

Kapitel 3: Einflussnahme durch den Aufsichtsrat

Fall 7: Funktion des Aufsichtsrats

Sachverhalt:

Der Vorstand der M-AG hat in der Vergangenheit größere Summen in den Aufbau eines zusätzlichen Produktionsstandorts investiert. Aufgrund einer geringeren Nachfrage als erwartet ist die neue Fabrik allerdings nicht ausgelastet, sodass auf absehbare Zeit Verluste anfallen. Die M-AG weist insgesamt eine schwarze Null als Ergebnis aus, wie sich aus dem vom Abschlussprüfer testierten Jahresabschluss und Lagebericht ergibt.

Der Vorstand der M-AG überlegt nun eine Expansion in neue Geschäftsfelder. So sind Investitionen in neue Antriebstechnologien geplant. Ergänzend hierzu soll auch ein in dem Bereich der erneuerbaren Energien tätiges Unternehmen übernommen werden.

Im nächsten Jahr steht die Entscheidung über die Wiederbestellung der Vorstandsmitglieder an. In diesem Zusammenhang ist auch die Vergütung des Vorstands zu überprüfen.

Die Satzung der M-AG enthält die folgenden Passagen:

§ 7 Der Vorstand bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats vor Vornahme folgender Geschäfte:

- Nr. 1 Erwerb von Unternehmen, wenn der Erwerbspreis mehr als 10 Mio. Euro beträgt;
- Nr. 2 Aufnahme neuer Geschäftsfelder, soweit diese für das Unternehmen wesentlich sind;
- Nr. 3 Aufnahme von Fremdkapital von mehr als 10 Mio. Euro.

Aufgabenstellung:

- Welche Rolle kommt dem Aufsichtsrat der M-AG im Rahmen seiner Überwachungsfunktion zu, und welche Aufgaben ergeben sich hieraus?
- Welche Rolle kommt dem Aufsichtsrat der M-AG im Rahmen seiner Beratungsfunktion zu, und wie ist das Verhältnis von Überwachungs- und Beratungsfunktion?
- Welche Rolle kommt dem Aufsichtsrat der M-AG im Rahmen seiner Kontaktfunktion zu?

I. Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats

1. Reichweite der Überwachungsfunktion

a) Konkretisierung der Reichweite der Überwachungsfunktion

„Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen“ (§ 111 Abs. 1 AktG). Der Überwachungsgegenstand ist bei der Kapitalgesellschaft der Vorstand und dessen Aktivitäten. Die Reichweite der Überwachung ergibt sich daher aus den Aufgaben des Vorstands.¹⁴⁰ Der Vorstand ist für die strategische und operative Unternehmensführung verantwortlich. Dies erfordert auch die Organisation der Arbeitsabläufe und deren Überwachung. Die Erfüllung dieser Leitungsaufgaben des Vorstands hat der Aufsichtsrat hinsichtlich der Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu beurteilen.¹⁴¹

Als erste grundlegende Dimension der Überwachung hat der Aufsichtsrat die *Rechtmäßigkeit* des Vorstandshandelns zu beurteilen. Der Aufsichtsrat hat darauf zu achten, dass der Vorstand die gesetzlichen Vorschriften beachtet. Dies umfasst zunächst die unmittelbaren rechtlichen Anforderungen an das Vorstandshandeln, die sich u. a. aus dem Aktiengesetz, der Satzung und der Geschäftsordnung ergeben. Hierunter fallen aber auch die Normen, die der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft mittelbar zu beachten hat. Diese ergeben sich bspw. aus Gebieten wie dem Handelsrecht, Wettbewerbsrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht oder Umweltschutzrecht.¹⁴²

Die zweite Dimension der Überwachung betrifft die *Ordnungsmäßigkeit*. Der Aufsichtsrat hat zu beurteilen, ob der Vorstand die Arbeitsabläufe des Unternehmens ordnungsmäßig organisiert und überwacht. Der Vorstand hat als Teil seiner Leitungsaufgabe dafür zu sorgen, dass die Unternehmensstruktur die Umsetzung der Unternehmensstrategie ermöglicht. Erforderlich hierfür ist eine Unternehmensplanung mit kurz-, mittel- und langfristige Zielen und die zweckmäßige Zuweisung von Verantwortlichkeiten und Berichtspflichten.¹⁴³ Daneben hat der Vorstand auch Überwachungssysteme einzurichten, deren Wirksamkeit der Aufsichtsrat zu überwachen hat. Hierzu gehört das Compliance-System des Unternehmens, welches der Vorstand einzurichten hat um sicherzustellen, dass sich die Arbeitnehmer des Unternehmens an die rechtlichen Vorgaben halten.¹⁴⁴ Der Vorstand hat außerdem ein Risikofrüherkennungssystem zur rechtzeitigen Identifikation bestandsgefährdender Risiken zu implementieren (§ 91 Abs. 2 AktG). Weitere Überwachungs-

140 Vgl. Fall 4, Abschn. I.1.

141 Vgl. BGH, Urteil v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, NJW 1991, S. 1830 (S. 1830).

142 Vgl. *Habersack*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (2014), § 111 AktG, Rn. 42.

143 Vgl. *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (2014), S. 42–47.

144 Vgl. LG München I, Urteil v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, BB 2014, S. 850–852.

Kapitel 3: Einflussnahme durch den Aufsichtsrat

systeme sind das Risikomanagementsystem, das interne Kontrollsystem und das interne Revisionsystem, deren Wirksamkeit ebenfalls alle vom Aufsichtsrat zu beurteilen sind (§ 107 Abs. 3 AktG).

Als dritte Dimension der Überwachung hat der Aufsichtsrat die *Wirtschaftlichkeit* der Geschäftsführung zu prüfen. Der Aufsichtsrat hat zu beurteilen, ob die Liquidität des Unternehmens sichergestellt ist, damit auch der Fortbestand des Unternehmens gewährleistet ist. Auch sollte der Vorstand durch effizienten Ressourceneinsatz eine angemessene Ertragslage sicherstellen. Daneben sollte der Aufsichtsrat auch darauf hinwirken, dass der Vorstand auf einen nachhaltigen Unternehmenserfolg achtet.¹⁴⁵

Entscheidend für die Reichweite der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats sind auch die Berichtspflichten des Vorstands an den Aufsichtsrat.¹⁴⁶ Soweit der Aufsichtsrat vom Vorstand über die Geschäftsführung informiert wird, hat er auch deren Recht- und Ordnungsmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit zu beurteilen. Allerdings kann es auch erforderlich sein, dass der Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner oben dargestellten Überwachungspflichten die Berichtspflichten des Vorstands genauer festlegt und zusätzliche Informationen von dem Vorstand einfordert (vgl. auch 3.4 DCGK).¹⁴⁷

Zusammenhänge zwischen den Berichterstattungspflichten des Vorstands (§ 90 AktG) und den Überwachungspflichten des Aufsichtsrats lassen sich wie folgt charakterisieren: Der Vorstand hat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und die Unternehmensplanung zu berichten, wobei auch Abweichungen von früheren Planungen zu erläutern sind. Diese Informationen erlauben dem Aufsichtsrat einen Rückschluss auf die Ordnungsmäßigkeit der Unternehmensorganisation. Weiterhin hat der Vorstand über die Lage der Gesellschaft, den Gang der Geschäfte und Geschäfte von wesentlicher Bedeutung zu informieren und hierbei auf die Rentabilität, die Liquidität und die Umsatzentwicklung einzugehen. Der Aufsichtsrat kann hierauf aufbauend die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung beurteilen.¹⁴⁸ Der Vorstand hat außerdem über die Risikolage, das Risikomanagement und die Compliance zu berichten (3.4 DCGK), was dem Aufsichtsrat eine Beurteilung von Fragen der Ordnungsmäßigkeit der Überwachung des Unternehmens ermöglichen soll.

145 Vgl. *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats (2014), S. 47.

146 Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare (2016), § 11 AktG, Rn. 3.

147 Vgl. *Hüffer*, Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, NZG 2007, S. 47 (S. 48 ff.).

148 Vgl. *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (2014), § 90 AktG, Rn. 17–32.

b) Anwendung auf den Fall: Reichweite der Überwachung durch den Aufsichtsrat bei der M-AG

Der Vorstand der M-AG hat in der Vergangenheit größere Summen in den Aufbau eines zusätzlichen Produktionsstandorts investiert, welcher sich momentan als verlustträchtig abzeichnet. Hierüber hat der Vorstand der M-AG an den Aufsichtsrat zu berichten, da die Berichtspflichten eine Darstellung sowohl der Unternehmenslage als auch von Planabweichungen erfordern.

Der Aufsichtsrat der M-AG hat, basierend auf diesen und ggf. zusätzlich einzuholenden Informationen, die Recht- und Ordnungsmäßigkeit wie auch die Wirtschaftlichkeit des Handelns des Vorstands zu beurteilen. Im Rahmen der *Rechtmäßigkeit* hat der Aufsichtsrat zu prüfen, ob es im Rahmen des Aufbaus des neuen Produktionsstandorts zu Pflichtverletzungen des Vorstands kam. Weiterhin könnten die Probleme beim Aufbau des neuen Produktionsstandorts auf eine unzureichende *Ordnungsmäßigkeit* der Organisation und Überwachung des Unternehmens durch den Vorstand hindeuten. Insbesondere sollte der Aufsichtsrat nachhaken, ob das Risikomanagementsystem geeignet ist, die Risiken aus solchen Projekten rechtzeitig zu erfassen. Schließlich erwecken die auflaufenden Verluste aus dem Projekt Zweifel an der *Wirtschaftlichkeit* der Unternehmensleitung. Aus der schwachen Ertragslage könnten sich zudem Risiken für die Liquiditätslage des Unternehmens ergeben.

Der Vorstand der M-AG plant außerdem neue Investitionen und Übernahmen. Über diese geplanten Geschäfte und die zugrunde liegende beabsichtigte Geschäftspolitik und Unternehmensplanung hat der Vorstand ebenfalls an den Aufsichtsrat zu berichten. Der Aufsichtsrat der M-AG hat in diesem Zusammenhang insbesondere die Recht- und Ordnungsmäßigkeit der Planung zu prüfen. Hierzu hat er auch die Risikoeinschätzung des Vorhabens durch den Vorstand zu beurteilen. Des Weiteren hat der Aufsichtsrat zu prüfen, welche Auswirkungen der Vorstand von dem Vorhaben für die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens erwartet.

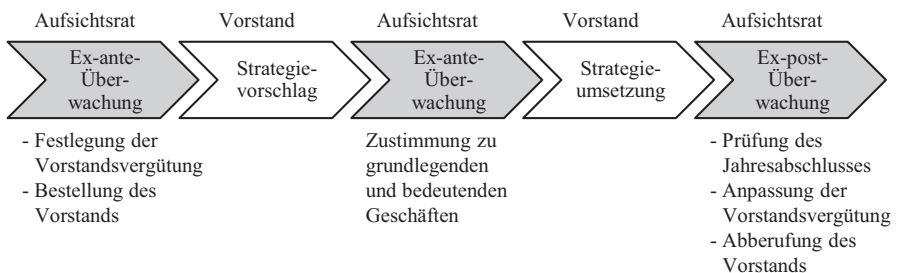


Abbildung 7: Überwachung durch den Aufsichtsrat

2. Zustimmungsvorbehalte

a) Festlegung von Zustimmungsvorbehalten

Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats für bestimmte Arten von Geschäften sind festzulegen (§ 111 Abs. 4 AktG). Der Vorstand hat zwar das Unternehmen eigenverantwortlich zu leiten und kann Geschäftsführungsaufgaben auch nicht delegieren. Für wesentliche Entscheidungen und Maßnahmen ist allerdings ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats festzulegen. Wesentlich sind hierbei die Geschäfte, die einen grundlegenden Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens haben (3.3 DCGK).¹⁴⁹ Zustimmungsvorbehalte können zusätzlich für bedeutende und außergewöhnliche Geschäfte bestimmt werden.¹⁵⁰

Zustimmungsvorbehalte stellen eine Form der Ex-ante-Überwachung dar. So hat sich der Aufsichtsrat bei seiner Zustimmungsentscheidung mit den Auswirkungen der geplanten Vorhaben auf die künftige Unternehmenslage auseinanderzusetzen.¹⁵¹ Der Gesetzgeber fordert dazu auf, einen Katalog von bestimmten Arten von Geschäften in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat zu definieren, lässt aber die konkrete Ausgestaltung des Katalogs offen. Dies ermöglicht eine Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Besonderheiten bei der Festlegung der Geschäfte, die für das Unternehmen wesentlich sind. Typische Geschäfte, für die regelmäßig Zustimmungsvorbehalte festgelegt werden, sind größere Investitionen in neue Geschäftsbereiche, der Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmen oder Grundbesitz und die Aufnahme und Vergabe von größeren Krediten.¹⁵²

Die Gestaltungsspielräume bei der Festlegung von Zustimmungsvorbehalten ermöglichen auch eine gewisse Beeinflussung des Aktivitätsniveaus des Aufsichtsrats. Eine umfangreiche Definition des Katalogs und eine weite Auslegung wesentlicher Geschäfte macht die regelmäßige Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats notwendig. Als Folge wird sich der Aufsichtsrat regelmäßig mit unternehmerischen Entscheidungen und Maßnahmen befassen müssen. Allerdings ist zu beachten, dass die Zustimmungserfordernisse nicht so weit gehen dürfen, dass der Aufsichtsrat de facto die Geschäftsführung übernimmt.¹⁵³

149 Vgl. *Fleischer*, Gestaltungsgrenzen für Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, BB 2013, S. 835 (S. 839).

150 Vgl. *Fleischer*, Gestaltungsgrenzen für Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, BB 2013, S. 835 (S. 840).

151 Vgl. Fall 5, Abschn. III.1., zur Abgrenzung von Ex-ante- und Ex-post-Überwachung.

152 Vgl. *Fleischer*, Gestaltungsgrenzen für Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, BB 2013, S. 835 (S. 840).

153 Vgl. *Selter*, Zur Diskussion: Zustimmungsvorbehalte als aktive Überwachungsinstrumente, AR 2012, S. 112 (S. 112 f.).

b) Anwendung auf den Fall: Zustimmungsvorbehalte bei der M-AG

Bei der M-AG sind Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats in der Satzung festgelegt. Diese beziehen sich auf den Erwerb von Unternehmen, die Aufnahme neuer Geschäftsfelder und die Aufnahme von Fremdkapital, wobei jeweils Wesentlichkeitsschwellen definiert sind.

In der Vergangenheit hatte der Vorstand der M-AG einen neuen Produktionsstandort aufgebaut. Soweit hierfür die Aufnahme von neuem Fremdkapital erforderlich war, hatte der Vorstand das Vorhaben dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorzulegen.

Aktuell plant der Vorstand der M-AG Investitionen in neue Geschäftsfelder und die Übernahme eines Unternehmens. Soweit der Vorstand diese Expansionspläne realisieren möchte, hat er hierfür die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen. Falls sich aus diesen Vorhaben ein Finanzierungsbedarf ergeben sollte, hat der Vorstand zudem vor der Aufnahme von neuem Fremdkapital den Aufsichtsrat um seine Zustimmung zu fragen.

3. Prüfung der Rechnungslegung

a) Vorschriften zur Prüfung der Rechnungslegung

Ein wichtiger Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats ist die Prüfung der Rechnungslegung. Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen (§ 171 Abs. 1 S. 1 AktG). Bei Mutterunternehmen umfasst die Prüfungspflicht zusätzlich den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht. Zudem hat der Aufsichtsrat den Rechnungslegungsprozess zu überwachen (§ 107 Abs. 3 S. 2 AktG). Zur Erfüllung dieser Aufgaben richtet der Aufsichtsrat regelmäßig einen Prüfungsausschuss ein (§ 107 Abs. 3 S. 2 AktG i.V.m. § 324 Abs. 1 HGB).¹⁵⁴

Die Prüfungspflichten des Aufsichtsrats sind der Ex-post-Überwachung zuzuordnen. Der Aufsichtsrat überwacht die Rechtmäßigkeit der Rechnungslegung und die Ordnungsmäßigkeit des Erstellungsprozesses. Der Aufsichtsrat beschäftigt sich im Rahmen dieser Tätigkeit zudem mit der Lage des Unternehmens sowie den Chancen und Risiken, wie diese aus Jahresabschluss und Lagebericht hervorgehen. Basierend u. a. auf diesen Informationen kann der Aufsichtsrat Rückschlüsse auf die Geschäftsführung durch den Vorstand ziehen.

Der Aufsichtsrat wird bei der Prüfung der Rechnungslegung durch den Abschlussprüfer unterstützt. Der Abschlussprüfer informiert den Aufsichtsrat im Prüfungsbericht über seine Prüfungstätigkeit und das Prüfungsergebnis (§ 321 HGB). Der Abschlussprüfer hat zudem an der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats bzw. des Prü-

¹⁵⁴ Vgl. Fall 8, Abschn. II.2.

Kapitel 3: Einflussnahme durch den Aufsichtsrat

fungsausschusses teilzunehmen und mündlich über die wesentlichen Prüfungsergebnisse zu berichten (§ 171 Abs. 1 S. 2 AktG). Der Aufsichtsrat wird sich in großem Umfang auf das Prüfungsergebnis des Abschlussprüfers verlassen, ist aber auch zur selbständigen Prüfung und Urteilsbildung verpflichtet.¹⁵⁵

Dem Aufsichtsrat kommt gegenüber dem Abschlussprüfer eine Überwachungsaufgabe zu. So hat er die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu überwachen (§ 107 Abs. 3 S. 2 HGB), um die Verlässlichkeit des Prüfungsurteils sicherzustellen. Der Aufsichtsrat ist auch für die Auswahl des Abschlussprüfers verantwortlich, da er den Abschlussprüfer der Hauptversammlung zur Wahl vorschlägt und nach erfolgter Wahl beauftragt (§ 318 Abs. 1 S. 3 HGB i.V.m. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG).

b) Anwendung auf den Fall: Prüfung der Rechnungslegung bei der M-AG

Der Jahresabschluss und Lagebericht der M-AG wurden vom Abschlussprüfer geprüft. Es ist aber auch Aufgabe des Aufsichtsrats der M-AG, den Jahresabschluss und Lagebericht zu prüfen sowie den Rechnungslegungsprozess zu überwachen. Der Aufsichtsrat der M-AG wird sich hierbei in großem Umfang auf die Prüfungsergebnisse des Abschlussprüfers verlassen, wie diese im Prüfungsbericht dokumentiert und bei der Bilanzsitzung vorgestellt werden. Im Gegenzug hat der Aufsichtsrat der M-AG auch den Abschlussprüfer insbesondere in Bezug auf dessen Unabhängigkeit zu überwachen. Soweit die M-AG einen Prüfungsausschuss eingerichtet hat, wird dieser diese Aufgaben rund um die Prüfung der Rechnungslegung übernehmen bzw. vorbereiten.

4. Festlegung und Anpassung der Vorstandsvergütung

a) Vorschriften zur Festlegung der Vorstandsvergütung

Der Aufsichtsrat hat die Bezüge des Vorstands festzulegen (§ 87 Abs. 1 AktG). Er hat darauf zu achten, dass die Höhe der Vergütung angemessen ist, was die Berücksichtigung der Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds und der Lage der Gesellschaft erfordert.¹⁵⁶ Wird vom Aufsichtsrat eine unangemessene Vergütung festgesetzt, so sind die Aufsichtsratsmitglieder persönlich zum Ersatz verpflichtet (§ 116 AktG).

Die Festlegung der Vergütung ist grundsätzlich der Ex-ante-Überwachung zuzuordnen. So hat der Aufsichtsrat zu überlegen, welche Vergütungsstruktur die richtigen Anreize für die künftige Arbeit des Vorstands setzt und den künftigen Verantwortlichkeiten der Vorstandsmitglieder gerecht wird. Allerdings hat die Vergü-

¹⁵⁵ Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare (2016), § 171 AktG, Rn. 5.

¹⁵⁶ Vgl. Fall 6, Abschn. II.1.

tungsentscheidung auch Elemente der Ex-post-Überwachung, da die vergangene Leistung der Vorstandsmitglieder in die Ermittlung einer angemessenen Vergütung einfließen kann.

Neben der Festlegung der Vorstandsvergütung hat der Aufsichtsrat bei einer Verschlechterung der Lage eine nachträgliche Anpassung der Vergütung zu prüfen (§ 87 Abs. 2 AktG). Hierfür ist aber eine so deutliche Verschlechterung der Unternehmenslage erforderlich, dass die Weitergewährung der Vergütung unbillig wäre. Davon ist zumindest bei Insolvenz der Gesellschaft auszugehen.¹⁵⁷ Es ist auch zu beachten, dass diese Regelung nicht die Rückgewährung bereits geleisteter Vergütung erforderlich macht, sondern nur die Anpassung der vereinbarten Vergütungsstruktur für die Zukunft. Die Anpassung der Vergütung aufgrund einer schlechten Unternehmenslage ist Teil der Ex-post-Überwachung durch den Aufsichtsrat.

b) Anwendung auf den Fall: Festlegung und Anpassung der Vorstandsvergütung bei der M-AG

Bei der M-AG ist im Rahmen der Wiederbestellung des Vorstands auch die Vorstandsvergütung zu überprüfen. Hierbei hat der Aufsichtsrat auf die Angemessenheit der Vergütung zu achten. Dies erfordert die Berücksichtigung der Aufgabebereiche, die sich aufgrund der geplanten Expansionsvorhaben ändern könnten, der Leistung der einzelnen Vorstandsmitglieder, die angesichts der mäßigen Unternehmenslage bisher wenig überzeugend war, und der Lage des Unternehmens, die angespannt sein dürfte.

Der Aufsichtsrat der M-AG hat außerdem zu prüfen, ob die Vorstandsvergütung aufgrund der schlechten Unternehmenslage nachträglich anzupassen ist. Allerdings schreibt die M-AG noch eine schwarze Null, sodass die Weitergewährung der bisherigen Vergütung noch nicht unbillig erscheint.

5. Bestellung und Abberufung des Vorstands

a) Vorschriften zur Bestellung und Abberufung des Vorstands

Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs. 1 AktG). Die Bestellung kann auf maximal fünf Jahre erfolgen, darf aber verlängert werden. Der DCGK empfiehlt, dass der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auf Diversity achtet und somit auch auf eine angemessene Beteiligung von Frauen (5.1.2 DCGK). Der Aufsichtsrat von Unternehmen, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, hat außerdem verpflichtend Zielgrößen für den Frauenanteil im Vorstand festzulegen (§ 111 Abs. 5 S. 1 AktG). Der Aufsichtsrat soll

¹⁵⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 27.10.2015 – II ZR 296/14, NJW 2016, S. 1236.

Kapitel 3: Einflussnahme durch den Aufsichtsrat

die Auswahllentscheidung langfristig planen und hierzu unter Einbezug des Vorstands einen Nachfolgeplan entwickeln (5.1.2 DCGK).

Der Aufsichtsrat kann einen Vorstandsvorsitzenden bestellen (§ 84 Abs. 2 AktG). Wird kein Vorstandsvorsitzender bestellt, kann gemäß der Geschäftsordnung ein Vorstandssprecher vom Aufsichtsrat oder Vorstand gewählt werden. Vorstandsvorsitzende bzw. Vorstandssprecher repräsentieren die Gesellschaft nach außen und sind für die Sitzungsleitung verantwortlich. Die Führungsrolle ist aber weniger umfangreich als die des CEO amerikanischer Prägung, da kein Weisungsrecht gegenüber Vorstandskollegen besteht.¹⁵⁸

Bei der Auswahl der Vorstandsmitglieder ist deren Eignung für die Gestaltung der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens entscheidend, sodass diese Aufgabe primär der Ex-ante-Überwachung zuzuordnen ist. Im Falle der Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern hat diese Aufgabe aber gleichzeitig den Charakter einer Ex-post-Überwachung, da auch die bisherige Leistung des Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen ist.

Ex post hat der Aufsichtsrat zu beurteilen, ob die Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund erforderlich ist (§ 84 Abs. 3 AktG). Ein wichtiger Grund liegt insbesondere bei einer groben Pflichtverletzung des Vorstands oder der Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung vor. Eine Abberufung aufgrund von Unfähigkeit kann bei dem Fehlen erforderlicher Kenntnisse oder auch im Krankheitsfall erforderlich sein.¹⁵⁹ Daneben stellt auch der Vertrauensentzug auf der Hauptversammlung einen wichtigen Grund dar.¹⁶⁰

Bei Fehlen eines wichtigen Grundes ist keine Abberufung des Vorstands möglich. Dies soll den Vorstandsmitgliedern die erforderliche Unabhängigkeit bei der Ausübung ihrer Tätigkeit gewähren.¹⁶¹ Soweit der Aufsichtsrat aber das Erfordernis der Ablösung eines Vorstandsmitglieds aufgrund schlechter Performance oder nicht ausreichender Eignung dennoch sieht, kann dieser versuchen, über ein einverständliches Ausscheiden des Vorstandsmitglieds zu verhandeln.¹⁶²

b) Anwendung auf den Fall: Bestellung und Abberufung des Vorstands bei der M-AG

Bei der M-AG steht die Wiederbestellung der Vorstandsmitglieder an. Hierbei hat der Aufsichtsrat im Sinne einer Ex-post-Überwachung zu beurteilen, ob die bishe-

158 Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare (2016), § 84 AktG, Rn. 29 f.

159 Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare (2016), § 84 AktG, Rn. 36.

160 Vgl. Arnold, Abberufung eines Vorstandsmitglieds wegen Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, DB 2017, S. 598.

161 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 17.2.2015 – 5 U 111/14, NZG 2015, S. 514.

162 Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare (2016), § 84 AktG, Rn. 47.

rige Leistung der Vorstandsmitglieder eine Wiederbestellung rechtfertigt. Die mäßige Unternehmenslage weckt Zweifel hieran.

Im Sinne einer Ex-ante-Überwachung hat der Aufsichtsrat aber insbesondere die Eignung der Vorstandsmitglieder für die künftigen Aufgaben zu beurteilen. Hierbei ist auch das geplante Expansionsvorhaben zu berücksichtigen. So ist zu prüfen, ob die bisherigen Vorstandsmitglieder die erforderlichen Kenntnisse auf den Gebieten neuer Antriebstechniken und erneuerbarer Energien aufweisen.

II. Beratungsfunktion des Aufsichtsrats

1. Reichweite der Beratungsfunktion

a) Konkretisierung der Reichweite der Beratungsfunktion

Das Aktiengesetz benennt als Aufgabe des Aufsichtsrats nur die Überwachungsaufgabe (§ 111 Abs. 1 AktG). Der DCGK hingegen sieht als Aufgabe des Aufsichtsrats die Beratung und Überwachung des Vorstands (5.1.1 DCGK). Hieraus ergibt sich die Frage, ob und inwieweit der Aufsichtsrat beratend tätig werden darf bzw. muss.

Hierbei ist zunächst zu beachten, dass die Aufgabe des Aufsichtsrats die Ex-post- und Ex-ante-Überwachung umfasst. Überwachung ist somit nicht nur rückwärtsgerichtet zu verstehen (Ex-post-Überwachung), sondern erfordert auch eine zukunftsorientierte Analyse der Unternehmenssituation und der geplanten Vorhaben (Ex-ante-Überwachung). Die Ex-ante-Überwachung hat aufgrund ihrer Zukunftsorientierung Gemeinsamkeiten mit Beratungsaufgaben.¹⁶³ Dies zeigt sich insbesondere bei den Zustimmungsvorbehalten. Hier hat der Aufsichtsrat die Eignung einer vom Vorstand vorgeschlagenen Maßnahme für die zukünftige Entwicklung des Unternehmens zu beurteilen und eine Empfehlung in Form der Zustimmung bzw. Ablehnung abzugeben. Im gewissen Umfang vergleichbar hiermit ist eine Unternehmensberatung, bei der ebenfalls auf Basis einer Analyse der Unternehmenssituation eine Handlungsempfehlung ausgesprochen wird.

Der Aufsichtsrat hat zudem die Pflicht, mit dem Vorstand im Sinne einer begleitenden Kontrolle bei der Entwicklung der vorgeschlagenen Maßnahmen zusammenzuarbeiten. Der Vorstand hat den Aufsichtsrat einzubinden (5.1.1 DCGK) und der Aufsichtsrat hat den Vorstand „in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung zu beraten“.¹⁶⁴ Die Strategieentwicklung hat somit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in enger Abstimmung zu erfolgen (3.2 DCGK). Allerdings darf diese Mitwirkung nicht so weit gehen, dass der Aufsichtsrat an der Geschäftsführung be-

163 Vgl. BGH, Urteil v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, NJW 1991, S. 1830 (S. 1831).

164 BGH, Urteil v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, NJW 1991, S. 1830 (S. 1830).