

Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder

von

Prof. Dr. Dr. h.c. (TU Tiflis) Johannes Semler, Dr. Martin Peltzer, Dr. Dietmar Kubis, Prof. Dr. Michael Arnold, Dr. Hans-Joachim Fonk, Dr. Welf Müller, Dr. Wolfgang Richter, Dr. Heinrich Rodewig, Dr. Vera Rothenburg, Bernhard Steffan, Prof. Dr. Jürgen Taschke, Prof. Dr. Ulrich Tödtnann, Dr. Marc Winstel, Daniel Zapf, Manuel Gaß

2. Auflage

Verlag Franz Vahlen München 2015

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4526 8

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 4 Leitung als Vorstandsaufgabe

Inhaltsübersicht

	Rn.
A. Der Begriff der Leitung	1
B. Der Inhalt der Leitung	15
I. Einzelne Tätigkeiten	15
1. Gesetzliche Leitungsaufgaben	15
2. Ungeschriebene Leitungsaufgaben	17
II. Organisation	18
C. Maßstäbe für die Ausübung der Leitung	24
I. Leitungsaufgabe des Vorstands als Organ	26
II. Leitung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens – Handlungsmaximen	27
1. Gesellschaftsinteresse	28
2. Unternehmensinteresse	35
3. Weites Ermessen	39
4. Handlungsanforderungen in Einzelfällen	43
a) Unternehmenserwerbe	43
b) Gesellschaft als Zielgesellschaft	47
c) Börsennotierte Gesellschaften	55
III. Leitungsaufgabe bei verbundenen Unternehmen	60
1. Abhängige Gesellschaft	60
a) Bestehen eines Beherrschungsvertrags	61
b) Fehlen eines Beherrschungsvertrags	64
2. Herrschende Gesellschaft	68
3. Besonderheiten bei Doppelorganshaft	69

Schrifttum: *Altmeyen*, Neutralitätspflicht und Pflichtangebot nach dem neuen Übernahmerecht, ZIP 2001, 1073; *Baudisch/Götz*, Nochmals: Neutralitätspflicht des Vorstands und Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung im Übernahmerecht, AG 2001, 251; *Bayer*, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, FS K. Schmidt, 2009, 85; *Buck-Heeb*, Notwendigkeit einer Legal Judgement Rule, BB 2013, 2247; *Calm*, Aufsichtsrat und Business Judgement Rule, WM 2013, 1293; *Dimke/Heiser*, Neutralitätspflicht, Übernahmegesetz und Richtlinienvorschlag 2000, NZG 2001, 241; *Fleischer*, Expertenrat und Organhaftung, KSzW 2013, 3; *ders.*, Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, FS Hüffer, 2010, 187; *ders.*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141; *ders.*, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1; *Grnewald*, Europäisierung des Übernahmerechts, AG 2001, 288; *Hauschka/Roth*, Übernahmeangebote und deren Abwehr im deutschen Recht, AG 1988, 181; *Hegnon*, Aufsicht als Leitungspflicht, CCZ 2009, 57; *Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 368; *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209; *Hoffmann-Becking*, Vorstands-Doppelmanate im Konzern, ZHR 150 (1986), 570; *Hopt*, Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen, FS Lutter, 2000, 1361; *ders.*, Aktionskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534; *Hüffer*, Der Vorstand als Leitungsorgan und die Mandats- und Haftungsbeziehungen seiner Mitglieder, in *Habersack/Bayer*, Aktienrecht im Wandel, Band 2, 2007, 334; *ders.*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands in der Managementholding, Festgabe Happ, 2006, 93; *ders.*, Das Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, FS Raiser, 2005, 163; *Kirchner*, Neutralitäts- und Stillhaltepflicht des Vorstands der Zielgesellschaft im Übernahmerecht, AG 1999, 481; *Klahold/Kremer*, Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113; *Kock/Dinkel*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, NZG 2004, 441; *Kort*, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605; *ders.*, Rechte und Pflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei Übernahmeversuchen, FS Lutter, 2000, 1421; *Lutter*, Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841; *Milbert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766; *ders.*, Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, FS Röhrich, 2005,

421; *Priester*, Aktionärsentscheid zum Unternehmenserwerb, AG 2011, 654; *Schneider/Burgard*, Übernahmeangebote und Konzerngründung – Zum Verhältnis von Übernahmerecht, Gesellschaftsrecht und Konzernrecht, DB 2001, 963; *Strohn*, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; *Thümmel*, Haftungsrisiken von Vorständen und Aufsichtsräten bei der Abwehr von Übernahmeversuchen, DB 2000, 461; *Vetter*, Interessenkonflikte im Konzern – vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern, ZHR 171 (2007), 342; *Wirth*, Vorstands-Doppelmanate im faktischen Konzern, FS Bauer, 2010, 1147.

A. Der Begriff der Leitung

- 1 Die Rechte und Pflichten des Vorstands zur Führung des Unternehmens sind im AktG an verschiedenen Stellen und terminologisch uneinheitlich geregelt.
- 2 Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG). Genauer betrachtet wird weniger die Gesellschaft als eine juristische Person, zu der sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben, geleitet, als vielmehr das Unternehmen,¹ dessen Rechtsträger die Gesellschaft ist. Zu Unterschieden in der Betrachtungsweise und den praktischen Folgen daraus → Rn. 27 ff.
- 3 Das **AktG** enthält **keine Bestimmung** des Begriffs der Leitung der Gesellschaft.² Ebenso wenig grenzt das Gesetz den Begriff der Leitung vom Begriff der Geschäftsführung (§§ 77 Abs. 1, 93 Abs. 1, 111 Abs. 1 und Abs. 4, 119 Abs. 2 AktG) ab. Die herrschende Meinung verwendet den Begriff der **Geschäftsführung** als **Oberbegriff** und behandelt die **Leitung** als deren **herausgehobenen Teil**, soweit es um besondere Führungsaufgaben des Vorstands geht.³ Vereinzelt werden Leitung und Geschäftsführung als (nahezu) identische⁴ oder sich teilweise überschneidende⁵ Begriffe verstanden. Andere sehen den Begriff der Leitung des Unternehmens als Oberbegriff und unterteilen ihn in die Geschäftsführung einerseits und die Vertretung der Gesellschaft andererseits.⁶
- 4 Für die Praxis ist weniger eine abstrakte Definition als die **funktionale Begriffsbestimmung** von Bedeutung. Je nach dem Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen des AktG lässt sich der für den Rechtsanwender maßgebliche Bedeutungsgehalt des Begriffs der Leitung ermitteln.⁷
- 5 Indem das AktG die Leitung des Unternehmens dem Vorstand zuweist (§ 76 AktG), trifft es zunächst eine **Kompetenzzuweisung**. Sie ist **umfassend**. Danach ist ausschließlich der Vorstand berechtigt, das Unternehmen zu leiten. Die **anderen Gesellschaftsorgane**, also der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung, sind von der Leitung des Unternehmens **ausgeschlossen**. Dies gilt freilich auch für die Geschäftsführung.⁸ Daraus allein lässt sich folglich kein Kriterium für die Abgrenzung gewinnen.
- 6 Die Kompetenzzuweisung richtet sich an den **Vorstand als Organ**, also in seiner Gesamtheit, nicht an die einzelnen Mitglieder des Vorstands. Hieraus und aus dem Zusammenhang mit der Bestimmung über die Geschäftsführung (§ 77 AktG) wird die Beziehung der Begriffe Leitung und Geschäftsführung deutlich: Weist § 76 AktG die Leitung der Gesellschaft dem Gesamtvorstand zu, ohne Abweichungen von dieser Regel zuzulassen, so

¹ Im Grundsatz besteht wohl Einigkeit, dass sich die Leitungsaufgabe nicht nur auf die AG als solche bezieht; vgl. *Henze* BB 2000, 209; *Fleischer* ZIP 2003, 1; *Mertens/Cahn* in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 6; *Spindler* in MüKoAktG § 76 Rn. 15; *Kort* in Großkomm. AktG § 76 Rn. 39 f.

² Im Folgenden „Leitung des Unternehmens“, weil sich die Leitungsaufgabe – wie dargelegt – nicht nur auf die Gesellschaft, sondern in erster Linie auf das Unternehmen bezieht.

³ *Spindler* in MüKoAktG § 76 Rn. 17 f.; *Mertens/Cahn* in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 4; *Hüffer* § 76 AktG Rn. 8; *Wiesner* in MHdB AG § 19 Rn. 13.

⁴ *Gebler/Hefermehl* in *Gebler/Hefermehl* § 76 AktG Rn. 10; *Johannes Semler* Leitung Rn. 3 ff.

⁵ *Henze* BB 2000, 209, 209.

⁶ *Frodermann/Schäfer* in *Henn/Frodermann/Janott* § 7 Rn. 155 f.

⁷ Dazu *Fleischer* ZIP 2003, 1.

⁸ Dem Aufsichtsrat können Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden, § 111 Abs. 4 S. 1 AktG; die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt, § 119 Abs. 2 AktG.

muss die Leitung **Maßnahmen von besonderer Qualität** betreffen. Dies folgt daraus, dass auch die Geschäftsführung Aufgabe des gesamten Vorstands ist (§ 77 Abs. 1 S. 1 AktG), es dort aber nicht zwingend bei der Gesamtgeschäftsführung bleiben muss. Dieses Zusammenspiel der gesetzlichen Regelungen lässt sich am besten mit dem Bild verdeutlichen, wonach die **Geschäftsführung der umfassende Begriff**, die **Leitung** ein **herausgehobener Teil** der Geschäftsführung ist.⁹

Das Gesetz formuliert die Leitungsaufgabe des Vorstands als **Leitungspflicht**, wie sich 7 aus der Formulierung „hat zu leiten“ in § 76 Abs. 1 AktG ergibt.

Soweit diese Leitungspflicht reicht, ist der **Kernbereich der Vorstandstätigkeit** be- 8 troffen. Der Vorstand muss diese Aufgaben selbst erfüllen.¹⁰ Dem steht nicht entgegen, dass der Aufsichtsrat wegen der ausdrücklichen Pflicht des Vorstands, aus § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG, dem Aufsichtsrat Berichte zu erstatten, besonders eng etwa in die Unternehmensplanung einbezogen ist. Kommt der Vorstand seiner Leitungspflicht nicht nach, kann er sich schadensersatzpflichtig machen (§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG).

Das AktG gestaltet die Pflicht des Vorstands zur Leitung der Gesellschaft als **Gesamt- 9 verantwortung** (→ § 5 Rn. 15f.) aus. Soweit diese Gesamtverantwortung besteht, darf der Vorstand die entsprechende Leitungsaufgabe weder auf andere Organe – etwa den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung – abwälzen, noch einzelnen Vorstandsmitgliedern übertragen.¹¹

Die in § 76 Abs. 1 AktG angesprochene Leitung der Gesellschaft ist also die zwingend 10 vom Gesamtvorstand und unabhängig von Weisungen anderer Gesellschaftsorgane wahrzunehmende **Führungsaufgabe** im Unternehmen.

Durch den Zusatz „unter eigener Verantwortung“ stellt das Gesetz in § 76 Abs. 1 AktG 11 klar, dass der Vorstand bei seiner Tätigkeit **keinen Weisungen** des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung unterworfen ist.¹² Erst recht gilt dies im Verhältnis zu einzelnen Aktionären, etwa einem Großaktionär, oder Dritten. Die Satzung kann diese vom Gesetz vorgegebene Kompetenzordnung nicht ändern.¹³ Eine **Ausnahme** erleidet dieser Grundsatz nur, falls ein **Beherrschungsvertrag** besteht¹⁴ oder eine Eingliederung vorliegt. Der Pflicht zur weisungsfreien Leitung widersprechen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, in denen der Vorstand Leitungsmaßnahmen (organisatorische Maßnahmen, Besetzung von Führungspositionen, künftige Geschäftspolitik) an künftige Entscheidungen eines Dritten bindet.¹⁵ Darüber hinaus darf der Vorstand Leitungsentscheidungen nicht an eine nachrangige Führungsebene delegieren.¹⁶

An dem Recht und der Pflicht des Vorstands zur eigenverantwortlichen Leitung des Un- 12 ternehmens ändern auch **Kontrollrechte des Aufsichtsrats** nichts. Der Aufsichtsrat muss

⁹ Hüffer § 76 AktG Rn. 8; Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 17; Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 4; Wiesner in MHD B AG § 19 Rn. 13; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 29.

¹⁰ Fleischer ZIP 2003, 1, 2.

¹¹ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 4f., 42ff.; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 34; der Vorstand darf auch die Leitung der Gesellschaft in den Kernbereichen nicht auf Dritte verlagern (Outsourcing), vgl. dazu Hefermehl/Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 18, 19; Fleischer in Spindler/Stilz § 76 AktG Rn. 9, 66.

¹² Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 44; Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 22f., 25f.; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 2ff.

¹³ Hüffer § 76 AktG Rn. 4.

¹⁴ § 308 Abs. 1 S. 1 AktG; die Vorschrift ändert aber nichts an der Leitungskompetenz des Vorstands der abhängigen Gesellschaft. Zu Besonderheiten bei verbundenen Unternehmen → Rn. 60ff.

¹⁵ Ausführlich dazu Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 25; Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 47ff.; Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 47ff.; Hüffer § 76 AktG Rn. 27. So ist etwa nach LG München I NZG 2012, 1152, 1153f. ein Business Combination Agreement, in dem sich der Vorstand verpflichtet, bestimmte Leitungsaufgaben wie die Ausübung genehmigten Kapitals oder einer Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien nicht ohne die Zustimmung eines Aktionärs durchzuführen, wegen Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung gemäß § 134 BGB nichtig. Das OLG München hat im parallelen Freigabeverfahren die Rechtsauffassung des LG München I bestätigt, vgl. OLG München NZG 2013, 459,462.

¹⁶ Fleischer in Spindler/Stilz § 76 AktG Rn. 65; Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 4.

sich darauf beschränken, die Leitung des Unternehmens durch den Vorstand zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG).¹⁷ Auch soweit der Vorstand für einzelne Maßnahmen nach der Satzung der Gesellschaft, der Geschäftsordnung des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder aufgrund eines einzelfallbezogenen Aufsichtsratsbeschlusses der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, handelt es sich um eine bloße Kontrollfunktion des Aufsichtsrats. In keinem Fall darf der Aufsichtsrat seine Kontrolle in der Weise ausüben, dass er dem Vorstand die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens teilweise oder gar weitgehend aus der Hand nimmt.¹⁸ Die Wahrnehmung der Leitungsaufgabe des Vorstands wird nicht beeinträchtigt, sondern gefördert, soweit der Aufsichtsrat die Tätigkeit beratend begleitet und damit seine eigene **Beratungsaufgabe** erfüllt.

- 13** Auch der **Hauptversammlung** ist es **verwehrt**, auf die Leitung des Unternehmens durch den Vorstand **Einfluss zu nehmen**. Zu Maßnahmen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung nur dann Beschlüsse fassen, wenn der Vorstand sie darum ersucht hat (§ 119 Abs. 2 AktG).¹⁹ Diese Einschränkung gilt nicht, soweit der Vorstand zu einzelnen Maßnahmen schon kraft Gesetzes einer Zustimmung der Hauptversammlung bedarf.²⁰ Außerdem steht der Hauptversammlung das Recht zu, durch Beschluss den Vorstand dazu anzuweisen, Maßnahmen, die in ihre Zuständigkeit fallen, oder Verträge, die zur Wirksamkeit ihrer Zustimmung bedürfen, vorzubereiten (§ 83 Abs. 1 AktG).
- 14** Darüber hinaus verlangt die **Rechtsprechung**²¹ unter bestimmten engen Voraussetzungen, dass der Vorstand einen **Beschluss der Hauptversammlung** herbeiführt. Die Maßnahme muss so bedeutsam sein, dass sie vergleichbar stark in das Mitgliedsrecht der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreift wie Vorgänge, für die das Gesetz eine Mitwirkung der Hauptversammlung ausdrücklich verlangt. Der Vorstand kann in solchen Fällen nicht vernünftigerweise annehmen, dass er die Maßnahme ohne Beteiligung der Hauptversammlung umsetzen kann. Dies ist für sehr erhebliche Fälle der sog. „Mediatisierung“ anerkannt. Hier werden die Rechte der Aktionäre durch Verlagerung ganz wesentlicher Unternehmensteile in eine Tochtergesellschaft geschmälert. Insbesondere bei Beteiligungsveräußerungen darf inzwischen als geklärt angesehen werden, dass der Hauptversammlung von seltenen Ausnahmefällen abgesehen keine ungeschriebene Zuständigkeit zur Mitwirkung zukommt, solange die Grenzen des § 179a AktG nicht überschritten sind.²² Ebenso wenig unterliegen Beteiligungserwerbe der Zustimmung der Hauptversammlung.²³ Anders ist die Rechtslage (ungeachtet der Frage nach ungeschriebenen Zuständigkeiten der Hauptversammlung), wenn eine Beteiligungsveräu-

¹⁷ Hier erweist sich erneut die uneinheitliche Terminologie des Gesetzes als irreführend: zutreffend ist in § 111 Abs. 1 AktG nur die Leitung des Unternehmens betroffen, nicht dagegen die Geschäftsführung im oben erläuterten weiteren Sinn. Entscheidungen im Tagesgeschäft hat der Aufsichtsrat nicht zu überwachen; zutreffend *Kort* in Großkomm. AktG § 76 Rn. 32; *Hüffer* § 111 AktG Rn. 2; § 111 Abs. 4 AktG betrifft dagegen die Geschäftsführung allgemein.

¹⁸ *Fleischer* in Spindler/Stilz § 76 AktG Rn. 58; *Spindler* in MüKoAktG § 76 Rn. 22.

¹⁹ Der Begriff der Geschäftsführung wird hier im weiten Sinne des § 77 AktG verstanden; vgl. *Hüffer* § 119 AktG Rn. 13.

²⁰ Es handelt sich dabei um Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen (zB §§ 71, 221 AktG), bei denen nicht zugleich eine Satzungsänderung erforderlich ist, Abschluss von Unternehmensverträgen, Strukturmaßnahmen nach dem UmwG. Für solche Maßnahmen mag der Begriff der Grundlagengeschäfte verwandt werden. Er darf aber nicht zu der irrigen Vorstellung verleiten, es gäbe Maßnahmen, die schon deshalb der Zustimmung der Hauptversammlung bedürften, weil sie „über die gewöhnliche Geschäftsführung“ hinausgingen (eingehend → § 5 Rn. 5 ff.).

²¹ BGHZ 83, 122 – Holzmüller; restriktiver in Bezug auf das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung BGHZ 159, 30 – Gelatine I; BGH ZIP 2004, 1001 – Gelatine II; in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung hält der BGH nunmehr einen Beschluss der Hauptversammlung beim Delisting nicht mehr für erforderlich, vgl. BGH DStR 2013, 2526, 2528; anders noch BGHZ 153, 47 – Macrotron.

²² BGH DStR 2007, 586; *Mertens/Cahn* in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 63; *Spindler* in Schmidt/Lutter § 119 AktG Rn. 34; kritisch *Kubis* in MüKoAktG § 119 AktG Rn. 66 ff.; *Hoffmann* in Spindler/Stilz § 119 AktG Rn. 30 f.; vgl. BVerfG NZG 2011, 1379.

²³ OLG Frankfurt NZG 2011, 62; *Kubis* in MüKoAktG § 119 Rn. 70 f.; kritisch etwa *Priester AG* 2011, 654, 657 ff. mwN.

berung zu einer Satzungsunterschreitung oder ein Beteiligungserwerb zu einer Satzungsüberschreitung führen würde.²⁴

B. Der Inhalt der Leitung

I. Einzelne Tätigkeiten

1. Gesetzliche Leitungsaufgaben

Um die Leitung des Unternehmens im soeben beschriebenen Sinne handelt es sich zu- nächst immer dort, wo bereits das Gesetz dem Gesamtvorstand eine Leitungsaufgabe zu- weist. Das Gesetz nennt an verschiedenen Stellen solche Leitungsaufgaben:²⁵

- Vorbereitung und Ausführung von Beschlüssen der Hauptversammlung (§ 83 AktG);
- Berichterstattung an den Aufsichtsrat (§ 90 AktG);
- Buchführung (§ 91 Abs. 1 AktG);
- Errichtung eines Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems (§ 91 Abs. 2 AktG);
- Verlustanzeige und Insolvenzantrag (§ 92 AktG bzw. § 15a InsO);
- Einberufung des Aufsichtsrats in besonderen Fällen (§ 110 Abs. 1 AktG);
- Verlangen an die Hauptversammlung, über eine Frage der Geschäftsführung zu entschei- den (§ 119 Abs. 2 AktG);
- Einberufung der Hauptversammlung (§§ 121 Abs. 2, 175 Abs. 1 S. 1 AktG);
- Vorschläge des Vorstands zu jedem Punkt der Tagesordnung einer Hauptversammlung (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG);
- Abgabe der Entsprechenserklärung (§ 161 AktG);
- Aufstellung von Jahresabschluss und Lagebericht sowie deren Vorlage an den Aufsichtsrat (§ 170 Abs. 1 AktG);
- Erteilung von Auskünften auf der Hauptversammlung (§ 131 Abs. 1 S. 1 AktG);
- Anfechtung von Beschlüssen der Hauptversammlung (§ 245 Nr. 4 und 5 AktG).

Bei all diesen Aufgaben unterscheidet das Gesetz nicht nach der Art des Unternehmens 16 – etwa ob es als produzierendes Unternehmen oder aber im Finanzsektor tätig ist – oder danach, ob die betreffende Gesellschaft börsennotiert oder nicht börsennotiert ist.²⁶ Solche Differenzierungen gewinnen indes zunehmend an Bedeutung, weil der Gesetzgeber bei- spielsweise für den Finanzsektor oder im Kapitalmarktrecht vielfältige Vorstandspflichten schafft. Solche **kapitalmarktrechtlichen Pflichten** des Vorstands sind etwa:

- Mitteilungen an den Kapitalmarkt oder Aktionäre, Veröffentlichung von Insiderinforma- tionen („ad hoc-Mitteilungen“; § 15 Abs. 1 WpHG) (siehe auch → Rn. 57f.), Führung von Insiderverzeichnissen (§ 15b Abs. 1 WpHG), Stimmrechtsmitteilungen (§§ 21 ff. WpHG), Informationspflichten für die Wahrung von Rechten aus Wertpapieren (§§ 30a ff. WpHG), Veröffentlichung und Übermittlung von Finanzberichten (§§ 37v ff. WpHG);
- Stellungnahme zu einem Angebot nach dem WpÜG (§ 27 Abs. 1 S. 1 WpÜG).

2. Ungeschriebene Leitungsaufgaben

Darüber hinaus gibt es ungeschriebene Leitungsaufgaben, die weniger einzelne Hand- 17 lungspflichten des Vorstands als vielmehr die unternehmerische Tätigkeit insgesamt betref- fen. Der Gesamtvorstand ist zwingend für folgende Leitungsaufgaben zuständig:²⁷

²⁴ Priester AG 2011, 654, 657.

²⁵ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 16; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 35.

²⁶ Eingehend Bayer, Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotierte und für geschlossene Ge- sellschaften, Gutachten E zum 67. Deutschen Juristentag.

²⁷ Henze BB 2000, 209, 210; Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 17; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 36; Hüffer § 76 AktG Rn. 10.

§ 4 18–21

§ 4 Leitung als Vorstandsaufgabe

- Unternehmensplanung (Zielsetzung sowie mittel- und langfristige Festlegung der Unternehmenspolitik);
- Unternehmensstruktur (Festlegung der Grundzüge der Markt-, Produkt-, Finanz-, Investitions- und Personalpolitik);
- Unternehmenskontrolle (laufende und nachträgliche Kontrolle von Durchführung und Erfolg delegierter Geschäftsführungsaufgaben);
- Überwachung der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung;
- sonstige Maßnahmen und Geschäfte, die für die Gesellschaft von außergewöhnlicher Bedeutung sind oder mit denen ein außergewöhnliches Risiko verbunden ist;
- Besetzung der oberen Führungspositionen;
- angemessene Vorbereitung auf (unerwünschte) Übernahmeveruche.

II. Organisation

- 18** Ebenfalls zu den Leitungsaufgaben gehört die angemessene Organisation des Unternehmens und seiner Teilbereiche. Dies betrifft zunächst ganz allgemein die gesetzmäßige Organisation des Unternehmens, um den Unternehmenszweck bestmöglich erfüllen zu können.²⁸ In jüngerer Zeit und insbesondere im Anschluss an die Finanzkrise ist eine Leitungsaufgabe besonders in den Blick gerückt: Die angemessene Organisation des Unternehmens zur **Einschätzung und Behandlung von Risiken**,²⁹ wengleich aktienrechtlich (§ 91 Abs. 2 AktG, Ziff. 4.1.4 DCGK) schon lange eine entsprechende Pflicht bestand.³⁰
- 19** Der Vorstand muss durch geeignete Organisation sicherstellen, dass eine den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklung frühzeitig und eine damit verbundene mögliche Krise alsbald erkannt wird (§ 91 Abs. 2 AktG). Er hat ein sog. **Frühwarnsystem** einzurichten. Zu den den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen gehören vor allem risikoträchtige Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Rechtsverstöße, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich auswirken.³¹
- 20** Als Teil eines Frühwarnsystems sollte der Vorstand für den Aufbau eines angemessenen **Risikomanagementsystems** (ausführlich → § 1 R.n. 223 ff.) und für eine angemessene **interne Revision** sorgen. Er darf sich dabei nicht darauf beschränken, einzelne ihm bekannt werdende risikoträchtige Geschäftsvorfälle zu überwachen. Vielmehr muss der Vorstand das Unternehmen intern so organisieren, dass ihm die frühzeitige Kenntnisnahme und Kontrolle von Umständen, von denen eine Gefährdung ausgehen kann, möglich sind. Nur dann kann er frühzeitig weitere **Maßnahmen zur Risikominimierung** einleiten.³² Der Vorstand muss dabei alle ihm zur Verfügung stehenden Informationsquellen berücksichtigen.³³ Zu diesem Zweck sollte der Vorstand ein systematisches und kontinuierliches **Prüfungssystem** aufbauen, das alle Unternehmensbereiche erfasst. Hierzu bedarf es zumindest eines **geordneten Rechnungswesens** und eines **Finanzplans**. Zudem sollte die interne Revision in alle Geschäftsprozesse einbezogen und auf die Unternehmensziele und Unternehmensrisiken ausgerichtet werden. Das Prüfungssystem muss außerdem sicherstellen, dass unternehmensinterne und -externe **Informationen richtig und rechtzeitig verfügbar** sind, damit Risiken unverzüglich aufgedeckt werden können.
- 21** Der Vorstand muss außerdem prüfen, ob dieses System **tatsächlich umgesetzt** wird. Der **Abschlussprüfer** muss dem Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Ausschuss über

²⁸ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 5; Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 17.

²⁹ Überblick über die Entwicklung bei Hemeling ZHR 175 (2011), 368.

³⁰ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 91 Rn. 14.

³¹ Liebscher in BeckHdB AG § 6 Rn. 115.

³² Hefermehl/Spindler in MüKoAktG § 91 Rn. 2; Hüffer § 91 AktG Rn. 6 ff.; Liebscher in BeckHdB AG § 6 Rn. 115; Endres ZHR 163 (1999), 441, 451 f.

³³ BGHZ 134, 244, 253 f.

wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess **berichten** (§ 171 Abs. 1 S. 2 AktG). Ein **umfassendes „Risikomanagementsystem“** ist dagegen rechtlich **nicht vorgeschrieben**.³⁴

Ebenso bedeutsam ist die Aufgabe des Vorstands, für die **Beachtung von Compliance Regeln** sowie eine angemessene **Compliance Organisation** zu sorgen.³⁵ Die Ausgestaltung im Einzelnen liegt allerdings im Ermessen des Vorstands.³⁶

Im Rahmen der Organisationspflichten muss der Vorstand auch geeignete Vorkehrungen treffen, damit er gegebenenfalls bestehende **kapitalmarktrechtliche Pflichten** zeitgerecht – häufig unverzüglich – **erfüllen** kann.

C. Maßstäbe für die Ausübung der Leitung

Das Gesetz enthält **keine ausdrücklichen Vorgaben**, nach welchen Grundsätzen der Vorstand seine Leitungsfunktion ausüben soll.

Maßstäbe für die Ausübung der Leitungsfunktion lassen sich am ehesten **aus der Funktion des Vorstands ableiten** sowie daraus, für welche rechtliche oder tatsächliche Einheit er dies tut und welchen Interessen er dabei zu dienen hat. Klar ist jedenfalls, dass der Vorstand bei der Wahrnehmung seiner Leitungspflicht **nicht im eigenen Interesse** tätig wird und nicht werden darf.

I. Leitungsaufgabe des Vorstands als Organ

Der Vorstand ist Organ der Gesellschaft. Damit bezieht sich die Leitungsaufgabe zunächst auf die Gesellschaft.³⁷ Als Organ der Gesellschaft muss der Vorstand (mindestens) dafür sorgen, dass die Gesellschaft die ihr nach **Gesetz und Satzung auferlegten Pflichten** erfüllt, so etwa, ein geordnetes kaufmännisches Rechnungswesen zu schaffen und aufrechtzuerhalten, Jahresabschlüsse aufzustellen, jährlich die ordentliche Hauptversammlung mit den gesetzlich vorgegebenen Beschlussgegenständen³⁸ abzuhalten, den Verlust der Hälfte des Grundkapitals anzuzeigen und rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen. Aus dieser beispielhaften Aufzählung ist ersichtlich, dass das Gesetz für diese Leitungsaufgaben keinerlei inhaltliche Vorgaben macht. Solche Vorgaben sind aber auch entbehrlich, weil es um das rein organisatorische, formale Funktionieren der Gesellschaft als AG geht.

II. Leitung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens – Handlungsmaximen

Die Leitungsaufgabe kann sich aber **nicht** darauf **beschränken**, das (formale) **Funktionieren** der AG nach Gesetz und Satzung zu gewährleisten. Der Vorstand ist in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft zugleich **Leiter des** von der Gesellschaft betriebenen **Unternehmens**.³⁹ Mit der Leitung des Unternehmens sind aber vor allem inhaltliche Ent-

³⁴ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 91 Rn. 14, 20; Kort ZGR 2010, 440, 451 ff.

³⁵ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 91 Rn. 34 ff.; Klahold/Kremer ZGR 2010, 113, 125.

³⁶ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 91 Rn. 36.

³⁷ Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 39.

³⁸ Entgegennahme des festgestellten Jahresabschlusses sowie Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns (§§ 175 Abs. 1 S. 1, 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG), Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG), Bestellung (besser: Wahl) des Abschlussprüfers (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG).

³⁹ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 6; Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 642; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 39.

scheidungen, etwa zur Unternehmensplanung oder in wichtigen Einzelfällen (Produktentwicklung und -einführung, Erwerb oder Veräußerung strategischer Beteiligungen, größere Investitionen in Anlagen etc.), gefordert. Hier bedarf es auch inhaltlicher Vorgaben für das Leitungshandeln des Vorstands.

1. Gesellschaftsinteresse

- 28 Bei der **Leitung des Unternehmens**, also der Wahrnehmung der Unternehmerfunktion, ist der Vorstand zunächst dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet; denn er leitet das Unternehmen für dessen Rechtsträger, die Gesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG spricht von Leitung der „Gesellschaft“). Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist die Gesellschaft ein Verband der Kapitalgeber, dessen Zweck allein darin besteht, die Interessen der Aktionäre zu verwirklichen.⁴⁰
- 29 Weitere inhaltliche Anhaltspunkte bietet die Überlegung, dass sich die Aktionäre in der Gesellschaft zusammengeschlossen haben, um dauerhaft einen erwerbswirtschaftlichen Zweck zu verfolgen. Zwar stünde es den Gesellschaftern jederzeit frei, die Gesellschaft zu beenden und aufzulösen. Solange dies aber nicht geschehen ist, besteht das **Gesellschaftsinteresse** im Wesentlichen darin, den **Bestand des** in der Gesellschaft verfassten **Unternehmens** zu sichern. Voraussetzung dafür ist eine **dauerhafte Rentabilität des Unternehmens**.⁴¹
- 30 Damit ist indes nicht gesagt, dass die Gesellschaft ohne jegliche **rechtliche Bindung zur Außenwelt** dasteht. Als Rechtssubjekt unterliegt sie den Bindungen der Rechtsordnung, als Verband von Eigentumsinteressen unterliegt sie der eigentumsrechtlichen Sozialbindung.⁴² Anforderungen der Rechtsordnung daran, wie ein Unternehmen zu führen sei, können sich immer nur an dessen Rechtsträger, also die Gesellschaft, richten⁴³ und damit das Handeln des Vorstands beeinflussen. Solche Anforderungen enthalten etwa das Recht der unternehmerischen und betrieblichen Mitbestimmung, das Kapitalmarktrecht, das Wettbewerbsrecht oder das Arbeitsrecht. Sie begrenzen das Streben der Gesellschaft, ausschließlich ihre Erwerbsinteressen durchzusetzen.
- 31 Würde der Vorstand das Unternehmen in einer Weise leiten, dass die Gesellschaft, der die Handlungen des Vorstands zugerechnet werden, gegen die geltende Rechtsordnung verstieße, so wäre die Grenze zulässiger Leitungsmacht überschritten. Aus diesen Überlegungen lässt sich freilich nicht viel mehr ableiten, als dass der Vorstand das **Unternehmen im Einklang mit Gesetz und Recht** leiten muss.
- 32 Eine darüber hinausgehende **Bindung der Leitungsmacht an das Gemeinwohl** oder andere abstrakte Maßstäbe wird zu Recht ganz überwiegend **abgelehnt**.⁴⁴ Zumindest ließen sich aus der Behauptung einer Gemeinwohlbindung keine konkreten Handlungsanweisungen ableiten. Im Rahmen seines Leitungsermessens darf der Vorstand Gemeinwohlinteressen angemessen fördern.⁴⁵ Eine Pflicht freilich, die Geschäftspolitik umfassend an der sogenannten „Corporate Social Responsibility“ auszurichten, gibt es nicht.⁴⁶
- 33 Die **dauerhafte Rentabilität** des Unternehmens als vorrangiges Gesellschaftsinteresse und damit wichtigste Vorgabe für die Tätigkeit des Vorstands darf **nicht gleichgesetzt** werden mit **Gewinnmaximierung**.⁴⁷ Nicht allein ist der Gewinn kein eindeutiger Be-

⁴⁰ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 68; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 53.

⁴¹ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 74.

⁴² Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 68.

⁴³ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 65.

⁴⁴ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 54; Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 33; Kort in Großkomm. AktG § 76 Rn. 62.

⁴⁵ Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 33 ff.; Mülbart AG 2009, 766, 772; zu Einzelfällen und Grenzen des Ermessens Fleischer in Spindler/Stilz § 76 AktG Rn. 45 ff.

⁴⁶ Mülbart AG 2009, 766, 769 f.

⁴⁷ Spindler in MüKoAktG § 76 Rn. 62; näher zum potentiellen Konflikt zwischen Gewinnmaximierung und langfristiger Entwicklung Mertens/Cahn in Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 21, 24.