Der Aufsichtsrat – Spagat zwischen gesetzlichen Vorgaben und wachsenden Herausforderungen*

*Eberhard Vetter***

Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . 104
1. Vorbemerkung . . . 104
2. Die Ausgangslage im Jahre 1965 . . . 104
3. Einflussfaktoren . . . 105
II. Das Leitungssystem der AG als Vorfrage . . . 108
1. Die Frage des Leitungssystems im Jahre 1965 . . . 108
2. Die aktuelle Diskussion . . . 109
III. Regelungsziele des AktG . . . 111
1. Allgemeine Ziele . . . 111
2. Spezielle Ziele bezogen auf den Aufsichtsrat . . . 111
a. Regelungsziele des deutschen Gesetzgebers . . . 111
b. Einflüsse des Gemeinschaftsrechts . . . 111
IV. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan in der Unternehmenspraxis . . . 112
1. Unterschiedliche Realstruktur der AG . . . 112
2. Themenbegrenzung . . . 113
V. Befugnisse des Aufsichtsrats . . . 113
1. Die Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat . . . 113
a. Die Beratungsaufgabe . . . 113
b. Beratung des Vorstands in strategischen Fragen . . . 116
c. Die aktienrechtlichen Schranken der Beratung durch den Aufsichtsrat 116
2. Zustimmungspflichtige Geschäfte gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG . . . 119
a. Die Bedeutung des Zustimmungsvorbehalts . . . 119
b. Die Entscheidung des Aufsichtsrats über das zustimmungspflichtige Geschäft . . . 120
3. Zwischenfazit: Übernahme unternehmerischer Mitverantwortung durch den Aufsichtsrat . . . 124
4. Exkurs: Schleichendes Streben des Aufsichtsrats nach Kompetenzerweiterung . . . 124
VI. Die Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer . . . 125
1. Die Funktion des Abschlussprüfers . . . 125
2. Die Beauftragung des Abschlussprüfers . . . 126
3. Vertragliche Redepflicht des Abschlussprüfers . . . 129

* Wesentlich erweiterter und um Fußnoten ergänzter Vortrag vom 26. März 2015 an der Universität Bonn im Rahmen des Symposiums 50 Jahre Aktiengesetz.

** Dr. iur, Rechtsanwalt und Partner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

VII. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats 130
1. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat 130
2. Der unabhängige Finanzexperte 133
3. Cooling-off für ehemalige Vorstandsmitglieder 136
4. Die sog. Frauenquote 138
5. Zwischenfazit: Beschränkung der Wahlfreiheit der Aktionäre 138
VIII. Qualifikation und Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. 139
1. Vorbemerkungen 139
2. Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder 140
a. Regulierung im Allgemeinen 140
b. Regulierung in speziellen Wirtschaftsbereichen 143
c. Das Aufsichtsratsmandat als Beruf 144
3. Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder 146
IX. Aufsichtsratsvergütung 147
1. Vergütungshöhe 147
2. Erfolgsorientierte Vergütung 149
3. Steuerliche Diskriminierung der Aufsichtsratsvergütung. 151
X. Schluss 152

I. Einleitung

1. Vorbemerkung

Wer aus Anlass des 50. Jahrestages des Aktiengesetzes 1965 Überlegungen zum Aufsichtsrat, seiner gesetzlichen Aufgaben, seiner Zusammensetzung sowie zur Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder anstellt, wird nicht umhin können, sich den Aufsichtsrat in seiner rechtstatsächlichen Ausprägung vor Augen zu führen, wie er im Jahre 1965 typischerweise seinen Aufgaben nachging und wie wir ihn heute wahrnehmen. Auf Basis dieser Erkenntnisse wird dann – so ist zu hoffen – ein Urteil darüber möglich sein, ob der Aufsichtsrat, der ja bereits eine lange Geschichte aufweist, mit allen seinen rechtlichen und tatsächlichen Änderungen, die in den letzten 50 Jahren erfolgt sind, als gelungene Einrichtung bezeichnet werden kann.

2. Die Ausgangslage im Jahre 1965

Im Jahre 1965 befand sich die deutsche Wirtschaft, soweit sie durch Aktiengesellschaften repräsentiert wurde, zu weiten Teilen in den festen Händen von Großaktionären, die viele Jahre später mit dem Begriff der sogenannten „Deutschland AG“ charakterisiert wurden.[1] Es ist nicht verwunderlich, dass diese enge wechselseitige Verflechtung

1 Dazu näher z.B. *Schwetzler/Sperling*, AG 2008, R 468 ff.; siehe auch *Adams*, AG 1994, 148 ff.; *Assmann*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1992, Einl. Rdn. 322; *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 301.

von Unternehmen auch Auswirkungen auf die Zusammensetzung und Arbeit des Aufsichtsrats hatte. Die Mitglieder des Aufsichtsrats, soweit es die Seite der Anteilseigner anbetrifft, wurden, wie sich zeitgenössischen Darstellungen entnehmen lässt, nicht vom Aufsichtsrat oder von den Aktionären, sondern typischerweise vom Vorstand ausgesucht,[2] der sich dabei zumeist primär von den Gesichtspunkten geschäftliche Beziehungen, Renommee, Nutzen für das Management und Dankbarkeit leiten ließ.[3] Bei einer derartigen Rekrutierungspraxis, die gleichwohl das (formale) Vorschlagsrecht des Aufsichtsrats gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG wahrt, liegt die Vermutung nahe, dass sich diese Situation über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats hinaus auch auf seine Arbeitsweise ausgewirkt hat, zumal das Aufsichtsratsmandat verbreitet als Ehrenamt verstanden wurde.[4] Das enge Beziehungsgeflecht verpflichtete zu Wohlverhalten und beeinträchtigte dadurch die Kontrollintensität des Aufsichtsrats. Angesichts dieser Rahmenbedingungen ist der vielfach zitierte und dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden der Deutsche Bank AG, *Hermann Josef Abs*, zugeschriebene Ausspruch nicht weiter verwunderlich, dass es leichter sei, eine Sau am eingeseiften Schwanz zu packen, als ein Aufsichtsratsmitglied in Regress zu nehmen.[5] Im Ergebnis deckte sich diese deftig formulierte Einschätzung durchaus mit dem nüchternen Befund im damaligen wissenschaftlichen Schrifttum, wonach die Organhaftung wegen unzureichender Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe in der Praxis keine große Rolle spielte.[6]

3. Einflussfaktoren

Diese Situation des Aufsichtsrats hat sich seit dem Jahre 1965 aus mehreren Gründen stark geändert. Das Ende der Deutschland AG durch Entflechtung der Beteiligungsportfolios der Banken und Versicherungen ist vor allem durch den starken Druck der Kapitalmärkte sowie die wachsende Fokussierung auf den Shareholder Value herbeigeführt worden.[7] Heute befinden sich die Aktien der DAX 30-Gesellschaften zu über

2 *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 91; *Fischer*, AcP 154 (1955), 85, 111; siehe aus jüngerer Zeit z.B. *Frühauf*, ZGR 1998, 407, 417; *Lambsdorff*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 217, 221; *Semler*, FS Lutter, 2000, S. 721, 725; bemerkenswert auch die Schilderung von *Habersack*, ZSR 124 (2005) II, 533, 567.

3 *Fischer*, AcP 154 (1955), 85, 111; Baumbach/*Hueck*, AktG, 13. Aufl. 1968, § 95 Rdn. 2; *Mestmäcker,* aaO (Fn. 2), S. 91; *G. H. Roth/Wörle*, ZGR 2004, 565, 607; *Würdinger*, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl. 1966, S. 129; *Wiethölter*, Interessen und Organe der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961, S. 301; siehe auch *Frühauf*, ZGR 1998, 407, 416; zum Ganzen *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel, 2008, S. 417 ff.

4 *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 21 Rdn. 10; siehe schon *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaften, Bd 2, 1904, S. 366, „Ehrenposten neben seiner sonstigen Berufstätigkeit"

5 Siehe z.B. *Baums*, ZIP 1995, 11, 13; aus Sicht der Unternehmenspraxis *Frühauf*, ZGR 1998, 407, 412.

6 *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 1981, S. 186; *Saage*, DB 1973, 115, 118; *Ulmer*, NJW 1980, 1603; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 624.

7 *Andres/Betzer/van den Bongard*, Kredit und Kapital 2011, 185 ff.

60 % in ausländischer Hand;[8] bei den Gesellschaften im M-DAX und S-DAX liegt der Anteil ausländischer Aktionäre noch höher.[9] Der Zerfall der Deutschland AG sowie die Internationalisierung des Aktionärskreises, die sich längst auch in der personellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats niedergeschlagen haben, veränderte zwangsläufig die Situation des Aufsichtsrats insgesamt.[10]

Vor allem aber hat der Gesetzgeber, angetrieben von dem Bestreben die *„Kluft zwischen Aktienrecht und Aktienwirklichkeit"*[11] zu reduzieren, die Entwicklung geprägt. Dessen *„Aktienrechtsreform in Permanenz"*,[12] die insbesondere in den letzten zwei Jahrzehnten stattgefunden hat, hat wichtige Veränderungen in den Aufgaben, der Arbeitsweise und der Zusammensetzung des Aufsichtsrats herbeigeführt. Ausgangspunkt für das Tätigwerden des Gesetzgebers waren oftmals spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche, bei denen in der öffentlichen Diskussion meist die Verantwortung des Aufsichtsrats besonders in den Blick geriet, während die Verantwortung des Vorstands als dem die Geschicke des Unternehmens steuernden Geschäftsführungsorgan kaum oder überhaupt nicht erwähnt wurde.[13] Stets verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats und seine Kompetenz gegenüber dem Vorstand zu stärken.[14]

An der Fortentwicklung des Aktienrechts hinsichtlich des Aufsichtsrats hat auch die Rechtsprechung einen ganz wesentlichen Anteil. Insbesondere durch eine Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen sind die Aufgaben des Aufsichtsrats in der Kompetenzordnung der AG, seine innere Ordnung wie auch die Verantwortung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder geschärft und konkretisiert worden.[15]

Schließlich sind als weitere maßgebliche Einflussfaktoren die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts hinzugekommen, die auf den Aufsichtsrat, seine Arbeit und seine Zusammensetzung einwirken. Zu nennen sind dabei in erster Linie verschiedene Eu-

8 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht September 2014, S. 27; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.9.2014, S. 25.

9 Gemeinschaftsstudie der *Cometis AG* und *Ipreo Ltd.*, Wem gehört der börsennotierte Mittelstand, update 2015, abrufbar unter http://www.cometis.de/publikationen-news/studien-panel/studien.html.

10 Skeptisch hinsichtlich der Veränderung der Rekrutierungspraxis des Aufsichtsrats aber *Ruhwedel/Epstein*, Der Aufsichtsrat 12/2004, S. 3, 4; siehe auch *Dohmen/Hesse/Maler*, Der Spiegel 52/2013, S. 58 ff.

11 *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 609.

12 Zu diesem Begriff vgl. *Zöllner*, AG 1994, 336 ff.

13 Ebenso *Doralt*, FS Hopt, 2010, S. 3059, 3060 Fn. 7; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 842; *Lutter*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. 2, Kap. 8 Fn. 162; *Wirth*, ZGR 2005, 327; zuvor bereits *Endres*, ZHR 163 (1999), 441, 453.

14 Siehe nur Regierungsbegründung zum KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 ff.; Regierungsbegründung zum TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 10, 14 ff.; Regierungsbegründung zum BilMoG, BT-Drs. 16/10067, S. 101 ff.; Regierungsbegründung zum VorstAG, BT-Drs. 16/12278, S. 5 ff.

15 Siehe dazu z.B. *Hommelhoff*, ZHR 151 (1987), 493, 502 ff.; *Lutter*, aaO (Fn. 13), Kap. 8 Rdn. 82 ff.; ferner auch *Werner*, Der Konzern 2010, 168 ff.; *ders.*, Der Konzern 2011, 208 ff.; *ders.*, Der Konzern 2012, 153; *ders.*, Der Konzern 2013, 315 ff.; *ders.*, Der Konzern 2014, 127 ff.

ropäische Richtlinien, die über den deutschen Gesetzgeber die Rechtsgrundlagen des Aufsichtsrats stark beeinflusst haben.[16] Aber auch Empfehlungen der Europäischen Kommission[17] sowie verschiedene Grünbücher zur Corporate Governance[18] haben ihre Wirkung gezeigt. Es bedarf keiner großen Gabe, um vorherzusagen, dass die verschiedenen europäischen Aktionsstränge auch in Zukunft gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Feld des Aufsichtsrats anstoßen werden.

Als weiterer wesentlicher Faktor ist der Deutsche Corporate Governance Kodex zu nennen, der im Jahre 2002 erstmals vom Bundesministerium der Justiz bekannt gemacht wurde. Der Kodex, der dem Aufsichtsrat einen eigenen Abschnitt widmet, entfaltet zwar keine rechtliche Bindungswirkung,[19] ihm kommt aber gleichwohl Regulierungsfunktion zu.[20] Durch die best-practice Empfehlungen des Kodex, zu denen sich Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft gemäß § 161 AktG erklären müssen und die von den betroffenen Gesellschaften in hohem Maße beachtet werden,[21] verfügt er über hohen faktischen Einfluss auf die praktizierte Corporate Governance der AG und hat dadurch maßgeblich zur Verrechtlichung der Aufsichtsratstätigkeit beigetragen.[22]

Zuletzt darf bei den auf den Aufsichtsrat einwirkenden Faktoren nicht die bisweilen vehement betriebene Interessenvertretung ausländischer institutioneller Aktionäre[23] sowie von Stimmrechtsberatern (Proxi Advisors)[24] vergessen werden. Institutionelle Anleger verstehen sich dabei zunehmend auch als *„kritische Wächter guter Unternehmensführung"*.[25] Interessenwahrnehmung findet zwar nicht immer auf

16 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006, ABl. Nr. L 157/87.

17 Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- Aufsichtsrats, 2005/162/EG, ABl. Nr. L 52-/51.

18 Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen vom 5.4.2011, KOM (2011) 164/3; dazu z.B. *Bachmann*, WM 2011, 1301 ff; Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM (2010) 284 endgültig.

19 OLG München 6.8.2008 – 7 U 5628/07 – MAN/Piëch, AG 2009, 294; Hüffer/*Koch*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 161 Rdn. 3; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rdn. 55; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 161 Rdn. 7; *E. Vetter*, NZG 2008, 121, 123.

20 *Leyens*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2012, § 161 Rdn. 26; *E. Vetter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 161 AktG Rdn. 4; *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, 167; skeptisch *Bachmann*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 75, 81.

21 Rechtstatsachen bei *von Werder/Bartz*, DB 2013, 885; *dies*., DB 2012, 869; *von Werder/Böhme*, DB 2011, 1285, 1345.

22 Ebenso *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125, 139; *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173; *Krieger*, ZGR 2012, 202, 215.

23 Siehe z.B. *Wilsing*, ZGR 2012, 291 ff.; eingehend *Heuser*, Shareholder Activism, 2012; zuletzt *Schockenhoff/Culmann*, ZIP 2015, 297 ff.

24 Dazu z.B. *Uwe H. Schneider/Anzinger*, NZG 2007, 88, 89; *Fleischer*, AG 2012, 2 ff.; *Klöhn/Schwarz*, ZIP 2012, 149 ff.

25 So z.B. *Wilhelm*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6.5.2015, S. 25; ähnlich auch *Hirt*, ZGR 2012, 280, 283.

transparenten Wegen statt, erweist sich aber als äußerst wirksam. Erinnert sei nur an die Vorgänge bei den Aufsichtsratswahlen in der Hauptversammlung der Infineon AG im Jahre 2010,[26] der Lufthansa AG im Jahre 2013[27] oder der ThyssenKrupp AG im Frühjahr 2015.[28]

II. Das Leitungssystem der AG als Vorfrage

1. Die Frage des Leitungssystems im Jahre 1965

Richtet man den Blick auf die derzeitige Position des Aufsichtsrats im Gefüge der AG, so kann dies nicht ohne Hinweis auf die grundsätzliche Frage nach der geeigneten Form des Leitungssystems in der AG geschehen. Bereits bei den Beratungen des AktG 1965 hatte der Streit über die Beibehaltung des dualistischen Systems aus Vorstand und Aufsichtsrat oder den Wechsel zu dem in anderen Rechtsordnungen verbreiteten monistischen System besondere Bedeutung. Die Diskussion um die Konkurrenz der beiden Systeme ist alt. Bereits der 34. Deutsche Juristentag 1926 in Köln hatte sich eingehend mit der Frage der generellen Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht und dabei insbesondere auch mit der Übernahme des Board-Modells ins deutsche Recht befasst,[29] konnte aber einen Systemwechsel nicht befürworten.[30] Die Systemfrage ist dann im Jahre 1961 besonders durch die Habilitationsschrift von *Rudolf Wiethölter* befördert worden, der den Aufsichtsrat als Minister ohne Portefeuille bezeichnete und für die Übernahme des amerikanischen Board-Systems in das deutsche Aktienrecht plädierte.[31] Der Gesetzgeber des AktG 1965 hat diese Überlegungen nicht aufgegriffen und sich vielmehr eindeutig für die Beibehaltung des dualistischen Systems und eine klare Trennung der Kompetenzen der beiden Organe der AG entschieden.[32] Ausdrücklich schließt § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG – wie schon die Vorläufernorm § 95 Abs. 5 Satz 1 AktG 1937 – den Aufsichtsrat von der Geschäftsführung der Gesellschaft aus. In der Kommentierung von *Wolfgang Hefermehl* heißt es dazu

26 Siehe z.B. http://www.welt.de/wirtschaft/article6356280/Wucherer-ist-neuer-Aufsichts ratschef-bei-Infineon.html; Börsenzeitung vom 12.2.2010, S. 9.

27 Siehe z.B. http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/lufthansa-wusste-frueh-von-widerstand-grosser-aktionaere-gegen-mayrhuber-a-898595.html; *Frühauf/Knop*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5.6.2013, S. 15; *Wadewitz*, Börsenzeitung vom 17.5.2013, S. 8.

28 Süddeutsche Zeitung vom 31.1.2015, S. 26.

29 Siehe dazu *Lehmann*, Gutachten für den 34. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, Bd. I, 1926, S. 258.

30 *Von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 161 ff.; *J. Schmidt*, in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 259, 280.

31 *Wiethölter*, aaO (Fn. 3), S. 305 ff.; dagegen z.B. *Geßler*, BB 1961, 1135; *G. H. Roth*, Das Treuhandmodell des Investmentrechts, 1972, S. 315 ff.; *Stammberger*, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, 1962, S. 14, 21.

32 Begründung des Regierungs-Entwurfs, abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 95; *Kropff*, in: Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, S. 3, 17; *Stammberger,* aaO (Fn. 31), S. 14, 21; siehe auch *Lutter*, aaO (Fn. 13), Kap. 8 Rdn. 60.

kurz und bündig: „*Leitung und Kontrolle sind verschiedene Tätigkeiten, so dass eine dualistische Konzeption geboten ist*".[33]

2. *Die aktuelle Diskussion*

Die Diskussion um das Leitungssystem der AG und damit um die richtige Ausgestaltung der Corporate Governance der AG ist bis heute nicht verstummt.[34] Festzuhalten ist allerdings, dass eine Überlegenheit des monistischen Systems bislang nicht belegt werden konnte;[35] ebenso wenig allerdings auch das Gegenteil, wie Berichte von englischen und US-amerikanischen Autoren belegen.[36] In beiden Systemen sind im Übrigen skandalöse Unternehmenszusammenbrüche bekanntgeworden (z.B. Enron, Tyco, WorldCom einerseits und Holzmann, Karstadt, Metallgesellschaft andererseits). Zudem bewegen sich one-tier-System und two-tier-System in der Praxis, wie auch die Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex zutreffend feststellt, jedenfalls bei großen börsennotierten Unternehmen aufeinander zu.[37] An dieser Entwicklung hat wohl nicht zuletzt die Globalisierung der Kapitalmärkte wie auch die von Ziff. 5.4.1 Abs. 2 Deutscher Corporate Governance Kodex adressierte Diversität der Aufsichtsratsbesetzung, speziell die internationale Zusammensetzung der Mitglieder, in den großen börsennotierten Gesellschaften einen erheblichen Anteil.

Schon vor einigen Jahren ist vorgeschlagen worden, den Aktionären der AG die Wahl zwischen dem monistischen System als Alternative zum bestehenden dualistischen System zu eröffnen.[38] Auch der Aktionsplan der Europäischen Kommission

33 *Hefermehl*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1973, Vorbemerkung zu § 76 Rdn. 7.

34 Siehe nur *Baums*, ZIP 1995, 11, 14; *Habersack*, ZSR 124 (2005) II, 533, 537; *Leyens*, RabelsZ 67 (2003), 59, 69; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 636 ff.; *Theisen*, AG 1989, 161 ff.; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, S. 175 ff.; Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn. 48.

35 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 18, 48; *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125, 132; *Cromme*, Aktuelle Fragen der Corporate Governance, 2003, S. 8; *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 527; *Henssler*, FS Ulmer, 2003, S. 193, 200; *Leyens*, RabelsZ 67 (2003), 59, 96; skeptisch *Davies*, ZGR 2001, 268, 284; empirische Angaben bei *Bleicher*, Der Aufsichtsrat im Wandel, 1987, S. 50 ff.

36 *Buxbaum*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 65, 69 ff.; *Davies*, ZGR 2001, 268, 284.

37 *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125, 126; *Cromme*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 283, 284 ff.; *Hopt*, ZGR 2000, 779, 784; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdn. 91 ff.; *Kraakman*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 129, 132 ff.; früher schon *Windbichler*, ZGR 1985, 50, 64; zurückhaltend hingegen *Davies*, ZGR 2001, 268, 282.

38 *Bachmann*, FS Hopt, 2010, S. 337, 340; *Bayer*, Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?, Gutachten E, Verhandlungen 67. Deutscher Juristentag Erfurt, 2008, Bd. I, E 113; *Baums*, GS Gruson, 2009, S. 1, 4 ff; *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 528; *Habersack*, Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung, Gutachten E Verhandlungen 69. Deutschen Juristentag München, Bd. I, 2012, E 103; *Henssler*, FS Ulmer, 2003, S. 193, 201; *Hopt*, ZGR 2000, 779, 815; *Hopt*, FS

vom 21.5.2003[39] und die darauf aufsetzende Kommissionsempfehlung vom 15.2.2005[40] sehen für die Aktionäre ein Wahlrecht zwischen den beiden Systemen vor. Für diese Alternativlösung hat sich unter anderem im Jahre 2012 auch der 69. Deutsche Juristentag ausgesprochen.[41] Der deutsche Gesetzgeber hat sich gegenüber diesen Anregungen bisher leider unbeeindruckt gezeigt. Gleichwohl fällt die Feststellung nicht schwer, dass das Thema der Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung des Leitungssystems der AG weiterhin relevant bleiben wird. Dazu wird nicht zuletzt die Entwicklung der Societas Europeae (SE) beitragen,[42] für die den Aktionären nach Art. 38 lit. b SE-Verordnung die freie Wahl zwischen beiden Systemen offensteht. Bisweilen ist es gerade diese Wahlmöglichkeit, die den Grund für die Entscheidung der Aktionäre für die Rechtsform der SE ausmacht.[43] Das Interesse an der monistischen Struktur mag in Gesellschaften, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegen, relativ gering sein.[44] Anders ist dies aber bei Gesellschaften, die nicht mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen; ihr Aufsichtsrat unterliegt nicht der Arbeitnehmermitbestimmung. Im Konzern bleibt der Aufsichtsrat u.U. auch vollkommen mitbestimmungsfrei, wenn die Gesamtzahl der Mitarbeiter 2000 nicht übersteigt. Diese Situation trifft z.B. für nicht wenige junge börsennotierte Gesellschaften im Bereich der IT- oder Biotech-Branche zu. Es bleibt zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber die Vorschläge aufgreift und den Aktionären anheimstellt, welche Organisationsstruktur sie für die Verwaltung ihrer AG bevorzugen wollen.[45] Dabei ist nicht zu befürchten, dass der Aufsichtsrat in diesem Fall zum Auslaufmodell wird. Sollte sich der Gesetzgeber jedoch für Wahlfreiheit in der AG entscheiden, ist nicht auszuschließen, dass dadurch auch der Aufsichtsrat der AG mit dualistischem System in seinen Kompetenzen und seiner Arbeitsweise weit mehr als heute einem zunehmenden Veränderungsdruck ausgesetzt sein wird, der den Erfahrungen aus der AG mit monistischer Leitungsstruktur entspringt.

Westermann, 2008, S. 1039, 1051; *Krieger*, Referat, Verhandlungen 67. Deutscher Juristentag Erfurt, Bd. II/1, 2009, N 25, 48; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235, 256; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, ZIP 2003, 1909, 1911.

39 Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan Kom (2003) 284 endgültig.

40 Siehe oben Fn. 13.

41 Beschluss Nr. 19, Verhandlungen der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung, 69. Deutscher Juristentag München, Bd. II/2, 2013, N 234; anders noch Beschluss Nr. 19, Verhandlungen der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung, 67. Deutschen Juristentag Erfurt, Bd. II/2, 2009, N 242.

42 So bereits *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 282; *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, 175; siehe auch *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 521 ff.; zurückhaltender jedoch *Marsch-Barner*, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Handbuch börsennotierte AG, 3. Aufl. 2014, § 3 Rdn. 42; siehe auch *Bachmann*, AG 2012, 565, 572.

43 Siehe dazu z.B. *Bayer/J. Schmidt*, AG 2007, R 192 ff.; *Bayer/J. Schmidt*, AG 2008, R 31 ff.

44 Siehe dazu *Hommelhoff*, in diesem Band, S. 13, 21.

45 Kritisch z.B. *Kort*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, vor § 76 Rdn. 12; siehe auch die Diskussionsbeiträge von *Hommelhoff*, *Theisen* und *Ziemons*, Verhandlungen der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung, 69. Deutscher Juristentag München, Bd. II/2, 2013, N 193, 194, 195, 199, 200.

III. Regelungsziele des AktG

1. Allgemeine Ziele

Der Gesetzgeber bekannte sich im AktG 1965 ausdrücklich zur Verfolgung verschiedener Regelungsziele. Ein Ziel war die Verbesserung der Rechte der Aktionäre.[46] So ging es unter anderem um die Stärkung der AG als Kapitalsammelstelle durch Beschränkung der Rechte der Verwaltung zur Bildung freier Rücklagen und dem Verbot der Bildung stiller Rücklagen, die Sicherung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung sowie den Gläubiger- und Minderheitenschutz im Rahmen von Unternehmensverbindungen.[47]

2. Spezielle Ziele bezogen auf den Aufsichtsrat

a. Regelungsziele des deutschen Gesetzgebers

Ein wesentliches Ziel des AktG 1965 war die Stärkung der Stellung des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand wie auch die Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit.[48] Diesem Leitgedanken ist der Gesetzgeber in den letzten zwei Jahrzehnten treu geblieben, wie sich den Regierungsbegründungen zum KonTraG, TransPuG, BilMoG und VorstAG entnehmen lässt.[49] Die Maßnahmen des Gesetzgebers sind zugleich nachdrücklicher Beleg dafür, dass die Verbesserung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats in einer dynamischen Wirtschaft eine permanente Herausforderung darstellt.

b. Einflüsse des Gemeinschaftsrechts

Ungeachtet der politischen Zielsetzung der Stärkung des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan kann nicht ausgeblendet werden, dass die Wahrnehmung der Überwachungsfunktion durch den Aufsichtsrat vielfach kritisch betrachtet wird und grundsätzlich auch andere Wege zur Verbesserung der Überwachung der Geschäftsleitung denkbar sind. Skepsis gegenüber der Unternehmensüberwachung durch den Aufsichtsrat lässt sich etwa bei der EU-Kommission feststellen.[50] Sie will offenkundig die (Mit-)Überwachung der Aktionäre, insbesondere die institutionellen Investoren, aktivieren und nimmt dabei ausdrücklich speziell die Gesellschaften mit dualem Lei-

46 Begründung des Regierungs-Entwurfs, abgedruckt bei Kropff (Hrsg.), Aktiengesetz, 1965, S. 15, 16.
47 Siehe dazu z.B. *Stammberger*, aaO (Fn. 31), S. 14, 15.
48 Begründung des Regierungs-Entwurfs, abgedruckt bei Kropff (Hrsg.), Aktiengesetz, 1965, S. 15; Baumbach/*Hueck*, aaO (Fn. 3), Einl. Rdn. 13; *Hefermehl*, aaO (Fn. 33), Vorbemerkung zu § 76 Rdn. 12; *Kropff*, in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre AktG, 1991, S. 19, 38.
49 Siehe die Angaben oben in Fn. 14.
50 Ebenso schon *Hommelhoff*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 2012, S. 175, 183.

tungssystem in den Blick.[51] Der jüngst vorgelegte Vorschlag zur Änderung der Aktionärs-Richtlinie[52] sieht einen verbindlichen Say-on-pay-Beschluss der Hauptversammlung hinsichtlich des Vorstandsvergütungssystems[53] vor und auch bei den sog. *related party transactions* soll der Hauptversammlung eine besondere Entscheidungskompetenz eingeräumt werden. Beide Änderungsvorschläge bezwecken die Stärkung der Mitspracherechte der Aktionäre und müssen auch als Reaktion auf das Versagen des Aufsichtsrats bei der verantwortungsbewussten Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgabe verstanden werden.[54] Ob die verstärkte Einbeziehung der Aktionäre, insbesondere der institutionellen Investoren, in die Unternehmensüberwachung eine Gewähr für eine Steigerung der Überwachungsqualität bedeutet, wird man angesichts der nicht selten intransparenten und meist kurzfristigen Orientierung der Investoren bezweifeln müssen.[55]

IV. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan in der Unternehmenspraxis

1. Unterschiedliche Realstruktur der AG

Der Aufsichtsrat der AG ist nach dem Gesetz nahezu ausschließlich als Überwachungsorgan konzipiert. Er nimmt aber z.B. hinsichtlich der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder auch Geschäftsführungsaufgaben wahr. In der Realität der Unternehmen weist der Aufsichtsrat der AG kein einheitliches Erscheinungsbild auf. Die konkrete Ausgestaltung und personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats hängt vielmehr von besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Einflussfaktoren in der jeweiligen Gesellschaft ab. So kommen für den Aufsichtsrat der börsennotierten AG zahlreiche aktienrechtliche und kapitalmarktrechtliche Vorschriften zur Anwendung, die bei der nicht-börsennotierten AG nicht gelten, dort in der Praxis aber gleichwohl nicht völlig außer Betracht bleiben. Deutliche faktische Unterschiede zeigen sich beim Aufsichtsrat der großen DAX-Unternehmen im Vergleich zu anderen börsennotier-

51 Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen COM(2012) 740/2, Ziff. 3.1; dahin gestellt bleibt, ob man dabei von Zwangsaktivierung der institutionellen Investoren sprechen kann, so *Bachmann*, WM 2011, 1301, 1305.

52 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung vom 9.4.2014, COM (2014) 213 final.

53 Zum derzeit unverbindlichen Say-on-pay-Beschluss nach § 120 Abs. 4 AktG siehe z.B. *Fleischer/Bedkowski*, AG 2009, 677 ff.; *E. Vetter*, ZIP 2009, 2136 ff.

54 Ebenso *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 8; *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2699; drastisch etwa *Jahn*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.3.2013, S. 11: „Aufsichtsräte haben bei der Begrenzung von Vorstandsgehältern glatt versagt"; ähnlich zuvor schon *Döring*, Börsenzeitung vom 12.6.2009, S. 8.

55 *Cromme*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 283, 291; *Fleischer/Strothotte*, AG 2011, 221, 227.

ten Gesellschaften.[56] Besonderheiten gelten auf Grund der Vorgaben des KWG und VAG schließlich für den Aufsichtsrat der Unternehmen der regulierten Wirtschaft.[57] Teilweise hat auch der Aufsichtsrat einer AG, deren Aktien im Eigentum einer Kommune stehen, besondere Regeln zu beachten.[58] Zuletzt ist die Familien-AG zu nennen, bei der infolge der Zusammensetzung des Aktionärskreises nicht selten ebenfalls Besonderheiten im Aufsichtsrat festzustellen sind.[59]

2. Themenbegrenzung

Der nachfolgende Überblick konzentriert sich auf die börsennotierte AG, die in den letzten 20 Jahren aus rechtlicher Sicht zweifelsfrei die meisten Änderungen erfahren hat und für die das AktG 1965 bei seinem Inkrafttreten weder gesonderte Regelungen vorsah noch darin eine besondere Kategorie erkannte. Im Rahmen des begrenzten Umfangs eines Referats kann jedoch nur auf einige wenige ausgewählte aus Sicht des Referenten bedeutsame Entwicklungen eingegangen werden,[60] die durch den Gesetzgeber, die Rechtsprechung oder die gesellschaftliche Strömungen erfolgt sind und die sich auf den Aufsichtsrat in der heutigen Form auswirken. Die Annäherung soll dabei unter drei Aspekten erfolgen, die eng miteinander verknüpft sind, nämlich die Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrats, seine personelle Zusammensetzung sowie die Qualifikation des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds.

V. Befugnisse des Aufsichtsrats

1. Die Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat

a. Die Beratungsaufgabe

Nach § 111 Abs. 1 AktG obliegt dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsleitung. Überwachungsmaßstab ist dabei die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit sowie Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.[61] Die Beratung, die ein zentrales Element der

56 Ebenso *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125.

57 Siehe dazu z.B. *Dreher/Häußler*, ZGR 2011, 471, 487; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 1450 ff.

58 Siehe dazu z.B. *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 1421 ff.; *Maser*, BOARD 2015, 19 ff.; *Möller*, Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrats in öffentlichen Unternehmen der Kommunen, 1999, S. 91 ff.

59 Siehe dazu z.B. *Kormann*, Der Aufsichtsrat 2008, 157 ff.; *Laschet/Schweinsberg*, BOARD 2011, 102 ff.; *Paul*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.12.2013, S. 18; vgl. auch *Koeberle-Schmid*, DB 2009, 1249 ff.

60 Für einen umfassenden historischen Überblick siehe *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 417 ff.; *Lutter*, aaO (Fn. 13), Kap. 8 Rdn. 80 ff.

61 *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 111 Rdn. 20 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 111 Rdn. 15; *Habersack*, in: MünchKomm. AktG, 4. Aufl. 2014, § 111 Rdn. 42; *Henze,* BB 2001, 53, 59; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm.

Aufsichtsratskompetenz ist,[62] ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt und nur an versteckter Stelle angesprochen, nämlich im Zusammenhang mit den Berichtspflichten des Vorstands nach § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Danach soll der Aufsichtsrat Gelegenheit haben, zu den Berichten des Vorstands über Geschäfte von wesentlicher Bedeutung Stellung zu nehmen. Diese Verortung spiegelt nicht nur das Gewicht wieder, das die Regierungsbegründung zum AktG 1965 der Beratungsfunktion des Aufsichtsrates zugemessen hat, sondern entspricht auch den damaligen verbreiteten Vorstellungen in der Kommentarliteratur.[63] Der Referentenentwurf des Aktiengesetzes aus dem Jahre 1958 hatte noch ausdrücklich die Pflicht des Aufsichtsrats vorgesehen, zur künftigen Geschäftspolitik und zu bedeutsamen Geschäften Stellung zu nehmen. Diese Regelung wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren gestrichen.[64]

Die Beurteilung der Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats hat sich – eingeleitet durch das Schrifttum[65] – vor genau 24 Jahren deutlich geändert, indem der BGH im Fall Deutscher Herold im Jahre 1991[66] deutlich gemacht hat, dass der Aufsichtsrat nicht nur ex post tätig werden darf und nur abgeschlossene Vorgänge zu prüfen hat. Vielmehr zählt auch die Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat im Wege der ständigen Diskussion zum festen Bestandteil von dessen gesetzlicher Überwachungsfunktion. Die in die Zukunft gerichtete Beratung, die neben die nachträglich kontrollierende und die begleitende Überwachung tritt, gehört demnach gleichermaßen zu seiner Aufgabe gemäß § 111 Abs. 1 AktG, zu deren Wahrnehmung der Aufsichtsrat nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist.[67] Heute ist die institutionelle Beratungsfunktion des Aufsichtsrats als zukunftsorientierter Teil der Überwachung praktisch unumstritten.[68]

AktG, 3. Aufl. 2013, § 111 Rdn. 14; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 111 Rdn. 14; *E. Vetter*, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Handbuch börsennotierte AG, 3. Aufl. 2014, § 26 Rdn. 10 ff.

62 *Boujong*, AG 1995, 203, 205: „das kontinuierliche Element der Überwachungsaufgabe"; zurückhaltender *Cahn*, in: Veil (Hrsg.), Unternehmensrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 139, 144; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), Vorb. § 95 Rdn. 9; früher bereits *Mertens*, AG 1980, 67, 68.

63 Siehe nur Baumbach/*Hueck*, aaO (Fn. 3), § 111 Rdn. 5; *Meyer-Landrut*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1971, § 111 Anm. 1; anders bereits *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1973, § 111 Rdn. 36.

64 Begründung des Regierungs-Entwurfs, abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 120; siehe Bundesjustizministerium (Hrsg.), Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, 1958, S. 238; *Lutter*, aaO (Fn. 13), Kap. 8 Rdn. 73.

65 Nachweise in BGH 25.3.1991 – II ZR 188/89 – Deutscher Herold, BGHZ 114, 127, 130.

66 BGH 25.3.1991 II ZR 188/89 – Deutscher Herold, BGHZ 114, 127, 130; dazu *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 90 ff.; siehe auch BGH 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 344; BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 – ARAG-Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 255.

67 *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 111 Rdn. 26; *Hüffer*, NZG 2007, 47; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 137; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 103; *Schick*, in: Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 111 Rdn. 4; differenzierend *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 62.

68 *Deckert*, AG 1997, 109, 110; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 39; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 288; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 111 Rdn. 13; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 103; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 26 Rdn. 15; a.A. *Theisen*, AG 1995, 193,

Die Beratung durch den Aufsichtsrat wird in der Praxis von einem umsichtigen und verantwortungsbewussten Vorstand auch eingefordert, und zwar bisweilen sogar unabhängig davon, ob es sich etwa um ein zustimmungspflichtiges Geschäft im Sinne von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG handelt oder ob der Vorstand gemäß § 90 AktG überhaupt zur Berichterstattung in der konkreten Angelegenheit verpflichtet ist. Dies ist zu begrüßen, denn wie vom BGH betont, handelt es sich bei der Beratung um ein wesentliches in die Zukunft gerichtetes Element der gesetzlichen Überwachungsaufgabe.[69]

Der Blick auf die zukunftsorientierte Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats wurde zudem im Jahre 1998 durch das KonTraG geschärft, indem in § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG hinsichtlich der Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat als Berichtsgegenstand die beabsichtigte Geschäftspolitik und die grundsätzlichen Fragen der künftigen Geschäftsführung ausdrücklich auch die Unternehmensplanung aufgenommen wurde. Kurze Zeit später wurde durch das TransPuG im Jahre 2002 darüber hinaus die Verpflichtung des Vorstands zur follow-up-Berichterstattung festgeschrieben.[70] Im Bereich der regulierten Wirtschaft wird z.B. seit dem Jahre 2014 in § 25d Abs. 6 Satz 2 KWG die Erörterung der Strategie als ausdrückliche Aufgabe des Aufsichtsrats erwähnt, der dafür ausreichend Zeit vorzusehen hat. Für Versicherungsunternehmen gilt im Übrigen nichts anderes, auch wenn das VAG keine entsprechende Regelung enthält.[71]

Die besondere Bedeutung, die der Beratungsfunktion des Aufsichtsrats zukommt, ist, dass sie sehr frühzeitig ansetzt und damit die Möglichkeit eröffnet, Aktivitäten des Vorstands zu einem Zeitpunkt in den kritischen Blick zu nehmen, zu dem der Vorstand unter Berücksichtigung der Diskussion mit dem Aufsichtsrat vielfach noch Einfluss auf die weitere Durchführung nehmen kann. Möglichen unternehmerischen Fehlentwicklungen kann so frühzeitig entgegengewirkt werden.[72] Mit der Beratungsfunktion wird dem Aufsichtsrat jedoch keine eigene Gestaltungszuständigkeit eingeräumt. Der Aufsichtsrat kann dem Vorstand seine Vorstellungen zur Unternehmenspolitik nicht aufdrängen.[73] Erst recht steht dem Aufsichtsrat kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu.[74] Dies bedingt seitens des Aufsichtsrats, insbesondere in

199; *ders.*, AG 1998, 153, 163; siehe auch *Meyer-Landrut*, aaO (Fn. 63), § 114 Anm. 2; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005, S. 107.

69 BGH 25.3.1991 – II ZR 188/89 – Deutscher Herold, BGHZ 114, 127, 130; BGH 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 345; BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 – ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 255.

70 Siehe dazu Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34) , Rdn. 24; *Leyens*, aaO (Fn. 67), S. 144.

71 Ebenso *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 1494.

72 *Boujong*, AG 1995, 203, 205; *Henze*, BB 2005, 165; *Lieder*, aaO (Fn.3), S. 797; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 103; *Schönberger*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 59.

73 *Goette*, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 126; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 40; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 111 Rdn. 10; *Säcker/Rehm*, DB 2008, 2814, 2818; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 11.

74 BGH 5.5.2008 – II ZR 108/07, AG 2008, 541, 542; OLG Köln 28.7.2011 – 18 U 213/10, AG 2011, 838; *Bürgers/Israel*, in: Bürgers/Körber, AktG, 3. Aufl., § 111 Rdn. 4; *Fleischer*, in:

der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden, hinsichtlich der Zusammenarbeit mit dem Vorstand ein hohes Verantwortungsbewusstsein und eiserne Selbstbeschränkung, was in der Praxis bisweilen vergessen wird.[75]

b. Beratung des Vorstands in strategischen Fragen

Im Rahmen des ständigen Dialogs zwischen Aufsichtsrat und Vorstand bildet die verantwortungsvolle und kritische Erörterung der vom Vorstand formulierten strategischen Ausrichtung des Unternehmens – anders als noch vor 25 Jahren[76] – eines der wichtigsten Themen der Beratung durch den Aufsichtsrat.[77] Der Aufsichtsrat ist aufgefordert, die strategischen Weichenstellungen des Vorstands und die Zukunftsfragen der Gesellschaft zu einem sehr frühen Zeitpunkt zu beurteilen. Dabei kommt es in besonderem Maße auf die Erfahrungen der Aufsichtsratsmitglieder und ihre Kenntnisse aus anderen Märkten und Lebensbereichen an. Das kritische Hinterfragen der Strategie hinsichtlich Klarheit und Konsistenz sowie Plausibilität der zugrundeliegenden Prämissen, ihrer technischen, politischen und rechtlichen Realisierbarkeit und Finanzierbarkeit ist zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats, wobei auch die maßgeblichen Risiken sowie alternative Entwicklungsszenarien in den prüfenden Blick einzubeziehen sind.[78] Praktiker in Vorstand und Aufsichtsrat schätzen diese Beratung als besonders wertvollen und wichtigen Teil der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats.[79] Durch die eingehende Befassung des Aufsichtsrats mit der Strategie wird dieser seiner grundsätzlichen Aufgabe zur zukunftsorientierten Überwachung der Geschäftsleitung gerecht. Die Vorgehensweise ändert jedoch nichts an den gesetzlichen Zuständigkeiten in der AG, insbesondere belässt sie dem Vorstand die Freiheit „seine" Strategie zu erarbeiten.

c. Die aktienrechtlichen Schranken der Beratung durch den Aufsichtsrat

In einigen wenigen Aktiengesellschaften hat der Aufsichtsrat einen Strategieausschuss eingerichtet,[80] der der vom Vorstand zu erarbeiteten Unternehmensstrategie gezielt und konzentriert die notwendige fachliche Aufmerksamkeit und kritische Begleitung

Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 76 Rdn. 58; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 32; *Kort*, aaO (Fn. 45), § 76 Rdn. 42; *Mertens/Cahn* in: Kölner Komm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 Rdn. 44.

75 Dazu näher *Leyendecker-Langner*, NZG 2012, 721 ff.; siehe z.B. auch *Schlitt*, DB 2005, 2007; früher schon *Frühauf*, ZGR 1998, 407, 411.

76 Dazu z.B. *Bleicher*, aaO (Fn. 35), S. 61.

77 *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 9; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 94; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 81; überholt *Schilling*, AG 1981, 341, 342.

78 Siehe auch *Grothe*, Unternehmensüberwachung durch den Aufsichtsrat, 2006, S. 142 ff.; eine Alternativplanung hat der Aufsichtsrat nicht zu erstellen, *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 111 Rdn. 27.

79 Siehe nur *Sihler*, WPg Sonderheft 2002, 11, 13; siehe auch *Cromme*, aaO (Fn. 35), S. 13.

80 Z.B. Deutsche Börse AG, Deutsche Post AG, Hochtief AG, Infineon Technologies AG, Siemens AG, Software AG, ThyssenKrupp AG ferner Nordex SE und SAP SE.

widmen soll.[81] Die Einrichtung eines Strategieausschusses ist durchaus zu begrüßen, denn er kann die Erörterung und Verabschiedung der Unternehmensstrategie im Aufsichtsratsplenum effizient vorbereiten.[82] Freilich muss dabei beachtet werden, dass die Mitglieder des Ausschusses ihre Rolle als kritische Diskussionspartner des Vorstands nicht verlassen und selbst in die Strategieentwicklung aktiv eingreifen, denn sonst gerät das in § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG statuierte Geschäftsführungsverbot des Aufsichtsrats in Gefahr. Diese Beschränkung gilt ebenso für die in manchen Unternehmen bestehende Praxis, dass sich der Vorstand und die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner nicht selten an einem Wochenende zu einer Strategieklausur zusammenfinden, um in großer Offenheit und strenger Vertraulichkeit die künftige Ausrichtung des Unternehmens zu diskutieren.

Es muss jedoch festgehalten werden, dass die besondere Betonung der Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats die Kompetenzverteilung in der AG zwischen Vorstand und Aufsichtsrat unberührt lässt. Der Vorstand der AG hat die Leitungsaufgabe gemäß § 76 AktG unter eigener Verantwortung wahrzunehmen und dabei weisungsfrei zu handeln. Dazu zählen auch die strategischen Entscheidungen.[83] Der Aufsichtsrat hat deshalb das unternehmerische Ermessen des Vorstands bei der Leitung des Unternehmens zu respektieren und darf nicht seine eigenen Vorstellungen über die Ausrichtung der AG an die Stelle der gestalterischen Vorstellungen des Vorstands setzen.[84] Dies gilt in besonderem Maße für die Festlegung der Unternehmenspolitik. Der Aufsichtsrat hat den Primat des Vorstands zu respektieren, sofern sich dessen strategische Zielsetzungen und Richtungsentscheidungen im Rahmen der gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorgaben und des unternehmerischen Ermessens halten und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gerecht werden. Deshalb muss sich die Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats auf Diskussionsbeiträge der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder vor allem in den Sitzungen sowie auf Stellungnahmen, Hinweis- oder Meinungsbeschlüsse des Aufsichtsrats beschränken.[85] Vor diesem Hintergrund erweist sich die Formulierung von Ziffer 3.2 und 4.1.2 Deutscher Corporate Govern-

81 *Müller-Stewens/Schimmer*, Der Aufsichtsrat 2008, 98; siehe auch *Grothe*, aaO (Fn. 78), S. 196 ff.

82 *Leyens*, aaO (Fn. 67), S. 377; *Schoppen*, Der Aufsichtsrat 2008, 160, 161, *ders*., Der Aufsichtsrat 2011, 38, 39; kritisch zur tatsächlichen Verbreitung *Gerum*, Das deutsche Corporate Governance System, 2007, S. 296.

83 *Von Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl. 2014, Rdn. 572.

84 OLG Köln 28.7.2011 – 18 U 213/10, AG 2011, 838; *Goette*, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 128; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 29; *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch AG, 4. Aufl., 2015, § 29 Rdn. 31; *Leyens*, aaO (Fn. 67), S. 372; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 14; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), § 110; *Säcker/Rehm*, DB 2008, 2814, 2818; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 16; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 26 Rdn. 13; a.A. *Semler*, Leitung und Überwachung der AG, 2. Aufl. 1996, Rdn. 216.

85 *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 9; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 111 Rdn. 31; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 334; *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 29 Rdn. 43; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 52; *Steinbeck*, Die Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der AG, 1992, S. 159; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 26 Rdn. 18.

ance Kodex ohne Zweifel als problematisch, indem sie die Strategiearbeit dem Vorstand zur Abstimmung mit dem Aufsichtsrat zuweist, sodass diese gewissermaßen zur gemeinsamen Aufgabe erhoben wird.[86] Die gesetzliche Kompetenzschranke zwischen Vorstand und Aufsichtsrat wird jedenfalls dann überschritten, wenn im Unternehmen z.B. ein aus Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern paritätisch zusammengesetzter Ausschuss gebildet wird, der die Unternehmensstrategie oder bestimmte Projekte entwickelt, um diese anschließend im Vorstand zur Entscheidung zu bringen.[87] Damit wird nicht nur die in §§ 76 Abs. 1 und 111 Abs. 4 Satz 1 AktG angeordnete Funktionstrennung zwischen den beiden Organen missachtet. Es ist zudem zweifelhaft, ob die an der Entwicklungsarbeit beteiligten Aufsichtsratsmitglieder die notwendige Neutralität und kritische innere Distanz in der Sache aufbringen können, die für die Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe notwendig ist, wenn dazu später im Aufsichtsrat konkrete Entscheidungen anstehen.[88]

Es lässt sich allerdings nicht verschweigen, dass dem Aufsichtsrat sowohl bei der Erarbeitung der Unternehmensstrategie als auch im Rahmen der Umsetzung der verabschiedeten Strategie in das operative Geschäft erhebliche indirekte Einflussmöglichkeiten auf den Vorstand und seine Tätigkeit offenstehen, die weit über die bloße Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat hinausgehen. So hat der Aufsichtsrat die einzelnen Parameter der variablen Vergütung der Vorstandsmitglieder gemäß § 87 Abs. 2 AktG zu bestimmen und ihre Gewichtung im Zusammenspiel mit anderen Leistungsanreizen festzulegen. Dabei darf er bei der inhaltlichen Konkretisierung gleichwohl nicht eigenständig seine eigene Gewichtung der strategischen Ziele an die Stelle der vom Vorstand verabschiedeten Planung setzen, sondern hat den Grundsatz zu beachten: „*compensation follows strategy*".[89] Dieser besonderen Verantwortung muss sich der Aufsichtsrat bei der Festlegung und Gewichtung der Leistungsanreize bewusst sein und darf nicht „quasi durch die Hintertür" die Strategie an Stelle des Vorstands bestimmen.

86 Berechtigte Kritik bei *Hoffmann-Becking*, FS Hüffer, 2010, S. 337, 346; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 20; anders z.B. auch Ziff. 5.1.1. Satz 2 Deutscher Corporate Governance Kodex. „Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubinden"; siehe neuerdings den vom *DAV-Handelsrechtsausschuss* vorgelegten Änderungsvorschlag, abgedruckt NZG 2015, 86, 88.

87 Problematisch deshalb z.B. der Bericht von *Laufs*, Audit Committee Quarterly II/2013, 5; ähnlich *Hirt*, Aufsichtsrat aktuell 1/2014, 28, 29; bedenklich auch *Plumpe*, in: Dehnen (Hrsg.), Der professionelle Aufsichtsrat, 2011, S. 101, 109.

88 Kritisch bereits *Steinmann/Gerum*, AG 1987, 29, 33; siehe auch *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 103; *Wackerbarth*, ZGR 2005, 686, 712.

89 *Dauner-Lieb/von Preen/Simon*, DB 2010, 377, 379; *Kort*, aaO (Fn. 45), § 87 Rdn. 125; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 87 Rdn. 78; kritisch *Schäfer*, Liber Amicorum M. Winter, 2011, S. 557, 562 ff.; siehe auch *E. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1313.

2. *Zustimmungspflichtige Geschäfte gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG*

a. *Die Bedeutung des Zustimmungsvorbehalts*

Ebenso wie die Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat sind auch die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Sinne von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG Instrumente der in die Zukunft gerichteten Überwachung. Die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats dienen der Vorbeugung gegen nachteilige Geschäfte und Maßnahmen, für die die nachträgliche Kontrolle keinen ausreichenden Schutz bereitstellt.[90] Zurückgehend auf einen Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance[91] besteht seit dem TransPuG aus dem Jahre 2002 die ausdrückliche Verpflichtung, bestimmte Arten von Geschäften entweder in der Satzung oder durch Beschluss des Aufsichtsrats einem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen. Diese Gesetzesänderung wird im Regierungsentwurf ausdrücklich damit begründet, dass *„eine aktivere Rolle des Aufsichtsrats vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung geboten"* sei.[92] Den Geschäftsvorfällen i.S.v. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kommt nach Ansicht des Gesetzgebers im Rahmen der Corporate Governance der AG eine gesteigerte Bedeutung zu, sodass die verantwortliche Mitwirkung beider Organe geboten ist und sich der Aufsichtsrat durch die Zustimmungsvorbehalte Kontroll- und Einwirkungsrechte zu verschaffen hat.[93] Dabei hat der Gesetzgeber – anders als etwa § 95 Abs. 5 österreichisches AktG[94] – davon Abstand genommen, nähere inhaltliche Vorgaben zu formulieren und einen Katalog von Geschäftsvorfällen festzulegen, mit denen sich der Aufsichtsrat zwingend zu befassen hat. Auch Ziffer 3.3 Deutscher Corporate Governance Kodex spricht nur allgemein von Geschäften von grundlegender Bedeutung, sieht aber von konkreten inhaltlichen Vorgaben ab.

Mit der vorbeugenden Kontrolle ist das Instrument des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats jedoch nicht ausreichend charakterisiert. Während der Aufsichtsrat bereits durch die Beratung des Vorstands faktisch eng mit diesem zusammenrückt, ohne dass dabei die unterschiedliche Verantwortung von Geschäftsführung und Überwachung aufgegeben werden darf, wird, wenn bei einem zustimmungspflichtigen Geschäften i.S. von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Erteilung der Zustimmung ansteht, vom Gesetzgeber, wie der Wortlaut der Vorschrift deutlich macht, die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat geradezu eingefordert.[95]

90 BGH 11.12. 2006 – II ZR 243/05, AG 2007, 167 Rn. 9 (zur GmbH); BGH 21.4.1997 – II ZR 175/05 – ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 255; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, S. 54; *Schönberger*, aaO (Fn. 72), S. 65, 205; *Steinbeck*, aaO (Fn. 85), S. 149.

91 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 34.

92 Regierungsbegründung zum TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 39.

93 Ebenso *Altmeppen*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 26.

94 Siehe dazu z.B. *Kalss*, in: MünchKomm. AktG, 4. Aufl. 2014, § 111 Rdn. 158 ff.

95 *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 125: „notwendige Kooperation"; ähnlich *Altmeppen*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 29; *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 47„Akt der (Mit-) Geschäftsführung".

Ursprünglich wurde es als ein besonderes Kontrollinstrument des Aufsichtsrats betrachtet, mit Hilfe der Festlegung von zustimmungspflichtigen Geschäften die Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands einem Vorbehalt des Aufsichtsrats unterstellen zu können.[96] Heute besteht demgegenüber Einigkeit, dass die Charakterisierung des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG als Kontrollinstrument zu kurz greift. Da dem Aufsichtsrat bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit des Geschäfts eigenes unternehmerisches Ermessen eingeräumt ist, ist die Rolle von Vorstand und Aufsichtsrat bei den zustimmungspflichtigen Geschäften richtigerweise vielmehr als eine gemeinsame Verantwortung zu begreifen.[97] Der Aufsichtsrat wird mittelbar an der Geschäftsführung beteiligt, indem seine Zustimmung erforderlich ist, wenn der Vorstand bestimmte Geschäfte realisieren will.[98]

b. Die Entscheidung des Aufsichtsrats über das zustimmungspflichtige Geschäft

Freilich ist nicht zu verkennen, dass sich Vorstand und Aufsichtsrat, wenn es im konkreten Fall um die Beurteilung eines zustimmungspflichtigen Geschäfts geht, jeweils in einer unterschiedlichen Ausgangslage, insbesondere was den Informationsstand anbetrifft, befinden. Bei ordnungsgemäßem Vorgehen hat der Vorstand die konkrete Maßnahme auf der Grundlage von angemessenen Informationen umfassend auf ihre Übereinstimmung mit Gesetz und Satzung sowie auf ihre Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beurteilen und darauf zu achten, dass die Maßnahme dem Wohle der Gesellschaft entspricht. Dabei greift der Vorstand zu seiner Unterstützung typischerweise auf die unternehmensinternen und gegebenenfalls zusätzlichen externen Ressourcen zurück, um zu einer ordnungsgemäßen Entscheidung im Sinne der Business judgement rule i.S.v. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu gelangen.

Die Ausgangssituation des Aufsichtsrats ist hingegen eine andere. Die Mitglieder des Aufsichtsrats üben ihr Aufsichtsratsmandat typischerweise als Nebenamt aus[99]

96 OLG Hamburg 29.9.1995 – 11 U 20/95, AG 1996, 84; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der AG, 1994, S. 57; *Steinbeck*, aaO (Fn. 85), S. 149; zurückhaltender OLG Stuttgart 27.2.1979 – 12 U 171/77, WM 1979, 1296, 1300; klarsichtig bereits *Geßler*, aaO (Fn. 63), § 111 Rdn. 62; siehe auch *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 397; zur Historie siehe auch *Altmeppen*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 26; *Fleischer*, BB 2013, 835, 836.

97 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/05 – ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 255; *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 50 ff.; *Doralt/Doralt*, in: Semler/von Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013, § 14 Rdn. 79; *Habersack*, FS Hüffer, 2010, S. 259, 260; *Hoffmann-Becking*, FS Havermann, 1995, S. 229, 242; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 66; *Leyens*, aaO (Fn. 67), S. 132; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 112; *Schönberger*, aaO (Fn. 72), S. 64; *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, 2014, Rdn. 817; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 26 Rdn. 26; a.A. *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 62; zurückhaltend auch *Fleischer*, BB 2013, 835, 840.

98 *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl. 2003, Rdn. 302 sprechen vom „Zwitter"; siehe auch *Steinbeck*, aaO (Fn. 85), S. 145: „Durchbrechung der Funktionstrennung".

99 BGH 15.11.1982 – II ZR 27/82 – Hertie, BGHZ 85, 293, 297; *Doralt/Doralt*, aaO (Fn. 97), § 14 Rdn. 67; *Grooterhorst*, NZG 2011, 921, 923; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 19; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 132; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 605; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 29 Rdn. 26.

und verfügen auch nicht über einen eigenen sachlich und personell ausgestatteten Apparat, auf den sie zur Unterstützung direkt zurückgreifen können, wie dies beim Vorstand der Fall ist. § 111 Abs. 5 AktG bestimmt zudem ausdrücklich, dass sie ihr Amt persönlich wahrzunehmen haben. Dies verbietet nicht grundsätzlich die Hinzuziehung von Beratern,[100] schließt aber die Delegation der Überwachungsaufgabe und damit die Verlagerung der Entscheidungsverantwortung nach außen aus. Diesen unterschiedlichen Ausgangsvoraussetzungen muss auch bei der Bestimmung der rechtlichen Anforderungen an die Aufsichtsratsmitglieder bei der Beurteilung eines zustimmungspflichtigen Geschäfts Rechnung getragen werden.[101] Grundsätzlich reicht es für die ordentliche Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe aus, wenn sich die Aufsichtsratsmitglieder anhand der Beschlussvorlage auf die Sitzungen vorbereiten, in den Sitzungen die Berichte des Vorstands zur Kenntnis nehmen und sich mit dessen Ausführungen kritisch auseinandersetzen.[102] Vermittelt der Vorstand anhand der vorgelegten Unterlagen und weiteren mündlichen Erläuterungen eine plausible Beurteilung des Geschäfts einschließlich einer vertretbaren Chancen/Risiko-Abwägung, die auf einer angemessenen Informationsbasis beruht, so darf sich der Aufsichtsrat der Entscheidung des Vorstands anschließen, und zwar auch dann, wenn er von dem Geschäft selbst nicht überzeugt ist.[103] Bei dem Beschluss des Aufsichtsrats handelt es sich dann ebenfalls um eine unternehmerische Entscheidung, die nach §§ 116 i.V. mit 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu qualifizieren ist.[104]

Wenn zu einem bestimmten Geschäft durch die Satzung oder einen Beschluss des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ein Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats angeordnet ist, handelt es sich um ein Geschäft von grundlegender Bedeu-

100 Siehe z.B. *Lutter/Krieger*, DB 1995, 257, 259; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 1012; *Schlitt*, DB 2005, 2007, 2009; *E. Vetter*, in: VGR (Hrsg.) Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2014, 2015, S. 115, 129; siehe auch *H.P. Westermann,* FS Hommelhoff, 2012, S. 1319, 1327.

101 Ebenso *Bezzenberger/Keul*, FS Schwark, 2009, 121, 132; *Bürgers/Israel*, aaO (Fn. 74), § 116 Rdn. 17; *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, 2011, S. 228; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 861; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 20; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 36; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 116 Rdn. 11; *Seebach*, AG 2012, 70, 72; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 605; Zurückhaltung insoweit bei *Mülbert*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 99, 104.

102 *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 36; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 116 Rdn. 17; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 886; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 16; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 29 Rdn. 65; *ders.*, DB 2004, 2623, 2624.

103 *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 196; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 51; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 116 Rdn. 673; *Grooterhorst*, NZG 2011, 921, 923; *Hoffmann*, AG 2012, 478, 482; *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 29 Rdn. 41; *Schönberger*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 215; *Seebach*, AG 2012, 70, 72; *Steinbeck*, aaO (Fn. 85), S. 155.

104 *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 210; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 861; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 51; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 116 Rdn. 107; *Lutter*, DB 2009, 775, 777; *Schönberger*, aaO (Fn. 72), S. 209; *Semler*, FS Doralt, 2004, S. 609, 621; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 37.

tung, sodass vom Aufsichtsrat ebenfalls eine gesteigerte Verantwortung und eine intensive Befassung erwartet werden muss. Wieweit diese Verantwortung im Einzelnen reicht, lässt sich der Entscheidung des BGH im Porsche/Piëch-Fall entnehmen. Der Revisions-Nichtzulassungsbeschluss aus dem Jahre 2012 stellt fest, dass es zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehöre, „*dass er sich über erhebliche Risiken, die der Vorstand mit Geschäften eingeht, kundig macht und ihr Ausmaß unabhängig vom Vorstand selbständig abschätzt*".[105] Daraus folgt nicht, dass der Aufsichtsrat den Prüfungs- und Entscheidungsprozess zu duplizieren hat; es bedarf keines umfassenden Entscheidungsprozesses, wie ihn der Vorstand durchzuführen hat,[106] erst recht kann für die Entscheidung des Aufsichtsrats über ein zustimmungspflichtiges Geschäft von den Aufsichtsratsmitgliedern nicht dasselbe Informationsniveau und das gleiche Verständnis in der Sache verlangt werden wie vom Vorstand.[107] Der Aufsichtsrat darf sich insofern auf die Berichterstattung des Vorstands verlassen, sofern nach kritischer Betrachtung keine Anhaltspunkte für eine unvollständige oder falsche Information bestehen[108] und kann seine Prüfung auf die Plausibilität der Erwägungen des Vorstands beschränken.[109] Seiner mitunternehmerischen Verantwortung kann er jedoch nur gerecht werden, indem er eine verantwortungsbewusste Abschätzung der mit dem Geschäft verbundenen Risiken vornimmt. Dies setzt die ordnungsgemäße Information des Aufsichtsrats über die maßgeblichen Risiken voraus. Andernfalls scheidet eine ordnungsgemäße eigene unternehmerische Entscheidung aus und den Aufsichtsratsmitgliedern ist die Privilegierung der Business judgement rule gemäß §§ 116 Satz 1 i.V. mit 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verwehrt.[110] Lässt sich diese verantwortungsbewusste Risikoabschätzung mangels ausreichender Informationen (noch) nicht treffen, muss der Aufsichtsrat auf weitere Aufklärung drängen.

Das OLG Stuttgart hatte als Vorinstanz im Porsche/Piëch-Fall darüber hinaus betont, dass die Pflicht der Chancen/Risiko-Abwägung nicht nur dem Aufsichtsrat als Organ obliege, sondern sich auch jedes Aufsichtsratsmitglied sein eigenes Urteil bilden müsse.[111] Auch wenn diese Passage des Urteils des OLG Stuttgart vom BGH nicht in die Beschlussbegründung übernommen worden ist, bestehen gleich-

105 BGH 6.11.2012 – II ZR 111/12 – Porsche/Piëch, AG 2013, 90, 91.

106 *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 197; *Bunz*, aaO (Fn. 101), S. 235; *Doralt/Doralt*, aaO (Fn. 97), § 14 Rdn. 80; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 865; *Uwe H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 52 Rdn. 144; *Witte/Hrubesch*, BB 2004, 725, 727; a.A. *Henze*, BB 2005, 165, 167.

107 So in der Tat aber früher OLG Zweibrücken 28.5.1990 – 3 W 93/90, DB 1990, 1401 mit zustimmender Anm. *Theisen*; *Schlitt*, DB 2005, 2007; dagegen zu Recht *Brouwer*, aaO (Fn. 90), S. 257; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 861; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 127; *Seebach*, AG 2012, 70, 72.

108 *Bunz*, aaO (Fn. 101), 2011, S. 236; *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 33 Rdn. 62a; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 21; siehe auch BGH 2.4.2007 – II ZR 325/05 – AG 2007, 484, Rdn. 27.

109 *Doralt/Doralt*, aaO (Fn. 97), § 14 Rdn. 81, zu den Einschränkungen ebenda Rdn. 83; *Peltzer*, Deutsche Corporate Governance, 2. Aufl. 2004, Rdn. 51.

110 *Bunz*, aaO (Fn. 101), S. 235; *Goette*, DStR 2007, 356; *Grooterhorst*, NZG 2011, 921, 923.

111 OLG Stuttgart 29.2.2012 – 20 U 3/11 – Porsche/Piëch, AG 2012, 298, 301; *Bürgers/Israel*, aaO (Fn. 74), § 111 Rdn. 6; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 32; *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 42; *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 29 Rdn. 41; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37),

wohl keine Zweifel, dass der BGH auch insoweit der Vorinstanz folgt. Damit werden von jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied ein hohes Maß an eingehender persönlicher Befassung mit dem konkreten Vorgang und ein tiefes Verständnis verlangt. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, sich auf der Basis der vom Vorstand vorgelegten Unterlagen und sonstigen Informationen eingehend mit der Sache zu befassen und sich ein persönliches Urteil über die mit dem Geschäft verbundenen Risiken zu erarbeiten. Die persönliche Risikoeinschätzung durch das Aufsichtsratsmitglied ist also unumgänglich; nicht notwendig ist hingegen, dass es das Geschäft im Übrigen vollständig verstanden hat.[112] Das einzelne Aufsichtsratsmitglied darf sich keinesfalls hinter den anderen Mitgliedern oder der Mehrheitsmeinung im Aufsichtsrat verstecken. Gegebenenfalls muss es Entscheidungen des Vorstands hinterfragen und auch darauf hinzuwirken, dass eine Beschlussfassung des Aufsichtsrats verschoben wird, bis die für notwendig erachtete Klärung erfolgt ist.[113] Für das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann das durchaus bedeuten, dass es ein gehöriges Maß an Selbstbewusstsein und Mut aufzubringen hat.[114] Die besondere Verantwortung des Aufsichtsratsmitglieds unterstreicht auch § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG. Die durch das TransPuG auf Anregung der Regierungskommission Corporate Governance[115] geänderte Vorschrift, begründet für das einzelne Aufsichtsratsmitglied ein sog. Pflichtrecht, das es im Einzelfall auszuüben gilt.[116] Sofern der Aufsichtsratsvorsitzende oder die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder die Entscheidung des Aufsichtsrats über das zustimmungspflichtige Geschäft ungeachtet des unbefriedigten Verlangens nach weiteren Informationen herbeiführen wollen, bleibt dem Aufsichtsratsmitglied, das diese Informationen für eine angemessene Informationsgrundlage für notwendig hält, nur der Weg, der Beschlussfassung deutlich zu widersprechen und dies zu Protokoll zu geben.[117]

Die Entscheidungen im Porsche/Piëch-Fall machen deutlich, welch hohes Maß an Verantwortung auf dem Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern lastet. Dies schlägt sich besonders nieder, wenn die rechtliche und mitunternehmerische Verantwortung bei einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in Rede steht. Der Aufsichtsrat kann ihr in effizienter Weise nur gerecht werden, wenn die Aufsichtsratsmitglieder über ausreichende Sachkunde und Erfahrung verfügen und diese in ihre Arbeit selbstbewusst einbringen.

§ 111 Rdn. 115 und 146; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 111 Rdn. 15; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 11; kritisch aber *Selter*, NZG 2012, 660, 661.

112 *Hoffmann*, AG 2012, 478, 482.

113 *Doralt/Doralt*, aaO (Fn. 97), § 14 Rdn. 39; *Kropff*, FS Raiser, 2005, S. 225, 232; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 36; siehe auch *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 953.

114 Ebenso *Doralt/Doralt*, aaO (Fn. 97), § 14 Rdn. 40; *Doralt*, FS Hopt, 2010, S. 3059, 3078; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 953.

115 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 31.

116 *Fleischer*, aaO (Fn. 74), § 90 Rdn. 46; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 90 Rdn. 12; *Kropff*, FS Raiser, 2005, S. 225, 232.

117 *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 116 Rdn. 21; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 64; *E. Vetter*, DB 2004, 2623, 2625.

3. Zwischenfazit: Übernahme unternehmerischer Mitverantwortung durch den Aufsichtsrat

Bei der Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat wie auch bei der Einrichtung von Zustimmungsvorbehalten wird die präventive Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats deutlich, die heutzutage ein wesentliches Element der Aufsichtsratstätigkeit ausmacht. Beide Überwachungsinstrumente verschaffen dem Aufsichtsrat zudem eine besondere Nähe zu den unternehmerischen Leitungsentscheidungen des Vorstands. Der Aufsichtsrat übt damit im Rahmen seiner Überwachungsfunktion eine gegenüber den Vorstellungen des Gesetzgebers im Jahre 1965 deutlich aktivere Rolle aus und nimmt materiell unternehmerische Aufgaben wahr.[118] Insoweit stehen beide Überwachungsinstrumente in einer Reihe mit anderen Vorschriften, die, wie etwa §§ 58 Abs. 2, 2a und 172 Satz 1 AktG dem Aufsichtsrat ausgehend von seiner Überwachungsaufgabe ebenfalls mitunternehmerische Aufgaben zuweisen. Insgesamt ist jedenfalls nicht zu verkennen, dass der Aufsichtsrat bedingt durch die veränderten rechtlichen, ökonomischen und tatsächlichen Anforderungen zunehmend einen Spagat zu leisten hat zwischen den Vorstellungen des AktG über die Aufgabe und Kompetenzen des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan und den vielfältigen Erwartungen des Kapitalmarktes an eine stärkere unternehmerische Mitverantwortung.

4. Exkurs: Schleichendes Streben des Aufsichtsrats nach Kompetenzerweiterung

Die geschilderte Funktion des Aufsichtsrats im Sinne einer stärkeren unternehmerischen Mitverantwortung des Aufsichtsrats lässt sich bereits aus der in § 111 AktG angelegten Aufgabenzuweisung ableiten. Damit ist die Funktion des Aufsichtsrats in seiner rechtstatsächlichen Ausprägung noch nicht vollständig erfasst. Gelegentlich sind Aufsichtsratsmitglieder – meist der Aufsichtsratsvorsitzende – dabei anzutreffen, wie sie den Vorstand bei der Erfüllung seiner operativen Geschäftsverantwortung begleiten. Ihre spezifische Rolle bleibt dabei im Unklaren. Dies erschwert auch die Beurteilung der damit verbundenen Sorgfaltspflichten sowie einer eventuellen Haftung, und zwar sowohl des Aufsichtsrats wie auch des Vorstands. Handelt es sich um die Tätigkeit des Aufsichtsrats oder nur die eines seiner Mitglieder und geht es um die frühzeitig ansetzende Wahrnehmung der Überwachungsfunktion gemäß § 111 Abs. 1 AktG oder handelt es sich um die Teilhabe an der Geschäftsleitung?

Zwei Beispiele aus der jüngeren Unternehmenspraxis mögen als Beleg für die geschilderte Entwicklung dienen.

118 *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 5; *Lutter*, FS Albach, 2001, S. 225, 231; *ders.*, DB 2009, 775, 777; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), § 110; *Röhricht*, in: Hommelhoff/Röhricht, (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 1997, 1998, S. 191, 205; *Schick*, aaO (Fn. 67), § 111 Rdn. 4; *Semler*, FS Doralt, 2004, S. 609, 621; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 26 Rdn. 26; siehe auch OLG Schleswig 18.9.2002 – 5 U 164/01 – MobilCom, AG 2003, 102, 103; ablehnend *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), vor § 95 Rdn. 10; *Röhricht*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 1, 16.

> Im Mai 2014 stellten der Vorstandsvorsitzende der Siemens AG, *Kaeser*, sowie der President und CEO von Mitsubishi Heavy Industries, *Miyanaga*, dem französischen Staatspräsidenten *Hollande* das gemeinsame Angebot zur Übernahme der Gasturbinensparte der französischen Alstom S.A. vor. Auch der Aufsichtsratsvorsitzende der Siemens AG, *Cromme*, nahm an dem Gespräch im Elysée Palast in Paris teil.[119]

> Im Januar 2011 reiste der niedersächsische Ministerpräsident *McAllister* „in seiner Funktion als Mitglied des VW-Aufsichtsrats" gemeinsam mit dem Vorstandsvorsitzenden der Volkswagen AG, *Winterkorn*, zu Gesprächen in das Emirat Qatar. Unter anderem gehörte der Delegation auch der Aufsichtsratsvorsitzende der Volkswagen AG, *Piëch*, an.[120]

Besonders augenfällig ist der beim Aufsichtsrat in den letzten Jahren zu beobachtende rechtstatsächliche Zuwachs von Aufgaben mit Leitungscharakter, nämlich die Kapitalmarktkommunikation der Gesellschaften, bei der die Rolle des Aufsichtsrats unverkennbar aufgewertet wird.[121] Sie reicht über die bloße Begleitung des Vorstands hinaus und entfaltet gegenüber dem Vorstand durchaus auch verdrängenden Charakter. So wird von Investoren, institutionellen Aktionären und anderen Akteuren am Kapitalmarkt – ungeachtet der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung – der Dialog in strategischen oder sonstigen wesentlichen Unternehmensfragen zunehmend direkt mit dem Aufsichtsrat, insbesondere mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden, eingefordert.[122] Dies missachtet in weiten Teilen die dem AktG zugrundeliegende Kompetenzordnung und ist mit der Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden kaum zu vereinbaren.[123] Nicht selten wird diesen Anfragen gleichwohl vom Aufsichtsratsvorsitzenden nachgegeben. Ob dies jeweils in vorheriger Abstimmung oder zumindest in Kenntnis des Vorstands erfolgt, mag im Einzelfall durchaus bezweifelt werden.

VI. Die Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer

1. Die Funktion des Abschlussprüfers

Auch im Verhältnis zum Abschlussprüfer hat sich die Stellung des Aufsichtsrats seit dem Inkrafttreten des AktG 1965 stark verändert. Der Abschlussprüfer nimmt in der Corporate Governance der AG eine zentrale Rolle ein.[124] Seit seiner Einführung im

119 Börsenzeitung vom 18.6.2014, S. 12; diesen Hinweis verdanke ich *Ulrich Noack*, Düsseldorf.

120 Pressemitteilung der niedersächsischen Staatskanzlei Nr. 016/11 vom 21.1.2011.

121 Siehe dazu den Beitrag von *Jens Koch*, in diesem Band, S. 65, 87 ff.

122 Siehe z.B. *Bortenlänger*, BOARD 2014, 71, 72; *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337, 349; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 107 Rdn. 61; *M. Roth*, ZGR 2012, 343, 369; dagegen z.B. *Hexel*, Der Aufsichtsrat 2014, 121; undifferenziert hingegen *Heuser*, aaO (Fn. 23), S. 168.

123 Dazu eingehend *Fleischer/Bauer/Wansleben*, DB 2015, 360, 365; *Leyendecker-Langner*, NZG 2015, 44, 46; *Schlitt*, DB 2005, 2007, 2013; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 332; *E. Vetter*, AG 2014, 387, 391; *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl. 2014, Rdn. 921.

124 Prägnant z.B. Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 111 Rdn. 25: "Protagonist in Corporate Governance"; ähnlich *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 79: „dritte Säule der Cor-

Jahre 1931 obliegt ihm die Unterstützung des Aufsichtsrats bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Überwachungsaufgabe. Seit jeher wird der Abschlussprüfer durch die Hauptversammlung bestellt (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG),[125] der der Aufsichtsrat gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG einen Wahlvorschlag zu unterbreiten hat. Die Erteilung des Prüfungsauftrags an den bestellten Abschlussprüfer wie auch die Verhandlung des Prüferhonorars erfolgte bis zur Änderung durch das KonTraG[126] mangels entgegenstehender Vorschriften durch den Vorstand als Geschäftsführungsmaßnahme. Diese Konstellation ließ das AktG 1965 unverändert. Auf Grund seiner besonderen Qualifikation und seiner tiefen Kenntnisse des Unternehmens wuchs dem Abschlussprüfer in den Augen der Öffentlichkeit über seine gesetzliche Aufgabe hinaus die Rolle des Garanten der Ordnungsmäßigkeit des Jahresabschlusses zu, was als sog. Erwartungslücke bekannt ist.[127] Infolge dieser Rolle wie auch durch die engen Beziehungen des Abschlussprüfers zum Vorstand, die zwangsläufig während der Abschlusserstellung und des Prüfungsverfahrens entstanden, rückte der Abschlussprüfer zunehmend enger an den Vorstand heran, dessen Jahresabschluss er zu prüfen hatte. Nahezu zwangsläufig ging dies nicht nur zulasten des Kontakts des Aufsichtsrats zum Abschlussprüfer,[128] sondern verstärkte auch die Zweifel an der notwendigen Unabhängigkeit des Abschlussprüfers.[129]

2. *Die Beauftragung des Abschlussprüfers*

Erst im Jahre 1998 führte das KonTraG zu einer entscheidenden Änderung der Rolle des Abschlussprüfers, indem es nach innen wie außen eine größere Distanz zwischen dem Abschlussprüfer und dem für die Rechnungslegung verantwortlichen Vorstand angeordnet hat.[130] § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG bestimmt nunmehr in Rückbesinnung auf die Funktion des Abschlussprüfers in der Corporate Governance der AG, dass der Auftrag an den Abschlussprüfer zur Prüfung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses nicht mehr vom Vorstand, sondern zwingend vom Aufsichtsrat erteilt wird. Zudem bestimmt der ebenfalls geänderte § 321 Abs. 5 Satz 2 HGB konsequenterweise den Aufsichtsrat als ersten Adressaten des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers. Schließlich begründet § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG für den Abschlussprüfer die Pflicht zur Teilnahme an der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats oder des maßgeblichen Ausschusses. Diese Gesetzesänderungen zielen auf die „*Emanzipation des Abschluss-*

porate Governance"; *Hopt/Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB 36. Aufl., 2014, vor § 316 Rdn. 6: „zwischen interner und externen Corporate Governance".

125 Ausnahme Versicherungsgesellschaften gemäß § 341k Abs. 2 HGB.

126 Dazu sogleich unter VI.4.b.

127 Dazu z.B. *Claussen*, AG 1996, 481, 488; *Escher-Weingart*, NZG 1999, 909, 911; *Forster*, Wpg 1994, 789 ff.

128 Siehe dazu z.B. *Holl*, Die Reform des aktienrechtlichen Aufsichtsrats, 2002, S. 14 mwN; *Mattheus*, ZGR 1999, 682, 684; siehe auch *Lenz/Ostrowski*, BB 1997, 1523, 1524; *Velte*, AG 2009, 102, 103.

129 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 302 ff.

130 *Forster*, Wpg 1998, 41, 42; *Habersack,* in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. 2, Kap. 16 Rdn. 30; *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 257.

prüfers" gegenüber dem Management ab[131] und machen deutlich, dass der Abschlussprüfer der vorstandsunabhängige Informationslieferant und Berater des Aufsichtsrats ist und diesen bei seiner Überwachungsaufgabe und insbesondere bei der Prüfung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses zu unterstützen hat.[132] In jedem Fall führen die Gesetzesänderungen zur rechtlichen Absicherung einer engeren und effektiveren Zusammenarbeit zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat.[133]

Wenn mit dem Konzeptwechsel auch ein Qualitätssprung in der Überwachung einhergehen soll, muss die Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer vom Aufsichtsrat allerdings auch wahrgenommen werden, was in der Praxis nicht immer der Fall ist.[134] Es lässt sich zudem nicht übersehen, dass der Vorstand noch immer über erhebliche Einflussmöglichkeiten auf den Abschlussprüfer durch die Erteilung von Zusatzaufträgen zur Beratung des Vorstands in Fragen abseits der reinen Abschlussprüfung verfügt, sodass Skepsis gegenüber der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers angebracht ist.[135] Art. 41 Abs. 2d der geänderten Abschlussprüfer-Richtlinie vom 17. Mai 2006[136] trägt dieser Skepsis Rechnung. Im Rahmen der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durch das BilMoG im Jahre 2009 betont nunmehr § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG ausdrücklich die Verantwortung des Aufsichtsrats, speziell auch des Prüfungsausschusses, die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu überwachen.[137] Die Stimmen, die Zweifel an der ausreichenden Unabhängigkeit des Abschlussprüfers hegen, sind seitdem jedoch nicht verstummt. Auf Ebene des Gemeinschaftsrechts soll nun die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers weiter gestärkt werden. Die Änderungsrichtlinie 2014/56/EU[138] sowie die EU-Verordnung Nr. 537/2014[139] sehen ein

131 *Zimmer*, NJW 1998, 3521, 3532.

132 BT-Drs. 13/9712, S. 16; *Hachmeister*, DStR 1999, 1453, 1454: „Partner des Aufsichtsrats"; ebenso *Bernhardt*, in: Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg.), Corporate Governance, 2002, S. 119, 130; *Habersack/Schürnbrand,* in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. 1, Kap. 17 Rdn. 37; *Mattheus*, ZGR 1999, 682, 686; siehe auch *Hennrichs*, FS Hommelhoff, 2012, S. 383, 387.

133 *Forster*, AG 1999, 193, 196; *Mattheus*, ZGR 1999, 682, 690; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 47.

134 Zurückhaltend bis ernüchternd etwa *Schüppen*, ZIP 2012, 1317, 1324; *Wirth*, ZGR 2005, 327, 337; *Schwark*, in: Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg.), Corporate Governance, 2002, S. 75, 113; *Nonnenmacher*, WPg Sonderheft 2002, 15, 17; früher z. B. *Clemm*, FS Havermann, 1995, S. 83, 95; *Dreher*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 33, 58; *Rürup*, FS Budde, 1995, S. 543, 559.

135 Ebenso *Hommelhoff*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 547, 550.

136 Richtlinie 2009/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157/87.

137 *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 107 Rdn. 133; *E. Vetter*, ZGR 2010, 751, 776; siehe auch *Hommelhoff*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 547, 557.

138 Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, ABl. L 158/196.

139 Art. 17 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung von Unternehmen

Verbot zumindest eine Begrenzung der an den Abschlussprüfer erteilten Aufträge über Nicht-Prüfungsleistungen vor und schreiben die Zwangsrotation des Abschlussprüfers nach einer bestimmten Anzahl von Jahren vor. Beides wird dazu beitragen, das Verhältnis zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat zu stärken.[140]

Was im Übrigen die Erteilung des Prüfungsauftrags anbetrifft, so hat der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 3 Satz 2 AktG die AG beim Vertragsabschluss nicht lediglich zu vertreten, sondern auch den Vertragsinhalt mit dem Abschlussprüfer, soweit § 317 HGB einen Gestaltungsspielraum einräumt, zu verhandeln und damit letztlich inhaltlich im Einzelnen einschließlich des Prüferhonorars zu bestimmen. Dies schließt insbesondere auch die Festlegung besonderer Prüfungsschwerpunkte ein und eröffnet dem Aufsichtsrat damit die Möglichkeit, auf die Abschlussprüfung in gewissem Rahmen Einfluss zu nehmen.[141] Die bloße Übernahme und Unterzeichnung des vom Vorstand verhandelten Vertrags durch den Aufsichtsrat entspricht weder der Überwachungsverantwortung des Aufsichtsrats noch den gesetzlichen Vorgaben.[142] Ist man geneigt, dem Gesetzgeber für die zuvor genannten Gesetzesänderungen durch das KonTraG Anerkennung zu zollen, so steht dem allerdings entgegen, dass nach der Begründung des Regierungsentwurfs auch vorbereitende Gespräche zwischen Abschlussprüfer und Vorstand zulässig sein sollen.[143] Dies widerspricht der ausschließlichen Vorschlagsverantwortung des Aufsichtsrats gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG, wie sie durch § 124 Abs. 3 Satz 2 AktG und Ziff. 7.2.1 Deutscher Corporate Governance Kodex besonders betont wird und ist zweifelsfrei weder mit dem Leitgedanken der Sicherung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers noch mit dem Ziel der Stärkung der Verantwortung des Aufsichtsrats hinsichtlich der Überwachung der Rechnungslegung und Abschlussprüfung zu vereinbaren.[144] Besonders augenfällig ist dieser Widerspruch hinsichtlich der Festlegung von Prüfungsschwerpunkten.[145] Vor diesem Hintergrund wäre es zu begrüßen, wenn der Deutsche Corporate Governance Kodex in einer entsprechenden Empfehlung deutlich machen würde, dass der Aufsichtsrat darauf zu achten hat, dass dem Vorstand im Zusammenhang mit der Auswahl des Abschlussprüfers und der Erarbeitung des Prüfungsauftrags keine gestaltende Funktion zukommt und er den Aufsichtsrat im Sinne guter Corporate Governance allenfalls in Zusammenhang mit dem reinen Ausschreibungsprozess unterstützen kann. Diese

von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABl. L 158/77.

140 *Wüst/Oser/Matischiok*, Der Aufsichtsrat, 2014, 170, 171; siehe zum Ganzen z.B. *Lanfermann*, BB 2014, 2348 ff.; *Velte*, DStR 2014, 1688 ff.

141 *Hennrichs*, FS Hommelhoff, 2012, S. 383, 391; *E. Vetter*, ZGR 2010, 751, 774.

142 *Forster*, Wpg 1998, 41, 43; *Holl*, aaO (Fn. 128), S. 254; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 474; *Lenz/Ostrowski*, BB 1997, 1523, 1524; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 175; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 16; *Theisen*, DB 1999, 341, 344, 346.

143 Regierungsbegründung zu § 111 Abs. 2 AktG, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

144 *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 83; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 71; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 52; a.A. Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 111 Rdn. 29; weniger streng auch *Rodewig*, in: Semler/von Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013, § 8 Rdn. 209; siehe auch *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 608.

145 *Feddersen*, AG 2000, 385, 387; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 71; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 52.

organisatorische Unterstützung wird vermutlich notwendig werden, denn Art. 16 der EU-Verordnung vom 16. April 2014[146] schreibt für die Auswahl des der Hauptversammlung vorzuschlagenden Abschlussprüfers ein aufwendiges Auswahlverfahren mit umfangreichen Dokumentationspflichten vor, die vom Aufsichtsrat oder dem Prüfungsausschuss, deren Zuständigkeit in der Verordnung ausdrücklich betont wird, allein nicht bewältigt werden können.

3. Vertragliche Redepflicht des Abschlussprüfers

Mit Blick auf die vom Gesetzgeber angestrebte enge Beziehung zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer erlangt die Empfehlung in Ziff. 7.2.3 Abs. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex verstärktes Gewicht, wenn sie für den Prüfungsauftrag die Aufnahme besonderer Berichtspflichten des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat empfiehlt, die sicherstellen sollen, dass der Aufsichtsrat unverzüglich über alle für die Aufgaben des Aufsichtsrats wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse unterrichtet wird, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben. Diese vertragliche Redepflicht geht sowohl hinsichtlich der zu berichtenden Umstände als auch hinsichtlich des Berichtszeitpunktes deutlich über die gesetzliche Redepflicht gemäß § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB hinaus.[147] Sie beschränkt sich im Übrigen nicht auf im abgelaufenen Geschäftsjahr abgeschlossene Vorgänge, sondern erfasst ebenso laufende Vorgänge wie auch künftige Vorhaben. Der Sinn dieser Pflicht zur unverzüglichen Information ist offensichtlich. Der Aufsichtsrat soll durch die umgehende Unterrichtung möglichst frühzeitig über besondere Feststellungen des Abschlussprüfers unterrichtet werden, sodass er in geeigneter Weise reagieren kann.[148] Diese Information hat für den Aufsichtsrat besonderes Gewicht, denn sie stammt aus einer vom Vorstand unabhängigen Quelle. Die Kodex-Empfehlung ist deshalb uneingeschränkt zu begrüßen. Kritisch anzumerken ist nur, dass es dazu überhaupt einer Kodex-Empfehlung bedarf. Denn dies impliziert, dass es im Sinne guter Corporate Governance auch gute Gründe geben könnte, die Beachtung dieser Empfehlung abzulehnen. Das ist nur schwer vorstellbar. Die Regelung in Ziff. 7.2.3 Abs. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex sollte im Gesetz verankert werden, sodass die unverzügliche Information des Aufsichtsrats über besondere Feststellungen des Abschlussprüfers nicht nur für börsennotierte Gesellschaften, sondern für jede AG zur Anwendung kommt.

Kommt der Abschlussprüfer seiner Verpflichtung zur unverzüglichen Unterrichtung des Aufsichtsrats über relevante Feststellungen nach, hat sich der Aufsichtsrat mit diesen Informationen eingehend auseinanderzusetzen. Typischerweise werden sich die Feststellungen auf bereits abgeschlossene, gegebenenfalls auf laufende Vor-

146 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABL. L 158/77.

147 *Kremer*, aaO (Fn. 123), Rdn. 1242; *Marsch-Barner*, in: Wilsing (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2012, Ziff. 7.2.3 Rdn. 2.

148 IDW PS 345 Rz. 58; *Marsch-Barner*, aaO (Fn. 147), Ziff. 7.2.3 Rdn. 2.

gänge beziehen. Der Aufsichtsrat hat auf Grund dieser Informationen zu entscheiden, welche Schlussfolgerungen hinsichtlich der Geschäftsführung des Vorstands zu ziehen sind. In Betracht kommt primär eine eingehendere Kontrolle abgeschlossener Vorgänge. Sind auf Grund der Feststellungen des Abschlussprüfers Auswirkungen auf laufende Vorgänge oder sogar künftige Vorhaben zu befürchten, wird der Aufsichtsrat auch zu einem weitergehenden Eingreifen gegenüber dem Vorstand verpflichtet sein. Er wird vom Vorstand gemäß § 90 Abs. 3 AktG Berichte verlangen oder nach § 111 Abs. 2 AktG selbst Untersuchungen initiieren. Bei besonders schwerwiegenden Vorwürfen gegen den Vorstand kommen auch umgehende Personalentscheidungen in Betracht. Gelegentlich wird es sich dabei auch nicht vermeiden lassen, dass der Aufsichtsrat die reine Überwachungsrolle verlässt und wie bei einem Unternehmen, das sich in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, stärker die gestaltende Verantwortung übernimmt und damit aus funktionaler Sicht näher an die Geschäftsleitung heranrückt.[149] Gleichwohl hat er auch in dieser Situation zu beachten, dass ihm nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG die Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben versagt ist.

VII. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Wiederholt hat sich der Gesetzgeber mit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats befasst. Die den Rechtsänderungen zugrundeliegenden Beweggründe waren mitunter sozialethischer und sozialpolitischer Natur. Gelegentlich hatten die Änderungen aber auch die qualitative Verbesserung der Arbeit des Aufsichtsrats zum Ziel.

1. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

Auch wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht im AktG geregelt ist, wäre eine Betrachtung des Aktienrechts der letzten 50 Jahre unvollständig, wenn diese Thematik ausgespart bliebe. Bei Inkrafttreten des AktG 1965 war die typische Besetzung des Aufsichtsrats auch großer Unternehmen der mitbestimmte Aufsichtsrat, dem gemäß §§ 76 ff. BetrVG 1952 zu einem Drittel Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehörten. Einige wenige Unternehmen unterlagen der Montan-Mitbestimmung einschließlich Folgeregelungen, die einen paritätisch aus Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer zusammengesetzten Aufsichtsrat mit einem zusätzlichen sog. neutralen Mitglied verlangt.[150]

149 Zur vergleichbaren Situation der gestaltenden Überwachung in der Krise siehe z. B. OLG Düsseldorf 31.5.2012 – I 16 U 176/10, AG 2013, 171, 172; OLG Hamburg 12.1.2001 – 11 U 162/00 Spar-Handels-AG, AG 2001, 359, 362; OLG Stuttgart, 15.3.2006 – 20 U 25/05, AG 2006, 379, 381; *Bürgers/Israel*, aaO (Fn. 74), § 111 Rdn. 6; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 21; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 45; *Semler*, aaO (Fn. 84), Rdn. 231 ff.

150 Siehe dazu z.B. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 13 Rdn. 16 ff.

Ein für den Aufsichtsrat einschneidendes Ereignis war das Inkrafttreten des MitbestG am 1. Januar 1977. Danach hatten Aktiengesellschaften mit mindestens 2.000 Mitarbeitern in Deutschland, die nicht der Montanmitbestimmung unterlagen, nun einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat einzurichten.[151] Diese tiefgreifende Gesetzesänderung, die Auswirkungen auf die Zusammensetzung, innere Ordnung sowie die Kompetenzen des Aufsichtsrats hatte, führte nicht nur zu zahlreichen Streitfragen hinsichtlich des Aufsichtsrats und einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen,[152] sondern veränderte auch die Arbeitskultur im Aufsichtsrat. Vor allem führte die Mitbestimmung jedenfalls bei Unternehmen mit mehr als 20.000 Mitarbeitern nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG zu einer Aufsichtsratsgröße von 20 Mitgliedern. Nimmt man die Vorstandsmitglieder und Hilfspersonen (Protokollführer, Sachverständige) hinzu, so kann bei einer Aufsichtsratssitzung von rund 30 teilnehmenden Personen ausgegangen werden.[153] Damit lassen sich nach verbreiteter Ansicht effiziente Aufsichtsratssitzungen kaum durchführen.[154] Bei einem Gremium dieser Größe sind die Bildung von Aufsichtsratsausschüssen und damit die Delegation von Aufgaben nahezu unumgänglich. Dies entspricht sowohl dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers des KonTraG[155] als auch Ziff. 5.3.1 Deutscher Corporate Governance Kodex, die die Einsetzung verschiedener Aufsichtsratsausschüsse empfiehlt. Zwar wird dadurch die Arbeit in fachlich besonders qualifizierten Arbeitsgruppen ermöglicht, allerdings führt dieser Weg auch zu einer Zurückdrängung des Aufsichtsratsplenums. Zudem werden dadurch die Informationsasymmetrien unter den Aufsichtsratsmitgliedern verstärkt, was auch die seit 2002 in § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG angeordnete Berichtspflicht des einzelnen Ausschusses gegenüber dem Aufsichtsratsplenum nur eingeschränkt zu kompensieren vermag. Zwangsläufig sind damit für die Arbeit des Aufsichtsrats auch Effizienzeinbußen verbunden.[156] Dies bedarf bei Gesellschaften, die ohne den gemäß § 27 Abs. 3 MitbestG zwingend vorgeschriebenen Vermittlungsausschuss über bis zu sieben Ausschüsse verfügen,[157] die zusätzlich zu den Sitzungen des Aufsichtsratsplenums vereinzelt bis zu insgesamt 35 Sitzungen im Geschäftsjahr abhalten,[158] keiner weiteren Erklärung.

151 Die Gesetzesänderungen hinsichtlich der Geschäftsleitung bleiben ausgeblendet.

152 Besonders zu erwähnen etwa BGH 25.2.1992 II ZR 123/81 – Siemens, BGHZ 83, 106; BGH 25.2.1992 II ZR 102/81 – Dynamit Nobel, BGHZ 83, 144; BGH 25.2.1992 II ZR 145/80 – Bilfinger und Berger, BGHZ 83, 151.

153 Die durchschnittliche Board-Größe in Europa beträgt 12,1 Mitglieder, in Deutschland 17 Mitglieder, vgl. *Heidrick & Struggles*, Towards Dynamic Governance 2014, Corporate Governance Report, 2014, S. 19.

154 *Cromme*, aaO (Fn. 35), S. 13; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 111 Rdn. 96; *Peltzer*, aaO (Fn. 109), Rdn. 203; empirische Angaben bei *von Preen/Pacher*, Der Aufsichtsrat 2014, 66 ff.; *Sünner*, AG 2000, 492, 496; siehe aber auch den differenzierenden Bericht Börsen-Zeitung 9.11.2006, S. 20; satirisch *Hakelmacher*, WpG 1995, 147, 150.

155 Regierungsbegründung zum KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 23.

156 Vgl. *Schoppen*, Der Aufsichtsrat 2011, 38, 39; siehe im Übrigen auch *Peltzer*, FS Schwark, 2009, 707, 713; *von Rosen*, FS Schwark, 2009, S. 789, 799; *Sünner*, AG 2000, 492, 496; siehe auch *Hopt*, FS Everling, 1995, S. 475, 480 ff.

157 Siehe dazu *Ruhwedel*, BOARD 2014, 238, 239.

158 *Ruhwedel*, BOARD 2014, 238, 240.

Wiederholt ist wegen dieser Entwicklung die Verkleinerung der Mitgliederzahl des mitbestimmten Aufsichtsrats gefordert worden.[159] Der Gesetzgeber hat hierauf bislang – trotz zwischenzeitlicher Bemühungen[160] – nicht reagiert und man muss bezweifeln, ob er die Bereitschaft zur Veränderung aus eigener Kraft aufbringen wird. Dabei ist daran zu erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Mitbestimmungsurteil aus dem Jahre 1979 ausdrücklich festgestellt hat, dass der Gesetzgeber unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 GG zur Gesetzeskorrektur verpflichtet ist, falls sich die seinerzeit mit dem Gesetz verbundenen Erwartungen später als unrealistisch erweisen.[161] Damit ist dem Gesetzgeber von heute aufgegeben zu gegebener Zeit zu überprüfen, ob sich im Laufe der weiteren Entwicklungen seine damaligen Erwartungen bestätigt haben oder ob es durch das MitbestG zu „*nachhaltigen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Unternehmen*" gekommen ist.[162] Die Durchführung dieses Prüfungsauftrags scheint in Fachkreisen wie auch in der Öffentlichkeit in Vergessenheit geraten zu sein.[163] Deshalb ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass nach gut 36 Jahren seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts der Zeitpunkt der kritischen Überprüfung überfällig ist. Zu klären ist, ob die Erwartungen des Gesetzgebers aus dem Jahre 1976 zur Mitbestimmung nach dem MitbestG auch die Mitbestimmung im Aufsichtsrat in ihrer heutigen Ausprägung tragen oder ob Änderungen geboten sind. Diese Aufgabe ist durch die von Bundeskanzler *Gerhard Schröder* im Jahre 2005 eingesetzte Kommission „*Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung*", deren Vorsitz in den Händen von *Kurt Biedenkopf* lag, und über deren Ergebnisse nur ein Bericht der drei wissenschaftlichen Mitglieder vorliegt,[164] nicht erledigt. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat wird von Vielen zu den wichtigen sozialpolitischen Errungenschaften der Nachkriegszeit gezählt. Jedenfalls lässt sie sich als ein stabilisierendes Element der deutschen Wirtschaft qualifizieren. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer darf allerdings nicht dazu führen, dass die Überwachung der Unternehmensleitung durch einen zu großen Aufsichtsrat an Effizienz und Schlagkraft verliert und damit letztlich die Funktionsfähigkeit der Unternehmen beeinträchtigt wird.

159 *Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung"*, ZIP 2009, 885, 886 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 2001, 238, 251; *Hopt*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 563, 585; *ders*., FS Westermann, 2008, S. 1039, 1047; *Lambsdorff*, aaO (Fn. 2), S. 217, 227; *Lutter*, ZGR 2001, 224, 236; *Sünner*, AG 2000, 492, 496; a.A. *Kommission Mitbestimmung*, Bertelsmann Stiftung/ Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, 1998, S. 102.

160 Zu den Bemühungen im Rahmen des KonTraG siehe *Kübler*, FG Döser, 1999, S. 237, 252; *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B, Verhandlungen 66. Deutscher Juristentag Stuttgart, 2006, Bd. I, B 60.

161 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 334 ff., 351.

162 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 352.

163 Anders aber etwa *Kübler*, FG Döser, 1999, S. 237, 252; *Raiser*, aaO (Fn. 160), B 31.

164 Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, Dezember 2006; siehe dazu z.B. auch *Hopt*, FS Westermann, 2008, S. 1039, 1048.

2. *Der unabhängige Finanzexperte*

Eine einschneidende Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats von kapitalmarktorientierten Gesellschaften i.S.v. § 264d HGB erfolgte 2009 im Rahmen des BilMoG durch die Einführung des unabhängigen Finanzexperten gemäß § 100 Abs. 5 AktG, der über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Die neue Vorschrift, die auf die Abschlussprüferrichtlinie aus dem Jahre 2006[165] zurückgeht und deren Anwendung speziell die börsennotierte AG trifft, die von § 264d HGB erfasst ist, hat Anlass zu einer im Verhältnis zur Bedeutung der Regelung unverhältnismäßig großen Zahl von Publikationen geführt.[166] Die Praxis hat sich mit der Regelung scheinbar jedoch arrangiert, denn bisher sind nur wenige Gerichtsverfahren bekannt geworden.[167] Da das BilMoG keine Legaldefinition der Unabhängigkeit enthält, ist jedoch auch nach rund fünf Jahren praktischer Erfahrung mit dem unabhängigen Finanzexperten weiterhin die Frage äußerst umstritten, wie die von § 100 Abs. 5 AktG geforderte Unabhängigkeit mit dem deutschen Konzernrecht vereinbar ist, das nach herkömmlichem Verständnis dem Mehrheitsaktionär das Recht zugesteht, die Plätze sämtlicher von den Anteilseignern zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder mit eigenen Leuten zu besetzen.[168] Auch wenn Ziffer 5.4.2 Deutscher Corporate Governance Kodex dem Vertreter des Mehrheitsaktionärs im Aufsichtsrat ausdrücklich die Unabhängigkeit abspricht, ist diese Kodex-Regelung jedenfalls für die Auslegung von § 100 Abs. 5 AktG nicht maßgeblich.[169]

Die Frage der Unabhängigkeit der Mitglieder des Überwachungsorgans berührt eine der Kernfragen der Corporate Governance. Die Forderung nach Unabhängigkeit beruht auf dem Bestreben, in der Person des Finanzexperten jeglichen signifikanten Interessenkonflikt im Aufsichtsrat auszuschalten, der die effektive Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats beeinträchtigen könnte. Dabei ist zu betonen, dass der Anwendungsbereich von § 100 Abs. 5 AktG auf die kapitalmarktorientierte Gesellschaft, also auf die börsennotierte AG beschränkt ist. Damit ist die Vorschrift als klares Signal an den Kapitalmarkt zu verstehen; es geht um die Stärkung des Vertrauens der Anleger in die Überwachung der Unternehmensleitung durch den

165 Art. 41 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006, ABl. EU Nr. L 157 vom 9.6.2006, 87/107.

166 Siehe nur *Bahreini*, Der unabhängige Finanzexperte i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG, 2012; *Meyer*, Der unabhängige Finanzexperte im Aufsichtsrat, 2012; *Nowak*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds nach § 100 Abs. 5 AktG, 2010.

167 OLG Hamm 28.5.2013 – I-27 W 35/13, AG 2013, 927, 928; OLG München 28.4.2010 – 23 U 5517/09, AG 2010, 639; LG München I 5.11.2009 – 5HK 015312/09, AG 2010, 339; LG München I v. 26.2.2010 – 5 HK O 14083/09 – SÜSS Micro Tec, AG 2010, 922, 924.

168 LG Hannover 17.3.2010 – 23 O 124/09 – Continental/Schaeffler, AG 2010, 459, 460; LG Mannheim 17.1.1990 – 21 O 9/89, AG 1991, 29, 30; *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 228; *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 50; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 101 Rdn. 57.

169 Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 100 Rdn. 24; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 63; siehe auch *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 451.

Aufsichtsrat.[170] Diese Zielsetzung von § 100 Abs. 5 AktG wird man bei der Auslegung der Norm besonders im Blick behalten müssen.

Ein Teil des Schrifttums geht davon aus, dass die Unabhängigkeit i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG auch dann gegeben sein kann, wenn das Aufsichtsratsmitglied Mehrheitsaktionär oder Vertreter des Mehrheitsaktionärs ist. Zur Begründung wird dabei im Wesentlichen auf die Funktion des deutschen Konzernrechts verwiesen, das Schutzvorkehrungen zugunsten der Minderheitsaktionäre gegen eine nachteilige Einflussnahme des Mehrheitsaktionärs enthält.[171] Nach Ansicht einer wachsenden Zahl von Autoren kommt jedoch die Anerkennung eines Aufsichtsratsmitglieds, das dem Lager des Mehrheitsaktionärs entstammt, als unabhängig i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG nicht in Betracht.[172]

Es liegt auf der Hand, dass beim Mehrheitsaktionär, der die betreffende Gesellschaft gemäß § 290 HGB konsolidiert oder dessen Vertreter im Aufsichtsrat sitzt, die unabhängige Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe gegenüber dem Vorstand gefährdet sein kann. Dies gilt ebenso für den vom Mehrheitsaktionär gestellten oder ihm zuzurechnenden Finanzexperten, der nach § 107 Abs. 4 AktG zwingend dem Prüfungsausschuss anzugehören hat[173] und von dem nicht nur ein Dialog mit dem Finanzvorstand und dem Abschlussprüfer „*auf gleicher Augenhöhe*" erwartet wird, sondern der auch einen besonders kritischen Blick auf die wirtschaftlichen und finanziellen Aspekte der Geschäftsführung wie etwa die Rechnungslegung, Bilanzpolitik, Risikosteuerung sowie interne Kontrollsysteme werfen soll.[174] Blickt man auf die gemeinschaftsrechtlichen Wurzeln der Vorschrift, auf die die Gesetzesbegründung zu § 100 Abs. 5 AktG ausdrücklich verweist,[175] so ist festzustellen, dass der Erwägungsgrund 24 Satz 2 der Abschlussprüferrichtlinie wiederum auf die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2005[176] Bezug nimmt. Nach Ziffer 13.1 dieser Empfehlung ist die Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds unter anderem dann zu verneinen, wenn es in einer geschäftlichen Beziehung zum Mehrheitsaktionär der Gesellschaft steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinträch-

170 *Bayer*, NZG 2013, 1, 12; *M. Roth*, ZHR 175 (2011), 605, 629.

171 *Bahreini*, aaO (Fn. 166), S. 157; *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 229; *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1090; *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 50; *Gesell,* ZGR 2011, 361, 385; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 111 Rdn. 13; *Hoffmann-Becking*, NZG 2014, 801, 806; *Ihrig/Meder*, FS Hellwig, 2010, S. 163, 173; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 100 Rdn. 24; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 67; *Simons*, in: Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 100 Rdn. 9c; *Wind/Klie*, NZG 2010, 1413, 1415.

172 *Bayer*, NZG 2013, 1, 10; *Ehlers/Nohlen*, GS Gruson, 2008, S. 207, 116; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 68; *ders*., FS Goette, 2011, S. 121, 128; *Langenbucher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2015, § 5 Rdn. 9b; *Meyer*, aaO (Fn. 166), S. 334; *Nowak*, aaO (Fn. 166), S. 187; *Scholderer*, NZG 2012, 168, 172; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 44; *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 795, 798; *ders.*, ZGR 2010, 751, 783.

173 Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 107 Rdn. 23; *E. Vetter*, Liber Amicorum M. Winter, 2011, S. 701, 713.

174 *Meyer*, aaO (Fn. 166), S. 333; *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 795, 798; a.A. *Simons*, aaO (Fn. 171), § 100 Rdn. 9c; zu den Konfliktfällen in der Praxis siehe *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 352, 359.

175 Vgl. BT-Drs. 16/10067, S. 101.

176 Siehe oben Fn. 17.

tigen könnte. Auch wenn der Gesetzgeber des BilMoG entgegen der ausdrücklichen Kommissionsempfehlung keine weiteren Kriterien zur Beurteilung der Unabhängigkeit festgelegt hat und die Kommissionsempfehlungen gemäß Art. 249 Abs. 5 EG nicht verbindlich sind, ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Gerichte derartige Empfehlungen nach Maßgabe des EuGH[177] bei der Auslegung des zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht ergangenen nationalen Rechts sowie zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften heranziehen müssen.[178]

Vor diesem Hintergrund ist das Aufsichtsratsmitglied aus dem Lager des Mehrheitsaktionärs unter Verweis auf die Kommissionsempfehlung vom 15. Februar 2005 nicht als unabhängiges Mitglied i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG zu qualifizieren. Dem Aufsichtsrat einer kapitalmarktorientierten AG muss damit mindestens ein Mitglied angehören, das nicht dem herrschenden Aktionär zuzurechnen ist. Die Existenz eines unabhängigen Mitglieds im Fall der paritätisch mitbestimmten Gesellschaft unter Berücksichtigung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer mag dazu führen, dass sich das herrschende Unternehmen, selbst wenn es alle übrigen Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner stellt, nicht darauf verlassen kann, über eine gesicherte Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat zu verfügen.

De facto führt dies für die börsennotierte AG zu einer Aufsichtsratszusammensetzung, wie sie ähnlich bereits im Jahre 1986 vom OLG Hamm für den Aufsichtsrat einer Gesellschaft im qualifiziert faktischen Konzern gefordert worden war.[179] Die Anerkennung eines Minderheitenvertreters im Aufsichtsrat spielte schon bei den Beratungen des AktG 1965 eine Rolle, ist aber am Ende bewusst abgelehnt worden.[180] Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der unabhängige Finanzexperte i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG nicht von den außenstehenden Aktionären gewählt wird, sondern seine Wahl gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG durch Mehrheitsentscheid der Hauptversammlung erfolgt, an der alle Aktionäre einschließlich des Mehrheitsaktionärs teilnehmen können, sodass von einer Beschränkung des Mehrheitswahlrechts nicht die Rede sein kann.[181] § 100 Abs. 5 AktG beschränkt demnach nicht anders als etwa die Inkompatibilitätsregeln von § 100 Abs. 2 AktG die Auswahl des Mehrheitsaktionärs, indem bestimmte Personen von der Wahl ausgeschlossen sind. Im Übrigen bleibt das Recht des Mehrheitsaktionärs zur Wahl der Person seines Vertrauens zum Aufsichtsratsmitglied bestehen.[182] Zudem wirkt die Beschränkung durch § 100 Abs. 5 AktG weniger einschneidend als die durch § 100 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AktG. Letztere Vorschriften untersagen die Wahl einer Person in den Aufsichtsrat, die gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 1

177 EuGH v. 13.12.1989 – Rs. C-322/88, Slg. 1989, I-4407 – Rdn. 18.

178 *Habersack*, AG 2008, 98, 105; *Kropff*, FS K. Schmidt, 2009, S. 1023, 1027; *E. Vetter*, ZGR 2010, 751, 782.

179 OLG Hamm v. 3.11.1986 – 8 U 59/86 – Banning, AG 1987, 38, 40, kritisch z.B. *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 587; *Timm*, NJW 1987, 977.

180 Siehe auch *Kropff*, FS K. Schmidt, 2009, S. 1023, 1028; Begründung des Regierungs-Entwurfs, abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 138; *Uwe H. Schneider*, FS Raiser, 2005, S. 341, 347.

181 *Meyer*, aaO (Fn. 166), S. 341.

182 *Meyer*, aaO (Fn. 166), S. 344.

bis 3 AktG generell inhabil ist. Demgegenüber steht der Wahl einer Person in den Aufsichtsrat, die dem Mehrheitsaktionär zuzurechnen ist und die über Finanzexpertise verfügt, nichts entgegen, sofern ein anderes Aufsichtsratsmitglied vollständig die Qualifikation gemäß § 100 Abs. 5 AktG erfüllt.

Die Beschränkung der freien Besetzung des Aufsichtsrats durch § 100 Abs. 5 AktG stellt eine einschneidende Einschränkung vertrauter Grundsätze des Konzernrechts dar. Die Einschränkung beruht auf der gemeinschaftsrechtlich auszurichtenden Auslegung der Vorschrift. § 100 Abs. 5 AktG verfolgt zudem einen kapitalmarktrechtlichen Ansatz; denn die Vorschrift kommt nur bei der börsennotierten AG zur Anwendung. Nimmt eine Gesellschaft den Kapitalmarkt hingegen nicht in Anspruch, so bleibt es bei den anerkannten Grundsätzen des Aktienrechts einschließlich der Möglichkeiten der konzernrechtlichen Einbindung. Dies schließt auch die Besetzung des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft allein durch Personen aus dem Lager des Mehrheitsaktionärs ein.

3. Cooling-off für ehemalige Vorstandsmitglieder

Eine weitere Beschränkung der freien Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Einführung der Cooling-off-Periode für ehemalige Vorstandsmitglieder erfolgte im Jahre 2009 durch das VorstAG. Nach § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG können ehemalige Vorstandsmitglieder innerhalb von zwei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nur dann in den Aufsichtsrat einer börsennotierten AG gewählt werden, wenn ihre Wahl von Aktionären vorgeschlagen wird, die mehr als 25 % der Stimmen vertreten. Kommt diese Unterstützung des Wahlvorschlags nicht zustande, ist die Wahl des ehemaligen Vorstandsmitglieds nach § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG nichtig.[183] Die Regelung ist vielfach auf erhebliche rechtspolitische Kritik gestoßen.[184] Inzwischen wird auch der Ruf nach ihrer Modifikation oder vollständiger Aufhebung erhoben.[185] Die Kritik, die bis zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit reicht,[186] stützt sich besonders darauf, dass dem Unternehmen entgegen dem gesetzgeberischen Bestreben nach weiterer Professionalisierung des Aufsichtsrats die für die Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe wichtige Erfahrung und Sachkompetenz vorenthalten wird, über die das ehemalige Vorstandsmitglied als Insider wegen seiner Kenntnisse der Stärken und Schwächen des Unternehmens in besonderem Maße verfüge.

183 *Krieger*, FS Hüffer, 2010, S. 521, 527; *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 795, 814.

184 *Hopt*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 563, 576: „wirklicher Sündenfall"; *Krieger*, FS Hüffer, 2010, S. 521; *Schulenburg/Brosius*, WM 2012, 58, 59; *Sünner*, AG 2010, 111, 114; anders aber *Möllers/Christ*, ZIP 2009, 2278, 2280; differenzierend *Velte*, WM 2012, 537, 538; vermittelnd *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 36; *ders.*, aaO (Fn. 38), E 82; siehe auch *Bayer*, NZG 2013, 1, 13.

185 *Habersack*, aaO (Fn. 38), E 82; *M. Roth*, ZHR 178 (2014), 638, 657; siehe auch Beschlüsse Nr. 17 a–c, Verhandlungen der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung, 69. Deutscher Juristentag München, Bd. II/1, 2013, N 90.

186 *Sünner*, AG 2010, 111, 116.

Der Gesetzgeber hat diesen Gesichtspunkt durchaus in seine Überlegungen einbezogen, sich aber unter Abwägung zwischen dem Streben nach weiterer Professionalisierung und dem Unabhängigkeitspostulat gleichwohl auf Grund des *„systematische Kontrolldefizits der Eigentümergesamtheit"*[187] anders entschieden. Die Sorge, dass das ehemalige Vorstandsmitglied auf Grund seiner früheren Tätigkeit nun in seiner neuen Rolle bei der Überwachung der Geschäftsleitung nicht die notwendige Distanz gegenüber dem Überwachungsobjekt aufbringt und unter Umständen wegen seiner früheren Vorstandsverantwortung auch Maßnahmen beeinflussen oder sogar verhindern und weiterhin aktive Unternehmenspolitik betreiben könnte, wog für den Gesetzgeber offensichtlich schwerer als der Nachteil bei der Überwachung der Geschäftsleitung nicht unmittelbar auf die Erfahrungen und Insiderkenntnisse des ehemaligen Vorstandsmitglieds zurückgreifen zu können. Diese Sorge ist nicht unbegründet und sollte nicht zu niedrig eingestuft werden.[188]

Zwei Beispiele aus der jüngeren Unternehmenspraxis, bei denen jeweils dem bedeutsamen Ereignis im Unternehmen kein Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat vorausgegangen war, mögen als Beleg für diese nicht nur theoretische Sorge dienen.

> Nachdem der Vorstandsvorsitzende der Siemens AG, *Löscher*, vorzeitig aus dem Amt ausgeschieden war, wurde der bisherige Finanzvorstand, *Kaeser*, zum 1. August 2013 zum neuen Vorstandsvorsitzenden bestellt. Im Mai 2014 verkündete die Gesellschaft eine neue Strategie, die mit tiefgreifenden Veränderungen der Unternehmensorganisation und Konzernstruktur verbunden war.[189]

> Im Oktober 2014, nur wenige Monate nachdem der Vorstandsvorsitzende der Linde AG, *Reitzle*, ausgeschieden und ein neuer Vorstandsvorsitzender bestellt worden war, gab die Gesellschaft im Wege der Ad-hoc-Mitteilung außerordentliche Abschreibungen auf Beteiligungen in einem Volumen von rund 229 Mio Euro bekannt.[190]

In beiden Fällen stellt sich die hypothetische Frage, ob die jeweils durch Ad-hoc-Mitteilung bekanntgemachten Entscheidungen, die durchaus als Korrektur der bisherigen vom Vorstand verfolgten Geschäftsstrategie angesehen werden können,[191] in gleicher Weise getroffen worden wären, wenn der frühere Vorstandsvorsitzende nach seinem Ausscheiden direkt in den Aufsichtsrat gewechselt wäre.[192] Was die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen des ehemaligen Vorstandsmitglieds anbetrifft, so steht es dem Aufsichtsrat im Übrigen frei, diese im Bedarfsfall vor Ablauf der Cooling-off-Periode gezielt für den Aufsichtsrat im Wege der Beauftragung des ehemaligen

187 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 11.

188 *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 795, 804; früher bereits *Berrar*, NZG 2001, 1113, 1119; *Lange*, NZG 2004, 265, 268; *Lieder*, NZG 2005, 569, 572; siehe auch *Hopt*, in: Hommelhoff/Rowedder/Ulmer (Hrsg.), Max Hachenburg, 3. Gedächtnisvorlesung 1998, 2000, S. 9, 31.

189 Ad-hoc Mitteilung der Siemens AG vom 6.5.2014; siehe dazu auch den Bericht Börsenzeitung vom 8.5.2014, S. 11.

190 Ad-hoc Mitteilung der Linde AG vom 30.10.2014.

191 Siehe z.B. *Flämig*, Börsenzeitung vom 15.11.2014, S. 8; *Maier*, Der Aufsichtsrat, 2014, 169.

192 Weitere Beispiele bei *Bayer*, NZG 2013, 1, 13.

Vorstandsmitglieds dienstbar zu machen.[193] Damit würde dem früheren Vorstandsmitglied allerdings keine organschaftliche Rolle eingeräumt, vielmehr wäre er als Berater des Aufsichtsrats tätig.

4. Die sog. Frauenquote

Am 6. März 2015 hat der Bundestag das „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst" beschlossen, durch das der Sache nach eine sog. Frauenquote unter anderem im Aufsichtsrat eingeführt wird, wobei unterschiedliche Regelungen für Gesellschaften vorgesehen sind, je nachdem, ob die Gesellschaft börsennotiert und zugleich paritätisch mitbestimmt ist oder ob sie nur eines der Kriterien erfüllt und entweder börsennotiert ist oder ohne Kapitalmarktzugang allein über einen mitbestimmten Aufsichtsrat verfügt.[194] Dem Gesetz liegt eine allgemeine sozialethische und sozialpolitische Zielsetzung zugrunde, für die neben anderen privatrechtlichen Organisationsformen erkennbar zuvörderst die börsennotierte paritätisch mitbestimmte Aktiengesellschaft dienstbar gemacht werden soll. Ungeachtet des Umstands, dass die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes in Zweifel gezogen wird,[195] bleiben die künftige Umsetzung des Gesetzes in der Unternehmenspraxis und seine Auswirkungen auf die Zusammensetzung und Arbeitsweise des Aufsichtsrats abzuwarten.

5. Zwischenfazit: Beschränkung der Wahlfreiheit der Aktionäre

Angesichts der Größe und wirtschaftlichen Bedeutung der von Aktiengesellschaften vielfach betriebenen Unternehmen, ist es nicht verwunderlich, dass die AG – speziell ihr Aufsichtsrat – Gegenstand allgemeiner politischer Ziele des Gesetzgebers ist. So wird bei der AG wie auch bei bestimmten anderen Gesellschaftsformen[196] durch die Vorschriften zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat wie auch zuletzt durch die Einführung der sog. Frauenquote die Zusammensetzung des Aufsichtsrats verbindlich[197] geregelt und dadurch die Freiheit der Aktionäre über die personelle Besetzung des Aufsichtsrats zu entscheiden beschränkt. In beiden Fällen geht es nicht um die Stärkung der Rechte des Aufsichtsrats oder die Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit sondern um sozialethische und sozialpolitische Anliegen. Auch die Einführung des unabhängigen Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG wie auch die Cooling-off-Periode für ehemalige Vorstandsmitglieder nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4

193 *Berrar*, NZG 2001, 1113, 1119; *Hoffmann-Becking*, ZGR 2011, 136, 140; *Lange*, NZG 2004, 265, 268.

194 Gesetz v. 24.4.2015, BGBl. I, 642; im Einzelnen siehe den Regierungsentwurf vom 20.1.2015, BT-Drs. 18/3784.

195 Zum Referentenentwurf siehe z.B. *Habersack/Kersten*, BB 2014, 2819, 2828.

196 Siehe dazu z.B. § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG.

197 Dass bei Gesellschaften, die nur entweder börsennotiert oder nur mitbestimmt sind, keine fixe Quote gilt, steht dem nicht entgegen.

AktG schränken die Wahlfreiheit der Aktionäre ein; das damit verfolgte rechtspolitische Anliegen ist jedoch hier allein die qualitative Stärkung der Aufsichtsratsarbeit durch den dauerhaften oder zumindest zeitweisen Ausschluss der Wahl von Personen zu Aufsichtsratsmitgliedern, bei denen die Gefahr besteht, dass sie ihre Arbeit nicht unabhängig ausüben.

VIII. Qualifikation und Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder

1. Vorbemerkungen

Für die Qualität der Arbeit des Aufsichtsrats sind die Sachkunde, die Erfahrungen, das persönliche Engagement sowie die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder von elementarer Bedeutung. Deshalb ist der verbreitete Ruf nach größerer Professionalität der Aufsichtsratsmitglieder angesichts der wachsenden Anforderungen an den Aufsichtsrat ebenso verständlich wie berechtigt. Das AktG enthält – anders als z.B. § 7a Abs. 4 VAG, § 25d Abs. 1 KWG – gleichwohl keine besonderen Anforderungen an die Sachkunde der Aufsichtsratsmitglieder.[198] Aus normativer Sicht bleibt es damit bei den bekannten Aussagen des BGH aus dem Jahre 1982 im Hertie-Urteil[199] mit den Verschärfungen im Ision-Urteil aus dem Jahre 2011.[200] Danach hat jedes Aufsichtsratsmitglied bestimmte Mindestkenntnisse und Mindestfähigkeiten zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds mitzubringen oder sich umgehend zu verschaffen, um die dabei normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge ohne fremde Hilfe verstehen und beurteilen zu können, sodass die sachgerechte Erfüllung der dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgaben gewährleisten werden kann.[201] Weitergehend hat die Regierungskommission Corporate Governance im Jahre 2001 betont, dass jedes Aufsichtsratsmitglied über das allgemeine Verständnis für unternehmerische Zusammenhänge und die notwendige „*financial literacy*" verfügen müsse, das ihm ermöglicht, die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft auf der Grundlage von Jahresabschluss und Lagebericht, bzw. Konzernabschluss und Konzernlagebericht sowie den Prüfungsberichten des Abschlussprüfers zu beurteilen

198 *Dreher*, FS Boujong, 1996, S. 71, 73; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 15; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 100 Rdn. 20; a.A. *Bollweg*, Wahl des Aufsichtsrats, 1997, S. 111 ff.; *Wardenbach*, Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG, 1996, S. 262 ff.

199 BGH v. 15.11.1982 – II ZR 27/82 – „Hertie", BGHZ 85, 292, 295; dazu *Hommelhoff*, ZGR 1983, 551 ff.

200 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – II „Ision", AG 2011, 876, Rdn. 28; dazu z.B. *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 47; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 530; *E. Vetter*, EWiR 2011, 793.

201 *Feddersen*, AG 2000, 385, 389; *Hommelhoff*, ZGR 1983, 551 ff.; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 116 Rdn. 3; *Schwark* in FS Werner, 1984, S. 841, 848; vgl. auch *v. Werder/Wieczorek*, DB 2007, 297.

und sich ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Gesellschaft zu machen.[202]

Sollten diese Grundvoraussetzungen an Kenntnissen und Fähigkeiten in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds fehlen, lässt dies die Wirksamkeit der Aufsichtsratswahl jedoch unberührt.[203] Allerdings können sich daraus Haftungsansprüche gegen das gewählte Aufsichtsratsmitglied aus dem Gesichtspunkt des Übernahmeverschuldens ergeben. Das Gleiche gilt für die Mitglieder des Aufsichtsrats, die die Person zur Wahl vorgeschlagen haben, aus dem Gesichtspunkt des Auswahlverschuldens.[204] Nachdem das Risiko der persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder in den letzten Jahren stärker ins allgemeine Bewusstsein getreten ist,[205] sollte die Steuerungsfunktion der Organhaftung hinsichtlich der Steigerung der Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder nicht unterschätzt werden.

2. *Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder*

a. *Regulierung im Allgemeinen*

Abgesehen vom Erfordernis des unabhängigen Finanzexperten bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften gemäß § 100 Abs. 5 AktG hat der Gesetzgeber auf die Rufe einer Regelung über die erforderliche Sachkunde im Aufsichtsrat oder gar einer Mindestqualifikation der Aufsichtsratsmitglieder nicht reagiert. Davon hatte auch die Regierungskommission Corporate Governance ausdrücklich abgeraten.[206] Indirekt hat der Gesetzgeber jedoch durch mehrere Gesetzesänderungen wie etwa die Erweiterung der Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 Abs. 1 AktG, die Erhöhung der Sitzungsfrequenz nach § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG, die Pflicht zur Festlegung eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG sowie die Formulierung ausdrücklicher Überwachungspflichten nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG den faktischen Druck zur größeren Professionalität im Aufsichtsrat deutlich erhöht.

202 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 310; vgl. auch *Dreher,* FS Boujong, 1996, S. 71 ff.; *Peltzer,* aaO (Fn. 109), Rn. 193; *Schiessl,* AG 2002, 593, 601; weniger streng *Hopt/Roth,* aaO (Fn. 37), § 100 Rn. 26.

203 *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 100 Rdn. 20; *Langenbucher*, ZGR 2012, 314, 338; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 25 Rdn. 2; a.A. *Bollweg*, aaO (Fn. 198), S. 116; *Wardenbach*, aaO (Fn. 198), S. 290.

204 *Dreher*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 313, 324; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 15; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 13; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 100 Rdn. 20; *Lieder*, NZG 2005, 569, 574; *Simons*, aaO (Fn. 171), § 100 Rdn. 13; *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 795, 810.

205 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – II „Ision“, AG 2011, 876, Rdn. 28; BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07 – „MPS“, BGHZ 179, 71 Rdn. 21; BGH 11.12. 2006 – II ZR 243/05, AG 2007, 167 Rdn. 9 (zur GmbH);

206 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 310.

Angesichts der verbreiteten Sorge vor der zunehmenden Verrechtlichung der Aufsichtsratstätigkeit[207] ist das Absehen des Gesetzgebers von Regelungen zur Sachkunde der Aufsichtsratsmitglieder zu begrüßen, denn jede gesetzliche Vorgabe zur Qualifikation der Aufsichtsratskandidaten und -Kandidatinnen schränkt die Freiheit der Aktionäre den Aufsichtsrat mit Personen ihres Vertrauens zu besetzen ein.[208] Zudem wären abstrakte Anforderungen an eine bestimmte Sachkunde der Aufsichtsratsmitglieder kaum ein taugliches Unterfangen die Aufsichtsratsarbeit in der Unternehmenspraxis zu verbessern, müssen sich doch diese Anforderungen an den spezifischen Verhältnissen im Einzelfall, nämlich der einzelnen Gesellschaft, ihrer Branche und Größe, den Unternehmensstrukturen und der übrigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats orientieren.[209] Die von professionellen Seminarveranstaltern angebotenen „TÜV-Zertifikate" für Aufsichtsräte sind jedenfalls ein Irrweg.

Auch wenn die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats – abgesehen von Entsendungen nach § 101 Abs. 2 AktG sowie die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer – gemäß § 101 Abs. 1 AktG in der Verantwortung der Hauptversammlung liegt, handelt es sich der Sache nach bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder letztlich um ein Kooptationsverfahren, da abgesehen von seltenen Ausnahmen stets die vom Aufsichtsrat (im „grauen" Zusammenwirken mit dem Vorstand)[210] vorgeschlagenen Personen von der Hauptversammlung gewählt werden.[211] Dabei begnügt sich der Gesetzgeber im Vorfeld der Wahl mit einem Minimum an Transparenz. § 124 Abs. 3 Satz 4 AktG schreibt für die Wahlvorschläge des Aufsichtsrats lediglich die Angabe des Namens, des ausgeübten Berufs und des Wohnorts vor.[212] § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG verlangt bei der Wahl in börsennotierten Gesellschaften weitergehende Angaben zu den vorgeschlagenen Personen. Die Kommunikation des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung beschränkt sich auf den Bericht nach § 171 Abs. 2 Satz 1 AktG und dessen Erläuterung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 176 Abs. 1 Satz 2 AktG. Einen Dialog zwischen Aufsichtsrat und Aktionären sieht das AktG nicht vor.[213] Angesichts dieser normativen Ausgangslage sind die Aktionäre ge-

207 Siehe z.B. *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 125, 139 ff.; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 100 Rdn. 24.

208 *Bachmann*, FS Hopt, 2010, S. 337, 345; *Richter*, ZHR 177 (2013), 577, 607.

209 *Deckert*, NZG 1998, 710, 712; *Dreher*, FS Boujong, 1996, S. 71, 76 ff.; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 10, 116 Rdn. 7; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 16; *E. Vetter*, GmbHR 2012, 181, 183; *Wirth*, ZGR 2005, 327, 335; siehe auch *Feddersen*, AG 2000, 385, 389; *Habersack*, ZSR 124 (2005) II, 533, 552.

210 *Bachmann*, FS Hopt, 2010, S. 337, 353.

211 *Bachmann*, FS Hopt, 2010, S. 337, 343; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 730; *Lutter*, DB 2009, 775, 777; *Peltzer*, NZG 2002, 10, 12; *ders*., NZG 2009, 1041, 1042; *G. H. Roth/Wörle*, ZGR 2004, 565, 575; a.A. *Dreher*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 313, 324; *Sünner*, ZIP 2003, 834; *Wirth*, ZGR 2005, 327, 342; siehe aber *Wadewitz*, Börsenzeitung vom 17.5.2013, S. 8.

212 *Reger*, in: Bürgers/Körber, AktG, 3. Aufl., § 124 Rdn. 21; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 124 Rdn. 38.

213 Weitergehend de lege ferenda z.B. *Holl*, aaO (Fn. 128), S. 227 ff.; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 936 ff.; *E. Vetter*, FS Westermann, 2008, S. 1589, 1592 ff.; *Merkner/Schmidt-Bendun*, AG 2011, 734, 738; *Mutter*, Der Aufsichtsrat 2014, 98, 99; siehe schon *Baums*, ZIP 1995, 11, 13.

zwungen, ihr Auskunftsrecht in der Hauptversammlung auszuüben, wenn sie weitergehende Informationen über die berufliche Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder begehren.[214] Zu dieser geringen Wertschätzung passt, dass sich jedenfalls nach Ansicht des OLG Düsseldorf das allgemeine Fragerecht der Aktionäre in der Hauptversammlung nach § 131 AktG im Rahmen der Entlastung des Aufsichtsrats nicht stets und keinesfalls zwangsläufig auch auf Auskünfte zur Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder erstreckt.[215]

Der Deutsche Corporate Governance Kodex wählt hingegen einen proaktiven Weg und geht damit über den gesetzlichen Ordnungsrahmen hinaus. Zwar blendet Ziffer 5.4.1 Abs. 4 Deutscher Corporate Governance Kodex das Informationsinteresse der Aktionäre hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der zur Wahl vorgeschlagenen Personen ebenfalls vollkommen aus. Die Regelung sieht aber eine aktive Information der Aktionäre durch den Aufsichtsrat über die relevanten Beziehungen der Kandidaten vor, die ihre Unabhängigkeit betreffen.[216] Zudem empfehlen Ziffer 5.4.1 Abs. 2 und 3 Deutscher Corporate Governance Kodex, dass der Aufsichtsrat konkrete Ziele hinsichtlich seiner personellen Zusammensetzung festlegt und diese auch im Corporate Governance Bericht offenlegt.[217] Deutlich weiter und konkreter sind demgegenüber die Anforderungen von § 87 Abs. 2 österreichisches AktG, der von jeder vorgeschlagenen Person eine eigene Erklärung unter anderem mit Angaben zur beruflichen Qualifikation, zu den beruflichen oder vergleichbaren Funktionen sowie der Umstände, die eine Befangenheit begründen könnten, verlangt, die den Aktionären rechtzeitig vor der Hauptversammlung zugänglich zu machen ist.[218] Nimmt man den berechtigten Ruf nach größerer Professionalität im Aufsichtsrat ebenso ernst, wie den Wert einer informierten Aktionärsentscheidung in der Hauptversammlung, so besteht – entgegen der Ansicht der Regierungskommission Corporate Governance[219] – Handlungsbedarf, den Aktionären rechtzeitig weitere aussagekräftige Informationen über die zur Wahl vorgeschlagenen Personen an die Hand zu geben.[220] Ob dem durch Änderung von Ziffer 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex Rechnung getragen werden sollte oder eine Entscheidung des Gesetzgebers vorzuziehen wäre, soll hier nicht weiter vertieft werden. Nicht zu folgen ist hingegen den Vorstellungen, die institutionellen Investoren formell in das Nominierungsverfahren für Kandidaten für

214 LG Hannover, 19.8.2009 – 23 O 90/09 – Continental, AG 2009, 914, 915; *Herrler*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 131 Rdn. 24; *Holl*, aaO (Fn. 128), S. 125; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 131 Rz 56; *Spindler*, aaO (Fn. 19), § 131 Rdn. 56; 29.

215 OLG Düsseldorf, 22.11.2012 – I 6 U 18/12, AG 2013, 759, 761.

216 *Kremer*, aaO (Fn. 123), Rdn. 994; *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1989; *Wilsing/von der Linden*, DStR 2012, 1391, 1392.

217 *Kremer*, aaO (Fn. 123), Rdn. 993.

218 *Kalss*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 124 Rdn. 74.

219 Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 311.

220 *Holl*, aaO (Fn. 128), S. 266; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 732; *Rosengarten*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, 2002, S. 71, 81.

den Aufsichtsrat einzubeziehen.[221] Die Regelungen in §§ 127, 137 AktG sehen für die Minderheitsaktionäre bereits die Möglichkeit zur frühzeitigen Beteiligung am Nominierungsverfahren vor. Allerdings ist das für die Priorität eines Minderheitsverlangens bei der Abstimmung erforderliche Quorum von 10 % nach § 137 AktG des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals hinsichtlich der Höhe wie auch des Verfahrens überprüfungsbedürftig.

b. Regulierung in speziellen Wirtschaftsbereichen

Während das AktG auf gesetzliche Regelungen eines Anforderungsprofils für Aufsichtsratsmitglieder verzichtet, bestehen im Bereich der regulierten Wirtschaft als Reaktion auf die Finanzmarktkrise seit kurzem teilweise ausdrückliche rechtliche Anforderungen an die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder. § 25d Abs. 2 Satz 1 KWG verlangt vom Aufsichtsrat „in seiner Gesamtheit" die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäftsleitung notwendig sind. Für Versicherungsunternehmen schreibt § 7a Abs. 4 VAG vor, dass das Aufsichtsratsmitglied zuverlässig ist und zudem die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die von dem Unternehmen betrieben werden, erforderliche Sachkunde besitzen muss. Ob und inwieweit derartige spezielle Anforderungsprofile bei der Anwendung des Aktienrechts Ausstrahlungswirkung haben, lässt sich nicht mit Gewissheit sagen.[222] Nach verbreiteter Ansicht stellen beide Formulierungen in der Sache nur Ausprägungen der bereits im Hertie-Fall des BGH im Jahre 1982 beschriebenen Mindestqualifikation der Aufsichtsratsmitglieder dar,[223] sodass sich insoweit die Frage der Ausstrahlung erübrigt.[224] Die Anforderungen an die Sachkunde der Aufsichtsratsmitglieder sind, wie sich aus § 7a Abs. 4 VAG ergibt, nicht abstrakt festzulegen, sondern sind geschäftsbezogen mit Blick auf die konkret ausgeübte Geschäftstätigkeit zu bestimmen.[225] Auch dies entspricht der allgemeinen Ansicht im aktienrechtlichen Schrifttum.[226] Bemerkenswert ist hinsichtlich der Qualifikation des Aufsichtsrats, dass § 25d Abs. 11 Satz 2 Nr. 3 KWG die regelmäßige Bewertung der Zusammensetzung und Leistung des Aufsichtsrats durch einen Nominierungsausschusses vorschreibt.[227] Dieser Prozess, der über die von Ziff. 5.6 Deutscher Corpo-

221 So aber *Hirt*, Börsenzeitung vom 7.5.2010, S. 8; dazu generell *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 298.

222 Siehe dazu *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1797; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 503 ff.; *Fleischer*, aaO (Fn. 74), § 87 Rdn. 26.

223 *Dreher*, ZGR 2010, 496, 510; *Hasse*, VersR 2010, 18, 23; *Hingst/Himmelreich/Krawinkel*, WM 2009, 2016, 2019; *Louven//Raapke*, VersR 2012, 257, 259.

224 *Dreher*, ZGR 2010, 496, 511; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 585.

225 *Krauel/Broichhausen*, VersR 2012, 823, 826.

226 *Dreher*, ZGR 2010, 496, 511; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 10; *Wirth*, ZGR 2005, 327, 334.

227 Siehe dazu *Opitz*, BKR 2013, 177, 181.

rate Governance Kodex empfohlene Effizienzprüfung[228] hinausgeht, mag durchaus Leitwirkung auf die weitere Entwicklung guter Corporate Governance in anderen Wirtschaftsbereichen haben.

c. *Das Aufsichtsratsmandat als Beruf*

Das AktG 1965 betrachtete das Aufsichtsratsmandat, wie sich § 100 Abs. 2 Nr. 1, 110 Abs. 3 AktG entnehmen lässt, als nebenberufliche Tätigkeit. Daran hat sich bis heute nichts geändert, auch wenn der Gesetzgeber schon im Jahre 1998 im Zusammenhang mit dem KonTraG die Möglichkeit des Berufsaufsichtsrats jedenfalls für den Aufsichtsratsvorsitzenden durchaus gesehen hat.[229] Es verwundert deshalb nicht, wenn verschiedentlich der Berufsaufsichtsrat propagiert wird.[230] Diese Überlegungen hat auch der Deutsche Corporate Governance Kodex bislang nicht aufgegriffen. Gelegentlich, insbesondere bei einigen Gesellschaften des DAX-30 entspricht der hauptberufliche Aufsichtsratsvorsitzende langjähriger Tradition und Praxis.[231] Dies erscheint bei Gesellschaften mit z.B. sechs Aufsichtsratssitzungen und über 30 Ausschusssitzungen im Jahr[232] eine nahezu unausweichliche Konsequenz. Aber gleichwohl bildet der hauptberufliche Aufsichtsratsvorsitzende in der Unternehmenspraxis noch immer die Ausnahme.

Die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratstätigkeit tut Not; gleichwohl ist gegenüber der Forderung nach hauptberuflichen Aufsichtsräten Skepsis angezeigt.[233] Bei einem auf Seiten der Anteilseigner vollständig mit hauptamtlichen Mitgliedern besetzten Aufsichtsrat ist kaum zu erwarten, dass sich die Mitglieder auf die bloße Überwachung der Geschäftsleitung beschränken. Zu befürchten ist vielmehr, dass sich ein solcher Aufsichtsrat seine Aufgaben sucht und sich in die Geschäftsführung des Vorstands einmischt oder sogar die Rolle eines „Obervorstands" einnimmt, sodass der Vorstand der AG zum bloßen Ausführungsorgan denaturiert[234] oder ungeachtet der

228 Siehe dazu z.B. *Mahlert*, Der Aufsichtsrat 2014, 106 ff.; *Semler*, FS Raiser, 2005, S. 399, 401 ff.; praktisches Anschauungsmaterial bei *E. Vetter*, in: Happ (Hrsg.), Aktienrecht, 4. Aufl. 2014, Muster 9.23, S. 1088 ff.

229 Regierungsbegründung zu § 100 AktG, KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

230 *Claussen/Bröcker*, AG 2000, 481, 490; *Lutter*, AG 1994, 176, 177; *G.H. Roth/Wörle*, ZGR 2004, 565, 628; *Schiessl*, AG 2002, 593, 599; früher bereits *Bremeier*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 13.12.1999, S. 33; ablehnend z.B. *Baums*, ZIP 1995, 11, 17; *Bihr/Blättchen*, BB 2007, 1285, 1291; *Möllers*, ZIP 1995, 1725, 1732; *Struck*, Mandatsunfähigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern einer deutschen AG, 2009, S. 19.

231 *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2013, 337, 351; *M. Roth*, ZGR 2012, 343, 365.

232 Siehe z.B. den Bericht des Aufsichtsrats 2012 der Deutsche Bank AG sowie den Bericht des Aufsichtsrats 2013 der Deutsche Telekom AG; allgemein *Ruhwedel*, BOARD 2014, 238, 240.

233 Ebenso *Cahn*, aaO (Fn. 62), 2013, S. 139, 155 ff.; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 768; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), vor § 95 Rdn. 7.

234 *Cahn*, aaO (Fn. 62), S. 139, 157; *Leyendecker-Langer*, NZG 2012, 721, 722; siehe auch *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2013, 337, 351.

gesetzlichen Trennung zwischen beiden Organen faktisch durch Vorstand und Aufsichtsrat das monistische System in der AG verwirklicht wird.[235]

Aber auch ein hauptberuflicher Aufsichtsratsvorsitzender ist nicht frei von Bedenken. In vielen Gesellschaften konzentriert sich die Hauptverantwortung für die Geschicke des Unternehmens auf zwei Personen, nämlich den Vorsitzenden des Vorstands und den Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Deren enge Zusammenarbeit wie auch ihr regelmäßiger Informations- und Meinungsaustausch werden in Ziffer 5.2 Abs. 3 Deutscher Corporate Governance Kodex ausdrücklich betont; der regelmäßige Austausch entspricht auch zweifelsfrei guter Corporate Governance. Allerdings lässt sich nicht übersehen, dass sich bei einem hauptberuflichen Aufsichtsratsvorsitzenden, je intensiver er sich mit den Vorgängen des Unternehmens im Dialog mit dem Vorstandsvorsitzenden befasst, desto geringer seine Distanz in der Sache wird, die für eine unbefangene Überwachung notwendig ist. Diese kritische Distanz ist aber gerade beim Vorsitzenden eines Gremiums erforderlich, das die Geschäftsleitung zu überwachen hat. Versteht der Aufsichtsratsvorsitzende seine Aufgabe zudem als aktive Rolle, so ist noch mehr zu besorgen, dass die gesetzliche Aufgabentrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat verloren geht und darunter die Überwachungsaufgabe gemäß § 111 Abs. 1 AktG insgesamt leidet. Die Erwägungen hinsichtlich eines hauptberuflichen Aufsichtsratsvorsitzenden sind deshalb nicht zu unterstützen. Soweit in Einzelfällen der hauptberufliche Aufsichtsratsvorsitzende gelebte Unternehmenspraxis ist, ist diese Praxis im Hinblick auf das Geschäftsführungsverbot gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG kritisch darauf zu beobachten, ob der Aufsichtsratsvorsitzende jeweils das erforderliche Maß an Selbstbeschränkung aufbringt.

Auch unabhängig von der Frage des Berufsaufsichtsrats ist der zeitlichen Einsatz, den die Aufsichtsratsmitglieder für die Aufsichtsratsarbeit aufzubringen bereit sein müssen, für die effiziente Erledigung der Überwachungsaufgabe von entscheidender Bedeutung.[236] Hierauf hatte bereits die Europäische Kommission in ihrem Grünbuch Europäischer Corporate Governance Rahmen aus dem Jahre 2011 zu Recht hingewiesen.[237] § 25d Abs. 1 Satz 1 KWG formuliert für Aufsichtsratsmitglieder in Unternehmen der Kreditwirtschaft die allgemeine Verpflichtung, dass sie der Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Aufsichtsrat „ausreichend Zeit widmen" müssen. § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AktG belässt dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied einen relativ großen – und selten vollständig ausgeschöpften – Spielraum zur Selbsteinschätzung, indem es die Anzahl der Aufsichtsratsmandate – ohne Konzernmandate – auf zehn Mandate beschränkt. Wiederholt sind Vorschläge zur weiteren Reduktion der Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten unterbreitet worden.[238] Der Gesetzgeber hat sie nicht aufgegriffen, sieht man von der durch das KonTraG eingeführten Doppelzählung des Aufsichtsratsvorsitzes gemäß § 100 Abs. 2 S. 3 AktG ab. Ziff. 5.4.5 Abs. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex weist nicht nur auf die Eigenverantwortlichkeit des

235 *Dörner/Oser*, DB 1995, 1085, 1087; *Lieder*, aaO (Fn. 3), S. 768.
236 So bereits *Frühauf*, ZGR 1998, 407, 415.
237 Grünbuch Europäischer Corporate Governance Rahmen, Kom (2011), 164 endg.
238 *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 302; *Baums*, AG 1997 Sonderheft, S. 26; *Habersack*, aaO (Fn. 38), E 83.

einzelnen Aufsichtsratsmitglieds hin, sondern empfiehlt für Vorstandsmitglieder von börsennotierten Gesellschaften nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in anderen börsennotierten Gesellschaften wahrzunehmen. Zudem weist die Empfehlung in Ziffer 5.4.1 Abs. 4 Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 5. Mai 2015 den Aufsichtsrat darauf hin, bei der Erarbeitung der Vorschläge zur Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder darauf zu achten, dass diese auch die für die qualifizierte Mandatswahrnehmung zu erwartende zeitliche Verfügbarkeit aufbringen können. Die Kodex-Empfehlung greift damit letztlich nur die in § 25d Abs. 1 Satz 1 KWG enthaltene gesetzliche Regelung auf und richtet sie der Sache nach über die Kreditwirtschaft hinaus generell an alle börsennotierte Gesellschaften. Als politisches Signal ist die Empfehlung zu begrüßen; ihre tatsächliche Wirkung darf jedoch nicht überschätzt werden.

3. Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder

Abgesehen vom unabhängigen Finanzexperten i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG schreibt das AktG die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder nicht als allgemeine Voraussetzung für ihre Bestellung vor.[239] Sie käme ohnehin allenfalls für die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner in Betracht. Nur für bestimmte eng begrenzte Konstellationen wird im Wege der Negativabgrenzung durch die §§ 100 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 4 sowie 105 AktG die Vorstandsunabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder gesichert und dadurch insoweit eine Amtsunfähigkeit begründet. Die Frage der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder ist seit längerem ein zentrales Thema der internationalen Corporate Governance Debatte.[240] In Deutschland mag diese Problematik auf Grund der dualistischen Organisationsstruktur systembedingt lange nur eine untergeordnete Bedeutung gespielt haben. Nachdem international tätige Stimmrechtsberater oder institutionelle Anleger ihre Vorstellungen in Abstimmungsrichtlinien bekannt gegeben haben, die – ohne Berücksichtigung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer – im Aufsichtsrat einen Anteil von einem Drittel bis zur Hälfte unabhängige Aufsichtsratsmitglieder vorsehen,[241] ist zu erwarten, dass die Thematik weiter an Bedeutung gewinnt. Dabei muss stets berücksichtigt werden, dass die Thematik des unabhängigen Aufsichtsratsmitglieds stets auch die Frage nach der Unabhängigkeit von einem Kontrollaktionär aufwirft und damit nicht ohne die Auswirkungen auf das Konzernrecht beurteilt werden kann.

Ziffer 5.4.1 Abs. 2 Deutscher Corporate Governance Kodex geht allerdings weiter und empfiehlt eine angemessene Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder, die

239 *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 29; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), 2013, § 100 Rdn. 18; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 6; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 100 Rdn. 3; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 17; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 131.

240 *Bayer*, NZG 2013, 1, 10; *Hopt*, ZHR 175 (2011), 444, 472; *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1989.

241 Siehe z.B. ISS Institutional Shareholder Services, European Proxy Voting Guideline Updates, 2015 Benchmark Policy Recomendations vom 6. November 2014, S. 5; Union Investment Proxy Voting Policy vom Januar 2015; dazu generell auch *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1989.

im Ermessen des Aufsichtsrats liegt. Zudem sollen unter dem Blickwinkel der Unabhängigkeit relevante Beziehungen der Kandidaten nach Ziffer 5.4.2 Abs. 4 Deutscher Corporate Governance Kodex in der Hauptversammlung offengelegt werden. Was als angemessen zu betrachten ist, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt[242] und wird stark von dem Umstand beeinflusst, ob es in der Gesellschaft einen Kontrollaktionär gibt oder nicht.[243] Einigkeit besteht insoweit, als dass mit der Kodex-Empfehlung eine „Nullrepräsentanz" unvereinbar ist.[244] Die Kodex-Regelung geht auf die Empfehlung der EU-Kommission vom 15. Februar 2005 zurück. Dies verschafft ihr eine erhöhte Aufmerksamkeit und ist nicht zu gering zu schätzen. Auch wenn der Gesetzgeber diese Empfehlung der EU-Kommission in § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG nur in einem Einzelfall aufgegriffen hat, sollte dieser Schritt keine Schule machen. Weitere Beispiele aus dem Katalog der Empfehlungen der EU-Kommission sollten nicht in das AktG übernommen werden. Hier ist vielmehr die Kodex-Kommission gefordert, um über die eventuelle Aufnahme weiterer Empfehlungen in den Deutschen Corporate Governance Kodex zu beraten.

IX. Aufsichtsratsvergütung

1. Vergütungshöhe

Wer für eine höhere Professionalität im Aufsichtsrat eintritt, muss die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder auch adäquat vergütet wird. Als maßgebliche Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung nennt § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG wie auch schon § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG die Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und die Lage der Gesellschaft. Dies ist in börsennotierten Gesellschaften zunehmend der Fall, nachdem in den letzten Jahren die Vergütung vielfach angehoben worden ist.[245] Gleichwohl kann die Aufsichtsratsvergütung in vielen Fällen, vor allem in den kleineren und mittelgroßen Gesellschaften, noch immer nicht als angemessenes Entgelt für den tatsächlich geleisteten Arbeitseinsatz und die damit verbundene Verantwortung angesehen werden. Mitunter wird deshalb vom Aufsichtsratsmandat als Ehrenamt gesprochen.[246] Die Tatsache, dass gerade bei kleineren Gesellschaften vermehrt Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern anzutreffen sind, bestätigen diese Einschätzung.[247] Die Erklärung für die bisweilen

242 Siehe z.B. *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 650; *Reese/Ronge*, AG 2014, 417, 427; *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1988.

243 *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 341; ebenso wohl *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1988; zum Ganzen *ders*., ZHR 175 (2012), 605 ff.

244 *Bayer*, NZG 2013, 1, 10; *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 342; früher bereits *E. Vetter*, BB 2005, 1689, 1691.

245 *Büschmann*, Süddeutsche Zeitung vom 12.11.2014, S. 19; *Paul*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2014, S. 22; *Stocker*, Die WELT vom 22.4.2015, S. 15; siehe auch *Ehren/Gros*, Der Konzern 2011, 277, 285; *Maßmann/Bursee*, BOARD 2014, 97ff.

246 *Büschmann*, Süddeutsche Zeitung vom 12.11.2014, S. 19.

247 Siehe bereits *Hoffmann-Becking*, FS Havermann, 1995, S. 229, 245.

restriktive Vergütungspolitik mag u.a. in der für Unternehmen besonders nachteiligen steuerlichen Behandlung der Aufsichtsratsvergütung[248] und in der Tatsache begründet sein, dass Aufsichtsräte über keine Lobby verfügen.[249] Hingegen kann die Tatsache, dass die Vergütung, die die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer erhalten, zum ganz überwiegenden Teil der Hans-Böckler-Stiftung zufließt,[250] kaum als Begründung für die verbreitete Praxis herhalten.

Unabhängig von dieser Praxis drängt sich generell die Frage auf, ob der allgemeine Grundsatz der gleichen Rechtsstellung aller Aufsichtsratsmitglieder, auf den z.B. auch der Grundsatz der gleichen Vergütung für Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und Arbeitnehmer gestützt wird,[251] ausnahmslos gilt oder ob nicht auch Differenzierungen der Vergütungshöhe zwischen den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern zulässig sind.[252] Dabei ist anzumerken, dass z.B. das österreichische AktG diesem Grundsatz nur eingeschränkt folgt; die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sind ehrenamtlich tätig und erhalten keine Vergütung sondern nur eine Aufwandsentschädigung.[253] Anerkannt ist, dass der Grundsatz der gleichen Rechtsstellung einer höheren Vergütung für Aufsichtsratsmitglieder, die Sonderfunktionen ausüben, nicht entgegensteht.[254] Dies ist z.B. beim Aufsichtsratsvorsitzenden, seinem Stellvertreter und den Mitgliedern von Aufsichtsratsausschüssen der Fall, wobei auch zwischen den verschiedenen Ausschüssen differenziert werden kann. Es entspricht im Übrigen auch der Empfehlung von Ziff. 5.4.6 Abs. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex.

Im Zuge des Strebens nach stärkerer Professionalisierung des Aufsichtsrats führt dies zu der weiteren Frage, ob nicht auch Differenzierungen zulässig sind, die sich an der persönlichen Qualifikation des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds orientieren. Entgegen einem Großteil des Schrifttums[255] und in Übereinstimmung mit der Unternehmensrechtskommission[256] kann die besondere Expertise, die z.B. der unabhängige Finanzexperte gemäß § 100 Abs. 5 AktG vorzuweisen hat und der besondere Arbeitseinsatz, der von ihm erwartet wird, eine gegenüber der normalen Aufsichtsratsvergütung deutlich abweichende Vergütung rechtfertigen.[257] Ähnliche Gesichtspunkte können aber auch bei anderen Aufsichtsratsmitgliedern gelten, die über eine besondere Sachkunde verfügen und die deshalb – mit haftungsverschärfender Konsequenzen – verpflichtet sind, ihre spezifischen Fachkenntnisse in die Aufsichtsrats-

248 Dazu sogleich unten im Text.

249 So generell *Kley*, Börsenzeitung vom 9.10.2010, S. 8.

250 Siehe z.B. *Thüsing/Forst*, FS Graf von Westphalen, 2010, S. 693 ff.; *Astheimer,* Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.1.2013, S. 15; kritisch auch *Schiessl*, AG 2002, 593, 597.

251 *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 22; *Kort,* FS Hüffer, 2010, S. 483, 486; *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 843; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 29 Rdn. 47.

252 Dafür bereits *Lutter*, FS 50 Jahre BGH, 2000, Bd. II, S. 321, 330.

253 *Kalss*, aaO (Fn. 94), § 113 Rdn. 64.

254 *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 39; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 113 Rdn. 4; *Kort,* FS Hüffer, 2010, S. 483, 489; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 254.

255 *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 39; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 113 Rdn. 4; *Kort,* FS Hüffer, 2010, S. 483, 490; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 10.

256 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 1238.

257 *Berger*, Kosten der Aufsichtsratstätigkeit, 2000, S. 53; *Haarmann*, FS Hüffer, 2010, S. 242, 250 ff.; *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570, 579; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 30.

arbeit einzubringen.[258] Diese Pflicht und die damit verbundene größere persönliche Haftung dieser Aufsichtsratsmitglieder rechtfertigen es, ihnen eine höhere Vergütung zu gewähren, die sich nicht an der Mindestqualifikation des durchschnittlichen Aufsichtsratsmitglieds orientiert, sondern an der besonderen Sachkunde und Erfahrung, über die das jeweilige Aufsichtsratsmitglied tatsächlich verfügt.[259]

2. Erfolgsorientierte Vergütung

Angesichts der veränderten Rolle des Aufsichtsrats in der Organisation der AG, die sich in der verstärkten mitunternehmerischen Verantwortung niederschlägt, stellt sich die Frage, ob nicht auch die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder dieser Entwicklung Rechnung tragen sollte. Wie sich aus § 113 Abs. 3 AktG ergibt, kann den Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich nicht nur eine feste Vergütung sondern auch eine erfolgsorientierte Vergütung gewährt werden. Eine variable am Unternehmenserfolg ausgerichtete Aufsichtsratsvergütung ist jedoch im Schrifttum wegen der damit verbundenen Gefahr von Fehlanreizen umstritten.[260]

Unter anderem wird eingewandt, dass die erfolgsabhängige Vergütung für Aufsichtsratsmitglieder speziell in Krisenzeiten des Unternehmens eine kontraproduktive Wirkung entfalten könne. Bei einer erfolgsabhängigen Vergütung könnten die Aufsichtsratsmitglieder gerade in diesen schwierigen Unternehmensphasen ungeachtet des von ihnen zu erbringenden hohen Arbeitseinsatzes und ihrer gesteigerten persönlichen Verantwortung gleichwohl nur eine reduzierte Vergütung erwarten.[261] Diese Begründung vermag jedoch angesichts der vergleichbaren Situation beim Vorstand nicht zu überzeugen.[262] Auch die Vorstandsmitglieder sehen sich in Krisenzeiten erhöhten Anforderungen sowohl hinsichtlich der Arbeitsbelastung als ihrer persönlichen Verantwortung ausgesetzt und dennoch wird die erfolgsabhängige Vorstandsvergütung, die § 87 Abs. 1 AktG ausdrücklich zulässt, nicht in Frage gestellt, sondern durch die

258 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – „Ision“, AG 2011, 876, Rdn. 28; BGH v. 27.4.2009 – II ZR 160/08, AG 2009, 661, 662; BGH v. 2.4.2007 – II ZR 325/05, AG 2007, 484 Rdn. 16; *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 116 Rdn. 28; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1798; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 116 Rdn. 4; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), vor § 116 Rdn. 63; *E. Vetter*, aaO (Fn. 61), § 29 Rdn. 59.

259 *Haarmann*, FS Hüffer, 2010, S. 242, 254; ebenso wohl *Lutter/Krieger/Verse*, aaO (Fn. 19), Rdn. 843; unklar *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 10; zweifelnd *Habersack*, aaO (Fn. 61), § 100 Rdn. 39; a.A. Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 113 Rdn. 4; *Kort*, FS Hüffer, 2010, S. 483, 490.

260 Grundsätzlich befürwortend z.B. *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 24; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 10; *Ludwig*, Die Vergütung des Aufsichtsrats, 2011, S. 236; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 39; *Wagner*, in: Semler/von Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013, § 11 Rdn. 35; ablehnend z.B. *Bursee/von Preen/Block*, BOARD 2012, 15, 17; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 18; eher skeptisch *Berger*, aaO (Fn. 257), S. 66 ff.; *Peltzer*, NZG 2002, 10, 16; *Reimsbach*, BB 2011, 940, 941.

261 Z.B. *Götz*, AG 1995, 337, 351; *Holl*, aaO (Fn. 128), S. 183; *Wilsing/von der Linden*, DStR 2012, 1391, 1393.

262 Dies wird auch eingeräumt von *Habersack*, ZHR 168 (2004), 373, 380.

Empfehlung gemäß Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Deutscher Corporate Governance Kodex sogar zur guten Unternehmensführung erklärt.

Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex verfolgt keinen klaren Weg. Bis zum Jahre 2012 hatte sie die erfolgsorientierte Aufsichtsratsvergütung in Ziff. 5.4.6 Deutscher Corporate Governance Kodex ausdrücklich als Ausdruck guter Corporate Governance empfohlen. Im Jahre 2012 ist diese Kodex-Empfehlung entfallen.[263] Wäre die Aufgabe des Aufsichtsrats auf die reine Überwachung der Unternehmensleitung beschränkt, wäre die feste Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder die konsequente Antwort. Die Funktion des Aufsichtsrats reicht jedoch über die bloße Überwachungsfunktion hinaus und hat sich zunehmend zu einer mitunternehmerischen Funktion entwickelt. Diesem Wandel kann im Sinne guter Corporate Governance durch eine maßvoll bemessene flexible Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder Rechnung getragen werden.[264] Die variable Vergütung ergänzt die feste Vergütung und sollte, wie dies Ziff. 5.4.6 Abs. 2 Satz Deutscher Corporate Governance Kodex vorsieht, an der nachhaltigen Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein, wobei die Wertungen in den §§ 87 Abs. 1, 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG zur langfristigen Vergütung des Vorstands auch als Orientierung für die Aufsichtsratsvergütung dienen können.[265] Der variable Vergütungsanteil sollte in der Höhe jedoch begrenzt sein, um signifikante Fehlanreize hinsichtlich der Wahrnehmung der Hauptaufgabe des Aufsichtsrats, nämlich die Überwachung der Unternehmensleitung, auszuschließen. Das AktG enthält insoweit keine Vorgaben. Deshalb bleibt trotz berechtigter methodischer Kritik zur Begrenzung nur eine „gegriffene Größe".[266] Eine variable Vergütung von bis zu einem Drittel der Gesamtvergütung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds erscheint vertretbar[267] und kann nicht als dysfunktional oder gar kontraproduktiv hinsichtlich einer verantwortungsvollen Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe angesehen werden.

Der BGH[268] hat im Jahre 2004 im MobilCom-Fall der Einräumung von selbständigen Aktienoptionen an Aufsichtsratsmitglieder, die mit zurückgekauften eigenen Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG) bedient werden sollen, zu Recht die Anerkennung versagt, da die Aufsichtsratsmitglieder nach § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG im Fall der Bedienung von Optionsrechten durch Aktien aus bedingtem Kapital nicht zum Kreis der möglichen Bezugsberechtigten zählen und aus der Perspektive der Aktionäre im Hinblick auf deren Mitgliedschafts- und Vermögensrechte keine Gesichtspunkte zu erkennen seien, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten, wenn die Aktienoptionen von der Gesellschaft mittels zurückgekaufter eigener Aktien realisiert werden sollen. Infolge dieser Entscheidung hat die Unternehmenspraxis von aktien-

263 *Kremer*, aaO (Fn. 123), Rdn. 1074; von Werder/Bartz, DB 2012, 1733, 1735; *Wilsing*, in: Wilsing (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2012, Ziff. 5.4.6 Rdn. 10.

264 Siehe auch *Ludwig*, aaO (Fn. 260), S. 238.

265 *Hecker/Peters*, BB 2012, 2639, 2645; *M. Roth*, WM 2012, 1985, 1989; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 256.

266 Siehe dazu *Fleischer*, FS Canaris, 2007, Bd. I, S. 71, 89.

267 *E. Vetter*, AG 2004, 234, 238; *ders*. ZIP 2008, 1, 5; siehe auch *Lutter*, FS Hadding, 2004, S. 561, 572.

268 BGH v. 16.2.2004 – II ZR 316/02, „Mobilcom", BGHZ 158, 122, 129.

kursbezogenen Vergütungsmodellen für Aufsichtsratsmitglieder weitgehend Abstand genommen, obwohl der BGH nur eine bestimmte Form von Aktienoptionen als Aufsichtsratsvergütung für unzulässig erklärt hat. Die Rechtslage unterscheidet sich damit von der Situation in Österreich, wo § 98 Abs. 3 österreichisches AktG ausdrücklich auch die Ausgabe von Aktienoptionen an Aufsichtsratsmitglieder zulässt. Die generelle Ablehnung einer aktienkursbezogenen Vergütung in Form von Wertsteigerungsrechten lässt sich nicht aus der Überwachungsverantwortung des Aufsichtsrats ableiten und „*schießt über das Ziel hinaus*".[269] Da sich dem Gesetz ein umfassendes Verbot nicht entnehmen lässt, ist der Weg zu anderen aktienkursabhängigen Formen der Aufsichtsratsvergütung, die das Bezugsrecht der Aktionäre nicht berühren, wie z.B. *phantom stocks* oder *stock appriciation rights*, nach überwiegender und zutreffender Ansicht im Schrifttum keineswegs verstellt,[270] sodass diese Form der Vergütung für bestimmte Unternehmen durchaus eine Gestaltungsalternative und einen Baustein im Rahmen der Gesamtvergütung der Aufsichtsratsmitglieder bilden kann. Dabei ist erneut auf die Begrenzung von einem Drittel der Gesamtvergütung hinzuweisen. Diese Vergütungsform könnte in geeigneter Weise der mitunternehmerischen Verantwortung des Aufsichtsrats Rechnung tragen.[271]

3. Steuerliche Diskriminierung der Aufsichtsratsvergütung

Geradezu ein Anachronismus ist schließlich die steuerliche Behandlung der Aufsichtsratsvergütung. Sie steht im krassen Gegensatz zu den Zielen und Erwartungen, zu denen sich der Gesetzgeber seit Jahrzehnten im Rahmen der Aktienrechtsreform in Permanenz stets in Bezug auf die hohe Verantwortung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder bekannt hat. Die ersatzlose Streichung von § 10 Nr. 4 KStG ist angesichts der Debatte um eine gute Corporate Governance überfällig.[272]

269 *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 33 Rdn. 38; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 113 Rdn. 12; zustimmend *Kort*, FS Hüffer, 2010, S. 483, 499.

270 *Fuchs*, WM 2004, 2233, 2235; *Gehling*, ZIP 2005, 549, 557; *Grigoleit/Tomasic*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 15; *Hoffmann-Becking*, aaO (Fn. 84), § 33 Rdn. 38; *ders.*, ZHR 169 (2005), 155, 180; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 113 Rdn. 47; *Kort*, FS Hüffer, 2010, S. 483, 499; *Ludwig*, aaO (Fn. 260), S. 256; *Maser/Göttle*, NZG 2013, 201, 205; *Spindler*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 56; *E. Vetter*, AG 2004, 234, 237; *ders*. ZIP 2008, 1, 5; *Wagner*, aaO (Fn. 260), § 11 Rdn. 41; *Wilsing*, aaO (Fn. 263), Ziff. 5.4.6 Rdn. 8; a.A. *Arnold*, Die Steuerung des Vorstandshandelns, 2007, S. 162; *Drygala*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 31; *Goette*, DStR 2005, 561, 562; *Habersack*, ZGR 2004, 721, 731 ff.; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, aaO (Fn. 67), § 113 Rdn. 21; *Mertens/Cahn*, aaO (Fn. 61), § 113 Rdn. 29; *Paefgen*, WM 2004, 1169, 1173; *Selter*, aaO (Fn. 97), Rdn. 258; siehe auch *Röhricht*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 1, 16 sowie seinen Diskussionsbeitrag bei *Löbbe*, ebenda, S. 29, 32.

271 Siehe bereits *Hüffer*, ZHR 161 (1997), 214, 244; jüngst *E. Vetter*, Der Aufsichtsrat 2015, 82, 83.

272 *Feddersen*, AG 2000, 385, 390; *Haarmann*, Der Aufsichtsrat 2012, 1; *Hopt/Roth*, aaO (Fn. 37), § 113 Rdn. 131; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 113 Rdn. 7; *Kort*, FS Hüffer, 2010, S. 483, 494; *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 303; *Spindler*, aaO (Fn.61), § 113 Rdn. 68;

X. Schluss

(1) Das AktG 1965 hat die Konzeption des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan aus dem damals geltenden Recht übernommen und fortgeführt. Durch die weitere Rechtsentwicklung, die veränderten Verhältnisse auf Grund der Anforderungen des Kapitalmarkts wie auch durch die Globalisierung sind dem Aufsichtsrat zunehmend mitunternehmerische Aufgaben zugefallen.[273] Gleichwohl ist festzuhalten, dass die Überwachung der Geschäftsleitung in der Kompetenzordnung der AG fester Bestandteil seiner gesetzlichen Aufgabe bleibt, die die Aufsichtsratsmitglieder mit Professionalität, Engagement und Verantwortungsbewusstsein wahrzunehmen haben. Der Hinweis ist notwendig, denn der Aufsichtsrat kommt heute vereinzelt de facto der aktiven Geschäftsführung nahe, sodass die Assoziation zur monistischen Leitungsstruktur nahe liegt. Diese Entwicklung entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, wie sie in § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG normiert ist.

(2) Auf Defizite im Recht des Aufsichtsrats, die auf ein Systemversagen schließen lassen könnten, hat der Gesetzgeber laufend reagiert und damit den Aufsichtsrat gegenüber den veränderten Anforderungen ertüchtigt. Allerdings darf man nicht die Augen davor verschließen, dass dem Gesetzgeber auch Alternativen bei Vorliegen eines systembedingten Aufsichtsratsversagens zur Verfügung stehen. Dazu zählt insbesondere die Rückverlagerung von Aufgaben an die Hauptversammlung, wie sie erstmals im Jahre 2009 beim Say-on-pay-Beschluss gemäß § 120 Abs. 4 AktG stattgefunden hat.[274] Die Begründung der unmittelbaren Entscheidungszuständigkeit der Aktionäre bedeutet, auch wenn der Beschluss bislang keine Bindungswirkung entfaltet, gleichwohl eine Schwächung des Aufsichtsrats. Das weitere Alternativszenario ist bereits vorgezeichnet. Der Entwurf der Aktionärsrechterichtlinie sieht eine verbindliche Entscheidung über das Vorstandsvergütungssystem sowie die Zuständigkeit der Hauptversammlung über Related-Party-Transactions vor. Es muss in jedem Fall vermieden werden, dass hierdurch ein Rutschbahneffekt zulasten des Aufsichtsrats in Gang gesetzt wird und der Hauptversammlung bei weiteren Aufsichtsratsaufgaben Mitwirkungsrechte oder gar Alleinentscheidungsrechte eingeräumt werden.

(3) Der Aufsichtsrat nimmt in der Organisation der AG eine wichtige Rolle ein. Er hat sich in seiner Funktion als Überwachungsorgan, dem zunehmend mitunternehmerische Funktionen zukommen, durchaus bewährt. Dass seit dem AktG 1965 wiederholt Eingriffe des Gesetzgebers zur Stärkung des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand und zur Festigung seiner Rolle stattgefunden haben und auch in Zukunft weiter zu erwarten sind, steht dieser Aussage nicht entgegen; insoweit ist „*eine eigene Gesetzmäßigkeit und Dynamik*“[275] unübersehbar und angesichts der sich laufend verändernden Rahmenbedingungen der Unternehmenswirklichkeit

E. Vetter, ZIP 2008, 1, 2; siehe auch Baums (Hrsg.), aaO (Fn. 34), Rdn. 65; a.A. *Peetz*, AG 2009, 192, 193.

273 Prägnant z.B. *Lutter*, FS Albach, 2001, S. 225, 231.

274 Ebenso *Herrler*, aaO (Fn. 214), § 120 Rdn. 23; Hüffer/*Koch*, aaO (Fn. 19), § 120 Rdn. 20.

275 *Raiser/Veil*, aaO (Fn. 150), § 13 Rdn. 14.

unausweichlich. Deshalb verbietet es sich auch aus der sog. Aktienrechtsreform in Permanenz einen Makel des Aufsichtsrats abzuleiten. Eine realistische Einschätzung der weiteren Entwicklung des Aufsichtsrats rechtfertigt vielmehr eine optimistische Perspektive, die sich vielleicht treffend mit einem bekannten Bonmot umschreiben lässt: „*Am Ende wird alles gut; und wenn es nicht gut ist, ist es noch nicht das Ende*".