



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Ausstattung des Aufsichtsrats – Beschaffung und Finanzierung“

Dissertation vorgelegt von Johannes Scherb-Da Col

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult Peter Ulmer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Anlass für die vorliegende Arbeit war eine insbesondere im Jahr 2011 aufkommende Diskussion im aktienrechtlichen Schrifttum über die Frage, ob der Aufsichtsrat einer AG zur Gewährleistung seiner Unabhängigkeit vom Vorstand über ein eigenes Budget verfügen sollte und wie ein solches Budget eingerichtet und ausgestaltet werden könnte. Bei der Aufarbeitung des Meinungsspektrums fällt auf, dass oftmals schon gar nicht hinreichend klar wird, was unter einem Aufsichtsratsbudget überhaupt zu verstehen sei bzw. wie ein solches ausgestaltet sein sollte. Auch finden sich sehr unterschiedliche Verwendungszwecke, denen ein Aufsichtsratsbudget dienen soll; diese reichen von Honoraren für eigens vom Gesamtaufsichtsrat mit einer bestimmten Prüfung beauftragte externe Sachverständige bis hin zum Auslagenersatz für die einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen ihrer Mandatswahrnehmung entstehenden Aufwendungen.

Angesichts dieser Vielschichtigkeit der in der vorgefundenen Literaturdiskussion zum Ausdruck kommenden Aspekte verfolgt die vorliegende Arbeit einen breiteren Untersuchungsansatz. Im Kern geht es in der gesamten Literaturdiskussion um die Frage, wie der Aufsichtsrat unabhängig vom Vorstand Aufwand tätigen kann, der im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit anfällt. Die Aktivitäten des Aufsichtsrats sind darauf gerichtet, unter Einsatz von Leistungen – einschließlich der persönlichen Tätigkeiten der Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Mandatswahrnehmung – die dem Aufsichtsrat als Organ der AG überantworteten Funktionen wahrzunehmen. Diese Leistungen werden im vorliegenden Zusammenhang als „Ausstattung des Aufsichtsrats“ bezeichnet. Angesichts einer in den letzten Jahrzehnten fortschreitenden Professionalisierung der Aufsichtsräte in Deutschland nehmen auch Umfang und Intensität von deren Tätigkeit und damit der Ausstattungsbedarf des Aufsichtsrats zu. Die hinter der Budgetdiskussion stehende Grundsatzfrage zielt darauf ab, welche Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Beschaffung und Finanzierung dieser Ausstattung des Aufsichtsrats erforderlich sind, damit dieser seine Funktionen eigenverantwortlich wahrnehmen kann und insbesondere gegenüber dem Vorstand keine problematische Abhängigkeit entsteht. Daher wählt die vorliegende Arbeit als Ausgangspunkt der Untersuchung die Frage, welche rechtlichen Rahmenbedingungen für die Beschaffung und Finanzierung der Ausstattungsleistungen für den Aufsichtsrat bestehen – insbesondere im Hinblick auf die Kompetenzverteilung und -abgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – und inwiefern ausgehend von diesem Rechtsrahmen Gestaltungsbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.

B. Kategorisierung der Ausstattungsleistungen nach Ausstattungsquellen und Gang der Untersuchung

Zu Beginn der Untersuchung wird herausgearbeitet, welche Kategorisierungen innerhalb der Ausstattung des Aufsichtsrats erforderlich sind für eine sinnvolle Strukturierung des weiteren Untersuchungsverlaufs. Hierbei wird festgestellt, dass die Ausstattungsleistungen des Aufsichtsrats nach drei verschiedenen grundsätzlichen Leistungsquellen unterschieden werden können, aus denen sie herrühren. Der Aufsichtsrat kann zur Wahrnehmung seiner Funktionen Leistungen einsetzen, die eigens hierfür von externen Anbietern am Markt beschafft werden; dies ist etwa bei der Inanspruchnahme einer Beratung durch einen externen Sachverständigen oder bei der Anmietung eines Besprechungsraums von einem externen Anbieter zur Durchführung einer Aufsichtsratssitzung der Fall. Alternativ dazu kann der Aufsichtsrat Leistungen einsetzen, die ihm von dem unter der Leitung des Vorstandes stehenden Unternehmen intern zur Verfügung gestellt werden; dies ist etwa bei der Inanspruchnahme einer Beratung durch die Rechtsabteilung des

Unternehmens oder bei der Abhaltung einer Aufsichtsratssitzung in einem Besprechungsraum des unternehmenseigenen Firmengebäudes der Fall. Schließlich kann der Aufsichtsrat die Leistungen seiner Mitglieder im Rahmen von deren Mandatswahrnehmung einsetzen; dies ist etwa der Fall, wenn die Aufsichtsratsmitglieder an einer Aufsichtsratssitzung teilnehmen und gemeinsam über eine bestimmte Fragestellung beraten. Alle vom Aufsichtsrat einzusetzenden Leistungen sind einer dieser drei Leistungsquellen zuzuordnen. Für jede Quelle gelten allerdings andere Maßgaben bei der Beschaffung der Ausstattungsleistungen; daher werden im weiteren Fortgang der Arbeit die rechtlichen Rahmenbedingungen für Beschaffung und Finanzierung der Aufsichtsratsausstattung aus jeder dieser drei Quellen gesondert untersucht. Dabei werden zunächst die Beschaffung von Leistungen am Markt (§ 5 der Arbeit) und aus den Beständen des Unternehmens (§ 6 der Arbeit) bearbeitet. Die Vorgänge zur Finanzierung der Leistungen (§ 7 der Arbeit) sind sodann insbesondere hinsichtlich der am Markt beschafften Leistungen von Interesse; demgegenüber sind die aus dem Unternehmen beschafften Leistungen ohnehin bereits rechtlich der AG zugeordnet, eine – mittels z.B. Verrechnungspreisen grundsätzlich mögliche – Finanzierung zwischen Unternehmen und Aufsichtsrat ist im Hinblick auf die vorliegend untersuchten rechtlichen Rahmenbedingungen wenig ergiebig. Hinsichtlich dieser beiden Leistungsquellen – Markt und Unternehmensbestände – werden sodann Bedarf und Möglichkeiten von Gestaltungen der gesetzlichen innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung herausgearbeitet (§ 8 der Arbeit). Schließlich wird die Ausstattung mit den Mandatsleistungen der Aufsichtsratsmitglieder untersucht (§ 9 der Arbeit). Insofern ist die Beschaffung für die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit weniger relevant, da sie durch Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung erfolgt und der Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat damit entzogen ist; gleiches gilt für die Festlegung der Vergütung des Aufsichtsrats als zentraler Finanzierungsaspekt. Bedeutung haben aber Beschaffung und Finanzierung von Unterstützungsleistungen, welche die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder wiederum für die Wahrnehmung ihres Mandats benötigen; hierzu gehört insbesondere der Auslagenersatz für Aufsichtsratsmitglieder.

C. Grundlagen zur Kompetenzordnung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Bestimmung des Ausstattungsbedarfs des Aufsichtsrats

Bevor die Beschaffungs- und Finanzierungsvorgänge für die Ausstattung des Aufsichtsrats in Abhängigkeit von der jeweiligen Leistungsquelle untersucht werden, sind einige Grundlagen zur Kompetenzordnung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung des Bedarfs an Ausstattung für den Aufsichtsrat herauszuarbeiten (§ 4 der Arbeit).

Das Aktiengesetz regelt die Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat insbesondere durch die Zuweisung gesellschaftsinterner und gegeneinander abgegrenzter Funktionen/Aufgaben. Die zentrale Vorstandsfunktion liegt in der Leitung des Unternehmens (§ 76 AktG); die wichtigsten Aufsichtsratsfunktionen sind etwa seine Überwachungsaufgabe und Personalhoheit gegenüber dem Vorstand. Jedes Organ ist für die Erfüllung der ihm zugewiesenen Funktionen verantwortlich. Es besteht weder ein generelles Rangverhältnis zwischen den einzelnen Funktionen noch ein solches zwischen den Organen. Die Steuerung konkreter Vorgänge zur Erfüllung dieser Funktionen wird nach hier vertretener Auffassung durch den Begriff der Geschäftsführung beschrieben. Demnach existiert eine Geschäftsführung des Vorstands, zu welcher insbesondere die Vorgänge zur Leitung des Unternehmens gehören, und eine Geschäftsführung des Aufsichtsrats, welche die konkreten Steuerungsvorgänge zur Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen umfasst. Da jedes Organ seine Funktionen eigenverantwortlich wahrnimmt, muss es auch grundsätzlich die gesellschaftsinterne Befugnis zur Führung der zu dieser Funktionswahrnehmung gehörenden Geschäfte haben. Für die Ausübung dieser Befugnisse

bestehen allerdings strukturelle Vorgaben: Die Steuerungsvorgänge dürfen nicht generell verboten sein und sie dürfen nicht unzulässig in die Funktionswahrnehmung eines anderen Organs eingreifen; in bestimmten Fällen können Handlungspflichten bestehen und zwischen den Schranken und Handlungspflichten haben die Organe grundsätzlich ermessensfehlerfrei nach dem Unternehmensinteresse bzw. Wohl der Gesellschaft vorzugehen.

Unter Heranziehung dieser Maßgaben kann für die Bestimmung des Bedarfs an Ausstattungsleistungen des Aufsichtsrats als rein gesellschaftsinterner Vorgang allein der Aufsichtsrat selbst zuständig sein. Eine eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung des Aufsichtsrats ist nur gewährleistet, wenn er selbst entscheiden kann, welche Aktivitäten er zur Wahrnehmung seiner Funktionen durchführt und welche konkreten Ausstattungsleistungen hierfür eingesetzt werden sollen. Der Aufsichtsrat hat selbst pflichtgemäß zu bestimmen, welche Ausstattung er zur Wahrnehmung seiner Funktionen benötigt; er kann nicht von anderer Seite „zwangsausgestattet“ werden. Pflichtgemäß bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Ausstattungsleistungen tatsächlich einer konkreten Aufsichtsratsfunktion zugeordnet werden können, dass allerdings zugleich der Aufsichtsrat durch Einsatz der Ausstattungsleistung nicht die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Funktion als solcher aus der Hand gibt; weiterhin darf es sich nicht um unzulässige Vorgänge handeln, Kompetenzen anderer Organe sowie Handlungspflichten sind zu beachten und Ermessensspielräume sind gemäß dem Unternehmensinteresse bzw. Wohl der Gesellschaft auszufüllen. Bei Beachtung dieser Maßgaben besteht kein kategorischer Vorrang einer bestimmten Leistung bzw. Leistungsquelle. Hat der Aufsichtsrat seinen Ausstattungsbedarf pflichtgemäß bestimmt, so sind diese Ausstattungsleistungen als für die Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen erforderlich anzusehen. Die Bestimmung des Ausstattungsbedarfs als rein gesellschaftsinterner Vorgang trifft allerdings noch keine Aussage über Zuständigkeit und Durchführung der tatsächlichen Beschaffung von Leistungen zur Realisierung des festgelegten Bedarfs; dies ist erst Gegenstand im weiteren Fortgang der Untersuchung.

D. Die Beschaffung von Leistungen am Markt zur Ausstattung des Aufsichtsrats

Die Beschaffung von Leistungen am Markt erfolgt in aller Regel durch den Abschluss eines Beschaffungsvertrages zwischen der AG (als Rechtssubjekt) und dem externen Leistungsanbieter. Ein solcher Vertrag kann im Namen der AG grundsätzlich nur von demjenigen abgeschlossen werden, der über eine entsprechende (insbesondere organschaftliche) Vertretungsmacht für die AG verfügt.

Zentrales Vertretungsorgan der AG ist zunächst der Vorstand, der die Gesellschaft nach § 78 Abs. 1 AktG gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Wäre diese Vertretungsmacht des Vorstands ausschließlich, so wäre der Aufsichtsrat zur Beschaffung seiner vom Markt benötigten Ausstattung auf eine Mitwirkung des Vorstands beim Vertragsschluss angewiesen. Hieraus ergäben sich Blockadepotentiale des Vorstands, der durch bloße Weigerung dem Aufsichtsrat eine benötigte Leistung vorenthalten und damit eine für den Vorstand möglicherweise unliebsame Überwachungsmaßnahme des Aufsichtsrats obstruieren könnte. Selbst bei Annahme eines funktional beschränkten Weisungsrechts des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand könnten diese Blockadepotentiale nicht effektiv entschärft werden, da der Aufsichtsrat nur unzureichende Möglichkeiten zur Durchsetzung einer etwaig begründeten Mitwirkungspflicht des Vorstands hätte.

Dem Aufsichtsrat selbst ist im Aktiengesetz keine ausdrückliche umfassende Vertretungsbefugnis wie dem Vorstand zugewiesen. Im Gesetzestext finden sich lediglich punktuelle, spezielle

Vertretungsbefugnisse des Aufsichtsrats. Hinsichtlich der Beschaffung von Leistungen zur Ausstattung des Aufsichtsrats findet sich lediglich in § 111 Abs. 2 S. 2 AktG eine punktuelle Regelung zur Beauftragung externer Sachverständiger im Rahmen der Wahrnehmung des Einsichts- und Prüfungsrechts des Aufsichtsrats in die Datenbestände des Unternehmens. Der Aufsichtsrat darf Verträge mit Sachverständigen danach nur unter Beachtung der Maßgaben für die Bestimmung des Ausstattungsbedarfs abschließen (der Auftrag an den Sachverständigen muss der Wahrnehmung des Einsichts- und Prüfungsrechts des Aufsichtsrats dienen und im Rahmen der Ermessensausübung mit dem Unternehmensinteresse bzw. Wohl der Gesellschaft vereinbar sein); überdies muss der Aufsichtsrat sicherstellen, dass sich jeder Auftrag an einen externen Sachverständigen stets nur auf eine einzelne Einsichts- und Prüfungsangelegenheit beschränkt. Aus Gründen des Verkehrsschutzes reicht die aus § 111 Abs. 2 S. 2 AktG abgeleitete organschaftliche Vertretungsmacht allerdings über diese internen Pflichtenbindungen hinaus. Nicht mehr von der Vertretungsmacht gedeckt sind Verträge über solche Leistungen, die von vornherein gar nicht als sachverständige Unterstützung bei der Wahrnehmung des Einsichts- und Prüfungsrechts angesehen werden können; dies gilt auch für Aufträge, die über eine bloße Einzelangelegenheit hinausgehen oder dem Sachverständigen die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer organschaftlichen Funktion als solcher übertragen. Diese Grenzen einer Beauftragung Sachverständiger nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG sind unmittelbar dem Gesetz bzw. der zwingenden Organisationsverfassung der AG zu entnehmen, sodass ihre Maßgeblichkeit dem Rechtsverkehr zumutbar ist. Rein interne Pflichtenbindungen hingegen – insbesondere im Rahmen der Ermessensausübung – sind für den Rechtsverkehr grundsätzlich nicht ohne Weiteres erkennbar und können dementsprechend keine Grenze der Vertretungsmacht darstellen, wenn nicht ausnahmsweise ein außenrechtsrelevanter Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.

§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG bildet einen ausdrücklich geregelten Spezialfall einer umfassenderen ungeschriebenen Vertretungsmacht des Aufsichtsrats für im Rahmen seiner Funktionswahrnehmung anfallende Hilfsgeschäfte. Das Bestehen einer solchen Vertretungsmacht ist heutzutage ganz überwiegend anerkannt. Hilfsgeschäfte sind der Sache nach die vorliegend untersuchten Verträge zur Beschaffung von Leistungen zur Ausstattung des Aufsichtsrats. Im Anschluss an einen überzeugenden Beitrag von *Fleischer/Wedemann* handelt es sich bei dieser ungeschriebenen Vertretungsmacht um eine Annexkompetenz des Aufsichtsrats, die im Wege einer effektuierenden Auslegung den gesetzlichen Funktionszuweisungen an den Aufsichtsrat zu entnehmen ist. Weist eine gesetzliche Kompetenzordnung einem Organ bestimmte Aufgaben/Funktionen zu, so sollen damit implizit in der Regel auch diejenigen Ausführungs- und Durchführungsbefugnisse zugewiesen werden, die zur effektiven Wahrnehmung der Funktionen zwingend erforderlich sind. Soweit der Aufsichtsrat am Markt zu beschaffende Leistungen benötigt, ist eine entsprechende Vertretungsmacht für die AG als solche Durchführungsbefugnis erforderlich, da alternative rechtliche Konstruktionen (z.B. eine interne Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand) eine effektive Funktionswahrnehmung nicht hinreichend zu gewährleisten vermögen. Bei den Grenzen dieser Vertretungsmacht ist wiederum der Schutz des Rechtsverkehrs zu beachten. Danach umfasst die Annexvertretungsmacht nicht die Beschaffung von Leistungen, deren Gegenstand bereits von vornherein kategorisch keine Ausstattung des Aufsichtsrats darstellen kann, weil ihr Einsatz unter keinen Umständen als Wahrnehmung von Aufsichtsratsfunktionen angesehen werden kann. Gleiches gilt nach § 111 Abs. 6 AktG für Leistungen, die bereits ihrem Gegenstand nach nicht nur auf eine bloße Unterstützung der Aufsichtsratsstätigkeit sondern auf eine eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung durch den externen Leistungserbringer an Stelle des Aufsichtsrats gerichtet sind. Unerheblich für die Reichweite der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats ist hingegen, ob der Aufsichtsrat die weitergehenden einzelfallbezogenen gesellschaftsinternen Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis eingehalten hat, insbesondere ob er sein Ermessen zur Bestimmung des Ausstattungsbedarfs fehlerfrei gemäß dem Unternehmensinteresse bzw. Wohl der Gesellschaft

ausgeübt hat. Diese letztgenannten Schranken sind für den Rechtsverkehr von außen regelmäßig nicht erkennbar und können sich daher aus Gründen des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr nicht in der Reichweite der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats niederschlagen; anderes gilt nur, wenn im Einzelfall ausnahmsweise ein außenrechtsrelevanter Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt. Schließlich steht der Annahme einer solchen Annexvertretungsbefugnis des Aufsichtsrats auch nicht die europäische Publizitätsrichtlinie 2009/101/EG entgegen.

Die Annexvertretungsmacht des Aufsichtsrats bezieht sich grundsätzlich auch auf die weitere rechtsgeschäftliche Handhabung der Beschaffungsverträge, insbesondere etwa die Ausübung von Kündigungs- bzw. Rücktrittsrechten. Soweit in § 25d KWG branchenspezifische Sonderregelungen für Kreditinstitute bestehen, gehen diese inhaltlich nicht über die ohnehin aus dem allgemeinen Aktienrecht folgende Annexvertretungsbefugnis des Aufsichtsrats hinaus.

Die Annexvertretungsbefugnis zur Beschaffung seiner Ausstattung am Markt steht dem Aufsichtsrats grundsätzlich als Kollegialorgan zu. Die eigenverantwortliche Entscheidung über die Ausübung der Vertretungsmacht kann allenfalls auf beschließende Ausschüsse übertragen werden, während einzelne Organmitglieder oder Dritte allenfalls zur Ausführung eines kollektiv gebildeten Organwillens eingesetzt werden können. Besonderheiten gelten allerdings für den Aufsichtsratsvorsitzenden, soweit diesem unmittelbar in der gesetzlichen Organisationsverfassung der AG bestimmte aufsichtsratsinterne Funktionen zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesen sind. Der Aufsichtsrat als Kollegialorgan kann zwar grundsätzlich bestimmenden Einfluss auf die Wahrnehmung dieser organinternen Funktionen seines Vorsitzenden nehmen; im Außenverhältnis verfügt der Aufsichtsratsvorsitzende aber über eine organschaftliche Untervertretungsmacht zur Beschaffung der für die Wahrnehmung seiner organinternen Funktionen benötigten Ausstattungsleistungen am Markt.

Die Ausübung der Untervertretungsmacht des Aufsichtsratsvorsitzenden erfolgt durch Abgabe einer Willenserklärung seitens des Amtswalters. Die Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht des Gesamtaufichtsrats oder eines Ausschusses hingegen kann regelmäßig nicht bereits in der (kollektiven) Fassung eines Beschlusses erblickt werden. Erforderlich ist vielmehr eine zurechenbare Abgabe von Willenserklärungen durch natürliche Personen. Insofern sind die die beschlusstragende Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder bildenden Amtswalter zur Gesamtvertretung berechtigt; diese können auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied zur alleinigen Vornahme des Rechtsgeschäfts ermächtigen. Regelmäßig ist den Stimmabgaben der (gesamtvertretungsbefugten) beschlussfassenden Mehrheit eines Aufsichtsratsbeschlusses über die Ausübung der Vertretungsmacht zugleich eine Ermächtigung des Aufsichtsratsvorsitzenden zur alleinigen Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung zu entnehmen. Alternativ zur Ermächtigung besteht die Möglichkeit einer – wiederum rechtsgeschäftlichen – Bevollmächtigung von nicht dem Aufsichtsrat angehörenden Personen zur Abgabe der Willenserklärung als Untervertreter des Aufsichtsrats. Der ermächtigte oder bevollmächtigte Alleinvertreter ist kein bloßer Erklärungsvertreter – als Rechtsfigur sui generis zwischen Stellvertretung und Botenschaft –, der lediglich eine fremde Willenserklärung (nämlich des Kollegialorgans) durch Entäußerung in den Rechtsverkehr abgibt; vielmehr gibt der Alleinvertreter stets eine eigene Erklärung kraft eigener Willensbildung ab, ist aber ggf. an eine enge „Marschroute“ aus der Entscheidung des Kollegialorgans gebunden. Entsprechende Vorgaben für den Alleinvertreter sind auch erforderlich, um die eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung des Kollegialorgans zu gewährleisten; dem Ausführenden kann allenfalls unter Vorgabe eines engen Rahmens mit klaren Ausübungsdirektiven ein eigener Handlungsspielraum zur Auswahl des konkreten Leistungserbringers sowie zur Bestimmung der Vergütung eingeräumt werden. Der Rechtsverkehr muss sich die dem Alleinvertreter gemachten Vorgaben grundsätzlich entgegenhalten lassen, da das Erfordernis solcher

Vorgaben sich unmittelbar aus der gesetzlichen Organisationsverfassung der AG ergibt. Leidet der Kollegialbeschluss selbst an Mängeln, so ist zu differenzieren: Geht der Beschluss des Kollegialorgans über die Grenzen seiner organschaftlichen Vertretungsmacht hinaus oder wird dem zur Ausführung des Organwillens Ermächtigten bzw. Bevollmächtigten ein zu großer eigener Ermessensspielraum eingeräumt, so schlägt dieser Mangel auch im Außenverhältnis auf die Rechtsmacht des die Willenserklärung Abgebenden durch. Sonstige Mängel des Aufsichtsratsbeschlusses (auch Verfahrensfehler) lassen die Rechtsmacht des Alleinvertreters hingegen unberührt, wenn nicht in der Person des externen Leistungsanbieters als Geschäftsgegner ausnahmsweise die Voraussetzungen eines außenrechtsrelevanten Missbrauchs der Vertretungsmacht vorliegen.

E. Die Beschaffung der Ausstattung des Aufsichtsrats aus den Leistungsbeständen des Unternehmens

Die Leistungsbestände des Unternehmens als zweite mögliche Ausstattungsquelle des Aufsichtsrats sind grundsätzlich als Ausstattung des Vorstands anzusehen, welche diesem bei der Wahrnehmung seiner auf Realisierung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes gerichteten Leitungsfunktion zu dienen bestimmt ist. Die eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung der Organe ohne ein generelles Über- und Unterordnungsverhältnis bedingt, dass diese Leistungsbestände des Unternehmens unter der Organisationshoheit des Vorstands stehen. Der Aufsichtsrat hingegen kann zur Wahrnehmung seiner organschaftlichen Funktionen diese Leistungen grundsätzlich nicht ohne Mitwirkung des Vorstands in Anspruch nehmen; andererseits kann der Vorstand dem Aufsichtsrat auch nicht ohne oder gegen dessen Willen Leistungen aus den Unternehmensbeständen zuordnen. Die Zuweisung von Leistungen aus den Beständen des Unternehmens zur Ausstattung des Aufsichtsrats erfordert daher grundsätzlich eine entsprechende Willensbildung sowohl des Aufsichtsrats als auch des Vorstands, wobei jedes Organ über ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen verfügt. Soll der Ausstattung des Aufsichtsrats die persönliche Arbeitsleistung eines Unternehmensangestellten zugewiesen werden, ist zusätzlich eine Weisung des Vorstands an den betreffenden Mitarbeiter erforderlich, dass dieser dem Unterstützungsbegehren des Aufsichtsrats nachzukommen habe.

Im Einzelfall kann auch ein unmittelbarer Zugriff des Aufsichtsrats auf Leistungen aus den Unternehmensbeständen in Betracht kommen; angesichts des damit verbundenen Eingriffs in die eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung des Vorstands müssen hierfür allerdings – in Übereinstimmung mit der (trotz deutlichen Vordringens der Gegenauffassung wohl noch) herrschenden Meinung – strenge Voraussetzungen erfüllt sein: Der Aufsichtsrat muss auf die konkrete Leistung angewiesen sein – insbesondere darf nicht eine gleichwertige Leistung aus einer anderen Ausstattungsquelle (ohne Eingriff in die Vorstandsfunktionen) beschaffbar sein – und das Erfordernis einer Vorstandsmitwirkung muss für den Aufsichtsrat unzumutbar sein. Letzteres kommt in Betracht, wenn der Vorstand seine Mitwirkung ermessensfehlerhaft oder gar missbräuchlich verweigert oder voraussichtlich verweigern wird sowie wenn der Erfolg der Aufsichtsratsmaßnahme bei einer frühzeitigen Einbindung des Vorstands gefährdet wäre.

Für Kreditinstitute finden sich wiederum branchenspezifische Sonderregelungen in § 25d KWG, die insofern deutlich über die vorgenannten Möglichkeiten des Aufsichtsrats auf einen Direktzugriff auf Unternehmensangestellte hinausgehen, als sie dem Aufsichtsrat eine vorstandsunabhängige Befragung bestimmter Mitarbeiter (insbesondere etwa des Leiters der Internen Revision) ohne besondere Voraussetzungen an den konkreten Anlass gestatten. Diese Sonderregelungen sind den branchentypischen besonderen Risikostrukturen in der Finanzwirtschaft geschuldet und daher nicht

auf das allgemeine Aktienrecht übertragbar. In jedem Fall einer Inanspruchnahme von Leistungen aus den Unternehmensbeständen ohne Mitwirkung des Vorstands hat der Aufsichtsrat diesen zumindest darüber zu informieren, welche Leistungen bzw. welche konkreten Unternehmensangestellten in welchem Umfang nicht für die Unternehmensorganisation zur Verfügung stehen werden.

Soweit der Aufsichtsrat demnach ausnahmsweise ohne Mitwirkung des Vorstands Unterstützungsleistungen von Unternehmensangestellten in Anspruch nehmen darf, ist ihm wiederum eine sachlich beschränkte Annexvertretungsmacht zur Erteilung von Weisungen gegenüber dem betreffenden Angestellten zuzubilligen. Soweit hieraus Kompetenzkonflikte und -gemengelage entstehen können, ist bei deren Auflösung in erster Linie die Schutzbedürftigkeit des Angestellten zu beachten. Die vom Angestellten geforderte Leistung muss ihrem Gegenstand nach zumindest theoretisch eine vorstandsunabhängige Ausstattung des Aufsichtsrats aus den Beständen des Unternehmens darstellen können; im Hinblick auf die Frage der mangelnden Verfügbarkeit gleichwertiger Leistungen aus anderen Ausstattungsquellen werden regelmäßig allenfalls Mitarbeiterauskünfte oder technische Unterstützung bei der Einsichtnahme in Unternehmensdaten in Betracht kommen. Jenseits dieser gegenständlichen Grenze fehlt es an einer Vertretungsmacht des Aufsichtsrats als Grundlage für die Erteilung einer wirksamen Weisung. Sind hingegen nur im konkreten Einzelfall die strengen Anforderungen an den Anlass für einen vorstandsunabhängigen Zugriff auf Unternehmensleistungen nicht erfüllt, so handelt es sich um die fehlerhafte Weisung ignorierender Unternehmensangestellter im Verhältnis zur AG als seinem Arbeitgeber nicht pflichtwidrig; er dürfte andererseits allerdings auch auf die Wirksamkeit der Weisung vertrauen, ohne sich dem Vorwurf einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung auszusetzen, wenn nicht ausnahmsweise ein außenrechtsrelevanter Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt. Ergehen gleichrangige konkurrierende Weisungen an den Angestellten sowohl von Seiten des Aufsichtsrats als auch von Seiten des Vorstands, in deren Wirksamkeit der Angestellte jeweils vertrauen darf, so entsteht für ihn eine Pflichtenkollision. Die Organe haben sich dann untereinander über die konkrete Verwendung des Angestellten zu einigen; erfolgt eine solche Einigung nicht, so darf der Angestellte selbst eine Priorität setzen, ohne dass ihm die nachrangige Befolgung einer der beiden Weisungen als Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeworfen werden könnte. Soweit der Angestellte für den Aufsichtsrat in dessen Funktionsbereich tätig wird, ist er gegenüber dem Vorstand grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Zur Durchsetzung einer Unterstützungsleistung des Angestellten kann der Aufsichtsrat diesem gegenüber nur diejenigen arbeitsrechtlichen Befugnisse wahrnehmen, die ausschließlich und unmittelbar die konkrete Unterstützungsleistung betreffen.

F. Deutungskonflikte bei Auftreten des Vorstands am Beschaffungsmarkt

Beschafft der Vorstand von einem externen Leistungsanbieter am Markt eine Leistung zur Ausstattung des Aufsichtsrats, so kann dies als Handeln eines vom Aufsichtsrat zur Ausübung von dessen Annexvertretungsmacht Bevollmächtigten oder als Handeln des zentralen Vertretungsorgans der Gesellschaft nach § 78 Abs. 1 AktG zur Beschaffung von Unternehmensausstattung mit anschließender (gesellschaftsinterner) Zuweisung von den Unternehmensbeständen an die Ausstattung des Aufsichtsrats anzusehen sein. Bedeutung hat die Unterscheidung insbesondere für die Frage, wessen Herrschaft die weitere rechtsgeschäftliche Handhabung des Beschaffungsvertrags (insbesondere etwa die Ausübung von Kündigungs- und Rücktrittsrechten sowie von Leistungsbestimmungsrechten) unterfällt. Tritt der Vorstand ohne nähere Konkretisierung lediglich als Vertreter der AG auf, so handelt er im Zweifel nicht als Bevollmächtigter des Aufsichtsrats sondern kraft eigener organschaftlicher Vertretungsmacht; die beschafften Leistungen unterfallen

damit zunächst der Organisationshoheit des Vorstands für die Unternehmensbestände und bedürfen als Ausstattung des Aufsichtsrats noch einer entsprechenden Zuweisung an diesen. Diese Variante hat den Vorteil, dass vom Aufsichtsrat nicht mehr benötigte Leistungen leichter wieder der Unternehmensorganisation zur dortigen Verwertung zugewiesen werden können. Als bevollmächtigter Untervertreter des Aufsichtsrats handelt der Vorstand nur dann, wenn er dies bei der Abgabe seiner Willenserklärung gegenüber dem Geschäftsgegner deutlich zum Ausdruck bringt.

G. Die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen der AG aus vom Aufsichtsrat abgeschlossenen Beschaffungsverträgen

Die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen der AG obliegt grundsätzlich dem Vorstand. Mit dessen Leitungsaufgabe geht eine Finanzmanagementfunktion zur einheitlichen Verwaltung der Finanzmittel der AG einher. Aus dieser Finanzmanagementfunktion resultiert eine Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zur Prüfung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen der AG sowie zur Entscheidung über die konkrete Ausführung einer Zahlung zur Erfüllung der Verbindlichkeit, einschließlich der Bestimmung des Zahlungszeitpunkts und der konkret einzusetzenden Finanzmittel.

In engen Ausnahmefällen hat der Aufsichtsrat eine gesellschaftsinterne Geschäftsführungsbefugnis zur (verbindlichen) Beurteilung des Bestehens einer Zahlungsverpflichtung aus einem aufgrund seiner eigenen (Annex-) Vertretungsmacht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag sowie zur Entscheidung über das „Ob“ und „Wann“ der Zahlungsausführung. Es handelt sich um eine erforderliche Arrondierung der (Annex-) Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats; Voraussetzung hierfür ist, dass der konkret in Frage stehende Zahlungsvorgang bei wertender Betrachtung als notwendiger Teilakt einer effektiven Beschaffung der Ausstattungsleistung anzusehen ist. Dies ist der Fall, wenn die AG bei Durchführung des vom Aufsichtsrat abgeschlossenen Vertrages gegenüber dem Leistungsanbieter mit ihrer Zahlung zur Vorleistung verpflichtet ist oder wenn der Leistungsanbieter gegenüber dem Anspruch der AG auf die Ausstattungsleistung eine Einrede wegen noch nicht erfolgter Zahlung erhebt. Entsprechendes hat im Übrigen für die Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses für eine vom Aufsichtsrat im Namen der AG erhobene Klage zu gelten. Desweiteren kann bei bestimmten vom Aufsichtsrat abgeschlossenen Beschaffungsverträgen ein Interesse an einer zumindest vorläufigen Geheimhaltung des Vertragsinhalts vor dem Vorstand bestehen, wenn dessen zu frühe Kenntnisnahme davon den Erfolg der durchzuführenden Aufsichtsratsmaßnahme gefährden würde. In einem solchen Fall kann der Aufsichtsrat zwar nicht ohne Weiteres über die konkrete Ausführung einer Zahlung entscheiden, ihm steht aber eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Beurteilung des Bestehens einer Zahlungsverpflichtung am Maßstab des betreffenden Beschaffungsvertrags zu. Insbesondere in zeitlicher Hinsicht werden solche Geheimhaltungen seitens des Aufsichtsrats begrenzt durch dessen Berichterstattung an die Hauptversammlung sowie durch die Rechnungslegungsfunktionen des Vorstands.

Zur konkreten Verfügung über Finanzmittel der Gesellschaft – sowohl Bankkonten als auch Barmittel – im Sinne einer entsprechenden Vertretungsmacht im Außenverhältnis ist der Aufsichtsrat nicht befugt. Vertretungsbefugt zur Ausführung von Zahlungen ist vielmehr ausschließlich der Vorstand. Soweit der Aufsichtsrat nach dem Vorstehenden ausnahmsweise eine gesellschaftsinterne Geschäftsführungsbefugnis zur Entscheidung über die konkrete Ausführung einer Zahlung hat, kann er den Vorstand anweisen, den dann grundsätzlich eine Mitwirkungspflicht zur Vornahme entsprechender Rechtsgeschäfte trifft. Soweit der Aufsichtsrat ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem Vorstand hinsichtlich des Inhalts des Beschaffungsvertrags hat, ist seine Prüfung des Bestehens einer Zahlungsverpflichtung der AG für den Vorstand

verbindlich, der die Zahlungsausführung zumindest nicht aufgrund der fehlenden Möglichkeit einer Prüfung des Anspruchs verweigern darf; eine Pflicht des Vorstands zur konkreten Zahlungsausführung kann der Aufsichtsrat allein aus einem Geheimhaltungsinteresse heraus nicht begründen. Sowohl hinsichtlich einer Entscheidungsbefugnis über die konkrete Zahlungsausführung als auch hinsichtlich einer Einschätzungsprärogative zum Bestehen eines Anspruchs genügt grundsätzlich, dass der Aufsichtsrat deren Vorliegen behauptet. Liegen die konkreten Voraussetzungen für die gesellschaftsinterne Aufsichtsratsbefugnis oder der Zahlungsanspruch selbst nicht vor, so handelt der Vorstand bei einer Verweigerung der Zahlungsausführung nicht pflichtwidrig; er riskiert allerdings für ein Fall einer erfolgreichen Zahlungsklage des Gläubigers eine mögliche Haftung auf die Prozesskosten der AG. Verweigert der Vorstand (voraussichtlich) die konkrete Zahlungsausführung trotz Bestehens einer diesbezüglichen gesellschaftsinternen Entscheidungsbefugnis des Aufsichtsrats, so kann letzterer einen mit Verfügungsbefugnis über Finanzmittel der AG ausgestatteten Unternehmensangestellten zur Zahlung anweisen.

H. Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb der dargestellten Kompetenzordnung – insbesondere zur Einrichtung eines Budgets für den Aufsichtsrats

Kommt man unter dem Eindruck der bis hierher gewonnenen Ergebnisse zurück auf die Frage der Einrichtung eines Aufsichtsratsbudgets als ursprünglicher Anlass der vorliegenden Arbeit, so ist zunächst festzuhalten, dass in einem Budget im Ausgangspunkt insbesondere eine Einschätzung der zu erwartenden Aufsichtsratskosten – also der voraussichtlich vom Aufsichtsrat im Rahmen seiner Funktionswahrnehmung einzusetzenden Ausstattungsleistungen – zum Ausdruck gebracht werden kann. Aus einer juristischen Perspektive und gerade im Hinblick auf die Kompetenzverteilung in der Organisationsverfassung der AG liegt das Hauptaugenmerk allerdings darauf, welche rechtlichen Bindungswirkungen ein solches Budget entfalten kann. Eine solche Bindungswirkung für den Aufsichtsrat ist ausgeschlossen; dieser kann sich im Voraus weder kategorisch zum Einsatz bestimmter Ausstattungsleistungen noch zu einer Beschränkung auf bestimmte Ausstattungsleistungen wirksam verpflichten und muss vielmehr in jeder konkreten Einzelsituation entscheiden, welche Leistungen er zur Wahrnehmung seiner Funktionen benötigt. Hinsichtlich der Beschaffung von Ausstattungsleistungen am Markt kann auch der Vorstand durch ein Aufsichtsratsbudget nicht wirksam gebunden werden: Er kann durch Erstellung eines Budgets im Vorfeld weder zur Mitwirkung am Abschluss bestimmter Beschaffungsverträge noch zur Ausführung bestimmter Zahlungsvorgänge verpflichtet werden. Dies gilt selbst dann, wenn das jeweilige Organ selbst an der Erstellung des Budgets mitwirkt. Hinsichtlich der Beschaffung von Ausstattungsleistungen am Markt ist die Begründung von Bindungswirkungen aus einem im Vorfeld aufgestellten Budget auch gar nicht erforderlich, da die eigenverantwortliche Funktionswahrnehmung des Aufsichtsrats durch seine Annexvertretungsmacht und seine eng begrenzte Möglichkeit zur gesellschaftsinternen Veranlassung von Zahlungsausführungen bereits hinreichend gewährleistet ist.

Interessante Gestaltungsoptionen bietet ein Budget allerdings im Hinblick auf die Ausstattung des Aufsichtsrats mit Leistungen aus den Unternehmensbeständen. Die hierfür grundsätzlich erforderliche Willensbildung beider Organe kann für bestimmte zur Unterstützung des Aufsichtsrats bereitzustellende Leistungen durch Ansätze in einem von beiden Organen gemeinsam aufgestellten Budget auch bereits im Vorfeld für einen längeren Zeitraum erfolgen. Zwar kann der Aufsichtsrat sich damit nicht bereits im Vorfeld zu einem bestimmten Einsatz der betreffenden Leistungen aus den Unternehmensbeständen verpflichten; der Vorstand kann sich aber zu deren Bereitstellung im budgetierten Umfang verpflichten und damit dem Aufsichtsrat eine wertvolle Planungssicherheit

geben, sowohl für dessen Aufgabenwahrnehmung als auch für die Bestimmung des noch aus anderen Quellen zu deckenden Ausstattungsbedarfs.

Auch jenseits rechtlicher Bindungswirkungen kann eine Budgetierung für den Aufsichtsrat mit Einrichtung einer eigenen Kostenstelle aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten durchaus sinnvoll sein. Durch die präzise Zuordnung von Kosten zu Aktivitäten des Aufsichtsrats kann dieser die Kostenentwicklung seiner eigenen Tätigkeit besser im Blick behalten; es handelt sich um ein nützliches Instrument der Selbstdisziplinierung und zur Beurteilung der eigenen Effizienz des Aufsichtsrats. Abzulehnen ist hingegen die Aufstellung eines Aufsichtsratsbudgets durch die Hauptversammlung.

Der Aufsichtsrat kann für die laufende Unterstützung bei seiner Funktionswahrnehmung ein – in der Praxis zunehmend anzutreffendes – Aufsichtsratsbüro einrichten. Dieses ist auf lediglich unterstützende Hilfstätigkeiten für den Aufsichtsrat beschränkt; die eigenverantwortliche Wahrnehmung von Aufsichtsratsfunktionen kann dem Aufsichtsratsbüro nicht übertragen werden. Für die Beschaffung der zur Einrichtung des Aufsichtsratsbüros benötigten Ausstattungsleistungen gelten die allgemeinen Grundsätze zur Beschaffung der Ausstattung des Aufsichtsrats. Von besonderem Interesse im Hinblick auf kooperative Gestaltungsformen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ist die Einrichtung eines doppelfunktionalen Aufsichtsratsbüros, das als echte Schnittstelle sowohl bei der Wahrnehmung von Aufsichtsratsfunktionen als auch bei der Wahrnehmung von – insbesondere auf den Aufsichtsrat bezogenen – Vorstandsfunktionen (z.B. bei der Berichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat) unterstützend eingesetzt werden kann. Die für ein derartiges Aufsichtsratsbüro benötigten Ausstattungsleistungen können nicht mehr allein vom Aufsichtsrat am Markt beschafft werden. Die Leistungen können entweder durch Aufsichtsrat und Vorstand gemeinsam unmittelbar am Markt beschafft werden oder durch übereinstimmende Willensbildung beider Organe aus den Leistungsbeständen des Unternehmens bereitgestellt werden. Überdies haben die Organe in einem Leistungsplan/Budget zu bestimmen, welches Organ welche Leistungen des Aufsichtsratsbüros in welchem Umfang in Anspruch nehmen darf.

Unzulässig ist eine Gestaltung, wonach dem Aufsichtsrat ein bestimmter Geldbetrag zur eigenverantwortlichen Verfügung für die Wahrnehmung seiner Funktionen bereitgestellt wird – sei es durch Einräumung einer Kontovollmacht für ein (ggf. eigens eingerichtetes) Bankkonto der AG oder durch Einräumung einer internen Zahlungsanweisungsbefugnis gegenüber einem über Finanzmittel der AG verfügungsbefugten Unternehmensangestellten. Grundsätzlich zulässig ist hingegen, wenn der Vorstand Unternehmensangestellte, Mitarbeiter eines doppelfunktionalen Aufsichtsratsbüros oder sogar einzelne Aufsichtsratsmitglieder mit der Ausübung seiner Befugnisse zur Prüfung, Entscheidung und Ausführung von Zahlungsvorgängen beauftragt. Die Letztverantwortlichkeit für diese organschaftlichen Vorstandsfunktionen verbleibt allerdings stets beim Vorstand selbst, der den Beauftragten jederzeit Weisungen erteilen und Berichte von ihnen verlangen kann. Angesichts dieser Letztverantwortlichkeit ist dem Vorstand von einer faktischen Vernachlässigung der Überwachung der Beauftragten im Sinne einer blinden Abgabe seiner Steuerungshoheit dringend abzuraten. Die Beauftragung eines Mitarbeiters des Aufsichtsratsbüros ist gegenüber der Beauftragung eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds grundsätzlich vorzugswürdig.

I. Die originäre Ausstattung des Aufsichtsrats

Am Ende der Arbeit wird noch die originäre Ausstattung des Aufsichtsrats als dritte Leistungsquelle für seine Ausstattung behandelt. Bei der originären Ausstattung handelt es sich um die persönliche

Arbeitsleistung der einzelnen Arbeitsmitglieder, die diese im Rahmen ihrer jeweiligen Amtsausübung erbringen. Als Beschaffungsakt ist die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder als den Aufsichtsrat in seiner konkreten Zusammensetzung erst konstituierender Vorgang anzusehen; diese Entscheidung ist Vorstand wie Aufsichtsrat entzogen – die Zuständigkeit dafür ist vielmehr der Hauptversammlung zugewiesen. Für die im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehende Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ist die Beschaffung der originären Ausstattung durch Bestellung des Aufsichtsrats von untergeordneter Bedeutung. Bei der Finanzierung der originären Ausstattung des Aufsichtsrats hingegen ist zu differenzieren: Hier geht es einerseits um die Vergütung des Aufsichtsrats als Entgelt für die persönliche Mandatswahrnehmung der Mitglieder – deren Festlegung ist wiederum einer Entscheidung durch Vorstand oder Aufsichtsrat entzogen und allein der Hauptversammlung vorbehalten. Andererseits geht es jedoch auch um die Finanzierung von Unterstützungsleistungen, die den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern ihre jeweilige Amtsausübung individuell ermöglichen. Dieser letztgenannte Aspekt der Amtsausübung der Aufsichtsratsmitglieder kann insbesondere dadurch umgesetzt werden, dass das einzelne Aufsichtsratsmitglied jeweils persönliche Auslagen zur Beschaffung seiner individuellen Unterstützungsleistungen tätigt und hierfür analog §§ 675 Abs. 1, 670 BGB einen Ersatzanspruch gegen die AG erwirbt.

Voraussetzung für das Entstehen eines Ersatzanspruchs ist, dass das Aufsichtsratsmitglied die getätigten Auslagen für eine ordnungsgemäße Mandatswahrnehmung für erforderlich halten durfte. Die Unterstützungsleistung muss tatsächlich die individuelle Amtsausübung des einzelnen Organmitglieds betreffen; es darf sich nicht letztlich um eine Ausstattung des gesamten Kollegialorgans unter Ersetzung oder Vorwegnahme der diesbezüglich eigentlich erforderlichen kollegialen Willensbildung handeln. Andererseits muss für die betreffenden Ausstattungsleistungen noch eine offene Finanzierungsverantwortung der AG bestehen; sie dürfen insbesondere nicht bereits mit einer etwaigen Aufsichtsratsvergütung abzugelten sein. Schließlich müssen die Auslagen der Höhe nach angemessen sein, wobei insbesondere auf die generellen Verhältnisse der AG sowie auf deren konkrete Lage abzustellen ist. Beurteilt wird die Erstattungsfähigkeit der Auslagen aus einer ex-ante-Perspektive anhand eines Maßstabes, der sowohl objektive Kriterien als auch den individuellen Blickwinkel des konkreten Aufsichtsratsmitgliedes berücksichtigt. Werden Auslagen erstattet, die diese Anforderungen an die Erstattungsfähigkeit nicht erfüllen, so handelt es sich um eine an § 113 AktG zu messende Vergütung. Auslagen für Assistenz- und Beratungsleistungen zur Unterstützung eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds können nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen erstattet werden. Bei Aufwendungen eines Aufsichtsratsmitglieds für die eigene Aus- und Fortbildung ist zu differenzieren: Erwerb und Aufrechterhaltung der für die Mandatswahrnehmung erforderlichen Mindestqualifikation ist grundsätzlich Teil der ohnehin geschuldeten Amtsausübung und damit einhergehende Auslagen des Organmitglieds können allenfalls über die Aufsichtsratsvergütung (mit-) abgegolten werden. Geht es hingegen um den Erwerb von Spezialkenntnissen, so können die dadurch entstehenden Kosten grundsätzlich erstattungsfähig sein. Soweit in der branchenspezifischen Sonderregelung des § 25d Abs. 4 KWG der Gesellschaft eine Finanzierungsverantwortung auch hinsichtlich der Mindestqualifikation der Aufsichtsratsmitglieder zugewiesen wird, handelt es sich nach hier vertretenem systematischem Verständnis um eine – nicht auf das allgemeine Aktienrecht übertragbare – ausnahmsweise gesetzliche Vorgabe für die Ausgestaltung der Aufsichtsratsvergütung.

Ein Anspruch auf Auslagenersatz entsteht ipso iure unmittelbar mit Tätigkeit der entsprechenden Auslagen; auf eine Entscheidung der Verwaltungsorgane der AG kommt es nicht an. Der Anspruch steht auch grundsätzlich nicht zur Disposition durch Satzungsregelung. In der Satzung kann allenfalls die Vergütung des Aufsichtsrats geregelt werden, wobei allerdings auch die Gestaltung besonderer Vergütungselemente für die Tätigkeit nicht ersatzfähiger Auslagen in Betracht kommt,

sofern diese hinreichend bestimmt sind.

Die Versorgung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder mit für ihre individuelle Amtsausübung benötigten Unterstützungsleistungen muss nicht zwingend durch eine eigenverantwortliche Beschaffung seitens der Aufsichtsratsmitglieder mit anschließender Erstattung des entstandenen Aufwands durch die AG erfolgen. Möglich ist auch, dass die individuellen Unterstützungsleistungen unmittelbar durch die AG beschafft und sodann den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern zur Verfügung gestellt werden; für den Abschluss des betreffenden Beschaffungsvertrages im Außenverhältnis der AG besteht sowohl die allgemeine Vertretungsmacht des Vorstands als auch eine organschaftliche Annexvertretungsmacht des Aufsichtsrats (als Kollegialorgan). Desweiteren kann der Vorstand die individuellen Unterstützungsleistungen für die Aufsichtsratsmitglieder auch aus den Leistungsbeständen des Unternehmens bereitstellen.

Macht ein Aufsichtsratsmitglied einen Auslagenersatzanspruch gegenüber der AG geltend, so ist für dessen Bearbeitung im ersten Zugriff der Vorstand zuständig, der das Bestehen des Anspruchs prüft und gegebenenfalls eine entsprechende Zahlung veranlasst. Will der Vorstand allerdings eine Zahlung des geforderten Auslagenersatzes verweigern, so muss er hierzu eine Zustimmung des (Gesamt-) Aufsichtsrats einholen. Verweigert der Aufsichtsrat seinerseits die Zustimmung zur Zahlungsverweigerung, so ist der Vorstand zur Zahlungsausführung verpflichtet, haftet dann jedoch bei fehlender Ersatzfähigkeit der Auslagen nicht nach § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG. Der Aufsichtsrat wiederum hat seinerseits keine Initiativbefugnis zur unmittelbaren Ausführung oder Veranlassung einer Erstattungszahlung. Eine verbindliche Festlegung zur Erstattung von in der Zukunft zu tätigen Auslagen durch ein von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam im Vorfeld aufgestelltes Budget ist nicht möglich, da die Prüfung der Angemessenheit der Auslagen stets im konkreten Einzelfall zu erfolgen hat. Möglich ist allerdings eine – von der Hauptversammlung zu treffende – Vergütungsregelung gemäß § 113 AktG, durch welche für die Tätigkeit einzelner hinreichend bestimmter Auslagen – unabhängig von deren Ersatzfähigkeit nach §§ 675 Abs. 1, 670 BGB – besondere Vergütungselemente gewährt werden. Möglich ist schließlich im Zusammenhang mit der Erstattung von Auslagen einzelner Aufsichtsratsmitglieder eine Delegation der Ausübung der diesbezüglichen Befugnisse des Vorstands und – in erheblich engeren Grenzen – des Aufsichtsrats. Das betreffende Organ als solches behält dabei stets seine Letztverantwortlichkeit. Zudem dürfen in einem konkreten Erstattungsvorgang nicht sowohl die Vorstands- als auch die Aufsichtsratsbefugnisse von der jeweils identischen Person ausgeübt werden.