



# BOARD

Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland

## HERAUSGEBER

Arbeitskreis deutscher  
Aufsichtsrat e.V. (AdAR)

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Dr. Stefan Siepelt

Marc Tüngler

GESAMTLEITUNG

Dr. Christian Bosse

Dr. Claus Buhleier

Dr. Florian Drinhausen

Prof. Dr. Barbara Grunewald

Prof. Dr. Susanne Kals

Dr. Jürgen Kunz

Prof. Dr. Klaus Möller

Prof. Dr. Ulrich Noack

Prof. Dr. Andreas Schlüter

Prof. Dr. Ulrich Seibert

Prof. Dr. Stefan Simon

Dr. Jochen Vetter

Prof. Dr. Marc-Phillipe Weller

Dr. Christian Zwirner

IN KOOPERATION MIT

Deutsche Schutzvereinigung für  
Wertpapierbesitz e.V. (DSW)

# 1 2011

BOARD · Juni 2011 · S.1-44 · www.betrifft-unternehmen.de



**Klaus-Peter Müller**

Interview mit dem Vorsitzenden der DCGK

**Dr. Claus Buhleier**

Aufsichtsratsagenda 2011 aus internationaler  
Perspektive

**Prof. Dr. Ulrich Noack**

Kodex-Verstöße und AR-Wahl

**Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Alexander v. Preen, Prof. Dr. Stefan Simon**

Gender Diversity – Eine Frage guter  
Corporate Governance


**Monika Schulz-Strelow**

Interview mit der Präsidentin von FidAR



**Bundesanzeiger  
Verlag**

www.bundesanzeiger-verlag.de



Und... wie stillen  
Sie Ihren Wissens-  
durst?

**Informationen direkt  
von der Quelle.**

---

Außenwirtschaft

---

Bau · Immobilien · Vergabe

---

Familie · Betreuung · Soziales

---

Unternehmen und Wirtschaft

---

Sicherheit · Technik · Gefahrgut

---

Europa · Staat · Verwaltung

---



**Bundesanzeiger  
Verlag**

Evidenzzentrale Fachverlag Datenservice

[www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)

Rechts- und Interessensicherheit in der Leitung der Hauptversammlung!

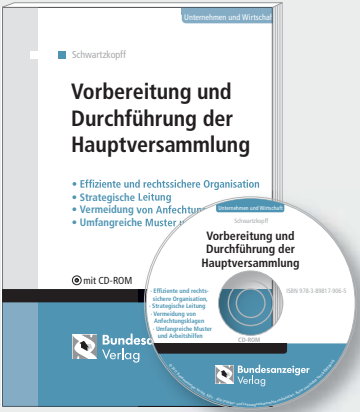
In Vorbereitung!

Schwartzkopff

# Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung

- Effiziente und rechtssichere Organisation
- Strategische Leitung
- Vermeidung von Anfechtungsklagen
- Umfangreiche Muster und Arbeitshilfen

Die Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft erfordert eine sorgfältige Planung, Durchführung und Nachbearbeitung. Bereits kleine Verfahrensfehler können empfindlichen Schaden für die Gesellschaft und ihre Organe verursachen und erhebliche Kosten nach sich ziehen.



ISBN 978-3-89817-906-5  
1. Auflage 2011, 264 Seiten,  
16,5 x 24,4 cm, inkl. CD-ROM,  
kartoniert, 49,- €

inkl. MwSt. und Versandkosten  
(deutschlandweit)  
Erscheinungstermin: II. Quartal 2011

AUS DEM INHALT

- Die Hauptversammlung richtig einberufen!
- Rechtssicher mit Gegenanträgen und Wahlvorschlägen von Minderheitsaktionären umgehen!
- Fragen während der Versammlung beantworten!
- Die Versammlung strategisch leiten!
- Rechtliche und praktische Belange sinnvoll abstimmen!
- Streitigkeiten nach der Hauptversammlung beilegen!

Wir halten Ihnen den Rücken frei!

Bosse

# Die Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten

## Professionelle Ausübung der Organschaft und konkrete Handlungsempfehlungen zur Risikoabsicherung

Vorstände und Aufsichtsräte werden vermehrt von den Gesellschaften, den Aktionären, vom Staat, der Öffentlichkeit oder von Außenstehenden in Anspruch genommen. Das Risiko der (persönlichen) Haftung ist durch mehrere neue Gesetze (wie z.B. das VorstAG oder ARUG) gestiegen. Kenntnisse über den eigenen Haftungsrahmen sind für Vorstände und Aufsichtsräte unabdinglich.



ISBN 978-3-89817-907-2  
2011, ca. 320 Seiten, 16,5 x 24,4 cm,  
Softcover, 49,- €

Erscheinungstermin:  
vorauss. II. Quartal 2011

IHRE VORTEILE

- Kurzer und prägnanter Überblick über die Haftungsrisiken von Vorständen und Aufsichtsräten
- Konkrete Handlungstipps und direkt einsetzbare Arbeitshilfen
- Beispielfälle aus der Praxis



Bundesanzeiger Verlag

Recht vielseitig!

**Kostenlos: aktuelle Infos, Arbeitshilfen, Analysen und Webcasts!**



PORTAL

# www.betrifft-unternehmen.de

## Das professionelle Online-Portal für Unternehmen

Mit dem Themenportal „www.betrifft-unternehmen.de“ stellt der Bundesanzeiger Verlag umfassende Informationen rund um das Unternehmens- und Wirtschaftsrecht sowie aktuelle unternehmensrelevante Hintergrundinformationen und Analysen zur Verfügung.

Neben vertiefenden Fachbeiträgen, die aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung im Unternehmenskontext aufgreifen, bietet das neue Online-Portal auch allgemeine Nachrichten aus dem Wirtschaftsleben sowie Kurzanalysen, Veranstaltungshinweise und nützliche Links. **Arbeitshilfen** können direkt heruntergeladen werden und **Webcasts** vermitteln aktuelles Fachwissen auf leichte Art und Weise. Die Themenpalette reicht von der Unternehmensgründung und den Transparenzpflichten von Unternehmen über Fragen des Gesellschafts- und Handelsrechts bis hin zum Schutz geistigen Eigentums.



# Newsletter betrifft-unternehmen

Der Newsletter „betrifft-unternehmen.de“ informiert Sie kostenlos monatlich über aktuelle unternehmensrelevante Entwicklungen.

Nachrichten und Analysen werden für Sie thematisch kurz dargestellt und Sie können gezielt auf die für Sie interessanten vertiefenden Inhalte des Portals zugreifen.

Profitieren Sie jeden Monat per E-Mail vom jeweils neuen Newsletter „betrifft-unternehmen.de“!

- Die Rubrik „Nachrichten“ greift aktuelle Themen des Wirtschaftslebens auf.
- Unter „Was Sie betrifft“ können Sie sich umfassend über Rechtsthemen im Unternehmenskontext informieren.
- Die „Zahlen des Monats“ und die „Frage des Monats“ sowie „Termine und Veranstaltungen“ runden das Informationsspektrum für Sie ab.



**Bundesanzeiger  
Verlag**

**Recht  
vielseitig!**

Prof. Barbara  
Dauner-Lieb

## Ein neues Selbstverständnis im Aufsichtsrat – gemeinsam für Kompetenz

### Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

Altherrenverein, Kaffeekränzchen, Klüngelclub – so oder ähnlich wurde der Aufsichtsrat, das zentrale Kontrollgremium einer AG oder auch mitbestimmten Gesellschaft, über viele Jahrzehnte öffentlich wahrgenommen. Das Schlimmste daran ist aber, dass diese Kritik in einigen Fällen sogar berechtigt war.

Wichtig ist jedoch, dass diese Zeiten ein für allemal passé sind. Tatsächlich hat gerade der Aufsichtsrat in den letzten Jahren einen Prozess der Veränderung im Bewusstsein hin zu einer Professionalisierung durchlaufen, der durchaus bemerkenswert ist.

Die Gründe hierfür sind vielfältig. Ein entscheidender Impuls kommt sicher von den massiven Krisenszenarien der vergangenen Jahre. Bereits nach dem Platzen der New Economy-Blase, erst recht aber mit der Finanz- und später dann Schuldenkrise rückte der Aufsichtsrat und seine Tätigkeit als Krisenmanager und nun vor allem präventiver Krisenverhinderer deutlich in den Vordergrund – auch in der Öffentlichkeit. Nicht zuletzt die Initiative der Kodex-Kommission, welche die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit und die Unterstützung der Unternehmen bei dieser einfordert, trägt dieser Entwicklung in besonderer Weise Rechnung.

Die Rolle des Aufsichtsrats geht damit heute auch über die schlichte Funktion als eher passives, von der Hauptversammlung bestelltes Kontrollgremium im Verhältnis zum Vorstand deutlich hinaus. Aber nicht nur der Kosmos, in dem sich der Aufsichtsrat bewegt, ist deutlich größer geworden. Auch er selbst muss sich heute in seiner neuen Rolle zurechtfinden. Neben einer Flut an neuen Regularien bestehen heute weitreichende Haftungsfallen sowie auch Erwartungen an ein aktives Pflichtenverständnis, die an

den Aufsichtsrat und seine Mitglieder herangetragen werden.

Für die Mandatsträger ist daher ein klares Navigationssystem unbedingt notwendig. Gefragt sind vor allem praxisnahe und lösungsorientierte Hilfen.

Hierfür steht der Arbeitskreis deutscher Aufsichtsrat e.V. (AdAR), der Anfang 2011 unter Einbeziehung von Wissenschaft und Praxis im Sinne eines „One-Stop-Shops“ für alle Fragen rund um die Aufsichtsrats-tätigkeit gegründet wurde. Aufsichtsräten steht mit AdAR ein einzigartiges, hochwertiges Netzwerk für ihre Arbeit zur Verfügung. Unter [www.adar.info](http://www.adar.info) erhalten Aufsichtsräte umfassende Fachinformationen für ihre Arbeit, z.B. in Form eines ständig verfügbaren und aktuellen Online-Lexikons für Mandatsträger. Daneben organisiert AdAR für seine Mitglieder im Austausch mit Wissenschaft und Praxis spezielle Fortbildungsangebote wie z.B. Inhouse-Schulungen oder Kongresse.

Gemeinsam mit dem Bundesanzeiger Verlag und ausgewiesenen Experten der Aufsichtsratsarbeit gibt AdAR nun die neue Zeitschrift für Aufsichtsräte – BOARD heraus. Ab sofort wird BOARD Ihnen alle 2 Monate aktuelle Informationen rund um die Arbeit der Mandatsträger in Deutschland liefern, neue Entwicklungen aufzeigen und die relevanten Themen aktuell und kompetent beleuchten.

Wir hoffen, wir können Sie mit unserem Angebot begeistern und freuen uns auf den Austausch mit Ihnen, als Leser oder Mitglied im Arbeitskreis, mit einem Ziel: Ihre Arbeit zu erleichtern.



Dr. Stefan Siepelt



Marc Tüngler

<b>EDITORIAL</b> .....	1
<b>AUFSÄTZE</b>	
Prof. Dr. Ulrich Noack <b>Kodex-Verstöße und Wahl des Aufsichtsrats – was kommt da auf uns zu?</b> .....	3
Dr. Christian Bosse <b>Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats für Zahlungen bei Insolvenzreife</b> .....	6
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Alexander von Preen, Prof. Dr. Stefan Simon <b>Gender Diversity – Eine Frage guter Corporate Governance!</b> .....	11
Dr. Christian Zwirner, Dr. Corinna Boecker <b>Prüfung, Billigung und Feststellung von Abschlüssen: Verantwortungsvolle Aufgabe des Aufsichtsrats</b> .....	19
Prof. Dr. Susanne Kalss <b>Unternehmensaufsicht in Österreich</b> .....	24
Dr. Claus Buhleier, Silke Splinter <b>Aufsichtsratsagenda 2011 aus internationaler Perspektive</b> .....	26
Dr. Stefan Siepelt <b>Vergütung von Aufsichtsräten</b> .....	30
<b>KLARTEXT</b>	
<b>Interview mit Herrn Klaus-Peter Müller, Regierungskommission Deutscher Corporate Governance-Kodex</b> .....	8
<b>Interview mit Frau Monika Schulz-Strelow, FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e.V.</b> .....	15
<b>KOLUMNE</b>	
Marc Tüngler <b>DSW-Aufsichtsrats-Vergütungskompass 2011</b> .....	34
<b>LEXIKON</b>	
<b>Vergütung (Vorstand)</b> .....	37
<b>Sitzungsgeld</b> .....	39
<b>RECHTSPRECHUNG</b>	
Schadensersatzpflicht eines räuberischen Aktionärs wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung .....	40
Der Bericht des Aufsichtsrates an die Hauptversammlung muss förmlich beschlossen und zumindest durch den amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden eigenhändig unterzeichnet werden. ....	41
Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder für gesonderte Beratungsleistungen bleiben auch dann pflichtwidrig, wenn der Aufsichtsrat diese nachträglich genehmigt. ....	42
Aufhebung der Vorstandsbestellung bei gleichzeitiger Neubestellung außerhalb der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG – unzulässige Umgehung? .....	43
<b>DATEN – FAKTEN – MANDATE</b>	
<b>Kienbaum Corporate Governance Studie 2011</b> .....	44

## Impressum

### BOARD –

#### Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland

##### Gesamtleitung

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb  
Dr. Stefan Siepelt  
Marc Tüngler

##### Redaktion

Jan Neumann  
Tel.: 0221 / 5 40 25 44  
E-Mail: info@anisation.org

##### Redaktion Bundesanzeiger Verlag

Jörg Schick  
Tel.: 0221 / 9 76 68-186  
E-Mail: joerg.schick@bundesanzeiger.de  
Theresa Rothe  
Tel.: 0221 / 9 76 68-305  
Fax: 0221 / 9 76 68-265  
E-Mail: theresa.rothe@bundesanzeiger.de

##### Manuskripte

Manuskripte sind unmittelbar an die Redaktion im Verlag zu senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden. Der Verlag behält sich das Recht zur redaktionellen Bearbeitung der angenommenen Manuskripte vor.

##### Erscheinungsweise

zweimonatlich, jeweils Mitte des geraden Monats

##### Bezugspreise/Bestellungen/Kündigungen

Einzelheft 40,- € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,50 € pro Ausgabe/Ausland 3,- € pro Ausgabe). Der Jahresabopreis beträgt 229,- € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 0,75 € pro Ausgabe/Ausland 3,- € pro Ausgabe). Bestellungen über jede Buchhandlung oder beim Verlag. Kündigungen sind nach Ablauf von 12 Monaten möglich. Sie müssen bis zum 15. des Vormonats beim Verlag eingegangen sein.

##### Verlag: Bundesanzeiger Verlagsges. mbH

Postfach 10 05 34, 50445 Köln  
Geschäftsführung: Rainer Diesem, Fred Schuld  
Vertriebsleitung: Birgit Drehen  
Tel.: 0221 / 9 76 68-121

##### Abo-Service

Ulrike Vermeer  
Tel.: 0221 / 9 76 68-229  
Fax: 0221 / 9 76 68-288  
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de

##### Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Mit der Annahme des Manuskriptes zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Vervielfältigungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Das Nutzungsrecht umfasst auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken, insbesondere im Wege elektronischer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

##### Haftungsausschluss

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge wurden nach bestem Wissen und Gewissen geprüft. Eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann jedoch nicht übernommen werden. Eine Haftung für etwaige mittelbare oder unmittelbare Folgeschäden oder Ansprüche Dritter ist ebenfalls ausgeschlossen. Namentlich gekennzeichnete Beiträge gegen nicht notwendig die Meinung der Redaktion wieder.

##### Anzeigenleitung

Melanie Saß  
Bundesanzeiger Verlagsges. mbH  
Amsterdamer Str. 192  
50735 Köln  
Tel.: 0221 / 9 76 68-343  
Fax: 0221 / 9 76 67-271  
E-Mail: melanie.sass@bundesanzeiger.de

##### Anzeigenpreise

Es gilt die aktuelle Anzeigenpreisliste.

##### Herstellung

Günter Fabritius, 0221 / 9 76 68-182

##### Satz

TGK Wienpahl, Köln

##### Druck

SZ-Druck GmbH, St. Augustin

ISSN: 2192-211X

# Kodex-Verstöße und Wahl des Aufsichtsrats – was kommt da auf uns zu?



Prof. Dr. Ulrich Noack, Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Der Widerspruch zwischen der Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex und dem Kandidatenvorschlag des Aufsichtsrats kann die Wahl gefährden. Der Wahlbeschluss könnte anfechtbar sein, wenn der Aufsichtsrat nicht rechtzeitig die Abweichung von der Empfehlung des Kodex verlautbart hat. Die Frage ist in der Fachliteratur umstritten; der BGH hat dazu noch nicht Stellung genommen.

## I. Sach- und Streitstand

Ist die Wahl des Aufsichtsrats fehlerhaft, weil ein Verstoß gegen den Deutschen Corporate-Governance-Kodex (DCGK) vorliegt? Die Gründe, die zur Nichtigkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds führen, sind in § 250 Abs. 1 AktG abschließend genannt; der Kodex kommt dort nicht vor. Nichtigkeit kann also auf keinen Fall angenommen werden. Der Wahlbeschluss der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden (§§ 251 Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 1 AktG). Aber der Kodex ist weder ein Gesetz noch ein Teil der Satzung. Damit scheint die Rechtslage geklärt – aber dem ist leider nicht so.

Zwei Instanzgerichte und etliche Stimmen in der Rechtswissenschaft sehen den Kodex (genauer: die Entsprechenserklärung) als möglichen Anfechtungsgrund für Wahlbeschlüsse. Die These lautet: Der Verstoß gegen § 161 AktG könne nicht folgenlos sein. Haben sich Vorstand und Aufsichtsrat in der Entsprechenserklärung dem Kodex unterworfen, können Wahlen zum Aufsichtsrat dann anfechtbar sein, wenn der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Beschlussvorschlag unterbreitet, der inhaltlich im Widerspruch zu den Empfehlungen des Kodex steht, ohne die Abweichung zugleich offen-

zulegen.<sup>1</sup> Das Landgericht Hannover hat in diesem Sinne im „Continental“-Fall entschieden.<sup>2</sup> Ebenso hat sich das Oberlandesgericht München in der Sache „MAN“ geäußert, wenn auch der konkrete Fall (Nichtbeachtung der erklärten Regel-Altersgrenze bei späterem Wahlvorschlag) nicht als anfechtungswürdig erachtet wurde.<sup>3</sup>

## II. BGH zu Entlastungsbeschlüssen

Der Bundesgerichtshof hatte noch keinen Anlass, über diese Frage zu befinden. Doch der BGH urteilte im Jahr 2009 in zwei Fällen zu der verwandten Problematik der Anfechtung von Entlastungen: „Eine Unrichtigkeit der gemäß § 161 AktG vom Vorstand und Aufsichtsrat abzugebenden Entsprechenserklärungen führt wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit

1 Lutter, In: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011 (im Erscheinen), § 161 Rn. 150 (zweite Bearbeitung); eingehend E.Vetter, Aufsichtsratswahlen durch die Hauptversammlung und § 161 AktG, FS Schneider, 2011, S. 1345; Sester, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 161 Rn. 68; differenzierend und letztlich ablehnend Kiefner, Fehlerhafte Entsprechenserklärung und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, NZG 2011, S. 201, 206 ff. (Fallbeispiele); neuestens Kleindiek, Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen wegen unrichtiger Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, FS Goette, 2011, S. 239

2 LG Hannover, NZG 2010, 744 (im Bericht des Aufsichtsrats nicht behandelte Interessenkollision, obwohl erklärt wurde, Nr. 5.5.3 DCGK zu entsprechen)

3 OLG München, NZG 2009, 508

## INHALT

- I. Sach- und Streitstand
- II. BGH zu Entlastungsbeschlüssen
- III. Kein Inhaltsfehler bei Kodexverstoß
- IV. Verfahrensfehler bei Kodexverstoß?
  - 1. Beschluss des Aufsichtsrats über Wahlvorschlag
  - 2. Unterlassene Aktualisierung der Entsprechenserklärung: Ein Informationsmangel?
- V. Fazit

## Keywords

Aufsichtsratswahl; Beschlussvorschlag; Kodexverstoß; Entsprechenserklärung; Anfechtung

## Normen

§ 100, 124 Abs. 3, 161, 243, 250, 251 AktG.

jedenfalls der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten.“<sup>4</sup> Unklar blieb, worin genau der Anfechtungsgrund gesehen wird. Ist es ein Inhaltsmangel des Beschlusses über die Entlastung, wenn eine der Entsprechenserklärung widersprechende Praxis gebilligt wird<sup>5</sup> – oder ist es ein formeller Fehler, dass über die Abweichung nicht rechtzeitig vor

4 BGH, NZG 2009, 342 (Deutsche Bank); BGH, NZG 2009, 1270 (Springer)

5 So wohl Goette, Zu den Rechtsfolgen unrichtiger Entsprechenserklärungen, FS Hüffer, 2010, S. 225, 235

der Hauptversammlung informiert wurde? Beide Aspekte werden in den BGH-Judikaten angesprochen und sind Gegenstand eifriger Diskussion.<sup>6</sup> Sie haben auch Bedeutung für die hier erörterte Frage der Aufsichtsratswahl.

### III. Kein Inhaltsfehler bei Kodexverstoß

Bei einem Wahlbeschluss kommt ein Inhaltsfehler wegen eines Kodex-Verstoßes nicht in Betracht. Der Kodex ist kein Gesetz, weshalb er die Wählbarkeit eines Kandidaten nicht regeln kann. So wäre eine Person wählbar, obwohl sie als Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft mehr als drei konzernexterne Aufsichtsratsmandate wahrnimmt<sup>7</sup> – die gesetzliche Grenze liegt bei zehn Mitgliedschaften in Aufsichtsräten (§ 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG). Soweit ist man sich in der Fachdiskussion wohl einig. Der Streit geht darum, ob ein Verfahrensfehler im Spiel ist. Jetzt wird es kompliziert.

### IV. Verfahrensfehler bei Kodexverstoß

Zunächst ist an die gesetzliche Vorgabe des § 161 AktG zu erinnern. Danach haben Vorstand und Aufsichtsrat zu erklären, ob und inwieweit den Empfehlungen des Kodex gefolgt „wurde und wird“. Die Entsprechenserklärung ist also der Ausgangspunkt. Beispiel: Der Aufsichtsrat erklärt, dass er der Empfehlung Nr. 5.4.2 Satz 3<sup>8</sup> gefolgt sei bzw. künftig folge. Für die

Wahl durch die Hauptversammlung schlägt der Aufsichtsrat eine Person vor, die vor drei Jahren aus dem Vorstand der Gesellschaft ausgeschieden ist; im Aufsichtsrat sitzen schon zwei ehemalige Vorstandsmitglieder. Damit handelt der Aufsichtsrat seiner Erklärung zuwider. Der Kandidat ist von Gesetzes wegen freilich wählbar; § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG sperrt ihn nicht, da er in den letzten beiden Jahren nicht Vorstandsmitglied war.

#### 1. Beschluss des Aufsichtsrats über Wahlvorschlag

Nach einer in der Fachliteratur prominent vertretenen Auffassung<sup>9</sup> soll der zuvor geschilderte Vorgang mit folgender Argumentationskette zur Anfechtbarkeit führen: Der Beschluss des Aufsichtsrats, der einer Entsprechenserklärung widerspricht, ist nichtig. Da damit kein wirksamer Wahlvorschlag (s. § 124 Abs. 3 S. 1 AktG) vorliegt, sei der nachfolgende Wahlbeschluss der Hauptversammlung durch Klage anfechtbar.<sup>10</sup> Freilich ist die Grundthese, bereits das Abweichen von der eigenen Erklärung führe zur Nichtigkeit des AR-Vorschlags, schwerlich haltbar. Widersprüchliches Verhalten<sup>11</sup> ist als Nichtigkeitsgrund bislang nicht anerkannt,<sup>12</sup> schon allein wegen der Uferlosigkeit dieser Annahme. Nur Verstöße gegen das Gesetz können dafür in Betracht kommen. Hier fällt der Blick abermals auf § 161 AktG. Nach herrschender, insbesondere vom BGH vertretener Auslegung verlangte diese Vorschrift, dass eine Abweichung sogleich kommuniziert wird.<sup>13</sup> Die Norm sagt aber nichts darüber, welche Rechtsfolge

für den Beschlussakt des Gremiums gilt, welche diese Abweichung erst herstellt. Die Pflicht zur Aktualisierung der Entsprechenserklärung entsteht ja erst dann, wenn nicht mehr entsprochen wird, also wenn der Aufsichtsrat durch Beschlussfassung über den Wahlvorschlag von einer Kodexempfehlung, deren Befolgung er versichert hat, abgerückt ist.<sup>14</sup> Die pauschale Behauptung eines Verstoßes gegen § 161 AktG kann also nicht überzeugen. Wer dennoch von Nichtigkeit des AR-Beschlusses wegen Erklärungswidrigkeit ausgeht, muss sich mit dem Befund auseinandersetzen, dass die Geltendmachung dieser Rechtsfolge eingeschränkt ist;<sup>15</sup> nach gängiger Auffassung sind nur die Mitglieder der Verwaltungsorgane zur Rüge befugt.<sup>16</sup> Mit der inzidenten Berücksichtigung im Anfechtungsverfahren würde diese sinnvolle Begrenzung ausgehebelt.

#### 2. Unterlassene Aktualisierung der Entsprechenserklärung: Ein Informationsmangel?

Die nicht rechtzeitig vor der HV erklärte Abweichung kann als Verfahrensfehler eingeordnet werden, wenn und soweit die Aktionäre davon nichts erfahren. Indessen ist nicht jedes Informationsdefizit anfechtungsrelevant. Das Gesetz ordnet für zahlreiche Sachverhalte an, dass eine Information für die Hauptversammlung vorgehalten werden muss (z.B. Rechnungslegung, §§ 175 Abs. 2, 176 Abs. 2 AktG oder Bericht über Bezugsrechtsausschluss, § 186 Abs. 4 AktG). Eine solche Bestimmung ist für die Entsprechenserklärung mit Blick auf die Hauptversammlung nicht oder nur am Rande<sup>17</sup> getroffen.

6 Bachmann, Die Erklärung zur Unternehmensführung (Corporate Governance Statement), ZIP 2010, S. 1517, 1523; ders., Corporate Governance nach der Finanzkrise, AG 2011, S. 181, 192; Kiefner, Fehlerhafte Entsprechenserklärung und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, NZG 2011, S. 201, 202 f.; Hüffer, Zur Wahl von Beratern des Großaktionärs in den Aufsichtsrat der Gesellschaft, ZIP 2010, S. 1979; Mutter, Überlegungen zur Justiziabilität von Entsprechenserklärungen nach § 161 AktG, ZGR 2009, S. 789

7 Nr. 5.4.5. DCG empfiehlt insoweit ein Limit von drei konzernexternen Mandaten

8 „Dem Aufsichtsrat sollen nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören.“

9 S. Lutter und E.Vetter (oben Fn. 1)

10 BGH, NZG 2002, S. 817, 818 (Sachsenmilch IV) zum unzureichend besetzten Vorstand und dessen Beschlussvorlage

11 S. OLG München, NZG 2009, S. 508, 510, das von freiwilliger Selbstbindung spricht

12 Ähnlich Kiefner, NZG 2011, S. 201, 203 f.

13 BGH, NZG 2009, 342; Lutter (Fn. 1) § 161 Rn. 98; a.A. Ederle, Die jährliche Entsprechungserklärung und die Mär von der Selbstbindung, NZG 2010, S. 655, 658; Theusinger/Liese, Rechtliche Risiken der Corporate Governance-Erklärung, DB 2008, S. 1419, 1421

14 Goslar/v. der Linden, Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2009, S. 1691; dagegen wiederum E.Vetter, FS Schneider, 2011, S. 1345, 1353

15 BGHZ 122, S. 342, 352

16 Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 108 Rn. 20

17 Aufnahme der Entsprechenserklärung in die Erklärung zur Unternehmensführung, § 289a HGB, die ein Teil des Lageberichts ist



Es wäre ein sehr weitgehender und folgenreicher Schritt, die unabhängig von einer Hauptversammlung zu erteilende Information in das Fehlerregime für Beschlüsse einzubeziehen. Erinnert sei an die kapitalmarktrechtlichen Veröffentlichungen, bei denen diese Gefahr gesehen und gebannt wurde (§ 30g WpHG: Anfechtung ausgeschlossen)<sup>18</sup>.

Doch selbst wenn man die Rechtsfortbildung dahin treibt, dass eine nicht kommunizierte Abweichung von der Entsprechenserklärung ein beschlussrelevanter Informationsmangel sein könne, ist kein Anfechtungsautomatismus in Gang gesetzt. Denn in den meisten Fällen ist die Abweichung anhand der pflichtgemäß ausgereichten Unterlagen über die Aufsichtsratskandidaten erkennbar. Das trifft insbesondere auf das vorstehende Beispiel zu, dass ein Kandidat mehr als drei konzernexterne Mandate bereits wahrnimmt: Diese sind gem. § 125 Abs. 1 S. 5 AktG zu bezeichnen. Oder der Aufsichtsrat hat eine Altersgrenze in Anerkennung von Nr. 5.4.1. DCGK erklärt, diese aber bei seinem Wahlvorschlag missachtet.<sup>19</sup> Wenn aus der Einladung zur HV das Alter des Kandidaten hervorgeht, ist die Sachlage transparent. Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung des BGH<sup>20</sup> eine Aufklärung erst in der Hauptversammlung „schon im Hinblick auf die in der Hauptversammlung nicht erschienenen Aktionäre, die gleichermaßen einen Anspruch auf eine zutreffende Unterrichtung hatten“ nicht genügen würde. Die Prüfung der HV-Unterlagen daraufhin, ob die Beschluss(wahl)vorschläge mit der Entsprechenserklärung im Einklang stehen, kann den Aktionären nicht

abgenommen werden. Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser – es ist eine Obliegenheit,<sup>21</sup> diese Unterlagen zur Kenntnis zu nehmen bzw. „allgemeine Quellen“<sup>22</sup> zu nutzen.

Im Übrigen muss man sehen, dass zahlreiche Kodex-Empfehlungen einen Ausfüllungsraum eröffnen.<sup>23</sup> Danach gibt es nicht die eine „richtige“ Umsetzung für die Aufsichtsratswahl, was insbesondere bei den Diversity-Zielen einleuchtet. Hier eine Verengung durch Anfechtungsprozesse zu erlauben würde die Idee des Kodex ersichtlich ad absurdum führen. Das ist übrigens ein rechtspolitischer Haupteinwand gegen jede (wie auch immer konstruierte) Anfechtungswirkung des Kodex bzw. der Entsprechenserklärung. Wer hier überzieht, gefährdet den Deutschen Corporate Governance Kodex als solchen.<sup>24</sup>

## V. Fazit

Die pauschale Behauptung, ein Verstoß gegen die Entsprechenserklärung führe zur Anfechtbarkeit von Wahlbeschlüssen zum Aufsichtsrat kann nicht aufrecht erhalten bleiben. Für die Praxis sei angesichts der diffizilen und noch lange nicht erledigten Diskussion dringend empfohlen, vor oder spätestens zeitgleich mit der Bekanntmachung der Tagesordnung auf der Internetseite der Gesellschaft (§ 161 Abs. 2 AktG) die neugefasste Entsprechenserklärung zu publizieren.

<sup>21</sup> Noack/Zetzsche, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, vor §§ 121-130, Rn. 24 ff.

<sup>22</sup> BGH, NZG 2009, 1270, 1272 (Springer)

<sup>23</sup> Zu Recht betont von Bachmann, AG 2011, S. 181, 192  
<sup>24</sup> Für Streichung des § 161 AktG Timm, Corporate Governance Kodex und Finanzkrise, ZIP 2010, S. 2125, 2128; sehr skeptisch auch Hoffmann-Becking, Deutscher Corporate Governance Kodex – Anmerkungen zu Zulässigkeit, Inhalt und Verfahren, FS Hüffer, 2010, S. 337 ff.

<sup>18</sup> Zum Transfer des Rechtsgedankens auf das hiesige Problem Leuring, Keine Anfechtung wegen Mängeln der Entsprechenserklärung, DStR 2010, S. 2255, 2257; abl. Kiefner, NZG 2011, S. 201, 204

<sup>19</sup> OLG München, NZG 2009, 508

<sup>20</sup> BGH, NZG 2009, 342 (Deutsche Bank); krit. Kiefner, NZG 2011, S. 201, 207

## ABONNEMENT ZEITSCHRIFTEN – INFODIENSTE

- Sie möchten ein Abonnement bestellen?
- Sie haben Fragen zu Ihrem bestehenden Abo?
- Sie möchten Ihre neue Adresse oder andere Änderungen durchgeben?
- Sie möchten gerne ein Probeheft zum Kennenlernen?

### Für Kunden:

Bitte halten Sie Ihre Kundennummer bereit. Sie finden die Nummer oben auf Ihrem Adresstikett.

### Hier ist Ihr Kontakt:

**Bundesanzeiger Verlag**  
 Aboabteilung Zeitschriften  
 Postfach 10 05 34  
 50445 Köln  
 Ulrike Vermeer  
 Tel: 0221 - 97 668 229  
 Fax: 0221 - 97 668 288  
 E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de

[www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)



**Bundesanzeiger  
Verlag**

# Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats für Zahlungen bei Insolvenzreife



Dr. Christian Bosse, Rechtsanwalt und Partner bei Ernst & Young Law GmbH

Die Sanierung von Kapitalgesellschaften ist eine Gratwanderung für Organmitglieder. Man kann in der Praxis eine deutliche Zunahme der Anzahl von Haftungsprozessen beobachten, die sich mit Verstößen gegen das Zahlungsverbot bei Insolvenzreife beschäftigen. Dabei werden zunehmend auch Mitglieder des Aufsichtsrats in Anspruch genommen. Der Bundesgerichtshof hat sich in zwei grundlegenden Entscheidungen mit der Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats für die Einhaltung des Zahlungsverbots beschäftigt und dabei die Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds in dieser Situation beleuchtet.

## INHALT

- I. Haftung von Mitgliedern des obligatorischen Aufsichtsrats
- II. Besonderheiten beim freiwilligen Aufsichtsrat einer GmbH
- III. Fazit

## Keywords

Aufsichtsratshaftung; Insolvenz; Insolvenzreife; Zahlung

## Normen

§ 90 Abs. 3, § 92 Abs. 1 S. 1, § 92 Abs. 2, § 93, § 93 Abs. 2 Nr. 6, § 93 Abs. 3 Nr. 6, § 116, AktG; § 52, § 64 S. 1 GmbHG; § 15a InsO

## I. Haftung von Mitgliedern des obligatorischen Aufsichtsrats

In der (Europäischen) Aktiengesellschaft (SE) und bei Gesellschaften, die aufgrund ihrer Arbeitnehmeranzahl der Mitbestimmung<sup>1</sup> unterliegen, ist zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden. Bei diesen Gesellschaften gelten die Haftungsnormen der §§ 116, 93 AktG für Mitglieder des Aufsichtsrats direkt (AG und SE) oder aufgrund einer Ver-

weisung<sup>2</sup> in den jeweiligen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften. Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 1 Satz 1 AktG greift bei Insolvenzreife, also einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft<sup>3</sup> oder bei Eintritt der Überschuldung<sup>4</sup> ein. Beide Ereignisse lösen die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO aus. Die drohende Zahlungsunfähigkeit führt nicht zur Insolvenzantragspflicht und damit auch nicht zu einem Zahlungsverbot. Bei der GmbH ordnet die Vorschrift des § 64 Satz 1 GmbHG ein identisches Zahlungsverbot an. Der Vorstand bzw. Geschäftsführer (nachfolgend: „Geschäftsleiter“) ist bei Vorliegen der Insolvenzreife verpflichtet, innerhalb von drei Wochen Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen. Der Zeitraum von drei Wochen soll der Gesellschaft eine Sanierung und damit die Beseitigung des Insolvenzgrundes ermöglichen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass Zahlungen bereits ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife verboten sind.<sup>5</sup> Während des Sanierungszeitraums von drei Wochen dürfen daher grundsätzlich keine Zahlungen geleistet werden. Bei

einem pflichtwidrigen Verstoß gegen dieses Zahlungsverbot haften die Mitglieder des Vorstands gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, Geschäftsführer in der GmbH haften nach § 64 Satz 1 GmbHG. Aufgrund dieser Vorschriften sind die geleisteten „Zahlungen“ als Schadensersatz an die Gesellschaft zu erstatten. Damit wird der Vermögensabfluss einem Schaden der Gesellschaft gleichgestellt. Der Begriff der Zahlung wird dabei sehr weit ausgelegt. Der Geschäftsleiter darf beispielsweise keine Zahlungseingänge von Kunden auf debitorische Bankkonten zulassen, er muss Abbuchungen von Konten der Gesellschaft unterbinden. Die Teilnahme an einem Cash-Pooling-System muss bei Insolvenzreife gestoppt werden. Von diesem umfassenden Zahlungsverbot bestehen nur sehr enge Ausnahmen. Diese betreffen insbesondere die Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, Steuern und zwingende Beratung (vgl. §§ 92 Abs. 2 Satz 2 AktG, 64 S. 2 GmbHG)<sup>6</sup>.

Für Kapitalgesellschaften gilt ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife ein umfassendes Zahlungsverbot. Der Begriff der Zahlung wird sehr weit ausgelegt.

1 Ab 500 Arbeitnehmern gilt das Drittelbeteiligungsgesetz, ab 2.000 Arbeitnehmern das Mitbestimmungsgesetz oder vergleichbare Vorschriften.

2 Vgl. u.a. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz, § 25 Abs. 1 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz.

3 Vgl. § 17 InsO

4 Vgl. § 19 InsO

5 Vgl. BGH BB 2009, S. 948

6 Vgl. BGH GmbHR 2011, 367; Bundesgerichtshof GmbHR 2007, S. 757

Es ist daher von erheblicher Bedeutung, den Zeitpunkt der Insolvenzreife zuverlässig festzustellen.

Das Zahlungsverbot richtet sich zwar nur an den Geschäftsleiter als geschäftsführendes Organ, den Aufsichtsrat treffen aber Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten. Er ist daher verpflichtet, sich selbst ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft zu verschaffen. Dabei wird bei Anzeichen einer Krise in aller Regel auch die unverzügliche Einberufung einer Sitzung des Aufsichtsrats erforderlich sein. Der Aufsichtsrat muss alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen, also insbesondere die zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage erforderlichen Informationen vom Vorstand aktiv einfordern, vgl. § 90 Abs. 3 AktG.<sup>7</sup> In dieser Situation muss der Aufsichtsrat also eigenständig überprüfen, ob die ihm vom Vorstand überlassenen Informationen zur Beurteilung der Lage ausreichend sind, und gegebenenfalls weitere Unterlagen einfordern. Erkennt der Aufsichtsrat dabei, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, muss er darauf hinwirken, dass der Vorstand rechtzeitig Insolvenzantrag stellt. Er muss außerdem die Einhaltung des Zahlungsverbots eng überwachen, falls der Zeitraum von drei Wochen bis zur Stellung des Insolvenzantrags ausgenutzt werden soll. Um diese Kontrolle zu gewährleisten, muss der Aufsichtsrat jede Auszahlung kontrollieren. Die Überwachung muss also in dieser Phase deutlich intensiver ausgestaltet werden. Aufgrund der weiten Auslegung des Begriffs der Zahlung muss der Aufsichtsrat sich vergewissern, dass keine mit einer Zahlung

vergleichbaren Vorgänge möglich sind. Er muss außerdem im Einzelfall die Frage prüfen, ob eine Zahlung ausnahmsweise zulässig ist. Falls Anhaltspunkte für Pflichtverstöße des Vorstands vorliegen, muss der Aufsichtsrat einschreiten. Notfalls muss er das betreffende Vorstandsmitglied abberufen. Verstößt der Aufsichtsrat pflichtwidrig gegen dieses Überwachungsgebot, haftet er gegenüber der Gesellschaft<sup>8</sup> auf Rückerstattung der unzulässigen Zahlungen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich ein Aufsichtsratsmitglied bei einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaft entlasten muss.<sup>9</sup> Dieser Entlastungsbeweis führt zu einem Bedarf an einer möglichst umfangreichen Dokumentation der in der Krise getroffenen Entscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat.

## II. Besonderheiten beim freiwilligen Aufsichtsrat einer GmbH

Anders als beim zwingend zu bildenden Aufsichtsrat gelten beim freiwilligen Aufsichtsrat die strengen aktienrechtlichen Regelungen nur teilweise über einen Verweis in § 52 GmbHG. Auf die (gläubigerschützende) Vorschrift des § 93 Abs. 2 Nr. 6 AktG wird dabei nicht verwiesen. Damit wird bei Mitgliedern eines freiwilligen Aufsichtsrats der Vermögensabfluss bei Zahlungen, die entgegen dem Zahlungsverbot geleistet werden, nicht automatisch einem Schaden gleichgestellt<sup>10</sup>. Das ist auch sachgerecht, da der freiwillige Aufsichtsrat die Interessen der Gläu-

biger nicht zu berücksichtigen hat, sondern ausschließlich im Interesse der Gesellschaft eingerichtet wird. Es muss daher aufgrund der Verletzung der Überwachungspflicht durch den Aufsichtsrat ein konkreter Schaden bei der Gesellschaft entstanden sein. Dieser ist im Regelfall zu verneinen, da die Gesellschaft aufgrund der Zahlung von einer Verbindlichkeit in entsprechender Höhe befreit wird. Damit gilt beim freiwillig gebildeten Aufsichtsrat in derartigen Fällen ein deutlich milderer Haftungsmaßstab, falls die Vorschriften des Aktienrechts nicht durch eine Verweisung im Gesellschaftsvertrag vollständig für anwendbar erklärt wurden. Besondere Vorsicht geboten ist daher mit pauschalen Verweisen im Gesellschaftsvertrag auf die aktienrechtlichen Vorschriften betreffend den Aufsichtsrat.

## III. Fazit

Der Aufsichtsrat ist in der Krise der Gesellschaft erheblichen Haftungsgefahren ausgesetzt. Er ist verpflichtet, seine Überwachung zu intensivieren. Dabei muss er insbesondere die Frage der rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags und die Einhaltung des Zahlungsverbots mit sämtlichen ihm zur Verfügung stehenden Informationsquellen überwachen, um eine eigene Haftung zu vermeiden. Die Haftung der Mitglieder von obligatorischen Aufsichtsräten ist in dieser spezifischen Situation deutlich schärfer als bei freiwillig gebildeten Aufsichtsratsgremien. Dort sollte allerdings ein besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt werden, auf welche aktienrechtlichen Vorschriften im Gesellschaftsvertrag verwiesen wird.

7 Vgl. Bundesgerichtshof BB 2009, 948 sowie Bundesgerichtshof ZIP 2009, S. 70 ff.

8 In der Aktiengesellschaft: Gemäß §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, in der mitbestimmten GmbH im Zusammenhang mit der jeweiligen einzelgesetzlichen Verweisung auf § 116 AktG.

9 Vgl. §§ 116, 93 Abs. 2 Satz 2 AktG

10 Vgl. Bundesgerichtshof BB 2009, S. 1207 ff.

# Interview mit Herrn Klaus-Peter Müller

## Regierungskommission Deutscher Corporate Governance-Kodex



Klaus-Peter Müller ist seit 2008 Vorsitzender der vom Bundesministerium der Justiz im September 2001 eingesetzten Kommission für gute Unternehmensführung (Corporate Governance). 2007 wurde Herr Müller eine Honorarprofessur an der Frankfurt School of Finance & Management verliehen. Er ist zudem Aufsichtsratsvorsitzender der Commerzbank, und Mitglied des Aufsichtsrats bei Fresenius und Linde. Das Gespräch führte Herr Marc Tüngler.

### BOARD:

*Anfang 2012, am 26.02.2012, feiert der Deutsche Corporate Governance-Kodex seinen 10-jährigen Geburtstag. Wie fällt Ihr bisheriges Urteil aus?*

### Klaus-Peter Müller:

Der Kodex hat die in ihn damals gesteckten Erwartungen klar erfüllt. Das ist kein Eigenlob, sondern das Feedback, das wir von der Politik und auch aus dem Markt bekommen. Ziel des Kodex war und ist es, wie auch in der Präambel festgehalten, das deutsche Corporate Governance-System transparent und nachvollziehbar zu machen. Auch ging es darum, der nationalen und internationalen Geschäftswelt zu zeigen, dass in Deutschland gute Unternehmensleitung und -überwachung betrieben wird, die den internationalen Vergleich nicht zu scheuen braucht. Nicht zuletzt die Arbeit an dem ersten Bericht an die Bundesregierung, der im vergangenen Dezember der Bundesjustizministerin übergeben werden konnte, verdeutlichte, dass wir in Deutschland heute über Standards verfügen, die jedem internationalen Vergleich standhalten. Dies wird auch durch eine Vielzahl von Themen unterstrichen, die auf europäischer Ebene diskutiert werden, die in unserem Markt schon, sei es durch Gesetze oder den Kodex, geregelt sind. Dass der Kodex heute zum Unternehmensalltag gehört, zeigen

nicht zuletzt die hohen Akzeptanzwerte.

### BOARD:

*Auf was ist die Kommission besonders stolz?*

### Klaus-Peter Müller:

Diese Frage richtet sich eigentlich an die Kolleginnen und Kollegen, die seit Beginn und übrigens ehrenamtlich und ohne jegliche Aufwandsentschädigung in der Kommission arbeiten. Ich bin erst seit knapp drei Jahren Mitglied der Kommission. Aber aus meiner Sicht ist es vielleicht das wichtigste Verdienst des Kodex, dass allein die Diskussion über den Kodex, über das Thema „gute Unternehmensführung“, das Bewusstsein in den Unternehmen verändert hat. Die Öffentlichkeit ist wichtig, weil sie hilft, dass das Thema auf der Agenda bleibt.

Die Politik kann stolz darauf sein, dass sie seinerzeit mit der Entscheidung, dem Kodex über die Entsprechenserklärung gemäß §161 AktG eine besondere Anerkennung zu geben, in Europa eine Vorreiterrolle eingenommen und die europäische Corporate Governance-Diskussion maßgeblich positiv beeinflusst hat.

### BOARD:

*Und was hätte vielleicht besser laufen können?*

### Klaus-Peter Müller:

Wir brauchen nach wie vor mehr Mitwirkung. Zum einen von den Stakeholdern. Es ist Aufgabe der Kommission, den Kodex regelmäßig darauf zu über-

prüfen, ob er noch State of the Art ist und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen. Es ist aber nicht Aufgabe der Kommission und kann es als Standardsetzer auch nicht sein, den Schiedsrichter zu spielen. Diese Rolle hatte der Gesetzgeber den Eigentümern und hier vor allem den großen institutionellen Investoren, sowie der breiten Öffentlichkeit zugedacht. Die Medien nehmen diese Rolle in der Regel durchaus wahr. Es wäre aber für die Qualität mancher Diskussion gut, wenn auch die großen Investoren – also die Eigentümer – diese Aufgabe deutlicher wahrnehmen würden. Sie sollten es sein, die sich ein Urteil darüber bilden, ob ihr Unternehmen den Ansprüchen guter Unternehmensführung genügt, die Erklärungen bei Abweichungen wirklich überzeugend sind, mit Konfliktsituationen richtig umgegangen wird. Und sie sollten sich dieses Urteil in der Öffentlichkeit bilden. Wir brauchen Transparenz auch hier. Letztlich geht es immer wieder um Vertrauensbildung. Das Argument, dass die Investoren durchaus in den regelmäßigen Einzelgesprächen Corporate Governance-Themen kritisch ansprechen und dieses doch viel zielführender sei, trägt nicht.

Zum anderen erwarten wir mehr Mitwirkung von den Unternehmen.

### BOARD:

*Am 04. Mai hat die Kommission in einer Pressemitteilung angekündigt, zukünftig Änderungen und Neuerun-*

gen im Kodex vorab zur Diskussion zu stellen. Ist dies als neue Evolutionsstufe der Corporate Governance in Deutschland zu sehen?

**Klaus-Peter Müller:**

Wir wollen damit eine größere Teilhabe an der Kodexarbeit erreichen. Der Kodex wendet sich ja nicht gegen die Unternehmen, sondern ist für die börsennotierten Unternehmen, soll sich positiv auf die Attraktivität der Unternehmen, die Akzeptanz des Handelns auswirken. Also insofern sollten die Interessen grundsätzlich gleichgerichtet sein. Bereits mit der zusätzlichen Planungssitzung am Anfang eines Jahres, die ich nach Amtsantritt einführte und nach der wir die Öffentlichkeit immer recht detailliert über geplante Kodexänderungen informierten, wollten wir die Unternehmen zu Diskussion einladen. Nach zwei Jahren mussten wir feststellen, dass nur wenige die Möglichkeit erkannt und wahrgenommen haben. Mit dem neuen Prozess unterstreichen wir nochmals unsere Einladung zur Teilhabe.

**BOARD:**

*Ist dies vielleicht auch ein Weg, dem Kodex noch mehr Akzeptanz zu verschaffen? Oder verbindet sich damit auch ein wenig Sorge, vom Taktgeber zum Spielplatz unterschiedlicher inhaltlicher Ausrichtungen zu werden?*

**Klaus-Peter Müller:**

Transparenz trägt grundsätzlich zu einem besseren Verständnis und damit zu einer hohen Akzeptanz bei. Diese Einladung zur Kommentierung wirkt in beide Richtungen. Auch wir sehen die Chance, über diesen Prozess die Basis für unsere unabhängigen Entscheidungen noch weiter zu verbreitern.

**BOARD:**

*In den letzten Monaten haben sich vereinzelte Stimmen wiederholt kritisch gegenüber dem Kodex gezeigt und auch offene Kritik an der Kommission selbst geäußert. Wie ist das einzuordnen und was möchten Sie diesen Stimmen antworten?*

**Klaus-Peter Müller:**

Es würde mich beunruhigen, wenn wir von allen Seiten nur gelobt und

nicht kritisiert würden. Dann würden wir etwas falsch machen. Tatsache ist, dass die einen immer mehr Regulierung möchten und die anderen weniger. Sind beide Seiten latent unzufrieden mit unserer Arbeit, dann scheint die Kommission gut in der Mitte unterwegs zu sein.

Und zum Glück bekommen wir ja nicht nur Kritik, sondern auch eine Menge Zustimmung aus der Wirtschaft und der Politik, die halt nur nicht so öffentlich und laut vorgetragen wird, wie so manche Kritik.

Aber natürlich sind wir offen und dankbar für Anregungen, dies zeigt auch der neue Anhörungsprozess. Manche Kritikpunkte sind aber schon so alt wie der Kodex und zigfach diskutiert. Diese Kritik wird durch Wiederholung auch nicht relevanter.

**BOARD:**

*Unter den Adressaten des Kodex – zumindest in der DAX-Familie – ist ein Wettrennen um eine 100-prozentige Erfüllung aller Empfehlungen entbrannt. Entspricht das wirklich dem Geist des Kodex? Sind Abweichungen vom Kodex nicht eigentlich systemimmanent und gehören daher schlichtweg dazu?*

**Klaus-Peter Müller:**

Absolut. Hierin liegt ja gerade der Vorteil des Kodex gegenüber einem Gesetz, auf das es nur eine digitale Antwort geben kann. Der Kodex ist flexibel und lässt eine andere Handlungsweise zu, die dann aber auch zu begründen ist. Ist die Begründung nachvollziehbar, macht der eigene Weg Sinn, dann gibt es daran nichts auszusetzen. Dies zu beurteilen obliegt aber in erster Linie den Eigentümern und letztlich der breiten Öffentlichkeit. Die deutschen Unternehmen sind zu unterschiedlich, um in ein Korsett zu passen. Deshalb war der Weg des „Comply or Explain“ der richtige. Die hohen Erfüllungsquoten machen sich auf den ersten Blick in der öffentlichen Debatte gut. Letztlich brauchen wir aber auch eine gesunde Abweichungskultur, um den Sinn des Kodex zu unterstreichen.

**BOARD:**

*Müsste sich der Kodex nicht selbst auch öfter flexibler zeigen? Ein Beispiel*

*dafür ist die Aufsichtsratsvergütung. Wer heute eine allein fixe Vergütung für den Aufsichtsrat vorsieht, muss eine Abweichung erklären. Wäre eine weniger absolute Formulierung im Kodex, die ermöglicht, verschiedene Wege zu gehen, nicht sinnvoller?*

**Klaus-Peter Müller:**

Bewusst haben wir in diesem Jahr auf eine Änderung des Kodex verzichtet und eine Pause eingelegt. Hat der Kodex seinen optimalen Zustand erreicht? Nein. Aber wir verfügen über einen hohen Standard und im Sinne einer gesunden Abweichungskultur sahen wir nicht die Notwendigkeit, in diesem Jahr die Empfehlung zur Aufsichtsratsvergütung zu ändern. Das Thema steht aber weiterhin auf der Agenda.

**BOARD:**

*Oder fehlt den Unternehmen oftmals schlichtweg der Mut, eigene Wege zu gehen und diese auch der Öffentlichkeit zu erklären und zu begründen? Liegt damit der Ball gar nicht bei der Kommission, sondern bei den Adressaten des Kodex?*

**Klaus-Peter Müller:**

Wir können Unternehmen nur ermuntern, die Möglichkeiten des Kodex wahrzunehmen und dort, wo es aus ihrer Sicht Sinn macht, einen eigenen Weg zu gehen und diesen transparent und nachvollziehbar zu begründen. Es ist weder das Selbstverständnis der Kommission, sich um die Dinge zu kümmern, die der Gesetzgeber vergessen hat zu regeln, noch ein Regelwerk zu schaffen, das jeden Einzelfall abdeckt und so als Feigenblatt genutzt werden kann.

**BOARD:**

*Kommen wir zur Diversity: In Ihrer Pressemitteilung vom 04. Mai haben Sie auch diesen Punkt nochmals aufgegriffen, die bisherige Kodex-Regelung aber nicht verändert. Vielmehr konkretisieren Sie die Intention der Kommission. Was ist Ihnen und der Kommission bei der Diskussion um die „richtige“ Diversity besonders wichtig?*

**Klaus-Peter Müller:**

Es sind drei Dinge. Erstens haben wir betont, dass wir aus unserer Sicht nicht nur auf eine höhere Beteiligung

von Frauen, sondern auch von internationalen Vertretern in unseren Gremien achten sollten. Gemessen an der Exportstärke unserer Wirtschaft ist der Anteil von ausländischen Frauen und Männern in unseren Aufsichtsräten und Vorständen doch sehr gering. Zweitens haben wir mit unserer im vergangenen Jahr verschärfte Empfehlung für mehr Frauen im Aufsichtsrat einen Weg aufgezeigt, der den deutschen börsennotierten Unternehmen die Möglichkeit gibt transparent zu kommunizieren, wie sie zu einer höheren Partizipation von Frauen kommen wollen. Diese Chance sollte mit Blick auf die intensive öffentliche Debatte genutzt werden. Ein Blick in die Geschäftsberichte zeigt, dass dies auch geschieht. Und drittens erwarten wir von der Politik, dass sie den börsennotierten Unternehmen nun auch die Chance zur Umsetzung gibt. Angesichts der meist fünfjährigen Wahlperioden kann der Frauenanteil in Aufsichtsräten nicht von heute auf morgen angehoben werden. Auch nicht durch eine Quote.

**BOARD:**

*Wird sich eine gesetzliche Regelung zur Frauenquote überhaupt noch verhindern lassen?*

**Klaus-Peter Müller:**

Wenn die deutschen börsennotierten Unternehmen ihre Planungen umsetzen und die Politik weiterhin zu ihrem Entschluss steht, gute Unternehmensführung über einen Kodex zu regeln, der eine gesetzliche Anerkennung über § 161 AktG gefunden hat, dann ja. In den letzten Monaten sind bereits mehr Frauen in Aufsichtsräte eingezogen als in den zehn Jahren zuvor. Das muss auch die Politik sehen. Und ich bin zuversichtlich, dass der Wandel mit der grossen Welle von Aufsichtsratsneuwahlen in 2013 noch deutlicher wird. Die Unternehmen wollen keine starre Quote. Sie haben die Zeichen erkannt.

**BOARD:**

*In den letzten Jahren haben die Proxy Adviser wie ISS und andere immer stärkeren Einfluss erhalten. Über ihre Stimmrechtsempfehlungen stülpen diese Adressen ihr eigenes Corporate*

*Governance-Regime über die deutschen Emittenten. Leider gehen deren Vorstellungen aber oftmals nicht mit dem deutschen Kodex einher. Wie bewerten Sie diese Entwicklung?*

**Klaus-Peter Müller:**

So wie für die deutschen Unternehmen, gilt auch für die verschiedenen Wirtschaftsregime, dass nicht alle in ein Korsett passen. Dass in Deutschland manche Dinge anders geregelt werden, heißt nicht, dass sie schlechter sind. Dies gilt es auch von den Proxy Advisors zu beachten. Aber nicht nur von ihnen. Alljährlich gibt es dutzende von sogenannten Studien, die die Corporate Governance in den verschiedenen Ländern untersuchen und zum Teil mit abwegigen Ergebnissen aufwarten, weil man sich bis heute nicht die Mühe gibt, beispielsweise die deutsche Mitbestimmung verstehen zu wollen. Hier kann ich nur appellieren, diese Studien nicht nur einfach zur Kenntnis zu nehmen, sondern auf die Unzulänglichkeiten öffentlich hinzuweisen.

**BOARD:**

*Bisher bezieht sich der Kodex allein auf kapitalmarktorientierte Unternehmen bzw. deren Verwaltungsorgane. Nicht angesprochen werden die eigentlich Betroffenen – die Eigentümer. Müsste sich der Kodex nicht auch mit dieser Gruppe befassen und auch deren Verantwortung sowie Pflichten behandeln, insbesondere bei der Besetzung von Aufsichtsratsmandaten, aber auch der externen Einflussnahme auf Unternehmen, z.B. bei der Mitteilung von Informationen?*

**Klaus-Peter Müller:**

Der Kodex setzt sich mit den Pflichten, Rechten und Aufgaben aller Organe einer börsennotierten Gesellschaft auseinander, dem Vorstand, dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung und damit auch mit den Eigentümern.

Übrigens gibt es nicht nur einen Kodex für börsennotierte Unternehmen, sondern auch einen für Familienunternehmen. Seit 2009 existiert auch ein Public Code für Unternehmen, die teilweise oder ganz dem Bund gehören. Wobei der Public Code des Bundes beispielsweise beim Thema

Diversity nicht dem Standard unseres Kodex entspricht. Auf Landesebene haben bisher nur vier von 16 einen Public Code eingeführt. Bayern und NRW, die am lautesten nach Verschärfungen für börsennotierte Unternehmen rufen, gehören nicht dazu.

Grundsätzlich würden wir es begrüßen, wenn die Themen des Corporate Governance-Kodex auch von anderen wichtigen Institutionen unserer Gesellschaft, also zum Beispiel alle nicht börsennotierten Unternehmen im Einflussbereich der öffentlichen Hand, sei es auf bundes-, landes- oder kommunaler Ebene, übernommen würden.

Und noch eine Anmerkung zum Thema Diversity: Der Anteil von Frauen in leitenden Funktionen liegt bei fast allen Behörden deutlich unterhalb der Vorstellungen, die zum Beispiel Frau Bundesministerin von der Leyen von börsennotierten Unternehmen fordert. Das gilt auch für ihr eigenes Haus.

**BOARD:**

*Das EU-Grünbuch „Europäischer Corporate Governance Rahmen“ und vor allem die Folgen daraus scheinen mit der bisherigen Praxis zu brechen, dass Corporate Governance-Fragen jeweils von den Mitgliedstaaten vorgegeben werden. Wie sehen Sie die weitere Entwicklung?*

**Klaus-Peter Müller:**

Anstatt über Richtlinien gewachsene und in den einzelnen Regionen bewährte Systeme verändern zu wollen, sollte sich Europa wieder mehr dem Subsidiaritätsprinzip zuwenden und Zuständigkeiten dort belassen, wo sie bis dato erfolgreich wahrgenommen werden. Dies gilt auch für die Corporate Governance. Vor allem gilt es darauf zu achten, dass Europa Komplexitäten nicht noch weiter erhöht und zusätzliche Bürokratien aufbaut.

**BOARD:**

*Welche weiteren Themengebiete stehen auf der zukünftigen Agenda der Kommission?*

**Klaus-Peter Müller:**

Neben den Aktivitäten der EU ist dies weiterhin der Themenkomplex Unabhängigkeit und Interessenkonflikte bei Aufsichtsräten, mit dem wir uns mit Blick auf eine weitere Professionalisierung beschäftigen.

# Gender Diversity – Eine Frage guter Corporate Governance!



Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln,  
Dr. Alexander von Preen, Kienbaum Management Consultants GmbH,  
Prof. Dr. Stefan Simon, Flick Gocke Schaumburg

Bereits seit längerer Zeit wird in den Medien die Frage nach einer Gender-Quote emotional und kontrovers wie kaum ein anderes Thema diskutiert. Ein

Blick über die Landesgrenzen hinweg zeigt, dass in Deutschland Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten nach wie vor unterdurchschnittlich vertreten sind. Der vorliegende Beitrag zeigt anhand der Ergebnisse neuerer Studien zur Gender-Forschung, warum Gender Diversity ein Gebot unternehmerischer Vernunft ist und weist konkrete Wege zur nachhaltigen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen auf.

## INHALT

- I. Zum Status Quo
- II. Gender Diversity – Ein Gebot unternehmerischer Vernunft
- III. Gender Diversity zwischen DCGK und gesetzlicher Quote
- IV. Perspektiven einer nachhaltigen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen
- V. Fazit

## Keywords

Gender Diversity; Gender-Quote; Gleichstellungspolitik; Flexi-Quote; Chancengleichheit; Corporate Governance

## Normen

§§ 93 Abs. 1, 101 Abs. 2, 116 AktG

## I. Zum Status Quo

Die Ursachen der Wirtschafts- und Finanzkrise sind vielfältig. Nach weit verbreiteter Auffassung war die Corporate Governance der deutschen börsennotierten Unternehmen nicht ausreichend effektiv. Defizite werden insbesondere im Hinblick auf die Arbeitsweise des Aufsichtsrats und seine überwachende Rolle gegenüber dem Vorstand gesehen. Dies erklärt die Forderungen nach Professionalisierung der Aufsichtsräte. Neben der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance-Kodex (mit ihrem Arbeitsprogramm 2010) hat nunmehr auch die EU-Kommission mit ihrem Grünbuch vom 05.04.2011

entsprechende Postulate formuliert und dabei der Zusammensetzung der Aufsichtsräte auch unter Diversitätsgesichtspunkten besondere Bedeutung beigemessen.<sup>1</sup>

Dementsprechend wird in der öffentlichen Diskussion das Thema der Professionalisierung der Aufsichtsräte stark überlagert von der Frage nach einer angemessenen Repräsentanz von Frauen in den Leitungsgremien der Unternehmen, insbesondere in den Aufsichtsräten.<sup>2</sup> Heftig umstrit-

ten sind Modelle einer gesetzlichen Gender-Quote für die Besetzung von Leitungsgremien.<sup>3</sup> Wichtige europäische Nachbarstaaten haben gesetzgeberische Maßnahmen ergriffen, um die Repräsentanz von Frauen in Führungspositionen zu erhöhen. So hat etwa Norwegen 2008 eine gesetzliche Quote für Frauen in Aufsichtsräten von 40 % eingeführt.<sup>4</sup> Am 13.01.2011 hat die französische Nationalversammlung in zweiter Lesung das Gesetz über eine Quotenregelung zum Ausgleich des Frauen- und Männeranteils in Aufsichts- und Verwaltungsräten und zur Gleichberechtigung am Arbeitsplatz angenommen. Das Gesetz sieht vor, dass innerhalb von sechs Jahren Aufsichts- und Verwaltungsräte je zu 40 % mit Frauen besetzt sein müssen. Die Sanktionen einer Nichteinhaltung der Quoten sind hart; vorgesehen ist etwa die zeitweise Aussetzung von Sitzungsgeldern in den betroffenen Aufsichts- und Verwaltungsräten.<sup>5</sup>

1 Siehe nur: Ziff. 1.1.3 Grünbuch, EU-Kommission, Europäischer Corporate Governance-Rahmen v. 5.4.2011

2 Siehe zu diesen Zusammenhängen bereits Dauner-Lieb, DB 2010, Standpunkte S. 45; Weber-Rey, DB 2010, Standpunkte, S. 41; Langenbacher, DB 2010, Standpunkte S. 43 und Benner-Heinacher, DB 2010, Standpunkte S. 47; vgl. auch Böckler Impuls 7/2009, Frauen in Führungspositionen: Je höher desto seltener, S. 4, online abrufbar unter [http://www.boeckler.de/pdf/impuls\\_2009\\_07\\_4.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/impuls_2009_07_4.pdf); Holst, Frauen in Spitzengremien großer Unternehmen weiterhin massiv unterrepräsentiert, in: Wochenbericht des DIW, Berlin, Nr. 4/2010, S. 2 ff., online abrufbar unter: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.346402.de/10-4-1.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.346402.de/10-4-1.pdf); Rolfs, Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten, Rechtsgutachten im Auftrag des Sinus Instituts, 8.7.2009, online abrufbar unter [http://www.sociovision.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales\\_und\\_Umwelt/Gutachten\\_1\\_Gleichberechtigte\\_Vertretung\\_der\\_Geschlechter\\_in\\_Aufsichtsräten.pdf](http://www.sociovision.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales_und_Umwelt/Gutachten_1_Gleichberechtigte_Vertretung_der_Geschlechter_in_Aufsichtsräten.pdf); Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten, 23.3.2009, online abrufbar unter [http://spdnet.sozi.info/bremen/bremhvn/afsbremhvn/dl/Frauen\\_in\\_Vorstand\\_und\\_AR.pdf](http://spdnet.sozi.info/bremen/bremhvn/afsbremhvn/dl/Frauen_in_Vorstand_und_AR.pdf); Wippermann, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken, Untersuchung im Auftrag des BMFSF, März 2010, online abrufbar unter [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/frauen-in-f\\_C3\\_BChrungspositionen-deutsch,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/frauen-in-f_C3_BChrungspositionen-deutsch,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf)

3 Vgl. FidAR, Pressemitteilung vom 15.3.2010, online abrufbar unter [http://www.fidar.de/fileadmin/user\\_upload/MAIN-dateien/presse/PM\\_100315\\_FidAR-Forum\\_II\\_end.pdf](http://www.fidar.de/fileadmin/user_upload/MAIN-dateien/presse/PM_100315_FidAR-Forum_II_end.pdf); Labbé/Tomicic/Reger, Der Aufsichtsrat 3/2010, S. 38 ff.

4 Vgl. FidAR, Pressemitteilung vom 15.3.2010 (Fn. 2)

5 Siehe JORF n° 0023 du 28 janvier 2011 page 1680 texte n° 2, online abrufbar unter: [http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=F23D5AA398FAF2B30E78681755EE50F5.tpdjo07v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000023487662&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=F23D5AA398FAF2B30E78681755EE50F5.tpdjo07v_3?cidTexte=JORFTEXT000023487662&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id); eine gute Übersicht über das Gesetzgebungsverfahren beim Senat findet sich unter <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl09-223.html>

Ob und inwieweit auch in Deutschland ein über die Empfehlung im DCGK hinaus gehender Handlungsbedarf besteht, wird kontrovers diskutiert. Aktuelle empirische Untersuchungen belegen jedenfalls, dass sich Deutschland hinsichtlich der Repräsentanz von Frauen in Führungspositionen deutscher Unternehmen im Hintertreffen befindet. Abhängig von der zugrunde gelegten Referenzgruppe bewegt sich der Anteil von Frauen zwischen 17 % (Platz 31 international)<sup>6</sup> und 30,8 % (Platz 11 innerhalb der EU)<sup>7</sup>. In deutschen Vorständen beträgt der Anteil an Frauen lediglich 2,5 %.<sup>8</sup> Auch für den Anteil von Frauen in deutschen Aufsichtsräten ist es mit knapp 10 % nicht viel besser bestellt.<sup>9</sup> In nicht mitbestimmten Unternehmen beläuft sich der Anteil an weiblichen Aufsichtsräten sogar nur auf 2,6 %.<sup>10</sup> Gemäß dem von der Initiative Frauen in die Aufsichtsräte e.V. (FidAR) eingeführten Women-on-Board-Index (WoB-Index) beträgt der Anteil von Frauen in den Vorständen der im DAX, MDAX, SDAX und TecDAX gelisteten Unternehmen derzeit lediglich 3,1 %. Für die Aufsichtsräte dieser Unternehmen wird ein Anteil von 10,2 % ausgewiesen. Etwa 70 % der Aufsichtsratsmandate, die mit Frauen besetzt sind, entfallen dabei auf die Arbeitnehmervertreter.<sup>11</sup>

## II. Gender Diversity – Ein Gebot unternehmerischer Vernunft

Es gibt viele Gründe für eine Erhöhung der Repräsentanz von Frauen in den Führungsfunktionen, insbesondere in Vorständen und Aufsichtsräten börsennotierter wie auch nicht börsennotierter Unternehmen: Verschiedene wissenschaftliche Studien von international renommierten Institutionen zeigen, dass eine größere Diversität in den Leitungsorganen zu höherer Leistungsfähigkeit und schließlich auch besseren Renditechancen führt. Vielfalt wird in diesem Kontext allerdings nicht allein auf das Geschlecht bezogen, sondern auch auf Kriterien wie Werdegang, Ausbildung, Qualifikation, Fachwissen und Internationalität.<sup>12</sup> Noch pointierter zeigen andere Untersuchungen, dass Unternehmen mit einem erhöhten Anteil von Frauen in Führungsgremien höhere Gewinne und Eigenkapitalrenditen erwirtschaften können.<sup>13</sup> Darüber hinaus droht, bedingt durch das Wirtschaftswachstum und den demografischen Wandel, in vielen Branchen bereits heute ein Mangel an hochqualifizierten Führungskräften. Eine vorausschauende Personalplanung hat daher allen Anlass, schon jetzt proaktiv darüber nachzudenken, wie die Potenziale der Gesellschaft in Zukunft umfassend ausgeschöpft werden können und wie die Attraktivität des Unternehmens für qualifizierte Frauen gesteigert werden kann. Damit wird deutlich: Vollkommen unabhängig von möglichen gesellschafts- und sozialpolitischen Überlegungen und

Interessen, ist es eine unternehmerische und betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, für mehr Diversität in Führungs- und Aufsichtsorganen deutscher Unternehmen zu sorgen. Nur so werden die Unternehmen im Wettbewerb um Führungskräfte, aber auch um Kunden und Absatzmärkte in Zukunft bestehen können. Diversität in den Gesellschaftsorganen ist damit ein wichtiger Baustein guter Corporate Governance. Es geht also nicht in erster Linie um Gleichstellungspolitik, sondern um das Unternehmensinteresse. Es gilt, Diversität als zentrales Instrument der Innovationspolitik in den Unternehmen zu entdecken und fruchtbar zu machen. Das Postulat einer Verbesserung der Diversität in den Leitungsgremien steht daher nicht im Widerspruch dazu, dass die Aufsichtsräte und Vorstände ihr Handeln auch bei Personalvorschlägen und -entscheidungen an den Interessen der Gesellschaft und nicht etwa an gesellschaftspolitischen Zielsetzungen auszurichten haben (§§ 93 Abs. 1, 116 AktG).

## III. Gender Diversity zwischen DCGK und gesetzlicher Quote

Die bereits seit Jahren intensiv und teilweise emotional geführte Diskussion um eine stärkere Berücksichtigung von Frauen in Führungspositionen hat zu einer Erweiterung der Empfehlungen im DCGK geführt. Der Kodex enthält nun Vorgaben zur Beachtung von Vielfalt (Diversity) bei der Besetzung von Führungsfunktionen und bei der Zusammensetzung des Vorstands. Dabei soll insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen angestrebt werden.<sup>14</sup> Für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sollen weitergehend konkrete Ziele benannt werden, die insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen (sog. Zielsetzungsplan). Diese Zielsetzung und der Stand der Umsetzung sollen zudem

6 Grant Thornton IBR 2009, Frauen in Chefetagen, 16.3.2009, online abrufbar unter [http://www.grantthornton.de/gtd/download/prs/090316\\_gtd.pdf](http://www.grantthornton.de/gtd/download/prs/090316_gtd.pdf)

7 European Commission: Equality between women and men 2010, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT accompanying document to the REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brüssel 2009, S. 18, online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:1706:FIN:EN:PDF>

8 Holst, in: Wochenbericht des DIW (Fn. 1), Berlin, Nr. 4/2010, S. 2 ff.; Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten (Fn. 1), S. 2; Wippermann, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken (Fn. 1), S. 77

9 Holst, in: Wochenbericht des DIW (Fn. 1), Berlin, Nr. 4/2010, S. 2 ff.; Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten (Fn. 1), S. 2; Wippermann, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken (Fn. 1), S. 77

10 Böckler Impuls 7/2009 (Fn. 1), S. 4

11 <http://www.fidar.de/WoB-Index.92.0.html>

12 Vgl. Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors, June 2003, online abrufbar unter <http://www.intertradeireland.com/module.cfm/opt/29/area/Publications/page/Publications/down/yes/id/114>; vgl. auch McKinsey & Company (2007), Women Matter – Gender diversity, a corporate performance driver, S. 12–14; zum Verständnis von Diversität als Vielfalt der erforderlichen Anforderungsprofile Dauner-Lieb (Fn. 2)

13 Vgl. WaS v. 21.3.2010, S.4; The Economist v. 11.3.2010 "A special Report on Germany – What a waste", online abrufbar unter [http://www.economist.com/specialreports/displaystory.cfm?story\\_id=15641057](http://www.economist.com/specialreports/displaystory.cfm?story_id=15641057)

14 Ziff. 4.1.5 und 5.1.2 DCGK



im Corporate Governance-Bericht veröffentlicht werden.<sup>15</sup>

Die meisten der 30 DAX-Unternehmen folgen der Empfehlung des DCGK zur Formulierung konkreter Ziele für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. In der überwiegenden Zahl der Fälle wurden dabei konkrete absolute oder prozentuale Zielgrößen für die Beteiligung von Frauen im Aufsichtsrat benannt. Dies ist auch insofern bemerkenswert, als ein Aufsichtsrat von Anteilseignerseite (abgesehen von den seltenen Fällen von Entsendungsrechten, § 101 Abs. 2 AktG) nur über die Wahlvorschläge an die Hauptversammlung Einfluss auf seine Zusammensetzung nehmen kann und zudem eine explizite Quote vom Kodex nicht ausdrücklich gefordert wird. Die Ausgestaltung dieser konkreten Ziele zur Beteiligung von Frauen unterscheidet sich meist im Hinblick auf die Höhe der Zielgröße, den zeitlichen Umsetzungsrahmen und hinsichtlich der Frage, ob spezielle Vorgaben für die Anteilseignervertreter gemacht werden. Die folgenden Praxisbeispiele zeigen aktuelle Zielsetzungen aus dem Kreis der DAX-Unternehmen:

#### Praxisbeispiel 1: Allianz SE

Der Aufsichtsrat der Allianz SE strebt für die nächste Aufsichtsratswahl im Jahr 2012 einen Anteil von mindestens 25 % Frauen in dem zwölf Mitglieder umfassenden Gremium und damit die Mindestanzahl von drei Frauen an. Derzeit wird lediglich ein Aufsichtsratsmandat von einer Frau besetzt. Der Aufsichtsrat sieht die Erreichung des Ziels in der gemeinsamen Verantwortung der Anteilseigner- und der Arbeitnehmervertreter und differenziert demzufolge nicht zwischen diesen beiden Gruppen.<sup>16</sup>

#### Praxisbeispiel 2: Volkswagen AG

Der Aufsichtsrat der Volkswagen AG verfolgt das Ziel, dass mindes-

tens zwei Mandate von Frauen wahrgenommen werden sollen. Mindestens eine dieser Frauen soll zudem eine Vertreterin der Anteilseignerseite sein. Bislang ist in dem 20 Personen umfassenden Gremium eine Frau auf der Seite der Arbeitnehmer vertreten.<sup>17</sup>

#### Praxisbeispiel 3: E.ON AG

Dem Aufsichtsrat der E.ON AG gehören derzeit 18 Männer und zwei Frauen an. Spätestens im Zuge der nächsten turnusmäßigen Neuwahl im Jahr 2013 soll sich diese Zahl von Frauen verdoppeln und in der übernächsten turnusmäßigen Wahl auf 30 % steigen. Eine Differenzierung zwischen den Vertretern der Anteilseigner und Arbeitnehmer wird bei der Zielsetzung nicht vorgenommen.<sup>18</sup>

#### Praxisbeispiel 4: Bayer AG

Dem Aufsichtsrat der Bayer AG gehören zwei Frauen (10 %) an, beide auf der Seite der Arbeitnehmervertreter. Bei der im nächsten Jahr stattfindenden Aufsichtsratswahl soll der Frauenanteil auf mindestens 15 % steigen. Mittelfristig soll dieser Anteil 20 % betragen und bei der voraussichtlich im Jahr 2017 stattfindenden Aufsichtsratswahl erreicht werden. Zwischen den Anteilseignern und Arbeitnehmern wird eine gleichmäßige Erfüllung der Ziele angestrebt.<sup>19</sup>

#### Praxisbeispiel 5: Siemens AG

Neben der Absicht, die Anzahl von derzeit vier Frauen (20 %) im Aufsichtsrat bei der nächsten Aufsichtsratswahl im Jahr 2013 mindestens zu wahren und wenn möglich zu erhöhen, wird vom Aufsichtsrat der Siemens AG das Ziel formuliert, dass nach dieser Wahl eine Frau Mitglied im Nominierungsausschuss werden soll. Über diesen Weg wird gewährleis-

tet, dass bereits in dem Ausschuss, der für die Wahlvorschläge an die Hauptversammlung zuständig ist, die im Kodex geforderte Vielfalt abgebildet wird.<sup>20</sup>

Trotz der neuen Empfehlungen im DCGK von 2010 zur Berücksichtigung von Vielfalt und ersten veröffentlichten Zielen für die Zusammensetzung von Aufsichtsräten werden in den letzten Monaten von verschiedenen Seiten erneut und verstärkt gesetzliche Quotenregelungen gefordert. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Eine maßgebliche Rolle spielt sicher die in den letzten zehn Jahren gewachsene Befürchtung, dass vollmundige Selbstverpflichtungen doch wieder auf ein Aussitzen hinauslaufen könnten. Als nicht sehr vertrauens-erweckend könnte auch die vielfach variierte Auffassung wahrgenommen werden, Gender-Diversität werde sich im freien Spiel des Wettbewerbs um die besten Köpfe ohnehin in dem Maße durchsetzen, wie akzeptable Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf geschaffen werden und die qualifizierten Frauen wirklich den notwendigen Willen zur Macht haben.

Aus der Reihe der politischen Entscheidungsträger hat sich insbesondere die Bundesministerin für Arbeit und Soziales als Anhängerin einer gesetzlichen Quote von 30 % hervorgetan. Als alternativer Ansatz gilt die sogenannte „FlexiQuote“ der Bundesfamilienministerin. Dieser Ansatz folgt dem Grundgedanken einer obligatorischen Selbstverpflichtung. Die FlexiQuote, so die Planung der Ministerin, wird erst wirksam, wenn es bis zu einem Stichtag im Jahr 2013 nicht gelingt, den durchschnittlichen Anteil von Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten zu verdreifachen. Die Unternehmen sollen dann dazu verpflichtet werden, sich eine unternehmensspezifische Quote zu geben und diese zu veröffentlichen. Diese

15 Ziff. 5.4.1 DCGK

16 Allianz Gruppe, Geschäftsbericht 2010, S. 27

17 Volkswagen, Geschäftsbericht 2010, S. 130

18 E.ON, Geschäftsbericht 2010, S. 165

19 Bayer, Geschäftsbericht 2010, S. 91

20 Siemens, Finanzbericht 2010, S. 23 f.

Verpflichtung soll für solche Unternehmen entfallen, die bereits einen Frauenanteil von 30 % im Vorstand und Aufsichtsrat erreicht haben.<sup>21</sup>

Die Diskussionen der letzten Monate gipfelten zuletzt in einem Spitzengespräch der vier zuständigen Bundesministerinnen und -minister sowie der Personalvorstände und Arbeitsdirektoren der 30 DAX-Konzerne. Als Ergebnis dieses sog. Vorstandsgipfels haben sich die Unternehmen in einer gemeinsamen Erklärung verpflichtet, jeweils individuelle Ziele zur Erhöhung des Frauenanteils in der Belegschaft und in Führungspositionen zu bestimmen und einen zeitlichen Rahmen hierfür festzulegen. Zudem soll regelmäßig über die entsprechenden Ziele, die für die Zielerreichung angestoßenen Maßnahmen und die erreichten Ergebnisse berichtet werden. Darüber hinaus wurden konkrete Handlungsfelder, wie die Personalauswahl, die Personalentwicklung und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, benannt. Einigkeit besteht dabei, dass eine Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen nur Erfolg versprechend ist, wenn an den Rahmenbedingungen des einzelnen Unternehmens angesetzt und auf die Herstellung einer umfassenden Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen abgestellt<sup>22</sup> wird. Problematisch und auch rechtlich bisher nur wenig ausgeleuchtet ist die Frage, ob und in welchem Umfang der Anteil von Frauen in Führungspositionen auch durch positive Fördermaßnahmen unterstützt werden soll, die ggf. eine Benachteiligung von Männern darstellt (positive Diskriminierung). Dies ist auch und insbesondere eine Frage, die am AGG zu messen ist. Unabhängig davon ist aber abzusehen, dass nur greifbare Fortschritte in überschaubarer Zeit geeignet sein werden, die Diskussionen über eine gesetzliche Quote zu beenden.

#### IV. Perspektiven einer nachhaltigen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen

Versteht man mit dem DCGK die Erhöhung des Anteils von Frauen in Leitungsorganen und noch weitergehend generell in Führungspositionen als Gebot guter Corporate Governance und nicht (nur) als gleichstellungspolitische Forderung, dann ist es im Unternehmensinteresse geboten, die Rahmenbedingungen im Unternehmen auf die neue Zielstellung strukturell auszurichten. Hierfür bedarf es einer eingehenden Status quo-Analyse der personalwirtschaftlichen und rechtlichen Instrumente und Prozesse im Unternehmen, auf deren Basis dann Maßnahmen für eine Verbesserung der Rahmenbedingungen in dem jeweiligen Unternehmen definiert und im Anschluss konsequent umgesetzt werden.

Den Ausgangspunkt zu einer nachhaltigen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen in den einzelnen Unternehmen hat eine ganzheitliche Analyse des Status quo zu bilden. Diese muss sich auf der einen Seite auf die aktuelle Mitarbeiterstruktur, insbesondere den Anteil von Frauen auf den unterschiedlichen Hierarchieebenen beziehen. Die Entwicklung und Fortschreibung einer solchen geschlechtsspezifischen Personalstatistik ist ein wichtiger Baustein zur Herstellung von Transparenz und zur späteren Überprüfung der Wirksamkeit eingeleiteter Maßnahmen. Auf der anderen Seite sind die personalwirtschaftlichen Instrumente und Prozesse im Unternehmen zu überprüfen. Der zentrale Maßstab bei einer solchen Überprüfung ist die Frage, ob und inwieweit diese unternehmensspezifischen Rahmenbedingungen die Wahrung des Grundsatzes der Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen sicherstellen. Gleichzeitig ist zu analysieren, ob in Abteilungen und Teams die für Innovation und Qualitätssicherung notwendige Diversität vorhanden ist.

Bei der Analyse des Status quo stehen die Bewertung der Einstellungspolitik und die angewendeten Verfahren der Stellenbesetzung hinsichtlich der Einhaltung von Chancengleichheit im Mittelpunkt der Betrachtung. Neben der Rekrutierung sollten zudem die Personalentwicklungssysteme und deren Potenzial zur Förderung weiblicher Karrierewege auf den Prüfstand gestellt werden. Eine fundierte Analyse umfasst ferner die Vergütung im Unternehmen. Hierbei geht es um eine Bewertung der vorhandenen Vergütungssysteme und -richtlinien sowie der Vergütungspraxis im Hinblick auf die Einhaltung von Equal Pay. Und nicht zuletzt müssen auch die kulturellen Rahmenbedingungen im Unternehmen in Bezug auf die Sicherstellung von Chancengleichheit und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie einer Überprüfung unterzogen werden.

Aufbauend auf der Analyse des Status quo sind konkrete Ziele zu definieren und ein Maßnahmenkatalog festzulegen. Die Maßnahmen können grundsätzlich einzelne oder alle betrachteten personalwirtschaftlichen Handlungsfelder betreffen und sollten ein in sich stimmiges Gesamtkonzept darstellen. Eine öffentliche Selbstverpflichtung zur Sicherstellung von Chancengleichheit, z.B. in Form des Gender Diversity Statements, kann im Rahmen der Personalmarketingstrategie als wichtiges Differenzierungsmerkmal dazu beitragen, auf dem Arbeitsmarkt als attraktiver Arbeitgeber wahrgenommen zu werden und weibliche Potenzialträger langfristig an das Unternehmen zu binden. Durch die Einbindung eines neutralen facherfahrenen Gutachters könnte ein solches Bekenntnis zusätzlich an Glaubwürdigkeit gewinnen und damit insbesondere im Rahmen von Investor Relations nutzbar gemacht werden.

Den letzten Prozessschritt auf dem Weg zur nachhaltigen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen stellt die Maßnahmenumsetzung dar. Hier stehen die Unternehmen vor

21 <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=166996.html>

22 Siehe zuletzt nur: Ziff. 1.1.3 Grünbuch EU-Kommission, Europäischer Corporate Governance-Rahmen v. 5.4.2011

der Herausforderung, die klassischen Personalinstrumente und die Kultur im Unternehmen nachhaltig auf die Sicherstellung von Chancengleichheit auszurichten. Es bedarf dabei einer klaren und offenen Kommunikation der bereits umgesetzten und geplanten Maßnahmen und vor allem auch das sichtbare und glaubwürdige Commitment seitens der Unternehmensführung. Ein regelmäßiges Monitoring der Maßnahmenumsetzung und der erzielten Fortschritte durch die Verantwortlichen im Unternehmen unter Einbeziehung des Vorstands ist unabdingbar.

## V. Fazit

Nach den Neuerungen des DCGK hinsichtlich der Berücksichtigung von Vielfalt haben die 30 DAX-Unternehmen weitere Bemühun-

gen zur Erhöhung des Anteils von Frauen in der Belegschaft und in Führungspositionen angekündigt. Der eingeschlagene Weg verdient Unterstützung, weil er an den strukturellen Rahmenbedingungen des einzelnen Unternehmens ansetzt. Die Unternehmen können sich in diesem gesellschaftlich wichtigen Thema öffentlich als Vorreiter positionieren und eine Vorbildfunktion für weitere privatwirtschaftliche, aber auch öffentliche Unternehmen einnehmen. Nun geht es darum, die Planungen konsequent umzusetzen. Ein klarer, strukturierter Prozess zur Zielerreichung ist dabei von entscheidender Bedeutung.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Siehe hierzu auch das Modell eines „Gender Diversity Statement“, unter <http://www.genderdiversitystatement.de>

Die Neufassung des Kodex macht endgültig unmissverständlich deutlich, dass die Kommission eine Erhöhung von Diversität gerade auch durch Steigerung der Repräsentanz von Frauen im Unternehmensinteresse für unabdingbar hält. Die neuen Empfehlungen setzen auf den gegenüber einer gesetzlichen Quote flexibleren Weg der individuellen Reflektion und Selbstverpflichtung der Unternehmen auf bestimmte im Hinblick auf das jeweilige Unternehmensinteresse zu formulierende Diversitätsziele sowie auf die Transparenz dieser Prozesse. Sie eröffnet damit den Unternehmen die Option der Entwicklung maßgeschneiderter Diversitätsmodelle. Es ist zu hoffen, dass die Unternehmen diese Chance wahrnehmen.

# Interview mit Frau Monika Schulz-Strelow

## FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e.V.



Monika Schulz-Strelow studierte Politikwissenschaften und Sprachen in Bonn und Berlin und hat als langjährige Geschäftsführerin der BAO BERLIN – International GmbH die Interessen der Berliner Wirtschaft vertreten. Seit fünf Jahren setzt sie ihre Arbeit mit ihrem eigenen Unternehmen b. international group erfolgreich fort. Frau Schulz-Strelow ist ehrenamtliche Präsidentin des 2006 gegründeten Vereins FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e.V. FidAR ist eine überparteiliche und überregionale Initiative, die im Frühjahr 2005 von Frauen in Führungspositionen in Wirtschaft, Wissenschaft und Politik ins Leben gerufen wurde. Ziel der Initiative ist die paritätische Besetzung aller Führungspositionen in der deutschen Wirtschaft und die Verbesserung der Unternehmenskontrolle. Das Gespräch führten für BOARD Frau Prof. Dr. Dauner-Lieb, Herr Dr. Stefan Siepelt und Herr Marc Tüngler.

### BOARD:

*Das Thema Diversity und Frauenquote hat in den letzten zwei Jahren mächtig an Fahrt aufgenommen. Wie sieht Ihre Zwischenbilanz aus?*

### Monika Schulz-Strelow:

Die Bilanz ist aus Sicht von FidAR bis dato eher ernüchternd. In Aufsichts-

räten und Vorständen börsennotierter Unternehmen in Deutschland sind Frauen nach wie vor dramatisch unterrepräsentiert. Die knapp zehn Jahre alte Vereinbarung der Bundesregierung mit den Spitzenverbänden der Wirtschaft, für mehr Chancengleichheit zu sorgen, hat fast nichts

gebracht. Auch die Empfehlung des Corporate Governance-Kodex vom Juni 2009, die Unternehmen sollten bei den Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auch auf „Vielfalt (Diversity)“ achten, blieb im ersten Jahr nahezu folgenlos. Erst die Reform des Kodex im Mai 2010 hat

eine spürbare Auseinandersetzung über Maßnahmen für mehr Gleichberechtigung angestoßen. Aktuell erleben wir zwar eine sehr breite öffentliche Diskussion und es ziehen auch mehr Frauen in Spitzenpositionen ein. Die erfreulichen Nominierungen von Frauen in den letzten Wochen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Mehrheit sich noch kaum bewegt. Zehn Jahre freiwillige Selbstverpflichtung erscheinen mir bis jetzt eher als zehn Jahre Selbstverteidigung mit hohem Beharrungsvermögen.

### **BOARD:**

*Wo liegen eigentlich die größten Probleme bei der Beteiligung von Frauen in Führungs- oder Aufsichtsratspositionen?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Die Strukturen, in denen neue Aufsichtsräte und Vorstände nominiert werden, sind seit jeher männlich geprägt. Die Entscheidungen bei der Personalauswahl erfolgen nach dem Ähnlichkeitsprinzip. Es werden also in mit Männern besetzten Aufsichtsratsgremien in erster Linie Männer für offene Posten nominiert, die vergleichbare Karrieremuster nachweisen. Das Gleiche gilt für die Unternehmensvorstände. Aber das Problem zieht sich durch die gesamte Unternehmenskultur. Viele unabhängige Untersuchungen belegen, dass es eine gläserne Decke gibt, an die Frauen stoßen, wenn es in Unternehmen darum geht, Karriere zu machen und Führungspositionen zu übernehmen. Daher setzen ja auch Unternehmen wie Daimler oder die Telekom, die Diversity ernst nehmen, sowohl ganz oben als auch ganz unten an, um diese tradierten Strukturen aufzubrechen.

### **BOARD:**

*Die Unternehmen beteuern Besserung. Das allerdings nicht zum ersten Mal. Kann nur eine gesetzliche Quote den Knoten durchschlagen?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Wir sind fest davon überzeugt, dass eine gesetzliche Quote der einzige

Weg ist, die Wirtschaft zum Umdenken zu bewegen. Der Blick nach Norwegen oder nach Frankreich zeigt, dass der gesellschaftliche Ansatz der Gleichberechtigung, der in unserer Verfassung wie auch auf der Ebene der Europäischen Union fest verankert ist, eine umfassende Legitimation für ein gesetzliches Handeln liefert. In Norwegen ist das Projekt, das von einem konservativen Wirtschaftsminister durchgesetzt wurde, sehr erfolgreich. Daran kann auch die teilweise polemische Berichterstattung der letzten Wochen nichts ändern. Und Frankreich ist auf dem besten Weg, nach dem norwegischen Vorbild, ein gutes Beispiel für Deutschland abzugeben.

### **BOARD:**

*Welches Bild gibt Ihrer Ansicht nach die Politik bei der ganzen Diskussion ab? Wenn selbst im Kabinett Uneinigkeit herrscht, woran sollen sich dann die Gesellschaft insgesamt und die Unternehmen im Speziellen orientieren?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Zunächst einmal ist es positiv, dass die Politik sich intensiv mit den Fragen der Gleichberechtigung auseinandersetzt. Es gibt mittlerweile einen breiten überparteilichen Konsens, dass zwingend Veränderungen erreicht werden müssen. Nur der Weg ist strittig. Aber schon die Grundsatzentscheidung, der schwarz-gelben Regierung, sich aktiv für mehr Gleichberechtigung bei der Besetzung von Führungspositionen in der Wirtschaft einzusetzen und einen Stufenplan insbesondere zur Erhöhung des Anteils von Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten vorzulegen, war ein Meilenstein. Doch die weiteren Schritte bis zur angekündigten FlexiQuote von Familienministerin Kristina Schröder ab 2013 bleiben sehr verschwommen.

### **BOARD:**

*Wie könnte eine gesetzliche Regelung – wenn eine solche vor dem Hintergrund der Erfahrungen der letzten zwei Jahre und der internationalen Entwicklung notwendig*

*erscheinen sollte – Ihrer Ansicht nach aussehen?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Aus unserer Sicht hätte die Gesetzesinitiative zur Frauenquote, die Bündnis 90/Die Grünen Ende 2010 in den Bundestag eingebracht hat, eine parteiübergreifende Unterstützung verdient. Auch die Justizministerkonferenz strebt eine Frauenquote an. Dies wurde im Rahmen einer Expertenanhörung im April 2011, an der ich als Expertin geladen war, deutlich formuliert. FidAR hat kürzlich mit den führenden Frauenverbänden eine E-Petition für eine gesetzlich verankerte Frauenquote veröffentlicht, um eine parteiübergreifende Diskussion im Deutschen Bundestag anzustoßen. Die Petition fordert den Deutschen Bundestag auf, ein Gesetz zu beschließen, das eine nachhaltige Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsräten bewirkt und insbesondere eine gesetzliche Mindestquote für die Aufsichtsräte aller Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern vorsieht, die in einer angemessenen und absehbaren Übergangsfrist zu erreichen ist.

Aus rechtlichen wie auch gleichstellungspolitischen Gründen ist eine Quotenregelung als Geschlechterquote, nicht als Frauenquote zu strukturieren und sollte auch so betitelt werden. Die relevante Formulierung muss demnach lauten „Es müssen jeweils mindestens xx Prozent Männer und Frauen in dem Gremium vertreten sein“, nicht etwa: „Es müssen mindestens xx Prozent Frauen vertreten sein.“ Diesem Muster folgen im Übrigen auch die bislang in Europa verabschiedeten Gesetze zur Einführung einer Quote in Unternehmensgremien (Norwegen, Frankreich, Spanien etc.).

Die Regelung sollte nicht nur für börsennotierte Unternehmen gelten, wie dies beim Deutschen Corporate Governance-Kodex der Fall ist. Vielmehr sollte sie an der gesellschaftsrechtlichen Mitbestimmung anknüpfen, d.h. mittelbar an der Größe der

Unternehmen, und für alle einem der verschiedenen Mitbestimmungsgesetze unterliegenden Gesellschaften gelten. Dadurch lässt sich die Regelung harmonisch in das bestehende gesellschaftsrechtliche Gefüge einbinden. Außerdem ist es sachgerecht, auch große Unternehmen im Staats- oder Stiftungsbesitz und im Besitz großer Familienverbände einzubeziehen. Die Anknüpfung an der Existenz eines mitbestimmten Aufsichtsrats führt – ebenso wie im Bereich der eigentlichen Mitbestimmung – zu einer gewissen Privilegierung von Gesellschaften in Form einer KG, da hier die Mitbestimmung erst ab einer Mitarbeiterzahl von 2.000 einsetzt. Da diese Rechtsform vor allem von mittelständischen Familienunternehmen genutzt wird, erscheint das sachgerecht.

#### **BOARD:**

*Stellt nicht die Vereinbarkeit von Familie und Job für alle Frauen (und Männer) bis runter auf die untersten Hierarchieebenen das eigentliche Problem der Beteiligung von Frauen in Führungspositionen bzw. auf dem Karriereweg dar? Inwieweit trägt eine quotale Beteiligung von Frauen in den Führungsetagen dazu bei, dieses Problem zu lösen?*

#### **Monika Schulz-Strelow:**

Die Vereinbarkeit von Familie und Karriere ist in Deutschland immer noch verbesserungswürdig. Aber sie ist nicht der Kern des Problems sondern eher ein vorgeschobenes Argument der Besitzstandswahrer in Spitzenpositionen, die möglichst keine Änderungen wollen. Es gibt genügend hoch qualifizierte, talentierte Frauen, die für eine Spitzenposition bereitstehen, aber gar nicht gefragt werden. Viele dieser qualifizierten Frauen sind kinderlos und trotzdem nicht in den Spitzenpositionen angelangt. Wir sollten nicht zulassen, die Debatte über Frauen in Führungspositionen durch die Frage der Vereinbarkeit von Familie und Karriere überlagern und damit ersticken zu lassen. Denn die Vereinbarkeit ist ebenso ein Thema,

das die Männer betrifft, und muss daher als gesamtgesellschaftliche Aufgabe angesehen werden. Wichtig ist auch die deutsche Anwesenheitskultur in diesem Kontext zu beleuchten und zu hinterfragen. Denn sie erschwert es den Frauen, die Vereinbarkeit von Karriere und Familie besser zu meistern.

#### **BOARD:**

*Manchmal hat man den Eindruck, Frau Merkel wünsche sich eine Regulierung „von oben“, soll heißen aus Brüssel, um die Diskussion in Deutschland endlich ad acta legen zu können? Führt eine isolierte deutsche Regelung eigentlich zum Ziel?*

#### **Monika Schulz-Strelow:**

Fakt ist, dass Deutschland in Bezug auf den Anteil von Frauen in Führungspositionen immer weiter zurückfällt. Das gilt in Europa, das gilt aber auch weltweit. Ich teile den Eindruck, dass sich einige Politiker eine europäische Regelung wünschen, um dann über die überbordende Bürokratie aus Brüssel lamentieren zu können. Das war in Bezug auf die Anti-Diskriminierung im Arbeitsrecht nicht anders. Und es ist auch zu erwarten, dass die Europäische Kommission handeln wird. Die zuständige Justizkommissarin Viviane Reding hat das mehrfach deutlich gemacht. Es wäre eigentlich wünschenswert, wenn Deutschland selbst das Heft des Handelns in der Hand behielte, anstatt sich von Brüssel diktieren zu lassen, wie Chancengleichheit im wichtigsten Wirtschaftsraum Europas durchgesetzt werden kann.

#### **BOARD:**

*Es tut sich aber auch schon einiges aufseiten der Unternehmen: Bayer und andere Großkonzerne fangen an, Kitas und andere Betreuungskonzepte anzubieten. Ist das nur der Anfang oder befinden wir uns nicht schon mitten im Umbruch?*

#### **Monika Schulz-Strelow:**

Was wir brauchen sind konkrete Konzepte zur Steigerung des Anteils von Frauen in Führungspositionen. Das

hat mit der betriebsinternen Kinderbetreuung allenfalls marginal etwas zu tun. Richtig ist, dass einige Konzerne, zu denen auch Bayer gehört, sich grundsätzlich Gedanken über die Steigerung von Vielfalt und gleichberechtigten Karrierechancen von Frauen und Männern machen. Wenn Frauenförderung als ein Ziel der Unternehmensstrategie angesehen und vom CEO als sein Anliegen vertreten wird, können wir von maßgeblicher Veränderung im Unternehmen ausgehen. Und das ist wichtig, um endlich von einem Umbruch sprechen zu können.

#### **BOARD:**

*Auf den Hauptversammlungen treten die Vertreterinnen des Deutschen Juristinnen-Bundes (DJB) auf und stellen dort flächendeckend ihre Fragen zum Thema Frauenquote und -förderung in den jeweiligen Unternehmen: Wie steht FidAR zu den Aktivitäten des Juristinnen-Bundes?*

#### **Monika Schulz-Strelow:**

Wir halten es für richtig, dass der DJB auf den Hauptversammlungen Fragen zur Diversity stellt und haben diese Aktion von Anfang an unterstützt. Entscheidend ist dabei, dass die Verantwortlichen entsprechend hinterfragt werden und damit das öffentliche Bewusstsein steigt, um Veränderungen in die Wege zu leiten.

#### **BOARD:**

*Verschiedene börsennotierte AGs haben bereits ihre Hausaufgaben gemacht und die Frauenquote zumindest im Aufsichtsgremium sichtbar erhöht. Oft waren es aber gestandene Frauen aus dem Ausland, die ihren Weg in die deutschen Aufsichtsräte gefunden haben. Wie sehr stört Sie das und woran kann das liegen?*

#### **Monika Schulz-Strelow:**

Erstmal begrüße ich die Entscheidungen der Unternehmen, die den Anteil von Frauen im Aufsichtsrat auf der Anteilseignerseite erhöht haben oder dieses für das laufende Jahr planen. Die bisherigen Veränderun-

gen reichen noch nicht aus, zeigen aber den richtigen Weg. Aber wenn in einem 20-köpfigen Aufsichtsrat jetzt eine Frau dazukommt, dann sind wir noch sehr weit von dem Ziel einer angemessenen Vertretung von Frauen entfernt, wie sie der Corporate Governance-Kodex vorsieht. Dass mit den Frauen auch internationale Erfahrung in die Aufsichtsräte einzieht, ist gut. Denn auch hier mangelt es in Deutschland gewaltig an Vielfalt.

### **BOARD:**

*Wo können Frauen die Zusammenarbeit im Aufsichtsrat besonders fördern? Welche „weibliche Sicht“ der Dinge fehlt heute mitunter in den Unternehmen und ihren Aufsichtsorganen? Wäre eine Finanzkrise mit mehr Frauen in verantwortlichen Positionen vielleicht zu verhindern gewesen oder unwahrscheinlicher?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Es ist müßig, darüber zu spekulieren, ob die „Lehman Sisters“ alles besser gemacht hätten. Aber ganz wichtig ist, festzuhalten, dass mehr Diversity ein zentrales Element auf dem Weg hin zu einer besseren Unternehmensführung ist. Gemischte Teams kommen zu besseren Entscheidungen, das haben zahlreiche Studien gezeigt. Und darüber hinaus sind Unternehmen, die von gemischten Teams geführt werden, häufig profitabler. Mehr Frauen in Führungspositionen sind also im ureigensten Unternehmensinteresse. In dem Maße, wie sich Unternehmen von den produktionsorientierten hin zu den wissensbasierten Konzernen entwickeln, werden Frauen mit ihren Fähigkeiten auch mehr Raum in Führungspositionen einnehmen.

### **BOARD:**

*Was ist Ihre Zielgröße. Deckt sich diese mit 30 % oder sehen Sie diesen Wert als „Mindestgröße“ an? Sollen in die Betrachtung auch die Arbeitnehmervertreter mit einbezogen werden, oder plädieren Sie für eine Quote allein in Bezug auf die Anteilseignervertreter?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

FidAR fordert einen Mindestanteil von 25 % Frauen auf Anteilseignerseite im Aufsichtsrat. Das Ziel ist die paritätische Besetzung der Aufsichtsräte. Natürlich gehören die Arbeitnehmervertreter ebenfalls mit in die Betrachtung. Wir fokussieren uns aber auf den Teil, den die Anteilseigner selbst verändern können.

### **BOARD:**

*Ist eine Quote überhaupt ein taugliches Mittel, oder ist diese nur ein notwendiger Zwischenschritt, um auf Basis eines dadurch geschaffenen neuen gesellschaftlichen Bewusstseins dann wieder die freie Entscheidung in der Perspektive zu eröffnen?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Die Bedeutung einer Quote liegt in ihrer Signalwirkung. Sobald das Quotenziel erreicht ist, verliert sie an Bedeutung. Genauso schwer, wie es heute ist, die Männerquote von 97 % zu verändern, wird es später sein, in einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat wieder zu den 97 % Männern zurückzukehren. Die österreichische Frauenministerin Gabriele Heinisch-Hosek sagt völlig richtig: „Die Quote ist zwar nicht elegant, aber wirksam.“

### **BOARD:**

*Wird in dieser Diskussion der Blick nicht zu sehr auf die großen Unternehmen verengt, die sich im DAX befinden? Innerhalb welchen Zeitraums rechnen Sie damit, dass die sicherlich dann erhebliche Anzahl an neuen weiblichen Aufsichtsratsmitgliedern bedient werden kann, wenn man die Summe aller Aktiengesellschaften berücksichtigt? Oder soll es eine Quote nur für börsennotierte Unternehmen geben, was auch schon eine erhebliche Anzahl ausmachen würde?*

### **Monika Schulz-Strelow:**

Es ist vollkommen normal, dass die großen DAX-Konzerne hier besonders im Rampenlicht stehen. Sie nehmen auch eine wichtige Vorbildfunktion ein und stehen in der Öffentlichkeit unter besonderer Beobachtung. Dies

gilt auch für nicht im DAX gelisteten Unternehmen wie die Deutsche Bahn AG. Aber wie der im Februar 2011 vorgestellte WoB-Index von FidAR aufzeigt, sind gerade die kleineren, im MDAX, SDAX und TecDAX notierten Aktiengesellschaften, erfolgreicher als die DAX30 – zumindest was den Frauenanteil in Führungspositionen betrifft. Doch ist es nicht hinnehmbar, dass von den 160 börsennotierten Unternehmen 73 Unternehmen weder eine Frau im Aufsichtsrat noch im Vorstand haben. Das Ranking macht die Namen und die Nullen transparent; sehr zum Leidwesen der Unternehmen auf den unteren Rängen. Bisher hatte man immer nur die geringe Prozentzahl von Frauen erwähnt, aber nicht die Unternehmen benannt. Der WoB-Index wird bis 2013 weiter die aktuellen Veränderungen in den Unternehmen beleuchten und zusammen werden wir mit unserem Medienpartner, dem manager magazin, die Ergebnisse veröffentlichen und kommentieren. Eine gesetzliche Quote sollte meiner Meinung nach alle Firmen ab einer bestimmten Größe umfassen, insbesondere auch öffentliche Unternehmen. Hier ist der enorme Handlungsbedarf bisher kaum öffentlich gemacht worden. Darüber hinaus ist es von zentraler Bedeutung, dass das Thema Professionalisierung des Aufsichtsrats, das leider durch die Quotendiskussionen der letzten Monate etwas in den Hintergrund gedrängt wurde, wieder in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt. Qualifizierungen für männliche wie für weibliche Aufsichtsräte und KandidatInnen werden ein Schwerpunkt der Arbeit der nächsten Jahre sein, um den zunehmend komplexeren Anforderungen der Aufgaben als Aufsichtsratsmitglied gerecht werden zu können. Neben der Erhöhung des Anteils von Frauen in Aufsichtsräten richten wir weiter unser Augenmerk auf die Qualifizierung der Gremien und suchen derzeit nach Wegen, die Umsetzung der FidAR-Akademie voranzubringen.

# Prüfung, Billigung und Feststellung von Abschlüssen: Verantwortungs- volle Aufgabe des Aufsichtsrats



WP/StB Dr. Christian Zwirner,  
Dr. Corinna Boecker, beide Dr. Kleeberg & Partner GmbH WPG StBG, München

Im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens kommt dem Aufsichtsrat eine wichtige Bedeutung zu. Bedingt durch verschiedene Bilanzskandale wurden zunächst international und dann als Ausfluss dessen auch auf nationaler

Ebene die Anforderungen an eine Aufsichtsrats-tätigkeit in dieser Hinsicht verschärft. Darüber hinaus ist auch eine zunehmende Kooperation von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zu konstatieren, die sich bspw. in der Erteilung des Prüfungsauftrags durch den Aufsichtsrat manifestiert. Die Verantwortung des Aufsichtsrats für die Unternehmenszahlen und Berichterstattung wächst – Überwachung, Prüfung und Feststellung der Rechnungslegung werden immer wichtiger.

## INHALT

- I. Unternehmensüberwachung durch den Aufsichtsrat
  1. Zentrale Aufgabenstellung
  2. Qualitätsfrage
- II. Prüfung des Abschlusses durch den Aufsichtsrat
  1. Prüfungsvorgehen
  2. Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung
- III. Billigung und Feststellung des Abschlusses durch den Aufsichtsrat
  1. Billigung und Feststellung des Einzelabschlusses
  2. Billigung des Konzernabschlusses
- IV. Fazit

## Keywords

Unternehmensüberwachung; Prüfung; Einsichtnahme; Billigung; Feststellung; Rechtsfolgen

## Normen

§ 90, § 100 Abs. 5, § 111, § 170 Abs. 1 und 2, § 171 AktG; § 245 Satz 1, § 316 Abs. 2 Satz 1 HGB

## I. Unternehmensüberwachung durch den Aufsichtsrat

### 1. Zentrale Aufgabenstellung

Die Unternehmensüberwachung durch den Aufsichtsrat gilt als ein

zentraler Bestandteil der Corporate Governance einer AG.<sup>1</sup> § 111 Abs. 1 AktG regelt die Aufgaben und Rechte eines Aufsichtsrats in Deutschland: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen“. Zur Erfüllung dieser Pflicht werden dem Aufsichtsrat umfangreiche Einsichts- und Prüfungsrechte bezüglich relevanter Bücher und Schriften der Gesellschaft ebenso wie hinsichtlich der Vermögensgegenstände und Schulden zuerkannt.<sup>2</sup> Dabei können bspw. Abschlusskennzahlen zur Unterstützung der Überwachungsfunktion herangezogen werden.<sup>3</sup> In erster Linie handelt es sich um eine vergangenheitsbezogene Kontrolle der Tätigkeiten des Vorstands.<sup>4</sup> Zusätzlich muss die Überwachung allerdings auch präventiv wirken, d.h. auf die Zukunft

ausgerichtet sein.<sup>5</sup> Der Aufsichtsrat muss also nicht nur die vergangenen Ereignisse würdigen, sondern auch gegenwärtige Maßnahmen im Blick haben und künftige Entwicklungen abschätzen.

Zentrale Aufgaben, welche ein Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit ausüben muss, sind die Prüfung, Billigung sowie Feststellung eines Abschlusses. Vor dem Hintergrund, dass in der Vergangenheit immer wieder teils schwerwiegende Fehler in der Rechnungslegung zu einer Unternehmenskrise oder gar zum Zusammenbruch eines Unternehmens geführt haben – erinnert sei bspw. an die Bilanzskandale bei Enron in den USA, Parmalat in Italien oder Comroad sowie FlowTex in Deutschland –, wurde die Bedeutung einer ordnungsmäßigen Rechnungslegung sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene stark aufgewertet. Hierbei standen immer wieder auch die Fragen nach der Verantwortung des Aufsichtsrats und nach Überwachungsmechanismen, die solche Rechnungslegungsmanipulationen hätten verhindern können, im Fokus der Diskussion. Die aktienrechtlichen

1 Vgl. Lück, Risikomanagementsystem und Überwachungssystem aus der Sicht des Aufsichtsrats, in: Lück (Hrsg.), Risikomanagement in der Unternehmenspraxis – Neue Anforderungen an die Corporate Governance und deren Umsetzung in Industrie- und Dienstleistungsunternehmen, 2003, S. 68

2 Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 823

3 Vgl. Baetge/Zülch, Abschlusskennzahlen als Instrumente zur Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates, in: Werder/Wiedmann (Hrsg.), Internationalisierung der Rechnungslegung und Corporate Governance, 2003, S. 221 ff.

4 Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 111 AktG Rn. 4

5 Vgl. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 15 Rn. 2

Regelungen der §§ 95–116 AktG, welche die gesetzlichen Vorgaben zur Aufsichtsrats-tätigkeit normieren, werden auch deswegen seit dem Jahr 2002 durch den Deutschen Corporate Governance-Kodex ergänzt. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber zuletzt mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) im Jahr 2009 die Anforderungen an die Aufsichtsrats-befähigung verschärft.

## 2. Qualitätsfrage

Um die Prüfung, Billigung und Feststellung mit der erforderlichen Qualität vornehmen zu können, muss der Aufsichtsrat – bzw. zumindest einzelne Mitglieder – über ein angemessenes Fachwissen verfügen. Zur Beurteilung der Rechnungslegung eines Unternehmens ist also entsprechender Sachverstand erforderlich. Diese Schlussfolgerung scheint offensichtlich zu sein – und war doch in der Realität nicht immer gelebte Praxis. Nur so lässt sich erklären, dass der deutsche Gesetzgeber im Zuge des BilMoG mit § 100 Abs. 5 AktG für kapitalmarktorientierte Unternehmen i.S.v. § 264d HGB besondere persönliche Anforderungen explizit per Gesetz festgeschrieben hat: Mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats muss über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen, muss mit anderen Worten ein „Financial Expert“ sein. Diese Voraussetzung gilt als erfüllt, wenn das Mitglied beruflich mit Rechnungslegung oder Abschlussprüfung zu tun hat oder hatte, wobei nicht zwingend eine Tätigkeit in einem steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Beruf vorausgesetzt wird. Vielmehr wird entsprechender Sachverstand bspw. auch bei Finanzvorständen, Mitarbeitern des Rechnungswesens und Controllings oder Betriebsräten angenommen.<sup>6</sup> Allerdings ist damit die Frage, wie künftig der Sachverstand nachzuweisen ist, noch nicht

abschließend beantwortet. Hier gilt es für die Praxis, entsprechende Wege zu finden, wobei einerseits eine adressatengerechte Informationsvermittlung („Was muss der Aufsichtsrat als Financial Expert wissen?“) und andererseits eine sachgerechte Qualitätssicherung („Wie kann eine stets aktuelle Fortbildung auf diesem Gebiet sichergestellt werden?“) Berücksichtigung finden müssen.

Die Anforderungen an den Aufsichtsrat mit Blick auf die Rechnungslegung haben in den letzten Jahren stetig zugenommen. Neben die gesetzlichen Vorgaben zur Ausgestaltung seiner Aufgaben treten hierbei immer komplexer werdende Rechnungslegungsvorschriften. Das Gesetz fordert vom Aufsichtsrat als Organ das entsprechende Know-how und stellt darüber hinaus im Einzelfall besondere Anforderungen an den Financial Expert im Aufsichtsrat.

## II. Prüfung des Abschlusses durch den Aufsichtsrat

### 1. Prüfungsvorgehen

Gemäß § 171 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat den Jahresabschluss, den Lagebericht sowie einen Gewinn-

verwendungsvorschlag zu prüfen. Im Fall eines Mutterunternehmens weitet sich diese Prüfungspflicht auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht aus. Prüfungsgegenstand sind die dem Aufsichtsrat nach § 170 Abs. 1 und 2 AktG vom Vorstand vorzulegenden relevanten Unterlagen. Dabei obliegt nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG i.V.m. § 171 AktG die Prüfung letztendlich stets dem gesamten Aufsichtsrat als Organ und kann nicht an einen Ausschuss oder ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied delegiert werden. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist somit für die Einhaltung einer ordnungsmäßigen und gesetzeskonformen Rechnungslegung verantwortlich.

Über die Einsichts- und Prüfungsrechte des § 111 Abs. 2 AktG hinaus kann und sollte sich ein Aufsichtsrat auch mit weiteren Unterlagen zur Buchführung der Gesellschaft befassen, um sich ein möglichst umfassendes Bild vom Unternehmen machen zu können. Insgesamt ist es wichtig, dass jedes Aufsichtsratsmitglied über ausreichendes Wissen zur Geschäftstätigkeit und der Branche des betreffenden Unternehmens verfügt. Dies erleichtert die Einordnung und Beurteilung der rechnungslegungsbezoge-

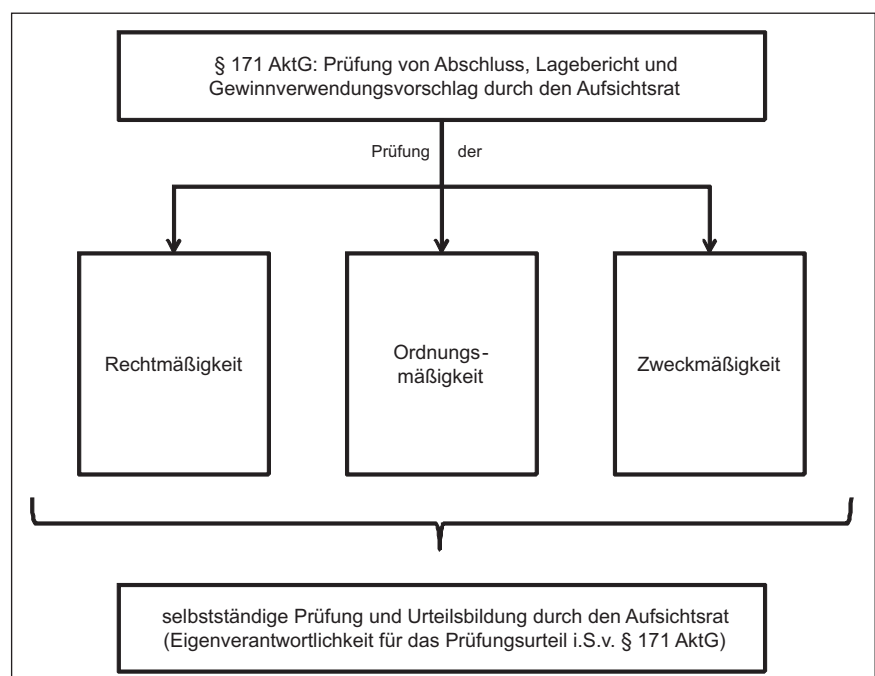


Abb. 1: Systematisierung der Prüfungsaufgabe des Aufsichtsrats

<sup>6</sup> Vgl. Boecker/Petersen/Zwirner, in: Petersen/Zwirner (Hrsg.), BilMoG, 2009, S. 620



nen Daten aus Abschluss und Lagebericht und ist in Einzelfällen sogar unabdingbar für eine zutreffende Entscheidungsfindung.

Unter der Prüfung der Rechnungslegung durch den Aufsichtsrat wird allerdings keine zweite Jahresabschlussprüfung verstanden. Vielmehr ist eine beidseitige Kooperation und Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zwingend erforderlich, um so einen effektiven und fruchtbaren Informationsaustausch zu ermöglichen. Bei der Prüfung durch den Aufsichtsrat handelt es sich dennoch um eine selbstständige Prüfung mit eigener Urteilsfindung durch das Gremium, die nicht mit einem bloßen Einverständnis zum Prüfungsurteil des Abschlussprüfers erfüllt werden kann – auch wenn es dadurch zu „ineffizienten“ Überschneidungen bei beiden Prüfungen kommt. Als Bestandteil der Prüfung der Geschäftsführung hat der Aufsichtsrat eine Prüfung der Rechnungslegung und Berichterstattung nach den Kriterien Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit vorzunehmen, für deren Ergebnis er selbst verantwortlich zeichnet (vgl. Abb. 1, S. 20). Auch in dieser Funktion handelt der Aufsichtsrat als Organ und damit gesamtverantwortlich.

Der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers stellt die Grundlage für das Verständnis des Abschlusses durch den Aufsichtsrat dar. Etwaige Unverständlichkeiten oder Ungereimtheiten sind unmittelbar zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zu besprechen. Basierend auf eigenen Erfahrungen gilt es für den Aufsichtsrat zu entscheiden, ob Bedenken gegen die Einschätzung des Prüfers bestehen. Sollte dies der Fall sein, muss das Aufsichtsgremium seinen Vermutungen weiter nachgehen, um diese zu entkräften oder zu belegen.

Darüber hinaus unterstützt auch die regelmäßige Berichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat die Prüfungstätigkeit des Aufsichtsgremiums. Gemäß § 90 AktG wird der

Aufsichtsrat über folgende Inhalte informiert:

- Der Vorstand berichtet jährlich über seine beabsichtigte Geschäftspolitik sowie andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, wobei vor allem die Finanz-, Investitions- und Personalplanung im Mittelpunkt stehen. Abweichungen zwischen der tatsächlichen Entwicklung der Gesellschaft und früher berichteten Zielen sind zu erklären und begründen.
- Der Aufsichtsrat wird über die Rentabilität der Gesellschaft – insbesondere des Eigenkapitals – informiert. Dies erfolgt regelmäßig in der Aufsichtsratsitzung, in welcher auch der Jahresabschluss besprochen wird.
- Mindestens vierteljährlich muss der Vorstand den Aufsichtsrat über den Geschäftsgang – vor allem den erzielten Umsatz – sowie über die Lage der Gesellschaft informieren.
- Schließlich muss die Berichterstattung rechtzeitig auch solche Geschäfte umfassen, die für die Rentabilität oder die Liquidität der Gesellschaft erhebliche Bedeutung entfalten können.

Sofern es sich bei der betreffenden Gesellschaft um ein Mutterunternehmen i.S.d. § 290 HGB handelt, wird dem Aufsichtsrat auch über relevante Vorgänge bei Tochterunternehmen und Gemeinschaftsunternehmen Bericht erstattet. Darüber hinaus ist der Aufsichtsratsvorsitzende bei allen sonstigen wichtigen Anlässen zu informieren.

Aus dem gesetzlich geregelten Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat resultiert eine Fülle von Informationen über das Unternehmen, welche der Aufsichtsrat in seine Beurteilung mit einfließen lassen kann und muss.

Die Recht- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung des Aufsichtsrats ist eng mit

der handelsrechtlichen Abschlussprüfung verzahnt. Sie umfasst die Beurteilung darüber, ob die vorgelegten Unterlagen den gesetzlichen Vorschriften und ggf. auch der Satzung entsprechen. Da ein Aufsichtsrat nicht zwingend über die gleichen Kenntnisse von den Bilanzierungsnormen verfügt wie der Abschlussprüfer, soll der Prüfer das Aufsichtsgremium bei dieser Tätigkeit unterstützen. Dies geschieht in der Praxis durch die im Fall eines prüfungspflichtigen Abschlusses in § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG festgelegte Teilnahmepflicht des Abschlussprüfers an den Sitzungen des Aufsichtsrats oder Prüfungsausschusses, in denen der vorgelegte Abschluss behandelt wird. Dort muss der Prüfer über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung berichten und dabei insbesondere auch auf bedeutsame Schwächen im Bereich des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess eingehen. Für den Aufsichtsrat bietet insbesondere diese Sitzung die Möglichkeit, Fragen an den Abschlussprüfer zu richten.

Beurteilungsmaßstab für die Zweckmäßigkeitsprüfung des Jahresabschlusses und der weiteren Unterlagen durch den Aufsichtsrat ist das Unternehmensinteresse, wobei hierbei auf den langfristigen Bestand sowie die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens, nicht jedoch auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung Bezug zu nehmen ist. Gegenstand der Beurteilung sind die vom Vorstand getroffenen bilanzpolitischen Entscheidungen (Ausübung von Wahlrechten sowie Bildung bzw. Auflösung stiller Reserven), welche auf den Einklang mit dem Unternehmensinteresse hin zu überprüfen sind.<sup>7</sup> Besonderes Augenmerk hat der Aufsichtsrat dabei auf die Ausschüttungs- bzw. Thesaurierungspolitik zu legen. Kritisch ist hier insbesondere die Auflösung oder Dotierung freier Gewinnrücklagen zu

<sup>7</sup> Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 111 AktG Rn. 6 ff.

hinterfragen. Die Einschätzung ihrer wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit muss dabei das Selbstfinanzierungsinteresse der Gesellschaft ebenso berücksichtigen wie das Dividendeninteresse der Anteilseigner und die von der Gesellschaft langfristig angestrebte Position am Kapitalmarkt.

Damit setzt sich die Prüfung eines Abschlusses durch den Aufsichtsrat aus zwei Komponenten zusammen: Der Beurteilung des Ergebnisses der handelsrechtlichen Jahres- bzw. Konzernabschlussprüfung sowie eigenen Prüfungsmaßnahmen des Aufsichtsrats in Form von Recht-, Ordnungs- und Zweckmäßigkeitsprüfungen. Bei letzteren sollten die gleichen Grundsätze gelten wie auch bei der Überwachung der Geschäftsführung. Dies beruht auf dem Verständnis, dass die Rechnungslegung einen wichtigen Teil der Geschäftsführung darstellt.

Der Aufsichtsrat muss, basierend auf und zusätzlich zu der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung durch den Abschlussprüfer, eigenverantwortlich eigene Prüfungshandlungen durchführen. Die Prüfungshandlungen erstrecken sich hierbei nicht allein auf den Bereich Rechnungslegung; allerdings bildet die Rechnungslegung als Unternehmenssprache die Unternehmenswelt in Zahlen ab und stellt damit einen zentralen Bereich der Prüfungshandlungen des Aufsichtsrats dar.

## 2. Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung

Über das Ergebnis seiner Prüfung ist der Aufsichtsrat gegenüber der Hauptversammlung durch § 171 Abs. 2 AktG zu einem schriftlichen Bericht verpflichtet. Die entsprechenden Informationen, d.h. der vom Aufsichtsrat beschlossene und unterzeichnete Bericht, müssen den Anteilseignern zur Verfügung gestellt werden. Außerdem hat der Vorstand den Aufsichtsratsbericht zum Handelsregister einzureichen. Der Bericht enthält u.a. das Ergebnis der Prüfung

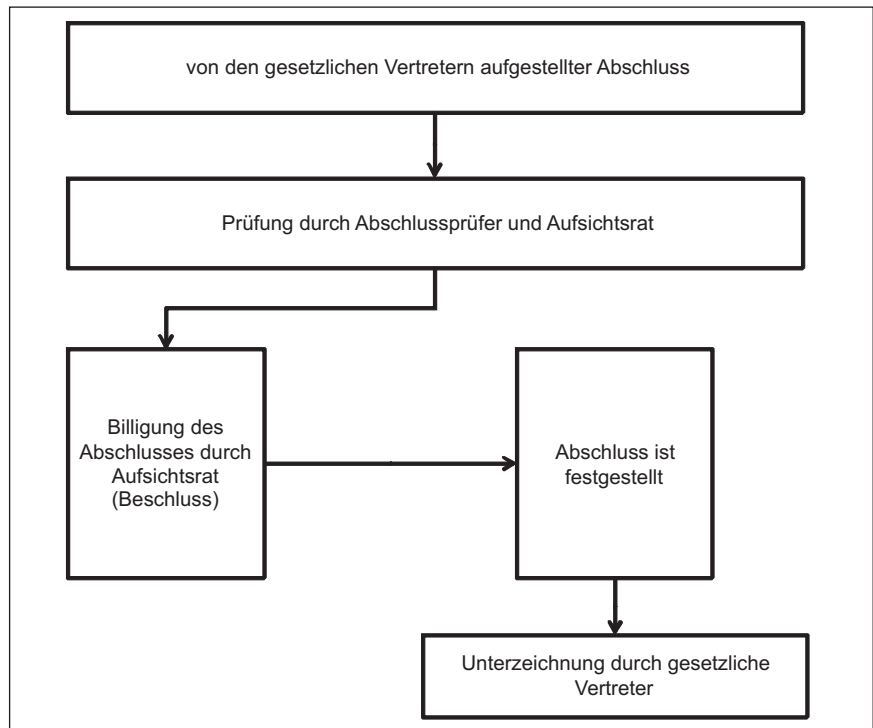


Abb. 2: Von der Aufstellung zur Feststellung eines Jahresabschlusses

durch den Aufsichtsrat. Sofern eine vom Vorstand abweichende Einschätzung zur Rechnungslegung vorgenommen wird, muss die Gegenauffassung erläutert werden, damit sich die Hauptversammlung anschließend ein eigenes Urteil bilden kann.<sup>8</sup>

## III. Billigung und Feststellung des Abschlusses durch den Aufsichtsrat

### 1. Billigung und Feststellung des Einzelabschlusses

Im Regelfall obliegen die Billigung und Feststellung eines zuvor aufgestellten und geprüften Jahresabschlusses Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>9</sup> Lediglich in Ausnahmefällen kann diese Kompetenz per Beschluss auf die Hauptversammlung übertragen werden: Vorstand und Aufsichtsrat haben bspw. beschlossen, die Feststellung der Hauptversammlung zu überlassen, oder der Aufsichtsrat hat keine Billigung des Jahresabschlusses vorgenommen.<sup>10</sup>

Grundsätzlich wird ein vom Vorstand vorgelegter Jahresabschluss also dadurch festgestellt, dass er vom Aufsichtsrat gebilligt wird (vgl. Abb. 2).<sup>11</sup> Allgemein wird unter der Feststellung damit der Akt der Anerkennung des Jahresabschlusses durch die jeweiligen gesetzlichen Vertreter, d.h. die Schaffung der Verbindlichkeit des Abschlusses, verstanden, sodass die Feststellung charakterlich als Rechtsgeschäft anzusehen ist.<sup>12</sup> Technisch gesehen erfolgt die Billigung des Abschlusses durch einen Beschluss des Aufsichtsrats als Gesamtorgan. Damit gilt der Abschluss als festgestellt. Er ist dann nach § 245 Satz 1 HGB von den gesetzlichen Vertretern zu unterzeichnen.

Die Bedeutung des Feststellungsakts zeigt sich an verschiedenen Rechtsfolgen, die in diesem Zeitpunkt eintreten: Zum einen werden alle in bilanzpolitischer Hinsicht getroffenen Entscheidungen wirksam, zum anderen ist damit die festgestellte Dotierung bzw. Auflösung von Rücklagen beschlossen. Die Entschei-

<sup>8</sup> Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 111 AktG Rn. 13

<sup>9</sup> Vgl. § 172 Satz 1 AktG

<sup>10</sup> Vgl. § 173 Abs. 1 Satz 1 AktG

<sup>11</sup> Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 172 HGB Rn. 2

<sup>12</sup> Vgl. Küting/Weber/Boecker, StuB 2004, S. 4

derung der Hauptversammlung über eine Gewinnverteilung ist darüber hinaus ebenfalls an den festgestellten Abschluss gebunden.

## 2. Billigung des Konzernabschlusses

Anders als an einen Einzelabschluss knüpfen an einen Konzernabschluss keine Rechtsfolgen an. Aus diesem Grund kann ein Konzernabschluss auch nicht festgestellt, sondern „nur“ gebilligt werden.<sup>13</sup> So legt bspw. auch § 316 Abs. 2 Satz 2 HGB fest, dass ein nicht geprüfter Konzernabschluss nicht gebilligt werden kann, wohingegen ein nicht geprüfter, aber prüfungspflichtiger Jahresabschluss nicht festgestellt werden kann. Die Billigung wird auch mit Blick auf den Konzernabschluss vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass bei der Billigung eines Konzernabschlusses wie auch bei der Feststellung des Jahresabschlusses die Anerkennung des betreffenden Konzernabschlusses durch die gesetzlichen Vertreter erfolgt.

<sup>13</sup> Vgl. Küting/Weber/Boecker, StuB 2004, S. 5

Als Kontrollorgan entscheidet letztlich der Aufsichtsrat darüber, wann und in welcher Form die Rechnungslegung des Unternehmens erfolgt. Der Aufsichtsrat muss sich bei Feststellung und Billigung der Rechnungslegungsdaten stets dieser Verantwortung bewusst sein, da er in der Kontroll-Kette (nach internen Unternehmenskontrollen und der gesetzlichen Abschlussprüfung) die letzte, entscheidende Funktion übernimmt.

## IV. Fazit

Die Position des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens wurde in den letzten Jahren deutlich aufgewertet. Dies zeigt sich bspw. am veränderten Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer. Große Verantwortung kommt dem Aufsichtsgremium insbesondere mit der eigenständigen und eigenverantwortlichen Prüfung des Abschlusses und Lageberichts zu, an die sich die Feststellung und/oder Billigung von Jahres- bzw. Konzernabschluss mit allen Rechtsfolgen anschließt.

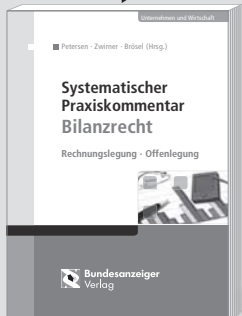
Für die Aufsichtspraxis lassen sich daraus folgende Empfehlungen ableiten:

- Aufsichtsratsmitglieder sollen über ausreichendes Fachwissen auf dem Gebiet von Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügen.
- Die Berichterstattung des Vorstands muss umfassend ausgewertet werden.
- Der Aufsichtsrat sollte von seinen Einsichtsrechten Gebrauch machen.
- Insbesondere bei derjenigen Sitzung des Aufsichtsrats, in der der gesetzliche Abschlussprüfer zugegen ist, sollte das Aufsichtsgremium diese Möglichkeit nutzen und ausführlich Fragen stellen.

Mit diesen Handlungsempfehlungen wird es dem Aufsichtsrat erleichtert, ein verlässliches und zutreffendes Urteil über die Prüfung von Abschluss und weiteren Unterlagen zu treffen. Auf dieser Basis können dann Billigung und Feststellung erfolgen.

## Anzeige

**Die sichere Orientierung im neuen Bilanzrecht!**



**ISBN 978-3-89817-707-8**  
2010, 1364 Seiten,  
Format 16,5 x 24,4 cm,  
gebunden, 98,- €  
inkl. MwSt. und Versandkosten  
(deutschlandweit)

Unternehmen und Wirtschaft


Petersen · Zwirner · Brösel (Hrsg.)

# Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht

## Rechnungslegung · Offenlegung

Der Systematische Praxiskommentar Bilanzrecht bietet Ihnen eine umfassende und zugleich kompakte Darstellung und Analyse der aktuellen HGB-Normen sowie weiterer rechnungslegungsbasierter Themenkreise. Das ganzheitliche Werk vermittelt das gesamte Praxiswissen von der Prüfung des Bestehens der Buchführungspflicht bis zur evtl. Offenlegung des Jahresabschlusses im elektronischen Bundesanzeiger. Der Kommentar berücksichtigt besonders die Erfahrungen mit dem BilMoG in der Praxis.

Die Herausgeber Karl Petersen, Dr. Christian Zwirner und Prof. Dr. Gerrit Brösel arbeiten in diesem Werk eng zusammen mit zahlreichen namhaften Autoren aus Wissenschaft und Praxis. Dadurch werden das hohe fachliche Niveau sowie Anwenderfreundlichkeit und Praxisorientierung optimal gewährleistet.



**Bundesanzeiger  
Verlag**

Recht  
vielseitig!

# Unternehmensaufsicht in Österreich



Prof. Dr. Susanne Kalss, Universitätsprofessorin an der Wirtschaftsuniversität Wien

Auch in Österreich findet eine breite Diskussion über Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten vor allem über das Rollenverständnis in Krisenphasen statt. Die Zunahme des Aufgabenspektrums und der persönlichen Verantwortung erfordern eine Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit als wesentlicher Bestandteil der Unternehmenskontrolle, wie aktuell gerichtsanhängige Fälle zeigen.

## INHALT

- I. Unternehmenslandschaft in Österreich
- II. Charakteristika des Aufsichtsrats in Österreich
- III. Corporate Governance-Kodex
- IV. Fazit

## Keywords

Unternehmensaufsicht, Aufsichtsratsmandate, Corporate Governance-Kodex, Österreich

## I. Unternehmenslandschaft in Österreich

In Österreich bestehen rund 1.846 Aktiengesellschaften, alle sind aufsichtsratspflichtig. Rund 72 Gesellschaften sind börsennotiert, 2/3 davon sind in geregelten Märkten (amtlicher Handel und geregelter Freiverkehr der Wiener Börse), der Rest ist am Dritten Markt, einem multilateralen Handelssystem, gelistet. Dem stehen etwa 120.000 GmbHs gegenüber, in rund 1.460 GmbHs ist ein Aufsichtsrat eingerichtet. Von den 16 in Österreich bestehenden europäischen Aktiengesellschaften (SE) haben fünf einen Aufsichtsrat, schließlich ist nur in 27 von 3.400 Privatstiftungen ein Aufsichtsrat eingerichtet.

Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder in den 1.878 Genossenschaften ist nicht bekannt, da die Aufsichtsratsmitglieder in Genossenschaften nicht im Firmenbuch (Handelsregister) eingetragen und ausgewiesen sind. In zehn großen Versicherungsvereinen

auf Gegenseitigkeit findet sich ebenfalls ein Aufsichtsrat und schließlich haben 29 sonstige Einrichtungen, wie Vereine oder juristische Personen des öffentlichen Rechts, einen Aufsichtsrat. Insgesamt sind 2010 18.561 Aufsichtsratsmitglieder in das Firmenbuch eingetragen, 8.946 Mandatäre sind in Aktiengesellschaften, 9.038 Mandatäre in GmbHs tätig. Der Rest verteilt sich auf die sonstigen Rechtsformen.<sup>1</sup>

Die Unternehmensaufsicht ist in einigen Rechtsformen nicht auf den Aufsichtsrat beschränkt, vielmehr übernehmen andere Organe diese Aufgabe, traditionell der Beirat, etwa in der GmbH und in Personengesellschaften. Die Einrichtung eines Beirats als maßgebliches Kontroll- und Aufsichtsorgan spielt für Privatstiftungen eine besonders wichtige Rolle.

In Österreich bestehen aktuell rund 3.400 Privatstiftungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie auch eigennützige Zwecke – insbesondere etwa zur Versorgung einer Familie – verfolgen dürfen. Über 60 % der Privatstiftungen halten Beteiligungen an einem oder mehreren Unternehmen, wovon 2/3 zu den größten privaten Unternehmen des Landes zählen. Privatstiftungen spielen somit für die Leitung von Unternehmensgruppen eine große Rolle. Die Kontrolle dieser Privatstiftungen wird regelmäßig nicht über den Aufsichtsrat, sondern über einen Beirat organisiert.

<sup>1</sup> Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010), S. 6

## II. Charakteristika des Aufsichtsrats in Österreich

Die Wirkungsmacht der Einrichtung Aufsichtsrat hängt nicht nur von der jeweiligen Rechtsform ab, sondern vor allem auch von der konkreten Ausgestaltung und dem Typ des Aufsichtsrats.<sup>2</sup> Der Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft hat die umfangreichsten Rechte und Pflichten. Das Aufgabenportfolio nimmt bei den anderen Rechtsformen tendenziell ab. Bei den Typen des Aufsichtsrats hängt es davon ab, ob es sich um ein Unternehmen mit einem oder wenigen dominierenden Gesellschaftern handelt, die allenfalls syndiziert, d.h. durch eine Stimmrechtsvereinbarung verbunden sind, ob die Eigentümer breit gestreut sind, ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder nicht und ob die öffentliche Hand, und dabei wiederum Bund, Land oder Gemeinde, beteiligt ist oder ob sich das Unternehmen in Familienhand befindet.

Je nach konkreter Eigentümerstruktur und Ausgestaltung wirkt die Tätigkeit des Aufsichtsrats. Mit geringfügigen Ausnahmen bloß beteiligungsverwaltender Holdinggesellschaften<sup>3</sup> greift in allen Aufsichtsräten die Arbeitnehmermitbestimmung. Das Arbeitsverfassungsgesetz sieht durchgängig eine Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern im Verhältnis 2:1 (drittelparitätische Mitwirkung) vor, unabhängig von der Größe des Unter-

<sup>2</sup> Dazu Peter Doralt in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 1 Rz 1 ff., S. 41 ff.

<sup>3</sup> Vgl. nur Gahleitner in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 7

nehmens oder des Aufsichtsratsgremiums und der Arbeitnehmerzahl oder der Umsatzgröße.

Die Arbeitnehmervertreter müssen dem Unternehmen angehören und passiv zum Betriebsrat wahlberechtigt sein. Sie üben ihr Amt ehrenamtlich aus, erhalten somit keine Vergütung, sondern nur Aufwandsersatz. Sonst haben sie praktisch die gleichen Rechte und Pflichten wie die Kapitalvertreter, einzig beim Abschluss des Dienstvertrages mit dem Vorstand sind sie im zuständigen Ausschuss des Aufsichtsrats nicht teilnahme- und mitwirkungsberechtigt.

Zwar bekleiden über 18.500 Personen Aufsichtsratsmandate, dennoch sind die „wesentlichen Mandate“ der großen umsatzstarken Gesellschaften auf einen Personenkreis von rund 200–400 Personen beschränkt. Angesichts der Überschaubarkeit des Marktes ist bei der Vergabe von Aufsichtsratsmandaten persönliche Bekanntheit und Zugehörigkeit zu bestimmten Netzwerken von großer Relevanz. Die Wirkungsmacht von bestehenden Netzwerken hat wegen der Konzentration der Wirtschaft auf wenige Ballungsräume und wegen der Kleinheit des Marktes insgesamt besonders hohe Bedeutung.

Aktuell findet – im Anschluss an die Finanzkrise und einigen dramatischen Unternehmenszusammenbrüchen – eine breite Diskussion über Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats statt. Vor allem seine Rolle und das Verständnis seiner Handlungsmöglichkeiten während Krisenphasen werden erörtert. Die Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats werden nicht nur in der Fachwelt, sondern zunehmend in der Wirtschafts- und Tagespresse diskutiert.

Die geradezu drastische Zunahme der Aufgaben und des rechtlichen Regimes gehen einher mit einer Zunahme von gerichtsanhängigen Fällen, die bestimmte Verhaltensweisen von Aufsichtsratsmitgliedern aufgreifen, sei es im zivilrechtlichen oder im strafrechtlichen Bereich. Erstmals sitzen Aufsichtsratsmitglieder auf der Anklagebank und werden

wegen vermögensrechtlicher Delikte (Untreue, Bilanzfälschung, Betrug) strafrechtlich verfolgt. Zunehmend sehen sich Aufsichtsratsmitglieder auch zivilrechtlichen Haftungsklagen ausgesetzt. Bislang existiert noch kein oberstgerichtliches Urteil, das ein Aufsichtsratsmitglied zivilrechtlich zur Verantwortung zieht.

Der Markt für D&O-Versicherungen ist zwar im Steigen, dennoch bewegt er sich noch in überschaubaren Dimensionen. Von namhaften Experten wird das Prämienvolumen für ganz Österreich derzeit auf 10–15 Mio. €/Jahr geschätzt. Erklärbar ist dies mit der Fokussierung auf die großen börsennotierten Gesellschaften.

Die Vergütung der österreichischen Aufsichtsratsmitglieder ist im Verhältnis zu ausländischen Aufsichtsräten, insbesondere Mandataren in deutschen und daher gut vergleichbaren Gremien, ziemlich niedrig. Der weitaus größte Teil der Aufsichtsratsmitglieder erhält maximal 10.000,- € Jahresvergütung, der weitaus überwiegende Teil maximal 25.000,- €, nur ein ganz geringer Teil der Aufsichtsräte erhält eine dem internationalen Standard vergleichbare Vergütung.<sup>4</sup>

Der typische österreichische Aufsichtsrat ist männlich, 61,5 Jahre und Österreicher. Rund 11 % aller Aufsichtsratsmitglieder sind Frauen. Die Frage der Diversität wird zunehmend angesprochen. In Österreich besteht keine gesetzliche Frauenquote, im März 2011 hat die Regierung einen Selbstbindungsbeschluss gefasst, in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung bis 2018 eine 40 %-ige Frauenquote zu etablieren. Im Corporate Governance-Bericht gem. § 243b Unternehmensgesetzbuch (UGB) muss die Gesellschaft über Maßnahmen zur Förderung von Frauen – unter anderem auch im Aufsichtsrat – berichten, woraus mittelbar eine Pflicht zur Förderung von Frauen sowohl im Aufsichtsrat als auch im Vorstand und sonstigen Führungsgremien abzuleiten ist.

<sup>4</sup> Hoffmann/Kalss/Klampfl/Maidorfer, WU-Studie Unternehmensaufsicht 2011, Aufsichtsrat aktuell 2/2011 (in Druck)

### III. Corporate Governance-Kodex

Der Corporate Governance-Kodex richtet sich nur an börsennotierte Gesellschaften, sie sind aufgrund einer privatautonomen Vereinbarung mit der Wiener Börse verpflichtet, sich im Prime Market dem Corporate Governance-Kodex zu unterwerfen. Das Unternehmensgesetzbuch verlangt die Offenlegung, ob sich eine börsennotierte Gesellschaft einem Kodex unterwirft und hat dies in einem eigenen Corporate Governance-Bericht offenzulegen. Zwar wird die Wirkungsweise des Corporate Governance-Kodex im Grundsatz anerkannt, dennoch lehnt über die Hälfte der Unternehmen die vollkommene Anwendung der Bestimmungen ab. Besonders häufig wird etwa die Offenlegung von Vorstandsbezügen oder der Cooling-Off-Period bei Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat abgelehnt. Der österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance besteht aus 25 Mitgliedern mit Repräsentanten der Interessenvertretungen, einigen Emittenten, institutionellen Anlegern und Streubesitzaktionären, sodass in der Kommission bei Erarbeitung und Fortentwicklung des freiwillig gesetzten Regelwerkes ein breiter Interessenausgleich stattfindet.

### IV. Fazit

Generell zeichnet sich in Österreich eine Aufbruchsstimmung zur Verbesserung und Professionalisierung der Aufsichtstätigkeit ab, zunehmende Sensibilität für die Notwendigkeit der Fort- und Weiterbildung und des Erfahrungsaustausches wird im Grundsatz anerkannt. Hauptberufliche Aufsichtsräte mischen sich unter traditionelle Rollenbilder. Im Sinne effizienter Unternehmensaufsicht muss die Diskussion breiter geführt werden und es darf nicht bloß der Aufsichtsrat in den Blick genommen werden. Der Aufsichtsrat muss neben dem Vorstand, dem Abschlussprüfer und externen Prüfungseinrichtungen als wesentlicher Teil der Unternehmensaufsicht gesehen werden.

# Aufsichtsratsagenda 2011 aus internationaler Perspektive



Dr. Claus Buhleier, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, CPA und Partner, Silke Splinter, Wirtschaftsprüferin, Steuerberaterin und Senior Manager, beide Center für Corporate Governance der Deloitte & Touche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Frankfurt am Main

Die Agenda von Aufsichtsräten befasst sich – grob gefasst – mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens einschließlich der Berichterstattung hierüber, Vorstandsangelegenheiten sowie Fragen der Selbstorganisation des Aufsichtsratsgremiums. Im Zuge einer zunehmenden Internationalisierung der Aufsichtsratsarbeit wie auch der Fortentwicklung von Corporate Governance-Standards gewinnt der Blick aus einer internationalen Perspektive auf jedes dieser Themenfelder an Bedeutung.

## INHALT

- I. **Selbstorganisation des Aufsichtsrats**
  - 1. **Effizienz der Aufsichtsratsarbeit**
  - 2. **Fortbildung**
  - 3. **Kommunikation mit Aktionären**
  - 4. **Effizienzprüfung**
- II. **Vorstand: Nachfolgeplanung**
- III. **Überwachung der Unternehmensführung**
  - 1. **Strategieentwicklung**
  - 2. **Nachhaltigkeit**
  - 3. **Risikomanagement**
- IV. **Fazit**

## Keywords

Aufsichtsratsagenda, Selbstorganisation, Effizienz, Nachfolgeplanung, Strategieentwicklung

## Normen

§ 76 Abs. 1, § 84, § 90 Abs. 1, § 111 Abs. 1 und 4, § 107 Abs. 3 AktG

Die Aufgaben des Aufsichtsrats bezeichnet § 111 Abs. 1 AktG in dem schlichten Satz: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen“. Diese allgemeine Formulierung stellt jeden Aufsichtsrat vor die Herausforderung, wie er dieser sehr

umfassenden Aufgabe in einer reinen Gremienarbeit gerecht werden kann. Die Erfahrung hat gezeigt, dass der wichtigste Erfolgsfaktor darin besteht, die „richtigen“ Themen in den Fokus der Aufsichtsratsarbeit zu stellen. Diese Themen werden stets eine Mischung aus dem gesetzlich vorgeschriebenen Kanon der Aufsichtsratsarbeit, z.B. der persönlichen Prüfung des Jahresabschlusses nach § 171 Abs. 1 AktG,<sup>1</sup> sowie aktuellen unternehmensspezifischen Themen sein. Auf der Basis der Tätigkeit im Deloitte Center für Corporate Governance<sup>2</sup> skizziert der vorliegende Beitrag aktuelle Themen,<sup>3</sup> die in 2011 auf den Agenden der Aufsichtsräte stehen könnten. Die tatsächliche Agenda eines bestimmten Aufsichtsrats hängt jedoch selbstverständlich stets von der konkreten Situation des zu überwachenden Unternehmens ab.

## I. Selbstorganisation des Aufsichtsrats

### 1. Effizienz der Aufsichtsratsarbeit

Dass die Anzahl und Vielfalt der Themen, die Aufsichtsräte nebenberuflich in einer begrenzten Anzahl von Sitzungen abhandeln müssen, eine effiziente Arbeitsweise verlangt, ist unmittelbar einleuchtend. Als (interdependente) Ansatzpunkte hierfür sieht die wissenschaftliche Forschung zum einen die Struktur des Aufsichtsrats und zum anderen das Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder.

Im Zentrum der Diskussionen stehen regelmäßig die strukturellen Einflussgrößen, da diese konkreter und proaktiver fassbar sind als z.B. die Schaffung einer offenen Diskussionskultur oder die Einhaltung der Sorgfalts- und Treuepflichten durch die Aufsichtsratsmitglieder. Verhaltensinduzierte Probleme werden vor diesem Hintergrund auf regulativer Ebene in vielen Fällen „nur“ ex post als Haftungstatbestände aufgefangen.

Im Hinblick auf die Struktur werden seit Jahren die „optimale Größe“ von Aufsichtsräten und die Effizienzsteigerung durch Ausschussbildung diskutiert. In Deutschland besteht hier die Besonderheit, dass die Aufsichtsräte aufgrund der Mitbestimmungsgesetze im internationalen Vergleich

<sup>1</sup> Vgl. den Beitrag von Zwirner in dieser Ausgabe sowie Buhleier/Krowas, Persönliche Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat, DB 2010, 1165 ff.

<sup>2</sup> Siehe auch <http://www.corpgov.deloitte.de>

<sup>3</sup> Die Themenbereiche Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung sowie Prüfung, Feststellung und Billigung von Jahres-/Konzernabschlüssen werden in gesonderten Beiträgen in dieser und in der nächsten Ausgabe behandelt und sind daher nicht Gegenstand dieses Beitrags.

relativ groß sind, die Effizienz-bezogenen Implikationen hieraus jedoch durch eine ebenfalls überdurchschnittliche Anzahl von Ausschüssen ausgleichen. Mit der normativen Konkretisierung der Aufgaben des Prüfungsausschusses in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG hat der Gesetzgeber hierauf im Rahmen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) reagiert. Der Deutsche Corporate Governance-Kodex (DCGK) enthält bereits in seiner Ursprungsfassung aus dem Jahr 2002 bis heute nahezu unverändert gültige Empfehlungen zur Ausschussbildung: Neben der generellen Empfehlung Ausschüsse zu bilden, um die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit zu erhöhen, konkretisiert er explizit die Tätigkeit von den beiden empfohlenen Gremien Prüfungs- und Nominierungsausschuss.

Auf nationaler wie internationaler Ebene stehen aktuell jedoch – verstärkt durch die globale Finanz- und Wirtschaftskrise – die Themen Unabhängigkeit und Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder im Fokus. Gegenstand der Diskussion ist die Frage, inwieweit es möglich (bzw. überhaupt unabdingbar) ist, Aufsichtsratsmitglieder zu finden, die über ein angemessenes Branchenwissen verfügen und gleichzeitig keinerlei geschäftliche Beziehungen mit dem Unternehmen pflegen. Wirklich unabhängige Experten lassen sich in der Praxis oft nur für das Thema „Finanzen und Rechnungslegung“ gewinnen.

Ein weiteres Struktur-bezogenes Thema, das mit der letzten Novelle Eingang in den DCGK gefunden hat, ist aktuell die Diversität in der Besetzung von Aufsichtsräten. Nach einer im Januar 2011 veröffentlichten Kienbaum-Studie sind lediglich 6 % der DAX160-Unternehmen skeptisch, ob sie der neuen Empfehlung entsprechen werden, sodass in diesem Bereich neue Akzente zu erwarten sind.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Kienbaum Corporate Governance Studie 2011, abrufbar unter [http://www.kienbaum.de/desktopdefault.aspx/tabid-501/649\\_read-9881/](http://www.kienbaum.de/desktopdefault.aspx/tabid-501/649_read-9881/) (Stand 19.04.2011)

## 2. Fortbildung

Ergänzend zur oben angesprochenen Auswahl qualifizierter Aufsichtsratsmitglieder bei Neubesetzungen ist in jüngster Zeit – entsprechend vergleichbarer Regeln im europäischen Ausland – auch die Aus- und Fortbildung der bestehenden Aufsichtsratsmitglieder in den Fokus gerückt. Ziffer 5.4.1 des DCGK betont seit der letzten Novelle des Kodex, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats ihre Aus- und Fortbildung eigenverantwortlich wahrnehmen und die Gesellschaft sie hierbei angemessen unterstützen soll.

Die Aufsichtsratspraxis zeigt verschiedene Wege hierzu, wie Seminare und Kurse, aufsichtsratspezifische Vorträge externer Experten oder Selbstlernprogramme anhand „maßgeschneiderter“ Literatur.<sup>5</sup> Zu beobachten sind auch zunehmend unternehmensspezifische Fortbildungsaktivitäten. Sowohl das Angebot als auch das Interesse an entsprechenden allgemeinen (Zertifizierungs-)Kursen hat als Reaktion auf die DCGK-Novelle spürbar zugenommen. Dessen ungeachtet können jedoch – nach Ansicht der Verfasser – derartige theoretische Lerneinheiten praktische Berufs- und Aufsichtsratserfahrungen nur ergänzen, nicht ersetzen.

## 3. Kommunikation mit Aktionären

In Deutschland ist die Kommunikation zwischen Aufsichtsräten und Aktionären in der Regel auf die jährliche ordentliche Hauptversammlung und die Berichterstattung des Aufsichtsrats im Geschäftsbericht begrenzt (§ 171 Abs. 2 AktG; ergänzende

<sup>5</sup> Beispielhaft für die einschlägige Fachliteratur sei genannt Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 5. Auflage, 2008; Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Auflage 2009; Plendl/Kompenhans/Buhleier, Der Prüfungsausschuss der Aktiengesellschaft: Praxisleitfaden für den Aufsichtsrat, 2011 oder die Informationsschriften großer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.

Regelungen im DCGK). Thematisch erweitert wurde die Interaktion durch die mit dem Gesetz über die Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) eingeführte Möglichkeit, ein unverbindliches Votum der Hauptversammlung über das System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder einzuholen (sogenanntes „Say on pay“, § 120 Abs. 4 AktG). Von dieser Möglichkeit machten in der Hauptversammlungssaison 2010 gemäß einer empirischen Erhebung nahezu alle DAX30-Unternehmen, zwei Drittel der MDAX-Unternehmen und immerhin noch 44 % bzw. 26 % der TecDAX- und SDAX-Unternehmen Gebrauch, wobei es nur in Ausnahmefällen zu einer Ablehnung des vorgeschlagenen Vergütungssystems kam.<sup>6</sup>

Tendenzen auf internationaler Ebene scheinen auf eine weitere Intensivierung der „zweiseitigen“ Kommunikation zwischen (institutionellen) Anlegern und Aufsichtsräten hinzuweisen. So hat die Canadian Coalition on Good Governance (CCGG) im September 2010 eine „Model Policy of the Board of Directors on Engagement with Shareholders on Governance“ zur Formalisierung der fortlaufenden Kommunikation zwischen Anlegern und Aufsichtsräten herausgegeben.<sup>7</sup> In Großbritannien fordert seit 2010 der „Stewardship Code“ des UK Financial Reporting Council institutionelle Anleger auf einer „comply or explain“-Basis dazu auf, ihre Abstimmungsrichtlinien und ihr beabsichtigtes Wahlverhalten zu veröffentlichen. Es bleibt abzuwarten, ob und wie diese Entwicklungen auf Deutschland übergreifen werden.

## 4. Effizienzprüfung

Die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise hat viele Unternehmen

<sup>6</sup> Vgl. Frhr. v. Falkenhausen/Kocher, Erste Erfahrungen mit dem Vergütungsvotum der Hauptversammlung, AG 2010, 623 ff.

<sup>7</sup> [http://www.ccg.ca/site/ccgg/assets/pdf/CCGG\\_Board\\_Engagement\\_Policy\\_Final\\_Formatted\\_Sept\\_2010-2-1.pdf](http://www.ccg.ca/site/ccgg/assets/pdf/CCGG_Board_Engagement_Policy_Final_Formatted_Sept_2010-2-1.pdf) (Stand 19.04.2011)

dazu veranlasst, ihre Strukturen zu überdenken und ihre Schwerpunkte neu auszurichten. Hinzu kommen regulatorische Änderungen, mit denen der Gesetzgeber auf die weltweite Rezession reagiert hat. Die aktuelle Situation eignet sich demnach besonders für die selbstkritische Frage von Aufsichtsräten, ob ihre etablierten Prozesse den Umgang mit geänderten Strukturen und Herausforderungen unterstützen oder sogar eher behindern. Die in Ziffer 5.6 des DCGK empfohlene regelmäßige Effizienzprüfung hilft Aufsichtsräten und ihren Ausschüssen dabei, diese Frage strukturiert zu beantworten und soweit erforderlich die Effektivität und Effizienz der Gremienarbeit zu verbessern.

Effizienzprüfungen können grundsätzlich durch den Aufsichtsrat selbst auf Basis standardisierter Checklisten vorgenommen werden oder – ggf. unter Einbeziehung eines externen Moderators – mit Hilfe von unternehmensindividuell angepassten Fragebögen und/oder in direkten Gesprächen. Das aktuelle Grünbuch der Europäischen Kommission „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“ geht dabei davon aus, dass der regelmäßige Rückgriff auf einen externen „Facilitator“ (z.B. jedes dritte Jahr) die Beurteilung des Aufsichtsrats verbessern könnte, indem ein objektiver Standpunkt eingenommen wird und bewährte Praktiken anderer Unternehmen geteilt werden.<sup>8</sup> In jedem Fall sollten die Ergebnisse im Gesamtaufichtsrat offen diskutiert und ggf. strukturelle oder verhaltensbezogene Verbesserungen für die zukünftige Aufsichtsratsarbeit abgeleitet werden. Die Erfahrung aus derartigen Projekten hat gezeigt, dass damit die Effizienz der Aufsichtsrats-tätigkeit durchaus erhöht werden kann und die „geprüften“ Aufsichtsräte Effizienzprüfungen als konstruktiv und positiv empfunden haben.

<sup>8</sup> Siehe Abschnitt 1.3 des Grünbuchs der EU-Kommission vom 05.04.2011 (KOM (2011) 164).

## II. Vorstand: Nachfolgeplanung

Die Vorstandsbesetzung ist ein Instrument, mit dem der Aufsichtsrat einen zwar mittelbaren, aber effektiven Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und dadurch seine „präventive Kontrollfunktion“ ausüben kann. Erfahrene Aufsichtsräte sind der Auffassung, dass mit der Auswahl des „richtigen“ Vorstands zwei Drittel der Überwachungstätigkeit erbracht ist. In direktem Zusammenhang hiermit steht das Erfordernis einer strukturierten Nachfolgeplanung. Ziffer 5.1.2 des DCGK enthält hierzu – seit der Novellierung in 2009 – die Empfehlung, dass der Aufsichtsrat gemeinsam mit dem Vorstand für eine langfristige Nachfolgeplanung sorgen soll und geht damit über die gesetzliche Pflicht hinaus, nach der die Nachfolgeplanung allein in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats fällt. Gemäß dem Kodex Report 2010 des Berlin Center of Corporate Governance befolgen 87,2 % der an der Frankfurter Wertpapierbörse gelisteten Unternehmen diese Empfehlung.<sup>9</sup> Das Bewusstsein von Aufsichtsräten für das Thema ist auf internationaler Ebene sogar noch größer.

Zur Umsetzung der Nachfolgeplanung schlägt der Directors' Alert „11 Issues for 2011“ des Deloitte Global Center for Corporate Governance einen risikobasierten Ansatz vor.<sup>10</sup> Zu betrachten sind danach das

- Vakanzrisiko, d.h. das Risiko, dass eine Führungskraft das Unternehmen verlässt
- Reaktionsrisiko, d.h. die Verfügbarkeit geeigneter interner oder externer Kandidaten
- Transaktionsrisiko, d.h. mögliche Brüche im Übergang zwischen zwei Führungskräften

<sup>9</sup> V. Werder/Talaulicar, Kodex Report 2010: Die Akzeptanz der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance-Kodex, DB 2010, S. 857.

<sup>10</sup> Abrufbar unter <http://www.deloitte.de> (Stand 27.05.2011)

- Portfoliorisiko, d.h. das Risiko, dass ein potenzieller Nachfolger nicht über die gewünschten Fähigkeiten verfügt.

Eine derartige Analyse soll den Aufsichtsrat dabei unterstützen, seine Nachfolgeplanung systematisch zu strukturieren und als fortlaufenden Prozess zu verstehen.

## III. Überwachung der Unternehmensführung

### 1. Strategieentwicklung

Das Thema Unternehmensstrategie steht – gemäß einer bislang unveröffentlichten Studie des Deloitte Global Center for Corporate Governance – sowohl in Deutschland als auch international auf Platz eins der wichtigsten Aufsichtsrats-themen. Die herrschende Meinung in Deutschland sieht die Verantwortung für die Strategiearbeit gemeinschaftlich beim Vorstand und Aufsichtsrat. Dementsprechend formuliert Ziffer 3.2 des DCGK: „Der Vorstand stimmt die strategische Ausrichtung des Unternehmens mit dem Aufsichtsrat ab und erörtert mit ihm in regelmäßigen Abständen den Stand der Strategieumsetzung.“ Gerade in diesem Bereich zeigt sich, dass das duale Führungssystem und das monistische Verwaltungsrats-system sich wegen des intensiven Zusammenwirkens von Vorstand und Aufsichtsrats in der Praxis aufeinander zubewegen.<sup>11</sup>

Ungeachtet dessen trifft die Umsetzung dieses „Zusammenwirkens“ in der Praxis zum Teil auf Schwierigkeiten, da Aufsichtsräte einen vollständig anderen Arbeitsrhythmus haben als Vorstände und die dadurch entstehenden Informationsasymmetrien nur schwer auszugleichen sind. Teilweise wird versucht, dies – entsprechend der Anregung in Ziffer 5.3.4 des DCGK – durch die Bildung von Strategieausschüssen zu kompensieren, die sich intensiver mit Strategiefragen

<sup>11</sup> So auch die Präambel des DCGK.



befassen können als das Aufsichtsratsplenum. Gemäß einer aktuellen Studie von Heidrick & Struggles verfügen 30 % der Aufsichtsräte großer börsennotierter Gesellschaften in Deutschland über einen Strategieausschuss im Vergleich zu 15 % im europäischen Durchschnitt. Darüber hinaus wird der Strategie-Review in einigen Ländern mit Teambuilding-Maßnahmen verbunden. So führen gemäß der bereits zitierten Studie von Heidrick & Struggles mehr als ein Drittel der großen börsennotierten Unternehmen in Norwegen, Frankreich und den Niederlanden einen sogenannten „strategy away day“ durch (im Vergleich zu 13 % bei den betrachteten deutschen Unternehmen).<sup>12</sup>

Unabhängig von der Operationalisierung der Überwachungstätigkeit setzt die Effektivität der Strategie-Überwachung durch den Aufsichtsrat jedoch in jedem Fall fundierte Markt-, Branchen- und Unternehmenskenntnisse der agierenden Aufsichtsratsmitglieder voraus.

## 2. Nachhaltigkeit

Gemäß der Präambel des DCGK haben Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft, für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen.

In Bezug auf die Ressourcennutzung ist Nachhaltigkeit ein Faktor, der bereits seit einigen Jahren sowohl bei den Kaufentscheidungen der Konsumenten als auch in der (europäischen) Regulierungslandschaft zu einer maßgeblichen Leitlinie geworden. In Abhängigkeit vom Geschäftsfeld des Unternehmens und seiner geogra-

fischen Betätigungsfelder sollte der Aufsichtsrat bei seiner präventiven, d.h. Strategie-bezogenen Überwachungstätigkeit das Thema Nachhaltigkeit vor diesem Hintergrund einbeziehen.

Vorreiter hierbei sind im internationalen Vergleich Länder mit ressourcenintensiven Industrien, wie z.B. Kanada, in denen Aufsichtsräte zunehmend „Sustainability Committees“ einrichten, um der fundamentalen Bedeutung des Themas angemessen Rechnung zu tragen.

## 3. Risikomanagement

Das Thema Risikomanagement steht auch nach der Finanz- und Wirtschaftskrise im Fokus vieler Aufsichtsräte und Prüfungsausschüsse. Die diesbezüglichen prozessbezogenen Überwachungsaufgaben deutscher Aufsichtsräte wurden jüngst infolge der Einfügung des § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG durch das BilMoG intensiv diskutiert. Dabei wurde herausgearbeitet, dass der Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss nicht eine primäre, sondern eine abgeleitete Überwachungsaufgabe zu erfüllen hat. Das heißt, der Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss überwacht das Risikomanagementsystem nicht selbst, sondern überzeugt sich davon, dass der Vorstand seinerseits der ihm obliegenden Pflicht zur Wirksamkeitsüberwachung nachkommt und festgestellte Schwächen angemessen behebt.<sup>13</sup>

Ferner wäre zu hinterfragen, ob die tatsächlich eingegangenen Risiken im Einklang mit der konkreten Unternehmensstrategie und im sinnvollen Verhältnis zu den erwarteten unternehmerischen Chancen stehen.

## IV. Fazit

Internationale Entwicklungen haben einen zunehmenden Einfluss, nicht nur auf die Abgrenzung der Aufsichtsratsaufgaben, sondern auch auf deren Umsetzung. Im Hinblick auf die Selbstorganisation der Aufsichtsräte zeigt sich dies insbesondere in der Struktur der Aufsichtsräte. Die Diversität in der Aufsichtsratsbesetzung ist – ohne Wertung – ein eher „internationales“ Thema, das sich seit dem ersten Erlass einer gesetzlichen Frauenquote für Aufsichtsräte in 2005 in Norwegen nicht nur in Europa, sondern auch in Nordamerika und Australien ausgebreitet hat.<sup>14</sup> Es ist zu erwarten, dass auch andere Entwicklungen mit Bezug auf die Aufsichtsratsstruktur, bspw. im Hinblick auf die Unabhängigkeit und Qualifikation der Aufsichtsräte, sowie die Form und Intensität der Interaktion zwischen Aufsichtsrat und (institutionellen) Anlegern durch internationale Entwicklungen geprägt sein werden.

Mit Bezug auf die Überwachung der Unternehmensführung steht die Unternehmensstrategie im Fokus der meisten Aufsichtsräte. Inhaltliche und organisatorische Impulse aus der internationalen Perspektive könnten sich hierbei – in Abhängigkeit von der Geschäftstätigkeit der Unternehmens – im Hinblick auf die Themen Sustainability sowie Risikomanagement ergeben.

<sup>12</sup> Vgl. Heidrick & Struggles, European Corporate Governance Report 2011: Challenging board performance, S. 26

<sup>13</sup> Siehe hierzu auch Plendl/Kompenhaus/Buhleier: Der Prüfungsausschuss der Aktiengesellschaft, S. 37 ff.

<sup>14</sup> Siehe hierzu auch die Deloitte-Studie „Women in the boardroom – a global perspective“, abrufbar unter <http://www.corpgou.deloitte.de> (Stand 19.04.2011)

# Vergütung von Aufsichtsräten



Dr. Stefan Siepelt, Rechtsanwalt und Partner bei Legerlotz Laschet Rechtsanwälte, Köln

Die vom VorstAG initiierte Neuordnung der Vorstandsbezüge hat vielfach auch zu einer Neustrukturierung der Aufsichtsratsbezüge, zumindest aber ein Nachdenken hierüber ausgelöst. Im Zuge einer zunehmenden Professionalisierung der Aufsichtsratskultur kann eine wohlüberlegte, adäquate Vergütung ein entscheidender Vorteil sein, um gut qualifizierte und geeignete Mitglieder für den Aufsichtsrat zu gewinnen.

## INHALT

- I. Höhe der Vergütung
- II. Struktur der Vergütung
  - 1. Fixvergütung
  - 2. Aufgaben- und aufwandsbezogene Vergütung
  - 3. Variable Vergütung
- III. Grundsätzliche Gefahren variabler Vergütung
- IV. Alternative Struktur variabler Komponenten
- V. Fazit

## Keywords

Aufsichtsratsvergütung; VorstAG; Hauptversammlung; Vergütungsstruktur

## Normen

§ 87 Abs. 1, § 113 Abs. 1, § 221 Abs. 4 AktG; § 64 Abs. 1 VAG n.F.; § 3 Abs. 1 Nr. 2 VersVergV

Eine Vergütung der Aufsichtsratsstätigkeit ist nach dem Aktiengesetz, das bei seiner Entstehung noch von einer rein nebenamtlichen Natur des Aufsichtsrates ausging, nicht zwingend vorgeschrieben. Wird eine Vergütung gewährt, so muss dies in der Satzung geregelt oder durch die Hauptversammlung beschlossen werden (§ 113 Abs. 1 S. 2 AktG). Durch diese Kompetenzzuweisung an die Hauptversammlung soll verhindert werden, dass der Aufsichtsrat entweder selbst über seine Vergütung bestimmt oder der Vorstand über die Vergütung seines Überwachungsorgans befinden müsste. Die Hauptversammlung ist daher berufen, eine für das einzelne Unternehmen angemessen hohe und sinnvoll strukturierte Vergütung

der Aufsichtsratsmitglieder im Wege eines Beschlusses der Hauptversammlung oder regelmäßig durch eine entsprechende Satzungsregelung festzulegen. Im Zuge einer zunehmenden Professionalisierung der Aufsichtsratskultur kann eine wohlüberlegte, adäquate Vergütung ein entscheidender Vorteil sein, um gut qualifizierte und geeignete Mitglieder für den Aufsichtsrat zu gewinnen.

## I. Höhe der Vergütung

Gemäß der einzigen gesetzlichen Vorgabe in § 113 Abs. 1 S. 3 AktG „soll [die Vergütung] in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen“. Neben der fixen Grundvergütung, erfolgsabhängigen und aufwandsbezogenen Zahlungen (Sitzungs- und Ausschussgelder) gehören auch Nebenleistungen der Gesellschaft zur Vergütung, nicht jedoch angemessene Aufwendungen, die zur Erfüllung des Aufsichtsratsamtes nötig sind.

Die Vergütung muss angemessen im Bezug auf die anvertrauten Aufgaben und die Lage der Gesellschaft sein. Ein allgemeiner Üblichkeitsvergleich entsprechend § 87 Abs. 1 S. 1 AktG für den Vorstand findet bei der Aufsichtsratsvergütung hingegen nicht statt. Ziffer 5.4.6 DCGK präzisiert weiter, dass neben der aktuellen wirtschaftlichen Lage auch der (langfristige) Erfolg des Unternehmens sowie die individuelle Verantwortung und der Tätigkeitsumfang des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds berücksichtigt werden soll.

Während durch die Entwicklungen der Finanzkrise im Jahr 2009 ein deutlicher Rückgang der durchschnittlichen Aufsichtsratsvergütung zu verzeichnen war, wurde dieser Trend 2010 vollständig umgekehrt. Der wirtschaftliche Aufschwung und eine teilweise Neustrukturierung der Vergütungssysteme zu Lasten kurzfristiger variabler Vergütungen zeitigten einen deutlichen Zuwachs der Aufsichtsratsvergütung in DAX-30-Unternehmen, womit das Vorkrisenniveau vor 2008 wieder erreicht wurde. Dieser moderate bis deutliche Anstieg wird aller Voraussicht nach auch künftig anhalten. Es stellt sich jedoch schon an dieser Stelle die Frage, ob die abgebildete Volatilität der Vergütung mit der Aufgabe unabhängiger Aufsicht sachgerecht einhergeht.

Eine höhere Vergütung bildet gestiegene Anforderungen und Aufgabenlasten sowie die damit verbundenen Haftungsrisiken ab. Das Leitbild eines Aufsichtsratsmandats als verantwortungsvolle und hohen Einsatz erfordernde Aufgabe beeinflusst damit die Vergütungsentwicklung stärker, als die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens. Ein weiterer Anstieg wird daher auch bei solchen Unternehmen zu erwarten sein, die zur Steigerung der Unabhängigkeit gleichzeitig einen Verzicht auf variable Vergütungsbestandteile für sinnvoll halten.

## II. Struktur der Vergütung

Die Professionalisierungsdebatte hat nicht nur Auswirkungen auf die Höhe, sondern auch auf die Struktur der Aufsichtsratsvergütungen. Gleichzeitig liegt hier die primäre Aufgabe der Hauptversammlung, die über eine Vergütung entweder beschließt oder sie in der Satzung festschreibt. Eine gut strukturierte Aufsichtsratsvergütung führt nicht nur zu einer der tatsächlichen Aufgabe und Verantwortung angemessenen Bezahlung, sondern hilft auch richtige Anreize zu setzen, bzw. falsche zu vermeiden. Eine auf das jeweilige Unternehmen abgestimmte Austarierung der Vergütungsstruktur ist umso nötiger, als dem deutschen Aufsichtsrat nach dem Aktiengesetz eine Doppelrolle zukommt. Er ist einerseits zentrales Überwachungsorgan der Gesellschaft (vergangenheitsbezogene Kontrolle), andererseits aber auch zur Beratung des Vorstandes über die künftige Unternehmenspolitik berechtigt und verpflichtet (zukunftsgerichtete Kontrolle).

Eine detaillierte Vorschrift hinsichtlich der Vergütungsstruktur existiert für die Aufsichtsratsvergütung nicht. Aus 5.4.6 DCGK lassen sich aber zumindest drei Komponenten unterscheiden:

Eine feste Vergütung,<sup>1</sup> die eine Grundvergütung sicherstellt und damit die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates nach Innen und Außen stärkt.

Des Weiteren eine funktions- und aufwandsbezogene Komponente,<sup>2</sup> die besondere Funktionen und Ämter innerhalb des Aufsichtsrates und damit zumindest auch die individuelle Aufgaben- und Arbeitsbelastung berücksichtigt. Hierzu gehört auch das weithin übliche Sitzungsgeld.

Schließlich eine erfolgsbezogene Vergütung,<sup>3</sup> die zumindest auch auf den langfristigen Unternehmenser-

folg bezogene Bestandteile enthalten soll. Je nach verwendeter Kennzahl und Länge des Beurteilungszeitraumes lassen sich kurzfristig (short-term incentives, STI) und langfristig (long-term incentives, LTI) erfolgsorientierte Vergütungsbestandteile unterscheiden.

Obwohl sich die jüngere Diskussion vornehmlich auf die „Managervergütung“ konzentriert, wirkt sie auch als Impuls für die Neuordnung der Aufsichtsratsbezüge. So ist es nicht verwunderlich, dass im Zuge der Umsetzung des auf den Vorstand zielenden VorStAG auch über eine Neuordnung der Aufsichtsratsvergütung nachgedacht wird.

### 1. Fixvergütung

Obwohl die Gewährung eines festen Vergütungsbestandteils in nahezu allen Gesellschaften üblich war und ist, trat dessen Bedeutung für die Gesamthöhe der Vergütung durch teilweise enorme gewinn-, bzw. erfolgsorientierte Komponenten zunehmend in den Hintergrund. Auch wenn immer noch die variablen Bezüge die Fixvergütung überwiegen findet diesbezüglich ein deutliches Umdenken statt. Die feste Vergütung wird zunehmend als Garant der Unabhängigkeit des Aufsichtsrates wahrgenommen und diese Rolle stärker betont. Hinzu kommt, dass ein hoher Anteil fester Vergütungsbestandteile sicherstellt, dass insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Zeiten nicht die Arbeitsbelastung des Aufsichtsrates stark steigt, während seine Gesamtvergütung hingegen deutlich sinkt. Aufwand und Motivation, diese in professioneller Form zu leisten, geraten also gerade in der Krise in ein Missverhältnis. Hier mögen daher die Erfahrungen der Wirtschaftskrise zu einer Aufwertung der festen, also von der Unternehmens- und Wirtschaftslage unabhängigen, Vergütung beigetragen haben. Insgesamt ist eine Renaissance der festen Vergütung zu verzeichnen, die oft zulasten der teilweise kritisch betrachteten kurzfristig erfolgsorientierten Vergütung geht.

## 2. Aufgaben- und aufwandsbezogene Vergütung

Ebenfalls deutlich aufgewertet wird vielfach die aufgaben- und aufwandsbezogene Aufsichtsratsvergütung. So steigen die Multiplikatoren der Grundvergütung für den Aufsichtsratsvorsitzenden und seine Stellvertreter insgesamt an; gleichzeitig wird zunehmend auch der Posten eines Ausschussvorsitzenden oder die bloße Mitgliedschaft in einem Ausschuss (zumeist in besonders arbeitsintensiven Ausschüssen wie dem Prüfungsausschuss) mit einer höheren Grundvergütung honoriert. Auch die vielfache Anhebung, bzw. Einführung von Sitzungsgeldern pro Aufsichtsrats- oder Ausschusssitzung spricht für eine stärkere Berücksichtigung der tatsächlichen Arbeitsbelastung bei der Vergütung insgesamt. In dieser Entwicklung schlägt sich zudem die zunehmende Professionalisierungsdebatte im Aufsichtsratsbereich nieder. Gerade an Personen in herausgehobenen Schlüsselpositionen wie dem Vorsitzenden, seinen Stellvertretern oder dem Financial Expert werden von Gesetz und Kodex erhebliche Anforderungen gestellt. Das ehemals bestehende Leitbild eines quasi Ehrenamtes ist mit der heutigen Realität von Aufsichtsräten kaum noch vereinbar. Dass diese Entwicklung sich notwendigerweise auch in der Vergütungsstruktur niederschlagen muss, ist daher nur folgerichtig.

Während gerade im Zusammenhang mit einem höherem Fixgehalt (s.o.) die Multiplikatoren für bestimmte Posten von teilweise großer Bedeutung für die Höhe der Gesamtvergütung sind, wirken sich Sitzungsgelder in den Größenordnungen von einigen Hundert Euro jedoch noch nicht stark auf die Vergütung aus, was diesem Vergütungselement jedoch strukturell immanent ist.

### 3. Variable Vergütung

Trotz der Aufwertung von Fixvergütung sowie der aufgaben- und aufwandsbezogenen Vergütungsbe-

1 Ziff. 5.4.6 Abs. 2 DCGK

2 Ziff. 5.4.6 Abs. 1 DCGK

3 Ziff. 5.4.6 Abs. 1 und 2 DCGK

standteile hat die variable (erfolgsbezogene) Vergütung immer noch vielfach den größten Einfluss auf die Summe, die letztlich auf das Konto des Aufsichtsratsmitgliedes überwiesen wird. Und trotz eines langsam einsetzenden Umdenkens überwiegen bei den erfolgsorientierten Komponenten die auf kurzfristigen Erfolg ausgelegten Vergütungskomponenten die langfristig orientierten in der Summe noch deutlich. Dabei sind in jüngerer Zeit gerade kurzfristig orientierte Vergütungskomponenten, die sich fast ausschließlich an wirtschaftlichen Kennzahlen orientieren, zunehmend in die Kritik geraten. Diese laufende Debatte bedarf umso größerer Aufmerksamkeit, als sie auch von Rechtsprechung und Legislative aktiv aufgegriffen wird. Handfeste gerichtliche oder gesetzliche Vorgaben sind damit nicht nur nicht ausgeschlossen – sie existieren teilweise bereits.

Besonders deutlich wurden die Gefahren, die mit erfolgsorientierter Aufsichtsratsvergütung einhergehen können, mit dem MobilCom Urteil im Jahr 2002. Pünktlich zur damaligen Hauptversammlungssaison urteilte der BGH, dass mit zurückerworbenen eigenen Aktien unterlegte Aktienoptionsprogramme zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern, die neben einer Fixvergütung gewährt werden, generell unzulässig sind.<sup>4</sup> Die teils kontroverse Aufmerksamkeit, die diesem Urteil zuteil wurde, entzündete sich dabei weniger an der konkret entschiedenen Frage, sondern vielmehr an den möglichen Auswirkungen auf ähnliche an den Aktienkurs anknüpfende Vergütungselemente. Nach der durch das UMAG erfolgten Änderung von § 221 Abs. 4 S. 2 AktG dürfte die Zulässigkeit zumindest von Aktienoptionen verknüpft mit der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen oder Optionsanleihen für Aufsichtsratsmitglieder ohnehin zu verneinen sein. Auch entsprechende schuldrechtliche Gestaltungen wie Wandel- und Optionsanleihen sowie

schuldrechtliche Phantom Stocks und Stock Appreciation Rights, sind vor dem Hintergrund der sehr allgemein gehaltenen Erwägungen des MobilCom-Urteils zumindest deutlich risikobehaftet und sollten daher allgemein mit großer Zurückhaltung behandelt werden.

### III. Grundsätzliche Gefahren variabler Vergütung

Die MobilCom-Entscheidung weist allerdings auch auf ein Spannungsverhältnis grundsätzlicher Art hin: beeinträchtigen variable Vergütungskomponenten unter Anknüpfung an wirtschaftliche Kennzahlen nicht grundsätzlich die unabhängige Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates? Je nach verwendeter Kennzahl hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, die Höhe seiner eigenen erfolgsbezogenen Vergütung zumindest mittelbar zu beeinflussen. Denn er prüft sowohl die Verwendung des Bilanzgewinns, als auch den Konzernabschluss und ist dabei nicht auf eine reine Rechtmäßigkeitsprüfung beschränkt. Es ist zumindest möglich, dass die Unabhängigkeit der Prüfung etwa von Beschlussvorschlägen zur Dividendenausschüttung, zur Auflösung von Rücklagen, zur Aufdeckung stiller Reserven etc. durch ein Eigeninteresse beeinträchtigt wird, wenn sich dadurch die eigene, kurzfristige variable Vergütung erhöht. Dabei ist die Gefahr umso größer, je mehr die erfolgsabhängige Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat an dieselben (wirtschaftlichen) Kennzahlen geknüpft ist. Denn umso deutlicher wird ein potenzieller Interessengleichlauf zwischen Überwacher und Überwachten.

Diese Diskussion um Vergütung und Unabhängigkeit wurde in der zitierten Entscheidung vom BGH in einem obiter dictum aufgegriffen, indem er feststellte: „*Offensichtlich hat aber der Gesetzgeber eine – der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats u.U. abträgliche [...] – Angleichung der Vergütungsinteressen von Vorstand und Aufsichtsrat mit Ausrichtung auf*

*Aktienoptionen und damit auf den Aktienkurs [...] jedenfalls bisher nicht für angebracht erachtet.*“<sup>5</sup>

Genau auf dieser Linie liegt auch eine aktuelle gesetzgeberische Entscheidung auf dem Gebiet des Versicherungs- und Finanzsektors. Mit Erlass des Gesetzes über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen (VergAnfG) vom 27.07.2010 hat der Gesetzgeber an die Vergütungssysteme von Aufsichtsräten in Versicherungen neue Anforderungen gestellt. Diese müssen nun gem. § 64 Abs. 1 VAG n.F., wie die Vergütungssysteme von Geschäftsleitern und Mitarbeitern, transparent und auf Nachhaltigkeit ausgerichtet sein. Konkretisiert wird diese Vorgabe durch § 3 Abs. 1 Nr. 2 der Versicherungsvergütungsverordnung (VersVergV) vom 06.10.2010, wonach die Vergütungsstruktur nicht der Überwachungsfunktion der Kontrolleinheiten zuwiderlaufen darf. Leider verzichtet die VersVergV auf eine weitere Konkretisierung dieser Voraussetzung. Einen Anhaltspunkt kann aber § 3 Abs. 6 der Institutsvergütungsverordnung (InstVergV), die von der BaFin am selben Tag mit der VersVergV erlassen wurde, bieten. Danach läuft ein Vergütungssystem insbesondere dann der Überwachungsfunktion zuwider, „*wenn sich die Höhe der variablen Vergütung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Kontrolleinheiten und den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der von ihnen kontrollierten Organisationseinheiten maßgeblich nach gleichlaufenden Vergütungsparametern bestimmt und die Gefahr eines Interessenkonfliktes besteht*“.

Diese jüngste gesetzgeberische Tätigkeit betrifft nur eine relativ geringe Zahl von Gesellschaften, wenn diese auch für den Finanzsektor von großer Bedeutung sind. Allerdings wird deutlich, dass sowohl der Gesetzgeber als auch der BGH die eingangs erwähnten

4 BGH AG 2004, S. 265

5 BGH AG 2004, S. 265

Bedenken zu teilen scheinen. Die bisher auf den Finanzsektor beschränkte legislative Tätigkeit könnte daher ein Menetekel künftiger Gesetzgebung sein. Dieser Eindruck wird dadurch bestärkt, dass auch auf europäischer und internationaler Ebene ähnliche Überlegungen reifen.<sup>6</sup>

#### IV. Alternative Struktur variabler Komponenten

Wie bereits dargestellt ist nicht eine erfolgsorientierte Vergütung für Aufsichtsräte problematisch – diese wird sogar vom Corporate Governance-Kodex eindeutig befürwortet. Problematisch ist hingegen ein möglicher Interessengleichlauf, wenn erfolgreiche Aufsichtsratsarbeit genauso gemessen wird wie erfolgreiche Vorstandsarbeit: über wirtschaftliche (gleichgerichtete) Kennzahlen. Dadurch wird gleich behandelt, was von den gesetzlichen Aufgaben und Anforderungen nicht gleich sein darf: Der Aufsichtsrat ist gerade nicht mit der Geschäftsführung betraut, sondern hat diese vor allem zu überwachen und kritisch zu begleiten. Statt wie einige Unternehmen auf erfolgsorientierte Vergütung ganz zu verzichten (jüngstes Beispiel ist Siemens), könnte die aktuelle Diskussion daher zum Anlass genommen werden sich die Frage zu stellen: Was macht erfolgreiche Aufsichtsratsarbeit aus? Es ist also die Arbeit und Aufgabe des Aufsichtsrats dies zu analysieren, sodann entsprechende Ziele zu definieren und in Anknüpfung daran die jeweilige Umsetzung der Zielvorgabe auch als Maßstab zur Bemessung der jeweiligen variablen Vergütung heranzuziehen.

Die erfolgsbezogene Vergütung könnte also auf solche Indikatoren gestützt werden, die den Schwerpunkt der Aufsichtsratsarbeit widerspiegeln

und nicht mit denen des Vorstandes parallel laufen. Hierzu könnten etwa die Berichts- und Informationsintensität von Seiten des Vorstands, die Begleitung eines effektiven Risikomanagements, die Abbildung von Branchen-Know-how im Aufsichtsrat, Effizienz und Struktur der Ausschusstätigkeit sowie deren Koordination und Beschlussvorbereitungen, Häufigkeit von Compliance-Verfahren oder aufsichtsrechtlichen Beanstandungen, öffentliche Wahrnehmung des Unternehmens (insb. im Bezug auf soziale Verantwortung, Umweltschutz, Nachhaltigkeit etc.), Korruptions-Indizes sowie Auszeichnungen für gute Corporate Governance, Transparenz oder Aktionärsfreundlichkeit zählen. Die genaue Zusammensetzung der Kriterien hängt dabei stark vom einzelnen Unternehmen ab und sollte in enger Abstimmung mit externen Experten und dem Aufsichtsrat, den eine Pflicht zur Eigen-Zielsetzung<sup>7</sup> bereits jetzt trifft, erarbeitet und von der Hauptversammlung beschlossen werden. Die Erreichung der so formulierten Ziele könnte im Aufsichtsrat in Anlehnung an die bereits existierende Empfehlung nach Ziffer 5.6 DCGK durch eine Performance-Evaluation kontinuierlich überprüft werden, mit Folgen für die variable Vergütung jedoch dann unter Hinzuziehung eines unabhängigen Dritten.

Eine dergestalt strukturierte Aufsichtsratsvergütung hätte mehrere Vorteile: sie würde sowohl sämtliche Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit des Aufsichtsrates ausräumen und damit auch künftige legislative und regulatorische Entwicklungen in dieser Richtung antizipieren. Gleichzeitig würden dadurch auch die Vorgaben des DCGK erfüllt. Denn anders als Ziffer 4.2.3 Abs. 3 DCGK betreffend die Vorstandsvergütung verzichtet Ziffer 5.4.6 DCGK ausdrücklich auf die Nennung „kennzahlenbasierte[r] Vergütungselemente“ für die Aufsichtsratsvergütung. Der Weg ist

damit (bewusst?) frei für eine aufsichtsratspezifische Erfolgsmessung, welche Konsequenz aus und Spiegel des Postulats der Professionalisierung im Aufsichtsrat wäre.

#### V. Fazit

Tendenziell wird insbesondere die Fixvergütung künftig einen deutlich größeren Anteil an der Gesamtvergütung ausmachen. Damit einhergehend wird auch die individuelle Aufgaben- und Arbeitsbelastung stärker berücksichtigt werden. Hier bieten sich etwa Multiplikatoren für besondere Positionen (Vorsitz/Ausschussmitgliedschaft) und spürbare Sitzungsgelder an. Im Gegenzug steht zu erwarten, dass die erfolgsbezogene, variable Vergütung – insbesondere an kurzfristig ausgerichteten Unternehmenskennzahlen orientierte short-term incentives – einen weitaus geringeren Anteil der Aufsichtsratsvergütung ausmachen werden und auch einer zunehmend kritischen Betrachtung unterliegen.

Dieser Trend in Bezug auf erfolgsorientierte Vergütungsbestandteile hat bereits erste Reaktionen der Rechtsprechung und Gesetzgebung provoziert. Bereits die heutige und voraussichtlich auch zukünftige Rechtslage bietet aber genügend Spielräume für die Entwicklung von variablen Vergütungskomponenten und Messgrößen, die den Schwerpunkt auf die Besonderheiten der Aufsichtsratsarbeit legen und nicht mit den Zielen des Vorstandes parallel laufen und so einen unerwünschten Interessengleichlauf vermeiden. Diese Freiräume müssen von Beratern, Aufsichtsratsmitgliedern und Aktionären gleichermaßen kreativ im Sinne des Unternehmens genutzt werden. Geeignete aufsichtsratspezifische Erfolgskriterien zu entwickeln und einzuführen ist damit Aufgabe und Herausforderung einer modernen Aufsichtsratsvergütung.

<sup>6</sup> Empfehlungen der EU-Kommission vom 15.02.2005, 2005/162/EG, Amtsblatt L 52 S. 51, Anhang II unter 1c) und vom International Corporate Governance Network (ICGN), ICGN Remuneration Guidelines 2010 Ziffer 2.4, S. 12.

<sup>7</sup> Bisher für seine Zusammensetzung; Ziff. 5.4.1 Abs. 2

# DSW-Aufsichtsrats-Vergütungskompass 2011



Marc Tüngler, Rechtsanwalt und Bundesgeschäftsführer der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW),  
Michel Gerbig, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW) hat einen „Snapshot“ gemacht und die aktuelle Position von Aufsichtsräten im DAX30 analysiert. Hier nun ein erster Blick in die harten Zahlen und Fakten rund um den Aufsichtsrat und dessen Vergütung. Die gesamte Studie der DSW wird im September 2011 veröffentlicht.

Trial and error and try again. So könnte man die Suche vieler deutscher Unternehmen nach der richtigen Vergütungsstruktur für ihren Aufsichtsrat in den letzten fünf Jahren umschreiben.

Einen Status Quo der aktuell diskutierten Komponenten und Möglichkeiten hat Herr Rechtsanwalt Dr. Stefan Siepelt auf den voranstehenden Seiten anschaulich dargestellt. Sein Fazit: „Eine funktions- und nicht wie bisher erfolgsbezogene Besoldung ist der Königsweg für Aufseher, wenn es nicht gelingt, aufsichtsratspezifische Erfolgsparameter zu definieren.“

Doch wie gut hält diese theoretische Maxime dem Praxistext stand? Und mehr noch: Wie steht es wirklich um Deutschlands Unternehmenskontrollreure?

In den Aufsichtsräten der 30 DAX-Unternehmen sitzen derzeit 496 Mandatsträger – 251 für die Anteilseigner und 245 Arbeitnehmervertreter. Für eine zweckmäßige Wahrnehmung dieser betrieblich und gesellschaftlich relevanten Funktion, muss sowohl die personelle als auch die monetäre Unabhängigkeit dieses Gremiums jederzeit gewährleistet sein. Zwar normiert das Aktiengesetz die Unabhängigkeit und die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats eindeutig, dennoch sollten Multiaufsichtsräte und die Vergütungsstrukturen nach einer möglichen Befangenheit in der Entscheidungsfindung untersucht werden.

## I. Die Deutschland AG ist tot – lang lebe die Deutschland AG

Vor einem Blick auf die gängigen Vergütungskonzepte in Zahlen soll zunächst ein prüfender Blick auf die personellen Verflechtungen in und zwischen den Aufsichtsgremien gerichtet werden. Insbesondere geht es dabei um die personelle Verflechtung und ihre Entwicklung auf der Zeitachse.

Das Diagramm in Abb. 1 gibt Auskunft darüber, wie stark sich die Kontrollfunktion der Aufsichtsräte im DAX in den vergangenen Jahren auf der Kapitaleseite tendenziell immer stärker auf einen kleinen Personenkreis konzentriert hat. Folgende Lesart drängt sich dabei auf: Schaut man auf das Jahr 2010, bedeuten die 14,4 % des blauen Balkens, dass die 10 Aufsichts-

räte mit den meisten persönlichen Mandaten, 14,4 % aller Aufsichtsratsposten im DAX inne hatten. Blickt man auf den mittleren, roten Balken, ist dies eine Erweiterung der gleichen Überlegung auf einen vergrößerten Personenkreis. In diesem Fall, vereinigten 15 Aufsichtsräte 20 % aller 251 kapitalseitigen Aufsichtsratsplätze auf sich. Und so hatten im vergangenen Geschäftsjahr 20 Kontrolleure fast ein Viertel aller Kontrollposten und damit rund 80 Mandate in den wichtigsten Unternehmen Deutschlands inne. Diese Konzentration ist in den vergangenen Jahren leicht rückläufig gewesen: 2007 und 2008 waren es noch 30 %, die von den Top-20-Räten besetzt waren. Eine starke Machtbündelung herrscht somit weiterhin vor. Allerdings lässt diese eher auf einen Trend hin zum Berufsaufsichtsrat deuten, was durchaus gewünscht

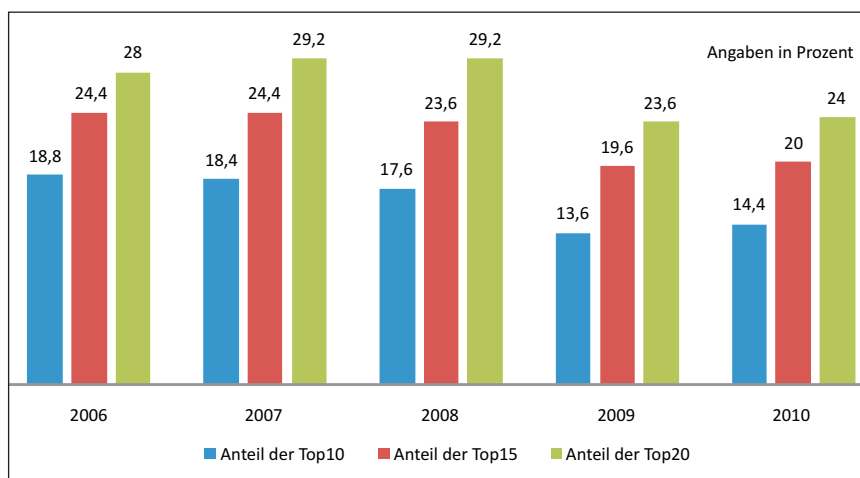


Abb. 1: Anteil der Aufsichtsratsposten im DAX30, die von den Anteilseignervertreter mit den meisten Mandaten gehalten werden, für drei Gruppengrößen

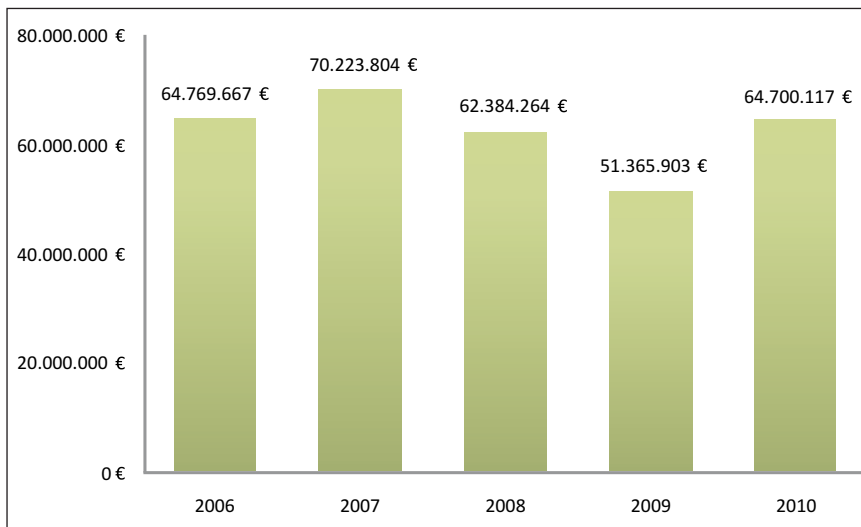


Abb. 2: Auszahlungen der Jahre 2006–2010 und Veränderungen im Vergleich zum Vorjahr

und einer Professionalisierung sicher zuträglich ist.

## II. Vergütungsniveau im DAX

Als Einstieg in unsere Untersuchung der Aufsichtsratsvergütungsstrukturen wenden wir uns zunächst dem Vergütungsniveau im DAX zu. Im Geschäftsjahr 2010 wurden insgesamt rund 65 Mio. € an die DAX-Kontrollleure ausgezahlt. Verglichen mit 2009 bedeutete dies einen Anstieg von mehr als 25 %. Die Gesamtvergütung aller Aufsichtsräte überstieg wieder die Zahlungen der Jahre 2008 und 2009, die im Zeichen der Finanzkrise standen.

Die Studie der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz liefert darüber hinaus einen Überblick über den Verdienst der einzelnen Aufsichtsratstypen. Sie spiegeln die Verantwortlichkeiten der verschiedenen Positionen im Gremium wider. Die Aufsichtsratsvorsitzenden bekamen durchschnittlich 256 Tsd. €, ihre Stellvertreter erhielten fast 180 Tsd. €, die Aufsichtsräte mit mindestens einem Sitz in einem Ausschuss knapp 134 Tsd. € und die ordentlichen Aufsichtsräte erhielten eine durchschnittliche Vergütung von 81 Tsd. €.

Bis Mitte 2007 waren die Aufsichtsratsgehälter, die sich zumeist an Leis-

tungskriterien orientierten, durch die allgemein gute Konjunktur vom stetigen Wachstum gezeichnet. Dies führte dazu, dass viele Unternehmen, die offenbar vom Ausufern ihrer Aufsichtsratsgehälter überrascht wurden, die erste Systemkorrektur vornahmen und eine Deckelung der Vergütung in ihren Satzungen verabschiedeten.

## III. Instrumente der Aufsichtsratsvergütung

Die Vergütungsstruktur eines Aufsichtsrates im DAX besteht in der Regel aus sechs Bestandteilen. Die konkrete Ausgestaltung der Aufsichtsratsvergütung variiert hierbei von Unternehmen zu Unternehmen, lassen sich aber dennoch unter den folgenden Komponenten subsumie-

ren. Der erste Bestandteil ist das „Grundgehalt“, das fix und unabhängig vom Unternehmenserfolg an die Aufsichtsräte gezahlt wird. Zweitens aus einer „kurzen variablen Vergütung“, besser bekannt als Bonuszahlungen – sie orientiert sich am Geschäftserfolg des jeweiligen Geschäftsjahres. Drittens können Aufsichtsräte eine „langfristige variable Vergütung“ erhalten, deren Bemessung sich am langfristigen Erfolg des Unternehmens orientiert.

Zusätzliche Positionen im Aufsichtsrat, wie die Mitgliedschaft oder der Vorsitz eines Ausschusses, können wegen der erhöhten Verantwortung zusätzlich mit einer „Ausschussvergütung“ honoriert werden. Darüber hinaus wird zumeist die Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen mit dem sogenannten „Sitzungsgeld“ vergütet. Als „Sonstiges“ bezeichnet man eine mögliche sechste Komponente der Bezüge. Hierunter fallen beispielsweise Zahlungen für weitere Aufsichtsratsmandate innerhalb des Konzerns oder Honorare für Beratungsleistungen.

In Abb. 3 werden die gesamten Aufsichtsratsvergütungen im DAX für die Jahre 2006–2010 auf die sechs Gehaltskomponenten aufgeteilt und ihrer Höhe nach beziffert. Konzentriert man sich dabei auf die Jahre 2009 und 2010 wird schnell deutlich, dass die Gehaltssteigerung bei den Aufsichtsräten hauptsächlich auf

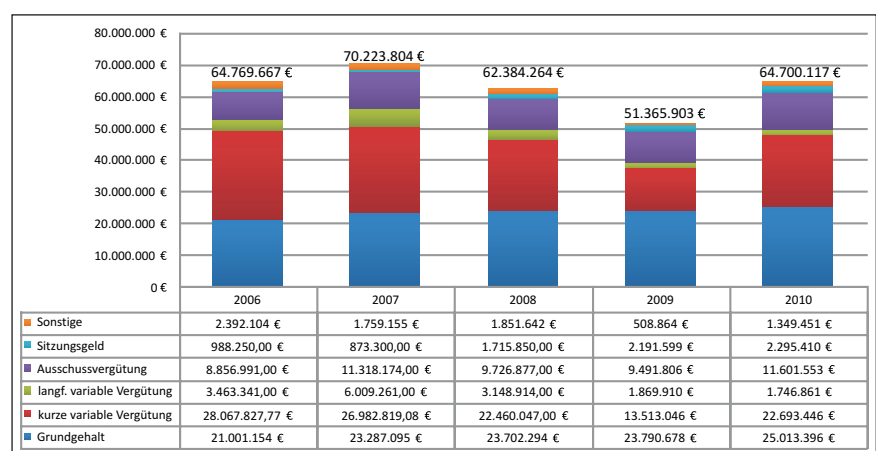


Abb. 3: Gesamte Aufsichtsratsvergütung im DAX aufgeteilt in ihre Komponenten für die Jahre 2006–2010

die „kurzfristige variable Vergütung“ zurückzuführen ist. Diese stieg von 13,5 Mio. € auf knapp 22,7 Mio. € was eine Steigerung von fast 70 % bedeutete.

## IV. Kernelement Bonuszahlungen

Die „kurzfristige variable Vergütung“ hat eine besondere Bedeutung für die Unternehmen, denn über diese Komponente werden Leistungsanreize gesetzt. Ob dies allerdings ein richtiges Element für den Aufsichtsrat

ist, soll an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

Als durchaus problembehaftet an diesem Vorgehen erweist sich die Auswahl der richtigen Kennzahl, die nicht nur den unternehmerischen Erfolg widerspiegelt, sondern auch der Leistung des Aufsichtsrats zurechenbar sein soll. Praktisch steht den Unternehmen eine Vielzahl von Benchmarks zur Auswahl, die als Basis für die Berechnung der „kurzfristigen variablen Vergütung“ herangezogen werden können. Häufig verwendete Kennzahlen sind bspw. der EBIT (Ear-

nings before Interest and Taxes), EPS (Earnings per Share) oder die ausgeschüttete Dividende.

Damit es überhaupt zu Bonuszahlungen kommt, müssen diese Kennzahlen oftmals einen gewissen Schwellenwert überschreiten, dieser gibt den Unternehmen einen Spielraum für die Intensivierung der Leistungssetzung. Besonders die Dividende wird von der DSW seit langem als ungeeignete Bemessungsgrundlage kritisiert. Die Ausschüttungen werden nämlich vom Aufsichtsrat gemeinsam mit dem Vorstand vorgeschlagen. Dies führt

Unternehmen	Grund-Gehalt (€)	kurzf.var. Verg. (€)	langf.var. Verg. (€)	Ausschuss-geld (€)	Sitzungs-Geld (€)	Sonstiges (€)	Gesamt 2010 (€)
Adidas AG	640.000			280.000			920.000
Allianz SE	700.000	336.000		394.000		33.000	1.463.000
BASF SE	875.000	1.750.000		187.500		27.800	2.840.300
Bayer AG	1.380.000	690.000		223.000			2.293.000
Beiersdorf AG	362.500	957.000		70.000			1.389.500
BMW AG	1.430.301	1.493.235			184.000		3.107.536
Commerzbank AG	920.000			320.000	322.500		1.562.500
Daimler AG	2.198.510			285.689	189.200		2.673.399
Deutsche Bank AG	1.410.000			780.000	263.000		2.453.000
Deutsche Börse AG	936.000	288.000		595.900			1.819.900
Deutsche Lufthansa AG	1.116.800	1.174.900		316.900	82.000		2.690.600
Deutsche Post AG	645.500			285.000	167.000		1.097.500
Deutsche Telekom AG	649.500		334.541	736.050	223.000	30.966	1.974.057
E.ON AG	1.255.833	1.155.367	939.820	847.870	242.860	419.758	4.861.508
FMC AG & Co. KGaA	304.650			163.030			467.680
Fresenius SE	183.000	1.499.000		100.000			1.782.000
HeidelbergCement AG	555.400			155.030		105.000	815.430
Henkel AG & Co. KGaA*	539.795	539.795		1.129.590			2.209.180
Infineon AG	333.332			133.332			466.664
K+S AG	962.500	341.250		45.000	59.500		1.408.250
Linde SE	750.000	1.136.250		185.750	33.000		2.105.000
MAN SE	630.000	1.260.000		245.000	48.000	68.000	2.251.000
Merck KGaA	122.500	405.020					527.520
Metro AG	813.750	705.870		228.760		135.939	1.884.319
Münchener Rück AG	1.081.644	86.531		464.000		207.135	1.839.310
RWE AG	917.000	1.762.000		755.000		243.000	3.677.000
SAP AG	870.000	1.680.000		325.100			2.875.100
Siemens AG	1.141.666	1.203.999	472.500	999.805	226.000		4.043.970
Thyssen Krupp AG	1.147.857	262.050		283.074	81.500	78.853	1.853.334
Volkswagen AG	140.358	3.967.179		1.067.173	173.850		5.348.560
Gesamtergebnis	25.013.396	22.693.446	1.746.861	11.601.553	2.295.410	1.349.451	64.700.117
Anteil	38,66%	35,07%	2,70%	17,93%	3,55%	2,09%	100,00%

\* Gesellschafterausschuss

Bild 4: Vergütungspakete der Aufsichtsräte in den DAX-Unternehmen



dazu, dass der Aufsichtsrat teilweise sein eigenes Gehalt bestimmt. Man sollte die Frage stellen, ob ein Aufsichtsrat durch diese Praxis seiner Kontrollfunktion unbefangenen nachgehen kann. Derzeit weisen immer noch acht DAX-Konzerne in ihren Satzungen eine solche Koppelung zwischen Aufsichtsratsvergütung und Dividende aus.

Wie die Auswahl der richtigen Kennzahlen, kann auch die Kurzfristigkeit der erzeugten Entscheidungen auf den Unternehmenserfolg negative Effekte haben, falls diese nicht substantiell und nachhaltig sind. Deshalb ist ein Anteil der „kurzfristigen variablen Vergütung“ von durchschnittlich 35 % am Gesamteinkommen eines Aufsichtsrats als eher kritisch einzuschätzen (siehe Abb. 4, S. 36). Vor allem wenn man sie dem Anteil der „langfristigen variablen Vergü-

tung“ von vergleichsweise geringen durchschnittlichen 3 % im Jahr 2010 gegenüberstellt. Auch wenn allgemein die Tendenz der erfolgsabhängigen Anreizsetzung rückläufig ist, vergüten derzeit 21 DAX-Konzerne ihre Aufsichtsräte über einen kurzfristigen Mechanismus, während nur neun Konzerne versuchen auf langfristig orientierte Anreize zu setzen.

Wie vom Gesetzgeber gewollt, ist der Aufgabenbereich des Aufsichtsrats prinzipiell auf die Kontrolle und Beratung der Vorstände beschränkt. Deshalb bleibt der Einfluss auf das unmittelbare, operative Geschäft eher gering. Umso unerklärlicher ist deshalb ebenfalls das Missverhältnis zwischen dem gezahlten „Grundgehalt“ und der leistungsorientierten Vergütung bei vielen Unternehmen, angesichts seiner Aufgabe.

## V. Fazit

Wirklich Bewegung in den Vergütungsmodellen der Aufsichtsräte wird erst dann zu verzeichnen sein, wenn sich die Kodex-Kommission endlich dazu entscheidet, auch der allein fixen Vergütung für den Aufsichtsrat ihren Segen zu erteilen und den Kodex um diese Variante entsprechend zu erweitern. Bis dahin gilt es weiterhin darauf zu achten, die Anreizmechanismen von Vorstand und Aufsichtsrat so zu gestalten, dass sie den unterschiedlichen Aufgabenbereichen auch tatsächlich gerecht werden. Daran gilt es aktuell noch oftmals zu zweifeln.

Die vollständige Studie der DSW wird im September 2011 veröffentlicht und ist unter [marc.tuengler@dsw-info.de](mailto:marc.tuengler@dsw-info.de) erhältlich.

# Lexikon

## Vergütung (Vorstand)

Dr. Maximilian Friedrich, LL.M. –  
Lehrstuhl Prof. Dauner-Lieb

Die Festsetzung der Vergütung des Vorstandes ist eine der Aufgaben des Aufsichtsrates, die eng mit der Bestellung und Anstellung von Vorständen verbunden ist. Mit der Mannesmann-Entscheidung und dem VorstOG von 2005 sowie dem VorstAG von 2009 ist die Vergütung zu einem Gegenstand geworden, der stark von rechtlichen Rahmenbedingungen beeinflusst wird. Der Aufsichtsrat ist gehalten eine angemessene Vergütung festzusetzen, die Bezüge müssen insbesondere in der börsennotierten Gesellschaft einem bestimmten Anreizprofil entsprechen. Zudem bestehen umfassende Publizitätspflichten.

Dass die Vergütung des Vorstandes in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt, ist vor allen Dingen dem Streben nach effizienten Entscheidungsstrukturen geschuldet. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Beschäftigung aller Aktionäre mit dieser Frage unökonomisch ist. Setzt man die Vergütung zu den sonstigen Geschäftszahlen ins Verhältnis, erscheint eine Beschäftigung jedes einzelnen Aktionärs als nicht sinnvoll. Zudem spielen Geheimhaltungsinteressen, Komplexität der Vergütung und der Zusammenhang mit der Personalgewinnung eine Rolle. Die vollständige Übertragung der Entscheidung auf den Aufsichtsrat weckt jedoch gleichzeitig die Sorge des Gesetzgebers, der Aufsichtsrat könne wegen mangelnder Distanz zum Vorstand überhöhte Bezüge oder qualitativ schlechte Vergütungskonzepte festlegen. Deswegen greift der

Gesetzgeber an vielen Stellen regulierend ein.

Die Zuständigkeit für die Vorstandsvergütung liegt beim Aufsichtsrat als Kollegialorgan. Die Delegation auf einen Ausschuss ist gesetzlich ausgeschlossen (sog. „Plenarvorbehalt“). Vorbereitende Tätigkeit der Ausschüsse ist gleichwohl möglich.

Die zentrale Norm zur **Begrenzung von Vorstandsbezügen** ist § 87 Abs.1 AktG. Dieser betrifft nahezu die Gesamtheit der Leistungen, die einem Vorstandsmitglied aufgrund seiner Anstellung zufließen. Einzige praxisrelevante Ausnahme ist die Abfindung, die gewährt wird, um schon vereinbarte Bezüge des scheidenden Vorstandes abzugelten. Das Aktiengesetz kennt schon seit 1937 das Gebot, dass der Aufsichtsrat nur eine angemessene Vergütung festsetzen darf. Dabei geht es nicht darum,

dass es einen errechenbaren richtigen Preis gäbe. Vielmehr stellt § 87 Abs.1 Satz 1 AktG klar, dass eine offensichtlich unangemessene Vergütung eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates darstellt und dessen Haftung auslöst. Wichtige Bezugspunkte der Angemessenheit sind Aufgaben und Leistung des Vorstandsmitgliedes, Lage der Gesellschaft sowie die sogenannte **übliche Vergütung**, die nicht ohne besondere Gründe überschritten werden darf. Diesem letzten Punkt kommt höchste Wichtigkeit zu. Die Bezüge in ähnlichen Unternehmen am Markt sind die einzig wirklich quantifizierbare Messgröße für die Einschätzung der Angemessenheit. Es empfiehlt sich, vom marktüblichen Preis auszugehen und dann anhand der sonstigen Kriterien Abweichungen zu begründen.

Seit 2009 (VorstAG) muss die Vergütungsstruktur in börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein. Zentral hierfür ist die mehrjährige Ausgestaltung der Parameter variabler Vergütungsbestandteile. Es soll verhindert werden, dass Vorstände kurzfristig sehr hohe Risiken eingehen, um mit ihren Boni Kasse zu machen, ohne dabei an das langfristige Unternehmenswohl zu denken. Das Kriterium ist jedenfalls erfüllt, wenn die variablen Vergütungsbestandteile auf Parametern beruhen, deren Kennzahlen über vier Jahre hinweg beobachtet werden. In der Praxis ist eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten zu beobachten. Sperrkonten, Bonusbankmodelle oder die Gewährung von Aktien mit entsprechenden Haltefristen sind die wichtigsten Modelle. In der Praxis werden vielfach Vergütungsberater mit einbezogen, um diesen Anforderungen zu genügen. Dies ist zwar nicht zwingend erforderlich wird aber als Möglichkeit zur Haftungsbegrenzung gesehen. Zentral für die Haftung der Aufsichtsräte dürfte vor allem die Dokumentation der Erwägungen

über die Vergütung eines jeden Vorstandsmitgliedes sein.

§ 87 Abs. 2 AktG sieht die Möglichkeit des Aufsichtsrates vor, die Vorstandsvergütung nachträglich herabzusetzen. Die Norm gibt dem Aufsichtsrat jedoch nicht das Recht eine irrtümlich zu hoch festgesetzte Vergütung zu korrigieren. Das Herabsetzungsrecht ist lediglich eine Möglichkeit, um auf eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft zu reagieren, wenn dies zu einer unbilligen Bezugshöhe führt. Seit dem VorstAG ist dem Aufsichtsrat jedoch, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, eine vollständige Revision der Bezüge möglich. Bei der Norm handelt es sich um eine Soll-Bestimmung. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat bei Vorliegen der Voraussetzungen grundsätzlich zur Herabsetzung verpflichtet ist, es sei denn, es bestehen Gründe von der Herabsetzung abzusehen. Wichtigster Grund ist hierbei die Gefahr, aufgrund der Herabsetzung einen zentralen Leistungsträger zu verlieren. Nach fast einhelliger Auffassung der rechtswissenschaftlichen Literatur bleibt § 87 Abs. 2 AktG trotz der Vereinfachungen durch das VorstAG eine absolute Ausnahmeregel vom Grundsatz der Vertragstreue.

Das Aktiengesetz ordnet ausdrücklich die Haftung des Vorstandes für eine unangemessene Vergütung an. Der Aufsichtsrat genießt nach ganz herrschender Meinung das Haftungsprivileg der **business judgement rule**. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat auf Grundlage angemessener Information eine Entscheidung treffen muss, die ihm unter Abwägung aller Aspekte zum Zeitpunkt der Entscheidung als im Interesse der Gesellschaft geboten erscheint. Dass sich die Vergütung nachträglich nicht als angemessen herausstellt, kann dem Aufsichtsrat nicht angelastet werden. Der Abwägungsprozess sollte zum Ausschluss der Haftung möglichst nachvollziehbar dokumentiert werden.

Neben der Haftung auf Schadensersatz stellt sich seit der Entscheidung Mannesmann des BGH von 2005 auch das Problem der strafrechtlichen Relevanz von Vergütungszusagen. Verkürzt kann die Entscheidung auf den Nenner gebracht werden, dass eine strafrechtliche Untreue dann vorliegt, wenn Bezüge gewährt werden, auf die kein Anspruch des Vorstandsmitglieds besteht und die auch nicht geeignet sind, eine Anreizwirkung für die Zukunft zu setzen. Heute sehen die meisten Anstellungsverträge eine Anspruchsgrundlage für eine Anerkennungsprämie im Ermessen des Aufsichtsrates vor. Die dadurch entstandene Sicherheit vor dem Strafrichter sollte aber nicht überbewertet werden. Es sollte im Einzelfall immer geprüft und dokumentiert werden, welchen zukunftsbezogenen Nutzen die Gesellschaft sich von der Zahlung verspricht oder welche ermessenslenkenden Aspekte dazu führen, dass die Prämie dem Vorstandsmitglied gewährt werden muss.

Ergänzend zu den materiellen Grenzen soll auch Transparenz zur Kontrolle der Angemessenheit der Vergütung beitragen. Umfangreiche Regelungen zur externen Rechnungslegung verpflichten zur Offenlegung der Vergütung. In börsennotierten Gesellschaften müssen die Bezüge sogar für jedes Vorstandsmitglied individuell offengelegt werden.

### Praxishinweis

Das VorstAG nimmt die Aufsichtsräte noch mehr in die Pflicht, eine angemessene Vergütung festzusetzen. Dabei muss die Entscheidung im Aufsichtsratsplenum erfolgen. Der Vergütungsausschuss darf nur noch vorbereitend tätig sein. Es empfiehlt sich angesichts der Haftungsdrohung eine Diskussion der Kernpunkte im Plenum und eine möglichst intensive Dokumentation der vorgenommenen Abwägung. Dabei sollten jedenfalls

die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG genannten Kriterien abgearbeitet werden. Besonders wichtig ist ein Vergleich mit Vergütungen in vergleichbaren Unternehmen. Es empfiehlt sich auch, auf das Verhältnis der Vorstandsvergütung zu den Bezügen der anderen Führungskräfte einzugehen. Um in börsennotierten Gesellschaften das Kriterium der Nachhaltigkeit einzuhalten, empfiehlt sich als Richtschnur, dass jedenfalls nicht mehr als die Hälfte der Vergütung eines Vorstandes aus variablen Vergütungsbestandteilen besteht, deren Berechnung weniger als vier Jahresergebnisse zugrunde liegen. Das Votum der Hauptversammlung („Say on pay“) hat sich insbesondere in den Aktiengesellschaften des DAX und M-DAX durchgesetzt und die Ergebnisse waren bis auf Einzelfälle sehr positiv. Es sollte demnach regelmäßig durchgeführt werden und vor einem Verzicht auf das Instrument sollte die Außenwirkung überdacht werden.

Vom Sitzungsgeld als echtem Entgelt sind Zahlungen zu unterscheiden, die lediglich den finanziellen Aufwand der Teilnahme an Sitzungen abgelten und damit einen Auslagenersatz darstellen.

Die Abgrenzung zwischen Sitzungsgeld und Aufwandsersatz ist wichtig, da Sitzungsgeld als Teil der Aufsichtsratsvergütung einer ausdrücklichen Satzungsregelung bedarf, reiner Aufwandsersatz hingegen bereits gesetzlich vorgesehen ist (analog § 670 BGB). Entscheidend für die Abgrenzung ist nicht die Art der Gewährung (mit oder ohne Nachweise; getrennt oder zusammen mit der Restvergütung), sondern die **Zielrichtung**. Orientiert sich die Zahlung an typischen finanziellen Aufwendungen (etwa Fahrt- und Übernachtungskosten), so kann trotz pauschalierter Zahlung ein reiner Auslagenersatz vorliegen. Soll hingegen bewusst der zeitliche Aufwand, also die Präsenz und Arbeitsleistung des Aufsichtsratsmitglieds in der Sitzung belohnt werden, ist von einem echten Sitzungsgeld auszugehen. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn neben dem Sitzungsgeld auch noch konkret angefallene und belegte Kosten im Zusammenhang mit der Sitzung ersetzt werden.

2010 haben etwa 60 % der im DAX notierten Unternehmen ihren Aufsichtsratsmitgliedern ein echtes Sitzungsgeld gewährt. Die Höhe des Sitzungsgeldes bewegt sich dabei zwischen einigen hundert und selten

wenigen tausend Euro pro Sitzung. Der Anteil des Sitzungsgeldes an der Gesamtvergütung von Aufsichtsräten ist damit marginal und bewegt sich meist im unteren einstelligen Prozentbereich. Dennoch ist in jüngerer Zeit im Zuge der Professionalisierungsdebatte und teilweise kritischer Betrachtung von erfolgsorientierter Aufsichtsratsvergütung eine leicht gestiegene Bedeutung des Sitzungsgeldes zu beobachten. Sitzungsgelder haben den Vorteil, dass sie den tatsächlichen Zeitaufwand des Aufsichtsratsmandates berücksichtigen, leicht zu quantifizieren sind und nicht die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates beeinträchtigen.

### Praxishinweis

Vor dem Hintergrund des oben dargestellten Abgrenzungsbedürfnisses sollte im Vorhinein klargestellt werden, ob ein echtes Sitzungsgeld gewährt wird, oder ob nur (ggf. pauschaliert) Auslagen ersetzt werden.

Eine gesteigerte Bedeutung erlangt das Sitzungsgeld, wenn auch Sitzungen von Ausschüssen (ggf. nach Arbeitsaufwand der Ausschüsse gestaffelt) entlohnt werden. Insbesondere in Verbindung mit den vielfach üblichen Multiplikatoren des festen Gehalts bei der Übernahme wichtiger Posten (Vorsitzender, Vertreter, Ausschussmitgliedschaft), kann das Sitzungsgeld so sinnvoller und spürbarer Bestandteil einer adäquaten und aufwandsbezogenen Aufsichtsratsvergütung sein.

## Sitzungsgeld

Jan Baumann, LL.M. – LLR Rechtsanwälte

Das Sitzungsgeld ist als Bestandteil der festen Vergütung für Aufsichtsratsmitglieder weit verbreitet und vergütet den tatsächlichen, mit der Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen verbundenen Zeitaufwand.

### Ihre Zugangsdaten zum Archiv und der Rechtsprechungsdatenbank BOARD:

Geben Sie unter [www.betrifft-unternehmen.de/board-online](http://www.betrifft-unternehmen.de/board-online) Ihren Benutzernamen und Ihr Kennwort ein. Der Benutzername setzt sich immer zusammen aus „boardleser“ und Ihrer Auftragsnummer.

• **Beispiel: boardleser12345**

Geben Sie unter Kennwort Ihre Auftragsnummer ein.

• **Beispiel: 12345**

#### Ihre individualisierte Auftragsnummer

finden Sie auf dem Adressaufkleber Ihrer BOARD oben links!

Nach dem Login haben Sie Zugriff auf das Zeitschriftenarchiv und die Rechtsprechungsdatenbank. Mit den im Heft angegebenen **Quicklinks** haben sie dann Zugriff auf den Volltext der Entscheidungen.

## Schadensersatzpflicht eines räuberischen Aktionärs wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung

**BGH, Urteil vom 10.08.2010 – VI ZR 47/09; vorgehend OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13.01.2009 – 5 U 183/07**  
**§ 246a AktG, § 826 BGB**

Erhebt ein Aktionär eine Anfechtungs-, bzw. Nichtigkeitsklage mit dem Ziel, die verklagte Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hat (missbräuchliche Klage), kann die Gesellschaft gemäß § 826 BGB Schadensersatz wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung verlangen.

### Keywords

räuberische Aktionärsklage; sittenwidrige Schädigung; Schadensersatz

### Problemstellung und praktische Bedeutung

Das Problem der räuberischen Aktionäre, die sich von ihrer Gesellschaft den Lästigkeitswert ihres Obstruktionspotenzials „abkaufen“ lassen, hat sich entgegen der Hoffnung des Gesetzgebers auch nach Einführung des Freigabeverfahrens durch das UMAG im November 2005 nicht erledigt. Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf nicht nur einen der bekanntesten Berufskläger der Republik, sondern auch einen für räuberische Aktionärsklagen geradezu klassischen Sachverhalt. Der nur wenige Anteile haltende Kläger klagte auf Feststellung, dass die auf der Hauptversammlung 2007 gefassten Beschlüsse wegen angeblicher Formfehler nichtig seien. Dies betraf insbesondere den Beschluss über eine Kapitalerhöhung, deren Durchführung durch die Klage zunächst blockiert wurde. Jedoch zeigte sich die Klägerseite bereit, die Klage gegen Gewährung von zusätzlichen Bezugsrechten, auf deren Aus-

übung die Hauptaktionärin verzichten sollte, fallen zu lassen. Hierauf ließ sich die Gesellschaft nicht ein. Sie beantragte ein Freigabeverfahren und erhob Widerklage mit dem Antrag festzustellen, dass der Kläger ihr die Schäden ersetzen müsse, die durch die klagebedingte Verzögerung der Kapitalerhöhung entstanden sind. Beide Vorinstanzen stellten sich im Ergebnis deutlich gegen die bekannten Praktiken solcher Berufskläger. Diese unnachgiebige Haltung wurde letztlich auch vom BGH gestützt, der mit der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers ebenfalls ein deutliches Zeichen gegen die Praktiken räuberischer Aktionäre setzte.

### Entscheidungsgründe und weitere Hinweise

Letztendlich gestützt durch den Abweisungsbeschluss des BGH sahen weder das LG, noch das OLG Frankfurt a.M. ausreichende Anhaltspunkte für Formfehler, die zur Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse hätten führen können. Für begründet hielten sie jedoch die Klage der Gesellschaft auf Ersatz der durch die Verzögerung entstandenen Schäden, etwa die Vereitelung von Erwerbssaussichten durch Vorenthaltung des höheren Kapitals. Die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Klägers war nach Ansicht der Gerichte die Erhebung einer sittenwidrigen, weil missbräuchlich erhobenen, Klage. Eine missbräuchliche Klage liege dann vor, wenn der Kläger mit dem Ziel klagt, die verklagte Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer nicht geschuldeten Leistung zu veranlassen, auf die der Kläger auch billigerweise keinen Anspruch erheben kann. Das dergestalt grob eigennütziges Motiv des Klägers folgerter das OLG aus vier Beweiszeichen, die

zusammen genommen ein für das Gericht überzeugendes Bild der inneren Einstellung des Klägers vermittelt hätten:

- Die Bereitwilligkeit zum Vergleich, die den Eindruck nahe lege, der Kläger habe nur darauf gewartet, dass ihm ein entsprechendes Vergleichsangebot unterbreitet werde.
- Die sich lediglich auf formale Gründe von geringer Relevanz stützende Nichtigkeitsklage.
- Der sehr geringe Aktienbesitz, der nahe lege, dass der Kläger mit der Teilnahme an der Hauptversammlung nicht nur wirtschaftliche Interessen verfolgt habe. Da, wie das OLG zutreffend ausführt, nichtwirtschaftliche Interessen wie Zeitvertreib, Selbstdarstellung etc. nicht illegitim sind, dürfte dieses Kriterium allerdings von eher untergeordneter Bedeutung gewesen sein.
- Die zahlreichen durch Vergleich beendeten Anfechtungsverfahren, die der Kläger in der Vergangenheit geführt hatte (15 Klagen und Nebeninterventionen alleine von November 2005 bis Mitte 2007, von denen elf mit einem Vergleich endeten). Vergegenwärtigt man sich, dass viele der als missbräuchlich zu bezeichnenden Anfechtungsklagen von einem kleinen, aber beständigen Aktionärskreis erhoben werden, dürfte gerade dieses Kriterium die Arbeit von Berufsklägern deutlich erschweren. Dabei dürfte allerdings nicht für sich genommen die hohe Zahl der Klagen ausschlaggebend sein, sondern vielmehr die Vermutung, dass durch aktienrechtliche Anfechtungsverfahren planmäßig Einkünfte erzielt werden sollten.

Diese Anzeichen sind in der Tat bei räuberischen Aktionärsklagen typischerweise anzutreffen. Obwohl ein Merkmal alleine nicht ausreicht, um den Verdacht einer sittenwidrigen Schädigung durch eine missbräuchliche Klage zu begründen, so ergibt sich aus deren Gesamtschau für die Gerichte meist ein ebenso schlüssiges, wie eindeutiges Bild.

Der besondere Lästigkeitswert, den sich Berufskläger zunutze machen, um ihre Gesellschaften zu nicht geschuldeten Leistungen zu drängen, beruht gerade auf den hohen Kosten, die eine Verzögerung von Strukturmaßnahmen auslösen kann. Zwar wurde durch das Freigabeverfahren das Obstruktionspotenzial räuberischer Aktionäre reduziert, aber offensichtlich nicht so weit, dass sich derartige Klagen nicht mehr

lohnen würden. Die hier dargestellte Rechtsprechung zur sittenwidrigen Schädigung könnte jedoch die Wende bringen, da jeder Aktionär, der versucht ist sich durch eine missbräuchliche Anfechtungsklage zu bereichern, nun auch mit dem realen Risiko einer Schadensersatzklage in meist enormer Höhe rechnen muss.

Quicklink: uw110611

## Der Bericht des Aufsichtsrates an die Hauptversammlung muss förmlich beschlossen und zumindest durch den amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden eigenhändig unterzeichnet werden.

**BGH, Urteil vom 21.06.2010 – II ZR 24/09**

**§ 171, § 175 AktG;  
§ 126, § 126b BGB**

Der vor der Hauptversammlung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft auszulegende Bericht des Aufsichtsrates i.S.d. § 171 Abs. 2 AktG muss von diesem förmlich beschlossen werden. Die Urschrift des Berichtes ist sodann zumindest vom amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden eigenhändig zu unterzeichnen. Ein Bericht des Aufsichtsrates, der diesen Anforderungen nicht genügt, kann zur Anfechtbarkeit der in der Hauptversammlung gefassten Entlastungsbeschlüsse führen.

### Keywords

Aufsichtsratsbericht; Unterschrift; Formerfordernisse

### Problemstellung und praktische Bedeutung

Dass auch die Missachtung von Förmlichkeiten der Aufsichtsratsarbeit erhebliche Risiken bergen kann verdeutlicht das vorliegende Urteil des BGH. Konkret ging es um die Frage, ob der Bericht des Aufsichtsrates

eines ordentlichen Beschlusses durch den aktuellen Aufsichtsrat bedarf. Ein ausdrücklicher Beschluss hierüber lag im konkreten Fall nicht vor und es war sogar streitig, ob – bedingt durch einen Personalwechsel drei Monate vor der Hauptversammlung – alle Mitglieder des Aufsichtsrates von dem Bericht Kenntnis genommen hatten. Der dennoch als „Bericht des Aufsichtsrats“ in den Geschäftsräumen ausgelegte Bericht war zudem nur vom ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnet, nicht jedoch vom amtierenden. Dieser erklärte zwar in der Hauptversammlung, er stehe hinter dem ausgelegten Bericht. Dennoch wandte sich der Kläger mit seiner Anfechtungsklage insbesondere gegen die auf der Hauptversammlung gefassten Entlastungsbeschlüsse.

### Entscheidungsgründe und weitere Hinweise

Der BGH stellte noch einmal ausdrücklich klar, dass der Aufsichtsrat für rechtsverbindliche Äußerungen einen entsprechenden Beschluss fassen muss. Aus Gründen der Rechtssicherheit müsse gewährleistet sein, dass das ordentliche Zustandekommen eines solchen Beschlusses,

insb. im Bezug auf Beschlussfähigkeit und Stimmabgabe, stets sicher festgestellt werden könne. Konkret, bzw. stillschweigend getroffene „Beschlüsse“ genügten diesen Anforderungen nicht. Dies gelte auch für die Feststellung des Berichts an die Hauptversammlung. Denn erst durch einen förmlichen Beschluss übernehme der Aufsichtsrat als Kollektivorgan die Verantwortung für den Inhalt des Berichtes und mache ihn so zur wesentlichen Informationsgrundlage für Aktionäre im Vorfeld der Hauptversammlung. Diese Feststellungen des BGH sind nicht neu und werden von Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend geteilt. Dass dieses Thema dennoch weiterhin die Gerichte beschäftigt, zeigt ein mangelndes Problembewusstsein und einen Widerwillen vor zu viel „Förmelei“ in der praktischen Aufsichtsratsarbeit. Wegen der damit verbundenen Anfechtungsrisiken sollte aber stets auf eine ordentliche, formgerechte Beschlussfassung und deren Dokumentation geachtet werden.

Es stellte sich weiterhin die Frage, ob der Bericht des Aufsichtsrates – unterstellt er wäre ordentlich beschlossen worden – von dessen Vorsitzenden hätte unterzeichnet werden müssen,

oder ob das Schriftlichkeitserfordernis des § 171 Abs. 1 AktG lediglich eine wie auch immer geartete schriftliche Verkörperung des Berichts verlangt. Der BGH stellte darauf ab, dass die Schriftform i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB stets eine eigenhändige Namensunterschrift verlange und sich hierdurch von der bloßen Textform des § 126b BGB unterscheide. Auch dem Aktiengesetz sei diese begriffliche Unterscheidung geläufig, wie sich etwa aus § 90 Abs. 5 AktG ergebe. Darüber hinaus gebiete auch der Sinn und Zweck des § 171 AktG eine Unterschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden: Die Unterschrift habe eine Klarstellungs- und Beweisfunktion, indem sie die Identität des Ausstellers deutlich erkennbar mache. Dass dies auch für

den Aufsichtsratsbericht von großer Bedeutung sein kann offenbart gerade der vorliegende Fall. Ohne namentliche Unterschrift wäre es für den einzelnen Aktionär fast unmöglich festzustellen, ob tatsächlich der amtierende Aufsichtsrat (bzw. dessen Vorsitzender) den Bericht gebilligt und beschlossen hat.

Beide Fehler hielt der BGH auch für die Entlastungsbeschlüsse für Vorstand und Aufsichtsrat für relevant, da der Bericht des Aufsichtsrates nicht nur über die Prüfung der Vorstandstätigkeit informiere, sondern zugleich ein Rechenschaftsbericht des Aufsichtsrates über seine im vergangenen Geschäftsjahr ausgeübte Überwachungstätigkeit darstelle.

Auch die Erklärung des amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden in der Hauptversammlung, er stehe hinter dem Bericht, könne an der Erheblichkeit der Formverstöße nichts ändern, da zumindest die nicht anwesenden Aktionäre hiervon keine Kenntnis nehmen konnten.

Es bleibt festzuhalten, dass der Bericht des Aufsichtsrates vom amtierenden Aufsichtsrat beschlossen und vom amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnet werden muss. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn nur einige der aktuellen Aufsichtsratsmitglieder in dem Geschäftsjahr, für das die Entlastung erklärt werden soll, im Aufsichtsrat saßen.

Quicklink: [uw110612](#)

## Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder für gesonderte Beratungsleistungen bleiben auch dann pflichtwidrig, wenn der Aufsichtsrat diese *nachträglich* genehmigt.

**OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.02.2011 – 5 U 30/10 (Fresenius)**

**§ 114 AktG; § 184 I BGB**

Der Aufsichtsrat muss Zahlungen des Vorstandes an ein Aufsichtsratsmitglied für außerhalb des Aufsichtsratsmandates liegende Dienstleistungen im Vorhinein genehmigen. Eine ohne diese vorherige Zustimmung vorgenommene Zahlung bleibt auch dann pflichtwidrig, wenn der Aufsichtsrat sie nachträglich genehmigt.

### Keywords

Beratungsleistungen durch Aufsichtsratsmitglieder; Genehmigung; Fresenius

### Problemstellung und praktische Bedeutung

Das Urteil betrifft die weithin übliche Praxis, nach der Dienstverträge mit einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern,

bzw. deren Sozietäten und Beratungsgesellschaften, erst nach erfolgtem Leistungsaustausch vom Aufsichtsrat en bloc genehmigt werden. Im vorliegenden Fall vergab der Vorstand über das Geschäftsjahr verteilt mehrere Mandate im Gesamtumfang von ca. 1 Mio. € im Jahr 2008 an eine Rechtsanwaltsgesellschaft, an der auch der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende beteiligt war. Nach der üblichen Praxis wurden die Mandate erst nach erfolgter Zahlung dem Gesamtaufichtsrat zur Genehmigung i.S.d. § 114 AktG vorgelegt, der alle Geschäfte im Dezember 2008 genehmigte. Ein solches Vorgehen war wegen der größeren Flexibilität des Vorstandes und der Tatsache, dass nicht stets vor Mandatserteilung erkennbar ist, ob die Tätigkeit tatsächlich (vollständig) genehmigungsfähig ist, bislang weit verbreitet.

Die klagenden Aktionäre wandten sich gegen diese Praxis und erhoben Anfechtungsklage gegen die auf der

Hauptversammlung 2009 gefassten Entlastungsbeschlüsse für Vorstand und Aufsichtsrat.

### Entscheidungsgründe und weitere Hinweise

Das OLG stellte fest, dass die Zahlungen des Vorstandes an die Kanzlei des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden gegen § 114 Abs. 1 AktG verstießen und damit ein schwerer und eindeutiger Gesetzesverstoß vorliege. Die nachträgliche Genehmigung durch den Gesamtaufichtsrat ändere daran nichts. § 114 Abs. 1 AktG stelle insoweit eine Verhaltensnorm dar, aus der das Verbot folge nicht ohne wirksamen Vertrag Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied zu leisten. Die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung bestehe nicht nur bei Zahlungen des Vorstandes aufgrund eines wirksamen Dienstvertrages, sondern gerade auch bei rechtsgrundlosen Zahlungen, wenn die Genehmigung des Vertrages noch ausstehe. Die

Abhängigkeit des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds sei sogar größer, da es stets damit rechnen müsse, vom Vorstand auf Rückzahlung in Anspruch genommen zu werden. Die einmal pflichtwidrig auf einen schwebend unwirksamen Vertrag geleisteten Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied würden nach Ansicht des Senats auch nicht durch eine spätere Genehmigung des Gesamtaufwandsrats geheilt. Die Rückwirkungsfunktion des § 184 Abs. 1 BGB mache ein tatsächliches Fehlverhalten nicht ungeschehen und könne auch nicht darüber hinweg helfen, dass es während der Schwebezeit bereits zu

unstatthafter Beeinflussung durch das so geschaffene Abhängigkeitsverhältnis gekommen sein könnte. Diese der unvoreingenommenen Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat zuwider laufende Praxis könne auch nicht durch Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt werden.

Die Mandatierung von Aufsichtsratsmitgliedern ist stets ein heikles Thema, das durch die aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt am Main noch erheblich an Brisanz gewinnt. Die übliche Praxis einer nachträglichen Genehmigung zeitigt nun erhebliche Gefahren für den Vorstand und den

Aufsichtsrat. Denn obwohl im vorliegenden Fall im Aufsichtsrat nur der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende pflichtwidrig gehandelt hatte, wurde der Gesamtentlastungsbeschluss für den Aufsichtsrat für nichtig erklärt. Es bleibt abzuwarten, wie sich der BGH in der anhängigen Nichtzulassungsbeschwerde in dieser hoch praxisrelevanten Frage positioniert. Bis zu einer endgültigen Entscheidung sollte der Vorstand Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls erst nach erfolgter Genehmigung durch den Aufsichtsrat veranlassen.

Quicklink: uw110602

## Aufhebung der Vorstandsbestellung bei gleichzeitiger Neubestellung außerhalb der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG – unzulässige Umgehung?

**OLG Zweibrücken, Urteil vom 03.02.2011 – 4 U 76/10**

**§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG;  
§ 134 BGB**

Der Beschluss eines Aufsichtsrates über die faktische Verlängerung der Bestellung eines Vorstandsmitglieds früher als ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit stellt eine unzulässige Umgehung zwingender aktienrechtlicher Vorschriften dar und ist daher nichtig. Das gilt zumindest dann, wenn die erste Bestellung für die Maximaldauer von fünf Jahren erfolgte und diese erst kurze Zeit zurückliegt.

### Keywords

Vorstandsbestellung, Jahresfrist

### Problemstellung und praktische Bedeutung

Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG bedarf die Verlängerung der Bestellung eines Vorstandsmitglieds eines entsprechenden Beschlusses des Aufsichtsrates, der frühestens ein Jahr vor Ablauf

der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann. Um einem Vorstandsmitglied dennoch vor dieser Jahresfrist Planungssicherheit geben zu können und eine eventuelle Abwanderung zu verhindern wird in der Praxis teilweise die Bestellung einvernehmlich aufgehoben und das entsprechende Vorstandsmitglied sogleich erneut bestellt. So lag es auch im vom OLG Zweibrücken zu entscheidenden Fall. Der Aufsichtsrat bestellte in den Jahren 2005 und 2006 jeweils für die Maximaldauer von fünf Jahren zwei Personen zu Vorstandsmitgliedern. Diese Bestellungen wurden bereits 2007 aufgehoben und die betreffenden Personen sogleich erneut für weitere fünf Jahre zu Vorstandsmitgliedern bestellt. Eine bloße Verlängerung der Bestellung wäre hingegen frühestens in den Jahren 2009, bzw. 2010 zulässig gewesen.

Gegen diese Beschlüsse wendete sich ein nach diesen Vorgängen bestelltes Aufsichtsratsmitglied mit dem Argument, bei der einvernehmlichen Aufhebung und sofortigen Neubestellung handele es sich um eine unzulässige

Umgehung der Jahresfrist aus § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG. Die Beschlüsse seien daher nichtig.

### Entscheidungsgründe und weitere Hinweise

Das Gericht stellte zunächst fest, dass ein Aufsichtsratsmitglied ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen, die vor seiner Amtszeit getroffen wurden, habe, wenn diese Beschlüsse in die Zukunft fortwirken und er sonst gezwungen wäre, sich diesen – seiner Meinung nach rechtswidrigen – Beschlüssen zum Schaden der Gesellschaft zu beugen. Die Entscheidung über die vorzeitige Neubestellung von Vorstandsmitgliedern habe eine solche potenziell negative Zukunftswirkung. Das Gericht sah in der einvernehmlichen Abberufung und sofortigen Neubestellung der Vorstandsmitglieder eine unzulässige Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG, der ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB darstelle, und erklärte die entsprechenden Aufsichtsratsbeschlüsse folgerichtig für nichtig. Durch die

Begrenzung der Bestellung auf fünf Jahre und die Jahresfrist vor einer Verlängerung solle die Personalkompetenz des Aufsichtsrates gesichert werden. Auch die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds dürfe vom Aufsichtsrat nicht als bloße Pflichtübung verstanden werden, sondern erfordere wie eine Erstbestellung eine konkrete Auseinandersetzung mit der Person. Der erforderlichen Ernsthaftigkeit dieser Entscheidung stünde es aber entgegen, wenn der Aufsichtsrat über eine faktische Verlängerung wie im vorliegenden Fall bereits nach einer relativ kurzen Amtszeit von zwei, bzw. nur einem Jahr entscheiden würde. Das OLG lässt insoweit allerdings offen, ob dies bei langjährigen und bewährten Vorstandsmitgliedern anders beurteilt werden könne.

War die Vorinstanz noch davon ausgegangen, dass eine vorzeitige Ver-

längerung bei Vorliegen „besonderer Umstände“ gemäß Ziffer 5.1.2 Abs. 2 DCGK gestattet sei, verbietet sich nach Auffassung des OLG im vorliegenden Fall ein Rückgriff auf den DCGK in zweifacher Hinsicht. Erstens sei der Kodex als unverbindliche Empfehlung schon nicht geeignet, um eine Abweichung vom nach Meinung des Gerichts eindeutigen Gesetzeswortlaut zu rechtfertigen. Zweitens erfordere aber auch 5.1.2 Abs. 2 DCGK „besondere Umstände“ für eine vorzeitige Verlängerung. Zwar könne die drohende Abwanderung eines Vorstandsmitgliedes einen solchen besonderen Umstand darstellen. Im zu entscheidenden Fall sah es das Gericht jedoch nicht als erwiesen an, dass eine Abwanderung tatsächlich konkret gedroht hätte. Das Vorliegen von Anfragen anderer Unternehmen reichte insoweit nicht aus.

Die Entscheidung macht deutlich, dass der Aufsichtsrat seine Personalkompetenz nicht leichtfertig aus der Hand geben kann und auch bei Verlängerungen stets konkret zu prüfen hat, ob er die in Frage stehende Person für das konkrete Vorstandsmandat geeignet und befähigt hält. Sie sollte zudem zur Vorsicht mahnen, die Vorgaben des DCGK nicht leichtfertig als Konkretisierung der gesetzlichen Pflichten misszuverstehen.

Da das OLG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage die Revision zum BGH zugelassen hat, bleibt zu hoffen, dass die praktisch ebenso dringliche wie schwierige Frage nach einer vorzeitigen Verlängerung der Bestellung von Vorstandsmitgliedern alsbald höchstrichterlich beantwortet wird.

Quicklink: [uw110614](#)

# Daten – Fakten – Mandate

## Kienbaum Corporate Governance Studie 2011

Die Management-Beratung Kienbaum stellt in ihrer aktuellen Studie zum dritten Mal in Folge die wichtigsten Neuentwicklungen für gute Unternehmensführung und -kontrolle vor. An der repräsentativen Studie haben mehr als 2/3 der DAX30- und gut die Hälfte aller DAX160-Unternehmen teilgenommen.

Die Studie zeigt, dass sich die Gesamtevaluierung der Aufsichtsratsmitglieder zunehmend als Mittel zur Sicherstellung der Qualifikation und der richtigen (Ziel-) Zusammensetzung des Aufsichtsrats etabliert. 54 % der befragten Unternehmen halten die regelmäßige Überprüfung der Zusammensetzung anhand von Anforderungsprofilen für Aufsichtsratsplenum und Ausschüsse für ein sinnvolles Instrument. 85 % führen die Gesamtevaluierungen im Rahmen der Effizienzprüfungen des Aufsichtsrats durch.

Angesichts der ständig steigenden Anforderungen gewinnt die spezielle

Corporate Governance-Expertise im Aufsichtsrat als fachliche (Sonder-) Qualifikation an Bedeutung, unterstreicht Kienbaum-Partner Dr. Jürgen Kunz. Fast die Hälfte aller DAX-Unternehmen hält es für zweckmäßig, dass – ähnlich wie beim Financial Expert – zumindest ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über diese besondere Kompetenz verfügen sollte.

Im Hinblick auf die Transparenz des Kompetenzprofils gegenüber der Hauptversammlung differenzieren die befragten Unternehmen deutlich: So befürworten einerseits 82 % die Information der Aktionäre vor der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern über deren spezifisches Kompetenzprofil. Hingegen halten es 63 % nicht für zweckmäßig, die Hauptversammlung auch über die vorgesehene Ausschusstätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern vorab zu informieren.

Die Studie untersucht ferner die personelle und sachliche Ausstattung der

Aufsichtsräte und behandelt zudem die Zulässigkeit von Zuarbeit, unter den Aspekten von Unabhängigkeit und Interessenkonflikt, beispielsweise bei der Vorstandsvergütung.

Einigkeit besteht hinsichtlich der Liste zustimmungspflichtiger Geschäfte des Vorstands, die für 94 % der befragten Aufsichtsräte das wichtigste Kontroll- und Steuerungsinstrument des Aufsichtsrats darstellt. Die Kommentierung der Studie geht an dieser Stelle auf die Bedeutung der Beaufsichtigung der konzernweiten strategischen Personalplanungen für Führungskräftebesetzungen unter Einbeziehung von Demographie und Diversity besonders ein.

Für AdAR-Mitglieder ist die vollständige Studie nachlesbar unter [www.adar.info](http://www.adar.info). Vertiefende Informationen erhalten Sie bei Herrn Dr. Jürgen Kunz ([juergen.kunz@kienbaum.de](mailto:juergen.kunz@kienbaum.de)).





Familie, Vermögen und  
Leistung im Einklang!



**FuS**

Zeitschrift für  
Familienunternehmen und Stiftungen  
Recht, Management, Familie  
und Vermögen

Jetzt Abonnent  
werden lohnt sich!



**Bundesanzeiger  
Verlag**

[www.betrifft-unternehmen.de/fus](http://www.betrifft-unternehmen.de/fus)

Verschaffen Sie sich einen umfassenden Überblick zu Vergütungsfragen!



ISBN 978-3-89817-959-1

2011, 100 Seiten, 21,0 x 29,7 cm,  
Softcover, 325,- €

inkl. MwSt. und Versandkosten  
(deutschlandweit)

Kuhner · Hitz · Sabiwalsky · Drefahl

## Studie Managergehälter 2011

### Vorstandsvergütung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften

• Analyse • Entwicklung • Transparenz

Die Studie Managergehälter 2010 ist in der Tiefe ihrer wissenschaftlichen Auswertung und in dem Vergleich der Entwicklung der Vorstandsgehälter zur Unternehmensperformance einzigartig. So untersucht sie nicht nur die Zusammensetzung der Vergütungspakete in der Entwicklung von 2006 bis 2010, sondern gibt auch konkrete Vergleichswerte in Bezug auf den Unternehmenserfolg. Damit bietet sie eine professionelle Grundlage zur Gestaltung, Bewertung und Absicherung von Vergütungspaketen, insbesondere zur Bestimmung der gesetzlich vorgeschriebenen „Angemessenheit“.

Ein Vergütungs-Index (Scoring) macht die Gestaltung der Vergütungspakete vor dem Hintergrund der Unternehmenserfolge oder -misserfolge bewertbar und bietet somit die Grundlage für weitere Benchmarks.

**In Vorbereitung!**

#### IHRE VORTEILE

Die Studie erlaubt einen Vergleich der Höhe, der Zusammensetzung und der Dynamik von Vorstandsvergütungspaketen in Bezug auf den Unternehmenserfolg mit dem Marktniveau. So können Sie mit der Studie z.B. die Grenze der gesetzlich vorgeschriebenen „üblichen Vergütung“ im Rahmen der Angemessenheitsprüfung in Ihrer Branche bestimmen.

Schnell und kompakt mit der Vergütung auf der sicheren Seite!



ISBN 978-3-89817-838-9

2010, 232 Seiten, inkl. CD-ROM,  
16,5 x 24,4 cm, 69,- €

inkl. MwSt. und Versandkosten  
(deutschlandweit)

Bosse

## Handbuch Vorstandsvergütung

### Eine Praxishilfe mit Checklisten und Mustern

Das vorliegende Handbuch zeigt Ihnen, worauf Sie bei der Ausgestaltung der Vorstandsvergütung zu achten haben. Wie ist die „übliche Vergütung“ im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu bestimmen und wann liegt ein besonderer Grund zur Abweichung vor? Der Autor erläutert Ihnen Gestaltungsspielräume und Handlungspflichten. Sparen Sie Zeit durch direkt einsetzbare Arbeitshilfen wie Musterverträge und Formulierungen auf CD-ROM.

#### AUS DEM INHALT

- Rechte und Pflichten zur Vorstandsvergütung
- Gestaltung der wesentlichen Vergütungsbestandteile: Fixvergütung und variable Vergütung; Change of Control-Klauseln; Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Vergütung; Publizität der Vergütung
- Vertrags- und Formulierungsmuster zur direkten Verwendung
- Vergleichswerte zur üblichen Vergütung
- Gesetzestexte in Auszügen



**Bundesanzeiger  
Verlag**

**Recht  
vielseitig!**

## Gute Entscheidungen sind immer richtig Exzellenzprogramm für Aufsichtsräte

EXECUTIVE

Das Exzellenzprogramm für Aufsichtsräte der Frankfurt School of Finance & Management und des Deutschen Aktieninstituts qualifiziert Sie für Ihre Aufgaben als Aufsichtsrat. Treffen Sie andere Aufsichtsräte und tauschen Sie sich mit den renommierten Referenten in einer exklusiven Atmosphäre über die Aufsichtsratsstätigkeit aus.

**26.09.2011:** Corporate Governance und rechtliche Anforderungen in der Praxis

**27.09.2011:** Auswahl und Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, Strategiebegleitung

**28.09.2011:** Unternehmerische Überwachungssysteme und Prüfungsausschuss

**29.09.2011:** Rechnungslegungsprozess, Abschlussprüfung und Finanzierung

Weitere Informationen finden Sie unter:

[www.aufsichtsrats-exzellenz.de](http://www.aufsichtsrats-exzellenz.de)

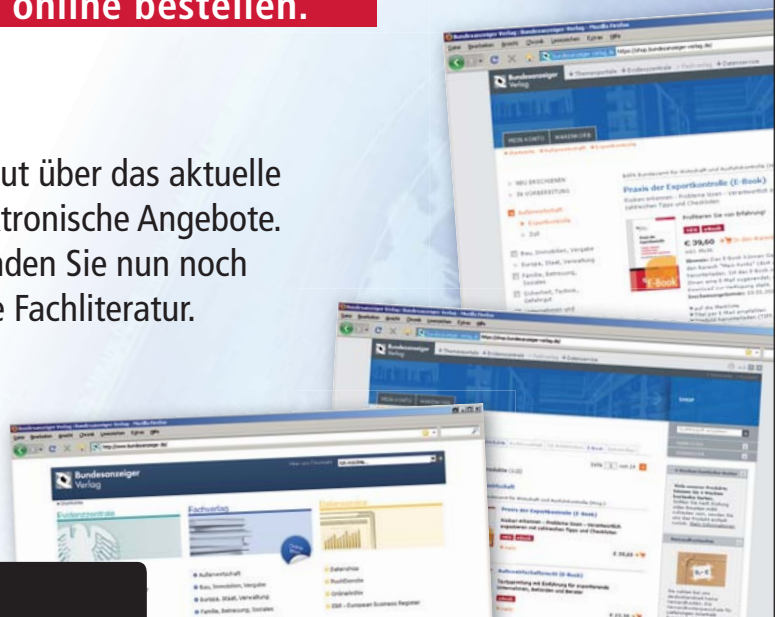
## shop.bundesanzeiger-verlag.de

Fachinformationen bequem online bestellen.

Besuchen Sie unseren Online Shop:

Informieren Sie sich nun im neuen Layout über das aktuelle Programm, Neuerscheinungen und elektronische Angebote. Mit der überarbeiteten Suchfunktion finden Sie nun noch schneller und gezielter Ihre gewünschte Fachliteratur.

Alles komfortabel und übersichtlich!



Bundesanzeiger  
Verlag

Recht  
vielseitig!

# Deloitte Center für Corporate Governance

## Strategische Unterstützung für Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss



Die Anforderungen an die Träger der Corporate Governance steigen stetig – genau wie die Aufmerksamkeit, mit der die Öffentlichkeit die Arbeit von Aufsichtsräten verfolgt. Anteilseigner und Stakeholder verlangen nicht einfach nur die Erfüllung formaler Mindest-Standards, sondern Corporate Governance auf höchstem Niveau.

Mit dem Deloitte Center für Corporate Governance unterstützen wir Aufsichtsräte und Prüfungsausschüsse bei der Erfüllung ihrer verantwortungsvollen Aufgaben. Unsere Experten stehen Ihnen mit objektivem, strategischem Rat zur Seite, z.B. mit Effizienz- und Sonderprüfungen, Beratung zur Optimierung Ihrer Informationsversorgung oder mit gutachterlichen Stellungnahmen. Unter [www.corpgov.deloitte.de](http://www.corpgov.deloitte.de) erfahren Sie alles, was Sie für Ihre vorausschauende Aufsichtstätigkeit vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen wissen müssen, oder nutzen Sie unsere vierteljährlich erscheinende Fachpublikation „Corporate Governance-Forum: Information für Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss.“

Sprechen Sie uns an oder senden Sie eine E-Mail an [corporate.governance@deloitte.de](mailto:corporate.governance@deloitte.de).

### **Ansprechpartner**

Dr. Claus Buhleier  
WP/StB/CPA, Partner  
Leiter Center für Corporate Governance  
Tel: +49 (0)69 75695 6523  
[cbuhleier@deloitte.de](mailto:cbuhleier@deloitte.de)