

Aktuelle Entwicklungen beim Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft

Diplomarbeit

an der Hochschule Meißen (FH) und Fortbildungszentrum
Fachbereich Finanz- und Steuerverwaltung

vorgelegt von

Frau Karolin Leschnik

Dresden, den 9. April 2021

Einleitung

Die Unternehmenskultur von Kapitalgesellschaften wird heutzutage maßgeblich durch die Arbeit des Aufsichtsrats definiert. Im gegenwärtigen Informations- und Globalisierungszeitalter werden die Werte des Unternehmens zunehmend auch durch ihre Mitarbeiter, Innovation, Kultur und Image definiert. Dies macht die Überwachung der Geschäftsführung und die Einflussnahme durch den Aufsichtsrat wichtiger denn je. Das, obwohl er als, vor allem unternehmensintern agierendes Organ, in der öffentlichen Wahrnehmung nur wenig präsent ist.

Eine Prüfungs- und Überwachungsfunktion durch eine zusätzliche Kontrollinstanz in Form des Aufsichtsrats war bereits Mitte des 19. Jahrhunderts angedacht. So wurde im Art. 225 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB)¹ die Überwachung der Geschäftsführung und der Gesellschaft sowie die Prüfung des Jahresabschlusses und die Berichtspflicht durch den Aufsichtsrat geregelt.² Diese Festlegung wurde 1897 in § 246 Abs. 1 Satz 3 HGB übernommen.³ Der historische Gesetzgeber verfolgte damit die Intention, die notwendige Kontrolle über den Vorstand einem unabhängigen Aktionärsausschuss zu überlassen. Sukzessive wurde die Tätigkeit des Aufsichtsrats dann durch vielfältige Aufgaben ergänzt. Hintergrund war unter anderem, dass der Hauptversammlung ein Überblick über die Handlungen des Vorstands nur erschwert möglich ist. Dies gilt insbesondere für sogenannte Publikumsgesellschaften, d. h. Gesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären.⁴

Dementsprechend nimmt die Rolle des Aufsichtsrats bis heute eine immer größere Bedeutung ein. Dies brachte im Laufe der Zeit eine Vielzahl neuer Rechte und Pflichten hervor, mit denen regelmäßige Neuerungen und Weiterentwicklungen einhergehen. Die vorliegende Diplomarbeit beschäftigt sich mit ausgewählten Fragen aktueller Entwicklungen über die vergangenen Jahre, in Bezug auf Gesetzesänderungen des Aktiengesetzes und des Handelsgesetzbuches, sowie mit Neuregelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex und betrachtet in diesem Rahmen auch aktuellen Überlegungen, Empfehlungen und Verbesserungsmöglichkeiten.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

¹ als Vorgänger des heutigen HGB

² BGBl des Norddeutschen Bundes Band 1869, Nr. 32, Seite 420 – 455; Fassung vom 05. Juni 1869

³ Mock in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 171 AktG, Rn. 3

⁴ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 24, S. 328

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | II |
| 1 Allgemeines..... | 1 |
| 1.1 Rechtliche Rahmenbedingungen..... | 1 |
| 1.2 Persönliche Voraussetzungen..... | 2 |
| 1.3 Fachliche Eignung..... | 6 |
| 1.4 Amtszeit | 7 |
| 1.5 Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder..... | 7 |
| 1.5.1 Pflichten | 8 |
| 1.5.1.1 Überwachungsaufgabe | 9 |
| 1.5.1.2 Sorgfaltspflicht | 10 |
| 1.5.1.3 Aspekte der Verschwiegenheitspflicht..... | 11 |
| 1.5.2 Rechte..... | 12 |
| 1.6 Struktur und Organisation..... | 14 |
| 1.6.1 Unternehmensmitbestimmung..... | 15 |
| 1.6.2 Struktur | 15 |
| 1.6.3 Bildung von Ausschüssen | 17 |
| 1.6.4 Geschlechterquote | 18 |
| 1.7 Bedeutung der Zusammenarbeit mit anderen Organen..... | 22 |
| 1.7.1 Aufsichtsrat und Vorstand | 22 |
| 1.7.2 Aufsichtsrat und Hauptversammlung..... | 23 |
| 1.7.3 Aufsichtsrat und Abschlussprüfer | 24 |
| 1.8 Vergütung | 25 |
| 1.8.1 Besteuerung..... | 25 |
| 1.9 Haftung | 27 |
| 1.9.1 Haftung gegenüber der Gesellschaft | 28 |
| 1.9.2 Haftung gegenüber Dritten | 30 |
| 2 Der Deutsche Corporate Governance Kodex | 31 |
| 2.1 Bezug zur Aktiengesellschaft | 31 |
| 2.2 Neue Fassung des DCGK..... | 32 |
| 2.2.1 Vorstandsvergütung | 33 |
| 2.2.1.1 Einführung des § 162 AktG | 36 |
| 2.2.2 Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder..... | 37 |
| 2.2.3 Arbeitsweise des Aufsichtsrats..... | 39 |
| 2.2.4 Bericht zur Corporate Governance | 40 |

| | | |
|---|----------------------------------|----|
| 3 | Neue Fassung des § 289f HGB..... | 41 |
| 4 | Fazit..... | 43 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|---|
| Abs. | Absatz |
| ADHGB | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz |
| AO | Abgabenordnung |
| Aufl. | Auflage |
| BaFin | Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht |
| BB | Der Betriebsberater |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFHE | Entscheidungen des Bundesfinanzhofs |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| Bzw. | Beziehungsweise |
| DAX | Deutscher Aktienindex |
| d.h. | Das heißt |
| DIW | Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| EStR | Einkommensteuer-Richtlinien |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| f. | Folgende |
| ff. | Fortfolgende |
| FG | Finanzgericht |
| FidAr e.V. | Frauen in die Aufsichtsräte eingetragener Verein |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbH-StB | GmbH-Steuerberater |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| i.S.d. | Im Sinne des |
| KAGB | Kapitalanlagengesetzbuch |
| KonTraG | Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich |
| KStG | Körperschaftsteuergesetz |
| KStR | Körperschaftsteuer-Richtlinien |
| KWG | Kreditwesengesetz |
| MDAX | Mid-Cap-DAX |
| Nr. | Nummer |
| R. | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite |
| SDAX | Small-Cap-DAX |
| TransPuG | Transparenz- und Publizitätsgesetz |
| UStG | Umsatzsteuergesetz |
| UStAE | Umsatzsteuer-Anwendungserlass |
| WOB | Women-on-Board |
| z.B. | Zum Beispiel |

1 Allgemeines

Der Aufsichtsrat ist ein Kontrollgremium innerhalb von Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Stiftungen sowie Organisationen. Die folgende Arbeit beschäftigt sich mit dem Aufsichtsrat bei Kapitalgesellschaften. Hierzu zählen Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaAs) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHs). Die Zusammensetzung, Funktion und Rolle des Aufsichtsrats ergeben sich aus dem Aktiengesetz.⁵ Der Aufsichtsrat bei Aktiengesellschaften muss gesetzlich verpflichtend als Kontrollinstanz gebildet werden. Anders verhält sich dies bei GmbHs. Da der Aufsichtsrat bei der GmbH im Regelfall fakultativ vorherrschend ist, findet sich gesetzlich keine konkrete Regelung im GmbHG. Die äußeren Rahmenbedingungen sind je nach Satzung oder Gesellschaftsvertrag von der GmbH abhängig. Ist jedoch nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so ist gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG das Aktiengesetz konkludent anzuwenden, soweit nichts anderes bestimmt ist. Im Folgenden wird aus Vereinfachungsgründen vor allem auf die Aktiengesellschaft Bezug genommen.

Der Aufsichtsrat bei Aktiengesellschaften tritt als drittes Organ neben Hauptversammlung und Vorstand in Erscheinung. Seine Zusammensetzung wird maßgeblich durch die Hauptversammlung bestimmt.⁶ Er versteht sich daher als eine Art „Repräsentativorgan“ der Aktionäre.⁷ Der Aufsichtsrat ist gemäß § 76 Abs. 1 AktG von der Leitung der Gesellschaft, welche dem Vorstand obliegt, ausgeschlossen. Maßnahmen der Geschäftsleitung können ihm nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht übertragen werden. Ausnahme hierzu bildet § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat die Möglichkeit hat, für bestimmte Arten von Geschäften seinen Zustimmungsvorbehalt einzufordern.

1.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

Für die Arbeit des Aufsichtsrats ist es von essenzieller Bedeutung, dass sich die Aufsichtsräte bzw. auch die einzelnen Mitglieder, sowohl der rechtlich relevanten, als auch freiwilligen Vorgaben bewusst sind. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für

⁵ §§ 95 ff. AktG

⁶ siehe auch Tz. 1.7.2

⁷ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 2, S. 564

die Arbeit des Aufsichtsrats bzw. der Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich in erster Linie zunächst aus Gesetzen, Rechtsverordnungen, Rechtsprechungen, Schrifttum, Kommentierungen, Verordnungen sowie Rundschreiben.⁸ Diese weisen rechtsverbindlichen Charakter auf. Abzugrenzen sind hiervon Regelungen, die durch Satzung oder Geschäftsordnung getroffen werden. Im Rahmen dessen kann die Gesellschaft zusätzliche Richtlinien für den Aufsichtsrat und seine Mitglieder festlegen. Die Geschäftsordnung wird gemäß § 77 Abs. 2 AktG typischer Weise vom Vorstand erlassen. Bei abweichender Regelung in der Satzung kann diese Aufgabe jedoch auch auf den Aufsichtsrat übertragen werden. Hierbei handelt es sich lediglich um gesellschaftsinterne Regelungen, ohne direkte rechtliche Außenwirkung. Weiterhin werden durch den Deutschen Corporate Governance Kodex⁹, Empfehlungen zur inneren Ordnung des Aufsichtsrats ausgesprochen. Hierbei handelt es sich um freiwillige Verhaltensmaßstäbe sowohl in persönlichen, als auch ethischen Fragen.

1.2 Persönliche Voraussetzungen

Welche persönlichen Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder gelten und welche Anforderungen sie erfüllen müssen, regelt § 100 Abs. 1 AktG. Dabei werden nur wenige formelle Anforderungen festgelegt. Mithin wird lediglich bestimmt, dass es sich um eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person handeln muss. Gleichwohl nimmt § 100 Abs. 2 AktG eine Negativabgrenzung vor. So kann nach § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG beispielsweise nicht Aufsichtsratsmitglied sein, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist. Mandate als Aufsichtsratsvorsitzender zählen hierbei nach § 100 Abs. 2 Satz 3 AktG doppelt. Des Weiteren wird gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG das Verbot der Überkreuzverflechtung¹⁰ ausgesprochen, welches einen Ausschluss für gesetzliche Vertreter, eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens oder einer anderen Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört, vornimmt. Zudem werden nach § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG grundsätzlich Personen ausgeschlossen, welche in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglieder derselben börsennotierten Gesellschaft waren. Gesetzlich ist hingegen in § 100 Abs. 4 AktG auch verankert, dass im Rahmen der Satzung zusätzlich sonstige,

⁸ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 1.2, S. 9

⁹ Zur Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex siehe Tz. 2.

¹⁰ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.2, S. 13

persönliche Voraussetzungen für die Anteilseignervertreter festgelegt werden können. Hierzu können z. B. ein höheres Mindest- oder ein gewünschtes Maximalalter zählen.¹¹

Nicht geregelt sind dagegen besondere Zugangsvoraussetzungen in Form spezieller Erfahrungen oder Kenntnisse. Jedem Aufsichtsratsmitglied sollte jedoch die sachgerechte Wahrnehmung seiner Pflichten möglich sein. Hier empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder an deren Fachkunde, Fähigkeiten sowie an Unabhängigkeit und Alter auszurichten.¹² Danach sollte beispielsweise auch auf die eigenverantwortliche Ausübung des Amtes sowie die notwendige Verfügbarkeit Wert gelegt werden.¹³

Umstritten ist nach wie vor, ob ein Aufsichtsratsmitglied neben seiner Tätigkeit im Rahmen des Aufsichtsrats der Gesellschaft, auch andere Aufgaben für Organe konkurrierender Unternehmen übernehmen kann.¹⁴ Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt hierbei, dass Aufsichtsratsmitglieder weder eine Organ- oder Beratungsfunktion, noch persönliche Beziehungen zu wesentlichen Wettbewerbern unterhalten sollen.¹⁵ Das jeweilige Aufsichtsratsmitglied darf nicht aufgrund einer Pflichtenkollision an der ordnungsgemäßen Ausübung seines Amtes gehindert sein. Nach allgemeiner Auffassung ist hier eine Grenze erreicht, wenn durch die Wettbewerbstätigkeit organschaftliche Treuepflichten verletzt werden.¹⁶ Eine nicht auflösbare Pflichtenkollision aus der Tätigkeit in mehreren Gremien bzw. Gesellschaften, kann im Ausnahmefall die Abberufung aus wichtigem Grund im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 AktG rechtfertigen.¹⁷

Solche Inkompatibilitäten aus externen Interessenkonflikten ergeben sich beispielsweise, wenn ein Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft zugleich Vorstandsmitglied eines konkurrierenden Unternehmens ist. Das Aufsichtsratsmitglied erlangt daraus

¹¹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.2, S. 14

¹² Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 11, Empfehlung C.2, Empfehlung C.6

¹³ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.3, S. 16

¹⁴ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 201, S. 598

¹⁵ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung C.12

¹⁶ https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Birkner/Wirtschaft_Recht_1020_11.pdf

¹⁷ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.3, S. 44

unternehmensinterne Informationen, welche dem Unternehmensgeschäft durchaus schaden können, soweit ein Wettbewerber davon Wissen erlangt. Gleichwohl ist es organschaftlich vorgesehen, das vorhandene Wissen in der jeweiligen Position zum Wohle der Gesellschaft zu nutzen.¹⁸

Zu dieser Problematik veröffentlichte die BaFin am 29. Dezember 2020¹⁹ eine überarbeitete Fassung des Merkblatts zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB ²⁰. Danach sollen mögliche Interessenkonflikte dem Aufsichtsratsvorsitzenden frühzeitig gemeldet und genau dokumentiert werden, welche Interessenkonflikte für die jeweilig betroffenen Mitglieder bestehen und wie mit ihnen umgegangen wird.²¹

In Zusammenhang mit dieser Diskussion steht die Frage im Raum, ob es zweckmäßig wäre, für betroffene Aufsichtsratsmitglieder ein Wettbewerbsverbot im Rahmen des Gesellschafts- oder Kartellrechts zu regeln. Ein solches Konkurrenz- oder Wettbewerbsverbot gibt es bisher im Aktiengesetz nicht. Außer Frage steht, dass Wettbewerb zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern zu Interessenkonflikten führen kann. Es bleibt jedoch abzuwägen, inwiefern dies, durch verschiedene wirtschaftliche Einblicke, förderlich für den informativen Austausch innerhalb des Aufsichtsrats sein könnte. Fraglich ist auch, ob eine solche Regelung praktisch überhaupt sinnvoll umsetzbar wäre. Hier werden z. B. durch den Juristen und Experten für Gesellschafts- und Konzernrecht Uwe H. Schneider, Alternativvorschläge laut, welche etwaige Interessenkonflikte eher durch Stimmverbote und erweiterbare Abberufungsmöglichkeiten zu regulieren ersuchen, als durch Wettbewerbsverbote.²² Meiner Auffassung nach wäre ein Wettbewerbsverbot für Aufsichtsräte in der Praxis nur schwer umsetzbar. Die Festlegung einer rationalen Grenze in Betracht wesentlicher Konkurrenzunternehmen scheint zu vage und müsste im Zweifel individuell für jeden Einzelfall geprüft werden. Hintergrund dessen ist, dass branchengleiche Unternehmen nicht zwangsläufig Wettbewerbsunternehmen sein müssen, wenn diese im Rahmen ihrer unternehmensspezifischen Ausrichtung andere Ziele verfolgen. So wäre beispielsweise die Konkurrenz zwischen Audi und Mercedes Benz anders zu beurteilen, als die Konkurrenz zweier Pharmaunternehmen, die auf unterschiedlichen Indikationsgebieten

¹⁸ Lutter/Krieger/Verse in: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rn. 22

¹⁹ Die Merkblätter wurden am 3. Juni 2020 erarbeitet, jedoch zunächst nicht veröffentlicht. Sie gelten seit dem 1. Januar 2021.

²⁰ Kreditwesengesetz (KWG), Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)

²¹ BaFin - Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB vom 29. Dezember 2020, Rn. 134

²² Literaturnachweis zu Schneider, BB 1995, 365-370

forschen. Auch andere komplexe, wirtschaftliche Verflechtungen würden hier die Festlegung einer fundierten Grenze erschweren. Es wäre nach meinem Erachten sinnvoller, eine gesetzliche Regelung für Aufsichtsratsmitglieder einzuführen, nach der diese verpflichtet sind, etwaige Interessenkonflikte durch personelle Verflechtungen oder Beziehungen geschäftlicher oder persönlicher Art anzuzeigen. Bei der bisherigen Regelung im Sinne des § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG zu den Angaben der Aufsichtsratsmitglieder zu ihrer Mitgliedschaft in vergleichbaren in- und ausländischen Kontrollgremien von Wirtschaftsunternehmen, handelt es sich lediglich um eine „Soll-Vorschrift“. Danach könnte man bei einer verpflichtenden Angabe, klare Regelungen treffen, dass grundsätzlich alle Beziehungen oder Beteiligungen der Aufsichtsratsmitglieder sowie naher Familienangehöriger, der Gesellschaft gegenüber von vornherein offenzulegen sind. Folglich würde es der Verantwortung des Unternehmens obliegen, etwaigen Interessenkonflikten vorzubeugen, was ohnehin ihrem Eigeninteresse entsprechen sollte. In diesem Zusammenhang könnten auch erweiterte Abberufungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Anzeigepflicht sinnvoll sein.

Klar ausgeschlossen ist nach § 105 Abs. 1 AktG eine parallele Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand derselben Gesellschaft. Dies widerspricht der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats über den Vorstand und würde in der Konsequenz seine Funktion unterlaufen. Hier gilt der Grundsatz „Keine Überwachung durch Überwachte.“²³ Auch eine personelle Verflechtung zum Vorstand soll ausgeschlossen werden.²⁴ Gleiches gilt für eine etwaige Prokuristen-Stellung. Erwähnenswert ist hierbei jedoch, dass kein Verbot einer Aufsichtsratsmitgliedschaft für Angehörige eines Vorstandsmitglieds oder Personen mit wirtschaftlichem Interesse an der Gesellschaft, wie beispielsweise sogar Konkurrenten, besteht.²⁵

Ausnahmen bestehen jedoch auch, wenn Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen von Beraterverträgen für den Vorstand tätig werden. Die Beratung des Vorstands in übergeordneten Unternehmensfragen kann ohnehin als Bestandteil der Überwachungspflicht verstanden werden.²⁶ Überdies kann ein Aufsichtsratsmitglied auch außerhalb seiner Aufsichtsrats Tätigkeit nach § 114 Abs. 1 AktG, Dienst- oder Werkverträge mit dem Vorstand abschließen, soweit der Gesamtaufsichtsrat dem zustimmt. Die Höhe

²³ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 202, S. 598

²⁴ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 25, S. 329

²⁵ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 202, S. 598

²⁶ Schmidt in: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Rn. 1a), S. 820

der Vergütung und die Art ihrer Berechnung müssen dabei klar definiert sein.²⁷ Hierdurch soll eine Beeinflussung oder gar der Verdacht der Bestechung von vornherein umgangen werden, da somit eine unangemessen hohe Vergütung ausgeschlossen wird. Durch die Offenlegung soll eine klare Abgrenzung zwischen Beratertätigkeit und Überwachungstätigkeit im Rahmen des Aufsichtsrats möglich sein.²⁸ Die Beratung muss sich hierbei auf spezielle Fragen im jeweiligen Fachgebiet des Aufsichtsratsmitglieds beziehen, welche vorab vertraglich definiert werden müssen. Auch die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder bedarf gemäß § 115 Abs. 1 AktG der Zustimmung des Gesamtaufsichtsrats.

1.3 Fachliche Eignung

Gesetzlich sind zwar formelle Regelungen zu den persönlichen Voraussetzungen für die Besetzung eines Aufsichtsratsmandates gegeben, gleichwohl fehlt es an einer Aussage zur fachlichen Eignung der Mitglieder. Hier besteht grundsätzlich die Möglichkeit nach § 100 Abs. 4 AktG im Rahmen der Satzung entsprechende Voraussetzungen für die Aktionärsvertreter festzulegen, wenngleich dies in der Praxis eher unüblich ist.²⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH wird vorausgesetzt, dass ein Aufsichtsratsmitglied „alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen“ können muss.³⁰

Es wird hingegen nicht automatisch erwartet, dass die Aufsichtsratsmitglieder ein umfassendes Fachwissen auf allen Spezialgebieten vorweisen können. Unter Fachkenntnissen werden alle Kompetenzen eingeordnet, die „für die Beurteilung komplizierter und besonderer Unternehmensproblematiken oder Geschäftsvorfälle erforderlich sein können“.³¹ Im Rahmen des Deutschen Corporate Governance Kodex wird hierzu geregelt, dass die Gesamtheit aller Aufsichtsratsmitglieder alle Unternehmensaufgaben durch seine Fachkenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen bewältigen können muss.³² Danach würde beispielsweise eine AG, welche über in-

²⁷ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 260, S. 611

²⁸ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 262, S. 612

²⁹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.3, S. 16

³⁰ BGH, Urteil vom 15. November 1982 – II ZR 27/82 –, BGHZ 85, 293-300, Rn. 10

³¹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.3, S. 18

³² Deutscher Corporate Governance Kodex, Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 11

ternationale Auslandsstützpunkte mit dem Vertrieb von Waren befasst ist, dieser Regelung nicht Genüge tragen, wenn sich der Aufsichtsrat ausschließlich aus regionalen Vertretern zusammensetzt, da der internationale Vertrieb wesentliches Merkmal der Unternehmensaufgaben ist.³³

Auch hier lohnt sich ein Blick auf die, in 2020 erschienen, Merkblätter der BaFin zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB. Diese widmen sich neben der individuellen Qualifikation der einzelnen Mitglieder auch den kollektiven Fähigkeiten des Gesamtaufsichtsrats.³⁴ Anhand dessen können die jeweiligen Unternehmen Verbesserungsmöglichkeiten erkennen und entsprechende Entwicklungspläne erstellen.

1.4 Amtszeit

Die Aufsichtsratsmitglieder werden gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG im Regelverfahren kraft Hauptversammlungsbeschluss in ihr Amt gewählt. Dieser Grundsatz kann im Einzelnen abweichen, soweit es sich nicht um Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre, sondern der Arbeitnehmer handelt. Das Wahlverfahren erfolgt durch die Hauptversammlung im Mehrheitswahlprinzip, wobei nach § 133 Abs. 1 AktG grundsätzlich die einfache Mehrheit genügt. Erwähnt sei weiterhin die Möglichkeit der Benennung der Mitglieder durch Entsendungsrechte im Sinne des § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG, welche per Satzungsbestimmung verliehen werden. Die Wahl des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds wird durch Annahme des Mandats wirksam. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Amtszeit. Die Amtszeit beträgt gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG maximal vier Geschäftsjahre; hierbei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet. Sie endet entsprechend mit verstreichen der angegebenen Höchstdauer oder durch Wegfall der persönlichen Voraussetzungen, Amtsniederlegung oder Abberufung.

1.5 Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Die Arbeit des Aufsichtsrats ist von umfassenden Rechten und Pflichten geprägt. Er fungiert als pluralistisch besetztes Interessenvertretungsorgan³⁵ und verfolgt in diesem Sinne das Ziel, die Zukunft des Unternehmens gemeinsam mit dem Vorstand

³³ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.3, S. 18

³⁴ BaFin - Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB vom 29. Dezember 2020, Rn. 241

³⁵ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 24, S. 328

zu sichern und nachhaltig zu fördern. Er muss danach strategische Entwicklungen und Krisen frühzeitig erkennen und diesen entgegenwirken. Im Rahmen dessen wird der Aufsichtsrat immer stärker in die Unternehmensprozesse eingebunden und in seiner Stellung wichtiger denn je.³⁶

Alle Aufsichtsratsmitglieder sind im Rahmen ihrer Tätigkeit gleichgestellt und verfügen über die gleichen Rechte und Pflichten. Eine privilegierte Stellung kommt hierbei lediglich dem Aufsichtsratsvorsitzenden³⁷ zu, da er den Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand vertritt und Berichte des Vorstands für das Gesamtgremium entgegennimmt.³⁸

1.5.1 Pflichten

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats besteht gemäß § 111 Abs. 1 AktG in der Überwachungsfunktion gegenüber der Unternehmensleitung, mithin dem Vorstand. Hintergrund ist das dualistische System in der Unternehmensorganisation, auch two-tier-System genannt.³⁹ Darunter versteht man die klare Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat, eine Art Gewaltenteilung im übertragenen Sinne. Er ist damit gemäß § 76 Abs. 1 AktG von der Unternehmensleitung ausgeschlossen. Entsprechend können ihm nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden.

Gesetzliche Regelungen finden sich in der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder (§ 84 AktG), in der laufenden Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 AktG) und in der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG). Zu den sonstigen Pflichten des Aufsichtsrats gehören darüber hinaus die Gründungsprüfung (§ 33 Abs. 1 AktG), die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung (§ 111 Abs. 3 AktG), die Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG), etwaige Zustimmungsvorbehalte, soweit dies durch Satzung oder Aufsichtsrat vorgesehen ist (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) sowie die Formulierung von Beschlussvorschlägen zu den Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung. Weiterhin gehören zum Aufgabenfeld die Zustimmung zur Kreditgewährung an Mitglieder des

³⁶ <https://www.diep-institut.de/>

³⁷ siehe auch Tz. 1.6.2

³⁸ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.1, S. 24

³⁹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 1.1, S. 1

Vorstands oder des Aufsichtsrats (§§ 89, 115 AktG), die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG) sowie die Bildung von Gewinnrücklagen (§ 58 Abs. 2 AktG).⁴⁰ Nach § 171 AktG besteht eine weitere Aufgabe des Aufsichtsrats darin, die Unternehmensabschlüsse und Berichte der Aktiengesellschaft zu prüfen. Überdies setzt sich § 171 AktG mit der Berichtspflicht gegenüber dem Vorstand und der Hauptversammlung auseinander sowie auch mit dem Verhältnis zum Abschlussprüfer.⁴¹ Entsprechend stehen die Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts sowie des Vorschlags zur Gewinnverwendung im Vordergrund. Die Prüfung bezieht sich dabei vor allem auf Recht- und Zweckmäßigkeit der bilanzpolitischen Entscheidungen.⁴² Nach der Prüfung muss der Aufsichtsrat nach § 171 Abs. 2 AktG an die Hauptversammlung berichten, ob er den Jahresabschluss billigt oder Einwendungen erhebt. Mit Billigung des Jahresabschlusses gilt dieser als festgestellt im Sinne des § 172 AktG.

Die Aufsichtsratsmitglieder sind nach § 111 Abs. 6 AktG zur persönlichen Amtswahrnehmung verpflichtet und können entsprechend keine Vertreter für ihre Aufgaben festlegen. Die eigenverantwortliche Mandatswahrnehmung gilt vor allem auch in Bezug auf Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit. Im Rahmen ihrer Tätigkeit sind die Aufsichtsratsmitglieder ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet.⁴³ Mitglieder des Aufsichtsrats sind jedoch oftmals in verschiedene Funktionen eingebunden, was Interessenkonflikte zur Folge haben kann. Um diese schon im Vorfeld zu vermeiden, sollen die Aufsichtsratsmitglieder gemäß §§ 124 Abs. 3 Satz 4, 125 Abs. 1 Satz 5 AktG neben Beruf und Wohnort, auch weitere Aufsichtsratsmandate angeben, damit die Hauptversammlung den Sachverhalt im vorab abwägen kann.

1.5.1.1 Überwachungsaufgabe

Die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist es nach § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung der Gesellschaft, mithin alle Leitungs- und Führungsentscheidungen des Vorstands, zu überwachen. Dazu zählen auch unterlassene Maßnahmen. Gegenstand der Überwachung sind vor allem Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, insbesondere auch Angemessenheit der Unternehmensplanung, Zweckmäßigkeit und

⁴⁰ Schmidt in: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Rn. 1b), S. 822

⁴¹ Mock in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 171 AktG, Rn. 1

⁴² Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 94, S. 579

⁴³ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 246, S. 608

Wirtschaftlichkeit der Leitungsentscheidungen des Vorstands.⁴⁴ Danach obliegt es dem Aufsichtsrat zu überwachen, ob der Vorstand mit seinen Mitteln tatsächlich immer zum Wohle der Gesellschaft wirtschaftet.⁴⁵ Die Geschäftsführung unterliegt entsprechend neben der Pflichtmäßigkeit-, auch der Plausibilitätskontrolle. Ein weiterer Aspekt der Überwachungsfunktion ist jedoch auch die zukunftsgerichtete, aber unverbindliche Beratung des Aufsichtsrats gegenüber der Geschäftsleitung in Fragen der Unternehmenskonzeption und Unternehmensführung im Rahmen von Stellungnahmen, Beanstandungen oder Rückäußerungen.⁴⁶

Zur Überwachungsfunktion gehört auch die Aufgabe, Schadensersatzprozesse gegen den Vorstand zu führen. Nach einem Grundsatzurteil des BGH darf die Gesellschaft hiervon lediglich angesichts überwiegender Gründe des Gesellschaftswohls absehen.⁴⁷ Jüngst wurde ein solcher Fall im Rahmen des Abgasskandals bei der Volkswagen AG bekannt. Volkswagen räumte in 2015 ein, die Emissionstests durch eine Software in den Dieselmotoren verfälscht zu haben, um so die gesetzlich vorgesehenen Grenzwerte für Autoabgase zu umgehen. Nach Abschluss der Untersuchungen durch den Aufsichtsrat erklärte dieser am 26. März 2021, dass Herr Prof. Martin Winterkorn und Herr Rupert Stadler in ihrer damaligen Funktion als Vorstandsmitglieder ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben. Der Aufsichtsrat macht nun Schadensersatz geltend.⁴⁸

1.5.1.2 Sorgfaltspflicht

Eine der wesentlichen Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder ist zudem die Sorgfaltspflicht im Sinne des § 116 AktG, nach welcher sie ihr Amt mit der Sorgfalt, eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds zu erledigen haben.⁴⁹ In § 116 AktG wird konkret auf § 93 AktG verwiesen, welcher die Sorgfaltspflicht für den Vorstand im Sinne eines allgemeinen Verhaltensstandards regelt. Dieser ist im Wesentlichen auch auf die Mitglieder des Aufsichtsrats anzuwenden, sodass auch hier

⁴⁴ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 72, S. 574

⁴⁵ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 24, S. 328

⁴⁶ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 73, 74, S. 574 - 575

⁴⁷ BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95 –, BGHZ 135, 244-257, Rn. 18

⁴⁸ <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/vw-will-schadensersatz-von-winterkorn-und-stadler/>

⁴⁹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S. 31

funktionsbezogene normative Verhaltensmaßstäbe gelten. Jedoch ist klar zu differenzieren, dass die Tätigkeit des Aufsichtsrats von der immanenten Heterogenität des Aufsichtsratsgremiums lebt, sodass personenbezogene Mindeststandards wie berufliche Herkunft und Vorbildung, anders als beim Vorstand, nicht im Rahmen des Mindeststandards für Aufsichtsratsmitglieder berücksichtigt werden. Welcher Sorgfaltsmaßstab konkret gilt, wird jedoch auch maßgeblich durch Art und Größe der Gesellschaft, sowie Funktion des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds im Gesamtaufsichtsrat geprägt. So sind beispielsweise an ein Aufsichtsratsmitglied einer internationalen Großbank, andere Anforderungen, als an das Aufsichtsratsmitglied einer regional agierenden Bank zu stellen.⁵⁰

Der Sorgfaltspflicht kommen im Wesentlichen zwei Funktionen zu. Zum einen definiert sie den objektiven Verschuldensmaßstab, welcher im Rahmen der Schadensersatzhaftung gegenüber der Gesellschaft zum Tragen kommt. Zum anderen konkretisiert sie die Organpflichten. Die Sorgfaltspflicht bietet damit eine Leitlinie für ordnungsgemäße, gewissenhafte Aufsichtsratsarbeit. Ein Aufsichtsratsmitglied entspricht seiner Sorgfaltspflicht, wenn es der Gesamtheit seiner Pflichten Rechnung trägt. Darunter fallen Überwachungspflicht, Verschwiegenheitspflicht, die Mitwirkungspflichten sowie die Pflicht zur Wahrung des Unternehmensinteresses. Jedes Mitglied muss danach alle erforderlichen und möglichen Mittel ergreifen, damit der Vorstand die Geschäfte des Unternehmens im Rahmen der Legalität, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit führt.⁵¹ Ein weiterer Bestandteil der Sorgfaltspflicht ist es, geeignete Personen in den Vorstand zu berufen und mit diesen, angemessene Gehälter auszuhandeln.⁵²

1.5.1.3 Aspekte der Verschwiegenheitspflicht

Für die Vorstandsmitglieder besteht grundsätzlich eine Verschwiegenheitspflicht gemäß § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, welche ihnen in ihrer Tätigkeit im Vorstand bekannt werden. Diese gilt jedoch nicht gegenüber dem

⁵⁰ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S. 31

⁵¹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S. 32

⁵² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S. 34

Aufsichtsrat. Der Vorstand kann also nicht mit Verweis auf seine Verschwiegenheitspflicht dem Aufsichtsrat die Auskunft verweigern.⁵³ Der Aufsichtsrat sowie auch einzelne Aufsichtsratsmitglieder können nach § 90 Abs. 3 AktG entsprechend jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.

Damit aber der Vorstand Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ohne weiteres an den Aufsichtsrat offenbaren kann, muss als entsprechendes Pendant auch für diesen die Verschwiegenheitspflicht gewährleistet werden. Dies wird in § 116 AktG geregelt. Danach gilt die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands sinngemäß auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats. Diese Regelung kann nicht durch Satzung oder Geschäftsordnung geändert werden.⁵⁴ Die Aufsichtsratsmitglieder unterliegen entsprechend der gleichen Sorgfaltspflicht wie die Vorstandsmitglieder. Maßgebend für die Verschwiegenheitspflicht bzw. etwaige Offenbarungsrechte ist immer das objektive Unternehmensinteresse.⁵⁵

1.5.2 Rechte

Die Arbeit des Vorstands ist der ständigen Kontrolle des Aufsichtsrats unterworfen. Daraus ergeben sich diverse Informationsrechte des Aufsichtsrats. Hier unterscheidet man zwischen aufsichtsratsinternen Informationsrechten sowie Informationsrechten gegenüber dem Vorstand.

Damit der Aufsichtsrat seinem umfassenden Tätigkeitsfeld effektiv nachkommen kann, besteht gemäß § 90 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG für den Vorstand eine Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat. Danach kann jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft, ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft erheblichen Einfluss haben können, verlangen. Dieser wird dann an den Gesamtaufsichtsrat bekannt gegeben. Der Aufsichtsrat als Gesamtorgan kann jedoch auch unabhängig davon nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG, Einsicht in die Schriften und Bücher der Gesellschaft nehmen, wann immer er dies als notwendig erachtet. Er kann hiermit auch einzelne Mitglieder beauftragen oder Einzelaufträge an Sachverständige vergeben, was indes nicht mit dem Informationsrecht des

⁵³ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 28, S. 330

⁵⁴ ebenda

⁵⁵ Schmidt in: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Rn. 1c), S. 824

einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gleichzusetzen ist. Bleiben Informationsrechte regelmäßig ungenutzt kann darin, soweit Handlungsbedarf bestanden hätte, eine Pflichtverletzung bestehen.⁵⁶ Der Vorstand darf im Informationsprozess einzelne Aufsichtsratsmitglieder weder bevorzugen noch benachteiligen, da dies eine potenzielle Gefährdung des Gleichstellungsgrundsatzes bedeuten würde.⁵⁷

Seit einer Gesetzesänderung in 2002 ist der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zudem dazu verpflichtet, per Satzung oder Beschluss konkret für bestimmte Arten von Geschäften, Zustimmungsvorbehalte seinerseits vorzusetzen.⁵⁸ Diese müssen sich im Sinne der Erheblichkeitsschwelle auf grundlegende, aber nicht existenzgefährdende Geschäfte außergewöhnlichen Charakters beschränken. Darunter fallen beispielsweise der Erwerb bzw. die Veräußerung von Grundstücken, der Abschluss von Unternehmensverträgen oder die jährliche Budgetplanung.⁵⁹ Für welche Geschäfte der Aufsichtsrat der jeweiligen Gesellschaft Zustimmungsvorbehalte anordnet, obliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen. Der Aufsichtsrat ist zwar klar von Aufgaben der Geschäftsführung ausgeschlossen, gleichwohl wird hierdurch ein Instrumentarium zur rechtsverbindlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführungsmaßnahmen geschaffen.⁶⁰ Dementsprechend soll der Aufsichtsrat durch die präventive Einflussnahme auf das Vorstandshandeln stärker in die Willensbildung der Gesellschaft eingebunden werden.⁶¹

Weiterhin bestehen für den Aufsichtsrat diverse Mitwirkungs- und Teilnahmerechte. Darunter zählt unter anderem das Recht zur Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen für jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied.⁶² Auch kann nach § 110 Abs. 1 Satz 1 AktG jedes einzelne Mitglied unter Angabe des Zwecks und der Gründe vom Vorsitzenden die Einberufung einer Aufsichtsratssitzung verlangen. Den Aufsichtsratsmitgliedern obliegt zudem das Verbotsrecht gegen Beschlussfassungen ohne Sitzung im Sinne des § 108 Abs. 4 AktG.⁶³

⁵⁶ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.2, S. 24

⁵⁷ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.2.2, S. 28

⁵⁸ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 27, S. 330

⁵⁹ Koch in: Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016, § 111 AktG, Rn. 41 - 43, S. 793 - 794

⁶⁰ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 81, S. 576

⁶¹ Hüffer/Koch in: Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016, § 111 AktG, Rn. 35, S. 791

⁶² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.2.1, S. 25

⁶³ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaft-

Um den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats Geltung zu verschaffen, stehen ihm und seinen Mitgliedern Klagerechte zu. So kann beispielsweise die Möglichkeit der Klageandrohung durchaus dem Begehren von Informationsrechten gegenüber dem Vorstand förderlich sein. Hierbei differenziert man zwischen Klagen zur Durchsetzung persönlicher, nicht organschaftlicher Rechte sowie Klagen zur Durchsetzung von Aufsichtsratsbefugnissen bei Streitigkeiten zwischen den Organen, Klagen gegen fehlerhafte Besetzung oder Zusammensetzung der Organe und Klagen gegen fehlerhafte Beschlüsse (§§ 245 Nr. 5, 246 Abs. 2 Satz 3 AktG).⁶⁴

1.6 Struktur und Organisation

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats wird in § 107 AktG geregelt. Mithin werden sowohl die Organisation des Plenums, als auch die Auslagerung von Tätigkeiten auf Ausschüsse angesprochen.⁶⁵ Zur inneren Ordnung des Aufsichtsrats werden gesetzlich lediglich grobe Vorgaben gemacht, welche jedoch durch Satzung bzw. Geschäftsordnung ergänzt werden können. Dadurch wird dem Aufsichtsrat großer Spielraum für unternehmensspezifische und individuelle Aspekte gelassen.⁶⁶ Als Teil der Organisationsfreiheit steht es dem Aufsichtsrat frei, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben, soweit dies nicht bereits im Rahmen der Satzung geschehen ist. Die Geschäftsordnung gilt als *actus contrarius*⁶⁷ bis zu ihrer Aufhebung.⁶⁸ Für den Aufsichtsrat als Kollegialorgan gilt gemäß § 95 Satz 1 AktG grundsätzlich eine Mindestbesetzung von drei Mitgliedern, soweit nicht durch die Satzung eine höhere Mitgliederzahl festgelegt wird. Hier werden nach § 95 Satz 4 AktG Obergrenzen gestaffelt nach Grundkapital festgelegt. Unvollständig besetzte Aufsichtsräte sollen gemäß § 104 Abs. 1 Satz 1 AktG durch Gericht ergänzt werden.

liche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.2.1, S. 26

⁶⁴ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.2.3, S. 29 - 31

⁶⁵ Escher-Weingart in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 107 AktG, Rn. 1

⁶⁶ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 3.1, S. 65

⁶⁷ „Der Begriff *Actus Contrarius* (lat.: gegenteilige Handlung) steht für eine Rechtshandlung, die im Gegensatz zu einer vorherigen Rechtshandlung steht, und diese aufheben soll.“, <https://www.rechtsanwalt.com/lexikon/actus-contrarius/>

⁶⁸ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 126, S. 585

1.6.1 Unternehmensmitbestimmung

Bei Organisation des Aufsichtsrats ist zwischen mitbestimmten und nicht mitbestimmten Gesellschaften zu unterscheiden. Unter Unternehmensmitbestimmung versteht man die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat bzw. Vorstand. Der Aufsichtsrat setzt sich dann, neben den Mitgliedern der Anteilseigner, auch aus Mitgliedern der Arbeitnehmer zusammen.⁶⁹ Die Verhältnisse der Besetzung von Aktionärsvertretern und Arbeitnehmervertretern richten sich nach den Anwendungsbereichen des Drittelbeteiligungsgesetzes, Mitbestimmungsgesetzes und Montanbestimmungsgesetzes.

1.6.2 Struktur

Der Aufsichtsrat ist gemäß § 107 AktG zur Selbstorganisation verpflichtet. Im Fokus dessen steht vor allem die Effizienz der Selbstorganisation, mithin als Effizienzprüfung bekannt. Unter Effizienz versteht man in diesem Zusammenhang das Verhältnis der eingesetzten Mittel zu den angestrebten Zielen und dem Maß, in dem diese erreicht werden. Präzise soll der Aufsichtsrat also zum einen auf Wirtschaftlichkeit im Sinne eines ausgewogenen Aufwand-Nutzen-Verhältnisses und zum anderen auf inhaltliche und organisatorische Wirksamkeit ausgerichtet sein.⁷⁰

Gemäß § 107 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat nach näherer Bestimmung der Satzung einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter aus seiner Mitte zu wählen. Dem Aufsichtsratsvorsitzenden werden durch Gesetz oder gegebenenfalls durch Satzung besondere Rechte und Pflichten zugewiesen. Dazu zählen beispielsweise die Leitung der Hauptversammlung, welche dem Aufsichtsratsvorsitzenden üblicherweise per Satzung übertragen wird, die Anmeldung zur Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals im Handelsregister (§§ 184 Abs. 1, 223 AktG) sowie besondere Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 90 Abs. 1 Satz 3 AktG). Des Weiteren obliegen ihm besondere Befugnisse, wie die Leitung des Aufsichtsratsverfahrens und die Repräsentation des Aufsichts-

⁶⁹ Nissen in: Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 98, S. 37

⁷⁰ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 3.5, S. 95

rats. Er fungiert insbesondere als Funktionsvermittler zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bezüglich der Berichtspflicht im Sinne des § 90 AktG.⁷¹ Die Amtszeit des Vorsitzenden entspricht zumeist der Dauer seiner Amtszeit als Aufsichtsratsmitglied.

Der Stellvertreter tritt in die Rolle des Vorsitzenden, wenn dieser verhindert ist und besitzt im Fall dessen, gemäß § 107 Abs. 1 Satz 3 AktG, die gleichen Rechte und Pflichten. Die Amtszeit des Stellvertreters muss sich nicht mit der Amtszeit des Aufsichtsratsvorsitzenden decken.⁷² Diese Regelungen können im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes abweichen.

Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden wird in der Praxis zumeist von einem früheren Vorstandsmitglied oder -vorsitzenden übernommen. Dies hat durchaus den Vorteil, dass sie als ehemalige Vorstandsmitglieder mit der Gesellschaft bestens vertraut sind und dadurch mögliche Chancen und Risiken gut abwägen können. Andererseits ist kritisch zu hinterfragen, ob ein Wechsel zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nicht etwa der Weiterentwicklung des Unternehmens im Wege steht. Das Engagement ehemaliger Vorstandsmitglieder, Missstände in der Geschäftsführung - mithin womöglich früherer Vorstandskollegen - aufzuzeigen, könnte unter Umständen merklich gering ausfallen. Dem begegnet auch der Deutsche Corporate Governance Kodex kritisch und empfiehlt daher die Zahl ehemaliger Vorstandsmitglieder auf zwei Mitglieder zu begrenzen.⁷³

Gemäß § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG muss der Aufsichtsrat zweimal je Kalenderhalbjahr zusammentreten. Nichtbörsennotierte Gesellschaften können den Sitzungstermin nach § 110 Abs. 3 Satz 2 AktG auf eine Sitzung je Kalenderhalbjahr lockern. Die Einberufung soll nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) den Ort, den Zeitpunkt sowie die Tagesordnung enthalten und erfolgt hierbei regelmäßig durch den Aufsichtsratsvorsitzenden. Über jede Sitzung des Aufsichtsrats ist gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1, 2 AktG für Beweis Zwecke eine Niederschrift als eine Art Verhandlungsprotokoll anzufertigen, welche neben dem Ort und dem Tag der Sitzung, auch das Teilnehmerverzeichnis, die Tagesordnung, den wesentlichen Inhalt der Verhandlungen sowie die Beschlüsse enthalten sollen. Der Aufsichtsrat entscheidet gemäß §§ 107 Abs. 2, 108 Abs. 1 AktG mit Beschluss in Sitzungen, über die eine Niederschrift anzufertigen ist.

⁷¹ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 133, 134, S. 586 - 587

⁷² Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 131, 132, S. 586

⁷³ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung C.11

Zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats finden sich gesetzlich keine konkreten Vorgaben im § 108 AktG. Eine konkrete Ausgestaltung soll in der Satzung vorgenommen werden. Laut Gesetz genügt für die Beschlussfassung die einfache Mehrheit, wenn keine abweichenden Regelungen getroffen werden. Soweit sich im Rahmen des Verstoßes gegen Gesetze oder die Satzung fehlerhafte Beschlüsse ergeben, sind diese nichtig und im Wege der Feststellungsklage anfechtbar.⁷⁴

1.6.3 Bildung von Ausschüssen

Dem Aufsichtsrat kommt in seiner Ordnung eine große Gestaltungsfreiheit zu. Diese äußert sich auch in der autonomen Regelung zur Bildung von Ausschüssen. Der Aufsichtsrat hat nach § 107 Abs. 3 AktG die Möglichkeit Ausschüsse zu bilden, welche der Beschlussfassung dienen. Auch gibt es die Möglichkeit beschließende Ausschüsse zu bilden, welchen Entscheidungskompetenzen zugeschrieben und damit bestimmte Aufgaben delegiert werden können.⁷⁵ Der Aufsichtsrat ist jedoch weitgehend ungebunden, welche Kompetenzen er den einzelnen Ausschüssen zuteilt bzw. ob er überhaupt von der Möglichkeit der Ausschussbildung Gebrauch macht.⁷⁶ Auch nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex ist die Bildung von Ausschüssen eine Sollvorgabe, welche jedoch der „comply or explain“-Regel⁷⁷ unterfällt.⁷⁸

In der Praxis finden sich häufig Sozial- und Personalausschüsse, welche sich mit allgemeinen Personalangelegenheiten und Sozialproblemen beschäftigen. Im Hinblick auf die Prüfung des Jahresabschlusses und andere Überwachungsaspekte finden sich auch sachgebietsbezogene Ausschüsse im Bereich Finanzen und Investitionen. Eine besondere Stellung haben auch die sogenannten „Audit Committees“⁷⁹ erlangt. Ihr Aufgabenfeld beschäftigt sich vor allem mit Fragen der Rechnungslegung, des Risikomanagements, der Compliance, der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, der Erteilung des Prüfungsauftrags, der Festlegung von Prüfungsschwerpunkten sowie des Abschlusses der Honorarvereinbarungen. Ihre Einrichtung ist bei

⁷⁴ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 168, S. 594

⁷⁵ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 3.3.2.1, S. 75

⁷⁶ Escher-Weingart in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 107 AktG, Rn. 4

⁷⁷ Soweit auf die Bildung von Ausschüssen verzichtet wird, soll dies nach der „comply-or-explain“-Regel im Rahmen der Erklärung zum Corporate Governance Kodex entsprechend begründet werden.

⁷⁸ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung D.2

⁷⁹ Als Audit Committee werden auch Prüfungsausschüsse benannt.

börsennotierten Gesellschaften nach der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex gewissermaßen obligatorisch.⁸⁰

Die Bildung von Ausschüssen hat in der Praxis den Vorteil die Effizienz der Überwachung maximal zu steigern. Im Wege dessen ist eine komplexe Problemanalyse möglich, welche durch die Besetzung mit fachlich qualifizierten Personen - wie vom Deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen⁸¹ - zu wirksamen, konstruktiven Ergebnissen führt und gleichzeitig das Aufsichtsratsplenum entlastet.⁸²

1.6.4 Geschlechterquote

Für börsennotierte, paritätisch mitbestimmte⁸³ Unternehmen besteht seit dem 1. Januar 2016 eine Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für Frauen und Männer. Grund hierfür ist das bereits 2015 in Kraft getretene Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst im Sinne des § 96 Abs. 2 und 3 AktG.⁸⁴ Danach müssen die betroffenen Unternehmen fixe Geschlechterquoten von mindestens 30 Prozent für neu zu besetzende Aufsichtsratsposten einhalten. Hier greift nach § 96 Abs. 2 Satz 6 AktG das „Prinzip des leeren Stuhls“. Danach gelten quotenwidrig Gewählte oder Entsandte von Anfang an nicht als Aufsichtsratsmitglied.⁸⁵ Die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Aufsichtsratsplätze bleiben dann vorerst unbesetzt. Diese Regelung soll auf die sukzessive Erfüllung der Quote hinsteuern. Bei Nichteinhaltung dessen droht als Rechtsfolge die Nichtigkeit der entsprechenden Aufsichtsratsbeschlüsse.⁸⁶ Da aktuell Frauen das unterrepräsentierte Geschlecht sind, wird die Geschlechterquote oftmals auch als Frauenquote bezeichnet.⁸⁷

⁸⁰ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 170, S. 594; Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung D.3

⁸¹ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung D.2

⁸² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 3.3.2.1, S. 75

⁸³ Paritätische Mitbestimmung bedeutet, dass der Aufsichtsrat zu gleicher Anzahl aus Vertretern der Arbeitnehmer wie aus Vertretern der Anteilseigner besetzt werden muss.

⁸⁴ https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/verbessert-die-frauenquote-unternehmenskultur-und-wertschoepfung_230130_388006.html

⁸⁵ <https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>

⁸⁶ https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/frauenquote-ist-ab-112016-keine-ansichts-sache-mehr_230132_311776.html

⁸⁷ <https://wirtschaftsrecht-news.de/2019/01/die-geschlechterquote-und-die-politik-des-lee-ren-stuhls/>

Bei der Berechnung der 30-Prozent-Quote ist zwischen Gesamterfüllung und Getrennterfüllung zu unterscheiden. Bei der Gesamterfüllung gilt die Quote nach § 96 Abs. 2 Satz 2 AktG für den Aufsichtsrat als Gesamtorgan. Im Gegenzug hierzu spricht man nach § 96 Abs. 2 Satz 3 AktG von der Getrennterfüllung, wenn die Seite der Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter der Gesamterfüllung widersprechen und somit die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter die Mindestquote jeweils gesondert erfüllen müssen. So sollen also beispielsweise einem Aufsichtsrat mit 12 Mitgliedern, nach der Quotenregelung mindestens vier weibliche Mitglieder angehören. Im Rahmen der Gesamterfüllung wäre es hiernach irrelevant, ob diese vier Mitglieder den Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertretern angehören. Erfolgt die Berechnung jedoch, aufgrund eines Widerspruchs, nach der Getrennterfüllung, müssten sich auf jeder Seite mindestens zwei⁸⁸ weibliche Mitglieder befinden.

Für andere börsennotierte oder (zumindest drittelparitätisch) mitbestimmte Gesellschaften wird seit dem 1. Mai 2015⁸⁹ in § 111 Abs. 5 AktG eine „Flexiquote“ geregelt, nach welcher der Aufsichtsrat für die Besetzung der Aufsichtsratsposten selbst eine Frauenquote festlegt.⁹⁰ Gleiches gilt gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG auch für GmbHs, die der (zumindest drittelparitätischen) Mitbestimmung unterliegen.⁹¹ In jedem Fall muss für die Frauenquote eine Regelung im Unternehmen getroffen werden. Hierbei gibt es keine Mindestzielgröße. Allerdings gilt gemäß § 111 Abs. 5 Satz 2 AktG bzw. § 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG das sogenannte „Verschlechterungsverbot“. Demnach dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten, soweit die Frauenquote im Unternehmen unter 30 Prozent liegt. Die Pflicht zur Festlegung der Zielgrößen musste seit Inkrafttreten des Gesetzes zum 1. Mai 2015 erstmals bis zum 30. September 2015 erfüllt werden. Die danach festgelegte Frist zur Zielerreichung durfte nicht länger als bis zum 30. Juni 2017 dauern. Die darauffolgende Frist darf gemäß § 111 Abs. 5 Satz 4 AktG bzw. § 52 Abs. 2 Satz 5 GmbHG bis zu fünf Jahre lang sein.⁹² Es handelt sich hierbei jedoch um eine ausschließlich unternehmenspolitische Entscheidung. Tatsächliche Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Zielgrößen ergeben sich hieraus nicht. Jedoch besteht die Gefahr negativer

⁸⁸ Grundsätzlich würden sich aus mathematischer Sicht 1,8 Mitglieder je Vertreterseite ergeben. Hier gelten jedoch gemäß § 96 Abs. 2 Satz 4 AktG die mathematischen Rundungsregeln, sodass auf 2 Mitglieder aufgerundet wird.

⁸⁹ <https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>

⁹⁰ Nissen in: Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 97, S. 36

⁹¹ <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/arbeitsrecht/frauenquote-eine-erste-bestandsaufnahme-zum-fuepog/>

⁹² <https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>

Öffentlichkeitswirkung im Rahmen der Berichtspflicht. Es ist lediglich mit Sanktionen zu rechnen, soweit keine Angaben zu Zielvorgaben und Fristen gemacht werden, da dies die Unvollständigkeit des Lageberichts zur Folge hätte. Hierauf kann gemäß § 334 HGB ein Bußgeld von bis zu 50.000 Euro verhängt werden.⁹³

Auch im Rahmen des Deutschen Corporate Governance Kodex wird empfohlen, die Zusammensetzung des Aufsichtsrats den gesetzlichen Bestimmungen zur Geschlechterquote anzupassen.⁹⁴ Es wird jedoch schnell ersichtlich, dass der Männeranteil im Großteil aller Unternehmen nach wie vor stark überwiegt. Nichts desto trotz ist ein deutlicher Anstieg der Frauenquote in Aufsichtsratspositionen über die letzten Jahre zu verzeichnen. Diese Entwicklung lässt sich unter anderem auch auf die gesetzliche Einführung der Geschlechterquote (§ 96 Abs. 2, 3 AktG) in 2015 zurückführen. Bereits in 2017 haben die betroffenen Unternehmen die 30-Prozent-Marke erreicht und den Anteil der weiblichen Aufsichtsratsmitglieder dennoch stetig erhöht.⁹⁵ Dieser Anstieg ist unmittelbar auf die Einführung des § 96 Abs. 2, 3 AktG zurückzuführen. Unabhängige Untersuchungen kamen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass seit Inkrafttreten des Gesetzes der Frauenanteil in den Aufsichtsräten deutlich gestiegen ist.⁹⁶

Das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) in Berlin analysiert seit 2010 jährlich den Anteil von Frauen in den Aufsichtsräten der 200 umsatzstärksten deutschen Unternehmen. Das DIW veröffentlichte hierzu zuletzt am 20. Januar 2021 eine Statistik (Anhang 1) im Rahmen seines DIW Managerinnen Barometer. Daraus lässt sich über den Zeitraum von 2013 bis 2020 ein klarer Anstieg der Frauenquote verzeichnen. Lag der Anteil für Unternehmen mit fester Geschlechterquote im Jahr 2013 noch unter 20 Prozent, so sind es im Jahr 2020 rund 36 Prozent. Auffällig ist zudem der signifikante Anstieg in Unternehmen mit fester Geschlechterquote, was für die Auswirkungen des § 96 Abs. 2 und 3 AktG spricht. Eine ähnliche Bilanz ergeht aus einer Statistik des Vereins Frauen in die Aufsichtsräte e.V. (FidAR e.V.), welche jährlich seinen Women-on-Board-Index veröffentlicht. So verglich FidAR zuletzt zum 31. Oktober 2020 im Rahmen seines WOB-Index 185 I den Frauenanteil im Aufsichtsrat der 160 im DAX, MDAX und SDAX sowie der 30 voll mitbestimmten, im regulierten

⁹³ <https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>

⁹⁴ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 11

⁹⁵ DIW Managerinnen Barometer 2021 im DIW Wochenbericht 3/2021, S. 20

⁹⁶ https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/verbessert-die-frauenquote-unternehmenskultur-und-wertschoepfung_230130_388006.html

Markt notierten Unternehmen. Damit ergibt sich mit 32,70 Prozent Frauenanteil im Vergleich zu 2015 ein Zuwachs von über 10 Prozent.⁹⁷ Ergebnisse wie diese lassen sich zahlreichen Statistiken der vergangenen Jahre entnehmen. Daher ist es wahrscheinlich, dass der Frauenanteil auch zukünftig sukzessive ansteigen wird. Fraglich ist, ob die Geschlechterquote durch eine gesetzliche Regelung weiter angehoben werden sollte. Gesetzesentwürfe dieser Art gibt es bisher noch nicht, jedoch war schon mit der Gesetzes Einführung des § 96 Abs. 2 AktG angedacht, die Frauenquote bis 2018 auf 50 Prozent zu erhöhen.⁹⁸

Ein Gesetz zur Erhöhung der Geschlechterquote wäre meines Erachtens nach durchaus sinnvoll. Auch, wenn sich eine positive Entwicklung verzeichnen lässt, die über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus geht, wird eine Steigerung der Quote auf freiwilliger Basis nur langsam voranschreiten. Die Gleichberechtigung von Frau und Mann sollte nicht im Rahmen der Unternehmenspolitik aufhören. Frauen verfügen über adäquate Führungskompetenzen und können das Unternehmen durch u. a. weitreichende Soft Skills zu langfristigem Erfolg führen. Die Qualität der Aufsichtsratsarbeit zeichnet sich vor allem durch Diversität aus, sodass ein ausgeglicheneres Verhältnis der Geschlechter, aber auch verschiedene Ethnien und Sozialzugehörigkeiten den Diskurs und folglich auch die Leistungsfähigkeit und Entwicklung im Unternehmen durch diverse Erfahrungen und Fähigkeiten erheblich steigern können. Zwar bedeutet dies unter Umständen einen langwierigeren und komplexeren Entscheidungsprozess, führt das Unternehmen jedoch wahrscheinlich zu nachhaltigeren und weniger fehleranfälligen Entscheidungen und integriert neue Lösungsansätze, indem es eine Vielfalt an Meinungen und Herangehensweisen zulässt. Zu ähnlichen Erkenntnissen führten auch erste Vergleiche der Wirtschaftsberatungsunternehmen McKinsey und Ernst & Young, welche durch die stetig steigende Frauenquote durchweg positive wirtschaftliche Entwicklungen der Unternehmen verzeichnen.⁹⁹ Die Unterrepräsentanz der Frauen in den Entscheidungsgremien der Unternehmen, liegt nach meiner Auffassung nicht in der mangelnden Qualifizierung des weiblichen Geschlechts, sondern vordergründig in der vorherrschenden Männerwirtschaft begründet. Männer in Entscheidungspositionen tendieren in der logischen Konsequenz eher dazu, jemanden zu fördern, der ihnen ähnlich ist. Gegen eine Erhöhung der Geschlechterquote spricht jedoch, dass in Folge dessen ein Zwang bestehen würde,

⁹⁷ FidAR Women-On-Board-Index 185 I vom 31. Oktober 2020

⁹⁸ https://www.haufe.de/personal/arbeitsrecht/bundestag-beschliesst-gesetz-zur-frauenquote_76_295762.html

⁹⁹ https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/verbessert-die-frauenquote-unternehmenskultur-und-wertschoepfung_230130_388006.html

Frauen einzustellen. Dies könnte bedeuten, dass fähige männliche Kollegen entlassen oder nicht als Aufsichtsratsmitglied in Betracht gezogen werden. Eine gesetzliche Regelung würde jedoch weniger eine Einschränkung der Unternehmensfreiheit, als eine Bereitschaft neuer Blickwinkel bedeuten.¹⁰⁰

1.7 Bedeutung der Zusammenarbeit mit anderen Organen

Der Aufsichtsrat ist, neben Vorstand und Hauptversammlung, nur ein Organ der Gesamtheit eines pluralistischen Zusammenwirkens der Aktiengesellschaft. Um ein funktionierendes System der Unternehmensführung garantieren zu können, ist die Dependenz und Zusammenarbeit der verschiedenen Organe unumgänglich. So werden im Folgenden die Beziehungen des Aufsichtsrats zum Vorstand, zur Hauptversammlung, aber auch zum Abschlussprüfer näher erläutert.

1.7.1 Aufsichtsrat und Vorstand

Der Vorstand ist gemäß § 76 Abs. 1 AktG mit der Leitung der Gesellschaft betraut. Damit besteht die grundlegendste Beziehung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, da die Überwachung des Vorstands gemäß § 111 Abs. 1 AktG die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats bildet und folglich auch die äquivalente Aufgabe zur Informationspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat gemäß § 90 AktG trägt. Weitere Zusammenhänge ergeben sich aus den Pflichten des Aufsichtsrats¹⁰¹. Der Deutsche Corporate Governance Kodex begegnet diesem Thema mit dem Ziel eine enge, vertrauensvolle, aber durchaus aus kritisch-diskursive Zusammenarbeit der beiden Gremien zum Wohle des Unternehmens zu schaffen.¹⁰² Vor allem durch die Personalauswahl des Vorstands durch den Aufsichtsrat im Sinne des § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG übt der Aufsichtsrat erheblichen Einfluss auf das Unternehmensgeschehen und das geschäftspolitische Leitbild aus.¹⁰³

Setzt man sich kritisch mit der Zusammensetzung der Gesellschaften und der Beziehung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auseinander, so scheint eine objektiv rationale Überwachung durch die enge Zusammenarbeit der beiden Organe nicht immer

¹⁰⁰ <https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>

¹⁰¹ siehe auch Tz. 1.5.1

¹⁰² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 7.1, S. 175

¹⁰³ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 7.2, S. 177

möglich. Oftmals werden den Aufsichtsräten mangelnde Professionalität sowie eine zu große Nähe zum Vorstand vorgeworfen. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Aufsichtsrats die Unternehmensleitung zu überwachen und alle Rechte der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand, wenn nötig auch gerichtlich geltend zu machen. In der praktischen Umsetzung entspricht dies jedoch weitläufig eher einer kooperativen Beratung. Tatsächlich ist die Beratung jedoch ein integraler Bestandteil der Überwachungsaufgabe und entspricht daher nicht per se einer mangelnden Kontrolle, was auch aus Entscheidungen des BGH hervorgeht.¹⁰⁴

Die Rolle des Aufsichtsrats wird auch durch die verpflichtende Festlegung von Zustimmungsvorbehalten geprägt. Hierbei handelt es sich um eine präventive Maßnahme, welche in der Regel vorab der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Der Aufsichtsrat nimmt materiellen Einfluss auf die Geschäftsleitung, was in der Praxis schon im Vorfeld der aktiven Zusammenarbeit und Absprache bedingt, um eine gemeinsame Linie zu finden.¹⁰⁵ Jedoch birgt dieses enge Zusammenwirken meines Erachtens die Gefahr, dass die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats sukzessive verschwimmt und eine klare Trennung der Organe nicht mehr gewahrt werden kann. Der Aufsichtsrat tritt dann eher als Teil des Vorstandes auf, was den Grundgedanken der Trennung der einzelnen Organe in der Konsequenz unterläuft. Hier gilt es einen Mittelweg zwischen der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsgremiums einerseits und Effizienz der internen Unternehmensprozesse durch Zusammenarbeit der Organe andererseits zu finden.

1.7.2 Aufsichtsrat und Hauptversammlung

Die Hauptversammlung dient als Gremium in der Aktiengesellschaft der Versammlung aller Aktionäre und bietet gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 AktG in diesem Rahmen ein Forum, um die Rechte der Aktionäre in der Gesellschaft ausüben zu können. Ein Zusammenhang zwischen Hauptversammlung auf Aufsichtsrat ergibt sich schon durch die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung im Sinne §§ 101 Abs. 1 Satz 1, 103 Abs. 1 Satz 1 AktG.¹⁰⁶ Dem Auf-

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89 –, BGHZ 114, 127-137, Rn. 10

¹⁰⁵ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 81, S. 576

¹⁰⁶ Die Aufsichtsratsmitglieder werden in der Regel durch die Hauptversammlung gewählt. Einschränkungen ergeben sich hierbei insbesondere bei der Wahl über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und der Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern.

sichtsrat stehen weiterhin eigenständige Initiativrechte gegenüber der Hauptversammlung zu.¹⁰⁷ So ist der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 3 AktG in Ausnahmefällen dazu berechtigt, eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Weiterhin ist der Aufsichtsrat nach § 124 Abs. 3 AktG verpflichtet, der Hauptversammlung Vorschläge zu jedem Beschlusspunkt der Tagesordnung zu machen. Der Aufsichtsrat unterliegt der Berichtspflicht über das Ergebnis der Jahresabschlussprüfung. Bei börsennotierten Gesellschaften ist der Bericht gemäß § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG auf Angaben über die gebildeten Ausschüsse und die Zahl der Sitzungen des Aufsichtsratsplenums zu erweitern. Die Aufsichtsratsmitglieder sollen zudem gemäß § 118 Abs. 3 Satz 1, 2 AktG an Hauptversammlungen teilnehmen. Dies kann auch im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen. Das Teilnahmerecht umfasst auch das Rede- und Antragsrecht.¹⁰⁸ Der Aufsichtsrat ist nach § 245 Nr. 5 AktG berechtigt, Hauptversammlungsbeschlüsse im Rahmen der Nichtigkeitsklage anzufechten.

1.7.3 Aufsichtsrat und Abschlussprüfer

Als Abschlussprüfer werden gemäß § 319 Abs. 1 Satz 1, 2 HGB Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften bezeichnet, welche mit der Überprüfung des Jahres- und Konzernabschlusses der Unternehmen betraut sind. In der Praxis werden hiermit zumeist Unternehmen, statt einzelner Prüfer beauftragt. Der Aufsichtsrat ist nach § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG für die Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer zuständig. Er soll gemäß § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG an den Bilanzsitzungen teilnehmen. Vor allem jedoch soll der Abschlussprüfer dem Aufsichtsrat bei der Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe als Berater und Gehilfe zur Seite stehen.¹⁰⁹

Die enge Zusammenarbeit von Abschlussprüfer und Aufsichtsrat ist vor allem dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)¹¹⁰ vom 1. Mai 1998 und des Transparenz- und Publizitätsgesetzes

¹⁰⁷ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 99, S. 581

¹⁰⁸ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 103, S. 582

¹⁰⁹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 6.1, S. 148

¹¹⁰ Das KonTraG betrifft vor allem Änderungen handelsrechtlicher Gesetze im Sinne des AktG und HGB und soll unter anderem maßgeblich zu Verbesserungen im Rahmen der Arbeit des Aufsichtsrats beitragen. <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/41867/>

(TransPuG)¹¹¹ vom 26. Juli 2002 zu verdanken. Die hiermit verbundene Stärkung des Aufsichtsrats hat maßgeblich zur Verminderung der Abhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand beigetragen.¹¹²

1.8 Vergütung

Gemäß § 113 Abs. 1 AktG kann dem Aufsichtsrat für seine Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Dabei werden gesetzlich keine genaueren Regelungen getroffen. Als Leitlinie wird nach § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG lediglich festgelegt, dass die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen soll. Konkretere Festlegungen können in der Satzung oder durch Beschluss der Hauptversammlung getroffen werden. Im Vordergrund soll dabei immer die Angemessenheit der Vergütung stehen.¹¹³ Eine Festsetzung der Vergütung durch den Vorstand soll vermieden werden, da hierdurch die Überwachungsfunktion im Rahmen von Beeinflussung oder Bestechung gefährdet sein könnte.

1.8.1 Besteuerung

Auf Ebene der Kapitalgesellschaft handelt es sich bei der Aufsichtsratsvergütung um Betriebsausgaben im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG, welche jedoch der hälftigen Abzugsbeschränkung des § 10 Nr. 4 KStG unterliegen. Aufsichtsratsvergütung sind damit alle Vergütungen, die mit der Tätigkeit des Aufsichtsrats in Zusammenhang stehen.¹¹⁴ Erstattungen für tatsächlich entstandene Kosten, wie zum Beispiel Fahrt- und Übernachtungskosten sowie Verpflegungsmehraufwand, fallen nicht unter das Abzugsverbot.¹¹⁵

Auf Ebene der Aufsichtsratsmitglieder sind die Aufsichtsratsvergütungen als Einkünfte aus selbstständiger Arbeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG einzuordnen. Als Ein-

¹¹¹ Das TransPuG soll als Gesetz zur Reform des Aktien- und Bilanzrechts eine, an internationale Standards angepasste Unternehmensführung- und kontrolle sicherstellen.
<https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/81016/>

¹¹² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 6.1, S. 147

¹¹³ Koch in: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 30, S. 331

¹¹⁴ Richtlinie 10.03 Abs. 1, 3 KStR

¹¹⁵ Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht – Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 255, S. 610

nahme gilt dabei jede Zahlung oder Sachleistung im Rahmen der Aufsichtsrats-tätigkeit, somit also auch etwaige Kostenerstattungen durch die Gesellschaft.¹¹⁶ Betriebsausgabe im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG sind beispielsweise Fahrt- und Reisekosten, sowie Kosten für Literatur oder Fortbildung. Soweit nicht die Kleinunternehmer-Regelung nach § 19 UStG greift, unterliegen die Einkünfte aus der Aufsichtsrats-tätigkeit grundsätzlich der Umsatzsteuer.

Jedoch entschied der BFH in 2019, dass eine Unternehmereigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG für Aufsichtsratsmitglieder, entgegen der bisherigen Rechtsprechung, nicht anzunehmen sei, soweit eine nicht variable Festvergütung durch die Gesellschaft gezahlt wird und das jeweilige Mitglied entsprechend kein Vergütungsrisiko trägt.¹¹⁷ Im vorliegenden Fall war der Kläger X als leitender Angestellter der Konzernmutter (S-AG) und zugleich als Aufsichtsratsmitglied im Tochterunternehmen (E-AG) tätig. X wurde durch für seine Aufsichtsrats-tätigkeit bei der E-AG jährlich eine feste Vergütung in Höhe von 20.000 € im Wege einer Gutschrift gezahlt. Die E-AG wies jedoch im Jahr 2013 zusätzlich Umsatzsteuer in Höhe von 3.800 € aus. Diesem Ausweis widersprach X im Jahr 2014 und zahlte die Umsatzsteuer 2015 an die E-AG zurück. In den Folgejahren wurde keine Umsatzsteuer ausgewiesen. Der BFH entschied, dass die Zahlung dieser Gutschrift mangels Unternehmereigenschaft des X nicht zur Umsatzsteuerschuld führt.

Bis zu dieser Entscheidung wurde bei der Feststellung der Unternehmereigenschaft von Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG nicht genauer differenziert, da diese stets als selbstständige Tätigkeit eingestuft wurde. Unternehmer ist danach, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Gewerblich oder beruflich ist jede selbstständige, nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht Gewinn zu erzielen fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird.¹¹⁸ Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG wird diese Tätigkeit jedoch nicht selbstständig ausgeübt, soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, in einem Unternehmen so eingegliedert sind, dass sie den Weisungen des Unternehmens zu folgen verpflichtet sind.

¹¹⁶ Schmiedermaier/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 257, S. 610

¹¹⁷ BFH, Urteil vom 27. November 2019 – V R 23/19 (V R 62/17) –, BFHE 267, 189, Rn. 13

¹¹⁸ § 2 Abs. 1 Satz 1, 3 UStG, A 2.1 Abs. 1 Satz 2 UStAE

Nach der Rechtsprechung des EuGHs, übt das jeweilige Aufsichtsratsmitglied keine selbstständige Tätigkeit aus, wenn es zwar weder dem Vorstand, noch dem Aufsichtsrat der jeweiligen Gesellschaft hierarchisch untergeordnet ist, aber nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, folglich also nicht in eigener Verantwortung, sondern für Rechnung und unter Verantwortung des Aufsichtsrats handelt. Im Streitfall wurde dem Aufsichtsratsmitglied X eine feste Vergütung gezahlt. Das heißt X erhielt unabhängig von der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden oder der Teilnahme an Sitzungen und ohne zusätzliche Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft, ein nicht variables Gehalt. Auch etwaige begangene Fahrlässigkeit im Rahmen der Aufsichtsrats Tätigkeit hatten keine Auswirkung auf die Höhe der Vergütung. Damit trug X nicht das wirtschaftliche Risiko für sein Handeln, sondern in erster Linie der Aufsichtsrat.¹¹⁹

Der BFH schloss sich dahingehend der Rechtsprechung des EuGHs an.¹²⁰ Danach fehlt es X im konkreten Fall, mangels selbstständiger Tätigkeit, an der Unternehmer-eigenschaft. Folglich steht also auch die Gutschrift der E-AG einer Rechnung nicht gleich, da sie entgegen § 14 Abs. 2 Satz 2 UStG nicht über eine Leistung eines Unternehmers ausgestellt wurde und begründet folgerichtig auch keine Steuerschuld des X für den unberechtigten Steuerausweis im Jahr 2013 im Sinne des § 14c Abs. 2 UStG.¹²¹

1.9 Haftung

Bei seiner Tätigkeit hat der Aufsichtsrat stets die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes zu wahren. Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Aufsichtsrat sollen am Unternehmensinteresse bemessen werden.¹²² Hierbei orientiert man sich an der sogenannten „business judgement rule“, welche in erster Linie für Pflichtverletzungen durch Vorstandsmitglieder Anwendung findet, aber im Rahmen des § 116 AktG i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auch auf den Aufsichtsrat übertragen wird.¹²³ Darunter versteht man, dass üblicherweise keine Pflichtverletzung vorliegt, wenn das jeweilige Aufsichtsratsmitglied bei seiner unternehmerischen Entscheidung annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Hin-

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 13. Juni 2019 – C-420/18 –, Rn. 39

¹²⁰ BFH, Urteil vom 27. November 2019 – V R 23/19 (V R 62/17) –, BFHE 267, 189, Rn. 19

¹²¹ BFH, Urteil vom 27. November 2019 – V R 23/19 (V R 62/17) –, BFHE 267, 189, Rn. 23

¹²² Schmiedermair/Kolb in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 272, S. 616

¹²³ ebenda

tergrund dessen ist es, nicht jede missglückte riskante Maßnahme des unternehmerischen Handelns, beispielsweise Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, unter Schadensersatzforderungen zu stellen.¹²⁴ Die „business judgement rule“ wurde im Wege der Einführung des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) zum 22. September 2005 eingefügt.¹²⁵ Dieses trat zum 1. November 2005 in Kraft und hatte mit Fokus auf die Innenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat, vor allem zum Ziel, das Vertrauen der Anleger in die Integrität, Stabilität und Transparenz der Aktienmärkte unter anderem durch Klageerleichterungen für Aktionärs-Minderheiten, zurückzugewinnen.¹²⁶ In Folge dessen wurden einzelne Bestimmungen des Aktiengesetzes geändert und so unter anderem § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingeführt.

Üblicherweise verletzt ein Aufsichtsratsmitglied seine Pflicht, wenn es sein Amt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds erledigt und schuldhaft, also fahrlässig oder vorsätzlich, handelt.¹²⁷

Auch im Rahmen der Haftung greift der Gleichbehandlungsgrundsatz, sodass die Vorschriften über Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit für alle Aufsichtsratsmitglieder, das heißt sowohl Anteilseigner- als auch Arbeitnehmervertreter, unabhängig von Wahl, Entsendung oder gerichtlicher Bestellung, in gleichem Maße gelten.¹²⁸ Eine Differenzierung ist hierbei lediglich vorzunehmen, soweit für bestimmte Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen einer besonderen Funktion höhere Anforderungen gelten können.¹²⁹

1.9.1 Haftung gegenüber der Gesellschaft

Verursacht ein Aufsichtsratsmitglied schuldhaft Schäden im Unternehmen, so haftet es gegebenenfalls im Wege der Innenhaftung gemäß § 116 Satz 1 AktG i. V. m. § 93 Abs. 2 AktG. Dies gilt, soweit kumulativ die Voraussetzungen der Pflichtverletzung,

¹²⁴ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S. 33

¹²⁵ https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/v-geschaeftsfuehrung-aufsichtsrat-und-beirat-51-organhaftung-gegenueber-der-gmbh-ueberblick_idesk-PI20354_HI13363809.html, Rn. 1056

¹²⁶ <https://www.rechtslupe.de/wirtschaftsrecht/gesellschaftsrecht/umag-2-3362>; BgBl 2005 Teil I Nr. 60, S. 2802

¹²⁷ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 9.1, S. 209

¹²⁸ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 9.1, S. 212

¹²⁹ Koch in: Aktiengesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2016, § 116 AktG, Rn. 4, S. 824

der Schuldhaftigkeit, des tatsächlichen Eintritts des Schadens sowie des kausalen Zusammenhangs zwischen Schaden und schuldhafter Pflichtverletzung vorliegen.¹³⁰ Zu den zentralen Pflichten zählen hierbei die Sorgfaltspflicht, die Verschwiegenheitspflicht, die verschiedenen Mitwirkungs- und Teilnahmepflichten sowie die Wahrung des Unternehmensinteresses. Sind alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, haftet das jeweilige Mitglied gesamtschuldnerisch im Sinne des § 421 BGB, sodass die Gesellschaft den Schadensersatz in vollem Umfang von einem Mitglied fordern kann. Der Aufsichtsrat haftet dementsprechend nicht als Gesamtorgan. Für jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss ein individueller Nachweis der Haftungsschuld erfolgen.¹³¹ Bei der Haftung nach § 116 AktG i. V. m. § 93 Abs. 2 AktG handelt es sich um eine Verschuldenshaftung. Das Verschulden wird hierbei von Gesetzes wegen vermutet und es obliegt, nach der Rechtsprechung des BGH, dem Aufsichtsratsmitglied zu beweisen, dass kein Verschulden seinerseits vorliegt.¹³²

Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, die den Tatbestand der Haftung für das jeweilige Aufsichtsratsmitglied erfüllen. So hat es beispielsweise bei vorherrschender Notwendigkeit darauf hinzuwirken, dass der Vorstand einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen mehr leistet. Soweit es hiergegen schuldhaft verstößt, kann der Tatbestand des Schadensersatzes gegenüber der Gesellschaft erfüllt sein.¹³³ Wer Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unbefugt offenbart, welche ihm in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied bekannt geworden sind, begeht gemäß § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG offenkundig eine Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht. Diese kann für das jeweilige Mitglied zur Schadensersatzpflicht führen. Stimmt der Aufsichtsrat einer Kreditvergabe ohne vorherige ausreichende Information zu, ist er zum Schadensersatz verpflichtet, wenn bei ausreichender Information die Zustimmung unterblieben und somit der Schaden nicht entstanden wäre.¹³⁴ Auch unterliegt der Aufsichtsrat der Erkundigungspflicht und ist danach, soweit zur Verfügung gestellte Unterlagen nicht ausreichen, dazu verpflichtet selbstständig Erkundungen anzustellen, sei es durch

¹³⁰ Hier gilt die Adäquanztheorie, nach der die Pflichtverletzung nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein muss, den Schaden zu herbeizuführen.

¹³¹ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 9.2.1, S. 214

¹³² BGH, Urteil vom 04. November 2002 – II ZR 224/00 –, BGHZ 152, 280-290, Rn. 6

¹³³ Nissen in: Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 99, S. 38

¹³⁴ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.1, S.

die Aneignung bestimmter Fachkenntnisse oder die Anforderung weiterer Unterlagen.¹³⁵

Die Haftungsansprüche verjähren gemäß § 93 Abs. 6 AktG bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert sind nach zehn Jahren, bei anderen nach fünf Jahren. Die Verjährungsfrist von zehn Jahren für börsennotierte Gesellschaften trat zum 1. Januar 2011 in Kraft. Zuvor galt einheitlich eine Verjährungsfrist von fünf Jahren.¹³⁶ Die Innenhaftung kann durch Haftungsausschluss oder -verzicht sowie das Anstreben eines Vergleichs beschränkt werden.¹³⁷

1.9.2 Haftung gegenüber Dritten

Haftet ein Aufsichtsratsmitglied im Wege der Außenhaftung, so wird auf das allgemeine Deliktrecht im Sinne der §§ 823 ff. BGB zurückgegriffen, da aktiengesetzlich keine ausdrücklichen Regelungen bestehen. Ein Anspruch besteht danach nur, soweit ein deliktischer Tatbestand erfüllt ist. Darunter versteht man einen Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut des betroffenen Dritten oder eine Schutzgesetzverletzung. Dritte können in diesem Zusammenhang Aktionäre, Anleger, Gläubiger sowie sonstige Dritte sein.

Beispiel für die Außenhaftung ist unter anderem die Insolvenzantragspflicht. Hier werden zwei Haftungsaspekte relevant. Zum einen wird bei verspäteter Beantragung der Insolvenz im Wege der Innenhaftung die Sorgfaltspflicht verletzt und so der Tatbestand des Schadensersatzes begründet, andererseits greift unter Umständen auch die Außenhaftung, da Dritte durch die folgende Zahlungsunfähigkeit geschädigt werden können. Handelt es sich um Delikte der Beihilfe oder Anstiftung zur Bilanzfälschung kann das betroffene Aufsichtsratsmitglied auch strafrechtlich verfolgt werden oder ein Bußgeld auferlegt bekommen.¹³⁸

¹³⁵ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 2.6.3.4, S. 45

¹³⁶ <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/02/business-judgement-rule.pdf>

¹³⁷ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 9.2.1, S. 214

¹³⁸ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 9.1, S. 209

2 Der Deutsche Corporate Governance Kodex

Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist eine Empfehlung der Bundesregierung, welche durch das Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz im amtlichen Teil des Bundesanzeigers als „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ bekannt gegeben wird. Er beschreibt gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften, welche folglich unter anderem auch die Tätigkeit des Aufsichtsrats umfassen.¹³⁹

Der Kodex wurde 2002 mit dem Ziel eingeführt, das Vertrauen in deutsche börsennotierte Gesellschaften zu stärken und die Transparenz und Nachvollziehbarkeit dieser Unternehmen nach außen zu gewährleisten. Digitalisierung und Globalisierung des Kapitalmarktes erfordern international anerkannte Rahmenbedingungen, die das Management und dessen Überwachung für nationale und internationale Anleger vergleichbar und transparent machen.¹⁴⁰ Der Deutsche Corporate Governance Kodex spricht, nach der Leitlinie der aktuellen Best Practice der Unternehmensführung, Empfehlungen und Anregungen aus, welche die Gesellschaft nach dem Leitbild internationaler und nationaler Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung optimieren sollte.

2.1 Bezug zur Aktiengesellschaft

Die Aufgaben des Aufsichtsrats werden zunehmend durch den Corporate Governance Kodex beeinflusst. Dies geschieht, obwohl die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, als sogenannte „soft law“¹⁴¹, gesetzlich unverbindlich sind. Jedoch ist der Aufsichtsrat gemäß § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG (neben dem Vorstand) verpflichtet, jährlich dazu Stellung nehmen, ob und inwieweit den Empfehlungen der Bundesregierung entsprochen wurde und dies gegebenenfalls zu begründen. Abweichungen sind danach im Rahmen einer sogenannten Entsprechenserklärung der Gesellschaft zu veröffentlichen. Die Entsprechenserklärung bezieht sich auf die jeweils gültige Version des Deutschen Corporate Governance Kodex, hier also die aktuelle Fassung vom 20. März 2020.¹⁴²

¹³⁹ www.dcgk.de/de/kodex.html

¹⁴⁰ Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 1.1, S. 1 - 2

¹⁴¹ GmbH-Steuerberater 10/2002, R2

¹⁴² Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Aufl. 2005, Rn. 1.1, S. 3

Diese Regelung folgt dem „comply or explain“-Prinzip, zu Deutsch: einhalten oder erklären. Danach wird den Unternehmen nach wie vor die Freiheit gegeben, ihre subjektiven, unternehmensspezifischen Bedürfnisse zu vertreten. Es wird jedoch sichergestellt, dass sie öffentlichkeitswirksam mitteilen, warum sie nicht den, von der Regierungskommission festgelegten, nationalen und internationalen Standards guter Unternehmensführung entsprechen. Dieser Prozess gewährleistet Transparenz in der Unternehmensüberwachung des Aufsichtsrats und Nachvollziehbarkeit für Aktionäre, Kunden und Mitarbeiter.¹⁴³ Zudem verbessert dies den Zugang der Unternehmen zu den internationalen Finanzmärkten.¹⁴⁴

Die Pflicht börsennotierter Gesellschaften zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, ergab sich im Rahmen der Einführung des Transparenz- und Publizitätsgesetzes (TransPuG). Das TransPuG trat im Juli 2002 mit dem Ziel in Kraft, besser informierte Aufsichtsräte zu schaffen und eine Anpassung der Arbeit der Aufsichtsräte an internationale Gepflogenheiten vorzunehmen.¹⁴⁵

2.2 Neue Fassung des DCGK

Jedes Jahr wird der Deutsche Corporate Governance Kodex durch die Regierungskommission daraufhin geprüft, ob er tatsächlich noch der aktuellen Best Practice der Unternehmensführung entspricht und nimmt gegebenenfalls entsprechende Anpassungen vor.¹⁴⁶

Zuletzt wurde durch die Kommission im Mai 2019 eine vollständige Neufassung beschlossen, welche am 20. März 2020 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde. Aktuelle Änderungen für den Aufsichtsrat ergeben sich vor allem im Hinblick auf die Vorstandsvergütung, die Selbstbeurteilung und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Bezug auf die Unabhängigkeit seiner Mitglieder.¹⁴⁷ Weiterhin wurde der Kodex hinsichtlich seiner Gliederungslogik angepasst. Er enthält seit der Änderung neben Empfehlungen und Anregungen, nun auch Grundsätze. Diese dienen als Information für die Anleger und die Öffentlichkeit über die wesentlichen rechtlichen Vorgaben der

¹⁴³ www.dcgk.de/de/kodex.html

¹⁴⁴ GmbH-Steuerberater 10/2002, R2

¹⁴⁵ Aus der Einführung des Gesetzes ergaben sich zahlreiche Folgeänderungen im Rahmen des AktG und HGB. Unter anderem betraf dies die §§ 90, 110, 161, 171 AktG sowie §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8, 297, 308 Abs. 3, 317 Abs. 4 HGB.

¹⁴⁶ GmbH-Steuerberater 10/2002, R2

¹⁴⁷ www.ey.com/de_de/assurance/was-sich-am-deutschen-corporate-governance-kodex-aendern-wird/

Gesetzestexte. Hierbei handelt es sich wohl um die grundlegendste Änderung, da die Empfehlungen und Anregungen anhand der Grundsätze abgeleitet werden.¹⁴⁸

Anzumerken ist hierbei, dass zum 15. Januar 2021 eine Überarbeitung durch die Regierungskommission vorgenommen wurde, im Rahmen welcher, unter anderem auch jüngste regulatorische Entwicklungen sowie die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie berücksichtigt wurden.¹⁴⁹ Im Folgenden wird jedoch ausschließlich Bezug auf die Änderungen der Neufassung vom 20. März 2020 genommen.

2.2.1 Vorstandsvergütung

Die Vorstandsvergütung stellt eine der Hauptproblematiken der aktuellen Änderungen dar. In diesem Zusammenhang trat zum 1. Januar 2020 auch § 87a AktG in Kraft. Durch die zunehmende Komplexität der Vergütungssysteme der vergangenen Jahre liegt die Zielsetzung nun darin, an Klarheit und Verständlichkeit zu gewinnen. Daran orientiert sich auch der Deutsche Corporate Governance Kodex. Die Vergütungsstruktur von börsennotierten Gesellschaften ist auf eine langfristige, nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten. Danach fertigt der Aufsichtsrat ein konkretes Vergütungssystem, auf dessen Grundlage die Höhe der Vergütung für die einzelnen Vorstandsmitglieder festgelegt wird.¹⁵⁰ Vorstand und Aufsichtsrat sollen hierüber jährlich einen Vergütungsbericht¹⁵¹ erstellen.¹⁵²

Die neue Regelung des § 87a AktG beschließt im Wesentlichen die detaillierte Bestimmung der Vergütungssysteme, sodass der Aufsichtsrat unter anderem konkrete Angaben zur Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG), zu allen festen und variablen Vergütungsbestandteilen und ihren jeweiligen relativen Anteilen an der Vergütung (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG) und allen finanziellen und nichtfinanziellen Leistungskriterien für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG), macht. Alle, der in § 87a Abs. 1 AktG genannten, möglichen Bestandteile sind nur zu benennen,

¹⁴⁸ https://www.haufe.de/finance/jahresabschluss-bilanzierung/deutscher-corporate-governance-kodex-dcgk-2020_188_513250.html

¹⁴⁹ https://www.ey.com/de_de/aktuelles-fuer-vorstand-und-aufsichtsrat/neue-fassung-des-deutschen-public-corporate-governance-musterkodex-veroeffentlicht

¹⁵⁰ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 23

¹⁵¹ siehe auch Tz. 2.2.1.1

¹⁵² Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 25

soweit sie tatsächlich vorgesehen sind. Eine Negativabgrenzung ist dementsprechend nicht vorzunehmen.

Eine Abweichung vom festgelegten Vergütungssystem ist gemäß § 87a Abs. 2 AktG allenfalls vorübergehend möglich, wenn dies im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig ist und nur, soweit das Vergütungssystem, das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen wird, konkret benannt werden.

Auch nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex sollen durch den Aufsichtsrat Ziel- und Maximalwerte für die Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder festgelegt werden. Das Vergütungssystem soll ein angemessenes Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen der Vorstandsmitglieder mit der Lage des Unternehmens vereinen. Die entsprechende Ausgestaltung liegt hierbei vollständig im Ermessen des Aufsichtsrats. Primär soll jedoch nach der Üblichkeit im Geschäftsverkehr bewertet werden, indem Vergleichsgruppen, sogenannte „Peer Groups“, aus externen Unternehmen herangezogen werden und so, das Verhältnis der Vorstandsvergütung zur Vergütung der oberen Führungskreise und der Belegschaft insgesamt - auch in der zeitlichen Entwicklung - berücksichtigt werden.¹⁵³

Die Vergütung der Vorstandsmitglieder setzt sich aus einem festen und einem variablen Anteil zusammen. Des Weiteren lässt sich in kurzfristige und langfristige, variable Vergütungsbestandteile unterscheiden. Für sämtliche Vorstandsmitglieder sollen künftig Leistungskriterien für alle variablen Vergütungsbestandteile festgelegt werden, welche sich an den operativen und strategischen Zielen orientieren. Dabei soll der Aufsichtsrat auch festlegen, in welchem Umfang individuelle oder allgemeingültige Ziele der Vorstandsmitglieder maßgebend sind. Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt hier, dass die variable Vergütung, welche sich aus dem Erreichen langfristiger Ziele ergibt, den Anteil aus kurzfristig orientierten Zielen, übersteigt.¹⁵⁴ Die Betrachtungsweise der kurzfristigen Ziele liegt bei ungefähr einem Jahr, während die langfristigen Ziele sich über mehrere Jahre erstrecken. Hintergrund ist es also, durch die Langfristigkeit, Anreize für die Arbeit der Vorstandsmitglieder zu schaffen, von denen das Unternehmen auch langwierig profitiert.¹⁵⁵ Nach Ablauf des

¹⁵³ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlungen G.2 - G.4

¹⁵⁴ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlungen G.6 - G.7

¹⁵⁵ <https://diligent.com/de/blog/variable-verguetungsbestandteile-vorstand-welche-kennzahlen-werden-herangezogen/>

Geschäftsjahres soll der Aufsichtsrat, die für das dieses Jahr individuell zu gewährenden Vergütungsbestandteile, bemessen nach der Zielerreichung, dem Grunde und der Höhe nach nachvollziehbar festlegen.¹⁵⁶ Eine nachträgliche Änderung der Vergütungsregelung soll nicht möglich sein.¹⁵⁷

Im Zusammenhang dieser Thematik wurde in der Vergangenheit, unter anderem durch das ehemalige Mitglied der Corporate-Governance-Kommission der Bundesregierung Christian Strenger, Kritik an den Vergütungssystemen der Volkswagen AG geübt. So lagen, laut Strenger, die Schwellenwerte für die Erreichung der variablen Bestandteile der Vergütung in 2017 "unangemessen niedrig". Nach der damaligen Regelung wurde der volle Bonus bereits ausbezahlt, wenn das operative Unternehmensergebnis knapp zwei Drittel des Durchschnittsergebnisses der vergangenen zwei Jahre erreichte, was bei einer Gesellschaft wie VW, keine erhebliche Hürde darstellt.¹⁵⁸ Dieses Beispiel verdeutlicht umso mehr, dass die Maßstäbe der Zielerreichung und die, auf dessen Grundlage ausbezahlten Boni dem Grunde und der Höhe angemessen sein sollten.

Insbesondere soll auch bestimmt werden, welche finanziellen und nicht finanziellen Leistungskriterien für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile maßgeblich sind. Unter finanziellen Leistungskriterien versteht man dabei unter anderem die Entwicklung der Umsatzerlöse oder den Aktienkurs. Zu den nicht finanziellen Leistungskriterien zählen zumeist nachhaltige Faktoren wie die Recyclingquote des Unternehmens oder die Reduzierung des CO₂-Ausstoßes bei der Produktion, aber auch die Diversifikation der Führungsebene oder die Zahl der Auszubildenden im Verhältnis zur Gesamtbelegschaft können mit einbezogen werden, um nur einige Beispiele zu nennen.¹⁵⁹

Nachfolgend beschließt die Hauptversammlung gemäß § 87a Abs. 2 AktG i. V. m. § 120a Abs. 1 AktG grundsätzlich mit beratendem Charakter über die Billigung des,

¹⁵⁶ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung G.9

¹⁵⁷ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung G.8

¹⁵⁸ <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/vw-vorstandsgehaelter-corporate-governance-kenner-attackiert-neue-verguetung-a-1143768.html>

¹⁵⁹ <https://diligent.com/de/blog/variable-verguetungsbestandteile-vorstand-welche-kennzahlen-werden-herangezogen/>

durch den Aufsichtsrat vorgelegten, Vergütungssystems für den Vorstand; das sogenannte „Say-on-Pay“.¹⁶⁰

Die eingebrachten Neuerungen bewirken, dass das Ermessen des Aufsichtsrats bei der Bestimmung der Vorstandsvergütung, durch die Bindung an das jeweilige Vergütungssystem stark begrenzt wird. Der Aufsichtsrat ist nun gezwungen die Vergütungsregelung detaillierter festzulegen, was folgerichtig zu mehr Transparenz und Klarheit im Vorstandsvergütungsprozess beiträgt. Auch lässt sich positiv hervorheben, dass nun vordergründig Wert auf die langfristigen Interessen des Unternehmens gelegt wird, da die kurzfristige unternehmensinterne Vergütungspolitik unter Umständen primär das Eigeninteresse der Vorstandsmitglieder bestärkt.

2.2.1.1 Einführung des § 162 AktG

In Zusammenhang mit der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat hat der Gesetzgeber auf Grundlage der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) für Geschäftsjahre nach dem 31. Dezember 2020, § 162 AktG, die Verpflichtung zur jährlichen Erstellung eines Vergütungsberichts für alle Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, eingeführt.¹⁶¹

§ 162 AktG regelt nun erstmalig aktienrechtlich einen jährlich zu erstellenden Vergütungsbericht, in welchem die im letzten Geschäftsjahr gewährte Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung für jedes Mitglied offenzulegen ist. Danach ist gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat jährlich ein klarer und verständlicher Bericht über die gewährte und geschuldete Vergütung im letzten Geschäftsjahr für jedes einzelne gegenwärtige oder frühere Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft, bzw. eines Unternehmens desselben Konzerns (§ 290 HGB), zu erstellen.

Die einzelnen Bestandteile des Vergütungsberichts werden in § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 sowie § 162 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 AktG - soweit einschlägig - konkret vorgegeben. Danach müssen im Bericht unter anderem gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG für jedes Mitglied alle festen und variablen Vergütungsbestandteile, deren je-

¹⁶⁰ Als „Say-on-Pay“ werden die Mitspracherechte der Aktionäre bei der Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung bezeichnet. <https://www.glns.de/aktuelles/newsletter/2018/sayonpay/>

¹⁶¹ Peters in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 285 HGB, Rn.

weiliger relativer Anteil sowie eine Erläuterung, wie sie dem maßgeblichen Vergütungssystem entsprechen, wie die Vergütung die langfristige Entwicklung der Gesellschaft fördert und wie die Leistungskriterien angewendet wurden, erklärt werden. Des Weiteren sind nach § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AktG etwaige Abweichungen vom Vergütungssystem des Vorstands, einschließlich einer Erläuterung der Notwendigkeit der Abweichungen und der Angabe der konkreten Bestandteile des Vergütungssystems von denen abgewichen wurde, zu benennen. Auch ist nach § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AktG gegebenenfalls zu erläutern, inwieweit die Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder eingehalten wurde.

Damit knüpft der Gesetzgeber an § 87a AktG an, nach welchem der Aufsichtsrat ein Vergütungssystem für die Vergütung des Vorstands bzw. der einzelnen Vorstandsmitglieder mit Erläuterung der einzelnen Vergütungsbestandteile erstellt. Diese Vergütungssysteme werden dann im Rahmen des Vergütungsberichts aufgegriffen. Ziel ist es, dadurch zur Entlastung börsennotierter Unternehmen beizutragen, indem sie künftig einen einheitlichen und nur an eine Stelle zu veröffentlichenden Vergütungsbericht erstellen können.¹⁶²

Die Hauptversammlung beschließt nach § 120a Abs. 4 Satz 1 AktG mit empfehlendem Charakter über die Billigung des vom Aufsichtsrat beschlossenen Vergütungsberichts. Letztendlich ist der Vergütungsbericht gemäß § 162 Abs. 3 Satz 1 AktG durch den Abschlussprüfer zu überprüfen. Der Vergütungsbericht ist nach § 162 Abs. 4 AktG zehn Jahre lang durch die Gesellschaft auf ihrer Internetseite kostenfrei öffentlich zugänglich zu machen.

2.2.2 Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder

Eine weitere Änderung ergibt sich im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Mithin erfasst der Deutsche Corporate Governance Kodex konkret die Unabhängigkeit des Prüfungsausschussvorsitzenden sowie auch der Hälfte der Anteilseignervertreter, des Aufsichtsratsvorsitzenden und des Vorsitzenden des Ausschusses, welcher die Höhe der Vorstandsvergütung festlegt. Unter Unabhängigkeit versteht man in diesem Zusammenhang den Ausschluss von geschäftlichen oder

¹⁶² Peters in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 285 HGB, Rn.

persönlichen Beziehungen der Aufsichtsratsmitglieder zur Gesellschaft, anderen Organen oder Aktionären, welche einen wesentlichen, nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen können.¹⁶³

Ein solcher Interessenkonflikt ergab sich jüngst bei der Deutschen Bank. So wurde Kritik durch die europäische Bankenaufsicht und die BaFin laut, nachdem Herr Jürg Zeltner Mitte 2019 in den Aufsichtsrat der Deutschen Bank berufen wurde. Zeitgleich war Zeltner jedoch als CEO der KBL European Private Bankers tätig. Beim mittlerweile als Quintet Private Bank bekannten Unternehmen handelt es sich um eine luxemburgische Bank. Des Weiteren pflegte Zeltner eine Verbindung zu einem Großaktionär der Deutschen Bank. Er war folglich als nicht unabhängiges Aufsichtsratsmitglied einzustufen. Signifikanter Konfliktpunkt an dieser Begebenheit ist jedoch der maßgebliche Einfluss Zeltners zum einen als CEO, zum anderen als Aufsichtsratsmitglied in zwei Konkurrenzunternehmen. Hierbei handelt es sich klar um einen potenziell wesentlichen Interessenkonflikt.¹⁶⁴

Der Deutsche Corporate Governance Kodex formulierte nun erstmals einen Kriterienkatalog zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner. Danach sollen zur Beurteilung der Unabhängigkeit die nachfolgenden Kriterien berücksichtigt werden. Die Gesellschaft soll einschätzen, ob das Aufsichtsratsmitglied selbst oder ein naher Familienangehöriger des Aufsichtsratsmitglieds, bereits seit mehr als 12 Jahren Aufsichtsratsmitglied ist, in den zwei Jahren vor der Ernennung Vorstandsmitglied der Gesellschaft war oder ein naher Familienangehöriger eines Vorstandsmitglieds ist. Des Weiteren soll berücksichtigt werden, ob das jeweilige Vorstandsmitglied oder ein naher Familienangehöriger als geschäftlicher Kontakt der Gesellschaft aktuell oder in dem Jahr bis zu seiner Ernennung, direkt oder als verantwortlicher Gesellschafter eines konzernfremden Unternehmens, Beziehungen zur Gesellschaft oder einem von der Gesellschaft abhängigen Unternehmen, unterhält oder unterhalten hat. Darunter zählen beispielsweise Berater, Kunden, Kreditgeber oder Lieferanten. Es handelt sich hierbei um eine nicht abschließende Aufzählung von Kriterien, welche jedoch einen groben Leitfaden zur Orientierung für die Gesellschaften bietet. Sofern einer oder mehrere der genannten Indikatoren erfüllt sind und die

¹⁶³ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20.03.2020, Empfehlung C.7

¹⁶⁴ <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/interessenkonflikt-doppelrolle-von-aufsichtsrat-zeltner-wird-zum-problem-fuer-die-deutsche-bank/25012846.html?ticket=ST-961847-TfljWDARFbcdQus1mjC-ap4>

Gesellschaft entgegen dessen zum Entschluss kommt, dass das Aufsichtsratsmitglied nach ihrer Einschätzung als unabhängig einzustufen ist, soll dies im Rahmen der Erklärung zur Unternehmensführung begründet werden.¹⁶⁵

2.2.3 Arbeitsweise des Aufsichtsrats

Die neue Fassung des Corporate Governance Kodex legt verstärkt Wert auf die Transparenzkomponente in der Zielsetzung. So wird auch konkret ein Augenmerk auf die Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats gerichtet. Im Rahmen der Selbstbeurteilung soll der Aufsichtsrat seine eigene Arbeit im Hinblick auf seine Wirksamkeit evaluieren und schließlich im Rahmen der Erklärung zur Unternehmensführung angeben, ob und wie die Selbstbeurteilung umgesetzt wurde und ob gegebenenfalls extern unterstützt wurde.¹⁶⁶

Bisher sollte der Aufsichtsrat im Rahmen der sogenannten Effizienzprüfung eine Evaluierung seiner Tätigkeit im Hinblick auf Zielerreichung und Effektivität vornehmen. Dies hat der Deutsche Corporate Governance Kodex nun dahingehend konkretisiert, dass im Rahmen der Selbstbeurteilung explizit die Wirksamkeit des Aufsichtsrats überprüft und ausdrücklich auch die Arbeit der Ausschüsse mit einbezogen werden soll.¹⁶⁷ Die Durchführung dessen liegt im Ermessen des Aufsichtsrats und kann beispielsweise durch externe Hilfe oder durch Fragebögen erfolgen. Wie so ein entsprechender Fragebogen aussehen kann, findet sich in Anhang 2.

Die Selbstbeurteilung gewährleistet zum einen die Erfüllung externer Anforderungen und stärkt außerdem die gezielte Weiterentwicklung der Zusammensetzung und Arbeit des Aufsichtsrats. Durch die systematische Identifikation von Verbesserungspotential wird zum einen ein Bewusstsein für Probleme geschaffen, welches zur Steigerung der Wirksamkeit des Aufsichtsrats führt. Zum anderen fördert dieser Prozess den Austausch und die Zusammenarbeit der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung C.8

¹⁶⁶ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung D.13

¹⁶⁷ https://www.reguvis.de/xaver/board/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27-board_22427653515%27%5D#__board__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27board_2-2427653515%27%5D__1617357375079, Seite 211

¹⁶⁸ ebenda

2.2.4 Bericht zur Corporate Governance

Eine weitere Neuerung ist die grundlegende Änderung, dass Aufsichtsrat und Vorstand nunmehr im Rahmen der jährlichen Erklärung zur Unternehmensführung über die Corporate Governance der Gesellschaft Bericht erstatten.¹⁶⁹ Dies bedeutet eine wesentliche Vereinfachung der Berichterstattung, da der Bericht zur Corporate Governance nun nicht mehr wie bisher gesondert, sondern im Lagebericht als Teil der Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f HGB¹⁷⁰ integriert werden kann.¹⁷¹

Schwierigkeit dessen sind jedoch vor allem die unterschiedlichen Anforderungen, die an die Erklärung zur Unternehmensführung einerseits und den Bericht zur Corporate Governance andererseits, gestellt werden. Während die Erklärung zur Unternehmensführung als Teil des Lageberichts der börsennotierten Gesellschaft vom Vorstand zu erstellen ist, soll der Corporate-Governance-Bericht entsprechend von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam verfasst werden.¹⁷² Eine genaue Erläuterung dieser Problematik findet sich im Corporate Governance Kodex nicht wieder.

Es ist folglich klar zwischen dem Bericht zur Corporate Governance im Sinne des § 161 AktG und der Erklärung zur Unternehmensführung im Sinne des § 289f HGB zu unterscheiden. Ein rechtlicher Konflikt der beiden Vorschriften ergibt sich hieraus nicht.

¹⁶⁹ Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Grundsatz 22

¹⁷⁰ siehe auch Tz. 3

¹⁷¹ https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/der-deutsche-corporate-governance-kodex-wird-reformiert_230132_492664.html

¹⁷² Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 20. März 2020, Empfehlung F.4

3 Neue Fassung des § 289f HGB

Zum 1. Januar 2020 trat § 289f HGB in Kraft, welcher nähere Bestimmungen zur Erklärung zur Unternehmensführung in Bezug auf börsennotierte Aktiengesellschaften bzw. Aktiengesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Absatz 11 des Wertpapierhandelsgesetzes ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Absatz 8 Satz 1 Nummer 8 des Wertpapierhandelsgesetzes gehandelt werden. Die Erklärung ist als Teil des Lageberichts in einem gesonderten Abschnitt zu fertigen. Alternativ ist auch die Veröffentlichung auf der Internetseite der jeweiligen Gesellschaft möglich, soweit der Lagebericht einen Verweis hierauf enthält.¹⁷³ Der Lagebericht ist ein zusätzliches Berichtsinstrument, welches als Teil der Rechnungslegung den Jahresabschluss ergänzt und dabei einen Gesamtüberblick über das Unternehmen gibt.¹⁷⁴

Die Erklärung ist in mehrere Teile gegliedert. Bestandteil dessen ist zum Ersten nach § 289f Abs. 2 Nr. 1 HGB der Bericht zur Entsprechung des Deutschen Corporate Governance Kodex im Sinne des § 161 AktG. Des Weiteren muss nach § 289f Abs. 2 Nr. 1a HGB eine Bezugnahme auf die Internetseite der Gesellschaft erfolgen, auf der der Vergütungsbericht über das letzte Geschäftsjahr sowie der Vermerk des Abschlussprüfers (§ 162 AktG), das geltende Vergütungssystem (§ 87a Absatz 1, 2 Satz 1 AktG) und der letzte Vergütungsbeschluss (§ 113 Absatz 3 des AktG) öffentlich zugänglich gemacht werden. Zudem ist nach § 289f Abs. 2 Nr. 2 HGB eine Beschreibung der relevanten Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus gehen, aufzunehmen. Darunter zählen beispielsweise Sozial- und Arbeitsstandards, sowie ethische Standards oder Richtlinien zur Nachhaltigkeit. In der Erklärung ist weiterhin gemäß § 289f Abs. 2 Nr. 3 HGB unter anderem zur Arbeitsweise des Aufsichtsrats sowie zur Arbeitsweise und Zusammensetzung etwaiger Ausschüsse des Aufsichtsrats Stellung zu nehmen. Hier sind vor allem interne, gesetzlich nicht geregelte Arbeitsabläufe zu erläutern. Für Unternehmen, die zur Erfüllung der Geschlechterquote von 30 Prozent in den Aufsichtsräten verpflichtet sind, wird die Berichterstattung gemäß § 289f Abs. 2 Nr. 5 HGB um eine Beschreibung der Einhaltung der 30-Prozent-Quote, bzw. eine Begründung, soweit die Quote nicht erfüllt wurde, erweitert. Dies gilt nach § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB entsprechend

¹⁷³ https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/lagebericht-grundlagen-grundsätze-und-bestandteile-4210-erklärung-zur-unternehmensführung-289f-hgb_idesk_PI20354_HI11658789.html, Rn. 56

¹⁷⁴ <https://www.lexoffice.de/lexikon/lagebericht/>

für Unternehmen, die zur Festlegung von Zielgrößen verpflichtet sind. Für diese ist eine Beschreibung von Höhe und Frist der Zielgrößen sowie eine Stellungnahme über die Erreichung der selbst gewählten Ziele aufzunehmen.

Weiterhin wurde für Geschäftsjahre nach dem 31. Dezember 2016 speziell bei Aktiengesellschaften, die große Kapitalgesellschaften sind, die Pflicht zur Beschreibung des Diversitätskonzeptes im Sinne des § 289f Abs. 2 Nr. 6 HGB vorgenommen, so dass die entsprechenden Unternehmen nun Stellung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Hinblick auf Eigenschaften wie Alter, Geschlecht und Bildungs- oder Berufshintergrund nehmen müssen. Hierbei handelt es sich um eine nicht abschließende Aufzählung. Das Konzept kann um weitere diversitätsrelevante Aspekte, wie Ethnie und Migrationshintergrund erweitert werden. Auch soll hinsichtlich des Berufshintergrunds zwischen der formalen Qualifikation einerseits und der tatsächlichen Berufsausübung sowie der konkreten Betriebszugehörigkeit andererseits, unterschieden werden.¹⁷⁵ Daneben sind die Ziele dieses Diversitätskonzeptes sowie die Art und Weise seiner Umsetzung und die im Geschäftsjahr erreichten Ergebnisse, zu erläutern. Gleichwohl ist das Diversitätskonzept nicht verpflichtend zu erstellen. Aus § 289f Abs. 5 HGB ergibt sich, dass die Gesellschaft, soweit sie kein Diversitätskonzept verfolgt, dies auch in der Erklärung zur Unternehmensführung dazulegen hat.

Intention des Diversitätskonzeptes ist es, einem sogenannten Gruppendenken im Aufsichtsrat vorzubeugen. Aus der Sozialpsychologie ergibt sich, dass gleich gesinnte Gruppen zu einem Streben nach Konsens neigen, womit in der Regel eine Einschränkung der Realitätswahrnehmung einhergeht.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Mock in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl. 2020, § 289f HGB, Rn. 50

¹⁷⁶ ebenda

4 Fazit

Der an Komplexität wachsende Anforderungsbereich der Aufsichtsratsstätigkeit bedarf stetig neuer Blickwinkel, Reformüberlegungen und Änderungen, um den Aufsichtsrat an sich, aber auch die Gesamtstruktur der Kapitalgesellschaften zu stärken und so das Unternehmen langfristig zu fördern.

Aus den benannten Entwicklungen ergeben sich Änderungen in diversen Aspekten der Aufsichtsratsarbeit. So sind neben der Geschlechterquote und der Vergütungsthematik, auch immer wieder Themen wie das Wettbewerbsverbot, das Zusammenwirken mit dem Vorstand und die Selbstbeurteilung der Wirksamkeit des Aufsichtsrats im Gespräch. Der Aufsichtsrat wirkt als Kritiker und Berater diverser Unternehmensdimensionen. Folglich ist ein Zusammenwirken der verschiedenen Organe unter Wahrung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats von essenzieller Bedeutung.

Ziel der Änderungen und Diskussionen sind Effizienzsteigerung, Unternehmensstärkung, Aufbau von Vertrauen seitens der Mitarbeiter und (potentieller) Anleger sowie wirtschaftlicher Erfolg. Der Aufsichtsrat soll mit seinen vielfältigen Anforderungen wachsen und sich so den aktuellen Gegebenheiten anpassen. Überholte Regelungen bedürfen Neuerungen und frischem Wind. Es gilt die Überwachungsfunktion durch Diversität und Sachverstand nach dem Leitbild des Unternehmensinteresses voranzubringen.

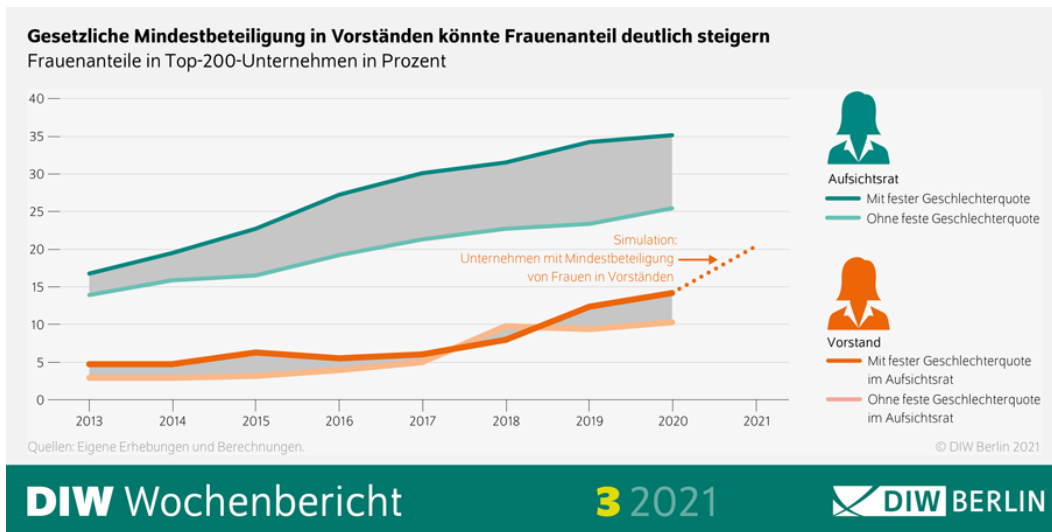
Permanenter Bestandteil des zukünftigen Diskurses wird voraussichtlich die sukzessive Entwicklung der Geschlechterquote sein. Dies spiegelt neben dem gesellschaftsrechtlichen Aspekt, auch gesellschaftlich soziologische Gegebenheiten unseres täglichen Lebens wider und etabliert so auch Emanzipation und Gleichberechtigung in Unternehmenskreisen. Bereits jetzt ist ein signifikanter Anstieg der Frauenquote in den Aufsichtsratsgremien zu verzeichnen. Dies lässt auf eine progressive Zukunftsperspektive in Bezug auf die Gleichstellung der Geschlechter hoffen. Es wäre wünschenswert, dass Aufsichtsräte mit einem Frauenanteil von 50 Prozent, in Zukunft womöglich die Regel und nicht mehr die Ausnahme sein werden.

Verzeichnis der Anhänge

Anhang 1 - DIW Managerinnen Barometer im DIW Wochenbericht 3/2021

Anhang 2 - Fragebogen zur Effizienzprüfung des Aufsichtsrats der Hans-Böckler-
Stiftung

Anhang 1



Anhang 2

| Fragebogen der Hans Böckler Stiftung zur Prüfung der Effizienz des Aufsichtsrats | | | |
|---|--|----|------|
| Ziffer | Fragen zu einzelnen Themen | Ja | Nein |
| I. Organisation des Aufsichtsrats und Sitzungsablauf | | | |
| A. Plenum | | | |
| 1. | Reicht die Zahl der üblichen Sitzungen des Aufsichtsrats aus? | | |
| 2. | Gibt es eine Geschäftsordnung hinsichtlich Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats? | | |
| 3. | Erachten Sie die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats als ausreichend und praktikabel? (sofern Frage 2. mit „ja“ beantwortet wurde) | | |
| 4. | Sind zustimmungspflichtige Geschäfte festgelegt? | | |
| 5. | Sind sie mit dem Umfang des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte zufrieden? | | |
| 6. | Sind die Diskussionen im Aufsichtsrat überwiegend ergebnisoffen? | | |
| 7. | Werden Kritik und abweichende Positionen konstruktiv aufgenommen? | | |
| 8. | Sind spontane Diskussionen mit dem Vorstand üblich? | | |
| 9. | Sind Diskussionen zielführend und ergebnisorientiert? | | |
| 10. | Beteiligen sich alle Aufsichtsratsmitglieder an den Debatten im Aufsichtsrat? | | |
| 11. | Berät der Aufsichtsrat Alternativen zu Konzepten des Vorstands? | | |
| 12. | Findet eine effektive Beratung des Vorstands zu Unternehmensstrategien statt? | | |
| 13. | Überzeugt sich der Aufsichtsrat davon, dass das Risikomanagementsystem bei Unternehmensentscheidungen berücksichtigt wird? | | |
| 14. | Werden Fachwissen und Erfahrung der Mitglieder ausreichend genutzt? | | |
| 15. | Die Aufsichtsratsstätigkeit leidet nicht unter häufiger Abwesenheit einzelner Mitglieder. | | |
| 16. | Überprüft der Aufsichtsrat seine Entscheidungen langfristig? | | |
| B. Fragen an Arbeitnehmervertreter | | | |
| 1. | Finden Vorbesprechungen der Arbeitnehmerbank zur Vorbereitung der Aufsichtsratssitzungen statt? | | |
| 2. | Helfen Arbeitnehmvorbesprechungen, den Informationsfluss zu vervollständigen? | | |
| 3. | Die Diskussion im Aufsichtsrat wird nicht darauf beschränkt, die Zustimmung zu den bereits in der Arbeitnehmvorbesprechung beratenen Vorschlägen zu erklären, sondern es findet eine Gewichtung und Bewertung der Argumente im Plenum statt. | | |
| 4. | Nimmt der Vorstand bei Bedarf an Arbeitnehmvorbesprechungen teil? | | |

| C. Fragen an Anteilseignervertreter | | |
|--|---|--|
| 1. | Finden Vorbesprechungen der Anteilseignerbank zur Vorbereitung der Aufsichtsratssitzungen statt? | |
| 2. | Helfen Vorbesprechungen der Anteilseignervertreter, den Informationsfluss zu vervollständigen? | |
| 3. | Die Diskussion im Aufsichtsrat wird nicht darauf beschränkt, die Akklamation zu den bereits in der Vorbesprechung der Anteilseigner beratenen Vorschlägen zu erklären, sondern es findet eine Gewichtung und Bewertung der Argumente im Plenum statt? | |
| 4. | Nimmt der Vorstand bei Bedarf an Vorbesprechungen der Anteilseigner teil? | |
| D. Ausschusstätigkeit: Nur zu beantworten, wenn weitere Ausschüsse als der gemeinsame Ausschuss (§27 Abs. 3 MitbestG) existieren. | | |
| 1. | Haben Sie positive Erfahrungen mit der Ausschussarbeit gemacht? | |
| 2. | Ist die Zahl der Ausschüsse angemessen? | |
| 3. | Ist die Aufteilung der Aufgaben zwischen Plenum und Ausschüssen sachgerecht? | |
| 4. | Verbleiben ausreichende Entscheidungsbefugnisse beim Plenum? | |
| 5. | Sind die Ausschüsse kompetent besetzt? | |
| 6. | Der Aufsichtsratsvorsitzende ist nicht zugleich Vorsitzender des Prüfungsausschusses. | |
| 7. | Entspricht das zahlenmäßige Verhältnis von Arbeitnehmervertretern zu Anteilseignervertretern in den Ausschüssen dem Verhältnis im Aufsichtsratsplenum? | |
| 8. | Wenn die Ausschüsse nicht paritätisch besetzt sind, ist dann mindestens ein Arbeitnehmervertreter in jedem Ausschuss vertreten? | |
| II. Informationsversorgung des Aufsichtsrats | | |
| A. Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat | | |
| 1. | Erfolgt die Informationsversorgung regelmäßig, zeitnah und ausreichend? | |
| 2. | Schätzen Sie den Informationsstand von Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern als gleichwertig ein? | |
| 3. | Sind die Informationen verständlich aufbereitet? | |
| 4. | Erfolgen alle wesentlichen Informationen auch in schriftlicher Form? | |
| 5. | Liegen Jahresabschluss und Prüfungsberichte mindestens zwei Wochen vor der Beschlussfassung vor? | |
| 6. | Erhalten Sie mindestens quartalsmäßig standardisierte schriftliche Berichte über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens? | |
| B. Zwischen Aufsichtsratsvorsitzendem und Plenum | | |
| 1. | Sind sie mit der Kommunikation zwischen Aufsichtsratsvorsitzendem und den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zufrieden? | |

| | | | |
|-------------|---|--|--|
| 2. | Informiert der Aufsichtsratsvorsitzende das Plenum regelmäßig, rechtzeitig und ausreichend? | | |
| 3. | Wird die Tagesordnung der Sitzungen zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzendem und seinem Stellvertreter abgestimmt? | | |
| C. | Zwischen Ausschüssen und Plenum | | |
| 1. | Wird der Aufsichtsrat über die Ausschussarbeit ausreichend informiert? | | |
| III. | Personelle Fragen | | |
| A. | Aufsichtsrat | | |
| | a) Auswahl der Anteilseignervertreter¹ | | |
| 1. | Werden die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner nach überprüfbaren Kriterien – wie z.B. fachliche Eignung, zeitliche Verfügbarkeit und Internationalität – ausgewählt? | | |
| 2. | Ist ausgeschlossen, dass Geschäftsbeziehungen ein wichtiges Kriterium der Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner sind? | | |
| | b) Die Auswahl aller Aufsichtsratsmitglieder betreffende Fragen | | |
| 1. | Ist sichergestellt, dass die Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion (Vorstand oder Aufsichtsrat) oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern haben? | | |
| 2. | Existieren Altersgrenzen? | | |
| 3. | Ist gewährleistet, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstandes angehören? | | |
| 4. | Wurden Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern, sofern sie auftraten, offengelegt? | | |
| 5. | Hat kein Aufsichtsratsmitglied mehr als 3 Aufsichtsratsmandate? | | |
| 6. | Ist der Aufsichtsrat qualifiziert, seine Aufgaben wahr zu nehmen? | | |
| B. | Vorstand | | |
| 1. | Ist sichergestellt, dass Vorstandsmitglieder Aufsichtsratsmandate außerhalb des Konzerns nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats annehmen? | | |
| 2. | Wird eine langfristige Nachfolgeplanung in Zusammenarbeit mit dem Vorstand durchgeführt? | | |
| 3. | Ist der Aufsichtsrat in ausreichendem Maße über die Vertragsbedingungen der Vorstandsmitglieder informiert? | | |
| IV. | Selbstverständnis der Aufsichtsratsmitglieder | | |
| A. | Fragen an die Arbeitnehmervertreter | | |
| 1. | Sind sie mit der Zusammenarbeit zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern zufrieden? | | |

| | | | |
|--|---|--|--|
| 2. | Ist nach Ihrem Verständnis das Arbeitnehmerinteresse Teil des Unternehmensinteresses? | | |
| 3. | Beteiligen sich alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen an Debatten im Aufsichtsrat? | | |
| 4. | Werden unterschiedliche Perspektiven und Sichtweisen in Diskussionen besprochen? | | |
| 5. | Haben Sie den Eindruck, dass die Aufsichtsratsmitglieder auf die Aufsichtsratssitzungen ausreichend vorbereitet sind? | | |
| B. Fragen an die Anteilseignervertreter | | | |
| 1. | Sind Sie mit der Zusammenarbeit zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern zufrieden? | | |
| 2. | Ist nach Ihrem Verständnis das Arbeitnehmerinteresse Teil des Unternehmensinteresses? | | |
| 3. | Beteiligen sich alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen an Debatten im Aufsichtsrat? | | |
| 4. | Werden unterschiedliche Perspektiven und Sichtweisen in Diskussionen besprochen? | | |
| 5. | Haben Sie den Eindruck, dass die Aufsichtsratsmitglieder auf die Aufsichtsratssitzungen ausreichend vorbereitet sind? | | |
| V. Generell | | | |
| | Haben Sie Verbesserungsvorschläge zur Tätigkeit des Aufsichtsrats und wenn ja welche? | | |

Literaturverzeichnis

Bellavite-Hövermann, Yvette / Lindner, Grit / Lüthje, Bernd in: Leitfaden für den Aufsichtsrat – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen für die Aufsichtsratsarbeit, 1. Auflage, Stuttgart 2005

Escher-Weingart, Christina in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Auflage, Köln 2020

Koch, Jens in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 12. Auflage, München 2016

GmbH-Steuerberater (GmbH-StB): Deutscher Corporate Governance Kodex, 10/2002, R2

Koch, Jens in: Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bonn 2017

Lutter, Marcus / Krieger, Gerd / Verse, Dirk in: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Auflage, Köln 2014

Mock, Sebastian in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Auflage, Köln 2020

Nissen, Timm in: Gesellschaftsrecht, 18. Auflage, Münster 2018

Peters in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Auflage, Köln 2020

Schmiedermair, Manfred / Kolb, Franz-Josef in: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Auflage, München 2009

Schmidt, Karsten in: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002

Schneider, Uwe in: „Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft?“, Aufsatz, BB 1995, 365-370

Spezielle Regelungen

Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 20. März 2020, veröffentlicht durch die Regierungskommission „Deutscher Corporate Governance Kodex“

Verzeichnis der Rechtsvorschriften

Aktiengesetz (AktG): vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist.

Einkommensteuergesetz (EStG): in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. März 2021 (BGBl. I S. 330) geändert worden ist.

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. S. 3256) geändert worden ist.

Handelsgesetzbuch (HGB): in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist.

Körperschaftsteuergesetz (KStG): in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3096) geändert worden ist.

Übersicht der Verwaltungsanweisungen

Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1. Oktober 2010, BStBl I S.846

Verzeichnis der Rechtsprechung

BFH, Urteil vom 27. November 2019 – V R 23/19 (V R 62/17) –, BFHE 267, 189

BGBl des Norddeutschen Bundes Band 1869, Nr. 32, Seite 420 – 455; Fassung vom 5. Juni 1869

BgBl 2005 Teil I Nr. 60, S. 2802, Fassung vom 27. September 2005

BGH, Urteil vom 15. November 1982 – II ZR 27/82 –, BGHZ 85, 293-300

BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89 –, BGHZ 114, 127-137

BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95 –, BGHZ 135, 244-257

BGH, Urteil vom 4. November 2002 – II ZR 224/00 –, BGHZ 152, 280-290

EuGH, Urteil vom 13. Juni 2019 – C-420/18

Elektronische Quellen

BaFin: Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB vom 29. Dezember 2020,
https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_geschaeftsleiter_KWG_ZAG_KAGB.html?nn=9021442, Abruf am 26. März 2021, 13:52 Uhr

BBH: „Frauenquote: eine erste Bestandsaufnahme zum FÜPoG“, Online-Artikel vom 9. Mai 2017,
<https://www.bbh-blog.de/alle-themen/arbeitsrecht/frauenquote-eine-erste-bestandsaufnahme-zum-fuepog/>, Abruf am 23. März 2021, 15:10 Uhr

Business Insider: „Abgasskandal: VW will Schadensersatz von Winterkorn und Stadler“, Online-Artikel vom 26. März 2021,
<https://www.businessinsider.de/wirtschaft/vw-will-schadensersatz-von-winterkorn-und-stadler/>, Abruf am 6. April 2021, 19:53 Uhr

Cerha Hempel: „Abstecher zum Konkurrenten“, *Wirtschaft & Recht Journal* Oktober 2011 -
https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Birkner/Wirtschaft_Recht_10211.pdf, Abruf am 25. März 2021, 13:54 Uhr

Clifford Chance: Business Judgement Rule,
<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/02/business-judgement-rule.pdf>, Abruf am 2. April 2021, 14:29 Uhr

Deutscher Corporate Governance Kodex,
<https://www.dcgk.de/de/kodex.html>, Abruf am 5. März 2021, 08:56 Uhr

Diep Institut: Besetzung, Evaluierung und Beratung von Aufsichtsräten,
<https://www.diep-institut.de/>, Abruf am 25. März 2021, 19:07 Uhr

Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung: DIW Managerinnen Barometer 2021 im DIW Wochenbericht 3/2021,
https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.808778.de/21-3.pdf, Abruf am 23. März 2021, 13:42 Uhr

Diligent: „Variable Vergütungsbestandteile für den Vorstand – welche Kennzahlen herangezogen werden können“, Online-Artikel vom 9. Juli 2020,
<https://diligent.com/de/blog/variable-verguetungsbestandteile-vorstand-welche-kennzahlen-werden-herangezogen/>, Abruf am 20. März 2021, 11:46 Uhr

Ernst & Young: „Vergütung, Unabhängigkeit, Berichterstattung und Selbstbeurteilung: Der DCGK 2020 legt neue Standards für gute Unternehmensführung fest.“ Online-Artikel vom 20. März 2020,
www.ey.com/de_de/assurance/was-sich-am-deutschen-corporate-governance-kodex-aendern-wird, Abruf am 5. März 2021, 09:53 Uhr

Frauen in Aufsichtsräte e. V.: FidAR Women-On-Board-Index 185 I vom 31. Oktober 2020,
https://www.fidar.de/webmedia/documents/wob-index-185/2020-11/201031_WoB-Index_185_I.pdf, Abruf am 23. März 2021, 15:26 Uhr

GLNS: „Say-on-Pay - umfassende Neuregelung der Mitspracherechte von Aktionären“, *GLNS Newsletter* 02/2018,
<https://www.glns.de/aktuelles/newsletter/2018/sayonpay/>, Abruf am 20. März 2020, 21:44 Uhr

Handelsblatt: „Doppelrolle von Aufsichtsrat Zeltner wird zum Problem für die Deutsche Bank“, Online-Artikel vom 14. September 2019

<https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/interessenkonflikt-doppelrolle-von-aufsichtsrat-zeltner-wird-zum-problem-fuer-die-deutsche-bank/25012846.html?ticket=ST-961847-TflljWDARFbcdQus1mjC-ap4>, Abruf am 18. März 2021, 17:57 Uhr

Haufe: „Verbessert die Frauenquote die Unternehmenskultur und Wertschöpfung?“, Online-Artikel vom 30. November 2016,

https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/verbessert-die-frauenquote-unternehmenskultur-und-wertschoepfung_230130_388006.html, Abruf am 23. März 2021, 15:07 Uhr

Haufe: „Was bringt der reformierte Corporate Governance Kodex?“, Online-Artikel vom 20. April 2020,

https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/der-deutsche-corporate-governance-kodex-wird-reformiert_230132_492664.html, Abruf am 23. März 2021, 10:12 Uhr

Haufe: „Frauenquote ist ab 01.01.2016 keine Ansichtssache mehr“, Online-Artikel vom 15. Juli 2015

https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/frauenquote-ist-ab-112016-keine-ansichtssache-mehr_230132_311776.html, Abruf am 23. März 2021, 15:29 Uhr

Haufe Finance Office Premium: „Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f HGB)“, HI11658789,

https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/lagebericht-grundlagen-grundsätze-und-bestandteile-4210-erklarung-zur-unternehmensfuehrung-289f-hgb_idesk_PI20354_HI11658789.html, Abruf am 24. März 2021, 18:55 Uhr

Haufe Finance Office Premium: „Organhaftung gegenüber der GmbH – Überblick“,

https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/v-geschaefsfuehrung-aufsichtsrat-und-beirat-51-organhaftung-gegenueber-der-gmbh-ueberblick_idesk_PI20354_HI13363809.html, Rn. 1056, Abruf am 3. April 2021, 16:32 Uhr

Haufe: „Bundestag beschließt Gesetz zur Frauenquote“, Online-Artikel vom 6. März 2015,

https://www.haufe.de/personal/arbeitsrecht/bundestag-beschliesst-gesetz-zur-frauenquote_76_295762.html, Abruf am 23. März 2021, 12:29 Uhr

Haufe: „Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) 2020 veröffentlicht“, Online-Artikel vom 2. April 2020,

https://www.haufe.de/finance/jahresabschluss-bilanzierung/deutscher-corporate-governance-kodex-dcgk-2020_188_513250.html, Abruf am 9. März 2021, 21:07 Uhr

Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, aktuelles Wirtschaftsrecht: „Die Frauenquote im Aufsichtsrat - Das Ende der Männerwirtschaft?“, Online-Artikel vom 14. Dezember 2016,

<https://wirtschaftsrecht-news.de/2016/12/die-frauenquote-im-aufsichtsrat-das-ende-der-maennerwirtschaft/>, Abruf am 23. März 2021, 15:54 Uhr

Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, aktuelles Wirtschaftsrecht: „Die Geschlechterquote und die Politik des leeren Stuhls“, Online-Artikel vom 14. Januar 2019,

<https://wirtschaftsrecht-news.de/2019/01/die-geschlechterquote-und-die-politik-des-leeren-stuhls/>, Abruf am 23. März 2021, 15:28 Uhr

Lexoffice: Lagebericht,

<https://www.lexoffice.de/lexikon/lagebericht/>, Abruf am 24. März 2021, 19:10 Uhr

Manager Magazin: „Es wird Vorständen zu leicht gemacht“, Online-Artikel vom 19. April 2017, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/vw-vorstandsgehaelter-corporate-governance-kenner-attackiert-neue-verguetung-a-1143768.html>, Abruf am 7. April 2021, 17:46 Uhr

NWB Datenbank: Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BBK Nr. 10 vom 15. Mai 1998, Seite 489, Fach 15, Seite 1069, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/41867/>, Abruf am 31. März 2021, 17:41 Uhr

NWB Datenbank: Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, NWB Nr. 36 vom 2. September 2002, Seite 2947, Fach 18, Seite 3877, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/81016/>, Abruf am 31. März 2021, 17:38 Uhr

Rechtsanwalt.com: Actus Contrarius, <https://www.rechtsanwalt.com/lexikon/actus-contrarius/>, Abruf am 7. April 2021, 23:06 Uhr

Rechtsslupe: „UMAG“, Online-Artikel vom 31. Oktober 2005, <https://www.rechtsslupe.de/wirtschaftsrecht/gesellschaftsrecht/umag-2-3362>, Abruf am 4. April, 12:22 Uhr

Reguvis: Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats, Zeitschriften-Archiv 05/2019, https://www.reguvis.de/xaver/board/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27board_22427653515%27%5D#__board__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27board_22427653515%27%5D__1617357375079, Abruf am 21. März 2021, 11:17 Uhr

Eidesstaatliche Erklärung

Ich versichere hiermit an Eides Statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die gedruckte und digitalisierte Version der wissenschaftlichen Abschlussarbeit sind identisch.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Karolin Leschnik

Meißen, den 9. April 2021