

mentierung und Evaluierung eines den Anforderungen von SOX 404 genügenden internen Kontrollsystems erwähnt, die auch den Aufsichtsrat bzw. den Prüfungsausschuss mit umfangreichen Dokumentationspflichten belastet und ihn gezwungen haben, sich mit Vorgängen und Prozessen im Unternehmen zu beschäftigen, die im dualistischen System üblicherweise unterhalb der Aufgreifschwelle des Aufsichtsrats liegen<sup>62</sup>.

#### *IV. Die Rolle des Deutschen Corporate Governance Kodex bei der zunehmenden Regulierung der Aufsichtsratsstätigkeit*

**These 3:** Maßgeblich zur Verrechtlichung der heutigen Aufsichtsratsstätigkeit beigetragen hat auch der Deutsche Corporate Governance Kodex. Zu einer Verbesserung der Corporate Governance durch mehr Flexibilität für die Unternehmen wird er nur beitragen können, wenn die Unternehmen eine gewisse „Abweichungskultur“ entwickeln und im Rahmen des Prinzips *comply or explain* verstärkt von der Möglichkeit des *explain* Gebrauch machen. Andererseits kann er seine Funktion als Selbstregulierungsinstrument nur dann erfüllen, wenn der Gesetzgeber die dafür erforderlichen Spielräume eröffnet und nicht auf Abweichungen von Kodex-Empfehlungen durch die Unternehmen seinerseits mit gesetzgeberischen Maßnahmen reagiert.

Die Einführung von Corporate Governance Kodizes in Europa beruht auf dem Gedanken, dass ein freiwilliger Kodex, dessen Befolgung offengelegt werden muss, effektiver ist als eine gesetzliche Regelung. Er bietet einerseits den Vorteil einer größeren Flexibilität bei der Anwendung seiner Regeln, weil die Unternehmen anders als bei gesetzlichen Regelungen die Möglichkeit haben, durch Offenlegung von den Bestimmungen des Kodex abzuweichen. Andererseits gewährleistet die Erwartungshaltung des Kapitalmarktes in Verbindung mit dem Erfordernis, eine Abweichung offenzulegen und zu begründen, dass seine Regelungen durch die Unternehmen grundsätzlich eingehalten werden. Von diesen Überlegungen ließen sich die Verfasser des „Cadbury Report“ ebenso leiten wie die Regierungskommission Corporate Governance, die die Einführung eines solchen Kodex auch in Deutschland empfahl.<sup>63</sup>

Während indes in Großbritannien zu attestieren ist, dass die Einführung des *Combined Code* gesetzgeberische Eingriffe weitgehend verhindert hat, wurde hierzulande mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex lediglich eine zusätzliche Regulierungsebene eingeführt. Die von ihm verfolgten Ziele einer Deregulierung und Flexibilisierung der Unternehmensführung hat der Kodex in Deutschland

---

<sup>62</sup> Vgl. zu den Auswirkungen des SOX auf die Tätigkeit des Prüfungsausschusses Schäfer, ZGR 2004, 416, 422 ff.

<sup>63</sup> Cadbury Report Rn. 1.10.; Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ Rn. D1.5 ff.

bislang verfehlt<sup>64</sup>. Die Ursachen dafür sind vielfältig. Zum einen kamen die Gegebenheiten am Finanzplatz London einer Verhaltenssteuerung durch Selbstregulierung aufgrund der traditionell starken Stellung institutioneller Investoren sicherlich entgegen. Auch verfügte man dort aufgrund des schon seit Ende der 60er Jahre existierenden *Takeover Code* über langjährige Erfahrungen mit einem vergleichbaren Instrumentarium. Es existierte also bereits eine gewachsene Kultur der Selbstregulierung<sup>65</sup>. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass ein wesentliches Ziel des *Combined Code* darin bestand, einheitliche Führungsstrukturen für börsennotierte Unternehmen zu schaffen, die aufgrund fehlender gesetzlicher Vorgaben und der deutlich größeren Flexibilität des englischen Gesellschaftsrechts nicht existierten.<sup>66</sup>

Völlig anders war die Ausgangslage in Deutschland: Hier war mit dem Aktienrecht bereits ein fester und sehr detaillierter gesetzlicher Ordnungsrahmen für die Führungsstruktur von börsennotierten Unternehmen vorhanden, von dem aufgrund des in § 23 Abs. 5 AktG verankerten Grundsatzes der Satzungsstrenge nur in sehr begrenzten Umfang abgewichen werden kann. Dies hat dazu geführt, dass sich der Deutsche Corporate Governance Kodex zu einem nicht unerheblichen Teil auf die Wiedergabe der geltenden Gesetzeslage beschränkt.<sup>67</sup> Dies ist schon deshalb nicht unproblematisch, weil sich der Kodex aufgrund der von ihm verfolgten Informationsfunktion für internationale Kapitalgeber<sup>68</sup> bewusst einer Sprache bedient, der es an der gesetzlichen Regelungen regelmäßig innewohnenden Präzision fehlt. Folge davon ist, dass der Kodex das geltende Recht an bestimmten Stellen missverständlich wiedergibt.<sup>69</sup>

Schwerer wiegt indes noch, dass in Deutschland von einer Deregulierung durch den Kodex keine Rede sein kann. Im Gegenteil: Der Kodex konnte gesetzgeberische Maßnahmen nicht verhindern, wie bereits die Zahl der Aktienrechtsnovellen seit Inkrafttreten des Kodex zeigt. Letztlich wurde in Deutschland mit dem Kodex lediglich eine weitere Regulierungsebene geschaffen, die maßgeblich mit zur Überregulierung der heutigen Unternehmensführung beigetragen hat. Davon besonders betroffen ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats, der der Kodex über die Hälfte seiner Empfehlungen widmet.

Zu dieser Entwicklung haben drei Ursachen beigetragen: Zunächst liegt die Verantwortung bei den Unternehmen selbst, die sich mitunter „sklavisch“ an die Empfehlungen des Kodex halten – auch dort, wo sie an ihrer Sinnhaftigkeit im

---

<sup>64</sup> Neuere kritische Stellungnahmen zum DCGK von *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173 ff.; *ders.*, FS Hüffer, 2010, 337 ff.; *Kremer*, ZIP 2011, 1177 ff.; *Spindler*, NZG 2011, 1007 ff.; *Gehling*, DB 2011, 51; *Harbarth*, DB 2011, 53; *Müllert*, ZHR 174 (2010), 375 ff.; *Krieger*, ZGR 2012, 202 ff.; *Wilsing*, DStR 2012, 1391 ff. Zu der hier nicht zu vertiefenden verfassungsrechtlichen Kritik am Kodex vgl. nur *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 161 Rn. 4.

<sup>65</sup> *Winner*, ZGR 2012, 246, 250. Der *Takeover Code* war zunächst vollständig selbstregulativ erlassen worden und wurde erst im Zuge der Umsetzung der EU-Übernehmerichtlinie durch gesetzliche Regelungen im Companies Act 2006 abgesichert.

<sup>66</sup> Vgl. *Davies*, ZGR 2001, 268, 276 ff.; *Winner*, ZGR 2012, 246 ff.

<sup>67</sup> Kritisch dazu *Habersack*, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, 2012, S. E 58.

<sup>68</sup> Vgl. die Präambel zum DCGK.

<sup>69</sup> *Hoffmann-Becking*, FS Hüffer, 2010, 337, 343 ff.; *ders.* ZIP 2011, 1173, 1175.

Interesse einer guten Unternehmensführung Zweifel haben. So lag die Befolungsquote 2010 im Fall der DAX-Unternehmen bei 95% und für alle börsennotierten Gesellschaften immerhin bei 85,8% – mit steigender Tendenz, denn 2004 betrug die Quote noch 80,4%<sup>70</sup>. Dies wird gemeinhin als Ausdruck für die hohe Akzeptanz des Kodex gewertet. In Wahrheit steht dahinter die Befürchtung, im Falle einer Nichtbeachtung der Empfehlungen des Kodex vom Kapitalmarkt, insbesondere von institutionellen Investoren, „abgestraft“ zu werden<sup>71</sup>.

Einen maßgeblichen Beitrag dazu, dass der Kodex in Deutschland die mit ihm intendierte Deregulierungs- und Flexibilisierungswirkung nicht entfalten konnte, hat auch der deutsche Gesetzgeber geleistet. Sind Kodexempfehlungen bei den betroffenen Unternehmen nicht auf die aus seiner Sicht erforderliche Akzeptanz gestoßen, hat er umgehend mit gesetzgeberischen Maßnahmen reagiert und zwingende gesetzliche Regelungen erlassen.<sup>72</sup> So stieß etwa die Empfehlung einer individuellen Offenlegung von Vorstandsbezügen nicht zuletzt vor dem Hintergrund der kulturellen Besonderheiten der deutschen Gesellschaft zunächst auf wenig Akzeptanz bei deutschen Unternehmen. Hierauf reagierte der deutsche Gesetzgeber ebenso mit einer verbindlichen gesetzlichen Regelung wie auf die bei deutschen Unternehmen wenig beliebten Empfehlungen eines Selbstbehalts bei der D & O Versicherung und einer *Cooling-Off*-Periode für ehemalige Vorstandsmitglieder der Gesellschaft. Eine ähnliche Entwicklung steht mit Blick auf die Empfehlungen des Kodex zur *Diversity* in Vorstand und Aufsichtsrat, insbesondere zur Einführung einer Frauenquote, zu befürchten<sup>73</sup>. Damit hat der Gesetzgeber letztlich den Kodex als Instrument einer Selbstregulierung „ad absurdum“ geführt.

Die Selbstregulierung des Kodex beruht auf dem Grundgedanken, dass die Anteilseigner des Unternehmens selbst am besten beurteilen können, welche Corporate Governance Strukturen für ihr Unternehmen am besten geeignet sind, und daher schlechte Corporate Governance durch den Kapitalmarkt sanktioniert wird. Den individuellen Besonderheiten des Unternehmens kann die abstrakt-generelle Regelung eines Gesetzes nur eingeschränkt Rechnung tragen. Das Vertrauen in die Selbstregulierungskräfte des Marktes ist jedoch in Deutschland traditionell deutlich weniger ausgeprägt als im angloamerikanischen Rechtsraum.

Schließlich hat auch die Rechtsprechung ihren Teil zur zunehmenden Verrechtlichung der Aufsichtsrats Tätigkeit durch den Deutschen Corporate Governance Kodex beigetragen. Auch sie hat sich nicht allein auf die Sanktionierung einer Missachtung der Kodex-Empfehlungen durch den Kapitalmarkt verlassen. Vielmehr hat der BGH in einem vielbeachteten Urteil entschieden, dass eine falsche Entsprechenserklärung, in der Abweichungen von den Empfehlungen des Deut-

---

<sup>70</sup> Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung, November 2010, Anlage 2, Abbildung 2 und 3, S. 46f. Vgl. auch *v. Werder/Böhme*, DB 2011, 1285 ff.; DB 2011, 1345 ff.; *v. Werder/Talaulicar*, DB 2010, 853 ff. – ferner *v. Werder/Bartz*, DB 2012, 869 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173, 1174; *ders.*, FS Hüffer, 2010, 337, 337; *Krieger*, ZGR 2012, 202, 215.

<sup>72</sup> Dazu *Ringleb/Ringleb*, DCGK, 4. Aufl. 2010, Rn. 20.

<sup>73</sup> Vgl. *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173, 1176.

schen Corporate Governance Kodex nicht ordnungsgemäß offengelegt werden, zur Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse der Hauptversammlung für Vorstand und Aufsichtsrat berechtigen<sup>74</sup>. Die rechtlich zwar weitgehend folgenlose Anfechtung des Entlastungsbeschlusses gibt interessierten Aktionärskreisen eine fragwürdige Plattform, um ungeklärte Auslegungsfragen zum Verständnis einzelner Kodexbestimmungen, die vom Kodexgeber nicht immer mit der erforderlichen juristischen Präzision formuliert werden, auf Kosten der Gesellschaft gerichtlich klären zu lassen. Dies kann nicht unerhebliche finanzielle und personelle Ressourcen des Unternehmens binden, wenn die Gesellschaft gezwungen wird, solche Prozesse über mehrere Instanzen zu führen. Daher bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung zumindest der Versuchung widersteht, die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen gestützt auf die Verletzung von Kodexbestimmungen noch auf andere Beschlüsse als Entlastungsbeschlüsse auszudehnen.<sup>75</sup>

Die von ihm angestrebten Ziele einer Deregulierung und Flexibilisierung der Unternehmensführung wird der Deutsche Corporate Governance Kodex nur dann erreichen können, wenn die Unternehmen eine gewisse „Abweichungskultur“ entwickeln und im Rahmen des Prinzips *Comply or Explain* verstärkt von der Möglichkeit des *Explain* Gebrauch machen. Dort, wo Vorstand und Aufsichtsrat der Überzeugung sind, dass bestimmte Regelungen des Kodex einer guten Corporate Governance des von ihnen geführten bzw. überwachten Unternehmens nicht förderlich sind, sollten sie den Mut aufbringen, von den Empfehlungen des Kodex abzuweichen und in einen konstruktiven Dialog mit den Aktionären des Unternehmens über die Sinnhaftigkeit der Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmung für ihr Unternehmen einzutreten. Werden die Abweichungen vom Kodex offensiv kommuniziert und insbesondere auch gegenüber institutionellen Anlegern nachvollziehbar begründet, besteht die realistische Aussicht, dass der Kapitalmarkt Abweichungen vom Kodex nicht sanktioniert, sondern sogar honoriert.

Dies setzt umgekehrt aber auch eine entsprechende Offenheit der institutionellen Investoren bei der Formulierung ihrer Leitlinien für die Corporate Governance derjenigen Unternehmen voraus, in die sie investieren. Diese müssen zum einen den aufgezeigten verbleibenden strukturellen Unterschieden zwischen dualistischem und monistischem System hinreichend Rechnung tragen. Andererseits müssen sie den Fondsmanagern den notwendigen Spielraum geben, auch in Unternehmen investieren zu können, die von diesen Leitlinien abweichen, wenn ihnen eine Abweichung von der Unternehmensführung nachvollziehbar begründet wird.

Wichtigste Voraussetzung dafür, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex die von ihm intendierte Deregulierung und Flexibilisierung bewirken kann, wäre jedoch, dass auch der Gesetzgeber den Gestaltungsspielraum respektiert, den

---

<sup>74</sup> Vgl. BGHZ 180, 9, 19f.; in der Folge auch BGHZ 182, 272, 280; OLG Frankfurt NZG 2011, 1029, 1030; OLG München NZG 2009, 508, 510; eingehend *Krieger*, ZGR 2012, 202, 219 ff.

<sup>75</sup> Zu entsprechenden Tendenzen in der Rechtsprechung vgl. nur OLG München NZG 2009, 508, 510; dagegen zu Recht und überzeugend *Hüffer*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2010, 63 ff.

er selbst den Unternehmen mit dem Kodex als Instrument der Selbstregulierung eingeräumt hat, und nicht dort, wo Empfehlungen nicht auf die notwendige Akzeptanz bei den betroffenen Unternehmen stoßen, vorschnell mit gesetzgeberischen Maßnahmen reagiert. Angesichts der im deutschen Aktienrecht bereits bestehenden Regelungsdichte sollte der Gesetzgeber zudem darüber nachdenken, ob er nicht durch eine Lockerung des Grundsatzes der aktienrechtlichen Satzungsstrenge den Unternehmen größere Spielräume bei der Ausgestaltung ihrer Corporate Governance eröffnet und mit Blick auf die bei börsennotierten Unternehmen einzuhaltenden Standards stärker auf die Selbstregulierungskräfte der Märkte vertraut.<sup>76</sup>

## V. Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit

### 1. Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden

**These 4:** Die gestiegenen Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder und der erweiterte Aufgabenkreis des Aufsichtsrats haben zu einer Professionalisierung der Unternehmensüberwachung geführt. Das gestiegene Anforderungsprofil an den Aufsichtsratsvorsitzenden ist nur noch schwer mit dem gesetzlichen Leitbild des Nebenamtes in Einklang zu bringen. Es erfordert neben einer der Verantwortung des Aufsichtsratsvorsitzenden angemessenen Vergütung auch eine Ausstattung mit den zur sachgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen.

Die erhöhte Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats, seine stärkere Einbindung in unternehmerische Entscheidungen sowie die erheblich gestiegene Kontrolldichte und Überwachungsintensität haben zu einer erheblichen Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit geführt<sup>77</sup>. Die Anforderungen an die Vor- und Nachbereitung von Aufsichtsratsitzungen hat aufgrund dieser Entwicklungen in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen. Die im Vorfeld von Aufsichtsratssitzungen verteilten Unterlagen haben infolge der verbesserten Informationsversorgung des Aufsichtsrats eine wesentlich größere Detailtiefe erreicht. Dies macht eine erheblich intensivere Vorbereitung der Aufsichtsratsmitglieder auf die Sitzungen des Aufsichtsrats notwendig. In der Praxis ist dieser Vorbereitungsaufwand häufig nur noch durch die Hinzuziehung von Mitarbeitern bzw. Assistenten zu bewältigen. Bei den Mitgliedern von Ausschüssen kommt der Aufwand für die Vorbereitung der Sitzungen dieser Ausschüsse hinzu.

Auch ist es heute keine Seltenheit mehr, dass der Aufsichtsrat im Rahmen der Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe externe Sachverständige hinzuzieht und insbesondere dort, wo mögliche Interessenkonflikte des Vorstands auftreten können, eine sog. *second opinion* einholt. In bestimmten Konstellationen kann dies

---

<sup>76</sup> Zum Stand der rechtspolitischen Diskussionen Bayer, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, S. E 36 ff. (m. w. N).

<sup>77</sup> Lutter, DB 2009, 775 ff.

zur Vermeidung von Haftungsgefahren sogar geboten sein. Diese Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit hat wesentlich zur Verbesserung der Qualität der Aufsichtsratsüberwachung beigetragen. Gleichzeitig entfernt sich das Aufsichtsratsmandat mit dieser Entwicklung jedoch zunehmend von dem gesetzlichen Leitbild eines „bloßen Nebenamtes“.<sup>78</sup>

Dies gilt in besonderer Weise für die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden<sup>79</sup>. Zu seinen Aufgaben zählt es, die Arbeit im Aufsichtsrat zu koordinieren und dessen Sitzungen zu leiten. Außerdem kommt ihm eine Schlüsselrolle bei der Einberufung und Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen sowie der Festlegung der Tagesordnung zu<sup>80</sup>. Zwischen den Sitzungen ist es seine Aufgabe, Kontakt mit dem Vorstand, insbesondere dem Vorstandsvorsitzenden zu halten und mit ihm Fragen der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der *Compliance* des Unternehmens zu erörtern<sup>81</sup>. Der Aufsichtsratsvorsitzende fungiert insoweit als Bindeglied zwischen dem nur in gewissen Zeitabständen zusammentretenden Aufsichtsratsplenium und dem Vorstand<sup>82</sup>.

Zudem stehen ihm innerhalb des Aufsichtsrats besondere Informationsrechte zu. So ist der Aufsichtsratsvorsitzende gem. § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG Adressat der Vorstandsberichte aus wichtigem Anlass. Auf Basis der Bedeutung der ihm erteilten Informationen und der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit muss der Aufsichtsratsvorsitzende entscheiden, ob er seinerseits unverzüglich den Aufsichtsrat unterrichtet und erforderlichenfalls eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberuft oder die übrigen Aufsichtsratsmitglieder erst in der nächsten Aufsichtsratssitzung über die ihm berichteten Vorgänge in Kenntnis setzt (§ 90 Abs. 5 Satz 3 AktG). Daraus resultiert strukturbedingt ein gewisser Informationsvorsprung des Aufsichtsratsvorsitzenden gegenüber den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern, der für ihn mit nicht unerheblichen Haftungsgefahren verbunden sein kann, etwa wenn ihm nachträglich vorgeworfen wird, ein ihm bekanntes Sonderwissen nicht oder nicht rechtzeitig an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weitergegeben zu haben<sup>83</sup>. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, als der Aufsichtsratsvorsitzende in der Zeit zwischen den verschiedenen Aufsichtsratssitzungen aufgrund seines direkten Kontakts zum Vorstandsvorsitzenden über die anlassbezogenen Berichte des Vorstands nach § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG hinaus eine Reihe von Informationen erhält, deren Relevanz für die Tätigkeit des Aufsichtsrats er beurteilen und danach entscheiden muss, ob und zu welchem Zeitpunkt er diese Informationen an die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats weitergibt<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Zu diesem Leitbild vgl. MünchKommAktG-*Habersack*, 3. Aufl. 2008, § 111 Rn. 19.

<sup>79</sup> Rechtsvergleichend *Hopt*, ZHR 175 (2011), 444, 481 f.

<sup>80</sup> Münch. Hdb. AG/*Hoffmann-Becking*, 3. Aufl. 2007, § 31 Rn. 19; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, Rn. 675 ff.

<sup>81</sup> Vgl. auch die deskriptive Beschreibung der Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden in Abschnitt 5.2 DCGK.

<sup>82</sup> MünchKommAktG-*Habersack*, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 45.

<sup>83</sup> Vgl. OLG München WM 2008, 1155, 1159 f. Zum Problem der Kompetenzüberschreitung des Aufsichtsratsvorsitzenden vgl. *Leyendecker-Langner*, NZG 2012, 721 ff.

<sup>84</sup> v. *Schenck*, AG 2010, 649, 652 ff.

Hinzu kommt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende nach dem Vorbild des *Chairman* im angloamerikanischen *One-Tier-Board-Modell* zunehmend auch Repräsentationsaufgaben für das Unternehmen wahrnehmen muss und damit auch im Außenverhältnis für die Gesellschaft in Erscheinung tritt. Über seine Schnittstellenfunktion zum Vorstand hinaus wird vom Aufsichtsratsvorsitzenden heute erwartet, dass er neben und gemeinsam mit dem Vorstandsvorsitzenden Kontakte zu institutionellen Anlegern und wichtigen aktuellen und potentiellen Investoren pflegt.

Dieser gewandelten Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden hat das geltende Aktienrecht bislang nicht hinreichend Rechnung getragen<sup>85</sup>. So stehen dem Aufsichtsratsvorsitzenden keine seiner besonderen Pflichtenlage entsprechenden (Entscheidungs-)Befugnisse zu. So bewegt er sich etwa bei der Anmietung von Räumlichkeiten für eine Aufsichtsratssitzung oder beim Abschluss von Honorarvereinbarungen mit einem von ihm zur Vorbereitung einer Aufsichtsratssitzung hinzugezogenen Sachverständigen auf rechtlich ungesichertem Terrain, wenn er insoweit ohne ausdrückliche Ermächtigung des Aufsichtsrats handelt. Zwar wird man nach richtiger Auffassung davon ausgehen können, dass dem Aufsichtsratsvorsitzenden auch die zur Erfüllung der von ihm geschuldeten Aufgaben erforderliche Vertretungskompetenz im Außenverhältnis zukommt<sup>86</sup>. An einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hierfür fehlt es indes.

Aufgrund der erweiterten Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und der erheblich gestiegenen Kontrolldichte kann das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden in größeren börsennotierten Gesellschaften heute nicht mehr als bloßes Nebenamt wahrgenommen werden<sup>87</sup>. Infolge der gestiegenen Anforderungen gerade an die Person des Aufsichtsratsvorsitzenden und der Annäherung des Amtes an die Rolle des *Non-Executive Chairman* im angloamerikanischen *One-Tier-Board-System* ist der Aufsichtsratsvorsitz heute als *Fulltime*-Job anzusehen. Dies ist im dualistischen System des deutschen Aktienrechts, anders als im angloamerikanischen *One-Tier-Board-System*, noch nicht hinreichend reflektiert<sup>88</sup>.

Mit der gestiegenen zeitlichen Inanspruchnahme und dem erhöhten Haftungsrisiko muss auch eine adäquate Vergütung des Aufsichtsratsvorsitzenden einhergehen, wenn man hinreichend qualifizierte Personen für diese im Rahmen moderner Corporate Governance besonders verantwortungsvolle Position gewinnen will. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Gesetz bzw. moderne Corporate Governance Regeln den direkten Wechsel von Vorstandsmitgliedern bzw. des Vorstandsvorsitzenden in den Aufsichtsrat nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen

---

<sup>85</sup> Vgl. Hüfner, AktG, 10. Aufl., 2012, § 107 Rn. 5; MünchKomm-Habersack, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 47; v. Schenck, AG 2010, 649, 651 ff.

<sup>86</sup> Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., 2008, Rn. 680.

<sup>87</sup> Zu den Erwägungen, das Amt des Aufsichtsrats(vorsitzenden) als Hauptamt auszugestalten vgl. Lutter, AG 1994, 176, 177; Bernhardt, ZHR 159 (1995), 310, 317 f.; dagegen jedoch Baums, ZIP 1995, 11, 17.

<sup>88</sup> So empfiehlt etwa der Walker Review, dass der Verwaltungsratsvorsitzende einer Bank oder eines sonstigen Finanzinstituts ungefähr zwei Drittel seiner Zeit auf die Wahrnehmung seines Amtes als *Chairman* verwenden soll.

erlauben. Wenn der Aufsichtsratsvorsitzende auf Augenhöhe mit dem Vorstandsvorsitzenden agieren soll, darf es für Vorstandsmitglieder nicht mit gravierenden finanziellen Einbußen verbunden sein, wenn sie ihr Vorstandsamt in einem börsennotierten Unternehmen aufgeben, um bei einem anderen vergleichbaren Unternehmen das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden zu übernehmen. Zwar ist die Aufsichtsratsvergütung in den vergangenen Jahren signifikant angestiegen. Nach wie vor bleibt die Vergütung des Aufsichtsratsvorsitzenden bei den meisten Unternehmen jedoch deutlich hinter der Vergütung der Vorstandsmitglieder zurück und kann in aller Regel auch mit der Vergütung, die einem *Chairman* im angloamerikanischen *One-Tier-Board* System zusteht, nicht konkurrieren<sup>89</sup>.

Mindestens ebenso wichtig wie eine angemessene Vergütung des Aufsichtsratsvorsitzenden ist für seine effektive Aufgabenwahrnehmung die Ausstattung mit den dafür erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen. So mutet es wie ein Anachronismus an, wenn in der aktienrechtlichen Kommentarliteratur nach wie vor ernsthaft darüber diskutiert wird, ob und unter welchen Voraussetzungen der Aufsichtsratsvorsitzende im Rahmen seines Aufwendungsersatzanspruchs die Möglichkeit hat, auf Sekretariatskapazitäten und Assistenzkräfte zurückzugreifen. Jedenfalls in größeren börsennotierten Unternehmen ist das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden ohne Sekretariatsunterstützung und einen dem Aufsichtsratsvorsitzenden zur Verfügung stehenden Assistenten heute nicht mehr mit der erforderlichen Sorgfalt wahrzunehmen<sup>90</sup>. Bei Unternehmen, deren Überwachung besonders komplex und zeitintensiv ist, wird man sogar über die Einrichtung eines eigenen Stabs für den Aufsichtsratsvorsitzenden, der auch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit unterstützt, ernsthaft nachdenken müssen, wenn sich die Überwachungsintensität des Aufsichtsrats weiter erhöht und seine Überwachungsaufgaben in gleicher Weise erweitert werden wie in den vergangenen Jahren.<sup>91</sup> Dem Aufsichtsrat Zugriff auf die Mitarbeiter des Vorstands einzuräumen, wird dabei nicht immer ausreichend sein, weil diese nicht in allen Fällen über die erforderliche Neutralität verfügen (z.B. bei Vergütungsgeschiedungen). Daher kann es erforderlich sein, dem Aufsichtsrat eigenes Personal zur Seite zu stellen. Dabei geht es nicht um den Aufbau einer Parallelorganisation im Unternehmen, die das Unternehmen mit zusätzlichen Kosten belasten und mit der Trennung von Geschäftsführung und Überwachung im dualistischen System kollidieren würde. Vielmehr bedarf es einer angemessenen personellen und sachlichen Unterstützung des Aufsichtsrats und insbesondere seines Vorsitzenden bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben.

---

<sup>89</sup> Zur Vergütung des *Chairman* vgl. *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570, 579; *Martinius/Zimmer*, BB 2011, 3014ff.

<sup>90</sup> Münch. Hdb. AG/*Hoffmann-Becking*, 3. Aufl. 2007, § 31 Rn. 14; *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 113 Rn. 11. Vgl. *Semler/Wagner*, in: *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 10 Rn. 84f.; *GroßKommAktG/Hopt/Roth*, 4. Aufl. 1995, § 113 Rn. 23. Rechtsvergleichend *Hopt*, ZHR 175 (2011), 444, 481f.; *Roth*, ZGR 2012, 343, 371; *GroßKommAktG/Hopt/Roth*, 4. Aufl. 1995, § 111 Rn. 530f.

<sup>91</sup> Zu entsprechenden Vorschlägen vgl. auch *Lutter*, DB 2009, 775 ff.