

Bankenaufsichtsrat – Veränderte Aufgabenfelder und Haftungsrisiken, Teil I

VON
Carl Otto Thorwart - Alexander Frey¹

Überblick

I. Einleitung	1
II. Der Aufsichtsrat innerhalb der Verfassung der AG	3
1. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zur Hauptversammlung und zum Vorstand (3)	
2. Allgemeine Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates (4)	
3. Bericht an die Hauptversammlung und Jahresabschluss (7)	
III. Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds	8
1. Rechtstellung der AR-Mitglieder (8)	
2. Haftung des AR-Mitglieds ()	
IV. Ausschüsse des Aufsichtsrates	10
V. Besondere Pflichten des Aufsichtsrates einer Bank (s. Teil II in NWiR Heft 1/2014)	

I. Einleitung

Die Aufgabe, Neuerungen des Aufsichtsratsrechts für die Praxis von Bank-Aufsichtsräten zusammenzustellen, ist ebenso verlockend wie schwierig; geht es doch um nicht weniger, als um eine Ansammlung von Vorschriften, die in der Folge der Finanzkrise erlassen wurden, um eine Wiederholung der angenommenen Krisenursachen zu vermeiden. Es dürfte allgemein bekannt sein, dass die Krise in der Öffentlichkeit meist auf das weltweite Fehlverhalten von Banken mit Derivaten auf internationalen Kapitalmärkten zurückgeführt wird.² Infolge dessen kam es zu einer politischen und fachjuristischen Debatte der sog. Re-Regulierung, die sich z.T. in regulierungswütigen Auswüchsen niederschlug.³ Besonders auffällig sind derzeit die

¹ Z.T. überarbeitete Fassung des Vortrags zum Thema von *Frey/Herrmann* vor der CVW-Privatbank AG v. 17. 11. 2012; der Vortragsteil von *Herrmann* ist vorab verwertet in *ders./Roth*, Gesellschafts- und Finanzmarktrecht nach der Finanzkrise von 2008, NWiR 2/2012 zu Nr. I, passim.

² Besond. prominent schon *H. Schmidt*, Der Markt ist keine sichere Bank, Die Zeit 4.5.2009; *ders.*, ebd. 25.9.2008: Eine „...profitbesoffene Euphorie... von der Wall Street ... (hat sich) über die ganze Welt bis in den Fernen Osten...“ ausgebreitet; „...Ideologie...Das regelt alles der Markt. ;...was richtig gewesen wäre: ...schärfere Kontrollen einführen“.

³ Vgl. die Gegenkritik bei *K. Hopt*, in *ders. u.a. (Hrsg.)*, Hdb. Corporate Governance Banken, 2012, S. 9, 23 m.w.Nachw.

Vorschläge strenger Verschuldungsgrenzen durch sog. leverage ratio und zusätzlicher Verbote besonders risikoträchtiger Geschäfte, um Ausweichmöglichkeiten zu erschweren.⁴ Den Vogel schießt aber wohl jetzt die Strafvorschrift des § 54a Abs.1 KWG nach dem neuen TrennbankenG ab, die ursprünglich so weit gehen sollte, dass unter kriminelle Strafandrohung gestellt wird, wer nicht dafür Sorge trägt, dass seine Bank ein geeignetes Risikomanagement und geeignete Compliance-Routinen einrichtet.⁵ Erst während des weiteren Gesetzgebungsverfahrens hat man dies immerhin dahin gehend abgeändert, dass nur die Nichtbefolgung einer besonderen Anordnung der Aufsichtsbehörde strafbar ist. Die richtige Mischung von Verbots- und Anreizregulierung⁶ scheint aber hierbei wie auch sonst in mancherlei Hinsicht längst noch nicht gefunden.⁷

Wer in einem solchen Umfeld als praktizierender Anwalt seriös arbeiten will, tut gut daran, seine Position im Konfliktfeld widerstreitender Interessen zu kennzeichnen. Die Verf. sind gleichermaßen für Banken wie für Bankkunden tätig und verfolgen keinerlei rechtspolitischen Ziele. Es geht vielmehr in erster Linie darum, durch Information über aktuelle Entwicklungstrends dazu beizutragen, dass praktizierende Aufsichtsräte zureichend informiert und auf die Veränderungen ihres Aufgabenfeldes vorbereitet werden.

Mit Blick auf allgemeinere Fragen lässt sich der Beitrag als Versuch kennzeichnen, über die bloße Stellung als Parteivertreter im Prozess hinaus zu gelangen und streitvermeidend zu wirken. Greift man aktuelle Forschungen zur sog. compliance im Unternehmen auf, so kann man feststellen, dass es sich dabei keineswegs um bloß unternehmensinterne Lernvorgänge handelt. Auch für Rechtsanwälte zeichnen sich durch den zunehmenden Bedarf an Informationen und Kontrollen der Befolgung von Rechtsvorschriften wesentliche neue Aufgabenfelder ab; denn sie sind es, die die rechtliche Interessenlage ihrer Mandanten am besten verstehen. Deshalb nimmt es kaum Wunder, dass es auch sie sind, die dafür zu sorgen haben, dass neues Recht im Unternehmen zutreffende Beachtung findet und zugleich Überreaktionen vermieden werden. Zwar wird Anwälten gern nachgesagt, dass sie aufgrund von Gebühreninteressen gar kein Interesse daran haben, entstehende Konflikte zu verhindern. Doch dürfte diese Sicht jedenfalls am Realtyp wirtschaftsrechtlicher Anwaltsspezialisierung

Vgl. nur die Auswüchse der MaRisk, wie unten zu I.3, und zu II; aus der Rspr. siehe z.B. LG Hamburg Urteil vom 23. Juni 2009 – Aktenzeichen 310 O 4/09: Schadensersatz der Hambg. Spark. wegen völlig überzogener Aufklärungspflichten zu Lehmann-Zertifikaten (a.A. aber – zu Recht – BGH Az. XI ZR 178/10, XI ZR 182/10).

⁴ Zur aktuell diskutierten Eigenkapitalquote von 3% der Bilanzsumme und den Umgehungsgefahren vgl. vorerst nur den Diskussionsbeitrag der Präsidentin der Abt. Banken in der BaFin. *Menke* in HBl. v. 18.12.2013, S. 4 f.

⁵ Dazu krit. *M. Jahn*, FAZ v. 24.7.2013; zur engeren Fassung geltenden Rechts aus verfassungsrechtl. Gründen s.u. zu V.

⁶ Zum Regulierungsmix vgl. nur *M. Draghi*, zit. n. T. Dietrich, RMRG (Risikomanagement und Finanzmarktregulierung im Medienfokus, v. 10.3.2010, www.rmrgrg/?p=1516, download v. 19.2.2013); zum Forschungsfeld des strategischen Management s. *H.Hungenberg/T.Wulf*, in ders./J. Meffert, Hdb. Strat. Management, 2003, S. 165 ff.

⁷ Trendangaben aber b. *Herrmann*, 10 Jahre Neues Wirtschaftsrecht, NWiR 2012/2 zu I, passim.

vorbei gehen. Wirtschaftsanwälte sind heutzutage längst nicht mehr nur Nothelfer, die erst im Falle eingetretenen Konflikts herbei gerufen werden; sondern sie werden prospektiv und konfliktvermeidend tätig, wo immer es ihre Stellung zum Mandanten erlaubt.

Ganz in diesem Sinne sei denn auch der Anlass dieses Beitrags offen gelegt: die Verf. waren Ende 2012 damit beauftragt, im Rahmen der Aufsichtsratssitzung einer mittelständischen Bank über Neuerungen des Aktienrechts der Banken vorzutragen. Ersichtlich ging es hier darum, dass der in anderem Zusammenhang schon einmal betreute Mandant Vertrauen gewonnen hatte und dies zum Anlass nahm, wegen der neuen Informationsbedarfe und Haftungsrisiken rückzufragen. Die Veranstaltung war nicht als fachwissenschaftlicher Vortrag sondern als Informationsaustausch im Mandantengespräch organisiert, weshalb für den hier abgedruckten Bericht auch von einem Fußnotenapparat weitgehend abgesehen wurde. Dennoch ist auf ein wissenschaftliches Résumé nicht gänzlich verzichtet. Der geneigte Leser wird dafür auf den entwicklungsgeschichtlichen Schlussteil verwiesen (VI).

II. Der Aufsichtsrat innerhalb der Verfassung der AG

Zunächst zur aktienrechtlichen Ausgangssituation, wie sie vor der Finanzkrise etabliert war. Die Bestandsaufnahme ist keineswegs nur für das alte Recht bedeutsam, sondern die hierzu gehörigen Normen sind zumeist bis heute noch geltendes Recht, so dass bei der Auslegung alten und neuen Rechts stets die Zusammenhänge im Wechsel der Paradigmen zu beachten sind.

1. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zur Hauptversammlung und zum Vorstand. Die Grundstruktur des Zusammenwirkens des Basisorgans Hauptversammlung mit dem Überwachungsorgan des Aufsichtsrats ergibt sich aus folgender Gegenüberstellung:

Das Verhältnis des Aufsichtsrats zu anderen Organen der AG	
Hauptversammlung	Aufsichtsrat
<ul style="list-style-type: none"> • HV wählt Mitglieder des AR (vgl. §§ 96 I, 101 I 1 AktG); Ausnahme: Entsenderecht / AN-Mitbestimmung • HV kann von ihr gewähltes AR-Mitglied mit 3/4-Mehrheit jederzeit (!) abberufen (§ 103 I AktG) • HV beschließt über Entlastung des AR (§ 120 I AktG) 	<ul style="list-style-type: none"> • ausschließliche Personalkompetenz des AR bei Bestellung Vorstandsmitglieder (§ 84 AktG) • schriftlicher Rechenschaftsbericht des AR gegenüber HV über Wahrnehmung seiner Aufgaben im abgelaufenen Wirtschaftsjahr (§ 171 II 2 AktG)

Im Verhältnis zum Vorstand ist v.a. die sog. Personalkompetenz zu nennen. Sie umfasst die Bestellung / Abberufung (nur aus wichtigem Grund) des Vorstands (§ 84 I, II AktG), den Abschluss des Dienstvertrag mit dem Vorstand (§ 84 I 5 AktG) und die damit einhergehende Festlegung Vorstandsvergütung (§ 87 AktG). Außerdem überwacht der AR die Geschäftsführung durch den Vorstand (§ 111 I AktG). Dabei sind zweierlei Perspektiven zu unterscheiden:

- *ex-post* Ergebniskontrolle des AR der Geschäftsführung durch Vorstand
- *ex-ante* Kontrolle der zukünftigen Geschäftspolitik und der beabsichtigten Strategie des Vorstands durch AR („*Forum kooperativer Kritik*“).

Eine direkte Einwirkung des AR in Geschäftsführung des Vorstandes bzw. der Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben ist nicht möglich (§ 111 IV 1 AktG). Im Übrigen obliegt dem Aufsichtsrat vor allem die Prüfung und Feststellung Jahresabschluss (§§ 171, 172 AktG). Außerdem kann die Satzung festlegen, dass bestimmte Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen. Auch der AR selbst kann einen Katalog zustimmungspflichtiger Handlungen des Vorstands festlegen (§ 111 IV 2 AktG).

2. Allgemeine Überwachungsaufgabe des AR. Der Überwachungsinhalt ist nach § 111 I AktG die „Geschäftsführung“, d.h. die Leitung des Unternehmens durch den Vorstand, nicht die Prüfung sämtlicher GF-Aktivitäten. M.a.W. es geht um die Prüfung der zentralen Führungs-/Leitungsentscheidungen des Vorstands und grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik, nicht um Kontrollen der Details und des laufenden Tagesgeschäfts. Anderes gilt für besondere Einzelmaßnahmen des Vorstands, insbesondere die vom Vorstand nach § 91 II AktG wahrzunehmende Risikofrüherkennung. Der AR muss überprüfen, ob Vorstand (i) Maßnahmen zur frühzeitigen Erkennung von bestandsgefährdenden Risiken und (ii) geeignetes und funktionsfähiges Risikomanagement- und Überwachungssystem unterhält.

Als weitere Konkretisierung der Überwachungsfunktion regelt § 90 I AktG ein ganzes Spektrum von Berichts- und Informationspflichten, die dem Vorstands ggü. dem AR obliegen. Es umfasst die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmens Planung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung), die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere EK-Rentabilität, den Geschäftsgang, insbesondere Umsatz und Lage der Gesellschaft sowie Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können.

Der zu überwachenden Personenkreis ist so definiert, dass zunächst die Geschäftsführung des Vorstands als Ganzes in den Blick zu nehmen ist. Die Tätigkeit des einzelnen Vorstandsmitglieds wird also grundsätzlich nicht, sondern nur dann erfasst, wenn Anzeichen

bestehen, dass der Gesamtvorstand seiner Pflicht zur Organe internen Überwachung des einzelnen Ressortvorstands nicht ausreichend nachkommt (dann aber auch Tätigkeit gegenüber dem Gesamtvorstand). Einzelne Mitarbeiter des Unternehmens sind regelmäßig nicht zu überwachen.

Als Kriterien der Überwachung sind festgelegt, die Ordnungsmäßigkeit, Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Die **Ordnungsmäßigkeitsprüfung** bezieht sich darauf, ob

- Vorstand Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gemäß § 93 I AktG einhält,
- innere Organisation und Ressortabgrenzung sowie Zusammenarbeit des Vorstands funktioniert,
- fach- und sachgerechte Unternehmensorganisation einschließlich der Unternehmensplanung und der Einrichtung eines internen Kontrollsystems gemäß § 91II AktG (Bestandssicherungsverantwortung) besteht.

Hinzu kommt die Überwachung der rechtzeitigen, vollständigen Berichterstattung sowie einer den Aufgaben des Vorstands angemessenen und sorgfältigen Vorbereitung der Führungsentscheidungen des Vorstands.

Die **Rechtmäßigkeitsprüfung** bezieht sich auf Einhaltung

- der sich aus Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung, Einzelbeschlüsse des AR oder durch Anstellungsvertrag begründeten Pflichten des Vorstands
- auf Compliance,

Die **Wirtschaftlichkeitsprüfung** erstreckt sich insbes. darauf, ob

- bereits getroffene und geplanten Vorstandsentscheidungen mit verabschiedeter Unternehmenspolitik und Gesamtstrategie im Einklang stehen;
- Geschäftsführung im Interesse des langfristigen Unternehmenserhalts die Sicherung der Liquidität und Finanzierung des Unternehmens sowie Erhaltung und Stärkung seiner Ertragskraft beachtet ist.

Zur **Zweckmäßigkeitsprüfung** gehören schließlich

- Die Prüfung, ob vom Vorstand getroffenen oder anstehenden wesentlichen Entscheidungen zielführend und vernünftig sind, um Ziele gemäß verabschiedeter Unternehmensplanung und Gesamtstrategie zu erreichen.

ABER dabei hat der Vorstand für seine unternehmerischen Entscheidungen einen weiten Ermessensspielraum (§ 93 I 2 AktG, sog. *business judgment rule*), der vom AR zu beachten ist. D.h. der AR hat bei solchen unternehmerischen Entscheidungen die Sorgfalt des Vorstands bei der Entscheidungsfindung zu prüfen. Solange Entscheidung des Vorstands im Rahmen des Ermessens der sog. *business judgment rule* ist, darf AR seine ggf. dissentierende Entscheidung ggü. Vorstand nicht durchsetzen, es sei denn es besteht Zustimmungsvorbehalt. Immer ist der AR verpflichtet, in AR-Sitzung seine abweichende Auffassung mitzuteilen.

Die Überwachungsintensität ist abgestuft. Sie muss an die jeweilige **Geschäfts-entwicklung** und **Risikolage der Gesellschaft** angepasst werden. U.U. ist besondere Zurückhaltung geboten, d.h. es darf lediglich „begleitende Überwachung“ erfolgen, soweit Geschäftsentwicklung in „normalen“ Bahnen verläuft. Das gilt v.a., wenn sie gegenüber der Unternehmensplanung und der allg. Wirtschaftsentwicklung keine signifikanten negativen Abweichungen aufweist, und Lage des Unternehmens zufriedenstellen ist. In der Krise der Gesellschaft ist allerdings eine sachlich und zeitlich höhere Kontrolldichte geboten, z.B.

- zusätzliche und häufigere Vorstandsberichte erforderlich,
- Verstärkte Ausschusstätigkeit des AR,
- höhere Frequenz an AR-Sitzungen.

Einige Besonderheiten sind von der Rspr. mit Blick auf präventive Kontrolleaufgaben entwickelt worden, die u.U. Teil der Überwachung sein sollen. Im Hinblick auf die **künftige Geschäftspolitik** erstreckt sich die Überwachung der Geschäftsführung auch auf laufende Vorgänge und Maßnahmen bzgl. der künftigen Entwicklung und insbes. auf die Beratung mit dem Vorstand über künftige geschäftspolitische Maßnahmen. Der BGH verlangt insofern eine ständige Diskussion des AR mit Vorstand und laufende Beratung, da diese wesentliche Komponente der Überwachungsfunktion sei. Die vorausschauende und präventive Kontrolle durch den AR ist herausragend wichtig bei der Beratung über beabsichtigte Geschäftspolitik und strategische Planung des Vorstands.

Zu bevorzugendes **Mittel der Überwachung** ist die Meinungsäußerung des AR und Dialog mit Vorstand. Einzelne Mitglieder des AR können zur Berichterstattung des Vorstands Zustimmung, Bedenken, Hinweise oder Fragen formulieren. Vom kritischen Dialog sind förmliche „Meinungsbeschlüsse“ des AR zu unterscheiden. Doch ist der Vorstand jenseits der Zustimmungsversagung des AR bei „zustimmungspflichtigem Geschäft“ nicht verpflichtet, einen AR-Beschluss zu befolgen.

Die Prüfungskompetenz umfasst auch **Einsichtnahmen. Denn der AR** hat nach § 111 II AktG das Recht, *„Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie Die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse die Bestände an Wertpapieren und Waren“* einzusehen und zu prüfen“. Die Aufzählung ist allerdings nur exemplarisch; Recht auf Einsichtnahme und Prüfung umfasst grundsätzlich gesamten Datenbestand des Unternehmens. Andererseits steht das Recht grds. nur dem AR als Organ zu; aber der AR kann nach § 111 II 1 AktG einzelne AR-Mitglieder oder für „bestimmte Aufgaben besondere“ Sachverständigen beauftragen. „Schuldner“ des Rechts ist grds. der Vorstand; aber das Prüfungsrecht umfasst auch die Befragung von Mitarbeitern, die mit konkretem Prüfungsgegenstand befasst sind oder waren.

Der AR hat insoweit ein „**Pflichtrecht**“, d.h. er muss aktiv darauf hinwirken, dass er die für sinnvoll Überwachung der Geschäftsführung erforderlichen Informationen erhält.

Was die **Zustimmungsvorbehalte** nach § 111 IV 2 AktG angeht, so handelt es sich um präventive Kontrolle. Die Satzung oder AR haben zwingend Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Arten von Geschäften vorzusehen. Sofern Satzung keine Zustimmungsvorbehalte enthält, ist AR verpflichtet, durch Ad Hoc-Beschluss oder in anderer Weise, z.B. gem. § 77 II 1 AktG durch Änderung GO-Vorstand, Zustimmungsvorbehalte vorzusehen. Gegenstand von Zustimmungsvorbehalte sind *bestimmte Arten von Geschäften*

- Rechtsgeschäfte und unternehmensinterne Maßnahmen
- nur nach generellen objektiven Kriterien konkret bestimmbare Maßnahmen
- Generalklausel „*alle wesentlichen oder außergewöhnlichen Geschäfte*“ unzulässig

Es muss sich aber um grundlegende Vorgänge handeln, die die Ertragsaussichten und die Risikoexposition des Unternehmens grundlegend verändern. Der AR hat die Pflicht zur Prüfung nach pflichtgemäßem Ermessen, ob bereits bestehender Katalog ausreichend und angemessen ist.

Nach § 111 IV 2 AktG beschränkt der Zustimmungsvorbehalt „lediglich“ Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands. Seine uneingeschränkte Vertretungsbefugnis bleibt dennoch bestehen. Umgekehrt ist der Vorstand trotz Zustimmungserteilung durch AR nicht zur Durchführung verpflichtet. Die Zustimmungserteilung durch AR befreit den Vorstand nicht von seiner rechtlichen Verantwortung von für das Geschäft (§ 93 IV 2 AktG). Bei Zustimmungsverweigerung durch AR kann Vorstand die HV um Erteilung Zustimmung ersuchen; ABER: Beschluss der HV zur Zustimmung nur mit 3/4-Mehrheit möglich (§ 111 IV 3 AktG).

Von repressiver Überwachung spricht man im Hinblick auf die Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder. Die Pflicht zur Prüfung von etwaigen Pflichtverletzungen von und der Verfolgung von Ersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern besteht unabhängig von der HV.

3. Bericht an die Hauptversammlung und Jahresabschluss. Der AR muss nach § 171 II AktG gegenüber der Hauptversammlung schriftlich berichten über

- Art und Umfang der im abgelaufenen Geschäftsjahr wahrgenommenen Überwachung des Vorstands,

- das Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Vorschlags des Vorstands zur Verwendung des Bilanzgewinns
- seine gesamte eigene Tätigkeit während des abgelaufenen Geschäftsjahres

Neben der Entgegennahme der Berichte stehen die Aufgaben der Beteiligung am Jahresabschluss. Der AR erteilt dem von der HV bestellten Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag für den Jahresabschluss (§ 111 II 3 AktG). Nach § 171 Abs. 1 AktG prüft er auf der Grundlage des Berichts des Abschlussprüfers den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns. Zudem ist der AR nach § 172 Satz 1 AktG befugt, den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss festzustellen; er kann aber zusammen mit dem Vorstand beschließen, Feststellung der HV zu überlassen (vgl. § 173 I 1 AktG). Der AR kann aber auch gem. § 171 II 4 AktG erklären, den JA nicht zu billigen; in diesem Fall entscheidet HV über Feststellung des JA.

III. Rechte und Pflichten des AR-Mitglieds

1. Rechtsstellung der AR-Mitglieder. Grundsätzlich gelten gleiche Rechte und Pflichten für alle AR-Mitglieder, unabhängig vom Weg der Berufung in den AR. Nur der AR-Vorsitzende hat in verschiedenen gesetzlichen und satzungsmäßig geregelten Fällen eine herausgehobene Stellung mit z.T. besonderen Befugnissen. Neben der **Gleichheit** ist die **Unabhängigkeit** der AR-Mitglieder vorgesehen, d.h.

- der AR ist kein Vertreter von Partikularinteressen;
- er hat die Pflicht zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Amtsausübung, sowohl im Verhältnis zu HV/Aktionäre als auch Vorstand; und
- seine Verpflichtung geht alleine auf die Wahrung der Unternehmensinteressen (Unternehmensinteresse ist dabei Handlungs- und Entscheidungsmaxime sowie Verhaltensmaßstab).

Die Pflicht zur Verschwiegenheit (§§ 116 i.V.m. 93 I 2 AktG) umfasst das Wissen des AR, das dieser in seiner Eigenschaft als Organmitglied erlangt hat. Bei Verletzung droht Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr gem. § 404 AktG. Die Verschwiegenheitspflicht gilt nicht im Verhältnis zum anderen Aufsichtsratsmitgliedern, wohl aber im Verhältnis zwischen einem Mitglied eines Aufsichtsratsausschusses und den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern; allerdings sollte Ausschussvorsitzender eine Entscheidung über Weitergabe an AR-Mitglieder treffen.

Von der Verschwiegenheitspflicht ist die Loyalitäts- und Treupflicht zu unterscheiden. Diese gehen v.a. dahin, Interessenkollisionen eines AR-Mitglieds im Rahmen AR-Tätigkeit im AR offenzulegen. Deine Lösungsmöglichkeit besteht darin, dass die Teilnahme an Beratung und/oder Abstimmung unterbleibt, oder Stimmenthaltung erfolgt. Auch außerhalb

der AR-Tätigkeit bestehen die Treupflichten weitgehend. Aber bei Entscheidungen, die das AR-Mitglied außerhalb AR-Tätigkeit zu treffen hat und die sich auf AG nachteilig auswirken können, ist AR-Mitglied grundsätzlich nicht verpflichtet, hiervon zugunsten der AG Abstand zu nehmen. Geschäftschancen, die sich dem AR-Mitglied unabhängig von seiner AR-Stellung geboten haben, kann es privat oder geschäftlich nutzen, selbst wenn AG hieran ein Interesse hat. Aber unzulässig ist etwa die eigennützigen Einflussnahme auf den Vorstand.

2. Haftung des AR-Mitglieds. Das AktG enthält für AR keine eigenständige Haftungsregelung. § 116 Satz 1 AktG verweist bzgl. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit auf entsprechende Regelungen für Vorstand in § 93 I AktG. AR-Mitglieder haben bei Aufgabenwahrnehmung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften „Überwachers“ anzuwenden. Bei Verletzung dieser Pflicht wird eine Schadensersatzverpflichtung ausgelöst. Die Beweislast für Einhaltung entsprechender Sorgfalt trifft AR-Mitglied.

Ein Haftungsausschluss, Haftungsbeschränkung oder Änderung des gesetzlich festgelegten Sorgfaltsmaßstabes ist weder durch Satzung, noch durch individuelle Vereinbarung zulässig. Sind mehrere AR-Mitglieder für Schaden der Gesellschaft verantwortlich, so folgt gesamtschuldnerische Haftung, und zwar unabhängig vom Verursachungsbeitrag.

Der Sorgfaltsmaßstab ist objektiv, d.h. das AR-Mitglied, muss mindestens über diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten allgemeiner, wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Art verfügen, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können. Dieser Sorgfaltsmaßstab gilt als einheitlicher Mindeststandards für **alle** AR- Mitglieder, so dass **jedes** AR-Mitglied ausreichende Sachkunde haben muss, um die gesetzliche Aufgabe des AR zur JA-Prüfung erfüllen zu kommen.

Der Maßstab ist funktionsbezogen und umfasst erhebliche personelle Differenzierungen, d.h. er ist nicht abstrakt für den „typischen AR“, sondern hängt vom konkreten organisatorischen Zuschnitt des Unternehmens, dem tatsächlichen Geschäftsumfang und seiner individuellen Situation ab (z.B. regionales mittelständisches Unternehmen, diversifizierter Konzern, international tätiger Konzern oder Kreditinstitut). AR-Mitglieder mit besondere Qualifikation oder Fachkenntnis unterliegen im Bereich dieser Qualifikation/Fachkenntnisse erhöhtem Sorgfaltsmaßstab (z.B. RA/WP/Ingenieur). Ein gesteigerter Sorgfaltsmaßstab ist bei Mitgliedern AR-Ausschuß anzunehmen, insbesondere sofern hier besondere Fachkunde erwartet wird. D.h. aber auch, dass kein umfassender

ökonomischer, juristischer oder speziell bilanzrechtlicher Sachverstand erforderlich ist. Das AR-Mitglied muss nur in seiner Person sicherstellen, dass es über die für die Wahrnehmung des AR-Mandats notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die für die Lage der Gesellschaft maßgeblichen wirtschaftlichen Zusammenhänge und normalerweise anfallenden Geschäftsvorfälle ohne Hinzuziehung Dritter beurteilen zu können.

Des Weiteren rechnet zu den funktionsbezogene Pflichten

- Regelmäßige Teilnahme an AR-Sitzungen
- Sorgfältige Vorbereitung Beratung und Beschlussfassung
- ggf. Pflicht zur Einberufung außerordentliche AR-Sitzung, hierzu ist jedes AR-Mitglied berechtigt, sofern AR-Vorsitzender entsprechender Aufforderung hierzu nicht nachkommt (§ 110 II AktG).

Bei schwieriger wirtschaftlicher Lage des Unternehmens, bei risiko-trächtigen Angelegenheiten oder sonstigen Besorgnisgründen besteht eine Pflicht zur kritischen Prüfung und zur intensiven Befragung des Vorstands. Die Anforderungen dazu steigen ggf. bis zur Einforderung von zusätzlichen Berichten des Vorstands oder zur Beauftragung einzelner AR-Mitglieder oder Sachverständiger mit bestimmten Sonderaufgaben nach § 111 II 2 AktG. U.U. bedarf es der Anordnung von Zustimmungsvorbehalten.

Zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegenüber AR-Mitglied ist das Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden. Für Ansprüche im Innenverhältnis ist Anspruchsberechtigter die AG (§§ 116 Satz 1, 93 II 1 AktG); Geltendmachung erfolgt durch den Vorstand (§ 78 AktG). Dem Vorstand obliegt eigenverantwortlich Prüfung von Ersatzansprüchen. Er hat die Pflicht zur Durchsetzung bei ausreichenden Erfolgsaussichten. Die HV kann mit einfacher Mehrheit über die Geltendmachung beschließen (§ 147 I 1 AktG).

Verzicht und Vergleich ist möglich, aber erst 3 Jahre nach Anspruchsentstehung zulässig (§ 94 IV 3 i.V.m. 116 AktG). Die zeitliche Begrenzung gilt nicht, wenn AR-Mitglied zahlungsunfähig ist und sich zur Abwehr eines Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder Ersatzpflicht im Insolvenzplan geregelt ist. Voraussetzung ist ein zustimmender HV-Beschluss mit einfacher Mehrheit (§93 IV 3 AktG).

IV. Ausschüsse des Aufsichtsrats

Der AR kann nach § 107 III 1 AktG zur Wahrnehmung seiner Aufgaben Ausschüsse bilden, doch kann bei gesetzlichen Delegationsverboten (vgl. 107 III 2 AktG) dem Ausschuss keine Entscheidungskompetenz zugewiesen werden. Ausschussformen sind:

- **Vorbereitende Ausschüsse:** Prüfung der zugewiesenen Angelegenheiten und Erarbeitung von Entscheidungsvorschlägen für AR-Plenum; keine Beschlusskompetenz
- **Entscheidende Ausschüsse:** endgültige und abschließende Entscheidung der zugewiesenen Angelegenheiten
- **Überwachende Ausschüsse:** Überwachung der Ausführung von AR-Beschlüssen

Über Größe, Zusammensetzung und Einsetzung eines Ausschusses der AR im Rahmen seiner Organisationsautonomie nach pflichtgemäßem Ermessen unter Beachtung Anforderungen an Ausschusstätigkeit und Effizienz der Erledigung. Die Beschlussfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit der Mitglieder (nur aus der Mitte des AR, § 107 III 1 AktG). AR-Mitglieder haben das gleiche passive Wahlrecht. Aber die Besetzung muss unter Berücksichtigung Ausschusstätigkeit und Qualifikation der zu wählenden Mitglieder vorgenommen werden.

Zur praktischen Verbreitung von AR-Ausschüssen ergibt sich folgendes Bild:

- **Personalausschuss**
 - Personalangelegenheiten der Vorstandsmitglieder
- **Aufsichtsratspräsidium**
 - Vorbereitung der AR-Sitzungen und Koordination der Sitzungen der Ausschüsse
- **Prüfungs- und Bilanzausschuss (Audit Committee)**
 - Überwachung Rechnungswesen
 - Überwachung Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des Risikomanagements
 - Prüfung Jahresabschluss, Lagebericht zur Vorbereitung der Entscheidung im AR
 - Erarbeitung Wahlvorschlag für Abschlussprüfer und Prüfungshonorar
 - Festlegung Prüfungsschwerpunkte für Abschlussprüfung