



## Hinweis:

Im September 2013 ist ein aktualisierter Folgeartikel mit dem Titel „Neues zu Rechten und Pflichten des öffentlichen Aufsichtsrats“ erschienen. Dieser sowie weitere Artikel rund um das Thema Aufsichts- und Verwaltungsrat sind unter [www.publicgovernance.de/aufsichtsrat](http://www.publicgovernance.de/aufsichtsrat) abrufbar.

Schwerpunktthema

# Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

Im Zentrum der Diskussion um gute Corporate Governance steht der Aufsichtsrat. Zahlreiche Reformmaßnahmen in den vergangenen Legislaturperioden hatten vorrangig seine Aufgaben und die Effektivität seiner Tätigkeit im Blick. Obwohl die Reformen in erster Linie börsennotierte Aktiengesellschaften betrafen und darauf zielten, den Finanzplatz Deutschland zu stärken, hat die Debatte weit größere Kreise gezogen und zu Konsequenzen auch außerhalb des Kapitalmarkts geführt. Der Aufsichtsrat ist aus dem Schattendasein herausgerückt und genießt in der Öffentlichkeit heute besondere Aufmerksamkeit. Dies sensibilisiert auch die Aufsichtsratsmitglieder und ermuntert sie zur sorgfältigen Wahrnehmung ihres Mandats. Hierfür ist in erster Linie geboten, dass jedes Aufsichtsratsmitglied den Aufgabenbereich seines Aufsichtsrats sowie dessen Rechte und Pflichten kennt.

Darüber einen Überblick zu geben ist – anknüpfend an die letzte Ausgabe von *PublicGovernance* – Ziel dieses Beitrags, freilich mit besonderem Blick auf Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung. Namentlich in diesen Unternehmen kommt dem Aufsichtsrat eine exponierte Stellung zu. Denn Unternehmen der öffentlichen Hand agieren im Spannungsfeld von Wirtschaft und Politik, dem Interesse des Unternehmens einerseits und dem der Gebietskörperschaft andererseits. Dieser Zielkonflikt entzündet sich allem voran bei den von der Gebietskörperschaft entsandten Aufsichtsratsmitgliedern.

## Die Stellung des Aufsichtsrats in der Corporate Governance

### Baustein der unternehmensinternen Überwachung

Der Aufsichtsrat ist traditionell *das* unternehmensinterne Überwachungsorgan in einer Aktiengesellschaft und steht als Pendant dem zur Unternehmensleitung verpflichteten Vorstand gegenüber. Für dieses dualistische Leitungsmodell ist charakteristisch, dass Unternehmensleitung und -kontrolle funktionell und personell zwingend voneinander getrennt sind. Obgleich das deutsche System verschiedene Corporate-Governance-Bausteine kennt, ist der Aufsichtsrat auch im öffentlichen Sektor ein zentraler Anker. Vielfach wird er – insbesondere wegen der von der Gebietskörperschaft als Anteilseigner entsandten Vertreter – als Bindeglied zwischen dem öffentlichen Unternehmen und den Belangen der Gebietskörperschaft verstanden.

### Pflichtorgan in der Aktiengesellschaft

Historisch ist der Aufsichtsrat mit seinem Überwachungsauftrag als Pflichtorgan jeder Aktiengesellschaft (bzw. in jeder Kommanditgesellschaft auf Aktien) etabliert. Er war lange Zeit allein als Vertretung der Anteilseigner ausgestaltet. Denn nach dem gesetzlichen Typus der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft besteht diese



aus einer Vielzahl von Aktionären, die sehr unterschiedliche Interessen verfolgen. Diese sind indes kaum in der Lage, die unternehmerischen Entscheidungen des Vorstands sachgerecht zu prüfen und zu beurteilen. Wohl deshalb hat der Aktiengesetzgeber der Aktionärshauptversammlung wenig Einsichts- und Auskunftsrechte sowie Kontroll- und Mitwirkungskompetenzen zugebilligt. Letzteres beweist vor allem der sehr schmale Kompetenzkatalog in § 119 Abs. 1 AktG. Stattdessen war und ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, im Interesse der Aktionäre und des Unternehmens den Vorstand bei der Führung der Geschäfte zu überwachen. Freilich ist heute anerkannt, dass sich im Aufsichtsrat nicht nur Anteilseignerinteressen widerspiegeln, sondern auch weitere Interessen zu berücksichtigen sind. Dies gilt zwingend für die der Arbeitnehmer, wenn in einem Unternehmen mehr als 500 (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG) oder mehr als 2.000 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 MitbestG) beschäftigt sind. In diesen Fällen sind neben den von der Hauptversammlung gewählten Anteilseignervertretern auch solche der Arbeitnehmer Mitglieder im Aufsichtsrat.

Anders ist die Rechtslage in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), derer sich die öffentliche Hand zur wirtschaftlichen Betätigung weitaus häufiger bedient. Auch dort findet sich regelmäßig ein Aufsichtsrat aktienrechtlichen Zuschnitts, allerdings nicht zwingend vom GmbH-Recht initiiert. Nach der Vorstellung des GmbH-Gesetzgebers erfordert es eines solchen Aufsichtsrats zur Interessenvertretung der Gesellschafter deshalb nicht, weil sich jene gewöhnlich als kleiner, geschlossener und häufig homogener Personenkreis zusammenfinden und die Geschäftsführer selbst überwachen können. Aus diesen Erwägungen heraus gewährt das GmbHG den Gesellschaftern nicht nur umfassende Einsichts- und Auskunftsrechte (§ 51a), sondern statuiert darüber hinaus eine Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung in der Art, dass jene verbindliche Weisungen an die Geschäftsführer erteilen kann. Daneben kann der Gesellschaftsvertrag die freiwillige Einrichtung eines Aufsichtsrats vorsehen, etwa um auch Personen in das Unternehmen einzubinden, die der Geschäftsführung – neben den Gesellschaftern – kompetent beratend zur Seite stehen. Eben jener Beratungs- und Einflussaspekt ist regelmäßig auch der praktische Hintergrund dafür, dass sich in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung ein solcher Aufsichtsrat findet, bzw. die Gemeindeordnungen die Einrichtung eines Aufsichtsrats als zwingend vorschreiben, wenn die Kommune wirtschaftliche Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts führen will (vgl. z. B. § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP). Ein solcher Aufsichtsrat kann, muss aber nicht aktienrechtlichen Vorschriften

#### **Der (freiwillige) Aufsichtsrat in der GmbH: Hintergründe**

### Im Zusammenspiel: Gesellschafterversamm- lung und Aufsichtsrat

unterliegen; § 52 Abs. 1 GmbHG statuiert insoweit einen Vorrang der Privatautonomie und verweist nur subsidiär auf ausgewählte, aber wichtige Vorschriften des Aktiengesetzes (zum Vorrang der GmbH im öffentlichen Sektor siehe *PublicGovernance Sommer 2005*, S. 12 f.).

Gleichwohl gelten auch für einen aktienrechtlich geprägten Aufsichtsrat in einer GmbH Besonderheiten: Denn die Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Überwachungsarbeit des Aufsichtsrats. Dem weiträumigen Zugriff der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung ist auch eine Überwachungskompetenz immanent. Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung kommen teilweise parallele Überwachungsfunktionen zu. Aufgabe der Gründungsgesellschafter (also der Gebietskörperschaft) ist es, die Überwachungskompetenzen im Gesellschaftervertrag sachgerecht und klar zwischen Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung zu verteilen. Mit einer solchen Aufgabenzuweisung an den Aufsichtsrat geben die Gesellschafter formal bewusst eigene Kompetenzen ab, bestimmte Entscheidungen, wie die Auswahl der Geschäftsführer, auf eine breitere, sachverständigere Grundlage zu stellen. Im kommunalen Sektor verlangt in der Regel die Gemeindeordnung, dass der Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag mit entsprechendem Einfluss ausgestattet ist. Freilich verhindert all dies nicht, dass die Gesellschafterversammlung wegen ihrer gesellschaftsrechtlichen Allzuständigkeit im Grundsatz auch Entscheidungen des Aufsichtsrats jederzeit revidieren kann. Insoweit liegt es in der Verantwortung des handelnden Gesellschafters – also des Repräsentanten der Gebietskörperschaft, der in der Regel zugleich auch ein Aufsichtsratsmandat innehat –, mit Konflikten zwischen dem Aufsichtsrat einerseits und den Gesellschaftern andererseits verantwortungsbewusst umzugehen, mithin das Gespräch zu suchen, um eine gemeinsame Position gegenüber der Geschäftsführung zu finden.

### Der Pflichtaufsichtsrat in der GmbH

Darüber hinaus ist in der GmbH verpflichtend ein Aufsichtsrat einzurichten, wenn das Mitbestimmungsrecht (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 1 Abs. 1 MitbestG) dies verlangt. Obzwar in erster Linie zum Zwecke der Arbeitnehmermitbestimmung etabliert, hat ein solcher Pflichtaufsichtsrat in der GmbH ebenso Anteilseignerinteressen zu berücksichtigen und eine dem Aufsichtsrat in einer AG vergleichbare Position. Das Mitbestimmungsrecht erzwingt in diesen Fällen größtenteils die Anwendung des Aktiengesetzes. Insoweit sind den Gesellschaftern privatautonome Gestaltungen im Gesellschaftsvertrag verwehrt, etwa bei der Personalkompetenz, die zwingend dem Aufsichtsrat zugewiesen ist (§ 31 Abs. 1 MitbestG i.V.m. §§ 84, 85 AktG).

### Der Aufsichtsrat in der Anstalt des öffentlichen Rechts

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten: Der Aufsichtsrat nach aktienrechtlichem Vorbild ist heute im Privatsektor rechtsformübergreifend als Kontrollgremium anerkannt. Aus dem Aktienrecht lassen sich dabei allgemeingültige Prinzipien für die Aufsichtsratsarbeit ableiten. Im Detail ist freilich das Recht der betreffenden Gesellschaftsform entscheidend. Anders ist die Rechtslage in der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR), die als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung heute von den Kommunen vielfach als Rechtsform für wirtschaftliches Tätigsein verwendet wird (zu ihren Vorteilen siehe Seite 23 f. in diesem Heft). Obgleich in jener öffentlich-rechtlichen Gestaltungsform regelmäßig mit dem Verwaltungs- oder Aufsichtsrat eine Institution des privaten Aktienrechts implementiert wird, findet das Aktienrecht ebenso wenig Anwendung, wie die AöR den zwingenden Regeln der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt. Auf die daraus resultierenden Besonderheiten kann hier allenfalls nur am Rande und ohne Anspruch auf Vollständigkeit hingewiesen werden. Indes ist es zulässig und wird vielfach praktiziert, den Aufsichtsrat im Errichtungsgesetz

oder in der Satzung aktienrechtlich auszugestalten. Ohne eine entsprechende Regelung aber können die Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsratsstätigkeit in Anstalten des öffentlichen Rechts keine Geltung erlangen.

Bei der Wahl privater Gesellschaftsformen für öffentliche Unternehmen sind vielfach auch öffentlich-rechtliche Vorgaben, etwa aus Gemeinde- oder Haushaltsordnungen, zu berücksichtigen. Wie andernorts schon dargestellt (vgl. *PublicGovernance, Sommer 2005, S. 12 und 18*), werden die öffentlichen Bindungen aber durch das Pflichtengerüst aus dem Gesellschaftsrecht überlagert. Dies betrifft insbesondere auch die von der Gebietskörperschaft entsandten Aufsichtsratsmitglieder.

### Primat des Gesellschaftsrechts in öffentlichen Unternehmen

## Anwendung des Aktiengesetzes für den Aufsichtsrat

### Aktiengesellschaft

- Ein Aufsichtsrat ist bei jeder AG (unabhängig von Größe und Arbeitnehmerzahl) zwingend einzurichten.
- Es gelten zwingend die Vorschriften des AktG zum Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG), ergänzt um die Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex für börsennotierte Gesellschaften.
- Die Vorschriften des AktG und ihre Auslegung insbesondere durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung werden ergänzt um die Satzungsregelungen in der AG sowie die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats.
- Bei Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern gelten Besonderheiten nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (z. B. § 4 DrittelbG – Besetzung).
- Bei Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern gelten Besonderheiten nach dem Mitbestimmungsgesetz (z. B. § 33 MitbestG – Wahl eines Arbeitsdirektors).

### Gesellschaft mit beschränkter Haftung

- Ein Aufsichtsrat kann freiwillig eingerichtet werden (§ 52 Abs. 1 GmbHG).
- Es gelten die §§ 90 Abs. 3–5 Satz 1 und 2, 95 Satz 1, 100 Abs. 1 und 2 Nr. 2, 101 Abs. 1 Satz 1, 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 110 bis 114, 116, 170, 171 AktG, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt ein anderes.
- Bei mehr als 500 Arbeitnehmern ist zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten und zu einem Drittel mit Arbeitnehmern zu besetzen. Es gelten zwingend ausgewählte Vorschriften des AktG (Verweis über § 6 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG).
- Bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern ist zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten und paritätisch mit Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern zu besetzen. Es gelten zwingend ausgewählte Vorschriften des AktG:
  - §§ 96 Abs. 2, 97–101 Abs. 1 und 3, 102–106 (über § 6 Abs. 2 MitbestG)
  - §§ 90 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2, 107–116, 118 Abs. 2, 125 Abs. 3 und 4, 170 f. (über § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG)
  - §§ 84, 85 (über § 31 Abs. 1 MitbestG).

### Anstalt des öffentlichen Rechts

- Ein Verwaltungs- oder Aufsichtsrat kann freiwillig eingerichtet werden. Dies bestimmt entweder das (kommunale) Errichtungsgesetz (vgl. z. B. § 86b Abs. 2 GemO RP, Art. 90 Abs. 2 GemO Bay) oder aber allein die Satzung der AöR.
- Es gelten per se weder die Vorschriften des Aktiengesetzes noch das gesetzliche Mitbestimmungsrecht.
- Allerdings orientieren sich in der Praxis viele Satzungen von AöR bzw. Geschäftsordnungen von Aufsichtsräten in AöR an ausgewählten aktienrechtlichen Vorschriften.
- Unternehmerische Mitbestimmung wird in der AöR in der Regel über beratende Stimmen von Personalvertretern gewährleistet.

## Der allgemeine Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats

Ein Aufsichtsrat aktienrechtlicher Prägung hat einen umfassenden Überwachungsauftrag. § 111 Abs. 1 AktG normiert insoweit folgende Verpflichtung: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.“ Was aber bedeutet dies konkret?

Der Aufsichtsrat überwacht ausschließlich die Unternehmensleitung, also den Vorstand oder den Geschäftsführer. Jene personelle Beschränkung in § 111 Abs. 1 AktG schließt eine Überwachung der sonstigen Arbeitnehmer und Angestellten im Unternehmen, selbst die der zweiten Leitungsebene aus. Sachlich unterliegen mithin nur die obersten Leitungsmaßnahmen der Aufsichtsratskontrolle. Deshalb ist die Aufsichtsratsarbeit vornehmlich auf eine Überwachung der Unternehmensstrategie und -organisation (etwa der Personalstruktur, Vertriebssysteme, Marktpositionierung, aber auch des internen Controllings und des Rechnungswesens) sowie besonders

### Rechtliche Grundlage

### Überwachungsgegenstand

bedeutsamer Sachverhalte gerichtet. Freilich hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft insoweit ein weites, nicht beschränkbares unternehmerisches Ermessen (§ 76 Abs. 1 AktG) – anders als der GmbH-Geschäftsführer, der zwar nicht vom Aufsichtsrat, aber durch die Gesellschafterversammlung in Form von Weisungen (§ 37 Abs. 1 GmbHG) auch im Tagesgeschäft begrenzt werden kann.

### Überwachungsperspektive

Im Zentrum jener System- und Planüberwachung steht regelmäßig ein Soll-Ist-Vergleich, also die Prüfung, welche selbst gesteckten oder aufgetragenen Ziele die Unternehmensleitung erreicht, nicht erfüllt oder aber in ihrer Planung verändert hat. Üblich ist dabei neben dem Gesamtjahres- auch ein quartalsmäßiger Rückblick. Abgesehen von dieser Ex-post-Kontrolle abgeschlossener und laufender Vorgänge ist heute anerkannt, dass der Aufsichtsrat auch eine begleitende Überwachungsverantwortung mit Blick auf die Zukunft besitzt. So ist der Aufsichtsrat etwa verpflichtet, die Geschäftsleitung in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung, namentlich bei der strategischen Grundausrichtung des Unternehmens oder der Erschließung eines neuen Geschäftsfeldes, zu beraten. Diese präventive Ex-ante-Kontrolle ermöglicht dem Aufsichtsorgan eine gestaltende Einflussnahme auf die Unternehmensführung und hat in Zeiten schnelllebigen und globalisierten Wirtschaftens sowie bei der Vielzahl unternehmerischer Chancen und Risiken einen herausragenden Stellenwert. Im Vordergrund steht zunehmend die Krisen- bzw. Schadensvermeidung anstelle einer Krisen- bzw. Schadensbeseitigung.

### Überwachungsmaßstab

Der Aufsichtsrat hat die Arbeit der Geschäftsleitung unter verschiedenen Gesichtspunkten zu würdigen, und zwar unter dem Aspekt der

- *Rechtmäßigkeit* (Der Aufsichtsrat hat zu beurteilen, ob die Unternehmensleitung alle gesetzlichen Vorschriften bzw. alle Regelungen aus der Satzung und etwaiger Geschäftsordnung beachtet hat.);
- *Ordnungsmäßigkeit* (Leitet und organisiert die Unternehmensleitung das Unternehmen nach betriebswirtschaftlich anerkannten Erkenntnissen und Erfahrungen? Hat der Vorstand eine unternehmerische Planung, eine Personalplanung, ein effektives Berichts- und Rechnungswesen und ein funktionsfähiges und angemessenes Internes Kontroll- und Risikomanagementsystem etabliert?);
- *Zweckmäßigkeit* und *Wirtschaftlichkeit* (Sichert die Unternehmensleitung die Liquidität, die Ertragskraft des Unternehmens bzw. seine Stellung am Markt? Verfügt das Unternehmen über eine angemessene Finanzierung?).

### Überwachungsgrenzen

Die allumfassende Überwachungskompetenz eines aktienrechtlich geprägten Aufsichtsrats hat aber – wie schon angedeutet – ihre Grenzen:

- *Erstens* ist der Aufsichtsrat auf die Überwachung der Unternehmensleitung durch den Vorstand bzw. den Geschäftsführer beschränkt; nicht erfasst sind die Geschäftsführungsmaßnahmen der Gesellschafterversammlung einer GmbH oder die aufgrund von Weisung durch den Geschäftsführer getätigten Geschäfte.
- *Zweitens* hat der Aufsichtsrat keine Überwachungs- und Einwirkungskompetenz mit Blick auf das operative Geschäft und die gegenüber dem Vorstand bzw. dem Geschäftsführer nachrangigen Personen.

- *Drittens* ist der Aufsichtsrat auf die Überwachungsaufgabe beschränkt. Er kann nicht in die Geschäftsführung eingreifen und hat nur ausgewählte Möglichkeiten, beratend auf den Vorstand bzw. den Geschäftsführer einzuwirken.

Insbesondere muss der Aufsichtsrat das breite unternehmerische Ermessen des Vorstands bzw. des Geschäftsführers bei der Leitung des Unternehmens berücksichtigen. So kann er den Vorstand einer Aktiengesellschaft beispielsweise nur dann zu Planungs- oder Organisationsänderungen zwingen, wenn dessen Vorschlag nicht rechtmäßig ist. In diesem Fall muss der rechtswidrige Zustand beendet werden. Indes kann der Aufsichtsrat den Vorstand nicht zu einem aus seiner Sicht bedeutsamen Geschäftsabschluss verpflichten, sondern nur zu diesem raten. Er kann allenfalls ad hoc einen Zustimmungsvorbehalt für bestimmte Geschäfte anordnen oder aber in einer GmbH dafür sorgen, dass die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung entsprechende Weisung erteilt. Als Ultima Ratio kann der Aufsichtsrat den Vorstand aus wichtigem Grund abberufen – z. B. bei fehlendem Konsens über die strategische Ausrichtung des Unternehmens mit dem Vorstand.

Für den Aufsichtsrat bedeutet all dies nicht, dass er im Unternehmen körperlich aktiv überwachen und prüfen muss. Wegen der Nebenberuflichkeit seines Mandats erfüllt er seine Aufgabe im Wesentlichen dadurch, dass er die regelmäßigen Berichte der Unternehmensleitung und die sonstigen Vorlagen (vgl. § 90 AktG) auf die genannten Überwachungsaspekte hin studiert. Sollte weiterer Informationsbedarf bestehen, muss die Unternehmensleitung entsprechend befragt und zusätzliche Unterlagen angefordert werden. Hierfür gewährt das Aktiengesetz dem Aufsichtsrat ein umfassendes Recht auf Auskunft und Einsicht in die Schriften und Bücher der Gesellschaft (§ 111 Abs. 2 AktG). Jene Informationen der Unternehmensleitung sind Dreh- und Angelpunkt für eine sachgerechte Überwachung durch den Aufsichtsrat. Deshalb muss der Vorstand bzw. der Geschäftsführer zwar den Aufsichtsrat von sich aus angemessen in Umfang und Darstellung informieren. Indes ist auch der Aufsichtsrat verpflichtet, sich die für die Beurteilung eines Sachverhaltes erforderlichen Informationen zu besorgen. Dies bedeutet einerseits, dass er die Unternehmensleitung – etwa mittels einer Informationsordnung – zu einer individuell auf seine berechtigten Informationsbedürfnisse angemessenen Berichterstattung anhält. Andererseits muss er selbst zur Informationsbesorgung beitragen. Die angemessene Information des Aufsichtsrats ist mithin Bring- und Holschuld zugleich.

#### Überwachungsbasis

Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats ist in ihrer Intensität nicht mit der Unternehmensleitung durch den Vorstand bzw. den Geschäftsführer vergleichbar. Der Aufsichtsrat darf die Überwachungsintensität an die jeweilige Lage der Gesellschaft anpassen. Gewöhnlich genügt eine Orientierung an der regelmäßigen oder der Ad-hoc-Berichterstattung durch die Unternehmensleitung, das sorgfältige Studium der Berichte und ihre Erörterung im Ausschuss bzw. Aufsichtsratsplenum. Jene Anpassung an den zeitlichen Berichtsrhythmus bringt daher mindestens vierteljährliche Aufsichtsratssitzungen mit sich. Diese Kontrolldichte ist in sachlichem und zeitlichem Umfang zu erhöhen, wenn das Unternehmen beispielsweise in eine Krisensituation zu kommen droht. Aus der begleitenden wird dann eine unterstützende oder gar gestaltende Überwachung (z. B. in Form der gemeinsamen Beratung und Erstellung eines Sanierungskonzeptes). In diesem Fall kann der Aufsichtsrat sogar besonders eilige und notwendige Geschäftsführungsmaßnahmen selbst veranlassen.

#### Überwachungsintensität

### Personalkompetenz und Leitungsorganisation

#### Besondere Aufsichtsratsaufgaben

Neben den eben dargestellten *allgemeinen* Überwachungsaufgaben, die gesetzlich gesondert geregelt sind, stehen weitere besondere Aufsichtsratsaufgaben. Von diesen sollen nachfolgend einzelne herausgegriffen werden:

Zu diesen besonderen Aufgaben gehört allen voran die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, den Vorstand bzw. den Geschäftsführer zu bestellen, abzuberufen und die Vergütung (z. B. in Form eines Dienstvertrages) zu vereinbaren. Diese Personalkompetenz ist dem aktienrechtlichen Aufsichtsrat bzw. dem Pflichtaufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zwingend zugewiesen (vgl. §§ 84, 85 AktG, § 31 Abs. 1 MitbestG). Im Übrigen ist in der Praxis festzustellen, dass auch in mitbestimmungsfreien GmbHs der öffentlichen Hand diese Zuständigkeit häufig laut Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat zugewiesen ist. Vor allem wegen des unternehmerischen Ermessens der Unternehmensleitung ist die sorgfältige Personenauswahl von besonderer Bedeutung. Denn auf diesem mittelbaren Wege kann der Aufsichtsrat präventiv auch auf die strategische Ausrichtung des Unternehmens Einfluss nehmen. An jene Zuständigkeit knüpft die Kompetenz des Aufsichtsrats an, die Unternehmensleitung zu strukturieren, d. h. Ressorts zu bestimmen und dafür ausgewählte Personen zu benennen oder aber eine Geschäftsordnung zu etablieren.

### Rechnungslegung und Abschlussprüfung

Weiterhin hervorzuheben ist die Pflicht des Aufsichtsrats, die jährliche Finanzberichterstattung der Gesellschaft zu prüfen (§ 171 Abs. 1 AktG) und – in einer Aktiengesellschaft – den Jahresabschluss und den Konzernabschluss zu billigen sowie hierüber an die Gesellschafter zu berichten. Bei jener – vielfach besondere Kenntnisse in Rechnungslegungsfragen voraussetzenden – Tätigkeit muss der Aufsichtsrat die Finanzberichterstattung entsprechend dem oben dargelegten Überwachungsmaßstab auf ihre Recht- und Ordnungsmäßigkeit sowie – dies unterscheidet sie von der Abschlussprüfung – ihre Zweckmäßigkeit überprüfen. Dabei ist die Recht- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung darauf ausgerichtet, ob die Bilanzierung und Bewertung den gesetzlichen Vorgaben entspricht, beispielsweise ob eine gesetzlich vorgeschriebene Rücklage entsprechend eingestellt wurde. Die Zweckmäßigkeitsprüfung erstreckt sich hingegen auch auf die Beurteilung, ob Bilanzierungs- und Bewertungsspielräume im Unternehmensinteresse ausgeübt wurden, beispielsweise die Höhe der Bildung freier Rücklagen zur Innenfinanzierung. Hierbei darf der Aufsichtsrat auf die Prüfungsergebnisse, insbesondere auf die im Prüfungsbericht dargelegten Einschätzungen des Abschlussprüfers zurückgreifen; freilich entlastet ihn dies rechtlich nicht von einer eigenständigen Beurteilung. Um dabei den Feststellungen des Abschlussprüfers vertrauen zu können, ist es für den Aufsichtsrat besonders bedeutsam, der Auswahl des Abschlussprüfers mit Blick auf dessen Qualifikation und Unabhängigkeit von der Unternehmensleitung erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Vor allem muss er mit dem Abschlussprüfer bei seiner eigenen Rechnungslegungsprüfung eng zusammenarbeiten. Der Prüfer ist deshalb auch verpflichtet, an der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats oder eines Ausschusses teilzunehmen, über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten (§ 171 Abs. 1 AktG) sowie den Aufsichtsratsmitgliedern Rede und Antwort zu stehen. Dabei kann der Aufsichtsrat den Abschlussprüfer im Übrigen auch um Unterstützung bitten, so z. B. bei der Beurteilung der Internen Revision oder des Risikomanagementsystems. Solche Aufgaben können als besondere Prüfungsschwerpunkte separat an den Prüfer vergeben werden.

### Bericht an Gesellschafter / Zusammenwirken mit Gesellschaftern

Wichtiger Bestandteil der Aufsichtsratsarbeit ist der jährliche schriftliche Bericht an die Anteilseigner (Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung). Jener Berichterstattung

nach § 171 Abs. 2 AktG muss der Aufsichtsrat besondere Aufmerksamkeit schenken, weil die Gesellschafter nur so die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats beurteilen und über seine Entlastung beschließen können. Im Mittelpunkt stehen die Beurteilung der Rechnungslegung durch den Aufsichtsrat einerseits und das Ergebnis der Abschlussprüfung andererseits. Diese Informationen sind für die Gesellschafter von besonderer Bedeutung, weil auf ihrer Basis über die Gewinnverwendung (und in einer GmbH über die Feststellung des Jahresabschlusses) beschlossen wird. Nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG kann freilich die öffentliche Hand als Gesellschafter verlangen, dass ihr auch der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers zugesandt wird, wenn am Unternehmen eine (oder mehrere) Gebietskörperschaft(en) mit Mehrheit oder mindestens 25 % beteiligt ist (sind). Die Rechtsprechung legt hohe Maßstäbe an die Qualität der Aufsichtsratsberichterstattung. Ein Aufsichtsrat ist mithin gut beraten, besondere Sorgfalt bezüglich der Inhalte und Formulierungen seines Berichts walten zu lassen. Aus dem Bericht muss erkennbar sein, dass und wie der Aufsichtsrat seiner Prüfungspflicht nachgekommen ist, etwa welche Maßnahmen und Methoden er bei seiner Überwachungstätigkeit eingesetzt hat oder ob alle wesentlichen Themen im Aufsichtsrat behandelt wurden. Auch darüber hinaus ist insbesondere in der GmbH ein Zusammenwirken und eine offene Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung wichtig, um zu konsensfähigen und konstanten Entscheidungen mit Blick auf die Geschäftsführung zu gelangen.

### **Mitwirkungsbefugnisse und -möglichkeiten des Aufsichtsrats**

Die Überwachungsaufgabe umfasst eine begleitende Kontrolle der Unternehmensleitung, namentlich eine Pflicht zur Beratung des Vorstands bzw. des Geschäftsführers in besonders gewichtigen Fragen. Umgekehrt ist die Unternehmensleitung verpflichtet, sich vom Aufsichtsrat beraten zu lassen. Dabei muss der Vorstand bzw. der Geschäftsführer freilich die Vorstellungen des Aufsichtsrats nicht zwingend umsetzen; insoweit genießt das Leitungsorgan eigenes unternehmerisches Ermessen. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf die Unternehmensführung sind mithin beschränkt. Echte Mitwirkungsbefugnisse stehen dem Aufsichtsrat aktienrechtlicher Prägung allenfalls vereinzelt zu.

#### **Allgemeine Mitwirkungsbefugnisse**

Wichtigstes Mitspracheinstrument des Aufsichtsrats ist dabei, die Durchführung bestimmter Geschäfte unter den Vorbehalt seiner vorherigen Zustimmung zu stellen. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG normiert seit 2002 verpflichtend, dass ein solcher Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte in der Satzung oder durch das Aufsichtsratsplenum (§ 107 Abs. 3 AktG) selbst festgeschrieben werden muss. Zu ihnen gehören etwa:

#### **Zustimmungsvorbehalte**

- Erwerb, Bebauung, Belastung und Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten;
- Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Gründung, Liquidation und Umwandlung von Gesellschaften und Unternehmensteilen;
- Abschluss von Verträgen mit besonderer strategischer Bedeutung, insbesondere von Verträgen im Zusammenhang mit der Erschließung neuer Geschäftsfelder, sowie die Aufgabe vorhandener wesentlicher Tätigkeitsgebiete;
- Verabschiedung der Jahresplanung, insbesondere der Investitionsplanung und der mittelfristigen Unternehmensplanung;
- Festlegung und Änderung der Grundsätze der Geschäftspolitik im Unternehmen;
- Errichtung und Schließung von Niederlassungen;
- Erteilung von Generalvollmachten.



Geschäfte aus einem solchen Katalog dürfen nicht ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden. Gleichwohl ist der Vorstand bzw. der Geschäftsführer nicht gehindert, das Geschäft im Außenverhältnis dennoch zum Abschluss zu bringen. Er ist jedoch ersatzpflichtig, wenn der Gesellschaft hierdurch ein Schaden entsteht. In der Aktiengesellschaft ebenso wie in der GmbH kann eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats von den Gesellschaftern revidiert werden (§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG). Die Unternehmensleitung muss in diesen Fällen die Gesellschafter zur Beschlussfassung aufrufen. Es gilt dann der Beschluss der Gesellschafter.

#### **Der Aufsichtsrat als Kollegialorgan**

#### **Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsratsarbeit**

Der Aufsichtsrat aktienrechtlicher Prägung ist ein Kollegialorgan. Die oben umschriebenen Aufgaben im Rahmen der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats richten sich an das Gremium als Ganzes. Die aktienrechtlichen Rechte und Pflichten stehen grundsätzlich nur dem Aufsichtsrat als Gremium, nicht aber dem einzelnen Ratsmitglied zu. Dies gilt beispielsweise für das Einsichtsrecht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft (§ 111 Abs. 2 AktG). Freilich kann das Gremium beschließen, dass es seine Rechte durch einzelne seiner Mitglieder ausüben lässt. Für das individuelle Ratsmitglied bedeutet all dies, dass es nur dem Aufsichtsgremium gegenüber verantwortlich ist und nur innerhalb dieses Gremiums seine Tätigkeit ausüben kann. Deshalb basiert die Überwachungsarbeit im Wesentlichen auf der gemeinsamen Beschlussfassung im Aufsichtsrat. Besonders wichtig ist daher, dass die Ratsmitglieder an den Sitzungen teilnehmen und sich hierauf angemessen vorbereiten.

#### **Der Aufsichtsrat als Innenorgan**

Der Aufsichtsrat tritt – anders als der Vorstand (§ 78 Abs. 1 AktG) oder der Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG) – kaum nach außen selbstständig in Erscheinung. Dies folgt aus der Funktion des Aufsichtsrats als interner Corporate-Governance-Baustein. Nur in wenigen Ausnahmefällen erlaubt der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat den Gang in die Öffentlichkeit, etwa wenn es darum geht, die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung, z. B. bei dem Abschluss von Verträgen mit diesen und bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Mitglieder der Unternehmensleitung, zu vertreten (§ 112 AktG) oder aber den Prüfungsauftrag an den Abschlussprüfer zu erteilen (§ 111 Abs. 1 Satz 3 AktG). Aus jener primär nach innen gerichteten Überwachungsaufgabe folgt die Pflicht des Aufsichtsrats, festgestellte Schwächen in der Unternehmensführung den Verantwortlichen intern zu kommunizieren und hierüber ggf. auch den Gesellschaftern zu berichten. Das Sprachrohr der Gesellschaft nach außen ist der Vorstand in der AG bzw. der Geschäftsführer in der GmbH. Der Aufsichtsrat hat nach außen prinzipiell keine Kommunikationsfunktion und muss sich dessen – gerade auch mit Blick auf seine gesetzlich verankerte Verschwiegenheitspflicht – bewusst sein.

#### **Pflicht zur Binnenorganisation im Allgemeinen**

Die steigenden Anforderungen an die Überwachung der Geschäftsleitung zwingen den Aufsichtsrat als Kollegialorgan zu einer effizienten, klaren und gut durchdachten Binnenorganisation. Ihm obliegt es, sich intern zu organisieren, also eine Binnenstruktur zu schaffen, welche den notwendigen Ordnungsrahmen für eine sachgerechte Wahrnehmung der ihm als Kollegialorgan zugewiesenen Überwachungsaufgaben bietet. Dies ist nicht nur sein Recht, sondern zugleich seine Pflicht. Dabei hat der Aufsichtsrat im Wesentlichen freie Hand. Nur wenige gesetzliche Vorschriften befassen sich mit der „inneren Ordnung“ des Aufsichtsrats. Dies sind vor allem die §§ 107 ff. AktG, welche aber teils Abweichungen durch die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats erfahren können. Sie werden ergänzt durch Normen aus dem Mitbestimmungsgesetz (§§ 27–29, 31, 32 MitbestG). Zu einer solchen Binnenorganisation gehört insbesondere die Festlegung von Spielregeln für die Zu-

sammenarbeit zwischen den einzelnen Mitgliedern im Gremium in Form einer detaillierten Geschäftsordnung. Sie umfasst regelmäßig Fragen der Sitzungseinberufung, der Sitzungsfrequenz, des Sitzungsablaufs oder der Beschlussfassung, aber auch der Aufgabenverteilung im Aufsichtsrat. Von besonderer Bedeutung sind dabei Kommunikationsregeln innerhalb des Aufsichtsrats einerseits und – wie schon angesprochen – zwischen der Unternehmensleitung und dem Aufsichtsrat andererseits. Dies gilt nicht nur mit Blick auf Inhalt und Häufigkeit der Berichte – hierfür normiert § 90 AktG gesetzliche Vorgaben. In Rede stehen vielmehr auch die Art und Weise der Aufbereitung der Information durch die Geschäftsführung. Und schließlich gehört zur Sicherstellung der Arbeitsfähigkeit ebenso die regelmäßige Überprüfung, ob sich das selbst gesetzte Regelwerk in der Praxis bewährt und von den Aufsichtsräten auch angewendet wird, die individuelle Binnenorganisation mithin zu einer effektiven Überwachungsarbeit beiträgt (sog. Effizienzprüfung).

Wesentlicher Baustein im Rahmen der Binnenorganisation ist die Bildung von (vorbereitenden) Ausschüssen, wie sich schon verschiedentlich im Aktiengesetz, z. B. aus einem Teilnahmerecht an Ausschusssitzungen (§ 109 Abs. 2 AktG) oder aus der Berichterstattung an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 Satz 2 AktG), aber auch aus Tz. 5.3.1. des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) herauslesen lässt. In der Ausschussbildung liegt ein enormes Potenzial für eine effektive und effiziente Überwachungsarbeit vor allem in großen (mitbestimmten) Aufsichtsräten: *Erstens* kann dort der für die spezielle Überwachungsaufgabe erforderliche Sachverstand effektiv gebündelt werden. Dabei können z. B. in einem Prüfungsausschuss drei oder vier mit Rechnungslegungsfragen vertraute Aufsichtsräte sachverständiger diskutieren als es einem größeren Aufsichtsratsplenum möglich wäre. *Zweitens* kann in diesem kleineren Rahmen zielbewusster und verständiger, aber auch vertraulicher diskutiert werden. In der Praxis finden sich häufig ein Prüfungs- bzw. Bilanzausschuss, ein Finanzausschuss, ein Personalausschuss oder ein Aufsichtsratspräsidium.

#### **Ausschussbildung im Besonderen**

Ebenfalls Ausfluss des Kollegialprinzips ist, dass allen Aufsichtsratsmitgliedern ein grundsätzlich gleicher Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab obliegt. Das Gesetz unterscheidet weder zwischen Arbeitnehmersvertretern oder Anteilseignersvertretern im Aufsichtsrat noch danach, ob das Ratsmitglied nach Qualifikationskriterien gewählt oder von Amts wegen bestellt (also beispielsweise von einer Gebietskörperschaft entsandt) worden ist. Zum insoweit erforderlichen Pflichtenmaßstab des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds schweigt das Aktiengesetz. § 116 Satz 1 AktG verweist für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern auf § 93 AktG, die Parallelnorm für Vorstandsmitglieder. Danach hat ein Vorstandsmitglied bei der Geschäftsführung die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ zu beachten (§ 93 Abs. 1 AktG). Bei der „sinngemäßen“ Rechtsanwendung von § 93 Abs. 1 AktG auf den Aufsichtsrat ist zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsrat vorrangig die Unternehmensleitung zu überwachen und zu beraten hat. Deshalb trifft jedes Ratsmitglied somit (nur) die „Sorgfalt und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften *Überwachers*“. Die Aufsichtsratsmitglieder sind mithin alle nach den gleichen Grundsätzen verantwortlich.

#### **Gleicher Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab**

Nur ausnahmsweise ist zu differenzieren, etwa wenn das Ratsmitglied wegen seiner besonderen Expertise bestellt worden ist; dann wird für dieses Mitglied ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab gelten müssen, der sich an dem Beruf des Aufsichtsratsmitglieds und seinen Fertigkeiten orientiert. Wegen einer gesteigerten Verantwortung von solchen Ratsmitgliedern, die einem besonderen Ausschuss zugewiesen sind, diffe-

#### **Ausnahmsweise Differenzierung bei besonderer Expertise**

renziert die ständige Rechtsprechung auch insoweit beim Sorgfaltsmaßstab. So haben etwa Mitglieder eines Bilanz- oder Finanzausschusses den dort erforderlichen Sachverstand im Bereich Rechnungslegung und Controlling einzubringen. Dieser Intensivierung des Pflichtenmaßstabes für Ausschussmitglieder steht eine reduzierte Sorgfaltspflicht bei den sog. ausschussexternen Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber. Sie können sich in der Regel auf die im Ausschuss geleisteten Vorarbeiten verlassen und müssen sich nur überzeugen, dass die Ausschüsse ordnungsgemäß zusammengesetzt sind und sorgfältig arbeiten. Hierzu sind regelmäßige Effizienzprüfungen hilfreich. Erst, wenn sich Anzeichen unzulänglicher Ausschussarbeit zeigen, wird der Gesamtaufsichtsrat weitere Kontrollmaßnahmen ergreifen müssen.

### **Objektiver Pflichtenmaßstab verlangt Mindestkenntnisse**

Abgesehen von jenen Sonderexpertisen stellt das Gesetz bei der Beurteilung der Sorgfaltspflicht eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nicht auf dessen individuelle Fähigkeiten ab. Es gilt ein sog. objektiver Pflichtenmaßstab, der sich nicht nur auf die Aufgaben eines Aufsichtsrats im Allgemeinen bezieht, sondern auch die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft berücksichtigt. Je komplexer und größer das Unternehmen ist, desto umfassender und komplizierter werden dabei die erforderlichen Kontrollpflichten sein. Unabhängig davon ist ein für alle Aufsichtsratsmitglieder quasi-gesetzlicher Mindeststandard anerkannt. Danach muss ein Aufsichtsratsmitglied für die Sorgfaltspflicht einstehen, die nach der Verkehrsanschauung von einem ordentlichen Aufsichtsratsmitglied erwartet werden kann. Jedes Aufsichtsratsmitglied muss „diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“ (BGHZ 85, S. 295 f. – Hertie). Es sollte in der Lage sein, sich – unter Rückgriff auf die Vorstandsberichte und die Feststellungen des Abschlussprüfers – ein Bild von der Gesellschaft, ihrer Lage und Entwicklung zu machen. Dazu sind betriebswirtschaftliche Kenntnisse, zumindest aber ein gutes Verständnis der für das Unternehmen relevanten wirtschaftlichen Zusammenhänge notwendig. Soweit es die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung im Einzelfall erfordert, ist ein Sachverständiger hinzuzuziehen. Ein Aufsichtsratsmitglied muss deshalb auch fähig sein, einen etwaigen Beratungsbedarf zu erkennen. Für die Überwachung der Rechnungslegung hat dies der Gesetzgeber mit dem Prüfungsbericht des Abschlussprüfers gesetzlich veranlasst. Zudem sollte jedes Ratsmitglied die gesetzlichen Pflichten und Befugnisse des Aufsichtsrats kennen, um beurteilen zu können, ob der Vorstand z. B. seiner Berichtspflicht nachkommt und der Gesamtaufsichtsrat seine Aufgaben angemessen erfüllt. Besondere Sach- und Fachkenntnisse (von Grundzügen der Rechnungslegung abgesehen) werden von einem Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich nicht verlangt. Da die Überwachungsaufgabe nicht dem einzelnen Ratsmitglied, sondern dem Gesamtaufsichtsrat obliegt, reicht es aus, wenn in diesem insgesamt eine im Einzelfall erforderliche besondere Sachkunde vorliegt.

### **Qualifikation und Fortbildung**

#### **Pflichten des Einzelnen zur Mandatsausübung**

All dies zeigt, dass trotz der Gesamtverantwortung des Aufsichtsrats dem einzelnen Ratsmitglied auch individuell aktive Pflichten obliegen. Die Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen entspricht dabei im Wesentlichen derjenigen in privaten Unternehmen (vgl. dazu *PublicGovernance Sommer 2005*, S. 13 sowie S. 17 f.). Dies betrifft nicht nur die schon erwähnte Pflicht zur Sitzungsteilnahme oder zur Sitzungsvor- und -nachbereitung. Vielmehr muss jedes Ratsmitglied bereits bei Amtsübernahme die für das Mandat erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, sie sich notfalls noch vor Amtsantritt aneignen und selbstverständlich erhalten. Deshalb gehören Qualifikationsmaßnahmen und regelmäßige Fort- und Weiterbildung zum Pflichtprogramm jedes Aufsichtsratsmitglieds. Auch

dies liegt grundsätzlich in der Verantwortung jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds und ist entscheidend, wenn es z. B. darum geht, bei Fehlentscheidungen nachweisen zu können, dass die Lage inhaltlich richtig beurteilt werden konnte. Ebenso ist jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied selbst verpflichtet, die für die sachgerechte Ausübung seines Mandats erforderliche Zeit aufzubringen.

Das Wohl des Unternehmens zu beachten und ihm zu dienen, dazu ist nicht nur die Geschäftsführung verpflichtet, sondern auch der Aufsichtsrat. Jene Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse folgt rechtlich aus der ungeschriebenen Treuepflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, moralisch aus der Loyalität zum Unternehmen. Dazu gehört in erster Linie die Verpflichtung, der Gesellschaft keinen Nachteil zuzufügen. Deshalb müssen alle mit dem Unternehmensinteresse kollidierenden Belange vom Aufsichtsratsmitglied außer Acht bleiben; konkurrierende Interessen, die etwa aus anderen Aufsichtsratsmandaten oder aus der Position als Bediensteter der öffentlichen Hand resultieren, entlasten das Aufsichtsratsmitglied insoweit nicht. Deshalb kann ein Aufsichtsratsmitglied auch zur Stimmenthaltung oder ggf. zur Mandatsniederlegung verpflichtet sein, wenn sich ein Interessenkonflikt in der Person des Aufsichtsratsmitglieds im Einzelfall oder dauerhaft entzündet. Diese Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds hat heute einen herausragenden Stellenwert. Die entsandten Vertreter einer Gebietskörperschaft unterliegen dabei einem besonderen Zwiespalt zwischen dem öffentlichen Interesse der Gebietskörperschaft einerseits und dem Unternehmensinteresse andererseits. Obwohl es den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern näher stehen mag, das Unternehmensinteresse dem der Gebietskörperschaft unterzuordnen, hat der Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen den Vorrang des Gesellschaftsrechts betont: Der Staat muss, bedient er sich der Freiheiten des privatrechtlichen Wirtschaftens, die dort geltenden Spielregeln einhalten. Dann aber muss er auch akzeptieren, dass das öffentliche Unternehmen ein eigenes – ggf. von der Gebietskörperschaft verschiedenes – Interesse besitzt. Ein allgemeiner Vorrang der öffentlichen Belange lässt sich nicht begründen. Deshalb sind die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Aufforderungen, dass bei der Aufsichtsratsausübung auch die Belange und Interessen der Gebietskörperschaft zu beachten seien (vgl. z.B. § 88 Abs. 4 GemO RP), gesellschaftsrechtlich nur als Empfehlungen zu verstehen. Hierüber haben wir schon ausführlich in unserer ersten Ausgabe von *PublicGovernance* (Sommer 2005, S. 18 f.) berichtet.

### **Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse**

Ebenso und erst recht verlieren Weisungen der Gebietskörperschaft, die dem Unternehmensinteresse entgegenstehen, an rechtlicher Bedeutung. Sie sind auch insoweit zweifelhaft, als das Aufsichtsratsmandat ein höchstpersönliches ist, vor allem wenn es um die Abstimmungsfreiheit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds geht. Der Mandatsträger ist prinzipiell nicht an Weisungen gebunden und muss eine Weisung bei der Abstimmung ignorieren, wenn sie dem Unternehmensinteresse entgegensteht. Lässt das (im Zweifel vorrangige) Unternehmensinteresse die konkrete Weisung zu, so kann das Aufsichtsratsmitglied im Sinne der Weisung votieren. Der Stimme enthalten darf sich das Aufsichtsratsmitglied nur, wenn die Weisung dem Unternehmensinteresse entgegensteht, seine Stimme bei der Beschlussfassung aber nicht entscheidend ist. Jene Prüfung muss das Aufsichtsratsmitglied im jeweiligen Einzelfall eigenverantwortlich vornehmen. Der entsandte Vertreter mag anführen, dass eine persönliche Haftung auch dann nicht drohe, wenn man die Weisung entgegen dem Unternehmensinteresse befolge; schließlich sähen einige Kommunalordnungen insoweit Haftungsfreistellungen vor (vgl. § 125 Abs. 3 Satz 1 HGO, § 74 Abs. 3 Satz 1 ThürKO). Ein eingetretener Imageschaden für einen in der Öffentlichkeit stehenden Mandatsträger wird indes hierdurch nicht abgewendet.

### **Höchstpersönlichkeit und Weisungsfreiheit**

### **Höchstpersönlichkeit und Sitzungsteilnahme**

Aus dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit ergibt sich für jedes Aufsichtsratsmandat aktienrechtlicher Prägung eine weitere Pflichtenbindung: Eine Vertretung bei der Ausübung des Aufsichtsratsmandats ist rechtlich kaum möglich. In praxi wirkt sich dies insbesondere bei der Teilnahme an den Aufsichtsrats- oder Ausschusssitzungen aus. Nach § 109 Abs. 3 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied nur durch eine Ersatzperson vertreten werden, wenn die Satzung dies zulässt und der Vertreter in Textform schriftlich ermächtigt worden ist. Freilich hat die Ersatzperson nicht die Position eines echten Stellvertreters, sondern tritt nur als Stimmbote für das verhinderte Aufsichtsratsmitglied auf, hat also kein Recht zur eigenen Stimmabgabe oder zur Stellung von Anträgen. Dies ist im Aufsichtsrat einer Anstalt des öffentlichen Rechts anders, da diese nicht zwingend den aktienrechtlichen Vorschriften unterliegt, sondern den im Errichtungsgesetz oder aber in der Satzung verankerten Regeln.

### **Verschwiegenheitspflicht**

Aufsichtsratsmitglieder sind zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihnen durch ihre Tätigkeit als Aufsichtsrat bekannt geworden sind, sowie über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 116 Satz 2 AktG). Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht gegenüber jedermann und jederzeit, sowohl als Aufsichtsratsmitglied als auch nach Beendigung des Mandats. Sie ist das Korrelat zum unbeschränkten Informationsrecht des Aufsichtsrats. Verschwiegenheitsverletzungen können ebenso Haftungsfolgen auslösen wie Verletzungen der zuvor angesprochenen Treuepflicht. Zudem ist die Verletzung der Verschwiegenheit strafbewehrt (§ 404 AktG, § 85 GmbHG). Sie kann ebenso eine Abberufung aus wichtigem Grund (§ 103 Abs. 3 AktG) oder aber (bei Wiederholungsgefahr) eine Unterlassungsklage nach sich ziehen. Von diesem strikten Grundsatz gewährt das Gesetz eine Ausnahme für Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft gewählt oder entsandt worden sind (§ 394 AktG). Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Gebietskörperschaft die Gesellschaft zur Erfüllung öffentlicher Interessen einsetzt, mit ihr also im weitesten Sinne einen Gemeinwohlzweck verfolgt und deshalb über ein besonderes Informationsinteresse verfügt. Denn die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht kollidiert mit dem kommunalrechtlichen Informations- und Transparenzgebot, das aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgt. Nach § 394 AktG unterliegen solche Informationen nicht der Verschwiegenheit, über die das Aufsichtsratsmitglied der Gebietskörperschaft gegenüber berichterstattungspflichtig ist. Für vertrauliche Angaben und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichterstattung nicht von Bedeutung ist. § 394 AktG erlaubt nur eine Berichterstattung an die Gebietskörperschaft bzw. ihren Vertreter. Dies kann je nach Zuständigkeit ein Fachdezernent oder aber der Bürgermeister oder die Beteiligungsverwaltung, ggf. sogar der gesamte Gemeinderat (aber nur in einer nicht öffentlichen Sitzung) sein, nicht jedoch etwa eine einzelne Fraktion oder ein einzelnes Stadt- oder Gemeinderatsmitglied. Ebenso kann die Information nicht gegenüber der Öffentlichkeit (auf Pressekonferenzen oder Wahlveranstaltungen) verbreitet werden. Die Befreiung von der Verschwiegenheit enthält mithin sowohl eine sachliche Beschränkung auf berichterstattungspflichtige Informationen, als auch eine personelle Begrenzung. Und mehr noch: Mit der Mitteilung z. B. an den Vorgesetzten wird nun dieser seinerseits zur Verschwiegenheit über die erlangten Informationen verpflichtet (arg. § 395 Abs. 1 AktG). Diese Rechtslage hat das Verwaltungsgericht Regensburg im Jahre 2005 (AZ: 3 K 04.01408) mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit kritisiert und ein Tätigwerden des Gesetzgebers gefordert (*siehe dazu S. 32 in diesem Heft*).

Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied seine Mitwirkungspflichten, droht die persönliche Haftung, wenn der Gesellschaft hierdurch ein Schaden entstanden ist (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 AktG). erinnert sei an die soeben erwähnten Beispiele: Ein Aufsichtsratsmitglied kann mangels hinreichender Kenntnis oder intensiver Beschäftigung mit den Aufsichtsratsunterlagen eine Überwachungssituation nicht richtig beurteilen; ein Aufsichtsratsmitglied stimmt gemäß Weisung der Gebietskörperschaft gegen das Unternehmensinteresse ab oder verletzt die Verschwiegenheitspflicht. Für entsandte Gemeindevertreter im Aufsichtsrat sehen die Kommunalordnungen in der Regel eine Haftungsfreistellung (z. B. § 125 Abs. 3 Satz 1 HGO, § 74 Abs. 3 Satz 1 ThürKO) vor. Die Gemeinde ersetzt den entstandenen Schaden, es sei denn, er wurde vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt. In diesem Falle ist ein Regress nur möglich, wenn der entsandte Vertreter auf Weisung der Gemeinde gehandelt hat (z. B. § 125 Abs. 3 Satz 2 HGO, § 74 Abs. 3 Satz 2 ThürKO). Unabhängig von jener Freistellung kann jedes Aufsichtsratsmitglied einer persönlichen Inanspruchnahme in Form von Directors' and Officers' Liability Insurance (D&O-Versicherungen) entgegen wirken, deren Schutz jedoch ebenfalls bei vorsätzlichem Handeln ausfällt. Der Versicherungsvertrag enthält zudem üblicherweise einen Selbstbehalt des Ratsmitglieds (vgl. dazu Tz. 3.8 des Deutschen Corporate Governance Kodex).

### Persönliche Haftung des Aufsichtsratsmitglieds

### Wesentliche Mitwirkungsrechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

Damit jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied seinen Beitrag am Gelingen der Gesamtaufgabe „Unternehmensüberwachung“ leisten kann, stehen ihm diverse Mitwirkungsrechte zu, die abschließend nur in Form einer Übersicht aufgezeigt werden sollen. Diese sinnvoll in Anspruch zu nehmen und auszufüllen, liegt in der höchstpersönlichen Verantwortung jedes Ratsmitglieds.

#### Ausgewählte Mitwirkungsrechte des einzelnen Ratsmitglieds

##### Aufsichtsratsinterne Mitwirkungsbefugnisse

- Recht auf Ladung zu und Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen
- Recht auf Einberufung des Aufsichtsrats und Ergänzung der Tagesordnung
- Grundsätzliches Abstimmungsrecht
- Recht, Erklärungen zu Protokoll zu geben
- Recht auf Aushändigung der Sitzungsniederschrift
- Grundsätzliches Recht zur Teilnahme an Ausschusssitzungen auch als ausschussexternes Mitglied
- Vetorecht gegen Beschlussfassung ohne förmliche Sitzung
- Gerichtliche Durchsetzung einer vollständigen und ordnungsgemäßen Beratung des Aufsichtsrats
- Gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen

##### Übrige Rechte hinsichtlich Vorstand und Gesellschafter

- Recht auf Kenntnisnahme der schriftlichen Vorstandsberichte und sonstiger Unterlagen
- Verlangen einer Sonderberichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat
- Mitteilung der Einladung zur Gesellschafter- und Hauptversammlung
- Recht und Pflicht zur Teilnahme an der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung
- Äußerungsrecht in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung
- Schriftliche Mitteilung der Beschlüsse der Gesellschafter
- Geltendmachung der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen ■