

VCI-Stellungnahme zu den Vorschlägen des Arbeitskreises Recht des Aufsichtsrats zur Reform des Aufsichtsratsrechts*

I. Einführung

Der „Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats“ (im Folgenden „AK“) hat im April 2021 Eckpunkte für eine umfassende Reform des Rechts des Aufsichtsrats vorgestellt.¹

Als wesentliche Gründe für sein Reformanliegen führt er an, dass sich die Anforderungen an die Aufsichtsrats Tätigkeit sowohl hinsichtlich der tatsächlichen wie rechtlichen Komplexität als auch aufgrund eines deutlich aktiveren Aktionärskreises über die letzten Jahrzehnte stark verändert haben. Der rechtliche Rahmen, der seit 1965 nur punktuell weiterentwickelt worden ist, werde diesem erweiterten Aufgabenportfolio und dem tatsächlichen Bedeutungszuwachs des Aufsichtsrats nicht gerecht.

In tatsächlicher Hinsicht teilen wir den Ausgangsbefund, dass sich die Rolle und Tätigkeit des Aufsichtsrats, der nach dem Aktiengesetz immer noch als Nebenamt konzipiert ist, jedenfalls bei größeren börsennotierten Unternehmen durch eine zunehmende Professionalisierung der Kontrollfunktion und eine größere Außenwirkung deutlich gewandelt haben. Wir unterstützen daher die Reforminitiative, zu prüfen, in welchen Bereichen das Aktiengesetz einerseits an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden sollte und andererseits gesetzliche Klarstellungen zur Ausräumung bestehender Rechtsunsicherheiten erforderlich bzw. sinnvoll sind.

Die nachfolgende Übersicht ist als eine erste Einschätzung der Reformvorschläge des Arbeitskreises zu verstehen, mit der wir einen Beitrag zur weiteren Reformdiskussion leisten möchten. In einem *ersten Teil* (siehe unter II.) werden dazu diejenigen Regelungsvorschläge aufgeführt, bei denen wir ein klares Regelungsbedürfnis sehen und die daher auch unabhängig von einer eigenständigen Reform des Aufsichtsratsrechts vom Gesetzgeber aufgegriffen werden sollten. In einem *zweiten Teil* (siehe unter III.) werden demgegenüber solche Vorschläge zusammengeführt, bei denen aus unserer Sicht kein Regelungsbedürfnis besteht bzw. die im Vergleich zur aktuellen Rechtslage keinen erkennbaren Mehrwert erwarten lassen. Der *dritte Teil* (siehe unter IV.) bewertet schließlich diejenigen Vorschläge, die unseres Erachtens den Kern einer eigenständigen Aufsichtsratsrechtsreform ausmachen, weil sie auch unabhängig von

* Die Stellungnahme des Verbands der Chemischen Industrie (VCI) e. V. wurde von einer Arbeitsgruppe des VCI-Fachausschusses Unternehmensrecht erarbeitet. Der Arbeitsgruppe gehören an *Dr. Tobias Brouwer* (VCI e.V.), *Dr. Georg Franzmann* (BASF SE sowie Vorsitzender des VCI-Fachausschusses Unternehmensrecht), *Tobias Greven* (Merck KGaA), *Dr. Peter Henke* (Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA), *Dr. Cornelius Simons* (AlzChem Group AG), *Anna Steudner* (Merck KGaA), *Mark Wolters* (Bayer AG). Die VCI-Stellungnahme gibt die persönliche Meinung der Mitglieder der Arbeitsgruppe wieder.

¹ Die Eckpunkte sind sowohl in der NZG 2021, 477, als auch im ZGR-Sonderheft 25 (*Hommelhoff/Kley/Verse*, Reform des Aufsichtsratsrechts, 2021) abgedruckt. Letzteres enthält zudem die das Eckpunktepapier vorbereitenden Referate und Diskussionsberichte des Arbeitskreises.

einem etwaigen Regelungsbedürfnis das Ziel verfolgen, den rechtlichen Rahmen für die Aufsichtsratsstätigkeit im Sinne eines „*better law*“ an die gewandelte Rolle und Bedeutung des Aufsichtsrats in der Unternehmenspraxis anzupassen.

II. Vorschläge, bei denen ein klares Regelungsbedürfnis besteht

1. Rechtssicherheit bei der Anfechtung von Wahlbeschlüssen (Tz. 49 f.)

Die Entschärfung der BGH-Rechtsprechung zur Anfechtung von Wahlbeschlüssen zum Aufsichtsrat (rückwirkende Vernichtung der Wahl) wird vom VCI schon seit langem gefordert. Auch unabhängig von einer größeren Beschlussmängelrechtsreform wäre gerade an dieser Stelle eine punktuelle Änderung des Gesetzes sinnvoll. Als mögliche Lösungsmodelle kommen in Betracht: Die gesetzliche Anerkennung einer faktischen Organschaft durch Anordnung der Ex-Nunc-Wirkung von Anfechtungsurteilen gegen Wahlbeschlüsse (Ergänzung des § 241 oder § 251 AktG), eine Analogie zum Freigabeverfahren, um schnellstmögliche Rechtssicherheit zu gewährleisten, oder eine gerichtliche Ersatzbestellung (Ergänzung des § 104 AktG).²

Als vermittelndes Lösungsmodell kommt aus unserer Sicht eine gesetzliche Regelung in Anlehnung an das Freigabeverfahren (§ 246a AktG) in Betracht. So könnte ein Gericht durch Beschluss im Vergleich zum regulären Anfechtungsverfahren relativ kurzfristig feststellen, dass ein Mangel des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung die Bestellung unberührt lässt, wenn (1) die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, oder (2) die Wirksamkeit der Bestellung vorrangig erscheint, weil nach freier Überzeugung des Gerichts die wesentlichen Nachteile für der Gesellschaft überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vor. Der Vorteil einer solchen Regelung läge darin, dass einerseits das Rechtsschutzbedürfnis gewahrt wird, andererseits die Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre Berücksichtigung finden würden. Zudem könnte überlegt werden, ob zusätzlich für den Fall der Ablehnung der Freigabe durch das Gericht eine gerichtliche Ersatzbestellung eines Aufsichtsratsmitglieds ermöglicht werden soll, um Abhilfe für die dann bis zum Abschluss des Anfechtungsprozesses bestehende Rechtsunsicherheit zu schaffen. Auch der BGH³ hat erkannt, dass die Rückabwicklung von Aufsichtsratsbeschlüssen schwierig bzw. unmöglich sein und den berechtigten Interessen der Betroffenen widersprechen kann und unterstrichen, dass diese Fälle eine Einzelfalllösung erfordern.

2. Kein zwingender 20-köpfiger oder 16-köpfiger Aufsichtsrat (Tz. 28)

Dass zu große Aufsichtsräte einer möglichst effektiven Kontrolltätigkeit entgegenstehen, wird kaum mehr bestritten. Die gesetzliche Einräumung einer satzungsmäßigen Möglichkeit für Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen, die Mitgliederzahl zu reduzieren, stellt

² Vgl. *Brouwer*, NZG 2014, 201, 204 m.w.N.

³ BGHZ 196, 195 = NZG 2013, 456, Rn. 21, 25.

daher ein wichtiges Element zur Effektivierung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats dar. Dies hat sich bei paritätisch mitbestimmten Gesellschaften in der Rechtsform der SE, die zumeist über einen nur 12-köpfigen Aufsichtsrat verfügen, bereits bestens bewährt. Bleibt die Parität, wie vom AK vorgeschlagen, gewahrt, bedarf es hierfür auch keiner Mitbestimmungsvereinbarung.

3. Auskunftserteilung in der Hauptversammlung (Tz. 47)

Insbesondere mit Blick auf die anstehende Reform der Hauptversammlung ist es sinnvoll zu regeln, dass die Auskunftserteilung gegenüber den Aktionären in der Hauptversammlung durch den Aufsichtsrat erfolgt, soweit es um Fragen geht, die in seine alleinige Kompetenz fallen. So werden die vom AK erwähnten, den Aktionären kaum vermittelbaren Hilfskonstruktionen entbehrlich bzw. reduzieren sich auf solche Fragestellungen, die nicht klar in die Zuständigkeit des einen (Vorstand) oder des anderen Organs (Aufsichtsrat) fallen. Dies könnte im Rahmen der anstehenden Reform der (virtuellen) Hauptversammlung mit geregelt werden. Dabei sollte für Zweifelsfälle, ob die Antwortpflicht den Vorstand oder den Aufsichtsrat trifft, die Anfechtung ausgeschlossen werden, es sei denn, die Antwort wird trotz Fehlens von Auskunftsverweigerungsgründen nicht oder nicht vollständig erteilt oder den Verwaltungsorganen ist Vorsatz vorzuwerfen.

4. Präzisierung der Vertretungsbefugnis gegenüber den Vorstandsmitgliedern (Tz. 18)

Im Interesse der Rechtssicherheit sollten typische Streitfragen der Reichweite der aufsichtsratsrechtlichen Vertretungsbefugnis nach § 112 AktG geregelt werden. Dies gilt insbesondere für die vom AK aufgeworfene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft, an der ein Vorstandsmitglied beteiligt ist, diesem gleichzustellen ist.⁴

5. Stimmbotenerklärungen auch in Textform zulassen

Als weiteren Reformvorschlag, der in den AK-Eckpunkten nicht adressiert ist, regen wir an, die Regelungen des § 108 Abs. 3 AktG zur Stimmabgabe abwesender Aufsichtsratsmitglieder durch Stimmboten an das digitale Zeitalter anzupassen und das Schriftformerfordernis durch die Textform (§ 126b BGB) zu ersetzen. In der Unternehmenspraxis stehen vielfältige elektronische Möglichkeiten der Stimmabgabe bereit, die die Abstimmungsprozesse deutlich vereinfachen würden. Dadurch würden zugleich bestehende Rechtsunsicherheiten ausgeräumt, inwieweit bereits nach geltender Rechtslage vom Wortlaut der Norm abgewichen werden kann.⁵ Überdies würde sich damit die verbreitete Praxis erledigen, vor jeder Aufsichtsratssitzung bei der Gesellschaft „rein vorsorglich“ (also auch ohne konkreten Abwesenheitsanlass) schriftliche Stimmbotschaften sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder zu hinterlegen. Stattdessen ließen sich die in Textform, etwa als E-Mail, SMS oder WhatsApp

⁴ Zum Meinungsstand vgl. Hüffer/*Koch*, AktG, 15. Aufl. 2021, § 112 Rn. 4.

⁵ Zum Streitstand vgl. Hüffer/*Koch*, AktG, § 108 Rn. 20.

übermittelten Stimmbotschaften selbst bei kurzfristig eintretenden Teilnahmehindernissen auch noch spontan sinnvoll einsetzen.

III. Änderungsvorschläge, bei denen aus unserer Sicht kein Regelungsbedürfnis besteht

1. Konzentration der Überwachungsaufgabe auf wesentliche Entscheidungen (Tz. 12)

Eine gesetzliche Klarstellung in § 111 Abs. 1 AktG, wonach sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nur auf Geschäftsführungsmaßnahmen von besonderer Bedeutung und grundlegende Fragen der Unternehmensorganisation bezieht, statt wie bisher auf „die Geschäftsführung“, ist aus unserer Sicht nicht zielführend. In der Praxis bestehen wenig Zweifel, dass hiermit sowohl die Geschäftsführung des Vorstands in ihrer Gesamtheit und darin enthalten auch alle wesentlichen und grundlegenden Maßnahmen und Entscheidungen der Überwachung unterliegen, aber keine Verpflichtung des Aufsichtsrats besteht, jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands zu kontrollieren. Es steht dagegen eher zu befürchten, dass durch eine solche sprachliche Eingrenzung nur neue Aufsichtslücken provoziert würden, die zuletzt politisch gerade geschlossen werden sollten (Bsp. Wirecard/FISG). Zu befürchten sind neue Abgrenzungsfragen in Bezug auf „weniger bedeutende“ Maßnahmen einerseits und zustimmungspflichtige Geschäfte i.S.d. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG („Geschäfte von grundlegender Bedeutung“, vgl. Drucks. 14/8769, S. 17) andererseits. So mag die Frage aufkommen, ob künftig etwa nur noch zustimmungspflichtige bzw. zustimmungsvorbehaltsfähige Geschäftsführungsmaßnahmen oder Leitungsentscheidungen des Vorstands vom Überwachungsumfang erfasst wären. Fraglich wäre beispielsweise weiter, ob – umgekehrt – der Aufsichtsrat auch weiterhin die Möglichkeit hätte, sich mit „kleineren“ Compliance-Verstößen von Vorstandsmitgliedern zu befassen, oder ob solche Fälle mangels Geschäftsführungsmaßnahme von besonderer Bedeutung bzw. Frage der Unternehmensorganisation aus dem Überwachungsradius herausfallen würden. Eine einschränkende Gesetzesformulierung könnte zudem (betriebswirtschaftliche) Versuche herausfordern, die Überwachungsaufgabe rein mathematisch/rechnerisch zu erfassen, was zu einer nicht gewollten Verengung des Überwachungsverständnisses führen könnte.

Die exemplarisch aufgeworfenen Fragen und Überlegungen zeigen, dass mit einer Gesetzesänderung eher nur neue Rechtsunsicherheiten geschaffen würden. Insbesondere fehlt es aber auch an einem Regelungsbedürfnis für eine Gesetzesänderung. Denn das Gesetz enthält bereits an vielen Stellen, allen voran bei den Regelungen über die Berichte an den Aufsichtsrat (§ 90 AktG), ausreichende Anhaltspunkte, wonach die Überwachungsaufgabe auf Geschäftsführungsmaßnahmen von gewisser Bedeutung für die Gesellschaft ausgerichtet ist.

2. Klarstellung der Beratungsaufgabe (Tz. 13)

Eine besondere Betonung der Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats kann aus unserer Sicht zu Missverständnissen führen. Es ist anerkannt, dass die Beratung des Vorstands Teil der in die Zukunft gerichteten Überwachungsaufgabe ist, durch die der Aufsichtsrat an der Leitungsaufgabe des Vorstands teilhat. Überwachung besteht nicht nur in einer rückschauenden Kontrolle des Vorstandshandelns mit Blick auf mögliche Fehler oder Gesetzeswidrigkeiten, sondern auch in der vorausschauenden Fehler- und Nachteilsvermeidung. Dies folgt unter anderem schon aus der Berichtspflicht nach § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG.⁶ Die Beratung als solche stellt jedoch keine eigenständige, von der Überwachungsaufgabe losgelöste Aufsichtsratsstätigkeit dar. Aus § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG folgt vielmehr, dass dem Aufsichtsrat die dem Vorstand zugeordnete Geschäftsführung weder übertragen werden noch der Aufsichtsrat sich diese selbst anmaßen darf.⁷ Eine besondere gesetzliche Betonung der Beratungsaufgabe würde daher die Gefahr mit sich bringen, dass – in genauem Widerspruch zu dem verfolgten Reformansatz – das dualistische Gewaltenteilungsprinzip aufgeweicht wird, indem der Aufsichtsrat mehr und mehr die Rolle eines Co-Vorstands und Strategieberaters übernimmt. Die Folge wäre eine systemwidrige Annäherung an das monistische Modell. Eine explizite gesetzliche Heraushebung der Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats können wir daher nicht empfehlen.

3. Vorlagekompetenz des Aufsichtsrats in Fragen der Geschäftsführung (Tz. 46)

Für eine Erweiterung der Vorlagekompetenz nach § 119 Abs. 2 AktG zugunsten des Aufsichtsrats für Geschäftsführungsfragen, die in die alleinige Kompetenz des Aufsichtsrats fallen, sehen wir weder ein rechtliches noch ein praktisches Bedürfnis.

Neben dem Abschluss von Verträgen mit Vorstandsmitgliedern nach § 112 AktG kommen auch Aufsichtsratsentscheidungen über zustimmungspflichtige Geschäfte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG als Anwendungsfälle für vorlagefähige Geschäftsführungsmaßnahmen des Aufsichtsrats in Betracht. Für diese zweite Fallgruppe hält das Aktiengesetz in § 111 Abs. 4 S. 3 AktG ein besonderes Vorlageverfahren bereit, das der Konfliktlösung unterschiedlicher Standpunkte zwischen Aufsichtsrat und Vorstand durch die Herbeiführung einer Hauptversammlungsentscheidung dient. Der Ausgangspunkt in § 111 Abs. 4 S. 3 AktG ist freilich ein anderer: Der Aufsichtsrat hat seine (ablehnende) Zustimmungsentscheidung getroffen, die auf Verlangen des Vorstands durch die Hauptversammlung ersetzt werden soll. Der Vorschlag des AK zielt dagegen darauf ab, dass sich der Aufsichtsrat seine Maßnahme selbst vorab von der Hauptversammlung genehmigen lässt, im hier angeführten Fall des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG also etwa seine (positive oder ablehnende) Zustimmungsentscheidung zu einer bestimmten, ihm vom Vorstand vorgelegten Geschäftsführungsmaßnahme. Dadurch würde sich der Aufsichtsrat jedoch seiner ureigenen Überwachungsverantwortung

⁶ Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 28 sowie § 90 Rn. 10 und 13b.

⁷ Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 51.

entziehen, was im Ergebnis zu einer kontraproduktiven Schwächung der Kontrollfunktion des Überwachungsorgans führen würde.

Die Vorlagekompetenz würde zudem eine systemfremde Annäherung an die Strukturen einer GmbH bedeuten. Denn mit der Vorlagemöglichkeit wäre im Gewaltenteilungssystem der Aktiengesellschaft zugleich eine Kompetenzverschiebung zugunsten der Hauptversammlung verbunden, die dieser künftig eine Art Letztentscheidungsfunktion über Geschäftsführungsmaßnahmen sowohl des Vorstands als auch des Aufsichtsrats ähnlich der allkompetenten Gesellschafterversammlung einer GmbH zuerkennen würde.

Fraglich wären schließlich auch die Rechtsfolgen einer Vorlageentscheidung durch die Hauptversammlung. Offen wäre bspw., ob sich der Aufsichtsrat für eine unangemessen hohe Vorstandsvergütung enthaften könnte, indem er bspw. die Vorstandsverträge der Hauptversammlung zur Genehmigung vorlegt. Dies würde jedoch im Widerspruch zur Haftungsverantwortung des Aufsichtsrats für unangemessene Vorstandsbezüge stehen, die in § 116 S. 3 AktG ausdrücklich betont und auch durch einen billigenden Hauptversammlungsbeschluss nicht ausgeschlossen wird.⁸ Einmal gewährt müsste die Vorlagekompetenz daher gegebenenfalls durch Gegenmaßnahmen oder teleologische Reduktionen wieder eingeschränkt werden. Im Ergebnis könnte das zu neuen Rechtsunsicherheiten, vor allem aber zu einer nicht gewollten Flucht des Aufsichtsrats aus seiner Überwachungsverantwortung führen.

4. Vorgaben zur Unabhängigkeit (Tz. 23)

In der Sache halten auch wir es für wünschenswert, dass der Finanzexperte im Aufsichtsrat (ebenso wie der Vorsitzende des Prüfungsausschusses) sein Amt möglichst frei von seiner Amtsführung abträglichen Abhängigkeiten ausüben kann. Für die Wiedereinführung des Unabhängigkeitserfordernisses des Finanzexperten i.S.d. § 100 Abs. 5 AktG, wie in der Fassung vor dem AReG 2016 für Unternehmen von öffentlichem Interesse enthalten, sehen wir aber dennoch kein Regelungsbedürfnis. Die vom Gesetzgeber genutzte Mitgliedstaatenoption nach Art. 39 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 Uabs. 4 Abschlussprüfer-RL 2014/56/EU, die notwendige Unabhängigkeit durch die in § 105 Abs. 1 AktG verankerte institutionelle Trennung des Prüfungsausschusses von der Geschäftsleitung (sog. Inkompatibilität) zu gewährleisten (vgl. BegrRegE. AReG, Drucks. 18/7219, S. 56), erscheint uns vielmehr die flexiblere Regelung. Insbesondere vermeidet sie alte Auslegungsfragen (kann auch ein AN-Vertreter Finanzexperte sein?) und Anfechtungsrisiken (ab wann liegt keine Unabhängigkeit mehr vor?). Das Reformziel des AK wird in der Praxis im Übrigen bereits durch die Empfehlung D.4 S. 1 DCGK erreicht, wonach der Vorsitzende des Prüfungsausschusses sowohl unabhängig sein als auch über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen, internen Kontrollverfahren und der Abschlussprüfung verfügen soll.

⁸ Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 116 Rn. 19.

5. Nachjustierungen/Ergänzungen zur Geschlechterquote (Tz. 27)

Wenngleich die vom AK geforderte Korrektur der regulatorischen Schieflagen (unterschiedliche Nichtigkeitsfolge für die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreterseite sowie „Frauenanteil“ statt Geschlechterneutralität) nachvollziehbar ist, halten wir eine erneute gesetzliche Anpassung der „Quotenregelungen“ für nicht erstrebenswert. Denn mit einer Öffnung der jeweiligen aktiengesetzlichen Bestimmungen könnte das Gesellschaftsrecht erneut für gesellschaftspolitische Zwecke instrumentalisiert werden, was aus unserer Sicht rechtspolitisch verfehlt ist.

IV. Regelungsvorschläge, die unseres Erachtens den Kern einer eigenständigen Aufsichtsratsrechtsreform ausmachen

1. Eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung (Aufsichtsratsautonomie, Tz. 14)

Dass Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt eigenverantwortlich und weisungsfrei auszuüben haben, folgt bereits aus § 111 Abs. 6 AktG.⁹ Das Selbstorganisationsrecht des Aufsichtsrats ist ebenfalls seit jeher anerkannt und durch viele verschiedene gesetzliche Regelungen, etwa zur Bildung von Ausschüssen (§ 107 Abs. 3 AktG) oder zur Beauftragung von Sachverständigen (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG) etc., belegt. Ein besonderes Klarstellungs- oder Regelungsbedürfnis für eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Eigenverantwortung des Aufsichtsrats sehen wir daher nicht. Es bestehen aus unserer Sicht umgekehrt aber auch keine materiellen Gründe, die einer gesetzlichen Formulierung, mit der die Aufsichtsratsautonomie nochmals betont wird, entgegenstehen.

2. Direktinformationsrecht gegenüber Mitarbeitern als zusätzliches Kontrollinstrument (Tz. 15)

Die gesetzliche Verankerung eines allgemeinen und grundsätzlich anlasslosen Direktinformationsrechts, das den Aufsichtsrat befugt, Unternehmensmitarbeiter nach pflichtgemäßem Ermessen am Vorstand vorbei zu befragen, halten wir für problematisch, weil dadurch sowohl das Vertrauensverhältnis zum Vorstand als auch der Betriebsfrieden Schaden nehmen können.

Schon heute informieren sich Aufsichtsratsmitglieder – in der Regel der Aufsichtsratsvorsitzende oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses – typischerweise in Einvernehmen oder Einzelfallabsprache mit dem Vorstand anlassbezogen auch bei leitenden Mitarbeitern des Unternehmens zu aufsichtsratsrelevanten Themen; der Vorstand wird dem Aufsichtsrat sein Einverständnis im Normalfall nicht verweigern. Besteht ein dringender Verdacht auf Pflichtverletzungen des Vorstands, kann der Aufsichtsrat allerdings auch heute schon *ohne* Wissen des Vorstands auf die betreffenden Mitarbeiter zugehen. Mit

⁹ Vgl. Goette/Arnold, AR-HdB/*M. Arnold.*, 2021, § 1 Rn. 97.

Augenmaß genutzt sehen wir hierin eine sinnvolle Praxis auf hinreichend klarer Rechtsgrundlage.¹⁰

Je nach Unternehmenskultur besteht jedoch die Gefahr, dass ein neues gesetzlich festgeschriebenes Direktinformationsrecht als „Pflichtenrecht“ verstanden und aus diesem Grund in verstärktem Maß genutzt wird. Dadurch könnte eine neue Revisionsituation entstehen, die den Aufsichtsrat überfordern und das bisher sehr austarierte Gefüge der Aufsichtsratsinformation mit der Vorstandsberichterstattung als zentralem Instrument umgestalten oder sogar aushebeln könnte.

Bei einem gesetzlichen Direktinformationsrecht kann es sich daher allenfalls um ein *subsidiäres* Recht handeln, das nur in den eng begrenzten Ausnahmefällen greift, in denen der Vorstand entweder keine bzw. keine vollständige Auskunft erteilt, obwohl er dazu verpflichtet ist, oder der hinreichende Verdacht besteht, dass der Vorstand bzw. einzelne Vorstandsmitglieder selbst in einen Compliance-Fall verwickelt sein könnten.

Dieser Subsidiaritätsgedanke müsste auch bei der Auswahl der zu befragenden Person(en) sichergestellt sein, sodass im Interesse des Betriebsfriedens in erster Linie nur Mitarbeitende ab einer bestimmten Leitungsebene (z. B. die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands im Sinne des § 76 Abs. 4 S. 1 AktG) als Auskunftspersonen in Betracht kommen, sofern keine besonderen Umstände ein anderes Vorgehen erzwingen.

Zu klären wäre auch, wer das Direktinformationsrecht ausüben soll. Mit Blick auf die Sprengkraft des Befragungsrechts sollte dieses – wie vom AK wohl auch angedacht – nicht als Individualrecht, sondern allenfalls als Gremienrecht ausgestaltet sein, das ggf. auch an einen Ausschuss delegiert werden kann. Für die Unternehmensmitarbeitenden müsste zudem klar sein, welches Aufsichtsratsmitglied befugt ist, das Direktinformationsrecht für das betreffende Gremium auszuüben, also etwa der Aufsichtsratsvorsitzende oder ein anderes ausdrücklich bestimmtes Aufsichtsratsmitglied (z. B. Vorsitzender eines Aufsichtsratsausschusses).

Schließlich müsste die notwendige Transparenz sichergestellt sein, d. h., der Vorstand müsste – wie ebenfalls vom AK angeregt – spätestens im Nachgang darüber informiert werden, dass und ggf. wie von dem Direktinformationsrecht Gebrauch gemacht worden ist – jedenfalls soweit der Zweck der Direktansprache dadurch nicht gefährdet wird.

Die erwähnten Punkte zeigen, dass sowohl das Ob als auch das Wie der Ausgestaltung eines allgemeinen, über die besonderen Regelungen des § 107 Abs. 4 Sätze 4 bis 6 AktG hinausgehenden Direktinformationsrechts aufgrund der Sensibilität des damit verbundenen „Eingriffs“ in eine ureigene Domäne des Vorstands einer vertieften Erörterung bedürfen.

¹⁰ Zu den rechtlichen Voraussetzungen vgl. BeckOGK AktG/*Fleischer* § 90 Rn. 44 f.

3. Befugnis zur Kommunikation nach außen (insbes. Investorendialog, Tz. 16)

Wenngleich derzeit nicht gesetzlich geregelt, ist der Investorendialog anerkannt und wird in deutschen Unternehmen routinemäßig praktiziert. Auf der rechtlichen Ebene war dagegen und ist teilweise immer noch umstritten, ob die direkte externe Kommunikation des Aufsichtsrats aktienrechtlich überhaupt zulässig ist oder hierin ein Eingriff in den Kompetenzbereich des Vorstands liegt. In der Praxis hat sich ein gewisser Standard für Investorendialoge herausgebildet, der sich beispielsweise in den acht „Leitsätzen für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat“ der Initiative „Developing Shareholder Communication“ widerspiegelt.¹¹ Private Standards können eine rechtliche Grundlage jedoch nicht ersetzen, sodass sich die vom AK aufgeworfene Frage nach einer gesetzlichen Definition des rechtlichen Rahmens für Investorendialoge auch aus unserer Sicht stellt.

Für die Schaffung einer gesonderten Rechtsgrundlage, die nicht nur die Zulässigkeit der Außenkommunikation des Aufsichtsrats klärt, sondern auch die Grenzen der Außenkommunikation vorgibt, lässt sich das unzweifelhafte grundsätzliche Bedürfnis für solche Kommunikation und die damit verknüpfte Stärkung des Aufsichtsrats anführen, sich gegenüber Investoren zu bestimmten Themen erklären zu dürfen – oder dies nach eigener Entscheidung auch *nicht* zu tun. Die Herausforderung einer gesetzlichen Regelung liegt freilich darin, die Grenzen so zu formulieren, dass sie im Vergleich zur bisherigen Situation einen Mehrwert verspricht und die Spielräume für Investorengespräche nicht zu eng zieht oder den Investorendialog durch neue Auslegungs- und Rechtsfolgefragen erschwert. Diese Herausforderung spitzt sich in der Frage zu, wie mit Themen umzugehen ist, die sich im Randbereich der alleinigen Aufsichtsratszuständigkeit bewegen. Insoweit sollte zumindest in der Gesetzesbegründung klargelegt werden, dass sich der Aufsichtsratsvorsitzende (bzw. ein anderes vom Gremium beauftragtes Aufsichtsratsmitglied) zum Beispiel auch zu Fragen der Unternehmensstrategie äußern darf, wenn Investoren etwa nach der Rolle des Aufsichtsrats im Strategieprozess fragen (vgl. insoweit auch Leitsatz 5 der Initiative „Developing Shareholder Communication“).

Eine gesetzliche Regelung kann sich u. E. daher nur auf die Festlegung rudimentärer Leitplanken für die Befugnis zu Investorengesprächen und die jeweiligen internen Abstimmungsprozesse beziehen, um der Praxis die gewollte Rechtssicherheit zu geben, ohne ihr dabei die erforderliche Flexibilität im Unternehmensalltag zu nehmen.

4. Präzisierung des Schutzes der informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre (Tz. 17)

Eine Übernahme der Empfehlung F.1 DCGK empfiehlt sich u. E. nicht, da der Begriff der „wesentlich neuen Tatsachen“ erhebliche Abgrenzungsfragen aufwirft, die im Fall einer gesetzlichen Verankerung eine neue Rechtsqualität erhalten würden.

¹¹ Die „Leitsätze für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat“ (Fassung vom 5. Juli 2016) sind u. a. über www.dai.de und www.bvi.de abrufbar; siehe hierzu auch *Hirt/Hopt/Mattheus, AG* 2016, 725 ff.

5. Stärkung der Vorschlagsverantwortung des Aufsichtsrats (Tz. 20, 21)

Eine gesetzliche Erweiterung der – ohnehin bereits umfangreichen – Angabepflichten bzgl. der Aufsichtsratskandidaten halten wir aus mehreren Gründen für nicht zielführend: *Zum einen* würde eine detaillierte Erweiterung der Angabepflichten zu einer Überladung des Aktiengesetzes führen. Da sich die relevanten Kriterien zur Bewertung der Qualifikation eines Wahlkandidaten im Laufe der Zeit ändern können, wäre eine gesetzliche Regelung im Vergleich zum DCGK auch die unflexiblere Lösung. *Zum anderen* besteht schon faktisch kein weiteres Informationsbedürfnis, da sich im Internet regelmäßig ausführliche, über die Mindestangaben hinausgehende Informationen zu den jeweiligen Aufsichtsratskandidaten finden lassen und überdies auch die Gesellschaften in der Regel freiwillig zusätzliche Angaben zum Kandidaten machen. *Zum Dritten* würde eine detaillierte gesetzliche Regelung neue Anfechtungsrisiken für Aufsichtsratswahlen schaffen.

6. Qualifikation der Arbeitnehmervertreter (Tz. 22)

Aus unserer Sicht ist nicht davon auszugehen, dass die Erweiterung der Pflichtangaben in dem vorgeschlagenen Detaillierungsgrad gewinnbringende Auswirkungen auf die Wahl der Arbeitnehmervertreter haben wird. Eine Abwägung zwischen Aufwand und Nutzen einer gesetzlichen Regelung spricht daher gegen den Ausbau der Pflichtangaben.

7. Bestellungshindernisse (Tz. 25)

Die vom AK vorgeschlagene Erweiterung der für den Vorstand gesetzlich geregelten Bestellungshindernisse (Berufsverbot, einschlägige Straftaten) auf Mitglieder des Aufsichtsrats ist mit Blick auf die besondere Überwachungsverantwortung gerade von Aufsichtsratsmitgliedern börsengehandelter Unternehmen nachvollziehbar und dient der Rechtsklarheit.

8. Höchstzahl der Mandate (Tz. 26)

Wir teilen die Einschätzung, dass die gesetzlich erlaubte Höchstzahl von zehn (plus ggf. fünf konzerninternen) Kontrollmandaten jedenfalls im Fall von großen börsennotierten Unternehmen zu hoch angesetzt ist. Die vom AK vorgeschlagene gesetzliche Reduktion der Mandatshöchstzahl soll allerdings generell für „kapitalmarktorientierte“ Unternehmen gelten und sämtliche Unternehmen (statt „Handelsgesellschaften“) einbeziehen. Eine pauschale Erstreckung auf sämtliche Unternehmen ließe aber das unterschiedliche Anforderungsniveau der Überwachungstätigkeit bei verschiedenen Mandaten weitgehend unberücksichtigt, womit eine Vergleichbarkeit der Mandate nicht gewährleistet wäre; dies erscheint zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse jedoch als notwendig. Wünschenswert wären daher Abgrenzungsmerkmale, die eine Äquivalenz der zu betrachtenden Mandate wahren und auch internationale Vergleiche ermöglichen. Dadurch würde vermieden, dass Konstellationen erfasst werden, hinsichtlich derer eine verschärfte Mandatsbegrenzung aus

Governance-Gründen nicht gerechtfertigt erscheint.¹² So beispielsweise in Fällen, in denen eine Person den Aufsichtsratsvorsitz bei drei privaten Start-ups innehat und zugleich einfaches Mitglied in fünf weiteren Aufsichtsräten ist. Hilfsweise wäre zu überlegen, eine gesetzliche Herabsenkung der Höchstmandate auf ein nachvollziehbares (leistbares) Niveau unter Einbeziehung ausländischer Mandate auf börsennotierte Unternehmen im Sinne des § 3 Abs. 2 AktG zu begrenzen.

9. Umgang mit Interessenkonflikten (Tz. 30 bis 33)

Eine gesetzliche Verankerung der allgemein anerkannten Treupflicht jedes Aufsichtsratsmitglieds, in seiner Person entstandene Interessenskonflikte dem AR-Vorsitzenden offenzulegen, ist nachvollziehbar und dient der Rechtsklarheit (s. Tz. 30).

Ebenso dient es der Rechtsklarheit, im AktG zu regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Interessenkonflikt zu einem Stimmverbot führt (Tz. 31). Hierzu sollte das Stimmverbot – wie vom AK vorgeschlagen – nur für abschließend benannte Interessenkonflikte angeordnet werden, die in Anlehnung an § 34 BGB die Beschlussfassung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits der Gesellschaft mit dem Aufsichtsratsmitglied betreffen. Dabei sollte klargestellt werden, dass im Fall der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft mit einer Gesellschaft, deren Vertretungsorgan ein Aufsichtsratsmitglied ist, auch dann ein Stimmverbot greift, wenn zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied wirtschaftliche Identität besteht, etwa weil es Alleingesellschafter der Gesellschaft ist.¹³

Ob sich darüber hinaus auch eine gesetzliche Regelung zum Umgang mit Interessenkonflikten unterhalb der Schwelle des Stimmverbots empfiehlt, scheint indes fraglich. Denn zum einen sind die Übergänge zwischen leichten und erheblichen Interessenkonflikten fließend und daher schwer zu definieren. Zum anderen können auch die Treupflichten im Fall eines bestehenden Interessenkonflikts variieren, von der bloßen Offenlegung über die Enthaltung der Stimme bis hin zur Nichtteilnahme an den Beratungen und Beschränkung des Zugangs zu vertraulichen Informationen. Für börsennotierte Unternehmen bestehen zudem für aufsichtsratspflichtige Geschäfte der Gesellschaft mit nahestehenden Personen besondere Regeln im Umgang mit konfliktbefangenen Aufsichtsratsmitgliedern (§ 111b Abs. 2 AktG). Ein dringendes Regelungsbedürfnis drängt sich daher nicht auf.

Eine gesetzliche Regelung, die die vielfältigen Fallgestaltungen und Rechtsfolgen möglicher Interessenkonflikte umfasst, wird sich auch schwerlich formulieren lassen. Zu erwägen wäre daher allenfalls, lediglich die Befugnis und Pflicht des Aufsichtsrats gesetzlich zu verankern, dass dieser im Fall eines offengelegten Interessenkonflikts zu entscheiden hat, wie dieser im konkreten Fall zu lösen ist, um dadurch auch dem konfliktbefangenen Aufsichtsratsmitglied

¹² Vgl. dazu auch *Henneke*, BOARD 2021, 176, 178.

¹³ Vgl. *Goette/Arnold, AR-HdB/Bingel*, § 3 Rn. 446.

die erforderliche Rechtsklarheit über seine individuelle Rechtsposition zu verschaffen. In diesem Rahmen könnte der Aufsichtsrat zum Beispiel auch berechtigt werden, den Zugang des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds zu bestimmten vertraulichen Informationen zu beschränken, soweit er das für erforderlich hält. Die „richtige“ Entscheidung sollte dagegen im pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrats verbleiben. Insoweit hat sich die Praxis mit Hilfe der im Schrifttum entwickelten Grundsätze im Umgang mit Interessenkonflikten unterhalb des Stimmverbots arrangiert.

10. Konkretisierung des Handlungsrahmens des Aufsichtsratsvorsitzenden (Tz. 35 bis 38)

Die vom AK benannten Aufgaben und Befugnisse des Vorsitzenden – Bindeglied zum Vorstand, Koordination der Aufsichtsratsarbeit, gewisse Leitungsbefugnisse und Repräsentation des Aufsichtsrats – sind heute allgemein anerkannt.¹⁴ Die Ausfüllung der herausgehobenen Stellung des Vorsitzenden variiert dabei freilich je nach Unternehmens- und Eigentümerstruktur. Eine gesetzliche Konkretisierung des Handlungsrahmens des Aufsichtsratsvorsitzenden müsste sich daher auf die Formulierung von schlanken Grundzügen beschränken, um den unterschiedlichen Governance-Strukturen der Unternehmen nicht die notwendige Flexibilität zu nehmen.

Noch zu vertiefen wäre der AK-Vorschlag, eigene, nicht vom Gesamtaufsichtsrat abgeleitete Leitungsbefugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden zu definieren (vgl. Tz. 37). Zu denken wäre etwa an die Befugnis des Vorsitzenden, die Sitzungs- und Beschlussfassungsmodalitäten innerhalb des Aufsichtsrats (Sitzungsort, präsent oder virtuell etc.) autonom festzulegen. Die damit verbundene Verschiebung der Gremienrechte auf den Vorsitzenden müsste aus unserer Sicht indes weiter erörtert werden. Gleiches gilt für den Vorschlag, dem Vorsitzenden eine gesonderte Vertretungsmacht für eigene Hilfsgeschäfte einzuräumen (Tz. 38). Das Bedürfnis wie auch der konkrete Inhalt einer möglichen gesetzlichen Regelung zur Stellung des Aufsichtsratsvorsitzenden (ggf. beschränkt auf börsengehandelte Unternehmen) sollten daher nochmals auf den Prüfstand gestellt werden.

11. Vertretungsbefugnis für Hilfsgeschäfte (Tz. 40)

Grundsätzlich sinnvoll ist es, die bisherige herrschende und durch die Rechtsprechung zum Teil bestätigte Ansicht gesetzlich zu verankern, dass der Aufsichtsrat befugt ist, die Gesellschaft bei Hilfsgeschäften, die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich sind (z. B. Beauftragung von Sachverständigen, Durchführung von Compliance-Untersuchungen), nach außen wirksam zu vertreten. Dadurch würden zugleich Forderungen nach einem eigenen Aufsichtsratsbudget weitgehend obsolet.¹⁵

Ob diese Befugnis auch die Einstellung eigener Mitarbeiter für ein Aufsichtsratsbüro umfassen sollte, ist indes fraglich. Denn die Größe und Ausstattung eines Aufsichtsratsbüros

¹⁴ Vgl. Goette/Arnold, AR-HdB/*Carl.*, § 3 Rn. 67 ff.

¹⁵ Zur Frage des Budgetrechts des Aufsichtsrats siehe den Meinungsstand bei Goette/Arnold, AR-HdB/*Wasmann/Gärtner*, § 6 Rn. 197 ff.

ist regelmäßig das Ergebnis eines sensiblen Dialogs zwischen Aufsichtsrat(svorsitzendem) und Vorstand. Zu bedenken ist überdies, dass die Anstellung von Mitarbeitern für ein Aufsichtsratsbüro in der Regel zeitlich weit über die Amtszeit eines bestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder hinausreichende, z. B. betriebliche, organisatorische, finanzielle und arbeitsrechtliche Lasten nach sich zieht, die nicht ohne Weiteres revisibel sind. In jedem Fall müsste klargestellt sein, dass die Arbeitgeberpflichten wie beispielsweise die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht vom Aufsichtsrat, sondern vom Vorstand (für die Gesellschaft als Arbeitgeber) zu erfüllen wären.

12. Erstattung von Aufwendungen (Tz. 41)

Im Zuge einer gesetzlichen Klarstellung der Vertretungsbefugnis für Hilfsgeschäfte des Aufsichtsrats (s. o. Nr 11.) bietet es sich an, auch die herrschende Meinung zum Auslagenersatzanspruch sowie zur Entscheidungskompetenz des Aufsichtsrats über die Angemessenheit der Auslagen¹⁶ gesetzlich zu verankern.

13. Präzisierung des Katalogs der nicht-delegationsfähigen Entscheidungen (Tz. 43)

Die Aufnahme ungeschriebener Delegationsverbote ins Gesetz ist sinnvoll, da dies der Rechtssicherheit dient. Dabei sollte – wie vom AK vorgeschlagen – auch klargestellt werden, dass eine Selbstbefreiung von der Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht durch einen AR-Ausschuss nicht am Delegationsverbot scheitert.

14. Informationsfluss zwischen Ausschüssen und Plenum/Nicht-Ausschussmitgliedern (Tz. 44)

Nach § 107 Abs. 3 S. 8 AktG ist dem *Aufsichtsrat* regelmäßig über die Arbeit der Ausschüsse zu berichten. Berichtsadressat ist somit der Gesamtaufichtsrat. Nach herrschender Lehre können einzelne ausschussfremde Aufsichtsratsmitglieder Ansprüche auf Information gegen einen Ausschuss weder an sich selbst noch an den Gesamtaufichtsrat geltend machen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die bestehenden Vorgaben nicht bereits ausreichend sind. Soweit der AK gleichwohl eine gesetzliche Regelung zu Berichtsansprüchen einzelner Nicht-Ausschussmitglieder empfiehlt, sollte in jedem Fall an dem Grundsatz festgehalten werden, dass Berichtsadressat stets das Aufsichtsrats*plenum* ist (vgl. insoweit auch § 90 Abs. 3 S. 2 AktG).

15. Aufsichtsratsvergütung/Offenlegung von Drittvergütungen (Tz. 48)

Zur Schließung von Transparenzlücken ist die Empfehlung des AK nachvollziehbar, zugesagte oder gewährte konzernexterne Drittvergütungen auch insoweit im

¹⁶ Vgl. dazu Goette/Arnold, AR-HdB/Wasmann/Gärtner, § 6 Rn. 179 ff.

¹⁷ Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 107 Rn. 33; Goette/Arnold, AR-HdB/Carl, § 3 Rn. 381.

Vergütungsbericht anzugeben als sie Aufsichtsratsmitgliedern zugutekommen (§ 162 Abs. 2 Nr. 1 AktG).

V. Fazit und Ausblick

Der Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats hat mit seinem Eckpunktepapier eine wichtige Diskussion zur zeitgemäßen Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens für die Aufsichtsrats Tätigkeit angestoßen. Eine erste Analyse der rund 40 Reformvorschläge hat ergeben, dass viele der Vorschläge Unterstützung verdienen, weil sie entweder überholte gesetzliche Vorgaben ändern (s. oben unter II.) oder im Sinne eines “better law” für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen. In der Ausgestaltung sind allerdings noch einige Fragen insbesondere zur Detailtiefe einzelner Regelungsvorschläge breiter zu diskutieren (s. oben unter IV.). Dagegen besteht unseres Erachtens kein Bedürfnis, die aktienrechtliche Organisationsverfassung nachzujustieren. Dies betrifft die Vorschläge, die Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats explizit im Aktiengesetz herauszuheben oder eine neue Vorlagekompetenz des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung zu schaffen (s. oben unter III.). Denn dadurch könnte – entgegen des verfolgten Reformansatzes – das dualistische Gewaltenteilungsprinzip aufgeweicht werden.

Der Koalitionsvertrag der neu gewählten Regierung aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP hat die Reform des Aufsichtsratsrechts nicht explizit auf die rechtspolitische Agenda für die 20. Legislaturperiode gesetzt. Das sollte den Gesetzgeber jedoch nicht davon abhalten, sich mit den Regelungsvorschlägen des Arbeitskreises vertieft zu befassen. Gelegenheit dazu könnten die von der EU-Kommission für Frühjahr 2022 angekündigten regulatorischen Maßnahmen zur sog. “Sustainable Corporate Governance” bieten. Ziel dieses Beitrags ist es daher auch, den wissenschaftlichen Diskurs zur Reform des Rechts des Aufsichtsrats bis dahin weiter voran zu bringen.

Ansprechpartner VCI:

Dr. Tobias Brouwer, Bereichsleiter Recht und Steuern

Telefon: +49 (0)69 2556-1435

E-Mail: brouwer@vci.de

Internet: www.vci.de Twitter: <http://twitter.com/chemieverband> Facebook: <http://facebook.com/chemieverbandVCI>

Verband der Chemischen Industrie e.V.

Mainzer Landstraße 55, 60329 Frankfurt

- Registernummer des EU-Transparenzregisters: 15423437054-40
- Der VCI ist in der „öffentlichen Liste über die Registrierung von Verbänden und deren Vertretern“ des Deutschen Bundestags registriert.

Der VCI vertritt die wirtschaftspolitischen Interessen von rund 1.700 deutschen Chemieunternehmen und deutschen Tochterunternehmen ausländischer Konzerne gegenüber Politik, Behörden, anderen Bereichen der Wirtschaft, der Wissenschaft und den Medien. Der VCI steht für mehr als 90 Prozent der deutschen Chemie. Die Branche setzte 2020 über 186 Milliarden Euro um und beschäftigte rund 464.000 Mitarbeiter.