

# Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans der Gesellschaft

Autor(en): **Habersack, Mathias**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **124 (2005)**

PDF erstellt am: **15.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895778>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans der Gesellschaft

MATHIAS HABERSACK\*

## I. Hintergrund der Thematik

«Die Hundehütte ist für den Hund, der Aufsichtsrat für die Katz» – dieses bekannte Bonmot von HERMANN JOSEF ABS,<sup>1</sup> der 1960 sage und schreibe 30 Aufsichtsratsmandate, darunter 21 Vorsitzmandate, innehatte, spielt auf die seit eh und je bekannten Defizite der Überwachungstätigkeit des gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorgans an. Die verschiedenen Regelgeber haben sich dieser Defizite in den vergangenen Jahren verstärkt angenommen und hierbei vor allem der Informationsversorgung des Aufsichtsorgans, der Bildung kleinerer und spezialisierter Untereinheiten in Form von Ausschüssen und der Qualifikation und Unabhängigkeit des einzelnen Mitglieds des Aufsichtsorgans große Aufmerksamkeit gewidmet. Zu nennen sind:

- auf *internationaler* Ebene die Revision der OECD Principles of Corporate Governance;<sup>2</sup>
- auf *US-amerikanischer* Ebene der Sarbanes-Oxley Act,<sup>3</sup> der seine Entstehung spektakulären Unternehmenszusammenbrüchen verdankt, als bedeutendste Änderung des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts seit Grün-

---

\* Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Direktor des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Universität Mainz. – Herrn CHRISTIAN MAYER, M. Jur (Oxford), wiss. Mitarbeiter an der Universität Mainz, danke ich für tatkräftige Unterstützung.

1 Vgl. DÖRING, Börsen-Zeitung vom 23.10.2004, S. 8; ferner GALL, Der Bankier – Hermann Josef Abs, 2004, S. 330. Ähnlich für den Verwaltungsrat des schweizerischen Aktienrechts das bei BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., 1996, S. 746 (Fn. 6) wiedergegebene Parlaments-Zitat, wonach der Verwaltungsrat «in guten Jahren nutzlos und in schlechten Jahren hilflos» sei.

2 [www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf); dazu U. H. SCHNEIDER, AG 2004, S. 429 ff.

3 Eingehend WILLMS, in: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., 2004, § 14; ATKINS, Der Konzern 2003, S. 260 ff.; GRUSON/KUBICEK, AG 2003, S. 337 ff. und 393 ff.; HENSSLER, Der Konzern 2003, S. 255 ff.; KERSTING, ZIP 2003, S. 233 ff. und 2010 ff.; KRAUSE, WM 2003, S. 762 ff.; zur Ausstrahlung auf das englische Recht siehe CLARK, The Juridical Review 2004, S. 195 ff.; GRIFFIN, Insolvency Lawyer 2003, S. 214 ff.

derung der S. E. C. gelten darf und von spürbarem Einfluss auf die jüngste europäische Entwicklung war und nach wie vor ist;

- auf *europäischer* Ebene (a) der Aktionsplan der Kommission vom 21.5.2003<sup>4</sup> und in dessen Vollzug (i) die Empfehlung der Kommission vom 14.12.2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung über die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften,<sup>5</sup> (ii) die Empfehlung der Kommission vom 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats<sup>6</sup> sowie (iii) der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien betreffend den Jahresabschluss und den Konzernabschluss, durch den nicht nur ein obligatorischer Corporate Governance-Bericht eingeführt, sondern darüber hinaus die Verantwortung und Haftung aller Direktoren für die Jahresabschlüsse und Lageberichte der Gesellschaft etabliert werden sollen,<sup>7</sup> ferner (b) die Mitteilung der Kommission zur Stärkung der Abschlussprüfung vom 21.5.2003<sup>8</sup> sowie den daraufhin am 16.3.2004 angenommenen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG,<sup>9</sup> der die Qualität der Abschlussprüfung und – damit unmittelbar zusammenhängend – die Unabhängigkeit des Prüfers stärken soll und zudem für «Unternehmen von öffentlichem Interesse» die obligatorische Errichtung eines Prüfungsausschusses (audit committee) vorsieht;

---

4 Mitteilung der EG-Kommission an den Rat und das Europäische Parlament (KOM [2003] 284 endg.): Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union; Abdruck in NZG 2003, Beilage zu Heft 13; dazu BAYER, BB 2004, S. 1 ff.; HABERSACK, NZG 2004, S. 1 ff.; HOPT, ZIP 2005, S. 461 ff.; MAUL/LANFERMANN/EGGENHOFER, DB 2003, S. 1289 ff.; WIESNER, ZIP 2003, S. 977 ff.

5 ABl. Nr. L 385/55 vom 29.12.2004.

6 ABl. Nr. L 52/51 vom 25.2.2005; zu dem der Mitteilung vorangegangenen Konsultationspapier vom 5.5.2004 siehe HABERSACK, ZHR 168 (2004), S. 373 ff.

7 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Abänderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG hinsichtlich der Jahresabschlüsse bestimmter Arten von Unternehmen und konsolidierter Abschlüsse vom 28.10.2004, abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/accounting/board/index\\_de.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/accounting/board/index_de.htm); dazu HABERSACK, NZG 2004, S. 1, 3 f., 6, 7 f.; MAUL, WM 2004, S. 2146 ff.; LANFERMANN, BB-Special 6/2004, S. 2 ff.; WILSING, Börsen-Zeitung vom 24.4.2004, S. 13; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de).

8 Dokument KOM 2003/826; ABl. Nr. C 236/2 vom 2.10.2003; näher dazu VAN HULLE/LANFERMANN, BB 2003, S. 1323; WIESNER, ZIP 2003, S. 1186 ff.

9 Dok. KOM 2004/177; abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/auditing/officialdocs\\_de.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/auditing/officialdocs_de.htm); dazu PLUSKAT, GmbHR 2004, S. 1058 ff.; zum vorangegangenen Entwurf WIESNER, ZIP 2003, S. 1186 ff.; VAN HULLE/LANFERMANN, BB 2003, S. 1323 ff.

- auf *nationaler* Ebene neben gesetzlichen Regelungen<sup>10</sup> die «code of conduct»-Bewegung,<sup>11</sup> die in zahlreiche Corporate Governance-Kodices gemündet ist<sup>12</sup> und nicht nur eine neue Form der Regelsetzung geschaffen hat, sondern – über den comply or explain-Mechanismus – auf die Selbstverantwortung der Beteiligten und die Bewertung der Corporate Governance-Entscheidungen der betroffenen Unternehmen durch die Kapitalmärkte setzt.

Diese Entwicklung hin zu einer «Professionalisierung» der Aufsichtstätigkeit und zu einem arbeitsteiligen Zusammenwirken der Ratsmitglieder ist selbstredend nicht ohne Einfluss auf die Frage, welchem Anforderungsprofil und welchen Sorgfaltspflichten die Mitglieder des Aufsichtsorgans genügen müssen, damit sie ihrer Funktion als Wahrer fremder Interessen mit der gebotenen Sachkunde, Sorgfalt und Uneigennützigkeit nachkommen. Der Verantwortlichkeit des einzelnen Ratsmitglieds kommt in diesem Zusammenhang klar die Aufgabe zu, das Fehlen eines Eigeninteresses an dem Erfolg des Unternehmens zu kompensieren, mithin dafür Sorge zu tragen, dass der principal/agent-Konflikt nicht zu Lasten der Eigentümer aufgelöst wird. Dabei ist davon auszugehen, dass es sich bei den Mitgliedern des Aufsichtsorgans um natürliche, der verhaltenssteuernden Funktion von Haftungsregeln durchweg zugänglichen Personen handelt; auf die besondere Problematik der Organstellung juristischer Personen ist dagegen nicht näher einzugehen.<sup>13</sup>

---

10 Aus deutscher Sicht insbesondere das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998 (BGBl. I, S. 786) und das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19.7.2002 (BGBl. I, S. 2681); vgl. LUTTER, ZIP 2003, S. 417 f.; PELTZER, in: Festschrift für Hadding, 2004, S. 593 ff.; aus österreichischer Sicht namentlich das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, dazu DORDA/AIGNER, ecoloex 2005, S. 42 ff., 127 ff.; EGERMANN, RdW 2005, S. 66 ff.; LUSCHIN, Ges 2005, S. 150 ff.

11 Dazu HOPT, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance – Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2003, S. 32 ff.

12 Vgl. DAVIES, ZGR 2001, S. 268, 270 ff.; GRIFFIN, Insolvency Lawyer 2003, S. 214 ff.; CLARK, The Juridical Review 2004, S. 195, 201 ff.; HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135 ff.; JUST, RIW 2004, S. 199 ff.; zum Deutschen Corporate Governance Kodex SEMLER, in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 161 Rdnr. 25 ff.; RINGLEB/KREMER/LUTTER/v. WERDER, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl. 2005; zur Entwicklung in den U. S. A. HOPT, in: Hommelhoff/Rowedder/Ulmer (Hrsg.), Max Hachenburg – Dritte Gedächtnisvorlesung 1998, 2000, S. 9, 14 ff.

13 Vgl. Art. 47 Abs. 1 SE-VO; allgemein dazu BRANDES, NZG 2004, S. 642 ff.; FLEISCHER, AcP 204 (2004), S. 503, 529 ff.; DERS., RIW 2004, S. 16 ff.

## II. Präzisierung und Begrenzung des Themas

### 1. *Das Aufsichtsorgan als ein Baustein des Systems der Unternehmenskontrolle*

a) Das Aufsichtsorgan bildet bekanntlich nur eines von zahlreichen Elementen des Systems der Unternehmenskontrolle.<sup>14</sup> Neben dem Markt für Unternehmenskontrolle und der allgemeinen Kapitalmarktpublizität, mithin Elementen der externen Corporate Governance, ist es vor allem der Abschlussprüfer, dem innerhalb des Systems der Unternehmensüberwachung eine herausragende Funktion zukommt. Dies gilt es im Auge zu behalten, wenn im Folgenden die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans zu thematisieren ist. Dabei ist «Verantwortlichkeit» in einem denkbar weiten Sinne zu verstehen: Neben der Haftung für die Verletzung von Sorgfalts- oder Treupflichten und der damit auf das Engste zusammenhängenden Frage nach der Qualifikation des Ratsmitglieds geht es auch um institutionelle Vorkehrungen wie namentlich das Problem der Unabhängigkeit des Ratsmitglieds, die Selbstorganisation der Überwachungstätigkeit und – als Kehrseite der Pflichten- und Haftungsproblematik – die Vergütung der Ratsmitglieder.

b) Die skizzierten Fragen stellen sich für das Aufsichtsorgan einer jeden Gesellschaft, für die große Publikumsgesellschaft mithin ebenso wie für die kapitalmarktferne Familiengesellschaft. Funktionsdefizite auf der Ebene des Aufsichtsorgans sind indes vor allem bei den Publikumsgesellschaften zu verzeichnen.<sup>15</sup> Bei ihnen ist der principal/agent-Konflikt schon deshalb stärker ausgeprägt, weil es typischerweise an einer hinreichenden Repräsentation der Aktionärgruppen im Aufsichtsrat fehlt und der Vorstand größere Freiräume genießt als derjenige einer Familiengesellschaft, ja es nachgerade die Aufgabe des Aufsichtsorgans ist, «die Gesellschaft vor dem Vorstand (zu) schützen.»<sup>16</sup>

c) Die Publikumsgesellschaft steht typischerweise an der Spitze einer Unternehmensgruppe, so dass die Pflichten des Aufsichtsorgans gleichfalls konzerndimensional zu betrachten sind. Bisweilen begegnet es zudem, dass

---

14 Näher hierzu neben dem in Fn. 11 zitierten Handbuch von HOMMELHOFF/HOPT/v. WERDER noch HOPT/KANDA/ROE/WYMEERSCH/PRIGGE (Hrsg.), *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, 1998; HOPT, in: Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), *Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung – Chancen und Risiken*, 2001, S. 27 ff.; BÖCKLI, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1 (1999), S. 1 ff.

15 So auch BERNHARDT, *ZHR* 159 (1995), S. 310, 320 f.

16 So zutr. WIRTH, *ZGR* 2005, S. 327, 329.

Tochtergesellschaften börsennotiert sind. Häufig führen diese dann zwar ihrerseits einen Teilkonzern. Sie sind aber zugleich von der jeweiligen Konzernspitze abhängige Unternehmen, so dass auch die besondere Situation einer abhängigen Gesellschaft in die Betrachtung einzubeziehen ist.

d) Publikumsgesellschaften unterliegen häufig der in zahlreichen Mitgliedstaaten existierenden, konzeptionell freilich nicht unerheblich divergierenden unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer.<sup>17</sup> Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden auch auf die besondere Situation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsorgan einzugehen. Die grundsätzliche Frage nach dem Für und Wider der unternehmerischen Mitbestimmung ist dagegen auszuklammern.<sup>18</sup>

## 2. *Dualistisches und monistisches System*

### a) Konvergenz der Systeme

In der Frage der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft konkurrieren bekanntlich das monistische Board-System und das dualistische, durch die Existenz eines vom Leitungsorgan streng getrennten Aufsichtsorgans gekennzeichnete System. Art. 38 ff. SE-VO stellt den Gründern einer SE ausdrücklich beide Modelle zur Wahl. Ein entsprechendes Wahlrecht ist zudem in einigen einzelstaatlichen Aktienrechten<sup>19</sup> vorgesehen und dürfte in nicht ferner Zukunft gemeinschaftsweit bestehen.<sup>20</sup> Schon jetzt lässt sich freilich für die kapitalmarktorientierte AG eine nicht unerhebliche Annäherung beider Systeme verzeichnen.<sup>21</sup> Zurückzuführen ist dies auf die nachgerade banale Er-

---

17 Siehe hierzu die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme in BAUMS/ULMER (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004.

18 Vgl. dazu am Beispiel der S. E. KÖSTLER, ZGR 2003, S. 800; REICHERT/BRANDES, ZGR 2003, S. 767 ff.; allg. NEUBÜRGER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 178 ff.; ULMER, ZHR 166 (2002), S. 271 ff.

19 Vgl. den Überblick bei TEICHMANN, ZGR 2001, S. 645, 663 ff.; ferner HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 156 ff.

20 Der Aktionsplan (Fn. 4) stellt in seiner Nr. 3.1.3 eine entsprechende Maßnahme des Gemeinschaftsrechts in Aussicht; zurückhaltend aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht aber HABERSACK, NZG 2004, S. 1, 5 f.; zu den OECD-Principles U. H. SCHNEIDER, AG 2004, S. 429, 432.

21 Eingehend zum Folgenden HOPT, ZGR 2000, S. 779, 783 ff.; DERS./LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 160 ff.; DAVIES, ZGR 2001, S. 268, 282 ff.; HIRT, I. C. C. L. R. 2003, S. 245 ff.; aus US-amerikanischer Sicht KRAAKMAN, in: Feddersen/Hommelhoff/Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 129, 132 ff.; siehe ferner DAVIES/HERTIG/HOPT, in: Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law, 2004, S. 215 ff.

kenntnis, dass eine unabhängige, unvoreingenommene und sachkundige Überwachung des Leitungsorgans nicht von den Geschäftsleitern selbst zu erwarten ist.<sup>22</sup> In der Folge dieser Erkenntnis hat sich nicht nur die Forderung nach der Existenz unabhängiger non executive directors Gehör verschafft. Vielmehr ist auch bei monistisch verfassten Gesellschaften eine Tendenz zur stärkeren Trennung von Geschäftsführung und Überwachung derselben zu erkennen. Zu nennen ist insbesondere die Bildung von ausschließlich oder überwiegend aus unabhängigen Direktoren zusammengesetzten Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschüssen.<sup>23</sup> Die Bildung entsprechender Ausschüsse wird börsennotierten *englischen* Aktiengesellschaften durch den – einen Annex zu den Listing Rules bildenden und auf Basis des in sec. 12.43 A der UK Listing Rules geregelten Comply or explain-Mechanismus funktionierenden – Combined Code nahegelegt.<sup>24</sup> Für börsennotierte *italienische* Aktiengesellschaften, die dem klassischen Modell der Organisationsverfassung, bestehend aus einem Leitungsgremium und einem (Buch-) Prüfungsgremium, folgen, empfiehlt der Codici di Autodisciplina die Bildung eines mehrheitlich aus unabhängigen Direktoren bestehenden Überwachungsausschusses innerhalb des Leitungsgremiums,<sup>25</sup> und für italienische Aktiengesellschaften, die rein monopolistisch verfasst sind, sieht das Gesetz zwingend die Bildung eines allein aus unabhängigen Direktoren bestehenden Überwachungsausschusses (comitato per il controllo sulla gestione) vor.<sup>26</sup> In *Spanien* bleibt es zwar nach dem Gesetz der Gesellschaft selbst überlassen, die Verteilung von Überwachungs- und Leitungsaufgaben und die Bildung von Ausschüssen innerhalb des Verwaltungsorgans zu regeln.<sup>27</sup> Der Olivencia Bericht empfiehlt aber ebenfalls die Bildung von allein mit unabhängigen Direktoren besetzten Ausschüssen für Rechnungslegung, Nominierung und Vergütung;<sup>28</sup> eine ent-

22 Vgl. statt aller KRAAKMAN (Fn. 21), S. 132 f.

23 Zusammenfassend für das deutsche, englische, französische und italienische Recht HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 152 ff., 160 ff.

24 Section 1, Punkt A.4.1, B.2.1 und C.3.1 des Combined Code on Corporate Governance, abrufbar unter [http://www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/lr\\_comcode2003.pdf](http://www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/lr_comcode2003.pdf); näher zur Neufassung vom 23. 7. 2003 sowie zur Entwicklung GRIFFIN, *Insolvency Lawyer* 2003, S. 214 ff.; HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 150 ff. Zu der gesellschaftsrechtlichen Ausgangslage nach dem Companies Act 1985, die durch eine weitgehende Gestaltungsautonomie gekennzeichnet ist, siehe GOWER/DAVIES, *Principles of modern Company Law*, 6<sup>th</sup> edition, 1997, S. 178 ff., 193 ff.; auch der Entwurf einer Company Law Reform Bill (abrufbar unter <http://www.dti.gov.uk/cld/WhitePaper.htm>) soll hieran nichts ändern (siehe Ziff. B 56 und 57 des «White Paper»).

25 Codici di Autodisciplina, para 10.

26 «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366», d. lgs. 17. 1. 2003 n. 6 Gazz. Uff. 22. 1. 2003, n. 17, suppl. ord 8/L, Art. 2409.

27 GRECHENIG, *Spanisches Aktien- und GmbH-Recht*, 2005, S. 35 ff.

28 Olivencia-Bericht, Empfehlung 8.

sprechende Empfehlung ist sodann in den – unverbindlichen – Código de Buen Gobierno übernommen worden.<sup>29</sup> Einen technisch anderen, indes gleichermaßen auf die Trennung von Geschäftsleitung und Überwachung zielenden Ansatz verfolgt schließlich das *französische* Aktienrecht. Neben die weiterhin bestehenden dualistische Unternehmensverfassung und die rein monistische Organisationsstruktur tritt durch das NRE-Gesetz<sup>30</sup> die Möglichkeit, innerhalb der monistischen Organstruktur einen directeur general zu bestellen, der gemeinsam mit dem Management die täglichen Geschäfte des Unternehmens führt und von dem – zur Geschäftsleitung weiterhin berufenen – conseil d'administration überwacht wird.<sup>31</sup>

Erwägungsgrund 14 zur SE-Verordnung bezeichnet denn auch «eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind», als «wünschenswert». Die Funktion derartiger Ausschüsse des Verwaltungsrats ist allerdings eine gänzlich andere als diejenige von Aufsichtsratsausschüssen: Während die Ausschüsse des Aufsichtsrats einer dualistischen Gesellschaft vor allem darauf zielen, kleinere und damit effizienter arbeitende Unterorganisationen des Überwachungsorgans zu bilden, geht es den genannten Ausschüssen des Boards primär um die funktionale Trennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung, um die Schaffung eines Bereichs, in den der vormals allmächtige CEO nicht hineinregiert; vor diesem Hintergrund kann man in diesen Ausschüssen nachgerade ein «selbst eingeführtes Aufsichtsorgan» erblicken.<sup>32</sup> Treibende Kraft dieser bemerkenswerten Entwicklung ist im englischen Recht – es soll im weiteren Verlauf des Referats exemplarisch für Rechtsordnungen mit einer Board-Verfassung einbezogen werden – der Combined Code,<sup>33</sup> der die Bildung von überwiegend mit unabhängigen Direktoren besetzten Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschüssen vorschreibt – ein Beispiel für die Herausbildung von Standards guter Corporate Governance durch die Kapitalmärkte.

---

29 GRECHENIG (Fn. 27), S. 60.

30 Décret no 2002–803 v. 3.5.2002 über nouvelles régulations économiques.

31 HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 160 ff. Ähnlich können Belgische Aktiengesellschaften nach dem neuen Gesetz über Corporate Governance die Führung der täglichen Geschäfte einem Managementausschuss überlassen und dem (restlichen) Verwaltungsrat dessen Überwachung aufgeben; siehe hierzu WYMEERSCH, ZGR 2004, S. 53, 54 ff.

32 So zu Recht KRAAKMAN (Fn. 21), S. 136; ähnlich HOPT/LEYENS, ECRF 2004, S. 135, 163 («development towards a de facto supervisory board»); siehe ferner RÖSSLER, Das Audit Committee als Überwachungsinstrument des Aufsichtsrats, 2001, S. 93 ff.

33 Vgl. Nachw. in Fn. 24.



b) Erste Folgerungen

Das Thema meines Referats, nämlich die Haftung des Aufsichtsorgans der Gesellschaft, ist nach den vorstehend getroffenen Feststellungen ein solches sowohl der dualistisch verfassten als auch der monistisch verfassten Gesellschaft. Bei letzterer geht es um die Verantwortlichkeit der *nicht geschäftsführenden Direktoren* im Allgemeinen und der nicht geschäftsführenden Mitglieder eines Prüfungs-, Nominierungs- oder Vergütungsausschusses im Besonderen. Dabei soll nicht verkannt werden, dass nach wie vor nicht unerhebliche Unterschiede zwischen der Board-Verfassung und der Aufsichtsrats-Verfassung bestehen.<sup>34</sup> Diese resultieren namentlich aus der Zuständigkeit des Boards in seiner Gesamtheit (und damit auch der nicht geschäftsführenden Direktoren) für Leitungsentscheidungen – ein Umstand, der die monistisch verfasste S. E. in Fällen, in denen über die Auffangregelung der SE-Ergänzungsrichtlinie der Mitbestimmungsstandard des deutschen MitbestG zum Tragen kommt, aus dem Kreis der in Betracht kommenden Organisationsformen herauskatapultieren dürfte.<sup>35</sup> Obschon auch der Aufsichtsrat der dualistisch verfassten AG in die strategische Planung involviert ist und zudem wesentliche Maßnahmen seiner Mitwirkung zu unterstellen hat: Allzuständigkeit und Initiativrecht des Boards sind dem Recht der dualistisch verfassten AG ebenso fremd wie die Weisungsbindung der geschäftsführenden Direktoren. Vor diesem Hintergrund interessieren im Folgenden die nicht geschäftsführenden Direktoren der monistischen Gesellschaft nur insoweit, als sie *überwachend* tätig sind, mithin vor allem in ihrer Rolle als Mitglieder eines Audit Committee oder eines vergleichbaren Ausschusses mit überwachender Funktion.<sup>36</sup>

---

34 DAVIES, ZGR 2001, S. 268, 282 ff.; HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 150 ff.

35 Vgl. HOFFMANN-BECKING, ZGR 2004, S. 355, 380 ff.; REICHERT/BRANDES, in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Band 9/2, Art. 38 SE-VO Rdnr. 25; DIES., ZGR 2003, S. 767, 787 ff.; einführend in die SE-Ergänzungsrichtlinie (2001/86/EG vom 8.10.2001, ABl. Nr. L 294/22) HABERSACK, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 396 ff. (mit Abdruck der Richtlinie in Rdnr. 420).

36 Ein auf Überwachung gerichteter Pflichtenkanon nicht geschäftsführender Direktoren ist auch für die Verantwortlichkeit dieser Direktoren bei monistischer Organstruktur beachtlich ist, vgl. etwa HANNIGAN, Company Law, 2003, S. 145. Allerdings wird für die Haftung der nicht geschäftsführenden Direktoren nicht in allen Mitgliedstaaten zwischen deren teils überwachenden und teils geschäftsleitenden Aufgaben differenziert; insoweit kritisch zur Rechtsprechung in Frankreich GUYON, Juris-Classeur, 2002, Art. 132–10, Tz. 1.

### III. Überwachungspflichten und Überwachungsinstrumente

#### 1. Grundlagen

Art. 51 SE-VO statuiert in bemerkenswerter Nachdrücklichkeit, dass die Mitglieder des Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgans gemäß den im Sitzstaat der SE für Aktiengesellschaften maßgeblichen Rechtsvorschriften für den Schaden haften, welcher der SE durch eine Verletzung der ihnen bei der Ausübung ihres Amtes obliegenden gesetzlichen, satzungsmäßigen oder sonstigen Pflichten entsteht. Diese Verweisung auf das nationale Recht der Organhaftung lässt nicht nur erkennen, dass die Innenhaftung der Organwalter einer Korporation für die Verletzung von Organpflichten<sup>37</sup> gemeinschaftsweiter Standard ist.<sup>38</sup> Sie bringt vielmehr auch den Grundsatz zum Ausdruck, dass ein Organwalter nur für eigenes Fehlverhalten in Anspruch genommen werden kann.<sup>39</sup> Dieser Grundsatz gilt ungeachtet der Gesamtverantwortung aller Organwalter für die Erledigung der Organaufgaben.<sup>40</sup> Denn diese schließt zwar die vollständige Delegation von Organaufgaben auf einzelne Mitglieder des Organs aus, verlangt vielmehr eine gegenseitige Unterrichtung und Kontrolle innerhalb des Organs, weshalb namentlich bei Einrichtung eines Prüfungsausschusses Prüfungspflichten der nicht dem Ausschuss angehörenden Mitglieder des Aufsichtsorgans oder Boards nicht entfallen.<sup>41</sup> Dagegen darf das Prinzip der Gesamtverantwortung nicht mit einer Erfolgshaftung oder der Haftung für fremdes Verschulden gleichgesetzt werden. Dies dürfte auch dem Verständnis der Kommission entsprechen, soweit sie in den Bilanzrichtlinien die Verantwortlichkeit der Organwalter für die Richtigkeit der Jahresabschlüsse und Lageberichte festzuschreiben beabsichtigt,<sup>42</sup> und es entspricht, soweit erkennbar, der Rechtslage in den meisten, wenn auch nicht in allen Mitgliedstaaten.<sup>43</sup>

---

37 Zu der auch dem Aufsichtsorgan obliegenden Pflicht, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Gesellschaft zu sorgen, und zur Frage einer Relativierung derselben mit Blick auf «nützliche» Pflichtverletzungen siehe FLEISCHER, ZIP 2005, S. 141 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

38 Vgl. beispielsweise für das englische Recht GOWER/DAVIES (Fn. 24), S. 649 f., 653 ff.; speziell für die nicht geschäftsführenden Direktoren CLARK, *The Juridical Review* 2004, S. 195 ff.; für das französische Recht GUYON, *Juris-Classeur* 2002, Art. 132–10, Tz. 38 ff.; für das österreichische Recht KALSS, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, 2. Aufl., § 116 Rdnr. 783; für das spanische Recht GRECHENIG (Fn. 27), S. 164 f.

39 *MünchKommAktG/REICHERT/BRANDES* (Fn. 35), Art. 51 SE-VO Rdnr. 5.

40 Zu diesem Grundsatz KORT, in: *Großkommentar zum AktG*, 4. Aufl., § 77 Rdnr. 35 ff.

41 Näher dazu unter IV.2.

42 Siehe die Nachw. in Fn. 7.

43 So wird im spanischen Aktienrecht bei fehlerhaftem Handeln des Verwaltungsorgans die schuldhaftige Mitwirkung jedes Verwalters gesetzlich vermutet, ohne dass insoweit zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Verwaltern unterschieden wird; doch kann durch Bildung entsprechender Ausschüsse eine Differenzierung der Haftung erreicht werden, dazu GRECHENIG (Fn. 27), S. 38 f. Zum Recht der Niederlande STRIK, *Ondernemingsrecht* 2003, S. 367.

## 2. *Begrenztes unternehmerisches Ermessen des Aufsichtsorgans*

Die Haftung für eigenes Fehlverhalten hat, darüber dürfte im Ausgangspunkt Einvernehmen bestehen, neben der kompensatorischen Funktion auch verhaltenslenkende Funktion, indem sie dem Organwalter Anlass gibt, die ihm übertragenen Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt und Loyalität zu erfüllen.<sup>44</sup> Allerdings gilt auch für die Mitglieder des Überwachungsorgans, dass ihnen, soweit sie unternehmerische Entscheidungen zu treffen haben, nicht «jeder Mut zur Tat genommen» werden darf.<sup>45</sup> Soweit das Aufsichtsorgan die unternehmerische Tätigkeit des Leitungsorgans «im Sinne einer präventiven Kontrolle begleitend mitgestaltet»,<sup>46</sup> muss deshalb auch ihm das für das Leitungsorgan anerkannte *business judgment*<sup>47</sup> zukommen.<sup>48</sup>

Derlei unternehmerische Entscheidungen haben die nicht geschäftsführenden Direktoren im Rahmen der Leitungskompetenz des Boards allenthalben zu treffen. Im dualistischen System entspricht ihnen die auf Grundlage von Zustimmungsvorbehalten erfolgende Mitwirkung des Aufsichtsrats an Leitungsentscheidungen des Vorstands.<sup>49</sup> Unternehmerischen Charakter haben darüber hinaus insbesondere die Personalentscheidungen des Aufsichtsor-

44 Vgl. GOETTE, in: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 123 f.; einschränkend PAAL, DStR 2005, S. 426, 429 f.; allgemein zum Präventionsgedanken im Zivilrecht SCHÄFER, AcP 202 (2002), S. 397 ff. – Zur Frage eines Haftungsprivilegs zugunsten finanzieller und sonstiger Experten siehe noch unter IV.2.

45 Vgl. den Hinweis von GOETTE (Fn. 44), S. 124, auf die amtliche Begründung zu § 84 AktG (Deutscher Rechtsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1937, Nr. 28, S. 4).

46 So die treffende Umschreibung in BGHZ 135, 244, 255 – ARAG.

47 Dazu aus deutscher Sicht § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (iVm. § 116 S. 1 AktG) in der Fassung durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG); dazu wiederum (jew. mit Hinweisen zum US-amerikanischen Recht) ULMER, DB 2004, S. 859 ff.; S. H. SCHNEIDER, DB 2005, S. 707 ff.; SCHÄFER, ZIP 2005, S. 1253 ff.; PAEFGEN, AG 2004, S. 245 ff.; FLEISCHER, ZIP 2004, S. 685 ff.; speziell zum Aufsichtsrat IHRIG, WM 2004, S. 2098, 2106 f.; KROPFF, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 225 ff.; eingehend MUTTER, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, 1994, S. 116 ff., 176 ff. Zu dem Entscheidungsprozess im einzelnen siehe SEMLER, in: Festschrift für Ulmer, 2003, S. 627 ff.; HÜFFER, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 163 ff. Aus englischer Sicht GOWER/DAVIES (Fn. 24), S. 431 f.; zum Recht der Schweiz FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 28 Rdnr. 24; zum französischen Recht CA Versailles, 17.3.1998, Rev. sociétés 1998, S. 828. Weitere rechtsvergleichende Hinweise bei FLEISCHER, in: Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 827, 833 ff.

48 Vgl. die Nachw. in Fn. 46, 47, ferner für das österreichische Recht öOGH, GesRZ 2002, S. 86; NOWOTNY, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2003, § 84 Rdnr. 8. Noch weitergehend schließt das französische Recht bei dualistischer Unternehmensverfassung für Mitglieder des «conseil de surveillance» eine Haftung für Geschäftsführungsmaßnahmen – *actes de la gestion* – und deren Ergebnis generell, also auch jenseits des *business judgement*, aus, vgl. Code de commerce, art. L. 225–257 und dazu LAMY, Sociétés commerciales, 2005, Tz. 3532.

49 Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

gans, mithin die Bestellung und Abberufung des Vorstands bzw. der geschäftsführenden Direktoren,<sup>50</sup> die Mitwirkung bei der Aufstellung des Jahresabschlusses (soweit Ansatz- und Bewertungswahlrechte bestehen oder Entscheidungen über das anzuwendende Bilanzrecht zu treffen sind) sowie der Vorschläge für die Ergebnisverwendung,<sup>51</sup> ferner der Vorschlag für die Wahl des Abschlussprüfers<sup>52</sup> sowie derjenige für die Wahl weiterer Mitglieder des Aufsichtsorgans.<sup>53</sup>

Die darüber hinausgehende Beratung des Leitungsorgans in Fragen der zukünftigen Geschäftsführung<sup>54</sup> dagegen ist, soweit es den Aufsichtsrat der dualistischen Gesellschaft betrifft, als solche schon deshalb keine unternehmerische Maßnahme, weil die Verantwortung für die Maßnahme allein dem Vorstand obliegt und der Aufsichtsrat insbesondere nicht berechtigt ist, eine Entscheidung zu beanstanden, die von dem Ermessen des Vorstands gedeckt ist.<sup>55</sup> Letzteres zeigt freilich, dass der Frage keine praktische Bedeutung zukommen dürfte; denn jedenfalls mittelbar nimmt das Aufsichtsorgan auch an dem unternehmerischen Ermessen des von ihm beratenen Leitungsorgans teil.

Rechtlich gebunden und damit einem Ermessen des Aufsichtsorgans entzogen ist nach der Rechtsprechung des BGH des weiteren die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Leitungsorgans.<sup>56</sup> Das Gericht lässt freilich durchaus Raum für die Abwägung des Interesses der Gesellschaft an dem Ausgleich des Schadens gegen sonstige gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft,<sup>57</sup> und es hat den Anschein, dass sich in der Praxis diese gegenläufigen Interessen, darunter das Interesse an dem Verbleib des verantwortlichen Organwalters, häufig gegen das Kompensationsinteresse durchsetzen und es in der Folge nicht zur Inanspruchnahme amtierender Mitglieder des Leitungsorgans kommt.

Was die Vergütung der Mitglieder des Leitungsorgans oder der geschäftsführenden Direktoren betrifft, so unterliegt zwar die Entscheidung über das Vergütungssystem dem unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsorgans.<sup>58</sup>

---

50 BGHZ 135, 244, 254 f.; näher und mit Vorbehalt für die Abberufung aus in der Vergangenheit liegenden Gründen KROPFF, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 225, 229 f., 233 ff.

51 Näher KROPFF, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 225, 235.

52 IHRIG, WM 2004, S. 2098, 2106.

53 Dazu noch unter IV.4.b, V.2.

54 Hierzu BGHZ 114, 127, 129 f.; BGHZ 126, 340, 344 f.; GOETTE (Fn. 44), S. 128 f.

55 Zutr. IHRIG, WM 2004, S. 2098, 2107; KROPFF, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 225, 230; SCHÄFER, ZIP 2005, S. 1253, 1258.

56 BGHZ 135, 244 ff. – ARAG; näher HEERMANN, AG 1998, S. 201 ff.; KINDLER, ZHR 162 (1998), S. 101 ff.; KLING, DZWIR 2005, S. 45, 47. – Im französischen Recht besteht bei dualistischer Organstruktur statt dessen die Verpflichtung, der Hauptversammlung über Pflichtverletzungen der Direktoren zu berichten, vgl. Art. L 225–257 code de commerce.

57 BGHZ 135, 244, 255 f.

58 So auch KROPFF, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 233 f.

Im Übrigen sind die gesetzlichen Vergütungsprinzipien einzuhalten, die zwar ihrerseits nur bedingt justitiabel sind und dem Aufsichtsorgan gewissen Beurteilungsspielraum eröffnen,<sup>59</sup> ein darüber hinausgehendes business judgment hingegen nicht einräumen.<sup>60</sup> Die Frage stellt sich bekanntlich im Zusammenhang mit den ehemaligen Mannesmann-Vorständen gewährten «Anerkennungsprämien»<sup>61</sup> sowie der dem früheren CEO der New York Stock Exchange (RICHARD GRASSO) gewährten Regelvergütung und berührt insoweit auch die Grundsatzfrage nach dem Maßstab organschaftlichen Handelns, konkret also die Frage, ob sich die Mitglieder des Aufsichtsorgans in derlei Fällen an einem wie auch immer zu definierenden Unternehmensinteresse zu orientieren haben oder sich von dem shareholder value-Gedanken leiten lassen dürfen; auf diese Grundsatzfrage, die in den Mitgliedstaaten keineswegs einheitlich beantwortet wird, ist hier nicht näher einzugehen.<sup>62</sup>

### 3. Überwachungsinstrumente als Pflichtrechte

Für die Erledigung seiner Überwachungsaufgabe steht dem Aufsichtsorgan eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung.<sup>63</sup> Bei diesen Instrumenten handelt es sich bekanntlich nicht um subjektive Rechte im eigentlichen Sinne, sondern um fremdnützige, von der Organfunktion nicht abspaltbare Befugnisse, von denen das Organ und seine Mitglieder im Interesse der Gesellschaft und damit je nach Lage des Falles auch sehr offensiv Gebrauch zu machen haben. In einem untechnischen Sinne lassen sie sich als «Pflichtrechte» qualifizieren. Unternehmerisches Ermessen im eigentlichen Sinne kann das Aufsichtsorgan insoweit nicht beanspruchen. Bei der Entscheidung etwa, ob bestimmte Maßnahmen des Leitungsorgans an seine Zustimmung gebunden oder das Leitungsorgan über die Regelberichterstattung hinaus zur Erteilung weiterer Informationen angehalten werden soll, hat sich das Aufsichtsorgan

---

59 Eingehend hierzu (und zum Teil stark divergierend) MARTENS, ZHR 169 (2005), S. 124 ff.; HOFFMANN-BECKING, ZHR 169 (2005), S. 155 ff.; SCHWARK, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 377 ff., 391 ff.; THÜSING, ZGR 2003, S. 457 ff.; HÜFFER, AktG, 6. Aufl. 2004, § 87 Rdnr. 2 ff.; HEFERMEHL/SPINDLER, in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 87 Rdnr. 12 ff. Aus der Rechtsprechung BGHZ 111, 224, 227 f.; LG Düsseldorf ZIP 2004, 2044, 2046 – Mannesmann.

60 So auch SCHWARK, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 377, 391 f.; KROPFF, ebenda, S. 225, 234; SCHÄFER, ZIP 2005, S. 1253, 1258; a. A. FLEISCHER, DStR 2005, S. 1318, 1319; HOFFMANN-BECKING, ZHR 169 (2005), S. 155, 156 ff. mit weit. Nachw.

61 LG Düsseldorf ZIP 2004, 2044, 2046; siehe dazu namentlich HÜFFER, BB 2003, Beilage 7.

62 Siehe aber noch unter III.5.

63 Vgl. für den Aufsichtsrat der AG HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 8; für den Aufsichtsrat und den Verwaltungsrat der SE MünchKommAktG/REICHERT/BRANDES (Fn. 35), Art. 40 SE-VO Rdnr. 17 ff. (Aufsichtsrat), Art. 43 SE-VO Rdnr. 102 f.

vielmehr von dem Gebot der effizienten Überwachung und dem Gesellschaftsinteresse leiten zu lassen. Entsprechendes gilt ganz allgemein für die Organisation der Überwachungstätigkeit. Da allerdings der normative Maßstab letztlich unbestimmt ist und durchweg eine ex ante-Betrachtung maßgebend ist, steht dem Aufsichtsorgan in der Entscheidung darüber, was angemessen ist, immerhin ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Das Gebot der effizienten Wahrnehmung der Organaufgaben und -befugnisse sei im Folgenden am Beispiel von zwei wichtigen Überwachungsinstrumenten und im weiteren Verlauf im Zusammenhang mit dem Recht des Aufsichtsorgans auf Selbstorganisation seiner Arbeit näher entfaltet.

a) Informations- und Einsichtsrechte im Allgemeinen

(i) Die wichtigsten Überwachungsinstrumente bilden die für den Aufsichtsrat der AG in §§ 90, 111 Abs. 2 AktG und für denjenigen der SE in Art. 41 SE-VO geregelten, selbstverständlich auch im Verhältnis zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren bestehenden *Informations- und Einsichtsrechte*. Nach den einleitend getroffenen Feststellungen können sich die Mitglieder ihrer Verantwortlichkeit nicht dadurch entziehen, dass sie auf hinreichende Informationsversorgung durch das Leitungsorgan vertrauen. Sie müssen vielmehr selbst für den erforderlichen Informationsfluss Sorge tragen. Zu Recht ist insoweit von einer «Holschuld» gesprochen worden.<sup>64</sup> Dieser seiner «Holschuld» muss das Aufsichtsorgan um so mehr nachkommen, als es – sei es über Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats oder über die Leitungsautonomie des Verwaltungsrats – in unternehmerische Entscheidungen eingebunden ist.<sup>65</sup> Unabhängig hiervon gilt Entsprechendes in Zeiten, in denen die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats besonders gefragt ist, nämlich in Fällen, in denen die Lage der Gesellschaft angespannt ist oder sonstige Risikolagen bestehen.<sup>66</sup> Jedenfalls insoweit darf sich das Aufsichtsorgan nicht mit der Regelberichterstattung durch das Leitungsorgan begnügen.

---

64 ALTMEPPE, ZGR 2004, S. 390, 391; RUHWEDDEL/EPSTEIN, BB 2003, S. 161, 163 f. Aus der englischen Rechtsprechung RE PARK HOUSE PROPERTIES LTD., [1997] 2 BCLC 530, zum französischen Recht CA Paris, Urt. v. 4.2.1994, Bull. Joly 1994, 403 betreffend die Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern der monistischen SA für Überwachungsverschulden sowie GUYON, *Juris Classeur*, 2002, Art. 132–10, Tz. 51. Ähnlich zum österreichischen Recht MünchKommAktG/KALSS (Fn. 38), § 116 Rdnr. 787 (Pflicht des Aufsichtsrats zu sachgerechter Organisation).

65 Zutr. Betonung dieses Aspekts bei KROPFF, in: *Festschrift für Raiser*, 2005, S. 229 ff. (237 ff.).

66 Zu entsprechenden Abstufungen der Überwachungspflicht vgl. HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 7.

(ii) Speziell bezüglich der dualistischen Gesellschaft<sup>67</sup> fragt sich, ob der Aufsichtsrat Angestellte der Gesellschaft nur unter Vermittlung des Vorstands oder auch im Wege des Direktkontakts hinzuziehen darf und – das wäre die Konsequenz der vorstehend getroffenen Feststellungen – gegebenenfalls hinzuziehen muss. Eine im Vordringen befindliche und vorzugswürdige Ansicht steht einer unmittelbaren, nicht durch den Vorstand vermittelten Befragung von Angestellten durch den Aufsichtsrat im Interesse einer unbefangenen Informationserteilung aufgeschlossen gegenüber.<sup>68</sup> In der Folge darf und sollte der Aufsichtsrat oder – besser – ein von ihm gebildeter Prüfungsausschuss – von Fall zu Fall den Leiter der internen Revision zur mündlichen Berichterstattung heranziehen,<sup>69</sup> und zwar gegebenenfalls auch ohne gleichzeitige Anwesenheit des Vorstands. Von Bedeutung ist dies nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Pflicht des Aufsichtsrats, Existenz, Eignung und Zuverlässigkeit des vom Vorstand einzurichtenden Risikoüberwachungssystems kontinuierlich zu überprüfen.<sup>70</sup> Darüber hinaus sollte das Aufsichtsorgan auf die Einrichtung einer gesellschaftsinternen Stelle hinwirken, die als zentrale Stelle Beschwerden entgegennimmt und diese gegebenenfalls an den Prüfungsausschuss weiterleitet.<sup>71</sup>

(iii) Dass das Aufsichtsorgan die ihm zu Gebote stehenden Mittel nicht immer hinreichend ausnutzt, zeigt eine neuere empirische Analyse der Strukturen und Prozesse in den Aufsichtsräten deutscher Aktiengesellschaften, die zu dem weder erfreulichen noch überraschenden Ergebnis gelangt, dass eine ausreichende Informationsversorgung häufig nicht gewährleistet sei, dies allerdings von den Befragten so nicht empfunden werde.<sup>72</sup> Die Studie schließt mit der Feststellung, dass, solange die informatorische Abhängigkeit des

67 In der monistischen Gesellschaft steht die Zulässigkeit von Direktkontakten außer Frage, siehe SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 237.

68 So mit Unterschieden im Detail DREHER, in: Festschrift für Ulmer, 2003, S. 87, 92 ff.; FORSTER, AG 1995, S. 1, 6; KROPFF, NZG 2003, S. 346, 349 f.; DERS., in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 225, 237 ff.; LANGENBUCHER/BLAUM, DB 1994, 2192, 2205; ROTH, AG 2004, S. 1, 8 ff.; a. A. MERTENS, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 90 Rdnr. 44; HÜFFER (Fn. 59), § 90 Rdnr. 11; BAUMS, ZIP 1995, S. 11, 17; SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 254 f.; THEISSEN, BB 2003, S. 1426, 1428; wohl auch MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 108 Rdnr. 54.

69 LANGENBUCHER/BLAUM, DB 1994, 2192, 2205; KROPFF, NZG 2003, S. 346, 349 f.; a. A. SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 254 f.; THEISSEN, BB 2003, S. 1426, 1428.

70 KROPFF, NZG 2003, S. 346 ff.

71 Vgl. am Beispiel der Siemens AG SCHÄFER, ZGR 2004, S. 416, 429 («Corporate Officer for Compliance»); zu entsprechenden Vorgaben des Sarbanes-Oxley Act ALTMEPPEL, ZGR 2004, S. 390, 408 f., der zu Recht eine Klarstellung empfiehlt, dass das Personal mit Einlegung einer Beschwerde seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletzt.

72 RUHWEDDEL/EPSTEIN, BB 2003, S. 161, 163 f.; gegenläufige Tendenz allerdings bei JÜRGENS/LIPPERT, Kommunikation und Wissen im Aufsichtsrat, Studie in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA), 2005, S. 15 ff.

Aufsichtsrats vom Vorstand nicht beseitigt wird und solange die Aufsichtsratsmitglieder ihrer Holschuld nicht nachkommen, eine nachhaltige Erhöhung der Überwachungsleistung nicht zu erwarten sei. Angesprochen ist insoweit nicht nur der Vorsitzende des Aufsichtsorgans oder eines Ausschusses; gefragt ist vielmehr die konstruktive Einbringung sämtlicher Mitglieder des Aufsichtsorgans (oder seiner Ausschüsse) in die Erfüllung der Überwachungsaufgabe.

b) Abschlussprüfer im Besonderen

Mit den vorstehend angesprochen Informations- und Einsichtsrechten eng zusammen hängt die Hinzuziehung des Abschlussprüfers durch das Aufsichtsorgan. Insoweit hat sich das deutsche Recht mit der Aktienreform des Jahres 1998<sup>73</sup> der Konzeption der Notverordnung vom 19.9.1931,<sup>74</sup> durch die dem Aufsichtsrat erstmals ein Pflichtprüfer zur Seite gestellt worden ist, besonnen und die Unterstützungsfunktion des Abschlussprüfers ausgebaut: Die Zuständigkeit des Aufsichtsorgans für die Erteilung des Prüfungsauftrags (§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG), die Pflicht des Abschlussprüfers zur Teilnahme an der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats oder seines Prüfungsausschusses (§ 171 Abs. 1 S. 3 AktG), die Vorlage des Prüfungsberichts unmittelbar an den Aufsichtsrat (§ 321 Abs. 5 S. 2 HGB) sowie gesteigerte Prüfungs- und Berichtspflichten (§§ 317 Abs. 1 S. 3 und 4, 321 Abs. 1 S. 2 HGB) schaffen die erforderliche Distanz des Abschlussprüfers gegenüber dem Vorstand und binden ihn damit zugleich verstärkt in das Gesamtsystem der Unternehmensüberwachung ein.<sup>75</sup>

Für eine vergleichbare Distanz des Abschlussprüfers gegenüber den geschäftsführenden Direktoren vermag in der monistischen Gesellschaft allein die Einrichtung eines audit committee zu sorgen. Die Pflicht zur Einrichtung eines solchen Ausschusses, wie sie nunmehr für das US-amerikanische Recht durch den Sarbanes-Oxley Act begründet worden ist,<sup>76</sup> ist denn auch genau vor dem Hintergrund zu sehen, dass dem Abschlussprüfer ein die Prüfung kontinuierlich begleitender und vom Management unabhängiger Partner an die Seite gestellt werden soll. Für das englische Recht, das in Sec. 385 C. A.

---

73 KonTraG (Fn. 10); dazu HOMMELHOFF/MATTHEUS, AG 1998, S. 249, 256 ff.; MATTHEUS, ZGR 1999, S. 682 ff.; siehe ferner FORSTER, AG 1995, S. 1 ff.

74 RGBI I (1931), S. 493 ff.; Teilabdruck auch in SCHUBERT/HOMMELHOFF, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, 1987, S. 833 ff.

75 Speziell hierzu HOMMELHOFF/MATTHEUS, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 639 ff.

76 Vgl. ALTMPEPEN, ZGR 2004, S. 390, 395 ff.; SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 239 f.; zur Rechtslage vor Sarbanes-Oxley s. LÜCK, DB 1984, 1941 ff.



lediglich die Bestellung des Prüfers durch die Aktionäre regelt, sieht Sec. C. 3 des Combined Code die Errichtung eines audit committee und dessen Zuständigkeit für den Vorschlag für die Wahl des Abschlussprüfers sowie für die Überwachung von dessen Unabhängigkeit und des Prüfungsvorgangs vor. Sec. C. 3.2 statuiert darüber hinaus die Entwicklung und Etablierung eines Systems betreffend die Erbringung von prüfungsfremden Leistungen durch den Abschlussprüfer sowie entsprechende Berichtspflichten. Ziffer 7.2.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex setzt insoweit auf die dem Wahlvorschlag voranzugehende Unabhängigkeitserklärung des vorgesehenen Prüfers.<sup>77</sup>

Sowohl in der dualistischen als auch in der monistischen Gesellschaft hat das audit committee darüber hinaus die Möglichkeit, den Abschluss von über die eigentliche Abschlussprüfung hinausgehenden Verträgen mit dem Abschlussprüfer (für den das Leitungsorgan zuständig ist) an seine Zustimmung zu binden. Hiervon sollte das audit committee denn auch Gebrauch machen.<sup>78</sup> Ausgehend von der Unterstützungsfunktion des Abschlussprüfers ist es Aufgabe des Aufsichtsorgans, sich der Unabhängigkeit des Prüfers zu vergewissern und – durch die Kontrolle und Steuerung der gesamten Geschäftsverbindung zwischen Gesellschaft und Prüfer – für deren Aufrechterhaltung auch in der Zukunft zu sorgen.

#### 4. *Gegenstand der Überwachung*

##### a) Einzelgesellschaft

Überwachung und Kontrolle des Aufsichtsorgans beschränken sich auf Tätigkeit und Maßnahmen der Geschäftsführung, wobei es sich versteht, dass das Aufsichtsorgan zur Kontrolle des Tagesgeschehens nicht berufen ist, vielmehr die eigentlichen Leitungsmaßnahmen sowie für die Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Personalstruktur der Gesellschaft wesentliche sonstige Maßnahmen Gegenstand der Überwachung sind.<sup>79</sup> Als Anhaltspunkt für Umfang und Grenzen der Überwachungstätigkeit dient der Katalog berichtspflichtiger Geschäfte, wie er sich aus § 90 Abs. 1 AktG, vergleichbaren Vor-

---

77 Dazu KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1356 ff.

78 So auch MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 111 Rdnr. 316; HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 12a; für analoge Anwendung der §§ 114, 125 Abs. 1 S. 3 AktG HELLWIG, ZIP 1999, S. 2125 ff.

79 Näher MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 111 Rdnr. 95 ff.; HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 3; LUTTER/KRIEGER, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 99.

schriften anderer Rechtsordnungen sowie etwaigen Konkretisierungen in der Geschäftsordnung des boards oder der Satzung der Gesellschaft ergibt.<sup>80</sup>

Unerheblich ist, ob die fraglichen Geschäfte vom Vorstand selbst oder von Angestellten vorgenommen oder unterlassen worden sind.<sup>81</sup> Soweit Maßnahmen von Angestellten, insbesondere solcher, die unterhalb des Vorstands wesentliche Leitungsfunktionen ausüben,<sup>82</sup> in Frage stehen, ist es wohl nur von theoretischem Interesse, ob sich die Kontrolle durch das Aufsichtsorgan unmittelbar nur auf den Vorstand und dessen Organisations- und Überwachungspflichten in Bezug auf die Geschäftsführung im Ganzen – einschliesslich der zu ergreifenden Maßnahmen zur frühzeitigen Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen<sup>83</sup> – bezieht oder das Handeln der untergeordneten Leitungsebene unmittelbar erfasst.<sup>84</sup> Zumal in Fällen, in denen sich das Leitungsorgan auf die übergeordnete Planung, Organisation und Kontrolle des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens beschränkt und die einzelnen operativen Einheiten durch «Spartenleiter» oder «Bereichsvorstände» (im untechnischen Sinne) geführt werden, sollte es sich jedenfalls von selbst verstehen, dass auch deren Geschäftsgebaren Gegenstand der Aufsicht zu sein hat; nach zutreffender Ansicht ist es dem Aufsichtsorgan sogar gestattet, mit diesen Managern direkt in Kontakt zu treten.<sup>85</sup> Darüber hinaus sollte das Aufsichtsorgan, schon um einer kontinuierlichen «Amputation» seiner Kompetenzen vorzubeugen, Abschluss, Änderung und Beendigung des Anstellungsvertrags zwischen diesen Managern und der Gesellschaft von seiner Zustimmung abhängig machen.<sup>86</sup>

---

80 Vgl. beispielsweise HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 3; Art. 225–68 des französischen Code de commerce. – Durch die Geschäftsordnung kann allerdings der Überwachungsbereich nur in den Grenzen des jeweils anwendbaren Aktienrechts ausgestaltet werden.

81 MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 111 Rdnr. 110; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 111 Rdnr. 21; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 68. – Zur damit eng zusammenhängenden Frage von Direktkontakten siehe unter III.3.a).

82 Zu entsprechenden Entwicklungen vgl. SCHWARK, in: Festschrift für Ulmer, 2003, S. 605 f.; FEDDERSEN, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 452 f.

83 Vgl. § 91 Abs. 2 AktG und dazu HÜFFER (Fn. 59), § 91 Rdnr. 4 ff.; speziell aus Sicht des Aufsichtsrats bzw. Prüfungsausschusses LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 80 ff.; KROPFF, NZG 2003, S. 346 ff.; PREUSSNER, NZG 2004, S. 304 ff.; SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 252 ff. Zu den Corporate Governance Rules der New York Stock Exchange siehe SCHÄFER, ZGR 2004, S. 416, 429 f.; siehe ferner Sec. C.3.2 des Combined Code.

84 Für Beschränkung auf Vorstandshandeln LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 69; MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 111 Rdnr. 110 f.; a. A. HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 3; FEDDERSEN, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 452 f.

85 Vgl. unter III.3.a).

86 In diesem Sinne auch BERNHARDT, ZHR 159 (1995), S. 310, 313.

## b) Konzern

Das Aufsichtsorgan der Konzernspitze hat, wie sich für das deutsche Recht nunmehr auch aus dem durch das TransPuG<sup>87</sup> eingefügten § 90 Abs. 1 S. 2 AktG ergibt, die konzernleitende Tätigkeit des Leitungsorgans (sowie gegebenenfalls die Tätigkeit nachgeordneter Führungskräfte) dieser Gesellschaft, nicht dagegen die Geschäftsführung der Konzerngesellschaften zu überwachen.<sup>88</sup> Letzteres folgt schon aus der Selbständigkeit der Konzerngesellschaften und der damit einher gehenden Existenz von Aufsichtsorganen auf der Ebene dieser Gesellschaften: Wollte man davon ausgehen, dass das Aufsichtsorgan der Konzernspitze unmittelbar die Geschäftsführung der Konzerngesellschaften zu überwachen hat, so wäre hiermit ein Eingriff in die Kompetenzen der Aufsichtsorgane dieser Gesellschaften verbunden; das Aufsichtsorgan der Konzernspitze wäre gleichsam «Vorgesetzter»<sup>89</sup> des Aufsichtsrats der untergeordneten Gesellschaften.

Vor dem Hintergrund allerdings, dass namentlich die konzernleitende Tätigkeit durch das Leitungsorgan der Konzernspitze den Gegenstand der Überwachung durch das Aufsichtsorgan bildet, erlangen die Aufsichtspflichten durchaus konzerndimensionalen Charakter. Insoweit gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass es zu den Aufgaben des *Leitungsorgans* der Konzernspitze gehört, die Geschäftstätigkeit der Konzerngesellschaften zu überwachen. Dies gilt zweifelsohne, soweit das Leitungsorgan Maßnahmen auf Tochter- oder Enkelebene veranlasst, nach zutreffender Ansicht indes auch darüber hinausgehend, nämlich insoweit, als Risiken aus der Tochter- oder Enkelebene wirtschaftlich auf die Ebene der Konzernspitze durchschlagen, indem sich die Konzernspitze Haftungsrisiken oder auch nur der Gefahr einer Verringerung des Anteilswerts ausgesetzt sieht.<sup>90</sup> In der Folge kann und wird es dem Leitungsorgan der Konzernspitze obliegen, ein konzernweites Informations- und Kontrollsystem einzurichten, um bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und konzernweit rechtmäßiges Verhalten

87 Vgl. Fn. 10.

88 KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 111 Rdnr. 23, HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 10; eingehend LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 131 ff.; HOMMELHOFF, ZGR 1996, S. 144 ff.; HOFFMANN-BECKING, ZHR 159 (1995), S. 331 ff., MARTENS, ZHR 159 (1995), S. 576 ff., FEDDERSEN, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 441, 456 ff.; LÖBBE, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 235 ff.; a. A. U. H. SCHNEIDER, in: Festschrift für Kropff, 1997, S. 271, 279; DERS., in: Festschrift für Hadding, 2004, S. 621, 624 ff. – Zum Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft siehe U. H. SCHNEIDER, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 341 ff.; HABERSACK, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl. 2005, § 311 Rdnr. 81, § 318 Rdnr. 15.

89 Zutr. FEDDERSEN, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 441, 457.

90 Näher U. H. SCHNEIDER, in: Festschrift für Hadding, 2004, S. 621, 625 ff.; LÖBBE (Fn. 88), S. 74 ff.

sicherzustellen.<sup>91</sup> Derartige Überwachungs- und Kontrollsysteme waren zunächst durch die Vorgaben des Versicherungs- und Bankenaufsichtsrechts geprägt; doch finden sich im neueren Schrifttum zunehmend Tendenzen, die Errichtung konzernweiter Compliance-Organisationen als Ausdruck entsprechender organschaftlicher Sorgfaltspflichten des Vorstands zu begreifen.<sup>92</sup> Auf der Grundlage dieser Entwicklung sieht sich diese Organisationspflicht des Leitungsorgans zugleich zum Gegenstand der Überwachungspflicht des Aufsichtsorgans erhoben.<sup>93</sup>

### 5. Maßstab und Ziel der Überwachung

Das Ziel der Überwachung bildet die sorgfältige Leitung des Unternehmens durch das Leitungsorgan, mithin die Einhaltung der für die Geschäftsführungstätigkeit geltenden Sorgfaltsanforderungen, wie sie sich aus dem jeweils anwendbaren Organisationsrecht ergeben. Insofern handelt es sich um eine Rechtmäßigkeitskontrolle, auch soweit sich das Handeln des Leitungsorgans selbst primär an Zweckmäßigkeitgesichtspunkten orientiert.<sup>94</sup> Das Aufsichtsorgan ist allerdings nicht auf die Beanstandung solcher Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt, die unabhängig von den Umständen des Einzelfalls bereits nach ihrem Inhalt rechtswidrig sind.<sup>95</sup> Es hat vielmehr auch auf die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu achten,<sup>96</sup> wobei es sich vor allem über Existenz und Plausibilität einer Unternehmensplanung Gewissheit zu verschaffen hat.<sup>97</sup> Es hat sich hierbei seinerseits an den für das Leitungsorgan maßgebenden Handlungsmaßstäben zu orientieren, aus deutscher Sicht mithin an dem Unternehmensinteresse.<sup>98</sup> In diesem Rahmen darf das Aufsichtsorgan zwar, gestützt auf seine Überwachungsaufgabe,

---

91 Eingehend HOMMELHOFF/MATTHEUS, BFuP 2000, S. 217 ff.; S. H. SCHNEIDER/U. H. SCHNEIDER, AG 2005, S. 57, 58 ff.; LÖBBE (Fn. 88), S. 183 ff.

92 Vgl. die Nachw. in Fn. 91.

93 U. H. SCHNEIDER, in: Festschrift für Hadding, 2004, S. 621, 624 ff.; LÖBBE (Fn. 88), S. 235 ff.

94 Zur Frage eines eigenen unternehmerischen Ermessens des Aufsichtsorgans siehe unter III.2.

95 Zum Umgang mit Gesetzesverletzungen des Vorstands siehe LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 72.

96 BGH NJW 1980, S. 1629; BGHZ 114, 127, 129 f. = NJW 1991, S. 1830; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 111 Rdnr. 11, HÜFFER (Fn. 59), § 111 Rdnr. 6, LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 74 ff.

97 Näher LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 74 ff.

98 Näher hierzu sowie zu shareholder value-Konzeptionen HÜFFER (Fn. 59), § 76 Rdnr. 14; MünchKommAktG/HEFERMEHL/SPINDLER (Fn. 59), § 76 Rdnr. 63 ff.; ULMER, AcP 202 (2002), S. 143, 155 ff.; MÜLBERT, ZGR 1997, S. 129, 131 ff. (156 ff.); v. WERDER, ZGR 1998, S. 69, 74 ff.; FLEISCHER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 129 ff.; für das englische Recht HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 151 f.

durchaus Gegenvorstellungen zu Maßnahmen der Geschäftsführung und entsprechenden Planungen verlaublichen. Dagegen ist es ihm verwehrt, vermittels seines Überwachungsrechts seinen eigenen Zweckmäßigkeitsvorstellungen zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>99</sup> Hierzu muss es vielmehr auf Zustimmungsvorbehalte oder – im monistischen System – auf sein Weisungsrecht in Fragen der Geschäftsführung zurückgreifen.<sup>100</sup>

#### **IV. Qualifikation und Unabhängigkeit des Organmitglieds**

##### *1. Einführung*

Es dürfte unbestritten sein, dass die Qualität der Corporate Governance ganz entscheidend von der Sachkunde, Persönlichkeitsstruktur und Unabhängigkeit der Mitglieder des Überwachungsorgans abhängig ist.<sup>101</sup> Nicht zu bezweifeln dürfte aber auch sein, dass eine gesetzliche Definition der Mindestanforderungen an die Befähigung zur Ausübung eines Überwachungsmandats bestenfalls nutzlos wäre.<sup>102</sup> Der Gesetzgeber kann vielmehr allein für die Offenlegung der Qualifikation sorgen und im Übrigen die institutionellen Rahmenbedingungen ausgestalten, indem er namentlich die Höchstzahl der von einer Person geführten Mandate, die Frage der Unabhängigkeit des Organmitglieds, den Informationsfluss innerhalb der Gesellschaft und des Aufsichtsrats, das Verhältnis zum Abschlussprüfer, das Sitzungswesen und die Ausschussbildung reguliert. Derlei Regeln können freilich nicht nur das Verantwortungsgefühl der Mitglieder des Aufsichtsorgans stärken; sie strahlen vielmehr auch auf Aufgaben und Pflichten des Organwalters und damit zugleich auf die Anforderungen an dessen Qualifikation aus. Zugleich stärken sie das Bewusstsein für die Verantwortung des Aufsichtsrats bei der Unterbreitung von Wahlvorschlägen an die Aktionäre; hierauf ist noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen.<sup>103</sup>

---

99 KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 111 Rdnr. 11; HOFFMANN-BECKING, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV: Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 29 Rdnr. 26; DREHER, ZHR 158 (1994), S. 614, 622 f.

100 Hierzu bereits unter II.2.

101 Vgl. etwa HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 161; MünchKommAktG/KALSS (Fn. 38), § 116 Rdnr. 784.

102 Vgl. BÖCKLI (Fn. 1), Rdnr. 1463.

103 Siehe unter IV.4.b), V.2.

## 2. *Qualifikation – Professionalisierung und Arbeitsteilung*

### a) Grundlagen

Die Frage der Qualifikation des Mitglieds des Aufsichtsorgans ist vor dem Hintergrund einer Entwicklung zu sehen, die zwar einerseits den Charakter der Aufsichtstätigkeit als Nebenamt unberührt lässt, andererseits aber doch eine gewisse Professionalisierung dieser Tätigkeit verlangt.<sup>104</sup> Dieser Ruf nach Professionalisierung geht wiederum Hand in Hand mit der Erkenntnis, dass Spezialkenntnisse auf allen Gebieten, in denen Entscheidungen im Aufsichtsorgan zu treffen sind, nicht durchweg vorausgesetzt werden können, die zahlreichen Aufgaben des Aufsichtsorgans vielmehr nur im arbeitsteiligen Zusammenwirken aller Mitglieder bewältigt werden können.<sup>105</sup> Ungeachtet des Grundsatzes der Gesamtverantwortung aller Mitglieder des Aufsichtsorgans<sup>106</sup> muss es deshalb genügen, dass das Aufsichtsorgan *insgesamt*, d. h. unter Berücksichtigung der Möglichkeit arbeitsteiligen Zusammenwirkens, imstande ist, die ihm zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.<sup>107</sup> Gefordert ist insoweit das Aufsichtsorgan selbst: Seine Befugnis zur Selbstorganisation seiner Arbeit ist – nicht anders als die einzelnen Überwachungsinstrumente und das Recht, Wahlvorschläge zu unterbreiten,<sup>108</sup> – «Pflichtrecht» und somit im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre so auszuüben, dass eine hinreichende und umfassende Kontrolle des Leitungsorgans gewährleistet ist. Zumindest für die dualistisch verfasste Gesellschaft<sup>109</sup> erklärt sich just hieraus die verstärkte Bildung von Ausschüssen – eine Entwicklung, die in eine entsprechende Empfehlung im Deutschen Corporate Governance Kodex gemündet ist und dort zu Recht mit dem Ziel einer «Steigerung der Effizienz der Aufsichtsarbeit» verbunden wird.<sup>110</sup> Diese Entwicklung spiegelt sich auch

---

104 Vgl. HOPT, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, S. 909, 915; LUTTER, NJW 1995, S. 1133; MÖLLERS, ZIP 1995, S. 1725 ff.; SCHEFFLER, AG 1995, S. 207 ff.; THEISEN, AG 1995, S. 193 ff.; für das Vereinigte Königreich CLARK, *The Juridical Review* 2004, S. 195, 197 ff.; für die U. S. A. KRAAKMAN (Fn. 21), S. 129 f., 138 ff.

105 Dazu FEDDERSEN, AG 2000, S. 385, 393 f.; FRÜHAUF, ZGR 1998, S. 407, 414 ff.; MÖLLERS, ZIP 1995, S. 1725, 1730 ff.; SIEBEL, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 6 Rdnr. 15 ff.; siehe ferner Begr. RegE, BR-Drucks. 872/97, S. 40.

106 Dazu unter III.1., IV.4.b).

107 KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 116 Rdnr. 5, 57; MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 94; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 24; für das österreichische Recht OGH, AG 2004, S. 48, 49 f.

108 Siehe bereits unter III.3. sowie noch V.2.

109 Bei der monistisch verfassten Gesellschaft steht die Trennung zwischen Aufsicht und Leitung im Vordergrund, siehe unter II.2.

110 Ziffer 5.3.1 des Kodex; dazu KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 974 ff.

auf der Verantwortungs- und Haftungsebene wider: Sind nämlich bestimmte Überwachungs-, Prüfungs- oder Entscheidungsaufgaben zulässigerweise an einen Ausschuss delegiert, so haften für ein Fehlverhalten in erster Linie die Ausschussmitglieder. Den übrigen Mitgliedern obliegt zwar – neben der auf der Organisationskompetenz des Aufsichtsorgans beruhenden Verantwortung für die sorgfältige Auswahl der Ausschussmitglieder<sup>111</sup> – die Überwachung der Ausschussarbeit, so wie umgekehrt den Ausschussmitgliedern die Information des Gesamtorgans obliegt. Obschon somit die nicht dem Ausschuss angehörenden Mitglieder den in den Ausschuss entsandten Spezialisten nicht blindlings vertrauen dürfen, sollte es sich doch verstehen, dass von ihnen nicht das gleiche Maß an Sorgfalt und Sachkunde verlangt werden kann.<sup>112</sup> Die Ausschussbildung hat somit aus Sicht der übrigen Mitglieder insoweit entlastende Wirkung, als sie sich auch im Falle bloß vorbereitender Ausschusstätigkeit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken können.

#### b) Audit Committee

Das vorstehend skizzierte Qualifikations- und Verantwortungsgefälle tritt am deutlichsten im Zusammenhang mit dem audit committee zutage.<sup>113</sup> Zumindest für den Aufsichtsrat einer großen mitbestimmten AG mit sechzehn oder gar zwanzig Mitgliedern dürfte die Annahme, sämtliche Mitglieder seien zu einem konstruktiven Dialog mit dem Abschlussprüfer und zu einem eigenen Urteil über den Jahresabschluss, den Konzernabschluss (zumal unter Geltung internationaler Bilanzierungsregeln) und das gesellschafts- und konzernweite Risikomanagement imstande, an der Realität vorbeigehen. Von den Mitgliedern des audit committee werden indes neben der allgemeinen (d. h. von jedem Ratsmitglied geschuldeten) «financial literacy» fundierte Kenntnisse in Buchführung und Rechnungslegung verlangt, weshalb es sowohl ein Auswahl- als auch ein Übernahmeverschulden begründet, sollte ein Mitglied des Ausschusses diese Fähigkeit nicht besitzen.<sup>114</sup> Ein Sonderrecht für die Ar-

---

111 Dazu MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 59 ff.; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 32 ff.; vgl. ferner OLG Hamburg, ZIP 1995, S. 1675 f.

112 Vgl. KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 116 Rdnr. 57; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 32 ff. mit weit. Nachw.; siehe ferner FLEISCHER, BKR 2003, S. 608, 614 f. mit Hinweis auf § 4.03 der Principles of Corporate Governance des American Law Institute.

113 Näher ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 390, 397 ff., 409 ff.; SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 258 ff.; BUCK, in: Abeltshausen/Buck (Hrsg.), Corporate Governance, 2004, S. 55 ff.; zur Neuregelung in § 92 Abs. 4a öAktG (obligatorische Einführung des Prüfungsausschusses bei börsennotierten Gesellschaften und Gesellschaften mit einem aus mehr als 5 Personen bestehenden Aufsichtsrat) vgl. die Nachw. in Fn. 10.

114 ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 390, 412; HOMMELHOFF/MATTHEUS, AG 1998, S. 249, 256; FISCHER, Der Konzern 2005, S. 67, 68 f., 70 f.

beitnehmervertreter in mitbestimmten Aufsichtsräten ist insoweit nicht veranlasst. Im Gegenteil sollte insbesondere im Zusammenhang mit dem audit committee mit der Auswahlverantwortung des Gesamtaufsichtsrats Ernst gemacht und eine diskriminierungsfreie und rein an der Befähigung, nicht dagegen am Proporzdenken ausgerichtete Entscheidung über die Zusammensetzung des Ausschusses verlangt werden.<sup>115</sup>

Man wird sogar darüber hinausgehend verlangen müssen, dass zumindest bei großen, international agierenden Gesellschaften jedenfalls ein Mitglied des audit committee – typischerweise der Vorsitzende – «financial expert» sein, mithin über die besondere fachliche Qualifikation verfügen muss, um die allfälligen Fragen «in Augenhöhe» mit dem Abschlussprüfer und dem Finanzvorstand besprechen zu können.<sup>116</sup> Das österreichische Aktiengesetz sieht dies nun ausdrücklich vor; Ziffer 5.3.2 des Deutschen Kodex in der Anfang Juni 2005 beschlossenen Fassung enthält immerhin eine entsprechende Empfehlung.<sup>117</sup> Für einen «safe harbour», wie ihn der Sarbanes-Oxley Act zugunsten dieses Experten vorsieht,<sup>118</sup> ist im Zusammenhang mit der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung kein Raum;<sup>119</sup> geschuldet ist insoweit also nicht nur financial literacy, sondern die Sorgfalt eines Experten.

### c) Mindest- und Spezialqualifikation außerhalb von Ausschüssen

Es bleibt die Frage nach den Anforderungen an die Qualifikation der «gewöhnlichen» Mitglieder des Aufsichtsorgans – eine Frage, die sich vor allem für die dualistisch verfasste Gesellschaft stellt. Insoweit ist mit dem BGH davon auszugehen, dass jedes Mitglied des Aufsichtsorgans, gleich ob es sich um einen Anteilseigner- oder um einen Arbeitnehmervertreter handelt, über

---

115 Allgemein dazu BGHZ 122, 342, 355 ff.; RELLERMEYER, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 120 ff.; speziell zum audit committee ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 390, 401, 410; KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1000; SCHEFFLER, ZGR 2003, S. 236, 260 (freilich den Aspekt der Unabhängigkeit in den Vordergrund stellend, dazu unter IV.4.); gegen einen vollständigen Ausschluss der Arbeitnehmervertreter RAISER, MitbestG, 4. Aufl. 2002, § 25 Rdnr. 59. Speziell zur Frage der Vereinbarkeit der Mitbestimmung im Aufsichtsrat mit dem Sarbanes Oxley Act KRAUSE, WM 2003, S. 762, 770; KERSTING, ZIP 2003, 2010, 2012 f.

116 ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 390, 410 («unzweifelhaft»); KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 999; a. A. FISCHER, Der Konzern 2005, S. 67, 70.

117 Vgl. § 92 Abs. 4 a öAktG (dazu die Nachw. in Fn. 10); zu Ziffer 5.3.2 DCGK LIEDER, NZG 2005, S. 569 ff.; KIRSCHBAUM, DB 2005, S. 1473 ff.

118 Dazu HENSSLER, Der Konzern 2003, S. 255, 258; ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 390, 399.

119 So auch HENSSLER, Der Konzern 2003, S. 255, 258 («widersinnig»); siehe aber auch CLARK, The Juridical Review 2004, S. 195 ff. (206 f.), der vor dem Hintergrund verschärfter Sorgfaltspflichten allgemein die Gewinnbarkeit von non executive directors bezweifelt, hierbei aber wohl zu wenig das business judgment auch dieser Organwalter (dazu unter III.2.) berücksichtigt.



diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten verfügen muss, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne weitere sachverständige Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.<sup>120</sup> Selbstverständlich ist hierbei auf Art, Größe und Organisation des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens Rücksicht zu nehmen. Zudem kommt den Mitgliedern des Aufsichtsorgans gegebenenfalls die entlastende Wirkung einer Ausschussbildung zugute.<sup>121</sup> Über die Mindestqualifikation hinausgehende spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten hat das einzelne Mitglied des Aufsichtsorgans jedoch auch unabhängig von der Übernahme besonderer Funktionen jedenfalls dann einzubringen, wenn es auf Grund dieser Kenntnisse und Fähigkeiten gewählt worden ist.<sup>122</sup>

### 3. Zur Abgrenzung: Haftung für Treupflichtverletzung

Die Frage der erforderlichen Qualifikation ist unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten nur insoweit von Bedeutung, als die Verletzung von Sorgfaltspflichten in Frage steht; insoweit gilt, dass mangelnde Qualifikation nicht haftungsbefreiend wirkt.<sup>123</sup> Hiervon zu unterscheiden sind die organschaftlichen Treupflichten, denen auch die Mitglieder des Aufsichtsorgans unterliegen,<sup>124</sup> und zwar völlig unabhängig von ihrer Qualifikation. So versteht es sich, dass ein Mitglied des Aufsichtsorgans treuwidrig handelt, wenn es die Gesellschaft unter Ausnutzung von Informationen aus seiner Tätigkeit überverteilt,<sup>125</sup> ferner, wenn es das Leitungsorgan zu Rechtsgeschäften oder Maß-

120 BGHZ 85, 293, 295 f. – Hertie; näher dazu DREHER, in: Festschrift für Boujong, 1996, S. 71, 75 f.; MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 75 ff.; kritisch MÖLLERS, ZIP 1995, S. 1725, 1732 ff.

121 Dazu unter IV.2.a).

122 OLG Düsseldorf ZIP 1984, S. 825, 830 f.; LG Hamburg, AG 1982, S. 51, 53; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), 116 Rdnr. 57; MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 95; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 26 ff.; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 849; HOFFMANN-BECKING (Fn. 99), § 33 Rdnr. 46; ALTMIPPEN, ZGR 2004, S. 411 f.; DREHER, in: Festschrift für Boujong, 1996, S. 78 ff.; HENSSLER, in: Festschrift für BGH, 2000, Bd. 2, S. 387, 415 ff.; SÄCKER, AG 2004, S. 184; a. A. HÜFFER (Fn. 59), § 116 Rdnr. 3, K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 III 1d; SCHWARK, in: Festschrift für Werner, 1984, S. 848, 850 f., 853 f.; WIRTH, ZGR 2005, S. 327, 334 ff., allerdings mit Vorbehalt für vorsätzliches Handeln; krit. MUTTER/GAYK, ZIP 2003, S. 1773 ff.

123 Vgl. auch MünchKommAktG/KALSS (Fn. 38), § 116 Rdnr. 785; GUYON, Juris Classeur 2002, Art. 132–10, Tz. 35 f.

124 Allg. zur Unterscheidung zwischen der duty of care und der duty of loyalty (bzw. fiduciary duties) HANNIGAN, Company Law, 2003, S. 190 ff.; GUYON, Juris\_Classeur 2002, Art. 132–10, Tz. 37; ABELTSHAUSER, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 49 ff., 271 ff.; PAEFGEN, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 172 ff.; speziell für den Aufsichtsrat DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 5 ff., 41 ff., 47 ff.; HÜFFER (Fn. 59), § 116 Rdnr. 4 f.

125 FLECK, in: Festschrift für Heinsius, 1991, S. 89, 92 ff. (99 f.).

nahmen veranlasst, die es aufgrund seiner Überwachungsaufgabe zu beanstanden hätte.<sup>126</sup> Vor allem sind auch die Mitglieder des Aufsichtsorgans zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geheimnisse, darunter insbesondere vertrauliche Berichte und Beratungen, verpflichtet.<sup>127</sup> Dieser für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsorgans nachgerade elementare und die notwendige Kehrseite für die kontinuierlich ausgeweiteten Informationsrechte bildende Rechtssatz findet sich nunmehr ausdrücklich – und auf sämtliche Organwalter bezogen – in Art. 49 SE-VO verankert. Ihm kommt auch und gerade hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter in mitbestimmten Aufsichtsorganen Bedeutung zu.<sup>128</sup> Festzustellen ist freilich, dass Recht und Realität nicht unerheblich divergieren und insbesondere die Belegschaft sowie der Betriebsrat häufig über Informationen aus erster Hand verfügen, bevor das für die Informationsweitergabe zuständige Leitungsorgan «offiziell» und vor allem dosiert die Unterrichtung vornimmt.<sup>129</sup> Aufgabe und Pflicht des Leitungsorgans der Gesellschaft ist es, derartige Pflichtverletzungen nach Maßgabe der jeweiligen aktienrechtlichen Regelungen zu sanktionieren und hierdurch nicht nur das Unternehmensinteresse an Geheimhaltung vertraulicher Informationen, sondern zugleich die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsorgans zu sichern.

#### 4. *Unabhängigkeit*

##### a) Zum Tatbestand

Die zuletzt angesprochenen Treupflichten leiten unmittelbar zu einem zentralen Aspekt der Corporate Governance-Debatte über, nämlich dem der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsorgans. Auch das noch so qualifizierte Mitglied des Aufsichtsorgans bietet nämlich keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Überwachung der Geschäftsleitung, wenn es sich in einem Interessenkonflikt befindet und die Gefahr besteht, dass es diesen Konflikt zu Lasten der von ihm zu beaufsichtigenden Gesellschaft auflöst.<sup>130</sup> Die modernen

---

126 BGH, NJW 1980, S. 1629 f.; näher ULMER, NJW 1980, S. 1603 ff.

127 Vgl. §§ 116 S. 1 und 2, 93 Abs. 1 S. 2 AktG und dazu HÜFFER (Fn. 59), § 116 Rdnr. 6 ff.

128 Näher ULMER, in: Hanau/Ulmer, MitbestG, 1981, § 25 Rdnr. 99 ff.

129 Dazu namentlich NEUBÜRGER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 177, 193.

130 Näher zur Gefahr von und zum Umgang mit Interessenkonflikten DECKERT, DZWiR 1996, S. 406 ff.; DREHER, JZ 1990, S. 896 ff.; HANAU/WACKERBARTH, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit, 2004, S. 11 ff.; HOPT, ZGR 2004, S. 1, 5 ff., 25 ff.; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 766 ff.; ROTH/WÖRLE, ZGR 2004, S. 565 ff.; ULMER, NJW 1980, S. 1603 ff.; speziell im Zusammenhang mit Übernahmesachverhalten MARSCH-BARNER, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 12 Rdnr. 151 ff.; zum schweizerischen Recht L. MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats, 2004.

Regelsetzer widmen deshalb gerade diesem Aspekt größte Aufmerksamkeit.<sup>131</sup>

Für das Thema meines Referats, nämlich die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans, ist die Frage der Unabhängigkeit nur mittelbar von Interesse, nämlich insoweit, als es um die Frage geht, wie mit Interessenkonflikten umzugehen ist. Immerhin lässt sich konstatieren, dass der zunehmende Ruf nach unabhängigen Mitgliedern des Aufsichtsorgans Druck auf zwei Institutionen des deutschen Aktien- und Wirtschaftsrechts ausübt, nämlich zum einen auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan der Gesellschaft, zum anderen auf das Konzernrecht des AktG, das sich einerseits als Schutzrecht versteht, andererseits aber eine konzernoffene Tendenz zum Ausdruck bringt und insoweit durchaus organisationsrechtlichen Charakter hat:

- Was zunächst die unternehmerische Mitbestimmung betrifft, so lässt sich nicht leugnen, dass sie nachgerade auf die Institutionalisierung eines Interessenkonflikts hinausläuft, die sich zunehmender Kritik ausgesetzt sieht.<sup>132</sup> Bekanntlich bedurfte es denn auch einer Ausnahmebestimmung in einer Durchführungsverordnung der SEC zum Sarbanes-Oxley Act, um Arbeitnehmervertreter nicht a priori den Zugang zu dem audit committee einer in den U. S. A. gelisteten Gesellschaft zu verwehren.<sup>133</sup> Auf europäischer Ebene gelten Führungskräfte ausweislich der Empfehlung der Kommission vom 15.2.2005 generell nicht als unabhängig,<sup>134</sup> was vor dem Hintergrund, dass die Mitbestimmung nunmehr – wenn auch nur im Sinne einer um eine Auffangregelung ergänzten Verhandlungslösung – auch der S. E. und der Europäischen Genossenschaft eigen ist,<sup>135</sup> durchaus bemerkenswert ist. Bemerkenswert ist auch, dass Gewerkschaftsvertreter dem Unabhängigkeitstest des Sarbanes-Oxley Act und der Kommissionsempfehlung Stand halten – und dies vor dem Hintergrund der gleichsam «na-

---

131 Zum Sarbanes-Oxley Act s. unter I. mit Nachw. in Fn. 3; zur Empfehlung der Kommission vom 15.2.2005 siehe unter I. mit Nachw. in Fn. 6; siehe ferner Sec. A.3 und C.3 des Combined Code (siehe unter II.2.a) und dazu HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 152 ff.; Ziff. 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex und dazu KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1016 ff.; zu Italien und Frankreich HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 156 ff.; allgemein zur Unabhängigkeit im Gesellschafts- und Unternehmensrecht HOPT ZGR 2004, S. 1 ff.; DRUEY, in: Festschrift für Doralt, 2004, S. 151 ff.

132 Vgl. ZÖLLNER, AG 1994, S. 336, 338; BERNHARDT, ZHR 159 (1995), S. 310, 316 f.; KÜBLER, in: Festschrift für Döser, 1999, S. 237 ff.; ULMER, AcP 202 (2002), S. 143, 162 ff.; DERS., ZHR 166 (2002), S. 271 ff.

133 Vgl. WILLMS, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 14 Rdnr. 27 f.; KRAUSE, WM 2003, S. 762, 770 f.; KERSTING, ZIP 2003, 2010, 2012 f.; HABERSACK, ZHR 168 (2004), S. 373, 376 f.

134 Empfehlung der Kommission (Fn. 6), Anh. II, sub. 1.b).

135 Zur SE-Ergänzungsrichtlinie s. Fn. 35; zur Genossenschaft siehe Richtlinie 2003/72/EG vom 22.6.2003 (ABl. Nr. L 207/25).

türlichen» Gegnerschaft in Tariffragen und des hierzulande sogar grundgesetzlich verbürgten Streikrechts auch der Gewerkschaftsvertreter.<sup>136</sup>

- Nicht unproblematisch ist die Kommissionsempfehlung auch insoweit, als nach ihr – wie im übrigen auch nach der Durchführungsverordnung der S. E. C.<sup>137</sup> – der Kontrollaktionär und seine Repräsentanten als nicht unabhängig gelten.<sup>138</sup> Dass eine entsprechende Regelung mit den Grundlagen des Konzernrechts unvereinbar wäre, ist schon verschiedentlich dargelegt worden.<sup>139</sup> In der Tat basiert nicht nur im deutschen Recht die Konzernleitung auf dem Einfluss, der der Konzernspitze im Zusammenhang mit der Bestellung und Abberufung der geschäftsführenden Direktoren abhängiger Gesellschaften zukommt. Würde man der Konzernspitze dieses Einflusspotential über eine entsprechend weite Auslegung des Erfordernisses der Unabhängigkeit des Ausschussmitglieds nehmen, wäre letztlich die Grundlage der Konzernleitung beseitigt. Die Kommissionsempfehlung ist denn auch umso bemerkenswerter, als der Aktionsplan an anderer Stelle eine Rahmenbestimmung in Aussicht stellt, der zufolge die «Leitung eines Konzernunternehmens eine abgestimmte Konzernpolitik festlegen und umsetzen darf, sofern die Interessen seiner Mitglieder wirkungsvoll geschützt werden und die Vor- und Nachteile im Lauf der Zeit gerecht auf die Aktionäre des Unternehmens verteilt werden.»<sup>140</sup> Hierin kommt die berechtigte Vorstellung zum Ausdruck, dass der Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger durch Regeln über das zulässige Maß der Einflussnahme auf die Geschäftsführung, durch Ausgleichsregeln, durch Verhaltenspflichten der Organwalter sowie gegebenenfalls durch Austrittsregeln und Durchgriffstatbestände,<sup>141</sup> nicht aber durch die Vereitelung der Möglichkeit zur Konzernleitung zu besorgen ist.<sup>142</sup> Die nicht zu leug-

---

136 Zum Fall Bsirske s. LUTTER/QUACK, in: Festschrift für Raiser, 2005, S. 259 ff.; MÖLLERS, NZG 2003, S. 697 ff.; allg. LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 777 ff.; HOPT, ZGR 2004, S. 1, 35 ff. – Interessenkonflikte von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat stark relativierend HANAU/WACKERBARTH (Fn. 130), S. 64 ff.

137 WILLMS, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), Rdnr. 24.

138 Zur Kritik siehe bereits HANDELSRECHTSAUSSCHUSS DES DAV, ZIP 2003, S. 1909, 1910; ARBEITSGRUPPE EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTSRECHT, ZIP 2003, S. 863, 869; HABERSACK, NZG 2004, S. 1, 5; DERS., ZHR 168 (2004), S. 373, 377 f. – Zum Combined Code siehe HOPT/LEYENS, ECFR 2004, S. 135, 152 f.

139 Vgl. die Nachw. in Fn. 138; siehe ferner KLEINDIEK, in: Abeltshauer/Buck (Fn. 113), S. 103, 110 f.; LIEDER, NZG 2005, S. 569, 571 f.

140 Aktionsplan (Fn. 4), Nr. 3.3, NZG 2003, Beilage zu Heft 13, S. 11; näher dazu HABERSACK, NZG 2004, S. 1, 7 f.

141 Oder Verlustausgleichspflichten nach Art des § 302 AktG.

142 Dem entspricht es, dass die Mitglieder der Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft nicht verpflichtet sind, konzernleitende Maßnahmen zu unterbinden; sie haben vielmehr zu überprüfen, ob die nachteiligen Maßnahmen im Konzerninteresse liegen, ausgleichsfähig sind und tatsächlich ausgeglichen werden, siehe die Nachw. in Fn. 88.

nenden Interessenkonflikte in der Person des Kontrollaktionärs sind mit anderen Worten dem Konzerntatbestand immanent und sollten nach Lage der Dinge mit den spezifischen Mitteln des Konzernrechts bekämpft werden. Ziffer 5.4.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der seit Sommer 2005 geltenden Fassung trägt diesen Gegebenheiten zu Recht dadurch Rechnung, dass er zwar die Wahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder empfiehlt, die Unabhängigkeit indes schon dann als gewahrt ansieht, wenn das Mitglied in keiner geschäftlichen oder persönlichen, einen Interessenkonflikt begründenden Beziehung zur Gesellschaft oder deren Vorstand steht.

Schon diese Überlegungen zeigen, dass die Forderung nach unabhängigen Mitgliedern des Aufsichtsorgans im engen Zusammenhang mit dem jeweiligen nationalen Aktienrecht (einschließlich des Rechts der Mitbestimmung der Arbeitnehmer) zu sehen und der Tatbestand der Unabhängigkeit deshalb nur bedingt einer Definition durch supranationale Vorschriften zugänglich ist.

#### b) Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Interessenkonflikten

Das Thema meines Referats, nämlich die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsorgans, ist dagegen berührt, soweit Interessenkonflikte drohen oder tatsächlich auftreten und sich die Frage stellt, wie mit diesen umzugehen ist.

(i) Insoweit sind zuvörderst die Mitglieder des Aufsichtsorgans gefragt, soweit sie den Aktionären *Vorschläge für die Wahl* weiterer Mitglieder des Aufsichtsorgans unterbreiten oder über die *Zusammensetzung von Ausschüssen* zu entscheiden haben.<sup>143</sup> Sie haben sich bei ihrer Auswahlentscheidung insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und, wenn ja, in welchem Umfang mit dem Auftreten von Interessenkonflikten zu rechnen ist. Kandidaten, in deren Person mit einem dauerhaften Konflikt zu rechnen ist, sollten grundsätzlich erst gar nicht vorgeschlagen werden, und zwar ungeachtet der in Ziffern 5.5.2 und 5.5.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex vorgesehenen Pflicht zur Offenlegung des Konflikts gegenüber dem Aufsichtsrat sowie im Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung. Konzernrechtliche Besonderheiten dürfen nach Maßgabe der unter a) getroffenen Feststellungen berücksichtigt werden. Unter Geltung einer Rechtsordnung, die, wie die deutsche, Überkreuzverflechtungen und Konzernleitung gestattet, kann also in dem Vorschlag zur Hinzuwahl eines – fachlich qualifizierten – Reprä-

---

143 Siehe dazu noch unter V.1., 2.

sentanten des herrschenden Unternehmens noch keine Pflichtverletzung gesehen werden. Anders verhält es sich dagegen in der unabhängigen Gesellschaft. Bei ihr kann insbesondere der Vorschlag eines Kandidaten, der organschaftliche Funktionen oder Beratungsaufgaben bei einem Wettbewerber der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens ausübt, den Vorwurf der Pflichtverletzung begründen.<sup>144</sup> Dies gilt auch dann, wenn sich nach dem anwendbaren Aktienrecht ein Wettbewerbsverbot nicht begründen lässt<sup>145</sup> und die Aktionäre zudem davon absehen, über statutarische Eignungsvoraussetzungen die Hinzuwahl solcher Personen zu verhindern, die Organwalter oder leitende Angestellte konkurrierender Unternehmen sind.<sup>146</sup>

(ii) Die vorstehend erwähnten Pflichten im Zusammenhang mit der Unterbreitung von Wahlvorschlägen und der Ausschussbildung schließen das Aufkommen von Interessenkonflikten nicht aus. So mag es sein, dass die Aktionäre sich über einen Wahlvorschlag des Aufsichtsrats hinwegsetzen und einen Kandidaten wählen, der unter einem Konflikt leidet. Zudem pflegen Interessenkonflikte bisweilen erst nach Übernahme des Amtes aufzutreten. Wie dem auch sei: Dem betroffenen Mitglied des Aufsichtsorgans obliegt es jedenfalls, einen in seiner Person entstandenen oder sich abzeichnenden und dem Aufsichtsorgan noch nicht bekannten Interessenkonflikt diesem gegenüber *offenzulegen*. Eine entsprechende Verhaltenspflicht lässt sich ohne Weiteres aus der organschaftlichen Treubindung des Mitglieds des Aufsichtsorgans gegenüber der Gesellschaft herleiten,<sup>147</sup> so dass die entsprechende Empfehlung in Ziffer 5.5.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex rein deklaratorischer Natur ist.

(iii) Mit der Offenlegung des Interessenkonflikts ist es nicht getan. Sie gibt vielmehr den *übrigen Mitgliedern* des Aufsichtsorgans Anlass, über den Umgang mit dem Konflikt zu entscheiden. Zu prüfen ist insbesondere, ob ein Stimmverbot eingreift.<sup>148</sup> Soweit das nicht der Fall ist, findet sich bisweilen

---

144 So für den Vorschlag unqualifizierter Kandidaten LUTTER, ZIP 2003, S. 417, 418; KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1013; siehe ferner GÖTZ, AG 1995, S. 337, 345 f.; kritisch SÜNNER, ZIP 2003, S. 834 ff.; WIRTH, ZGR 2005, S. 327, 342 f.

145 Vgl. § 105 Abs. 2 S. 4, 125 Abs. 1 S. 3 AktG, ferner BGHZ 39, 116, 123; HÜFFER (Fn. 59), § 103 Rdnr. 13b; a. A. LUTTER, ZHR 145 (1981), S. 224, 236 ff. Für die gerichtliche Bestellung siehe auch OLG Schleswig BB 2004, S. 1189 und dazu LUTTER/KIRSCHBAUM, ZIP 2005, S. 103 ff.; WIRTH, ZGR 2005, S. 327, 343 f.

146 Vgl. Art. 47 Abs. 3 SE-VO, § 100 Abs. 4 AktG und dazu REICHERT/SCHLITT, AG 1995, S. 241, 248 ff.; WIRTH, ZGR 2005, S. 327, 346 f.

147 Für den Vorstand HOPT, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 93 Rdnr. 185; FLEISCHER, WM 2003, S. 1045, 1050; allg. HOPT, ZGR 2004, S. 1, 25 ff.

148 Dazu HÜFFER (Fn. 59), § 108 Rdnr. 9.

die Empfehlung, das betroffene Mitglied möge sich seiner Stimme enthalten;<sup>149</sup> bisweilen wird dies sogar mit der Empfehlung verbunden, zur Wahrung des leichten Übergewichts der Anteilseignerseite im quasi-paritätisch besetzten Aufsichtsrat<sup>150</sup> einen Arbeitnehmersvertreter zur Stimmenthaltung zu motivieren.<sup>151</sup> Mit der Gesamtverantwortung aller Mitglieder für die Willensbildung des Aufsichtsorgans dürfte sich ein entsprechendes Verhalten indes kaum vertragen. Aus dieser Gesamtverantwortung ergibt sich vielmehr folgende Pflichtenlage:

- Auszugehen ist zunächst davon, dass in der Teilnahme an einem pflichtwidrigen Mehrheitsbeschluss ein haftungsrelevantes Fehlverhalten liegt. Zum Schadensersatz verpflichtet sind dann jedenfalls die den Beschluss tragenden Mitglieder des Aufsichtsorgans. Im Ergebnis ist es auch anerkannt, dass sich keiner von ihnen darauf berufen kann, dass der Beschluss auch ohne seine Mitwirkung zustande gekommen wäre und es somit an der Kausalität seines Fehlverhaltens fehlt:<sup>152</sup> So wenig sich ein Mitglied des Aufsichtsorgans auf das Mitverschulden anderer Organwalter berufen kann, so wenig kann es sich darauf berufen, dass es wegen des Verschuldens anderer Organwalter auch ohne sein Zutun zum Eintritt des Schadens gekommen wäre. Was das überstimmte Mitglied betrifft, so kann es zwar nicht für sein Stimmverhalten in die Verantwortung gezogen werden, da es insoweit schon an einem pflichtwidrigen Verhalten fehlt. Dem überstimmten Mitglied kann es jedoch obliegen, gegen die Ausführung eines gesetzes- oder satzungswidrigen Beschlusses einzuschreiten. Bei solchen Beschlüssen muss in der Tat die Loyalitätspflicht, die es im Allgemeinen gebietet, einen Mehrheitsbeschluss anzuerkennen, zurücktreten. Oder anders formuliert: Für Loyalität gegenüber der Mehrheit ist überhaupt nur Raum, soweit diese sich im Rahmen von Gesetz und Satzung bewegt.
- Vor diesem Hintergrund haben Mitglieder des Aufsichtsorgans für fehlerhafte Mehrheitsbeschlüsse grundsätzlich auch dann einzustehen, wenn sie sich der Stimme enthalten haben, überstimmt worden sind oder aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht an der Abstimmung teilgenommen haben; das gilt auch im Fall von Interessenkollisionen. Ein Schuldvorwurf ist in diesen Fällen dann begründet, wenn sie es pflichtwidrig unterlassen haben, ihre Bedenken gegen den Beschluss oder die Maßnahme aktiv vor-

---

149 KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1110.

150 Dieses leichte Übergewicht ergibt sich aus dem Zweitstimmrecht des Vorsitzenden des Aufsichtsrat (§ 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG) sowie dem Recht der Anteilseignersvertreter, den Vorsitzenden in einem etwa erforderlichen zweiten Wahlgang zu wählen (§ 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG).

151 KREMER (Fn. 149).

152 Näher für den Vorstand FLEISCHER, BB 2004, S. 2645, 2647 mit Nachw.

zubringen und alles zur Verhinderung Geeignete zu unternehmen.<sup>153</sup> Bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände kann es dem Mitglied des Aufsichtsorgans auch obliegen, den Inhalt eines Beschlusses gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>154</sup> Eine Amtsniederlegung zur Vermeidung der Haftungssanktion kann nur ganz ausnahmsweise gefordert werden.<sup>155</sup>

Somit muss es bei Nichteingreifen eines Stimmverbots dabei bewenden, dass das Mitglied des Aufsichtsorgans seine organschaftlichen Befugnisse im Interesse der Gesellschaft auszuüben hat. Sieht es sich außerstande, diesem Interesse den Vorrang vor dem kollidierenden Interesse einzuräumen, obliegt es ihm, sein Amt niederzulegen, wenn es der Haftung entgegen will. So hat es bekanntlich Lord PETER LEVENE gehalten,<sup>156</sup> der seinen Sitz im Aufsichtsrat der Deutschen Börse AG vor allem in der Erwartung geräumt haben dürfte, bei den sich seinerzeit abzeichnenden Entscheidungen in der Folge der Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Hedgefond The Children's Investment Fund (TCI) seine Rolle als Chairman von Lloyd's of London und die damit einher gehende Vernetzung mit der Londoner Finanzwelt nicht ausblenden zu können.

Von der Möglichkeit der Niederlegung des Mandats unberührt bleibt im Übrigen die in Ziffer 5.5.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex empfohlene und unabhängig hiervon aus der Treubindung ableitbare<sup>157</sup> Pflicht, bei Auftreten eines wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Konflikts das Amt niederzulegen und hierdurch für die volle Funktionsfähigkeit des Aufsichtsorgans zu sorgen. Kommt das betroffene Mitglied seiner Verpflichtung zur Niederlegung des Mandats nicht nach, trifft die anderen Mitglieder des Aufsichtsorgans die Pflicht, für das Ausscheiden dieses Mitglieds zu sorgen, insbesondere also Antrag auf gerichtliche Abberufung zu stellen.<sup>158</sup>

---

153 Im Ausgangspunkt hM, vgl. LG Düsseldorf, ZIP 2004, S. 2044, 2045; MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 53; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 116 Rdnr. 58; ULMER, in: Hanau/Ulmer (Fn. 128), § 25 Rdnr. 119; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 835 ff.; eingehend VETTER, DB 2004, S. 2625 ff.; zu eng LG Berlin ZIP 2004, S. 73, 76.

154 MünchKommAktG/SEMLER (Fn. 12), § 116 Rdnr. 55 f.; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 837; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 116 Rdnr. 39; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), S. 13 Rdnr. 39; VETTER, DB 2004, S. 2625 f.; gegen Klageobliegenheit wohl BGHZ 135, 244, 248 = NJW 1997, S. 1926; OLG Düsseldorf BB 1 996 230 f.

155 Enger – in keinem Fall – LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 838; DORALT, in: Semler/v. Schenck (Fn. 3), § 13 Rdnr. 40; VETTER, DB 2004, S. 2627.

156 Börsen-Zeitung vom 27. 4. 2005, S. 3, und vom 30. 4. 2005, S. 8; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 4. 2005, S. 23.

157 HÜFFER (Fn. 59), § 116 Rdnr. 5; KölnKomm/MERTENS (Fn. 68), § 116 Rdnr. 32; LUTTER/KRIEGER (Fn. 79), Rdnr. 772.

158 Zutr. SEMLER/STENGEL, NZG 2003, S. 1, 6.



## V. Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans für effiziente Überwachung

### 1. Grundlagen

Im bisherigen Verlauf des Referats war wiederholt festzustellen, dass es vor allem das Aufsichtsorgan selbst ist, das in Ausübung seines Rechts auf Selbstorganisation für die Effizienz seiner Überwachungstätigkeit zu sorgen hat:

- So obliegt es dem Aufsichtsorgan, mit der gebotenen Sorgfalt und im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft über die Bildung und Zusammensetzung von Ausschüssen, über die Unterbreitung von Wahlvorschlägen und über den Umgang mit auftretenden Interessenkonflikten zu entscheiden.
- Darüber hinaus ist das Aufsichtsorgan aufgerufen, einer «Amputation» seiner Befugnisse und Aufgaben, wie sie sich durch die Verlagerung von Führungsaufgaben auf leitende Angestellte, aber auch durch Maßnahmen der Konzernbildung und -umorganisation ergeben kann, durch Begründung von Zustimmungsvorbehalten sowie durch Sicherstellung einer konzerndimensionalen Überwachung zu begegnen.
- Auch hat es selbst für die Unabhängigkeit des gewählten Abschlussprüfers zu sorgen, indem es die Erbringung sonstiger Dienstleistungen durch diesen an seine Zustimmung bindet.
- In die gleiche Richtung geht schließlich die Feststellung, dass es sich bei den Informationsrechten des Aufsichtsorgans um «Holschulden» handelt, das Aufsichtsorgan also aktiv für hinreichende Information durch den Vorstand zu sorgen und nach Lage des Falles auch den direkten Kontakt zu leitenden Angestellten, darunter insbesondere dem Leiter der internen Revision, zu suchen hat.

Von wesentlicher Bedeutung ist, dass all diese Ausprägungen des Selbstorganisationsrechts nicht nur eine berechtigende, sondern auch eine verpflichtende Seite haben:<sup>159</sup> Die Mitglieder des Aufsichtsorgans sind gehalten, von ihren Befugnissen im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft und unter strikter Beachtung des Effizienzgedankens Gebrauch zu machen. Auf Empfindlichkeiten des Leitungsorgans dürfen sie insoweit keine Rücksicht nehmen. Entsprechendes gilt im Übrigen, soweit Fehlverhalten eines Mitglieds des Aufsichtsorgans selbst im Raume steht. Zwar ist in diesem Fall das Leitungsorgan zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche der Gesellschaft berechtigt und nach Maßgabe des jeweiligen Aktienrechts auch verpflichtet.<sup>160</sup> Die übrigen Mitglieder des Aufsichtsorgans sollten aber auch ihrerseits

---

159 Vgl. bereits unter III.3., ferner HOPT, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, S. 909, 929.

160 Zur hiervon zu unterscheidenden Pflicht des Aufsichtsorgans zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Leitungsorgans vgl. Fn. 56.

disziplinierend auf ihr treu- oder sorgfaltswidrig handelndes Co-Mitglied einwirken und den Vorstand bei der Einleitung allfälliger Maßnahmen unterstützen. Zu denken ist namentlich an die Verletzung von Verschwiegenheitspflichten sowie an die Auflösung von Interessenkonflikten zu Lasten der Gesellschaft – bisweilen (und vor allem im mitbestimmten Aufsichtsrat)<sup>161</sup> handelt es sich bei den diesbezüglichen Pflichten nur um «law in the books».

## 2. Die «Vorschlagsverantwortung» des Aufsichtsorgans im Besonderen

Die vorstehend getroffenen Feststellungen gelten schliesslich in Sonderheit für die Unterbreitung von Vorschlägen zur Wahl weiterer Mitglieder des Aufsichtsorgans.<sup>162</sup> Zwar trifft es zu, dass das Aufsichtsorgan kein Kooptationsrecht hat und zudem auch Aktionäre Wahlvorschläge unterbreiten können.<sup>163</sup> Indes geht es nicht darum, die Mitglieder des Aufsichtsorgans einer Erfolgs haftung für die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans zu unterstellen. Soweit sie allerdings dazu berufen sind, auf die Wahl weiterer Mitglieder durch die Aktionäre hinzuwirken, haben sie ihrer «Vorschlagsverantwortung»<sup>164</sup> mit der gebotenen Sorgfalt und im ausschliesslichen Interesse der Gesellschaft an einem effizient arbeitenden und mit hinreichender Expertise ausgestatteten Aufsichtsorgan zu handeln.<sup>165</sup> Der Combined Code setzt insoweit unter Punkt A. 4. nicht nur auf ein formales und transparentes Nominierungsverfahren unter Federführung eines Nominierungsausschusses, sondern darüber hinaus auf die Entwicklung eines Anforderungsprofils, mithin auf eine prozedurale Regulierung des Vorschlagswesens. Entsprechende Forderungen lassen sich auch für das schweizerische Aktienrecht vernehmen.<sup>166</sup> Nach Ziffer 5.4.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex soll dagegen darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über die zur ordnungsgemässen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen und hinreichend unabhängig sind. Als vorzugswürdig erscheint eine Kombination beider Ansätze:

---

161 Hierzu NEUBÜRGER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 177, 193 mit zutr. Hinweis auf die Erwartungshaltung insbesondere der Arbeitnehmerseite.

162 Vgl. bereits unter IV.4.b).

163 Dies betonen SÜNNER, ZIP 2003, S. 834, und WIRTH, ZGR 2005, S. 327, 342 f.

164 BÖCKLI (Fn. 1), Rdnr. 1463.

165 GÖTZ, AG 1995, S. 337, 345 f.; LUTTER, ZIP 2003, S. 417, 418; KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1013.

166 BÖCKLI (Fn. 1), Rdnr. 1463.

(i) Was zunächst die materielle Seite betrifft, so ist das Aufsichtsorgan nicht nur gehalten, auf das Vorliegen der Mindestqualifikation und – nach Maßgabe des anwendbaren Aktienrechts<sup>167</sup> – auf das Fehlen dauerhafter Interessenkonflikte zu achten. Vielmehr muss es darüber hinaus berücksichtigen,<sup>168</sup> dass eine ordnungsgemäße Erledigung der Überwachungsaufgabe jedenfalls grundsätzlich die Existenz eines finanziellen Experten<sup>169</sup> und nach Möglichkeit auch die Existenz eines in Fragen der Unternehmensfinanzierung und der Vergütung des Leitungsorgans kundigen Mitglieds voraussetzt. Zudem sollte das Überwachungsorgan zumindest über ein Mitglied verfügen, das dem Leitungsorgan als adäquater und kritischer Gesprächspartner in Fragen der Führung und strategischen Entwicklung des Unternehmens dienen kann. Die Notwendigkeit hinreichender Expertise zeigt sich etwa am Beispiel des Equitable Life-Falls, der den Gegenstand sowohl einer richtungsweisenden Entscheidung des High Court of Justice (QB)<sup>170</sup> als auch eines voluminösen Untersuchungsberichts<sup>171</sup> bildet und die Frage der Qualifikation und Verantwortlichkeit der nicht geschäftsführenden Direktoren auch für das englische Recht in aller Schärfe und Offenheit thematisiert. In dem «Conclusions and Lessons» gewidmeten 7. Teil des erwähnten Untersuchungsbericht heißt es (auf S. 697), dass keiner der nicht geschäftsführenden Direktoren über besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Versicherungswesens im Allgemeinen und des Aktuarwesens im Besonderen verfügt hat und in der Folge sämtliche dieser Direktoren «totally dependent on actuarial advice» waren. Darüber hinaus hatten die nicht geschäftsführenden Direktoren «a poor understanding of the Society's developing financial position.» Das gesamte Aktuar-Management war delegiert worden, was, so der Report, in dieser Totalität nicht hätte erfolgen dürfen.

(ii) In prozeduraler Hinsicht muss sich das Aufsichtsorgan der Tatsache bewusst werden, dass die Vorschlagsverantwortung bei ihm und nur bei ihm liegt. Es ist allerdings ein offenes Geheimnis, dass es in der Praxis häufig zu einer sehr weitgehenden Einbeziehung des Leitungsorgans oder zumindest des Vorsitzenden desselben in den Auswahlprozess kommt, häufig in Form ei-

---

167 Zum «Konzernkonflikt» siehe unter IV.4.a).

168 Vgl. die Nachw. in Fn. 165; krit. die in Fn. 163 Genannten.

169 Dazu bereits unter IV.2.b).

170 High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court, Urteil vom 17.10.2003, Case No: 2002 Folio 406, Westlaw Dokument 2003 WL 22 257 858. Es handelt sich um eine ein summarisches Verfahren abschließende Entscheidung, in der aber doch (und dies verleiht ihr grundsätzlichen Charakter) die Verantwortlichkeit der nicht geschäftsführenden Direktoren erstmals in aller Deutlichkeit thematisiert und anerkannt wird.

171 PENROSE-Report, abrufbar unter [http://www.hm-treasury.gov.uk/independent\\_reviews/penrose\\_report/indrev\\_pen\\_index.cfm](http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/penrose_report/indrev_pen_index.cfm).

nes Zusammenwirkens mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsorgans unter faktischer Verdrängung der «einfachen» Mitglieder desselben.<sup>172</sup> Ausweislich einer neueren empirischen Studie erfolgt die Auswahl der Vorschläge nur in 26,3% aller im DAX, MDAX und Nemax 50 zum 31.10.2001 gelisteten Gesellschaften ausschließlich durch den Aufsichtsrat.<sup>173</sup> Da tröstet es nur wenig, dass die Verhältnisse im Vereinigten Königreich ähnlich zu liegen scheinen.<sup>174</sup>

Dass die dominierende oder zumindest starke Rolle des CEO oder Vorstandsvorsitzenden bei der Auswahl der Überwacher deren Unabhängigkeit und kritische Distanz sowie die Bereitschaft, sich abzeichnende Missstände offensiv anzugehen, nicht eben fördert, liegt auf der Hand. Nun dürfte eine offene und auch nach außen verlautbarte Einflussnahme des Leitungsorgans, wie sie etwa bei der I. G. Farben begegnete, der Vergangenheit angehören; von dieser ist nämlich überliefert, dass der Vorstand die ihm als geeignet erscheinenden Kandidaten direkt angesprochen und bisweilen – nach Wahl des Kandidaten – in dessen Namen sogar die Annahme des Amtes bestätigt hat.<sup>175</sup> Heutzutage dürfte zwar die Form eingehalten werden.<sup>176</sup> Geboten ist indes ein Wahlvorschlag, der auch materiell vom Aufsichtsorgan und nur von ihm verantwortet wird. Hierzu bedarf es einer offenen Aussprache im Plenum, das hierbei zwar das Leitungsorgan anhören darf, diesem jedoch klar zu signalisieren hat, dass sich das Aufsichtsorgan seine eigene Meinung zu bilden habe und auch bilden werde. Einzuräumen ist freilich, dass die diesbezüglichen Pflichten aller Mitglieder des Aufsichtsorgans «haftungsrechtlich nicht fassbar» sind.<sup>177</sup> Immerhin sollte das Aufsichtsorgan das dem Wahlvorschlag vorangegangene Verfahren dokumentieren und imstande sein, kritischen Fragen von Aktionären zu begegnen.

---

172 Vgl. LUTTER, ZHR 159 (1995), S. 287, 301; ULMER, AcP 202 (2002), S. 143, 161 f.; ROTH/WÖRLE, ZGR 2004, S. 565, 600 ff.; für das US-amerikanische Recht KRAAKMAN (Fn. 21), S. 139.

173 RUHWEDDEL/EPSTEIN, BB 2003, S. 161, 165.

174 Vgl. HIRT, I. C. C. L. R. 2003, S. 245, 254 f.

175 GALL (Fn. 1), S. 103 mit Hinweisen auch zum sehr «eigenwilligen» Beschlussverfahren des Aufsichtsrats.

176 Vgl. in diesem Zusammenhang aber auch BGHZ 153, 32 betreffend den Vorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers, der in der Bekanntmachung der Tagesordnung zur Hauptversammlung abweichend von § 124 Abs. 3 S. 1 AktG von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam unterbreitet worden ist; näher zu dieser Entscheidung GELHAUSEN/KUSS, NZG 2003, S. 424 ff.; HABERSACK, NZG 2003, S. 659 ff.; MARX, DB 2003, S. 431 ff.

177 So HOPT, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, S. 909, 927.

## VI. Schluss

Eine neuere Studie über Recht und Wirklichkeit der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats<sup>178</sup> gelangt zu der Feststellung, dass die Funktionsdefizite des Aufsichtsrats am wenigsten in unzureichender fachlicher Qualifikation, ganz wesentlich vielmehr in der «mentalen» Abhängigkeit, wie sie sich aufgrund der Einflussnahme des Leitungsorgans auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und dem hieraus geförderten Bewusstsein der «Zusammengehörigkeit» ergeben, begründet liegen. Diese Feststellung deckt sich nicht nur in wesentlichen Teilen mit der hier betonten Verpflichtung des Aufsichtsorgans zur effizienten und funktionsgerechten Wahrnehmung seiner Organisations- und Überwachungsbefugnisse. Sie findet vielmehr in der gängigen und in Ziffer 3.6 des Deutschen Corporate Governance Kodex sogar als Ausdruck guter Corporate Governance qualifizierten Praxis getrennter Vorbesprechungen zwischen den Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern ihre «offizielle» Bestätigung; denn die Anregung zu solchen Vorbesprechungen ist bekanntlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass es im mitbestimmten Aufsichtsrat nicht zuletzt mit Blick auf das Reputationsinteresse des Vorstands an einer offenen Diskussionskultur fehlt.<sup>179</sup> Ergänzend wird man die Vermeidung von der Kontrolle nicht förderlichen Vergütungsanreizen<sup>180</sup> sowie eine weitere Limitierung der Zahl der Aufsichts- und Verwaltungsratsmandate<sup>181</sup> als notwendige Voraussetzungen für effiziente Überwachungstätigkeit nennen müssen. Hören wir hierzu noch einmal HERMANN JOSEF ABS: «Wo entsteht also Vertrauen? Doch nur im Rahmen der operativen Behandlung der Macht.» Dies verlange unter anderem stete Präsenz – die «mangelnde Teilnahme an Sitzungen und Ausschüssen» sei der eigentliche «Missbrauch der Macht».<sup>182</sup>

---

178 ROTH/WÖRLE, ZGR 2004, S. 565 ff.

179 NEUBÜRGER, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Fn. 11), S. 177, 194; BERNHARDT, ZHR 159 (1995), S. 310, 312; KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 403 ff.; vgl. aber auch die rechtstatsächlichen Erhebungen und deren Bewertung in JÜRGENS/LIPPERT (Fn. 72), S. 36 ff.

180 Dazu BGH, NJW 2004, S. 1109; HABERSACK, ZGR 2004, S. 721 ff. mit weit. Nachw.; siehe ferner die Empfehlung der Kommission vom 14.12.2004 (Fn. 5).

181 Dazu § 100 Abs. 2 AktG, Ziffer 5.4.3 Deutscher Corporate Governance Kodex; KREMER, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 12), Rdnr. 1047 ff.

182 GALL (Fn. 1), S. 341.