

Der Aufsichtsrat – Satzung, Beschlüsse, Verträge

Dr. Sebastian Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und
Gesellschaftsrecht, Steuerstrafverteidiger

Petra Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und
Gesellschaftsrecht, Steuerstrafverteidiger, zertifizierter Mediator

Bastienne Korts, B.Sc., M.Sc., MiM.

2022 Januar

I. Vorwort

II. Die gesellschaftsrechtliche Stellung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft

III. Musterformulierungen mit Kommentierung

1. Mustersatzung (Auszug)
2. Musterbeschluss der Hauptversammlung (Auszug)
3. Kommentierung
 - a) Zur Mustersatzung
 - aa) § 10 der Mustersatzung – Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat
 - aaa) Gesetzliche Voraussetzungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat
 - bbb) Satzungsmaßige Voraussetzungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat
 - ccc) Informationspflicht über den Wegfall von Voraussetzungen
 - bb) § 11 der Mustersatzung – Abberufung, Niederlegung
 - aaa) Abberufung
 - bbb) Niederlegung
 - cc) § 12 der Mustersatzung – Aufgaben des Aufsichtsrats
 - dd) § 13 der Mustersatzung – Besondere Pflichten des Aufsichtsrats
 - aaa) Verschwiegenheitspflicht
 - bbb) Informationspflicht bei Directors' Dealings
 - ee) § 14 der Mustersatzung – Audit Committee
 - aaa) Rechtliches Erfordernis eines Audit Committee
 - bbb) Zusammensetzung und Aufgaben eines Audit Committee im Rahmen des deutschen Aktienrechts
 - ff) § 15 der Mustersatzung – Vergütung des Aufsichtsrats
 - aaa) Vergütungsregelung
 - bbb) Steuerliche Aspekte der Aufsichtsratsvergütung

- gg) § 16 der Mustersatzung – Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern
- b) Zum Musterbeschluss der Hauptversammlung
 - aa) Bewilligung der Vergütung
 - bb) Erfolgsabhängige Vergütung
 - cc) D&O-Versicherungen

IV. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

V. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

1. Überblick über die Mitbestimmung in deutschen Unternehmen
2. Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz
3. Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz
4. Vergütung der Arbeitnehmervertreter aus steuerlicher Sicht

VI. Literaturverzeichnis

I. Vorwort

Die Arbeit der Aufsichtsräte in Deutschland ist in den letzten Jahren durch einige wichtige Gesetzesänderungen beeinflusst worden. Zu nennen sind an dieser Stelle die Einführung der sogenannten Geschlechterquote sowie die umfassende Neuregelung der Vorschriften zu den *directors' dealings* und verbotenen Insidergeschäften durch die Marktmissbrauchsrichtlinie. Der komplett neu gefasste Corporate Governance Kodex legt ein besonderes Augenmerk auf die Unabhängigkeit von Aufsichtsräten und sieht eine Vielzahl von Empfehlungen hierzu vor. Auch die Rechtsprechung zur Frage der Haftung des Aufsichtsrats und der gerichtlichen Konkretisierung der Aufgaben des Aufsichtsrats hat die Arbeit von Aufsichtsräten komplexer und haftungsträchtiger werden lassen. Prüfungsausschuss und Compliance sind u.a. die Stichworte, mit denen jeder Aufsichtsrat sich aktuell auseinandersetzen muss. Die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung wegen Pflichtversäumnissen von Aufsichtsräten ist nach wie vor ein Dauerbrenner bei den Gerichten. Die Frage nach der angemessenen Vergütung und die Kombination von Beratungsvertrag und Aufsichtsratsmandat sind ebenfalls weiterhin im Fokus.

Zu fragen ist angesichts dieser umfangreichen Erweiterung des Pflichtenkreises von Aufsichtsräten, welchen Regelungen und Verantwortlichkeiten das einzelne Aufsichtsratsmitglied im Gesellschaftsrecht, Schuldrecht, Arbeitsrecht und Steuerrecht unterliegt, unterliegen könnte oder unterliegen sollte.

Die Neuauflage des vorliegenden Werkes befasst sich darüber hinaus auch wieder mit den Problemen der Aufsichtsratsvergütungen unter dem Gesichtspunkt der deutschen Corporate-Governance-Regeln die Absicherung von Aufsichtsräten durch eine Directors' and Officers' Liability Insurance.

Köln, Januar 2022

Petra Korts

II. Die gesellschaftsrechtliche Stellung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft

Der Aufsichtsrat ist gesetzliches Pflichtorgan einer Aktiengesellschaft, § 30 AktG. Er hat mindestens drei Mitglieder, § 95 Satz 1 AktG. Die Satzung kann eine höhere Anzahl festlegen, diese Anzahl muss jedoch durch Drei teilbar sein, § 95 Sätze 2 und 3 AktG. Die konkrete Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder richtet sich nach der Höhe des Grundkapitals, § 95 Satz 4 AktG. Bei einem Grundkapital von bis zu 1,5 Mio. EUR sind maximal neun Mitglieder vorgesehen. Liegt das Grundkapital über 1,5 Mio. EUR und unter 10 Mio. EUR, liegt die Höchstzahl bei 15 Aufsichtsratsmitgliedern. Bei einem Grundkapital von mehr als 10 Mio. EUR sind einundzwanzig Aufsichtsratsmitglieder möglich. Gleichzeitige Mitgliedschaften in Vorstand und Aufsichtsrat schließen sich gegenseitig aus, § 105 Abs. 1 AktG.

Die konkrete Zusammensetzung des Aufsichtsrats gestaltet sich unterschiedlich. In Aktiengesellschaften mit mehr als 500 aber weniger als 2000 Arbeitnehmern muss der Aufsichtsrat zu 2/3 aus Anteilseignervertretern und zu 1/3 aus Arbeitnehmervertretern bestehen, § 96 Abs. 1 Alt. 4 AktG, § 1 DrittelbG. In Aktiengesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern muss das Verhältnis zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern 1:1 betragen, § 96 Abs. 1 Alt. 1 AktG, §§ 1 Abs. 1, 7 MitbestG. In den Gesellschaften, die gem. § 1 MontanMitbestG dem Montanmitbestimmungsgesetz unterliegen, sind je gleiche Anzahlen von Arbeitnehmervertretern und Anteilseignervertretern sowie ein zusätzlicher Neutraler vorgeschrieben, § 96 Abs. 1 Alt. 2 AktG, § 4 Abs. 1 MontanMitbestG. In allen anderen Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern besteht der Aufsichtsrat nur aus Anteilseignervertretern, § 96 Abs. 1 Alt. 6 AktG.¹

Die Mitglieder des Aufsichtsrats, welche die Anteilseigner vertreten, werden von der Hauptversammlung gewählt, § 101 Abs. 1 AktG, § 8 MitbestG, § 5 MontanMitbestG. Die Arbeitnehmervertreter werden von den Arbeitnehmern gewählt, die Hauptversammlung hat darauf keinen Einfluss, § 9 MitbestG, § 6 MontanMitbestG, § 5 DrittelbG.

§ 96 Abs. 2 AktG regelt die Geschlechterquote² im Aufsichtsrat. Betroffen sind in der Privatwirtschaft börsennotierte Unternehmen, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegen, d. h. Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mit in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern sowie Europäische Aktiengesellschaften (SE), die mit derselben Zahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern im Aufsichts-

¹ Ausnahme: § 1 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 DrittelbG.

² Die Vorschriften zur Geschlechterquote wurden eingefügt durch das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24.4.2015, BGBl. I S. 642, in Kraft seit dem 1.5.2015.

oder Verwaltungsorgan verfügen. Der Aufsichtsrat betroffener Unternehmen muss sich aus mindestens 30% Frauen und mindestens 30% Männern zusammensetzen. Seit dem 1.1.2016 ist die Quote sukzessive für die seitdem neu zu besetzenden Aufsichtsratsposten beachten, § 25 Abs. 2 EGAktG. Eine gegen die Quote verstoßende Aufsichtsratswahl ist nichtig, die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Plätze bleiben rechtlich unbesetzt („leerer Stuhl“). Die Gesetzesbegründung weist im Zusammenhang mit dieser Nichtigkeit darauf hin, dass diese zunächst keine Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrates haben sollte, auch der auf diese Weise unterbesetzte Aufsichtsrat bleibe im Grundsatz beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt (§ 108 Abs. 2 Satz 2 AktG). Nur wenn es gerade auf die Stimme des nicht wirksam gewählten Aufsichtsratsmitglieds ankommen sollte, sei die Wirksamkeit des Beschlusses in Frage gestellt.³ Nach der Rechtsprechung des BGH⁴ ist ein Aufsichtsratsbeschluss nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst, wenn Nichtmitglieder mitgestimmt haben, deren Stimmen für die Beschlussfassung ursächlich waren (meint gleichermaßen Annahme oder Ablehnung eines Beschlussantrages). Nichtmitglied in diesem Sinne ist auch das nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglied (ebenfalls Nichtmitglied ist das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl erfolgreich angefochten wird). Der BGH hält jedoch fest, dass es Ausnahmen geben kann und für jeden Einzelfall zu prüfen sei, ob bei einer erfolgreichen Anfechtung eines Aufsichtsratsbeschlusses eine Rückabwicklung den berechtigten Interessen der Beteiligten zuwiderlaufen würde.

Unternehmen, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind, also in der Regel mehr 500 aber weniger als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, sind verpflichtet, Zielgrößen und Fristen zur Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat, im Vorstand und auf der oberen Management-Ebene festzulegen, § 76 Abs. 4 AktG und § 111 Abs. 5 AktG. Liegt Frauenanteil in einer Führungsebene unter 30 %, darf die festgelegte Zielgröße nicht darunter liegen. Die erste Frist für die Erreichung der gesteckten Ziele war spätestens bis zum 30.9.2015 festzulegen und durfte max. bis zum 30.6.2017 dauern, § 25 Abs. 1 EGAktG. Danach dürfen die Fristen max. 5 Jahre dauern. Zudem gibt es eine öffentliche Berichtspflicht über die festgelegten Zielgrößen und deren Erreichen, vgl. § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG.

Der Aufsichtsrat als so genanntes Innenorgan ist fast ausschließlich für interne Vorgänge der Gesellschaft zuständig. Nur in Ausnahmefällen vertritt er die Gesellschaft,⁵ so gegenüber amtierenden oder früheren Vorstandsmitgliedern⁶

³ BR-Drs. 636/14 v. 29.12.2014 S. 146.

⁴ BGH v. 19.2.2013, II ZR 56/12, NJW 2013, 1535.

⁵ Zur Vertiefung: *Theusinger/Guntermann*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die AG? - Neues vom BGH zu § 112 AktG, AG 2017, 198.

⁶ Der Aufsichtsrat vertritt die AG auch in einem Rechtsstreit einer Vorstands-Witwe gegen die Gesellschaft auf Zahlung von Versorgungsbezügen: BGH, Urt. v. 16.10.2006 – II ZR 7/05.

(§ 112 AktG) und dem Abschlussprüfer (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG). Der Aufsichtsrat ist gegenüber der Hauptversammlung einmal jährlich berichtspflichtig. Dieser schriftlich zu erstattende Bericht umfasst das Ergebnis seiner Prüfung der Rechnungslegung und des Jahresabschlusses und seine Aufgabenerfüllung bei der Überwachung der Geschäftsführungstätigkeiten des Vorstands, § 171 Abs. 2 AktG. Die Satzung oder der Aufsichtsrat haben einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzustellen, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Der neue Corporate Governance Kodex 2020, der für börsennotierte Aktiengesellschaften zu beachten ist, legt ein besonderes Augenmerk auf die Unabhängigkeit der Aufsichtsräte. In Ziffern C.6 bis C.12 sieht er umfangreiche Indikatoren für diese empfohlene (Un-)Abhängigkeit fest⁷ und beschreibt, wovon der Aufsichtsrat unabhängig sein soll, nämlich von Vorstand und Hauptversammlung; der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll zudem unabhängig von kontrollierenden Aktionären sein.⁸ Sofern ein oder mehrere der im Kodex genannten Indikatoren der Abhängigkeit eines Aufsichtsrates gegen sein, dieser dennoch als unabhängig angesehen werden, so ist dies in der Erklärung zur Unternehmensführung zu begründen.⁹

⁷ Ziffer C.7 des des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

⁸ Ziffer C. 9 des des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

⁹ Ziffer C. 8 des des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

III. Musterformulierungen mit Kommentierung

Das Aufsichtsratsmitglied ist Organmitglied. Die Organstellung ist gesellschaftsrechtlicher Natur und entsteht durch einen Beststellungsakt der Hauptversammlung und Annahme der Bestellung durch die bestellte Person. Die organschaftlichen Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds sind im Gesetz festgelegt und können auch in gewissen Punkten Regelungen durch die Satzung erhalten.¹⁰

Das Aufsichtsratsmitglied hat im Verhältnis zur AG eine körperschaftsrechtliche Amtsstellung im Hinblick auf die Organfunktion des Aufsichtsrates. Daneben besteht nach h. M. kein vertragliches Anstellungsverhältnis, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis, das durch die Bestellung und die Annahme des Amtes zustande kommt und dessen Inhalt durch die gesetzlichen Vorschriften des AktG, die Satzung und einen etwaigen Vergütungsbeschluss der Hauptversammlung bestimmt wird.¹¹ Eine Vergütung kann der Aufsichtsrat gemäß § 113 AktG nur dann beanspruchen, wenn und soweit eine Vergütung in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung per Beschluss bewilligt wurde. Ohne eine solche satzungsmäßige Festsetzung oder beschlussmäßige Bewilligung ist die Aufsichtsrats Tätigkeit unentgeltlich. Es besteht auch kein Anspruch gemäß § 612 BGB auf die „übliche Vergütung“, da Voraussetzung ein vertragliches Anstellungsverhältnis wäre. Vertragliche Vereinbarungen über die Zahlung von Vergütung, die nicht durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss legitimiert sind, sind wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig; daraufhin erfolgte Zahlungen sind zurückzuzahlen.

Von Musterformulierungen auf schuldrechtlicher Ebene wurde in diesem Buch abgesehen. Bereits die grundsätzliche Wirksamkeit eines solchen schuldrechtlichen Vertrags, abgesehen von der Wirksamkeit bestimmter Vertragsinhalte, begegnet erheblichen Zweifeln, so dass der Abschluss eines solchen Vertrags nicht ohne juristische Beratung in dem konkreten Fall angeraten ist.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich daher mit dem Rechtsverhältnis der Aufsichtsräte auf gesellschaftsrechtlicher Ebene und beleuchten die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten problematischer und teilweise umstrittener Teilaspekte, wie beispielsweise Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nach § 114 AktG, Wettbewerbsverbote für Aufsichtsratsmitglieder, das Erfordernis der Einrichtung eines Audit Committees, Aktienoptionspläne für Aufsichtsratsmitglieder sowie die Grundlagen für die Berechnung einer erfolgsabhängigen Vergütung.

1. Mustersatzung (Auszug)

¹⁰ von Werder, Erfolgsfaktoren eines exzellenten Aufsichtsrates, DB 2017, 977.

¹¹ Hüffer/Koch, AktG, § 113 Rn. 2; Bürgers/Israel in Bürgers/Körber, AktG, § 101 Rn. 2.

§ 10 Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

1. Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer Mehrheitsgesellschafter, mittelbarer Mehrheitsgesellschafter oder mit Veto-Stimmrecht ausgestatteter Gesellschafter oder Mitglied eines Aufsichts-, Vertretungs-, oder Verwaltungsorgans eines Unternehmens ist, welches in den Tätigkeitsbereichen der Gesellschaft im Wettbewerb mit der Gesellschaft steht, welches mit einem solchen Wettbewerbsunternehmen verbunden ist oder welches ein verbundenes Unternehmen der Gesellschaft im Sinne von §§ 17 ff. AktG ist.

Mitglied des Aufsichtsrats kann weiterhin nicht sein, wer bei einer Tochtergesellschaft oder mittelbaren Tochtergesellschaft oder einem gemäß §§ 17 ff. AktG verbundenen Unternehmen der Gesellschaft eine Organstellung innehat oder an einer solchen Gesellschaft zu 25% oder mehr unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist.

Diese Beschränkungen gelten nur für Aufsichtsratsmitglieder, die von der Hauptversammlung ohne Bindung an Wahlvorschläge gewählt oder aufgrund der Satzung in den Aufsichtsrat entsandt werden.

2. Entfällt eine gesetzliche oder satzungsgemäße Amtsvoraussetzung in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds nach Amtsantritt, so ist dieses Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, dies der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung hat schriftlich an den Vorstandsvorsitzenden zu erfolgen, der seinerseits unverzüglich die Hauptversammlung hiervon in Kenntnis zu setzen hat.

§ 11 Abberufung, Niederlegung

1. Die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds vor Ablauf seiner Amtszeit durch die Hauptversammlung bedarf eines Beschlusses mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Gründe für die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds sind insbesondere
 - Wegfall der satzungsmäßigen Amtsvoraussetzungen nach § 10 der Satzung;
 - Verstoß des Aufsichtsratsmitglieds gegen die Meldepflicht gegenüber der Gesellschaft nach § 13 Abs. 2 der Satzung;
 - Verstoß des Aufsichtsratsmitglieds gegen § 16 der Satzung;
 - Verstoß eines Mitglieds des Audit Committee gegen § 14 Abs. 2 der Satzung.

Diese Regelung gilt nicht für Arbeitnehmervertreter.¹²

2. Mitglieder des Aufsichtsrats können ihr Amt durch schriftliche Erklärung an den Vorsitzenden des Vorstands mit einer Frist von drei Monaten zum Quartalsende niederlegen. Die Möglichkeit der

¹² Arbeitnehmervertreter nach dem MitbestG, dem DrittelbG und dem Montan-MitbestG können nur mit einer ¾-Mehrheit der Wahlberechtigten abberufen werden.

fristlosen Niederlegung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

§ 12 Aufgaben des Aufsichtsrats

1. Der Aufsichtsrat hat die ihm durch Gesetz und Satzung auferlegten Rechte und Pflichten ausschließlich im Interesse der Gesellschaft eigenverantwortlich, höchstpersönlich und weisungsunabhängig zu erfüllen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben dabei stets die Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden. Sie sind verpflichtet, im Aufsichtsrat aktiv mitzuwirken, sich auf Sitzungen sorgfältig vorzubereiten und sich über die Verhandlungsgegenstände ein Urteil zu bilden und zu vertreten. Der Aufsichtsrat darf zur Erfüllung seiner Aufgaben externe Berater beauftragen.
2. Der Aufsichtsrat kann neben zu den bereits per Satzung¹³ und Gesetz¹⁴ vorgesehenen Ausschüssen weitere Ausschüsse bilden¹⁵ und deren Aufgaben und Kompetenzen festlegen.
3. Bei der jährlichen Bilanzsitzung des Aufsichtsrats besteht Präsenzpflicht für jedes Aufsichtsratsmitglied.

§ 13 Besondere Pflichten des Aufsichtsrats

1. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Stillschweigen zu bewahren. Dies gilt auch nach Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat.
2. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, die Gesellschaft, sowie die zuständige staatliche Behörde unverzüglich von Geschäften im Sinne eines „directors' dealing“ oder eines Insidergeschäftes in Kenntnis zu setzen. Die Gesellschaft ist verpflichtet, diese Informationen unverzüglich in der geltenden gesetzlich vorgeschriebenen Weise zu veröffentlichen.¹⁶

¹³ § 14 der Mustersatzung: der Prüfungsausschuss.

¹⁴ Der gem. § 27 Abs. 3 MitbestG zu bildende Ausschuss.

¹⁵ Z.B. den Nominierungsausschuss gemäß Ziffer D. 5 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

¹⁶ Die Vorschriften zum „directors' dealings“ (Art. 19 Marktmissbrauchsverordnung) oder eines Insidergeschäftes (Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung) gelten nur für börsennotierte Gesellschaften. Es ist jedoch empfehlenswert, eine solche Satzungsbestimmung auch bereits für den Fall einer geplanten Börsennotierung aufzunehmen. So kann im Falle des Börsengangs eine aufwendige Satzungsänderung vermieden werden. Auch für nicht börsennotierte Gesellschaften könnte eine an solche Mitteilungs- und Veröffentlichungspflicht der Aufsichtsräte (und Vorstände) im Sinne einer Verbesserung der Unternehmenstransparenz erwägenswert sein. Eine solche Formulierung könnte lauten:

„Jedes Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, den Vorstandsvorsitzenden unverzüglich von einem Erwerb oder der Veräußerung von Aktien der Gesellschaft, von Wertpapieren, bei denen ein Umtauschrecht auf Aktien der Gesellschaft eingeräumt wird, und sonstigen Rechten zum Erwerb oder der

§ 14 Audit Committee

1. Unmittelbar nach der Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters bildet der Aufsichtsrat einen aus (...) Mitgliedern bestehenden Prüfungsausschuss (Audit Committee), dessen Mitglieder und dessen Vorsitzender vom Aufsichtsrat gewählt werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann nicht Vorsitzender des Prüfungsausschusses sein.¹⁷ Ein Mitglied des Ausschusses wird vom Aufsichtsrat zum Finanzexperten des Prüfungsausschusses ernannt.
2. Mitglied des Audit Committee kann nicht sein,¹⁸
 - wer neben seiner Aufsichtsratsvergütung sonstige Bezüge von der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft, z. B. im Sinne von §§ 114, 115 AktG, erhält; dies gilt nicht bei Bezügen aus einer Altersvorsorge der Gesellschaft;
 - dessen Ehepartner oder minderjährige Kinder Bezüge von der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft erhalten;
 - wer gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person ist oder wer zur Vertretung einer Personengesellschaft berechtigt ist, die Bezüge von der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft erhält oder wer Gesellschafter, Partner oder leitender Angestellter einer solchen juristischen Person oder Personengesellschaft ist.

Entsteht einer der vorgenannten Ausschlussgründe in der Person eines Audit-Committee-Mitglieds nach Antritt des Ausschuss-Amtes, so ist dieses Mitglied verpflichtet, dies der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung hat schriftlich an den Vorstandsvorsitzenden zu erfolgen, der seinerseits unverzüglich die Hauptversammlung hiervon in Kenntnis zu setzen hat.

Diese Beschränkungen gelten nicht für Arbeitnehmervertreter.¹⁹

Veräußerung von Aktien der Gesellschaft in Kenntnis zu setzen. Ausgenommen hiervon sind der Erwerb als Vergütungsbestandteil sowie Geschäfte des Aufsichtsratsmitglieds und der mit dieser Person in einer engen Beziehung stehenden Personen, deren Gesamtsumme einen Betrag von 5.000 Euro bis zum Ende des Kalenderjahres nicht erreicht.“

Korrespondierend hierzu sollte eine entsprechende Mitteilungspflicht für Vorstände und eine entsprechende Veröffentlichungspflicht verankert werden. Nahestehende Personen von Organmitgliedern können jedoch per Satzung nicht zur Mitteilung verpflichtet werden.

¹⁷ Vgl. Ziffer D. 4 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

¹⁸ Diese Ausschlüsse in Abs. 2 entsprechen den Unabhängigkeitserfordernissen für Audit-Committee-Mitglieder des Sarbanes-Oxley Act. Zusätzlich schließt der SOX Personen aus, die dem Unternehmen oder einer Tochtergesellschaft „nahe stehen“, vgl. zur Auslegung dieses Rechtsbegriffes *Gruson/Kubicek*, AG 2003, 337, 341 f.

¹⁹ Die US-amerikanische Börsenaufsicht SEC lässt für deutsche Arbeitnehmervertreter, die zu Mitgliedern des Audit Committee gewählt werden, hinsichtlich des Nichterhaltens von sonstigen Bezügen eine Ausnahme zu.

3. Der Prüfungsausschuss hat folgende Aufgaben:²⁰

Prüfung der Rechnungslegung, Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und der Compliance.

a)

Der Ausschuss darf zur Erfüllung seiner Aufgaben externe Berater beauftragen.

Auszug aus dem Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte:

Der Vorstand bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats zu folgenden Geschäften:

...

Vereinbarungen mit den Abschlussprüfern des Unternehmens hinsichtlich grundsätzlich erlaubter Nicht-Prüfungsleistungen bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats;

...

§ 15 Vergütung des Aufsichtsrats

Die Aufsichtsratsmitglieder erhalten eine Vergütung, die von der Hauptversammlung festgelegt wird.

§ 16 Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

1. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne von § 114 Abs. 1 AktG sind ausgeschlossen.
2. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern oder mit juristischen Personen, deren gesetzlicher Vertreter ein Mitglied des Aufsichtsrats ist, oder mit Personengesellschaften, zu deren Vertretung ein Mitglied des Aufsichtsrats berechtigt ist, bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats.
3. Verträge im Sinne von §§ 114, 115 AktG mit Mitgliedern des Audit Committee, oder mit juristischen Personen, deren gesetzlicher Vertreter, Gesellschafter oder leitender Angestellter ein Mitglied des Audit Committee ist, oder mit Personengesellschaften, zu dessen Vertretung ein Mitglied des Audit Committee berechtigt ist oder deren Gesellschafter, Partner oder leitender Angestellter ein Mitglied des Audit Committee ist, sind ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist die Gewährung von Bezügen an Ehepartner oder minderjährige Kinder eines Mitglieds des Audit Committee.²¹

²⁰ Die Regelung orientiert sich an Ziffer D.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

²¹ Regelung für Gesellschaften, die dem Anwendungsbereich des Sarbanes-Oxley Act unterliegen, siehe auch § 14 Abs. 2 der Mustersatzung.

2. Musterbeschluss der Hauptversammlung (Auszug)

Hauptversammlung der Kölner Convertible Systems AG

...

Tagesordnungspunkt 2: Bewilligung der
Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern

Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten neben dem Ersatz ihrer Auslagen folgende Vergütungsleistungen:

1. Die Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten eine feste Vergütung je Amtsjahr, zahlbar in 12 gleichen Beträgen zum Ende eines Monats in Höhe von

Ordentliches Aufsichtsratsmitglied: (...)

EUR;

Stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender: (...)

EUR;

Aufsichtsratsvorsitzender: (...)

EUR.

Für die Tätigkeit als Ausschussmitglied erhöht sich die feste Vergütung um den Faktor 0,25 der festen Vergütung, für die Tätigkeit als Ausschussvorsitzender erhöht sich die feste Vergütung um den Faktor 0,75 der festen Vergütung.

Die Gesamthöhe der festen Vergütung ist limitiert auf das Doppelte der festen Vergütung bei ordentlichen Aufsichtsratsmitgliedern, das Dreifache der festen Vergütung bei stellvertretenden Aufsichtsratsmitgliedern und das Vierfache der festen Vergütung bei dem Aufsichtsratsvorsitzenden.

2. Die Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten Sitzungsgeld in Höhe von (...) EUR je Aufsichtsrats- bzw. Ausschusssitzung.
3. Die Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten jährlich nach der Hauptversammlung eine Tantieme in Höhe von (...) EUR. Diese Tantieme kommt nach drei Jahren zur Auszahlung. Sie erhöht oder verringert sich in dem Ausmaß, wie sich der durchschnittliche Aktienkurs des der Auszahlung vorangehenden Jahreszeitraums gegenüber dem durchschnittlichen Aktienkurs des dem Jahr der Gewährung vorangehenden Geschäftsjahres (bereinigt um Dividenden und Kapitalmaßnahmen) prozentual verändert.
4. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind berechtigt, das Firmenflugzeug der Gesellschaft für die Strecken zwischen Köln, München und Dresden für dienstliche Zwecke zu nutzen. Sie sind darüber hinaus berechtigt, die Fahrzeug-Pools der Gesellschaft an diesen Standorten der Gesellschaft für

dienstliche und private Zwecke zu nutzen. Für dienstliche Zwecke können die Mitglieder des Aufsichtsrats den jeweiligen Chauffeurdienst der Gesellschaft in Anspruch nehmen. Kraftstoffkosten für Privatfahrten mit Fahrzeugen der Gesellschaft werden den Mitgliedern des Aufsichtsrats nach Vorlage der entsprechenden Original-Belege erstattet.

5. Die Gesellschaft erstattet dem Aufsichtsratsmitglied die auf seine Bezüge entfallende Umsatzsteuer.
6. Bei Ausscheiden aus dem Amt vor Ablauf der Amtszeit wird die Vergütung anteilig gewährt.

Tagesordnungspunkt 3: Abschluss einer D&O-Versicherung

Zur Absicherung der Gesellschaft gegen Schadensersatzforderungen Dritter schließt die Gesellschaft eine D&O-Versicherung mit einer jährlichen Versicherungsprämie in Höhe von (...) EUR zzgl. Versicherungssteuer und einem § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG entsprechenden Selbstbehalt ab. Der versicherte Personenkreis soll die Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats und alle leitenden Angestellten²² umfassen und einen angemessenen Selbstbehalt der versicherten Personen für den Schadensfall vorsehen.

Der Vorstand wird zum Abschluss dieser Versicherung ermächtigt. Der Vorstand hat dabei dafür Sorge zu tragen, dass die Versicherungsbedingungen so ausgestaltet sind, dass die Versicherung nach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Auffassung der zuständigen Finanzverwaltung als eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung im überwiegend betrieblichen Interesse der Gesellschaft zu bewerten ist.

...

Beschlussformel

3. Kommentierung

a) Zur Mustersatzung

aa) § 10 der Mustersatzung – Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

aaa) Gesetzliche Voraussetzungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Das Gesetz sieht in § 100 AktG Beschränkungen vor, die der Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat entgegenstehen. Mitglied des Aufsichtsrats kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige und nicht betreute Person sein. Mitglied des Aufsichtsrats kann darüber

²² Gemeint sind Angestellte mit Entscheidungs- und Leitungsverantwortung. Je nach Personalstruktur ist ggf. eine Anpassung der Terminologie erforderlich.

hinaus nicht sein, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften mit einem Aufsichtsrat als Pflichtorgan Aufsichtsratsmitglied ist, wer gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist oder wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört. Eine weitere Einschränkung besteht darin, dass ein Vorstandsmitglied nicht gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrats sein kann. Der umgekehrte Fall ist ebenfalls grundsätzlich unzulässig, jedoch gilt die Ausnahme des § 105 AktG.

Liegen die persönlichen Voraussetzungen eines Aufsichtsratsmitglieds gemäß

§ 100 AktG zum Zeitpunkt des Amtsantritts (nicht der Wahl!) nicht vor, tritt Nichtigkeit des Wahlbeschlusses nach § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG ein. Der Gewählte ist nicht Mitglied des Aufsichtsrats. Fällt eine gesetzliche Amtsvoraussetzung in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds weg, so hat dies zur Folge, dass sein Amt in diesem Zeitpunkt kraft Gesetzes erlischt.

bbb) Satzungsmäßige Voraussetzungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Daneben kann die Satzung weitere persönliche Voraussetzungen vorschreiben (z. B. Alter, Aktionärs-eigenschaft, deutsche Staatsangehörigkeit u. Ä.²³). Dies gilt allerdings nicht für die in § 100 Abs. 4 AktG genannten Ausnahmen, z. B. für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Solche satzungsmäßigen Einschränkungen sind dann jedoch unzulässig, wenn dadurch der für eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat noch infrage kommende Personenkreis derart eingegrenzt ist, dass eine freie Auswahl der Hauptversammlung bei der Wahl des Aufsichtsrats nicht mehr möglich ist.²⁴

Aktuell (aber nicht neu) sind in diesem Zusammenhang die Fälle, in denen Aufsichtsratsmitglieder gleichzeitig einem Leitungs- oder Entscheidungsorgan eines Konkurrenzunternehmens angehören und sich dadurch in einer andauernden Konfliktsituation bei ihrer Aufgabenwahrnehmung sowohl bei dem einen als auch bei dem anderen Unternehmen befinden. Gleiches gilt, wenn Mehrheitsgesellschafter eines Unternehmens in den Aufsichtsrat eines Konkurrenzunternehmens drängen, um hier gewissen Einfluss auszuüben. Die Widerstandsfähigkeit des eigenen Aufsichtsrats gegen solche Fremdeinflüsse zu gewährleisten, dürfte in der Praxis eine große Rolle spielen. Damit verbunden ist die Frage, wie dies bewerkstelligt werden kann. Von der Möglichkeit des § 100 Abs. 4 AktG zur Festlegung statutarischer Amtsvoraussetzungen Gebrauch zu machen, liegt nahe.

Der Mustersatzungsentwurf sieht in § 10 unter Berücksichtigung von § 100 Abs. 4 AktG eine solche persönliche Amtsvoraussetzung vor, die die in § 100 AktG bereits verankerten Voraussetzungen ergänzt. Als Anknüpfungspunkt wurde hier einmal die Mitgliedschaft in einem

²³ Hüffer/Koch, AktG, § 100 Rn. 20.

²⁴ Hüffer/Koch, um AktG, § 100 Rn. 20..

Aufsichts-, Vertretungs- oder Verwaltungsorgan eines Konkurrenzunternehmens bzw. eines mit einem Konkurrenzunternehmen verbundenen Unternehmens gewählt. Umfasst sind dabei von dieser Aufzählung die Mitgliedschaften im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, einer KGaA oder einer GmbH (Aufsichtsorgan), die Mitgliedschaft im Vorstand einer AG bzw. die Stellung als Geschäftsführer einer GmbH (Vertretungsorgan) und die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat einer Europäischen Aktiengesellschaft mit monistischer Leitungsstruktur. Den zweiten Anknüpfungspunkt bildet die Stellung als Mehrheitsgesellschafter eines Konkurrenzunternehmens bzw. eines mit einem Konkurrenzunternehmen verbundenen Unternehmens. Die Konkurrenzsituation sollte definiert werden. Hierzu bietet es sich beispielsweise an, die wesentlichen Tätigkeitsbereiche, in denen eine Wettbewerbssituation vermieden werden soll, zu beschreiben.

Die Beschränkung dient dazu, von vornherein mögliche Interessenskollisionen und -konflikte auszuschließen, denen sich Aufsichtsräte möglicherweise gegenübersehen, wenn sie widersprüchliche Entscheidungskompetenzen innehaben. Der gesetzliche Regelungszweck des § 100 AktG, nämlich die Gewährleistung einer effektiven Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten,²⁵ wird durch die satzungsmäßige Einschränkung erheblich verstärkt.

Entfällt eine satzungsmäßige Amtsvoraussetzung nachträglich, so entfaltet dies allein noch keine Rechtsfolgen. Es kann nur im Rahmen des § 103 AktG (Abberufung) berücksichtigt werden.²⁶ Daher enthält der vorliegende Satzungsentwurf in § 11 die Regelung, dass der Wegfall einer satzungsmäßigen persönlichen Voraussetzung ein solches Recht zur Abberufung darstellen soll. Eine Bestimmung dergestalt, dass mit dem Wegfall einer satzungsmäßigen persönlichen Voraussetzung das Amt automatisch endet, wie es bei dem nachträglichen Wegfall von gesetzlichen Amtsvoraussetzungen der Fall ist, ist nach wohl h. M. nicht möglich, diese Situation kann in der Regel nur im Rahmen des § 103 AktG „Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder“ berücksichtigt werden.²⁷

Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt u.a., dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandsmitglieder angehören sollen.²⁸ Allerdings kann ein Verstoß gegen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex eine Anfechtungsklage hinsichtlich der Aufsichtsratswahl nicht begründen. So hatte das Landgericht München im Jahre 2007²⁹ die Anfechtung der Wahl des

²⁵ So Hüffer/Koch, AktG, § 100 Rn. 1.

²⁶ Hüffer/Koch, AktG, § 100 Rn. 27 a.E.

²⁷ Hüffer, AktG, § 101 Rn. 127 a.E.

²⁸ Ziffer C.11 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

²⁹ LG München I, Urt. v. 22.11.2007 – 5 HK O 10614/07, ZIP 2007, 2360; bestätigt durch die Berufungsinstanz OLG München Urt. v. 6.8.2008, 7 U 5628/07, BB 2009,

Herrn Prof. *Piech* in den Aufsichtsrat der MAN AG abgewiesen mit der Begründung, der Kodex habe weder Gesetzescharakter noch satzungsgleiche Wirkung. Grund für die Anfechtung waren in dem entschiedenen Fall u.a. das Alter von Herrn Prof. *Piech* bei seiner Wahl in den Aufsichtsrat (Ziffer 5.4.1 des Kodex` a.F.) und sein Aufsichtsratsmandat bei dem Wettbewerber Volkswagen AG (Ziffer 5.4.2 des Kodex` a.F.).

ccc) Informationspflicht über den Wegfall von Voraussetzungen

Um der Hauptversammlung die Möglichkeit zu geben, von dem Entstehen eines solchen Abberufungsrechts Kenntnis zu erlangen, ist in dem Entwurf eine unverzügliche Mitteilungspflicht des betroffenen Aufsichtsrats an den Vorstand vorgesehen, der seinerseits die Hauptversammlung zu informieren hat. Der Vorstand hat dann zunächst eigenständig zu entscheiden, ob er die Hauptversammlung zur Abberufung einberuft. Aktionäre haben daneben gemäß

§ 122 AktG die Möglichkeit, die Einberufung einer Hauptversammlung zu diesem Tagesordnungspunkt herbeizuführen. Eine solche Verpflichtung zur unverzüglichen Bekanntgabe geht über die gesetzlich geregelten Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds hinaus. Allerdings hängt diese Verpflichtung nicht mit der eigentlichen Aufsichtsrats Tätigkeit zusammen, sondern stellt im Zweifel lediglich eine Nebenpflicht dar. Angesichts der Tatsache, dass Aufsichtsratsbeschlüsse, die unter Beteiligung eines Aufsichtsratsmitglieds, welches nicht (mehr) die persönlichen Amtsvoraussetzungen erfüllt, nichtig oder zumindest anfechtbar sind, schaden solche Beschlüsse der Gesellschaft. Aus der allgemeinen Sorgfaltsverpflichtung und Treueverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft könnte sich eine solche Verpflichtung zur Bekanntgabe des Wegfalls von persönlichen Amtsvoraussetzung unter dem Gesichtspunkt der Schadensabwendung von der Gesellschaft bereits daraus ergeben. Damit wäre eine entsprechende vertragliche Verpflichtung von den gesetzlichen Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds gedeckt.

bb) § 11 der Mustersatzung – Abberufung, Niederlegung

aaa) Abberufung

Die Hauptversammlung kann ein Aufsichtsratsmitglied durch einen Beschluss mit der gesetzlich vorgeschriebenen $\frac{3}{4}$ -Mehrheit abberufen. Die Satzung kann für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (mit Ausnahme der Arbeitnehmervertreter nach dem MontanMitbestG und dem MitbestG) höhere oder geringere Abberufungsvoraussetzungen vorsehen. Der Musterentwurf macht von dieser Möglichkeit Gebrauch, indem die gesetzliche Stimmenmehrheit des Abberufungsbeschlusses von $\frac{3}{4}$ auf das Erfordernis von lediglich der Mehrheit der abgegebenen Stimmen reduziert wird. Darüber hinaus knüpft das Gesetz die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung an keine besonderen sachlichen Voraussetzungen. Da es sich bei dem Aufsichtsratsamt um eine Vertrauensstellung handelt, die durch die Hauptversammlung besetzt wird, soll die Hauptversammlung auch bei Wegfall dieses Vertrauens die Möglichkeit haben, das betreffende Aufsichtsratsmitglied abzuernufen.³⁰

Empfehlenswert erscheint jedoch, in der Satzung beispielhaft Gründe für eine Abberufung aufzuführen, wenn, wie in der vorliegenden Mustersatzung, besondere Bedingungen geschaffen worden sind, die mit einer Amtsführung nicht vereinbar sind. Denn der Wegfall satzungsmäßiger Amtsvoraussetzung führt nicht zu einer automatischen Amtsbeendigung, sondern bedarf eines Abberufungsbeschlusses der Hauptversammlung. Gerade im Hinblick auf die in der vorliegenden Mustersatzung verankerten evidenten Amtsvoraussetzungen sollte die Frage der Abberufung ausdrücklich geregelt sein. Es handelt sich dabei um folgende Bestimmungen, deren Verletzung die Abberufung des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds regeln sollen (wenn das Mitglied nicht bereits von sich aus das Amt niederlegt):

- Verstoß gegen die satzungsmäßigen Amtsvoraussetzungen in § 10 Mustersatzung,
- Verstoß gegen die Meldepflicht nach § 13 Mustersatzung,
- Verstoß gegen § 16 Mustersatzung hinsichtlich verbotener Verträge nach § 114 AktG sowie
- zusätzlich für Mitglieder des Audit Committee Verstoß gegen § 15 Abs. 2 der Mustersatzung.

bbb) Niederlegung

Das Thema der Amtsniederlegung durch ein Aufsichtsratsmitglied ist gesetzlich nicht geregelt. Nach der h. M. kann jedes Aufsichtsratsmitglied sein Amt ohne Angabe von Gründen jederzeit niederlegen, auch wenn die Satzung dies nicht vorsieht.³¹ Unberührt von der Niederlegung der organschaftlichen Stellung bleiben eventuelle vertragliche Verhältnisse des Aufsichtsratsmitglieds mit der Gesellschaft nach § 114 AktG; hierfür gelten die jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen bzw. die

³⁰ *Singhof*, AG 1998, 318, 320.

³¹ *Hüffer/Koch*, AktG, § 103 Rn. 17.

einschlägigen gesetzlichen Vorschriften der §§ 611 ff. bzw. 633 ff. BGB.³² Das Amt erlischt mit Zugang der Niederlegungserklärung bei der zuständigen Stelle – nach dem vorliegenden Entwurf mit Zugang beim Aufsichtsratsvorsitzenden – bzw. zu dem in der Niederlegungserklärung genannten (späteren) Zeitpunkt.³³

Um die Gesellschaft vor überraschenden sofortigen Amtsniederlegungen zu schützen, kann die Satzung Fristen und bestimmte Formen für die Niederlegung vorsehen. Für eine Niederlegung aus wichtigem Grund gelten diese Fristen jedoch nicht, da bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Niederlegung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.³⁴ Die Musterformulierung sieht daher eine Frist für die Niederlegung vor und weist gleichzeitig darauf hin, dass bei Vorliegen eines wichtigen Grundes diese Frist nicht gelten soll.

Umstritten ist die Frage, welche Folgen eine Amtsniederlegung zur Unzeit hat. Nach der wohl herrschenden Meinung hindert die Unzeit nicht die Wirksamkeit der Niederlegung, kann aber bei Fehlen eines Grundes zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen das niederlegende Aufsichtsratsmitglied führen.³⁵ Mit der hier vorgeschlagenen Fristenregelung zur Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund wird diese Thematik umgangen, da innerhalb der satzungsmäßigen Frist jedenfalls eine Unzeit nicht vorliegt. Für Amtsniederlegungen aus wichtigem Grund dürfte sich die Frage von Schadensersatzansprüchen jedenfalls dann nicht stellen, wenn der wichtige Grund eine sofortige Niederlegung rechtfertigt.

cc) § 12 der Mustersatzung – Aufgaben des Aufsichtsrats

Die Aufgaben, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder sind im Gesetz geregelt. Eine Einschränkung oder konkrete Handlungsanweisungen durch die Satzung oder Vertrag sind nicht möglich. Denn das Aufsichtsratsmitglied ist bei der Erfüllung seiner Rechte und Pflichten unabhängig und weisungsfrei.³⁶ § 12 des Musters orientiert sich daher mit seinem Wortlaut an den gesetzlichen Vorgaben der §§ 111 Abs. 1 (Aufgabe des Aufsichtsrats), 111 Abs. 5 (Höchstpersönlichkeit) und § 116 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG (Sorgfaltsmaßstab) sowie den allgemein in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Pflichten von Aufsichtsräten, wie Mitwirkungs-, Organisations-, Informations- und Prüfungspflicht sowie organschaftliche Treuepflicht.³⁷

Der Aufsichtsrat muss gemäß § 110 Abs. 3 AktG zweimal im Kalenderhalbjahr eine Sitzung abhalten (Pflichtsitzungen), bei nichtbörsennotierten Gesellschaften kann der Aufsichtsrat beschließen, dass eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abgehalten wird. In Ausnah-

³² Lutter/Krieger, § 1 Rn. 27.

³³ Lutter/Krieger, § 1 Rn. 30.

³⁴ Singhof, AG 1998, 318, 326.

³⁵ Lutter/Krieger, § 1 Rn. 27 a. E., ebenso Hüffer/Koch, § 103 Rn. 17.

³⁶ Lutter/Krieger, § 10 Rn. 692.

³⁷ Lutter/Krieger, § 10 Rn. 758 ff.

mefällen soll auch eine Sitzung in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend sein.³⁸ Ziel ist es hier, den Aufwand, der sich für die Gesellschaften aus der Erhöhung der Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats ergibt, in Grenzen zu halten und eine Internationalisierung der Aufsichtsratsbesetzung nicht zu erschweren. Seither müssen also die Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr zwingend bei allen Sitzungen des Aufsichtsrats körperlich anwesend sein. In der Literatur ist hinsichtlich dieser Durchbrechung der Präsenzpflicht im Zusammenhang mit dem ebenfalls durch das KonTraG neugefassten

Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist berechtigt, den Aufsichtsrat selbst einzuberufen, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende dem Einberufungsverlangen nicht nachkommt (§ 110 Abs. 2 AktG).

dd) § 13 der Mustersatzung – Besondere Pflichten des Aufsichtsrats

aaa) Verschwiegenheitspflicht

Das Aufsichtsratsmitglied ist gemäß § 116 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet; insbesondere über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen, § 116 Satz 2 AktG. Die vorgeschlagene Satzungsklausel orientiert sich am Gesetzestext, denn dieser kann durch die Satzung weder verschärft³⁹, noch abgeschwächt werden.⁴⁰ Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gilt als notwendiges Korrelat zur umfassenden Informationspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat. Als vertrauliche Informationen und Angaben gelten dabei solche Informationen und Angaben, die im Interesse des Unternehmens nicht über einen begrenzten Personenkreis hinaus erörtert werden sollen. Als Geheimnisse gelten solche Informationen, die nicht offenkundig sind, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind und von Dritten nicht ohne Weiteres beschafft werden können. Eine Verbreitung vertraulicher Informationen und Geheimnisse muss dem Gesellschaftsinteresse entgegenstehen und zu einem Nachteil für die Gesellschaft führen können. Nach herrschender Auffassung ist die Verschwiegenheitsverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds nicht auf seine Amtszeit beschränkt, sondern gilt darüber hinaus fort.⁴¹

Das Aufsichtsratsmitglied hat seine Verschwiegenheit auch gegenüber Personen zu bewahren, derer er sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben bedient. In der Regel wird das Aufsichtsratsmitglied die Vertraulichkeit dadurch herstellen, indem es diese Personen ebenfalls zur Vertraulichkeit verpflichtet und die Einhaltung durch Hinweise und Kontrolle überwacht.⁴²

Grundsätzlich besteht die Verschwiegenheitspflicht auch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, da es keine „gespaltene

³⁸ Hüffer/Koch, § 110 Rn. 11.

³⁹ BGH, Urt. v. 5. 6. 1975 – II ZR 156/73.

⁴⁰ Hüffer/Koch, AktG, § 116 Rn. 11.

⁴¹ Hüffer/Koch, AktG, § 116 Rn. 9.

⁴² Hüffer/Koch, AktG, § 116 Rn. 10.

Vertraulichkeit“ gibt.⁴³ Es kann sich für diese Aufsichtsratsmitglieder unter Umständen das Problem ergeben, inwieweit sie ihre Aufgabe der effektiven Vertretung der Arbeitnehmerinteressen mit ihrer Verschwiegenheitsverpflichtung vereinbaren können.

bbb) Informationspflicht bei Directors' Dealings

Seit dem 3.7.2016 gelten unmittelbar in allen EU-Staaten die EU-Marktmissbrauchsverordnung (MAR),⁴⁴ deren Art. 17 „Veröffentlichung von Insiderinformationen“ nunmehr die zentrale Rechtsgrundlage für die Bereich der Insiderverstöße und Ad-hoc-Publizitätspflicht darstellt. Daneben steht die (überarbeitete) Marktmissbrauchsrichtlinie 2014/57/EU,⁴⁵ die eine Harmonisierung der Strafvorschriften und Verwaltungssanktionen in dem vorsieht. Die Umsetzung in deutsches Recht erfolgte in einem ersten Schritt durch das „Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz“,⁴⁶ welches viele Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) ändert, wobei die europarechtlichen Vorschriften den nationalen Vorschriften vorgehen.⁴⁷ In einem zweiten Schritt wurden mit dem „Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetz“⁴⁸ weitere Änderungen des WpHG (u.a. eine Neunummerierung) vorgenommen.

Mit der Marktmissbrauchsverordnung gingen erhebliche Verschärfungen der Vorschriften zum Insiderhandel einher. So läuft nach der Neufassung des § 38 WpHG wegen eines vorsätzlichen Insiderverstößes nicht nur der Primärinsider,⁴⁹ sondern auch der sogenannte Sekundärinsider⁵⁰ Gefahr, wegen Insidergeschäften oder für eine unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen bestraft werden können (bislang handelten diese

⁴³ Hüffer/Koch, AktG, § 116 Rn. 11 m. w. N. für die h. M.

⁴⁴ EU-Marktmissbrauchsverordnung (*Market Abuse Regulation - MAR*) Nr. 596/2014 v. 16.4.2014, ABl. L 173/1. Verwendet wird im Deutschen auch die Abkürzung MMVO.

⁴⁵ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie - *Market Abuse Directive - MAD*), ABl. L 173/179. Die Umsetzungsfrist endete ebenfalls am 3.7.2016.

⁴⁶ Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG v. 30.6.2016, BGBl. I, 1514. Art. 1 des Gesetzes (Änderungen zur Umsetzung der Marktmissbrauchsverordnung und der Antimissbrauchsrichtlinie) ist bereits am 2.7.2016 in Kraft getreten, Art. 2 des Gesetzes (Änderungen zur Umsetzung der PRIIP-Verordnung VO (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte) ist am 31.12.2016 in Kraft getreten.

⁴⁷ Die BaFin hat als Orientierungshilfe eine Frage-und-Antwort-Liste zur Ad-hoc-Publizität sowie zu den Regelungen für Eigengeschäfte von Führungskräften auf ihrer Internetseite veröffentlicht unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Insiderueberwachung/insiderueberwachung_node.html.

⁴⁸ Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund Europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz - 2. FiMaNoG) vom 23.6.2017, BGBl. I, 1693.

⁴⁹ Primärinsider sind Personen, die als Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsratsorgans oder als persönlich haftender Gesellschafter des Emittenten oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens die Insiderinformationen erlangt haben.

⁵⁰ Sekundärinsider sind alle anderen Personen, die nicht Primärinsider sind, aber über Insiderinformationen verfügen.

sogenannten Sekundärinsider in solchen Fällen lediglich ordnungswidrig).

Der Begriff der Insiderinformation ist definiert in Art. 7 MAR, danach sind Insiderinformationen „nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen“. Der Begriff der Insiderinformation wird gem. Art. 7 Abs. 3 MAR ausdrücklich auch auf Zwischenschritte in einem gestreckten Vorgang ausgedehnt, falls diese für sich genommen die Kriterien für Insiderinformationen gemäß diesem Artikel erfüllen.

Der Begriff des Insidergeschäfts ist nach Art. 8 MAR weiter gefasst, als dies nach dem bisherigen nationalen Recht der Fall war, denn nach Art. 8 MAR stellt bereits eine auf Insiderinformationen basierende Stornierung oder Änderung eines bereits vor Erlangen der Insiderinformation erteilten Auftrags in Bezug auf ein Finanzinstrument ein verbotenes Insidergeschäft dar.

Art. 19 MAR beinhaltet die Meldepflicht von Führungskräften von Emittenten bzw. von Personen, die in enger Beziehung zu solchen Führungskräften stehen, bei Eigengeschäften („*Directors' Dealings*“). Diese Meldungen gegenüber dem Emittenten und der zuständigen Behörde (in Deutschland die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)) sind unverzüglich und spätestens drei Geschäftstage nach dem Datum des Geschäfts vorzunehmen, wenn und sobald aus den Geschäften ergebende Gesamtbetrag innerhalb eines Kalenderjahres 5.000 EUR überschreitet.

Weiterhin sind u. a. Insiderinformationen fünf Jahre lang auf der Website der Gesellschaft veröffentlicht werden, Art. 17 Abs. 1 Satz 4 MAR (bislang nur 1 Monat). Neu ist auch, dass nun auch Freiverkehrsemitenten ihre Insiderinformationen unverzüglich offenlegen müssen, Art. 17 Abs. 1 Satz 5 MAR.

Der Sarbanes-Oxley Act enthält in sec. 403 ähnliche Mitteilungspflichten für Direktoren und sonstige Board-Mitglieder der unter den Anwendungsbereich fallenden Gesellschaften⁵¹ (im übertragenen Sinne also für Vorstände und Aufsichtsräte nach deutschem Recht) über den Besitz, Erwerb und Verkauf von Aktien der Gesellschaft. Diese Regelung ist strenger als ihr deutsches Pendant. Die Mitteilungspflicht setzt bereits bei einer Stückzahl von einem Wertpapier ein. Es wird nicht unterschieden zwischen der Art der Gattung des Wertpapiers, so dass auch Stock Options von diesen Mitteilungspflichten umfasst sind.⁵²

Mit einer Satzungsklausel wie sie § 13 der Mustersatzung vorsieht, können Ansprüche zu Gunsten der Gesellschaft geschaffen werden,

⁵¹ Siehe zum Anwendungsbereich des Sarbanes-Oxley Act die Kommentierung zu § 16 der Mustersatzung.

⁵² *Lanferman /Maul*, DB 2002, 1725, 1730.

wenn Führungspersonen ihre Mitteilungspflicht verletzen. Eine Verpflichtung von Ehegatten, Lebenspartnern und Familienangehörigen des Aufsichtsratsmitglieds – wie gem. Art. 19 MAR – kann durch die Satzung nicht erreicht werden, da die Satzung nur Rechte und Pflichten im Rahmen der Gesellschaft, nicht jedoch für gesellschaftsfremde Dritte begründen kann. Eine Verpflichtung und Haftung dieser Personen ist ausschließlich auf der Grundlage des WpHG gegeben.

ee) § 14 der Mustersatzung – Audit Committee

aaa) Rechtliches Erfordernis eines Audit Committee

Großen Einfluss auf die Pflichten und Verantwortungsbereiche von Aufsichtsräten hat der im Sommer 2002 verabschiedete Sarbanes-Oxley Act (SOX). Er dient ausweislich der vorangestellten Gesetzesprämisse dem Schutz von Anlegern durch genauere und verlässlichere wertpapierrechtliche Publizitätspflichten und sieht eine Vielzahl von unterschiedlichen Maßnahmen, die an unterschiedliche Adressaten gerichtet sind, vor.⁵³ Der SOX gilt für Unternehmen, deren Wertpapiere an einer US-amerikanischen Börse notiert sind oder die Wertpapiere öffentlich in den USA anbieten, ohne diese Wertpapiere an einer US-amerikanischen Börse zu notieren. Betroffen hiervon sind also auch ausländische – mithin deutsche – Unternehmen (sog. Foreign Private Issuer), die diese Voraussetzungen erfüllen. Diese Unternehmen unterliegen einer fortlaufenden Berichtspflicht bei der Securities and Exchange Commission (SEC), der US-amerikanischen Börsenaufsicht. Diese US-amerikanischen Regelungen gelten darüber hinaus auch für solche deutsche Aktiengesellschaften, die Konzerntochter einer börsennotierten US-Gesellschaft sind, denn deren Ergebnisse fließen letztlich (u.a. Gewinnabführungen) in die Bilanz der US-Gesellschaft ein. Darüber hinaus müssen Wirtschaftsprüfungsunternehmen, die Prüfungen bei solchen Gesellschaften vornehmen, bei dem so genannten Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) registriert sein und unterliegen der Kontrolle dieses Gremiums.

Nach dem SOX haben CEO⁵⁴ und CFO⁵⁵ von betroffenen Gesellschaften z. B. für die jährlichen bzw. vierteljährlichen Geschäftsberichte schriftlich zu erklären, dass diese Berichte keine unwahren Tatsachen enthalten und die Jahresabschlüsse sowie andere Finanzinformationen im Wesentlichen die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zutreffend darstellen. Der Umfang der nach US-

⁵³ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 338.

⁵⁴ „Chief Executive Officer“. Versucht man, die Organ-Funktionen des monistisch ausgerichteten US-Board-System auf das in Deutschland gesetzlich verankerte dualistische Leitungssystem von Vorstand und Aufsichtsrat zu übertragen, dürfte der CEO dem Vorstandsvorsitzenden einer deutschen AG entsprechen.

⁵⁵ „Chief Financial Officer“, kann sinngemäß übersetzt werden mit Finanzvorstand. Ein entsprechendes Pendant im deutschen Recht ist gesetzlich nicht normiert, könnte aber ggf. dadurch entstehen, dass im Rahmen der Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands die „Finanzkompetenz“ auf ein bestimmtes Vorstandsmitglied übertragen wird.

amerikanischem Recht erforderlichen Finanzinformationen geht dabei bei weitem über das durch § 264 Abs. 1 HGB vorgeschriebene Maß hinaus.⁵⁶ Eine solche Berichterstattung muss Risiken, die sich aus der Tochtergesellschaft ergeben können, ebenfalls aufgreifen. Verknüpft ist diese Bestätigungspflicht mit einer strafrechtlichen Sanktion. War die abgegebene Erklärung unzutreffend und hatte das betreffende Organmitglied hiervon Kenntnis, so drohen Geldstrafen bis zu 1 Mio. US-Dollar oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder beides. Wurde die Erklärung sogar absichtlich unzutreffend abgegeben, so liegt die maximale Geldstrafe bei bis zu 5 Mio. US-Dollar und der Rahmen der möglichen Freiheitsstrafe bei bis zu 20 Jahren.⁵⁷

Eng verbunden mit dieser Bestätigungspflicht ist die Verpflichtung, ein internes Kontrollsystem einzurichten (Internal Control over Financial Reporting), welches sicherstellen soll, dass die wesentlichen Informationen über die Gesellschaft und deren konsolidierte Tochterunternehmen den unterzeichnenden Organmitgliedern zur Verfügung gestellt werden. Die Organmitglieder selbst sind für die Einrichtung, Funktionsfähigkeit und Effizienz dieses Kontrollsystems verantwortlich und haben die Effizienz dieses Kontrollsystems in den zu unterzeichnenden Berichten darzulegen und zu bewerten.⁵⁸

Daraus resultiert neben der strafrechtlichen Sanktion bei Abgabe einer unzutreffenden Bestätigung eine zivilrechtliche Haftung des betreffenden Organmitglieds. Die neue gesetzliche Regelung statuiert dabei eine Art Beweislastumkehr, indem von vornherein vermutet wird, dass das erklärende Organmitglied bei der Abgabe der unzutreffenden Erklärung eine entsprechende Pflichtverletzung begangen habe. Der Nachweis der mangelnden Kenntnis der Unrichtigkeit der abgegebenen Erklärung obliegt dem jeweiligen Organmitglied. Da dieses jedoch das interne Kontrollsystem zu verantworten hat, wird der Nachweis nur selten gelingen. Gelingt er, entsteht an dieser Stelle die Frage nach einer Haftung des Organmitglieds wegen Verletzung seiner Pflichten im Rahmen der internen Kontrolle.⁵⁹

Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder sind weiterhin verpflichtet, gegenüber der SEC (der US-Börsenaufsicht) anzuzeigen, wenn sie Aktien des Unternehmens halten. Anzuzeigen ist auch ein Wechsel bei der Inhaberschaft dieser Papiere. Unterlassene oder unzureichende Anzeigen können ebenfalls strafrechtliche Konsequenzen für die jeweiligen Organmitglieder nach sich ziehen, die in Geldstrafen oder auch in Freiheitsstrafen bestehen können. Manipulationen und Vernichtung von Geschäftsunterlagen und betrügerische Irreführung von Abschlussprüfern werden in Zukunft mit erheblichen Freiheitsstrafen bis zu 20 Jahren belegt – bei Wertpapierbetrug sogar bis zu 25 Jahren.⁶⁰ Hinzuweisen ist sicherlich darauf, dass es sich um Strafsanktionen und Haftungsnormen

⁵⁶ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1729.

⁵⁷ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1730.

⁵⁸ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1729.

⁵⁹ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1730.7.

⁶⁰ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1731.

nach US-Recht handelt. Die Frage der Verfolgbarkeit und Vollstreckbarkeit im internationalen Raum, wie beispielsweise in Deutschland, muss hier ausgespart bleiben. Die 8. EU-Richtlinie, die Richtlinie über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen,⁶¹ sieht vor, dass „Unternehmen von öffentlichem Interesse“⁶² unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sind, einen Prüfungsausschuss einzurichten. Hintergrund dieser Verpflichtung ist der Umstand, dass im monistischen Leitungssystem die personelle bzw. institutionelle Trennung von Geschäftsführung und Überwachung fehlt, wie sie im dualistischen System (wie bei der deutschen AG Vorstand und Aufsichtsrat) üblich ist. Der Prüfungsausschuss soll den Rechnungslegungsprozess und das interne Überwachungs- und Risikomanagementsystem sowie die Abschlussprüfung selbst im Unternehmen überwachen. Die Richtlinie sieht des Weiteren Kriterien für die erforderliche Sachkenntnis und Unabhängigkeit der Prüfungsausschussmitglieder vor. Den Mitgliedstaaten ist ein Wahlrecht eingeräumt, wonach sie bei Unternehmen mit dualistischen Leitungssystem auf die zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses verzichten können. Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG)⁶³. Der Aufsichtsrat kann demnach für die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung einen Prüfungsausschuss bestellen, der sich speziell mit diesen Themen befasst, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG. Im Zusammenhang mit Berichtspflichten bei Kapitalgesellschaften schreibt § 289 Abs. 2 Nr. 2a HGB vor, dass der Lagebericht auch auf die Risikomanagementziele und -methoden der Gesellschaft einschließlich ihrer Methoden zur Absicherung aller wichtigen Arten von Transaktionen, die im Rahmen der Bilanzierung von Sicherungsgeschäften erfasst werden, eingehen soll. Bei börsennotierten Gesellschaften muss gemäß § 317 Abs. 4 HGB zudem im Rahmen der Prüfung beurteilt werden, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann. Kapitalmarktorientierte Unternehmen, die bereits ein Aufsichtsorgan haben, müssen jedenfalls dann keinen Prüfungsausschuss einrichten, wenn dessen Aufgaben durch das Aufsichtsorgan wahrgenommen werden. Auch werden den Unternehmen keine Vorgaben für die Einrichtung eines internen Risikomanagementsystems gemacht. Die Entscheidung über die Einrichtung und die Art und dem Umfang eines Risikomanagementsystems liegt im

⁶¹ Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 5. 2006, ABIEG Nr. L 157, 87 ff.

⁶² Dies sind Unternehmen, die auf einem geregelten Markt gehandelte Wertpapiere ausgegeben haben, Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und andere Finanzdienstleistungsunternehmen einschließlich Pensionsfonds, Art. 2 Ziffer 13 der RL.

⁶³ Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) v. 25.5.2009, BGBl. I, 1102.

Aufgabenbereich der geschäftsführenden Organe eines Unternehmens.

bbb) Zusammensetzung und Aufgaben eines Audit Committee im Rahmen des deutschen Aktienrechts

§ 14 der Mustersatzung befasst sich mit einem Erfordernis des sec. 301 SOX, der nach deutschem Recht den Aufsichtsrat betrifft: der Schaffung eines so genannten Audit Committee. Besteht bei einer Gesellschaft kein den Anforderungen entsprechendes Audit Committee, so sind die US-Börsen verpflichtet, eine Notierung der Wertpapiere zu untersagen oder aufzuheben.⁶⁴

An die Mitglieder und die Zusammensetzung des Audit Committee werden vom SOX hohe Anforderungen gestellt. Das Committee muss sich aus Mitgliedern des „*Board of Directors*“ der Gesellschaft zusammensetzen und aus mindestens drei Mitgliedern bestehen. Die Mitglieder des Audit Committee müssen „unabhängig“ sein. Dies ist ein höchst vielschichtiges und kompliziertes Kriterium. Ausgeschlossen sind danach Personen, die direkt oder indirekt Bezüge von dem Unternehmen oder einer Tochtergesellschaft erhalten. Hierzu zählen auch Zahlungen für Dienstleistungen an Beratungsgesellschaften, in denen das Mitglied Gesellschafter, Partner oder Angestellter ist, ebenso Zahlungen an Ehegatten oder Kinder.⁶⁵ Nicht erfasst sind Zahlungen aus der betrieblichen Altersversorgung der Gesellschaft, wenn daran keine weiteren Gegenleistungen geknüpft sind.⁶⁶ Daneben können Personen, die dem Unternehmen oder einer Tochtergesellschaft nahe stehen („*affiliated persons*“), ebenfalls nicht Mitglied des Audit Committee sein. Der Rechtsbegriff „nahe stehen“ ist nach dem US-amerikanischen Recht vielschichtig und kompliziert und bedarf jeweils der einzelfallbezogenen Auslegung. Zu den nahe stehenden Personen dürften aber jedenfalls Vorstandsmitglieder, leitende Angestellte und Gesellschafter gehören.⁶⁷ Da nach deutschem Recht die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch die Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat unter den gesetzlichen Voraussetzungen zwingend ist, wäre hier eine Kollision mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit von Audit-Committee-Mitgliedern zu befürchten, da diese Arbeitnehmer Angestellte des Unternehmens sind und von diesem auch Bezüge aus dem Arbeitsrechtsverhältnis erhalten. Das SEC lässt jedoch für ausländische Unternehmen bestimmte Ausnahmen bezüglich der Zusammensetzung und der Aufgaben des Audit Committee zu, wenn nach deren Heimatrecht gleichartige Prüfungsorgane vorgesehen sind. Eine Ausnahme für deutsche Unternehmen besteht darin, dass Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten deutscher Unternehmer, die keine leitenden Angestellten sind, von dem

⁶⁴ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 340.

⁶⁵ Vgl. zu diesem Thema betreffend das deutsche Aktienrecht auch die Kommentierung zu § 12 der Mustersatzung zum Thema „*Directors' Dealings*“.

⁶⁶ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 341.

⁶⁷ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 341.

Unabhängigkeitserfordernis hinsichtlich der Bezüge befreit sind.⁶⁸

Das Audit Committee hat die Aufgabe, das Rechnungswesen, das Finanzberichtswesen und die Prüfung der Unternehmensabschlüsse zu überwachen. Die konkreten Rechte und Pflichten sind im Einzelnen in sec. 301 SOX aufgeführt.⁶⁹ Diese Vorschriften, zugeschnitten auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse in den Vereinigten Staaten, gilt es auf das deutsche Aktienrecht anzuwenden. Danach kommt bei einem Funktionsvergleich zwischen dem monistischen Leitungssystem und dem dualistischen Leitungssystem als „Board of Directors“, aus dessen Mitte das Audit Committee zu bilden ist, nur der Aufsichtsrat der deutschen AG in Betracht.⁷⁰ Denn die Überwachung, die das Audit Committee leisten soll, ist im dualistischen deutschen System typische Aufsichtsratsaufgabe. Der Aufsichtsrat kann gem. § 107 Abs. 3 AktG für bestimmte Aufgaben Ausschüsse bilden, denen er bestimmte Aufgaben seiner umfassenden Überwachungsfunktion und auch Beschlusskompetenz – jedenfalls für die Erteilung der Zustimmung zu zustimmungspflichtigen Geschäften – übertragen kann.⁷¹ Der Deutsche Corporate Governance Kodex⁷² sieht in Ziffer D.3 als Empfehlung vor, einen Prüfungsausschuss zu bilden, der sich – soweit kein anderer Ausschuss oder das Plenum damit betraut ist – insbesondere mit der Prüfung der Rechnungslegung, der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und der Compliance befasst. In weiten Teilen besteht hier eine Übereinstimmung zwischen sec. 301 SOX und dem deutschen Kodex, was die Aufgaben eines Audit Committee bzw. eines Prüfungsausschusses betrifft. § 14 der Mustersatzung orientiert sich bei der Aufzählung der Aufgaben des Prüfungsausschusses an diesen beiden Vorgaben. Der Bestellung des Abschlussprüfers durch das Audit Committee – in deutschen Unternehmen also quasi durch den Aufsichtsrat – steht die nach dem deutschen Aktienrecht zwingende Befugnis der Hauptversammlung zur Bestellung des Abschlussprüfers gegenüber. Doch auch hier hat das SEC anerkannt, dass bei ausländischen Unternehmen die Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung vorgenommen werden kann, wenn dem Audit Committee jedenfalls die Verantwortung für den Wahlvorschlag obliegt. Gegen eine solche Vorgehensweise spricht im deutschen Aktiengesetz nichts.

Der Deutsche Corporate Governance Kodex⁷³ empfiehlt, dass

⁶⁸ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 342.

⁶⁹ Gruson/Kubicek, AG 2003, 337, 340.

⁷⁰ Stengel/Detweiler/Willms, DAJV-Newsletter 2003, 77.

⁷¹ OLG Hamburg, Urt. v. 29. 9. 1995 – 11 U 20/95, AG 1996, 84 ff.

⁷² Der „Deutsche Corporate Governance Kodex“ in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3; alle bisherigen Fassungen des GCCG sind auf der Internetseite der Kodexkommission unter <http://www.dcgk.de/de/kodex.html> verfügbar.

⁷³ Ziffer D.4 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020

Vorsitzender des Prüfungsausschusses nicht der Aufsichtsratsvorsitzende sein soll. Im Hinblick auf die schärferen Regelungen des SOX hinsichtlich der Zusammensetzung des Audit Committee sollten in der Satzung – wie es der Vorschlag in § 15 vorsieht – ehemalige Vorstandsmitglieder generell von der Mitgliedschaft im Prüfungsausschuss ausgeschlossen sein.

Das Thema „Compliance“ ist – angestoßen zunächst durch die Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems (Internal Control over Financial Reporting) in sec. 404 des SOX – durch die Einbeziehung des Deutschen Corporate Governance Kodex in Ziffern A.1 Grundsatz 5 für den Vorstand und D.3 für den Aufsichtsrat auch für deutsche börsennotierte Gesellschaften relevant geworden. Unter dem Stichwort „Compliance“, dessen Rechtsgrundlage in der Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG zu sehen ist, versteht man die unternehmensinterne Einrichtung und Dokumentation eines Risikofrüherkennungssystems, welches sämtliche Rechnungslegungsvorgänge innerhalb des Unternehmens umfasst. Die erste Verantwortung trifft hierbei zunächst den Vorstand, der ein solches Internes Kontrollsystem (IKS) einzurichten und zu etablieren hat. Der Aufsichtsrat als Kontrollorgan – ggf. in Gestalt des Prüfungsausschusses – ist dafür verantwortlich, dass der Vorstand diesen Verpflichtungen ausreichend nachkommt.

Bei US-börsennotierten Unternehmen bzw. deren Tochterunternehmen darf die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der Gesellschaft bzw. der Tochterunternehmen der Gesellschaft bestimmte Tätigkeiten und Leistungen, die nicht mit der Abschlussprüfung in Zusammenhang stehen, nicht mehr durchführen. Dazu gehören zahlreiche, in der Vergangenheit von den prüfenden Unternehmen angebotene und erbrachte, jedoch nicht prüfungsbezogene Leistungen – wie z. B. Rechtsberatung, Personalberatung, Buchführung, Bewertungsleistungen und Sacheinlagenprüfung, interne Revision u.a.⁷⁴ Noch zulässige Nicht-Prüfungsleistungen (z. B. Steuerberatung) sind von Zustimmung des Audit Committee abhängig.⁷⁵ Die Einhaltung dieses Verbotes wird durch den Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) streng überprüft. Die Unternehmen sind gezwungen, die Rechts- und möglicherweise auch die Steuerberatung externen, unabhängigen Beratern zu übertragen.

ff) § 15 der Mustersatzung – Vergütung des Aufsichtsrats

aaa) Vergütungsregelung

Die Festlegung der Vergütungen für Aufsichtsräte und deren Fälligkeit können in der Satzung erfolgen oder in die Kompetenz der Hauptversammlung gelegt sein. Vertragliche Vereinbarungen über die Zahlung von Vergütungen, Sondervergütungen usw., die nicht durch die

B3.

⁷⁴ Vgl. die Aufzählung der verbotenen Nicht-Prüfungsleistungen bei Lanfermann/Maul, DB 1725, 1726.

⁷⁵ Stengel/Detweiler/Willms, DAJV-Newsletter 2003, 77, 78.

Satzung oder einen Hauptversammlungsbeschluss legitimiert sind, sind nichtig wegen Verstoßes gegen § 134 BGB. Ist die Vergütung in der Satzung festgelegt, so kann die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit eine Herabsetzung der Vergütung beschließen, wobei die Änderung erst mit Registereintragung wirksam wird.⁷⁶ Empfehlenswert ist es jedoch, die Vergütung durch die Hauptversammlung festlegen zu lassen. Zum einen kann so eine beabsichtigte Erhöhung der Vergütung durch einen Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführt werden. Ist die Vergütung dagegen in der Satzung festgelegt, kann sie durch einen Hauptversammlungsbeschluss zwar herabgesetzt werden, nicht aber erhöht werden. Für eine Erhöhung müsste eine Satzungsänderung durchgeführt werden, wofür zum einen eine notarielle Beschlussfassung und zum anderen eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich ist. Da die Satzung bei dem zuständigen Handelsregister der Gesellschaft zu hinterlegen ist, kann – bei Nachweis eines berechtigten Interesses – jederzeit die Einsicht in diese Unterlagen und damit in die Vergütungsregelungen für den Aufsichtsrat Einsicht genommen werden. Eine solche (unkontrollierte) Öffentlichkeit ist nicht immer erwünscht. Zwingend ist die Angabe dieser Gesellschaften im Jahresabschluss, ob sie den Empfehlungen des GCCG Folge leisten oder nicht, § 161 AktG i. V. m. §§ 285 Satz 1 Nr. 16, 325 Abs. 1 Satz 1 HGB. Eine solche Veröffentlichung kann von der Gesellschaft gesteuert und von Fall zu Fall vorgenommen werden. Aufwandsentschädigung hat keinen Vergütungscharakter und unterfällt daher nicht § 113 AktG. Der Anspruch folgt aus analoger Anwendung der §§ 675 Abs. 1, 670 BGB (Geschäftsbesorgung).

bbb) Steuerliche Aspekte der Aufsichtsratsvergütung

Die an ein Aufsichtsratsmitglied für seine Tätigkeit im Rahmen seines Mandats gezahlte Vergütung ist nach § 10 Nr. 4 KStG bei der Gesellschaft nur zur Hälfte als Betriebsausgabe anzusehen, die andere Hälfte ist nicht abzugsfähig. Dabei gelten als Vergütung alle Leistungen der Gesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied für die Amtstätigkeit, wie z. B. Sitzungsgelder, Aufwandsentschädigungen, Tagegelder, laufende Vergütung, Kfz-Benutzung, Beiträge zur Altersversorgung, Pensionszahlungen, Aktien etc. Lediglich die Erstattung belegter Aufwendungen, wie beispielsweise nachgewiesene Reisekosten, sind in vollem Umfang als Betriebsausgabe abziehbar. Nach der Gesetzesbegründung sollte dieses 1977 eingeführte Teil-Abzugsverbot dazu dienen, „Aufsichtsratsvergütungen in angemessener Weise zu begrenzen“.⁷⁷ Die betriebliche Veranlassung der an Überwachungsorgane gezahlten Vergütung ist jedenfalls von der Rechtsprechung nicht infrage gestellt worden. Diese Regelung ist in der Literatur oft und zu Recht kritisiert worden,⁷⁸ sie sei eine steuerrechtlich

⁷⁶ Hüfner/Koch, AktG, § 113 Rn. 6.

⁷⁷ Vgl. zur Historie dieser Vorschrift: BFH, Urt. v. 28. 2. 1990 – I 137/86.

⁷⁸ Streck, KStG, § 10 Ziff. 30.

eingekleidete Bevormundung der Unternehmen.⁷⁹ Das Aktienrecht hat seit Einführung dieser steuerlichen Vorschrift einige Änderungen – auch im Hinblick auf den Aufsichtsrat – erfahren. Erwähnt werden in der Literatur hier insbesondere die Beschränkung der Anzahl der Aufsichtsratsmandate sowohl auf Seiten der Gesellschaft (§ 95 AktG) als auch auf Seiten der Aufsichtsratsmitglieder (§ 100 AktG) sowie die Regelungen zur Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder (§ 113 AktG). In Anbetracht dessen wird die steuerliche Regelung als untauglich erachtet.⁸⁰ Auch die erhöhten inhaltlichen und zeitlichen Anforderungen an die Tätigkeit der Aufsichtsräte, das damit verbundene größere Verantwortungs- und Haftungspotenzial und die Forderungen nach einer Professionalisierung der Aufsichtsräte werden als Grund für eine adäquate Anpassung der Bezüge von Aufsichtsräten herangezogen; die frühere Gesetzesbegründung es handele sich um „ohne besondere Mühe erworbene Bezüge“ wird nach den aktuellen Anforderungen als nicht mehr zutreffend erachtet.⁸¹ Ist ein Aufsichtsratsmitglied in einem Ausschuss tätig, der keine Überwachungsfunktion hat, ist die hierfür gewährte Vergütung voll abzugsfähig, wenn die Vereinigung der Ämter eher zufällig ist und nicht eine künstliche Aufteilung des Aufsichtsrats vorliegt.⁸² Das (arbeitsvertragliche) Gehalt, das der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat neben seiner Aufsichtsratsvergütung erhält, ist für die Gesellschaft als Betriebsausgabe voll abzugsfähig.⁸³

Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 114 AktG über Leistungen, die außerhalb der Organpflichten angesiedelt sind (z. B. Beratungsverträge in einem speziellen Fachgebiet), sind dagegen voll abzugsfähig.⁸⁴ Nach dieser Vorschrift kann die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) mit einem Aufsichtsratsmitglied einen Dienst- oder Werkvertrag über Leistungen abschließen, die außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit liegen. Solche Verträge unterliegen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Steuerlich betrachtet sind diese vertraglichen Vergütungen voll abziehbar, da die von dem Aufsichtsratsmitglied zu erbringende Leistung außerhalb seiner Amtstätigkeit angesiedelt und daher keine Vergütung im Sinne von § 113 AktG und § 10 Nr. 4 KStG ist.

Auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds unterliegt die Vergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit der Einkommensteuer nach §§ 1, 50a EStG.

Umsatzsteuerrechtlich wurde die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern in Deutschland bislang als Vergütung für eine selbstständige Tätigkeit angesehen und der Umsatzsteuer unterworfen. Der EuGH hat im Sommer 2019 im Falle eines

⁷⁹ Hüffer/Koch, AktG, § 113 Rn. 7.

⁸⁰ Streck, KStG, § 10 Ziff. 30.

⁸¹ Hüffer/Koch, AktG, § 113 Rn. 7.

⁸² Streck, KStG, § 10 Ziff. 34.

⁸³ Streck, KStG, § 10 Ziff. 34.

⁸⁴ Vgl. die folgende Auseinandersetzung zwischen Aufsichtsratsvergütung nach § 113 AktG und Vergütung aus sonstigen Verträgen nach § 114 AktG in der Kommentierung zu § 15 der Mustersatzung.

niederländischen Aufsichtsratsmitglieds einer Stiftung anders entschieden⁸⁵ und eine Selbstständigkeit verneint. Das Aufsichtsratsmitglied werde weder im eigenen Namen noch auf eigene Rechnung oder Verantwortung tätig, es sei vielmehr dem Aufsichtsrat als solchem untergeordnet. Das einzelne Mitglied trage kein wirtschaftliches Risiko seiner Tätigkeit.⁸⁶

Der BFH hat sich dieser EuGH-Rechtsprechung angeschlossen und geurteilt, dass ein Aufsichtsratsmitglied, welches aufgrund einer nicht variablen Festvergütung kein Vergütungsrisiko trägt, entgegen bisheriger Rechtsprechung nicht als Unternehmer tätig ist.⁸⁷ Auch in Deutschland ist also zukünftig die Aufsichtsratsvergütung nicht (mehr in allen Fällen) umsatzsteuerbar, die Umstände des Einzelfalles werden für diese Frage entscheidend sein. Dies dürfte i.Ü. nicht nur Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft gelten, sondern auch für Mitglieder vergleichbarer Kontrollgremien, so bereits finanzgerichtlich entschieden für ein Verwaltungsmitglied eines berufsgenossenschaftlichen Versorgungswerkes,⁸⁸ für ein Vorstandsmitglied einer öffentlich-rechtlich organisierten Berufskammer⁸⁹, für das Mitglied des Verwaltungsausschusses eines berufsständischen Versorgungswerkes,⁹⁰ und das Mitglied eines fakultativen Aufsichtsrates eines eingetragenen Vereins.⁹¹ Mit der Umsatzsteuerpflicht entfielen auch das Recht zum Vorsteuerabzug.

Das BMF hat sich mit Schreiben vom 08.07.2021⁹² dieser neuen Auffassung der Rechtsprechung mit ausdrücklichem Verweis auf BFH vom 27.11.2019 angeschlossen. Die bisherigen Regelungen des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses in Abschnitt 2.2, der die Behandlung von Aufsichtsratsvergütungen behandelt, wurde dahingehend geändert, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das aufgrund einer nicht variablen Festvergütung kein Vergütungsrisiko trägt, nicht selbstständig tätig ist, wobei eine Festvergütung insbesondere im Fall einer pauschalen Aufwandsentschädigung vorliege, die für die Dauer der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat gezahlt wird. Sitzungsgelder, die das Mitglied des Aufsichtsrats nur erhält, wenn es tatsächlich an der Sitzung teilnimmt, sowie nach dem tatsächlichen Aufwand bemessene Aufwandsentschädigungen sind laut BMF keine Festvergütung. Besteht die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds sowohl aus festen als auch variablen Bestandteilen, ist es grundsätzlich selbstständig tätig, wenn die variablen Bestandteile im Kalenderjahr mindestens 10 % der gesamten Vergütung, einschließlich erhaltener Aufwandsentschädigungen, betragen. Reisekostenerstattungen sind keine Vergütungsbestandteile und demzufolge bei der Ermittlung der 10 %-Grenze nicht zu berücksichtigen. Trägt das Mitglied des Aufsichtsrats kein Vergütungsrisiko, ist es nach Meinung des BMF nicht deshalb selbstständig tätig, weil es unter den Voraussetzungen des § 116 AktG für

⁸⁵ EuGH Urt. v. 13.6.2019, C-420/18, Rs. IO, ECLI:EU:C:2019:490. S. a. den Urteilskommentar von Leitsch, BB 2019, 2280, sowie von Streit/Salewski, DB 2019, 2770.

⁸⁶ Zur Einordnung der Rechtsprechungsänderung und der geänderten Verwaltungsmeinung s. Geraats, steueranwaltsmagazin 6/2021, 186.

⁸⁷ BFH Urt. V. 27.11.2019, V R 23/19 (altes Az: V R 62/17), BStBl II 2021, 542.

⁸⁸ FG Niedersachsen, Urt. Vom 19.11.2019, 5 K 2822/16 U, DStRE 2020, 988 (rkr.). 3.

⁸⁹ FG Hamburg, Urt. Vom 08.09.2020, 6 K 131/18, MWStR 2021, 87.

⁹⁰ FG Niedersachsen, Urt. Vom 08.10.2020, 5 K 162/19, BeckRS 2020, 34821, Rn. 46.

⁹¹ FG Köln Urt. V.26.11.2020, 8 K 2333/18, MwStR 2021, 475.

⁹² BMF vom 08.07.2021, III C 2 – S 7104/19/10001 :003, BStBl I 2021, 919.

pflichtwidriges Verhalten haftet. Die Prüfung der Selbständigkeit ist für jedes Aufsichtsratsmitglied separat vorzunehmen. Die neuen BMF-Regelungen gelten auch für Mitglieder von Ausschüssen, die der Aufsichtsrat nach § 107 Abs. 3 AktG bestellt hat und für Mitglieder von anderen Gremien, die nicht der Ausübung, sondern der Kontrolle der Geschäftsführung einer juristischen Person oder Personenvereinigung dienen.

Das BMF-Schreiben bzw. die Neufassung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses ist in allen offenen Fällen anzuwenden. Zur Vermeidung von Übergangsschwierigkeiten wird es – auch für Zwecke des Vorsteuerabzugs – von der Finanzverwaltung nicht beanstandet, wenn die bisher geltenden Regelungen des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses auf Leistungen angewendet werden, die bis einschließlich 31. Dezember 2021 ausgeführt worden sind.

Um hier Konflikten vorzubeugen, sollte – wie in der Musterformulierung vorgesehen – der die Vergütung bewilligende Hauptversammlungsbeschluss (bzw. die entsprechende Satzungsregelung) eine Aussage zur Umsatzsteuer enthalten, falls neben einer Festvergütung eine variable Vergütung vorgesehen ist, die die Unternehmereigenschaft des Aufsichtsrates begründet.

Aufwendungen des Aufsichtsratsmitglieds, die durch die Aufsichtsratsstätigkeit, d. h. betrieblich veranlasst sind, mindern die Vergütung und sind als Betriebsausgaben im Sinne von § 4 Abs. 4 EStG abzugsfähig. Eine Abzugsfähigkeit scheidet jedoch aus, wenn die Aufwendungen solcher Art sind, dass sie gleichzeitig der Lebensführung des Steuerpflichtigen dienen, § 12 Nr. 1 EStG. Bei Aufsichtsräten kämen z. B. Repräsentationskosten oder Übernahme von Kosten für gesellige Veranstaltungen infrage, die zwar durch die Aufsichtsratsstätigkeit veranlasst sein können, aber durch das „Hineinspielen der Lebensführung“ die Abzugsfähigkeit ausgeschlossen ist. Ebenso sind Beiträge und Spenden im Allgemeinen als Privatausgaben nicht abzugsfähig.⁹³

Zu den Besonderheiten der steuerlichen Behandlung bei Arbeitnehmervertretern sind in Kapitel V. erläuternde Ausführungen zu finden.

gg) § 16 der Mustersatzung – Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 114 AktG sind immer wieder Gegenstand von Gerichtsverfahren. Tatsächlich bergen solche Verträge aufgrund der bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen organschaftlichen und vertraglichen Beratungspflichten die Gefahr für das betreffende Aufsichtsratsmitglied, die aufgrund von Beratungsverträgen erhaltenen Vergütungen an die Gesellschaft zurückzahlen zu müssen. Insbesondere wenn die vertragliche Beratung der Gesellschaft durch ein Mitglied des Aufsichtsrats über Jahre hinweg andauerte, kann das Rückforderungsverlangen der Gesellschaft

⁹³ BFH, Urt. v. 9. 10. 1980 – IV R 81/76.

für das betreffende Aufsichtsratsmitglied schmerzlich sein, zumal § 114 Abs. 2 AktG ein gesetzliches Aufrechnungsverbot mit Bereicherungsansprüchen des Aufsichtsratsmitglieds postuliert. Das Landgericht Stuttgart⁹⁴ hatte in einem Verfahren eines Insolvenzverwalters einer Aktiengesellschaft gegen ein Mitglied des Aufsichtsrats auf Rückzahlung von Vergütungen aus einer knapp achtjährigen Dauerberatungstätigkeit in Höhe von knapp 1,2 Mio. DM dem Insolvenzverwalter wegen Nichtigkeit der zugrunde liegenden Beratungsverträge nach §§ 113 AktG, 134 BGB Recht gegeben und das Aufsichtsratsmitglied zur Zahlung verurteilt.

Hintergrund der Problematik bilden die §§ 113 und 114 AktG und im weiteren Sinne auch § 10 Nr. 4 KStG. Nach § 113 AktG kann Mitgliedern des Aufsichtsrats für ihre Aufsichtsrats Tätigkeit eine angemessene Vergütung gezahlt werden. Diese Vergütung muss zwingend in der Satzung oder durch einen Beschluss der Hauptversammlung festgelegt sein. Fehlt es an einer solchen Satzungsbestimmung oder einem solchen HV-Beschluss, ist die Zahlung einer Vergütung rechtsgrundlos und unterliegt der Rückforderung durch die Gesellschaft. Entsprechende vertragliche Vereinbarungen für die Gewährung einer Vergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit ohne Satzungsbestimmung oder HV-Beschluss sind wegen der Umgehung des § 113 AktG nach § 134 BGB nichtig.

Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern sind gemäß § 114 AktG zulässig, wenn sie Leistungen, die außerhalb der Organpflichten angesiedelt sind, betreffen (z. B. Beratungsverträge in einem speziellen Fachgebiet). Nach dieser Vorschrift kann die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) mit einem Aufsichtsratsmitglied einen Dienst- oder Werkvertrag über Leistungen abschließen, die außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit liegen. Solche Verträge unterliegen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat muss seine Zustimmung durch ausdrücklichen förmlichen Aufsichtsratsbeschluss gem. § 108 Abs. 1 AktG erteilen, erforderlich ist zudem, dass Aufsichtsrat zuvor vollständig und richtig über Vertrag einschließlich der Höhe der Vergütung informiert wurde. § 114 AktG ist zwingendes Recht und nicht abdingbar. Der Vorstand haftet § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG für Verstöße gegen § 114 AktG, er handelt in solchen Fällen idR rechtswidrig. Der geschuldete Ersatz besteht in der Erstattung aller gesetzwidrigen Zahlungen. Aufsichtsratsmitglieder schulden gemäß § 116 Satz 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG ebenfalls diesen Ersatz, wenn sie in schuldhafter Weise an der Gewährung dieser Vergütungen mitgewirkt haben.⁹⁵

Die Problematik solcher Verträge nach § 114 AktG, bei denen es sich in der Praxis hauptsächlich um Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern handelt, besteht darin, dass die Abgrenzung zwischen der Aufsichtsrats Tätigkeit und der Berater Tätigkeit häufig schwer zu ziehen

⁹⁴ LG Stuttgart, Urt. 27. 5. 1998 – 27 O 7/98, BB 1998, 1549 ff.

⁹⁵ OLG Nürnberg Urt. v. 8.3.2017, 12 U 927/15, NZI 2017, 679, Rz. 57 der Urteilsgründe m.w.N.

ist. Bei der vertraglichen Tätigkeit muss es sich um eine Tätigkeit höherer Art außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsrat handeln. Tätigkeiten, die unter den organschaftlich begründeten Tätigkeitskreis des Aufsichtsratsmitglieds fallen, können nicht Gegenstand eines Vertrags nach § 114 AktG sein, denn die Vergütung von Organpflichten des Aufsichtsratsmitglieds ist in § 113 AktG abschließend geregelt. Die Abgrenzung, ob eine bestimmte Tätigkeit Gegenstand eines Vertrags nach § 114 AktG sein kann, hängt also davon ab, wie weit der Pflichtenkreis des Aufsichtsratsmitglieds aufgrund seiner Organstellung zu ziehen ist. Nach § 111 Abs. 1 AktG obliegt dem Aufsichtsrat die Kontrolle, Überwachung und Beratung der Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands sowohl vergangenheits- als auch zukunftsbezogen. Dabei ist der Aufsichtsrat nicht auf eine Prüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt, sondern hat die Tätigkeit des Vorstands auch auf Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu prüfen. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats als Kollegialorgan steht dabei nicht der Tatsache entgegen, dass die sich aus der Organstellung ergebenden Pflichten jedes Aufsichtsratsmitglied persönlich treffen.⁹⁶ Maßgebend für eine Abgrenzung der Aufsichtsrats-tätigkeit von einer außerhalb dessen angesiedelten vertraglichen Leistung ist nicht der Umfang der Tätigkeit, sondern ihr Gegenstand.⁹⁷ Ein Vertrag, nach dem das Aufsichtsratsmitglied die Gesellschaft „in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen beraten“ soll, verstößt mangels Abgrenzung gegenüber der Organtätigkeit des Aufsichtsrats gegen § 113 AktG und ist daher einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan gem. § 114 AktG nicht zugänglich.⁹⁸ Um eine nicht unter den Pflichtenkreis des Aufsichtsratsmitglieds fallende Tätigkeit handelt es sich dann, wenn die zu leistenden Dienste besondere Spezialgebiete betreffen, die üblicherweise von einem spezialisierten Fachmann wahrgenommen werden,⁹⁹ und sich nicht (auch) auf übergeordnete, in den Rahmen der Aufsichtsrats-tätigkeit fallende allgemeine Fragen der Unternehmenspolitik beziehen.¹⁰⁰ Allerdings sind immer die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. So seien bei einem Aufsichtsratsmitglied eines Versicherungsunternehmens besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Versicherungswesens vorauszusetzen.¹⁰¹ Die Aufsichtsratsmitglieder werden in aller Regel wegen ihrer jeweiligen persönlichen und individuellen Fähigkeiten und Erfahrungen berufen, um gerade darauf im Rahmen der Organtätigkeit zurückgreifen zu können. Bei der Frage der Abgrenzung wird es also entscheidend darauf ankommen, ob der Beratervertrag eindeutige Feststellungen darüber ermöglicht, inwieweit die vertraglich geschuldete Leistung außerhalb oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises liegt – d. h. die konkrete Bezeichnung des Vertragsgegenstandes. Auch die Höhe des im Einzelnen von der

⁹⁶ BGH, Urt. v. 25. 3. 1991 – II ZR 188/89.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 4. 7. 1994 – II ZR 197/93.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 3. 7. 2006 – II ZR 151/04.

⁹⁹ OLG Köln, Urt. v. 27. 5. 1994 – 19 U 289/93 m. w. N. für die BGH-Rspr.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 4. 7. 1994 – II ZR 197/93. BGH, Urt. v. 4. 7. 1994 – II ZR 197/93.

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 25. 3. 1991 – II ZR 188/89.

Gesellschaft zu entrichtenden Entgelts muss sich eindeutig aus dem Vertrag ergeben, so dass der Aufsichtsrat sich vor seiner Entscheidung über die Zustimmung ein Urteil über Art und Umfang der Leistung sowie Höhe und Angemessenheit der Vergütung machen kann. Verträge, die diesen Anforderungen nicht gerecht werden, also z. B. den Vertragsgegenstand nur allgemein bezeichnen, so dass eine Abgrenzung nicht möglich ist, sind aus diesem Grunde nicht nach § 114 AktG, sondern ausschließlich nach § 113 AktG zu beurteilen. Dies führt dazu, dass mangels einer Satzungsbestimmung oder eines HV-Beschlusses die Verträge nichtig und die gezahlte Vergütung zurückzuzahlen ist. Auch unzureichende Vertragsaussagen über die Höhe der Vergütung können den Vertrag wegen Umgehung des § 113 AktG nichtig machen.

Einen weiteren besonderen Gesichtspunkt im Zusammenhang mit einem Beratervertrag eines Aufsichtsratsmitglieds hatte das Landgericht Stuttgart in dem eingangs erwähnten Verfahren zu entscheiden. In diesem Verfahren war das beklagte Aufsichtsratsmitglied Rechtsanwalt und Mitglied einer großen Sozietät. Zwischen der AG und der Sozietät war ein Rahmen-Beratungsvertrag für die gesamte rechtliche Beratung und Vertretung der AG gegen Vergütung nach den üblichen Stundensätzen geschlossen worden. Nach Ansicht des LG Stuttgart war zum einen der Gegenstand des Vertrags zu abstrakt und zu generell gefasst, als dass erkennbar gewesen wäre, dass es sich um Tätigkeiten außerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des Anwalts als Aufsichtsratsmitglied gehandelt habe. Zum anderen sei auch die Vereinbarung von „üblichen Stundensätzen“ unzureichend, so dass eine Beurteilung über die Angemessenheit der vereinbarten Vergütung nicht möglich gewesen sei, insbesondere auch deshalb, weil der übliche Stundensatz nicht beziffert war. Schließlich – und dies war die Besonderheit dieses Falles – erstreckte das LG Stuttgart den Schutzzweck der §§ 113, 114 AktG auch auf die mit dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied durch die BGB-Gesellschaft verbundenen Rechtsanwälte. Das Gericht begründete dies damit, dass nur dadurch der Gefahr erheblichen Missbrauchs durch formellen Abschluss von Verträgen, an welchen das Aufsichtsratsmitglied juristisch und wirtschaftlich beteiligt sei, begegnet werden könne. Daher seien von §§ 113, 114 AktG alle Konstellationen erfasst, bei denen das Aufsichtsratsmitglied unmittelbar oder mittelbar in Umgehung des § 113 AktG Sondervergütungen für organschaftliche Tätigkeit erhalte. Somit seien auch Einzelaufträge, die die AG etwa Kanzleikollegen oder Sozietätsmitgliedern des Aufsichtsratsmitglieds im Zusammenhang mit dem „DauerBeratungsvertrag“ erteilt habe, von der Nichtigkeit nach § 134 BGB erfasst.

Insbesondere dieser Aspekt des landgerichtlichen Urteils – die Umgehung der §§ 113, 114 AktG durch Vertragsschluss nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst, sondern mit einem Unternehmen, an dem es beteiligt ist – ist in der Literatur diskutiert worden. Die vertretenen Standpunkte sind dabei vielfältig, sie reichen von Zustimmung bis

Ablehnung und halten für den Bereich dazwischen die unterschiedlichsten Modelle bereit.¹⁰² Eine in der Literatur vertretene Meinung will bei der Frage der Anwendung der §§ 113, 114 AktG gerade Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Sozietäten umfasst wissen. Nur so könne eine mittelbare wirtschaftliche Beeinflussung durch das Aufsichtsratsmitglied vermieden werden. Eine andere Meinung will die Anwendung der §§ 113, 114 AktG auf von dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied abhängige Unternehmen (etwa Ein-Mann-GmbH) beschränken. Dagegen hält eine weitere Meinung die Anwendung dieser Vorschriften bei jedweder Art von gesellschaftsrechtlicher Beteiligung an dem vertragschließenden Unternehmen für ausreichend. Eine wieder andere Meinung dagegen meint, unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Stellung komme es darauf an, ob die vertragliche Leistung von dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied erbracht wird. Eine weitere Meinung geht jedenfalls bei einem Beratervertrag der Aktiengesellschaft mit einer Sozietät, deren Mitglied das betreffende Aufsichtsratsmitglied ist, in Anlehnung an die vom dem BGH¹⁰³ entwickelte temporale Nichtigkeit auch hinsichtlich des Beratungsvertrags von einer Teilnichtigkeit aus. Entscheidend sei, wer mit der konkreten Vertragserfüllung beauftragt sei. Dies folge zum einen aus der Höchstpersönlichkeit der organschaftlichen Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds sowie aus der mangelnden Überlappung der Organpflichten und Vertragspflichten bei dem Sozietätskollegen des Aufsichtsratsmitglieds. Bei Vertragsschluss mit einer GmbH, an welcher das Aufsichtsratsmitglied einen substanziellen Anteil hält (ab 1%), sollen die §§ 113, 114 AktG ebenfalls angewendet werden. Aber auch, wenn das Aufsichtsratsmitglied keinen substanziellen Anteil an der vertragschließenden GmbH halte, sollen

§§ 113, 114 AktG anzuwenden sein, wenn das betreffende Aufsichtsratsmitglied als Angestellter oder freier Mitarbeiter der GmbH bei der konkreten Vertragserfüllung tätig werde. Weiterhin wird vertreten,¹⁰⁴ eine Anwendung der §§ 113, 114 AktG jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Beratungsvertrag zwar nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst, aber mit einer Gesellschaft abgeschlossen wird, der dieser als Gesellschafter, gesetzlicher Vertreter oder Aufsichtsratsmitglied angehöre, wenn das Aufsichtsratsmitglied kraft seiner verbandsrechtlichen Stellung die Auszahlung des Beratungshonorars an sich bewirken könne. Als Beispiele hierfür werden die Beherrschung der Gesellschaft durch das Aufsichtsratsmitglied oder die ausdrückliche Vereinbarung, dass das Aufsichtsratsmitglied an der Erfüllung der vertraglichen Gegenleistung maßgeblich beteiligt sein soll, genannt. Eine ähnliche, nur leicht variierende Meinung stellt bei der Frage nach der Anwendung des § 114 AktG darauf ab, ob der Beratungsvertrag mit einer Gesellschaft abgeschlossen wird, der das Aufsichtsratsmitglied als gesetzlicher Vertreter oder als geschäftsführender Gesellschafter

¹⁰² Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm. zum AktG*, § 114 Rn. 10 ff.; s. a. *Drygalla* in *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), *AktG*, § 114 Rn. 15 f.; sowie *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, *AktG*, § 114 Rn. 5 f.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 4. 7. 1994 – II ZR 197/93, AG 1994, 11 ff.

¹⁰⁴ *Lutter/Krieger*, Rn. 749.

angehört oder die von dem Aufsichtsratsmitglied beherrscht wird.¹⁰⁵

In der Rechtsprechung ist diese Thematik bereits mehrfach Gegenstand von Entscheidungen gewesen. Neben dem LG Stuttgart haben sich das Kammergericht im Jahre 1995¹⁰⁶ und das LG Köln im Jahre 2002¹⁰⁷ mit dieser Thematik auseinandergesetzt und dabei einen weiteren juristischen Aspekt eingebracht. Das Kammergericht und das LG Köln haben entschieden, dass die Regelung des § 115 Abs. 3 AktG wegen der Parallelität der Interessenlagen analog auf die §§ 113, 114 AktG anzuwenden sei. § 115 AktG betrifft den Abschluss von Kreditverträgen zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und seiner AG und sieht in Abs. 3 vor, dass die AG einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist, einen Kredit nur dann gewähren darf, wenn der Aufsichtsrat zustimmt. Ausgenommen sind mit der AG verbundene Gesellschaften und Warenkredite. Die Interessenlagen bei § 115 Abs. 3 AktG und § 114 AktG seien im Grundsatz identisch: Es gehe um die Verhinderung von Missbrauch der Organstellung und der daran anknüpfenden Einflussmöglichkeit innerhalb der AG durch das betreffende Aufsichtsratsmitglied. Diese analoge Anwendung führe dazu, dass auch Beratungsverträge im Sinne von § 114 AktG, die mit einer Kapital- oder Personengesellschaft geschlossen werden, bei der ein Aufsichtsratsmitglied der AG gesetzlicher Vertreter ist, ebenfalls dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats unterliegen.

Im Falle eines Beratungsvertrages zwischen einer AG und einem Unternehmen, dessen alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Mitglied des Aufsichtsrats war, hat der BGH im Jahre 2006 entschieden,¹⁰⁸ dass der aktienrechtliche Anspruch auf Rückgewähr der Beratungvergütung gem. § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG auch bei einem gegen § 113 AktG verstoßenden Beratungsvertrag eingreife und gegenüber dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied auch dann bestehe, wenn der Vertrag mit einem von ihm beherrschten Unternehmen abgeschlossen worden ist. Kurze Zeit später hat der BGH diese Rechtsprechung dahingehend ausgeweitet,¹⁰⁹ dass das Aufsichtsratsmitglied nicht notwendigerweise beherrschend an dem Unternehmen beteiligt sein muss, mit dem die AG den (Beratungs-)Vertrag abgeschlossen hat, um die Anwendung der §§ 113, 114 AktG auszulösen. Der BGH begründet dies damit, dass die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds bereits dann betroffen sei, wenn dem Aufsichtsratsmitglied mittelbare Zuwendungen über die Vergütung aus dem (Beratungs-)Vertrag zufließen und diese Zuflüsse im Vergleich zur Aufsichtsratsvergütung nicht geringfügig sind. Anspruchsgrundlage für eine Rückzahlung der (Beratungs-)Vergütung sei auch in diesen Fällen §

¹⁰⁵ Hoffmann/Becking, in: MünchHandb. GesR, Bd. 4, § 33 Rn. 41.

¹⁰⁶ KG, Ur. v. 25. 9. 1996 – 2 U 6753/94, AG 1997, 337.

¹⁰⁷ LG Köln, Ur. v. 8. 5. 2002 – 91 O 204/00, AG 2003, 167 ff.

¹⁰⁸ BGH, Ur. v. 3. 7. 2006 – II ZR 151/04.

¹⁰⁹ BGH, Ur. v. 20. 11. 2006 – II ZR 279/05.

114 Abs. 2 AktG. Mit einem weiteren Urteil im Jahre 2007¹¹⁰ hat der BGH diese Rechtsprechung auch für den Beratervertrag einer AG mit einer Anwalts-GbR, der ein Aufsichtsratsmitglied angehört, bestätigt.

Abschließende Empfehlungen für eine entsprechende vertragliche oder satzungsmäßige Gestaltung können aufgrund der Vielfältigkeit der vertretenen Meinungen und auch aufgrund der für den Einzelfall nicht klar und konkret formulierten Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung daher nicht erfolgen. Um Konflikte zu vermeiden, können Beraterverträge nach § 114 AktG mit Aufsichtsratsmitgliedern bzw. mit Gesellschaften, an denen Aufsichtsratsmitglieder in einer bestimmten, zu definierenden Weise beteiligt sind, ausgeschlossen werden. Ansonsten bleibt die Empfehlung, im konkreten Einzelfall eine sachverständige Beratung bei der Gestaltung solcher Beraterverträge einzuholen, um jedenfalls die bisher von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen zur Konkretisierung und Transparenz bei Vertragsgegenstand und Vergütung sicherzustellen.

Vor Amtsannahme geschlossene Beratungsverträge, die ihrem Inhalt nach unter § 114 AktG fallen, werden nach der Rechtsprechung des BGH für die Dauer der Amtszeit unwirksam, es sei denn, der Aufsichtsrat erteilt nachträglich für die Zeit ab Amtsantritt die Zustimmung im Sinne von § 114 Abs. 1 AktG.¹¹¹ Vor Amtsannahme geschlossene Beraterverträge, die ihrem Inhalt nach organschaftliche Pflichtenkreise betreffen, werden mit Amtsantritt bis zur Beendigung des Amtes ebenfalls unwirksam; nach Beendigung des Amtes lebt der Vertrag wieder auf.¹¹²

Zur Sicherung der Unabhängigkeit der Geschäftsleitung sind unmittelbare und mittelbare Darlehen des Unternehmens oder dessen Tochtergesellschaften an Organe und Führungskräfte durch den Sarbanes-Oxley Act verboten (mit Ausnahmeregelungen für bereits bestehende Darlehen, übliche Konsumenten-Kredite oder Kredite von US-Banken, die von der U.S. Federal Deposit Insurance Corporation besichert sind).¹¹³ Bereits bestehende Darlehensverträge können zu unveränderten Konditionen belassen werden.¹¹⁴ Dieses Verbot der Darlehensvergabe geht über die §§ 89, 115 AktG hinaus, wonach Kreditverträge mit Vorständen und Aufsichtsräten nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrats zulässig sind. Für die vom SOX betroffenen Unternehmen wäre eine entsprechende Klausel zum Verbot der Vergabe von Krediten in der Satzung anzuregen (wie in § 16 Abs. 3 der Mustersatzung vorgeschlagen), um die Einhaltung der Vorschriften des SOX zu gewährleisten.

Die Musterformulierung in § 16 der Satzung enthält in Anlehnung an den Sarbanes-Oxley Act eine strenge Reglementierung der Möglichkeiten des Vertragsschlusses nach §§ 114, 115 AktG zwischen Gesellschaft und

¹¹⁰ BGH Urt. v. 2. 4. 2007 – II ZR 325/05.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 4. 7. 1994 – II ZR 197/93, AG 1994, 508 ff.

¹¹² BGH, Urt. v. 25. 3. 1991 – II ZR 188/89.

¹¹³ *Lanfermann/Maul*, DB 2002, 1725, 1731.

¹¹⁴ *Stengel/Detweiler/Willms*, DAJV-Newsletter 2003, 77.

Aufsichtsratsmitglied. Unternehmen, bei denen auszuschließen ist, dass sie selbst oder mittelbar über eine Mutter- oder Tochtergesellschaft unter den Anwendungsbereich des SOX fallen oder fallen könnten, bieten sich „entschärft“ Variationen der hier vorgeschlagenen Musterformulierung an.

b) Zum Musterbeschluss der Hauptversammlung

aa) Bewilligung der Vergütung

Vergütungsbestandteile im Sinne von § 113 AktG und damit satzungspflichtig bzw. hauptversammlungsbeschlusspflichtig sind auch Nebenleistungen,¹¹⁵ wie z. B. die Zahlung von Sitzungsgeldern durch die Gesellschaft, die Stellung eines Dienstwagens, die Übernahme der Kraftstoffkosten und Warenlieferungen zu Vorzugspreisen. Die Behandlung so genannter D&O-Versicherungen als Vergütungsbestandteile ist umstritten.¹¹⁶

Wird dem Aufsichtsrat eine Vergütung gewährt, so soll sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen, § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG. Grundsätzlich sind alle Aufsichtsratsmitglieder bei der Frage der Vergütung gleich zu behandeln. Es ist jedoch zulässig, bei der Höhe der Vergütung für die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder aus Sachgründen zu differenzieren, und z. B. dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats und dessen Stellvertreter eine höhere Vergütung zuzusprechen. Für börsennotierte Gesellschaften gibt der Corporate Governance Kodex sogar die Empfehlung, bei der Höhe der Vergütung eine solche Differenzierung vorzunehmen. Auch bei der Vergütung für Aufsichtsräte, die Mitglied eines Ausschusses sind, empfiehlt der Kodex eine angemessene höhere Vergütung.¹¹⁷ Ziffer 1 des Musterbeschlusses gibt eine Möglichkeit der differenzierten Gestaltung. Gleichzeitig wird für den Fall der Ämterkumulation eine Limitierung der Gesamtvergütung vorgeschlagen, um ein unkontrolliertes In-die-Höhe-Schießen der Vergütung einzelner Aufsichtsratsmitglieder zu vermeiden.

Auch die so genannten Sitzungsgelder zählen zur Vergütung im Sinne von § 113 AktG.

Keine Vergütung dagegen ist der Ersatz angemessener Aufwendungen gemäß § 113 AktG und §§ 670 ff. BGB analog.

bb) Erfolgsabhängige Vergütung

Zulässig ist es, den Aufsichtsräten neben einer festen eine erfolgsabhängige Vergütung zu gewähren. Für börsennotierte Gesellschaften empfiehlt der GCCG für den Fall, dass dem Aufsichtsrat

¹¹⁵ Hüffer/Koch, AktG, § 113 Rn. 2.

¹¹⁶ Dieses Thema wird nachfolgend unter dem Stichwort D&O-Versicherungen ausführlich dargestellt.

¹¹⁷ Ziffer G.17 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

eine erfolgsorientierte Vergütung zugesagt werde, dass diese auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein soll.¹¹⁸

Die erfolgsabhängige Vergütung soll einen Anreiz schaffen, das Wohl des Unternehmens mit der Verfolgung eigener Interessen zu verknüpfen. Grundidee bei der erfolgsabhängigen Vergütung ist das Managementkonzept des „Shareholder Value“, wonach die Ausrichtung der Führungskräfte auf die Interessen der Anteilseigner erfolgen soll. Es geht dabei um die Lösung des so genannten Principle-Agency-Konfliktes, des Interessenkonfliktes zwischen den Anteilseignern (Prinzipale) und dem Management der Gesellschaft (Agenten). Während das Interesse der Anteilseigner auf eine Maximierung ihrer Vermögenswerte (Gesellschaftsanteile) gerichtet ist, verfolgt das Management, dem die Vermögenswerte anvertraut sind, seine eigenen Ziele, die z. B. in einer Minimierung des Anstrengungsniveaus, hohem Konsum am Arbeitsplatz oder der Ausweitung der eigenen Reputation und Einflussnahme liegen können. Mittels einer Vergütung, die sich an dem Grad der Verwirklichung der Anteilseignerinteressen misst, sollen die Interessen des Managements in dieselbe Richtung gelenkt werden.

Die Formen erfolgsanknüpfender Vergütungsstrukturen sind vielfältig denkbar. Gerade bei Führungskräften können sich je nach Ausgestaltung der erfolgsabhängigen bzw. unternehmenswertabhängigen Vergütung unterschiedliche Anreize für das eigene Handeln im Rahmen von Führungs- oder Überwachungskompetenzen ergeben. Ein Gleichlauf der Anreizstrukturen von erfolgsabhängigen Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen innerhalb einer Gesellschaft ist kritisch zu betrachten, da bei gleicher Interessenlage eine objektive Überprüfung und Kontrolle nicht mehr zu gewährleisten sein würde.¹¹⁹

Es stellt sich dabei immer die Frage, an welche Bezugsgrößen das erfolgsabhängige Vergütungssystem angeknüpft werden soll. Grundsätzlich können zwei Richtungen unterschieden werden: zum einen die Orientierung an Aktienkursen bzw. Börsenwerten, zum andern die Orientierung an bestimmten Kennzahlen.

In diesem Zusammenhang war die Frage nach Optionsprogrammen insbesondere für Aufsichtsräte bereits in der Vergangenheit kritisch zu sehen. Der BGH hat die jahrelange Unsicherheit im Jahre 2004 beseitigt und entschieden, dass Aktienoptionen für Mitglieder des Aufsichtsrats jedenfalls bei Unterlegung mit zurückgekauften Aktien der Gesellschaft (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 5 AktG) ebenso wie bei Unterlegung mit bedingtem Kapital gemäß § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG unzulässig sind. Bei seiner Begründung stellte der BGH vordergründig auf eine Gefährdung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats ab, die dadurch eintreten könnte, dass die Aufsichtsräte eine am langfristigen Unternehmenserfolg ausgerichtete Vergütung erhalten, deren Berechnung nach denselben Kriterien wie die

¹¹⁸ Ziffer G. 18 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 7.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

¹¹⁹ Belegschaftsaktien, die auch Führungskräfte umfassen können.

Vorstandsvergütung erfolgt.¹²⁰ Doch schon lange vor dieser BGH-Entscheidung waren Aktienoptionen für Aufsichtsräte umstritten. Dabei wurde insbesondere der mögliche Interessenkonflikt des Aufsichtsrats als problematisch erachtet, der durch die Möglichkeit eines hohen persönlichen Gewinns aufgrund eines entsprechend ausgerichteten Aktienoptionsprogramms und der Überwachungs- und Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung im Interesse der Anteilseigner entstehen könnte. Während durch die Gewährung von Aktien des Unternehmens als erfolgsabhängiger Vergütungsbestandteil bei dem Aufsichtsrat weitestgehend eine Interessenlage hergestellt wird, die der der Aktionäre/Anteilseigner gleicht, liegt dies bei der Gewährung von Aktienoptionen anders. Der Wert einer Option ist nicht identisch mit dem Wert der Aktie selbst, denn der Wert einer Option bestimmt sich nach der Prognose, welchen Wert die Aktie zum Ausübungstichtag haben wird. Je höher also die Volatilität, d. h. das Maß der möglichen Kursschwankung einer Aktie ist, desto größer ist auch die Möglichkeit einer Wertsteigerung einer Aktie in der Zukunft. Die Formel würde also lauten: Je höher das Risiko, desto höher die Volatilität, desto höher der Wert der Option, desto höher die Vergütung. Dieses Anreizsystem könnte dazu führen, dass der Aufsichtsrat einer risikoreichen Geschäftspolitik unkritisch gegenübersteht und danach seine Kontroll- und Überwachungsaufgaben ausrichtet. Dies könnte wiederum den Interessen der Anteilseigner zuwiderlaufen.

Die Frage, wie eine erfolgsabhängige Vergütung für den Aufsichtsrat auszugestalten ist, lässt sich nicht mit einem für alle Unternehmen passenden Konzept beantworten.¹²¹ In dem vorliegenden Buch kann lediglich ein kleiner Ausschnitt der existierenden Meinungen, Modelle und Vorschläge dargestellt werden. Das verwendete Vergütungssystem sollte speziell auf die Bedürfnisse und Umstände der jeweiligen Gesellschaft zugeschnitten sein, wobei die im Einzelfall vorliegende Unternehmensstruktur, -strategie, -steuerung und -kommunikation bei der Wahl des erfolgsversprechendsten Anreizmodells angemessen zu berücksichtigen sind.

Die im Musterbeschluss vorgeschlagene Vergütung enthält ausschließlich einen längerfristig ausgerichteten Bestandteil, der auf die Aktienkursentwicklung Bezug nimmt.

cc) D&O-Versicherungen

So genannte Directors' & Officers' Liability Insurances (D&O-Versicherungen) sind für die Manager von US-amerikanischen Unternehmen bereits seit Jahren eine Selbstverständlichkeit. D&O-Versicherungen dienen der Absicherung des Haftungsrisikos der Organmitglieder einer Gesellschaft und gewinnen auch in Deutschland

¹²⁰ BGH, Urt. v. 16. 2. 2004 – II ZR 316/02, NJW 2004, 1109 f.

¹²¹ Zur Vertiefung: *Velthuis*, Zur Diskussion: Die erfolgsabhängige Vergütung deutscher Aufsichtsräte sollte gestärkt werden, AR 2018, 8.

immer mehr an Bedeutung. Insbesondere im Hinblick auf die verschärften Regelungen zur erforderlichen Prüfung und Vermeidung von Risiken (Risikomanagement) und die Ausweitung der Haftungsregelungen für Organmitglieder sollte der Abschluss einer solchen Versicherung letztlich auch im Interesse der Aktionäre sorgfältig erwogen und gegebenenfalls durchgeführt werden.¹²²

Die Mindestanforderungen an eine D&O-Versicherung sind gesetzlich nicht geregelt. Die Vertragspartner haben daher eine sehr weiten Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum. Die vom Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. herausgegebenen Musterbedingungen für eine D&O-Versicherung haben insoweit lediglich groben Orientierungscharakter und in der Praxis ist eine Vielzahl unterschiedlichster Versicherungsbedingungen zu verzeichnen. Bei den derzeit am Markt befindlichen Versicherungsmodellen für eine D&O-Versicherung handelt es sich hauptsächlich um Versicherungen, die das Risiko der nach deutschem Recht hauptsächlich relevanten Innenhaftung, also der Haftung der Organe gegenüber ihrer Gesellschaft, betreffen.

Versicherungsrechtlich liegt eine Haftpflichtversicherung vor, für die §§ 149 ff. VVG einschlägig sind. In der Regel wird es sich um eine Fremdversicherung handeln, bei der die Gesellschaft (also der potenzielle Geschädigte bei der Innenhaftung) der Versicherungsnehmer und Prämienzahler ist, während die versicherte Person das einzelne Organmitglied ist. Eine Fremdversicherung ist es deshalb, weil ohne die Versicherung nicht der Versicherungsnehmer den versicherten Schaden zu zahlen hätte, sondern jemand anderes (das Organmitglied). Ausgelöst wird der Versicherungsfall einer D&O-Versicherung durch die Inanspruchnahme des Organmitglieds. Die Versicherung umfasst dabei – wie bei Haftpflichtversicherungen üblich – den Anspruch auf Abwehr unberechtigter Ansprüche und die Befriedigung berechtigter Ansprüche. Wird also das Organmitglied von seiner (i.d.R. ehemaligen) Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen, wird der Versicherer zunächst juristisch prüfen lassen (ggf. im Rahmen eines Klageverfahrens), ob die erhobenen Ansprüche begründet sind. Die Ansprüche auf Versicherungsleistung (Abwehr und Befriedigung) stehen also der versicherten Person und nicht dem Versicherungsnehmer, hier der anspruchstellenden Gesellschaft zu. Damit soll auch ein kollusives Zusammenwirken von Organmitglied und Gesellschaft zu Lasten des Versicherers (sog. „friendly understanding“) unterbunden werden. Von der Versicherung ausgeschlossen ist gem. § 152 VVG (nur) die vorsätzliche Schadensherbeiführung. Allerdings ist § 152 VVG abdingbar, so dass die einzelnen D&O-Versicherungen genauestens auf etwaige weitergehende Ausschlussgründe zu prüfen sind. Von Bedeutung ist z.B. der Ausschluss bei wissentlichem Verstoß gegen Satzungsbestimmungen, ohne dass es hierbei auf einen eventuellen Schädigungsvorsatz ankäme. Zu prüfen ist auch der zeitliche Umfang des Versicherungsschutzes, also ob

¹²² Vertiefend zu ausgewählten Problemen des D&O-Versicherungsschutzes aus Aufsichtsratsperspektive: *Lüneborg/Resch*, AG 2017, 691 ff.

er sich z. B. auch auf Pflichtverletzungen vor Abschluss des Versicherungsvertrages bezieht, deren Folgen erst während der Versicherungszeit auftreten oder geltend gemacht werden. Gleiches gilt für etwaige Versicherungsfälle, die erst nach Ablauf der Versicherungszeit geltend gemacht werden, die ursächliche Pflichtverletzung aber noch während der Vertragslaufzeit stattgefunden hat.

Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen (Pflichtselbstbehalt), § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG.¹²³

Zuständig für den Abschluss der D&O-Versicherung (d. h. der Abgabe der zum Vertrag führenden Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner) ist der Vorstand, und zwar auch dann, wenn die Vorstandsmitglieder selbst zu der versicherten Personengruppe gehören. Denn gegenüber Dritten vertritt der Vorstand die Gesellschaft und kein anderes Organ. Fraglich dagegen ist, ob der Vorstand auch die sachliche Entscheidungsbefugnis darüber hat, ob überhaupt eine solche Versicherung abgeschlossen wird.

Die in der Praxis zumindest im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrat bedeutsame Frage ist die, ob es sich bei der Zahlung der Versicherungsprämien durch die Gesellschaft für eine Versicherung zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder um eine Vergütung im Sinne von § 113 AktG handelt. Von der Beantwortung dieser Frage hängen die gesellschaftsrechtliche Gestaltung und die steuerrechtliche Einordnung dieser Prämien ab. Die Übernahme der Prämien für eine D&O-Versicherung ist nach als Vergütungsbestandteil in der Literatur umstritten.¹²⁴ Geht man von dem Vergütungscharakter der Prämienzahlungen aus, so besteht bei den versicherten Aufsichtsratsmitgliedern das Erfordernis einer entsprechenden Satzungsregelung oder eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses. Nach wohl h.M. gehört die Prämienzahlung für eine D&O-Versicherung nicht zu den Vergütungsleistungen, da sie nicht nur im Interesse des Aufsichtsratsmitglieds, sondern auch im Interesse der Gesellschaft durch Gestellung eines solventen Regressschuldners liegt.¹²⁵ Eine gerichtliche Klärung steht jedoch noch aus, weswegen rein vorsorglich eine Satzungsregelung bzw. ein HV-Beschluss angezeigt sein dürften.

Steuerrechtlich folgt die Finanzverwaltung der Auffassung, dass die von dem Unternehmen gezahlten Versicherungsprämien

¹²³ Vertiefend zum Selbstvorbehalt: *Lange*, Due D&O-Selbstbehalt-Versicherung, r+s 2010, 92.

¹²⁴ Ausführlich: *Lange*, ZIP 2001, 1524 ff.

¹²⁵ Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 113 Rz. 2a m.w.N.

einkommensteuerrechtlich nicht der Vergütung der versicherten Personen zuzurechnen sei, wenn das Unternehmen mit diesen Prämien wirtschaftlich ein eigenes Interesse absichere. Kriterien hierfür können sein, dass das Management als Ganzes versichert ist, Schadensersatzforderungen gegen das Unternehmen abgedeckt sind, die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag dem Unternehmen zustehen und der Prämienkalkulation Betriebsdaten des Unternehmens zu Grunde liegen.¹²⁶ Anderenfalls, d. h. wenn nicht unerhebliches Eigeninteresse des Arbeitnehmers vorliegt, sind die Beiträge steuerrechtlich wie Arbeitslohn zu behandeln.¹²⁷

Bei Vorliegen folgender Voraussetzungen soll ein überwiegendes betriebliches Interesse angenommen werden:

- bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine VermögensschadenHaftpflichtversicherung zur vorrangigen Absicherung des Unternehmens gegen Schadensersatzforderungen Dritter gegenüber dem Unternehmen aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen ihrer Organmitglieder bzw. Leitungsverantwortlichen im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft;
- im Versicherungsvertrag sind besondere Klauseln zur Firmenhaftung bzw. zum so genannten Company Reimbursement¹²⁸ enthalten, die dazu führen, dass Gläubiger der Versicherungsleistung das Unternehmen ist;
- es handelt sich um eine Gruppenversicherung, bei der das Management als Ganzes versichert ist;
- Basis der Prämienkalkulation sind ausschließlich Betriebsdaten des Unternehmens, nicht jedoch individuelle Merkmale von versicherten Personen; die Versicherungssumme liegt bei einem deutlich höheren Betrag, als es bei Privatvermögen typischerweise der Fall ist.

Ein überwiegendes betriebliches Interesse soll hingegen dann verneint werden, wenn solche Risiken versichert sind, die üblicherweise durch eine individuelle Berufshaftpflicht abgedeckt werden. Soweit in solchen Fällen die Prämienzahlungen nicht als Vergütungsleistungen auf einkommenssteuerlicher Seite anzusehen sind, wird sich bei körperschaftsteuerlicher Betrachtungsweise hinsichtlich der Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe das Gleiche ergeben.

Der hier vorgeschlagene Musterentwurf behandelt den Abschluss der D&O-Versicherung als materielle Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung,¹²⁹ d. h. hinsichtlich der formalen Anforderungen wie

¹²⁶ Vgl. Schmidt/Krüger, EStG, § 19 Rn. 55.

¹²⁷ BFH Urteil v. 26.7.2007 - VI R 64/06, DStR 2007, 1572.

¹²⁸ „Company Reimbursement“ bedeutet, dass durch Vereinbarung im Versicherungsvertrag die Versicherungsleistungen im Schadensfall in der Höhe auf die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin übergehen, in welcher die versicherte Person einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Unternehmen hat, vgl. für die Formulierung einer solchen Klausel Küppers/Dettmeier/Koch, DStR 2002, 199, 200.

¹²⁹ Zur Frage, warum Vergütungsbestandteile hier als Hauptversammlungsbeschluss, nicht aber als Satzungsregelung empfohlen werden, vgl. die Kommentierung zu § 15

einen Vergütungsbestandteil. Da die Vergütung zu beziffern ist, wird man zumindest die Höhe der Prämienzahlungen angeben müssen. Die Anweisung der Hauptversammlung an den Vorstand, bei Vertragsabschluss darauf zu achten, dass die von der Finanzverwaltung aufgestellten Grundsätze für ein überwiegend betriebliches Interesse eingehalten werden, dient dem Ziel, die Versicherungsprämien – jedenfalls in steuerlicher Hinsicht – nicht als Vergütungsleistung, sondern als voll abzugsfähige Betriebsausgabe zu qualifizieren.

IV. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Immer öfter haben sich die Gerichte mit Klagen gegen Aufsichtsräte zu befassen. Denn erweiterte Pflichten und erhöhte Verantwortung bringen für den Aufsichtsrat auch größere Haftungsrisiken mit sich, die von den Aktionären immer häufiger einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden. Die seinerzeit vielbeachtete ARAG-Entscheidung des BGH¹³⁰ aus dem Jahre 1997 hat den Pflichtenkreis von Aufsichtsräten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand maßgeblich präzisiert. So habe der Aufsichtsrat in eigener Verantwortung eine sorgfältige Prognose der tatsächlichen und rechtlichen Situation hinsichtlich des Bestehens und der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstände vorzunehmen, wenn er sich nicht selbst in die Haftung bringen will. Diese Rechtsprechung hat eine Tendenz angestoßen, welche sich in der stetigen Erweiterung des Haftungsrahmens und -potenzials für Aufsichtsräte verwirklicht.

Mittels eines gesonderten Klagezulassungsverfahrens in § 148 AktG wird es Minderheitsaktionären, die zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 EUR erreichen, ermöglicht, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe im Sinne von § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG im eigenen Namen geltend zu machen. Die Klage der Minderheitsaktionäre wird durch das Gericht zugelassen, wenn:

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,
2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben,
3. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes

der Mustersatzung.

¹³⁰ BGH, Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck).

oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, und

4. der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.

Im Bundesanzeiger gibt es das Aktionärsforum¹³¹, in dem Kleinaktionäre Mitstreiter für das Erreichen der gesetzlichen Quoren oder auch für Stimmrechtsausübungen suchen können, § 127a AktG.

Als Gegengewicht zur Erleichterung der Haftungsklage für Minderheitsaktionäre besteht im Bereich qualifizierter unternehmerischer Entscheidungen des Vorstandes ein Haftungsfreiraum („Business Judgement Rule“); § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG lautet: *„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“* Diese Business Judgement Rule entstammt dem angelsächsischen Rechtskreis und schließt eine Erfolgshaftung von Organmitgliedern gegenüber der Gesellschaft aus, soweit es sich um einen Fehler im Rahmen des unternehmerischen Ermessens- und Handlungsspielraumes handelt.

Beim Verdacht existenzgefährdender Geschäftspraktiken des Vorstandes besteht eine Pflicht des Aufsichtsrats zum Einschreiten.¹³² Auch bei nur vagen Gerüchten über ungewisse und unkorrekte Geschäfte der Gesellschaft besteht für den Aufsichtsrat Veranlassung zu eigenen Prüfungen. Ist der Inhalt des Gerüchts von existentieller Bedeutung für die Gesellschaft, kann dies Anlass für eine Sonderprüfung sein. Ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Vorstand seiner Pflicht zur unbedingten Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat nicht nachkommt, ist der Aufsichtsrat zur Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes verpflichtet, wenn er rechtswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen nur so verhindern kann.¹³³

Die Anforderungen an die Prüfungs- und Berichtspflichten des Aufsichtsrats gem. § 171 Abs. 1 und 2 AktG sind in den letzten Jahren erheblich gestiegen, nicht zuletzt wegen einer zunehmend kritischeren Beurteilung der Aufsichtsrats Tätigkeit durch die Gerichte. Nach einem Urteil des Landgerichts München¹³⁴ hat der Aufsichtsrat in seinem Bericht über das Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses gemäß § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG auch mitzuteilen, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat. Damit hat das Landgericht München der Auffassung eine Absage erteilt, wonach es genüge, wenn der Aufsichtsrat in seinem Bericht versichere, er habe die Geschäftsführung aufgrund der Vorstandsberichte und gemeinsamer Sitzungen mit dem Vorstand laufend überwacht. Ein Prüfungsbericht habe vielmehr neben der Anzahl der Sitzungen auch Angaben über Häufigkeit, Gegenstand

¹³¹ Siehe www.bundesanzeiger.de.

¹³² LG Bielefeld, ZIP 2000, 20 (Balsam AG).

¹³³ LG Bielefeld, ZIP 2000, 20 (Balsam AG).

¹³⁴ LG München I, Urt. vom 10. 3. 2005 – 5 HKO 18110/04, DB 2005, 878.

und Methoden der Prüfungen zu enthalten, zudem sehe der Deutsche Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen als Empfehlung in Ziffer 5.4.7 vor, dass im Bericht vermerkt werden solle, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen er angehört, oder weniger teilgenommen hat.¹³⁵ Neben der Darstellung der Überwachung seien auch Angaben über Einsichtnahmen in Bücher, Schriften etc. im Sinne des § 111 Abs. 2 AktG zu machen. Als Folge dieses ungenügenden Berichtes des Aufsichtsrats stellte das LG München ein Informationsdefizit der Aktionäre fest, das zur Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses – in diesem Fall ein Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats – führte.

Empfehlung in Ziffer D.8 vor, dass im Bericht des Aufsichtsrates vermerkt werden solle, an wie vielen Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse die einzelnen Mitglieder jeweils teilgenommen haben. Als Teilnahme gilt auch eine solche über Telefon- oder Videokonferenzen; diese sollte aber nicht die Regel sein Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3

Auch das Landgericht Berlin¹³⁶ hatte im Rahmen einer Anfechtung eines HVBeschlusses über die Entlastung eines Aufsichtsrats dessen Bericht gem. § 314 Abs. 2 Satz 1 AktG zu prüfen und kam zu dem Schluss, dass die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses begründet sei, da der Aufsichtsrat seine Kontrollpflichten im Zusammenhang mit einem Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG in nicht genügender Weise wahrgenommen habe. Das Gericht beanstandete, dass der Bericht des Aufsichtsrats lediglich den Hinweis enthalten habe, dass der Abhängigkeitsbericht des Vorstandes eingehend diskutiert worden sei. Vielmehr hätte der Aufsichtsrat in seinem Bericht auch das Ergebnis der Prüfung darlegen müssen. Auch lasse eine Diskussion über den Abhängigkeitsbericht des Vorstandes nicht notwendigerweise den Schluss zu, dass auch die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung desselben stattgefunden habe. Verstöße gegen die gesetzlichen Kontroll- und Informationspflichten durch den Aufsichtsrat führen, so das LG Berlin, zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses. Beide Entscheidungen zeigen, dass ungenügende Ausführungen der Prüfungs- und Berichtspflichten zu einem Verweigerungs- oder Anfechtungsrecht hinsichtlich der Entlastung der Aufsichtsräte führen können. Ein weiteres Urteil des LG München aus dem Jahr 2007¹³⁷ gab einer Anfechtungsklage

¹³⁵ Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 7. 2. 2017. Nach der aktuellen Fassung vom 16.12.2019 sieht der Kodex in Ziffer D.8 vor, dass im Bericht des Aufsichtsrates vermerkt werden soll, an wie vielen Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse die einzelnen Mitglieder jeweils teilgenommen haben. Als Teilnahme gilt dabei auch eine solche über Telefon- oder Videokonferenzen; diese sollte aber nicht die Regel sein, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, Banz AT 20.03.2020 B3.

¹³⁶ LG Berlin, Ur. vom 13. 12. 2004 – 101 O 124/04, DB 2005, 1320 f.

¹³⁷ LG München I, Ur. v. 5. 4. 2007 – 5 HK O 15964/06.

eines Entlastungsbeschlusses statt, weil der Vorstand zwar ein Risikofrüherkennungssystem eingerichtet hatte, dieses aber nicht für Dritte nachvollziehbar dokumentiert war. Das LG München legte an die Dokumentation des Systems strenge Maßstäbe an, die neben der Begründung unmissverständlicher Zuständigkeiten insbesondere auch ein engmaschiges Berichtswesen und eine entsprechende formale Dokumentation verlangten. Der BGH hat in einer aktuellen Entscheidung¹³⁸ die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses betreffend Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten AG für rechtens erachtet, weil ein in der Satzung der Gesellschaft vorgeschriebener Lagebericht nicht aufgestellt worden war. Dem Vorstand sei die Entlastung nicht zu gewähren, da dieser gegen die Pflicht zur Aufstellung des Lageberichts verstoßen habe, was als gravierender Satzungsverstoß zu qualifizieren war. Dem Aufsichtsrat war die Entlastung zu verweigern, weil dieser gegen seine Überwachungspflichten zur Prüfung der Rechnungslegung durch den Vorstand verstoßen hatte, §§ 111 Abs. 1 und 171 Abs. 1 AktG, indem er das Fehlen des satzungsmäßigen Lageberichts unbeanstandet ließ. Hinzu kam, dass der Aufsichtsrat das Fehlen dieses Lageberichtes dadurch verschleierte, dass er im Vorfeld der Hauptversammlung im vorgelegten Prüfbericht erklärte, er habe den Lagebericht geprüft und trete dessen Ergebnis bei. Auch hierin sah der BGH eine gravierende Pflichtverletzung.

Zur Frage der Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung von Sorgfaltspflichten hat der BGH¹³⁹ entschieden, dass der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorbehalten ist (im BGH-Fall ging es um Rechtsgeschäfte mit einer Verpflichtung von mehr als 100.000 DM), seine zur Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht erst dann verletzt, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert, sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt. Der Aufsichtsrat sei bereits bei Bestehen einer Verdachtslage verpflichtet, bis zu einer umfassenden Klärung des Sachverhaltsverhalts die Durchführung der nachteiligen Geschäften – notfalls sogar durch Abberufung des Geschäftsführers – zu unterbinden. Darüber hinaus sei es dem Aufsichtsrat als groben Sorgfaltspflichtverstoß anzulasten, wenn er Investitionen in erheblichem Umfang billige, ohne irgendwelche Erkundigungen über die konkrete unternehmerische Maßnahme einzuholen.

Das OLG Jena¹⁴⁰ hat die Aufsichtsräte der insolventen Mühl AG als Gesamtschuldner verurteilt, an den Insolvenzverwalter ihrer Gesellschaft rund 6,5 Mio. EUR wegen schuldhafter Verletzung ihrer

¹³⁸ BGH, Beschl. v. 26. 11. 2007 – II ZR 227/06, DB 2008, 113 ff.

¹³⁹ BGH, Urt. v. 11. 12. 2006 – II ZR 243/05.

¹⁴⁰ OLG Jena, Urt. v. 25. 4. 2007 – 6 U 947/05, DB 2007, 2079.

Prüfungspflichten als Aufsichtsratsmitglieder zu zahlen. Die Mühl AG hatte an ihre (zwischenzeitlich ebenfalls insolvente) Mehrheitsaktionärin unbesicherte Darlehen von ca. 80 Mio. DM gegeben. In dem Jahresabschluss 2000 war die fehlende Besicherung ausdrücklich erwähnt. Das OLG Jena war der Ansicht, die Aufsichtsräte hätten die Aussagen des Jahresabschlusses kritisch zur Kenntnis nehmen und auf mögliche Gefahren hin überprüfen und diesen nachgehen müssen. Hätten sie dies getan, hätten sie erkannt, dass es sich bei diesen Darlehensvergaben um nachteilige und unzureichend ausgeglichene Rechtsgeschäfte gehandelt habe. Sie hätten durch Verhinderung der künftigen Ausreichung von unbesicherten Darlehensverträgen und die Hinwirkung auf eine Absicherung der bereits bestehenden Darlehen Schaden für die Mühl AG verhindern können. Der BGH hat das Urteil des OLG Jena aufgehoben und zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.¹⁴¹ Dabei wies er darauf hin, dass nach bei Anwendung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren „upstream-Darlehens“ durch eine abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin ist kein per se nachteiliges Rechtsgeschäft i.S. von § 311 AktG sei, wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist. Dies gelte (nun) auch für Altfälle. Gleichzeitig bestätigte der BGH, dass die aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG folgende und nicht durch §§ 311, 318 AktG verdrängte Verpflichtung der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren, von dieser Änderung unberührt bleibe und dass das Unterlassung solcher Maßnahmen kann ihrerseits unter § 311 AktG fallen und Schadensersatzansprüche aus §§ 317, 318 AktG (neben solchen aus §§ 93 Abs. 2, 116 AktG) auslösen könne.

Gemäß § 116 Satz 3 AktG ist der Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft namentlich zum Ersatz verpflichtet ist, wenn er entgegen § 87 Abs. 1 AktG eine unangemessene Vergütung für den Vorstand festsetzt. Damit wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und er für Pflichtverstöße persönlich haftet.

Ein schwerwiegender Pflichtverstoß eines Aufsichtsratsmitglieds, der zur Anfechtung des Entlastungsbeschlusses berechtigt, liegt nach einem Urteil des OLG Stuttgart¹⁴² auch vor, wenn ein AR-Mitglied durch eine „pointierte“ Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit im Rahmen eines unternehmensinternen Konfliktes die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gefährdet. Klagegegenstand war der Beschluss der Hauptversammlung der Porsche Automobil Holding SE vom 29.1.2010

¹⁴¹ BGH Urt. v. 1.12.2008 - II ZR 102/07, DB 2009, 106.

¹⁴² OLG Stuttgart Urt. v. 29.2.2012, 20 U 3/11, ZIP 2012, 625. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BGH mit Beschluss v. 6.11.2012 zurückgewiesen, Az.: II ZR 111/12, ZIP 2012, 625.

über die Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2008/2009, Grund für dessen Nichtigerklärung waren u. a. Äußerungen des Mitglieds des Aufsichtsrats, Dr. Piëch, der gegenüber Journalisten sinngemäß erklärt hatte, er habe sich keine Klarheit über die Risiken der Optionsgeschäfte von Porsche verschaffen können, und er wisse nicht, wie hoch die Risiken seien. Diese Äußerungen belegten entweder eine schwerwiegende Pflichtverletzung, denn zu den Kardinalpflichten als Mitglied des Aufsichtsrats gehört die Erfassung und Beurteilung bedeutsamer Geschäfte der Holding, oder könnten als „kritisch-pointierte Meinungsäußerung“ im Rahmen eines unternehmensinternen Konflikts interpretiert werden. In diesem Fall käme ihnen aus der Sicht eines verständigen Dritten die Bedeutung zu, die Risiken der Optionsgeschäfte seien - wenn sie noch nicht einmal von einem erfahrenen Aufsichtsratsmitglied abgeschätzt werden können - für niemanden abschätzbar, also unkalkulierbar. Die alternative Interpretationsfähigkeit der Äußerungen Dr. Piëchs steht in diesem Fall nach Ansicht des OLG Stuttgart der Feststellung einer eindeutigen Pflichtverletzung aber nicht entgegen. Sowohl das Eingeständnis eines persönlichen Erfassungs- bzw. Beurteilungsfehlers als auch die Kreditgefährdung durch solchermäßen „pointierte“ öffentliche Meinungsäußerung im Rahmen eines unternehmensinternen Konflikts seien als schwerwiegende Pflichtverletzung zu werten.

V. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

1. Überblick über die Mitbestimmung in deutschen Unternehmen

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Anteilseignervertreter. Sie sind ebenfalls dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet und nicht lediglich Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft.¹⁴³ Dies kann für die Arbeitnehmervertreter zu einem Spannungsverhältnis zwischen ihrem durch die Belegschaft erteilten Mandat zur Interessenvertretung und ihrer Verpflichtung gegenüber den Unternehmensinteressen aufgrund ihrer organschaftlichen Stellung führen. Insbesondere auf den Bereich der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht und dem (gegebenenfalls kollidierenden) Unterrichtsinteresse der vertretenen Arbeitnehmer wurde bereits hingewiesen. Umstritten ist auch die Frage, ob sich die Arbeitnehmervertreter an rechtmäßigen Streiks der Belegschaft aktiv beteiligen dürfen oder ob sie sich eher neutral zu verhalten und jede Form der aktiven Beteiligung zu unterlassen haben.¹⁴⁴

Die Mitbestimmung deutscher Arbeitnehmer durch die Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat eines Unternehmens ist in verschiedenen gesetzlichen Regelungen verankert, deren Geltung u.a. von der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer abhängt.¹⁴⁵ Hierzu gehören das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG),¹⁴⁶ das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. 5. 1976 (MitbestG), das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie vom 21. 5. 1951 (MontanMitbestG) sowie das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie vom 7. 8. 1956 (MitbestErgG). Darüber hinaus enthalten auch das Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) vom 28.10.1996¹⁴⁷, ebenso wie die Arbeitnehmerbeteiligungsregelungen für die Europäische

¹⁴³ BVerfG, Beschl. v. 7. 11. 1972 – 1 BvR 338/68.

¹⁴⁴ Übersicht über den Meinungsstand: Lutter, *Gesammelte Schriften*, S. 332 ff.

¹⁴⁵ Leiharbeitnehmer sind auch im Entleiherunternehmen mitzuzählen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt, vgl. § 14 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 AÜG idF. des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017, BGBl. I S. 258 (seit 1. April 2017 in Kraft). Zur Frage, ob auch ausländische Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind: *Behme*, Die Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer für die Berechnung der Schwellenwerte im Recht der Unternehmensmitbestimmung, AG, 2018, 1.

¹⁴⁶ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18. Mai 2004, BGBl. I 2004, 974; geändert durch Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. August 2006, BGBl. I 2006, 1911.

¹⁴⁷ BGBl. I, 1548, ber. 2022, geändert durch Gesetz v. 22. 12. 1999, BGBl. I, 2809.

Aktiengesellschaft¹⁴⁸ und die grenzüberschreitenden Verschmelzungsfälle¹⁴⁹ Vorschriften über Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern in deutsch-europäischen Unternehmen bzw. in einer Europäischen AG mit Sitz in Deutschland.

Arbeitnehmersvertreter haben allein aufgrund ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit keinen besonderen Kündigungsschutz, da sie nicht in § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genannt sind.¹⁵⁰ Allerdings ist eine Kündigung unzulässig und gem. § 134 BGB nichtig, wenn sie dazu dient, den Arbeitnehmersvertreter wegen der Ausübung seines Amtes zu maßregeln (relativer Kündigungsschutz).¹⁵¹

Das Amt des Arbeitnehmersvertreters im Aufsichtsrat endet bei Wegfall der Voraussetzungen für seine Wählbarkeit (z. B. bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis, bei Eintritt in die Freistellungsphase bei Altersteilzeit¹⁵²) oder wenn das Aufsichtsratsmitglied durch Beschluss der wahlberechtigten Arbeitnehmer abberufen wird.

Bei den nachfolgenden Ausführungen werden die gesetzlichen Regelungen über die Mitbestimmung nach dem MontanMitbestG und dem MitbestErgG wegen der vergleichsweise geringeren Bedeutung ausgespart und lediglich die Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz und nach dem Mitbestimmungsgesetz dargestellt. Das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz finden keine Anwendung auf solche Unternehmen, die politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes¹⁵³ anzuwenden ist, dienen.

Das deutsche Modell der Mitbestimmung ist durch den EuGH als unionsrechtskonform eingestuft worden.¹⁵⁴ Das LG Berlin¹⁵⁵ hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das deutsche Mitbestimmungsrecht gegen

¹⁴⁸ Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 249 v. 10. 11. 2001, 22 ff.; SE-Beteiligungsgesetz (SEBG), Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft v. 22. 12. 2004, BGBl. I 2004, 3675 ff.

¹⁴⁹ Art. 16 der Richtlinie 2005/56/EG vom 25. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABL. EU Nr. L 310, 1 ff. und Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 21. Dezember 2006, BGBl. I 2006, 3332 ff.

¹⁵⁰ BAG, Urteil v. 4. 4. 1974, 2 AZR 452/73, NJW 1974, 1399.

¹⁵¹ *Thüsing* in Thüsing/Rachor/Lembke, KSchG, § 15 KSchG Rz. 28, Stand: 25.08.2017.

¹⁵² BAG, Beschl. v. 25. 10. 2000 – 7 ABR 18/02.

¹⁵³ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG lautet: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“

¹⁵⁴ EuGH Urt. v. 18.7.2017, C-566/15 Rs. *Erzberger* vs. TUI, NJW 2017, 2603.

¹⁵⁵ LG Berlin Beschl. v. 1.6.2015, 102 O 65/14, AG 2015, 587. Vgl. auch die Kommentierungen von Mutter, EuGH verhandelt über Mitbestimmung: Die deutsche Wirtschaftsordnung in Gefahr, In: Legal Tribune Online, 23.1.2017, http://www.lto.de/persistent/a_id/21862/, und Wansleben, EuGH-Anhörung zu Unternehmensmitbestimmung: Wie viel Europa muss sein? In: Legal Tribune Online, 24.1.2017, http://www.lto.de/persistent/a_id/21880/.

Unionsrecht verstößt, weil es das aktive und passive Wahlrecht auf in Deutschland tätige Arbeitnehmer beschränkt, während die Arbeitnehmer ausländischer Konzernbetriebe bei Aufsichtsratswahlen der in Deutschland ansässige Konzernobergesellschaft kein Wahlrecht haben. Zudem könne ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wegen des drohenden Verlusts seines AR-Mandats sich dagegen entscheiden, einen Posten in einer ausländischen Konzerngesellschaft anzunehmen. In Betracht kamen Verstöße der deutschen Mitbestimmung gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und gegen die in Art. 45 AEUV garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit. Auch das OLG Frankfurt hatte im Hinblick auf diese Vorlage ein entsprechendes Verfahren ausgesetzt.¹⁵⁶ In seinen Schlussanträgen vom 4. Mai 2017 hat der Generalanwalt sowohl einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV, als auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit des Art. 18 AEUV verneint, da bereits kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege und hilfsweise, dass die Beschränkung des Wahlrechts aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei. Der EuGH hat entschieden, dass im Falle einer Tochtergesellschaft der TUI mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat auf die dortigen Arbeitnehmer die Bestimmungen über die Freizügigkeit nicht anwendbar seien, wenn diese nie von ihrer Freizügigkeit innerhalb der EU Gebrauch gemacht haben oder Gebrauch machen wollen. Die Freizügigkeit gelte jedoch für Arbeitnehmer der TUI in Deutschland, die eine Stelle bei einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dieses Konzerns antreten (wollen). Allerdings stelle in einem solchen Fall der Verlust des aktiven und des passiven Wahlrechts für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der deutschen Muttergesellschaft sowie ggf. der Verlust des Rechts auf (weitere) Ausübung eines Aufsichtsratsmandats keine Behinderung der Freizügigkeit dar, da die Freizügigkeit nicht garantiere, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral sein werde. Die Unterschiede zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten haben für betroffene Arbeitnehmer je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile, es gäbe jedoch kein Recht, sich im Aufnahmemitgliedstaat auf die Arbeitsbedingungen zu berufen, die im Herkunftsmitgliedstaat nach dessen nationalen Rechtsvorschriften bestehen. Das Unionsrecht hindert nach Auffassung des EuGH einen Mitgliedstaat nicht daran, im Bereich der kollektiven Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in den Leitungs- und Aufsichtsorganen einer Gesellschaft nationalen Rechts, der bislang nicht Gegenstand einer Harmonisierung oder auch nur einer Koordinierung auf Unionsebene war, vorzusehen, dass die von ihm erlassenen Vorschriften nur auf die Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung finden. Desgleichen stehe es einem anderen Mitgliedstaat frei, bei der Anwendung seiner eigenen nationalen Vorschriften auf einen anderen Anknüpfungspunkt zurückzugreifen. Dem EuGH hat sich das OLG München in seinem Statusstreit über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG angeschlossen.¹⁵⁷

¹⁵⁶ OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 17.6.2016, 21 W 91/15, ZIP 2016, 2223, s.a. Anm.

Krause zur erstinstanzlichen Entscheidung LG Frankfurt/M., Beschl. vom 16.2.2015, 3-16 O 1/14, ZIP 2015, 636.

¹⁵⁷ OLG München, Beschl. v. 6.3.2018, 31 Wx 321/15, BeckRS 2018, 02631.

2. Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz

Das Drittelbeteiligungsgesetz regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen von Unternehmen mit bis zu 2000 Arbeitnehmern. Danach müssen die Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft, einer GmbH oder einer KGaA zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, § 1 DrittelbG. Grundsätzlich ausgenommen von der Mitbestimmung sind AG und KGaA, die weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Ausnahme besteht allerdings für Aktiengesellschaften, die vor dem 10.8.1994 eingetragen wurden und keine Familiengesellschaften sind, § 1 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 DrittelbG. Für diese ist das DrittelbG auch dann anwendbar, wenn weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Ausgenommen von der Mitbestimmung nach dem DrittelbG sind Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen unabhängig von deren Rechtsform.

Räumlich gilt das Drittelbeteiligungsgesetz für Inlandsgesellschaften. Auf Rechtsformen ausländischen Rechts ist auch dann nicht anwendbar, wenn diese ihren Verwaltungssitz im Inland haben. Eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft kann sich der Geltung des Drittelbeteiligungsgesetzes auch dann nicht entziehen, wenn sie ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt.¹⁵⁸

Der Aufsichtsrat eines dem DrittelbG unterliegenden Unternehmens muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen, § 4 Abs. 1 DrittelbG. Sind danach zwei oder mehr Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat zu wählen, so müssen sich unter diesen mindestens zwei Arbeitnehmer befinden, die im Unternehmen beschäftigt sind.

In den Aufsichtsrat können nur Arbeitnehmer gewählt werden, die mindestens 18 Jahre alt sind und dem Unternehmen mindestens 1 Jahr angehören. Mitgezählt werden auch unmittelbar zusammenhängende Betriebszugehörigkeiten bei Konzernunterunternehmen im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG. Nicht wählbar ist, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt. Die Arbeitnehmervertreter werden in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl von allen zu Betriebsratswahl berechtigten Arbeitnehmern (§ 7 BetrVG) für die Zeit gewählt, die im Gesetz oder in der Satzung für die von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder bestimmt ist. Die Modalitäten sind in der Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz¹⁵⁹ geregelt. Ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer kann gem. § 12 DrittelbG vor Ablauf der Amtszeit auf Antrag eines Betriebsrats oder von mindestens einem Fünftel der Wahlberechtigten durch Beschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen abberufen werden.

Für Arbeitnehmervertreter nach dem Drittelbeteiligungsgesetz gilt ein Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, § 9

¹⁵⁸ Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG, Rn. 5 m.w.N.

¹⁵⁹ Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, BGBl. I 2004, 1393.

3. Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz

Das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) gilt für Unternehmen, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft betrieben werden und die in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 MitbestG. Ein Aufsichtsrat bei einer Holding-Gesellschaft unterliegt auch dann dem MitbestG, wenn die Holding-Gesellschaft selbst keinen eigenen Geschäftsbetrieb mit eigenen Arbeitnehmern unterhält.¹⁶¹

Räumlich gilt das Mitbestimmungsgesetz für inländische Gesellschaften. Es findet nach h. M. keine Anwendung auf nach ausländischen Recht gegründete Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz im Ausland haben, und zwar auch dann nicht, wenn sie mit inländischen Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind; es gilt weiterhin nicht für Auslandsgesellschaften, die im Inland Betriebsstätten unterhalten.¹⁶²

Das MitbestG ist auf Unternehmen nicht anwendbar, welche nach ausländischem Recht gegründet wurden und ihren Sitzungssitz im Ausland haben, auch wenn der tatsächliche Verwaltungssitz in Deutschland liegt.¹⁶³ Denn durch „Centros“,¹⁶⁴ „Überseering“¹⁶⁵ und „Inspire Art“¹⁶⁶ und die sich insoweit anschließende deutsche obergerichtliche und höchstgerichtliche Rechtsprechung¹⁶⁷ ist die in Deutschland lange vorherrschende Sitztheorie jedenfalls für Gesellschaften aus den EU-Mitgliedstaaten beendet. Für Gesellschaft aus Nicht-EU-Staaten mit Verwaltungssitz im Inland kann es hingegen durch die Geltung der Sitztheorie zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes kommen.¹⁶⁸

Die Aufsichtsräte nach dem MitbestG werden mit der gleichen Anzahl an

¹⁶⁰ Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, § 9 DrittelbG, Rn. 2.

¹⁶¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 3. 5. 1989 – 8 W 38/89, DB 1989, 1128 ff.

¹⁶² Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG, Rn. 6.

¹⁶³ Koch in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 260 Rn. 1a; siehe auch die Kommentierung hierzu durch Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG, Rn. 7 ff.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97, Centros Ltd./Erhvervsog Selskabsstyrelsen, BB 1999, 809 ff. = RIW 1999, 447 f. = NKW 1999, 2027 ff.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00, Überseering BV/NCC, BB 2002, 2425 f. = RIW 2002, 945 f. = DB 2002, 2425 f.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam./Inspire Art Ltd.), NJW 2003, 3331 ff.

¹⁶⁷ BGH, Urt. v. 13. 3. 2003 – VII ZR 370/98, NJW 2003, 1461 f.; BayObLG, Urt. v. 19. 12. 2002 – 2 Z BR 7/02; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26. 3. 2003 – 3 W 21/03, DB 2003, 1264 f.

¹⁶⁸ Koch in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 260 Rn. 1a. Zur Vertiefung: Schubert, Beteiligung von Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben und Tochtergesellschaften an der Unternehmensmitbestimmung in deutschen Konzernen, AG 2017, 369 ff.

Anteilseignern und Arbeitnehmervertretern besetzt. Es besteht jedoch keine echte Parität, da die Anteilseigner die Arbeitnehmervertreter überstimmen können. In Unternehmen bis 10.000 Arbeitnehmer beträgt das Verhältnis 6:6, in Unternehmen mit 10.000 bis 20.000 Arbeitnehmern beträgt das Verhältnis 8:8 und in solchen mit mehr als 20.000 Arbeitnehmern beträgt das Verhältnis 10:10. Die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften haben zwei Sitze im Aufsichtsrat, wenn bis zu 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind; wenn mehr als 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, haben sie drei Sitze. Die übrigen vier, sechs bzw. sieben Sitze müssen mit Arbeitnehmern des Unternehmens besetzt werden, wobei dem Aufsichtsrat ein leitender Angestellter angehören muss, § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG.¹⁶⁹

Die Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat nach dem MitbestG werden entweder in einer Urwahl oder durch Delegierte gewählt. Die Belegschaft hat hier hinsichtlich der Wahlform ein Wahlrecht, § 9 MitbestG. Die einzelnen Wahlvorschriften sowohl für die Delegiertenwahl als auch für die Urwahl sind im MitbestG sowie der entsprechenden Wahlordnung im Einzelnen geregelt.

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats bestimmt sich nach § 25 MitbestG. Aufsichtsratsvorsitzender und Stellvertreter müssen mit je einer 2/3-Mehrheit gewählt werden. Wird diese Mehrheit nicht erreicht, so wählen die Anteilseignervertreter den Vorsitzenden des Aufsichtsrats und die Arbeitnehmervertreter den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden, § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG. Bei der Bildung von Ausschüssen des Aufsichtsrats gemäß § 107 Abs. 3 AktG ist es nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmervertreter entsprechend ihrer Stärke im Aufsichtsrat auch in den Ausschüssen vertreten sind. Es gilt jedenfalls dann als missbräuchliche Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter, wenn diese allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit von jeder Mitarbeit in einem Ausschuss ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss ist nur möglich, wenn ihm erhebliche sachliche oder persönliche Gründe zugrunde liegen.¹⁷⁰

Im unmittelbaren Anschluss an die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters ist der so genannte Vermittlungsausschuss als permanenter Ausschuss zu bilden. Ihm gehören der Aufsichtsratsvorsitzende, sein Stellvertreter und je ein weiterer Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer an, § 27 Abs. 3 MitbestG.¹⁷¹

Für Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz gilt gemäß § 26 MitbestG ein Behinderungs- und Benachteiligungsverbot. Zwar enthält die Regelung (anders als z.B. § 9 DrittelG oder § 78 BetrVG) kein Begünstigungsverbot, allerdings müssen Sonderregelungen für Arbeitnehmervertreter wegen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der erforderlichen Unabhängigkeit als

¹⁶⁹ Koch in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 260 Rn. 5.

¹⁷⁰ BGH, Urt. v. 17. 5. 1993 – II ZR 89/92, AG 1993, 464 ff.

¹⁷¹ Koch in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 260 Rn. 14.

Aufsichtsratsmitglied sachlich gerechtfertigt sein.¹⁷²

4. Vergütung der Arbeitnehmervertreter aus steuerlicher Sicht

Das Aufsichtsratsmandant ist für den Arbeitnehmer neben seinem Arbeitsverhältnis eine eigenständige Einnahmequelle.¹⁷³ Da die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied aus steuerlicher Sicht als selbstständige Tätigkeit einzuordnen ist, unterliegt die Vergütung auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds sowohl der Einkommensteuer als auch der Umsatzsteuer. Durch die Aufsichtsrats Tätigkeit (d. h. betrieblich) veranlasste Aufwendungen sowie Aufwendungen, die der Arbeitnehmer zur Erlangung dieser eigenständigen Einnahmequelle machen muss, können im Sinne von § 4 Abs. 4 EStG als Betriebsausgaben abziehbar sein. Häufig müssen sich Arbeitnehmervertreter, um als Kandidaten für die Wahl zum Aufsichtsrat aufgestellt zu werden, dazu verpflichten, im Fall ihrer Wahl einen Teil ihrer Aufsichtsratsvergütung an betriebliche oder gewerkschaftliche Einrichtungen abzuführen. Solche Zuwendungen aus der Aufsichtsratsvergütung, zu denen sich der Arbeitnehmer im Interesse des Betriebes oder der sozialen Belange der Betriebsangehörigen verpflichtet hat, sind als Betriebsausgaben absetzbar, so etwa Zuwendungen an einen betrieblichen Sozialfond¹⁷⁴ oder eine betriebliche Urlaubskasse¹⁷⁵.

Abführungen von Aufsichtsratsvergütung an Gewerkschaften oder gewerkschaftliche Einrichtungen, zu denen Arbeitnehmervertreter sich vor ihrer Wahl verpflichtet haben, sind nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit, sondern als Betriebsausgaben bei den Einkünften aus Aufsichtsrats Tätigkeit abziehbar.¹⁷⁶ So finanziert sich beispielsweise die Hans-Böckler-Stiftung¹⁷⁷ zum Großteil über die Abführung von Aufsichtsratsvergütungen von Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsräten.

¹⁷² *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 26 MitbestG, Rn. 2.

¹⁷³ BFH, Urt. v. 9. 10. 1980 – IV R 81/76.

¹⁷⁴ BFH, Urt. v. 7. 8. 1987 – VI R 53/84.

¹⁷⁵ BFH, Urt. v. 9. 10. 1980 – IV R 81/76.

¹⁷⁶ OFD Frankfurt/M., Verfügung v. 20. 3. 1995 – S 2144 A – 2 – St II 20.

¹⁷⁷ Das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes.

VI. Literaturverzeichnis

- Behme, Caspar Die Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer für die Berechnung der Schwellenwerte im Recht der Unternehmensmitbestimmung, AG, 2018, 1
- Bürgers, Tobias/Körber, Körber, Torsten (Hrsg.) Aktiengesetz, 3. Aufl. Heidelberg 2014, zit.: *Bearb.* in Bürgers/Körber, AktG
- Gruson, Michael/
Kubicek, Matthias Der Sarbanes-Oxley Act, Corporate Governance und das deutsche Aktienrecht, AG 2003, 337 ff.
(Teil I); AG 2003, 393 (Teil II)
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens Aktiengesetz Kommentar, 12. Aufl. München 2016
- Kästner, Karin Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000, 113 ff.
- Kölner Kommentar Komm. AktG Band 2/2 §§ 95-117 AktG, 3. Aufl. Köln, 2013, zit.: *Bearb.*, in: Kölner zum Aktiengesetz
- Küppers, Christoph/
Dettmeier, Michael/
Koch, Claudia D&O-Versicherung: Steuerliche Implikationen für versicherte Personen?, DStR 2002, 199 ff.
- Lanfermann, Georg/
Maul, Silja Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts in Deutschland, DB 2002, 1725 ff.
- Lange, Oliver Due D&O-Selbstbehalt-Versicherung, r+s 2010, 92
- Lutter, Marcus Gesammelte Schriften. Hrsg. von Uwe H. Schneider und Peter Hommelhoff, Berlin 2010.
- Lutter, Marcus/
Krieger, Gerd Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. Köln 2002
- Mückl, Patrick/
Götte, Mareike Wie gelingt der Auftakt zur Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung? – Richtige Aufforderung und Information in der Praxis, BB 2017, 1845
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auflage München 2007, zit.: *Bearb.*, in: MünchHandb. GesR, Bd. 4
- Neuling, Jasper Präsenzpflicht in der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats, AG 2002, 610 ff.
- Notthof, Martin Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Director's & Officer's-Versicherung, NJW 2003, 1350 ff.
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. München 2013, zit.: *Bearb.* in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch
- Schmidt, K./Lutter (Hrsg.) Aktiengesetz, Band I §§ 1 - 149, 2. Aufl. Köln 2010, zit.: *Bearb.* in K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG

Schmidt, Ludwig	Einkommensteuergesetz Kommentar, 35. Aufl. 2016, zit.: Schmidt/ <i>Bearb.</i> , EStG
Schubert, Claudia,	Beteiligung von Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben und Tochtergesellschaften an der Unternehmensmitbestimmung in deutschen Konzernen, AG 2017, 369 ff.
Singhof, Bernd	Die Amtsniederlegung durch das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, AG 1998, 318 ff.
Stengel, Arndt/ Detweiler, David/	Sarbanes-Oxley Act, DAJV-News. 2003, 77 ff.
Wilms, Michael/ Streck, Michael	Körperschaftsteuergesetz Kommentar, 8. Aufl. München 2014
Theusinger, Ingo/ Guntermann, Lisa M.	Wann vertritt der Aufsichtsrat die AG? – Neues vom BGH zu § 112 AktG, AG 2017, 198
Thüsing, Gregor/ Rachor, Stephanie/ Lembke, Mark,	KSchG Haufe-Online-Kommentar Stand: 25.08.2017
Ulmer, Peter/ Habersack, Mathias/ Henssler, Martin,	Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. München 2013
Velthuis, Louis	Zur Diskussion: Die erfolgsabhängige Vergütung deutscher Aufsichtsräte sollte gestärkt werden, AR 2018, 8
von Werder, Axel, 977	Erfolgsfaktoren eines exzellenten Aufsichtsrates, DB 2017, 977