

Dr. Patrick Velte

# „Lex Austria“ zur Stärkung der Aufsichtsrats-tätigkeit und Corporate-Governance-Berichterstattung in Deutschland

Im Rahmen der Corporate Governance bei börsennotierten Aktiengesellschaft kommt der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats und seiner Berichterstattung eine zentrale Bedeutung zu. Dies hat der nationale Gesetzgeber durch die jüngeren Reformbestrebungen (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG, Vorstandsvergütungsangemessenheitsgesetz – VorstAG) bestätigt, z.B. durch die Konkretisierung des Tätigkeits- und Anforderungsprofils der Aufsichtsratsmitglieder und der Einführung einer Erklärung zur Unternehmensführung. Trotz dieser Novelierungen sehen die Regelungen des österreichischen Aktienrechts und des Corporate-Governance-Kodex im Detail restriktivere bzw. konkretere Vorgaben vor, die – so Velte – im Rahmen künftiger Reformbestrebungen zur Verbesserung des deutschen Corporate-Governance-Systems herangezogen werden sollten.

## I. Einleitung

Im Rahmen der Diskussion um angemessene Corporate-Governance-Regelungen, die international anerkannte Standards der Unternehmensleitung und -überwachung beinhalten, rückt die Tätigkeit des Aufsichtsrats in der nationalen Aktiengesellschaft in den Mittelpunkt. Ursächlich hierfür ist, dass die internationale Finanzmarktkrise auch ökonomische Defizite des deutschen Corporate-Governance-Systems aufgezeigt hat, die durch regulatorische Maßnahmen (u.a. BilMoG, VorstAG) gemindert werden sollten.<sup>1</sup> Im Fokus standen hierbei die Besetzung des Aufsichtsrats sowie die Konkretisierung seiner Aufgaben einschließlich der Bildung von Prüfungsausschüssen. Während aus internationaler Sicht das monistische System dominiert (Board of Directors), zeichnen sich sowohl die deutsche als auch die österreichische Aktiengesellschaft durch eine dualistische Unternehmensverfassung, bestehend aus Vorstand und Aufsichtsrat, aus. Zudem ist nach internationalen Gepflogenheiten neben den zwingenden Vorgaben des Aktien- und Handelsrechts durch den Deutschen und den Österreichischen Corporate-Governance-Kodex (DCGK; ÖCGK) ein Softlaw-System implementiert, das eine angemessene Corporate Governance sicherstellen soll. In diesem Zusammenhang lassen sich im Detail Unterschiede zwischen den deutschen und den österreichischen Normen konstatieren, die die Tätigkeit des Aufsichtsrats bzw. Prüfungsausschusses betreffen (Einrichtung von Prüfungsausschüssen, Corporate-Governance-Berichterstattung, Management Letter, Zustimmungsvorbehalte). Die nachfolgenden Ausführungen stellen mögliche Ansatzpunkte für eine weitergehende Reformierung der normativen Rahmenbedingungen zur Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats und der Corporate-Governance-Berichterstattung in Deutschland vor, die auf den entsprechenden österreichischen Normen basieren.

## II. Einrichtung von Prüfungsausschüssen

Aufgrund der überdurchschnittlich hohen Mitgliederzahlen der Aufsichtsräte in deutschen börsennotierten Aktiengesellschaften des Prime Standards und des heterogenen Anforderungsprofils ergibt sich nach der Selbstorganisationspflicht die Bildung von Prüfungsausschüssen, denen bestimmte Kompetenzen zur Beschlussvorbereitung und -fassung sowie die Überwachung der Beschlussausführung übertragen werden. Die Ausschussbildung soll die Effizienz und Effektivität der Aufsichtsrats-tätigkeit fördern. Diesen aus der Mitte des Aufsichtsrats zu bildenden Organisationseinheiten können primär die konkreten Aufgaben der Prüfung der Rechnungslegung, der Beurteilung der externen Abschlussprüfung sowie der Wirksamkeit des betrieblichen Risikomanagementsystems übertragen werden. Bestimmte Tätigkeiten unterliegen jedoch einem Plenumsvorbehalt,<sup>2</sup> so dass der Prüfungsausschuss hierbei lediglich vorbereitend tätig werden kann. Infolge des BilMoG wurde der Prüfungsausschuss explizit in das deutsche Aktien- und Handelsrecht eingeführt, wobei eine generelle Einrichtungsverpflichtung nicht vorliegt. Nur sofern kapitalmarkt-orientierte Kapitalgesellschaften i.S. v. § 264d HGB nicht über einen Aufsichtsrat mit entsprechendem Anforderungsprofil verfügen müssen, besteht für diese Unternehmen grds.<sup>3</sup> eine Pflicht zur Einrichtung von Prüfungsausschüssen.<sup>4</sup> Da Aktiengesellschaften gesetzlich zur Implementierung von Aufsichtsräten verpflichtet sind und die Tätigkeiten des Prüfungsausschusses auch vollständig vom Plenum selbst wahrgenommen werden können, liegt ein gesetzliches Wahlrecht vor. Damit vertraut der nationale Gesetzgeber der hohen empirisch nachweisbaren Befolgungsquote<sup>5</sup> des DCGK, der die Einrichtung von Prüfungsausschüssen empfiehlt.<sup>6</sup> Nach h.M. soll jedoch bei einer Größe des Aufsichtsrats von drei bis sechs Mitgliedern auf den Prüfungsausschuss verzichtet werden können, weil bei derartig gering besetzten Aufsichtsräten ein Prüfungsausschuss nicht den üblichen Gepflogenheiten entspricht.<sup>7</sup>

Im österreichischen Aktienrecht ist eine Einrichtungs-pflicht bei börsennotierten Gesellschaften und bei Gesellschaften zu beachten, die den Merkmalen des § 271a Abs. 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) entsprechen (Überschreitung des Fünffachen eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft nach § 221

<sup>1</sup> Ferner wurde mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht (vgl. FMVA-StärkG, BGBl. I 2009, 2305–2313) verdeutlicht, dass die Aufsichtsrats- und Verwaltungsratsmitglieder der Unternehmen des Finanzsektors über eine angemessene Zuverlässigkeit und hinreichende Sachkunde verfügen müssen.

<sup>2</sup> Vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 AktG.

<sup>3</sup> Vgl. zu den Befreiungstatbeständen § 324 Abs. 1 Nr. 1, 2 HGB.

<sup>4</sup> Vgl. § 324 HGB i. V. m. § 34 Abs. 4 SEAG.

<sup>5</sup> Vgl. von Werder/Talaulicar, DB 2010, 853–861.

<sup>6</sup> Vgl. DCGK, Rn. 5.3.2.

<sup>7</sup> Vgl. Quick/Höller/Koprivica, ZCG 2008, 26.

Abs. 3 1. S. i.V.m. Abs. 4–6 UGB). Da sowohl der nationale Gesetzgeber als auch die EU-Kommission unterstellen, dass die Implementierung von Prüfungsausschüssen mit einem entsprechenden Anforderungsprofil seiner Mitglieder die Überwachungsqualität *ceteris paribus* erhöht, wäre die Einführung einer Implementierungspflicht zumindest für börsennotierte Unternehmen auch in Deutschland zu befürworten.

## III. Corporate-Governance-Berichterstattung

### 1. Publizität, Verhältnis zum Bericht an die Hauptversammlung und externe Prüfung

Die durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) eingeführte Entsprechenserklärung hat infolge des BilMoG insoweit eine Konkretisierung erfahren, als nach dem „Comply or Explain“-Prinzip eine explizite Begründung für eine Nichteinhaltung von Empfehlungen des DCGK erforderlich ist. Vormalig war lediglich anzugeben, „dass“ eine Einhaltung bzw. Nichteinhaltung des DCGK vorliegt (sog. „Comply or Disclosure“-Prinzip)<sup>8</sup>. Neben die Entsprechenserklärung ist nach § 289a HGB die Erklärung zur Unternehmensführung (Corporate Governance Statement) für börsennotierte Aktiengesellschaften getreten, die entweder mit Hinweis darauf im Lagebericht auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich zu machen oder in den Lagebericht zu integrieren ist.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich dagegen dieser Sichtweise nicht angeschlossen, sondern hat den Corporate-Governance-Bericht nach § 243b UGB als eigenständiges Rechnungslegungsinstrument neben Jahresabschluss und Lagebericht etabliert. Dieses Vorgehen überzeugt, weil einerseits die Vergleichbarkeitsdefizite infolge des deutschen Publizitätswahlrechts vermieden werden. Zum anderen ist die Platzierung von Corporate-Governance-Inhalten innerhalb des Lageberichts, der vorrangig eine Ergänzungsfunktion für die Finanzberichterstattung erfüllt, wenig sachgerecht.

Neben der Erklärung zur Unternehmensführung bleibt der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung nach § 171 Abs. 2 AktG bestehen, der die Prüfung der Rechnungslegung und der Geschäftsführung thematisiert. Hierbei können wesentliche inhaltliche Redundanzen zwischen beiden Berichtsmedien entstehen, da im Corporate Governance Statement nach dem BilMoG u. a. auch auf die Arbeitsweise des Aufsichtsrats sowie auf die Zusammensetzung und Arbeitsweise seiner Ausschüsse einzugehen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat es versäumt, durch eine Bündelung der Corporate-Governance-bezogenen Angaben des Aufsichtsrats in einem Berichtsmedium zu einer angemessenen Transparenz der Unternehmensadressaten beizutragen. Dies gilt ebenso für den österreichischen Gesetzgeber.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Erklärung zur Unternehmensführung weder durch den Abschlussprüfer noch durch die sekundäre Enforcement-Instanz (DPR/Bafin) materiell geprüft wird. Während der deutsche Gesetzgeber eine Negativaussage in § 317 Abs. 2 HGB formuliert, wird in § 269 Abs. 1 S. 4 UGB relativiert, dass der Abschlussprüfer lediglich die Aufstellung des Corporate-Governance-Berichts zu beurteilen hat (formelle Prüfung). Durch diese Vorgehensweise soll dem Abschlussprüfer eine Geschäftsführungsprüfung erspart bleiben, die ggf. mit einer Steigerung der Erwartungslücke aufseiten des Kapitalmarkts verbunden sein kann. Allerdings offenbart sich durch die Nichtprüfung des Corporate Governance Statement in beiden Staaten eine drohende Verlässlichkeitslücke, sodass

die Entscheidungsnützlichkeit der offen gelegten Informationen für die Unternehmensadressaten ebenfalls fraglich ist. Zur Stärkung des Vertrauens der Adressaten in die Qualität der Corporate-Governance-Berichterstattung ist aus langfristiger Sicht zumindest eine externe Beurteilung durch das sekundäre Enforcement sinnvoll.

### 2. Mitgliederzahlen der Ausschüsse des Aufsichtsrats und personenbezogene Angaben zu den Mitgliedern

Aus deutscher Sicht lässt sich eine gesetzliche Angabepflicht der Ausschussmitgliederzahl nicht aus § 171 Abs. 2 AktG ableiten, der lediglich die Nennung der Ausschüsse und die Zahl der Ausschusssitzungen bei börsennotierten Gesellschaften einfordert. Nach dem BilMoG muss in der für börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtenden Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB die Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse dargelegt werden. Insofern dürften Angaben zu den Mitgliederzahlen und personenbezogene Angaben der Mitglieder implizit hierunter fallen.

Der ÖCGK nimmt in Abgrenzung zum DCGK in Anhang 2 eine Klarstellung vor, wonach im Corporate-Governance-Bericht die Namen der Ausschussmitglieder, das Geburtsjahr, das Datum der Erstbestellung und das Ende der laufenden Funktionsperiode anzuführen sind, so dass zwangsläufig auch die Mitgliederzahlen ersichtlich werden. Zur Überwindung der bestehenden Konkretisierungslücke im deutschen Handelsrecht sollte ebenfalls der DCGK auf diese gewichtigen Inhalte der Corporate-Governance-Berichterstattung eingehen.

### 3. Angaben zur Sitzungsfrequenz von Ausschüssen des Aufsichtsrats

In Bezug auf die Sitzungsfrequenz der Ausschüsse des Aufsichtsrats müssen börsennotierte Unternehmen diese in den schriftlichen Bericht an die Hauptversammlung gemäß § 171 Abs. 2 S. 2 AktG integrieren. Nach dem BilMoG können diese Angaben ebenfalls Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB sein. Zur Vermeidung inhaltlicher Redundanzen in der Unternehmensberichterstattung ist – wie bereits vorstehend im Allgemeinen betont – eine Integration des Berichts des Aufsichtsrats in das Corporate Governance Statement wünschenswert.

Diesen Gedanken hat der ÖCGK bereits aufgegriffen. Während der österreichische Gesetzgeber im Bericht an die Hauptversammlung nach § 96 Abs. 2 öAktG keine explizite Angabe zur Sitzungsfrequenz der Prüfungsausschüsse einfordert, soll die Nennung der Sitzungen Teil des Corporate-Governance-Berichts nach § 243b UGB sein.

### 4. Unabhängigkeit im Aufsichtsrat

Nach dem BilMoG müssen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften nach § 264d HGB über mindestens ein unabhängiges Mitglied im Aufsichtsrat oder Prüfungsausschuss verfügen,<sup>9</sup> wobei keine Konkretisierung des Unabhängigkeitsbegriffs vorgenommen wurde. Die Regierungsbegründung zum BilMoG verweist auf die Empfehlung der EU-Kommission vom 15.2.2005 als Orientierungshilfe.<sup>10</sup> Nach dem Vor-

<sup>8</sup> Die Entsprechenserklärung ist seit dem BilMoG zwingend auf die Internetseite des Unternehmens einzustellen, wobei dies vormalig bereits der „Best Practice“ entsprach.

<sup>9</sup> Vgl. § 100 Abs. 5, § 107 Abs. 4 AktG.

<sup>10</sup> Vgl. BilMoG-BegrRegE, 224; hierzu auch *Hucke*, ZCG 2008, 123. Nach dieser Definition ist von der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds auszugehen, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründen, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte. In Anlage I Rn. 4.1 der EU-Empfehlung wird herausgestellt, dass der Prüfungsausschuss mehrheitlich unabhängig

stAG ist bei börsennotierten Aktiengesellschaften überdies eine Karenzzeit von zwei Jahren für einen Wechsel ehemaliger Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat grds. vorgeschrieben.<sup>11</sup>

Flankierend zu den aktienrechtlichen Normen gibt der DCGK eine pauschale Empfehlung, dass der Aufsichtsrat mit einer ausreichenden Anzahl unabhängiger Mitglieder besetzt sein soll.<sup>12</sup> Ein Mitglied ist demnach dann unabhängig, wenn keine geschäftlichen oder persönlichen Beziehungen zur Gesellschaft oder zum Vorstand bestehen, die einen Interessenkonflikt begründen.<sup>13</sup> Zudem empfiehlt der DCGK in Rn. 5.4.2, maximal zwei ehemalige Vorstandsmitglieder der Gesellschaft in den Aufsichtsrat zu berufen. Bezogen auf den Prüfungsausschuss enthält der DCGK die Anregung, den Vorsitz des Prüfungsausschusses nicht mit dem bestehenden Aufsichtsratsvorsitzenden zu besetzen.<sup>14</sup> Ferner sollte der Prüfungsausschussvorsitz unabhängig sein. Der nach dem VorstAG in § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG aufgenommene Ausnahmetatbestand für eine Nichtbefolgung der Cooling-Off-Periode sollte beim Prüfungsausschussvorsitz keine Anwendung finden.<sup>15</sup>

Da die Konkretisierung des Unabhängigkeitsbegriffs nach dem Gesetz und dem DCGK unzureichend ausfällt und überdies keine explizite Angabepflicht in Bezug auf die unabhängigen Mitglieder im Aufsichtsrat vorliegt, können wesentliche Informationen zum Anforderungsprofil des Aufsichtsrats den Unternehmensadressaten vorenthalten werden. Diesem Risiko ist der ÖCGK durch die Auflistung von Tatbeständen in Anhang 1 begegnet, welche die Unabhängigkeit der Mitglieder beeinträchtigen:

- Mitglied des Vorstands oder leitender Angestellter der Gesellschaft oder eines Tochterunternehmens der Gesellschaft in den vergangenen fünf Jahren;
- Geschäftsverhältnis zu der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen der Gesellschaft in einem bedeutenden Umfang momentan oder im letzten Jahr; ebenso Geschäftsverhältnisse mit Unternehmen, an denen das Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat, jedoch nicht für die Wahrnehmung von Organfunktionen im Konzern;
- Abschlussprüfer der Gesellschaft oder Beteiligter oder Angestellter der prüfenden Gesellschaft in den letzten drei Jahren;
- Vorstandsmitglied in einer anderen Gesellschaft, in der ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft Aufsichtsratsmitglied ist;
- länger als 15 Jahre dem Aufsichtsrat angehörend (gilt nicht für Aufsichtsratsmitglieder, die Anteilseigner mit einer unternehmerischen Beteiligung sind oder die Interessen eines solchen Anteilseigners vertreten);
- enger Familienangehöriger (direkte Nachkommen, Ehegatten, Lebensgefährten, Eltern, Onkeln, Tanten, Geschwister, Nichten, Nefen) eines Vorstandsmitglieds oder von Personen, die sich in einer in den vorstehenden Punkten beschriebenen Position befinden.

Zudem soll der Aufsichtsrat nach dem ÖCGK ausgehend von den vorstehenden Tatbeständen individuelle Unabhängigkeitskriterien konzipieren und diese im Corporate-Governance-Bericht einschließlich der demnach als unabhängig anzusehenden Mitglieder offen legen. Des Weiteren empfiehlt der ÖCGK in Abgrenzung zum DCGK, dass die Mehrheit der von der Hauptversammlung gewählten oder von Aktionären aufgrund der Satzung entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats von der Gesellschaft und deren Vorstand unabhängig sein soll. Auch diese konkretisierenden bzw. restriktiveren Vorgaben des ÖCGK sind im Hinblick auf die bestrebte Verbesserung der Überwa-

chungstätigkeit im Aufsichtsrat und der Informationsbereitstellung der Unternehmensadressaten relevant und sollten als Ausgangspunkt für künftige Fortentwicklungen des DCGK angesehen werden.

## IV. Management Letter

Beim Management Letter handelt es sich um einen gesonderten Bericht mit praktischen Hinweisen auf Verbesserungsmöglichkeiten über nicht abschlussrelevante Feststellungen des Abschlussprüfers, die sich in Erfüllung des Prüfungsauftrags ergeben, aber keinen Eingang in den Prüfungsbericht finden.<sup>16</sup> Im Gegensatz zum Bestätigungsvermerk und Prüfungsbericht sind weder die Erstellung noch die genauen Inhalte des Management Letter normiert. Eine Berichtspflicht gegenüber dem zu prüfenden Unternehmen lässt sich allenfalls aus der Treuepflicht des Abschlussprüfers ableiten, aber nicht aus gesetzlichem Zwang. Die Anfertigung und der Kreis der Empfänger bleiben somit weitestgehend im Ermessen des Abschlussprüfers.<sup>17</sup> Wenngleich *Peemöller/Finsterer/Mahler* fordern,<sup>18</sup> den Management Letter zudem unmittelbar an den Aufsichtsrat zu richten bzw. zumindest ihm die uneingeschränkte Möglichkeit zur Einsichtnahme einzuräumen, ergibt sich nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland keine Vorlagepflicht an den Aufsichtsrat.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund ist es weiterhin rechtlich zulässig, den Management Letter ausschließlich an den Vorstand zu richten. Es ist negativ zu werten, dass der Management Letter bereits vor Abschluss der Prüfung erstellt und übergeben werden kann, sodass der Vorstand bei Nichtübersendung an den Aufsichtsrat einen wesentlichen Informationsvorsprung besitzt. Wenngleich der Aufsichtsrat von seinem Einsichtsrecht nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG Gebrauch machen könnte, sollte nach *Adler/Düring/Schmaltz* der Vorstand den Management Letter auch auf entsprechende Bitte des Aufsichtsrats stets „zur Kenntnis bringen“<sup>20</sup>.

Die elementare Bedeutung des Management Letter als Informationsinstrument des Aufsichtsrats hat im Unterschied zum DCGK, der die Thematik vernachlässigt, der ÖCGK erkannt, wonach in Regel 83 der Abschlussprüfer einen Management Letter an den Vorstand mit Hinweisen auf Schwachstellen im Unternehmen verfassen und diesen zugleich dem Aufsichtsratsvorsitzenden zur Kenntnis bringen soll. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats soll ferner dafür sorgen, dass der Management Letter im Prüfungsausschuss behandelt und im Plenum darüber berichtet wird. Die Empfehlung zur Abfassung eines Management Letter und dessen Aushändigung an den Aufsichtsrat sollte ebenfalls in den DCGK aufgenommen werden, damit überwachungsrelevante Tatbestände, welche nicht in den Prüfungsbericht eingehen,

sein sollte. Da die Empfehlungen der EU-Kommission zur Unabhängigkeit des Prüfungsausschusses nicht durch das BilMoG explizit in das deutsche Recht überführt worden sind, gelten diese auch nicht als verbindliche Deduktionsgrundlage für das Anforderungsprofil von Prüfungsausschüssen in Deutschland.

11 Vgl. § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG. Eine Ausnahme besteht in den Fällen, wenn die Wahl auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.

12 Vgl. DCGK, Rn. 5.4.2.

13 Vgl. zur Offenlegungsempfehlung von aufgetretenen Interessenkonflikten im Aufsichtsrat DCGK, Rn. 5.5.2.

14 Vgl. DCGK, Rn. 5.2 Abs. 2 S. 2 und Rn. 5.3.2 S. 2.

15 Vgl. DCGK, Rn. 5.3.2.

16 Die Grenze zwischen den Angaben im Management Letter und Angaben im Prüfungsbericht ist jedoch fließend, so dass dem Abschlussprüfer ein Ermessens- und Gestaltungsspielraum verbleibt; vgl. *Peemöller/Finsterer/Mahler*, DB 1999, 1565.

17 Vgl. auch *KonTraG-BegrRegE*, 77.

18 Vgl. *Peemöller/Finsterer/Mahler*, DB 1999, 1566.

19 Vgl. klarstellend *ADS, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, Bd. 4, 6. Aufl. 1997, § 170 AktG, Rn. 8.

20 *ADS, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, Bd. 4, 6. Aufl. 1997, § 170 AktG, Rn. 9.

im Management Letter stets durch den Aufsichtsrat zur Kenntnis genommen werden können.

## V. Zustimmungsvorbehalte

Neben die vergangenheitsorientierte Kontrolle des Aufsichtsrats tritt seine präventive bzw. ex ante-Überwachung, die sich im Erlass von Zustimmungsvorbehalten „für bestimmte Arten von Geschäften“ gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG niederschlägt. Dieses Vetorecht des Aufsichtsrats nimmt Einfluss auf die Leitungsaufgaben des Vorstands. Seit dem TransPuG besteht ein Gebot zum Erlass von Zustimmungsvorbehalten.<sup>21</sup> Im Unterschied zum österreichischen Aktienrecht (§ 95 Abs. 5 öAktG) hat der deutsche Gesetzgeber bislang von einer Konkretisierung der zustimmungspflichtigen Geschäfte abgesehen,<sup>22</sup> um die Flexibilität der Unternehmensverwaltung zu wahren.<sup>23</sup> Die gesetzliche Formulierung „bestimmte Arten von Geschäften“ soll verdeutlichen, dass der Aufsichtsrat die Leitungsaufgaben des Vorstands durch Zustimmungsvorbehalte nicht übermäßig beschränken soll. Da der aufzustellende Zustimmungskatalog einen präventiven Charakter besitzen soll, nimmt der DCGK in Rn. 3.3 insofern eine Konkretisierung vor, als hierunter Entscheidungen oder Maßnahmen fallen sollen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern.<sup>24</sup> Die Konkretisierungsbemühungen des DCGK schränken das Ermessen des Aufsichtsrats jedoch nicht wesentlich ein.

Dagegen sieht § 95 Abs. 5 öAktG für folgende Geschäfte einen zwingenden Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats vor:

- Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben,
- Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften,
- Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen,
- Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im Einzelnen und insgesamt in einem Geschäftsjahr übersteigen,
- Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag im Einzelnen und insgesamt im Geschäftsjahr übersteigen,
- Gewährung von Darlehen und Krediten, sowie sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören,
- Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten,
- Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik,
- Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- und Umsatzbeteiligungen und Pensionszusagen an leitende Angestellte,
- Einräumung von Optionen auf Aktien der Gesellschaft an Arbeitnehmer und leitende Angestellte der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens sowie an Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von verbundenen Unternehmen,
- Erteilung der Prokura sowie
- Abschluss von Verträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, durch die sich diese außerhalb ihrer Aufsichtsratsstätigkeit gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten.

Empirische Untersuchungen der in den publizierten Satzungen und Geschäftsordnungen enthaltenen Zustimmungsvorbehalte der DAX-Unternehmen zeigen deutliche inhaltliche Parallelen zu den gesetzlichen Vorgaben in Österreich in der deutschen Unternehmenspraxis,<sup>25</sup> so dass sich eine gesetzliche Übernahme der österreichischen Regelungen wiederum anbietet.

## VI. Fazit

Wenngleich die deutsche und österreichische Unternehmensverfassung in der Aktiengesellschaft dem dualistischen System folgen, lassen sich im Detail normative Unterschiede feststellen, welche im Schrifttum bislang vernachlässigt wurden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwiefern bei einer Fortentwicklung des Deutschen Corporate-Governance-Kodex (DCGK) sowie des deutschen Handels- und Aktienrechts ggf. österreichische Regelungen als Deduktionsgrundlage herangezogen werden. Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass bestimmte Regelungen in Österreich, die den Aufsichtsrat und die Corporate-Governance-Berichterstattung betreffen, für künftige Reformbestrebungen im Rahmen des deutschen Corporate-Governance-Systems geeignet erscheinen:

1. verbindliche Einrichtung von Prüfungsausschüssen für börsennotierte Gesellschaften sowie für nicht börsennotierte Gesellschaften ab einer bestimmten Größe,
2. Corporate-Governance-Bericht als eigenständiges Rechnungsinstrument neben Jahresabschluss und Lagebericht,
3. Angabe der Mitgliederzahlen des Aufsichtsrats und personenbezogene Mitgliederangaben,
4. Vermeidung von Doppelangaben im Bericht an die Hauptversammlung und im Corporate Governance Statement (z. B. zur Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats),
5. Konkretisierung des Unabhängigkeitstatbestands, Festlegung individueller Unabhängigkeitskriterien des Aufsichtsrats, mehrheitliche Besetzung mit unabhängigen Mitgliedern (Anteilseignervertreter) und Angaben hierüber im Corporate-Governance-Bericht,
6. Aushändigung des Management Letters an den Aufsichtsrat sowie
7. Konkretisierung der Zustimmungsvorbehalte.

Mit einer künftigen Übertragung der in Rede stehenden österreichischen Corporate-Governance-Normen würde der deutsche Gesetzgeber einer angestrebten Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit und einer Verbesserung der Corporate Governance-Berichterstattung Rechnung tragen.

## // Autor

**Dr. Patrick Velte** ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter (post doc) an der Universität Hamburg am Lehrstuhl für Revisions- und Treuhandwesen.



<sup>21</sup> Vgl. hierzu auch Hüffer, Aktienrecht, 9. Aufl. 2010, § 111 AktG, Rn. 17. Damit wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Aufsichtsrat in wesentliche Maßnahmen der Willensbildung des Vorstands nicht eingebunden wird. Vgl. TransPuG-BegrRegE, 17.

<sup>22</sup> Eine Sonderregelung stellt § 32 MitbestG dar, wonach der Vorstand einer mitbestimmten Gesellschaft die dort angeführten Beteiligungsrechte in Bezug auf Tochtergesellschaften, die ebenfalls dem MitbestG unterworfen sind, nur aufgrund eines Aufsichtsratsbeschlusses ausüben kann. Ferner muss bei Kreditgewährungen an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte nach § 89 AktG ein besonders qualifizierter Aufsichtsratsbeschluss vorliegen. Entsprechendes gilt für Kredite an Aufsichtsratsmitglieder sowie Dienst- oder Werkverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, die zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichten (§ 114 AktG). Schließlich bedürfen der Ausschluss des Bezugsrechts bei genehmigtem Kapital (§ 204 Abs. 1 S. 2 AktG) sowie Maßnahmen, durch die der Erfolg eines Übernahmeangebots verhindert werden könnte (§ 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG), der Zustimmung des Aufsichtsrats.

<sup>23</sup> Nach Maßgabe des Gesetzgebers ist sie bewusst unterblieben, weil eine Konkretisierung nicht allgemeingültig gelingen kann; vgl. TransPuG-BegrRegE, 17.

<sup>24</sup> Ähnlich auch TransPuG-BegrRegE, 17.

<sup>25</sup> Vgl. Velte, ZCG 2010, 39–45.