einem solchen Falle würde der Aufsichtsrat unzulässiger Weise in die Befugnisse des Vorstands eingreifen und faktisch die Leitung der AG übernehmen. Auch ist zu berücksichtigen, dass ehemalige Vorstandsmitglieder befangen sein könnten. Problematisch an der Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat ist, dass ihm die notwendige Sachkenntnis fehlen könnte, welche Art der Geschäftsordnung der Vorstand benötigt, um gut arbeiten zu können. Allerdings kann hierfür auf Mustergeschäftsordnungen, den Vorstand oder zumindest dessen Vorsitzenden als Informationsquelle zurückgegriffen werden. Auch kann der Aufsichtsrat, wenn er feststellt, dass der Vorstand weiteres Handwerkszeug benötigt, eine neue oder ergänzte Geschäftsordnung verabschieden. Die Möglichkeit einer Beeinflussung der Arbeit des Vorstands durch den

---

<sup>100</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 428.

<sup>101</sup> Vgl. *Peltzer*, NZG 2002, 10, 15.

<sup>102</sup> Vgl. *Jäger*, DStR 1996, 671, 673 m.w.N.

Aufsichtsrat mittels der Organisation der Vorstandsarbeit ist somit zu bejahen.<sup>103</sup>

### **3. Zustimmungsvorbehalte, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG**

Der Aufsichtsrat hat die Pflicht, Zustimmungsvorbehalte festzulegen. Auf die Darstellung des Zustimmungsvorbehalts nach § 33 WpÜG wird verzichtet.

#### **a. Vorstellung des Instruments**

Durch das TransPuG haben Satzung oder Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Vor 2002 bestand diese Verpflichtung nur in Form der Möglichkeit, solche Zustimmungsvorbehalte festzulegen. Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Verpflichtung zur Festlegung von Zustimmungsvorbehalten, die Rolle des Aufsichtsrats in der AG aktiver zu gestalten. Es sei nicht nur notwendig, den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe rechtzeitig über vom Vorstand geplante oder durchgeführte Maßnahmen zu informieren, sondern ihn auch in grundlegende Entscheidungen einzubinden.<sup>104</sup> Der Aufsichtsrat wird hierdurch auch gezwungen, sich seiner Verantwortung gegenüber der Gesellschaft durch die Überwachung der Geschäftsführung, bewusst zu werden und diese Rolle aktiv auszufüllen.<sup>105</sup> Dieses Instrument des Zustimmungsvorbehalts ist für den Aufsichtsrat ein wichtiges Mittel, um die Arbeit des Vorstands zu überwachen. Es birgt jedoch sicherlich auch die Gefahr der Beeinflussung.

#### **b. Zuständigkeit**

Nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG können die Geschäfte, die nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen, entweder in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Vorstands festgelegt werden. Folglich sind für die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten entweder die Hauptversammlung oder der Aufsichtsrat zuständig. Neben der Möglichkeit, Zustimmungsvorbehalte in der Geschäftsordnung festzulegen, kann der Aufsichtsrat auch *ad hoc* Zustimmungsvorbehalte festlegen.<sup>106</sup>

Im Rahmen seiner Pflicht die Arbeit des Vorstands zu überwachen, hat der Aufsichtsrat den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte regelmäßig auf

---

<sup>103</sup> Vgl. Meyer-Lohmann, S. 89, Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb, § 7 Rn. 79:

<sup>104</sup> Vgl. Begr. RegE, zu § 111 Abs. 4 S. 2 AktG n.F., BT-Drucksache 14/8769, S. 17.

<sup>105</sup> Vgl. Hirte, TransPuG, Rn. 49.

<sup>106</sup> Vgl. h.M. BGHZ 111, 124; 127; Großkomm. AktG/Hopt/Roth, § 111 Rn. 594 m.w.N.

seine Gültigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen.<sup>107</sup> Hierbei ist jedoch fraglich, in welchem Verhältnis die in der Satzung und die durch den Aufsichtsrat festgelegten Zustimmungsvorbehalte stehen. Soweit die Satzung keine Zustimmungsvorbehalte nennt, muss der Aufsichtsrat tätig werden, um die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen.<sup>108</sup> Die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten in der Geschäftsordnung führt zu einem höheren Maß an Flexibilität, die für eine moderne Unternehmensführung notwendig ist. Bei Festlegung von Zustimmungsvorbehalten in der Satzung ist der Aufsichtsrat daran gebunden<sup>109</sup>, kann diesen Katalog jedoch ergänzen.<sup>110</sup> Die Satzung kann die Kompetenz des Aufsichtsrats weder beschränken noch ausschließen.<sup>111</sup> Folglich konkurrieren die in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat festgelegten zustimmungsbedürftigen Geschäfte miteinander<sup>112</sup> und eine gleichzeitige Festlegung in Satzung und Geschäftsordnung ist möglich.

### **c. Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte**

Eine wichtige Frage für die Praxis ist, welche Geschäfte zu den zustimmungspflichtigen Geschäften zählen sollten. Einen beispielhaften oder abschließenden Katalog nennt das Gesetz in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG nicht, um den bzgl. Aktionärsstruktur, Unternehmensgegenstand und Größe sehr unterschiedlich ausgeprägten AGen den notwendigen Gestaltungsspielraum zu geben.<sup>113</sup> Beispielsweise können Zustimmungsvorbehalte bzgl. grundlegender Entscheidungen zur Unternehmensstrategie und bedeutsamer Investitionsentscheidungen, nicht jedoch für Einzelmaßnahmen, wie die Erteilung von Prokura oder einzelne Grundstücksgeschäfte, festgelegt werden.<sup>114</sup> Nach 3.3 DCGK gehören zu den zustimmungspflichtigen Geschäften alle Geschäfte von grundlegender Bedeutung. Exemplarisch werden Entscheidungen oder Maßnahmen genannt, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Im Einzelnen können z.B. folgende Geschäfte mit einem Zustimmungsvorbehalt versehen werden: Grundstücksgeschäfte, der Abschluss von Unternehmensverträgen oder der

---

<sup>107</sup> Vgl. *Hirte*, TransPuG, Rn. 50 m.w.N.

<sup>108</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 17a.

<sup>109</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 17a; MüKo AktG/*Semler*, § 111 Rn. 403.

<sup>110</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 17a.

<sup>111</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 17a.

<sup>112</sup> Vgl. *Hüffer*, § 111 Rn. 17a m.w.N.

<sup>113</sup> Vgl. *Säcker/Boesche*, BB 2006, 897, 897.

<sup>114</sup> Vgl. Begr. RegE, zu § 111 Abs. 4 S. 2 AktG n.F., BT-Drucksache 14/8769, S. 17.

Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen.<sup>115</sup> Eine Grenze zur Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte stellt § 76 Abs. 1 AktG dar: Die weisungsfreie Leitung der AG durch den Vorstand muss gewahrt bleiben. Deswegen dürfen Zustimmungsvorbehalte im Gegensatz zu Einzelmaßnahmen nur für bedeutsame Angelegenheiten und in bestimmten, begrenzten Umfang festgelegt werden.<sup>116</sup>

#### **d. Probleme**

Fraglich ist, ob es durch § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu Kompetenzproblemen zwischen Aufsichtsrat und Vorstand kommt.

Vor Abschluss eines zustimmungspflichtigen Geschäftes, hat der Vorstand den Aufsichtsrat um Zustimmung zu ersuchen. Bekommt er diese, kann er das Geschäft tätigen. Interessant wird es, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert. Ohne Zustimmung darf der Vorstand das Geschäft nicht tätigen. Diese Beschränkung wirkt jedoch nur im Innenverhältnis, das rechtliche Können ist hiervon nicht betroffen.<sup>117</sup> Somit hat der Aufsichtsrat insoweit ein Vetorecht gegenüber den eigentlich weisungsfreien Leitungsmaßnahmen des Vorstands und kann direkt in diese eingreifen, indem er deren Durchführung verhindert. In einem solchen Fall steht dem Vorstand jedoch das Recht zu, die Hauptversammlung anzurufen und die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats durch einen positiven Beschluss von zwingend mindestens dreiviertel der abgegebenen Stimmen der Hauptversammlung zu ersetzen, § 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG. In der Praxis kommt dies nicht vor.<sup>118</sup> Allerdings ist auch hier der Einfluss des Aufsichtsrats nicht zu vernachlässigen, da der Aufsichtsrat gemäß § 118 Abs. 2 S. 1 AktG neben dem Vorstand an der Hauptversammlung teilzunehmen und gemäß § 124 Abs. 3 S. 1 AktG Beschlussvorschläge zu machen hat.

Eine Ausweitung des Katalogs der zustimmungspflichtigen Geschäfte birgt somit die Gefahr, dass die Grenze zwischen Überwachung durch und Beteiligung des Aufsichtsrats an der Geschäftsführung überschritten wird.<sup>119</sup> Insbesondere das Wort *jedoch* in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG macht deutlich, dass der Aufsichtsrat hierbei materiell an der Geschäftsführung mitwirkt, wobei er dem Vorstand nicht gleichgestellt wird. Weder darf der Aufsichtsrat

---

<sup>115</sup> Vgl. Anwaltkommentar Aktienrecht/Lohr/Terbrack, Muster Rn. 10, § 6.

<sup>116</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 112 m.w.N.

<sup>117</sup> Vgl. Schönberger, S. 218 m.w.N.; MüKo AktG/Semler, § 111 Rn. 430.

<sup>118</sup> Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 114.

<sup>119</sup> Vgl. Fey, DStR 1995, 1320, 1323 m.w.N.

eigene Vorschläge einbringen, noch dem Vorstand Weisungen erteilen.<sup>120</sup> Dadurch, dass Vorstand und Aufsichtsrat zustimmungsbedürftige Geschäfte in der Praxis abstimmen, ist ein Einfluss des Aufsichtsrats auf die Tätigkeit des Vorstands zu bejahen.<sup>121</sup>

#### **4. Informationsrecht und Berichtspflichten, § 90 AktG**

§ 90 AktG schreibt dem Vorstand eine umfangreiche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat und dessen Vorsitzenden vor, die mit dem Anspruch des Aufsichtsrats auf Information korrespondiert.<sup>122</sup> Die Berichterstattung erstreckt sich auf abgeschlossene, künftige und laufende Geschäfte.<sup>123</sup> Der Vorstand hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen und seine Berichte möglichst rechtzeitig und in Textform zu erstatten, § 90 Abs. 4 AktG. Hierdurch ist er ständig zur Reflektion über seine eigene Geschäftsführungstätigkeit verpflichtet, die zu einer Steigerung der Qualität führt.<sup>124</sup> Zu den Berichtspflichten des Vorstands zählen sowohl die Regelberichterstattung § 90 Abs. 1 AktG als auch Anforderungsberichte nach § 90 Abs. 3 S. 1 AktG.<sup>125</sup> Zu den Regelberichten gehören z.B. Berichte über die beabsichtigte Geschäftspolitik, über Finanzdaten sowie über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-4 AktG. Sie sind in gesetzlich festgelegten, unterschiedlich bemessenen Abständen zu erbringen, § 90 Abs. 2 Nr. 1-4 AktG. Auch hat der Vorstand dem Aufsichtsratsvorsitzenden bei sonstigen wichtigen Anlässen, die keine Geschäfte sind, also z.B. in Rechtsstreitigkeiten oder bei Betriebsstörungen<sup>126</sup>, zu berichten, § 90 Abs. 1 S. 3 AktG. Hinzu kommen sonstige gesetzliche Berichtspflichten. Die Regelberichterstattung dient dem Aufsichtsrat als wichtige Basis seiner Überwachungstätigkeit.<sup>127</sup> Sie ist eine Bringschuld und vom Vorstand unaufgefordert zu erbringen.<sup>128</sup> Weitere Berichtspflichten des Vorstands können in der Satzung oder in der Geschäftsordnung definiert sein.<sup>129</sup> Ergänzt wird dieser Katalog durch die Befugnis jedes

---

<sup>120</sup> Vgl. Münch. HdB GesR IV/Hoffmann-Becking, § 29 Rn.37.

<sup>121</sup> Vgl. Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb, § 7 Rn. 80.

<sup>122</sup> Vgl. Leuering/Simon, NJW-Special, 2007, S. 123 f.; v. Schenck, NZG 2002, 64, 66.

<sup>123</sup> Vgl. Hoffmann/Preu, Rn. 247.1; Beck AG-HB/Schiedermair/Kolb, § 7 Rn. 74.

<sup>124</sup> Vgl. Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn.5.

<sup>125</sup> Vgl. Henn, Rn. 579.

<sup>126</sup> Vgl. Heidel/Oltmanns, § 90 Rn. 11.

<sup>127</sup> Vgl. Hoffmann/Preu, Rn. 247.1; Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn. 4.

<sup>128</sup> Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 670.

<sup>129</sup> Vgl. Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn. 29.

Aufsichtsratsmitglieds, jederzeit Anforderungsberichte<sup>130</sup> über Angelegenheiten der Gesellschaft und in beschränktem Umfang auch über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen und deren auch für die Muttergesellschaft relevanten Belange an das Organ zu verlangen, § 90 Abs. 3 AktG. Das Recht zur Kenntnisnahme steht jedem Mitglied zu, § 90 Abs. 5 S. 1 AktG. Dieses Informationsrecht ist eine Holschuld.<sup>131</sup>

Zu beachten ist die Grenze der Pflicht zur bzw. des Rechts auf Berichterstattung, da sicherzustellen ist, dass der Vorstand das leitende Organ der AG bleibt, § 76 Abs. 1 AktG. Zunächst darf der Aufsichtsrat die Tätigkeit des Vorstands nicht durch die Anforderung unnötiger Berichte in seiner Tätigkeit stören. Zu begründen ist dies mit dem hohen Zeitaufwand für die Erstellung solcher Berichte.<sup>132</sup> Auch kann häufiges oder sehr detailliertes Anfordern von Berichten zu Unsicherheit und Misstrauen bei Organen und Mitarbeitern der AG führen.<sup>133</sup> Folglich darf der Aufsichtsrat nur solche Berichte anfordern, die für eine sachgerechte Ausübung seines Mandats notwendig sind.<sup>134</sup> Liegt dieses Kriterium nicht vor, darf der Vorstand den Bericht ausnahmsweise verweigern.<sup>135</sup> Ferner besteht die Gefahr, dass der Aufsichtsrat die Berichtspflicht des Vorstands ausnutzt, um sich unzulässigerweise in die laufende Geschäftsführungstätigkeit einzumischen, oder dass er sogar die Rolle eines Führungsgremiums gegenüber dem Vorstand einnimmt, indem er zu detaillierte oder nicht relevante, zu häufige oder durch eigene Interessen gesteuerte Berichte anfordert.<sup>136</sup>

Ein weiteres Problem stellt sich durch die drohende Gefahr des Missbrauchs der sensiblen Daten, die der Aufsichtsrat durch die Berichte des Vorstands erhält. Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied seine Verschwiegenheitspflichten gemäß § 116 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, indem es z.B. wichtige Informationen an Dritte weitergibt, wird dem Vorstand die Durchführung geplanter Maßnahmen eventuell erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Eine Ablehnung von Berichten ist dem Vorstand allerdings nur gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern und nur bzgl. der

---

<sup>130</sup> Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 736.

<sup>131</sup> Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 777.

<sup>132</sup> Vgl. Herrmann/Preu, Rn. 258; Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn. 7; v. Schenk, NZG 2002, 64, 66.

<sup>133</sup> Vgl. Herrmann/Preu, Rn. 258.

<sup>134</sup> Vgl. Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn. 7 m.w.N.; Sina, NJW 1990, 1016, 1018; Steinbeck, S. 115 m.w.N.

<sup>135</sup> Vgl. Henn, § 18 Rn. 581.

<sup>136</sup> Vgl. Kölner Kommentar/Mertens, § 90 Rn. 6; Sina, NJW 1990, 1016, 1018 m.w.N.

Anforderungsberichte gestattet. Hierbei liegt es im Ermessen des Vorstands, wann Missbrauch oder die Gefahr eines Geheimnisverrats vorliegt und er den Bericht verweigert. Fordert das Gesamtorgan den Bericht an, muss sich der Vorstand dem Verlangen in jedem Fall beugen, um eine Kontrolle des Überwachungsorgans durch das zu überwachende Organ zu verhindern.<sup>137</sup>

## **5. Einsichts- und Prüfungsrecht, § 111 Abs. 2 AktG**

Neben den umfassenden Informationsrechten durch die Berichtspflichten des Vorstands steht dem Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Überwachungspflicht nach § 111 Abs. 1 S. 1 AktG ein Einsichts- und Prüfungsrecht zu, § 111 Abs. 2 AktG. Hiernach hat er die Möglichkeit, Einsicht in die Bücher und Schriften der AG sowie deren Vermögensgegenstände zu nehmen. Dieses Recht steht dem Gesamtorgan sowohl bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten als auch in regelmäßigen oder unregelmäßigen Zeiträumen zu.<sup>138</sup> Es kann mit der Prüfung einzelne Mitglieder oder Sachverständige beauftragen, § 111 Abs. 2 S. 2. AktG. Für die Einflussnahmemöglichkeit des Aufsichtsrats auf den Vorstand im Rahmen dieser Sonderüberprüfung<sup>139</sup>, kann auf die Gefahren im Rahmen der Berichtspflicht verwiesen werden, vgl. Kapitel C II 4.

## **6. Stellungnahmen**

Ein weiteres Mittel im Rahmen der Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats, ist seine Möglichkeit der Stellungnahme.<sup>140</sup> Unter Stellungnahme werden hierbei sowohl die Beanstandung fehlerhaften Verhaltens des Vorstands als auch beratende Ratschläge verstanden.<sup>141</sup> Der Aufsichtsrat hat eine Stellungnahme verpflichtend abzugeben, wenn er der Meinung ist, dass der Vorstand fehlerhaft gehandelt hat. Stimmen Vorstand und Aufsichtsrat in der Beurteilung einer Maßnahme des Vorstands überein, ist er hierzu nicht verpflichtet. In seiner Stellungnahme hat der Aufsichtsrat den Vorstand auf den Fehler hinzuweisen und deren Beseitigung zu verlangen.<sup>142</sup> Zur Verifizierung seines Verdachts hat der Aufsichtsrat von seinem jederzeitigen Recht, Berichte anzufordern, Gebrauch zu machen und auf

---

<sup>137</sup> Vgl. h.M. *Henn*, Rn. 581, zur näheren Ausgestaltung Rn. 682 ff.; auch *Sina*, NJW 1990, 1016, 1019 m.w.N.

<sup>138</sup> Vgl. Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 87.

<sup>139</sup> Vgl. Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 87.

<sup>140</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 101; Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 74.

<sup>141</sup> Vgl. *Steinbeck*, S. 159.

<sup>142</sup> Vgl. *Semler/v. Schenck/v. Schenck*, § 7 Rn. 173 f. m.w.N.

dieser Grundlage zu entscheiden, ob die abgegebene Stellungnahme ausreichend oder ob eine weitere Maßnahme, wie z.B. der Beschluss eines nicht in Satzung oder Geschäftsordnung statuierten, sondern *ad hoc* zu beschließenden Zustimmungsvorbehalts, notwendig ist. Für die Stellungnahme bzgl. Berichten gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 4 AktG ist das Recht zur Stellungnahme ausdrücklich normiert, vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG.

Auch durch Stellungnahmen kann der Aufsichtsrat in die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands eingreifen. Er hat das Recht, zu den Berichten des Vorstands Stellung zu nehmen, vgl. dazu z.B. § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Diese hat der Vorstand eingehend zu diskutieren, ist jedoch nicht verpflichtet, ihnen zu folgen, da ihnen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Hierdurch wird die eigenverantwortliche Leitung der AG durch den Vorstand sichergestellt.<sup>143</sup> Allerdings kann auch dies zu Problemen führen. Je mehr Stellungnahmen der Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand abgibt, die dieser bearbeiten muss, desto eher wird der Vorstand seine Vorhaben schon im Vorwege mit dem Aufsichtsrat abstimmen und dessen Vorgaben folgen, um dieser zusätzlichen Belastung aus dem Weg zu gehen. Außerdem führt auch eine hohe Zahl an Rückäußerungen zu Misstrauen und Unsicherheit innerhalb der AG, bzgl. der Frage, ob der Unternehmensleitung vertraut werden kann.<sup>144</sup>

## **7. Feststellung des Jahresabschlusses, § 172 S. 1 AktG**

Gemäß § 91 Abs. 1 AktG gehört es zu den Pflichten des Vorstands, für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen. Hierzu zählt insbesondere die Verpflichtung zur Aufstellung des um einen Anhang erweiterten Jahresabschlusses und Lageberichts, § 264 Abs. 1 HGB, sowie die Vorlage an die Hauptversammlung, § 176 Abs. 1 i.V.m. § 175 Abs. 1 AktG. Gemäß §§ 172, 173 AktG ist der Jahresabschluss festzustellen. Gemäß § 172 S. 1 AktG erfolgt die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Billigung des Aufsichtsrats. Vorstand und Aufsichtsrat können jedoch auch beschließen, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung nach § 173 Abs. 1 AktG zu überlassen, § 172 S. 1 AktG. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn der Aufsichtsrat die Billigung versagt. Hat die Hauptversammlung über den Jahresabschluss zu beschließen, haben

---

<sup>143</sup> Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn.101; *Schönberger*, S. 47 m.w.N.

<sup>144</sup> Vgl. *Herrmann/Preu*, Rn. 258.

Vorstand und Aufsichtsrat entsprechende Beschlussvorschläge gemäß § 124 Abs. 1 AktG zu unterbreiten. Indem der Aufsichtsrat die Abschlüsse nach eingehender Prüfung gemäß § 171 Abs. 1 AktG billigt, übernimmt er gemeinsam mit dem Vorstand die Verantwortung für die Richtigkeit der Abschlüsse. Bei dieser Prüfung unterstützt der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat, der ihn seit dem TransPuG der Hauptversammlung vorschlägt, § 124 Abs. 3 S. 1 AktG, und ihm den Prüfungsauftrag erteilt, § 111 Abs. 2 S. 3 AktG, um die Unabhängigkeit des Prüfers vom Vorstand und seine den Aufsichtsrat unterstützende Funktion zu unterstreichen.<sup>145</sup> Der Aufsichtsrat hat gegenüber der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über seine Prüfung abzugeben und dabei auch auf den Bericht des Abschlussprüfers einzugehen.

Nach § 58 Abs. 2 AktG können Aufsichtsrat und Vorstand gemeinsam im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses auch die Verwendung des Jahresüberschusses oder eines Teils, also die Einstellung in andere Gewinnrücklagen, beschließen. Auch bedarf die Zahlung von Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn an die Aktionäre der Zustimmung des Aufsichtsrats, § 59 Abs. 3 AktG. Bei der Aktienaussgabe ist der Vorstand ebenfalls an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden, § 204 Abs. 1 AktG.

Zum einen übernimmt der Aufsichtsrat mittels dieser gesetzlichen Vorgaben Verantwortung für den unternehmerischen Erfolg der AG. Zum anderen geben ihm diese Befugnisse die Möglichkeit, an wichtigen Geschäftsführungsaufgaben nicht nur teilzuhaben sondern auch mit zu entscheiden. Für ein Unternehmen kann es z.B. von entscheidender Bedeutung sein, wie viel Geld im nächsten Geschäftsjahr für bestimmte Projekte aus Rücklagen zur Verfügung steht oder wie hoch der Anteil am Bilanzgewinn ist, der an die Aktionäre ausgezahlt worden ist. Steht nicht mehr genug Geld zur Verfügung, können bestimmte Projekte nicht weiter verfolgt oder umgesetzt werden. Auch können durch Bewilligung von Rücklagen Projekte, die auch der Aufsichtsrat gutheißt, gefördert werden. Andere Maßnahmen können mangels Konsenses über diese Finanzierungsfragen durch den Aufsichtsrat verhindert werden. Folglich kann der Aufsichtsrat auch hier seine Vorstellungen durchsetzen.

---

<sup>145</sup> Vgl. Beck AG-HB/*Schiedermair/Kolb*, § 7 Rn. 90.

Die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Entscheidungen über die Gewinnverwendung sind für den Aufsichtsrat somit sowohl eine Überwachungsaufgabe, als auch eine Teilhabe an zukunftsweisenden Entscheidungen hinsichtlich der Geschäftspolitik.<sup>146</sup>

### **8. Einberufung der Hauptversammlung, § 111 Abs. 3 AktG**

Wie bereits dargestellt, hat der Aufsichtsrat ausnahmsweise das Recht, die Hauptversammlung einzuberufen, nämlich wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert, § 111 Abs. 3 AktG. Im Regelfall obliegt diese Aufgabe dem Vorstand, § 121 Abs. 2 S. 1 AktG. Im Verhältnis zu diesem Organ ist die Einberufungskompetenz des Aufsichtsrats insbesondere vor dem Hintergrund relevant, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung des Vorstands der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung sein kann, vgl. § 84 Abs. 3 S. 2 AktG. Liegen dem Aufsichtsrat begründete Anhaltspunkte für einen Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung vor, ist das Wohl des Unternehmens in Gefahr – einem Vorstand, dem nicht vertraut werden kann, kann die Unternehmensleitung nicht übertragen sein. Der Aufsichtsrat wird als Organ die Hauptversammlung einberufen. Problematisch ist diese Kompetenz, wenn sie dazu führt, dass der Vorstand sämtliche Maßnahmen mit dem Aufsichtsrat abstimmt, um eine drohende Abberufung zu verhindern. In einem solchen Fall übernimmt der Aufsichtsrat mittelbar die Leitung der AG.

Gemäß § 119 Abs. 2 AktG darf die Hauptversammlung nur dann über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt. Fraglich ist, ob dem Aufsichtsrat ein Recht zusteht, die Hauptversammlung zur Erörterung von Geschäftsführungsfragen einzuberufen. Die Befürworter dieses Rechts, begründen dies mit der Tatsache, dass ihr das Recht zusteht, wegen einer Maßnahme des Vorstands diesem das Vertrauen abzuspochen. Als Organ der Aktionäre, muss sie befugt sein, Fragen von besonders hohem Stellenwert zu erörtern und ein unverbindliches Votum abzugeben.<sup>147</sup> Nach anderer Meinung wäre der Aufsichtsrat nicht berechtigt, die Hauptversammlung zur Erörterung von Geschäftsführungsfragen gegen den Willen des Vorstands einzuberufen. Das Interesse der AG daran, dass sich die Hauptversammlung ein Bild über die Geschäftspolitik des Vorstands macht,

<sup>146</sup> Vgl. *Hoffmann/Preu*, Rn. 306; *Schönberger*, S. 53 f.

<sup>147</sup> Vgl. *Anwaltkommentar Aktienrecht/Breuer/Fraune*, § 111 Rn. 22; *Lutter/Krieger*, Rn. 123 m.w.N.; *MüKo AktG/Semler*, § 111 Rn. 356.

reicht hierfür nicht aus, soweit nicht eine Verpflichtung des Vorstands besteht, seine Maßnahme durch einen Beschluss der Hauptversammlung genehmigen zu lassen, um ein rechtswidriges Handeln des Vorstand zu verhindern.<sup>148</sup> Als oberstem Organ der AG muss es der Hauptversammlung gestattet sein, die Geschäftspolitik des Vorstands unverbindlich zu erörtern und hierfür einberufen zu werden. Schließlich ist bei Grundlagengeschäften sogar ihre Zustimmung einzuholen.<sup>149</sup>

Auch wenn das Recht des Aufsichtsrats, die Hauptversammlung in begründeten einzuberufen und die Erörterung von Geschäftsführungsfragen sinnvoll und notwendig ist, kann dies zu Problemen führen. Nutzt der Aufsichtsrat die hier dargestellten Rechte häufig oder extensiv aus, wird dies zu Misstrauen seitens der Hauptversammlung, der Mitarbeiter und eventuell auch der Öffentlichkeit führen. Will der Aufsichtsrat eine solche schlechte Reputation vermeiden, kann dies dazu führen, dass sich der Vorstand verstärkt mit dem Aufsichtsrat abspricht und es somit erneut zu einer starken Rolle des Aufsichtsrats kommt.

## **9. Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat, § 112 AktG**

Gemäß § 78 Abs. 1 AktG vertritt der Vorstand die AG gerichtlich und außergerichtlich. Von diesem Grundsatz wird jedoch dann abgewichen, wenn die AG gegenüber dem Vorstand zu vertreten ist. In diesem Fall obliegt die Vertretung dem Aufsichtsrat, § 112 AktG. Dies gilt auch bei Vertretung der AG gegenüber noch nicht bestellten oder bereits ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern.<sup>150</sup> Sinn und Zweck von § 112 AktG ist, eine unbefangene Vertretung der AG zu gewährleisten und eine abstrakte Gefährdung von Gesellschaftsinteressen zu vermeiden.<sup>151</sup> Würde der Vorstand die AG selber vertreten, kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass durch eine intensive und lange Zusammenarbeit im Vorstand ein Vertrauensverhältnis entstanden ist, das die Gefahr der Befangenheit von Vorstandsmitgliedern begründet. Diese kann auch durch den Willen zur Solidarität oder drohender

---

<sup>148</sup> Vgl. Hüffer, § 111 Rn. 14.

<sup>149</sup> Vgl. BGHZ 82, 122.

<sup>150</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 2324, 2324; BGH NJW-RR 1991, 926, 926; FS-Quack/Brandner, 201, 203; Großkomm. AktG/Hopt/Roth, § 112 Rn. 18, 25.

<sup>151</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 2324, 2324; BGH NJW-RR 1991, 926, 926.

Kritik an der eigenen Arbeit geschehen.<sup>152</sup> Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats umfasst hierbei alle Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten zwischen AG und Vorstand.<sup>153</sup> Besonders gesetzlich geregelt ist hierbei die Kreditgewährung durch die AG an Vorstandsmitglieder, die eines Beschlusses des Aufsichtsrats bedarf, § 89 Abs. 1 AktG.

Folglich übernimmt der Aufsichtsrat im Bereich der Vertretung Geschäftsführungsaufgaben, die grundsätzlich alleiniger Aufgabenbereich des Vorstands ist. Auch obliegt dem Aufsichtsrat die Vertretung der AG bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern in Haftungsfällen, §§ 112, 93 Abs. 2 AktG.

Gemeinsam vertreten Vorstand und Aufsichtsrat die AG bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse, §§ 246 Abs. 2, 249 Abs. 1 AktG.

### **10. Schlussfolgerung**

Somit kann der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungs- und Beratungstätigkeit gegenüber dem Vorstand durch den Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden Instrumentarien in unterschiedlichem Umfang auf das zu überwachende Organ einwirken. Wie dargestellt, ist hierbei zwischen der Mitwirkung und der leitenden Einflussnahme zu unterscheiden. Während die Mitwirkung oder Unterstützung der Geschäftsführung des Vorstands positive Effekte haben kann, stellt die Begrenzung oder Übernahme der Geschäftsführungsbefugnis einen – soweit nicht gesetzlich ausdrücklich vorgesehen – unzulässigen Eingriff in die Rechte des Vorstands dar.

### ***III. Sonderproblem: Wechsel der Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat***

Ein weiteres Problem stellt sich in jüngerer Zeit durch die gängige Praxis, dass ehemalige Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat wechseln oder sogar dessen Vorsitz übernehmen. Diese Praxis stellt zwar keinen Verstoß gegen das Verbot des Doppelmandats dar<sup>154</sup>, vgl. § 105 Abs. 1 AktG, führt aber dennoch zu Interessenskonflikten, die im Folgenden kurz aufgezeigt werden sollen.

---

<sup>152</sup> Vgl. BGHZ 103, 213, 216 f.; FS-Quack/Brandner, 201, 205; Beck AG-HB/Schieder-mair/Kolb, § 7 n. 75; Schönberger, S. 52.

<sup>153</sup> Vgl. Hüffer, § 112, Rn. 2 f.; Großkomm. AktG/Hopt/Roth, § 112 Rn. 10 m.w.N.

<sup>154</sup> Vgl. Nagel, NZG 2007, 166, 168; Wirth, ZGR 2005, 327, 347; a.A. Lange, NZG 2004, 265, 269 f.

Ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied hat während seiner Amtszeit einen großen Einblick in die Geschäfte der AG erhalten und verfügt über wertvolles Spezialwissen und Kontakte, die sowohl die Arbeit des Aufsichtsrats als auch die Zusammenarbeit mit dem Vorstand bereichern können.<sup>155</sup> Allerdings entscheidet der Aufsichtsrat gemäß § 87 Abs. 1 S. 2 AktG über Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art für den Vorstand. Somit ist ein Aufsichtsratsmitglied, das nach Ende seiner Amtszeit als Vorstandsmitglied in das Überwachungsorgan gewechselt ist, an der Entscheidung über seine eigenen Bezüge bzw. eventuelle Zahlungen an Hinterbliebene beteiligt. Es ist davon auszugehen, dass selbst ein Aufsichtsratsmitglied, das sich nicht bereichern will und versucht, möglichst objektiv zu entscheiden, bei Zahlungen, die ihm selbst zugute kommen, sich nicht vollständig von eigenen Belangen frei machen kann. Zumindest eine unterschwellige Voreingenommenheit ist also zu bejahen.<sup>156</sup> Abhelfen ließe sich dieser Problematik, indem der Aufsichtsrat strikt darauf achtet, dass Aufsichtsratsmitglieder, die vorher im Vorstand waren, an Beschlüssen, die sie selbst betreffen – hierzu gehören z.B. auch Beschlüsse bzgl. Tätigkeiten, an denen solche Mitglieder noch zu ihren Vorstandszeiten beteiligt waren – nicht mitwirken. Hierzu gehört zumindest ein Stimmverbot, aber auch ein Beratungsverbot sollte überlegt werden.<sup>157</sup>

Allerdings stellt sich noch ein gravierendes und weiterreichendes Problem, bei dem die Kernaufgaben der Organe betroffen sind. Indem ein Vorstand in den Aufsichtsrat wechselt, wechselt es auch von der zu kontrollierenden auf die kontrollierende Seite. Folglich ist es Aufgabe des Aufsichtsrats seine in der Vergangenheit getätigten Aufgaben *ex post* selber zu überwachen. Auch hier ist von einer Befangenheit sowohl bzgl. sich selbst als auch gegenüber den ehemaligen Vorstandskollegen auszugehen. Statt eigene Fehler einzugestehen und zu korrigieren, kann es hier leicht zu einer Kaschierung oder gar Blockierung neuer Strategien kommen, um eigene Fehler zu verschleiern.<sup>158</sup> Diese Gefahr kann abgemildert werden, wenn eine Karenzzeit

---

<sup>155</sup> Vgl. *Hopt/Leyens*, ECFR 2004, 135, 143; *Lange*, NZG 2004, 265, 266; *Rode*, BB 2006, 341, 341 m.w.N.

<sup>156</sup> Vgl. *Lange*, NZG 2004, 265, 268.

<sup>157</sup> Vgl. *Lange*, NZG 2004, 265, 270.

<sup>158</sup> Vgl. *Lange*, NZG 2004, 265, 267; *Rode*, BB 2006, 341, 342 m.w.N.

(*cooling-off Periode*<sup>159</sup>) von z.B. zwei Jahren festgelegt wird, bevor ein Wechsel in den Aufsichtsrat möglich ist.<sup>160</sup>

Zur Wahrung einer guten *Corporate Governance* empfehlen 5.4.2, 5.4.4 DCGK, nicht mehr als zwei frühere Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat zu berufen und eine Begründung gegenüber der Hauptversammlung zu verlangen. Soweit der Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat nicht die Regel ist und eine Karenzzeit eingehalten wird, sollte die Zulässigkeit des Wechsels im Rahmen einer guten *Corporate Governance* befürwortet werden, um der AG wertvolles *Know-how* zu sichern.<sup>161</sup>

#### ***IV. Schlussfolgerung***

Die vorangegangenen Ausführungen haben die umfassenden Verflechtungen zwischen Vorstands- und Aufsichtsratsmandat gezeigt. Diese zeigen sich schon an der gesetzlichen Ausgestaltung der Kernaufgaben, umso mehr jedoch an den verschiedenen Instrumentarien und dem möglichen Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat.

---

<sup>159</sup> Vgl. zum Diskussionsstand *Rode*, BB 2006, 341, 343.

<sup>160</sup> Vgl. *Wirth*, ZGR 2005, 327, 347.

<sup>161</sup> Vgl. *Rode*, BB 2006, 341, 343.

## D. Fazit

Die vorliegende Seminararbeit hat gezeigt, dass die im *two-tier* System vorgeschriebene Trennung von Geschäftsführungs- und Überwachungsaufgaben nicht so unproblematisch ist, wie es der Gesetzeswortlaut in § 111 Abs. 1 AktG vermuten lässt. Im Rahmen seiner Überwachungs- und Beratungstätigkeit stehen dem Aufsichtsrat verschiedene Instrumente zur Verfügung, die – insbesondere bei missbräuchlicher Anwendung – dazu führen können, dass dem Vorstand die Geschäftsführung indirekt entzogen oder dieser in seiner Geschäftsführungsbefugnis stark eingeschränkt wird.

Der Aufsichtsrat kann die Zusammensetzung des Vorstands und dessen Arbeitsweise durch seine Personal- und Organisationskompetenzen direkt beeinflussen und somit mittelbar Einfluss auf die Geschäftspolitik nehmen. Auch gehört es zu den Pflichten des Aufsichtsrats Zustimmungsvorbehalte gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG festzulegen. Werden diese zu eng oder für falsche Geschäfte bestimmt, kann der Vorstand Handlungen, die zum Wohl des Unternehmens notwendig sind, mangels Mitwirkung des Aufsichtsrats nicht durchführen. Ferner kann der Aufsichtsrat den Vorstand in seiner Arbeitsweise behindern. Dieses geschieht vorrangig, indem der Aufsichtsrat seine Rechten und Pflichten bzgl. Berichten, Einsichts- und Prüfungsrechten und Stellungnahmen extensiv nutzt. Andere Instrumente befähigen den Aufsichtsrat, sich an der Geschäftsführung zu beteiligen. Hierzu zählen die Fälle, in denen das Gesetz ausnahmsweise dem Aufsichtsrat das Recht einräumt, die Hauptversammlung einzuberufen oder die AG zu vertreten. Auch ist der Aufsichtsrat an der Rechnungslegung beteiligt.

All diese Beispiele zeigen, dass der Vorstand die Gesellschaft ohne den Aufsichtsrat nicht führen kann. Eine Beibehaltung der Trennung zwischen Geschäftsführung, Kontrolle und Beratung nach dem dualen System erscheint sinnvoll, da hierdurch eine unabhängige Überwachung und Beratung sichergestellt wird. Allerdings erfolgt auch im monistischen System durch die Bestellung von *executive* and *non-executive directors* eine Trennung dieser Aufgaben. Für das Wohl des Unternehmens sollten jedoch einige Punkte beachtet werden, um Nachteile und Gefahren des *two-tier* Systems auszugleichen. Zunächst sollte bei der Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder die notwendige Fachkompetenz und ausreichend Zeit für das Mandat sichergestellt werden. Auch sollte ihre Verflechtung mit anderen

Unternehmen vermieden werden, um Interessenskonflikte auszuschließen. Zusätzlich sollte die Zahl der ehemaligen Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat begrenzt, 5.4.2, 5.4.4 DCGK, und eine *cooling off-Periode* eingehalten werden. Auf diese Weise kann wertvolles Wissen nicht verloren gehen, eine sich negativ auswirkende Verflechtung jedoch vermieden werden. Im Zweifelsfall sollte ein Beratungsauftrag ohne Mandat vergeben werden. Weitere Voraussetzung ist ein funktionierendes Vorstandsorgan. Bereits bei der Auswahl der einzelnen Mitglieder ist darauf zu achten, dass diese für den Posten geeignet sind und gemeinsam alles notwendige Wissen vereinen. Hierzu gehört neben der grundsätzlichen Kompetenz der Unternehmensleitung insbesondere das für die AG erforderliche Spezialwissen. Neben der Zusammensetzung ist insbesondere eine funktionierende Organisation der Vorstandsarbeit, z.B. durch die stetige Anpassung der Geschäftsordnung an die aktuellen Erfordernisse, zu gewährleisten. Schließlich müssen sowohl die Unabhängigkeit des Vorstands, § 76 Abs. 1 AktG, als auch die Erfüllung des Überwachungsauftrags durch den Aufsichtsrat, § 111 Abs. 1 AktG, sichergestellt sein. Ohne dies ist eine leistungsstarke Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat zugunsten des Unternehmens nicht möglich, da nur eine geeignete Machtbalance sicherstellen kann, dass alle Organe ihre Aufgaben bestmöglich erfüllen können. Für die Zusammenarbeit beider Organe ist ein vertrauensvoller und verantwortungsvoller Umgang miteinander wichtig. Genauso wie sich der Aufsichtsrat z.B. auf die ihm durch den Vorstand zur Verfügung gestellten Unterlagen verlassen können muss, muss auch der Vorstand sichergehen können, dass der Aufsichtsrat keinen Missbrauch betreiben will, um ihn in seiner Macht einzuschränken. Wenn beide Seiten die gesetzlichen Vorschriften gewissenhaft an, um dem übergeordneten Unternehmensinteresse zu dienen, wird das Konfliktpotential niedrig sein. Hierbei sollten auch die Empfehlungen des DCGK beachtet werden, wodurch viele Gefahren vermieden werden können. Wünschenswert ist, dass sich hierdurch auch die Gefahr der Unternehmenskrisen verringert. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Trennung in Aufsichtsrat und Vorstand zu begrüßen ist, soweit der Aufsichtsrat in die unternehmerischen Beteiligungsprozesse nur soweit integriert ist, dass die Grenze zur Übernahme von Geschäftsführungsmaßnahmen nicht verbotenerweise überschritten wird. Wie sich die Problematik national und international entwickelt, bleibt abzuwarten.