

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuß
Platz der Republik 1
11011 Berlin

20.05.2009

Stellungnahme

1. zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines „Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)“ – Drucksache 16/12278

2. zum Antrag verschiedener Abgeordneter und der Fraktion der FDP „Professionalität und Effizienz der Aufsichtsräte deutscher Unternehmen verbessern“ – Drucksache 16/10885

3. zum Antrag verschiedener Abgeordneter und der Fraktion „BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 16/12112

4. unter Berücksichtigung der Beschlüsse des 6. Ausschusses

zur Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 25. Mai 2009 vorgelegt von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Universität Bonn.

I. Allgemeine Aussage

Ich begrüße den Gesetzentwurf eines VorstAG der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie die Anträge der Fraktionen der FDP und des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Die Bankenkrise hat mehr als deutlich gemacht, daß die Corporate Governance der deutschen Unternehmen noch immer nicht gut genug ist, um solche dramatischen Fehlentwicklungen zu verhindern. Hier weitere Vorsorge durch Maßnahmen des Gesetzgebers zu treffen, ist naheliegend.

Darüber hinaus hält die Unruhe in der Bevölkerung über viel zu hohe Vorstandsgehälter – zu Recht! – an. Nachdem die für die Gehälter zuständigen Aufsichtsräte teilweise einfach nicht hören wollen (der Vorstandsvorsitzende von Siemens erhielt für 2008 Gesamtbezüge in Höhe von 11 Mio. Euro, der von RWE in Höhe von 9 Mio. Euro), liegt es auch hier nahe, durch Gesetzgebung einzugreifen.

II. Zum Entwurf eines VorstAG

Hier liegt bereits eine Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins vom April 2009 vor, auf die Bezug genommen wird.

1. Überblick

Der Entwurf enthält viele Einzelvorschläge, die je im Kontext der sie umgebenden Vorschriften des Aktiengesetzes (AktG) gesehen werden müssen.

2. Änderung des § 87

2.1 Das gesetzliche Gebot der „Angemessenheit“ der Vorstandsbezüge gilt bereits seit 1937. Der Entwurf versucht nun, diese sehr allgemeine Formulierung in der Neufassung des Abs. 1 etwas zu konkretisieren. Das mißlingt ihm in zweierlei Hinsicht:

2.1.1 Der Aufsichtsrat soll sich künftig an einer „üblichen Vergütung“ orientieren. Eine solche „übliche Vergütung“ gibt es für Vorstände nicht. Sollte damit die Vergütung des Vorstands in ähnlichen Gesellschaften gemeint sein, könnte das zu einer Erhöhungs-Spirale führen.

Das gilt auch für die Formulierung im Rahmen der Beschlüsse des 6. Ausschusses.

Die „übliche Vergütung“ sollte *unbedingt gestrichen* werden.

2.1.2 Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut „hat“ der Aufsichtsrat mit den Bezügen „langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung“ zu setzen. Trotz seiner durchaus guten Absicht ist das eine klare *Überregulierung*. Denn bei rund 17.000 bestehenden Aktiengesellschaften wird sich sehr oft ein reines Fixgehalt empfohlen.

Hier kommt also nur ein „Soll“, nicht aber ein gesetzlicher Zwang in Betracht.

Das gilt auch für die Formulierung im Rahmen der Beschlüsse des 6. Ausschusses.

2.2 Nach dem heutigen Abs. 2 von § 87 ist der Aufsichtsrat bei einer wesentlichen Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft zu einer *einseitigen* Herabsetzung der Vorstandsbezüge *berechtigt*. Der Entwurf will jetzt den Aufsichtsrat *zwingen*, eine Herabsetzung der Bezüge vorzunehmen, wenn deren unveränderte Weitergewährung „unbillig“ (bisher: schwere Unbilligkeit) wäre.

2.2.1 Das Gesetz sollte hier *nicht mit Zwang arbeiten*. Der Aufsichtsrat ist schon heute kraft seiner Sorgfaltspflicht gehalten, bei einer „wesentlichen Verschlechterung“ einzugreifen. *Dabei sollte es bleiben.*

2.2.2 Dagegen ist die heute vom Gesetz für einen solchen Eingriff geforderte „schwere Unbilligkeit“ tatsächlich viel zu eng. Insoweit *empfehle ich*, das „schwere“ in § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG zu streichen und im übrigen den Text nicht zu verändern.

3. Ergänzung des § 93 Abs. 2

Mit dieser Ergänzung des Gesetzes soll der vom Kodex seit langem vorgeschlagene sog. Selbstbehalt Gesetz werden. Da die Kodex-Regelung nur eingeschränkt befolgt wird, ist der *Eingriff des Gesetzgebers zu begrüßen*.

4. Änderung des § 100 Abs. 2 und des § 107 Abs. 3 AktG

4.1 Mit der vorgeschlagenen Änderung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG soll der Aufsichtsrat künftig nicht mehr berechtigt sein, die vertragliche Vereinbarung über die Bezüge mit einem Vorstandsmitglied einem Ausschuß zu überlassen. *Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen*. Wie verfehlt die heutige Lösung mit der Delegation auf einen Ausschuß sein kann, haben wir im Fall Mannesmann erlebt. Künftig hat jedes Aufsichtsratsmitglied der Anteilseigner und der Arbeitnehmer die Bezüge des Vorstands mit zu verantworten.

Der Entwurf entspricht meinem Vorschlag, den ich schon vor einigen Wochen in der FAZ unterbreitet habe.

4.2 Darüber hinaus wird einem bisherigen Vorstandsmitglied zwar nicht der sofortige Übergang in den Aufsichtsrat verboten – wie ursprünglich noch vorgesehen war – wohl aber für drei Jahre die Mitgliedschaft in einem Prüfungsausschuß.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

4.3 Statt 4.2 (zeitlicher Ausschluß vom Prüfungsausschuß) wird nach den Beschlüssen des 6. Ausschusses jetzt ein Ausschluß jedes Vorstandsmitglieds zur Wahl in den Aufsichtsrat für zwei Jahre vorgeschlagen.

Ich halte den ursprünglichen Vorschlag für sachgerechter, würde aber gleichzeitig seine Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden für einen Zeitraum von drei Jahren ausschließen (ebenso der Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) Damit wäre der Sachverstand des Vorstandsmitglieds für den Aufsichtsrat gewonnen, ohne daß er Vorsitzender dieses Gremiums werden könnte und ohne daß er in dem wichtigen und einflußreichen Prüfungsausschuß Mitglied sein könnte.

5. Ergänzung des § 116 AktG

Die Vorschrift behandelt die sog. Innenhaftung von Aufsichtsräten dann, wenn sie ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben und der Gesellschaft daraus ein Schaden entstanden ist. Auf dieser Grundlage haften Aufsichtsräte schon heute, wenn sie ein unangemessen hohes Gehalt festsetzen. Die vorgeschlagene Ergänzung

„Sie sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen“

formuliert also der Sache nach etwas bereits heute Geltendes und Selbstverständliches.

Dennoch *unterstütze* ich den Vorschlag, weil damit jedem Aufsichtsratsmitglied seine Mitverantwortung für die Festlegung der Bezüge deutlich vor Augen gestellt wird.

6. Erweiterung der Haltefrist in § 193 AktG von zwei auf vier Jahre

Keine Bedenken, volle Zustimmung.

7. Erweiterung der Veröffentlichungspflichten von Vorstandsbezügen in den §§ 285, 286, 314 und 315 HGB

keine Bedenken, volle Zustimmung.

III. Zum Antrag der Fraktion der FDP

1. Reduzierung der Höchstzahl an Aufsichtsratssitzen pro Person

Die Aufgaben des Aufsichtsrats sind in den letzten 10 Jahren ständig gewachsen. Ich verweise insoweit auf meine Abhandlung über die Professionalisierung der Aufsichtsräte in DER BETRIEB 2009 (als Anlage 1 hier beigefügt). Das setzt eine eingehende und mithin zeitaufwändige Vorbereitung voraus und ausreichend Zeit für die Beratung. Eine Begrenzung auf 5 Sitze (bzw. 4 Sitze bei einem Aufsichtsratsvorsitz etc.) dient daher dem Interesse der Gesellschaft und dem Schutz der Aufsichtsratsmitglieder selbst.

Der Vorschlag entspricht der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziff. 5.4.5) für börsennotierte Gesellschaften.

Ich unterstütze den Vorschlag.

2. Verkleinerung der Aufsichtsräte

Schon vor 10 Jahren hat die damalige Bundesregierung auf Drängen von Wissenschaft und Praxis eine solche Verkleinerung der Aufsichtsräte versucht, ist aber am erbitterten Widerstand der Gewerkschaften gescheitert. Eine solche Verkleinerung der Aufsichtsräte ist heute in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) möglich. Das nicht zuletzt ist ein Grund für den Erfolg der SE zulasten der AG.

Der Vorschlag verdient uneingeschränkte Unterstützung.

3. Übergang vom Vorstandsvorsitz in den Aufsichtsratsvorsitz erst nach drei Jahren

Der Siemens-Fall hat gezeigt, daß der unmittelbare Übergang vom Vorstandsvorsitz in den Aufsichtsratsvorsitz unzweckmäßig und kritisch sein kann (nicht: muß). Deshalb *unterstütze ich den Antrag*, zumal er die Mitgliedschaft als einfaches Mitglied im Aufsichtsrat nicht ausschließt, seine Erfahrung also genutzt werden kann.

4. Professionalisierung der Aufsichtsräte

Ich verweise auf meine als Anlage 1 beigefügte Abhandlung gleichen Titels.

IV. Zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

1. Begrenzung des Betriebsausgaben-Abzugs für Vorstands-Gehälter und Abfindungen

Ich halte von dieser steuerlichen Lösung gar nichts. Sie ist geltendes Recht in den USA und hat dort nichts bewirkt; und sie benachteiligt die Aktionäre, weil die Regelung voll auf den Gewinn der Gesellschaft durchschlägt.

Will man diese Lösung ernsthaft in Erwägung ziehen, muß man den durch sie Benachteiligten, also den Aktionären, die Möglichkeit zur Reaktion geben. Dazu unter V.

2. Haftung der Vorstände für Falschinformationen

Nach derzeit geltendem Recht in dem sehr restriktiven Verständnis des *Bundesgerichtshofs* hat ein geschädigter Anleger kaum eine Chance, Ersatz seines Schadens aus Falschinformationen zu erlangen. Diese Situation sollte tatsächlich verbessert werden.

Ich unterstütze diesen Antrag.

3. Selbstbeteiligung der Vorstände und Aufsichtsräte an ihrer Haftpflichtversicherung

Dieser Vorschlag entspricht einer Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziff. 3.8 Abs. 2). Sie wird leider nur selten befolgt. Das ist höchst unschön. Denn die gesetzlichen Vorschriften zur Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten (§§ 93, 116 AktG) haben ja nicht nur die Aufgabe, den Schaden der Gesellschaft zu kompensieren, sondern sie sollen die fraglichen Personen zu sorgfältiger Amtsführung veranlassen. Wenn aber die von der Gesellschaft gezahlte Versicherung den ganzen Schaden begleicht, wird dieses gesetzliche Ziel verfehlt.

Im übrigen verweise ich auf meinen als Anlage 2 beigefügten Artikel im „Handelsblatt“.

Dieser Vorschlag verdient volle Unterstützung, mithin auch die Ergänzung des § 93 Abs. 2 nach dem Vorschlag des 6. Ausschusses.

4. Die weiteren Vorschläge

- *Der Gesamtaufsichtsrat hat über die Gehälter von Vorständen zu beschließen*
- *Die Gesamtbezüge der Vorstände sind individuell zu veröffentlichen und*
- *Die Zahl der Aufsichtsrats-Sitze einer Person ist auf fünf zu begrenzen*

sind auch in den Vorschlägen der anderen Fraktionen enthalten. Sie sind oben bereits behandelt und verdienen *insgesamt Unterstützung*.

V. Zum Einfluß der Hauptversammlung auf die Gehälter des Vorstands

1. Überblick

Die Hauptversammlung legt zwar die Vergütung der Aufsichtsräte fest (§ 113 AktG), auf die Vergütung der Vorstandsmitglieder aber hat sie de lege lata keinerlei Einfluß. Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schlägt nun vor, daß

„zukünftig durch Beschluß der Hauptversammlung ein finanzieller Rahmen für die Gesamtbezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder der Gesellschaft vorgegeben werden“

soll. Diese Regelung wäre einerseits zwingend, andererseits ziemlich weich und würde eine Vorgabe zwischen 50.000 Euro und 5 Mio. Euro decken. Das wäre wenig hilfreich.

Das gilt auch für die vom 6. Ausschuss in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Ergänzung des AktG: Der Vorschlag ist viel zu allgemein, als daß er einen begrenzenden Einfluß auf die Höhe der Vergütungen haben könnte.

2. Lösungen im Ausland

In Großbritannien ist die Hauptversammlung (shareholder meeting) *berechtigt (aber nicht verpflichtet), beratend (also unverbindlich) zu Vergütungsfragen Stellung zu nehmen, also etwa – wie geschehen – die geplante Vergütung eines Vorstandsmitglieds als überhöht zu bezeichnen*. Wegen der Autorität der Hauptversammlung und des Votums der Eigentümer (Aktionäre) hat der Vergütungsausschuß reagiert und die Bezüge wesentlich niedriger festgelegt.

3. Eigener Vorschlag

Insgesamt sollte man eine zwingende Lösung vermeiden. Andererseits sollten Aussagen der Hauptversammlung, wenn sie denn gemacht werden, auch verbindlich sein. Vor allem aber ist die Hauptversammlung ganz außerstande, Details festzulegen; sie sollte also auf holzschnittartige Entscheidungen beschränkt werden.

Diesen Vorgaben wird *mein Vorschlag* gerecht, der Hauptversammlung die *Möglichkeit* zu geben, eine *Obergrenze* der Vergütung *verbindlich* festzulegen. Diese Befugnis der Hauptversammlung müßte in das AktG aufgenommen werden und zwar am besten als ein neuer Absatz 4 von § 87 AktG mit folgendem Wortlaut:

„Die Hauptversammlung kann mit einfacher Mehrheit beschließen, dass für die Jahres-Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder im Sinne von Abs. 1 eine Obergrenze besteht, insbesondere dass sie ein Vielfaches des Durchschnittsgehalts aller Arbeitnehmer der Gesellschaft oder des Konzerns im betreffenden Geschäftsjahr nicht übersteigen dürfen.“

4. Beschluß der Solarworld AG

Aufgrund eines entsprechenden Antrags von Vorstand und Aufsichtsrat soll die Hauptversammlung der Bonner *Solarworld AG* am 20. Mai 2009 einen solchen Beschluß fassen. Das ist nach § 119 Abs. 2 AktG nur möglich, weil der Vorstand es beantragt. Mit einem solchen Antrag des Vorstands ist in anderen Fällen nicht zu rechnen. Daher muß das Gesetz, wie hier vorgeschlagen, erweitert werden.

gez. Lutter

Anlagen

Professionalisierung des Aufsichtsrats*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Die neuen Aufgaben des Aufsichtsrats
- III. Die traditionellen Aufgaben des Aufsichtsrats in heutiger Sicht
- IV. Zwischenanalyse
- V. Organisation der Aufsichtsrats-Arbeit
- VI. Die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats
- VII. Kenntnis vom Unternehmen
- VIII. Weiterbildung
- IX. Mitarbeiter des Aufsichtsrats
- X. Schluß

I. Einleitung

In dem großen Werk von *Bayer* und *Habersack* über das Aktienrecht im Wandel¹ habe ich über den Aufsichtsrat im Wandel der Zeit berichtet, aber – wie mir die erneute Lektüre deutlich gemacht hat – nicht nachdrücklich genug hervorgehoben, welchen Quantensprung das Recht des Aufsichtsrats durch KonTraG,

* Vortrag, gehalten am 4. März 2009 auf der Handelsblatt-Konferenz in Berlin. Die Vortragsform wurde beibehalten, die Nachweise auf das Nötigste beschränkt.

¹ *Bayer/Habersack* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, 2 Bände, Tübingen 2007.

TransPuG, UMAG, Kodex und Rechtsprechung allein in den letzten 10 Jahren erfahren hat. Das werde ich hier kurz zusammenstellen und erläutern, sodann die Entwicklung bei den hergebrachten Aufgaben darstellen, um dann auf diesem Hintergrund der Frage nachzugehen, welche Rückwirkungen das gewachsene Pflichtenprogramm in Überwachung, Beratung und Entscheidung auf die Zusammensetzung und die Arbeit des Aufsichtsrats haben muß.

II. Die neuen Aufgaben des Aufsichtsrats

1. Durch das KonTraG hat der Gesetzgeber

(1) die *Unternehmensplanung* zur *gemeinsamen Aufgabe* von Vorstand und Aufsichtsrat erhoben und den Vorstand zum regelmäßigen Bericht an den Aufsichtsrat verpflichtet, ob und inwieweit die Planziele erreicht wurden, § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG. Allein damit wurde der Aufsichtsrat vom (nur) Kontrolleur zum (auch) Mitunternehmer; denn Planung heißt Zukunft und ist damit eine ganz zentrale unternehmerische Aufgabe².

(2) Seither hat auch jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied das Recht, *zusätzliche Berichte* des Vorstands an den Aufsichtsrat zu verlangen, § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG. Damit ist endgültig klar gestellt, daß der Aufsichtsrat und jedes seiner Mitglieder mit

² GroßkommAktG/Kort, 4. Aufl. 2008, § 76 Rn. 36; MüKo-Hefermehl/Spindler, 2. Aufl., § 90 AktG Rn. 14 ff. (insbesondere Rn. 17 f.).

verantwortlich sind für seine ausreichende Information durch den Vorstand³.

(3) Weiter wurde der Vorstand zur Einrichtung eines Risiko-*Überwachungssystems* verpflichtet (§ 91 Abs. 2 AktG), das der Aufsichtsrat zu überwachen hat nicht nur in dem Sinne, daß es ein solches System überhaupt gibt, sondern auch daß seine Funktionstüchtigkeit dem Aufsichtsrat plausibel erscheint⁴.

(4) Darüber hinaus wurde der Aufsichtsrat verpflichtet, der Hauptversammlung *Vorschläge zur Wahl des Abschlußprüfers* und des Konzern-Abschlußprüfers zu machen und nach der Wahl die Verträge mit diesen zu schließen. Beide Abschlußprüfer sind heute zum Bericht über ihre Prüfung *an den Aufsichtsrat* und zur Teilnahme an seinen Beratungen verpflichtet, §§ 111 Abs. 2 Satz 3, 171 Abs. 1 Satz 2 AktG. Der Aufsichtsrat ist mithin heute für den ganzen Komplex Abschlußprüfung allein verantwortlich.

(5) Weiter wurde der Aufsichtsrat verpflichtet, der Hauptversammlung darüber zu berichten, ob und welche Ausschüsse und mit welchen Aufgaben er gebildet hat, § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG. Diese interessante, von *Hommelhoff* als „Anregernorm“⁵ bezeichnete Berichtspflicht hat ihre Funktion tatsächlich erfüllt: die Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften bilden heute in der Regel etwa drei Ausschüsse und intensivieren so ihre Arbeit nachdrücklich.

³ So ausdrücklich der Kodex in Ziff. 3.4.

⁴ Vgl. GroßkommAktG/*Kort*, § 91 Rn. 55 ff.; MüKo-*Hefermehl/Spindler*, § 91 AktG Rn. 21 ff.

⁵ *Hommelhoff/Mattheus*, Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, 249 ff.

(6) Schließlich hat das KonTraG den Aufsichtsrat verpflichtet, nicht nur den Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft sondern seine *Leitung des gesamten Konzerns zu überwachen*, § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG. Das war zwar auch schon vor dem KonTraG so⁶, wurde aber in der Praxis nicht gelebt – kein Wunder, wenn man bedenkt, daß es auch die Konzernbilanz erst seit gut 20 Jahren gibt.

2. Durch das TransPuG hat der Gesetzgeber

(1) den Aufsichtsrat verpflichtet, *zustimmungspflichtige Geschäfte* festzulegen, um auf diese Weise eine begleitende Kontrolle über die wesentlichen Entscheidungen des Vorstands sicherzustellen, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Er hat damit dem durch das MitbestG ausgelösten Trend zur Beseitigung fast aller zustimmungspflichtigen Geschäfte⁷ entgegen gewirkt und den Aufsichtsrat erneut in die Rolle des Mitunternehmers gebracht⁸.

(2) den Kodex auf den Weg gebracht und Vorstand und Aufsichtsrat zur *jährlichen Entsprechenserklärung* nach § 161 AktG verpflichtet. Auch das kann nicht hoch genug eingeschätzt werden, ist doch der Aufsichtsrat plötzlich mitverantwortlich geworden für die Corporate Governance des Unternehmens.

⁶ Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 1. Aufl. 1979, S. 28 ff. und 3. Aufl. 2006, Rn. 148 ff.; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 2. Aufl. 1989, Rn. 28 ff. und 5. Aufl. 2008 Rn. 131 ff.

⁷ Dazu Ulmer, Die Anpassung der Satzungen von Aktiengesellschaften an das MitbestG 1976, 1980.

⁸ Lutter, Der Aufsichtsrat: Kontrolleur oder Mit-Unternehmer? in: Sadowski (Hrsg.), Entrepreneurial Spirits (FS Albach), 2001, S. 225 ff.; kritisch demgegenüber Säcker, Grenzen der Mitwirkung des Aufsichtsrats an unternehmerischen Entscheidungen in der AG, DB 2008, 2814.

3. Durch das UMAG wurden Vorstand und Aufsichtsrat für unternehmerische Entscheidungen das Privileg der Business Judgment Rule ausdrücklich zugebilligt, das aber nur zum Zuge kommt, wenn die fragliche unternehmerische Entscheidung auf der Basis sorgfältiger und möglichst umfassender Information getroffen wurde⁹. Der BGH hat das in einer kürzlich ergangenen Entscheidung noch einmal nachdrücklich betont¹⁰.

4. Auch die Rechtsprechung hat sich an dieser geradezu dramatischen Ausweitung der Pflichten des Aufsichtsrats beteiligt:

(1) Der *Bundesgerichtshof* hat den Aufsichtsrat zur laufenden *Beratung des Vorstands* und mit dem Vorstand verpflichtet¹¹.

(2) Die Instanzgerichte haben den *Umfang des Berichts des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung* nach § 171 Abs. 2 AktG präzisiert und ausgeweitet und Verletzungen dieser Pflicht mit der Möglichkeit zur Vernichtung des Entlastungsbeschlusses bezüglich des Aufsichtsrats geahndet¹². Seither sind die bisher kurzen und formalen Berichte zu sorgfältigen, umfangreichen und informativen Darstellungen angewachsen¹³.

⁹ Lutter, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 ff.

¹⁰ BGH v. 3.11.2008, II ZR 236/07, AG 2009, 117.

¹¹ BGHZ 114, 127 ff. = BGH, ZIP 1991, 653 ff.

¹² Vgl. BGHZ 153, 47 ff. = BGH, ZIP 2003, 387 ff.; OLG München, AG 2006, 592 f.; OLG Stuttgart, AG 2006, 379 ff.

¹³ Dazu Lutter, Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung, AG 2008, 1 ff.

5. Und schließlich hat sich auch der *Kodex* mit seinen heute 80 Empfehlungen an der Ausweitung dieses Pflichtenprogramms für den Aufsichtsrat beteiligt: allein 32 dieser Empfehlungen betreffen den Aufsichtsrat, darunter etwa:

(1) Aufsichtsratsmitglieder sollen keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben, Ziff. 5.4.2.

(2) Wahlen zum Aufsichtsrat sollen als Einzelwahl durchgeführt werden, Ziff. 5.4.3.

(3) Der Aufsichtsrat soll in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren, Ziff. 5.3.

III. Die traditionellen Aufgaben des Aufsichtsrats in heutiger Sicht

Über der Fülle der neuen Aufgaben dürfen aber die längst bestehenden Pflichten des Aufsichtsrats in ihrem heutigen Verständnis nicht vergessen werden:

1. Die *Auswahl der Vorstandsmitglieder*, ihre Bestellung und Abberufung ist nach wie vor das Herzstück der Aufsichtsrats-Pflichten¹⁴. Aber diese Aufgabe ist heute viel schwieriger als früher.

¹⁴ Vgl. *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, Rn. 331 sowie *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, passim.

Damals wuchsen die Vorstandsmitglieder im Unternehmen Schritt für Schritt heran; die Bestellung einer Person von außen war eher die Ausnahme. Heute springen gerade die Begabten von Unternehmen zu Unternehmen, um ihre Karriere zu beschleunigen. Der Aufsichtsrat muß also neben dem Personal im Unternehmen selbst auch den ganzen Markt für Führungspersonen im Auge behalten.

2. Hinzu kommen die heute hochkomplexen Vorstandsverträge. Auch wenn sie mit Hilfe erfahrener Rechtsberater formuliert werden¹⁵, so müssen sie doch zunächst einmal vom Aufsichtsrat ausgehandelt werden: Grundgehalt, Boni und kurzfristige Erfolgsbeteiligung, langfristige Erfolgsbeteiligung, Pension.

All das hat der Aufsichtsrat mit jedem Vorstandskandidaten auszuhandeln, ehe juristischer Sachverstand ans Werk gehen kann.

3. Seit eh und je hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen, § 111 Abs. 1 AktG. Aber was ist daraus geworden? Noch in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts ist man auf harsche Kritik gestoßen mit der These, daß der Aufsichtsrat den Vorstand in seiner Geschäftsführung *konzernweit* zu überwachen habe. Das ist seit dem KonTraG und dem geänderten § 90 Abs. 1 AktG nicht mehr streitig, aber für den Aufsichtsrat eines weltweit tätigen Unternehmens kann die Bedeutung dieser Aufgabe gar nicht hoch genug eingeschätzt werden, vor allem wenn man bedenkt, daß die meisten

¹⁵ Vgl. nur Semler/v. Schenck-Fonk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, S. 510 ff.

Unternehmenskrisen von Tochtergesellschaften ausgelöst werden – von der einstigen Metallgesellschaft¹⁶ bis zur heutigen Hypo Real Estate¹⁷. Die Erfüllung dieser Aufgabe setzt zunächst einmal voraus, daß der Vorstand nach den Regeln des § 90 AktG auch über den Konzern im Soll-Ist-Vergleich berichtet. Ob er dies getrennt nach Sparten tut oder eher nach Regionen, hängt vom Tätigkeitsfeld des Konzerns ab. Auf jeden Fall aber muß er über besondere Vorkommnisse berichten, wie etwa

- Auftrags- und Beschäftigungsprobleme in den USA
- Kreditprobleme in Japan und den USA

etc. Es gehört große Kenntnis und Erfahrung dazu, allein den rechtlichen Aufbau eines internationalen Konzerns und die Haftungsstrukturen zu durchschauen.

4. Die Überwachung selbst betraf stets und zuförderst die *Legalität der Unternehmensführung*. Was das heute nach den immens teuren Kartell- und Bestechungsfällen der letzten Jahre bedeutet, welche Anforderungen heute an ein Compliance-System im Unternehmen gestellt werden müssen, kann nur der erfahrene Fachmann ermessen¹⁸. Immerhin ist unser Wissen um die Technik der Compliance in den letzten Jahren sehr gewachsen. Im Zentrum stehen drei Dinge:

¹⁶ Die Gesellschaft hatte durch Fehlspekulationen ihrer US-amerikanischen Tochter in Höhe von 2 Milliarden DM praktisch ihr ganzes Vermögen verloren.

¹⁷ Die Gesellschaft hat durch die Fehlspekulationen ihrer irischen Tochter Depfa Plc mehr als ihr gesamtes Vermögen verloren.

¹⁸ Vgl. nur die Abhandlungen in dem Sammelband von *Hauschka* (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2007.

(1) Die ernsthafte und glaubhafte Aussage des Vorstands, daß keinerlei Rechtsverstöße im Unternehmen und Konzern geduldet, sondern mit arbeitsrechtlichen Sanktionen verfolgt werden¹⁹.

(2) Die konsequente Schulung des Personals und

(3) die Einrichtung eines Systems, wie Mitarbeiter anonym Verstöße und Beobachtungen mitteilen können. Über das Wie wird viel diskutiert; neben der Einrichtung eines internen Ombudsmanns ist die Beauftragung eines externen Anwalts die häufigste Lösung²⁰.

5. Und nicht zuletzt hat der Aufsichtsrat das *Risiko-Management des Vorstands zu überwachen* – erneut konzernweit. Nach den enormen Verlusten der Banken durch ihre verfehlten Anlagen in die windigen amerikanischen Wertpapiere²¹ müssen sich alle Aufsichtsräte fragen, ob sie dem Risiko-Management in ihrem Unternehmen genügend Aufmerksamkeit gewidmet haben und widmen. Denn die Aufsichtsräte sind von Rechts wegen dazu da, solche Fehlentwicklungen zu verhindern: als Bank-Aufsichtsräte haben sie alle miteinander versagt. Es geht also darum, daß der Vorstand ein leistungsfähiges, konzernweites und vor allem unabhängiges Risiko-Management aufbaut. Die Wirtschaftsprüfer sind ihm dabei gerne behilflich. Der Aufsichtsrat hat sich sodann von der Plausibilität dieses Systems zu überzeugen und wird gut daran tun, den Leiter dieser Abteilung und den Abschlußprüfer mindestens einmal im Jahr anzuhören.

¹⁹ Vgl. *Hauschka*, in: Hauschka, aaO., § 1 Rn. 38; *Greeve*, in Hauschka, aaO., § 24 Rn. 68 ff.; *Lampert*, *ibid.*, § 9 Rn. 32.

²⁰ Vgl. dazu *Lampert*, aaO., § 9 Rn. 34.

²¹ Dazu *Lutter*, Bankenkrise und Organverantwortung, ZIP 2009, 197 ff.

Im übrigen wird das BilMoG in einem erweiterten § 107 AktG die konzernweite Pflicht des Aufsichtsrats zur Kontrolle des Risiko-Management-Systems noch einmal betonen.

6. Seit eh und je hat der Aufsichtsrat gemeinsam mit dem Vorstand die *Bilanz festzustellen* und heute auch die *Konzernbilanz zu bestätigen*, § 171 Abs. 2 AktG. Was das an Kenntnis über die verschiedenen Bilanzierungsmodelle nach HGB einerseits (Einzelbilanz) und IFRS andererseits (Konzernbilanz) bedeutet, ist kaum zu ermessen. Ganze Bibliotheken sind dazu geschrieben worden und werden weiter geschrieben, aber der Aufsichtsrat muß für beide Bilanzen die Mit-Verantwortung übernehmen²².

7. Und schließlich hat der Aufsichtsrat, wie oben schon gesagt, *zustimmungspflichtige Geschäfte festzulegen*. Dabei handelt es sich in aller Regel um große unternehmerische Entscheidungen. Der Aufsichtsrat muß hier also wie ein Mit-Unternehmer weitreichende unternehmerische Entscheidungen treffen und naturgemäß auch mit verantworten. In der Sache kann er das nur auf der Basis einer sorgfältigen Vorlage des Vorstands, die mindestens die Rentabilität der geplanten Maßnahme, die Auswirkung für die Liquidität und die möglichen Alternativen anspricht²³.

²² Näher dazu *Lutter/Krieger*, aaO. (Fn. 14); *GroßkommAktG/Brönner*, 4. Aufl. 2006, § 171 Rn. 22 ff.; *Lutter*, Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung, AG 2008, 1 ff.

²³ Vgl. *Säcker* (oben Fn. 8), DB 2008, 2814, 2819 ff. sowie *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 86 ff.

IV. Zwischenanalyse

All das und noch mehr soll der Aufsichtsrat in vier ein-tägigen Sitzungen leisten, § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG. Das ist schlichthin ausgeschlossen. Wer glaubt, diese vielfältigen und hochkomplexen Aufgaben könnten auf diese Weise in einem oft schwerfälligen Gremium von 16 oder gar 20 Mitgliedern²⁴ solide erfüllt werden, der täuscht sich oder schließt bewußt die Augen. Die Frage lautet also: Was ist zu tun?

V. Organisation der Aufsichtsrats-Arbeit

Wenn der Aufsichtsrat als Gesamtgremium mit den dargestellten Aufgaben überfordert ist, muß er sich Hilfe beschaffen. Diese Hilfe kann von außen kommen, allerdings nur punktuell und nicht flächendeckend; das sagt das Gesetz in § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich²⁵. So kann der Aufsichtsrat eine Anwaltskanzlei etwa mit der Ausarbeitung des Entwurfs eines Vorstandsvertrages beauftragen, kann dieser Kanzlei aber nicht die ganzen Verhandlungen mit Vorstandsmitgliedern zur selbständigen Erledigung übertragen²⁶.

Die Hilfe kann aber auch von innen kommen durch die erhöhte Inanspruchnahme seiner Mitglieder in Ausschüssen. Das ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 107 Abs. 3 AktG), im Kodex

²⁴ § 7 Abs. 1 MitbestG.

²⁵ Vgl. MüKo-Semler, 2. Aufl., § 109 AktG, Rn. 47 ff.

²⁶ Vgl. Kölner Kommentar-Mertens, 2. Aufl., § 109 AktG Rn. 16; MüKo-Semler, 2. Aufl., § 109 AktG Rn. 47; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 109 Rn. 8 ff.

mehrfach empfohlen (Ziff. 5.3) und heute die richtige Lösung, um den vielfach gestiegenen Aufgaben des Aufsichtsrats gerecht zu werden²⁷.

1. Bereits die erste Fassung des Kodex von 2002 enthielt und enthält noch immer in Ziff. 5.3.2 die Empfehlung, einen *Prüfungsausschuß* einzurichten und ihm die Vorbereitung der Bilanz-Sitzung und die Kontrolle des Risiko-Managements zu übertragen. Heute wird weiter empfohlen, dem Ausschuß auch die Kontrolle der Compliance im Unternehmen anzuvertrauen. Damit sind die obigen Positionen 3, 4 und 5 abgedeckt.

2. In vielen Unternehmen besteht auch ein sogenannter *Präsidialausschuß*, dem die Vorbereitung der Neubesetzung und Wiederbesetzung von Vorstandsmitgliedern sowie deren Vergütung obliegt²⁸. Damit ist die obige Position 1 erfaßt. In großen und größeren Gesellschaften ist dieser Ausschuß nahezu unabdingbar.

3. Erneut der Kodex empfiehlt heute auch in Ziff. 5.3.3 die Einrichtung eines *Nominierungsausschusses* zur Vorbereitung von Vorschlägen des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung bezüglich

²⁷ Das Gesetz denkt sich den Aufsichtsrat und seine Ausschüsse immer als Gremium, nie als einzelne Person. Nichts steht zwar entgegen, daß der Aufsichtsrat eines seiner Mitglieder bittet, eine bestimmte Frage zu prüfen. Aber der Bericht darüber geht an das Gremium, das allein zur Entscheidung befugt ist.

Vgl. dazu MüKo-Semler, § 107 AktG Rn. 226 ff.

²⁸ Vgl. dazu Lutter/Krieger, aaO. (Fn. 14), Rn. 331.

Bislang ist es üblich, diesen Ausschuß mit der *Vorbereitung* der Bestellung und Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern zu betrauen, ihm aber die *Entscheidung* über den Anstellungsvertrag und die Vergütung zu überlassen. Das soll, *meinem* Vorschlag entsprechend (FAZ vom 5. März 2009) künftig ausgeschlossen sein, so daß der Gesamtaufichtsrat auch darüber befinden muß (vgl. Koalitions- und Kabinettsbeschluss vom 11. März 2009: www.bundesregierung.de).

der Wahl von neuen Aufsichtsratsmitgliedern oder deren Wiederwahl. Darauf ist zurückzukommen.

4. Damit bleiben dem Aufsichtsrat allein und ohne Hilfe eines Ausschusses die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands in Gesellschaft und Konzern sowie die Entscheidung über zustimmungspflichtige Geschäfte.

a) Letztere stehen nur an, wenn der Vorstand ein solches Geschäft vornehmen will. Er wird dann seine Vorlage eingehend begründen, da er eine positive Entscheidung des Aufsichtsrats wünscht. Der Vorstand muß hier also die Vorbereitung der Entscheidung des Aufsichtsrats leisten²⁹. Hier wird die Einschaltung eines Ausschusses nur in Ausnahmefällen erforderlich sein.

b) Anders steht es um die allgemeine Überwachung. Sie wird einerseits durch die vierteljährlichen Berichte des Vorstands wesentlich erleichtert und konturiert³⁰. Andererseits ist die Überwachungsaufgabe in großen und größeren Unternehmen so umfangreich und umfassend, daß sich eine gewisse Strukturierung empfiehlt. Das gilt insbesondere für die finanzielle Lage der Gesellschaft und des Konzerns. Zwar berichtet der Vorstand auch darüber vierteljährlich. Und den Risiko-Aspekt beaufsichtigt der Prüfungsausschuß. Andererseits sind die Fragen von Liquidität und Ertrag für das Unternehmen und sein Wohl heute ebenso zentral wie wichtig und komplex. Es könnte sich also durchaus empfehlen,

²⁹ Zu diesen Vorlageberichten vgl. *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, 3. Aufl. 2006, Rn. 86 ff.; *Säcker*, DB 2008, 2814, 2819 ff.

³⁰ Dazu *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, aaO., Rn. 32 ff.; *Lutter/Krieger*, aaO. (Fn. 14), Rn. 193 ff.; *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 90 Rn. 6 ff.; *GroßkommAktG/Kort*, 4. Aufl., § 90 Rn. 78 ff.

sie einem weiteren Ausschuß, einem *Finanzausschuß* anzuvertrauen.

5. Macht der Aufsichtsrat von diesen Möglichkeiten der Einrichtung von mehreren Ausschüssen Gebrauch, so erreicht er ein doppeltes: arbeitsfähige kleine Gruppen und die Möglichkeit, seinen Aufgaben materiell und nicht nur formell gerecht werden zu können.

VI. Die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats

1. Die Bildung von Ausschüssen mit den genannten Aufgaben ist ohne Zweifel eine ebenso hilfreiche wie notwendige Maßnahme, um die stark erweiterten Aufgaben des Aufsichtsrats zu erfüllen. Aber sie nützen nichts, wenn die Mitglieder der Ausschüsse von der Sache nichts verstehen. Das hat auch der Kodex erkannt und empfiehlt die Besetzung des Prüfungsausschusses mit mindestens einer Person, die Kenntnisse im Bereich von Rechnungslegung und Jahresabschluß hat (Ziff. 5.3.2). Und die geänderte 8. EU-Richtlinie ist ihm darin gefolgt³¹, so daß wir diese Empfehlung in aller Kürze auch in § 105 Abs. 5 AktG als verbindliche Norm werden lesen können³².

2. In Wirklichkeit aber handelt es sich nicht um ein spezielles, sondern um ein allgemeines Problem. Dieses allgemeine Problem lautet: die Aufgaben des Aufsichtsrats sind heute so vielfältig und

³¹ Art. 41 der Richtlinie 206/43/EG v. 17. Mai 2006, ABl. EU Nr. L 157, S. 87 ff.

³² Vorgeschlagen in Art. 5 Nr. 3 des RegE BilMoG, BT-Drs. 16/10067 vom 30.7.2008.

vielschichtig, daß nicht jedes Aufsichtsratsmitglied das alles persönlich leisten kann. Natürlich braucht man den Techniker im Aufsichtsrat, auch wenn er von der Erstellung von Bilanzen nichts versteht. Natürlich braucht man die Frau oder den Mann, die über breite Personalkenntnisse verfügen, auch wenn sie vom Risiko-Management oder der Compliance nichts verstehen. Kurz: wir konnten im Grunde noch nie, heute aber erst recht nicht davon ausgehen, daß alle Aufsichtsräte allen anstehenden Aufgaben im Aufsichtsrat persönlich gerecht werden können. Dann aber gilt es – wie wir es oben getan haben – diese Aufgaben zu benennen und dafür zu sorgen, daß für jedes dieser Felder mindestens ein Kenner der Materie im Aufsichtsrat vertreten ist – nicht anders als es Kodex, EU-Richtlinie und das Gesetz speziell für die Aufgaben des Prüfungsausschusses tun³³.

Das bedeutet: Der Aufsichtsrat, und zwar nur die Vertreter der Anteilseigner in ihm, haben der Hauptversammlung Vorschläge für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner zu machen, § 124 Abs. 3 AktG. Da die Hauptversammlung selbst zu einer solchen Auswahl gar nicht in der Lage ist, wird diesen Vorschlägen stets entsprochen. De facto handelt es sich also um eine Art Kooptation. Die Anteilseigner im Aufsichtsrat sind also verantwortlich für eine sachgerechte Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der Zukunft. Das aber bedeutet, daß man die Wahl vorbereiten und planen muß. Man muß sich also im Kreis der Anteilseigner darüber klar werden und einigen, welche Kompetenzen im Gremium vertreten sein müssen, um dann erst auf die Suche nach den dafür am besten geeigneten Personen zu

³³ Oben Fn. 31 und 32.

gehen³⁴. Eine solche Idealbesetzung des Aufsichtsrats könnte also lauten:

- ein (früherer) Unternehmensleiter (mit Auslandserfahrung)
- ein Produktionsfachmann (Techniker)
- ein Entwicklungsfachmann
- ein Finanzfachmann
- ein unternehmensrechtlich und international erfahrener Jurist
- ein Steuerfachmann
- ein Rechnungsleger.

Wenn hier von „Fachmann“ gesprochen wird, ist stets und immer die „Fachfrau“ mit gemeint: Auf sie sollte in Zukunft sehr viel häufiger zugegangen werden, repräsentiert sie doch die Hälfte der in unserer Gesellschaft vorhandenen Kompetenzen und Fähigkeiten.

Anders gewendet: Es geht jedenfalls heute weniger um Leuchttürme als um Arbeiter im Weinberg.

3. Das führt zu einem weiteren Aspekt in diesem Zusammenhang, der Auswahl des *Aufsichtsratsvorsitzenden*. Wie schon oben gesagt, wird der Aufsichtsrat immer als Gremium tätig, sei es als Plenum, sei es als Ausschuß mit mindestens drei Mitgliedern³⁵. Das setzt einerseits Organisation und Planung der Aufsichtsrats-Arbeit

³⁴ Eingehend dazu v. *Werder/Wieczorek*, Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder und ihre Nominierung, DB 2007, 297 ff.

³⁵ In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß jeder aktienrechtliche Ausschuß mindestens drei Mitglieder haben muß; vgl. BGHZ 65, 190 ff.; *MüKo-Semler*, 2. Aufl., § 107 AktG Rn. 241.

voraus³⁶, andererseits muß die ständige Verbindung mit dem Vorstand sichergestellt sein³⁷. Beides kann nur der Aufsichtsratsvorsitzende leisten. Seine unternehmerische Erfahrung, seine Organisationskraft und seine zeitlichen Möglichkeiten sind von ganz entscheidender Bedeutung. Das ist von den Anteilseignern im Aufsichtsrat bei ihren Wahl-Vorschlägen an die Hauptversammlung sorgfältig zu bedenken; denn aus diesem Kreis müssen sie dann selbst den Aufsichtsratsvorsitzenden auswählen, § 107 Abs. 1 AktG, § 27 MitbestG.

4. Und schließlich müssen infolge der stark gestiegenen Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats die *zeitlichen Möglichkeiten* seiner Mitglieder sorgfältig bedacht werden. Die besten Erfahrungen und Kompetenzen einer Person nutzen der Gesellschaft nichts, wenn sie aus Zeitgründen nicht zum Tragen kommen können. Das gilt für den Aufsichtsrats-Vorsitzenden allemal, aber auch für die Vorsitzenden der Ausschüsse und deren Mitglieder. Für den Aufsichtsrats-Vorsitzenden einer größeren oder großen Gesellschaft wird man heute die Arbeitszeit von zwei bis drei Monaten eines Jahres, für die Vorsitzenden von wesentlichen Ausschüssen sechs Wochen und für die übrigen Aufsichtsrats-Mitglieder – die praktisch alle auch Mitglieder in Ausschüssen sein werden – vier Wochen zu rechnen haben.

³⁶ So etwa GroßkommAktG/Hopt/Roth, 4. Aufl., § 107 Rn. 228 ff.; MüKo-Semler, 2. Aufl., § 107 AktG Rn. 226 ff.

³⁷ Vgl. § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG und Ziff. 5.2 Abs. 3 des Kodex.
In nicht wenigen Gesellschaften gehört das wöchentliche Gespräch zwischen Aufsichtsratsvorsitzendem und Vorstandsvorsitzendem zum eisernen Bestand ihrer Corporate Governance, in manchen Gesellschaften liegen sogar die Zimmer der beiden Vorsitzenden nebeneinander.

Das alles hat dann natürlich auch Bedeutung für ihre von der Hauptversammlung nach § 113 AktG festzulegende Vergütung³⁸.

VII. Kenntnis vom Unternehmen

Viele Aufsichtsräte werden heute gewählt, ohne daß sie das Unternehmen selbst kennen. Sie sitzen dann im Aufsichtsrat und müssen erst langsam verstehen, über welche speziellen Probleme eigentlich debattiert wird – zumal sich niemand gerne durch entsprechende Fragen als ignorant erweist. Diese Zeitverschwendung sollte vermieden werden durch ein zwei-tägiges Arbeitstreffen gleich zu Beginn der Amtszeit, in dem Vorstände und Abteilungsleiter den neuen Aufsichtsratsmitgliedern das Unternehmen vorstellen. Selbstverständlich sollte der Abschlußprüfer beteiligt sein und selbstverständlich auch der Vorsitzende des Betriebsrats. Aber auch der visuelle Eindruck von der Tätigkeit der Gesellschaft und ihrer Produktion sollte nicht zu kurz kommen: Sauberkeit und Ordnung im Betrieb sowie Kompetenz und Freundlichkeit der Mitarbeiter sagen sehr viel über das Unternehmen und die Qualität seiner Leitung aus.

Kurz: die neuen Aufsichtsratsmitglieder sollten umgehend nach ihrer Wahl mit dem Unternehmen, seinen Besonderheiten und Problemen

³⁸ *Lutter*, Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken, ZIP 2003, 737 ff.; *Lutter*, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733 ff.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 496 ff.

Die heute mehr und mehr geübte Berücksichtigung der Funktion nicht nur des Aufsichtsratsvorsitzenden und des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden, sondern auch des Vorsitzes und der Mitgliedschaft in Ausschüssen ist vollkommen richtig; vgl. dazu *Semler/v. Schenck-Semler/Wagner*, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. 2009, S. 660 ff.

vertraut gemacht werden so, daß sie von der ersten Sitzung an fruchtbar mitarbeiten können.

VIII. Weiterbildung

1. Der Aufsichtsrat hat sich nach einer Empfehlung des Kodex in Ziff. 5.6 selbst zu evaluieren. Das ist ein schwieriges Unterfangen³⁹. Aber immerhin kann es zu der Erkenntnis führen, daß die Arbeit dieses Aufsichtsrats suboptimal ist. In diesem Falle ist guter Rat teuer. Aber es gibt ihn heute immerhin in Form von Einrichtungen, die ein entsprechendes ein- oder zweitägiges Lehrprogramm anbieten. Das gilt in gleicher Weise, auch wenn die Evaluierung gut ausgefallen ist, der Aufsichtsrat selbst aber der Meinung ist, daß seine Arbeit verbessert werden könnte.

2. Von diesen Anlässen bzw. Maßnahmen abgesehen, könnte man erwägen, den Aufsichtsräten zu empfehlen, alle zwei Jahre eine zwei-tägige „Auffrischung“ ihrer Kenntnisse und Erfahrungen zu unternehmen, in der sie insbesondere über neue Entwicklungen auf allen für sie relevanten Gebieten informiert werden.

3. Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance sagt dazu in seinem ...

³⁹ Vgl. dazu Kodex Kommentar-v. *Werder*, S. 293 ff.; v. *Werder/Talaulicar*, Kodex Report 2007: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2007, 869 ff.; *Seibt*, Effizienzprüfung der Aufsichtsratsstätigkeit, DB 2003, 2107 ff.

„Der Verwaltungsrat sorgt für eine geeignete Einführung neuer, gewählter Mitglieder und, bei Bedarf, für eine aufgabenbezogene Weiterbildung.“⁴⁰

Dem kann man nur zustimmen.

IX. Mitarbeiter des Aufsichtsrats

In großen und größeren Unternehmen verfügt der Aufsichtsratsvorsitzende in aller Regel über eigene Räume und einige Mitarbeiter. Die anderen Aufsichtsratsmitglieder haben darauf keinen Zugriff. Vorstandsmitglieder anderer Unternehmen im Aufsichtsrat haben „zu Hause“ Assistenten, denen sie die sachliche Aufbereitung von Aufsichtsrats-Sitzungen übertragen können⁴¹. Aber auch daran partizipieren die anderen Aufsichtsratsmitglieder nur mittelbar. Fraglich ist daher, ob die Arbeit des Aufsichtsrats dadurch effizienter gestaltet werden kann, daß er und seine Mitglieder Zugriff auf ein eigenes Personal haben. Ich bin mir da nicht sicher. Einerseits kann der Aufsichtsrat auf diese Weise zusätzliche Informationsquellen erschließen. Andererseits kann er schon heute die gleichen Fragen und Aufgaben dem Vorstand stellen. Man sollte also vielleicht zunächst einmal dieses zusätzliche Informations-Potential aus § 90 Abs. 3 AktG erschließen und erst dann über die Frage eines eigenen Personals des Aufsichtsrats entscheiden.

⁴⁰ Ziff. 13 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

⁴¹ Vgl. dazu *Lutter/Krieger*, Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern, DB 1995, 257 ff.

X. Schluß

Die Aufgaben des Aufsichtsrats sind in den letzten Jahren ungewöhnlich stark gestiegen – teils durch die Zuweisung neuer Aufgaben, teils durch die gewachsene Komplexität der bisherigen Aufgabenfelder. Dem kann der Aufsichtsrat in seiner hergebrachten Arbeitsweise nicht mehr gerecht werden. Unabdingbar sind die Einrichtung von mindestens drei, besser vier Ausschüssen und die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner nach den im Unternehmen erforderlichen Kompetenzen. Darüber hinaus sollte man über eine jährliche Weiterbildungs-Sitzung und ein kleines Büro des Aufsichtsrats mit zwei bis drei Mitarbeitern immerhin nachdenken.

Im übrigen sollte man nicht vergessen, daß alle diese Fragen mit der Gefahr einer Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gekoppelt sind. Denn diese schulden sorgfältige Arbeit, § 116 AktG. Und das bedingt sorgfältige Auswahl der Personen⁴² und sorgfältige Organisation.

⁴² Deswegen habe ich bereits in meiner Abhandlung von 2003 (ZIP 2003, 417) über ein „Auswahlverschulden“ der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat gesprochen, wenn diese bei ihren Vorschlägen an die Hauptversammlung zur Wahl bzw. Wiederwahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht sorgfältig genug vorgehen.

Eine Initiative der Koalition und der Landes-Justizminister gegen überhöhte Vorstandsbezüge und für effiziente Arbeit des Aufsichtsrats

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

Die Fraktionen von CDU/CSU und SPD haben am 17. März 2009 nach langen internen Beratungen in einem Arbeitskreis den Entwurf eines „Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)“ in den Bundestag eingebracht. Der Titel ist ein Euphemismus; denn die „Angemessenheit“ der Vorstandsbezüge fordert das Gesetz in § 87 AktG schon seit 1937. Und viel tut der Gesetzentwurf nicht, um das in Zukunft besser zu erreichen. Immerhin sind die neu geforderten „langfristigen Verhaltensanreize“ positiv zu sehen, während die ebenfalls neu geforderte „übliche Vergütung“ ein Fehlgriff ist: Eine übliche Vergütung für Vorstände gibt es nicht, allenfalls das Schielen auf den besser bezahlten Kollegen im Nachbar-Unternehmen; diese Formulierung sollte unbedingt gestrichen werden.

Positiv aber ist der Vorschlag zu werten, daß künftig alle Vergütungsentscheidungen im Gesamtaufsichtsrat getroffen werden müssen, der Präsidial- oder Vergütungsausschuß also nur noch zur Vorbereitung dieser Entscheidung eingesetzt werden kann: die Zahlung an Herrn Esser in der Sache Mannesmann hätte nach dieser Regelung nicht mit zwei „Ja“-Stimmen und zwei Enthaltungen im Ausschuß beschlossen werden können, sondern hätte ein Votum aller 20 Aufsichtsrats-Mitglieder erfordert. Die Umsetzung dieser Entscheidung in den Aufsichtsräten ist zwar mühsam, passt aber sehr gut zur individuellen Verantwortung jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, die der Gesetzentwurf durch einen zusätzlichen Satz im § 116 AktG betont.

Positiv zu werten ist schließlich auch die geplante Ausweitung der Publizitätspflicht hinsichtlich der individuellen Vergütung jedes Vorstandsmitglieds um Zusagen für Abfindungen (z.B. aus einer Koppelungsklausel im Anstellungsvertrag), Übergangsgelder und Pensionen, aber auch aus sog. change-of-control-Klauseln.

Ganz besonders positiv aber ist außerhalb des Vergütungsthemas die Initiative beider Fraktionen zu sehen, nachträglich eine Bestimmung in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen, wonach in einer vom Unternehmen für die Vorstände abgeschlossenen sogenannten Directors and Officers Insurance (D+O-Versicherung), also einer Versicherung ihrer Haftpflicht gegenüber dem Unternehmen, ein sogenannter Selbstbehalt vereinbart werden muß: die ersten Euro 100.000 des Schadens zahlt der pflichtwidrig handelnde Vorstand selbst. Der Kodex empfiehlt das seit eh und je, aber die Unternehmen und ihre

Vorstände sperren sich dagegen: diese Empfehlung des Kodex hat die höchste Ablehnungsquote. Denn die Haftungsnormen der §§ 93, 116 AktG wollen nicht nur die Schäden des Unternehmens kompensieren. Ihr Zweck ist mindestens auch die Prophylaxe: die Vorstände und Aufsichtsräte sollen von Rechts wegen zu Sorgfalt und Vorsicht angehalten werden. Dieses wichtige gesetzliche Anliegen aber wird unterlaufen, wenn die D+O-Versicherung das volle Risiko übernimmt. Hier ist ein Eingriff des Gesetzgebers tatsächlich angesagt.

Trotz dieser positiven Aspekte: Insgesamt wird das Gesetz die von weiten Teilen der Bevölkerung gewünschte und erhoffte Reduzierung der überhöhten Vorstandsgehälter nicht erreichen; dafür haben sich die Vorstände an ihre teilweise weit überhöhten Bezüge schon viel zu sehr gewöhnt.

Da die hierfür zuständigen Aufsichtsräte nicht hören wollen, muß der Eigentümer, sprich die Hauptversammlung der Aktionäre einschreiten und eine Obergrenze der Bezüge festlegen können. Dazu bedarf es allerdings einer Ergänzung des Aktiengesetzes in einem neuen Absatz 4 des § 87 AktG, wonach die Hauptversammlung berechtigt ist, einen solchen Beschluß zu fassen. Aufgrund einer Initiative von Vorstand und Aufsichtsrat der Bonner Solarworld AG soll deren Hauptversammlung am 20. Mai 2009 einen solchen Begrenzungsbeschluß fassen.

Inzwischen hat sich auch die Konferenz der Länder-Justizminister mit dem Thema befaßt und Beschlüsse gefaßt. Sie kommen zu ähnlichen Ergebnissen wie die Koalition, wollen aber vor allem die Zahl der Aufsichtsrats-Sitze einer Person auf fünf begrenzen und den Übergang vom Vorstand in den Aufsichtsrat an eine zweijährige Karenzfrist binden: beides sind sehr vernünftige Vorschläge. Die Aufgaben der Aufsichtsräte sind in den letzten 10 Jahren so ungewöhnlich stark gestiegen, daß mehr als fünf Aufsichtsrats-Sitze vernünftigerweise nicht zu leisten sind. Und auch die zweijährige Abkühlungsphase ist vernünftig: Herr v. Pierer wäre heute glücklich, hätte sie für ihn schon gegolten.

Ganz und gar unverständlich aber ist es, daß sich die Justizminister ausgerechnet gegen die Pflicht der Vorstände zur Selbstbeteiligung an ihrer D+O-Haftpflichtversicherung wenden. Diese Entscheidung ist nicht nur sachlich verfehlt und rechtlich problematisch, sie desavouiert aber auch die entsprechende Bestimmung des Deutschen Corporate Governance Kodex: ob das die Minister wußten und wollten?