

**Die Relevanz der in Deutschland obligatorischen Informationen
zur Corporate Governance**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel**

**vorgelegt von
Diplom-Kaufmann Kristian Köpke
aus Kiel**

Kiel 2010

Gedruckt mit Genehmigung der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Dekan: Prof. Dr. Birgit Friedl
Erstberichterstattender: Prof. Dr. Klaus-Rüdiger Veit
Zweitberichterstattender: Prof. Dr. Sascha H. Mölls

Tag der Abgabe der Arbeit: 7. September 2010

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Januar 2011

Der ursprüngliche Titel der Dissertation lautet:

„Obligatorische Informationen zur Corporate Governance auf Basis des EU-Statements – Komponenten sowie deren Prüfung und Publizität“

Inhaltsübersicht

Die Relevanz der in Deutschland obligatorischen Informationen zur Corporate Governance

1. Einführung.....	1
2. Die deutsche Corporate Governance.....	7
2.1 Definition und Abgrenzung von Corporate Governance.....	7
2.2 Begründungsansätze für Corporate Governance.....	9
2.3 Charakteristika des deutschen Corporate Governance-Systems – eine vergleichende Analyse.....	16
2.4 Entwicklung des deutschen Corporate Governance-Systems.....	26
2.5 Vorläufiges Resümee.....	40
3. Das EU-Statement als Grundlage der deutschen Berichterstattung.....	44
3.1 Gesetzliche Kodifizierung des Statements im europäischen Recht.....	44
3.2 Verantwortlichkeit für das Statement.....	45
3.3 Wirkungskreis der Regelungen zum Statement.....	45
3.4 Ziele des Statements.....	46
3.5 Elemente des Statements	48
3.6 Vorläufiges Resümee.....	51
4. Obligatorische Informationen zur Corporate Governance nach deutschem Recht.....	56
4.1 Erklärung zur Unternehmensführung.....	57
4.2 Informationen zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem.....	167
4.3 Informationen zur Hauptversammlung und zu Aktionärsrechten.....	209
4.4 Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten.....	213

4.5 Vorläufiges Resümee.....	217
5. Prüfung der Informationen zur Corporate Governnace.....	222
5.1 Prüfungspflichtige Informationen.....	223
5.2 Vorgehensweise bei der Prüfung.....	225
5.3 Prüfungsdokumentation.....	230
5.4 Vorläufiges Resümee.....	238
6. Publizität der Informationen zur Corporate Governance.....	241
6.1 Platzierung der Informationen.....	241
6.2 Regelmäßigkeit der Publizität.....	253
6.3 Vorläufiges Resümee.....	256
7. Abschließende Beurteilung und Ausblick.....	261
Literaturverzeichnis.....	270

Inhaltsverzeichnis

Die Relevanz der in Deutschland obligatorischen Informationen zur Corporate Governance

1. Einführung.....	1
2. Die deutsche Corporate Governance.....	7
2.1 Definition und Abgrenzung von Corporate Governance.....	7
2.2 Begründungsansätze für Corporate Governance.....	9
2.2.1 Überblick.....	9
2.2.2 Vertragstheoretische Ansätze.....	10
2.2.3 Organisationstheoretische Ansätze.....	13
2.3 Charakteristika des deutschen Corporate Governance-Systems – eine vergleichende Analyse.....	16
2.3.1 Interessenorientierung.....	17
2.3.2 Führungsorganisation.....	18
2.3.3 Unternehmensfinanzierung und -orientierung.....	19
2.3.4 Unternehmenskontrolle und Kontrollphilosophie.....	22
2.4 Entwicklung des deutschen Corporate Governance-Systems.....	26
2.4.1 Ursprung der Corporate Governance.....	26
2.4.2 Entwicklung der Corporate Governance bis zum DCGK.....	27
2.4.3 Entwicklung der Corporate Governance nach dem DCGK bis zum EU-Statement.....	30
2.5 Vorläufiges Resümee.....	40
3. Das EU-Statement als Grundlage der deutschen Berichterstattung.....	44
3.1 Gesetzliche Kodifizierung des Statements im europäischen Recht.....	44
3.2 Verantwortlichkeit für das Statement.....	45

3.3 Wirkungskreis der Regelungen zum Statement.....	45
3.4 Ziele des Statements.....	46
3.5 Elemente des Statements.....	48
3.6 Vorläufiges Resümee.....	51
4. Obligatorische Informationen zur Corporate Governance nach deutschem Recht.....	56
4.1 Erklärung zur Unternehmensführung.....	57
4.1.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	57
4.1.2 Verantwortlichkeit für die Erklärung.....	59
4.1.3 Wirkungskreis der Regelungen zur Erklärung.....	65
4.1.3.1 Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft.....	65
4.1.3.2 Börsennotierte Aktiengesellschaften.....	67
4.1.3.3 Andere betroffene Aktiengesellschaften.....	70
4.1.4 Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung.....	75
4.1.4.1 Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex.....	76
4.1.4.1.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	76
4.1.4.1.2 Verantwortlichkeit für die Entsprechenserklärung.....	78
4.1.4.1.2.1 Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat.....	78
4.1.4.1.2.2 Willensbildung der Organe.....	80
4.1.4.1.3 Wirkungskreis der Regelungen zur Entsprechenserklärung.....	84
4.1.4.1.4 Funktion und Wesen einer Entsprechenserklärung.....	89
4.1.4.1.4.1 Funktion einer Entsprechenserklärung.....	89
4.1.4.1.4.2 Wesen einer Entsprechenserklärung.....	90
4.1.4.1.4.2.1 Art einer Entsprechenserklärung.....	90
4.1.4.1.4.2.2 Zeitbezug einer Entsprechenserklärung.....	92
4.1.4.1.4.2.3 Turnus einer Entsprechenserklärung.....	94

4.1.4.1.5 Gegenstand der Entsprechenserklärung.....	97
4.1.4.1.5.1 Verweis auf den DCGK.....	97
4.1.4.1.5.2 Darlegung von Abweichungen.....	97
4.1.4.1.5.3 Angabe der Gründe für Abweichungen.....	99
4.1.4.1.6 Zwischenfazit.....	103
4.1.4.2 Informationen zu Unternehmensführungspraktiken.....	106
4.1.4.2.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	106
4.1.4.2.2 Verantwortlichkeit für die Informationen.....	107
4.1.4.2.3 Wirkungskreis der Regelungen zu den Informationen.....	107
4.1.4.2.4 Gegenstand der Informationen.....	108
4.1.4.2.4.1 Relevante Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex.....	108
4.1.4.2.4.2 Relevante Angaben zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex.....	110
4.1.4.2.4.3 Verweis auf den Ort der Veröffentlichung.....	115
4.1.4.2.5 Zwischenfazit.....	116
4.1.4.3 Angaben zur Zusammensetzung und Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat einschließlich deren Ausschüsse.....	118
4.1.4.3.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	118
4.1.4.3.2 Verantwortlichkeit für die Angaben.....	119
4.1.4.3.3 Wirkungskreis der Regelungen zu den Angaben.....	120
4.1.4.3.4 Gegenstand der Angaben.....	121
4.1.4.3.4.1 Beschreibung der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat.....	121
4.1.4.3.4.2 Beschreibung der Zusammensetzung der von Vorstand und Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse.....	125
4.1.4.3.4.2.1 Zusammensetzung der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse.....	125
4.1.4.3.4.2.2 Zusammensetzung der vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse.....	126
4.1.4.3.4.3 Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie von deren Ausschüssen.....	129

4.1.4.3.4.3.1 Arbeitsweise des Vorstands.....	129
4.1.4.3.4.3.2 Arbeitsweise des Aufsichtsrats.....	133
4.1.4.3.4.3.2.1 Interne Organisation.....	134
4.1.4.3.4.3.2.2 Verfahrensablauf.....	135
4.1.4.3.4.3.2.3 Umgang mit Interessenkonflikten.....	141
4.1.4.3.4.3.3 Arbeitsweise der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse.....	142
4.1.4.3.4.3.4 Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse generell und des Prüfungsausschusses im Besonderen.....	143
4.1.4.3.4.3.4.1 Innere Ordnung von Aufsichtsratsausschüssen.....	143
4.1.4.3.4.3.4.2 Aspekte einzelner Aufsichtsratsausschüsse.....	148
4.1.4.3.4.3.4.3 Haupttätigkeiten einzelner Aufsichtsratsausschüsse.....	153
4.1.4.3.4.3.4.4 Der Prüfungsausschuss im Besonderen.....	154
4.1.4.3.4.3.4.4.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	154
4.1.4.3.4.3.4.4.2 Innere Ordnung.....	157
4.1.4.3.4.3.4.4.3 Aufgaben und Tätigkeiten.....	158
4.1.4.3.5 Zwischenfazit.....	164
4.2 Informationen zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem.....	167
4.2.1 Gesetzliche Kodifizierung.....	167
4.2.2 Verantwortlichkeit für die Systembeschreibung.....	170
4.2.3 Wirkungskreis der Regelungen für die Systembeschreibung.....	171
4.2.4 Faktischer Zwang zur Einrichtung eines Kontroll- und eines Risikomanagementsystems aus der obligatorischen Berichterstattung.....	173
4.2.5 Gegenstand der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems.....	176
4.2.5.1 Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems in einem Einzelunternehmen gemäß § 289 Abs. 5 HGB.....	176
4.2.5.1.1 Beschreibung des internen Kontrollsystems.....	176
4.2.5.1.1.1 Strukturen und Prozesse eines internen Kontrollsystems.....	176

4.2.5.1.1.2 Wesentliche Merkmale des internen Kontrollsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses.....	178
4.2.5.1.1.2.1 Rechnungslegungsbezug.....	178
4.2.5.1.1.2.2 Wesentliche Merkmale.....	180
4.2.5.1.2 Beschreibung des Risikomanagementsystems.....	183
4.2.5.1.2.1 Begriff des Risikos.....	183
4.2.5.1.2.2 Risikofrüherkennungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG als Bestandteil des Risikomanagementsystems.....	185
4.2.5.1.2.3 Bestandteile des Risikomanagementsystems bei prozessorientierter Betrachtung.....	188
4.2.5.1.2.4 Wesentliche Merkmale des Risikomanagementsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses.....	194
4.2.5.1.2.4.1 Rechnungslegungsbezug.....	194
4.2.5.1.2.4.2 Wesentliche Merkmale.....	196
4.2.5.2 Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems in einem Konzern gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB.....	201
4.2.6 Zwischenfazit.....	205
4.3 Informationen zur Hauptversammlung und zu Aktionärsrechten.....	209
4.4 Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten.....	213
4.5 Vorläufiges Resümee.....	217
5. Prüfung der Informationen zur Corporate Governance.....	222
5.1 Prüfungspflichtige Informationen.....	223
5.2 Vorgehensweise bei der Prüfung.....	225
5.2.1 Prüfungsmethode.....	225
5.2.2 Prüfungstechnik.....	227
5.2.3 Prüfungsnachweise.....	229
5.3 Prüfungsdokumentation.....	230

5.3.1 Prüfungsbericht.....	230
5.3.2 Bestätigungsvermerk.....	232
5.4 Vorläufiges Resümee.....	238
6. Publizität der Informationen zur Corporate Governance.....	241
6.1 Platzierung der Informationen.....	241
6.1.1 Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB.....	241
6.1.1.1 Lagebericht.....	241
6.1.1.2 Internetseite.....	244
6.1.2 Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG.....	247
6.1.3 Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems.....	250
6.2 Regelmäßigkeit der Publizität.....	253
6.3 Vorläufiges Resümee.....	256
7. Abschließende Beurteilung und Ausblick.....	261
Literaturverzeichnis.....	270

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	-	Absatz
Abschn.	-	Abschnitt
AG	-	Aktiengesellschaft
AktG	-	Aktiengesetz
AnSVG	-	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
APAG	-	Abschlussprüferaufsichtsgesetz
APAK	-	Abschlussprüferaufsichtskommission
Art.	-	Artikel
ARUG	-	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	-	Auflage
BaFin	-	Bundesanstalt für Finanzaufsicht
Bd.	-	Band
BGH	-	Bundesgerichtshof
BilKoG	-	Bilanzkontrollgesetz
BilMoG	-	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BilReG	-	Bilanzrechtsreformgesetz
BiRiLiG	-	Bilanzrichtliniengesetz
BörsG	-	Börsengesetz
BT-Drucksache	-	Bundestagsdrucksache
Buchst.	-	Buchstabe(n)
bzw.	-	beziehungsweise
CEO	-	Chief Executive Officer
COSO	-	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
D&O-Versicherung	-	Directors-and-Officers-Versicherung
DAX	-	Deutscher Aktienindex
DCGK	-	Deutscher Corporate Governance Kodex
DPR	-	Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung
DRS	-	Deutscher Rechnungslegungs Standard
DRSC	-	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee
EG	-	Europäische Gemeinschaft
EGHGB	-	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EHUG	-	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister

EU	-	Europäische Union
e.V.	-	eingetragener Verein
EWG	-	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	-	folgende
ff.	-	fortfolgende
GenG	-	Genossenschaftsgesetz
ggf.	-	gegebenenfalls
GmbH	-	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co.	-	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie
GmbH-Gesetz	-	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoB	-	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
HGB	-	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	-	Herausgeber
IDW	-	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IFRS	-	International Financial Reporting Standards
IKS	-	Internes Kontrollsystem
i.S.	-	im Sinne
i.S.d.	-	im Sinne des
i.S.v.	-	im Sinne von
i.V.m.	-	in Verbindung mit
KapAEG	-	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz
KapCoRiLiG	-	Kapitalgesellschaften- & Co. Richtlinien Gesetz
KapMuG	-	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KonTraG	-	Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
MDAX	-	Mid-Cap-DAX
MitbestG	-	Mitbestimmungsgesetz
MTF	-	Multilaterales Handelssystem
Nr.	-	Nummer(n)
NYSE	-	New York Stock Exchange
OECD	-	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
PCAOB	-	Public Company Accounting Oversight Board
PS	-	Prüfungsstandard
RMS	-	Risikomanagementsystem
Rn.	-	Randnummer(n)

S.	-	Seite(n)
SDAX	-	Small-Cap-DAX
SEC	-	Securities and Exchange Commission
SOA	-	Sarbanes Oxley Act
sog.	-	sogenannte(n)
TecDAX	-	Deutscher Aktienindex für Technologiewerte
TransPuG	-	Transparenz- und Publizitätsgesetz
TUG	-	Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
u.	-	und
u.a.	-	unter anderem
ÜUG	-	Übernehmerichtlinie-Umsetzungsgesetz
UMAG	-	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
US	-	United States
USA	-	United States of America
v.	-	von
vgl.	-	vergleiche
VorstOG	-	Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz
WpHG	-	Wertpapierhandelsgesetz
WPK	-	Wirtschaftsprüferkammer
WPÜG	-	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z.B.	-	zum Beispiel
Ziff.	-	Ziffer(n)

Verzeichnis der Schemata

Schema 1:	Obligatorische Informationen zur Corporate Governance auf Basis des EU-Statements.....	55
Schema 2:	Prüfungspflichtige direkte Informationssektionen.....	240
Schema 3:	Publizität der direkten Informationssektionen.....	260

1. Einführung

Bilanzskandale wie „Enron“ oder auch „Parmalat“ sind schon fast wieder vergessen, die Anstrengungen der Gesetzgebung, Vorkehrungen für eine Vermeidung weiterer Skandale zu treffen, werden dagegen fortgeführt.¹ In diesem Zusammenhang hat sich „Corporate Governance“ zu einem wichtigen Aspekt im Rahmen der Unternehmensführung, -kontrolle und -publizität entwickelt. Corporate Governance stellt den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen dar, der in Bezug auf die Leitung und die Überwachung eines Unternehmens besteht.² Zudem soll Corporate Governance die jeweils geltenden gesetzlichen Vorschriften ausfüllen und durch eine – mehr oder weniger freiwillige – Selbstbindung der betroffenen Unternehmen wirksam werden.³ Neben den internationalen Bestrebungen sind auch Bemühungen nationaler Gesetzgeber zu erkennen, die Corporate Governance weiterzuentwickeln und dadurch den Anlegerschutz zu verbessern sowie verloren gegangenes Investorenvertrauen zurück zu gewinnen.

In den USA mündeten die Reaktionen auf die Bilanzskandale in den im Jahr 2002 erlassenen Sarbanes Oxley Act (SOA), der die bisher strengsten Regelungen für Unternehmen beinhaltet. Da sowohl alle Emittenten an einer US-amerikanischen Börse als auch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die solche Unternehmen zu ihren Mandanten zählen, den SOA anzuwenden haben, können europäische Unternehmen von diesen Regelungen betroffen sein.⁴

Die Europäische Union (EU) hat es sich zum Ziel gemacht, auf eine gute und vor allem effektive Corporate Governance hinzuwirken. Mit dieser Zielsetzung wurde in der Abänderungsrichtlinie zur vierten⁵ und siebenten⁶ EG-Richtlinie festgelegt, dass kapitalmarktorientierte Unternehmen künftig umfassende Informationen (das sog. Corporate

¹ Vgl. Freidank/Peemöller (2008), S. V; Niemeier (2006), S. 173.

² Vgl. Werder (2003), S. 4.

³ Vgl. Werder (2008a), S. 15.

⁴ Vgl. Lentfer (2005), S. 62.

⁵ Die vierte EG-Richtlinie wird als „Bilanzrichtlinie“ bezeichnet und soll einheitliche Vorgaben hinsichtlich des Jahresabschlusses sowie seiner Prüfung und Offenlegung für Kapitalgesellschaften schaffen (vgl. Bitz/Schneeloch/Wittstock (2003), S. 99).

⁶ Die siebente EG-Richtlinie wird als „Konzernbilanzrichtlinie“ bezeichnet und ergänzt die vierte EG-Richtlinie, die sich auf den Einzelabschluss beschränkt (vgl. Bitz/Schneeloch/Wittstock (2003), S. 99).

Governance-Statement) hinsichtlich der im Unternehmen angewandten Corporate Governance abgeben müssen. Die Informationen zur Corporate Governance sollen in Teilen auch der Prüfung durch den Abschlussprüfer unterliegen. Hierdurch wurde zum ersten Mal sekundäres Gemeinschaftsrecht⁷ zu den nationalen Corporate Governance Kodizes geschaffen.⁸ Ausgangspunkt dieser gesetzlichen Maßnahme war im Wesentlichen der „Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance“ vom 21. 5. 2003.⁹ Als ein weiterer Grund für die Einführung eines Corporate Governance-Statements ist neben der genannten Verbesserung der Corporate Governance die langfristig angestrebte Annäherung bzw. Harmonisierung der Corporate Governance-Regelungen auf internationaler Ebene zu nennen.¹⁰

Auch in Deutschland sind Bemühungen um eine Verbesserung der Corporate Governance zu erkennen. Der deutsche Gesetzgeber hat bereits vor der Verabschiedung der Abänderungsrichtlinie durch die EU mit der Einführung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) einen etablierten Standard für gute Unternehmensführung und -kontrolle geschaffen, der sich auf das in Deutschland praktizierte duale Führungssystem bezieht. Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Regelungen durch den SOA sind die Regelungen des Kodex auf freiwilliger Basis anzuwenden.

In dieser Arbeit sollen die aus der Abänderungsrichtlinie resultierenden Vorgaben der EU hinsichtlich des Corporate Governance-Statements und deren Umsetzung in deutsches Recht untersucht werden. Kodifiziert wurden die Vorgaben aus der Richtlinie, soweit sie noch nicht im deutschen Recht vorhanden waren, im Rahmen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG). Das BilMoG stellt eine der wohl bedeutendsten und größten Reformen der handelsrechtlichen Bilanzierung seit dem Bilanzrichtli-

⁷ Sekundäres Gemeinschaftsrecht ist das von den Gemeinschaftsorganen geschaffene Recht, welches auch als Folgerecht bezeichnet wird. Größtenteils erfolgt es in Form von Verordnungen und Richtlinien. Die Vorgaben in der Abänderungsrichtlinie stellen den ersten Fall dar, in dem Europäisches Recht Regelungen hinsichtlich der Corporate Governance enthält. Aufgrund der vielfältigen nationalen Unternehmensumwelten und -kulturen sowie des noch recht unterschiedlichen Gesellschaftsrechts in den Ländern der Europäischen Union hatten sich die Corporate Governance Kodizes bislang einer europäischen Harmonisierung entzogen (vgl. Niemeier (2006), S. 181).

⁸ Vgl. Niemeier (2006), S. 173 f.

⁹ Vgl. Lanfermann (2004), S. 2.

¹⁰ Vgl. Simons (2005), S. 2.

niengesetz (BiRiLiG) von 1985 dar.¹¹ Durch die Umsetzung der Vorgaben im Rahmen des BilMoG existieren im deutschen Recht Regelungen bezüglich der Corporate Governance-Publizität, die weit über die für eine deutsche börsennotierte Aktiengesellschaft (AG) bislang erforderliche und in § 161 AktG kodifizierte Entsprechenserklärung hinausgehen.¹² Die europäischen Vorgaben zum Corporate Governance-Statement, die noch nicht im deutschen Recht verankert waren und durch das BilMoG umgesetzt wurden, ließen sich als „direkte“, die weiteren Vorgaben zum Corporate Governance-Statement, die bereits vor dem BilMoG im deutschen Recht implementiert waren, als „indirekte Informationssektionen“ bezeichnen. Diese Informationssektionen stellen Informationsbestandteile dar, welche bestimmte Unternehmen im Rahmen ihrer Publizität berücksichtigen müssen.

Wegen der Verpflichtung zur Abgabe der geforderten Informationen zu ihrer Corporate Governance sind die Unternehmen gezwungen, sich intensiv mit ihrer Corporate Governance auseinanderzusetzen. Mit der Verpflichtung zur Abgabe der relevanten Informationen bezüglich der Corporate Governance sollen die betroffenen Unternehmen langfristig dazu angehalten werden, ihre Corporate Governance zu verbessern. Eine Verbesserung der Corporate Governance hätte zur Folge, dass Ursachen für große Bilanzskandale wie bei Enron oder Parmalat rechtzeitig erkannt bzw. unterbunden und die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten derartiger Skandale demzufolge in Zukunft stark verringert werden könnten.

Eine große Rolle spielt hinsichtlich der relevanten Informationen die Rechnungslegung, welche ein Element der Corporate Governance ist. Die Rechnungslegung dient unter anderem dazu, Informationsasymmetrien zwischen dem Management eines Unternehmens und dessen Interessengruppen abzubauen. Eine aussagekräftige Rechnungslegung kann als das zentrale Mittel angesehen werden, um die Führungs- und Kontrollsituation in Unternehmen zu verbessern. Nur wenn ausreichende Informationen durch die Rechnungslegung zur Verfügung gestellt werden, kann es zu Rückwirkungen auf die Unternehmen kommen.¹³ Mit den geforderten Corporate Governance-relevanten Angaben im Rahmen der Rechnungslegung wird eine bessere Kapitalmarktkommunikation ange-

¹¹ Vgl. Fülbier/Gassen (2007), S. 2605; Velte/Leimkühler (2007), S. 837.

¹² Vgl. Niemeier (2006), S. 173 f.

¹³ Vgl. Botosan (2000), S. 60 ff.

strebt, durch die ggf. Rückwirkungen auf die publizitätspflichtigen Unternehmen ausgelöst werden.¹⁴ In den publizitätspflichtigen Unternehmen kann es dann über geeignete Maßnahmen zu einer Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation kommen.

Ob der von der EU gewählte Weg über verschärfte Publizitätsvorschriften hinsichtlich der Corporate Governance einen für Deutschland sinnvollen Weg darstellt, um langfristig eine Verbesserung der Unternehmensführung und -kontrolle zu erreichen, muss untersucht werden. Es ist zu hinterfragen, ob der aufgrund der Abänderungsrichtlinie geforderte Inhalt der Corporate Governance-relevanten Angaben einen Nutzen für die Interessengruppen der Unternehmen schafft und der Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation der betroffenen Unternehmen verbessert wird. Weiterhin muss untersucht werden, inwieweit durch die geforderte Prüfung eine ausreichende Überwachung der erklärten Informationen möglich ist oder Lücken entstehen, durch die Unternehmen eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Berichterstattung über ihre Corporate Governance umgehen können. Ebenfalls muss untersucht werden, ob die für die Vermittlung der relevanten Informationen vorgesehene Publizität sinnvoll und angemessen ist, um den Adressaten einen besseren Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation zu gewährleisten. Wird im Rahmen der Untersuchung des Inhalts, der Prüfung oder der Publizität festgestellt, dass Regelungen aus der Umsetzung der Abänderungsrichtlinie der EU nicht zu einer Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation führen, sollen Vorschläge für Verbesserungen erarbeitet werden.

Um die Frage der Wirksamkeit und die damit verbundene Rechtfertigung der obligatorischen Informationen zur Corporate Governance zu klären, sollen im zweiten Kapitel der Arbeit die deutsche Corporate Governance erläutert und grundlegende Bestandteile des Systems dargestellt werden. In diesem Zusammenhang wird zur Vergrößerung der Beurteilungsbasis auf die Systeme in den USA und Großbritannien, die Vorbildfunktion haben könnten, eingegangen. Zudem wird zur Veranschaulichung der Entwicklungen im deutschen Corporate Governance-System eine Übersicht über die Entwicklungsstufen der Corporate Governance-Regelungen in Deutschland gegeben.

¹⁴ Vgl. Lackmann (2010), S. 24.

Zum Gewinnen eines eigenen Urteils soll im dritten Kapitel das EU-Statement, welches sich aus der Abänderungsrichtlinie ergibt, als Grundlage der deutschen Berichterstattung vorgestellt und erklärt werden.

Das vierte Kapitel bildet den Hauptteil der Arbeit. In diesem erfolgt eine Darstellung und Beurteilung der Umsetzung der in der EU-Richtlinie vorgegebenen Informationselemente zur Corporate Governance in Informationssektionen des deutschen Rechts. Weiterhin sollen der in den Informationssektionen geforderte Inhalt erläutert und kritisiert sowie sinnvolle Verbesserungen vorgeschlagen werden. Der Fokus liegt dabei auf den direkten Informationssektionen, die aufgrund der Vorgaben aus der EU-Richtlinie durch das BilMoG im deutschen Recht kodifiziert wurden. Die indirekten Informationssektionen, welche bereits vor der EU-Richtlinie im deutschen Recht implementiert waren, werden lediglich der Vollständigkeit halber kurz hinsichtlich des Inhalts dargestellt. Die indirekten Informationssektionen stellen bereits seit längerem geltendes Recht in Deutschland dar und werden deshalb nur am Rande betrachtet. In dieser Arbeit soll eine Konzentration auf die Corporate Governance-relevanten Neuerungen erfolgen, welche mit der größten HGB-Reform der letzten 20 Jahre Einzug gehalten haben. Neben den Neuerungen für den Einzelabschluss werden dabei ebenso die geänderten Erwartungen an den Konzernabschluss betrachtet.

Im fünften Kapitel soll eine Darstellung und Beurteilung der Prüfung der obligatorischen Informationen vorgenommen werden. Beurteilt wird, ob die Regelungen zur Prüfung ausreichend sind oder die Prüfungspflicht ausgedehnt werden sollte. Darüber hinaus werden die Vorgehensweise bei der Prüfung der entsprechenden Informationssektionen erläutert sowie daraus resultierende Konsequenzen hinsichtlich der Prüfungsdocumentation dargelegt. Die indirekten Informationssektionen werden im Hinblick auf die gerade vorgenommene Einengung des Themas nicht behandelt.

Das sechste Kapitel befasst sich mit der Publizität der obligatorischen Informationen zur Corporate Governance. Hier soll durch eine Betrachtung der Art und des Turnus der Informationen überprüft werden, ob die Publizität zur Erfüllung der Anforderung, die an das Statement gestellt wird, beiträgt. In der sich anschließenden Kritik werden gegebenenfalls Änderungen hinsichtlich der Publizität vorgeschlagen. Aus dem genannten

Grund werden auch im Rahmen der Publizität die indirekten Informationssektionen nicht behandelt.

Im siebenten Kapitel erfolgt eine zusammenfassende Bewertung der Relevanz der mit dem BilMoG kodifizierten Informationen zur Corporate Governance. Besonders der Beitrag der Informationen für eine zweckorientierte Corporate Governance-Berichterstattung, auch bezüglich der Wirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituation, soll beurteilt werden.

Abschließend wird ein Ausblick auf die weitere mögliche Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland gegeben. Dabei werden auf der Basis der Untersuchungsergebnisse Vorschläge dazu gemacht, wie sich die Corporate Governance in Deutschland verbessern ließe.

2. Die deutsche Corporate Governance

2.1 Definition und Abgrenzung von Corporate Governance

Seit Mitte der neunziger Jahre hat der aus dem Angelsächsischen stammende Ausdruck „Corporate Governance“¹⁵ verstärkt Eingang in die deutsche Fachliteratur gefunden. Eine wortwörtliche Übersetzung dieses Terminus ist nicht ohne weiteres möglich. Er weist weitgehende Überschneidungen mit dem deutschen Begriff der „Unternehmensverfassung“ auf.¹⁶ Die Bezeichnung „Unternehmensverfassung“ wird auch dem juristischen Verständnis von Corporate Governance am ehesten gerecht. Demnach ist die Corporate Governance als eine effiziente Gestaltung der Unternehmensverfassung zu verstehen. Deutlich wird diese Auffassung in der Präambel des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (DCGK), in der Corporate Governance als „rechtlicher und faktischer Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens“¹⁷ bezeichnet ist.

Der Begriff „Unternehmensverfassung“ weist zwar eine weitgehende, aber keine vollständige Überschneidung mit dem Begriff „Corporate Governance“ auf und kann ebenso wenig wie ein anderer deutscher Begriff der Bedeutung und Reichweite der Corporate Governance ganz gerecht werden. Dies lässt sich auch aus der betriebswirtschaftlichen Bedeutung des Begriffs „Corporate Governance“ erkennen. Die Unternehmensverfassung betrifft primär die Binnenordnung von Unternehmen, in der Informations- und Entscheidungsrechte verschiedener Akteure bzw. Interessengruppen festgelegt sind. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht werden unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance aber ebenso Fragen der rechtlichen und faktischen Einbindung des Unternehmens in sein Umfeld betrachtet, vor allem in Bezug auf den Kapitalmarkt mit seinen potentiellen Anlegern.¹⁸

¹⁵ Begriffe, die in Ermangelung einer wortwörtlichen Übersetzung in der Fachliteratur häufig genannt werden, sind „Unternehmensführung und -kontrolle“, „Unternehmensüberwachung“ sowie „Strukturregelungen des Unternehmens“ (vgl. Witt (2003), S. 1).

¹⁶ Vgl. Werder (2008a), S. 13; Witt (2003), S. 1; Zingales (1998), S. 497.

¹⁷ Ebenso der Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance (2000), S. 1.

¹⁸ Vgl. Werder (2003), S. 4; Shleifer/Vishny (1997), S. 737.

Corporate Governance-Regelungen haben grundsätzlich die Aufgabe, die Spielräume und Motivationen der Akteure für opportunistisches Verhalten durch geeignete rechtliche und faktische Vorgaben aus Verfügungsrechten und Anreizsystemen einzuschränken. Dabei sollen möglichst günstige Bedingungen für eine faire Wertverteilung geschaffen werden. Unternehmenstheoretisch kann die Frage der Gerechtigkeit der Wertverteilung danach beurteilt werden, in welchem Maß die Wertverteilung die Relationen der Wertschöpfungsbeiträge und der Chancen bzw. Risiken der einzelnen Stakeholder¹⁹ aus unvollständigen Verträgen abbildet.²⁰

Im angelsächsischen Raum liegt ein „enges“ Verständnis von Corporate Governance vor. Die angelsächsische Diskussion zur Corporate Governance beschränkt sich lediglich auf die Interessen der Kapitalanleger und insbesondere darauf, wie sichergestellt werden kann, dass das Management (Agenten) im Sinne der Kapitaleigner (Prinzipal) handelt (Principal-Agent-Problem).²¹ Unter Berücksichtigung der US-amerikanischen und britischen Gesellschafts-, Rechts- und Wirtschaftskultur ist diese Sichtweise angemessen. In Deutschland herrscht dagegen ein „weites“ Verständnis von Corporate Governance vor, welches besagt, dass neben den Interessen der Aktionäre (Shareholder) ebenso die Interessen weiterer am Unternehmen beteiligter Personen, Gruppen und Organisationen zu berücksichtigen sind. Es besteht also ein Widerstreit zwischen der „engen“ und der „weiten“ Auffassung von Corporate Governance, wobei in dieser Arbeit das „weite“ Verständnis zu Grunde gelegt werden soll. Argumente für das umfassendere Verständnis von Corporate Governance sind das Gerechtigkeits- und das Theorieargument. Es wäre ungerecht, nur die Interessen der Anteilseigner zu berücksichtigen und die Interessen der weiteren Personen, Gruppen und Organisationen, die unterschiedliche Ziele verfolgen, zu ignorieren (Gerechtigkeitsargument).²² Ferner ist es für die Untersuchung einer theoretischen Problemstellung nicht ratsam, bereits von vornherein mögliche problemrelevante Sachverhalte durch eine zu spezifische Begriffsdefinition auszugrenzen (Theorieargument).²³

¹⁹ Der Begriff „Stakeholder“ umfasst neben den Aktionären (Shareholder) weitere Interessengruppen wie Mitarbeiter, Fremdkapitalgeber, Lieferanten sowie den Staat und die Öffentlichkeit (vgl. Witt (2003), S. 6 ff.).

²⁰ Vgl. Werder (2003), S. 11; Gerum (1998b), S. 138 ff.

²¹ Vgl. Tirole (2001), S. 2.

²² Vgl. Steinmann (1969), S. 1 f.; Gerum (2007), S. 6 f.

²³ Vgl. Witt (2003), S. 6 ff.; Tirole (2001), S. 3 ff.; Zingales (1998), S. 500 f.

Eine Definition von Corporate Governance, die Inhalt und Reichweite des angelsächsischen Begriffs „Corporate Governance“ am ehesten gerecht wird, ist die der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD). Danach umfasst „Corporate Governance“ die Beziehungen zwischen der Geschäftsführung, dem Aufsichtsorgan und den Stakeholdern von Unternehmen. Die Corporate Governance liefert dabei den strukturellen Rahmen, über den die Ziele gesetzt sowie Mittel und Wege zur Erreichung dieser Ziele und zur Überwachung des Erfolges bestimmt werden.²⁴

Das von der EU in der Richtlinie zur Abänderung der vierten und siebenten EG-Richtlinie geforderte Corporate Governance-Statement beinhaltet Elemente, die sowohl die interne, auf die Unternehmensverfassung gerichtete, als auch die externe Corporate Governance betreffen. Folglich wird in dieser Arbeit der Begriff „Corporate Governance“ als ein die gesellschaftsrechtliche und gleichfalls die kapitalmarktgeprägte Seite eines Unternehmens betreffender Begriff verstanden, der ein System zur zweckmäßigen und transparenten Gestaltung des Verhältnisses der Unternehmensorgane untereinander und in Bezug auf die Anteilseigner und weiteren Stakeholder, wie z.B. Arbeitnehmer, Gläubiger und Lieferanten, bezeichnen soll.

2.2 Begründungsansätze für Corporate Governance

2.2.1 Überblick

Ausgangspunkt der Ansätze zur Rechtfertigung von Corporate Governance ist das *liberal-kapitalistische Begründungsmodell*. In den Überlegungen des Wirtschaftsliberalismus galten die Institute Vertrag und Markt als notwendige aber auch hinreichende Institute, um die individuellen Interessen der Wirtschaftsbürger zur Wohlfahrt aller auszugleichen.²⁵ Klassische Kritikpunkte des liberal-kapitalistischen Begründungsmodells waren die Machtstellung der Großunternehmen sowie die Trennung von Eigentum und Verfügungsgewalt.²⁶ Auch die Marktversagenstheorie gilt als Diskussionspunkt des liberal-kapitalistischen Begründungsmodells und argumentiert, dass durch steigende Ska-

²⁴ Vgl. OECD-Lenkungsausschuss Corporate Governance (2004), S. 11.

²⁵ Vgl. Steinmann/Gerum (1978), S. 5 ff.

²⁶ Vgl. Steinmann (1969), S. 27 ff.; Berle/Means (1932), S. 119 ff.

lenerträge in Konsum und Produktion, externe Effekte sowie Informationsasymmetrien die Funktionsfähigkeit der Märkte eingeschränkt wird. Die Fähigkeit des Marktes zu einem gerechten Interessenausgleich wird bezweifelt.²⁷

Vor dem Hintergrund dieser Kritik hat sich die theoretische Diskussion zur Corporate Governance breit ausdifferenziert. Unterscheiden lässt sich dabei in *vertragstheoretisch* sowie in *organisationstheoretisch geprägte Ansätze*, auf die im Folgenden intensiver eingegangen werden soll.

2.2.2 Vertragstheoretische Ansätze

Die aktuelle Corporate Governance-Debatte wird im Rahmen der Vertragstheorie durch neoinstitutionalistische Ansätze sowie die Theorie unvollständiger Verträge beeinflusst. Relevant hinsichtlich der *neoinstitutionalistischen Ansätze* sind die Property Rights-Theorie, die Agency-Theorie und der Transaktionskostenansatz.²⁸

In der Property Rights-Theorie werden Unternehmen und ihre Verfassung als Systeme von andauernd zur Disposition stehenden Individualverträgen betrachtet.²⁹ Der Vorteil für den Abschluss solcher Verträge liegt in der Teamproduktion. Durch die Teamproduktion können eine Spezialisierung und damit einhergehende Synergieeffekte erreicht werden. Im Rahmen der Teamproduktion würde es jedoch zu „Drückebergerei“ kommen, da einige Individuen sich weniger bzw. nicht einbringen. Die geeignetste Lösung für dieses Kontrollproblem wäre eine Ausdifferenzierung der Überwachungsfunktion innerhalb des Teams. Es müsste ein Kontrolleur innerhalb des Teams benannt werden, der das uneingeschränkte Recht zur Kündigung, zur Änderung und zum Abschluss von Verträgen besitzt, um seiner Kontrollfunktion innerhalb des Teams wirkungsvoll nachkommen zu können. Er wird praktisch mit den Anteilseignern gleichgestellt. Als alloka-tionseffizient wird dabei die Konzentration aller Verfügungsrechte in der Hand der Eigentümer angesehen. Daher stellt das kapitalistische Unternehmen den Referenzfall für sämtliche Analysen zur Unternehmensverfassung dar.³⁰

²⁷ Vgl. Gerum (2004b), S. 5 ff.

²⁸ Vgl. Weizsäcker (1984), S. 150.

²⁹ Vgl. Alchian/Demsetz (1972), S. 781 f.

³⁰ Vgl. Jensen/Meckling (1979), S. 474 f.

Die Prinzipal-Agenten-Theorie (Agency-Theorie) empfiehlt, für eine effiziente Gestaltung der Prinzipal-Agenten-Beziehungen und die Folgen der asymmetrischen Informationsverteilung die institutionelle Vereinbarung mit den geringsten Agency-Kosten zu wählen.³¹ Der Kern des Prinzipal-Agenten-Problems ist die Trennung von Eigentum und Kontrolle³². Folglich steht das Verhältnis des Managements (Agent) zu den Eigentümern (Prinzipal) im Mittelpunkt der Betrachtungen.³³ Probleme hinsichtlich der Interessen der Anteilseigner können somit in Unternehmen entstehen, bei denen Eigentum und Geschäftsführung auseinander fallen, wie es bei einer Aktiengesellschaft der Fall ist. Bei dieser Konstellation liegt eine Störung der natürlichen Interesseneinheit von Eigentum und Geschäftsführung vor.³⁴ Betrachtet werden die Informationsasymmetrien und die konfliktären Interessen der Beteiligten.³⁵

Die asymmetrische Informationsverteilung lässt sich in vier Gruppen unterscheiden – Hidden Characteristics, Hidden Actions, Hidden Information sowie Hidden Intention. Hidden Characteristics bezieht sich auf die Unsicherheit des Prinzipals hinsichtlich der Qualität des einzusetzenden Agenten, das Unternehmen adäquat zu führen. Hidden Actions tritt nach Vertragsabschluss auf und bezeichnet die Situation des Prinzipals, die vom Agenten geleistete Arbeit nicht eindeutig beurteilen zu können, da das Endergebnis durch weitere Faktoren beeinflusst wird. Unter Hidden Information wird eine Informationsverteilung verstanden, die durch die Manipulation der Publizität seitens des Agenten in Form von Zurückhaltung oder Falschberichterstattung entsteht. Diese Asymmetrie tritt ebenfalls nach Vertragsabschluss zwischen Prinzipal und Agent auf. Hidden Intention bezeichnet das Problem, dass der Prinzipal ex ante die Absichten des Agenten nicht kennt und den Agenten nach Vertragsabschluss nicht mehr zu dem gewünschten Verhalten bewegen kann. Nutzt der Agent dies aus, um sich selbst einen Vorteil auf Kosten des Prinzipals zu verschaffen, spricht man von einem Hold-up.³⁶

³¹ Vgl. Jensen/Meckling (1976), S. 305 ff.

³² Unter dem Begriff „Kontrolle“ wird hier die Möglichkeit verstanden, über Vermögenswerte eines Unternehmens zu verfügen, wie es im Rahmen der Geschäftsführung üblich ist.

³³ Vgl. Shleifer/Vishny (1997), S. 740.

³⁴ Vgl. Berle/Means (1932), S. 119.

³⁵ Vgl. Cornell/Shapiro (1987), S. 5 f.; Göx/Budde/Schöndube (2002), S. 66; Witt (2003), S. 18 f.

³⁶ Vgl. Elschen (1991), S. 1004 ff.

Unterschiedliche Interessen zwischen Anteilseignern und Management ergeben sich aus den jeweiligen Verhaltenszielen. Anteilseigner streben, so wird in der Theorie angenommen, nach einer Maximierung ihrer Kapitalrendite und nehmen gegenüber etwaigen Risiken eine neutrale Stellung ein.³⁷ Das Management des Unternehmens verhält sich annahmegemäß im Gegensatz zu den Anteilseignern risikoavers und streng opportunistisch. Wegen der grundsätzlich unterschiedlichen Interessen zwischen den Anteilseignern und dem Management sowie der bestehenden Informationsasymmetrien zwischen den beiden Parteien müssen folglich Regelungen im Unternehmen implementiert werden, um die Anteilseigner vor einem Vermögensverlust zu schützen. Derartige Regelungen können in der Corporate Governance vorgenommen werden.³⁸

Nach dem Transaktionskostenansatz³⁹ hängt die Existenz von Unternehmen sowie deren Organisations- und Verfassungsstruktur in erster Linie von den mit ökonomischem Handeln verbundenen Transaktionskosten ab. Gestaltungsziel muss dabei das transaktionskostenminimale institutionelle Arrangement sein.⁴⁰

Der in der empirischen Forschung zur Corporate Governance sowie auch in der theoretischen Corporate Governance-Diskussion ebenfalls verbreitete Ansatz zur Legitimation und Effizienz von Corporate Governance ist die *Theorie unvollständiger Verträge*⁴¹. Bestimmend für die Corporate Governance sind nach dieser Theorie zwei Probleme: erstens existieren Interessenkonflikte (Agency-Problem) zwischen Mitgliedern einer Organisation, z.B. Eigentümer, Manager, Arbeitnehmer oder Konsumenten. Zweitens besteht keine Möglichkeit, die Interessenkonflikte durch einen vollständigen Vertrag zu lösen aufgrund zu hoher Transaktionskosten. Hieraus lässt sich schließen, dass die Basis von Corporate Governance ein System unvollständiger Verträge ist.⁴²

³⁷ Vgl. Shleifer/Vishny (1997), S. 741; Lentfer (2005), S. 33.

³⁸ Siehe hierzu z.B. Holm/Scholer (2010), S. 32 ff.

³⁹ Vgl. hierzu Williamson (1975), S. 5 ff.; Williamson (1985), S. 11 ff.

⁴⁰ Vgl. Weizsäcker (1984), S. 146 ff.

⁴¹ Verträge sind unvollständig, wenn sie auf zukünftige Transaktionen ausgerichtet sind und nicht alle Entwicklungen, die sowohl komplex als auch unvorhersehbar sein können und das Austauschverhältnis zwischen den Vertragsparteien beinhalten, fair und richtig regeln (vgl. Werder (2003), S. 6).

⁴² Vgl. Cornell/Shapiro (1987), S. 5 ff.

Gibt es keine Möglichkeit, vollständige und im Zweifel gerichtlich durchsetzbare Verträge wegen zu hoher Transaktionskosten zu schließen, resultieren daraus Probleme bei der Zuordnung von Kontrollrechten an Vermögenswerten. Notwendig ist somit ein Corporate Governance-System, um festzulegen, wer die Kontrollrechte an Vermögenswerten wahrnehmen darf. Darin ist auch das Recht enthalten zu entscheiden, auf welche Weise die Vermögenswerte genutzt werden sollen, wenn deren Gebrauch im Ursprungsvertrag nicht abschließend festgelegt wurde.⁴³

Abschließend kann festgehalten werden, dass die vertragstheoretischen Ansätze interessenmonistisch sind, grundsätzlich auf die Problematik Anteilseigner/Management bzw. das Shareholderproblem fokussieren und damit die „enge“ Auffassung von Corporate Governance unterstützen. In Abschnitt 2.1 wurde die Corporate Governance aber als Stakeholderproblem und damit als interessenpluralistisch definiert. Die vertragstheoretischen Ansätze sind somit nicht zielführend. Es bedarf der Begründung einer „weiten“ Auffassung von Corporate Governance und folglich eines interessenpluralistischen Ansatzes zur Begründung von Corporate Governance.

2.2.3 Organisationstheoretische Ansätze

Organisationstheoretische Konzepte zur Begründung von Corporate Governance sind die Koalitionstheorie, der Stakeholder-Ansatz sowie der ressourcenbasierte Ansatz. Beim *koalitionstheoretischen Ansatz* wird im Gegensatz zu den vertragstheoretischen Begründungen zu Corporate Governance die Theorie des „Managerkapitalismus“ lediglich als Ausgangspunkt und nicht als Rechtfertigungsinstanz für die Begründung von Corporate Governance genutzt.⁴⁴ Die Theorie des Managerkapitalismus besagt, dass Großunternehmen komplexe Organisationen mit vielen kleinen Eigentümern sind. Aufgrund der Komplexität der Organisation muss das Handeln vieler Organisationsmitglieder mit heterogenen Zielen hinsichtlich der Organisationsziele koordiniert werden. Das Unternehmen wird somit als eine Koalition von Individuen und Interessengruppen (Manager, Arbeitnehmer, Kapitaleigner, Lieferanten, Kunden, externe Berater, Fiskus) an-

⁴³ Vgl. Hart (1995), S. 680.

⁴⁴ Vgl. Gerum (2007), S. 14.

gesehen. Die Koalitionstheorie bildet damit den Ausgangspunkt der interessenpluralistischen Unternehmensverfassung.⁴⁵

Der *Stakeholderansatz* wird als eine systemtheoretische Weiterentwicklung der Koalitionstheorie angesehen.⁴⁶ Die Unternehmen sind zur Durchsetzung von Strategien und zur Erreichung von Zielen auf die Ressourcen der Koalitionsmitglieder bzw. Stakeholder angewiesen.⁴⁷ Das Management muss daher die Beziehungen zu seinen Stakeholdern derart gestalten, dass dem Unternehmen keine kritischen Ressourcen entzogen werden. Um das Interesse der Stakeholder an dem Unternehmen zu erhalten und damit dessen Handlungsfähigkeit zu sichern, müssen Leistung und Gegenleistung in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Bei nicht zu vereinbarenden Zielen kann dieser Interessenausgleich zu Konflikten führen. Das Unternehmen wird also als ein Ort der Interessenartikulation und des Interessenabgleichs verstanden, was im Grundsatz bereits ein interessenpluralistisches Corporate Governance-System impliziert.⁴⁸ Bezüglich der organisatorischen Ausgestaltung eines solchen Systems und der damit verbundenen Frage, in welchem Maße die einzelnen Interessen zu berücksichtigen sind, werden unterschiedliche Varianten diskutiert, z.B. das monistische Board- oder das dualistische Vorstand-Aufsichtsrat-System.⁴⁹

Der *ressourcenbasierte Ansatz*, der im Rahmen der Corporate Governance-Debatte als eine Weiterentwicklung und theoretische Fundierung der Koalitionstheorie und des Stakeholder-Ansatzes zu verstehen ist, interpretiert die Organisation als ein Ressourcenbündel.⁵⁰ Hinsichtlich der ressourcenbasierten Theorie des Unternehmens werden im Einzelnen die finanziellen und die physischen Ressourcen, das Humanvermögen⁵¹ und das Organisationsvermögen⁵² unterschieden.⁵³ Die Verbindung zur Corporate Governan-

⁴⁵ Vgl. Steinmann/Gerum (1978), S. 14 ff.; Gerum (2004b), S. 24.

⁴⁶ Vgl. Schreyögg (2008), S. 86 ff.

⁴⁷ Vgl. Mitchell/Agle/Wood (1997), S. 854 f.

⁴⁸ Vgl. Cornell/Shapiro (1987), S. 5 f.; Donaldson/Preston (1995), S. 67.

⁴⁹ Vgl. Donaldson/Preston (1995), S. 81 ff.

⁵⁰ Vgl. Conner (1991), S. 121 ff.

⁵¹ Unter Humanvermögen werden die Erfahrung, Urteilskraft, Intelligenz, Beziehungen und das Wissen der einzelnen Mitarbeiter und Manager eines Unternehmens verstanden (vgl. Gerum (2007), S. 16).

⁵² Das Organisationsvermögen umfasst in erster Linie die Unternehmenskultur, das Prozesswissen oder die vorhandenen Arbeitsbeziehungen, die in einem Unternehmen existieren (vgl. Gerum (2007), S. 16).

⁵³ Vgl. Barney (2001), S. 50 ff.; Blair (1999), S. 60 ff.

ce ergibt sich aus den unternehmensspezifischen Ressourcen. Den Ressourceninhabern erwächst diesbezüglich insbesondere ein Risiko aus der Unternehmensspezifität. Da dieses Risiko nicht nur für die Inhaber von Verfügungsrechten an finanziellen und physischen Ressourcen (Kapitaleigner) existiert, sondern auch für die Humanressourcen, kann man hieraus einen Anspruch auf Mitbestimmung folgern bzw. die Theorie des Unternehmens als eine Koalition begründen.⁵⁴

Der Risikoposition der Humanressourcen, die sich aus der Unternehmensspezifität ergibt, wird beim ressourcenbasierten Ansatz durch die Einräumung von Entscheidungsrechten im Corporate Governance-System Rechnung getragen.⁵⁵ Diese Begründung für ein Corporate Governance-System kann als effizienzorientiert angesehen werden, da sie auf den Leistungspotenzialen der Organisationsressourcen aufsetzt. Als alleinige Begründung reicht das Effizienzargument jedoch nicht aus. Zur Begründung einer solchen Unternehmensverfassung ist zusätzlich ein bestimmtes normativ gemeintes Menschenbild notwendig.⁵⁶

Insgesamt begründen die organisationstheoretischen Ansätze folglich eine „weite“ Sicht der Corporate Governance, die auch dem in Deutschland vorherrschenden Verständnis von Corporate Governance entspricht. Es müssen in die Überlegungen zur Corporate Governance nicht nur die Interessen der Shareholder, sondern auch die Interessen der gesamten Stakeholder eines Unternehmens einbezogen werden. Eine Berücksichtigung weiterer Interessen neben denen der Anteilseigner ist sinnvoll. Der klassische Shareholder-Ansatz, bei dem im Rahmen des Prinzipal-Agenten-Ansatzes lediglich das Verhältnis des Managements zu den Eigentümern bzw. Shareholdern betrachtet wird, hat zwar über viele Jahre die wissenschaftliche Governance-Diskussion dominiert. In jüngerer Zeit sah sich der Shareholder-Ansatz jedoch Kritik ausgesetzt, da die dem Prinzipal-Agenten-Ansatz zu Grunde gelegten Annahmen hinterfragt wurden. Größter Kritikpunkt ist das unterstellte streng opportunistische Verhalten des Managements, welches in der theoretisch angenommenen Form in der Realität wohl selten auftritt. Auch die Art

⁵⁴ Vgl. Gerum (1998a), S. 52 ff.

⁵⁵ In diesem Zusammenhang wird als Resultat der immer weiter zunehmenden Bedeutung der Humanressourcen in der ökonomietheoretischen Literatur bereits eine Ausbeutung der Kapitaleigner durch hochqualifizierte und seltene Mitarbeiter als Problem der kapitalistischen Unternehmensverfassung diskutiert (vgl. Rajan/Zingales (1995), S. 1421 ff.).

⁵⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 17 f.

und Weise der Anwendung der Prinzipal-Agenten-Problematik auf die Corporate Governance wurde kritisiert, vor allem die ausschließliche Reduzierung der Corporate Governance-Thematik auf das bilaterale Verhältnis zwischen Aktionär und Management. Durch diese Beschränkung werden die Governanceprobleme, die im Zusammenhang mit weiteren Stakeholdern bestehen, ausgeklammert.⁵⁷

Eine ganzheitliche Betrachtung bezüglich der Interessengruppen bzw. eine Berücksichtigung der Interessen aller Stakeholder ist ökonomisch sinnvoll, schwierig bleibt deren Umsetzung in Corporate Governance-Ansätze, aus denen konkrete Handlungsempfehlungen abgeleitet werden können, die in der Praxis funktionieren. Eine große Anzahl von Interessen, die teilweise nicht vollständig übereinstimmen, müssen bei Empfehlungen bezüglich des Verhältnisses der Beteiligten berücksichtigt werden. Die Auswirkungen dieser Empfehlungen sind für alle Bezugsgruppen schwer zu antizipieren. Auch die Frage, welche Gewichtung der Interessen erfolgen sollte, erscheint schwierig zu beantworten.⁵⁸

Die organisationstheoretischen Ansätze begründen eine interessenpluralistische Ausrichtung der Corporate Governance. Aus diesem Grund sind die organisationstheoretischen Ansätze als relevante und zielführende Begründung für die Corporate Governance in Deutschland anzusehen. Neben der Begründung für das in Deutschland vorherrschende „weite“ Verständnis von Corporate Governance ist zu untersuchen, welche Charakteristika das deutsche Corporate Governance-System aufweist, insbesondere welcher Kontrollmechanismus vorliegt.

2.3 Charakteristika des deutschen Corporate Governance-Systems – eine vergleichende Analyse

Um die Charakteristika des deutschen Corporate Governance-Systems in Deutschland zu verdeutlichen und von in anderen Ländern vorherrschenden Corporate Governance-Systemen abzugrenzen, wird im Folgenden bei der Darstellung des deutschen Corporate Governance-Systems eine vergleichende Analyse mit den in den USA und Großbritannien bestehenden Corporate Governance-Systemen vorgenommen, da in diesen Systeme-

⁵⁷ Vgl. Mitchell/Agle/Wood (1997), S. 880 f.; Werder (2003), S. 7.

⁵⁸ Vgl. Donaldson/Preston (1995), S. 67; Gerum (1998b), S. 138 ff.

men eine Vorbildfunktion gesehen wird bzw. diese Systeme als eine Art „Referenzpunkt“ gelten.⁵⁹

2.3.1 Interessenorientierung

Überlegungen zur Corporate Governance in Deutschland unterscheiden sich bezüglich der berücksichtigten Interessen von den angloamerikanischen Ansätzen.⁶⁰ Deutlich wird dies in der Anzahl der einzubeziehenden Koalitionäre des Unternehmens: In Deutschland werden bezüglich der Corporate Governance-Überlegungen neben den Interessen der Aktionäre die Interessen weiterer Stakeholder in Form von Banken, Arbeitnehmern, Lieferanten sowie des Staates berücksichtigt. Das Corporate Governance-System in Deutschland wird daher dem Stakeholder-Ansatz zugeordnet und geht von der Ressourcentheorie sowie ergänzend der Theorie unvollständiger Verträge aus.⁶¹

In Deutschland sind somit mehr Interessengruppen als in den angloamerikanischen Staaten zu berücksichtigen. In den USA und Großbritannien dominiert das Verhältnis zwischen Management und Aktionären, welches agency-theoretisch analysiert wird.⁶² Im Gegensatz zu dem deutschen Stakeholder-Ansatz fokussieren die angloamerikanischen Ansätze lediglich auf die Interessen der Aktionäre bzw. Shareholder. Die USA und Großbritannien gelten daher als Prototypen des Shareholder-Systems.⁶³

Im Rahmen des in Deutschland dominierenden Stakeholder-Ansatzes werden zusätzlich zu den Interessen der Anteilseigner die Interessen der weiteren Koalitionäre des Unternehmens berücksichtigt.⁶⁴ Generell besitzen alle Gruppen von natürlichen Personen und Institutionen, die auf der Grundlage unvollständiger Verträge⁶⁵ Transaktionen mit dem Unternehmen durchführen, ein – im weiteren Sinne – ökonomisches Interesse an der

⁵⁹ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 1; Wackerbarth (2005), S. 688 ff.

⁶⁰ Vgl. Shleifer/Vishny (1997), S. 737 f.; Steinmann (1969), S. 3.

⁶¹ Vgl. Tirole (2001), S. 4.

⁶² Vgl. Shleifer/Vishny (1997), S. 740 ff.

⁶³ Vgl. Gerum (2004a), S. 172.

⁶⁴ Vgl. Semler (1995), S. 50; Berndt (2006), S. 2.

⁶⁵ Als „unvollständig“ werden Verträge bezeichnet, bei denen nicht alle Eventualitäten ex ante vertraglich festgelegt bzw. berücksichtigt werden können. Besonders bei asymmetrischer Information haben die Akteure einen Anreiz zu opportunistischem Verhalten. Bei „vollständigen“ Verträgen besteht die Gefahr opportunistischen Verhaltens nicht (vgl. Göx/Budde/Schöndube (2002), S. 65 ff.).

Unternehmensentwicklung.⁶⁶ Folglich haben auch die weiteren Koalitionäre ein Interesse an einer guten Corporate Governance, damit Missmanagement⁶⁷, welches auch zu ihrem Nachteil führen könnte, verhindert werden kann.

Bei den Überlegungen zur Corporate Governance darf nicht übersehen werden, dass sich andere Stakeholder als die Aktionäre der Gefahr aussetzen, Beiträge zur Wertschöpfung in einem Unternehmen zu leisten, die sich für sie nicht in dem erwarteten Ausmaß auszahlen. Ein Corporate Governance-Konzept, welches das Problem der Risiken und Opportunismusoptionen aus unvollständigen Verträgen lediglich auf die Aktionäre bzw. das Management reduziert, ist folglich nicht ausreichend.⁶⁸

2.3.2 Führungsorganisation

Einen wichtigen Aspekt zur Beschreibung des Corporate Governance-Systems in Deutschland stellt die Organisation der Unternehmensführung (Planung, Realisation und Kontrolle) dar. In Deutschland wird das Trennungsmodell (two-tier-system) in der Aktiengesellschaft praktiziert. Das zweistufige Vorstand-Aufsichtsrat-System trennt dabei explizit die Funktionen Geschäftsführung und Kontrolle.⁶⁹ Die alleinige Geschäftsführungskompetenz (Planungs- und Realisationsfunktion) besitzt der Vorstand, wobei der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung und Gesamtverantwortung (Kollegialprinzip) gilt.⁷⁰

Die Aufgabe des Aufsichtsrats liegt in der Legitimation und Kontrolle des Vorstands.⁷¹ Im Rahmen der Legitimationsfunktion besitzt der Aufsichtsrat die Personalhoheit und die Organisationskompetenz gegenüber dem Vorstand. Hinsichtlich der Kontrollfunktion verfügt der Aufsichtsrat neben der Überwachungsaufgabe über eine Beratungskompetenz sowie ein Mitentscheidungsrecht in zentralen unternehmenspolitischen Angele-

⁶⁶ Vgl. Tirole (2001), S. 4; Werder (2003), S. 9 f.

⁶⁷ Zu den Ursachen und Folgen von Missmanagement siehe Hauschildt/Grape/Schindler (2005).

⁶⁸ Vgl. Werder (2003), S. 8.

⁶⁹ Vgl. Steinmann/Gerum (1978), S. 87.

⁷⁰ In der Unternehmenspraxis wird jedoch überwiegend das Ressortprinzip praktiziert, bei dem die Vorstandsmitglieder zugleich Chefs von z.B. Sparten oder Regionalorganisationen und Mitglieder des gesamtverantwortlichen Vorstands sind (vgl. Gerum (1998b), S. 139).

⁷¹ Vgl. Steinmann/Gerum (1978), S. 87.

genheiten durch zustimmungspflichtige Geschäfte. Es müsste wiederum das Kollegialprinzip im Aufsichtsrat gelten, tatsächlich hat der Aufsichtsratsvorsitzende durch ein Bündel von Organisationskompetenzen aber eine Sonderstellung inne.⁷²

Von dem in Deutschland vorherrschenden Trennungsmodell ist das in den USA und Großbritannien praktizierte Vereinigungsmodell, auch one-tier-system genannt,⁷³ zu unterscheiden. Dieses einstufige Board- bzw. Verwaltungsrats-System vereinigt die Funktionen von Geschäftsführung und Kontrolle und steht damit im Gegensatz zu dem deutschen two-tier-system.⁷⁴

2.3.3 Unternehmensfinanzierung und -orientierung

Zur Systematisierung und Beschreibung des deutschen Corporate Governance-Systems dienen auch die Struktur der *Unternehmensfinanzierung* und die sich daraus ergebenden institutionellen Merkmale. Hinsichtlich der Unternehmensfinanzierung kann in bankorientierte Systeme bzw. Systeme mit Insiderkontrolle und finanzmarktorientierte Systeme bzw. outsiderkontrollierte Systeme unterschieden werden.⁷⁵

Das deutsche Corporate Governance-System stellt das klassische Beispiel für eine Unternehmensordnung mit einem bankorientierten Unternehmensfinanzierungssystem dar.⁷⁶ Typisch für das bankorientierte System ist die zentrale Stellung von Universal- oder Hausbanken bei der Finanzierung und Kontrolle der Unternehmen. Die Banken finanzieren die Unternehmen mit langfristigen Krediten, welche die Banken häufig über eine Repräsentanz im Aufsichtsrat oder durch Kapitalbeteiligungen absichern. So gelangen die Gläubigerbanken an unternehmensinterne Informationen und können sich durch Widerspruch im Aufsichtsrat an der Unternehmenskontrolle beteiligen. Ihren institutionellen Niederschlag findet die bankorientierte Unternehmensfinanzierung zudem

⁷² Vgl. Gerum (1998b), S. 139.

⁷³ Vgl. Wackerbarth (2005), S. 714; Gerum (2004a), S. 172.

⁷⁴ Klassisches Beispiel für ein Land, welches das Board-System praktiziert, ist neben den USA und Großbritannien mit dem „Board of Directors“ Frankreich mit dem „conseil d’administration“ (vgl. Gerum (2004a), S. 172 f.).

⁷⁵ Vgl. Hackethal/Schmidt (2000), S. 66; Segler/Wald/Weibler (2007), S. 406 f.

⁷⁶ Die tragende Rolle interner Kontrollen und die Gläubigerorientierung finden ihren Niederschlag auch in der Rechnungslegung nach HGB (vgl. Prigge (1998), S. 998 f.; Leuz/Wüstemann (2004), S. 452 ff.).

in dem starken gesetzlichen Gläubigerschutz und dem vergleichsweise schwach ausgeprägten Schutz von Minderheitsaktionären.⁷⁷

Die herausragende Rolle der Banken für die Unternehmensfinanzierung in Deutschland blieb auch im Zeitablauf relativ stabil. Der Kapitalmarkt hingegen spielt in Deutschland hinsichtlich der Unternehmensfinanzierung eine untergeordnete Rolle.⁷⁸ Die Marktkapitalisierung deutscher Aktiengesellschaften lag 2007 bei 59% des Bruttoinlandsprodukts, bei britischen und US-amerikanischen Aktiengesellschaften betrug sie dagegen 131% bzw. 133%.⁷⁹ Aufgrund des unterentwickelten Kapitalmarkts herrschen in den deutschen Unternehmen überwiegend eine hohe Anteilskonzentration sowie starke Konzernverflechtungen vor.⁸⁰

Das in den USA und Großbritannien vorherrschende finanzmarktorientierte bzw. outsiderkontrollierte System ist das Gegenstück zu dem deutschen bankorientierten System. Diese marktorientierten Corporate Governance-Systeme verfügen im Gegensatz zu Deutschland über einen gut entwickelten Finanzmarkt. Die Rolle der Eigen- und Fremdkapitalmärkte für die Unternehmensfinanzierung ist dominant.⁸¹ Dagegen hat die in Deutschland sehr ausgeprägte Unternehmensfinanzierung über Hausbanken in den USA und Großbritannien keine Bedeutung. Folglich existiert auch keine Kontrolle der Unternehmen durch Banken. In kapitalmarktorientierten Systemen finanzieren sich die Unternehmen überwiegend über Unternehmensanleihen, durch Kredite von Nichtbanken sowie über die Beschaffung von Eigenkapital.

Im Gegensatz zu Deutschland ist ein Großteil der Unternehmen in den USA und Großbritannien an der Börse notiert. Die Anteilskonzentration ist zudem gering (Streubesitz),

⁷⁷ Vgl. Siebert (2004), S. 3 f.

⁷⁸ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 2 f.

⁷⁹ Vgl. Rocholl (2009), S. 118.

⁸⁰ Vgl. Mann (2003), S. 118 ff.; Hackethal/Schmidt (2000), S. 66 ff.

⁸¹ Kapitalmarktorientierte Finanzsysteme sind institutionell durch ein Trennbankensystem geprägt, bei dem das Kredit- und das Wertpapiergeschäft separiert sind, um Interessenkonflikte zu verhindern (vgl. Mann (2003), S. 242 ff.).

und ein aktiver Markt für Unternehmenskontrolle⁸² existiert, wodurch das System relativ flexibel erscheint. Da die Kontrolle außerhalb der Unternehmen stattfindet, werden kapitalmarktorientierte Finanzsysteme auch als Outsider-Systeme bezeichnet.⁸³ Institutionell abgesichert wird die Outsider-Kontrolle durch umfassende Informationspflichten der Unternehmen und weit reichende Aktionärsrechte, was wiederum im Gegensatz zum vergleichsweise schwach ausgeprägten Schutz von Minderheitsaktionären in Deutschland steht. Großbritannien und die USA gelten als klassische Beispiele der kapitalmarktorientierten Unternehmensfinanzierung.⁸⁴ Die Bedeutung der Banken im Hinblick auf die Unternehmensfinanzierung hat zudem in Großbritannien und den USA in den letzten 25 Jahren zugunsten kapitalmarktnah operierender Finanzintermediäre wie Investmentfonds, Finance Companies und Versicherungen immer weiter abgenommen.⁸⁵

Ein weiterer Punkt zur Beschreibung des Corporate Governance-Systems, der mit der Unternehmensfinanzierung einhergeht, ist die *Unternehmensorientierung*.⁸⁶ Die Unternehmensorientierung zeigt, ob die Unternehmen bezüglich ihrer Entscheidungsfindung und Kontrolle entweder auf ihr Netzwerk oder auf den Markt ausgerichtet sind. Hinsichtlich der Unternehmensorientierung im deutschen Corporate Governance-System spielen die Banken eine bedeutende Rolle. Dem deutschen System eigen ist dabei eine Netzwerkorientierung, da zentrale Entscheidungen in einem Netzwerk relativ stabiler Beziehungen getroffen werden. In Deutschland werden die zentralen Entscheidungen in Absprache mit Banken und Arbeitnehmern gefällt. Diese Netzwerkorientierung geht einher mit der Kontrolle des Unternehmens durch Insider.⁸⁷

⁸² Der Markt für Unternehmenskontrolle kann als ein Markt angesehen werden, auf dem verschiedene Managementteams konkurrieren. Es wird sich dabei das Team durchsetzen, welches den höchsten Marktwert des Unternehmens realisieren kann. Solange es theoretisch zu Übernahmen kommen kann, wird durch die andauernde Drohung einer Übernahme eine Disziplinierung des Managements erreicht. Weichen Manager von der Marktwertmaximierung ab, müssen sie bei Vorhandensein eines aktiven Marktes für Unternehmenskontrolle mit dem Verlust sowohl ihres Arbeitsplatzes als auch ihrer Reputation rechnen (vgl. Mann (2003), S. 91).

⁸³ Vgl. Deutsch (1997), S. 23 f.; Hackethal/Schmidt (2000), S. 78 f.

⁸⁴ Vgl. Hackethal/Schmidt (2000), S. 63 ff.

⁸⁵ Vgl. Gerum (2004a), S. 173 f.; Mann (2003), S. 120.

⁸⁶ Vgl. Weimer/Pape (1999), S. 153.

⁸⁷ Vgl. Siebert (2004), S. 4; Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 3 ff.; Weimer/Pape (1999), S. 153.

Zu unterscheiden von dem netzwerkorientierten System ist das in den USA und Großbritannien vorherrschende Modell, welches durch eine strikte Marktorientierung gekennzeichnet ist. Hier wird die Bewertung von externalisierter Information ausschließlich dem Kapitalmarkt überlassen, eine Absprache bei wichtigen Entscheidungen mit Banken und Arbeitnehmern erfolgt nicht.⁸⁸

2.3.4 Unternehmenskontrolle und Kontrollphilosophien

Zur Analyse und Beschreibung von Corporate Governance-Systemen werden des Weiteren das System der Unternehmenskontrolle sowie Kontrollphilosophien herangezogen.⁸⁹ Das *System der Unternehmenskontrolle* beinhaltet sämtliche Regelungen und Mechanismen, mit Hilfe derer die Anteilseigner, die Gläubiger und die Mitarbeiter eines Unternehmens bei Unternehmensentscheidungen ihre Interessen wahrnehmen und durchsetzen können. Idealerweise haben die Interessengruppen hierbei grundsätzlich zwei unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten. Den Anteilseignern steht zum einen der Modus „Liquidity-Orientierung“ (Markt für Unternehmenskontrolle) zur Verfügung.⁹⁰ Dies bedeutet, dass die Anteilseigner sich von ihren Anteilen trennen, wenn sie mit dem Vorgehen des Managements nicht zufrieden sind. Die zweite Möglichkeit für die Anteilseigner ist der unternehmensinterne Control-Modus,⁹¹ bei dem die Anteilseigner im Aufsichtsrat und im Rahmen der Hauptversammlung agieren können. Die Banken können entweder die Rolle als Hausbank („Relationship Lending“) einnehmen oder als nicht weiter in das Unternehmen involvierter Fremdkapitalgeber („Arm’s Length Lending“) auftreten.⁹²

Im deutschen Corporate Governance-System sind bezüglich des Systems der Unternehmenskontrolle der „Control-Modus“ für die Einflussnahme der Anteilseigner und die Rolle der Bank als Hausbank („Relationship Lending“) sehr verbreitet.⁹³

⁸⁸ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 3 ff.; Gerum (2007), S. 28; Mann (2003), S. 120 f.

⁸⁹ Vgl. Hackethal/Schmidt (2000), S. 56 ff.

⁹⁰ Vgl. Gerum (2004a), S. 174.

⁹¹ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 2 f.

⁹² Vgl. Gerum (2004a), S. 174.

⁹³ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2003), S. 666 f.

Im Gegensatz zu Deutschland dominieren in den USA und Großbritannien hinsichtlich des Systems der Unternehmenskontrolle die Modi „Liquidity“ (Markt für Unternehmenskontrolle) und „Arm’s Length Lending“ als Modi zur Wahrung der Interessen der Anteilseigner sowie der Gläubiger.⁹⁴

Im Zusammenhang mit der Unternehmenskontrolle lassen sich zur Unterscheidung, Beschreibung und Analyse von Corporate Governance-Systemen insbesondere idealtypische *Kontrollphilosophien* identifizieren. Diese Kontrollphilosophien besitzen eine besondere Bedeutung zur Einordnung von Corporate Governance-Systemen.⁹⁵ Mit der Unterscheidung in die Kontrollphilosophien verbunden ist die Annahme, dass diese Kontrollphilosophien als Grundauffassung die Handlungen der Marktteilnehmer und Unternehmensakteure umfassend beeinflussen sowie das wirtschaftlich relevante Rechtssystem ganzheitlich prägen.⁹⁶ Ist ein Akteur aufgrund bestimmter Umstände an einem Unternehmen beteiligt, stehen ihm zwei Handlungsalternativen zur Verfügung. Er kann entweder das Unternehmen verlassen und einem anderen beitreten („Exit“) oder versuchen, innerhalb des Unternehmens Einfluss zu nehmen, um seine Interessen zu wahren bzw. durchzusetzen („Voice“).⁹⁷

Für das deutsche Corporate Governance-System charakteristisch ist die Kontrolle durch „Voice“. Die gezielte Berücksichtigung und Stärkung der Stakeholder und des Kontrollgremiums (Aufsichtsrat) im Zusammenhang mit einer durch Mehrheitsaktionäre bestimmten Aktionärsstruktur hat zu einer ausgeprägten Einflussnahme durch Mitsprache geführt. Bereits durch die Informations-, Kontroll- und Widerspruchsrechte des Aufsichtsrats ist der Weg zu unternehmensinternem Widerspruch in den Unternehmen institutionalisiert.⁹⁸ Damit einher geht die Finanzierung der Unternehmen durch Hausbanken, welche neben ihrer Eigenschaft als Gläubiger auch Anteilseigner sein können. Durch dieses System der „Universalbank“ werden zum einen starke personelle Verflechtungen des Unternehmens mit der Hausbank und damit auch die Voice-Optionen

⁹⁴ Vgl. Hackethal/Schmidt (2000), S. 78 f.

⁹⁵ Auf die in Japan vorherrschende Kontrollphilosophie „Loyalty“ soll hier nicht eingegangen werden, da diese Kontrollphilosophie für die weitere Bearbeitung des Themas nicht relevant ist.

⁹⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 29.

⁹⁷ Vgl. Hirschman (1970), S. 3 ff.

⁹⁸ Vgl. Hopt (1998), S. 229 ff.

ermöglicht.⁹⁹ Die Hausbanken und andere „große“ Anteilseigner haben Vertreter im Aufsichtsrat, welche über Kontroll- und Widerspruchsrechte die Unternehmensleitung kontrollieren können.¹⁰⁰ Zum anderen wird die Unternehmensfinanzierung durch Fremdkapital gefördert. Zu dieser Eigenschaft des deutschen Systems passt der stark ausgeprägte Gläubigerschutz, während der Anlegerschutz in Deutschland noch als unterentwickelt gilt.¹⁰¹ Eine Besonderheit des deutschen Systems ist zudem, dass Arbeitnehmer im Rahmen der Mitbestimmung das Recht haben, Aufsichtsratsmitglieder zu stellen. Somit können auch die Arbeitnehmer eine gewisse Kontrolle über die Unternehmensleitung ausüben und die Voice-Option nutzen. Im Ganzen gesehen kann die Kontrollphilosophie in Deutschland als organisationsinterner Widerspruch (Voice) angesehen werden.¹⁰²

Die Systeme in den USA und Großbritannien gelten im Gegensatz zu Deutschland als „Exit“-orientiert. Das Board of Directors, das in den USA gegenüber den Aktionären auch eine Treuhänderfunktion besitzt, wird von den Anteilseignern über die Exit-Option am Kapitalmarkt (Markt für Unternehmenskontrolle) kontrolliert. Grundsätzlich verfügen die Unternehmen in den USA und Großbritannien über eine geringe Eigentümerkonzentration. Aus diesem breiten Streubesitz der Aktien resultiert die Unternehmenskontrolle durch den Kapitalmarkt in Form von Kauf oder Verkauf der Aktien. Damit einher geht die Unternehmensbeeinflussung durch eine positive oder negative Börsenbewertung. Sind Anteilseigner unzufrieden mit der Unternehmensleitung, verkaufen sie ihre Anteile. Dieses Handeln hat ein Sinken des Börsenwertes zur Folge und kann dazu führen, dass das betroffene Unternehmen übernommen wird (feindliche Übernahme). Kommt es zu einer feindlichen Unternehmensübernahme, wird grundsätzlich auch das gesamte Management ausgewechselt.¹⁰³

⁹⁹ Siehe hierzu Dittmann/Maug/Schneider (2010), S. 35 ff.

¹⁰⁰ Der Aufsichtsrat kontrolliert und legitimiert den Vorstand. Die Kontrollfunktion beinhaltet zusätzlich zur Überwachungsaufgabe die Beratungskompetenz und eine Mitentscheidungsfunktion in zentralen unternehmenspolitischen Angelegenheiten durch zustimmungspflichtige Geschäfte. Im Rahmen der Legitimationsfunktion verfügt der Aufsichtsrat über die Personalhoheit sowie die Organisationskompetenz gegenüber dem Vorstand (vgl. Gerum (1998b), S. 139).

¹⁰¹ Vgl. Gerum (2004a), S. 175; Mann (2003), S. 170 ff.

¹⁰² Vgl. Gerum (1998b), S. 139; Hopt (1998), S. 230 f.

¹⁰³ Vgl. Winter/Harbarth (2003), S. 485 ff.

Die Finanzierung der Unternehmen in den USA und Großbritannien erfolgt konsequenterweise über den Aktienmarkt. Im Gegensatz zu Deutschland ist der Gläubigerschutz verglichen mit dem hohen Anlegerschutz schwach ausgeprägt. Des Weiteren beeinflusst die Exit-Option die Institutionen und Abläufe am Arbeitsmarkt. Das ausschlaggebende Kontrollinstrument für die Aktionäre als Treugeber ist folglich die Abwanderung (Exit). Damit die Exit-Option als ein Kontroll- bzw. Sanktionsmechanismus funktionieren kann, hat das Board umfassende kapitalmarktbezogene Informations- und Rechnungslegungsvorschriften zu befolgen.¹⁰⁴

In erster Linie werden Corporate Governance-Systeme über die ihnen zugrunde liegenden Kontrollphilosophien unterschieden. Das Corporate Governance-System in Deutschland folgt der Voice-Logik. Mit dieser Kontrollphilosophie einher gehen ein schwach ausgeprägter Kapitalmarkt sowie eine bankorientierte Unternehmensfinanzierung. Weitere wesentliche Merkmale für Deutschland sind zudem eine Stakeholderorientierung, ein dualistisches Führungsmodell, ein hoher Gläubiger- sowie ein geringer Anlegerschutz. Dagegen sind die Corporate Governance-Systeme in den USA und in Großbritannien durch die Exit-Logik geprägt. Verbunden ist dieser Kontrollmechanismus mit einem gut ausgebildeten Kapitalmarkt, auf dem ein hoher Streubesitz vorherrscht, und einer kapitalmarktorientierten Unternehmensfinanzierung. Weitere wesentliche Merkmale für die Systeme in den USA und Großbritannien sind eine Shareholderorientierung, ein monistisches Führungsmodell sowie ein geringer Gläubiger- und ein hoher Anlegerschutz.

Aufgrund des schlecht ausgeprägten Kapitalmarkts erfolgt die Kontrolle der Unternehmen in Deutschland innerhalb der Unternehmen durch organisationsinternen Widerspruch (Voice). Im Gegensatz dazu werden die Unternehmen in den USA und Großbritannien durch die Anteilseigner über die Exit-Option am Kapitalmarkt (Markt für Unternehmenskontrolle) kontrolliert. Das von der EU geforderte Corporate Governance-Statement hat seinen Ursprung in der Exit-Logik und folgt dem Shareholderansatz, da durch das Statement dem Kapitalmarkt relevante Informationen vermittelt werden sollen, sodass die Anteilseigner auf Basis dieser Informationen entsprechend reagieren können. Dies ist für Deutschland insofern als problematisch anzusehen, als dass ver-

¹⁰⁴ Vgl. Gerum (1998b), S. 142.

sucht wird, den Exit-Mechanismus in ein Voice-System zu transferieren, welches dem Stakeholderansatz folgt. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass die publizierten Informationen aus dem Corporate Governance-Statement in unserem Voice-System die gleiche Wirkung wie in einem Exit-System erreichen.

2.4 Entwicklung des deutschen Corporate Governance-Systems

2.4.1 Ursprung der Corporate Governance

Die Corporate Governance-Regelungen in Deutschland sind seit den 1990er Jahren einem steten und raschen Wandel unterworfen. Maßgeblich beeinflusst, wenn nicht gar ausgelöst, wurden die Überlegungen zu der modernen Corporate Governance in Deutschland und Europa von dem sog. Cadbury Report 1992.¹⁰⁵

Diesen Report legte ein Committee vor, dem Vertreter des britischen Financial Reporting Council, der Londoner Stock Exchange sowie der britischen Rechnungslegungspraxis angehörten. Ergebnis des Reports war ein zweiseitiger „Code of Best Practice“, an dem sich praktisch alle nachfolgenden nationalen Kodizes orientierten.¹⁰⁶ In Deutschland sind Fragen der Corporate Governance seit Mitte der 90er Jahre zunehmend zu einem festen Bestandteil der öffentlichen Diskussion über Kapitalmarktregulierung geworden.¹⁰⁷

Ernsthafte und intensive Bemühungen für eine Verbesserung der Corporate Governance, die sich auch in Gesetzen niederschlugen, sind im Jahr 1998 zu verzeichnen. Ausgangspunkt waren hier das Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG) vom 20. April 1998 sowie das Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Vgl. Berndt (2006), S. 1.

¹⁰⁶ Vgl. Berndt (2006), S. 1.

¹⁰⁷ Vgl. Kaserer/Bress (2003), S. 79.

¹⁰⁸ Vgl. Adler/Düring/Schmaltz (2001), S. V.

2.4.2 Entwicklung der Corporate Governance bis zum DCGK

- Das *KapAEG* trat einen Tag nach seiner Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt zum 24. April 1998 in Kraft. Relevant für die Corporate Governance war hier die Reform der im GmbH-Gesetz enthaltenen Regelungen hinsichtlich des Eigenkapitalersatzes von Gesellschafterdarlehen. Mit der Neuregelung sollte erreicht werden, dass den nicht unternehmerisch beteiligten Gesellschaftern, also Gesellschaftern, die nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind, ein höheres Maß an Rechtssicherheit und -klarheit gewährt wird. Bemerkenswert ist beim *KapAEG* der starke Fokus auf die Anteilseigner.¹⁰⁹
- Das am 1. Mai 1998 in Kraft getretene *KonTraG* stellte das Ergebnis einer seit 1994 angestrebten Reform des Aktien- und Handelsrechts dar. Auslöser dieser Reformbestrebungen waren spektakuläre Unternehmenskrisen Anfang der neunziger Jahre, durch die Schwächen im Überwachungssystem des deutschen Aktienrechts deutlich wurden.¹¹⁰

Mit der Verabschiedung des Gesetzes wurden zwei Ziele verfolgt. Zum einen sollte die interne Unternehmensüberwachung (Kontrolle) als auch die externe Überwachung (Prüfung) verbessert werden. Dafür wurden die Bestimmungen hinsichtlich der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung ausgeweitet. Ebenso kam es zu einer Ausdehnung des Inhalts und des Umfangs der Abschlussprüfung.¹¹¹

Zum anderen war es Ziel des Gesetzes, die Unternehmenspublizität gegenüber allen Kapitalmarktteilnehmern zu erhöhen (Transparenz). Hierzu wurden die Berichterstattungs- und Offenlegungspflichten des Vorstands und die Berichtspflichten des Prüfers über den Jahres- bzw. Konzernabschluss erweitert. Zusätzlich kam es durch das *KonTraG* zu Auflagen zum Beteiligungsbesitz sowie zur Ausübung der Depotstimmrechte von Banken. Durch diese Neuerung sollte der

¹⁰⁹ Vgl. BDO (1998), S. 45.

¹¹⁰ Vgl. BDO (1998), S. 11.

¹¹¹ Vgl. Seibert (2003a), S. 247 ff.

mögliche Einfluss der Banken auf das Management für Anleger offen gelegt werden.¹¹²

Auch beim KonTraG wird der starke Bezug zu den Anteilseignern deutlich. Durch das KonTraG wurden sowohl die Unternehmensüberwachung als auch die Transparenz verbessert, wodurch die Anteilseigner auf der einen Seite vor dem Verlust ihres eingesetzten Kapitals geschützt und potentielle Investoren motiviert werden sollen. Auf der anderen Seite sollen diese durch eine höhere Transparenz über Unternehmen besser informiert werden und eine vorteilhafte Investitionsentscheidung besser ableiten können.

- Als Ergänzung zum KonTraG und KapAEG verabschiedete man das Kapitalgesellschaften- & Co. Richtlinien Gesetz (*KapCoRiLiG*), das am 9. März 2000 in Kraft getreten ist. Durch dieses Gesetz wurde die europäische GmbH & Co.-Richtlinie in deutsches Recht transformiert. Die Richtlinie legt fest, dass offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, deren persönlich haftenden Gesellschafter keine natürlichen Personen sind, die strengen Vorschriften hinsichtlich Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung anwenden müssen, denen die Kapitalgesellschaften unterliegen.¹¹³ Hier lässt sich gut erkennen, dass seitens der EU versucht wird, die Gefahren von Missmanagement bei solchen Unternehmensformen zu verringern, bei denen zwar Eigentum und Kontrolle getrennt sind, die aber nicht primär kapitalmarktorientiert sind.
- KonTraG, KapAEG und KapCoRiLiG lösten eine wahre Regulierungsflut aus. Im Mai 2000 berief der damalige Bundeskanzler Schröder die *Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“* ins Leben. Diese Kommission sollte sich aufgrund der Erkenntnisse aus dem Fall Holzmann mit möglichen Schwächen des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle befassen und auch im Hinblick auf die Globalisierung und Internationalisierung der Un-

¹¹² Vgl. Orth (2000), S. 210 ff.

¹¹³ Vgl. Förschle (2001), § 264a HGB, Rn. 2.

ternehmens- und Marktstrukturen Vorschläge für eine Modernisierung des rechtlichen Regelwerks erarbeiten.¹¹⁴

Die Kommission erfüllte den ihr übertragenen Auftrag zügig. Bereits im Juli 2001 legte sie ihren Bericht mit insgesamt 130 Empfehlungen zur Änderung und Ergänzung insbesondere des Aktiengesetzes und des Handelsgesetzbuches vor. Bedeutsamstes Element der Kommission war der Vorschlag, eine neue Kommission einzusetzen, die den Auftrag haben sollte, einen deutschen Corporate Governance Kodex zu erarbeiten. Auch dieser Vorschlag wurde recht schnell umgesetzt und im August 2001 die „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ berufen.¹¹⁵ Die Bildung der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ stellte gewissermaßen die erste Umsetzungsstufe der Umsetzung der Empfehlungen zur Änderung und Ergänzung insbesondere des Aktiengesetzes und des Handelsgesetzbuches dar.

- Vornehmlich dem Engagement und Einfluss des Vorsitzenden der neu gebildeten „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“, Gerhard Cromme, ist es zu verdanken, dass diese Kommission sehr zielstrebig arbeitete und bereits am 26. Februar 2002 den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) an die Bundesjustizministerin übergab.¹¹⁶ Eine Veröffentlichung des Kodex im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers erfolgte am 20. August 2002.¹¹⁷ Nach Ansicht der Regierungskommission „Corporate Governance“ soll dieser Kodex die zwingende gesetzliche Unternehmensverfassung deutscher Aktiengesellschaften wiedergeben, insbesondere für ausländische Investoren. Zusätzlich werden Grundsätze guter Corporate Governance formuliert, die hierfür relevanten Empfehlungen und Anregungen des Kodes sind allerdings nicht verbindlich, sondern auf freiwilliger Basis zu befolgen.¹¹⁸

¹¹⁴ Vgl. Lutter (2003), S. 70.

¹¹⁵ Vgl. Lutter (2003), S. 70.

¹¹⁶ Vgl. Baums/Stöcker (2003), S. 3 ff.

¹¹⁷ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 1.

¹¹⁸ Vgl. Baums/Stöcker (2003), S. 6 f.

2.4.3 Entwicklung der Corporate Governance nach dem DCGK bis zum EU-Statement

- Im Anschluss an die Bildung der „*Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex*“ erfolgte die zweite Stufe der Umsetzung der Empfehlungen zur Änderung und Ergänzung insbesondere des Aktiengesetzes und des Handelsgesetzbuches durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz (*TransPuG*). Das Gesetz ist am 26. Juli 2002 in Kraft getreten.¹¹⁹

Mit dem In-Kraft-Treten des TransPuG erhielten die Empfehlungen des DCGK insoweit rechtliche Bedeutung, als dass die Organe börsennotierter Aktiengesellschaften seitdem nach § 161 AktG verpflichtet sind, jährlich zu erklären, ob den Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde und wird. Abweichungen mussten in der „Entsprechenserklärung“ angegeben, brauchten aber nicht begründet zu werden.¹²⁰ Folglich konnten die Gesellschaften zwar nach eigenem Ermessen von den Empfehlungen des Kodex abweichen, dies aber nur dann, wenn die Abweichungen der Öffentlichkeit mitgeteilt wurden.¹²¹

- Praktisch parallel zum TransPuG trat am 1. Juli 2002 das *vierte Finanzmarktförderungsgesetz* in Kraft. Für die Corporate Governance relevante Ziele dieses Gesetzes waren insbesondere die Stärkung des Anlegerschutzes durch Erhöhung der Marktintegrität und -transparenz sowie ein Verbot von Kurs- und Marktmanipulationen.¹²²
- Nach der Einführung des vierten Finanzmarktförderungsgesetzes folgte eine Überarbeitung des DCGK durch die „*Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex*“. Der *aktualisierte Kodex* (DCGK 2002) wurde am 26.

¹¹⁹ Vgl. Seibert (2003b), S. 48 f.

¹²⁰ Die häufig verwandte Beschreibung dieses Kodexprinzips als „comply or explain“ („entsprech oder erkläre“) ist zumindest missverständlich. Klarer und eindeutiger wäre die Bezeichnung „comply or disclose“ (vgl. Ringleb (2008a), S. 30). Anders ist das englische Vorbild der „Listing Rules“ ausgestaltet, das i.S.d. comply or explain eine tatsächliche Begründung etwaiger Abweichungen erfordert. Der Kodex hingegen empfiehlt lediglich die Erläuterung der Abweichungen in Ziff. 3.10 (vgl. Kirschbaum (2005), S. 1473).

¹²¹ Vgl. Kaserer/Bress (2003), S. 89.

¹²² Vgl. Rudolph (2002), S. 1037.

November 2002 im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemacht. Bei der Überarbeitung des Kodex kam es zu notwendigen Anpassungen¹²³ an das neue vierte Finanzmarktförderungsgesetz. Auf weitere Änderungen wurde zu dem damaligen Zeitpunkt verzichtet, da die Unternehmen in der Phase erstmaliger Adaption des Kodex nicht zusätzlich irritiert werden sollten.¹²⁴

- Im Anschluss an die Aktualisierung des DCGK ist am 25. Februar 2003 das *10-Punkte-Programm „Anlegerschutz und Unternehmensintegrität“* der Öffentlichkeit vorgestellt worden. Die Bundesregierung reagierte damit auf die Vertrauenskrise an den Finanzmärkten, den Sarbanes Oxley Act sowie die weit verbreitete Empörung über „Selbstbedienungsverhalten“ im Management und über Bilanzfälschungen.¹²⁵

Das nationale 10-Punkte-Programm stellt einen weiteren wichtigen, wenn nicht den bis heute bedeutendsten Schritt in der jüngsten Entwicklung der deutschen Corporate Governance dar. Die Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance, die noch nicht durch das TransPuG und im DCGK umgesetzt waren, wurden zum Teil in das 10-Punkte-Programm aufgenommen, soweit die Vorschläge unter die Überschrift „Anlegerschutz und Unternehmensintegrität“ subsumiert werden konnten.¹²⁶ Ziel des Maßnahmenkatalogs war es, die Rechte und das Vertrauen der Anleger zu stärken, um somit die Leistungsfähigkeit des Finanzmarktes Deutschland nachhaltig zu verbessern. Erreicht werden sollte dies insbesondere durch eine höhere Transparenz in der Unternehmensberichterstattung und auf dem Kapitalmarkt.¹²⁷ Deutlich wird bei den Absichten der Bundesregierung, den Anleger zu schützen, dass die Verbesserung der Transparenz vor allem im Bereich der Unternehmensberichterstattung eine wichtige Rolle spielt.

¹²³ Hierbei wurde § 15a WpHG (Mitteilung von Geschäften, Veröffentlichung und Übermittlung an das Unternehmensregister) auf Personen ausgeweitet, die bei einem Emittenten von Aktien Führungsaufgaben wahrnehmen („Directors’ Dealings“) (vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 188).

¹²⁴ Vgl. Seibert (2003c), S. 695.

¹²⁵ Vgl. Seibert (2003c), S. 693.

¹²⁶ Vgl. Seibert (2003c), S. 693.

¹²⁷ Vgl. Jacob/Berner (2005), S. 180.

- Die EU-Kommission legte erst im Mai 2003 den *Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU“* vor, der – wie das 10-Punkte-Programm der Bundesregierung auch¹²⁸ – das Ziel hatte, die Aktionärsrechte zu stärken sowie den Arbeitnehmer- und Gläubigerschutz zu verbessern. In dem Aktionsplan wurde u.a. vorgeschlagen, die Offenlegungspflicht bezüglich der Unternehmensleitung und -überwachung zu verschärfen. Die Umsetzung sollte in Form eines Corporate Governance-Statements erfolgen, durch das die Unternehmen zu einer umfassenden Berichterstattung über die angewandte Corporate Governance verpflichtet werden, die weit über die bisherige – deutsche – Entsprechenserklärung nach § 161 AktG hinausging. Die in dem Aktionsplan vorgeschlagenen Maßnahmen sollten bis Ende 2005 in Form einer Richtlinie umgesetzt werden.¹²⁹

- Die *zweite Aktualisierung des Kodex* war ein elementarer Punkt im 10-Punkte-Programm der Bundesregierung. Der aktualisierte Kodex (DCGK 2003) wurde am 21. Mai 2003 im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemacht. Bei der Überarbeitung des Kodex kam es im Wesentlichen zu einer Berücksichtigung der Änderungen im Bereich der Transparenz der Vorstandsvergütung.¹³⁰

- Mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz (*AnSVG*), das am 30. Oktober 2004 in Kraft trat, kam es in erster Linie zur Umsetzung der EU-Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG vom 28. Januar 2003 sowie der aus ihr hervorgegangenen Durchführungsrichtlinie. Durch das AnSVG wurde eine Prospektpflicht für nicht in Wertpapieren verbriefte Anlageformen des sog. „Grauen Kapitalmarkts“¹³¹ eingeführt.¹³² Hier werden wiederum die Bemühun-

¹²⁸ Die Bundesregierung war der EU mit ihrem 10-Punkte-Programm bereits einen Schritt voraus.

¹²⁹ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2357.

¹³⁰ Ziff 4.2 des DCGK wurde um die Empfehlungen „Individualisierte Offenlegung der Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung“, „Obergrenze für Aktienoptionen“, „Offenlegung des Werts von Aktienoptionen“, „Bekanntmachung des Vergütungssystems im Internet“ und „Information der Hauptversammlung über das Vergütungssystem“ erweitert (vgl. Graf von Treuberg/Zitzmann (2005), S. 29).

¹³¹ „Grauer Kapitalmarkt“ beschreibt den Teil der Finanzmärkte, der keiner staatlichen Aufsicht oder Reglementierung unterliegt. Die Mehrzahl der Offerten des grauen Kapitalmarkts ist unseriös (vgl. Willamowski (2007a), § 30 BörsG, Rn. 2 ff.).

¹³² Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 177.

gen des Gesetzgebers deutlich, durch eine größere Transparenz, in diesem Fall bei den Finanzprodukten, den Anlegerschutz zu verbessern.

- Das Bilanzrechtsreformgesetz (*BilReG*) trat am 10. Dezember 2004 in Kraft und diente der weiteren Umsetzung des 10-Punkte-Programms. Neben der Internationalisierung der Rechnungslegungsvorschriften stand hierbei auch die Umsetzung der EU-Empfehlungen zur Stärkung der Rolle des Abschlussprüfers im Vordergrund. Mit den beiden Schwerpunkten – Internationalisierung der Rechnungslegungsvorschriften und Stärkung der Rolle des Abschlussprüfers – ist das BilReG im Kontext mit den Punkten vier (Fortentwicklung der Bilanzregeln und Anpassung an internationale Rechnungslegungsgrundsätze) und fünf (Unabhängigkeit und Stärkung der Rolle des Abschlussprüfers) des 10-Punkte-Programms zu sehen.¹³³
- Auch das ab dem 21. Dezember 2004 geltende Bilanzkontrollgesetz (*BilKoG*) diente der Umsetzung des 10-Punkte-Programms. Durch das BilKoG ist ein zweistufiges Enforcement-Verfahren eingeführt worden, um die Rechtmäßigkeit von Unternehmensabschlüssen zu kontrollieren.¹³⁴ Das Enforcement-Verfahren selbst ist am 1. Juli 2005 in Kraft getreten.

Mit dem Gesetz wurde die Möglichkeit geschaffen, bei Verdacht von Unrichtigkeiten und ohne dass ein besonderer Anlass aufgrund von Stichproben existiert, Abschlüsse von kapitalmarktorientierten Unternehmen überprüfen zu können. Auf der ersten Ebene erfolgt dies durch eine privatrechtlich organisierte Institution, der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR). Die zweite Ebene stellt dann ggf. (z.B. bei Eskalation) eine Prüfung durch die Bundesanstalt für Finanzaufsicht (BaFin) dar.¹³⁵ Mit dem Gesetz wurde der Punkt sechs (Überwachung der Rechtmäßigkeit konkreter Unternehmensabschlüsse durch eine unabhängige Stelle) des 10-Punkte-Programms umgesetzt. Bei dem BilKoG wird deutlich, wie der Gesetzgeber versucht, die externe Unternehmensüberwachung

¹³³ Vgl. Jacob/Berner (2005), S. 180; Seibert (2003c), S. 695 ff.

¹³⁴ Vgl. Jacob/Berner (2005), S. 180.

¹³⁵ Vgl. Claussen (2007), S. 1422.

zu verbessern und damit das Vertrauen der Anteilseigner und Marktteilnehmer in die Prüfung der Unternehmen zu erhöhen.

- Im Rahmen des Enforcements ist das Abschlussprüferaufsichtsgesetz (APAG) zu sehen, das am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist. Auslöser für dieses Gesetz war die in den USA im Rahmen des Sarbanes Oxley Acts vorgenommene Übertragung der Berufsaufsicht über die Abschlussprüfer an das Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) als berufsstandsunabhängige Aufsicht. Daher wurde auch in Deutschland die Notwendigkeit gesehen, eine entsprechende öffentliche Berufsaufsicht auf nationaler Ebene zu etablieren. Auf europäischer Ebene fanden diese Überlegungen in der neuen 8. EU-Richtlinie (sog. „Abschlussprüferrichtlinie“), die am 11. Oktober 2005 und somit erst nach dem APAG verabschiedet wurde, Berücksichtigung.¹³⁶

Das APAG verfolgt in erster Linie das Ziel, den Berufsstand der Abschlussprüfer in Deutschland von einer berufsträgerunabhängigen Institution beaufsichtigen zu lassen. Dies wurde durch die Einrichtung der „Kommission für die Aufsicht über die Abschlussprüfer in Deutschland“ (Abschlussprüferaufsichtskommission – APAK¹³⁷) erreicht. Die Abschlussprüferaufsichtskommission stellt unter Berücksichtigung der hiesigen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten ein gleichwertiges System zu dem in den USA eingerichteten PCAOB dar.

- Die *dritte Überarbeitung des DCGK* (DCGK 2005) wurde am 2. Juni 2005 vorgelegt. Dadurch wurde der Kodex an die veränderten Gegebenheiten angepasst.¹³⁸ Die Änderungen gehen in erster Linie auf Empfehlungen der EU-Kommission bezüglich der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und des Wechsels vom Vorstand in den Aufsichtsrat zurück, welche in der Richtlinie

¹³⁶ Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 155.

¹³⁷ Die APAK wurde als ein zusätzliches öffentliches fachbezogenes Aufsichtselement (Public Oversight) in den bisherigen Prüfungsprozess integriert und insoweit zwischen WPK und Rechtsaufsicht durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie geschaltet. Die APAK führt die Aufsicht über die Wirtschaftsprüferkammer (WPK), welcher der Abschlussprüfer weiterhin erstinstanzlich unterliegt und ist vor Bekanntgabe etwaiger berufsaufsichtlicher Entscheidungen zu informieren, da ihr die Letztentscheidungsbefugnis in dieser ersten Instanz obliegt. Höchste Instanz bleibt die ministerielle Rechtsaufsicht (Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 155 f.).

¹³⁸ Vgl. Kirschbaum (2005), S. 1473.

2005/162/EG vom 15. Februar 2005 formuliert wurden. Zudem mussten mit dem AnSVG, dem BilKoG und dem BilReG Gesetzesänderungen berücksichtigt werden.

Wichtigste Neuerungen waren strengere Anforderungen an Qualifikation und Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Vom Vorsitzenden eines Prüfungsausschusses wird ausdrücklich gefordert, dass er über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügt. Die Voraussetzung der „besonderen Kenntnisse und Erfahrungen“ muss in diesem Zusammenhang als hohe Anforderung interpretiert werden, da in der Vergangenheit die Prüfungsausschussvorsitzenden regelmäßig bereits überdurchschnittliche Kenntnisse und Erfahrungen hinsichtlich der Rechnungslegungsgrundsätze und internen Kontrollverfahren besaßen. Bezüglich der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats wurde bestimmt, dass dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung ausreichende Anzahl an unabhängigen Mitgliedern angehören soll. Eine Mindestzahl unabhängiger Mitglieder gibt der Kodex jedoch nicht vor.¹³⁹

Weitere elementare Änderungen durch die Überarbeitung des Kodex ergaben sich bei den Aufsichtsratswahlen. Diese sollen zukünftig als Einzelwahl durchgeführt werden. Auch wird empfohlen, die Kandidatenvorschläge für den Vorsitz des Aufsichtsrats der Hauptversammlung bekannt zu geben. Des Weiteren soll nach dem überarbeiteten Kodex ein anstehender Wechsel des bisherigen Vorstandsvorsitzenden oder eines Vorstandsmitgliedes in den Aufsichtsrat oder den Vorsitz eines Ausschusses der Hauptversammlung besonders begründet werden.¹⁴⁰ Der in der Vergangenheit sehr häufig praktizierte Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat soll nicht mehr selbstverständlich sein.¹⁴¹

Durch die Überarbeitung des Kodex wurden erneut die Rechte der Hauptversammlung und damit der Anteilseigner gestärkt.¹⁴² Ebenso ist ein Bestreben sei-

¹³⁹ Vgl. Spindler (2005), S. 2039.

¹⁴⁰ Siehe dazu Kirschbaum (2005), S. 1473.

¹⁴¹ Vgl. Spindler (2005), S. 2042.

¹⁴² Vgl. Hücke (2005), S. 375.

tens der Kodexkommission zu erkennen, die Unternehmensüberwachung weiter zu optimieren und Absprachen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu unterbinden, die zu einer Verringerung der Überwachungseffektivität des Aufsichtsrats führen.

- Mit dem Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (*VorstOG*), das am 11. August 2005 in Kraft getretenen ist, wurde angeknüpft an eine entsprechende Empfehlung zur Offenlegung der Vorstandsvergütung, die bereits in der ursprünglichen Fassung des DCGK¹⁴³ vom 26. Februar 2002 existiert. Allerdings wurde sie bis dato in der Praxis nur unzureichend befolgt. Somit entschied sich der Gesetzgeber, diese Empfehlung in zwingendes Recht umzusetzen. Die Bezüge von Vorstandsmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften müssen nun individualisiert offen gelegt werden.¹⁴⁴

Ziele des *VorstOG* sind die Erhöhung der Transparenz der Vorstandsvergütungen und eine Verbesserung des Anlegerschutzes. Insbesondere sollen Anteilseigner in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob der Aufsichtsrat seiner Pflicht aus § 87 Abs. 1 AktG nachgekommen ist und die Bezüge des Vorstands in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Aufgabe und der Lage der Gesellschaft festgelegt hat.¹⁴⁵ Nur mit aussagekräftigen und relevanten Informationen können die Anteilseigner ihr Recht zur Kontrolle ausüben. Dieses Recht der Anteilseigner wurde durch die Einführung des *VorstOG* gestärkt.

- Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (*UMAG*) ist am 1. November 2005 in Kraft getreten und greift die beiden ersten Leitlinien des 10-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Verbesserung der Unternehmensintegrität sowie des Anlegerschutzes¹⁴⁶ auf und setzt sie entsprechend um. Im Gegensatz zu dem AnSVG, das sich stärker auf das Au-

¹⁴³ Siehe hierzu Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2007), Ziff. 4.2.3.

¹⁴⁴ Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 133.

¹⁴⁵ Vgl. Hennke/Fett (2007) S. 1267.

¹⁴⁶ Diese sind die „Persönliche Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber der Gesellschaft: Verbesserung des Klagerechts der Aktionäre“ und die „Einführung der persönlichen Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber Anlegern für vorsätzliche oder grob fahrlässige Falschinformationen des Kapitalmarktes: Verbesserung der kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen der Anleger“ (vgl. Seibert (2003c), S. 693 f.).

ßenverhältnis bezieht, konzentriert sich dieses Gesetz mehr auf das Innenverhältnis der Gesellschaften.

Das UMAG stärkt die Kontrollrechte der Anteilseigner, indem es Minderheiten eine originäre „Prozessstandschaft“ zubilligt, wenn sie gegenüber den Verwaltungsorganen Ausgleichsansprüche durchsetzen wollen. Somit besteht die Möglichkeit für Minderheiten, im eigenen Namen einen Prozess über ein fremdes Recht zu führen. Im praktischen Fall bedeutet es, dass Einzelaktionäre ihre Prozessführungsbefugnis durch Rechtsgeschäft auf die Partei des Prozesses, in diesem Fall die Minderheitengruppe, übertragen können. Des Weiteren wurden die Schwellenwerte für eine aktienrechtliche Sonderprüfung gesenkt und die Einrichtung eines Aktionärsforums vorgeschrieben. Sinnvoll erscheint die Platzierung des Aktionärsforums direkt auf der Internetseite des Unternehmens. In diesem Aktionärsforum sollen die Aktionäre die Möglichkeit haben, sich gegenseitig auszutauschen und Informationen über das Unternehmen zu erhalten bzw. weiterzugeben. Durch ein Aktionärsforum kommt es zu einer deutlichen Verbesserung der Kommunikationsmöglichkeiten der Anteilseigner.¹⁴⁷

Mit dem UMAG werden erneut die Rechte des Anlegers gestärkt und seine Interessen geschützt. Der Effekt des Gesetzes wurde allerdings geschmälert, da im Rahmen des UMAG auch die Anfechtungsklage gegen vorschriftswidrige Beschlüsse der Hauptversammlung erschwert und gleichzeitig eine sog. „Business Judgment Rule“¹⁴⁸ vereinbart wurden, die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats bei unternehmerischem Misserfolg vor Schadensersatzansprüchen schützt, falls die Mitglieder im Sinne der „Business Judgment Rule“ gehandelt haben. Folglich wurde der Druck, der primär durch das UMAG entwickelt wurde und auch auf die Verbesserung der Corporate Governance abzielte, wieder verringert.

¹⁴⁷ Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 161.

¹⁴⁸ „Bei unternehmerischen Entscheidungen liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Mitglied von Vorstand oder Aufsichtsrat vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (Business Judgment Rule)“ (Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2007), Ziff. 3.8).

Im Mittelpunkt stand bei den Überlegungen zum UMAG der effektive Schutz der Anteilseigner vor einer nicht am generellen Aktionärswohl ausgerichteten Unternehmensführung. Verhält sich ein Organmitglied nunmehr im Sinne der „Rule“, ist es vor Schadensersatzansprüchen geschützt. Im Sinne eines Abwägens von zu großer Risikofreude und zu großer Zurückhaltung bei unternehmerischen Entscheidungen kann dieser Kompromiss sicherlich akzeptiert werden.

- Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (*KapMuG*) trat am 1. November 2005 in Kraft und setzt einen weiteren Bestandteil des 10-Punkte-Programms um. Es greift den Gedanken der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf. Die kollektive Rechtsdurchsetzung bedeutet für das deutsche Zivilrecht ein absolutes Novum.¹⁴⁹

Bei Rechtsstreitigkeiten aufgrund fehlerhafter Kapitalmarktinformationen gibt es generell eine hohe Anzahl von Anlegern, die einem mutmaßlichen Schädiger gegenübersteht. Der Individualschaden, den der einzelne Anleger erleidet, ist im Verhältnis zum Risiko aus dem bevorstehenden Prozess nur sehr gering. Aus diesem Grund existiert kaum ein wirtschaftlicher Anreiz für den Einzelnen, seine Ansprüche durchzusetzen.¹⁵⁰

Durch das KapMuG besteht nun die Möglichkeit, ein Musterverfahren zu führen, das alle geschädigten Anleger einbindet und das Prozesskostenrisiko ins Verhältnis zum kollektiven Schaden setzt, was für die Anleger eine Verbesserung des effektiven Rechtsschutzes bedeutet. In Fällen, in denen der Verdacht einer falschen oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformation vorliegt, werden Tatsachen und Rechtsfragen nur einmal mit Bindungswirkung für alle geschädigten Anleger geklärt. Voraussetzung hierfür ist, dass sich die entsprechenden Tatsachen und Rechtsfragen in mindestens zehn individuellen Schadensersatzprozessen stellen. Durch diese Verbesserung der Durchsetzungsmöglichkeiten etwaiger Ansprüche seitens der Anleger erhofft sich der Gesetzgeber eine präventive Wirkung. Ergebnis soll eine Verbesserung der Corporate Governance in den Unternehmen sein, um falsche oder unterlassene Kapitalmarktin-

¹⁴⁹ Vgl. Schneider (2005), S. 2249.

¹⁵⁰ Vgl. Schneider (2005), S. 2249 ff.

formationen zu vermeiden und somit das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt weiter zu stärken.¹⁵¹

- Die Einführung des Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes (*TUG*), mit der der deutsche Gesetzgeber die EU-Transparenzrichtlinie umsetzte, war ein weiterer Schritt in der Entwicklung der Corporate Governance. Das TUG ist am 20. Januar 2007 in Kraft getreten und erstmalig für Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2006 beginnen. Betroffen von den Regelungen des TUG sind kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften, die Inlandsemittent i.S.d. § 2 Abs. 7 WpHG und keine Kapitalanlagegesellschaft nach § 327a HGB sind.¹⁵²

Neuerungen, welche die oben definierten Kapitalgesellschaften aufgrund des TUGs umsetzen müssen, stellen gemäß §§ 37 v ff. WpHG die obligatorische Angabe eines Bilanzzeids¹⁵³ nach dem Vorbild des in den USA seit dem Inkraft-Treten des Sarbanes Oxley Acts obligatorischen Bilanzzeids dar. Zusätzlich werden die Unternehmen verpflichtet, eine unterjährige Berichterstattung aufzubauen. Für Geschäftsjahre ab dem 1. Januar 2007 müssen diese Unternehmen eine Veröffentlichung und Speicherung von Jahres- und Halbjahresfinanzberichten sowie von quartalsweisen Zwischenmitteilungen der Geschäftsführung vornehmen. Der Bilanzzeit ist zum Jahres- und Konzernabschluss, zum verkürzten Halbjahresfinanzbericht und zu den jeweiligen Zwischenlageberichten abzugeben.¹⁵⁴

- Die Verabschiedung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (*BilMoG*) am 26. März 2009 kann als eine der wichtigsten und umfassendsten Reformen der handelsrechtlichen Bilanzierung seit dem Bilanzrichtliniengesetz (*BiRiLiG*) angesehen werden. Mit dem BilMoG wurden die Vorgaben der am 5. September 2006 in Kraft getretenen Richtlinie zur Abänderung der vierten und siebenten

¹⁵¹ Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 172.

¹⁵² Vgl. Bosse (2007), S. 39 ff.

¹⁵³ Die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft müssen einen Bilanzzeit der Art abgeben, dass der von ihnen erstellte Abschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens (true and fair view) vermittelt (vgl. Velte (2007), S. 104).

¹⁵⁴ Vgl. Nießen (2007), S. 44 ff.

EG-Richtlinie umgesetzt, soweit die diesbezüglichen Forderungen noch nicht im deutschen Recht implementiert waren. Die Abänderungsrichtlinie setzt einen Teil der in dem EU-Aktionsplan von 2003 vorgeschlagenen Maßnahmen um und beinhaltet u.a. Vorgaben für ein sog. Corporate Governance-Statement, welches eine umfangreichere Corporate Governance-Berichterstattung erfordert, als die für börsennotierte AGs in Deutschland bislang erforderliche und in § 161 AktG kodifizierte Entsprechenserklärung. Durch die Erhöhung der Corporate Governance-Publizität erhofft sich die EU eine langfristige Verbesserung der Corporate Governance.

2.5 Vorläufiges Resümee

Die deutsche Corporate Governance ist durch den interessenpluralistischen bzw. „weiten“ Ansatz geprägt, was sich auch in der in Deutschland vorherrschenden Voice-Logik widerspiegelt. Die Begründung des „weiten“ Ansatzes der Corporate Governance erfolgt aus den organisationstheoretischen Ansätzen, welche neben dem Markt zusätzlich das Unternehmen als Ort der Interessenartikulation sowie des Interessenausgleichs postulieren. Aufgrund der zusätzlichen Betrachtung des Unternehmens wird die Unternehmensverfassung als mitbestimmt bzw. interessenpluralistisch angesehen. Infolgedessen fokussieren die organisationstheoretischen Ansätze mehr auf die Ausgestaltung der Unternehmensverfassung.¹⁵⁵

In Deutschland wird das Corporate Governance-System als Stakeholder-orientiert charakterisiert, da neben den Interessen der Aktionäre als Shareholder weitere Interessen – von Banken, Arbeitnehmern, Lieferanten sowie des Staates – berücksichtigt werden. Hinsichtlich der Führungsorganisation wird in Deutschland das Trennungssystem (two-tier-system) in der Aktiengesellschaft praktiziert, welches die Funktionen „Führung“ und „Kontrolle“ trennt. Das deutsche Corporate Governance-System gilt grundsätzlich als durch Insider kontrolliert. Prägend für das System ist in diesem Zusammenhang die Kontrollphilosophie „Voice“. Die Interessengruppen tätigen dabei unternehmensspezifische Investitionen und schützen sie in der Folge durch Einflussnahme auf die Unternehmenskontrolle.

¹⁵⁵ Vgl. Gerum (2007), S. 24.

Für den Kapitalmarkt in Deutschland gelten als typische Merkmale eine vergleichsweise geringe Marktkapitalisierung, eine hohe Konzentration des Anteilsbesitzes sowie eine ausgeprägte Bankorientierung bei der externen Unternehmensfinanzierung. Mit dieser Ausprägung des deutschen Systems einher geht der weit reichende Gläubigerschutz. Der Anlegerschutz dagegen ist in Deutschland verglichen mit dem hohen Anlegerschutz in den USA oder Großbritannien noch wenig entwickelt.

In jüngster Vergangenheit sind in Deutschland Tendenzen einer Abwendung von dem traditionellen internen Corporate Governance System hin zu einem stärker durch Outsider kontrollierten sowie mehr durch den Shareholder Value-Ansatz und Anlegerschutzgedanken geprägten System zu erkennen.¹⁵⁶ Bereits jetzt von einem outsiderkontrollierten Corporate Governance System in Deutschland zu sprechen, wäre allerdings verfrüht.¹⁵⁷

Auch die Mehrzahl der diesbezüglich durchgeführten Studien¹⁵⁸ stellt zwar eine Annäherung einzelner Elemente¹⁵⁹ der unterschiedlichen nationalen Unternehmensordnungen – „Voice“ (Deutschland) und „Exit“ (USA/Großbritannien) – fest, trotzdem bescheinigen diese Studien, dass die unterschiedlichen Systeme insgesamt gesehen in Kraft sind und somit in den jeweiligen Nationen auch weiterhin vorherrschen. Die stärksten Veränderungen im deutschen System sind eine gewisse Verbesserung des Anlegerschutzes und insbesondere die veränderte Rolle der Hausbanken für die Unternehmensfinanzierung. Zwar stellen Bankdarlehen noch immer die wichtigste Finanzierungsquelle für die Unternehmen in Deutschland dar, dennoch hat die Bedeutung der Finanzierung über den Kapitalmarkt durch die Ausgabe von Aktien zugenommen. Die Großbanken haben sich aus ihrer traditionellen Rolle als Finanzierer zurückgezogen und sich stark dem Investmentbanking zugewendet. In diesem Zusammenhang reduzierten die Großbanken

¹⁵⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 113 f.

¹⁵⁷ Vgl. Baum (2005), S. 28; Griewel (2006), S. 32.

¹⁵⁸ Siehe z.B. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005); Gerum (2007).

¹⁵⁹ Als Beispiele für die Annäherung des deutschen an das angloamerikanische Modell können die Verringerung der Industriebeteiligungen von Banken, die Reduzierung von Ineffizienzen auf dem Kapitalmarkt sowie die Einführung anlegerfreundlicher Gesetze genannt werden. Die Annäherung des angloamerikanischen an das deutsche Modell äußert sich in der vermehrten Aufnahme von „Outside Directors“, welche Überwachungsaufgaben wahrnehmen, sowie der Reduzierung der Macht des CEO (vgl. Segler/Wald/Weibler (2007), S. 413).

auch in hohem Umfang ihre Corporate Governance-Aktivitäten.¹⁶⁰ Großbanken geben Aufsichtsratssitze auf und instruieren ihre Manager, keine weiteren Aufsichtsratsmandate anzunehmen. Zudem reduzieren die Großbanken ihre Anteile an anderen Unternehmen, woraus ein gewisses Kontrollvakuum in dem durch Insider kontrollierten System resultiert.¹⁶¹ Insgesamt betrachtet kann von einem Wandel des deutschen internen Corporate Governance-Systems zu einem kapitalmarktbasieren und von Outsidern kontrollierten System aber noch nicht die Rede sein. Der Kapitalmarkt spielt zur Zeit noch keine entscheidende Rolle in Deutschland, insbesondere nicht hinsichtlich der Unternehmenskontrolle.¹⁶²

Die nationale Unternehmensordnung bleibt in Deutschland durch die Kontrollphilosophie „Voice“ geprägt. Das deutsche Corporate Governance-System behält seinen traditionellen Charakter als Insider-orientiertes System. Auch langfristig ist von einer Persistenz des vorherrschenden Corporate Governance-Systems in Deutschland auszugehen, da in entwickelten Volkswirtschaften die Leistungsfähigkeit der Unternehmensordnungen in der Regel durch Reformen und veränderte Handlungsweisen innerhalb der bestehenden Systeme aufrechterhalten wird.¹⁶³ Nationale Corporate Governance-Systeme sind relativ zu ihrem Wertesystem effizient, so lange die Systeme in sich konsistent sind. Eine Reform von Corporate Governance-Systemen sollte diese Einsicht unbedingt berücksichtigen.¹⁶⁴

Vor dem Hintergrund der durchgeführten Kennzeichnung des deutschen Corporate Governance-Systems gilt es zu beurteilen, inwieweit das Corporate Governance-Statement in das deutsche System passt. Die Corporate Governance-Publizität ist bereits recht umfangreich.¹⁶⁵ Durch das Corporate Governance-Statement wird eine zusätzliche Publizitätspflicht eingeführt. Problematisch ist hierbei, dass ein Widerspruch zwischen Exit- und Voice-Systemen existiert, da sie unterschiedliche Kontrollmechanismen besitzen. Durch eine größere Publizität soll die Kontrolle in Exit-Systemen unterstützt werden.

¹⁶⁰ Siehe hierzu Bodnaruk/Massa/Simonov (2009).

¹⁶¹ Vgl. Hackethal/Schmidt/Tyrell (2005), S. 13 ff.; Segler/Wald/Weibler (2007), S. 403 ff.

¹⁶² Vgl. Burger/Fröhlich/Ulbrich (2006), S. 117 ff.; Rocholl (2009), S. 118.

¹⁶³ Vgl. Gerum (2007), S. 41.

¹⁶⁴ Vgl. Gerum (2004a), S. 177.

¹⁶⁵ Vgl. Albers (2002), S. 26 ff.

Ungeachtet der Problematik, dass in verschiedenen Ländern unterschiedliche Systeme – Exit oder Voice – vorherrschen, hat der deutsche Gesetzgeber die Pflicht, Vorgaben der EU umzusetzen. Eine solche Vorgabe stellt das von der EU eingeführte Corporate Governance-Statement dar, mit dem bestimmte Unternehmen verpflichtet werden, kapitalmarktorientierte Informationen zu publizieren. Die Grundlagen des Corporate Governance-Statements, die den Ausgangspunkt für die Umsetzung in deutsches Recht darstellen, sollen im dritten Kapitel dargelegt werden.

3. Das EU-Statement als Grundlage der deutschen Berichterstattung

In diesem Kapitel erfolgt eine Darstellung der Ziele, welche die Informationen aus dem Statement aus Sicht der EU erfüllen sollen. Hierbei wird überprüft, inwieweit die Ziele im deutschen Corporate Governance-System erreicht werden können.

Ebenfalls sollen die Informationen dargestellt werden, die durch die EU hinsichtlich der Corporate Governance im Rahmen der Abänderungsrichtlinie gefordert werden und von den Mitgliedsstaaten umzusetzen waren. Die geforderten Informationen sind zudem Ausgangspunkt der im vierten Kapitel vorgenommenen Erläuterung und Beurteilung, wie die Vorgaben im deutschen Recht umgesetzt wurden und welche Vorgaben nicht mehr umgesetzt werden mussten, da entsprechende Regelungen bereits im deutschen Recht verankert sind. Anschließend werden Überlegungen angestellt, welche Informationen – unter Berücksichtigung der speziellen Merkmale und Eigenschaften des deutschen Corporate Governance-Systems – entscheidungsnützlich sind und langfristig zu einer Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation in Deutschland führen könnten.

3.1 Gesetzliche Kodifizierung des Statements im europäischen Recht

Durch die Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG kommt es u.a. zu einer Erweiterung der bereits bestehenden Richtlinie 78/660/EWG um den Artikel 46a, der die entsprechenden Vorschriften hinsichtlich des Corporate Governance-Statements enthält. Auch die Richtlinie 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss wird durch die Abänderungsrichtlinie geändert und der Art. 36 Abs. 2 um den Buchstaben f ergänzt. Hiermit sind ebenfalls Konzerne verpflichtet, Angaben zu einer Informationssektion des Corporate Governance-Statements zu machen, inhaltlich stellt der Buchstabe keine Erweiterung zu Art 46a der Abänderungsrichtlinie dar.

Die Umsetzungsvorschriften der Abänderungsrichtlinie gehen aus Artikel 5 Abs. 1 hervor. Beim Erlass der Vorschriften durch die Mitgliedsstaaten sollen diese in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis im Rahmen der amtlichen Veröffentlichung Bezug auf die Abänderungsrichtlinie nehmen. Die Einzelheiten der Bezugnahme werden hierbei den Mitgliedsstaaten überlassen. Weiterhin verpflichtet Artikel 5 Abs. 2 der Abänderungsrichtlinie die Mitgliedsstaaten, der Kommission den Wortlaut der wichtigs-

ten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mitzuteilen, die sie in dem Bereich erlassen, der von dieser Richtlinie betroffen ist.

3.2 Verantwortlichkeit für das Statement

In der von ihr verabschiedeten Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG legt sich die Europäische Union nicht eindeutig fest, welches Organ in den zur Abgabe des Statements verpflichteten Unternehmen verantwortlich für die Erstellung des Statements ist. In der Richtlinie heißt es wortwörtlich: „Eine Gesellschaft (...) nimmt eine Erklärung zur Unternehmensführung auf.“

Mit der Formulierung „Gesellschaft“ wird in dieser Richtlinie – mit Rücksicht auf die unterschiedlichen nationalen Gesellschaftsrechte wohl auch bewusst – keine eindeutige Zuweisung der Verantwortlichkeit für das Statement vorgenommen. Generell handelt eine Gesellschaft in Deutschland durch ihre gesetzlichen Vertreter, bei einer AG ist der gesetzliche Vertreter der Vorstand. Insofern erscheint es klar, dass den Vorstand die Verantwortlichkeit trifft. Trotzdem lässt die gewählte Formulierung mehrere Varianten zu, weil die Richtlinie nicht unter Annahme eines dualistischen Systems der Unternehmensverfassung, wie es in Deutschland vorherrscht, konzipiert wurde. Aufgrund des fehlenden Bezugs zu den gesetzlichen Vertretern in der Richtlinie könnte die Erstellung des Statements in dem deutschen dualistischen Führungssystem zum einen durch den Aufsichtsrat, zum anderen aber auch durch den Vorstand vorgenommen werden. Auch eine Beteiligung beider Organe ist aufgrund der Formulierung in der Richtlinie der EU möglich und würde den Vorgaben entsprechen.

3.3 Wirkungskreis der Regelungen zum Statement

Hinsichtlich der von Artikel 46a der Abänderungsrichtlinie betroffenen Unternehmen nimmt die Europäische Union zwar eine eindeutige Bestimmung vor, überlässt den Mitgliedsstaaten aber dennoch einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum bei der Umsetzung in nationales Recht. Laut Artikel 46a Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 78/660/EWG sollen alle Gesellschaften, „deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente zugelassen

sind“ ein Corporate Governance-Statement abgeben. Die Regelungen zum Statement betreffen somit kapitalmarktorientierte Unternehmen.¹⁶⁶ Eine Einschränkung auf börsennotierte Unternehmen erfolgt nicht.

Die Konsequenz aus der Formulierung hinsichtlich der betroffenen Unternehmen ist, dass neben den börsennotierten Gesellschaften grundsätzlich auch Unternehmen von der Pflicht zur Abgabe des Statements betroffen sind, die keine Aktien oder Aktienzertifikate, sondern lediglich sonstige Wertpapiere, wie z.B. Schuldverschreibungen, an einem geregelten Markt handeln lassen. Dies deutet auf eine in diesem Fall mehr kapitalmarktorientierte als gesellschaftsrechtliche Interpretation der Corporate Governance hin und soll dem Schutz der Anleihegläubiger dienen.¹⁶⁷

3.4 Ziele des Statements

In ihren Überlegungen zur Verbesserung der Corporate Governance hat die EU-Kommission die Erhöhung der Transparenz bezüglich der im Unternehmen angewandten Corporate Governance zum Hauptziel gemacht. Durch die Erhöhung der Transparenz sollen in erster Linie Informationsasymmetrien zwischen dem Management und den Anteilseignern reduziert werden, indem das Management den Anteilseignern Informationen zur Verfügung stellt.¹⁶⁸ Dieses Vorgehen muss durch ein Mindestmaß an Publizitätspflichten des Managements im Verhältnis zu den Anteilseignern festgelegt sein, da eine freiwillige Information der Anteilseigner durch das Management nur in geringem Umfang vorkommen würde. Deutlich lässt sich solch eine Konstellation bei einer Publikums-AG¹⁶⁹ nachvollziehen, bei der keinerlei Verbindungen zwischen dem Management sowie den Aktionären bestehen und die Aktionäre für das Management sozusagen „anonym“ sind.¹⁷⁰ Eine freiwillige Information der einzelnen Aktionäre durch das Management würde es ohne entsprechende Regelungen kaum geben.¹⁷¹ Notwendig

¹⁶⁶ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

¹⁶⁷ Vgl. Niemeier (2006), S. 182.

¹⁶⁸ Zur Informationswirkung der Rechnungslegung siehe Mölls/Strauß (2007).

¹⁶⁹ Als „Publikums-AG“ werden im allgemeinen Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft bezeichnet, deren Kapitalanteile breit gestreut sind und deren Aktien regelmäßig an den Börsen gehandelt werden (vgl. Ertl (1973), S. 11).

¹⁷⁰ Vgl. Griewel (2006), S. 41.

¹⁷¹ Vgl. Strasser (2000), S. 49.

sind somit vertraglich festgelegte Publizitätspflichten des Managements gegenüber den Anteilseignern, um einen Abbau der Informationsasymmetrien und eine damit verbundene effektive Überwachung des Managements zu erreichen.¹⁷²

Dass das Management selbst einen Anreiz hat, bestimmte Informationsdaten zu veröffentlichen, resultiert aus dem Verhalten der Kapitalgeber auf einem gut ausgebildeten Kapitalmarkt, wie er in den USA und Großbritannien vorzufinden ist. Werden von einem Unternehmen relevante positive Daten publiziert, kann hierdurch eine Senkung der Finanzierungskosten einschließlich der Transaktionskosten bei der Kapitalbeschaffung erreicht werden. Publizierende Unternehmen sind auf Fremd- und Eigenkapitalmärkten im Vorteil gegenüber anderen Unternehmen, die weniger oder kaum Informationen bereitstellen.¹⁷³ Publiziert ein Unternehmen weniger umfassend, wird dies am Kapitalmarkt als ein Hinweis für eine geringere Wettbewerbsfähigkeit angesehen, da der Anschein entsteht, dass das Unternehmen etwas „verstecken“ möchte.¹⁷⁴ Aus einem derartigen Verhalten würde der Kapitalmarkt regelmäßig negative Schlüsse hinsichtlich des nur im geringen Umfang publizierenden Unternehmens ziehen.¹⁷⁵

Um zu verhindern, dass Unternehmen zu wenige Informationen publizieren, sind in der EU Regelungen zur Unternehmenspublizität entstanden, durch die Form, Inhalt und Zeitpunkt der Berichterstattung festgelegt wurden.¹⁷⁶ Mit gesetzlichen Vorschriften zur Publizität wird erreicht, dass asymmetrische Informationsbeziehungen im Sinne einer vorgeschriebenen Rechenschaft aufgehoben werden. Zudem erhalten Anteilseigner durch Transparenz der Unternehmensstruktur die Möglichkeit, die Qualität einer Kapitalanlage beurteilen zu können.¹⁷⁷

Primäres Ziel der EU-Regelungen hinsichtlich der Publizität ist der individuelle Anlegerschutz und die Information potentieller Investoren. Die spezifischen Risiken des Anlegers sollen minimiert werden. Durch den Anlegerschutz wiederum wird im Sinne des

¹⁷² Vgl. Witt (2003), S. 28 f.

¹⁷³ Vgl. Albach (1997), S. 1274.

¹⁷⁴ Vgl. Easterbrook/Fischel (1991), S. 288.

¹⁷⁵ Vgl. Witt (2003), S. 28.

¹⁷⁶ Vgl. Witt (2003), S. 28.

¹⁷⁷ Vgl. Griewel (2006), S. 41.

Individualschutzes durch gesetzlich vorgegebene Corporate Governance-Strukturen hinsichtlich der Publizität eine Chancengleichheit unter den Anlegern ermöglicht. Aber auch der Kapitalmarktfunktionenschutz, der in enger Verbindung mit dem Anlegerschutz zu betrachten ist, sowie eine höhere Leistungsfähigkeit des Kapitalmarktes werden durch eine bessere Publizität gewährleistet.¹⁷⁸

Die Ziele, mit denen die EU-Kommission die Einführung eines Corporate Governance-Statements begründet, erscheinen zwar plausibel, setzen allerdings gewisse Strukturen des bereits bestehenden Corporate Governance-Systems inklusive des Kapitalmarkts voraus, um über den Kapitalmarkt indirekt Rückwirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituation in den Unternehmen zu erreichen.

In erster Linie dient das Corporate Governance-Statement dem Anlegerschutz und unterstützt die „Exit-Option“. Die deutsche Unternehmensordnung ist – wie dargelegt – allerdings immer noch vor allem durch die Kontrollphilosophie „Voice“ geprägt. Eine Unternehmenskontrolle findet folglich primär durch organisationsinternen Widerspruch (Insider-System) und weniger durch den Kapitalmarkt statt. Zudem ist der Anteilsbesitz im deutschen bankorientierten System stark konzentriert.¹⁷⁹ Bei einer hohen Anteilskonzentration wird die Funktionsfähigkeit des „Exit“-Mechanismus eingeschränkt.¹⁸⁰ Hier kann es also zu einem Konflikt zwischen den durch das Statement unterstützten und den in Deutschland vorhandenen Mechanismen kommen. Fraglich ist somit, ob das von der EU geforderte Corporate Governance-Statement in das deutsche Corporate Governance-System passt.

3.5 Elemente des Statements

Im Folgenden wird ein Überblick über die Elemente des Statements gegeben, die den Ausgangspunkt für die Umsetzung in deutsches Recht darstellen.

Durch das im Rahmen der Abänderungsrichtlinie geforderte Corporate Governance-Statement müssen die EU-Mitgliedsstaaten ihr nationales Recht derart ausgestalten,

¹⁷⁸ Vgl. Griewel (2006), S. 42.

¹⁷⁹ Vgl. Gerum (2007), S. 95; Mann (2003), S. 294 f.

¹⁸⁰ Vgl. Hackethal/Schmidt (2000), S. 63 ff.

dass kapitalmarktorientierte Unternehmen verpflichtet werden, Informationen zu sechs Komplexen abzugeben.¹⁸¹ Für die im Verlauf der Arbeit folgende Beurteilung hinsichtlich der Umsetzung der Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie in deutsches Recht und der Wirkung der Regelungen im deutschen Corporate Governance-System besitzen die Elemente vier und fünf des Corporate Governance-Statements keine Relevanz. Diese Regelungen waren bereits vor der Umsetzung der Abänderungsrichtlinie im deutschen Recht kodifiziert.

Die geforderten sechs Angaben in dem Statement zur Corporate Governance gehen aus dem neu eingefügten Artikel 46a Abs. 1 der Richtlinie 78/660/EWG hervor. Sie sind im Folgenden aufgeführt¹⁸²:

1. Erläuterung der befolgten Kodizes oder Angaben relevanter Informationen zur Unternehmensführungspraxis

Die zur Abgabe des Corporate Governance-Statements verpflichteten Unternehmen müssen angeben, welchem nationalen Kodex sie unterliegen – für deutsche Unternehmen ist der nationale Kodex der DCGK – oder welchen anderen Kodex sie freiwillig befolgen. Befolgen die Unternehmen keinen „allgemeinen Kodex“, müssen sie ersatzweise relevante Angaben zu einem „unternehmensindividuellen“ und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex machen.

2. Entsprechenserklärung einschließlich Begründung

Das Corporate Governance-Statement hat zukünftig zwingend sämtliche Abweichungen vom nationalen Kodex sowie die Angabe der Gründe für die Abweichungen zu enthalten. Wendet ein Unternehmen keinen Kodex an, hat es die Gründe dafür ebenfalls darzulegen.

3. Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems

¹⁸¹ Das Statement ist grundsätzlich auf das monistische System der Unternehmensführung ausgerichtet. Zu erkennen ist dieser Umstand bereits an der Formulierung in der Abänderungsrichtlinie, die lautet: „Eine Gesellschaft (...) nimmt eine Erklärung (...) auf.“.

¹⁸² Siehe hierzu Lentfer/Weber (2006), S. 2359 ff.

Von den Unternehmen wird eine Beschreibung der wichtigsten Merkmale ihres internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses verlangt. Eine ganzheitliche Beschreibung des Systems ist nicht erforderlich. Bei Konzernen muss zusätzlich eine Beschreibung der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme der Gruppe bezüglich des Prozesses zur Aufstellung des konsolidierten Abschlusses erfolgen.

4. Informationen nach der Übernahmerichtlinie¹⁸³

Unternehmen, die unter die Regelungen der Übernahmerichtlinie fallen, müssen ihr Statement um ein Berichtsfeld zu übernahmerelevanten Sachverhalten erweitern.

5. Angaben zur Durchführung und zu den Rechten der Hauptversammlung

Die Unternehmen müssen Angaben zu Art und Weise der Durchführung der Hauptversammlung und deren wesentlichen Befugnisse machen. Zusätzlich ist eine Beschreibung der Aktionärsrechte und der Möglichkeit ihrer Ausübung vorzunehmen.

6. Angaben zur Zusammensetzung und Arbeitsweise der Leitungs- und Aufsichtsorgane einschließlich ihrer Ausschüsse

Die das Corporate Governance-Statement abgebenden Unternehmen müssen Angaben über die Zusammensetzung und Arbeitsweise des Vorstands und des Aufsichtsrats einschließlich ihrer Ausschüsse machen.

Im Rahmen des sechsten Punktes werden seitens der EU noch weitere Informationen hinsichtlich des Umgangs mit Risiken und Interessenkonflikten sowie der Un-

¹⁸³ Mit der Übernahmerichtlinie wird europaweit festgelegt, in welchem Rahmen der Kauf von Wertpapieren eines börsennotierten Unternehmens durch einen Investor abläuft, wenn dieser die Erlangung der Kontrolle über das Unternehmen zum Ziel hat oder sie bereits erlangt hat (vgl. Maul/Muffat-Jeandet (2004a), S. 222).

ternehmensstrategie und der Angelegenheiten der Gesellschaft empfohlen.¹⁸⁴ Die Empfehlung für weitere Informationen zu den genannten Punkten ergibt sich aus der EU-Empfehlung 2005/162/EG zum Aufsichtsrat. Aufgrund der Eigenschaft einer „Empfehlung“ der zusätzlichen Informationen sind die EU-Mitgliedsstaaten nicht verpflichtet, die zusätzlichen Informationen in ihre nationalen Gesetze zu übernehmen.

Die Elemente, welche die EU-Mitgliedstaaten mindestens in ihr jeweiliges nationales Recht umsetzen müssen, dienen der Schaffung einer einheitlichen Basis hinsichtlich der „Corporate Governance-Berichterstattung“ auf nationaler Ebene. Dieser Mindestanspruch an die Corporate Governance-Publizität darf von keinem Mitgliedsstaat unterschritten werden.¹⁸⁵ Bestehen im nationalen Recht bereits Regelungen, welche die Vorgaben einzelner Elemente der Abänderungsrichtlinie erfüllen, müssen die entsprechenden Elemente nicht mehr in nationales Recht umgesetzt werden.

3.6 Vorläufiges Resümee

Wegen der Unterschiede hinsichtlich des von der EU-Kommission unterstellten und dem in Deutschland vorherrschenden Corporate Governance-System bestehen Zweifel, ob das Statement in dem deutschen Corporate Governance-System wirkt.

Die EU-Kommission legt für das geforderte Corporate Governance-Statement ein Corporate Governance-System zugrunde, welches die Merkmale des angloamerikanischen Outsider-Systems besitzt. Die Kontrolle der Unternehmen soll in erster Linie durch den Kapitalmarkt (Markt für Unternehmenskontrolle) erfolgen, der die zusätzlich publizierten Informationen bewertet. Im deutschen dualistischen System erfolgt die Unternehmenskontrolle hauptsächlich durch organisationsinternen Widerspruch im Aufsichtsrat (Insider-System) und weniger durch den Kapitalmarkt. Daher ergeben sich hier grundsätzlich Fragen bezüglich der Konformität des Corporate Governance-Statements mit dem deutschen Corporate Governance-System. Die Berichterstattung im Rahmen des Statements muss aber ein bestimmtes Maß an Systemkonformität besitzen, um Wirkung zu erreichen. Eine gewisse Systemkonformität könnte erreicht werden, indem über die

¹⁸⁴ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361.

¹⁸⁵ Vgl. Paul (2007), S. 354.

für das deutsche Corporate Governance-System relevanten Aspekte berichtet wird. Die Berichterstattung sollte die Eigenschaften des deutschen Corporate Governance-Systems berücksichtigen.

Grundsätzlich ist zu hinterfragen, ob die Berichterstattung den Adressaten entscheidungsnützliche Informationen bereitstellt.¹⁸⁶ Damit eine Entscheidungsnützlichkeit für die Adressaten vorliegt, müssen die Rechnungslegungsinformationen relevant und zuverlässig sein.¹⁸⁷ Informationen sind als relevant zu qualifizieren, wenn sie die wirtschaftlichen Entscheidungen der Adressaten beeinflussen können, weil sie direkt oder indirekt zur Prognose künftiger Ereignisse beitragen oder früher getroffene Prognosen über die Unternehmensentwicklung bestätigen bzw. korrigieren.¹⁸⁸ Durch die Prognoseeignung wird sichergestellt, dass die Berichterstattung sowohl der Erwartungsstabilisierung der Adressaten über zukünftige Cash Flows als auch der Reduzierung der subjektiven Unsicherheit über die Entwicklung des Unternehmens dienlich ist.¹⁸⁹ Die Voraussetzung der Zuverlässigkeit wird erfüllt, wenn die Rechnungslegungsinformationen frei von materiellen Fehlern und unvoreingenommen sind.¹⁹⁰ Die Adressaten müssen sicher gehen können, dass die publizierten Informationen objektiv und willkürfrei sind.¹⁹¹

Fraglich ist folglich, ob und wenn ja welche Corporate Governance-relevanten Informationen eine Prognoseeignung hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung eines Unternehmens in dem deutschen Corporate Governance-System besitzen und infolge dessen entscheidungsnützliche Informationen für die Adressaten darstellen. Auf der Basis entscheidungsnützlicher Informationen soll es den Adressaten möglich sein, die Situation innerhalb eines Unternehmens zu beurteilen und auf Konstanz hinsichtlich der Unternehmensentwicklung zu schließen. Durch die Informationen soll somit eine gewisse „Erwartungsstabilisierung“ erreicht werden. Ein externer Bewerter muss, um die zukünftige Entwicklung eines Unternehmens sowie Unsicherheiten hinsichtlich der Unternehmensentwicklung prognostizieren zu können, alle öffentlich verfügbaren Unter-

¹⁸⁶ Vgl. Zülch (2003), S. 5 ff.

¹⁸⁷ Vgl. Kahle (2002), S. 57.

¹⁸⁸ Vgl. Hitz (2005), S. 162.

¹⁸⁹ Vgl. Kirchner (2000), S. 55; Pellens/Fülbier (2000), S. 582; Dohrn (2004), S. 85 f.

¹⁹⁰ Vgl. Dohrn (2004), S. 80.

¹⁹¹ Vgl. Kavermann (2008), S. 36.

nehmensinformationen über wesentliche Erfolgsfaktoren eines Unternehmens erfassen.¹⁹² Hierbei können auch nicht-finanzielle, zukunftsorientierte Informationen wie z.B. Informationen zur Corporate Governance zu einer höheren Prognosefähigkeit beitragen.¹⁹³

Als eine entscheidungsnützliche Information für Adressaten kann im Zusammenhang mit dem Corporate Governance-Statement in Deutschland eine über die bisherige Publizität hinausgehende Information über die Führungs- und Kontrollsituation in den Unternehmen angesehen werden. Es ist somit eine Verbesserung des Einblicks in die Führungs- und Kontrollsituation in den Unternehmen notwendig,¹⁹⁴ wodurch die Erwartungen der Adressaten der publizierten Informationen stabilisiert und Unsicherheiten bezüglich der Entwicklung reduziert werden könnten.¹⁹⁵ Zu überprüfen ist in diesem Zusammenhang weiterhin, ob die publizierten Informationen über den Kapitalmarkt Rückwirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituationen in den betroffenen Unternehmen haben.

Informationen über die Führungssituation sind von Bedeutung, da der Vorstand hinsichtlich seines Verhaltens gewisse Spielräume besitzt, bezüglich derer keine direkten Vorgaben durch das Unternehmen existieren bzw. der Aufsichtsrat kaum Einfluss besitzt oder zu wenig Einfluss nimmt.¹⁹⁶ Hier droht die Gefahr, dass der Vorstand diese Spielräume zum Nachteil der Eigentümer ausnutzt und eventuell Unternehmensvermögen verschwendet. Ebenso kann ein Fehlverhalten des Vorstands dazu führen, dass die Erwartungen der Interessengruppen nicht erfüllt werden. Durch eine verbesserte Information über die Verhaltensweise sollten die Spielräume des Vorstands offen gelegt und Vorstände dazu gebracht werden, die Effizienz ihrer Arbeit zu verbessern, die Beratungen im Vorstand selbst zu intensivieren und somit auch Fehlentscheidungen zu vermeiden.¹⁹⁷

¹⁹² Vgl. Strasser (2000), S. 50.

¹⁹³ Vgl. Vanstraelen/Zarzeski/Robb (2003), S. 259 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Freidank/Velte (2007), S. 664.

¹⁹⁵ Vgl. Sieben (1998), S. 17.

¹⁹⁶ Hier kann als Beispiel das Verhältnis der Leitungsaufgabe des gesamten Vorstands und den Aufgaben der einzelnen Ressorts bzw. der Vorstandmitglieder, welche die Ressorts leiten, angeführt werden. In vielen Unternehmen regelt die Satzung dieses Verhältnis nicht, woraus sich bei großen Unternehmen ein Konflikt ergeben kann (vgl. Gerum (2007), S. 436).

¹⁹⁷ Vgl. Bassen/Kleinschmidt/Prigge/Zöllner (2006), S. 396.

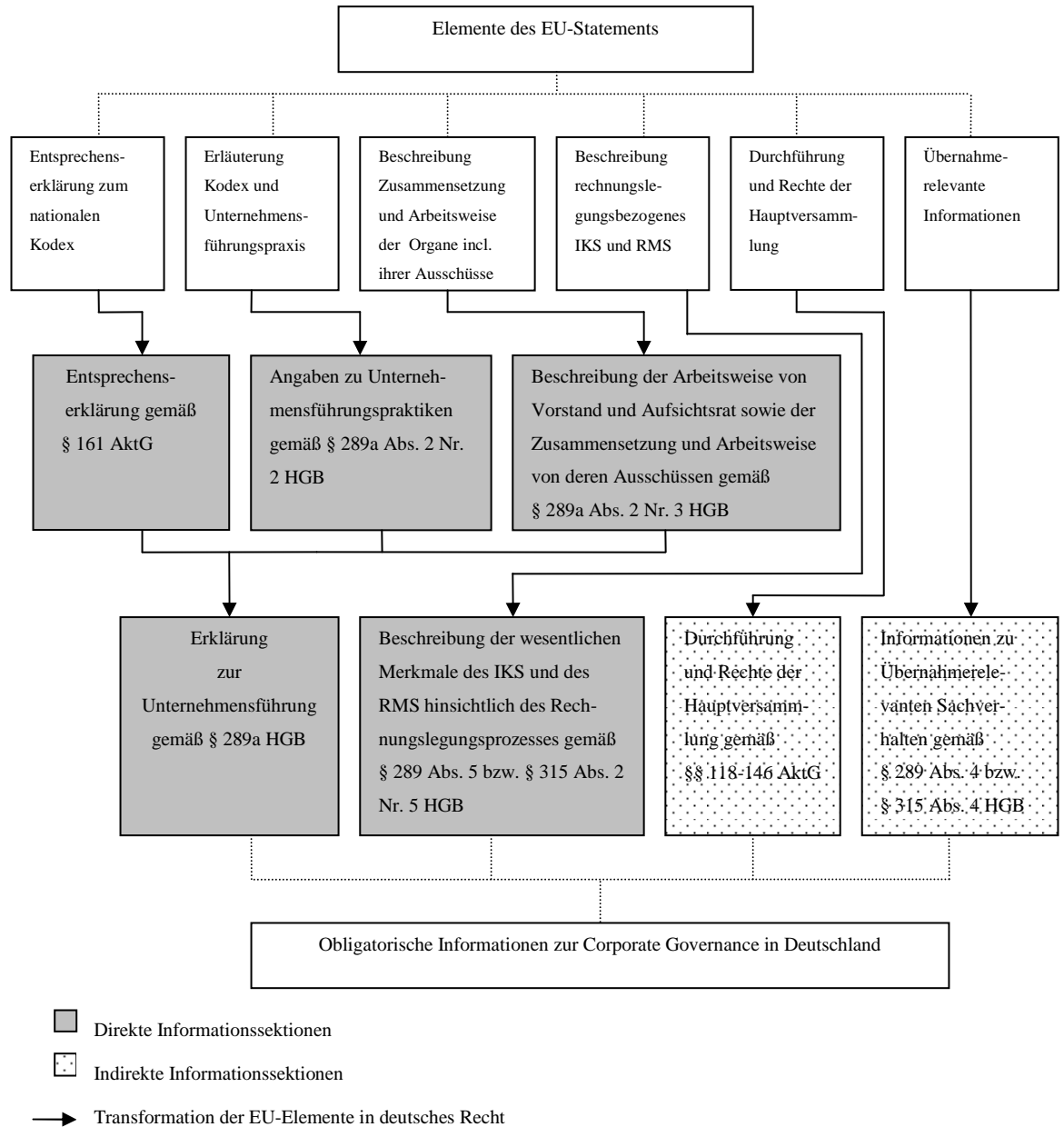
Hinsichtlich der Kontrollsituation ist für Außenstehende relevant, ob der Aufsichtsrat seine Überwachungsfunktion in dem erforderlichen Ausmaß erfüllt, seine Arbeit effizient gestaltet und Missstände im Unternehmen rechtzeitig erkannt werden können. Zudem müsste aus der Berichterstattung erkennbar sein, inwieweit eine ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand und eine intensive Beratung innerhalb des Aufsichtsrats erfolgen. Informationen über die Kontrollsituation sind besonders für Anteilseigner relevant, da zwischen dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung Informationsasymmetrien hinsichtlich der Aufsichtsratsarbeit bestehen, die es zu reduzieren gilt.¹⁹⁸ Zudem können Adressaten auf Basis dieser Informationen eine Risikoprognose vornehmen, inwieweit das Unternehmen gefährdet ist, sich aufgrund der vorhandenen Kontrollsituation negativ bzw. nicht den Erwartungen entsprechend zu entwickeln. Informationen über die Aufsichtsratsarbeit erleichtern die Kontrolle durch die Kapitalgeber.¹⁹⁹

Die Basis für eine Beurteilung der Umsetzung des Corporate Governance Statements wurde in diesem Kapitel vermittelt. Im folgenden Schema wird überblicksartig dargestellt, wie die Umsetzung der Elemente des EU-Statements in obligatorische Informationen zur Corporate Governance in Deutschland erfolgt ist.²⁰⁰

¹⁹⁸ Es sollen Informationen vermittelt werden, durch welche die Anteilseigner auf die zielkonformen Eigenschaften oder Leistungen des Aufsichtsrats – der Aufsichtsrat kontrolliert das Vorstandshandeln im Auftrag der Hauptversammlung – schließen können. Durch die Informationen erfolgt eine Art „Selbstempfehlung“ des Aufsichtsrats (vgl. Velte (2009b), S. 703).

¹⁹⁹ Vgl. Velte (2009b), S. 703.

²⁰⁰ Die Bezeichnung „IKS“ steht für das „interne Kontrollsystem“, „RMS“ ist die Abkürzung für „Risikomanagementsystem“. Die optische Gestaltung weicht bei der Reihenfolge der aufgeführten Elemente von links nach rechts betrachtet von der Reihenfolge der Elemente in der Abänderungsrichtlinie ab. Der Grund für diese abgeänderte Reihenfolge liegt in einer besseren Übersichtlichkeit des Schemas.



Schema 1: Obligatorische Informationen zur Corporate Governance auf Basis des EU-Statements.

4. Obligatorische Informationen zur Corporate Governance nach deutschem Recht

In diesem Kapitel sollen die indirekten Informationssektionen lediglich überblicksartig hinsichtlich ihres Inhalts dargestellt werden. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf dem Inhalt der direkten Informationssektionen, die sich aus der Umsetzung der Elemente des EU-Statements in nationales Recht ergeben. Zudem wird die Kodifizierung der direkten Informationssektionen im deutschen Recht untersucht. Es soll somit die Frage beantwortet werden, ob die im deutschen Recht implementierten Informationssektionen aufgrund ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und ihrer Umsetzung in deutsches Recht entscheidungsnützlich sind und zu einer Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation beitragen sowie effektive Auswirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituation haben.²⁰¹

Im Rahmen der Darstellung der direkten Informationssektionen werden zusätzlich die Verantwortlichkeit für die betrachtete Informationssektion und der Wirkungskreis der jeweiligen Informationssektion beurteilt, um weitere Argumente hinsichtlich der Art und Weise der Umsetzung der Informationssektionen in deutsches Recht zu erhalten.

Der Deutsche Gesetzgeber hat die noch nicht im deutschen Recht vorhandenen Vorgaben der EU bezüglich des Corporate Governance-Statements im Rahmen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) umgesetzt. Die Kodifizierung im deutschen Recht folgt dabei exakt den Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie. Regelungen des BilMoG, die der Umsetzung der Vorgaben zum Statement dienen, sind gemäß Art. 66 Abs. 3 EGHGB fristgerecht erstmals auf Jahres- und Konzernabschlüsse für das nach dem 5. September 2008 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Mit dieser Regelung

²⁰¹ Eine große Rolle spielt dabei die später noch heranzuziehende Untersuchung von GERUM über das deutsche Corporate Governance-System, die 2007 veröffentlicht wurde (vgl. Gerum (2007)). Stichtag der empirischen Untersuchung war der 01. Januar 2004. Erhoben wurden die ökonomischen, organisatorischen und personellen Strukturdaten aller deutschen Aktiengesellschaften im DAX (N = 29), MDAX (N = 46) und TecDAX (N = 25) sowie aller Aktiengesellschaften im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes (N = 347). Durch diese Auswahl wurden sowohl börsennotierte als auch nicht börsennotierte Unternehmen und zugleich mitbestimmte als auch nicht mitbestimmte Unternehmen erfasst. Aufgrund der Überschneidung zwischen den börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen waren im Ergebnis insgesamt 387 Aktiengesellschaften Gegenstand der Untersuchung. Von den insgesamt erfassten Unternehmen waren 181 (47%) börsennotiert und entsprechend 206 (53%) nicht börsennotiert. Unter das Mitbestimmungsgesetz fielen 347 Unternehmen (90%), mitbestimmt nach dem Drittelbeteiligungsgesetz waren 18 (5%), nicht mitbestimmt 21 (5%) sowie montanmitbestimmt ein Unternehmen (vgl. Gerum (2007), S. 57 f.).

kommt der deutsche Gesetzgeber der Forderung der EU nach, die Regelungen aus der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG spätestens bis zum 5. September 2008 umzusetzen.

4.1 Erklärung zur Unternehmensführung

4.1.1 Gesetzliche Kodifizierung

Niedergeschlagen haben sich die entsprechenden Änderungen durch das BilMoG in verschiedenen nationalen Gesetzen. Sowohl das HGB als auch das AktG sind betroffen, die größten Veränderungen ergeben sich hierbei für das HGB.²⁰² Die weitreichendste Änderung tritt im HGB durch die Einfügung des § 289a auf, der den Titel „Erklärung zur Unternehmensführung“ trägt.²⁰³ Mit dem neuen § 289a im Zusammenhang mit der Änderung des § 161 AktG werden Abs. 2 und 3 sowie die Buchstaben a), b) und f) des ersten Absatzes von Art. 46a der geänderten Bilanzrichtlinie – die Elemente 1, 2 und 6 des EU-Statements – in deutsches Recht transferiert. Insgesamt werden somit drei der sechs im Rahmen des Corporate Governance-Statements geforderten Elemente durch die Erklärung zur Unternehmensführung im deutschen Recht kodifiziert. Eine Umsetzung der gesamten sechs Elemente in einem „deutschen“ Corporate Governance-Statement erfolgt nicht.

Die Erklärung zur Unternehmensführung hat gemäß § 289a HGB folgende Bestandteile zu beinhalten, die wiederum direkte Informationssektionen darstellen:

1. die Erklärung gemäß § 161 AktG,
2. relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, nebst Hinweis, wo die Unternehmensführungspraktiken öffentlich zugänglich sind sowie
3. eine Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen; sind die Informa-

²⁰² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 83 f.

²⁰³ Vgl. Oser/Roß/Wader/Drögemüller (2008), S. 62.

tionen auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich, kann darauf verwiesen werden.

Mit In-Kraft-Treten des neuen § 289a HGB müssen neben börsennotierten Aktiengesellschaften auch Aktiengesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinn des § 2 Abs. 5 des WpHG ausgegeben haben und deren Aktien mit Wissen der Gesellschaft über ein multilaterales Handelssystem²⁰⁴ im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des WpHG gehandelt werden, eine Erklärung zur Unternehmensführung in den Lagebericht²⁰⁵ aufnehmen oder auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich machen. Die Erklärung ist erstmalig für Geschäftsjahre abzugeben, die nach dem 05. September 2008 beginnen.²⁰⁶

Der deutsche Gesetzgeber ist mit der Umsetzung in § 289a HGB exakt den Vorgaben der EU gefolgt. In Abs. 3 des eingefügten Art. 46a der Richtlinie 78/660/EWG heißt es, dass „die Mitgliedsstaaten (...) Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als zum Handel an einem geregelten Markt im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 14 der Richtlinie 2004/39/EG zugelassene Aktien emittiert haben, von der Anwendung“ der Informationssektionen 1, 2, 5 und 6 ausnehmen können, „es sei denn, dass diese Gesellschaften Aktien emittiert haben, die über ein multilaterales Handelssystem²⁰⁷ im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 15 der Richtlinie 2004/39/EG gehandelt werden“. Die von der EU eingeräumte Möglichkeit, die Erklärungspflicht – neben den börsennotierten – auf bestimmte nicht börsennotierte Unternehmen zu beschränken, wurde vom deutschen Gesetzgeber genutzt.

²⁰⁴ Multilateralen Handelssystems gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 WpHG: Ein multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zusammenbringt, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führt.

²⁰⁵ Zum Lagebericht von Kapitalgesellschaften siehe Krag/Möller (2001), S. 327 ff.

²⁰⁶ Vgl. Oser/Roß/Wader/Drögemüller (2008), S. 62.

²⁰⁷ Multilaterales Handelssystem (MTF): ein von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betriebenes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach nichtdiskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag gemäß den Bestimmungen des Titels II führt (Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der Richtlinie 2004/39/EG).

4.1.2 Verantwortlichkeit für die Erklärung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich in seiner Umsetzung der Regelungen aus der Abänderungsrichtlinie²⁰⁸ exakt an die Vorgaben der EU gehalten. Auch in dem Gesetzeswortlaut zu § 289a HGB wird keine Zuordnung der Verantwortlichkeit für die Erklärung zur Unternehmensführung zu einem Organ vorgenommen.

Gemäß § 289a HGB haben „börsennotierte Aktiengesellschaften sowie Aktiengesellschaften (...) eine Erklärung zur Unternehmensführung in ihren Lagebericht aufzunehmen (...)“. In der Gesetzesbegründung wird explizit hervorgehoben, dass die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Aufstellung und Veröffentlichung von Jahresabschluss und Lagebericht ihrem Unternehmen gegenüber kollektiv verantwortlich und haftbar sind.²⁰⁹

Die gemeinschaftliche Verantwortung (Haftung) soll zu einer höheren Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungslegung führen, weil eine kollektive Verantwortlichkeit einen besseren Informationsfluss bedingt.²¹⁰ Einer Umsetzung bedarf es für diese in der Abänderungsrichtlinie vorgeschriebenen Mindestanforderungen an die Verantwortung für die Rechnungslegung nicht, weil sie dem bereits in Deutschland vorhandenen Standard entsprechen.²¹¹

Folglich wird die Frage der Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Haftung eindeutig beantwortet. Interessanter erscheint die Frage der Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit. Hierbei muss erörtert werden, welches Organ für die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung zuständig ist.

²⁰⁸ In der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG heißt es wortwörtlich: „Eine Gesellschaft (...) nimmt eine Erklärung zur Unternehmensführung auf“. Zudem sollen die Mitgliedsstaaten gemäß Art. 50b der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG sicherstellen, „dass die Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gesellschaft kollektiv die Pflicht haben sicherzustellen, dass (...) die Erklärung zur Unternehmensführung (...) erstellt und veröffentlicht“ wird und die Organe dabei „im Rahmen der ihnen durch nationales Recht übertragenen Zuständigkeiten“ handeln. Die Mitgliedstaaten sollen bei der Umsetzung davon abgehalten werden, „eine Regelung zu wählen, die eine auf einzelne Organmitglieder begrenzte Verantwortung vorsieht“.

²⁰⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 85.

²¹⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 85.

²¹¹ Vgl. Pooten (2005), S. 58 f.

Verantwortlichkeit des Vorstands

Gemäß § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB ist die Erklärung entweder in den Lagebericht aufzunehmen, in dem sie einen gesonderten Abschnitt bildet, oder auf der Internetseite des Unternehmens der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Unter der Annahme einer Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht trifft grundsätzlich den Vorstand die Pflicht zur Erstellung der Erklärung.²¹² Die Erklärung muss allerdings die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG (§ 289a Abs. 1 Nr. 1 HGB) und auch eine Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse (§ 289a Abs. 1 Nr. 3 HGB) beinhalten. Diese Verpflichtungen kann der Vorstand sinnvoller Weise nicht ohne die Mitwirkung des Aufsichtsrats erfüllen. Hinsichtlich der Erklärung zum Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG wird zudem explizit formuliert, dass Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam die Befolgung des DCGK erklären. Folglich käme es bei einer Veröffentlichung der Erklärung im Lagebericht zu einer Vermengung der Kompetenzen, die beim Vorstand in der Aufstellung des Lageberichts (§ 264 Abs. 1 Satz 1 HGB) und beim Aufsichtsrat in der Prüfung des Lageberichts (§ 171 Abs. 1 Satz 1 AktG) bestehen.²¹³

Wird von dem Wahlrecht des § 289a Abs. 1 Satz 2 HGB Gebrauch gemacht und die Erklärung auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht, muss nach Satz 3 ein Hinweis auf die Internetseite in den Lagebericht aufgenommen werden. Durch den Hinweis im Lagebericht wird sich auch in diesem Fall an der grundsätzlichen Zuständigkeit für die Erstellung der Erklärung durch den Vorstand nichts ändern. Somit käme es bei der Erstellung der Erklärung aufgrund der Erklärungsbestandteile nach § 289a Abs. 2 Nr. 1 und 3 HGB wiederum zu einem Verstoß gegen das Prinzip der Kongruenz von Zuständigkeit und Berichtskompetenz, da der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan einen erheblichen Einfluss auf den Berichtsgegenstand hat.²¹⁴

Hinsichtlich der Corporate Governance besitzt der Vorstand im Vergleich zum Aufsichtsrat relativ wenige Kompetenzen. Dies lässt sich anhand der geringen Zahl von Kodexempfehlungen nachvollziehen, die in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands

²¹² Vgl. Morck (2007), § 264 HGB, Rn. 4.

²¹³ Vgl. Oser/Roß/Wader/Drögemüller (2008), S. 62; Weber/Lentfer/Köster (2008), S. 36.

²¹⁴ Vgl. IDW (2008a), S. 17.

fallen. Einen wichtigen Aspekt im Zuständigkeitsbereich des Vorstands stellen die Einberufung und Vorbereitung der Hauptversammlung dar, bei denen der Kodex eine Vielzahl von Maßnahmen fordert, welche die Aktionäre bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützen sollen. Ziel dieser Empfehlungen ist, Aktien deutscher „Global Player“ auch für potentielle Investoren aus dem Ausland attraktiv zu machen. Für ausländische Investoren war es bislang fast unmöglich, sich die entsprechende Information zu beschaffen und ihre Rechte auszuüben.²¹⁵

Wird lediglich der gesetzlichen Mindestanforderung entsprochen, würde es genügen, wenn der Vorstand die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung vornimmt. Die Verantwortlichkeit für die Erstellung des Lageberichts liegt gemäß § 264 Abs. 1 Satz 1 HGB ausschließlich bei den gesetzlichen Vertretern einer Kapitalgesellschaft und somit beim Vorstand. Als Konsequenz würde der Aufsichtsrat keine Möglichkeit besitzen, auf die Gestaltung der Erklärung einzuwirken. Sein Einfluss würde sich auf eine Zustimmung zu der diesbezüglichen Berichterstattung und die Erstellung der Entsprechenserklärung, zu der der Aufsichtsrat in § 161 AktG mit verpflichtet wird, beschränken.²¹⁶ Dies würde aber den Kompetenzen bezüglich der Corporate Governance entgegenstehen, die beim Aufsichtsrat generell weit ausgeprägter sind als beim Vorstand.

Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats

Momentan ist noch eine Dominanz des Aufsichtsrats bezüglich der Corporate Governance im deutschen Recht verankert. Der Aufsichtsrat besitzt weiter reichende Kompetenzen hinsichtlich der Ausgestaltung der Corporate Governance als der Vorstand.²¹⁷ Exemplarisch sind die Bestimmungen der Vergütung (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG) und der Zusammensetzung (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) des Vorstands zu nennen, die in den Kompetenzbereich des Aufsichtsrats fallen.²¹⁸ Ebenfalls steht dem Aufsichtsrat der Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand zu (§ 77 Abs. 2 Satz 1 AktG), über die er maßgeblich Einfluss auf die Arbeit des Vorstands nehmen kann.²¹⁹

²¹⁵ Vgl. Lentfer (2005), S. 240 ff.

²¹⁶ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2362.

²¹⁷ Vgl. Lentfer (2005), S. 189 f.

²¹⁸ Für eine ausführliche Analyse der Entscheidungskompetenzen siehe Lentfer (2005), S. 234 ff.

²¹⁹ Vgl. Lutter/Krieger (2002), Rn. 428.

Auch der DCGK beinhaltet eine Vielzahl von Empfehlungen, die den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats betreffen.²²⁰ Der Aufsichtsrat selbst ist verpflichtet, eine Selbstorganisation vorzunehmen. Um den Vorgaben einer Selbstorganisation gerecht zu werden, muss er, wenn er nicht durch eine Satzung gebunden ist, seine Organisation in Form einer Geschäftsordnung konkretisieren.²²¹

Folglich müsste bei einer Einzelverantwortlichkeit einer der beiden Organe eine Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats präferiert werden.

Gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat

Um zu entscheiden, wer für die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung verantwortlich sein sollte, muss überprüft werden, welche Konstellation aufgrund der originären Pflichten und Corporate Governance-Kompetenzen der Unternehmensorgane am geeignetsten ist, um die Erklärung zu erstellen.²²²

Einen wichtigen Anhaltspunkt zur Klärung dieser Frage bieten die Vorschriften des ursprünglichen § 161 AktG. Demnach sind Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft verpflichtet, jährlich gemeinsam zu erklären, dass den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Es handelt sich mithin nicht um eine Pflicht der Gesellschaft, die lediglich von deren Organen erfüllt wird, sondern die Organe selbst werden gemeinsam verpflichtet, die Erklärung abzugeben.²²³

Wenn die Informationssektionen der Erklärung zur Unternehmensführung als eine Art Weiterentwicklung der Berichterstattung über die Corporate Governance gesehen werden, ließe sich hieraus schließen, dass einer gemeinsamen Berichterstattung von Aufsichtsrat und Vorstand nichts entgegenstehen würde. Dieser Kooperation müsste allerdings eine gemeinsame Entscheidung zur Ausgestaltung der Corporate Governance vo-

²²⁰ Vgl. Lentfer (2005), S. 239.

²²¹ Vgl. Lutter/Krieger (2002), Rn. 534.

²²² Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2362.

²²³ Vgl. Seibt (2002), S. 252 f.

rangehen, bei der sich die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat über ihre eigentlichen Führungs- und Überwachungsaufgaben hinaus austauschen.

Auch im DCGK wird der Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat ein großer Wert beigemessen, deutlich zu erkennen im Abschnitt Nr. 3 des DCGK. Dieser beginnt mit dem Unterabschnitt 3.1 „Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens eng zusammen“²²⁴, wodurch sich eine positive Grundeinstellung gegenüber dem Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat hinsichtlich der Corporate Governance erkennen lässt.²²⁵

Grundsätzlich sind die Kompetenzen für die Unternehmensleitung (Vorstand) und -überwachung (Aufsichtsrat) klar verteilt. Neben den Handlungsabläufen, die jeweils nur eines der beiden Organe betreffen, existieren in der dualistischen Unternehmensform der AG auch organübergreifende Prozesse, die nur durch die Kooperation von Vorstand und Aufsichtsrat sachgerecht verlaufen können.²²⁶

Kooperationsfelder zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sind zum einen organübergreifende Abstimmungsprozesse zur Entscheidungsfindung bei richtungweisenden Weichenstellungen für das Unternehmen, z.B. Abstimmung der strategischen Ausrichtung des Unternehmens, Abwehrmaßnahmen bei Übernahmeangeboten oder Gewährung von Krediten des Unternehmens an Mitglieder des Vorstands. Zum anderen stellt der Informationsaustausch zwischen den beiden Organen, der sowohl für fundierte Entscheidungen als auch für die sachgerechte Erfüllung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats unabdingbar ist und ebenfalls einen Ansatzpunkt für die Sicherstellung guter Corporate Governance bildet, ein Kooperationsfeld dar.²²⁷ Insgesamt kann ein Trend zu einer gewissen Gleichberechtigung bezüglich der Corporate Governance-Zuständigkeit in dem deutschen dualistischen System verzeichnet werden.

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Vorstand für die Erklärung zur Unternehmensführung stellt also eine sinnvolle Alternative dar. Bei dieser Konstel-

²²⁴ Vgl. Werder (2008b), S. 106 f.

²²⁵ Vgl. Werder (2008b), S. 107.

²²⁶ Vgl. Bernhardt/Werder (2000), S. 1273 f.

²²⁷ Vgl. Werder (2008b), S. 110.

lation kommt es zu einer intensiveren Auseinandersetzung zwischen den Verwaltungsorganen mit den unternehmenseigenen Corporate Governance. Hierdurch werden die Corporate Governance diskutiert und überdacht, sodass eine Überarbeitung und daraus folgende Verbesserung der Corporate Governance erreicht werden kann.

Die Auswirkungen einer Konstellation, in der beide Organe für die Erstellung verantwortlich sind, können sogar soweit gehen, dass auf Basis dieser Auseinandersetzungen mit den Corporate Governance die entsprechenden Angaben in der Erklärung die gesetzlich geforderten Mindestangaben übertreffen.²²⁸ Weiterhin ist eine gemeinsame Verantwortlichkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats sinnvoll, weil beide Einfluss auf die Corporate Governance in einem Unternehmen haben. Zwar überwiegt der Einfluss des Aufsichtsrats den des Vorstands deutlich, trotzdem bleibt in Bezug auf die Vorbereitung und Einberufung der Hauptversammlung ein Teilbereich der Corporate Governance dem Vorstand vorbehalten. Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam in die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung einzubeziehen, erscheint daher sinnvoll.

Zusätzliche Argumente, die für eine gemeinsame Erstellung der Erklärung durch Aufsichtsrat und Vorstand sprechen, sind die bereits erwähnte gemeinsame Erklärung hinsichtlich der Corporate Governance nach § 161 AktG, die als eine Art Vorläufer zu der neuen Erklärung zur Unternehmensführung gesehen werden kann, und die im Unterabschnitt 3.1 des DCGK hervorgehobene Bedeutung der Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohl des Unternehmens.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit einer alleinigen Verantwortlichkeit des Vorstands oder des Aufsichtsrats für die Erklärung zur Unternehmensführung vorzuziehen ist. Zu einer generellen Kompetenz- und Verantwortungsvermischung darf es in diesem Fall durch die Zusammenarbeit des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht kommen. Die Schwerpunkte der beiden Organe, so wie sie das Aktiengesetz vorsieht, dürfen und sollen nicht (grundlegend) verschoben werden. Das Zusammenwirken kann sich lediglich auf die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung beziehen. Der Aufsichtsrat ist auch weiterhin als kompetentes Überwachungsorgan zu verstehen und von der aktiven Geschäftsführung eindeutig aus-

²²⁸ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2362.

geschlossen.²²⁹ Nur hinsichtlich der Corporate Governance, speziell bei der Erstellung der Erklärung, erfolgt hier eine Zusammenarbeit, die aufgrund der Tatsache, dass beide Organe Kompetenzen und Verantwortung hinsichtlich der Ausgestaltung der Corporate Governance besitzen, keine unverhältnismäßige Vermischung der Vorstands- und Aufsichtsratsstätigkeiten darstellt. Gute Corporate Governance wird durch eine unmittelbare Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat erreicht, damit eine gegenseitige notwendige Information erfolgt.²³⁰

4.1.3 Wirkungskreis der Regelungen zur Erklärung

4.1.3.1 Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG bezüglich des Corporate Governance-Statements in den Teilbereichen, in denen die Richtlinie den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht bezüglich des Geltungsbereichs der Vorgaben einräumt, von dem Wahlrecht Gebrauch gemacht und zumindest die Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung, mit der drei Elemente des Statements umgesetzt werden, nicht generell für kapitalmarktorientierte Unternehmen vorgeschrieben.

Gemäß der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG können Unternehmen, die ausschließlich andere Wertpapiere als zum Handel an einem geregelten Markt im Sinne des Artikels 4 Abs. 1 Nr. 14 der EU-Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente zugelassene Aktien emittiert haben, von der Anwendung der drei Elemente von den Mitgliedstaaten ausgenommen werden, es sei denn, dass diese Unternehmen Aktien emittiert haben, die über ein multilaterales Handelssystem im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nr. 15 der Richtlinie 2004/39/EG gehandelt werden.

Der Gesetzeswortlaut von § 289a HGB versucht einerseits, den Kreis der zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung verpflichteten Unternehmen möglichst klein zu halten, auf der anderen Seite aber die gesetzliche Regelung im deutschen Recht derart auszugestalten, dass sie den Ansprüchen der Richtlinie genügt.

²²⁹ Vgl. Werder (2008b), S. 111.

²³⁰ Vgl. Schneider (2002), S. 875; Paetzmann (2009), S. 65.

Aus diesen Bemühungen resultiert ein Wortlaut, der beim erstmaligen Lesen schwer verständlich ist. Gemäß § 289a HGB sind „börsennotierte Aktiengesellschaften sowie Aktiengesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinn des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des Wertpapierhandelsgesetzes gehandelt werden“ zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet.

Auffällig ist, dass die Verpflichtung aus § 289a HGB ausschließlich bestimmte Aktiengesellschaften trifft.²³¹ Betrachtet man die Informationssektionen, die Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung sind, scheint diese grundsätzliche Einschränkung auf Unternehmen in der Rechtsform einer AG nachvollziehbar. Die nach § 161 AktG geforderte Entsprechenserklärung als erster Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist ebenfalls nur von den in § 289a HGB genannten Aktiengesellschaften abzugeben. Über die Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise ihrer Ausschüsse als dritter Bestandteil der Erklärung kann nur eine Aktiengesellschaft berichten, weil sie die entsprechenden Organe und Ausschüsse besitzt.²³²

Bei dem zweiten Bestandteil der Erklärung lässt sich eine derartig eindeutige Argumentation für die Beschränkung der Angabepflicht auf Aktiengesellschaften nicht führen. Zwar sind relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, auch in erster Linie von Aktiengesellschaften vorzunehmen, da nur sie dem DCGK unterliegen.²³³ Trotzdem ergibt sich auch bei anderen Rechtsformen die Notwendigkeit, Informationen zu Unternehmensführungspraktiken zu publizieren, um deren Corporate Governance darzustellen, vor allem dann, wenn sie auf dem Kapitalmarkt aktiv sind.²³⁴ Im Hinblick auf die Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken wäre eine Erweiterung des Wirkungskreises durch

²³¹ Vgl. Stute (2008), S. 32.

²³² Vgl. Niemeier (2006), S. 182.

²³³ Vgl. Ringleb (2008a), S. 30.

²³⁴ Vgl. Werder (2008c), S. 65.

den deutschen Gesetzgeber über die Vorgaben der Abänderungsrichtlinie hinaus angebracht gewesen. Eine Möglichkeit wäre die Erweiterung des Wirkungsbereiches auf kapitalmarktorientierte Unternehmen generell.

Bezüglich der Aktiengesellschaften unterscheidet § 289a HGB zwei Gruppen, die zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet sind. Die erste Gruppe stellen die börsennotierten Aktiengesellschaften dar.

4.1.3.2 Börsennotierte Aktiengesellschaften

Die Verpflichtung der börsennotierten Aktiengesellschaften zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung erscheint konsequent. Solche Gesellschaften stehen im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses, zum einen bei den Aktionären selbst, deren Struktur bei großen börsennotierten Gesellschaften überwiegend durch eine geringe Anteilskonzentration geprägt ist. Zum anderen sind börsennotierte Aktiengesellschaften ebenfalls für potentielle Aktionäre von großem Interesse, die sich zur Begründung ihrer Anlageentscheidung Informationen über das entsprechende Unternehmen einholen.²³⁵ Bei den Entscheidungen über den Kauf oder Nichtkauf bzw. Verkauf von Aktien spielen Corporate Governance-Informationen mittlerweile eine entscheidende Rolle.²³⁶

Börsennotierte Aktiengesellschaften bilden den Ausgangspunkt von Corporate Governance-Regeln. Diese Tatsache spricht für eine Verpflichtung börsennotierter Aktiengesellschaften zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung.²³⁷ Bei ihnen ist der Prinzipal-Agenten-Konflikt am stärksten ausgeprägt. Die Gruppe der weiteren Stakeholder, die ein gesteigertes Interesse an der Entwicklung des Unternehmens haben, spielt zudem bei den börsennotierten Aktiengesellschaften eine bedeutende Rolle.²³⁸

Die Erklärung zur Unternehmensführung soll langfristig zu einer Verbesserung der Corporate Governance beitragen und wird als eine Weiterentwicklung im Vergleich zu

²³⁵ Vgl. Werder (2008c), S. 62.

²³⁶ Vgl. Gentz (2007), S. 147 f.

²³⁷ Vgl. Gentz (2007), S. 145.

²³⁸ Vgl. Dörner/Orth (2005), S. 8.

der bisher geforderten Entsprechenserklärung gesehen.²³⁹ Zur Abgabe der Entsprechenserklärung waren bislang lediglich börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtet.²⁴⁰ Da die Erklärung zur Unternehmensführung eine strengere Regulierung bezüglich der Transparenz darstellen soll, wäre es falsch, den Kreis der von den bisherigen Regelungen erfassten Unternehmen bezüglich der Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung zu verkleinern. Der Wirkungskreis muss mindestens beibehalten, besser noch vergrößert werden.

Um den tatsächlichen Kreis der Unternehmen anschaulich zu machen, der von der Bezeichnung „börsennotierte Aktiengesellschaft“ betroffen ist, muss der Sachverhalt der Börsennotierung näher betrachtet werden. Eine gesetzliche Definition der Börsennotierung enthält das Aktiengesetz in § 3 Abs. 2. Als „börsennotiert“ ist eine Aktiengesellschaft demnach zu bezeichnen, wenn „deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist“. Um als börsennotiert zu gelten, müssen die Aktien einer Aktiengesellschaft somit an einem organisierten Markt gehandelt werden.²⁴¹

Nach § 2 Abs. 5 WpHG ist ein organisierter Markt „ein im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum betriebenes oder verwaltetes, durch staatliche Stellen genehmigtes, geregeltes und überwachtes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von dort zum Handel zugelassenen Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zusammenbringt oder das Zusammenbringen fördert, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führt.“ Als organisierter Markt ist im Wesentlichen der regulierte Markt zu verstehen, welcher ebenfalls z.B. die European Energy Exchange umfasst. Um organisierte Märkte zu identifizieren, kann die regelmäßig aktualisierte Liste des Committees of European Security Regulators herangezogen werden.²⁴²

²³⁹ Vgl. Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 368.

²⁴⁰ Vgl. Pfitzer/Oser/Wader (2002), S. 1120.

²⁴¹ Vgl. Ringe (2007), S. 813; Werder (2008c), S. 61.

²⁴² Vgl. Withus (2009d), S. 238.

Die Definition des „organisierten Marktes“ in § 2 Abs. 5 WpHG stimmt mit der Definition des „geregelten Marktes“ aus der EU-Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente überein. Zu erklären ist die im Vergleich zur Richtlinie abweichende Bezeichnung „organisierter Markt“ dadurch, dass die Bezeichnung „geregelter Markt“ bereits zur Bezeichnung des zweiten Segments der öffentlich-rechtlich strukturierten börslichen Marktsegmente („geregelter Markt“ i.S.d. §§ 49 ff. Börsengesetz (BörsG)) besetzt war und eventuelle Irreführungen ausgeschlossen werden sollten.²⁴³ In Deutschland erfüllen der amtliche Markt (§§ 30 ff. BörsG) und der geregelte Markt (§§ 49 ff. BörsG) die Ansprüche an einen organisierten Markt i.S.d. BörsG.²⁴⁴

Als nicht börsennotiert gelten Aktiengesellschaften, deren Aktien lediglich im Freiverkehr (§ 57 BörsG) gehandelt werden, weil diese Art des Handels keine Börsennotierung i.S.v. § 3 Abs. 2 AktG begründet.²⁴⁵ Der vom Börsengesetz beim amtlichen oder geregelten Markt genutzte Begriff „Zulassung“²⁴⁶ wird im Zusammenhang mit dem privatrechtlich organisierten Freiverkehr nicht verwendet. Hier nutzt das Börsengesetz den Begriff „Einbeziehung“. Die Zulassung und die Einbeziehung grenzen somit den organisierten und geregelten Kapitalmarkt vom unregulierten ab, der auch als grauer Kapitalmarkt bezeichnet wird.²⁴⁷

Börsennotiert sind ebenfalls Aktiengesellschaften, deren Aktien an vergleichbaren Börsen im Ausland notiert werden.²⁴⁸ Betroffen sind von den Regelungen des § 289a HGB allerdings nur „deutsche“ Aktiengesellschaften, die ihren gesellschaftsrechtlichen Sitz in Deutschland haben und an einer ausländischen Börse zugelassen sind. Aktiengesellschaften, die ihren Sitz im Ausland haben aber an einer deutschen Börse notiert sind,

²⁴³ Vgl. Assmann (2006), § 2 WpHG, Rn. 95.

²⁴⁴ Vgl. Assmann (2006), § 2 WpHG, Rn. 96; Werder (2008c), S. 61.

²⁴⁵ Vgl. Ammon (2007), § 3 AktG, Rn. 5; Ringe (2007), S. 813.

²⁴⁶ Die Zulassung von Wertpapieren zum amtlichen oder geregelten Markt setzt ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren voraus und endet in einer öffentlich-rechtlichen Zulassungsentscheidung. Die Einbeziehung von Wertpapieren in den Freiverkehr erfolgt dagegen allein auf privatrechtlicher Grundlage (siehe hierzu Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 2).

²⁴⁷ Vgl. Willamowski (2007a), § 30 BörsG, Rn. 3.

²⁴⁸ Vgl. Ammon (2007), § 3 AktG, Rn. 5.

fallen nicht unter die börsennotierten Aktiengesellschaften, die in § 289a HGB angesprochen werden.²⁴⁹

4.1.3.3 Andere betroffene Aktiengesellschaften

Die andere Gruppe von Aktiengesellschaften, die laut § 289a Abs. 1 HGB zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet ist, sind Aktiengesellschaften, „die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinn des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des Wertpapierhandelsgesetzes gehandelt werden“.²⁵⁰

Der Gesetzgeber nennt für die Zuordnung zu der anderen Gruppe von Aktiengesellschaften in § 289a HGB zwei Voraussetzungen. Eine Forderung besteht darin, dass die Aktiengesellschaften ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt ausgegeben haben. Nach der zweiten Voraussetzung müssen die ausgegebenen Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem gehandelt werden. Nach der *ersten Voraussetzung* muss – wie bei börsennotierten Aktiengesellschaften auch – die Ausgabe an einem organisierten Markt erfolgt sein. Grundsätzlich kommen hier also wiederum der amtliche Markt (§§ 30 ff. BörsG) und der geregelte Markt (§§ 49 ff. BörsG) in Frage.²⁵¹

Im Vergleich zu den börsennotierten Aktiengesellschaften liegt der grundlegende Unterschied darin, dass ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien ausgegeben wurden. Diese anderen Wertpapiere sind gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG insbesondere

1. andere Anteile als Aktien an in- oder ausländischen juristischen Personen, Personengesellschaften und sonstigen Unternehmen, soweit sie Aktien vergleichbar sind, sowie Zertifikate, die Aktien vertreten,

²⁴⁹ Vgl. Werder (2008c), S. 61.

²⁵⁰ Das in § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 WpHG beschriebene multilaterale Handelssystem unterscheidet sich hinsichtlich seiner Ausprägung nicht von dem in Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der Richtlinie 2004/39/EG beschriebenen multilateralen Handelssystem.

²⁵¹ Vgl. Assmann (2006), § 2 WpHG, Rn. 96; Werder (2008c), S. 61.

2. Schuldtitel,
 - a) insbesondere Genussscheine und Inhaberschuldverschreibungen und Oderschuldverschreibungen sowie Zertifikate, die Schuldtitel vertreten,
 - b) sonstige Wertpapiere, die zum Erwerb oder zur Veräußerung von Wertpapieren nach den Nummern 1 und 2 berechtigen oder zu einer Barzahlung führen, die in Abhängigkeit von Wertpapieren, von Währungen, Zinssätzen oder anderen Erträgen, von Waren, Indices oder Messgrößen bestimmt wird,
3. Anteile an Investmentvermögen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen Investmentgesellschaft ausgegeben werden.

Die Menge der unter den Begriff „Wertpapier“ fallenden Finanzinstrumente, die keine Aktien sind, verdeutlicht, dass ein großer Anteil der Aktiengesellschaften diese Voraussetzung erfüllt.²⁵² Vor allem die Finanzierung eines Unternehmens durch die Ausgabe von Schuldtiteln an einem organisierten Markt ist ein in der Praxis immer öfter genutztes Mittel, um den Kapitalbedarf eines Unternehmens zu befriedigen.²⁵³

Die *zweite Voraussetzung* besagt, dass die ausgegebenen Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem gehandelt werden. Die Formulierung der zweiten Voraussetzung erscheint ungewöhnlich, erfüllt dennoch den von dem Bundesministerium der Justiz verfolgten Zweck. Der Handel mit Aktien einer Gesellschaft an einem organisierten Markt unterscheidet sich von dem Handel mit Aktien einer Gesellschaft über ein multilaterales Handelssystem lediglich dadurch, dass nach § 2 Abs. 5 WpHG ein organisierter Markt ein durch staatliche Stellen genehmigtes, geregeltes und überwachtetes multilaterales Handelssystem darstellt.²⁵⁴ Durch die Zuordnung des amtlichen und des geregelten Markts zum organisierten Markt stellt folglich der in § 289a HGB beschriebene Handel der Aktien über ein multilaterales Handelssystem in erster Linie den Freiverkehr dar, der in § 57 BörsG geregelt wird.²⁵⁵ Weitere multilaterale Handelssysteme für Deutschland sind z.B. die MTS Deutschland AG sowie die Trade-

²⁵² Vgl. Burger/Fröhlich/Ulbrich (2006), S. 117.

²⁵³ Vgl. KfW Bankengruppe (2007), S. 9 ff.; Creditreform Wirtschaftsforschung (2008), S. 14 ff.

²⁵⁴ Vgl. Werder (2008c), S. 61.

²⁵⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 170; Ernst/Seidler (2007), S. 2566.

gate AG.²⁵⁶

Betrachtet man die zweite Voraussetzung, unter der nicht börsennotierte Aktiengesellschaften zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet sind, fällt der Zusatz in § 289a HGB auf, der bestimmt, dass die ausgegebenen Aktien der Gesellschaft „auf eigene Veranlassung“ im Freiverkehr gehandelt werden müssen, um die Voraussetzung des § 289a HGB zu erfüllen. Die Notwendigkeit dieses Zusatzes erschließt sich jedoch, wenn das Verfahren zur Einbeziehung von Aktien in den Freiverkehr, das in den Richtlinien für den Freiverkehr geregelt ist, betrachtet wird.²⁵⁷ Den Antrag auf Einbeziehung bestimmter Aktien zum Freiverkehr kann nur ein uneingeschränkt zum Börsenhandel zugelassenes Unternehmen stellen, wobei der Antragsteller nicht der Emittent der Aktien sein muss. Allerdings ist der Emittent über die beabsichtigte Einbeziehung seiner Aktien zum Freiverkehr vom Antragsteller zu unterrichten.²⁵⁸ Inwieweit hier eine wirkliche Verpflichtung zur Unterrichtung des Emittenten besteht, bleibt allerdings zweifelhaft. In Baden-Württemberg etwa heißt es in den Richtlinien zum Freiverkehr, dass der Emittent vom Antragsteller über die beabsichtigte Einbeziehung seiner Aktien zum Freiverkehr unterrichtet werden „soll“.²⁵⁹ Eine konkrete Unterrichtungspflicht kann aus der Formulierung „soll unterrichtet werden“ nicht abgeleitet werden. Ebenso wird in der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass Unternehmen, deren Aktien im Freiverkehr gehandelt werden, nicht zwingend davon erfahren – also nicht positiv wissen müssen –, dass ihre Aktien im Freiverkehr gehandelt werden. Auch müssen die Marktteilnehmer den Emittenten nicht über die Einbeziehung der Anteile informieren.²⁶⁰

Damit es zu einer Einbeziehung zum Handel im Freiverkehr kommt, bedarf es keiner Zustimmung zur Einbeziehung seitens des Emittenten. Selbst wenn dieser offiziell einen Widerspruch gegen die Einbeziehung einlegt, führt der Widerspruch nicht zwingend

²⁵⁶ Vgl. Withus (2009d), S. 239.

²⁵⁷ Vgl. Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 3 ff.

²⁵⁸ Vgl. Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 3.

²⁵⁹ Vgl. Baden-Württembergische Wertpapierbörse (2008), S. 4.

²⁶⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 171.

dazu, dass die Einbeziehung unterbleibt.²⁶¹ Um eine Einbeziehung von Aktien zum Freiverkehr zu ermöglichen, müssen lediglich drei Bedingungen erfüllt sein:

1. Die einzubeziehenden Aktien müssen genau bezeichnet sein,
2. der Antrag zur Einbeziehung muss Angaben darüber enthalten, an welchen in- oder ausländisch organisierten Märkten bereits Preise für diese Aktien festgestellt werden, und
3. der Antragsteller muss die Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen Börsenhandels²⁶² gewährleisten.²⁶³

Aus den o.g. Bedingungen über die Einbeziehung von Aktien zum Freiverkehr lässt sich schließen, dass Aktien eines Emittenten unter relativ leicht zu erfüllenden Bedingungen auch ohne dessen Einwilligung zum Freiverkehr einbezogen werden können.

Damit trotz der doch recht unüberschaubaren Umstände über die Einbeziehung von Aktien in den Freiverkehr keine Zweifel für die Unternehmen auftreten, ob sie eine Erklärung zur Unternehmensführung veröffentlichen müssen oder nicht, und die Vorschrift in der Praxis anwendbar bleibt, wurde § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB dahingehend beschränkt²⁶⁴, dass nur soweit die ausgegebenen Aktien auf eigene Veranlassung im Freiverkehr gehandelt werden, eine Erklärung zur Unternehmensführung abzugeben ist.²⁶⁵

²⁶¹ Vgl. Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 3.

²⁶² Damit ein ordnungsgemäßer Börsenhandel gewährleistet ist, muss die Deutsche Börse AG unverzüglich über bevorstehende Hauptversammlungen, Dividendenzahlungen, Kapitalveränderungen und sonstige Umstände, die für die Bewertung der Aktien oder des Emittenten von wesentlicher Bedeutung sein können, unterrichtet werden. Des Weiteren muss eine ordnungsgemäße Abwicklung der Wertpapiergeschäfte gegeben sein sowie die Benennung einer inländischen Zahl- und Hinterlegungsstelle vorliegen (vgl. Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 4).

²⁶³ Vgl. Willamowski (2007b), § 57 BörsG, Rn. 4.

²⁶⁴ Durch diese neu formulierte Beschränkung im Regierungsentwurf wurde die bestehende Unsicherheit bezüglich der entsprechenden Regelung, die noch im Referentenentwurf vorhanden war, beseitigt. Im Referentenentwurf hieß es, dass die Aktien lediglich „mit Wissen der Gesellschaft“ im Freiverkehr gehandelt werden müssen, damit die Unternehmen eine Erklärung zur Unternehmensführung abgeben müssen. Folglich hätten Unternehmen ohne ihr Zutun zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet werden können, da ein Widerspruch gegen die Einbeziehung ihrer Aktien zum Freiverkehr wirkungslos wäre (vgl. Bundesministerium der Justiz (2007), S. 16).

²⁶⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 171.

Folglich kann im Gegensatz zu der Formulierung im Referentenentwurf zum BilMoG nicht der Fall eintreten, dass eine Aktiengesellschaft, die bereits andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen hat, ohne ihr Zutun und ihre Einwilligung von den Regelungen des § 289a HGB erfasst und zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet wird, wenn ihre Aktien zum Freiverkehr einbezogen werden.²⁶⁶ Die vorgenommene Beschränkung auf Unternehmen, die selbst die Einbeziehung ihrer Aktien zum Freiverkehr veranlasst haben, erscheint daher notwendig und ist zu begrüßen.

§ 289a HGB stellt eine exakte Umsetzung der Vorgaben bezüglich des Corporate Governance-Statements aus der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG dar, wobei von dem dort eingeräumten Wahlrecht Gebrauch gemacht wurde. Der deutsche Gesetzgeber hat die Formulierung in § 289a HGB somit nicht direkt zu verantworten, weil lediglich die Vorgaben aus der EU-Richtlinie umgesetzt wurden.²⁶⁷ Trotzdem findet sich in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Versuch, den gewählten Umfang des Wirkungsbereiches von § 289a HGB zu rechtfertigen. Diese Rechtfertigung erfolgt allerdings nicht ausschließlich in der Begründung zu § 289a HGB, sondern auch in der Begründung zur Änderung der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, die wiederum einen Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt. Grund hierfür ist, dass die von § 289a HGB erfassten Unternehmen mit denen zur Abgabe einer Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG verpflichteten Unternehmen übereinstimmen.²⁶⁸

In der Begründung zu § 161 AktG wird die Einbeziehung der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften unter den genannten Voraussetzungen ebenfalls als eine „Einschränkung“ bezeichnet, die aus Praktikabilitätsgründen vorgenommen wurde. Allerdings rechtfertigt der Gesetzgeber die Einschränkung mit dem Argument, dass die Anzahl der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, welche durch § 161 AktG erfasst werden, in Deutschland unwesentlich ist.²⁶⁹ Das Argument für die Verpflichtung der bestimmten nicht börsennotierten Unternehmen, in Deutschland wären lediglich sehr wenige Unter-

²⁶⁶ siehe dazu Bundesministerium der Justiz (2007), S. 213.

²⁶⁷ Vgl. Ernst/Seidler (2007), S. 2566.

²⁶⁸ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

²⁶⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

nehmen von der Regelung betroffen, erscheint willkürlich. Weitere Ausführungen zu der Feststellung oder Zahlen, welche die Aussage begründen, fehlen ebenfalls. Aus der Argumentation lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber sich rechtfertigen möchte, zusätzlich weiteren nicht börsennotierten Gesellschaften, welche die Voraussetzungen der §§ 161 AktG bzw. 289a HGB erfüllen, die Abgabe der Entsprechenserklärung „aufgebürdet“ zu haben. Ebenso kann eine nicht ohne Vorbehalte implementierte Erfassung der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften gemäß § 289a HGB vermutet werden. Deutlich wird hier, dass der deutsche Gesetzgeber die Regelungen der §§ 289a HGB und 161 AktG bei einer Implementierung ohne Vorgaben der EU lediglich für börsennotierte Aktiengesellschaften vorgeschrieben hätte, um die Unternehmen weitestgehend zu entlasten. Der vor dem BilMoG gültige § 161 AktG sah auch dementsprechend nur eine Abgabe der Entsprechenserklärung für börsennotierte Unternehmen vor, zu einem Corporate Governance-Bericht wurde lediglich im DCGK geraten, der ebenfalls nur für börsennotierte Aktiengesellschaften gilt.²⁷⁰

Die Einbeziehung der bestimmten nicht börsennotierten Aktiengesellschaften erscheint angemessen. Zu bedenken ist, dass auch Stakeholder von Unternehmen, die Schuldverschreibungen emittieren, ein Interesse an der Corporate Governance des Unternehmens besitzen. Allein die Anleihegläubiger haben ein Interesse an Informationen über alle Unternehmenszustände, die Einfluss auf die zukünftige Rückzahlung ihrer Einlage haben können, folglich auch an der Corporate Governance.

4.1.4 Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung

Die drei Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung stellen direkte Informationssektionen dar und sind

1. die Erklärung gemäß § 161 AktG,
2. relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, nebst Hinweis, wo die Unternehmensführungspraktiken öffentlich zugänglich sind sowie

²⁷⁰ Vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2007), Ziff. 3.10.

3. eine Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen; sind die Informationen auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich, kann darauf verwiesen werden.

Nachfolgend sollen die Bestandteile dargestellt und ihre Eignung für eine Verbesserung des Einblicks in die Führungs- und Kontrollsituation beurteilt werden.

4.1.4.1 Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex

Neben dem HGB ist das AktG durch die Umsetzung des Art. 46a der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG in das deutsche Recht betroffen. Die Änderungen erfolgten in § 161 AktG und somit in der „Erklärung zum Corporate Governance Kodex“, die Teil der „Erklärung zur Unternehmensführung“ gemäß § 289a HGB ist. Notwendig war die Änderung des § 161 AktG, um die Buchstaben a) Ziff. i) sowie b) des Art. 46a, also einen Teil des ersten und das zweite Element des EU-Statements, umzusetzen.²⁷¹

4.1.4.1.1 Gesetzliche Kodifizierung

Bislang bestand für den Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft nach § 161 AktG die Verpflichtung zu erklären, ob den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung war den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen.

Aufgrund der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch das BilMoG wurde der Umfang der Angabepflichten des § 161 Abs. 1 AktG erheblich erweitert. Zukünftig müssen die Unternehmen, wenn sie Empfehlungen des DCGK nicht folgen, zusätzlich die Gründe für ihr Abweichen angeben. Die bloße Berichterstattung darüber, welche Empfehlungen nicht angewandt wurden, ist somit unzureichend.²⁷²

²⁷¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 229.

²⁷² Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 81.

Eine weitere Neuerung stellt § 161 Abs. 2 AktG dar. Die Erklärung muss demnach zukünftig auf der Internetseite der Aktiengesellschaft zugänglich sein. Bislang wurden in § 161 AktG bezüglich des Orts der Veröffentlichung keine Vorgaben gemacht. Die Art und Weise der Veröffentlichung wird folglich klar umschrieben, gleichzeitig aber auch hinsichtlich des Orts der Veröffentlichung eingeschränkt.²⁷³

Der Adressatenkreis der Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex wird durch die Neuregelung von § 161 Abs. 2 AktG erweitert. Es reicht nun nicht mehr aus, die Erklärung nur den Aktionären zugänglich zu machen, wie es bislang der Fall war, sondern die Erklärung muss der Allgemeinheit öffentlich zugänglich sein.²⁷⁴

Im Zusammenhang mit § 161 AktG stehen die §§ 285 Nr. 16 und 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB, die im Rahmen der Umsetzung der Abänderungsrichtlinie durch das BilMoG ebenfalls betroffen sind und dementsprechend geändert wurden.²⁷⁵ § 285 Nr. 16 HGB erfährt dahingehend eine Änderung, dass es nicht mehr ausreicht, im Anhang zu vermerken, dass die nach § 161 AktG vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Der geänderte § 285 Nr. 16 HGB fordert jetzt neben dem Hinweis, dass die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgegeben worden ist, zusätzlich einen Hinweis, wo – auf welcher Internetseite o.ä. – sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist.

Auch § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB wird durch das BilMoG geändert, wobei seine Neufassung Folge der Änderung des § 285 Nr. 16 HGB ist. Zukünftig reicht es nicht mehr aus, im Konzernanhang zu vermerken, dass für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen die nach § 161 AktG vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht wurde. Der geänderte § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB fordert jetzt neben dem Hinweis, dass die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgegeben worden ist, zusätzlich einen Hinweis, wo sie öffentlich – und damit der Allgemeinheit und nicht nur den Aktionären – zugänglich gemacht worden ist. Die

²⁷³ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 231.

²⁷⁴ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230 f.

²⁷⁵ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 52 ff.

Neuregelungen des § 285 Nr. 16 HGB wurden somit entsprechend auch für Konzerne umgesetzt.²⁷⁶

4.1.4.1.2 Verantwortlichkeit für die Entsprechenserklärung

Für die Erstellung der Erklärung zur Unternehmensführung wurde bereits in Abschnitt 4.1.2 festgestellt, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat sinnvoll ist. Da die Entsprechenserklärung ein Teil der Erklärung zur Unternehmensführung ist, kann für die Entsprechenserklärung grundsätzlich keine andere Regelung als für die Erklärung zur Unternehmensführung gelten. Folglich müsste auch für die Entsprechenserklärung eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat vorgesehen werden. Allerdings ist die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung eine Pflicht der Unternehmen, die lediglich von deren Organen erfüllt wird. Dagegen müssen Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 161 AktG „gemeinsam erklären“. Hierbei handelt es sich also um eine explizite Pflicht der Organe und nicht der Unternehmen.²⁷⁷ In diesem Abschnitt soll daher untersucht werden, ob die explizite Verpflichtung der Organe notwendig oder eine generelle Verpflichtung der Unternehmen vorzuziehen ist, wodurch dann eine Übertragung der Verantwortlichkeit für die Erstellung der Entsprechenserklärung auf ein Organ möglich wäre.

4.1.4.1.2.1 Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat

An der grundsätzlichen Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat für die Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex hat sich durch das BilMoG nichts geändert. Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft sind zur Abgabe der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG verpflichtet.²⁷⁸ Die Beibehaltung der geltenden Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat ist grundsätzlich zu begrüßen, da sie aufgrund der beiderseitigen Kompetenzen bezüglich der Corporate Governance als angemessen erscheint.²⁷⁹ Die Vorteile einer gemeinsamen

²⁷⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 188.

²⁷⁷ Vgl. Seibt (2002), S. 252 f.

²⁷⁸ „Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären...“ (vgl. § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG).

²⁷⁹ siehe hierzu Abschnitt 4.1.2.

Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat für die Erklärung zur Unternehmensführung wurden bereits in Abschnitt 4.1.2 herausgestellt und bei einer Auslegung der diesbezüglich nicht eindeutigen gesetzlichen Regelung präferiert.

Die Verpflichtung zur Erklärung gemäß § 161 AktG ist ausdrücklich eine Pflicht der Organe. Es handelt sich somit nicht um eine Pflicht der Gesellschaft, wie es bei der Erklärung zur Unternehmensführung der Fall ist, die bloß durch die Verwaltungsorgane erfüllt wird und bei der eine gemeinsame Verantwortlichkeit, wie beschrieben, sinnvoll wäre.²⁸⁰

Für die Erklärungspflicht der Organe Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft und nicht der Gesellschaft selbst spricht zum einen der Wortlaut des § 161 AktG, zum anderen die Tatsache, dass sich die Erklärungspflicht in erster Linie auf Verhaltensvorgaben für die Organe bezieht, welche die Leitung und Überwachung der Gesellschaft betreffen. Vorstand und Aufsichtsrat erfüllen somit eine originäre Pflicht im eigenen Namen, was sachgerecht erscheint, da der Kodex zum ganz überwiegenden Teil Empfehlungen zum Verhalten der Organe und ihrer Mitglieder behandelt.²⁸¹

Einer Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat zur Erklärung steht nicht entgegen, dass die Organe als solche nicht rechtsfähig sind. Wie bereits in § 92 Abs. 1 und 2 AktG deutlich wird, verhindert dieser Zustand eine Inpflichtnahme der Organe nicht.²⁸² Die Erklärungspflicht gemäß § 161 AktG entspricht den Erklärungspflichten des Vorstands beim Lagebericht (§§ 264 Abs. 1 Satz 1, 289 HGB) sowie auch beim Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG) und der Erklärungspflicht des Aufsichtsrats beim jährlich zu erstellenden Aufsichtsratsbericht (§ 171 Abs. 2 AktG).²⁸³ Die explizite Verpflichtung der Unternehmensorgane ist in diesem Fall also angebracht und stellt keine Überregulierung dar.

Wichtig bei der Verpflichtung der Organe zur Abgabe der Entsprechenserklärung ist zudem, dass die Organe die Verpflichtung nicht auf andere (Hilfs)Organe übertragen

²⁸⁰ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 2; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 13; Seibt (2002), S. 252 f.

²⁸¹ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 14; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 13.

²⁸² Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 13.

²⁸³ Vgl. Seibt (2002), S. 253.

können. Der Aufsichtsrat kann aufgrund seiner originären und unabdingbaren Verpflichtung die Erklärungsabgabe – und damit die Entscheidung über die Anerkennung des Kodex – nicht auf einen seiner Ausschüsse übertragen. Zwar wird die Erklärungszuständigkeit nicht ausdrücklich von § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG erfasst, trotzdem ist die Erklärungspflicht mit den dort genannten Aufgaben vergleichbar und muss somit zwingend vom Aufsichtsratsplenum wahrgenommen werden.²⁸⁴

Folglich sind die Erklärungspflichten bei der Entsprechenserklärung bezüglich der Organe Vorstand und Aufsichtsrat im Gegensatz zur Erklärung zur Unternehmensführung als sehr viel strenger anzusehen. Die explizite Erklärungsverpflichtung für beide Organe ist angebracht, weil die Erklärungspflicht in erster Linie auf Verhaltensvorgaben für die Organe abzielt und der Kodex zum ganz überwiegenden Teil Empfehlungen zum Verhalten der Organe und ihrer Mitglieder behandelt. Vorstand und Aufsichtsrat erfüllen somit eine originäre Pflicht im eigenen Namen.²⁸⁵ Praktisch bleibt diese explizite Verpflichtung im Verhältnis zu der Verantwortlichkeit für die Erklärung zur Unternehmensführung aber ohne Konsequenz. Hinsichtlich der Erklärung zur Unternehmensführung liegt eine indirekte gemeinsame Verantwortlichkeit und bei der Entsprechenserklärung eine direkte gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat vor.

4.1.4.1.2.2 Willensbildung der Organe

Da die Erklärungspflicht beide Organe trifft, stellt sich zwangsläufig die Frage nach der gemeinsamen Willensbildung beider Organe im Rahmen der Entsprechenserklärung.²⁸⁶ Gemäß § 161 AktG müssen „Vorstand und Aufsichtsrat erklären“, welchen Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht. Es erfolgt jedoch weder ein Hinweis darauf, dass sie „gemeinsam erklären“, noch gibt es ein gemeinschaftliches Verwaltungsorgan bestehend aus Vorstand und Aufsichtsrat, welches durch § 161 AktG auch nicht geschaffen werden sollte.²⁸⁷

²⁸⁴ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 18; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 20.

²⁸⁵ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 14; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 13.

²⁸⁶ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 2; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 18.

²⁸⁷ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 19; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 18.

Folglich ist von einer unabhängigen Verpflichtung sowohl des Vorstands als auch des Aufsichtsrats auszugehen.²⁸⁸ Wird der Gesetzeswortlaut nun strikt ausgelegt, hätten beide Organe dabei zunächst – im Innenverhältnis – jeweils eine Einzelerklärung abzugeben. Somit käme es zunächst zu einer getrennten Beschlussfassung²⁸⁹ des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats.²⁹⁰

Eine getrennte Beschlussfassung der Organe über sämtliche Empfehlungen des DCGK erscheint dabei wenig praktikabel. Die Empfehlungen des DCGK betreffen zum Teil ausschließlich den Aufsichtsrat, während wiederum andere Empfehlungen sich ausschließlich mit dem Vorstand befassen. Sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat können ohne Rücksprache mit dem anderen Organ nur über die Verhaltensempfehlungen beschließen, die ihren Kompetenzbereich betreffen. Jedes Organ soll somit die Erklärung im Hinblick auf die es selbst betreffenden Empfehlungen verantworten.²⁹¹

Auch fallen einige Empfehlungen in die Zuständigkeit beider Organe, da sie z.B. das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat beinhalten oder sich an die Hauptversammlung richten. Derartige Empfehlungen sind Gegenstand der Beschlüsse beider Organe. Ein Entscheidungsübergewicht zu Gunsten eines der beiden Organe besteht hier nicht. Beide Organe entscheiden unabhängig voneinander, ob die Entsprechung uneingeschränkt positiv oder mit Einschränkungen abgegeben werden soll.²⁹²

Aufgrund der getrennten Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat würden zunächst zwei Entsprechenserklärungen in der Gesellschaft existieren. Im Außenverhältnis – also beim Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit – ist aber richtigerweise nur eine Erklärung zulässig. Von dieser Ansicht geht nicht nur die Gesetzesbegründung

²⁸⁸ Vgl. Runte (2008), § 161 AktG, Rn. 3; Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 19.

²⁸⁹ Die Beschlussfassung muss dabei mit der jeweiligen Mehrheit erfolgen, welche die Satzung der Gesellschaft oder aber entsprechende Geschäftsordnungen bestimmen, unabhängig davon, ob die Entsprechenserklärung als Willenserklärung auf die Zukunft gerichtet oder als Wissenserklärung vergangenheitsbezogen ist (vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 2 f.). Sind keine Vorgaben bezüglich der Beschlussfassung in der Satzung oder Geschäftsordnung enthalten, gilt für den Vorstand die Einstimmigkeit i.S.v. § 77 Abs. 1 Satz 1 und für den Aufsichtsrat die einfache Mehrheit nach § 108 Abs. 1 AktG (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 21 ff.).

²⁹⁰ Vgl. Seibt (2002), S. 253; Strunk/Kolaschnik (2003), S. 2.

²⁹¹ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 20; Lutter (2008), S. 339.

²⁹² Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 22.

aus, auch das Interesse des Kapitalmarkts liegt in der Corporate Governance einer Gesellschaft, die als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden kann.²⁹³

Die separaten Beschlüsse müssten also im Außenverhältnis zu einer gemeinsamen Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat zusammengefasst werden. Sollten die Beschlüsse voneinander abweichen, käme es zu einem Dissens zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Aufgrund der notwendigen Zusammenführung der beiden Einzelerklärungen zu einer gemeinsamen Erklärung beider Organe bestünde hier ein Einigungszwang, da Einzelerklärungen beider Organe mit unterschiedlichem Inhalt nicht zulässig sind.²⁹⁴ Sollte dann keine Einigung bezüglich des einheitlichen Beschlusses im Außenverhältnis erzielt werden, wäre eine negative Entsprechenserklärung zu veröffentlichen, weil der Grundsatz wiederum dem Interesse des Kapitalmarkts folgt, dass im Zweifel eine Abweichung offen zu legen und zu erläutern ist.²⁹⁵

Zur Abgabe einer Entsprechenserklärung verpflichtete Unternehmen sind bestrebt, eine solche Außendarstellung zu vermeiden. Gründe hierfür liegen zum einen darin, dass durch eine negative Entsprechenserklärung aufgrund einer nicht erreichten Einigung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat die angestrebte Marketingwirkung der Entsprechenserklärung konterkariert und ein hoher Reputationsverlust entstehen würde.²⁹⁶ Zum anderen wird versucht, eine negative Außendarstellung zu vermeiden, weil eine derartige Entwicklung einem unternehmenspolitischen Offenbarungseid gleichkäme.²⁹⁷

Der beschriebene Fall dürfte wohl eher ein theoretisches Problem sein und in der Praxis kaum auftreten. Sehr viel wahrscheinlicher ist, dass es bereits im Vorfeld der Beschlussfassungen der beiden Organe zu einer vorgezogenen Vorbereitung einer inhaltlich einheitlichen und daher „beschlussfesten“ Erklärungsvorlage kommt, die der Vorstand unter Mithilfe des Aufsichtsrats erstellt. Diese Erklärungsvorlage wird dann beiden Organen zur Beschlussfassung vorgelegt.²⁹⁸

²⁹³ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 25.

²⁹⁴ Vgl. Seibt (2002), S. 253.

²⁹⁵ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 27.

²⁹⁶ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 23; Strunk/Kolaschnik (2003), S. 3.

²⁹⁷ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 28.

²⁹⁸ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 20; Strunk/Kolaschnik (2003), S. 3.

Zur Vorbereitung der Beschlüsse kann ein Spezialist für Corporate Governance-Angelegenheiten eingesetzt werden. Bei einer Großzahl börsennotierter Aktiengesellschaften ist von den Vorständen ein sogenannter Corporate Governance-Beauftragter (Compliance Officer) ernannt worden, der für die Kontrolle²⁹⁹ der Einhaltung von Corporate Governance-Grundsätzen verantwortlich ist und die Organe durch entsprechende Berichte über den Stand von Einzelfragen unterrichtet.³⁰⁰ Der Corporate Governance-Beauftragte kann dann auch den Inhalt der Entsprechenserklärung als Entscheidungsvorlage vorbereiten.³⁰¹

Ebenfalls möglich erscheint, dass Vorstand und Aufsichtsrat zu einer gemeinsamen Sitzung zusammenkommen, um ihre Ansichten zur Einhaltung der Empfehlungen des Kodex zu erörtern und letztlich ihre getroffenen Entscheidungen zu beschließen.³⁰² Für diesen gemeinsamen Beschluss muss sichergestellt sein, dass die Voraussetzungen für die Beschlussfassung sowohl beim Vorstand – Einstimmigkeit i.S.v. § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG – als auch beim Aufsichtsrat – einfache Mehrheit nach § 108 Abs. 1 AktG – erfüllt sind.³⁰³

Ein in der Praxis ebenfalls häufig beobachtetes Vorgehen ist eine der betreffenden Sitzung vorgelagerte Entscheidungsfindung des Vorstands. Dieser legt die Entscheidung über die Entsprechenserklärung dann dem Aufsichtsrat mit einer Begründung in der betreffenden Sitzung vor und erläutert sie mündlich. Der Aufsichtsrat muss anschließend autonom entscheiden, ob er der Auffassung des Vorstands folgt oder vom Votum des Vorstands abweicht.³⁰⁴

²⁹⁹ Als Hilfsmittel für die Kontrolle der Einhaltung aller relevanten Kodexmaßgaben bietet sich die Erstellung entsprechender Checklisten an (vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 3).

³⁰⁰ Zusätzlich kann der Aufsichtsrat einen Corporate Governance-Kontrollausschuss implementieren, der zur Ausübung seiner Kontrolltätigkeit auf die aktienrechtliche Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats zurückgreifen kann (vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 4).

³⁰¹ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 3 f.

³⁰² Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 19.

³⁰³ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 24.

³⁰⁴ Weicht der Aufsichtsrat von der Auffassung des Vorstands ab, muss dieses Vorgehen aufgrund der Sorgfaltspflichten gemäß §§ 93 und 116 AktG einen eingehenden Beratungsprozess zur Folge haben. In diesem wird dann geprüft, ob die Ablehnung tatsächlich im Unternehmensinteresse – denn das ist in diesem Fall ausschlaggebend – begründet ist (vgl. Lutter (2008), S. 341).

Die inhaltliche Vorbereitung der Entsprechenserklärung z.B. durch einen Corporate Governance-Beauftragten mit einer sich daran anschließenden Vorlage bei beiden Organen, die dann jeweils für sich über die Erklärung abstimmen, erscheint praktikabel. Auch eine gemeinsame Sitzung von Vorstand und Aufsichtsrat, auf der dann beide Organe ihre Zustimmung zu der Entsprechenserklärung abgeben, ist ein sinnvolles Vorgehen, um unnötige Auseinandersetzungen zwischen den beiden Organen zu vermeiden, die im schlimmsten Fall in einer negativen Entsprechenserklärung enden können. Ebenfalls für ein derartiges Vorgehen bei der Zusammenführung der Haltungen von Vorstand und Aufsichtsrat hinsichtlich der Entsprechenserklärung spricht die bereits präferierte Verpflichtung beider Organe für die Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB. Da die Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex einen Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt, käme vor allem das Abhalten einer gemeinsamen Sitzung den beiden Organen entgegen, weil sich im Hinblick auf die ebenfalls abzugebende Erklärung zur Unternehmensführung eine „große“ Sitzung anbietet, bei der sowohl die Inhalte zur Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex abgeglichen und festgelegt als auch die Erklärung zur Unternehmensführung an sich diskutiert werden können.

4.1.4.1.3 Wirkungskreis der Regelungen zur Entsprechenserklärung

Da die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG einen Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt, ist der Wirkungskreis der Regelungen zur Entsprechenserklärung identisch mit dem Wirkungskreis der Erklärung zur Unternehmensführung. Eine Übereinstimmung der Wirkungskreise erscheint insoweit konsequent und nachvollziehbar.

Aufgrund der Umsetzung des Art. 46a Abs. 3 der Abänderungsrichtlinie im Rahmen des BilMoG wird der Anwendungsbereich des „neuen“ § 161 AktG erweitert. Waren bisher lediglich börsennotierte Unternehmen zur Abgabe der Erklärung zum Corporate Governance Kodex verpflichtet, müssen nun, wie bei der Erklärung zur Unternehmensführung,³⁰⁵ auch Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinn des § 2 Abs.

³⁰⁵ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.3.

5 WpHG ausgegeben hat und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden, eine „Erklärung zum Corporate Governance Kodex“ abgeben.

Durch die Erweiterung des Wirkungskreises der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG müssen jetzt auch bestimmte nicht börsennotierte Aktiengesellschaften erklären, inwieweit sie den Empfehlungen des Kodex entsprochen haben und entsprechen werden. Damit ist eine Änderung der im Kodex angesprochenen Unternehmen ebenfalls notwendig geworden. In der Fassung des DCGK vom 18. Juni 2009 heißt es noch, dass der Kodex wesentliche gesetzliche Vorschriften sowie international als auch national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung für deutsche börsennotierte Gesellschaften darstellt.³⁰⁶ Die Einschränkung auf börsennotierte Gesellschaften ist durch die Erweiterung von § 161 AktG hinfällig geworden.

Die Erweiterung des Wirkungskreises von § 161 AktG ist unproblematisch, wenn die Befolgung der Empfehlungen und Anregungen des DCGK für die zusätzlich erfassten Unternehmen zweckmäßig möglich ist. Ein wichtiges Kriterium bezüglich der Anwendbarkeit des DCGK auch für nicht börsennotierte Unternehmen ist das Vorliegen einer bestimmten Größe des Unternehmens.³⁰⁷ Eine bestimmte Größe des Unternehmens wird für eine sinnvolle Befolgung der Empfehlungen und Anregungen des DCGK vorausgesetzt, weil die Bereiche und Problemfelder, zu denen der DCGK sich äußert, teilweise erst ab einer bestimmten Größe des Unternehmens auftreten.

Wichtig ist zudem, die spezifischen Besonderheiten bei der Übertragung auf nicht börsennotierte Unternehmen zu berücksichtigen. Die nicht börsennotierten Unternehmen müssen dabei gewisse Mindestanforderungen erfüllen. Der DCGK ist vor dem Hintergrund der Problematik der Trennung von Leitung und Eigentum konzipiert, welche bei einer börsennotierten Publikums-AG im Gegensatz zu einer in Familienbesitz befindlichen AG besonders deutlich auftritt. Demzufolge erscheint eine Übernahme der Kodexstandards grundsätzlich nur für solche Aktiengesellschaften, die keine börsennotierte Publikums-AG sind, angebracht, wenn sie gekennzeichnet sind durch

- eine bestimmte Größe und

³⁰⁶ Vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2009), S. 2.

³⁰⁷ Vgl. Hücke/Just (2007), S. 5 f.

- eine (zumindest teilweise) Fremdgeschäftsführung.³⁰⁸

Als Orientierungshilfe für die Feststellung einer ausreichenden Größe, mit der eine unproblematischen Anwendung des DCGK verbunden wird, können die zum 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte der EU-Kommission zugrunde gelegt werden. Demnach gelten Unternehmen als groß, wenn deren Bilanzsumme 43 Mio Euro übersteigt, die Umsatzerlöse pro Jahr mehr als 50 Mio Euro betragen und mehr als 250 Arbeitnehmer beschäftigt werden.³⁰⁹

Neben börsennotierten Aktiengesellschaften werden lediglich Aktiengesellschaften zur Abgabe der Entsprechenserklärung verpflichtet, deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung im Freiverkehr und andere von der Aktiengesellschaft ausgegebene Wertpapiere am organisierten Markt gehandelt werden. Diese Voraussetzung setzt für sich bereits eine bestimmte Größe der Unternehmen voraus, sodass die genannten Schwellenwerte eher überschritten werden dürften und folglich die Anwendung des DCGK zu keinen Schwierigkeiten bei den durch die Erweiterung des Wirkungsbereiches betroffenen Aktiengesellschaften führen wird.³¹⁰

Negative Auswirkungen, abgesehen von dem Mehraufwand der Erstellung der Entsprechenserklärung für die betroffenen Unternehmen, sind durch die Erweiterung des § 161 AktG auf die bestimmten nicht börsennotierten Aktiengesellschaften nicht anzunehmen. Der größte Teil der Empfehlungen und Anregungen des DCGK ist geeignet, auch von nicht börsennotierten Unternehmen angewendet zu werden. Hinzu kommt, dass die Verpflichtung zur Abgabe der Entsprechenserklärung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränkt bleibt, was bezüglich der Anwendbarkeit der Standards des DCGK sehr viel wichtiger ist, als die Beschränkung auf ausschließlich börsennotierte Aktienge-

³⁰⁸ Vgl. Hucke/Just (2007), S. 6. Bezüglich der Fremdgeschäftsführung stellen börsennotierte Familienunternehmen einen besonderen Fall dar. Vor allem mittelständische Unternehmen befinden sich häufig nicht im Besitz eines „wechselnden Publikums“, sondern werden durchgängig von einem Unternehmer oder einer Unternehmerfamilie kontrolliert. Zudem unterscheiden sich die Familienunternehmen in der Struktur von den anderen börsengehandelten Unternehmen. Bei ihnen sind Führung und Kontrolle wesentlich enger verknüpft. Daraus folgt, dass sie die Empfehlungen des DCGK nicht ohne weiteres umsetzen können und auf den Corporate Governance Kodex für Familienunternehmen zurückgreifen müssen (vgl. Hahn/Taylor (2006), S. 543).

³⁰⁹ In Deutschland erfüllten 2007 knapp 10.000 Unternehmen diese Größenkriterien (vgl. Hucke/Just (2007), S. 6).

³¹⁰ Vgl. Hucke/Just (2007), S. 11.

sellschaften. Die Problematik der Trennung von Eigentum und Leitungsmacht (Prinzipal-Agenten-Konstellation), vor dessen Hintergrund die Standards des DCGK entstanden sind, stellt sich auch bei den nicht börsennotierten Aktiengesellschaften.³¹¹

Aufgrund der im Gesetzestext vorgenommenen Beschränkung auf ganz bestimmte nicht börsennotierte Aktiengesellschaften, die einen sehr geringen Anteil an den Aktiengesellschaften in Deutschland besitzen³¹² und bei denen eine bestimmte Größe antizipiert wird, sind insgesamt Probleme bei der Anwendung des DCGK somit unwahrscheinlich.

Die grundsätzliche Kritik an der recht komplizierten Regelung, unter der eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft zu der Abgabe einer Entsprechenserklärung wie auch einer Erklärung zur Unternehmensführung verpflichtet werden kann, bleibt jedoch bestehen.³¹³ Nicht nachvollziehbar ist die Argumentation des Bundesministeriums für Justiz für die Begründung der Erweiterung des Wirkungskreises von § 161 AktG. Die Erweiterung erfolgte demnach aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen und basiert auf der Überlegung, dass in Deutschland die Zahl der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, die durch § 161 AktG erfasst werden, sehr klein ist.³¹⁴ Eine Erläuterung, worin die bessere Praktikabilität im Vergleich zu anderen Regelungen liegt, erfolgt nicht.

In der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass die Erweiterung durch die Umsetzung ausschließlich auf die Vorgabe aus der EU-Richtlinie zurückgeführt werden kann und nicht im Sinne der Bundesregierung ist. Ohne die bestimmte Vorgabe aus der EU-Richtlinie wäre die Verpflichtung zur Abgabe einer Entsprechenserklärung auf börsennotierte Aktiengesellschaften beschränkt geblieben.

Aufgrund der relativ problemlosen Erweiterung auf die genannten Unternehmen erscheint es als nicht verständlich, warum die Bundesregierung einer Erweiterung des Wirkungskreises von § 161 AktG lediglich in dem von der EU-Kommission vorgeschriebenen Mindestumfang vorgenommen hat. Die Einstellung deutet jedoch auf die mittlerweile sehr stark kapitalmarktgetriebenen Ansichten der Gesetzgeber hin. Im Mit-

³¹¹ Vgl. Hücke/Just (2007), S. 5.

³¹² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

³¹³ Vgl. hierzu Abschnitt 4.1.3.3.

³¹⁴ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

telpunkt der Überlegungen stehen dabei nur die börsennotierten Unternehmen des Landes, da ihnen die größte Bedeutung und oberste Priorität unterstellt wird.

Bezüglich der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ist die Reichweite des § 161 AktG allerdings klar eingegrenzt. Im Gegensatz zu der für börsennotierte Unternehmen bedeutsamen Begriffsdefinition des „organisierten Markts“ gemäß § 5 Abs. 2 WpHG, mit der lediglich organisierte Märkte im Inland, einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erfasst werden, ist zwar in der Begriffsdefinition für ein „multilaterales Handelssystem“ im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des WpHG, über welches die Aktien der nicht börsennotierten Aktiengesellschaft mit ihrem Wissen gehandelt werden, eine derartige räumliche Beschränkung nicht zu finden.³¹⁵ Trotzdem kann auf Basis der fehlenden lokalen Begrenzung nicht geschlussfolgert werden, dass die Berichtspflicht nach § 161 AktG ebenfalls besteht, wenn die Aktien über ein multilaterales Handelssystem in einem Drittstaat gehandelt werden. Eine solche Auslegung ließe sich mit dem Schutzzweck des § 161 AktG nicht vereinbaren. Notwendig ist eine Entsprechenserklärung auch hier nur dann, wenn die Aktien über ein multilaterales Handelssystem im Inland, einem EU-Mitgliedstaat oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gehandelt werden.³¹⁶

Insgesamt ist die Erweiterung des Wirkungskreises der Entsprechenserklärung notwendig, um ihn an den Wirkungskreis der Erklärung zur Unternehmensführung anzugleichen. Die neuerdings durch die Erweiterung des Wirkungskreises betroffenen Unternehmen werden grundsätzlich keine Schwierigkeiten bei der Befolgung des DCGK haben. Ihr Anteil an den Aktiengesellschaften in Deutschland ist sehr gering, zudem wird bei den betroffenen Aktiengesellschaften generell eine bestimmte Größe, die ein wichtiges Kriterium zur Anwendung des DCGK darstellt, vorliegen. Folglich ist neben dem Mehraufwand zur Erstellung der Entsprechenserklärung mit keinen weiteren negativen Auswirkungen zu rechnen. Im Sinne der Gläubigerinteressen von Schuldtitlemittenten wäre aufgrund der relativ unproblematischen Erweiterung des Wirkungskreises sogar eine Erweiterung auf Schuldtitlemittenten generell denkbar und angebracht.

³¹⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

³¹⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

4.1.4.1.4 Funktion und Wesen einer Entsprechenserklärung

4.1.4.1.4.1 Funktion einer Entsprechenserklärung

Mit der Entsprechenserklärung soll Außenstehenden signalisiert werden, inwieweit eine Gesellschaft den Empfehlungen des DCGK gefolgt und in welchen Punkten sie abgewichen ist. Offenzulegen sind sowohl generelle Abweichungen – also eine grundsätzliche Nichtbefolgung des DCGK – als auch Einzelabweichungen – Abweichungen von einzelnen Empfehlungen des DCGK. Jedoch sind Unternehmen nur verpflichtet, negative Abweichungen, die „ins Gewicht fallen“, anzugeben. Das bedeutet, es müssen lediglich solche Abweichungen offen gelegt werden, die hinter den Forderungen des Kodex zurückbleiben und zudem wesentlich sind. Ob eine Abweichung wesentlich ist, bemisst sich anhand der Sicht eines objektiven durchschnittlichen Kapitalanlegers.³¹⁷

Durch die Signalwirkung der Entsprechenserklärung soll der „Standard“ der Führung und Überwachung der betroffenen Aktiengesellschaften erhöht werden. Mit der angestrebten Verbesserung des Maßstabs der Unternehmensleitung wird die Hoffnung verbunden, dass Aktiengesellschaften mit einer guten Corporate Governance von der Börse höher bewertet werden als Aktiengesellschaften mit einer schlechten Corporate Governance.³¹⁸

Folglich soll die Funktion der Entsprechenserklärung darin liegen, die Aktiengesellschaften zu einer Offenlegung hinsichtlich der Befolgung der Empfehlungen des DCGK zu verpflichten, um den Kapitalmarkt über die Corporate Governance zu informieren.³¹⁹ Durch die Entsprechenserklärung soll somit eine Art „wirtschaftlicher Zwang“ vermittelt werden, indem der Kapitalmarkt einen entsprechenden Erwartungsdruck generiert.³²⁰ Daraus ergibt sich wiederum, dass die Entsprechenserklärung versucht, eine Art Schutzzweck für die Investoren zu erfüllen. Mit der Publizitätsverpflichtung sollen die Unternehmen quasi zu einer Befolgung der Empfehlungen gedrängt werden, welche mit einer Verbesserung der Corporate Governance einhergeht.

³¹⁷ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 7.

³¹⁸ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 8.

³¹⁹ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 36.

³²⁰ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 10.

Allerdings kommen die hinsichtlich des Zusammenhangs von Corporate Governance-Publizität und Unternehmensbewertung vorgenommenen Untersuchungen zu anderen Erkenntnissen. Überwiegend konnte kein Einfluss der Kodexbefolgung auf die Bewertung durch den Kapitalmarkt festgestellt werden.³²¹ Aufgrund der unterschiedlichen Ergebnisse der Studien über die Reaktion der Kapitalmärkte auf positive Entsprechenserklärungen scheint daher die Verpflichtung der Unternehmen, die Befolgung des DCGK zu veröffentlichen, ein fragwürdiges Vorgehen zu sein, um langfristig die Corporate Governance in den Unternehmen zu verbessern.

4.1.4.1.4.2 Wesen einer Entsprechenserklärung

4.1.4.1.4.2.1 Art einer Entsprechenserklärung

Die Entsprechenserklärung bezieht sich ausschließlich auf die Verhaltensempfehlungen des DCGK. Ein Bezug auf die Anregungen oder die Darstellung des Rechts, welches auch im DCGK abgebildet wird und ohnehin von den Verwaltungsorganen eingehalten werden muss, ist nicht erforderlich.³²² Die „Empfehlungen“ sind im Kodex selbst als die in ihm enthaltenen „Soll“-Vorschriften definiert (Präambel Abs. 6 DCGK). Bloße „Anregungen“ sind im Gegensatz dazu als „Sollte“- oder „Kann“-Vorschriften formuliert (Präambel Abs. 6 DCGK), wobei die Formulierungen „Sollte“ oder „Kann“ keine Abstufung hinsichtlich der Verbindlichkeit beinhalten.³²³ Die Formulierungen „Soll“ und „Sollte“ bzw. „Kann“ zeigen, dass eine Befolgung der Empfehlungen und Anregungen nicht verbindlich ist.

In der Entsprechenserklärung können ergänzende Angaben gemacht werden, vorausgesetzt die Verständlichkeit bezüglich der Einhaltung der Empfehlungen wird nicht beeinträchtigt. Folglich können die Organe in der Entsprechenserklärung freiwillig zu den

³²¹ Vgl. BT-Drucksache 14/8769 (2002), S. 21; Werder/Talaulicar (2007a), S. 875; Nowak/Rott/Mahr (2005), S. 252 ff.; Gerum (2007), S. 399 f.

³²² Vgl. Seibt (2002), S. 251.

³²³ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 13.

Anregungen Stellung nehmen oder weitere Erläuterungen vornehmen, was der DCGK auch empfiehlt.³²⁴

„Erklären“ bedeutet im Rahmen der Entsprechenserklärung die Bekanntgabe des Wissens bzw. Wollens im Hinblick auf die Einhaltung oder Nicht-Einhaltung der Kodexempfehlungen. Es handelt sich nicht um eine Willenserklärung im Sinne der Rechtsge-
schäftslehre und zwar weder um eine empfangsbedürftige noch um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.³²⁵ Bei der vergangenheitsorientierten Erklärung resultiert dieser Umstand bereits daraus, dass es um die Auskunft bezüglich bestimmter vergangener tatsächlicher Verhaltensweisen der Organe geht. Für die zukunftsgerichtete Erklärung ergibt sich nichts anderes, weil sie den gesetzlichen Informationspflichten entsprechen soll und nicht auf die Herbeiführung einer bestimmten privatautonomen Rechtsfolge abzielt. Trotzdem hat die Erklärung rechtsgeschäftsähnlichen Charakter, da sie zu Verhaltenspflichten der Organe und ihrer Mitglieder führt.³²⁶

Gemäß § 161 AktG sind inhaltlich unterschiedliche Entsprechenserklärungen möglich. Eine Variante ist die *uneingeschränkte Positiverklärung*. Sie kann nur dann abgegeben werden, wenn die Empfehlungen des DCGK in dem Zeitraum, auf den sich die Erklärung bezieht, allgemein eingehalten wurden und es im Berichtszeitraum keine ins Gewicht fallende Abweichung gab und ebenso keine Abweichungen beabsichtigt sind.³²⁷

Des Weiteren können Vorstand und Aufsichtsrat auch eine *eingeschränkte Positiverklärung* abgeben, welche eine teilweise Ablehnung der Kodexempfehlungen darstellt. Eine derartige Erklärung ist erforderlich, wenn das Unternehmen bestimmten Empfehlungen nicht folgen will oder die spezielle Situation des Unternehmens oder einzelner Organmitglieder eine uneingeschränkte Berücksichtigung der Empfehlungen nicht erlaubt.³²⁸ Wird eine eingeschränkte Positiverklärung erteilt, muss aus der Entsprechenserklärung eindeutig hervorgehen, welchen Empfehlungen nicht entsprochen wurde bzw. wird.

³²⁴ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 55.

³²⁵ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 22.

³²⁶ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 22.

³²⁷ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 31; Ringleb (2008b), S. 345.

³²⁸ Vgl. Ringleb (2008b), S. 346; Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 34.

Erklärungspflichtig sind lediglich negative Abweichungen, also die Unterschreitung oder Nichtanwendung von Empfehlungen.³²⁹

Ebenso besteht die Möglichkeit für Vorstand und Aufsichtsrat, eine *Negativerklärung* abzugeben. In diesem Fall würden sie erklären, den Empfehlungen des DCGK nicht entsprochen zu haben und/oder auch nicht zu entsprechen.³³⁰ Aufgrund des hohen Reputationsverlusts scheint eine pauschale Erklärung, den DCGK insgesamt nicht anwenden zu wollen, wenig realistisch.³³¹

4.1.4.1.4.2.2 Zeitbezug einer Entsprechenserklärung

Die Entsprechenserklärung enthält einen vergangenheitsbezogenen bzw. retrospektiven und einen zukunftsbezogenen bzw. prospektiven Teil. Beide Teile der Entsprechenserklärung unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Natur und ihren Voraussetzungen wesentlich.³³²

Der *vergangenheitsbezogene* Teil³³³ der Entsprechenserklärung stellt eine Wissensklärung dar, welche die tatsächliche Übereinstimmung des Verhaltens der Aktiengesellschaft, ihrer Organe und Organmitglieder mit den Empfehlungen des DCGK beinhaltet und naturgemäß der Wahrheit entsprechen muss.³³⁴

Zu berichten ist im retrospektiven Teil über die Befolgung der Empfehlungen seit Abgabe der letzten regelmäßigen Erklärung. Aufgrund der Nähe zum Jahresabschluss bietet sich der Bezug zum Geschäftsjahr an. Wichtig ist dabei, ob die Empfehlungen im Berichtsjahr tatsächlich umgesetzt wurden und nicht, ob die Organe an ihrer in der vorangegangenen Erklärung bekundeten Absicht festgehalten haben.³³⁵

³²⁹ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 34.

³³⁰ Vgl. Ringleb (2008b), S. 347.

³³¹ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 33; Ringleb (2008b), S. 347.

³³² Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 5 ff.

³³³ Die Erklärung muss zunächst eine Aussage von Vorstand und Aufsichtsrat zur Corporate Governance in der Vergangenheit beinhalten (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 6).

³³⁴ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 36.

³³⁵ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 49.

Bei der Entsprechenserklärung handelt es sich nicht um eine Stichtagserklärung. Grundlage ist immer der gesamte Zeitraum, beispielsweise eines Geschäftsjahres. Folglich muss auch erklärt werden, wenn vorübergehend oder in Einzelfällen von Empfehlungen abgewichen wurde.³³⁶

Zusätzlich zu der retrospektiven Ausrichtung der Erklärung verlangt die Gesetzesnorm ebenfalls eine Erklärung darüber, dass den Empfehlungen entsprochen „wird“. Gemeint ist hier trotz der Präsensformulierung im Gesetzestext die *zukünftige* Übereinstimmung mit dem Kodex. Die Entsprechenserklärung stellt somit auch eine Absichtserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat dar, mit der sie erklären, inwieweit sie die Kodexempfehlungen künftig einhalten wollen oder nicht.³³⁷

Aufgrund der Einordnung der Entsprechenserklärung als Absichtserklärung besitzt die Entsprechenserklärung eine Aussagekraft für die Zukunft. Diese Eigenschaft ist für die Adressaten unabdingbar. Nur auf Basis der Informationen zu der zukünftigen Ausrichtung ist es ihnen möglich, z.B. ihre Investitionsentscheidung unter Einbeziehung der Corporate Governance zu treffen.³³⁸

Die Organe können jederzeit anders, als in der Absichtserklärung erklärt, handeln. Eine dauerhafte Außenbindung der Organe an diesen Teil der Entsprechenserklärung existiert nicht. Sie haben das Recht, ihr Verhalten jederzeit anders zu gestalten als angekündigt.³³⁹ Gemäß § 161 AktG sind Vorstand und Aufsichtsrat trotzdem nicht verpflichtet, eine Erklärung während des Jahres abzugeben. Im Sinne einer „guten“ Information der Stakeholder muss dieser Zustand als kritisch angesehen werden. Allerdings kann sich die Notwendigkeit oder Nützlichkeit einer Zwischenerklärung ergeben.³⁴⁰

³³⁶ Vgl. Seibt (2002), S. 252; Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 49; Ringleb (2008a), S. 336.

³³⁷ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 36.

³³⁸ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 50.

³³⁹ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 36.

³⁴⁰ Anders SEIBT: Ein Vertrauenstatbestand liegt bezüglich der Richtigkeit der Erklärung nur zu den Stichtagen der Erklärungsabgabe vor (vgl. Seibt (2002), S. 254).

4.1.4.1.4.2.3 Turnus einer Entsprechenserklärung

Vorstand und Aufsichtsrat sind gemäß § 161 AktG verpflichtet, die Entsprechenserklärung *jährlich* abzugeben. Daraus folgt, dass Vorstand und Aufsichtsrat zumindest einmal pro Jahr die Entsprechenserklärung einreichen müssen. Allerdings versteht der Gesetzgeber unter „jährlich“ nicht zwingend „kalenderjährlich“. Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Erklärung einmal im Geschäftsjahr abgegeben werden muss. Zweckmäßigerweise wird die Abgabe im zeitlichen Zusammenhang mit dem Jahresabschluss erfolgen.³⁴¹ Eine Veröffentlichung im Rahmen des Jahresabschlusses ergibt sich ebenfalls daraus, dass die Entsprechenserklärung eine Informationssektion der Erklärung zur Unternehmensführung ist, die wiederum gemäß § 289a Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB entweder im Lagebericht aufzunehmen ist oder auf der Internetseite veröffentlicht werden muss.

Die Verpflichtung der Organe zu einer *unterjährigen* Erklärung zu den Empfehlungen des Kodex wäre in zwei Situationen denkbar:

- bei einer Änderung der Corporate Governance³⁴² in dem Unternehmen selbst oder
- bei einer Änderung des DCGK.³⁴³

Ändern Vorstand und Aufsichtsrat ihre Meinung zu bestimmten Empfehlungen des DCGK während des Jahres in der Weise, dass sie einer bisher befolgten Empfehlung ab sofort nicht mehr folgen oder einer bisher nicht anerkannten Empfehlung ab sofort folgen³⁴⁴, muss diese Änderung veröffentlicht werden.³⁴⁵

³⁴¹ Vgl. Ringleb (2008b), S. 350 f.

³⁴² Eine zusätzliche Anzeigepflicht besteht, wenn die Änderung ein wesentliches Kursbeeinflussungspotenzial i.S.v. § 15 WpHG besitzt. In diesem Fall ist eine Ad-hoc Mitteilung zu veröffentlichen (vgl. Seibt (2002), S. 254). Die notwendige Kursbeeinflussung erscheint regelmäßig dann gegeben, wenn eine überwiegende Abkehr vom Kodex als Ganzem vorliegt. Hier wird ein Einfluss auf die Anlageentscheidung eines verständigen Anlegers unterstellt. Bei unterjährigen Abweichungen von einzelnen Empfehlungen wird dies nicht angenommen (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 66).

³⁴³ Vgl. Seibt (2002), S. 254.

³⁴⁴ Anders KIRSCHBAUM: Er sieht keine Verpflichtung zu einer Zwischenmitteilung, wenn bislang nicht befolgten Empfehlungen ab sofort entsprochen wird, sondern lediglich, wenn bislang befolgte Empfehlungen ab sofort nicht mehr befolgt werden (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 65). Für KUTHE/GEISER besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zu einer Zwischenmitteilung, wenn von der ursprünglichen Entsprechenserklärung abgewichen wird (vgl. Kuthe/Geiser (2008), S. 173).

³⁴⁵ Vgl. Seibert (2002), S. 583; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 53, Ringleb (2008a), S. 336.

Aufgrund der Verpflichtung, die Erklärung der Öffentlichkeit dauerhaft auf der Internetseite zugänglich zu machen, ist die Information über ein Abrücken von bestimmten Empfehlungen notwendig. Durch die „dauerhafte“ Einstellung der Erklärung ins Internet erlangt die Erklärung den Charakter einer sich ständig wiederholenden Dauererklärung.³⁴⁶

Würde auf eine Änderung der früher beschlossenen und veröffentlichten Erklärung bei einem Abweichen verzichtet, käme es zu einer dauerhaften Veröffentlichung von falscher Information auf der Internetseite des Unternehmens. Mit Eintritt der Abweichung wäre die Erklärung schlichtweg falsch. Eine falsche Erklärung wiederum ist gesetzeswidrig³⁴⁷ und für die Organe sowie das Unternehmen höchst gefährlich.³⁴⁸ In einem solchen Fall ist das Unternehmen somit sowohl aufgrund der Rechtslage als auch im eigenen Interesse zur Abgabe einer Zwischenerklärung verpflichtet.³⁴⁹

In Frage käme eine Veröffentlichung der Zwischenerklärung auf der Internetseite, da bereits die jährliche Entsprechenserklärung auf der Internetseite veröffentlicht werden muss.³⁵⁰ Neben der Abgabe einer Zwischenerklärung wäre ebenso die Abgabe und Veröffentlichung einer vollständig neuen Erklärung denkbar.³⁵¹

Vorstellbar wäre eine unterjährige Erklärung zudem bei einer Änderung des DCGK. Jedoch besitzt die Entsprechenserklärung keine dynamische Verweisung, wodurch sie z.B. stets auf die „gültige Fassung des DCGK“ Bezug nehmen würde und Änderungen im DCGK von dem erklärenden Unternehmen automatisch mitgetragen würden. Die Adressaten der Erklärung vertrauen darauf, dass die Organe als Grundlage für ihre Er-

³⁴⁶ Vgl. Seibert (2002), S. 583.

³⁴⁷ Die Entsprechenserklärung muss stets der Wahrheit entsprechen. Eine unrichtige Entsprechenserklärung verstößt gegen § 161 AktG (vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 56).

³⁴⁸ Ein Verstoß gegen die aktienrechtliche Pflicht, Befolgung oder Nichtbefolgung des DCGK offen zu legen, kann eine Haftung der Organe auslösen. Hierbei kommt grundsätzlich eine Haftung gegenüber dem Unternehmen als auch gegenüber außen stehenden Anlegern oder Gläubigern in Betracht (vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 79; Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 80 ff.).

³⁴⁹ Vgl. Seibert (2002), S. 583.

³⁵⁰ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 10; Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 65.

³⁵¹ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 53.

klärung den Kodex in seiner zum Erklärungszeitpunkt gültigen Fassung herangezogen haben.³⁵²

Kommt es also zu einer Änderung des DCGK, bleibt die ursprüngliche Bezugsbasis erhalten. Die Adressaten können weder davon ausgehen noch verlangen, dass die Organe jede Änderung des DCGK mittragen. Ebenso folgt aus § 161 AktG keine Rechtspflicht zu einer Zwischenerklärung, wenn der Kodex im Laufe des Jahres geändert wird. Die neue Fassung ist folglich erstmalig bei der nächsten Jahreserklärung zu berücksichtigen. Somit begründet eine Änderung des DCGK keine unterjährige Erklärungspflicht.³⁵³

Obwohl keine Rechtspflicht zu einer Zwischenerklärung bei einer Änderung des Kodex vorliegt, sollten die Unternehmen prüfen, ob ihre nach § 161 AktG dauerhaft zugängliche Erklärung nicht für die Adressaten irreführend sein kann. Eine gewisse Verwirrung ist möglich, wenn in der Entsprechenserklärung der Kodex ohne Angabe eines Datums seiner Fassung erwähnt wird, sodass nicht erkennbar ist, auf welche Kodexfassung das Unternehmen sich in der Entsprechenserklärung bezieht. In diesem Fall erscheint es sinnvoll, einen klärenden Hinweis in die bestehende Entsprechenserklärung aufzunehmen.³⁵⁴

Anders muss der Sachverhalt beurteilt werden, wenn durch die Anwendung des neuen Kodex eine signifikante Abweichung von der vorher erklärten Absicht vorliegt. Eine derartige Situation kann mit einer Entscheidung der Organe gleichgesetzt werden, eine zunächst anerkannte Empfehlung nun doch nicht mehr zu befolgen. Eine derartige Entscheidung ist unterjährig erklärungs pflichtig.³⁵⁵

³⁵² Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 67.

³⁵³ Vgl. Ringleb (2008a), S. 336; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 56.

³⁵⁴ Vgl. Ringleb (2008a), S. 336.

³⁵⁵ Ebenso ist erklärungs pflichtig, wenn die Kodexkommission eine Empfehlung des Kodex streicht und die Organe beschließen, die Empfehlung nicht mehr anzuwenden und damit der Änderung zu entsprechen (vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 56).

4.1.4.1.5 Gegenstand der Entsprechenserklärung

4.1.4.1.5.1 Verweis auf den DCGK

In der Entsprechenserklärung werden börsennotierte Aktiengesellschaften sowie die anderen ebenfalls von § 161 AktG erfassten Aktiengesellschaften auf den DCGK verweisen und sich zu der Befolgung des DCGK äußern. Der Verweis auf diesen Kodex ist nicht gleichzusetzen mit einer Unterwerfung und damit einhergehenden Befolgung,³⁵⁶ sondern bedeutet lediglich, dass die Unternehmen sich äußern müssen, inwieweit sie dem DCGK gefolgt sind.

Durch den Verweis in der Entsprechenserklärung wird folglich die erste Vorgabe (Ziff. i) des Art. 46a Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 78/660/EWG erfüllt.³⁵⁷ Im Zuge des Verweises auf den DCGK muss die Gesellschaft ebenfalls mitteilen, wo der DCGK für die Öffentlichkeit zugänglich ist. Der DCGK wird in seiner jeweils gültigen Fassung im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.³⁵⁸

4.1.4.1.5.2 Darlegung von Abweichungen

Die von § 161 AktG betroffenen Unternehmen sind verpflichtet, in der Entsprechenserklärung Angaben über die Befolgung der Verhaltensempfehlungen zu machen.³⁵⁹ Der DCGK enthält neben einem Empfehlungs- und Anregungsteil auch einen rechtsbeschreibenden Teil.³⁶⁰ In diesem vereint der DCGK einen Großteil der gesetzlichen Vorschriften zur Unternehmensführung und -kontrolle, die über verschiedene Einzelgesetze verstreut sind. Verkünden Unternehmen, dass sie nicht dem DCGK folgen, bezieht sich diese Aussage lediglich auf die Empfehlungen. Zur Befolgung des rechtsbeschreibenden Teils sind die Unternehmen verpflichtet, weil dieser Teil geltendes Recht darstellt. Halten sie sich an das herrschende Recht, folgen sie dem die gesetzlichen Vorschriften

³⁵⁶ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 7.

³⁵⁷ Vgl. Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 368 f.

³⁵⁸ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

³⁵⁹ Vgl. Runte (2008), § 161 AktG, Rn. 10.

³⁶⁰ siehe hierzu Ringleb (2008a), S. 29 f.

beschreibenden Teil des DCGK automatisch und müssen die Befolgung des DCGK nicht gesondert vermerken.³⁶¹

Ein Wahlrecht zur Befolgung besteht hinsichtlich der Empfehlungen und Anregungen des DCGK, die neben den gesetzlich verpflichtenden Vorschriften im Kodex enthalten sind. Diese Empfehlungen und Anregungen sind nicht zwingend anzuwenden, über ein Abweichen von den Empfehlungen müssen Vorstand und Aufsichtsrat allerdings in der Entsprechenserklärung (§ 161 AktG) berichten.³⁶²

Erklärungsgegenstand der Entsprechenserklärung sind somit nur die Verhaltensempfehlungen des DCGK, wie er im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht worden ist. Dennoch besteht die Möglichkeit für die Unternehmen, auch die nicht befolgten Anregungen des Kodex darzulegen. Hierzu könnte der für diese Zwecke in Ziff. 3.10 des DCGK empfohlene „Corporate Governance-Bericht“³⁶³, der im „Geschäftsbericht“ veröffentlicht werden kann, genutzt werden.³⁶⁴ In dem Text der Entsprechenserklärung selbst sollten Unternehmen dagegen auf diesbezügliche Erläuterungen verzichten, um die Transparenz der Entsprechenserklärung nicht zu beeinträchtigen.³⁶⁵

In der Entsprechenserklärung geben die Unternehmen bekannt, ob entweder den Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde und wird oder nicht.³⁶⁶ Hat ein Unternehmen nur einen Teil der Empfehlungen umgesetzt oder möchte es in Zukunft nur einem Teil der Empfehlungen entsprechen, muss die Nichtbefolgung von Empfehlungen deutlich aus der Entsprechenserklärung hervorgehen.³⁶⁷ Diesbezüglich kann eine Bezeichnung der Empfehlungen, die nicht befolgt wurden oder werden, vorgenommen werden. Dabei bieten sich eine Benennung durch Bezugnahme auf die vom Kodex genutzte Numme-

³⁶¹ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 13.

³⁶² Vgl. Pfitzer/Oser/Orth (2006), S. 91.

³⁶³ Die Empfehlung, dass Vorstand und Aufsichtsrat in Form eines „Corporate Governance-Berichts“ in einem gesonderten Kapitel des Geschäftsberichts über die Corporate Governance eines Unternehmens berichten sollen, existiert bereits seit der Einführung des DCGK (vgl. Werder (2008d), S. 160 f.).

³⁶⁴ Das Auskunftsrecht der Aktionäre umfasst nach § 131 AktG auch die Umsetzung der Anregungen. Vorstand und Aufsichtsrat sollten auch deshalb zu den Anregungen Stellung nehmen (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 53).

³⁶⁵ Vgl. Ringleb (2008b), S. 348; Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 53.

³⁶⁶ Vgl. Orth/Wader (2005), S. 309.

³⁶⁷ Vgl. Spindler (2008), § 161 AktG, Rn. 34.

rierung oder durch zusätzliche Kurzbezeichnungen der Empfehlungen an. Geeigneter als die Übernahme der Kodexnummerierung erscheint dabei, die zusätzlichen Kurzbezeichnungen zu nutzen, um die Erklärung klarer und leichter verständlich zu gestalten. Zudem fördert dieses Vorgehen die von § 161 AktG angestrebte Informationsqualität des Kapitalmarkts.³⁶⁸

4.1.4.1.5.3 Angabe der Gründe für Abweichungen

Vor der Neuregelung durch das BilMoG wurde schon den von der Entsprechenserklärung betroffenen Unternehmen in Ziff. 3.10 des DCGK empfohlen, die Abweichungen vom Kodex im „Corporate Governance-Bericht“³⁶⁹ zu begründen.³⁷⁰ Ebenso war eine Begründung der Abweichung in der Entsprechenserklärung selbst möglich. Wurde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, mussten die Begründungen allerdings sehr kurz gehalten werden und durften den gesetzlich vorgegebenen Informationsgehalt der Entsprechenserklärung nicht beeinträchtigen.³⁷¹

Aufgrund der Neuregelung von § 161 AktG müssen nun Abweichungen von den Empfehlungen des DCGK begründet werden. Durch diese Änderung besitzt Ziff. 3.10 des DCGK keine Bedeutung mehr.³⁷² Die Verpflichtung der Unternehmen, Abweichungen vom DCGK zu begründen, kann im Interesse bestimmter Unternehmen liegen, insbesondere der börsennotierten. Für sie ist es von Bedeutung, den Kapitalmarkt und ebenso andere Bezugsgruppen wie z.B. Kunden, Lieferanten etc. von der Vernünftigkeit einer Abweichung zu überzeugen.³⁷³ Auch für die Begründung von Abweichungen spricht, dass bei fehlender Argumentation andere Medien, wie z.B. die Tagespresse, Spekulationen über mögliche Gründe für die Abweichung anstellen könnten. Diese Mutmaßungen können unter Umständen sehr negativ für die Reputation eines Unternehmens aus-

³⁶⁸ Vgl. Ringleb (2008b), S. 347.

³⁶⁹ Mit dem „Corporate Governance-Bericht“ sollte den Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, ihre Unternehmensführungsgrundsätze und -instrumente den Adressaten und insbesondere dem Kapitalmarkt umfassend darzulegen (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 62; Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 51).

³⁷⁰ Wurde keine Begründung von Abweichungen vorgenommen, musste zudem die Abweichung von Ziff. 3.10 in der Entsprechenserklärung angegeben werden (vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 51).

³⁷¹ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 51.

³⁷² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 45; Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 369.

³⁷³ Vgl. Werder (2008d), S. 163.

fallen.³⁷⁴ Ein weiteres Argument für die Begründung von Abweichungen ist, dass der Kodex eine konstant hohe Zustimmung erfährt. Die Untersuchung der reinen Befolgungsquoten des DCGK verliert daher immer mehr an Bedeutung. In Zukunft wird der Plausibilität der Abweichungsbegründungen eine größere Bedeutung zukommen, um noch besser einschätzen zu können, inwieweit der Kodex tatsächlich „gelebt“ wird.³⁷⁵

Trotz der Argumente für die Abweichungsbegründung werden einige Unternehmen die Verpflichtung zur Begründung von Abweichungen als eine Art „obligatorische Rechenschaft“ ansehen, die mit (unnötigem) zusätzlichem Aufwand verbunden ist. Berücksichtigt man, dass sich die Unternehmen aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Angabe der Abweichungen vom DCGK mit allen Empfehlungen befassen bzw. auseinandersetzen müssen, kann vor allem von börsennotierten Unternehmen vernünftigerweise verlangt werden, Abweichungen zu begründen. Aktionäre haben ein Recht zu erfahren, warum Empfehlungen des DCGK nicht befolgt wurden. Die Begründung von Abweichungen stellt keinen unverhältnismäßig hohen Zusatzaufwand für die Unternehmen dar.

Von den nicht börsennotierten Unternehmen, die gemäß dem geänderten § 161 AktG eine Entsprechenserklärung abgeben müssen, kann ebenfalls eine Begründung der Abweichungen verlangt werden. Zwar haben diese Unternehmen lediglich andere Wertpapiere als Aktien, z.B. Schuldverschreibungen, zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen. Dennoch besteht, wie bereits in Kapitel 2 erläutert, auch für Stakeholder, wie z.B. Gläubiger einer Schuldverschreibung, ein gesteigertes Interesse an der Corporate Governance eines Unternehmens, welches in Zukunft die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals zuzüglich etwaiger Zinsen leisten soll.

Ein weiteres Indiz für die Berechtigung der Verschärfung besteht darin, dass die Begründung von Abweichungen bereits vor Änderung von § 161 AktG als Ausdruck guter Corporate Governance angesehen wurde. Somit kann die Erweiterung von § 161 AktG auf bestimmte³⁷⁶ Schuldtitlemittenten als zumutbar eingestuft werden.³⁷⁷

³⁷⁴ Vgl. Strunk/Kolaschnik (2003), S. 8.

³⁷⁵ Vgl. Werder/Talaulicar (2010), S. 861.

³⁷⁶ Zu der grundsätzlich kritischen Betrachtung des Wirkungskreises von § 161 AktG siehe Abschn. 4.1.4.1.3.

Ein sinnvolles Vorgehen wäre, im Rahmen einer Abweichungsbegründung zunächst die Empfehlung, von der abgewichen wurde, zu benennen. Danach könnte sich eine Beschreibung der statt der Empfehlung ausgeübten Praxis anschließen, falls eine von der Empfehlung abweichende Praxis ausgeübt wird. Darauf folgend müssten dann die Gründe für die Abweichung von der Empfehlung angegeben werden.³⁷⁸

In welcher Form die Abweichungsbegründungen zukünftig ausfallen sollen, ist schwer absehbar. Hierbei müssen Vorstand und Aufsichtsrat im Einzelfall eruieren, welche Breite und Tiefe der Argumentation erforderlich ist, um die Adressaten der Entsprechenserklärung, in erster Linie den Kapitalmarkt, vom Sinn der Abweichung zu überzeugen.³⁷⁹ Hilfreich wären hierbei aber bestimmte Anhaltspunkte hinsichtlich der Begründungen, die der Gesetzgeber vorgeben könnte, um einen gewissen „Standard“ in den Abweichungsbegründungen zu gewährleisten. Ob es zu Vorgaben durch den Gesetzgeber kommt, wird auch durch die Qualität der zukünftigen Abweichungsbegründungen beeinflusst.

Bezüglich der Form der Abweichungsbegründung muss berücksichtigt werden, dass die Stichhaltigkeit der Begründungen umso mehr zunimmt, je fundierter individuelle Besonderheiten des Unternehmens angeführt werden. Sehr allgemein gehaltene Argumente, wie z.B. „wir befolgen die Kodexempfehlung Y nicht, weil sie für unser Unternehmen unzweckmäßig ist“, erreichen einen gegenteiligen Effekt.³⁸⁰ Hinsichtlich der rechtlichen Ansprüche an Abweichungsbegründungen kann lediglich herausgestellt werden, dass Falschaussagen natürlich unzulässig sind. Welche Breite, Tiefe, Zuverlässigkeit und Ausgewogenheit bei den Abweichungsbegründungen geboten ist, muss dagegen noch als rechtsunsicher angesehen werden.³⁸¹

³⁷⁷ Vgl. Werder (2008d), S. 163.

³⁷⁸ Vgl. Velte/Weber (2009), S. 587.

³⁷⁹ Vgl. Werder (2008d), S. 163.

³⁸⁰ Vgl. Werder (2008d), S. 163.

³⁸¹ Vgl. Velte/Weber (2009), S. 587.

Die Begründungen waren bislang eher oberflächlich³⁸², um die „wirklichen“ Beweggründe nicht öffentlich zu machen, da diese ein negatives Signal für die Adressaten dargestellt hätten. Fraglich bleibt bei sehr oberflächlichen und allgemein gehaltenen Argumenten naturgemäß immer, warum diese Argumente gerade im Fall des betroffenen Unternehmens ausschlaggebend sein sollen, nicht aber für die Unternehmen zutreffen, welche die entsprechenden Empfehlungen befolgen.³⁸³ Von daher kann von den Unternehmen eine fundierte Begründung für die Nichtbefolgung einer Empfehlung verlangt werden. Schwierig bleibt indes die Argumentation gegen oberflächliche und allgemein gehaltene Begründungen. Die Einschätzung über die Qualität einer Argumentation ist im Grunde subjektiv und bietet einen schlechten Ansatzpunkt für eine Kritisierung. Daher werden die Adressaten darauf angewiesen sein, dass sich eine Art „best practice“ herausbildet, die dann einen Standard für die Begründungen von Empfehlungsabweichungen darstellt. Wird diese „best practice“ nicht erreicht und damit ein gewisses Niveau in den Begründungen verfehlt, wird es mittelfristig zu den bereits angedeuteten Vorgaben des Gesetzgebers kommen müssen.

Die gesetzliche Verpflichtung, Abweichungen vom Kodex zu begründen, kann möglicherweise helfen, die Qualität der Begründungen zu verbessern. Für die Adressaten sind derart wichtige Informationen zu dem Verhalten der Verwaltungsorgane sehr von Interesse.³⁸⁴ Langfristig könnte sich durch den neuen Charakter der Verpflichtung als gesetzliche Vorschrift eine „ernsthaftere“ Einstellung für die Abweichungsbegründungen einstellen und damit die Qualität der Begründungen gesteigert werden.

Grundsätzlich kann die gesetzliche Verpflichtung zur Begründung von Abweichungen als sinnvoll angesehen werden. Allerdings ist die Änderung praktisch nicht gravierend, da die Empfehlung zur Begründung der Abweichungen gemäß Ziff. 3.10 Satz 2 des DCGK 2008 im Jahr 2008 von 96,5% aller an der Frankfurter Wertpapierbörse notierten

³⁸² In den Geschäftsberichten 2006 fiel die Abweichungsbegründung sehr kurz aus. Auffällig waren auch die häufige Verwendung gleicher (unternehmensunabhängiger) Argumente, z.B. bei der Begründung für den Verzicht auf die Beratung im Aufsichtsrat über die Struktur des Vorstandvergütungssystems (Argumente: „Präsidialausschuss entscheidet“ bzw. „Personalausschuss entscheidet“) oder hinsichtlich der Begründung auf den Verzicht eines Selbstbehalts bei D&O-Versicherungen (Argumente: „im Ausland unüblich“ oder „eine Differenzierung zwischen Organmitgliedern und Führungspersonal erscheint nicht sachgerecht“) (vgl. Werder (2008d), S. 163).

³⁸³ Vgl. Werder (2008d), S. 163.

³⁸⁴ Vgl. Ringleb (2008b), S. 347; Werder/Talaulicar (2010), S. 861.

Unternehmen befolgt wurde. Der Anteil der im Deutschen Aktienindex (DAX) notierten Unternehmen, die Ziff. 3.10 Satz 2 umsetzten, lag sogar bei 100%. Somit hat ein Großteil der börsennotierten Gesellschaften diese Empfehlung auch ohne eine gesetzliche Verpflichtung befolgt.³⁸⁵ Fraglich bleibt daher aufgrund des bereits hohen Befolungsgrads im Rahmen des DCGK die Notwendigkeit einer gesetzlichen Verpflichtung zur Erläuterung der Abweichungen.

Sehr viel größere Auswirkungen wird die gesetzliche Verpflichtung zur Begründung von Abweichungen bei den anderen von § 161 AktG betroffenen Unternehmen erzielen, da sie vor dem BilMoG diesem Paragraphen noch nicht unterlagen und sich somit zukünftig auch zu einer Befolgung des DCGK äußern müssen. Insgesamt ist eine Erhöhung der Anzahl der Unternehmen, die Abweichungen von Empfehlungen des DCGK begründen, jedoch nur noch in sehr geringem Ausmaß durch die gesetzliche Kodifizierung zu erreichen, da ein Großteil der Unternehmen bereits der Empfehlung zur Begründung der Abweichungen folgt.

Obwohl die Notwendigkeit einer gesetzlichen Verpflichtung zur Erläuterung von Abweichungen fraglich ist, könnte ein Nutzen der Begründungspflicht in einer Verbesserung der Qualität der Begründungen liegen. Durch die eingeführte gesetzliche Verpflichtung wird die Wichtigkeit der Begründung erhöht, sodass sich im Zuge dessen auch die Argumentation in den Begründungen verbessern könnte.³⁸⁶ Somit würde die Maßnahme zu einer Verbesserung der Corporate Governance-Publizität führen und den Anlegerschutz erhöhen.

4.1.4.1.6 Zwischenfazit

Die im Rahmen des BilMoG vorgenommenen Änderungen hinsichtlich der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG sind die Erweiterung des Kreises der zur Abgabe einer Entsprechenserklärung verpflichteten Unternehmen sowie die gesetzliche Verpflichtung zur Begründung etwaiger Abweichungen. Die Erweiterung des Wirkungskreises kann

³⁸⁵ Vgl. Werder/Talaulicar (2009), S. 691.

³⁸⁶ Durch den Abschlussprüfer muss lediglich geprüft werden, ob die Entsprechenserklärung abgegeben und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Die Entsprechenserklärung selbst ist nicht zu prüfen. Daher kann von Seiten des Abschlussprüfers nicht auf eine Verbesserung der Argumentation bei Abweichungen von Empfehlungen hingewirkt werden (vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 77).

als zu vernachlässigende Veränderung betrachtet werden, da in Deutschland eine sehr geringe Anzahl von Unternehmen dadurch betroffen ist.³⁸⁷ Es müssen daher nur äußerst wenige Unternehmen aufgrund der Einführung des BilMoG neuerdings eine Entsprechenserklärung abgeben und Abweichungen von Empfehlungen begründen. Für die Corporate Governance deutscher Unternehmen insgesamt hat diese Neuerung somit kaum eine Auswirkung.

Um die Neuerung hinsichtlich der Entsprechenserklärung zu beurteilen, muss überprüft werden, ob der Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation verbessert wird und folglich die Adressaten entscheidungsnützliche Informationen erhalten, mit denen ihre Erwartungen stabilisiert werden.

Es kann konstatiert werden, dass sich hinsichtlich der Berichterstattung über die Aufsichtsratsarbeit und das Verhalten des Vorstands kaum Veränderungen feststellen lassen. Die Empfehlungen des Kodex für diese Organe – insbesondere für den Aufsichtsrat – weisen einen hohen Befolgungsgrad auf, und in den Fällen, in denen Unternehmen von den Empfehlungen abgewichen sind, wurde auch beinahe durchweg eine Begründung für das Abweichen geliefert.³⁸⁸ Ein besserer Einblick in das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat wird mit der gesetzlichen Verpflichtung zur Begründung von Abweichungen somit nicht erreicht. Ebenso kann keine höhere Befolgungsquote der Empfehlungen des DCGK für die Organe bewirkt werden, da die Empfehlungen für die Organe bereits eine hohe Befolgungsquote aufweisen.

Es bleibt fraglich, in welchem Umfang die im Rahmen der Entsprechenserklärung publizierten Informationen zum Verhalten der Organe entscheidungsnützliche Informationen darstellen, die eine Relevanz hinsichtlich der Erwartungen der Adressaten besitzen. Zur Stabilisierung von Erwartungen sind in erster Linie Informationen aus zukunftsorientierten Finanzrechnungen relevant, die unmittelbar verwendet werden können.³⁸⁹ Eine gewisse, wenn auch nur geringe, Bedeutung hinsichtlich einer Erwartungsstabilisierung kann den Informationen zum Verhalten des Vorstands eingeräumt werden. Auf Basis dieser Informationen erhalten die Adressaten einen Ansatzpunkt für die Einschätzung,

³⁸⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

³⁸⁸ Vgl. Werder/Talaulicar (2009), S. 691 ff.; Werder/Talaulicar (2010), S. 855 ff.

³⁸⁹ Vgl. Streim (2000), S. 120; Kaiser (2009), S. 77 f.

ob in dem vorliegenden Unternehmen aufgrund vorhandener Spielräume für den Vorstand die Gefahr besteht, dass Vermögen verschwendet wird. Ist die Gefahr gegeben, dürfte sich dies negativ auf die Erwartungen der Adressaten auswirken.

Zudem ist es grundsätzlich fraglich, inwieweit der Kodex selbst und die Publizität hinsichtlich der Kodexbefolgung zu einer Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation in deutschen Unternehmen führt bzw. führen kann und, ob demzufolge die Verschärfung der Publizitätsvorschriften sinnvoll ist.

Als positiv kann vermerkt werden, dass der DCGK eine gewisse Bedeutung als „Best-Practice-Modell“ besitzt. Durch die Vorgabe der Empfehlungen und Anregungen im DCGK haben sich in Deutschland Leitlinien einer guten Corporate Governance etabliert. Als ein Unternehmen mit einer guten Corporate Governance werden diejenigen Unternehmen angesehen, die möglichst viele Empfehlungen des DCGK befolgen. Über die Darstellung des deutschen Aktienrechts hinausgehend erfüllt der DCGK zudem eine Ordnungsfunktion.³⁹⁰

Trotz der Vorgaben für eine gute Corporate Governance, die der DCGK vermittelt, hat sich im Rahmen der empirischen Forschung herausgestellt, dass die Bedeutung von Kodizes für die Praxis der Corporate Governance vergleichsweise gering ist.³⁹¹ Eine seit der Einführung des DCGK hohe Entsprechensrate³⁹² von ca. 90% lässt Zweifel an der Wirksamkeit dieses Instruments zur Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation deutscher Aktiengesellschaften zu.³⁹³

Um eine starke Wirkung auf die Corporate Governance zu entfalten, benötigt der DCGK in Verbindung mit der Entsprechenserklärung einen gut ausgebildeten Kapitalmarkt (Markt für Unternehmenskontrolle), auf dem die Entsprechenserklärungen bewertet und die Unternehmen bei „schwachen“ Entsprechenserklärungen über die Exit-

³⁹⁰ Vgl. Werder (2008a), S. 15 f.

³⁹¹ Siehe hierzu Gerum (2007), S. 390 ff.

³⁹² Das „Entsprechensverhalten“ der börsennotierten Unternehmen kann dabei am besten anhand der drei Merkmale Unternehmensgröße, geographische Diversifikation sowie Börsennotierung erklärt werden. Es bestätigt die Vermutung, dass vor allem die großen und international agierenden Unternehmen dem Kodex entsprechen, da sie darin ein Signal an den Kapitalmarkt sehen (vgl. Gerum (2007), S. 434).

³⁹³ Die seit der Einführung des DCGK hohe Entsprechensrate lässt ein geringes Anspruchsniveau und demzufolge eine gewisse Ineffektivität der Kodexempfehlungen vermuten (vgl. Gerum (2007), S. 399).

Option – also über den Verkauf der Aktien, der ein Sinken des Aktienkurses nach sich zieht – „abgestraft“ werden. Hier besteht allerdings ein Konflikt mit dem deutschen Corporate Governance-System, der ein Grund für die geringe Relevanz des DCGK für das deutsche Corporate Governance-System sein könnte. Wegen des noch unterentwickelten Kapitalmarkts in Deutschland bleiben Zweifel hinsichtlich einer nachhaltigen Wirksamkeit des DCGK auf die Führungs- und Kontrollsituation in deutschen Unternehmen.

4.1.4.2 Informationen zu Unternehmensführungspraktiken

4.1.4.2.1 Gesetzliche Kodifizierung

§ 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB regelt die Verpflichtung zur Abgabe von Informationen zu Unternehmensführungspraktiken. Mit der Kodifizierung in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB werden die Ziffern ii) und iii) des Buchstabens a) von Art. 46a der Abänderungsrichtlinie umgesetzt. Der Wortlaut von § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB ähnelt dabei dem Wortlaut der Ziff. iii)³⁹⁴ von Art. 46a Buchstabe a) und besagt, dass „relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden“, in der Erklärung zur Unternehmensführung zu machen sind.

Die Vorgaben der Ziff. ii)³⁹⁵ von Buchstabe a) werden in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB nicht explizit gefordert, sind aber implizit in der Forderung aus § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB enthalten. Es sollen in diesem Punkt alle relevanten³⁹⁶ angewandten Unternehmensführungspraktiken angegeben werden.³⁹⁷ Die Befolgung eines Unternehmensführungskodex, den das Unternehmen freiwillig anzuwenden beschlossen hat, gehört zweifellos zu

³⁹⁴ Das Corporate Governance-Statement hat alle relevanten Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die das Unternehmen über die Anforderungen des nationalen Rechts hinaus anwendet, zu enthalten (vgl. Abschn. 3.4).

³⁹⁵ Das Corporate Governance-Statement hat einen Verweis auf den Unternehmensführungskodex, den das Unternehmen gegebenenfalls freiwillig anzuwenden beschlossen hat, zu enthalten (vgl. Abschn. 3.4).

³⁹⁶ Relevant bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die zu beschreibenden angewandten Unternehmensführungspraktiken eine gewisse Bedeutung – im Verhältnis zur Gesamtstruktur – für das gesamte Unternehmen haben. Durch das Tatbestandsmerkmal der Relevanz wird die Angabepflicht in erheblichem Umfang eingeschränkt (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 171).

³⁹⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 171.

den wesentlichen angewandten Unternehmensführungspraktiken, sodass zu Recht keine ausführlichere Kodifizierung in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB vorgenommen wurde.

4.1.4.2.2 Verantwortlichkeit für die Informationen

Wer für die Informationen zu den Unternehmensführungspraktiken verantwortlich ist, lässt sich – im Gegensatz zu der Verantwortlichkeit für die Entsprechenserklärung, bei der der Gesetzgeber Vorstand und Aufsichtsrat zusammen explizit verpflichtet – nicht aus dem Gesetz ableiten. Daher ist die Verantwortlichkeit für diesen Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung die gleiche wie für die gesamte Erklärung zur Unternehmensführung selbst. Ein Abwägen der verschiedenen Konstellationen hinsichtlich der Verantwortlichkeit ergab dort, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat vorteilhaft wäre.³⁹⁸

4.1.4.2.3 Wirkungskreis der Regelungen zu den Informationen

Für den Wirkungskreis der Regelungen zu den Informationen über die angewandten Unternehmensführungspraktiken sieht der Gesetzgeber in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB ebenfalls keine eigenständige, von dem generellen Wirkungskreis des § 289a HGB abweichende Regelung vor. Folglich müssen alle Aktiengesellschaften, die zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB verpflichtet sind, den Adressaten Informationen zu ihren angewandten wesentlichen Unternehmensführungspraktiken vermitteln.

Verpflichtet zur Abgabe der Informationen zu den angewandten wesentlichen Unternehmensführungspraktiken sind somit börsennotierte Aktiengesellschaften und Aktiengesellschaften, die andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt ausgegeben haben und deren Aktien auf eigene Veranlassung im Freiverkehr gehandelt werden.³⁹⁹

³⁹⁸ Siehe dazu Abschn. 4.1.2.

³⁹⁹ Zu der grundsätzlichen Einschätzung des in § 289a HGB kodifizierten Wirkungskreises sei an dieser Stelle auf Abschn. 4.1.3 verwiesen.

4.1.4.2.4 Gegenstand der Informationen

Die gesetzliche Vorschrift in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB bietet bezüglich des in diesem Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung geforderten Inhalts eine relativ breite Beschreibung. Gefordert werden „relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden“.

Informationen zu den gesetzlichen Anforderungen werden durch die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgedeckt. Bezüglich der anderen wesentlichen Unternehmensführungspraktiken, die im zweiten Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung angegeben werden müssen, wird in der Gesetzesbegründung auf die Abänderungsrichtlinie verwiesen.⁴⁰⁰

Gemäß Art. 46a der Richtlinie 78/660/EWG müssen zwei unterschiedliche Angaben gemacht werden:

1. relevante Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex und
2. relevante Angaben zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex.⁴⁰¹

4.1.4.2.4.1 Relevante Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex

Die durch § 289a HGB erfassten Aktiengesellschaften müssen sich in der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG zur Befolgung der Empfehlungen des DCGK äußern. Eine Erfüllung des DCGK ist dabei nicht obligatorisch. Die nach § 289a HGB verpflichteten Unternehmen können ebenfalls einen anderen Kodex als den DCGK anwenden.

Folgen Unternehmen nicht dem DCGK, sondern einem anderweitigen anerkannten Corporate Governance Kodex, muss auf den befolgten Kodex verwiesen werden. Relevante Kodizes, denen die Unternehmen freiwillig folgen können, sind z.B. der Berliner Kodex⁴⁰², der OECD-Kodex⁴⁰³ oder der Combined Code⁴⁰⁴, der auf dem Cadbury-Report

⁴⁰⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴⁰¹ Die Anwendung eines unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex ist ebenfalls freiwillig.

⁴⁰² Siehe hierzu Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance (2001), S. 63 ff.

basiert.⁴⁰⁵ Folglich wäre hier auch die Befolgung ausländischer Governancestandards anzugeben.⁴⁰⁶ Die „freiwillige“ Befolgung des Kodex bezeichnet hier den Umstand, dass die Unternehmen dem befolgten Kodex nicht in der Weise unterliegen, wie es bei den börsennotierten Aktiengesellschaften und dem DCGK der Fall ist. Der DCGK beinhaltet als nationaler Kodex neben den Empfehlungen und Anregungen auch geltendes Recht, dem die Aktiengesellschaften ohnehin entsprechen müssen. Die Empfehlungen und Anregungen des DCGK befolgen die betroffenen Aktiengesellschaften zwar auch freiwillig, sie müssen sich aber zu der Befolgung äußern, weil sie dem DCGK unterliegen. Andere Kodizes, die neben dem DCGK existieren, werden von den deutschen Unternehmen freiwillig befolgt.

Weiterhin können die durch § 289a HGB erfassten Unternehmen auf sogenannte Spartenkodizes verweisen, die teilweise von Banken und Versicherungen genutzt werden. Die Anwendung der speziellen Kodizes ist notwendig, weil in stark regulierten Sektoren nur mit Hilfe dieser speziellen Kodizes die spezifischen Ausprägungen der Corporate Governance überzeugend dargestellt werden können.⁴⁰⁷

Generell wird von den in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB anzugebenden Informationen zu einem freiwillig befolgten Kodex gefordert, dass sie relevant sind – also eine gewisse Bedeutung für das gesamte Unternehmen haben. Relevant hinsichtlich eines freiwillig befolgten Kodex sind vor allem die genaue Bezeichnung des Kodex sowie die Unterschiede des angewandten Kodex zum DCGK. Bei einem bloßen Verweis auf den angewandten Kodex würde das Problem der Vergleichbarkeit der Kodizes auftreten. Von Aktionären und noch weniger von Anleihegläubigern kann verlangt werden, dass sie auf Basis der Beschreibung des angewandten Kodex die Unterschiede zum DCGK herausarbeiten. Daher müssen die Unternehmen im Falle eines Verweises auf einen freiwillig anerkannten Kodex die Unterschiede zum DCGK erläutern.⁴⁰⁸ Des Weiteren muss der in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB geforderte Hinweis erfolgen, wo der angewandte Kodex zu-

⁴⁰³ Siehe hierzu OECD-Lenkungsausschuss Corporate Governance (2004), S. 19 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance (2001), S. 9.

⁴⁰⁵ Vgl. Brown/Steen/Foreman (2009), S. 549; Niemeier (2006), S. 181.

⁴⁰⁶ Vgl. Velte/Weber (2009), S. 587.

⁴⁰⁷ Vgl. Ringleb (2008a), S. 23.

⁴⁰⁸ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

gänglich ist. Die Bezeichnung des Kodex, seine Unterschiede zum DCGK und der Hinweis der Zugänglichkeit sind Mindestanforderungen an die Information bezüglich eines freiwillig befolgten Kodex. Weitere freiwillige Angaben, welche die Unternehmen an dieser Stelle anbringen können, sind Informationen hinsichtlich der Regelungsbereiche des angewandten Kodex.⁴⁰⁹

Grundsätzlich ist die Anwendung eines anderen als des DCGK vom deutschen Gesetzgeber erlaubt. Hierauf wurde in der Begründung zu dem neuen § 161 AktG ausdrücklich hingewiesen. Es soll den Gesellschaften möglich sein, einen eigenen „Code of Best Practice“ zu entwickeln und gegenüber dem Kapitalmarkt offen zu legen.⁴¹⁰

In Art. 46a Abs. 1 Buchst. a) Nr. ii) der Richtlinie 78/660/EWG sollen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Unternehmen verpflichten, auf einen Kodex zu verweisen, den sie freiwillig anzuwenden beschlossen haben. Folgen die von § 289a HGB erfassten Unternehmen keinem Kodex freiwillig, entfällt für sie die Angabe zu einem freiwillig befolgten Kodex, ebenso für Unternehmen, die unter dem vorherigen Punkt die Befolgung des DCGK angegeben haben.

Börsennotierte und bestimmte nicht börsennotierte Aktiengesellschaften, die dem DCGK gemäß § 161 AktG unterliegen, sind in diesem Bestandteil ebenfalls nicht zu weiteren Angaben verpflichtet, welchem freiwillig zusätzlich befolgbaren Kodex sie nicht entsprechen. Wenden sie den DCGK an, genügt die Entsprechenserklärung. Folgen sie einem anderen Kodex, müssen entsprechende Angaben zu diesem Kodex gemacht werden. Zusätzliche Angaben über eine Nichtanwendung anderer Kodizes werden nicht verlangt.⁴¹¹

4.1.4.2.4.2 Relevante Angaben zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex

Befolgt ein Unternehmen neben anerkannten Kodizes wie dem DCGK weitere unternehmensindividuelle Unternehmensführungspraktiken, ist es gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 2

⁴⁰⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴¹⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/8769 (2002), S. 21.

⁴¹¹ Vgl. Niemeier (2006), S. 181.

HGB verpflichtet, diesbezüglich relevante Angaben zu machen. Auch wenn ein Unternehmen weder dem DCGK noch einem anderen Kodex folgt, muss es einen Verweis auf alle relevanten Angaben zur Unternehmensführungspraxis, die das Unternehmen über die Anforderungen des einzelstaatlichen Rechts hinaus anwendet, geben.

Entspricht das Unternehmen einem unternehmensindividuellen Kodex – auch Firmen- oder Hauskodex⁴¹² genannt –, so muss es in der Erklärung zur Unternehmensführung darauf hinweisen. Von einem unternehmensindividuellen Kodex spricht man bereits dann, wenn das Unternehmen eigene Unternehmensführungspraktiken oder -richtlinien entwickelt hat, die nicht deckungsgleich mit denen eines anerkannten Kodex, wie z.B. dem DCGK, sind.

Wenn ein Unternehmen einem individuellen Kodex folgt, reicht es – genau wie bei den relevanten Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex⁴¹³ – nicht aus, lediglich auf den individuellen Kodex zu verweisen. Daher müssen die Unternehmen bei Anwendung eines unternehmensindividuellen Kodex die Unterschiede zum DCGK erläutern.⁴¹⁴ Gefordert werden somit mindestens die Erläuterung der Unterschiede zum DCGK und der Hinweis, wo der Kodex der Öffentlichkeit zugänglich ist. Eine weitere Darstellung des Kodex auf freiwilliger Basis ist möglich.

Eine Bewertung durch die Unternehmen, ob trotz dieser Abweichungen eine Gleichwertigkeit zu dem DCGK besteht, wird von dem deutschen Gesetzgeber nicht verlangt, wäre aufgrund der subjektiven Ansicht auch nicht sinnvoll. Eine Einschätzung über die Gleichwertigkeit der Kodizes bleibt dem Kapitalmarkt vorbehalten.⁴¹⁵

Zu einer Anwendung von unternehmensindividuellen Kodizes wird es, ähnlich zu der Anwendung von anderen Kodizes, wie z.B. von Spartenkodizes, überwiegend in stärker reglementierten Sektoren (Banken, Versicherungen) kommen. Die unternehmensindivi-

⁴¹² Firmenkodizes sind von den Unternehmen selbst erlassen und stellen eine institutionalisierte Selbstbindung dar. Diese Kodizes können sowohl die organisatorische Ausgestaltung und die personelle Zusammensetzung der Organe betreffen, als auch das Ziel haben, die Handlungen dieser Organe oder auch aller Mitarbeiter des Unternehmens beeinflussen zu wollen (vgl. Gerum (2007), S. 400).

⁴¹³ siehe hierzu Abschn. 4.1.4.2.4.1, S. 109 f.

⁴¹⁴ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

⁴¹⁵ Vgl. BT-Drucksache 14/8769 (2002), S. 21.

duellen Kodizes sind dabei notwendig, um die spezifischen Ausprägungen der Corporate Governance überzeugend zu beschreiben.⁴¹⁶

Geht der unternehmensindividuelle Kodex inhaltlich über die Empfehlungen des DCGK hinaus (Übererfüllung des Kodex) und beinhaltet er keine Abweichungen vom DCGK, kann das Unternehmen trotz der Berücksichtigung eines weiteren Kodexes in der Entsprechenserklärung eine uneingeschränkte Positiverklärung bezüglich des DCGK abgeben. Eine etwaige Übererfüllung kann, muss aber nicht publiziert werden, wird allerdings generell im Interesse des Unternehmens liegen.⁴¹⁷

Enthält ein Firmen- oder Hauskodex negative Abweichungen zum DCGK – es werden also nicht alle Empfehlungen des DCGK befolgt –, kann das Unternehmen erklären, dass es einem eigenen Kodex folgt. Es ist verpflichtet, die abgelehnten Empfehlungen in der Entsprechenserklärung genau anzugeben und zu begründen.⁴¹⁸

Grundsätzlich steht Unternehmen, die unternehmensindividuelle Corporate Governance-Regelungen befolgen, für die Darstellung ihrer unternehmensspezifischen Besonderheiten wiederum der Corporate Governance-Bericht nach Ziff. 3.10 des DCGK zur Verfügung, der als Teil des Geschäftsberichts publiziert werden kann.⁴¹⁹ Ein Verzicht auf die Anwendung des DCGK aufgrund unternehmensspezifischer Besonderheiten muss also nicht zwangsläufig erfolgen.

Das Wahlrecht, einen eigenen Kodex zu implementieren und zu beschreiben, wird sicherlich, abgesehen von den o.a. spezifischen Bereichen, keinen überwiegenden Zuspruch erfahren, weil der mit der Erstellung und Implementierung eines eigenen Corporate Governance Kodex verbundene Aufwand als verhältnismäßig groß eingestuft werden kann.⁴²⁰ Die Entwicklung und Veröffentlichung eigener Leitlinien zur Unternehmensführung bindet erhebliche Personal- und Sachressourcen, vor allem bei Unternehmen, die nicht an der Börse notiert sind. In den nicht börsennotierten Unternehmen sind

⁴¹⁶ Vgl. Ringleb (2008a), S. 23.

⁴¹⁷ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 49.

⁴¹⁸ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 49.

⁴¹⁹ Vgl. Ringleb (2008a), S. 23.

⁴²⁰ Vgl. Ringleb (2008b), S. 346.

die Corporate Governance-Strukturen grundsätzlich noch nicht so ausgebaut wie bei börsennotierten Unternehmen.⁴²¹

Auch in der Vergangenheit haben die Gesellschaften, von wenigen Ausnahmen abgesehen, keinen Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, eigene Kodizes aufzustellen.⁴²² Zu diesem Ergebnis kam auch GERUM in seiner 2007 veröffentlichten Studie über das deutsche Corporate Governance-System.⁴²³ Hinsichtlich der Corporate Governance Kodizes ergab sich aus der Studie, dass 42% der untersuchten Unternehmen angegeben haben, einen eigenen Kodex zu befolgen. Schlüsselt man diese weiter auf, erkennt man aber, dass die große Mehrheit dieser Kodizes lediglich klassische Verhaltenskodizes⁴²⁴ sind. Zudem haben 30% der Unternehmen, die angeben, einem eigenen Kodex zu folgen, den DCGK übernommen und ihn zum unternehmenseigenen Regelwerk gemacht.⁴²⁵

Ist kein Unternehmensführungskodex im Sinne einer Aufzählung von Verhaltensregeln vorhanden, denen das Unternehmen folgt, kann ebenfalls angegeben werden, dass Teilen eines Kodex entsprochen wird. Auch eine bloße Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken ist möglich.⁴²⁶ Die beschriebenen Praktiken könnten wiederum als Kodex angesehen werden. Die angabepflichtigen Unternehmensführungspraktiken müssen dabei Regelungsbereiche abdecken, die ein Unternehmensführungskodex ausfüllen könnte. In diesem Bereich der Erklärung zur Unternehmensführung hat ein Unternehmen die Möglichkeit, auch unternehmensweit gültige ethische Standards, Arbeits- oder Sozialstandards anzugeben.⁴²⁷

Bei der Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken sind vor allem Informationen zu vermitteln, die generell auch von Unternehmensführungskodizes geregelt wer-

⁴²¹ Vgl. Pohle/Werder (2002), S. 744 f.

⁴²² Vgl. Ringleb (2008b), S. 346.

⁴²³ Vgl. Gerum (2007), S. 402.

⁴²⁴ Verhaltenskodizes sind Regelwerke mit ethischen Grundsätzen, Verhaltensregeln oder einer Unternehmensphilosophie, welche die Verantwortung des Unternehmens gegenüber Stakeholdern oder der sonstigen gesellschaftlichen und natürlichen Umwelt betreffen. Sie betreffen nicht das gesamte Corporate Governance-System (vgl. Gerum (2007), S. 408).

⁴²⁵ Vgl. Gerum (2007), S. 402.

⁴²⁶ Denkbar wären hier auch Angaben zur unternehmensindividuellen Umsetzung, Verschärfung oder Ergänzung von Kodexbestimmungen sowie Praktiken aufgrund ausländischer Vorschriften (vgl. Velte/Weber (2009), S. 587).

⁴²⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172; Paetzmann (2009), S. 65.

den. Daher müssen in erster Linie Informationen zu Vorgaben für den Vorstand und den Aufsichtsrat und zu deren Verhältnis zueinander sowie zu den Rechten der Anteilseigner gemacht werden.⁴²⁸

Insbesondere sind bei der Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken Informationen bezüglich des Managements von Risiken der Unternehmensleitung durch den Vorstand sowie die Überwachung von Risiken der Unternehmensleitung durch den Aufsichtsrat wichtig.⁴²⁹ Ein zu großer Umfang und eine übermäßig hohe Intensität der hier geforderten Angaben werden den Unternehmen allerdings ausdrücklich nicht abverlangt. Die Unternehmen werden nicht verpflichtet über sämtliche organisatorische Regelungen oder Vorschriften zu berichten.⁴³⁰

Aufgrund der gesetzlichen Kodifizierung der Erklärung zur Unternehmensführung müssen die Angaben zu freiwillig befolgten Kodizes oder zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex in der zweiten Informationssektion der Erklärung zur Unternehmensführung vorgenommen werden. Die Empfehlung in Ziff. 3.10 des DCGK besitzt folglich nur noch eine geringe Bedeutung.⁴³¹

Das Bestreben eines Unternehmens, weitere Informationen bezüglich der Unternehmensführungspraxis über die Anforderungen des nationalen Rechts hinaus darzulegen, ist nachvollziehbar. Insbesondere vor dem Hintergrund einer Verbesserung der eigenen Reputation erscheint eine weitergehende Publizität der Corporate Governance-Information erstrebenswert. Grundsätzlich wird unterstellt, dass Unternehmen, die zusätzliche Informationen bereitstellen, welche über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen, besser angesehen werden als Unternehmen, die gerade die Mindestanforderungen erfüllen.⁴³²

⁴²⁸ Vgl. Niemeier (2006), S. 182.

⁴²⁹ Vgl. Gaenslen (2006), S. 65 ff.

⁴³⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴³¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 171 f.

⁴³² Vgl. Hücke/Just (2007), S. 11 f.

Für deutsche börsennotierte Unternehmen sind die Regelungen dieser direkten Informationssektion, die ein Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist, unproblematisch⁴³³, da bei ihnen bereits überwiegend Erfahrungen mit dem DCGK vorhanden sind. Eine Umstellung, die auch mit Ausgaben verbunden ist, bedeuten diese Regelungen für nicht börsennotierte Unternehmen, die gemäß § 289a HGB ebenfalls eine Erklärung zur Unternehmensführung abgeben müssen.⁴³⁴

4.1.4.2.4.3 Verweis auf den Ort der Veröffentlichung

Wird ein anderer, freiwilliger Kodex befolgt, muss auch hier wie bei der Anwendung des DCGK angegeben werden, wo der entsprechende Kodex der Öffentlichkeit zugänglich ist.⁴³⁵ In § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB wird explizit ein Hinweis gefordert, wo die relevanten Angaben zu den Unternehmensführungspraktiken – entweder der freiwillig befolgte Kodex oder die Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken – öffentlich zugänglich sind.

Für den Ort der Veröffentlichung bietet sich die Internetseite der Gesellschaft an. Auf diese Weise erhält die interessierte Öffentlichkeit einen schnellen Zugang zu den relevanten Informationen. Der in § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB geforderte Hinweis müsste im Falle der Veröffentlichung der Informationen auf der Internetseite des Unternehmens die genaue Internetadresse der Informationen enthalten, sodass eine langwierige Suche auf der Internetseite verhindert wird.

Ein Argument, welches ebenfalls für die Veröffentlichung der Informationen zu den Unternehmensführungspraktiken auf der Internetseite des Unternehmens spricht, ist die in § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB kodifizierte Möglichkeit, die Erklärung zur Unternehmensführung insgesamt auf der Internetseite des Unternehmens zu veröffentlichen. Bei einem entsprechenden Vorgehen würde die interessierte Öffentlichkeit bereits auf der Internetseite des Unternehmens einen Großteil der relevanten Corporate Governance-Informationen erhalten.

⁴³³ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

⁴³⁴ Vgl. Huckle/Just (2007), S. 12.

⁴³⁵ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2359.

4.1.4.2.5 Zwischenfazit

Die entscheidende Änderung ist die vorgeschriebene Veröffentlichung von relevanten Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex sowie von Angaben zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex. Dies stellt insofern eine Ausweitung der Informationsverpflichtung dar, als dass vor der Erklärung zur Unternehmensführung die Unternehmen nur Angaben zur Befolgung des DCGK machen mussten, auch wenn sie dem DCGK nicht gefolgt sind. Zudem sind neben den börsennotierten auch weitere nicht börsennotierte Aktiengesellschaften gemäß § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB zur Veröffentlichung der Angaben verpflichtet.

Hinsichtlich der Information über die Führungs- und Kontrollsituation ergibt sich zwar ein positiver Effekt in erster Linie bei Unternehmen, welche sich durch die Erweiterung des Wirkungskreises nach § 289a HGB jetzt zu ihrer Corporate Governance äußern müssen oder nicht oder nur in Teilen dem DCGK gefolgt sind und sich zu weiteren Unternehmensführungspraktiken nicht äußern mussten. Bei diesen Unternehmen können die Adressaten aus den publizierten Firmenkodizes nun Informationen über die Tätigkeiten des Aufsichtsrats und die Vorstandsarbeit erhalten, was zu einer besseren Beurteilungsmöglichkeit über die Entwicklung des Unternehmens und folglich einer gewissen Stabilisierung von Erwartungen beitragen kann. Hinsichtlich der Informationen zum Verhalten des Vorstands erhalten die Adressaten einen Ansatzpunkt für die Einschätzung, ob in dem vorliegenden Unternehmen aufgrund vorhandener Spielräume für den Vorstand die Gefahr besteht, dass Vermögen zum Nachteil der Stakeholder vergeudet wird. Ist die Gefahr gegeben, wird sich dies negativ auf die Erwartungen der Adressaten auswirken. Hinsichtlich der Kontrollsituation durch den Aufsichtsrat erhalten die Adressaten ebenfalls einen besseren Einblick und können einschätzen, inwieweit das Unternehmen gefährdet ist, sich aufgrund der vorliegenden Kontrollsituation negativ zu entwickeln.

Die Erweiterung des Wirkungskreises kann allerdings – trotz des positiven Effekts – insgesamt als zu vernachlässigende Veränderung betrachtet werden, da die von § 289a HGB betroffenen nicht börsennotierten Aktiengesellschaften in Deutschland nur in sehr

geringer Anzahl vorkommen.⁴³⁶ Zudem ist auch hier der Stabilisierungseffekt fraglich, da lediglich in gewisser Weise auf den Umgang mit dem Unternehmensvermögen und die Risikoreduzierung hinsichtlich einer negativen Unternehmensentwicklung geschlossen werden kann.

Ebenso fraglich bleibt, wie detailliert die Vorgaben für die Organe in den Kodizes sind. Gesetzliche Regelungen, welche Bereiche ein Firmenkodex abdecken muss, gibt es nicht. Dieser Umstand muss als ein Manko angesehen werden, da es in der Hand der Unternehmen liegt, wie streng und detailliert die Vorgaben für die Verwaltungsorgane ausfallen.

Anderen Kodizes als dem DCGK entsprechen Unternehmen hauptsächlich aufgrund einer Börsennotierung an der NYSE, wobei die Befolgung des Code of Business Conduct and Ethics eine Voraussetzung ist, um an der amerikanischen Börse zugelassen zu werden. Die Entsprechung des Kodex erfolgt also nicht aus eigenem Antrieb der Unternehmen für eine effektive und effiziente Corporate Governance-Struktur,⁴³⁷ sondern weil es das amerikanische Börsenrecht so will.⁴³⁸

Wenn ein Firmenkodex existiert und ein Unternehmen ihm entspricht, wird der Firmenkodex in den überwiegenden Fällen auch auf der Homepage des Unternehmens veröffentlicht. Daher kann eine verbesserte Publizität der befolgten Firmenkodizes durch die gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung, unternehmenseigene Kodizes bzw. Firmenkodizes zu veröffentlichen, nicht erreicht werden. Hier bestand bereits vor der gesetzlichen Regelung eine ausreichende Offenlegungspraxis. Auffallend ist dabei, dass überwiegend große Unternehmen einen Firmenkodex befolgen und diesen auch veröffentlichen.⁴³⁹

Insgesamt besitzen Kodizes für die Praxis der Corporate Governance vergleichsweise wenig Bedeutung. Ungewiss ist ebenso der Nutzen der Publizität relevanter Angaben zu

⁴³⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 230.

⁴³⁷ Eigens geschaffene oder freiwillig übernommene Firmenkodizes, die zudem auch wirksam sind, existieren lediglich bei etwa 30% der großen deutschen Aktiengesellschaften (vgl. Gerum (2007), S. 433).

⁴³⁸ Vgl. Gerum (2007), S. 404 ff.

⁴³⁹ Vgl. Gerum (2007), S. 403.

freiwillig befolgten Kodizes oder den Unternehmensführungspraktiken. Um eine starke und nachhaltige Wirkung auf die Führungs- und Kontrollsituation in Unternehmen zu erreichen, müsste ein gut ausgebildeter Kapitalmarkt existieren, was in Deutschland aber (noch) nicht der Fall ist. Der Nutzen dieser Informationen in unserem Corporate Governance-System ist daher zweifelhaft.

Ebenso bleibt die mit der Entscheidungsnützlichkeit verbundene Relevanz dieser Informationen zur Stabilisierung der Erwartungen der Informationsadressaten – genau wie bei der Entsprechenserklärung auch – fraglich.

Ungewiss ist zudem, inwieweit die Unternehmen, die einen Kodex freiwillig befolgen, den Kodexvorgaben auch tatsächlich nachkommen. Ein Grund hierfür ist sicherlich, dass das Testat des Abschlussprüfers gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB lediglich die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung bestätigt, nicht aber, ob die Empfehlungen der beschriebenen Kodizes in den Unternehmen tatsächlich umgesetzt wurden.⁴⁴⁰

4.1.4.3 Angaben zur Zusammensetzung und Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat einschließlich deren Ausschüsse

Im deutschen Recht erfolgte im Rahmen des BilMoG die Umsetzung der Angabepflichtung für die personelle Zusammensetzung der Ausschüsse sowie für die Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat einschließlich deren Ausschüsse.⁴⁴¹ Ausgangspunkt der Änderung ist Art. 46a Abs. 1 Buchstabe f) der Abänderungsrichtlinie. Dort wird gefordert, dass die betroffenen Unternehmen zukünftig über die Zusammensetzung und Arbeitsweise der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane und ihrer Ausschüsse zu berichten haben.

4.1.4.3.1 Gesetzliche Kodifizierung

Die Beschreibung der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat ist bereits im deutschen Recht kodifiziert, eine Umsetzung im Rahmen des BilMoG war daher nicht mehr notwendig. Informationen zur Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat

⁴⁴⁰ Vgl. Gerum (2007), S. 400.

⁴⁴¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

werden im deutschen Recht durch § 285 Nr. 10 HGB gefordert. Aufgrund der Kodifizierung in § 285 HGB sind die entsprechenden Angaben im Anhang anzugeben. Zur Vermeidung von Doppelangaben wurde daher auf eine Kodifizierung in § 289a HGB verzichtet, sodass die Informationen zur Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat nicht Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung sind.⁴⁴²

Um die Vorgaben aus Art. 46a Abs. 1 Buchstabe f) insgesamt umzusetzen, musste die Beschreibung der Zusammensetzung der Ausschüsse sowie der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat einschließlich deren Ausschüsse eingearbeitet werden. Die entsprechende Anpassung wurde im Rahmen des BilMoG in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB vorgenommen.⁴⁴³ Durch die bereits bestehende Regelung in § 285 Nr. 10 HGB und der im Rahmen des BilMoG vorgenommenen Kodifizierung in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB sind die gesamten Vorgaben des Art. 46a Abs. 1 Buchst. f) der Abänderungsrichtlinie im deutschen Recht enthalten.

Aufgrund der bereits bestehenden Regelung in § 285 Nr. 10 HGB kommt es somit zu einer Zersplitterung der obligatorischen Berichterstattung über die personelle Zusammensetzung der Verwaltungsorgane sowie deren Ausschüsse. Die relevanten Informationen verteilen sich über den Anhang und den Lagebericht. Ideal wäre in diesem Zusammenhang allerdings eine abschließende Berichterstattung über die Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie deren Ausschüsse innerhalb der Erklärung zur Unternehmensführung als Teil des Lageberichts. Der Adressat hätte so die relevanten Angaben bezüglich der personellen Zusammensetzung gebündelt an einem Ort, was zu einem besseren Verständnis und zu einer besseren Lesbarkeit beitragen würde. Da die gesetzliche Kodifizierung der Informationsverpflichtung hinsichtlich der personellen Zusammensetzung bereits vorgenommen wurde, ist eine derartige gesetzliche Regelung aber nicht mehr realistisch.

4.1.4.3.2 Verantwortlichkeit für die Angaben

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für die Angaben zur Zusammensetzung und Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat einschließlich deren Ausschüsse muss eine

⁴⁴² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴⁴³ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

Unterscheidung in die bereits vor dem BilMoG in § 285 Nr. 10 HGB kodifizierte Regelung und in die mit dem BilMoG in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB eingeführte Regelung vorgenommen werden.

Die in § 285 Nr. 10 HGB geforderten Informationen sind im Anhang zu geben. Für die Erstellung des Anhangs ist gemäß § 264 Abs. 1 Satz 1 HGB der Vorstand verantwortlich. Folglich fällt die Verantwortlichkeit für die Beschreibung der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Vorstands. Da die Beschreibung der Zusammensetzung – hierbei geht es lediglich um das Zusammenfügen von Personalinformationen – zudem als ein lediglich formaler Akt zu betrachten ist, spricht in diesem Fall nichts gegen die alleinige Verantwortlichkeit des Vorstands, auch wenn er eine Beschreibung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats vornehmen muss.

Bezüglich der in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderten Informationen kann eine Verantwortlichkeit wiederum nur indirekt abgeleitet werden. Die Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen ist Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung, und weil keine abweichende Verantwortlichkeit für diese Informationen in § 289a Abs. 2 Nr. 3 enthalten ist, wird – wie für die gesamte Erklärung zur Unternehmensführung auch – eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat präferiert und als sinnvoll erachtet.

4.1.4.3.3 Wirkungskreis der Regelungen zu den Angaben

Bei der Abgrenzung des Wirkungskreises muss wiederum eine Unterscheidung in die gemäß § 285 Nr. 10 HGB und die gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderten Informationen vorgenommen werden. Die in § 285 Nr. 10 HGB verlangten Angaben über die Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat stellen eine Regelung dar, die alle Kapitalgesellschaften trifft. Das HGB sieht weder eine größenabhängige Befreiung von dieser Angabepflicht vor, noch ist die Angabe der Information an das Vorliegen einer Kapitalmarktorientierung oder Börsennotierung geknüpft. Somit müssen alle Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft eine Beschreibung der Zusammensetzung ihres Vorstands und ihres Aufsichtsrats im Anhang vornehmen.

Für den Wirkungsbereich der Regelungen zu der Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen sieht der Gesetzgeber in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB keine eigenständige, von dem generellen Wirkungsbereich des § 289a HGB abweichende Regelung vor. Folglich müssen alle Aktiengesellschaften, die zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB verpflichtet sind, Informationen zur Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen angeben.

Verpflichtet zur Abgabe der in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderten Informationen sind somit nur börsennotierte Aktiengesellschaften und Aktiengesellschaften, die andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt ausgegeben haben und deren ausgegebenen Aktien auf ihre Veranlassung im Freiverkehr gehandelt werden.⁴⁴⁴ Die Information erfolgt gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB in Punkt 3 der Erklärung zur Unternehmensführung.

4.1.4.3.4 Gegenstand der Angaben

4.1.4.3.4.1 Beschreibung der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat

Obwohl die Beschreibung der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat bereits vor der Umsetzung der Abänderungsrichtlinie im deutschen Recht kodifiziert war, wird der geforderte Inhalt dargestellt, um daraus Schlüsse für die Angaben zu ziehen, die bei der Beschreibung der Zusammensetzung der Ausschüsse von Vorstand und Aufsichtsrat zu machen sind.

Kapitalgesellschaften müssen gemäß § 285 Nr. 10 HGB Angaben über alle Mitglieder des Vorstands und eines gesetzlichen Aufsichtsrats⁴⁴⁵ machen. Die Berichterstattung umfasst alle Mitglieder der Verwaltungsorgane, die während des Geschäftsjahrs und bis

⁴⁴⁴ Zu der grundsätzlichen Einschätzung des in § 289a HGB kodifizierten Wirkungsbereiches sei an dieser Stelle auf Abschn. 4.1.3 verwiesen.

⁴⁴⁵ Hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats bei Aktiengesellschaften müssen grundsätzlich die Vorgaben des § 96 AktG genauso wie die Anforderungen an die persönlichen Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 100 AktG beachtet werden.

zum Bilanzaufstellungstag (für den Vorstand) bzw. bis zu dem Tag der Beschlussfassung über den Jahresabschluss (für den Aufsichtsrat) dem Organ angehören. Ebenso sind Angaben über Mitglieder notwendig, wenn diese im Geschäftsjahr oder später ausgeschieden sind oder erst im Laufe des Geschäftsjahres bestellt wurden. Ersatzmitglieder des Aufsichtsrats nach § 101 Abs. 3 AktG sind erst dann zu benennen, wenn sie in den Aufsichtsrat nachgerückt sind.⁴⁴⁶

Die Mitglieder müssen dabei mit ihrem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen sowie mit dem ausgeübten Beruf angegeben werden. Unter dem ausgeübten Beruf ist dabei die tatsächlich ausgeübte hauptberufliche Tätigkeit zu verstehen und nicht der erlernte Beruf.⁴⁴⁷ Wenig aussagekräftige Bezeichnungen wie „Kaufmann“ oder „Apotheker“ sind unzureichend. Es muss die die tatsächliche Arbeitsaufgabe umfassende Tätigkeit⁴⁴⁸ genannt werden. Bei einer Berufshäufung – z.B. Vorstand beim Mutterunternehmen und gleichzeitig Vertriebsvorstand beim Tochterunternehmen – ist zu entscheiden, welche Berufstätigkeit den hauptberuflichen Umfang aufweist. Weitere Angaben, etwa zum Wohnort, sind zulässig.⁴⁴⁹

Börsennotierte Kapitalgesellschaften sind verpflichtet, zusätzlich bei allen Mitgliedern ihres Vorstands und Aufsichtsrats für die Zeit ihrer Zugehörigkeit zum jeweiligen Organ anzugeben, in welchen weiteren gesetzlichen Aufsichtsräten und anderen vergleichbaren in- oder ausländischen Kontrollgremien i.S.d. § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG sie Mitglied sind. Hierdurch werden die berufliche Belastungssituation ebenso wie mögliche Interessenkonflikte der Mitglieder offen gelegt. Durch die Offenlegung möglicher Interessenkonflikte bezweckt der Gesetzgeber, der Hauptversammlung die Entscheidung darüber zu überlassen, inwiefern sie die Verbindungen als schädlich einstuft. Die Angabepflicht ist unabhängig davon, ob für das jeweilige Mandat eine Vergütung gezahlt wird oder nicht.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Vgl. Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 200; Morck (2007), § 285 HGB, Rn. 12.

⁴⁴⁷ Vgl. Morck (2007), § 285 HGB, Rn. 12; Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 201.

⁴⁴⁸ Bezüglich eines Geschäftsführungsorgans sind Angaben wie z.B. Finanzvorstand, Controlling- oder Vertriebsgeschäftsführer denkbar, bei Mitgliedern des Aufsichtsrats muss zusätzlich das jeweilige Unternehmen, in dem der Hauptberuf ausgeübt wird, genannt werden, z.B. Finanzvorstand der X AG oder Gewerkschaftssekretär bei der Y Gewerkschaft (vgl. Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 201).

⁴⁴⁹ Vgl. Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 201.

⁴⁵⁰ Vgl. Morck (2007), § 285 HGB, Rn. 12; Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 202.

Zusätzlich zu den persönlichen und beruflichen Angaben müssen in bestimmten Fällen die Funktionen der Mitglieder in den Verwaltungsorganen genannt werden. Der Vorsitzende eines Aufsichtsrats sowie seine Stellvertreter sind als solche zu bezeichnen. Hat ein Unternehmen einen Vorstandsvorsitzenden bestellt, ist dieser ebenfalls gemäß § 285 Nr. 10 Satz 2 HGB im Anhang zu bezeichnen.⁴⁵¹

Die Besetzung des Vorstandsvorsitzendenpostens kann sehr flexibel gehandhabt werden. Zum einen ist die Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden nicht zwingend, der Vorstand kann auch ohne Vorsitzenden seinen Pflichten nachkommen. Zum anderen kann das Amt des Vorstandsvorsitzes aber auch mit mehr als einer Person besetzt werden. Bei einer Mehrfachbesetzung muss dann im Einzelfall geprüft werden, ob die Konstellation noch mit der Funktion des Amtes vereinbar ist.⁴⁵² Für den Vorstand existiert keine Mindestanzahl an Mitgliedern. Laut § 76 Abs. 2 AktG kann der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen. Bei Unternehmen mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro ist in § 76 Abs. 2 Satz 2 AktG grundsätzlich geregelt, dass der Vorstand aus mindestens zwei Personen bestehen muss. Allerdings kann auch in diesem Fall die Satzung des Unternehmens bestimmen, dass der Vorstand aus nur einer Person besteht.

Keine Bezeichnungspflicht existiert dagegen für stellvertretende Mitglieder des Vorstands, da der Wortlaut des HGB dies nicht fordert.⁴⁵³ Auch ein Sprecher des Vorstands⁴⁵⁴ muss nicht als solcher bezeichnet werden, weil dessen Funktion nicht mit der eines Vorsitzenden übereinstimmt.⁴⁵⁵ Aufgrund der untergeordneten Bedeutung der stellvertretenden Vorstandsmitglieder sowie des Vorstandssprechers hinsichtlich der Corporate Governance eines Unternehmens kann die Beschränkung grundsätzlich ak-

⁴⁵¹ Vgl. Morck (2007), § 285 HGB, Rn. 12.

⁴⁵² Vgl. Kort (2006), S. 78.

⁴⁵³ In der Praxis wird die Stellvertreter-Stellung für das Geschäftsorgan aber generell genannt (vgl. Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 203).

⁴⁵⁴ Der Sprecher eines Vorstands wird nicht durch einen Bestellungsakt in sein Amt eingesetzt. Vielmehr handelt es sich bei der Etablierung des Sprechers um eine Geschäftsführungsmaßnahme, welche ihrerseits unter § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG fällt. Ein Vorstandssprecher kann nur etabliert werden, wenn kein Vorstandsvorsitzender i.S.v. § 84 Abs. 2 AktG existiert. Ein Nebeneinander von Vorstandsvorsitzendem und Vorstandssprecher würde die Funktion des Vorstandsvorsitzenden beeinträchtigen (vgl. Kort (2006), S. 80 f.).

⁴⁵⁵ Vgl. Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 203.

zeptiert werden. Fällt ein Vorstandsmitglied über längere Zeit aus und wird im Vorstand durch eine andere Person vertreten, ist es hinsichtlich der Corporate Governance wichtig, das stellvertretende Vorstandsmitglied zu benennen, vor allem dann, wenn in der „Vertretungszeit“ wichtige Entscheidungen innerhalb des Vorstands getroffen wurden. Durch die Vertretung haben die stellvertretenden Mitglieder des Vorstands Einfluss auf die Geschäftstätigkeit. Für den Fall, dass es zu einer tatsächlichen Vertretung eines Vorstandsmitglieds kommt, wäre eine Bezeichnungspflicht für das stellvertretende Vorstandsmitglied daher durchaus angebracht.

Für genauere Hinweise, welche Informationen gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB zu geben sind, verweist der Gesetzgeber auf die Empfehlungen der EU-Kommission für Aufsichtsratsmitglieder.⁴⁵⁶ Zwar sind die diesbezüglich relevanten Empfehlungen gemäß Art. 239 Abs. 4 EG-Vertrag nicht verbindlich, sie sollen aber dem Adressaten der Empfehlungen ein bestimmtes Verhalten nahe legen. Trotz der fehlenden Verbindlichkeit kommt den Empfehlungen eine gewisse normative Wirkung zu, da nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs die nationalen Gerichte Empfehlungen bei der Auslegung des zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht ergangenen nationalen Rechts und auch zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften heranziehen müssen.⁴⁵⁷

Da hinsichtlich der Informationen, die gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB gefordert werden, auf die Empfehlungen der EU-Kommission verwiesen wird, sind zusätzlich Informationen zu dem Idealprofil der Aufsichtsratsbesetzung und die Offenlegung der relevanten⁴⁵⁸ Kompetenzen der Aufsichtsratsmitglieder erforderlich. Durch die Offenlegung sollen der Kapitalmarkt und die Öffentlichkeit in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob die Kompetenzen der Aufsichtsratsmitglieder sachdienlich und ausreichend sind.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴⁵⁷ Vgl. Habersack (2008), S. 105.

⁴⁵⁸ Relevant sind lediglich solche Angaben zu den Aufsichtsratsmitgliedern, anhand derer die Eignung des Mitglieds für die Arbeit im Aufsichtsrat nachvollziehbar ist (vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361).

⁴⁵⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Abschn. III, Ziff. 11.4.

Des Weiteren sollten nach den Empfehlungen der EU-Kommission hinsichtlich der Beschreibung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats alle Aufsichtsratsmitglieder benannt werden, die als unabhängig⁴⁶⁰ erachtet werden. Das Ergebnis der Überprüfung hinsichtlich der Unabhängigkeit soll dann „in geeigneter Form“⁴⁶¹ publiziert werden. Diese Forderung wird erfüllt, wenn eine Begründung für die Qualifikation als unabhängiges Mitglied offen gelegt wird.⁴⁶²

4.1.4.3.4.2 Beschreibung der Zusammensetzung der von Vorstand und Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse

4.1.4.3.4.2.1 Zusammensetzung der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse

Wichtig ist hinsichtlich der Bildung von Vorstandsausschüssen, dass die allgemeinen Grenzen⁴⁶³ bei der Ausgestaltung der Binnenorganisation des Vorstands beachtet werden. Als unproblematisch hinsichtlich der Zusammensetzung sind solche Ausschüsse einzustufen, die sich lediglich auf die Vorbereitung von Sitzungen und Entscheidungen des Gesamtvorstands beschränken oder für diesen organisatorische Aufgaben erledigen. Die Bildung – und damit auch die Zusammensetzung – von Vorstandsausschüssen darf jedoch nicht zur Folge haben, dass bestimmte Mitglieder des Vorstands von relevanten Fragen der Geschäftsführung oder gar der Willensbildung des Vorstands (faktisch) ausgeschlossen werden. Vorstandsmitglieder „zweiter Klasse“ kennt das Gesetz nicht.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Aufsichtsratsmitglieder sind im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht verpflichtet, Weisungen zu folgen, sondern müssen gemäß § 111 Abs. 5 AktG eigenständig und eigenverantwortlich handeln. Bestimmte Entscheidungen können von Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht erzwungen werden. Verträge, aufgrund derer Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimme nach Weisung irgendeiner Person (z.B. Vorstand oder Großaktionär) abzugeben haben, sind unwirksam (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 261 f.).

⁴⁶¹ Vgl. EU-Kommission (2005), Abschn. III, Ziff. 13.3.

⁴⁶² Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361.

⁴⁶³ Die Etablierung eines Vorstandsausschusses darf nicht dazu führen, dass eine Minderheit (die Ausschussmitglieder) die Mehrheit der restlichen Vorstandsmitglieder entgegen § 77 Abs. 2 Satz 2 AktG beherrschen kann. Selbst wenn die Mehrheit der Vorstandsmitglieder einem Ausschuss angehört, besteht zum einen die Gefahr einer verfestigten Mehrheit (repräsentiert durch die Ausschussmitglieder) anstelle eines vom Gesetz vorgesehenen Systems sich frei bildender Mehrheiten im Vorstand. Zum anderen kann die Ausschussetablierung trotz einer dem Ausschuss angehörig Mehrheit der Vorstandsmitglieder gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung aller Vorstandsmitglieder verstoßen (vgl. Kort (2006), S. 84).

⁴⁶⁴ Vgl. Gerum (2007), S. 119.

Durch § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB werden die betroffenen Aktiengesellschaften verpflichtet, über die personelle Zusammensetzung der Vorstands Ausschüsse zu berichten. Aufgrund der bereits existierenden Regelung zur Beschreibung der personellen Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat erscheint es sinnvoll und konsequent, wenn hinsichtlich des Inhalts der Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Ausschüsse eine Orientierung an den Angaben zur Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat erfolgt.⁴⁶⁵ Das bedeutet, dass auch bei der Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Ausschüsse des Vorstands die Mitglieder mit ihrem Familiennamen und mindestens mit einem ausgeschriebenen Vornamen sowie mit dem ausgeübten Beruf angegeben werden. Bezüglich des ausgeübten Berufs ist dabei wiederum die tatsächlich ausgeübte hauptberufliche Tätigkeit zu verstehen und nicht der erlernte Beruf.⁴⁶⁶

Von der Möglichkeit, Ausschüsse zu bilden, wurde in der Vergangenheit wenig Gebrauch gemacht. Im Jahr 2004 hatten lediglich 5% der in der Studie von GERUM befragten Unternehmen einen bzw. mehrere Vorstands Ausschüsse.⁴⁶⁷ Aus der Kodifizierung der Beschreibungspflicht über die Zusammensetzung der Vorstands Ausschüsse resultiert somit eine nur sehr geringe Informationsverbesserung hinsichtlich der Corporate Governance der von § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB betroffenen Unternehmen.

4.1.4.3.4.2.2 Zusammensetzung der vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse

Die Beschreibung der personellen Zusammensetzung der vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse sollte die gleichen Informationen wie die Beschreibung der vom Vorstand eingerichteten beinhalten. Somit müssten bei der Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Ausschüsse des Aufsichtsrats die Mitglieder mit ihrem Familiennamen und mindestens mit einem ausgeschriebenen Vornamen sowie mit dem ausgeübten Beruf angegeben werden.⁴⁶⁸

Die Beschreibung der personellen Zusammensetzung der vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse hat ein weitaus größeres Gewicht für die Erklärung zur Unternehmensfüh-

⁴⁶⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁴⁶⁶ Siehe hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.1.

⁴⁶⁷ Vgl. Gerum (2007), S. 130.

⁴⁶⁸ Siehe hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.1.

rung als die Beschreibung der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse. Ursache hierfür ist, dass die Bildung von Ausschüssen im Aufsichtsrat ein sehr viel häufiger genutztes Mittel zur Bewältigung von Unternehmensfragen, die im Aufsichtsrat behandelt werden, darstellt, als es beim Vorstand der Fall ist. Konsequenz daraus ist eine sehr viel höhere Anzahl von Aufsichtsratsausschüssen im Vergleich zu den vom Vorstand gebildeten Ausschüssen.⁴⁶⁹ 2004 existierten in 90% in den von GERUM untersuchten Unternehmen Aufsichtsratsausschüsse, in die Untersuchung einbezogen wurden nur die freiwillig gebildeten Ausschüsse.⁴⁷⁰ Aus der Verpflichtung zur Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse resultiert somit eine erhebliche Verbesserung der Corporate Governance-Informationen bezüglich der untersuchten Unternehmen.

Die Kompetenz, Aufsichtsratsausschüsse einzurichten, liegt exklusiv beim Aufsichtsrat. Eingeschränkt wird die Auswahl bei der personellen Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse durch die Vorgaben von § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG. Demnach können Mitglieder in den Ausschüssen des Aufsichtsrats nur Personen sein, die auch Mitglied des Aufsichtsrats sind. Grundsätzlich kann jedes Mitglied des Aufsichtsrats in einen Ausschuss gewählt werden, wobei die Wahl allerdings von der Eignung der Mitglieder für die Art des Ausschusses abhängen sollte.⁴⁷¹ Im Falle der Bildung eines Prüfungsausschusses wird die Auswahl der Ausschussmitglieder zudem durch den im Rahmen des BilMoG eingeführten § 324 HGB eingegrenzt.⁴⁷² Gemäß § 324 Abs. 2 HGB muss mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllen.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Vgl. Gerum (2007), S. 130 u. 214; Hucke (2005), S. 377.

⁴⁷⁰ Vgl. Gerum (2007), S. 215.

⁴⁷¹ Vgl. Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 27; Lutter/Krieger (2002), S. 248.

⁴⁷² Für weitere Anforderungen an die Mitglieder von Prüfungsausschüssen siehe Fischbach (2003), S. 114 ff.

⁴⁷³ Gemäß § 100 Abs. 5 AktG muss bei Gesellschaften im Sinne des § 264d HGB mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Daher wird nach § 324 HGB gefordert, dass zumindest ein Mitglied des Prüfungsausschusses beruflich mit Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung befasst ist oder war. Anzunehmen ist dies z.B. für Finanzvorstände, leitende Angestellte aus den Bereichen Rechnungswesen und Controlling oder von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern (vgl. Erchinger/Melcher (2008), S. 60; Gruber (2008), S. 13).

Des Weiteren können allgemeine Ausschussregeln, die gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG nur vom Aufsichtsrat getroffen werden dürfen und sich daher in der Aufsichtsratsgeschäftsordnung finden, hinsichtlich der generellen personellen Zusammensetzung in Aufsichtsratsausschüssen existieren. Von der Möglichkeit, explizite Regelungen für die personelle Zusammensetzung für alle Ausschüsse vorzugeben, wird in der Praxis aber nur sehr selten Gebrauch gemacht. Ganz überwiegend bleibt es dem Aufsichtsrat selbst bei der Einrichtung eines Ausschusses überlassen, wie er diesen personell besetzt.⁴⁷⁴ Ebenso können die Ausschüsse ihren Ausschussvorsitzenden überwiegend selbst bestellen.⁴⁷⁵

Gemäß deutschem Recht existieren generell keine Anforderungen an die Qualifikation der Ausschussmitglieder. Nach heutiger Meinung⁴⁷⁶ sind Ausschussmitglieder jedoch als Mitglieder des Aufsichtsrats verpflichtet, über Mindestkenntnisse und -fähigkeiten zu verfügen, die ihnen das Verstehen und Beurteilen von gewöhnlichen Geschäftsvorfällen⁴⁷⁷ ohne fremde Hilfe ermöglichen. Ebenso enthält das Gesetz keine ausdrückliche Angabe über die zahlenmäßige Zusammensetzung von Aufsichtsratsausschüssen. Damit von einem Ausschuss geredet werden kann, sind aber mindestens zwei Personen erforderlich.⁴⁷⁸ Die Höchstzahl der Ausschussmitglieder wird theoretisch lediglich durch die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder begrenzt.⁴⁷⁹

Die Freiheit und Flexibilität bei der organisatorischen Ausgestaltung der Aufsichtsratsarbeit hat zugenommen. In Bezug auf die Bestimmungen zur personellen Zusammensetzung der Ausschüsse setzt sich der Trend zur situationsbezogenen Flexibilität der

⁴⁷⁴ Ein Aufsichtsrat kann die Besetzung seiner Ausschüsse – unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots – zwar frei gestalten. Das bedeutet gleichwohl nicht, dass die Gestaltungsfreiheit dazu missbraucht werden darf, zwingende Mitbestimmungsrechte zu missachten und Arbeitnehmer von der Ausschussarbeit fernzuhalten, ohne dass ein sachlicher Grund dafür besteht (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 248; Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 27).

⁴⁷⁵ Vgl. Gerum (2007), S. 289.

⁴⁷⁶ Im DCGK wird in Ziff. 5.3.1 Satz 1 nur ganz allgemein postuliert, dass die Ausschüsse und damit ihre Mitglieder fachlich qualifiziert sein sollen. Auch in der juristischen Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Besetzung eines Ausschusses ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Gruppenzugehörigkeit unzulässig ist (vgl. Gerum (2007), S. 291).

⁴⁷⁷ Hierzu gehören z.B. wirtschaftliche Grundkenntnisse, um Vorstandsberichte, Geschäftsvorfälle und mit Unterstützung des Abschlussprüfers auch den Jahresabschluss zu verstehen (vgl. Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 27).

⁴⁷⁸ Vgl. Fischbach (2003), S. 116 f.; Lutter/Krieger (2002), S. 247 f.

⁴⁷⁹ Vgl. Breuer/Fraune (2007), § 107 AktG, Rn. 23.

Aufsichtsratsorganisation fort. Insgesamt ist die durchschnittliche Größe der Aufsichtsratsausschüsse von knapp vier (1979) auf annähernd fünf (2004) Mitglieder gestiegen.⁴⁸⁰

4.1.4.3.4.3 Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie von deren Ausschüssen

4.1.4.3.4.3.1 Arbeitsweise des Vorstands

In § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB, der eine exakte Umsetzung der Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie darstellt, wird zwar eine Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands gefordert, allerdings sind in der Gesetzesbegründung keine weiterführenden Hinweise enthalten, welche Informationen angegeben werden müssen, um der geforderten Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands gerecht zu werden. Es erfolgt lediglich ein Verweis auf die Empfehlungen der EU-Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats.⁴⁸¹

Wie aus der Formulierung in der Empfehlung hervorgeht, werden nur Hinweise zu den Aufgaben für nicht geschäftsführende Direktoren gemacht.⁴⁸² Da der Vorstand aber gemäß § 76 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat und somit geschäftsführend ist, können keine direkten Hinweise über Angaben zur Arbeitsweise der Vorstands aus der Empfehlung der Kommission gewonnen werden, sondern lediglich Parallelen gezogen werden. Ausschlaggebend für die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands sind sicherlich die ihm per Gesetz übertragenen Aufgaben.⁴⁸³ Relevante Aspekte, die bei einer Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands berücksichtigt werden müssten, sind: Geschäftsverteilung, Sitzungsmodalitäten, Kompetenzen des Vorstandsvorsitzenden, Informationswesen innerhalb des Vorstands sowie Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Vgl. Gerum (2007), S. 293.

⁴⁸¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172; Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2412.

⁴⁸² Vgl. EU-Kommission (2005), S. 51.

⁴⁸³ Vgl. Kort (2006), S. 76 f.

⁴⁸⁴ Vgl. Hüffer (2008), § 77 AktG, Rn. 6 ff.

Existiert innerhalb eines Vorstands eine *Geschäftsverteilung*, sind Informationen über die Geschäftsverteilung im Vorstand obligatorisch für die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands. Grundsätzlich gilt hinsichtlich der Geschäftsführung das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung. Hat eine Aktiengesellschaft einen mehrgliedrigen Vorstand, so sind folglich die Vorstandsmitglieder gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt. Daraus folgt, dass ein Vorstand nur handeln darf, wenn alle Mitglieder der entsprechenden Maßnahme ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben – die Willensbildung entsteht also durch einen einstimmigen Beschluss.⁴⁸⁵

Die Satzung oder die Geschäftsordnung kann jedoch gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG von dem Prinzip der Gesamtgeschäftsführung Abweichendes bestimmen und damit das Modell der Gesamtgeschäftsführung durch ein flexibleres ersetzen. Möglich ist – im Extremfall – z.B. dass eine Einzelgeschäftsführung ohne inhaltliche Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis eines einzelnen Vorstandsmitglieds vorgesehen wird. Generell erfolgt jedoch eine funktions- oder spartenbezogene Aufgabenverteilung⁴⁸⁶ und eine damit einhergehende Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis. Besteht eine funktions- oder spartenbezogene Aufgabenverteilung, ist sie für die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands relevant.⁴⁸⁷

Im Rahmen der Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands kann die Satzung oder Geschäftsordnung einer Aktiengesellschaft zudem das Mehrheitserfordernis regeln. Auf der Beschlussebene wird somit anstelle des Einstimmigkeitsprinzips das Prinzip einfacher oder qualifizierter Mehrheiten vorgesehen. Eine entsprechende Abstufung des Mehrheitserfordernisses erfolgt regelmäßig nach Art oder Bedeutung des Beschlussesge-

⁴⁸⁵ Vgl. Hüffer (2008), § 77 AktG, Rn. 6; Kort (2006), S. 76; Hoffmann-Becking (1998), S. 499.

⁴⁸⁶ Liegt eine funktions- oder spartenbezogene Bereichszuweisung innerhalb des Vorstands vor, besteht eine Einzelgeschäftsführungsbefugnis des Vorstandsmitglieds in dem ihm zugewiesenen Bereich. Ein Beispiel für eine funktionsbezogene Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis wäre, wenn ein Mitglied des Vorstands für den Einkauf, ein weiteres für die Produktion, ein drittes für den Absatz und ein viertes für die Finanzen zuständig ist. Bei einer spartenbezogenen Verteilung wäre ein Mitglied des Vorstands für eine bestimmte Produkt- oder Dienstleistungsgruppe geschäftsführungsbefugt, z.B. für den Bereich Pkw, den Bereich Flugzeug oder den Bereich Multimedia. Ebenfalls denkbar ist eine Kombination von funktions- und spartenbezogener Aufteilung der Geschäftsführung (vgl. Kort (2006), S. 76).

⁴⁸⁷ Vgl. Kort (2006), S. 76.

genstandes. Zu beachten ist dabei immer der Grundsatz der Gleichberechtigung der Vorstandsmitglieder, damit kein Zwei-Klassen-System von Vorstandsmitgliedern entsteht.⁴⁸⁸ Das Einstimmigkeitsprinzip als Ausfluss der Gesamtgeschäftsführung und Gesamtverantwortung des Vorstands wird in der Praxis überwiegend nicht mehr angewendet. In der Studie von GERUM gaben 80% der Gesellschaften an, sich mit der einfachen Mehrheit bei Vorstandsentscheidungen zu begnügen.⁴⁸⁹ Inwieweit einfache oder qualifizierte Mehrheitserfordernisse auf den Beschlussebenen existieren, müsste bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands angegeben werden.

Insgesamt bestehen für die Geschäftsverteilung im Vorstand Regelungsmöglichkeiten auf drei Ebenen, die sich allerdings überlagern: auf der Ebene der Geschäftsführungsbefugnis⁴⁹⁰, der Beschlussebene und der Ebene der Bereichs- und Ressortverteilung.⁴⁹¹ Liegen innerhalb des Vorstands einer Aktiengesellschaft Regelungen hinsichtlich der drei Ebenen vor, sind diese Regelungen elementar für die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands und damit obligatorischer Bestandteil der Angaben zu § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB.

Weiterhin sind Informationen zu den *Sitzungsmodalitäten* des Vorstands notwendig, um die Arbeitsweise des Vorstands ausreichend zu beschreiben.⁴⁹² Informationen zu den Sitzungen eines Vorstands sind obligatorisch im Rahmen der Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands, weil die Beschlussfassung in Sitzungen, welche in regelmäßigen Abständen stattfinden, erfolgt. Folglich kann aus diesen Angaben abgeleitet werden, wie engagiert und flexibel die Unternehmensleitung ist.⁴⁹³

⁴⁸⁸ Vgl. Hüffer (2008), § 77 AktG, Rn. 11.

⁴⁸⁹ Vgl. Gerum (2007), S. 187.

⁴⁹⁰ Insgesamt sind folgende Abweichungen vom Modell der Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitserfordernis denkbar: Gesamtgeschäftsführung mit mehrheitlicher Willensbildung, Einzelgeschäftsführung ohne Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis, Einzelgeschäftsführung mit funktionsbezogener Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis, Einzelgeschäftsführung mit spartenbezogener Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis sowie Einzelgeschäftsführung mit lokaler oder regionaler Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis. Die Regelungen können auch miteinander verknüpft werden (vgl. Hüffer (2008), § 77 AktG, Rn. 10).

⁴⁹¹ Vgl. Kort (2006), S. 76 f.

⁴⁹² Vgl. Hoffmann-Becking (1998), S. 499; Oltmanns (2007), § 77 AktG, Rn. 14.

⁴⁹³ Vgl. Kort (2006), S. 92.

Angaben zu den *Kompetenzen des Vorstandsvorsitzenden* sind ebenfalls obligatorisch bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands. Insbesondere müsste angegeben werden, inwiefern dem Vorstandsvorsitzenden Überwachungs- und Koordinationsrechte zukommen. Räumt die Geschäftsordnung dem Vorstandsvorsitzenden ein Vetorecht ein, sollte dieses ebenfalls bei der Beschreibung der Arbeitsweise zum Ausdruck kommen. Eine zusätzliche Angabe der Rechtsfolge des Vetorechts erscheint in diesem Zusammenhang als nicht notwendig, da primär wichtig ist, ob der Vorsitzende eine Entscheidung blockieren kann oder nicht. Inwiefern das Vetorecht ein endgültiges Unterbleiben bedeutet oder bloß aufschiebende Wirkung mit der Folge eines erneut erforderlichen Beschlusses hat, ist daher zweitrangig.⁴⁹⁴

Relevant für die Beschreibung der Arbeitsweise ist zudem das *Informationswesen* innerhalb des Vorstands, welches aus der Pflicht der Gesamtverantwortung resultiert und gleichzeitig Koordinations- und Überwachungsaufgaben der Vorstandsmitglieder untereinander erfüllen soll.⁴⁹⁵ Bezüglich des Informationswesens kann die Geschäftsordnung Regelungen darüber enthalten, dass ein Vorstandsvorsitzender über alle wichtigen Vorgänge und Angelegenheiten aus den Geschäftsbereichen der übrigen Vorstandsmitglieder zu unterrichten ist. Das Informationsrecht des Vorstandsvorsitzenden erstreckt sich dabei regelmäßig nur auf bereits erfolgte Maßnahmen. Ferner kann geregelt sein, dass sich die Vorstandsmitglieder gegenseitig laufend über wichtige Maßnahmen in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich informieren.⁴⁹⁶

Über die im Unternehmen praktizierte *Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat* zu berichten, erscheint ebenfalls notwendig. Grund dafür ist, dass die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands einen Teil der Informationen in der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt und mit dieser über die Corporate Governance innerhalb eines Unternehmens berichtet werden soll. Relevant sind in diesem Zusammenhang Informationen über das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat bezüglich der Geschäftsordnung für den Vorstand, falls ein entsprechendes Verhalten in der Satzung des Unternehmens geregelt ist. Weiterhin sind unter dem Aspekt der Zusammenarbeit von

⁴⁹⁴ Vgl. Kort (2006), S. 92.

⁴⁹⁵ Vgl. Hüffer (2008), § 77 AktG, Rn. 21; Oltmanns (2007), § 77 AktG, Rn. 14.

⁴⁹⁶ Vgl. Kort (2006), S. 92.

Vorstand und Aufsichtsrat Angaben über die Teilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern⁴⁹⁷ an Vorstandssitzungen zu machen.⁴⁹⁸ Auch Informationen zu den Regelungen, wann und wie der Vorstand bzw. dessen Vorsitzender den Aufsichtsrat bzw. dessen Vorsitzenden über Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten hat, sind unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands angebracht.⁴⁹⁹

4.1.4.3.4.3.2 Arbeitsweise des Aufsichtsrats

Nähere Angaben, welche Informationen qualitativer und quantitativer Art im Rahmen der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats gefordert werden, lassen sich aus der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Hier erfolgt wiederum der Verweis auf die Empfehlung der EU-Kommission zu den Aufgaben von Aufsichtsratsmitgliedern.⁵⁰⁰ Gemäß der Empfehlung sollen in erster Linie ausreichende Informationen über die interne Organisation⁵⁰¹ des Aufsichtsrats, den im Aufsichtsrat angewandten Verfahrensablauf⁵⁰² sowie den Umgang mit Interessenkonflikten gegeben werden. Vor allem die Angaben zur internen Organisation erscheinen hier als besonders relevant, da das Gesetz nur in wenigen Vorschriften⁵⁰³ regelt, wie die Aufgaben des Aufsichtsrats im Einzelnen organintern erledigt werden.⁵⁰⁴ Der Aufsichtsrat besitzt im Rahmen der Corporate Governance aufgrund seiner Überwachungstätigkeit eine herausragende Rolle, sodass Informationen, durch die auf die Qualität der Aufsichtsratsarbeit geschlossen werden kann, sehr relevant sind.

⁴⁹⁷ Die Geschäftsordnung des Vorstands kann Mitgliedern des Aufsichtsrats kein regelmäßiges Teilnahmerecht an Vorstandssitzungen einräumen. Aufsichtsratsmitglieder sind vielmehr wie Dritte zu behandeln, und nur bei den Sitzungen hinzuzuziehen, wenn sie in bestimmten Beratungsfragen als Auskunftspersonen i.S.v. § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG dienen können (vgl. Kort (2006), S. 93).

⁴⁹⁸ Vgl. Hoffmann-Becking (1998), S. 504.

⁴⁹⁹ Vgl. Kort (2006), S. 94,

⁵⁰⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁵⁰¹ Hierbei sind insbesondere Angaben zur Schaffung besonderer Funktionsträger (Vorsitzender, Ausschüsse) relevant (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 205).

⁵⁰² Diesbezüglich ist die Ordnung des Verfahrensablaufs relevant, in welchem der Aufsichtsrat seinen Aufgaben nachkommt. Den Ablauf des Verfahrens regelt das Gesetz in § 107 Abs. 2, Abs. 3 Satz 3 sowie den §§ 108 bis 110 und 171 Abs. 1 Satz 2 AktG (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 205).

⁵⁰³ Die interne Organisation wird in § 107 Abs. 1 Satz 1 und 3 sowie Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG angesprochen.

⁵⁰⁴ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 205.

4.1.4.3.4.3.2.1 Interne Organisation

Wichtige Informationen zur Beschreibung der internen Organisation stellen an sich die Angaben zur personellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats dar.⁵⁰⁵ Informationen zur personellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats werden nach § 285 Nr. 10 HGB gefordert. Demnach sind gemäß Satz 2 der Vorsitzende des Aufsichtsrats sowie seine Stellvertreter als solche zu bezeichnen. Somit werden diese für die Beschreibung der internen Organisation notwendigen Angaben bereits im Anhang gemacht. Um Doppelangaben zu vermeiden, können daher in der Erklärung zur Unternehmensführung entsprechende Angaben unterbleiben.⁵⁰⁶

Durch die in § 289a Abs. 2 Nr. 3 im Lagebericht geforderte Beschreibung der Arbeitsweise wird deutlich, dass der Gesetzgeber versucht, die Abläufe und das Verhalten des Aufsichtsrats für Außenstehende transparent zu machen, indem die Umsetzung des teilweise im AktG kodifizierten Vorgehens nicht nur für die Aufsichtsratsmitglieder protokolliert⁵⁰⁷, sondern auch für die interessierte Öffentlichkeit offen gelegt wird.

Die gesetzlichen Vorschriften ergänzende oder auch von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelungen über die Organisation der Aufsichtsrats Tätigkeit können durch die Satzung vorgenommen werden. Etwaige Satzungsregelungen hinsichtlich Geschäftsordnungsfragen binden den Aufsichtsrat. Sieht die Satzung keine Regelungen hinsichtlich der Geschäftsordnung vor, kann⁵⁰⁸ der Aufsichtsrat sich selbst eine Geschäftsordnung geben und darin seine Organisation⁵⁰⁹ regeln.⁵¹⁰ Daher sind von den gesetzlichen Vorschriften abweichende oder die gesetzlichen Vorschriften ergänzende Regelungen hinsichtlich der internen Organisation des Aufsichtsrats in der Satzung

⁵⁰⁵ Siehe hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.1.

⁵⁰⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172.

⁵⁰⁷ Vgl. dazu § 107 Abs. 2 AktG.

⁵⁰⁸ Der Aufsichtsrat ist im Rahmen der gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorgaben nicht nur zur näheren Regelung seiner Organisation berechtigt, sondern er ist dazu verpflichtet, falls organisatorische Maßnahmen erforderlich sind, um seine Aufgaben sachgerecht zu erfüllen (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 206).

⁵⁰⁹ Der Selbstorganisation dürfen dabei keine zwingenden gesetzlichen Regelungen entgegenstehen (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 205).

⁵¹⁰ Vgl. Breuer/Fraune (2007), § 107 AktG, Rn. 1.

wichtige Informationen, um die Struktur innerhalb des Aufsichtsrats darzustellen und notwendiger Bestandteil der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats.⁵¹¹

Grundsätzlich geht das Gesetz davon aus, dass die Aufgaben des Aufsichtsrats von allen Mitgliedern gemeinsam erledigt werden. Allerdings wird die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb des Aufsichtsrats spezielle Aufgabenträger zu errichten. In der Regel lässt sich die Menge an Aufsichtsratsaufgaben nur durch eine Arbeitsteilung bewältigen. Hierfür können einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern in Abhängigkeit von ihren Fähigkeiten und Kenntnissen Teilaufgaben für das Gesamtorgan übertragen werden. Auch die Bildung von Ausschüssen stellt eine Alternative zur Bewältigung der Aufsichtsratsaufgaben dar.⁵¹² Erfolgt innerhalb des Aufsichtsrats eine Zuordnung zu einzelnen Mitgliedern oder Ausschüssen, sind diese Informationen bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats anzugeben.⁵¹³ Des Weiteren muss dargelegt werden, inwiefern die Ressorttätigkeiten koordiniert und überwacht werden.⁵¹⁴

4.1.4.3.4.3.2.2 Verfahrensablauf

Neben der Beschreibung der internen Organisation ist es bezüglich der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats notwendig, über den Verfahrensablauf innerhalb des Aufsichtsrats zu berichten.⁵¹⁵ Beschreibungspflichtig wären – wie gleich näher erläutert wird – die Frequenz der Sitzungen, der Vorgang der Selbstevaluierung und der Ablauf der Beschlussfassung innerhalb des Aufsichtsrats. Auf Basis dieser Informationen können sich die Adressaten ein Bild darüber machen, ob der Aufsichtsrat seinen Verpflichtungen hinsichtlich der Arbeitsintensität (Anzahl der Sitzungen) und Entscheidungsfindung (Beschlussfassung) nachkommt. Zudem ist zu erkennen, in welchem Umfang der Aufsichtsrat sich selbst überprüft (Selbstevaluierung) und ggf. Maßnahmen ergreift, um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten. Da der Verfahrensablauf im Aktiengesetz lediglich in den Grundzügen geregelt ist, kann die Machtverteilung im Aufsichtsrat durch statuarische Regelungen stark beeinflusst werden. Informationen über den Verfahrensablauf

⁵¹¹ Vgl. Paetzmann (2009), S. 65.

⁵¹² Vgl. Huwer (2008), S. 32.

⁵¹³ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361.

⁵¹⁴ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 207.

⁵¹⁵ Vgl. EU-Kommission (2005), Abschn. II, Ziff. 9.1.

stellen daher wichtige Informationen zur Beschreibung der Corporate Governance dar.⁵¹⁶

Aus der *Frequenz der Sitzungen* können die Adressaten der Information erkennen, in welchem Umfang sich der Aufsichtsrat engagiert hat, woraus wiederum Schlüsse für die Qualität der Aufsichtsratsarbeit gezogen werden können. Grundsätzlich muss der Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft gemäß § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG zwei Sitzungen pro Kalenderhalbjahr abhalten, das entspricht vier Sitzungen pro Kalenderjahr. Bei den nicht börsennotierten Gesellschaften besteht die Möglichkeit, diese Regelung durch einen Aufsichtsratsbeschluss auf eine Sitzung pro Kalenderhalbjahr zu reduzieren.⁵¹⁷ Sind keine weiteren Sitzungen erforderlich, kann sich der Aufsichtsrat mit den vorgeschriebenen Mindestsitzungen begnügen. Die Festlegung des Zeitpunktes, wann die Pflichtsitzungen im Kalenderhalbjahr abgehalten werden, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrats. Gleichwohl ist der Aufsichtsrat befugt, eine höhere Anzahl von Sitzungen zu beschließen. Eine generelle Erhöhung der Sitzungsfrequenz muss in der Satzung festgehalten werden und ist hinsichtlich der Beschreibung der Arbeitsweise sicherlich berichtenswert.⁵¹⁸

Die Möglichkeit, von der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Anzahl der Sitzungen abzuweichen, wird selten genutzt. Im Jahr 2004 haben nach der Studie von GERUM knapp 80% der Unternehmen die gesetzlich vorgesehene Anzahl von vier Sitzungen pro Jahr eingehalten. Lediglich 19% der befragten Unternehmen haben die Sitzungsanzahl auf zwei Sitzungen⁵¹⁹ pro Kalenderjahr reduziert. Faktisch beträgt die durchschnittliche Sitzungshäufigkeit bei den im DAX notierten Gesellschaften gut fünf Mal⁵²⁰ pro Jahr, bei den nicht börsennotierten etwas mehr als vier Mal im Jahr.⁵²¹

Neben den Mindestsitzungen gemäß § 110 Abs. 3 AktG hat der Aufsichtsratsvorsitzende den Aufsichtsrat stets dann einzuberufen, wenn nach seinem pflichtgemäßen Ermes-

⁵¹⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 287.

⁵¹⁷ Vgl. Gerum (2007), S. 302.

⁵¹⁸ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 218; Gerum (2007), S. 302.

⁵¹⁹ Diese Möglichkeit besteht gemäß § 110 Abs. 3 Satz 2 AktG nur für nicht börsennotierte Unternehmen.

⁵²⁰ Der Durchschnitt bei den größten Aktiengesellschaften in Europa beträgt 8,7 Sitzungen pro Jahr (vgl. Gerum (2007), S. 304).

⁵²¹ Vgl. Gerum (2007), S. 302 ff.

sen ein Zusammentreten des Aufsichtsrats im Interesse des Unternehmens erforderlich ist. Des Weiteren kann (und muss) jedes Mitglied des Aufsichtsrats sowie auch der Vorstand unter Angabe des Zwecks und der Gründe eine Einberufung des Aufsichtsrats verlangen, wenn das Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand sie für notwendig erachtet.⁵²² Neben der Angabe der Pflichtsitzungen ist auch das Abhalten von außerordentlichen Sitzungen des Aufsichtsrats ein wichtiger Aspekt für die Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats und somit gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB zu berichten.

Inwieweit die *Selbstbeurteilung*⁵²³ des Aufsichtsrats konkrete Änderungen zur Folge hatte, müsste zudem im Rahmen der Informationen über den Verfahrensablauf innerhalb des Aufsichtsrats dargelegt werden.⁵²⁴ Der DCGK beinhaltet bereits eine Empfehlung zur Evaluierung für den Aufsichtsrat in Ziff. 5.6⁵²⁵, was darauf zurückzuführen ist, dass sich bisher noch keine allgemein akzeptablen Standards für die Evaluierung in Deutschland herausgebildet haben.⁵²⁶ Allerdings werden keine weiteren Hinweise im Hinblick auf die Art, den Ablauf und die Häufigkeit der Evaluierung getroffen, sodass unterschiedliche Formen der Effizienzprüfung denkbar sind. Vor allem bezüglich der Intensität und Ernsthaftigkeit der Auseinandersetzung des Überwachungsorgans mit der Qualität seiner Aufsicht kann es somit große Unterschiede geben. Auch die EU-Kommission hat bislang lediglich den Evaluierungsgegenstand und -umfang⁵²⁷ abgegrenzt, aber keinerlei Konkretisierungen bezüglich des Verfahrens vorgenommen.⁵²⁸

Die Empfehlung der EU-Kommission hält lediglich dann einen Hinweis für sinnvoll, wenn die durchgeführte Selbstevaluation zu konkreten Änderungen geführt hat. Dies

⁵²² Vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 204; Lutter/Krieger (2002), S. 221 f.

⁵²³ Die Selbstbewertung dient der Erreichung von zwei Zielen. Erstens soll die Compliance gewährleistet und zweitens die Performance gesichert werden. Mit der Complianceprüfung soll sichergestellt werden, dass vorhandene (gesetzliche und statuarische) Aufsichtsratsbestimmungen Beachtung finden. Mit der Performanceprüfung soll eine Beurteilung der Aufsichtsratsaktivitäten und -modalitäten hinsichtlich ihrer Erfolgswirkungen möglich sein (vgl. Werder (2008e), S. 294).

⁵²⁴ Vgl. EU-Kommission (2005), Abschn. II, Ziff. 9.1.

⁵²⁵ „Der Aufsichtsrat soll regelmäßig die Effizienz seiner Tätigkeit überprüfen“.

⁵²⁶ Vgl. Strieder (2007), S. 168; Maul (2005), S. 6.

⁵²⁷ Siehe hierzu EU-Kommission (2005), Abschn. II, Ziff. 8.

⁵²⁸ Vgl. Lentfer (2007), S. 270. Differenziert werden kann bei der Bewertung der Überwachungseffizienz in informale oder – z.B. durch schriftliche Befragung der Aufsichtsratsmitglieder – formale Evaluierung. Weitere Unterschiede können darin liegen, die Bewertung als reine Selbstevaluation oder unter Mitwirkung Dritter vorzunehmen und die Evaluierung zu festgelegten oder unterschiedlichen Terminen vorzunehmen (vgl. Werder (2008e), S. 293; Strieder (2007), S. 168).

bedeutet, dass ein Hinweis gemacht werden sollte, wenn der Aufsichtsrat in seiner Selbstevaluierung zu dem Schluss gekommen ist, dass seine Arbeit nicht effizient war und es Verbesserungsmöglichkeiten gab oder Aufsichtsratsbestimmungen nicht eingehalten wurden und es in der Folge Änderungen gegeben hat.⁵²⁹

Eine Offenlegung der Ergebnisse einer Selbstevaluierung des Aufsichtsrats erscheint nur dann angebracht, wenn durch die Offenlegung der Selbstevaluierungsergebnisse eine die Unternehmensführung fördernde Wirkung erzielt werden kann. Um eine derartige Wirkung nachzuvollziehen, müssten die bislang mit der Selbstevaluierung gesammelten Erfahrungen ausgewertet werden. Nicht sinnvoll erscheint jedenfalls die pauschale Offenlegung von Einzelbewertungen einzelner Aufsichtsratsmitglieder, da die Fairness einer solchen Bewertung kaum sichergestellt werden kann und für Außenstehende nicht nachvollziehbar ist. Zudem würde es für die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder schwierig, gegen die Bewertung – und im Zuge dessen auch gegen die Offenlegung – vorzugehen.⁵³⁰

Für die Beurteilung der Corporate Governance wäre es indessen auf Grund des bestehenden Gestaltungsspielraums hinsichtlich des Verfahrens der Selbstevaluierung wichtiger, den Adressaten der Erklärung zur Unternehmensführung generell einen Einblick in das Verfahren der Selbstevaluierung zu ermöglichen, damit sich die Adressaten selbst ein Bild über die Effektivität der Evaluierung machen können.⁵³¹ Der Evaluierung des Aufsichtsrats wird sowohl national als auch international ein erhebliches Potenzial zur Verbesserung der Corporate Governance beigemessen.⁵³²

Bezüglich der *Beschlussfassung* im Aufsichtsrat erscheint es nötig, über Folgendes zu berichten: die Beschlussfähigkeit sowie die Form der Abstimmung. Notwendig sind Informationen über die Beschlussfassung, falls die gesetzlichen Grundregeln nicht eingehalten werden und die Satzung unternehmensindividuelle Vorgaben regelt.⁵³³ Grundsätzlich muss für die Wirksamkeit von Beschlüssen zunächst die Beschlussfähigkeit des

⁵²⁹ Vgl. Werder (2008e), S. 296.

⁵³⁰ Vgl. Maul (2005), S. 6.

⁵³¹ Vgl. Werder (2008e), S. 295 f.

⁵³² Vgl. Lentfer (2007), S. 269.

⁵³³ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361.

Aufsichtsrats vorliegen.⁵³⁴ Das Beschlussverfahren ist im AktG und MitbestG nicht abschließend geregelt, sodass Gestaltungsspielräume vorhanden sind. Hilfsweise können Satzung und Geschäftsordnung unter Berücksichtigung zwingender gesetzlicher Regelungen nähere Bestimmungen zur Beschlussfassung im Aufsichtsrat enthalten.⁵³⁵

Ausgangspunkt für die Festlegung der Beschlussfähigkeit ist § 108 Abs. 2 AktG. Dieser besagt, dass die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats, soweit keine gesetzlichen Regelungen vorliegen, durch die Satzung bestimmt werden kann. Wird die Beschlussfähigkeit weder gesetzlich noch durch die Satzung geregelt, kann der Aufsichtsrat nur dann beschließen, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Abstimmung teilnehmen. Die Satzung kann hinsichtlich der Anzahl teilnehmender Mitglieder eine höhere Teilnehmerzahl fordern oder eine geringere Teilnehmerzahl genügen lassen,⁵³⁶ sich dabei aber nicht über das Mindestanforderungs der Teilnahme hinwegsetzen. Nach § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG müssen in jedem Fall mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung beteiligt sein.

In der Satzung können somit wichtige Informationen hinsichtlich der Beschlussfähigkeit – hierbei insbesondere über die notwendige Anzahl der teilnehmenden Mitglieder – enthalten sein. Derartige Informationen sind für das Verständnis der Arbeitsweise des Aufsichtsrats elementar und somit bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats unbedingt anzugeben. Im Jahr 2004 wurde bei knapp 3/4 der von GERUM untersuchten Unternehmen durch die Satzung lediglich der gesetzliche Regelfall (mindestens die Hälfte der Mitglieder müssen teilnehmen) bekräftigt. Auffällig ist allerdings, dass, wenn in der Satzung abweichende Forderungen an die Teilnahme vorhanden waren, zunehmend ein höheres Teilnahmekriterium⁵³⁷ gefordert wurde.⁵³⁸

⁵³⁴ Vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 213; Lutter/Krieger (2002), S. 229 f.

⁵³⁵ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 229; anders KÖSTLER/ZACHERT/MÜLLER: sie gehen davon aus, dass die Satzung die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats nur außerhalb des Bereichs des Mitbestimmungsgesetzes regeln kann, da eine Abstimmung, die unter Nutzung des infolge der Abwesenheit einzelner Aufsichtsratsmitglieder entstandenen Stimmrechtsvorteils erfolgte, sittenwidrig und damit nichtig ist, wenn die Mehrheit die Gunst der Stunde derart ausnutzt (vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 213).

⁵³⁶ Vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 213; Lutter/Krieger (2002), S. 230. Für mitbestimmte Gesellschaften regelt das Gesetz die Beschlussfähigkeit zwingend (z.B. § 28 MitbestG). Hier muss stets mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen der Aufsichtsrat zu bestehen hat, teilnehmen. Von dieser Vorschrift kann nicht nach unten abgewichen werden, strengere Anforderungen an die Beschlussfähigkeit können aber in der Satzung vorgesehen werden (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 230).

⁵³⁷ Durch ein höheres Teilnahmekriterium wird die Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrats beeinträchtigt, da einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern auf diese Weise in

Neben der Beschlussfähigkeit sind im Rahmen der Beschlussfassung des Aufsichtsrats Informationen über die Form der Abstimmung – offen oder geheim, mündlich oder schriftlich, auch unter Verwendung technischer Hilfsmittel –, welche in der Satzung oder Geschäftsordnung geregelt wird (§ 108 Abs. 4 AktG), notwendig. Informationen dieser Art erscheinen insoweit relevant und berichtenswert, als dass bei den börsennotierten und nicht börsennotierten aber mitbestimmten Unternehmen im Jahr 2004 mehr als 70% besondere Regelungen bezüglich der Abstimmungsform besaßen.⁵³⁹

Zudem sollte hinsichtlich der Beschlussfassung angegeben werden, ob eine Beschlussfassung auch ohne die Versammlung der Aufsichtsratsmitglieder möglich ist oder ob die Satzung etwas anderes regelt. Eine Beschlussfassung ohne Versammlung der Aufsichtsratsmitglieder ist grundsätzlich möglich, so lange kein Aufsichtsratsmitglied diesem Verfahren widerspricht. Entsprechende Regelungen in der Satzung sollten angegeben werden. Bei der Befragung von GERUM im Jahr 2004 gaben 80% der Unternehmen die Möglichkeit einer außerordentlichen Beschlussfassung ohne Sitzung bzw. Versammlung der Aufsichtsratsmitglieder an.⁵⁴⁰

Nach dem AktG entscheidet der Aufsichtsrat durch ausdrücklichen Beschluss (§ 108 Abs. 1 AktG). Hierbei ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend (sog. einfache Stimmenmehrheit⁵⁴¹). Kommt es zu einer Stimmengleichheit, kann die Satzung – aber nicht die Geschäftsordnung – einem Aufsichtsratsmitglied⁵⁴² (insbesondere dem Vorsitzenden⁵⁴³) das Recht zum Stichentscheid einräumen.⁵⁴⁴ Die Verteilung des Stichentscheidrechts sollte ebenfalls bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats

die Lage versetzt werden, Beschlussfassungen einseitig zu blockieren, indem sie nicht an der Abstimmung teilnehmen oder der Sitzung fernbleiben (vgl. Gerum (2007), S. 308 f.).

⁵³⁸ Vgl. Gerum (2007), S. 308 f.

⁵³⁹ Vgl. Gerum (2007), S. 311.

⁵⁴⁰ Vgl. Gerum (2007), S. 311.

⁵⁴¹ Eine qualifizierte (z.B. 2/3- oder 3/4-)Mehrheit kann die Satzung nur für solche Aufgaben vorgeben, die dem Aufsichtsrat nicht kraft Gesetzes zwingend obliegen (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 237).

⁵⁴² Bei mitbestimmten Unternehmen steht nur dem Vorsitzenden gemäß § 29 Abs. 2 MitbestG eine Zweitstimme bei Stimmengleichheit zu (vgl. Gerum (2007), S. 311; Lutter/Krieger (2002), S. 237).

⁵⁴³ Im Jahr 2004 fanden sich in 70% der befragten Unternehmen Regelungen, die den Aufsichtsratsvorsitzenden begünstigten (vgl. Gerum (2007), S. 311).

⁵⁴⁴ Vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 217; Lutter/Krieger (2002), S. 236 f.

dargelegt werden, da auf diese Weise auch die Machtverhältnisse im Aufsichtsrat offen gelegt werden.

4.1.4.3.4.3.2.3 Umgang mit Interessenkonflikten

Zu berücksichtigen ist bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats die durch die EU-Kommission empfohlene Information über den Umgang mit Interessenkonflikten.⁵⁴⁵ Bereits im DCGK wird in Ziff. 5.5.3 empfohlen, dass der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung die Aktionäre über aktuelle und potenzielle Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren soll.⁵⁴⁶ Eine grundsätzliche Verpflichtung zur Offenlegung von Interessenkonflikten besteht zudem für börsennotierte Unternehmen im Zuge der Beschreibung der Zusammensetzung gemäß § 285 Nr. 10 HGB.⁵⁴⁷ Eine Offenlegung der Interessenkonflikte in der Erklärung zur Unternehmensführung ist somit nur für die durch § 289a HGB betroffenen nicht börsennotierten Unternehmen relevant.

Börsennotierte Unternehmen und auch nicht börsennotierte Unternehmen, die eine Erklärung zur Unternehmensführung abgeben müssen, sollten gemäß der Empfehlung der EU-Kommission bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats neben der Offenlegung darstellen, wie sie bei aufgetretenen Interessenkonflikten vorgegangen sind. Durch § 285 Nr. 10 HGB wird lediglich die Offenlegung der bestehenden Konflikte bei börsennotierten Unternehmen abgedeckt.⁵⁴⁸ Für börsennotierte Unternehmen sollte zur besseren Übersichtlichkeit festgelegt werden, die Offenlegung von Interessenkonflikten, die momentan noch im Anhang erfolgen soll, in der Erklärung zur Unternehmensführung vorzunehmen, da dort auch das Vorgehen bei aufgetretenen Interessenkonflikten erläutert wird.

⁵⁴⁵ Als Beispiel für einen häufig auftretenden Interessenkonflikt kann die Diskussion über die Altersvorsorgeregulungen für aktive wie ausgeschiedene Vorstandsmitglieder und die bilanzielle Behandlung der Altersvorsorgeregulungen herangezogen werden. Soweit ein ehemaliges Vorstandsmitglied aktives Aufsichtsratsmitglied wird, kann es von einer Veränderung der Ruhegeldzusagen bzw. -elemente unmittelbar selbst betroffen sein. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Pensionszusagen an Vorstandsmitglieder führt somit zu einer potenziell konfliktären Zuständigkeit (vgl. Theisen (2007), S. 260).

⁵⁴⁶ Vgl. Spindler (2005), S. 2044; Maul (2005), S. 6.

⁵⁴⁷ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.1 sowie Ellrott (2006), § 285 HGB, Rn. 202.

⁵⁴⁸ Vgl. Kremer (2008a), S. 287 ff.

4.1.4.3.4.3 Arbeitsweise der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse

Die in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderte Beschreibung der Arbeitsweise der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse stellt ein absolutes Novum für die betroffenen Unternehmen dar. Existieren in einem Unternehmen Vorstands Ausschüsse, sollte sich die Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse an der Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands⁵⁴⁹ selbst orientieren. Beschreibungspflichtig wären folglich die Sitzungsmodalitäten, etwaige Kompetenzen des Ausschusses sowie das Informationswesen des Ausschusses gegenüber dem Gesamtvorstand.⁵⁵⁰

Eine Notwendigkeit der Offenlegung der Arbeitsweise von Vorstands Ausschüssen lässt sich anhand der den Ausschüssen zugestandenen Rechte erkennen. In den von GERUM 2004 untersuchten Unternehmen wurden 70% der Vorstands Ausschüsse eine Entscheidungsbefugnis – insbesondere bei „strategischen Richtlinien“ – eingeräumt, welche die Unternehmerfunktion des Vorstands betreffen und zu den Kernaufgaben des Gesamtvorstands gehören. Von diesen Aufgaben einzelne Vorstandsmitglieder durch die Bildung von entscheidungsbefugten Ausschüssen auszuschließen, ist sach- und rechtswidrig. Sehr auffällig war, dass der Ausschluss von Vorstandsmitgliedern fast ausschließlich (in 28 von 29 Fällen) in der Kredit- und Versicherungswirtschaft aufgetreten ist.⁵⁵¹

Durch die in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB kodifizierte Pflicht müssen die betroffenen Unternehmen über die Arbeitsweise der vom Vorstand gebildeten Ausschüsse in der Erklärung zur Unternehmensführung berichten. Hierdurch kann es zu einer Verringerung der Häufigkeit von sach- und rechtswidrigen Ausschlüssen einzelner Vorstandsmitglieder kommen. Aufgrund der Beschreibungspflicht kann ein diesbezüglich rechtswidriges Verhalten überhaupt bzw. früher entdeckt werden und zwingt auch die Unternehmen selbst, mehr auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu achten, um einer öffentlichen Kritik aufgrund von Missachtung der bestehenden Gesetze zu entgehen.

⁵⁴⁹ Die Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands soll sich an den Empfehlungen der EU-Kommission zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder orientieren (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 172).

⁵⁵⁰ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.3.1.

⁵⁵¹ Vgl. Gerum (2007), S. 178.

4.1.4.3.4.3.4 Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse generell und des Prüfungsausschusses im Besonderen

4.1.4.3.4.3.4.1 Innere Ordnung von Aufsichtsratsausschüssen

Hinsichtlich der für die Beschreibung der Arbeitsweise erforderlichen Informationen wird in der Begründung zum Regierungsentwurf des BilMoG auf die Empfehlung der EU-Kommission für Aufsichtsratsmitglieder verwiesen. Die Empfehlung der EU-Kommission beinhaltet Hinweise hinsichtlich der inneren Ordnung, die für Aufsichtsratsausschüsse generell zu berücksichtigen sind, sowie Hinweise für speziell einzurichtende Ausschüsse (Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschuss). In welchem Umfang die Erläuterung zu erfolgen hat, wird nicht direkt vorgegeben und kann somit aus den in der Empfehlung aufgeführten Hinweisen für die unterschiedlichen Ausschüsse lediglich antizipiert werden. Dabei sollten die Anforderungen an die Darstellung nicht überzogen werden. Generell bleibt es bei dem aktienrechtlichen Grundsatz, dass detaillierte Informationen über konkrete Abläufe von Aufsichtsratssitzungen den Aktionären nicht offen zu legen sind, sondern lediglich überblicksartig allgemeine Vorgehensweisen in genereller Form zu erläutern sind.⁵⁵²

Grundlegende Hinweise für die bezüglich der Arbeitsweise der Ausschüsse abzugebenden Informationen finden sich im ersten Anhang der Empfehlung der EU-Kommission für Aufsichtsratsmitglieder. Durch die Empfehlung der EU-Kommission werden mehrere Angaben hinsichtlich der Arbeitsweise eines Aufsichtsratsausschusses gefordert, die unter dem Begriff der inneren Ordnung zusammengefasst sind. Ausdrücklich werden in diesem Zusammenhang folgende Angaben gefordert: die einem Ausschuss übertragenen Entscheidungsbefugnisse⁵⁵³, die Beschlussfassung, die Selbstevaluierung⁵⁵⁴, der Erlass einer Geschäftsordnung für Ausschüsse, die Anzahl sowie die Teilnehmer der Ausschusssitzungen.⁵⁵⁵

⁵⁵² Vgl. Kuthe/Geiser (2008), S. 174 f.

⁵⁵³ Eine Erläuterung der übertragenen Entscheidungsbefugnisse wird nur insoweit gefordert, als dass das jeweilige nationale Recht eine solche Übertragung zulässt und es zu einer Übertragung von Entscheidungsbefugnissen gekommen ist (vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 1.6.2).

⁵⁵⁴ Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2415 f.

⁵⁵⁵ Vgl. EU-Kommission (2005), S. 58.

Entscheidungsbefugnisse werden den Aufsichtsratsausschüssen im deutschen Recht bereits seit langer Zeit zugestanden, da sie die vom Plenum abgeleiteten Rechte wahrnehmen.⁵⁵⁶ Nicht übertragen werden dürfen die Überwachungsfunktion gemäß § 111 Abs. 2 AktG⁵⁵⁷ und wichtige Fragen der Selbstorganisation⁵⁵⁸. Dabei werden nur beschließenden⁵⁵⁹ Ausschüssen Entscheidungskompetenzen an Stelle des Aufsichtsrats übertragen. Das Plenum besitzt dann keine Beschlusskompetenzen mehr.⁵⁶⁰ Der Zweck der beschließenden Ausschüsse sollte in erster Linie darin bestehen, die Arbeit des Aufsichtsrats effizienter zu gestalten.⁵⁶¹

Wird eine Entscheidungsbefugnis zulässigerweise auf einen Ausschuss übertragen, sollte die Übertragung ausdrücklich erklärt, genau beschrieben und in transparenter Weise offen gelegt werden.⁵⁶² Zu beachten ist allerdings grundsätzlich die Eigenschaft der Ausschüsse als Instrument des Aufsichtsrats. Das bedeutet, dass die Ausschüsse in jeder Phase ihrer Arbeit auf den erklärten Willen des Plenums Rücksicht zu nehmen haben.⁵⁶³ Diese Akzessorietät der Ausschussarbeit ist durchgehend zu berücksichtigen. Die grundsätzliche Bindung des Ausschusses an das Plenum bedeutet dabei nicht, dass der Ausschuss keine von der Mehrheit des Plenums abweichende Meinung haben darf. Es ist den Ausschüssen lediglich untersagt, im Widerspruch zum Aufsichtsrat stehende

⁵⁵⁶ Vgl. Spindler (2005), S. 2036.

⁵⁵⁷ Gemäß § 111 Abs. 2 AktG kann der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen. Das Recht steht dem Aufsichtsrat nur als Organ zu, nicht aber den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern (vgl. Spindler (2005), S. 2036). Lediglich einzelne Tätigkeiten im Rahmen der Überwachungsfunktion können zur Eigenentscheidung an bestimmte Ausschüsse delegiert werden (vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 189).

⁵⁵⁸ Nicht übertragbar sind die Entscheidungskompetenzen hinsichtlich der Bildung, Auflösung und Änderung von Ausschüssen sowie deren personelle Besetzung und auch der Erlass und die Änderung einer Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat. Weitere ausdrückliche Delegationsverbote sind u.a. in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG enthalten (vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 279; Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 189).

⁵⁵⁹ Neben den beschließenden gibt es außerdem noch vorbereitende und überwachende Ausschüsse (vgl. Köstler/Zachert/Müller (2006), S. 188).

⁵⁶⁰ Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 279.

⁵⁶¹ Vgl. Hucke (2005), S. 377; EU-Kommission (2005), Abschn. II, Ziff. 6.1.

⁵⁶² Vgl. Spindler (2005), S. 2035.

⁵⁶³ Wenn z.B. der Ausschuss eine zustimmungspflichtige Investition in einem Geschäftszweig genehmigt, obwohl sich der Aufsichtsrat gegen die Expansion in diesem Geschäftszweig ausgesprochen hat (vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 281).

Fakten zu schaffen, ohne dabei dem Plenum die Möglichkeit zu geben, die Fakten zu überprüfen und gegebenenfalls anders zu entscheiden.⁵⁶⁴

Die *Beschlussfassung* im Ausschuss muss dabei ebenso wie im Aufsichtsrat selbst ausdrücklich erfolgen und orientiert sich grundsätzlich an § 108 AktG. Sie bedarf der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, allerdings ist der Aufsichtsrat befugt, ein höheres Mehrheitserfordernis anzuordnen. Hierüber müsste in der Beschreibung der Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse berichtet werden. Ebenfalls kann einem Ausschussmitglied (insbesondere dem Ausschussvorsitzenden) in der Satzung, der Geschäftsordnung oder auch im Beschluss über die Bildung des Ausschusses ein Zweitstimmrecht oder das Recht zum Stichentscheid bei Stimmgleichheit eingeräumt werden. Existieren derartige Sonderrechte, müssten sie in der Beschreibung der Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse ebenfalls erwähnt werden, da auch sie die innere Ordnung der Ausschüsse betreffen.⁵⁶⁵ Dass eine Beschreibung der Beschlussfassung in Aufsichtsratsausschüssen relevant ist, zeigt bereits, dass im Jahr 2004 bei 80% der Ausschüsse von den Regelungen der Beschlussfassung im Aufsichtsrat abweichende Vorschriften hinsichtlich der Beschlussfassung existierten.⁵⁶⁶

Im Zusammenhang mit der Beschlussfassung sollte ebenso über den Verfahrensablauf innerhalb der Aufsichtsratsausschüsse berichtet werden. Auch hier müssen sich die Ausschüsse grundsätzlich an den gesetzlichen Normen für das Gesamtgremium Aufsichtsrat orientieren. Der Verfahrensablauf kann weiterhin auch durch die Satzung geregelt werden, sofern die Organisationsfreiheit des Aufsichtsrats im Kern nicht beeinträchtigt wird. Liegen derartige in der Satzung bestimmte Vorschriften für den Verfahrensablauf in Ausschüssen vor, sind diese bei der Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse ebenfalls mit anzuführen.⁵⁶⁷

Über den Prozess einer *Selbstevaluierung* müsste hinsichtlich der Arbeitsweise der Ausschüsse ebenfalls berichtet werden. Die Mitglieder von Ausschüssen sollen regelmäßig die Wirksamkeit ihrer Tätigkeit überprüfen und dem Aufsichtsratsplenum darüber be-

⁵⁶⁴ Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 281.

⁵⁶⁵ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 253.

⁵⁶⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 319.

⁵⁶⁷ Vgl. Gerum (2007), S. 317.

richten. Nimmt der Ausschuss Verbesserungsmaßnahmen vor, so ist das Aufsichtsratsplenum von diesen Maßnahmen zu unterrichten. Grundsätzlich sollen die Aufsichtsratsausschüsse bereits bei einer Wirksamkeitsprüfung des Aufsichtsrats selbst einbezogen werden.⁵⁶⁸

Weiterhin beschreibungspflichtig im Rahmen der Arbeitsweise der Ausschüsse wird der *Erlass einer Geschäftsordnung* für die Ausschüsse sein. Die EU-Kommission empfiehlt, die Aufstellung der Geschäftsordnung für Ausschüsse durch den Aufsichtsrat vorzunehmen.⁵⁶⁹ Eine Vorgabe für den Erlass einer Geschäftsordnung für Ausschüsse existiert im deutschen Recht nicht. Grundsätzlich kann der Aufsichtsrat in seiner Geschäftsordnung ebenfalls die Geschäftsordnung für Ausschüsse regeln, wie er es hinsichtlich des Aufsichtsrats selbst tut.⁵⁷⁰ Nur soweit die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats keine Regelungen hinsichtlich der inneren Ordnung der Aufsichtsratsausschüsse beinhaltet, sind die Ausschüsse selbst befugt, eine eigene Geschäftsordnung zu beschließen.⁵⁷¹ Zu erläutern wäre folglich, wer die Geschäftsordnung für den jeweiligen Ausschuss aufgestellt hat bzw. dass die Geschäftsordnungskompetenz grundsätzlich den Ausschüssen selbst überlassen wird.⁵⁷²

Für die *Anzahl der Sitzungen* gibt es im Gegensatz zu der Anzahl der Sitzungen des Aufsichtsrats keine gesetzlichen Vorgaben.⁵⁷³ Daher ist die Anzahl der Sitzungen dem Ausschuss selbst überlassen, es sei denn, die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats oder des Ausschusses selbst bestimmen etwas anderes.⁵⁷⁴

Die Informationen über die *Teilnehmer der Ausschusssitzungen* beziehen sich nicht auf die ständigen Mitglieder des Aufsichtsrats, welche dann entsprechend ständige Mitglie-

⁵⁶⁸ Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2416.

⁵⁶⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Abschn. II, Ziff. 6.2.

⁵⁷⁰ Die Entscheidung über die Bildung und Auflösung eines Ausschusses sowie über den Auftrag und dessen Änderung obliegt weiterhin ausschließlich der Selbstorganisation des Aufsichtsrats (vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 280).

⁵⁷¹ Vgl. Schädel (2005), S. 195.

⁵⁷² Vgl. Spindler (2005), S. 2036.

⁵⁷³ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.3.2.2.

⁵⁷⁴ Vgl. Schädel (2005), S. 195.

der eines bestimmten Ausschusses sind.⁵⁷⁵ Derartige Informationen werden bereits durch die Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Ausschüsse gefordert.⁵⁷⁶ Vielmehr geht es hier um Informationen von Nichtausschussmitgliedern, die an Ausschusssitzungen teilgenommen haben bzw. teilnehmen.⁵⁷⁷ Gemeint sind hier also Fälle, in denen ein Mitglied bzw. Mitglieder des Vorstands oder sachverständige Dritte⁵⁷⁸ an den Ausschusssitzungen teilnehmen.⁵⁷⁹

Bezüglich der Vorstandsmitglieder als an den Ausschusssitzungen teilnehmende Nichtausschussmitglieder ist bemerkenswert, dass 2004 für jeden fünften Ausschuss explizit ein Teilnahmerecht des Vorstands an den Ausschusssitzungen des Aufsichtsrats konstituiert wurde. Im Vergleich dazu lag die Zahl 1979 bei gerade einmal 3%.⁵⁸⁰ Durch dieses explizite Teilnahmerecht wird zwar einerseits die Zusammenarbeit von Aufsichtsrat und Vorstand intensiviert, andererseits besteht jedoch auch die Gefahr, dass die hinsichtlich der Überwachungsfunktion erforderliche Autonomie und Distanz verloren geht. Daher erscheint es notwendig, im Rahmen einer Beschreibung der Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse über die Teilnahme des Vorstands an Ausschusssitzungen zu berichten, um eine umfassende Beurteilung der Corporate Governance zu gewährleisten.

Weitere Personen, die zu den Nichtausschussmitgliedern zählen, aber dennoch an Sitzungen eines Aufsichtsratsausschusses teilnehmen können, sind Sachverständige oder andere Auskunftspersonen. Auch über deren Teilnahme an Ausschusssitzungen müsste berichtet werden.⁵⁸¹ Die Möglichkeit der Teilnahme von Sachverständigen und Auskunftspersonen ist explizit kodifiziert. Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG können Sach-

⁵⁷⁵ Grundsätzlich ist jedes Aufsichtsratsmitglied zur Teilnahme an Ausschusssitzungen befugt. Allerdings kann der Aufsichtsratsvorsitzende denjenigen Aufsichtsratsmitgliedern, die nicht dem Ausschuss angehören, die Teilnahme untersagen (§ 109 Abs. 2 AktG). Ein derartiges Teilnahmeverbot ist nur durch den Gesamtaufichtsrat revidierbar (vgl. Gerum (2007), S. 318; Lutter/Krieger (2002), S. 251).

⁵⁷⁶ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.2.2.

⁵⁷⁷ Vgl. Schädel (2005), S. 196.

⁵⁷⁸ Zu beratenden Sachverständigen in Ausschusssitzungen des Aufsichtsrats siehe Hauschildt/Salomo (2007), S. 297 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 287.

⁵⁸⁰ Vgl. Gerum (2007), S. 318.

⁵⁸¹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 1.6.2 ff.

verständige und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände bei Sitzungen eines Ausschusses zugezogen werden.

Eine Beratung durch Sachverständige in Ausschüssen kann sogar geboten sein. Kommt ein Ausschuss zu dem Ergebnis, dass sein Kenntnisstand für die Beurteilung eines Sachverhalts nicht ausreicht, ist er berechtigt bzw. verpflichtet⁵⁸², einen Sachverständigen hinzuzuziehen. Im Hinblick auf seinen jeweiligen Auftrag und dessen Erfüllung ist ein Ausschuss auch ohne Zustimmung des Aufsichtsrats berechtigt, einen Sachverständigen hinzuzuziehen.⁵⁸³ In diesem Zusammenhang erscheint die Information über die Teilnehmer der Ausschusssitzungen notwendig, um die Qualität der Ausschussarbeit beurteilen zu können.

Generelle Regelungen zu der Teilnahme von Sachverständigen an Sitzungen der Aufsichtsratsausschüsse existieren kaum. 2004 gab es diesbezüglich nur in 3 von 623 befragten Unternehmen derartige Regelungen.⁵⁸⁴ Folglich wird es zu einer Erläuterung von grundsätzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Teilnahme von Sachverständigen kaum kommen. Sehr viel wahrscheinlicher ist dagegen eine Erwähnung spezieller Regelungen wie die Teilnahme von Sachverständigen, die akut zur Bewältigung von Aufgaben der Ausschüsse herangezogen wurden. Eine derartige Berichtserstattung würde auch eher dem Zweck der Teilnahme von Sachverständigen entsprechen, die lediglich dann beansprucht werden, wenn der Kenntnisstand innerhalb des Ausschusses zur Erledigung der Aufgaben nicht ausreicht.⁵⁸⁵

4.1.4.3.4.3.4.2 Aspekte einzelner Aufsichtsratsausschüsse

Neben den generellen Informationen zur inneren Ordnung von Aufsichtsratsausschüssen können spezielle Informationen zu einzelnen Ausschüssen nötig sein. Explizit genannt wird in der Empfehlung die Einrichtung von Nominierungs-, Vergütungs- und

⁵⁸² Der Ausschuss ist verpflichtet, einen Sachverständigen einzuschalten, wenn eine sachgerechte Erledigung bestimmter Überwachungsaufgaben ohne die Einschaltung eines Sachverständigen nicht gewährleistet ist (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 255; Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 191).

⁵⁸³ Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 287.

⁵⁸⁴ Vgl. Gerum (2007), S. 319.

⁵⁸⁵ Hinsichtlich der Auswahl der Ausschussmitglieder gilt in erster Linie das Eignungsprinzip (vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 248).

Prüfungsausschüssen. Hintergrund ist, dass insbesondere in diesen drei Bereichen ein hohes Potenzial an Interessenkonflikten mit dem Vorstand besteht.⁵⁸⁶ Die Angaben, die zusätzlich zur inneren Ordnung hinsichtlich der Arbeitsweise der Nominierungs- und der Vergütungsausschüsse explizit gemacht werden müssten, werden im Folgenden erläutert. Der Prüfungsausschuss wird aufgrund seiner herausragenden Bedeutung und Wichtigkeit separat in Abschnitt 4.1.4.3.4.3.4.4 behandelt.

Nach der Empfehlung der EU-Kommission soll der *Nominierungsausschuss* Fragen hinsichtlich der Auswahl von neuen Mitgliedern sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat behandeln.⁵⁸⁷ In diesem Zusammenhang hat der Nominierungsausschuss die Aufgabe, Vorschläge berechtigter Parteien einschließlich des Vorstands und der Aktionäre zu prüfen. Insbesondere bei Fragen im Zusammenhang mit Vorstandsmitgliedern oder sonstigen Führungskräften sollte der Vorstandsvorsitzende vom Nominierungsausschuss konsultiert werden und zur Vorlage von Vorschlägen an den Ausschuss berechtigt sein.⁵⁸⁸ Im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben müssen dem Nominierungsausschuss alle Informationen zugänglich sein, die er für angemessen hält und hierzu von der Gesellschaft ausreichende Mittel erhalten.⁵⁸⁹

Im Kern ist der Nominierungsausschuss mit dem deutschen Personalausschuss⁵⁹⁰ vergleichbar, der Aufgaben wahrnimmt, die nach der EU-Empfehlung auch dem Nominierungsausschuss zufallen. Allerdings ist bislang weder im AktG⁵⁹¹ noch im MitbestG noch im DCGK als Empfehlung die Einrichtung eines Personalausschusses vorgesehen.⁵⁹² Der DCGK empfiehlt seit der Änderung vom 14. Juni 2007 generell die Bildung

⁵⁸⁶ Vgl. Winterhoff (2008), S. 881.

⁵⁸⁷ Vgl. Winterhoff (2008), S. 882 f.; Spindler (2005), S. 2036.

⁵⁸⁸ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 2.3.1.

⁵⁸⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 2.2.2 ff.

⁵⁹⁰ Grundsätzlich ist der Personalausschuss zuständig für die Vorbereitung von Aufsichtsratsentscheidungen zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, zur Entscheidung über deren Anstellungsverträge und Bezüge sowie zur Vorbereitung der Nachfolgeplanung. Des Weiteren können dem Personalausschuss auch weitere Personalentscheidungen wie die Zustimmung zur Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder, Leitungspersonen und Aufsichtsratsmitglieder übertragen werden (vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 278).

⁵⁹¹ In § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG ist lediglich bestimmt, dass der Aufsichtsrat Vorschläge für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern machen muss. Nach allgemeiner Auffassung kann er diese Pflicht auch an einen Ausschuss delegieren, kodifiziert ist diese Übertragung aber bislang noch nicht (vgl. Spindler (2005), S. 2037).

⁵⁹² Vgl. Spindler (2005), S. 2037.

von Ausschüssen in Ziff. 5.3.1. Explizit wird in Ziff. 5.3.3 die Bildung eines Nominierungs- sowie in Ziff. 5.3.2 die Bildung eines Prüfungsausschusses empfohlen.⁵⁹³ In der internationalen Praxis ist die Bildung von Nominierungsausschüssen weit verbreitet.⁵⁹⁴ Bestehen innerhalb von Unternehmen bereits Personalausschüsse, können diese beibehalten werden, weil die EU-Kommission den Unternehmen die Möglichkeit belässt, andere Gremien zu wählen, sofern diese funktional gleichwertig und effizient sind.⁵⁹⁵

Die aufgeführten Hinweise für den Ablauf innerhalb des Nominierungsausschusses stellen Sachverhalte dar, über die im Rahmen der Beschreibung der Arbeitsweise des Nominierungsausschusses neben der inneren Ordnung mindestens zu berichten ist. Eine ausführlichere Beschreibung der Arbeitsweise des Nominierungsausschusses ist grundsätzlich möglich.

Die generellen Angaben zur Arbeitsweise des *Vergütungsausschusses* beziehen sich auf die Vergütungspolitik für Vorstandsmitglieder und weitere Führungskräfte.⁵⁹⁶ Für das generelle Vorgehen des Vergütungsausschusses in seiner Arbeitsweise beinhaltet die Empfehlung der EU-Kommission weitere Hinweise, auf die bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Vergütungsausschusses eingegangen werden muss.⁵⁹⁷ Beschreibungspflichtig ist demnach, wie der Vergütungsausschuss hinsichtlich der Vergütung der Vorstandsmitglieder vorgeht.⁵⁹⁸ Grundsätzlich sollte der Vergütungsausschuss zumindest mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden und bzw. oder dem Vorstandsvorsitzenden Rücksprache bezüglich der Vergütungsvorschläge für Vorstandsmitglieder oder andere geschäftsführende Direktoren halten. Weiterhin sollte es dem Vergütungsausschuss möglich sein, Berater in Anspruch zu nehmen, um die für eine Beurteilung der Vergütungen notwendigen Informationen über die am Markt gängigen Standards für Vergü-

⁵⁹³ Vgl. Kremer (2008b), S. 251 ff.; Meder (2007), S. 1538.

⁵⁹⁴ Vgl. Kremer (2008b), S. 259.

⁵⁹⁵ Vgl. Meder (2007), S. 1542.

⁵⁹⁶ Vgl. Spindler (2005), S. 2037.

⁵⁹⁷ Dem Vergütungsausschuss sollten gemäß der Empfehlung der EU-Kommission nur vorbereitende, aber keine beschließenden Kompetenzen übertragen werden. Diese Vorgabe entspricht dem geltenden deutschen Recht, da gemäß § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG die Kompetenzen für Anreizsysteme wie Aktienoptionsprogramme weitgehend bei der Hauptversammlung liegen. Nur in dem durch die Hauptversammlung bestimmten Rahmen ist es dann dem Aufsichtsrat möglich, über eine weitere Ausgestaltung und Zuteilung von Aktienoptionsplänen zu entscheiden (vgl. Wagner (2007), § 193 AktG, Rn. 12).

⁵⁹⁸ Vgl. Kuthe/Geiser (2008), S. 174.

tungssysteme zu beschaffen.⁵⁹⁹ Zudem sollte der Vergütungsausschuss selbst einen Berater auswählen, bestellen und seine Aufgaben festlegen. Die Unternehmen sollten somit bei der Beschreibung der Arbeitsweise darauf eingehen, in welchem Umfang sie diesen grundsätzlichen Empfehlungen zur Arbeitsweise von Vergütungsausschüssen nachgekommen sind.

Die Bildung *weiterer Ausschüsse* des Aufsichtsrats bleibt den Unternehmen laut § 107 Abs. 3 AktG unbenommen.⁶⁰⁰ Die Beschreibung der Arbeitsweise anderweitiger als den in der Empfehlung genannten Ausschüssen muss sich allerdings wiederum an den Vorgaben der Empfehlung der EU-Kommission orientieren und insoweit äquivalente Informationen enthalten. Zu einer Beschreibung der Arbeitsweise von anderen Ausschüssen, die keinen Nominierungs- oder Vergütungsausschuss darstellen, wird es bei deutschen Unternehmen, die eine Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB abgeben müssen, recht häufig kommen. Die Bildung von Aufsichtsratsausschüssen ist in Deutschland weit verbreitet. In 90% der Unternehmen, die 2004 von GERUM untersucht wurden, existierten Aufsichtsratsausschüsse. Dies lässt auf eine gewisse „Professionalisierung“ der Aufsichtsratsarbeit schließen. Auffällig ist dabei die große Vielfalt an Ausschüssen.⁶⁰¹

Der am häufigsten gebildete Ausschuss in Deutschland ist entgegen der Vermutung nicht der Prüfungs-, sondern der Präsidialausschuss. Ein Präsidialausschuss existierte 2004 in fast 30% der Unternehmen.⁶⁰² Der Präsidialausschuss soll den Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Sitzungsvorbereitung und insbesondere bei der Koordinierung zwischen den Sitzungen – besonders relevant ist dabei die Versorgung mit wichtigen Informationen für die jeweils folgende Sitzung – sowie der Erfüllung seiner repräsentativen Aufgaben beraten und unterstützen.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 3.3.

⁶⁰⁰ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 243 f.

⁶⁰¹ Vgl. Gerum (2007), S. 214 f. Neben den Prüfungs- und den Personalausschüssen existieren gleichfalls Finanz-/Investitions-, Vorstands-, Strategie-, Kredit-, Risiko-, und Sozialausschüsse. Die Aufzählung ist nicht abschließend (vgl. Gerum (2007), S. 215).

⁶⁰² Vgl. Gerum (2007), S. 215.

⁶⁰³ Vgl. Potthoff/Trescher/Theisen (2003), S. 276.

Hinsichtlich der Aufgaben der unterschiedlichen Ausschüsse geben deren Bezeichnungen einen ersten Eindruck. Eine Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse ist aber trotzdem notwendig, um die Abläufe im Aufsichtsrat und damit einen Teil der Corporate Governance zu verstehen, da die Bezeichnungen der Aufsichtsratsausschüsse nur sehr unvollkommen über die konkreten Aufgaben informieren. Eine genaue Identifizierung der jeweiligen Ausschussaufgaben allein auf Basis ihrer Bezeichnung ist kaum möglich. Auf die vom Präsidialausschuss zu erfüllenden Aufgaben wurde bereits hingewiesen. Trotzdem ist es bei weitem nicht eindeutig, welche Aufgaben der Präsidialausschuss im Einzelnen in der Praxis erfüllt. Bei den Aufgaben kann es sich um bloße Koordinationsaufgaben – wie oben beschrieben – handeln. Ebenso besteht aber auch die Möglichkeit, dass dieser Ausschuss zustimmungspflichtige Geschäfte, Personalangelegenheiten oder strategische Fragen behandelt.⁶⁰⁴ Sogar die Behandlung von Finanzierungsfragen und Fragen der Investitionspolitik wurde Präsidialausschüssen bereits übertragen.⁶⁰⁵ Somit ist eine Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse unbedingt notwendig.

Ein weiteres Argument für eine umfassende Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse besteht darin, dass heutzutage deutlich stärker Aufgaben des Gesamtaufsichtsrats an Ausschüsse delegiert werden. Die delegierten Aufgaben betreffen dabei das gesamte Entscheidungsfeld des Aufsichtsrats, von der strategischen Planung über strategische Maßnahmen bis hin zu den funktionalen Angelegenheiten. Im Gegensatz dazu lag der Schwerpunkt früher eindeutig bei lediglich nachgeordneten funktionalen Entscheidungen.⁶⁰⁶

Insgesamt werden die deutschen Unternehmen durch die in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderte Beschreibung der Arbeitsweise von Ausschüssen vor neue Herausforderungen und Aufgaben hinsichtlich der Offenlegung gestellt. Eine derartige Offenlegung kannte das deutsche Recht bislang nicht. Die Auswirkungen dieser Neuerung lassen

⁶⁰⁴ Vgl. Gerum (2007), S. 294.

⁶⁰⁵ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 258.

⁶⁰⁶ Vgl. Gerum (2007), S. 294 ff. In der Veränderung der Ausschussaufgaben könnte eine gewisse Umgehung der Aufsichtsratskompetenzen gesehen werden. Dies kann allerdings nicht bestätigt werden. Früher besaßen Aufsichtsräte ganz überwiegend auch eine Entscheidungsbefugnis. Heutzutage muss zwischen Ausschüssen, die sich mit strategischen Fragen befassen und Ausschüssen, die für funktionale Politiken zuständig sind, unterschieden werden. Eine Übertragung strategischer Aufgaben an Ausschüsse dient lediglich der Vorbereitung und Überwachung, die Entscheidung trifft jedoch das Plenum. Entscheidungsbefugnis besitzen Aufsichtsratsausschüsse dagegen vermehrt bei nachgeordneten funktionalen Angelegenheiten (vgl. Gerum (2007), S. 296).

sich auch daran erkennen, dass im Jahr 2004 die Aufsichtsräte in Deutschland im Durchschnitt ca. zwei Ausschüsse gebildet haben, 1979 wurde im Durchschnitt nicht einmal ein Ausschuss gebildet.⁶⁰⁷ Mit dieser deutlichen Zunahme von Aufsichtsratsausschüssen hat naturgemäß auch die Zahl und Dichte der Ausschussregelungen zugenommen. Mittlerweile existieren daher in ca. 90% der Aktiengesellschaften allgemeine Ausschussregelungen, 1979 war dies lediglich in 39% der Aktiengesellschaften der Fall.⁶⁰⁸ Somit wird es in Zukunft durch die Einführung des § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB häufig zu einer Beschreibung der Arbeitsweise von Aufsichtsratsausschüssen kommen.

4.1.4.3.4.3 Haupttätigkeiten einzelner Aufsichtsratsausschüsse

Im Rahmen der Beschreibung der Arbeitsweise der Ausschüsse sollen die Unternehmen nach dem Willen der EU-Kommission auch die Haupttätigkeiten ihrer Aufsichtsratsausschüsse offen legen. Allerdings stellt die Beschreibung der Haupttätigkeiten eine ex post Betrachtung dar, weil hier die im vergangenen Geschäftsjahr tatsächlich von den Ausschüssen angegangenen Tätigkeiten dargelegt werden.⁶⁰⁹

Die Beschreibung der Haupttätigkeiten ist ebenfalls ein wichtiger Bestandteil im Rahmen der Beschreibung der Arbeitsweise, da die Adressaten der Informationen erkennen können, inwieweit die Ausschüsse die ihnen zugeteilten Aufgaben erledigen und in welchen Fällen sie über die Aufgaben hinaus weitere Aktivitäten unternommen haben und ebenso, wo sie hinter den an sie durch die Zuordnung der Aufgaben gestellten Anforderungen zurückgeblieben sind. Aus diesen Informationen kann folglich auch geschlussfolgert werden, wie zielgerichtet und damit auch wie effizient ein Ausschuss für den Aufsichtsrat gearbeitet hat. Der Grund für die Bildung von Ausschüssen liegt schließlich in einer effizienteren Arbeitsweise des Aufsichtsrats sowie in der Pflicht des Aufsichtsrats zu einer sachgerechten Organisation seiner Tätigkeit.⁶¹⁰

Weiterhin kann durch die Beschreibung der Haupttätigkeiten ein Beitrag geleistet werden, eine genauere Identifizierung der Tätigkeiten der Ausschüsse zu gewährleisten.

⁶⁰⁷ Vgl. Gerum (2007), S. 215.

⁶⁰⁸ Vgl. Gerum (2007), S. 289.

⁶⁰⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 1.6.2.

⁶¹⁰ Vgl. Lutter/Krieger (2002), S. 243.

Wie bereits diskutiert, reichen die Bezeichnungen der Ausschüsse nicht aus, um deren Aufgaben exakt zu identifizieren und klar abzugrenzen.⁶¹¹ Insgesamt ist somit die Beschreibung der Haupttätigkeiten der Aufsichtsratsausschüsse ein wichtiges Element zum Verständnis der Arbeitsweise der Ausschüsse, welche einen bedeutenden Bestandteil der Corporate Governance in den Unternehmen darstellt.⁶¹²

4.1.4.3.4.3.4.4 Der Prüfungsausschuss im Besonderen

4.1.4.3.4.3.4.4.1 Gesetzliche Kodifizierung

Dem Prüfungsausschuss wird seit den Bilanzskandalen um Enron, Worldcom und anderer bekannter Unternehmen ein hoher Wert hinsichtlich der Bekämpfung derartiger Missstände beigemessen. Ihm kommt im Rahmen der Corporate Governance eine herausragende Rolle zu.⁶¹³ Nicht verwunderlich ist es daher, dass sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch die EU-Kommission dem Prüfungsausschuss ein besonderes Augenmerk schenken. Der DCGK beinhaltet ebenfalls seit längerem Empfehlungen bezüglich der Einrichtung und Aufgaben eines Prüfungsausschusses.⁶¹⁴ Die Empfehlungen des DCGK reichen allerdings hinsichtlich des Detaillierungsgrads nicht an die Empfehlungen der EU-Kommission heran.⁶¹⁵

Mit der Umsetzung des BilMoG hat der deutsche Gesetzgeber gesetzliche Regelungen zur Einrichtung von Prüfungsausschüssen eingeführt. Die Neuregelungen durch das BilMoG resultieren dabei nicht in erster Linie aus den Empfehlungen der EU-Kommission für Mitglieder des Aufsichtsrats, obwohl auch dort Hinweise zu den Aufgaben und zur Arbeitsweise eines Prüfungsausschusses existieren. Ausgangspunkt der gesetzlichen Änderungen im Rahmen des BilMoG war die im Juni 2006 vom Europäischen Parlament verabschiedete Abschlussprüferrichtlinie (Richtlinie 2006/43/EG). Die Abschlussprüferrichtlinie ist das Ergebnis der Arbeit des Ausschusses der EU-Kommission zur europaweiten Harmonisierung der Anforderungen an die Abschluss-

⁶¹¹ Vgl. hierzu Abschn. 4.1.4.3.4.3.4.2.

⁶¹² Vgl. Winterhoff (2008), S. 876 ff.

⁶¹³ Vgl. Habersack (2008), S. 98.

⁶¹⁴ Vgl. Peemöller/Warncke (2005), S. 401.

⁶¹⁵ Vgl. Spindler (2005), S. 2038.

prüfung.⁶¹⁶ Betroffen durch die vom BilMoG eingeführten gesetzlichen Neuerungen sind dabei sowohl das HGB, in welches § 324 neu eingefügt wird⁶¹⁷, als auch das AktG, welches in den §§ 105 und 107 ergänzt wird.

Der neue § 324 HGB setzt Artikel 41 Abs. 1 Satz 1 der Abschlussprüferrichtlinie um. Gemäß § 324 Abs. 1 Satz 1 HGB müssen künftig Kapitalgesellschaften, die im Sinne des § 264d HGB kapitalmarktorientiert sind und die keinen Aufsichts- oder Verwaltungsrat haben, der die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllt, einen Prüfungsausschuss im Sinn des Absatzes 2 einrichten. Dieser Prüfungsausschuss hat sich insbesondere mit den in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG beschriebenen Aufgaben zu befassen. Die Regelungen des § 324 Abs. 1 Satz 1 HGB gelten gemäß § 324 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HGB nicht für Kapitalgesellschaften, deren ausschließlicher Zweck die Ausgabe von Wertpapieren im Sinn des § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG ist, die durch Vermögensgegenstände besichert sind.⁶¹⁸ Richten derartige Unternehmen keinen Prüfungsausschuss ein, sind sie verpflichtet, im Anhang anzugeben, warum sie die Einrichtung eines Prüfungsausschusses nicht für erforderlich halten.

Neben Kapitalgesellschaften, deren ausschließlicher Zweck die Ausgabe von durch Vermögensgegenstände besicherten Wertpapieren ist, sind Kreditinstitute, deren Anteile nicht zum Handel auf einem organisierten Markt zugelassen sind und die dauernd oder wiederholt ausschließlich Schuldtitel ausgegeben haben, von der Verpflichtung zur Bildung eines Prüfungsausschusses nach § 324 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HGB befreit. Voraussetzung ist dabei, dass der Gesamtnominalwert aller derartigen Schuldtitel unter 100.000.000 Euro liegt und keine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Prospekts nach dem Wertpapierprospektgesetz besteht.

⁶¹⁶ Vgl. Erchinger/Melcher (2008), S. 56.

⁶¹⁷ Der bisherige § 324 HGB wird aufgrund mangelnder praktischer Bedeutung aufgehoben. In den letzten fünfzig Jahren sind lediglich zwei Verfahren nach § 324 HGB bekannt geworden, welche nach Maßgabe dieser Vorschrift durchgeführt wurden. Existieren Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Abschlussprüfer, werden sie in der Regel nicht durch Gerichte sondern berufsständige Gremien entschieden. Sollten dennoch gerichtlich zu klärende Meinungsverschiedenheiten auftreten, steht der Zivilrechtsweg offen (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 202).

⁶¹⁸ Derartige Unternehmen sind Emittenten von „asset backed securities“ und dienen regelmäßig als Vehikel zur Liquiditätsbeschaffung. Sie refinanzieren den Kauf von Vermögensgegenständen über die Ausgabe von Wertpapieren am Kapitalmarkt (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 205).

Ein Prüfungsausschuss muss von kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften nur eingerichtet werden, wenn der bestehende Aufsichtsrat die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG nicht erfüllt. § 100 Abs. 5 AktG fordert von kapitalmarktorientierten Unternehmen, dass mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Sind die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG innerhalb des Aufsichtsrats erbracht, entfällt somit die Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses. Eine grundsätzliche Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses stellt § 324 HGB also ausdrücklich nicht dar.⁶¹⁹ § 324 Abs. 1 Satz 1 HGB kommt lediglich die Funktion eines in Ausnahmefällen greifenden Auffangtatbestandes zu.⁶²⁰ Besteht bereits ein Prüfungsausschuss oder wird ein Prüfungsausschuss neu eingerichtet, soll er sich zudem gemäß § 324 Abs. 1 AktG mit den in § 107 Abs. 3 AktG geregelten Aufgaben befassen. Welche Informationen hinsichtlich der Aufgaben relevant sind für die Beschreibung der Arbeitsweise eines Prüfungsausschusses, wird in Abschnitt 4.1.4.3.4.3.4.4.3 erörtert.

Besteht noch kein Prüfungsausschuss, sollen die Mitglieder des einzurichtenden Prüfungsausschusses gemäß § 324 Abs. 2 HGB von den Gesellschaftern – bei einer Aktiengesellschaft also von den Aktionären – gewählt werden.⁶²¹ Durch diese gesetzliche Regelung stellt der Prüfungsausschuss trotzdem kein eigenständiges Gesellschaftsorgan, wie es der Aufsichtsrat ist, dar. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass durch die Einführung des § 324 HGB, der lediglich einen Auffangtatbestand darstellt, kein Wahlrecht für die Unternehmen entsteht, aufgrund dessen sie neben dem aktienrechtlichen Aufsichtsrat einen eigenständigen und vom Aufsichtsrat unabhängigen Prüfungsausschuss einrichten können.⁶²²

Die gesetzliche Kodifizierung hinsichtlich der Einrichtung eines Prüfungsausschusses ist in Anbetracht der unterschiedlichen Häufigkeit von Prüfungsausschüssen in den Unternehmen der verschiedenen Aktienindizes zu begrüßen. Während bereits im Jahr 2004 alle im DAX notierten Unternehmen der Empfehlung des DCGK zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses gefolgt waren, lag die Akzeptanz dieser Empfehlung bei den Un-

⁶¹⁹ Vgl. Habersack (2008), S. 101; Erchinger/Melcher (2008), S. 58 f.

⁶²⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 203.

⁶²¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 207.

⁶²² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 204.

ternehmen im MDAX bei 81,8%, bei den Unternehmen im TecDAX bei 76,9% und bei denen des SDAX nur noch bei 71,4%.⁶²³ Diesbezüglich wird durch die gesetzliche Regelung versucht, die Einrichtung von Prüfungsausschüssen bei kapitalmarktorientierten Unternehmen weiter zu etablieren.⁶²⁴

4.1.4.3.4.3.4.4.2 Innere Ordnung

Während die Aufgaben des Prüfungsausschusses aus dem Gesetz erkennbar sind, werden weder im Gesetz noch im DCGK Hinweise gegeben, wie der Prüfungsausschuss seine Arbeitsweise organisieren soll. Lediglich der – nicht verbindlichen – Empfehlung der EU-Kommission können konkretere Vorgaben für die Arbeitsweise eines Prüfungsausschusses entnommen werden.⁶²⁵

Wie auch bei den bereits behandelten Aufsichtsratsausschüssen ist hinsichtlich der Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses eine Beschreibung der inneren Ordnung notwendig. In Bezug auf die innere Ordnung des Prüfungsausschusses gibt es bislang keine gesetzlichen Vorgaben⁶²⁶, sodass auf die Abschlussprüferrichtlinie und die Empfehlung der EU-Kommission hinsichtlich eines Prüfungsausschusses zurückgegriffen werden muss. In erster Linie sind die generell für Ausschüsse geltenden Regelungen des deutschen Rechts zu beachten, weil der Prüfungsausschuss eben kein selbständiges Gesellschaftsorgan ist.⁶²⁷ Da es in der Empfehlung der EU-Kommission keine expliziten Regelungen für die innere Ordnung speziell von Prüfungsausschüssen gibt, muss wiederum auf die generellen Regelungen der EU-Kommission für Aufsichtsratsausschüsse zurückgegriffen werden. Ebenfalls sind die nach deutschem Recht generell geltenden Regelungen für die innere Ordnung von Ausschüssen relevant, die in erster Linie berücksichtigt werden müssen.

Beschreibungspflichtig wären somit hinsichtlich der inneren Ordnung eines Prüfungsausschusses die bestehenden Entscheidungsbefugnisse, die Art der Beschlussfassung,

⁶²³ Vgl. Peemöller/Warncke (2005), S. 401.

⁶²⁴ Zur Verbreitung von Prüfungsausschüssen in Deutschland siehe auch Veit (2003), S. 2021 ff.

⁶²⁵ Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2412.

⁶²⁶ Vgl. Warncke (2005), S. 103.

⁶²⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 204; Warncke (2005), S. 103.

der Prozess der Selbstevaluierung, der Erlass einer Geschäftsordnung für den Prüfungsausschuss, die Anzahl bzw. Frequenz der Sitzungen sowie die Teilnehmer der Sitzungen. Bei den Teilnehmern der Sitzungen muss nur über externe Dritte, also Nichtaufsichtsratsmitglieder berichtet werden.⁶²⁸ Über die Mitglieder des Prüfungsausschusses muss bereits bei der Beschreibung der personellen Zusammensetzung informiert werden. Auf die genannten Aspekte soll an dieser Stelle nicht mehr eingegangen werden, hierfür sei auf Abschnitt 4.1.4.3.4.3.4.1 verwiesen. Im Rahmen der Geschäftsordnung ist es bei der Arbeitsweise von Prüfungsausschüssen notwendig, die Informationsrechte des Prüfungsausschusses und die Versorgung des Prüfungsausschusses mit Informationen zu beschreiben, um die Arbeitsmöglichkeiten des Prüfungsausschusses beurteilen zu können.⁶²⁹

Die Erläuterung der inneren Ordnung des Prüfungsausschusses stellt für einen Großteil der Unternehmen Neuland dar. Die Mehrheit der im DAX und im MDAX notierten Unternehmen publiziert bislang keine Informationen über eine Geschäftsordnung ihrer Prüfungsausschüsse. Einige Unternehmen werden durch ihre Notierung an der NYSE zur Publizität dieser Informationen verpflichtet. Der Anteil der Unternehmen, die freiwillig die Geschäftsordnung ihrer Prüfungsausschüsse publizieren, ist verschwindend gering.⁶³⁰

4.1.4.3.4.3.4.4.3 Aufgaben und Tätigkeiten

Bei der Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses ist es neben der Beschreibung der inneren Ordnung von Bedeutung, wie der Prüfungsausschuss seinen Aufgaben nachgekommen ist. Damit anhand der Arbeitsweise nachvollzogen werden kann, ob der Prüfungsausschuss die ihm zugedachten Aufgaben wahrgenommen und seine Arbeitsweise auf die Aufgaben ausgerichtet hat, sind die Aufgaben des Prüfungsausschusses relevant. Durch einen Abgleich der Arbeitsweise mit den Aufgaben lässt sich dann eine Effizienzkontrolle des Prüfungsausschusses vornehmen. Die Rechtferti-

⁶²⁸ Vgl. Abschn. 4.1.4.3.4.3.4.1.

⁶²⁹ Grundsätzlich obliegt in erster Linie dem Vorstand die Pflicht zur Information des Prüfungsausschusses (Bringschuld). Bei Bedarf muss der Prüfungsausschuss die für die Wahrnehmung seiner Aufgaben benötigten Informationen beim Vorstand anfordern (Holschuld) (vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2415).

⁶³⁰ Vgl. Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 33.

gung zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses liegt zudem in dem Gedanken, dass ein kleineres Gremium die ihm durch den Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben zeitnäher, effizienter und professioneller erledigen kann, als der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit.⁶³¹ Der Prüfungsausschuss trägt somit zur Steigerung der Effizienz des Aufsichtsrats bei.⁶³² Eine Effizienzsteigerung wird allerdings nur dann erreicht, wenn der Aufsichtsrat in seiner Arbeitsweise die ihm übertragenen Aufgaben konzentriert und zielgerichtet wahrnimmt. Hinsichtlich der Aufgaben des Prüfungsausschusses sind die durch das BilMoG in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG kodifizierten Aufgaben zu berücksichtigen. Genauere Hinweise, welche Tätigkeiten im Detail mit den in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG vorgegebenen Aufgaben gemeint sind, enthält die Empfehlung der EU-Kommission.⁶³³

Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG hat sich der Prüfungsausschuss mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des internen Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung zu befassen. Bezüglich der Abschlussprüfung sollen insbesondere die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und die vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen kontrolliert werden. Mit der Aufnahme dieser Aufgaben in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 41 Abs. 2 der Abschlussprüferrichtlinie vorgesehenen Aufgaben in allen Punkten umgesetzt.⁶³⁴

Die in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG an erster Stelle genannte Aufgabe ist die *Überwachung*⁶³⁵ *des Rechnungslegungsprozesses*. In der Gesetzesbegründung wird nicht nur von der Überwachung, sondern ebenfalls von einer Überprüfung gesprochen, die der Prüfungsausschuss bezogen auf den Rechnungslegungsprozess vornehmen soll.⁶³⁶ Grundsätzlich beinhaltet das Überwachen aber auch das Überprüfen, sodass die im Ge-

⁶³¹ Vgl. Fischbach (2003), S. 112.

⁶³² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 226; Erchinger/Melcher (2008), S. 59.

⁶³³ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4; Spindler (2005), S. 2038.

⁶³⁴ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 226.

⁶³⁵ Eine Überwachung lässt sich danach unterscheiden, ob sie prozessabhängig oder prozessunabhängig erfolgt. Ist die Überwachung prozessabhängig, handelt es sich um eine prozessimmanente Überwachung, die als Kontrolle bezeichnet wird. Wird die Überwachung von prozessunabhängigen Personen oder Organen vorgenommen, ist die Überwachungsinstanz selbständig. In diesem Fall spricht man von Prüfung oder von Revision. Bleibt die Überwachungsinstanz bei der Prüfung im Betrieb, liegt eine interne Prüfung vor, üben Betriebsfremde die Überwachung aus, spricht man von einer externen Prüfung (vgl. Veit (2006), S. 2).

⁶³⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 226.

setz gewählte Formulierung eine Überprüfung mit einschließt.⁶³⁷ Wie eine solche Überwachung des Rechnungslegungsprozesses aussehen soll und wie der Prüfungsausschuss bezüglich seiner Arbeitsweise vorgehen sollte, lässt sich aus der Empfehlung der EU-Kommission für Aufsichtsratsmitglieder entnehmen.⁶³⁸

Das Hauptaugenmerk soll bei der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses auf der Kontrolle der Verlässlichkeit und Vollständigkeit der von dem Unternehmen vorgelegten Finanzinformationen liegen. Um eine ausreichende Überwachung des Rechnungslegungsprozesses zu garantieren, ist es notwendig, dass der Prüfungsausschuss von dem Vorstand informiert wird, auf Basis welcher Methoden bedeutende, nicht alltägliche Geschäfte, deren Verbuchung auf verschiedene Weisen erfolgen kann, verbucht werden. Ebenfalls sollte der Prüfungsausschuss entscheiden können, ob und wann der Vorstandsvorsitzende, das für das Finanz- und Rechnungswesen zuständige Verwaltungsratsmitglied bzw. der Finanzvorstand und der interne sowie der externe Prüfer an den Sitzungen des Prüfungsausschusses teilnehmen. Zudem wird gefordert, dass der Prüfungsausschuss mit jeder für seine Tätigkeit relevanten Person auch ohne Beisein eines Vorstandsmitglieds zusammentreffen kann.⁶³⁹ Hinsichtlich der Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses müsste somit erläutert werden, inwieweit die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses gewährleistet wird und die o.g. Forderungen hinsichtlich der Information und Rechte des Prüfungsausschusses erfüllt werden.

Im Rahmen der *Überwachung des internen Kontroll- und des internen Risikomanagementsystems* soll auch das zum internen Kontrollsystem gehörende interne Revisionsystem – in der Regel wird zu den organisatorischen Maßnahmen zur Risikofrüherkennung auch die Einrichtung einer internen Revision gehören⁶⁴⁰ – überwacht werden. Dabei ist das interne Risikomanagementsystem als ein allgemeines Risikomanagement zu verstehen, welches sich nicht auf die Rechnungslegung beschränkt.⁶⁴¹ Die Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems durch den Prüfungsausschuss stellt einen

⁶³⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 227 f.

⁶³⁸ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.2.1.

⁶³⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.2 f.

⁶⁴⁰ Vgl. Warncke (2005), S. 233.

⁶⁴¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 226 f.

elementaren Vorgang dar, weil die Überwachung als Stütze des gesamten Rechnungslegungsprozesses anzusehen ist.⁶⁴²

Der Prüfungsausschuss sollte Sorge dafür tragen, dass dem internen Prüfer neben einer effizienten Arbeitsbeziehung zum Vorstand ein ungehinderter Zugang zum Aufsichtsrat ermöglicht wird.⁶⁴³ In welcher Weise die Empfehlungen bezüglich des internen Prüfers bei der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses berücksichtigt werden, müsste bei der Beschreibung der Arbeitsweise angegeben werden. In Bezug auf die Beurteilung der Corporate Governance ist dieser Aspekt relevant, da es für einen Adressaten der Erklärung zur Unternehmensführung sehr wichtig ist zu erfahren, inwieweit der interne Prüfer die Möglichkeit hat, seiner Aufgabe nachzugehen und wo dies nicht der Fall ist. Nur durch eine entsprechende Kommunikation und die Möglichkeit, Einsicht in alle relevanten Unterlagen zu erhalten, kann der interne Prüfer seiner Aufgabe adäquat nachkommen.

Des Weiteren sollte der Prüfungsausschuss vom Arbeitsprogramm des internen Prüfers unterrichtet werden und auch die internen Prüfungsberichte oder eine regelmäßige Zusammenfassung über die Prüfungen erhalten.⁶⁴⁴ Hinsichtlich der Prüfungsberichte sollte sich der Prüfungsausschuss ebenfalls einen Überblick über die wesentlichen Feststellungen der internen Prüfung und die daraufhin veranlassten Maßnahmen der dafür verantwortlichen Vorstandsmitglieder verschaffen. Wesentliche Feststellungen werden z.B. in Fällen von Betrug oder Unterschlagung gemacht.⁶⁴⁵ Auch über diese Abläufe ist hinsichtlich der Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses zu berichten.

Eine große Bedeutung kommt dem Prüfungsausschuss im Rahmen der *Abschlussprüfung* zu. In diesem Zusammenhang sollte der Prüfungsausschuss darauf achten, wie der Vorstand auf die im Bericht des externen Abschlussprüfers festgehaltenen Empfehlungen reagiert. Über etwaige bei der Prüfung auftretende Fragen sollte der Prüfungsausschuss zeitnah informiert werden.⁶⁴⁶ Inwieweit der Prüfungsausschuss den Empfehlun-

⁶⁴² Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2414 f.

⁶⁴³ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.4.

⁶⁴⁴ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.5.

⁶⁴⁵ Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2415.

⁶⁴⁶ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.6.

gen hinsichtlich der Abschlussprüfung nachkommt bzw. diese umsetzt, wäre bezüglich der Arbeitsweise zu beschreiben.

Der externe Prüfer sollte zudem wie der interne Prüfer auch neben einer effizienten Arbeitsbeziehung zum Vorstand einen ungehinderten Zugang zum Aufsichtsrat besitzen.⁶⁴⁷ Wegen der großen Bedeutung der Arbeitsmöglichkeiten des externen Prüfers in dem zu prüfenden Unternehmen ist dieser Punkt der Zusammenarbeit in der Beschreibung der Arbeitsweise zu erläutern.

Aufgrund der generell angestrebten Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen Prüfungsausschuss und externem Prüfer sollte der Prüfungsausschuss zudem über das Arbeitsprogramm des externen Prüfers unterrichtet werden. Des Weiteren sollte – auch im Sinne der Unabhängigkeit⁶⁴⁸ des externen Prüfers – der externe Prüfer dem Prüfungsausschuss einen Bericht über sämtliche Beziehungen zwischen dem unabhängigen Prüfer und dem zu prüfenden Unternehmen bzw. Konzern vorlegen.⁶⁴⁹ Inwieweit diese sehr detaillierten Hinweise⁶⁵⁰ bezüglich der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses umgesetzt werden, müsste die Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses wiedergeben.

Weiterhin sollte der Prüfungsausschuss im Rahmen seiner Arbeitsweise ermächtigt sein, auf externe Berater in Rechts-, Prüfungs- oder sonstigen Fragen zurückzugreifen, solange er Berater für die Erledigung seiner Aufgaben als notwendig ansieht. Zudem sollte das Unternehmen dem Prüfungsausschuss für die Inanspruchnahme externer Berater ausreichende Mittel zur Verfügung stellen.⁶⁵¹ Auf die damit angedeutete Eigenständigkeit des Ausschusses müsste die Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses ebenfalls eingehen.

Schließlich enthält die Empfehlung der EU-Kommission noch Hinweise zur Berichterstattung des Prüfungsausschusses gegenüber dem Aufsichtsrat. Die Berichterstattung

⁶⁴⁷ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I; Ziff. 4.3.4; Spindler (2005), S. 2038.

⁶⁴⁸ Nach VELTE könnte es in diesem Zusammenhang auch zu einer Berichterstattung über das Vergütungssystem des Abschlussprüfers kommen (vgl. Velte (2009c), S. 1233).

⁶⁴⁹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.6; Spindler (2005), S. 2038.

⁶⁵⁰ Vgl. Spindler (2005), S. 2038.

⁶⁵¹ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.7.

sollte auch Bestandteil der Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses sein. Der Prüfungsausschuss sollte demnach alle sechs Monate – im Rahmen der Genehmigung der Jahres- und Halbjahresabschlüsse durch den Aufsichtsrat – dem Aufsichtsrat über seine Tätigkeiten berichten.⁶⁵² Zwar ist die Verpflichtung zur Berichterstattung des Prüfungsausschusses gegenüber dem Aufsichtsrat in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG kodifiziert, allerdings wird hier nur eine „regelmäßige“ Berichterstattung verlangt. Die Vorgaben aus den Empfehlungen der EU-Kommission konkretisieren die Berichtspflicht weiter.⁶⁵³ Ausführlich berichten muss der Prüfungsausschuss dabei über die Bereiche, in denen er beschließend tätig ist und über die Situationen, in denen es in dem Ausschuss zu einer Pattsituation gekommen ist.⁶⁵⁴

Ebenfalls gibt die EU-Kommission eine Empfehlung zum Umgang mit neuen Mitgliedern des Prüfungsausschusses. Neuen Mitgliedern sollten neben einer Einführung in die Arbeit des Prüfungsausschusses regelmäßige Schulungen angeboten werden. Für alle Ausschussmitglieder sieht die Empfehlung eine umfassende Information über die unternehmenseigenen Besonderheiten hinsichtlich Rechnungslegung, Finanzinformationen und Abläufen vor.⁶⁵⁵ Inwieweit ein Prüfungsausschuss dieser Empfehlung nachgekommen ist, wäre bei der Beschreibung seiner Arbeitsweise ebenfalls zu erläutern.

Mit Blick auf die Arbeitsweise der Prüfungsausschüsse lässt sich sagen, dass in der Praxis eine Annäherung an die Tätigkeit des Audit Committees US-amerikanischer Unternehmen festzustellen ist.⁶⁵⁶ Auch bei Unternehmen, die nicht aufgrund ihrer Notierung an einer US-amerikanischen Wertpapierbörse direkt dem Sarbanes-Oxley Act unterliegen, kann diese Entwicklung beobachtet werden. Gefördert wird die Annäherung an das Audit Committee auch durch die Empfehlung der EU-Kommission zu den Aufgaben von Aufsichtsratsmitgliedern sowie zu den Ausschüssen des Aufsichtsrats und die Abschlussprüferrichtlinie, welche eine Angleichung der Aufgabenstellung von Prüfungs-

⁶⁵² Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.9.

⁶⁵³ WARNCKE hingegen ist der Meinung, dass eine Unterrichtung des Aufsichtsrats durch den Prüfungsausschuss grundsätzlich in jeder ordentlichen Sitzung des Aufsichtsrats erfolgt (vgl. Warncke (2005), S. 147).

⁶⁵⁴ Vgl. Huwer (2008), S. 299.

⁶⁵⁵ Vgl. EU-Kommission (2005), Anhang I, Ziff. 4.3.1.

⁶⁵⁶ Vgl. Fischbach (2003), S. 68 ff.

ausschuss und Audit Committee darstellen.⁶⁵⁷ Aufgrund dieser Entwicklung und der Anlehnung der Empfehlung der EU-Kommission hinsichtlich der Arbeitsweise eines Prüfungsausschusses an die Arbeitsweise von Audit Committees bleiben die Besonderheiten des deutschen Corporate Governance-Systems mit seiner dualistischen Struktur und den hieraus resultierenden spezifischen Rollen von Vorstand und Aufsichtsrat unberücksichtigt.⁶⁵⁸ Einer derart starken Kontrollinstanz wie dem Audit Committee bedarf es nicht, weil die Aufgaben des Audit Committees grundsätzlich vom Aufsichtsrat in Verbindung mit seinem Prüfungsausschuss wahrgenommen werden. Anders ist es beim Board-System, in dem ein einflussreiches und mächtiges Gremium wie das Audit Committee nötig ist, um das Management zu kontrollieren, da unternehmensintern kaum andere wirksame Kontrollinstanzen existieren. In dem deutschen dualistischen System dagegen ist ein Audit Committee mit derart starken Kompetenzen nicht geeignet, es droht die Gefahr einer Umgehung des Aufsichtsrats als dem eigentlichen Kontrollorgan. Die Nichtberücksichtigung der Besonderheiten des deutschen Systems mit Vorstand und Aufsichtsrat stellt folglich für deutsche Unternehmen ein Problem dar, weil sich aus den verschiedenen Unternehmensverfassungen unterschiedliche Organisationsansprüche sowie ein anderer Verantwortungs- bzw. Einflussbereich⁶⁵⁹ des Prüfungsausschusses im Vergleich zum Audit Committee ergeben.⁶⁶⁰

4.1.4.3.5 Zwischenfazit

Grundsätzlich werden die Adressaten durch die gemäß § 289a Abs. 2 Satz 3 HGB zu veröffentlichenden Informationen über Bereiche und Abläufe informiert, die für eine Beurteilung der Führungs- und Kontrollsituation elementar sind.⁶⁶¹ Besondere Bedeutung kommt dabei den Informationen hinsichtlich des Aufsichtsrats mit seinen Ausschüssen zu, der als Kontrollorgan des Unternehmens eine herausragende Rolle in der

⁶⁵⁷ Vgl. Peemöller/Warncke (2005), S. 404.

⁶⁵⁸ Vgl. Fischbach (2003), S. 106 f.

⁶⁵⁹ Die Aufgabenzuweisung des Audit Committees erfolgt auf Basis des monistischen Board-Systems. Ein Unterschied zu dem dualistischen System besteht z. B. in den Weisungsrechten. In dem monistischen System untersteht die interne Revision praktisch dem unabhängigen Audit Committee. Eine derartige Machtfülle besitzt der Prüfungsausschuss nicht. Auch stehen die in Deutschland zu beachtenden Mitbestimmungsgesetze einer starken Annäherung von Audit Committee und Prüfungsausschuss entgegen, da hinsichtlich des Audit Committees hohe Unabhängigkeitsanforderungen bestehen (vgl. Orth (2000), S. 120).

⁶⁶⁰ Vgl. Nonnenmacher/Pohle/Werder (2007), S. 2412; Fischbach (2003), S. 106 f.

⁶⁶¹ Vgl. Mann (2003), S. 26.

Corporate Governance spielt. Relevant ist in diesem Zusammenhang, ob die Ausschussmitglieder kompetent sind und ob ihnen aufgrund ihrer Qualifikation eine „gute“ Ausschussarbeit zugetraut werden kann. Aufgrund der bestehenden Freiheiten hinsichtlich der personellen Zusammensetzung der Ausschüsse sowie der Häufigkeit der Aufsichtsratsausschüsse erscheint die Beschreibung der personellen Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse als sinnvoll, um die Kontrollsituation umfassend beurteilen zu können.

Deutlich wird ein gewisser Nutzen dieser Neuerung auch im Hinblick auf den Prüfungsausschuss. Die Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses ist ein wichtiger Baustein zur Darstellung der Corporate Governance innerhalb der Unternehmen. Bislang konnten aus den Daten über die Einrichtung von Prüfungsausschüssen noch keine Schlüsse über deren Arbeitsweise gezogen werden. Insbesondere die im MDAX notierten Unternehmen sind bisher mit der Veröffentlichung ihrer Daten zur internen Corporate Governance⁶⁶² sehr zurückhaltend, die Unternehmen des DAX informieren im Vergleich ausführlicher über ihre Prüfungsausschüsse.⁶⁶³ Im Ganzen gesehen ist die Qualität der Berichterstattung der Unternehmen bezüglich der Arbeitsweise der Prüfungsausschüsse bisher unterschiedlich stark ausgeprägt und stellt ein Spiegelbild des Bewusstseins der einzelnen Unternehmen für eine transparente Corporate Governance dar. Insgesamt ist die Berichterstattung über die Prüfungsausschüsse und die damit einhergehende Transparenz noch weiter ausbaufähig.⁶⁶⁴ Die Verpflichtung zur Beschreibung der Arbeitsweise des Prüfungsausschusses im Rahmen von § 289a HGB kann aufgrund der herausragenden Bedeutung des Prüfungsausschusses hinsichtlich einer möglichen Beurteilung der Kontrollsituation prinzipiell positiv beurteilt werden.

Mit der neuen Publizitätsverpflichtung kann grundsätzlich eine Kontrollmöglichkeit der Aufsichtsratsarbeit erreicht werden. Im Rahmen der Informationen über die Arbeitsweise des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse können die Adressaten nachvollziehen, welche Arbeitsintensität in einem Aufsichtsrat vorherrscht und wie die Entscheidungsfin-

⁶⁶² Bislang existiert lediglich die Verpflichtung des Aufsichtsrats gemäß § 171 Abs. 2 AktG, gegenüber der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht abzugeben, in dem börsennotierte Kapitalgesellschaften Angaben zu den gebildeten Ausschüssen und der Zahl ihrer Sitzungen machen müssen (vgl. Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 30).

⁶⁶³ Vgl. Peemöller/Warncke (2005), S. 401 f.; Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 35.

⁶⁶⁴ Vgl. Quick/Höller/Koprivicia (2008), S. 35.

dung abläuft. Insbesondere hinsichtlich der Machtverteilung im Aufsichtsrat sind Informationen sehr relevant, da statuarische Vorgaben oftmals spezielle Regelungen vorsehen. Ebenfalls können Externe erkennen, ob und in welchem Ausmaß der Aufsichtsrat sich selbst überprüft und Maßnahmen ergreift, um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten.

Auch die Beschreibung der Arbeitsweise der Aufsichtsratsausschüsse trägt zu einem besseren Einblick in die Kontrollsituation innerhalb des Unternehmens bei. Es kann nachvollzogen werden, welche Ausschüsse existieren und welche Aufgaben und Entscheidungsbefugnisse an Ausschüsse übertragen wurden. Die Bezeichnungen der Aufsichtsratsausschüsse allein informieren lediglich sehr unvollständig über die konkreten Aufgaben. Eine genaue Identifizierung der jeweiligen Ausschussaufgaben allein auf Basis ihrer Bezeichnung wäre nur schwer möglich. Als bestes Beispiel sind hier die vielfältigen Tätigkeiten eines Präsidialausschusses zu nennen, die von den grundsätzlich zu erfüllenden Aufgaben des Präsidialausschusses teilweise extrem abweichen. Durch die Angabe der Hinzuziehung von Sachverständigen sowohl im Aufsichtsrat als auch in seinen Ausschüssen können Außenstehende zudem die Qualität der Arbeit erkennen.

Ebenfalls positiv ist die Pflicht zur Beschreibung der Arbeitsweise des Vorstands und seiner Ausschüsse, wodurch ein besserer Einblick in die Führungssituation innerhalb des Unternehmens gewährleistet wird. Vor allem durch Informationen hinsichtlich der Geschäftsverteilung – hier ist insbesondere das Kompetenzverhältnis der Ressortleiter gegenüber dem Gesamtvorstand relevant –, der Kompetenzen des Vorstandsvorsitzenden sowie dem Informationswesen können Externe eine Beurteilung vornehmen, in welchen Bereichen Handlungsspielräume für den Vorstand existieren, die zum Nachteil des Unternehmens ausgenutzt werden könnten. Die Pflicht zur Beschreibung der Arbeitsweise der Vorstandsausschüsse kann auch als positiv angesehen werden. Bislang wurden Vorstandsausschüssen häufig Entscheidungsbefugnisse eingeräumt, welche zu den Kernaufgaben des Gesamtvorstands gehören. Diese Übertragung der Entscheidungsbefugnisse ist sach- und rechtswidrig. Durch die Beschreibungspflicht der Arbeitsweise der Vorstandsausschüsse kann es zu einer Verringerung von sach- und rechtswidrigen Ausschlüssen einzelner Vorstandsmitglieder kommen. Des Weiteren können Externe erkennen, welche Entscheidungsbefugnisse übertragen wurden und ob sich daraus Handlungsspielräume für Vorstandsmitglieder ergeben.

Fraglich ist wiederum die mit der Entscheidungsnützlichkeit verbundene Relevanz dieser Informationen zur Stabilisierung der Erwartungen der Informationsadressaten. Am bedeutendsten können in diesem Zusammenhang gewiss die Informationen zur Vorstandsarbeit und seiner Ausschüsse angesehen werden. Aus diesen Informationen können sicherlich am ehesten Erwartungen hinsichtlich der zukünftigen Unternehmensentwicklung stabilisiert werden.

Ungewiss bleibt die Wirkung der Publizitätspflicht zur Zusammensetzung und zu den Arbeitsweisen der Unternehmensorgane sowie ihrer Ausschüsse. Wie bereits dargestellt, ist der deutsche Kapitalmarkt immer noch unterentwickelt und die deutsche Corporate Governance weiterhin in erster Linie durch die Kontrollphilosophie Voice geprägt. Es bestehen daher Zweifel, ob die Unternehmen durch die Publizitätspflicht hinsichtlich der Zusammensetzung und den Arbeitsweisen der Unternehmensorgane und ihrer Ausschüsse auch zu einer wirklichen Verbesserung ihrer Führungs- und Kontrollsituation veranlasst werden.

Unsicher ist zudem, in welchem Umfang die Unternehmen, die von ihnen publizierte Beschreibung der Zusammensetzung und Arbeitsweise der Verwaltungsorgane auch tatsächlich in der Praxis umsetzen. Das Testat des Abschlussprüfers gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB bestätigt lediglich die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung, nicht aber, inwieweit dem beschriebenen Verhalten auch tatsächlich in einem ordnungsgemäßen Umfang nachgekommen wurde.

4.2 Informationen zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem

4.2.1 Gesetzliche Kodifizierung

§ 289 HGB wurde im Rahmen des BilMoG ergänzt. Damit erfolgt die Umsetzung des Abs. 1 Buchstabe c) des Art. 46a der geänderten Bilanzrichtlinie. Durch den neuen fünften Absatz werden Kapitalgesellschaften im Sinn des § 264d HGB verpflichtet, im Lagebericht die wesentlichen⁶⁶⁵ Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben.

⁶⁶⁵ In Art. 46a Abs. 1 Buchstabe c) der Abänderungsrichtlinie ist der Wortlaut zwar „wichtigste“ Merkmale, trotzdem wird insoweit der im handelsrecht übliche Begriff „wesentlich“ bei der Kodifizierung

Die Regelungen hinsichtlich der Systembeschreibung sind ebenfalls für den Konzernabschluss verpflichtend. Eine Umsetzung dieser Regelungen für den Konzernabschluss wird von der EU explizit durch Art. 36 Abs. 2 Buchstabe f) der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG, mit der die Konzernrichtlinie geändert wird, gefordert. Hierfür erfolgt eine Ergänzung des § 315 Abs. 2 HGB um die Nr. 5. Die Konzerne müssen gemäß Nr. 5 in ihrem Konzernlagebericht auf die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Konzernrechnungslegungsprozess eingehen, sofern eines der in den Konzernabschluss einbezogenen Tochterunternehmen oder das Mutterunternehmen kapitalmarktorientiert gemäß § 264d ist.⁶⁶⁶

Auffällig und auf den ersten Blick ungewöhnlich ist die abweichende Kodifizierung der Verpflichtung zur Systembeschreibung im Vergleich zu den weiteren direkten Informationssektionen, die durch das BilMoG im deutschen Recht implementiert wurden. Während drei Informationssektionen Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB sind, wird die Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems davon losgelöst. Die Beschreibung ist in einem neuen fünften Absatz des § 289 HGB, der den Inhalt des Lageberichts enthält, bzw. in einer neuen Nr. 5 des Abs. 2 des § 315 HGB, welcher entsprechend den Inhalt des Konzernlageberichts regelt, kodifiziert. Konsequenter wäre jedoch eine Aufnahme der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems als vierter Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung gewesen. In dem neuen § 289a HGB wären alle direkten Informationssektionen einheitlich kodifiziert.

Ein Grund für diese unterschiedliche Kodifizierung liegt in der bereits innerhalb des Lageberichts vorgesehenen Berichterstattung im Zusammenhang mit dem Risikomanagement des Einzelunternehmens bzw. des Konzerns nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB. Um hier die Berichterstattung des Unternehmens und des Konzerns bezüglich des Risikomanagements nicht verstreut, sondern zusammenhängend sowie

genutzt. In der Auslegung mag der Begriff „wichtigste Merkmale“ enger sein, als der Begriff „wesentliche Merkmale“, beide Begriffe verdeutlichen aber die von der Abänderungsrichtlinie angestrebte Beschränkung in der Darstellung des internen Kontroll- und des internen Risikomanagementsystems. Inwieweit in der Praxis eine Beschreibung der wichtigsten oder der wesentlichen Merkmale vorgenommen wird, lässt sich aufgrund der nur graduellen Unterschiede kaum überprüfen (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168).

⁶⁶⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 26.

übersichtlich publizieren zu können, sind die das interne Kontroll- und das Risikomanagement betreffenden Informationen ebenfalls im Lagebericht anzugeben.⁶⁶⁷

Ein weiterer Grund für die gesetzlich vorgeschriebene Platzierung im Lagebericht und nicht in der Erklärung zur Unternehmensführung liegt in der Überprüfung der rechnungslegungsbezogenen Angaben zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem durch den Abschlussprüfer. Aufgrund der gesetzlichen Verortung der Angaben im Lagebericht sind sie durch den Abschlussprüfer im Rahmen der Lageberichtsprüfung gemäß § 317 Abs. 2 HGB zu prüfen.⁶⁶⁸ Im Gegensatz dazu unterliegt die Erklärung zur Unternehmensführung inhaltlich nicht der Überprüfung durch den Abschlussprüfer.⁶⁶⁹

Das BilMoG sieht keine Wahlmöglichkeit bei der Publizität der Informationen zum rechnungslegungsbezogenen Teil des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems vor, wie es bei der Erklärung zur Unternehmensführung der Fall ist. Auch diesem Verzicht der Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Publizität liegt der Gedanke zu Grunde, die Informationen gemäß § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB der Prüfung durch den Abschlussprüfer zu unterziehen und ist insofern nachvollziehbar.⁶⁷⁰

Durch die gewählte Kodifizierung in § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB wird die Wichtigkeit deutlich, die der deutsche Gesetzgeber den Informationen zum internen Kontroll- und Risikomanagement beimisst. Er geht insoweit über die Vorgaben der Änderungsrichtlinie bei der Umsetzung in nationales Recht hinaus, als er eine Veröffentlichung der Informationen in einem gesonderten Bericht auf der Internetseite des Unternehmens nicht zulässt, sondern eine obligatorische Angabe innerhalb des Lageberichts gesetzlich vorschreibt.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168 f.; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2787 f.

⁶⁶⁸ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁶⁶⁹ Siehe dazu Abschn. 5.1.

⁶⁷⁰ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 54; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2789.

⁶⁷¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168 f.; Melcher/Mattheus (2008), S. 53 f.

4.2.2 Verantwortlichkeit für die Systembeschreibung

Grundsätzlich wurde bei den bereits behandelten Informationen zur Corporate Governance eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat präferiert. Trotz der genannten Vorbehalte gegenüber einer Aufteilung der Verantwortlichkeit kommt es durch die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Umsetzung der Vorgaben der Abänderungsrichtlinie zu einer Aufteilung der Verantwortlichkeit für die Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Durch die Kodifizierung in den neuen §§ 289 Abs. 5 und 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB ergibt sich eine alleinige Verantwortlichkeit des Vorstands für diesen Teilbereich. Die Angabe der erforderlichen Informationen ist in diesem Fall für Einzelunternehmen im Lagebericht bzw. für Konzerne im Konzernlagebericht vorgesehen. Für die Erstellung des (Konzern)Lageberichts trägt der Vorstand die Verantwortung.

Eine alleinige Verantwortlichkeit des Vorstands steht der grundsätzlichen Kompetenz für Corporate Governance-Angelegenheiten entgegen. Der Aufsichtsrat besitzt einen größeren Einfluss auf die Ausgestaltung der Corporate Governance als der Vorstand.⁶⁷² Ihn bezüglich der Beschreibung von der Erstellung auszuschließen, erscheint hier allerdings sinnvoll. Der Aufsichtsrat – oder sein Prüfungsausschuss⁶⁷³ – ist grundsätzlich für die Überwachung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems verantwortlich. Folglich besitzt er zwar intensive Kenntnisse über die Prozesse innerhalb der Systeme – auch und vor allem im Hinblick auf die Rechnungslegung –, die bezüglich einer Beschreibung der Systeme sicherlich hilfreich wären.⁶⁷⁴ Gleichwohl muss hier aufgrund der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats, welche ebenfalls eine Überprüfung der im Lagebericht verankerten Informationen beinhaltet, Vorrang eingeräumt werden, sodass eine alleinige Verantwortlichkeit des Vorstands in diesem Fall angemessen ist.⁶⁷⁵ Zudem besitzt der Aufsichtsrat hinsichtlich der Ausgestaltung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems kaum Einflussmöglichkeiten, was eben-

⁶⁷² Vgl. hierzu Abschn. 4.1.2.

⁶⁷³ Vgl. Velte (2009a), S. 343.

⁶⁷⁴ Vgl. Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788.

⁶⁷⁵ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2362; Lentfer (2005), S. 291.

falls für eine alleinige Verantwortlichkeit des Vorstands hinsichtlich der Beschreibung spricht.⁶⁷⁶

Durch den Ausschluss des Aufsichtsrats von der Beschreibung der Systeme kommt es zu einem Verlust von Hintergrundinformationen im Zusammenhang mit dem internen Kontroll- und dem Risikomanagementsystem. Dieser Verlust ist hier allerdings als nachrangig zu betrachten. Wichtiger erscheint die Vermeidung von Überschneidungen bei der Erstellung und der darauf folgenden Überprüfung der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems durch den Aufsichtsrat. In der Konsequenz muss folglich die ausschließliche Verantwortlichkeit des Vorstands für die Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems aufgrund der vorrangigen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats als sinnvoll angesehen werden.⁶⁷⁷

4.2.3 Wirkungskreis der Regelungen für die Systembeschreibung

Verpflichtet zur Abgabe der Informationen gemäß § 289 Abs. 5 HGB sind Kapitalgesellschaften im Sinn des § 264d HGB, ebenso Konzerne gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB sofern eines der in den Konzernabschluss einbezogenen Tochterunternehmen oder das Mutterunternehmen kapitalmarktorientiert im Sinn des § 264d HGB ist. Mit der Verpflichtung von kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften im Sinn des § 264d HGB ist der Wirkungskreis weit gefasst. Betroffen sind kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften generell – eine Einschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft wird nicht vorgenommen – sowie Personengesellschaften nach § 264a HGB, welche den kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften gleichgestellt sind.⁶⁷⁸ Mit dieser Umsetzung kommt der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben aus Art. 46a Abs. 3 der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG nach. Die Abänderungsrichtlinie sieht eine Befreiung von der Abgabe dieser Informationen für nicht börsennotierte aber kapitalmarktorientierte Unternehmen nicht vor.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Vgl. Lentfer (2005), S. 292.

⁶⁷⁷ Vgl. Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788.

⁶⁷⁸ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 52.

⁶⁷⁹ Vgl. Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 369.

Um eine exakte Abgrenzung des Begriffs „kapitalmarktorientiert“ zu gewährleisten und gleichzeitig eine erhebliche Verkürzung und bessere Lesbarkeit einer Reihe handelsrechtlicher Vorschriften zu erreichen, ist im Zuge des BilMoG § 264d in das HGB eingefügt worden, der eine Definition einer „kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaft“ beinhaltet.⁶⁸⁰ Kapitalgesellschaft gelten als kapitalmarktorientiert, wenn sie einen organisierten Markt⁶⁸¹ im Sinn des § 2 Abs. 5 des WpHG mit Wertpapieren im Sinn des § 2 Abs. 1 Satz 1 des WpHG in Anspruch nehmen oder die Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt beantragt haben.

Durch die Definition in § 264d HGB ergibt sich eine „zeitliche Ausweitung“. Waren bislang Unternehmen lediglich dann kapitalmarktorientiert, wenn sie einen organisierten Markt für den Handel ihrer Wertpapiere in Anspruch genommen haben, so gelten sie nach § 264d HGB bereits als kapitalmarktorientiert, wenn die Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt beantragt wurde.⁶⁸²

In Abschnitt 4.1.3 ist aufgeführt, was gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG unter den Begriff „Wertpapier“ zu subsumieren ist. Damit wird die Reichweite dieser Regelung verdeutlicht. Aufgrund des bedeutenden Anteils kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften an den Kapitalgesellschaften⁶⁸³ lässt sich schließen, dass zukünftig zahlreiche Kapitalgesellschaften zu einer Beschreibung der wesentlichen Merkmale ihres internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess verpflichtet sein werden.⁶⁸⁴

⁶⁸⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 139.

⁶⁸¹ Siehe hierzu Kap. 4.1.3.

⁶⁸² Vgl. Barth (2009), S. 726.

⁶⁸³ Vgl. Burger/Fröhlich/Ulbrich (2006), S. 117.

⁶⁸⁴ Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang jedoch gleichzeitig ein leichter Rückgang der Zahl kapitalmarktorientierter deutscher Unternehmen. Gründe hierfür liegen sowohl in den erhöhten Rechnungslegungsanforderungen als auch in den neuen rechtlichen Möglichkeiten des Ausschlusses von Minderheitsaktionären (vgl. Burger/Fröhlich/Ulbrich (2006), S. 122).

4.2.4 Faktischer Zwang zur Einrichtung eines Kontroll- und eines Risikomanagementsystems aus der obligatorischen Berichterstattung

Aufgrund der Vorgabe der Abänderungsrichtlinie hinsichtlich der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems wurde vermutet, dass Europa ähnliche Verhältnisse wie in den USA durch die Verabschiedung des Sarbanes-Oxley Act drohen.⁶⁸⁵ Section 404 des Sarbanes-Oxley Act ist der umstrittenste Teil der US-amerikanischen Reaktionen auf die Bilanzskandale und Missbräuche am Kapitalmarkt. Durch Section 404 werden Unternehmen⁶⁸⁶ u.a. verpflichtet, ein umfangreiches internes Kontrollverfahren einzurichten. Die Unternehmen in den USA empfinden Section 404 als eine erhebliche Überregulierung und werden in diesem Zusammenhang mit hohen Ersteinführungskosten belastet.⁶⁸⁷

Dass keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Kontroll- und eines Risikomanagementsystems eingeführt wird, konnte bereits der Abänderungsrichtlinie der EU-Kommission entnommen werden. Die Abänderungsrichtlinie schreibt formal lediglich die Beschreibung eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess vor.⁶⁸⁸ Eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Kontroll- oder Risikomanagementsystems wurde den nationalen Gesetzgebern⁶⁸⁹ überlassen.⁶⁹⁰ Die Vorschriften der EU-Kommission sind damit nicht so weit reichend wie die des Sarbanes-Oxley Act.⁶⁹¹

Der deutsche Gesetzgeber weist ebenfalls ausdrücklich darauf hin, dass die Vorschriften nach § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB weder die Einrichtung noch die inhalt-

⁶⁸⁵ Vgl. Withus (2009c), S. 119; Niemeier (2006), S. 182; Lentfer/Weber (2006), S. 2360.

⁶⁸⁶ Der Sarbanes-Oxley Act gilt für alle Unternehmen, deren Wertpapiere an einer der Aufsicht der SEC unterstehenden Börse gehandelt werden. Unternehmen außerhalb der USA sind folglich auch betroffen, wenn ihre Wertpapiere an einer US-Börse notiert sind oder sie ein wesentliches Tochterunternehmen („significant subsidiary“) eines an amerikanischen Börsen gehandelten Unternehmens sind (vgl. Knolmayer/Wermelinger (2006), S. 1).

⁶⁸⁷ Vgl. Schoberth/Servatius/Thees (2006), S. 2573; Niemeier (2006), S. 182 f.

⁶⁸⁸ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2360.

⁶⁸⁹ Gemäß § 91 Abs. 2 AktG sind Aktiengesellschaften in Deutschland verpflichtet, ein Risikofrüherkennungssystem einzurichten.

⁶⁹⁰ Vgl. Niemeier (2006), S. 183.

⁶⁹¹ Vgl. Glaum/Thomaschewski/Weber (2006), S. 210; Schoberth/Servatius/Thees (2006), S. 2573; Brinkmann (2007), S. 156; Withus (2009c), S. 125.

liche Ausgestaltung eines internen Kontroll- oder eines Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess vorschreiben. Die geschäftsführenden Organen können somit weiterhin im Rahmen ihrer rechtsformspezifischen Leitungsaunomie entscheiden, ob sie ein internes Kontroll- oder ein Risikomanagementsystem nach den unternehmensspezifischen Bedürfnissen einrichten, bei denen die Unternehmensstrategie, der Geschäftsumfang und andere wichtige Wirtschaftlichkeits- und Effizienzgesichtspunkte Berücksichtigung finden.⁶⁹²

Eine entsprechende „Systemverantwortung“ des Vorstands normiert § 91 Abs. 2 AktG allein für Aktiengesellschaften. Diese müssen geeignete Maßnahmen treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einrichten, um den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Hierbei handelt es sich folglich um ein System zur Früherkennung aller (nicht nur rechnungslegungsbezogenen) bestandsgefährdenden Risiken.⁶⁹³ Mit dieser Aussage liegt die Begründung zum Referentenentwurf des BilMoG auf der Argumentationslinie derjenigen, die eine analoge Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH ablehnen. §§ 289 Abs. 5 und 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB enthalten weder eine implizite Einrichtungsverpflichtung noch eine implizite Ausbau-Anordnung von einem Risikofrüherkennungs- auf ein Risikomanagementsystem.⁶⁹⁴

In Deutschland eine GmbH ohne ein funktionierendes internes Kontrollsystem anzutreffen, ist trotz fehlender expliziter gesetzlicher Implementierungspflicht relativ unwahrscheinlich. Der Grund dafür liegt darin, dass sich hier die Verpflichtung zu einer sorgfältigen und ordnungsgemäßen schriftlichen Dokumentation aller für das Geschäft wesentlichen Vorgänge einschließlich eines rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems bereits aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG herleiten lässt.⁶⁹⁵

Die Konsequenz der Regelung von § 289 Abs. 5 und § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB ist trotzdem eindeutig: Verfügt eine kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaft – die Personen-

⁶⁹² Vgl. Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788; Withus (2009c), S. 123; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁶⁹³ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788.

⁶⁹⁴ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788.

⁶⁹⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Bungartz/Szackamer (2007), S. 125.

handelsgesellschaften nach § 264a HGB, die ebenfalls durch § 289 Abs. 5 HGB betroffen sind, werden nicht mehr extra erwähnt – oder ein Konzernunternehmen, welches unter die Vorschriften von § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB fällt, über kein internes Kontroll- und/oder Risikomanagementsystem, so wird dies künftig im Lagebericht anzugeben sein.⁶⁹⁶

Aus der Angabepflicht im Lagebericht, die auch für den Fall besteht, dass kein internes Kontroll- und/oder Risikomanagementsystem existiert, können sich in der Praxis weiterführende Wirkungen der Vorschriften aus § 289 Abs. 5 und § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB einstellen, als ursprünglich mit der gesetzlichen Kodifizierung beabsichtigt waren. Grundsätzlich muss das Unternehmen in diesem Fall lediglich berichten, dass kein internes Kontroll- und/oder Risikomanagementsystem besteht.⁶⁹⁷ Auf den ersten Blick ist die Regelung des HGB daher als moderater einzustufen als die Reglementierung aus Section 404 des Sarbanes-Oxley Act.⁶⁹⁸ Trotzdem scheint eine Berichterstattung über das Fehlen eines entsprechenden Systems nur theoretisch möglich, in der Praxis dagegen nur schwer denkbar.⁶⁹⁹

Aufgrund der mittlerweile immensen Bedeutung von Kontroll- und Risikomanagementsystemen im Rahmen der Corporate Governance wird in Verbindung mit der Publizitätsverpflichtung gemäß § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB ein gewisser Handlungszwang auf die betroffenen Unternehmen ausgeübt, derartige Systeme einzurichten, um dann über diese berichten zu können.⁷⁰⁰ Durch diesen beinahe faktischen Zwang zur Einrichtung entsprechender Systeme ist die vorab geäußerte Einschätzung, die Regelung des HGB sei moderater als die Regelung des Section 404 des Sarbanes-Oxley Act, zu relativieren.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ Vgl. Withus (2010), S. 72; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2788; Niemeier (2006), S. 183.

⁶⁹⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168.

⁶⁹⁸ Section 404 des Sarbanes-Oxley Act verlangt von den betroffenen Unternehmen, Rechnungslegungskontrollen (internal control over financial reporting) zu implementieren (vgl. Knolmayer/Wermelinger (2006), S. 3).

⁶⁹⁹ Vgl. Niemeier (2006), S. 183; Lentfer/Weber (2006), S. 2360.

⁷⁰⁰ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53; Glaum/Thomaschewski/Weber (2006), S. 210.

⁷⁰¹ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2360.

4.2.5 Gegenstand der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems

Um die zur Erfüllung der Beschreibungspflicht hinsichtlich des internen Kontrollsystems notwendigen Angaben zu ermitteln, muss in einem ersten Schritt das interne Kontrollsystem hinsichtlich seiner Strukturen und Prozesse überblicksartig dargestellt werden. In einem zweiten Schritt sind dann auf Basis der Strukturen und Prozesse die wesentlichen Merkmale des internen Kontrollsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu erfassen. Hierbei soll zunächst das Einzelunternehmen betrachtet werden. Besonderheiten, die bei der Beschreibung der Systeme hinsichtlich des Konzernrechnungslegungsprozesses zu beachten sind, werden in Abschnitt 4.2.5.2 erläutert.

4.2.5.1 Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems in einem Einzelunternehmen gemäß § 289 Abs. 5 HGB

4.2.5.1.1 Beschreibung des internen Kontrollsystems

4.2.5.1.1.1 Strukturen und Prozesse eines internen Kontrollsystems

Das interne Kontrollsystem umfasst die Gesamtheit aller von der Geschäftsleitung angeordneten Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen bzw. Regelungen, welche gerichtet sind auf die organisatorische Umsetzung der Entscheidungen der Geschäftsleitung zur Sicherung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung⁷⁰², zur Ordnungsmäßigkeit und Verlässlichkeit der internen und externen Rechnungslegung sowie zur Einhaltung der für das Unternehmen maßgeblichen rechtlichen Vorschriften.⁷⁰³ Das interne Kontrollsystem stellt folglich den Oberbegriff über alle Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen dar, die den Zweck haben, einen ordnungsgemäßen Ablauf des betrieblichen Geschehens sicherzustellen.⁷⁰⁴

⁷⁰² Hierzu gehört ebenfalls der Schutz des Vermögens, der auch die Verhinderung und Aufdeckung von Vermögensschädigungen beinhaltet (vgl. IDW (2008b), PS 261, Rn. 19).

⁷⁰³ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 19; Heese/Ossadnik (2008), S. 325; Huwer (2008), S. 163.

⁷⁰⁴ Vgl. Huwer (2008), S. 163.

Bestandteile des internen Kontrollsystems sind das interne Steuerungssystem und das interne Überwachungssystem.⁷⁰⁵ Während dem internen Steuerungssystem in erster Linie das Controlling⁷⁰⁶ zuzuordnen ist, gehören zum internen Überwachungssystem prozessintegrierte Überwachungsmaßnahmen (organisatorische Sicherungsmaßnahmen, eingerichtete Kontrollen) und prozessunabhängige Überwachungsmaßnahmen, die vor allem von der internen Revision durchgeführt werden.⁷⁰⁷

Organisatorische Maßnahmen des internen Kontrollsystems stellen in die Betriebsabläufe integrierte und somit fehlerverhindernde Maßnahmen dar, die sowohl in die Aufbau- als auch in die Ablauforganisation eingefügt⁷⁰⁸ sind und ein vorgegebenes Sicherheitsniveau gewährleisten sollen. Als Beispiele für organisatorische Maßnahmen können Funktionstrennungen, Zugriffsbeschränkungen auf EDV-Anwendungen, Zahlungsrichtlinien oder das Vier-Augen-Prinzip genannt werden.⁷⁰⁹ Auch Kontrollen sind in die Prozesse bzw. Arbeitsabläufe integriert. Sie sollen die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten von Fehlern in den Prozessabläufen reduzieren und aufgetretene Fehler aufdecken. Beispiele für derartige Kontrollen stellen Soll/Ist-Vergleiche und programmierte Plausibilitätsprüfungen in der Software dar.⁷¹⁰

Die genannten Bestandteile des internen Kontrollsystems basieren im Wesentlichen auf dem COSO-Modell⁷¹¹ („COSO I“), welches aus dem COSO-Framework entwickelt wurde. Das COSO-Modell hat seinen Niederschlag auch in den berufsständischen Verlautbarungen der Wirtschaftsprüfer gefunden. IDW PS 261 gibt in weiten Teilen das

⁷⁰⁵ Grundsätzlich werden in der einschlägigen Literatur hinsichtlich der Terminologie die Begriffe vertauscht, da die Kontrolle einen Teil der Überwachung darstellt (vgl. Veit (2006), S. 2). Um Verwirrungen zu vermeiden, wird im weiteren Verlauf der Arbeit der von der einschlägigen Literatur gewählten Terminologie gefolgt.

⁷⁰⁶ Siehe hierzu Friedl (2003).

⁷⁰⁷ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 20; Warncke (2005), S. 237; Heese/Ossadnik (2008), S. 325; Huwer (2008), S. 164.

⁷⁰⁸ Das bedeutet, sie erfolgen arbeitsbegleitend oder sind dem Arbeitsablauf unmittelbar vor- oder nachgelagert (vgl. Huwer (2008), S. 164).

⁷⁰⁹ Vgl. Warncke (2005), S. 237; IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 20; Huwer (2008), S. 164.

⁷¹⁰ Vgl. Heese/Ossadnik (2008), S. 325; IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 20.

⁷¹¹ Das Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission („COSO“) hat im September 1992 eine Studie unter dem Titel „Internal Control – Integrated Framework“ („COSO-Report“) publiziert, durch die ein allgemein einsetzbares Konzept bezüglich der Gestaltung des „Internal Control“-Systems vorgeschlagen werden sollte (vgl. Schoberth/Servatius/Thees (2006), S. 2571).

Verständnis hinsichtlich der Ziele und Komponenten eines internen Kontrollsystems aus Sichtweise des COSO-Modells wieder.⁷¹²

4.2.5.1.1.2 Wesentliche Merkmale des internen Kontrollsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses

Durch § 289 Abs. 5 HGB werden die betroffenen Unternehmen verpflichtet, die wesentlichen Merkmale des internen Kontrollsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben. Bedeutend für die betroffenen Unternehmen ist dabei die Einschränkung der Beschreibung auf die wesentlichen Merkmale hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses.⁷¹³ Argumentiert wird hinsichtlich der Beschränkung in der Gesetzesbegründung nur in Bezug auf das Risikomanagementsystem⁷¹⁴, allerdings können die dort aufgeführten Argumente grundsätzlich auch für die Beschränkung der Beschreibung beim internen Kontrollsystem gelten. Die Beschränkung der Beschreibung basiert dabei auf dem Gedanken, die betroffenen Unternehmen nicht zu einer Offenlegung möglicherweise wettbewerbsrelevanter Informationen über ihr Kontrollsystem zu zwingen. Durch Angaben zu dem gesamten internen Kontrollsystems könnten möglicherweise berechnete schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen gefährdet werden. Durch die Einschränkung der Beschreibungsverpflichtung wird somit eine Offenlegung vertraulicher Informationen verhindert.⁷¹⁵

4.2.5.1.1.2.1 Rechnungslegungsbezug

Das interne Kontrollsystem ist zum Teil auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ausgerichtet und soll deren Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit sicherstellen. Es dient hierbei auch dem Schutz des Vermögens und der Verhinderung sowie Aufdeckung von Vermögensschädigungen. Beispiele für diesen Teil des internen Kontrollsystems sind Maßnahmen, welche sicherstellen sollen, dass über Vermögensgegenstände und Aufzeichnungen eines Unternehmens nur mit Genehmigung des Managements oder von

⁷¹² Vgl. Schoberth/Servatius/Thees (2006), S. 2571; Withus (2009c), S. 123 f.

⁷¹³ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168.

⁷¹⁴ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷¹⁵ Vgl. Niemeier (2006), S. 183.

ihm Bevollmächtigter verfügt werden kann.⁷¹⁶ Dieser Teil des internen Kontrollsystems ist nicht auf die Rechnungslegung eines Unternehmens bezogen. Folglich müsste hierüber bei der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontrollsystems gemäß § 289 Abs. 5 HGB nicht berichtet werden.⁷¹⁷

Den rechnungslegungsbezogenen Teil des internen Kontrollsystems bilden die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen, welche auf die Sicherung der Ordnungsmäßigkeit und Verlässlichkeit der Rechnungslegung – also Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht – gerichtet sind.⁷¹⁸ Insbesondere soll durch den auf die Rechnungslegung bezogenen Teil Folgendes sichergestellt werden:⁷¹⁹

- Die Geschäftsvorfälle genügen den gesetzlichen Anforderungen, der Satzung, dem Gesellschaftsvertrag und werden entsprechend verarbeitet und dokumentiert.
- Die Geschäftsvorfälle werden zutreffend erfasst, verarbeitet und in der Rechnungslegung vollständig und richtig ausgewiesen sowie bewertet – mit dem richtigen Wert, in der richtigen Buchungsperiode und auf den richtigen Konten.⁷²⁰
- Die Buchführungsunterlagen sind richtig und vollständig.
- Inventuren werden ordnungsgemäß durchgeführt und bei festgestellten Inventurdifferenzen erforderliche und geeignete Maßnahmen ergriffen.
- Sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden werden im Abschluss richtig angesetzt, ausgewiesen und bewertet.

⁷¹⁶ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 21.

⁷¹⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Melcher/Mattheus (2008), S. 52 f.

⁷¹⁸ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Withus (2010), S. 72.

⁷¹⁹ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 22; Warncke (2005), S. 237).

⁷²⁰ Vgl. Heese/Ossadnik (2008), S. 326. Die Kontrolle der Buchungsvorgängen beinhaltet, dass im Rahmen der Funktionstrennung die Person, welche die Verwendung von Gesellschaftsmitteln anstößt und steuert, nicht gleichzeitig den Buchungsvorgang kontrolliert, dass eine lückenlose Durchführung der eingerichteten Kontrollen möglich ist und dass die Kontrollen ihren Zweck erfüllen (vgl. Warncke (2005), S. 238).

- Verlässliche und relevante Informationen – auch über die finanzielle Situation des Unternehmens – werden zeitnah und vollständig bereitgestellt.

Die Bestandteile zur Sicherung der bilanziell richtigen Erfassung, Aufbereitung, Würdigung von unternehmerischen Sachverhalten und deren anschließende Übernahme in die einzelnen Rechnungslegungsinstrumente stellen folglich den Ausgangspunkt bei der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems dar. Nicht auf den Rechnungslegungsprozess bezogen sind z.B. Strukturen und Prozesse zur Einhaltung von Umweltschutzauflagen.⁷²¹ Allerdings muss nicht auf alle aufgeführten Strukturen und Prozesse des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems detailliert eingegangen werden. Neben der Forderung, nur den rechnungslegungsbezogenen Teil des internen Kontrollsystems zu beschreiben, wird lediglich verlangt, dass die betroffenen Unternehmen auf die wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems eingehen.⁷²²

4.2.5.1.1.2.2 Wesentliche Merkmale

Aus der Gesetzesbegründung lassen sich keine exakten Angaben entnehmen, welche Strukturen und Prozesse als wesentlich erachtet werden oder in welchem Umfang die wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems beschrieben werden sollen. Der Detaillierungsgrad sowie auch das Ausmaß der Systembeschreibung sind von den jeweiligen individuellen Gegebenheiten eines Unternehmens abhängig und von daher rechtsunsicher.⁷²³ In der Gesetzesbegründung wird lediglich gefordert, dass die Systembeschreibung auf Basis der wesentlichen Merkmale derart ausgestaltet sein muss, dass sich die Rechnungslegungsadressaten ein Bild von dem bestehenden internen Kontrollsystem im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess machen können.⁷²⁴

⁷²¹ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 540.

⁷²² Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷²³ Vgl. Withus (2009b), S. 440.

⁷²⁴ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168; Withus (2010), S. 72.

Die Gegebenheiten, die in Unternehmen unterschiedlich ausgeprägt sein können und eine Rolle hinsichtlich der Ausgestaltung des internen Kontrollsystems und somit auch hinsichtlich der Bestimmung der wesentlichen Merkmale spielen, sind:⁷²⁵

- Größe und Komplexität des Unternehmens
- Rechtsform und Organisation des Unternehmens
- Art der Geschäftstätigkeit des Unternehmens
- Komplexität und Diversifikation der Geschäftstätigkeit
- Methoden zur Erfassung, Verarbeitung, Aufbewahrung und Sicherung von Informationen
- Art und Umfang der zu beachtenden rechtlichen Vorschriften.

Die Adressaten der Beschreibung sollen sich ein Bild von dem vorhandenen internen Kontrollsystem machen können, daher sind als wesentliche Merkmale die Strukturen und Prozesse zu verstehen, die den „Rahmen“ bzw. die Basis des internen Kontrollsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses bilden.⁷²⁶ Exemplarisch für „unwesentlich“ sind z.B. die exakte Ausgestaltung von IT-Strategien im Zusammenhang mit dem internen Kontrollsystem, Schulung und Ausbildung von Personal sowie sonstige prozessunabhängige Überwachungsmaßnahmen.⁷²⁷

In mittelgroßen und kleinen kapitalmarktorientierten Unternehmen, welche durch einen übersichtlichen Aufbau, flache Hierarchien mit regelmäßigen persönlichen Kontakten sowie einfache Geschäftsprozesse geprägt sind, ist das interne Kontrollsystem grundsätzlich in geringerem Maß formalisiert als in größeren Unternehmen. Größere Unternehmen besitzen meist mehrere hierarchische Ebenen, örtlich getrennte Einheiten, zwischen denen es nur selten zu Kontakt kommt, sowie vergleichsweise komplexe Geschäftsprozesse.⁷²⁸ Folglich wird die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems bei größeren Unternehmen umfangreicher ausfallen, als bei mittelgroßen oder kleineren. Neben der Größe des Unternehmens ist das Ausmaß der Beschreibung abhängig von den weiteren oben dargestell-

⁷²⁵ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 27; Heese/Ossadnik (2008), S. 328.

⁷²⁶ Vgl. Withus (2010), S. 72.

⁷²⁷ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 20.

⁷²⁸ Vgl. IDW (2008b), IDW PS 261, Rn. 28.

ten Gegebenheiten eines Unternehmens. Aus diesen Gegebenheiten muss abgeleitet werden, welche Merkmale als wesentlich in Bezug auf das rechnungslegungsbezogene interne Kontrollsystem einzustufen sind.⁷²⁹

Die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems kann beinhalten:⁷³⁰

- Bilanzierungsrichtlinien (z.B. zur Kontierung, Bewertung der Vorräte)
- Kontrolle sowie Organisation der Buchführung inklusive des Vorgehens bei der Abschlusserstellung
- Inanspruchnahme von Unternehmensexternen bei der Abschlusserstellung
- Zuordnung der Aufgaben bei der Abschlusserstellung
- Grundsätzliche Merkmale der Funktionstrennung zwischen den Abteilungen
- Zugriffsbestimmungen im EDV-Bereich (Lese-, Schreibberechtigung)
- rechnungslegungsbezogene Kontrollprozesse (Vier-Augen-Prinzip, High-Level-Kontrollen durch Führungspersonal)
- Genehmigungskonzepte für die Erfassung bestimmter Geschäftsvorfälle.

Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften werden grundsätzlich eine umfangreichere Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontrollsystems vornehmen müssen, als dies bei kapitalmarktorientierten Unternehmen mit einer anderen Rechtsform der Fall ist. Gemäß dem im Rahmen des BilMoG eingeführten § 264 Abs. 1 Satz 2 HGB müssen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften ihren Jahresabschluss um eine Kapitalflussrechnung und einen Eigenkapitalspiegel erweitern, die mit den übrigen Bestandteilen des Jahresabschlusses eine Einheit bilden sollen. Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften können zudem ihren Jahresabschluss um eine Segmentberichterstattung erweitern. Die Ergänzung der Rechnungslegungspflicht dient der Annäherung aller kapitalmarktorientierten Unternehmen hinsichtlich ihrer handelsrechtlichen Berichterstattungspflichten aneinander.⁷³¹ Bestehen bezüglich dieser zusätz-

⁷²⁹ Vgl. Lange/Müller (2009a), S. 237.

⁷³⁰ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 540 f.

⁷³¹ Vor dem BilMoG waren nicht konzernrechnungspflichtige kapitalmarktorientierte Unternehmen nicht zur Erstellung einer Kapitalflussrechnung und eines Eigenkapitalspiegels verpflichtet, was im Widerspruch zu der Situation konzernrechnungspflichtiger kapitalmarktorientierter Unternehmen stand (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 137 f.).

lichen Bestandteile des Jahresabschlusses Strukturen und Prozesse, die hinsichtlich des internen rechnungslegungsbezogenen Kontrollsystems als wesentliche Merkmale einzustufen sind, müssten diese Merkmale in der Beschreibung berücksichtigt werden.

Was in der Gesetzesbegründung hinsichtlich der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems ausdrücklich nicht eingefordert wird, sind Einschätzungen des Vorstands über die Funktionsfähigkeit bzw. Effektivität des internen Kontrollsystems. Dies steht im Kontrast zu der Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat, dem er auch über die Effektivität Bericht erstatten muss. Die Berichtspflicht gegenüber den externen Rechnungslegungsadressaten erschöpft sich in der Systembeschreibung und muss daher keine eigenständige Würdigung enthalten.⁷³²

In der Gesetzesbegründung wird der Verzicht auf obligatorische Ausführungen zur Effektivität des internen Kontrollsystems mit der Annahme gerechtfertigt, dass die Geschäftsführungsorgane bereits durch die Beschreibung des internen Kontrollsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu einer Auseinandersetzung mit dem internen Kontrollsystem gezwungen werden. In diesem Zusammenhang werden die Geschäftsführungsorgane die Frage der Effektivität des Systems sicherlich nicht umgehen können, sodass auch bezüglich der Effektivität eine Auseinandersetzung stattfinden wird.⁷³³ Als Konsequenz aus der Auseinandersetzung mit der Effektivität ist nicht auszuschließen, dass die gesetzlichen Vertreter der Unternehmen bei der Beschreibung auch freiwillige Aussagen über die Funktionsfähigkeit bzw. Effektivität des internen Kontrollsystems machen.⁷³⁴

4.2.5.1.2 Beschreibung des Risikomanagementsystems

4.2.5.1.2.1 Begriff des Risikos

Damit Umfang und Inhalt der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des Risikomanagementsystems beschrieben werden können, muss zuerst eine Abgrenzung

⁷³² Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 543; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷³³ In diesem Zusammenhang sei wiederum auf die mögliche Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Geschäftsführungsorgane gemäß § 93 AktG bzw. § 34 GenG verwiesen, falls diese kein funktionierendes internes Kontrollsystem vorhalten (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169).

⁷³⁴ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

des Risikos erfolgen, welches mit dem System zu kontrollieren und zu steuern ist. Allgemein wird unter dem Begriff Risiko die Möglichkeit einer ungünstigen künftigen Entwicklung verstanden, also die Möglichkeit, dass es zu einer negativen Abweichung des tatsächlichen Ergebnisses einer unternehmerischen Aktivität von dem erwarteten Ergebnis kommt.⁷³⁵ Hierbei ergibt sich ein relativ breites Interpretationsspektrum, welches hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Sichtweise eingegrenzt werden muss.⁷³⁶

In der betriebswirtschaftlichen Literatur werden nach inhaltlichen Gesichtspunkten die Begriffe „reines Risiko“ und „spekulatives Risiko“ unterschieden. Diese Unterteilung ist dabei mit den darauf aufbauenden Risikomanagementkonzeptionen verbunden.⁷³⁷ Welches Risikoverständnis der Gesetzgeber zugrunde legt, kann weder im BilMoG noch in anderen Gesetzen, die den Umgang mit Risiken in Unternehmen behandeln – wie z.B. dem KonTraG⁷³⁸ –, eindeutig bestimmt werden. In der Literatur wird sowohl aus dem Wortlaut der Gesetzesbegründung als auch aus dem Sinnzusammenhang des KonTraG⁷³⁹ geschlossen, dass der Gesetzgeber auf „spekulative Risiken“⁷⁴⁰ abzielt.⁷⁴¹ Relevant für das Managementsystem wäre folglich nicht das Risiko generell. Von Bedeutung wäre lediglich speziell die im Rahmen der Geschäftstätigkeit mögliche Verlustgefahr, die einen negativen Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens hat oder sogar bestandsgefährdend ist.

⁷³⁵ Vgl. Bihr/Kalinowsky (2008), S. 621; Lück (1999), S. 20, Martin/Bär (2002), S. 70 f.

⁷³⁶ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 7 f.

⁷³⁷ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 71.

⁷³⁸ Im Rahmen des KonTraG werden Vorstände von Aktiengesellschaften durch § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet, ein Risikofrüherkennungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden (vgl. Huth (2007), S. 2167).

⁷³⁹ Risiken i.S.d. § 91 Abs. 2 AktG sind insbesondere bestandsgefährdende Unternehmensrisiken. In erster Linie sind hier Zahlungsunfähigkeit oder drohende Überschuldung mit der Folge der dann zwangsläufig verursachten Insolvenz zu nennen (vgl. Bihr/Kalinowsky (2008), S. 621). Aber auch andere risikobehaftete Geschäfte – z.B. Währungsgeschäfte –, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich wesentlich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens auswirken, gehören zu den relevanten Risiken (vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 367).

⁷⁴⁰ Das spekulative Risiko ergibt sich im Gegensatz zum reinen Risiko aus unternehmerischem Handeln und umfasst sowohl Verlust- als auch Gewinnmöglichkeiten. Das Risiko bei der Markteinführung eines neuen Produktes stellt z.B. ein spekulatives Risiko dar. Das Risiko eines Brandschadens dagegen ist ein reines (versicherbares) Risiko (vgl. Martin/Bär (2002), S. 71).

⁷⁴¹ Vgl. Bihr/Kalinowsky (2008), S. 621; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8; Lachnit/Müller (2001), S. 367; Lange (2001), S. 138.

Somit stellen schon relative Nettovermögensminderungen gegenüber dem erwarteten Wert das hier relevante Risiko dar. Es bedarf daher nicht zwingend eines Jahresfehlbetrags – also einer absoluten Nettovermögensminderung –, um einen Sachverhalt als Risiko zu quantifizieren.⁷⁴²

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich somit auf Risikomanagementsysteme, welche auf die Steuerung des „spekulativen Risikos“ abzielen. Da die obligatorische Beschreibung der wesentlichen Merkmale des Risikomanagementsystems auf den Rechnungslegungsprozess begrenzt ist, erscheint diese Einschränkung angebracht.⁷⁴³

4.2.5.1.2 Risikofrüherkennungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG als Bestandteil des Risikomanagementsystems

Einen Bestandteil des Risikomanagementsystems stellt das Risikofrüherkennungssystem dar. Die Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems wurde bereits mit dem Inkrafttreten des KonTraG am 1. Mai 1998 für alle Aktiengesellschaften vorgeschrieben. Nach § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand einer AG demnach geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklungen früh zu erkennen. Aus der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des § 91 AktG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber von einer Ausstrahlungswirkung dieser aktienrechtlichen Regelung auch für den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer anderer Rechtsformen – insbesondere der GmbH – je nach Größe und Komplexität des Unternehmens ausgeht.⁷⁴⁴

Der Gesetzgeber hat auf die Vorgabe eines konkreten Systems verzichtet. Da es sich bei der Frage hinsichtlich der Ausgestaltung des nach § 91 Abs. 2 AktG geforderten Systems um eine originäre Führungsentscheidung des Vorstands handelt, bei der ein weites unternehmerisches Ermessen vorliegt, ist der Verzicht auf die Vorgabe eines Systems nachvollziehbar. Es bleibt daher dem Vorstand in den Grenzen seines unternehmerischen Ermessens überlassen, sich unter Berücksichtigung der unternehmensspezifischen

⁷⁴² Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1600.

⁷⁴³ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169.

⁷⁴⁴ Vgl. IDW (2008c), PS 340, Rn. 1.

Besonderheiten für geeignete Maßnahmen zu entscheiden, um den mit § 91 Abs. 2 AktG verfolgten Zweck zu erreichen.⁷⁴⁵

Angesichts der fehlenden Konkretisierung bezüglich des einzurichtenden Systems überrascht nicht, dass der Wortlaut aus § 91 Abs. 2 AktG unterschiedlich ausgelegt wird. Die in § 91 Abs. 2 AktG geforderten „Maßnahmen“ werden in ihrer Gesamtheit in der Literatur häufig als „Risikofrüherkennungssystem“ bezeichnet.⁷⁴⁶ Teilweise wird allerdings auch der Begriff „Risikomanagementsystem“ synonym verwendet⁷⁴⁷, was durchaus zu Irritationen führen kann. An dieser Stelle soll klargestellt werden, dass es sich bei den Regelungen aus § 91 Abs. 2 AktG um ein Risikofrüherkennungs- oder auch Risikofrühwarnsystem handelt. Das Risikofrüherkennungs- bzw. Risikofrühwarnsystem (Unterbegriff) ist ein Teil des Risikomanagementsystems (Oberbegriff).⁷⁴⁸ Die Beschreibungspflicht des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems gemäß § 289 Abs. 5 HGB geht also bewusst über die Beschreibung des gemäß § 91 Abs. 2 AktG geforderten Risikofrüherkennungssystems hinaus.

Vereinzelt wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass sich die Pflicht zum Ausbau des nach § 91 Abs. 2 AktG nur geforderten Risikofrüherkennungssystems zu einem umfassenden Risikomanagementsystem aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Vorstands nach § 93 Abs. 1 AktG ergibt. Argumentiert wird dabei, dass zur Gefahrenabwehr ein umfassendes Risikomanagementsystem notwendig ist und nicht nur die Risikoerkennung und -überwachung.⁷⁴⁹ Unabhängig davon, ob die Interpretation für einen verpflichtenden Ausbau zu einem Risikomanagementsystem richtig ist, würde sich die Forderung nach einem umfassenden Risikomanagementsystem aber aus § 93 Abs. 1 AktG ergeben. Grundlage des § 91 Abs. 2 AktG bleibt lediglich das Risikofrüherkennungssystem. Folglich kann allein aus § 91 Abs. 2 AktG keine Implementierungspflicht für ein Risikomanagementsystem abgeleitet werden.

⁷⁴⁵ Vgl. Huth (2007), S. 2167; Bihr/Kalinowsky (2008), S. 622.

⁷⁴⁶ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1599; Wall (2001), S. 220 ff.

⁷⁴⁷ Vgl. hierfür z.B. Martin/Bär (2002), S. 39; Theisen (2003), S. 1426.

⁷⁴⁸ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1599; Lachnit/Müller (2001), S. 367; IDW (2008c), PS 340, Rn. 5; Bihr/Kalinowsky (2008), S. 622; Huth (2007), S. 2167.

⁷⁴⁹ Vgl. Kindler/Pahlke (2001), S. 68; Lachnit/Müller (2001), S. 367.

Ein Risikofrüherkennungssystem ist auf die Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen ausgerichtet. Es soll sicherstellen, dass die Risiken und ihre Veränderungen erfasst werden, die in der aktuellen Situation des Unternehmens dessen Fortbestand gefährden können. Damit Risiken früh genug erkannt werden, muss das Risikofrüherkennungssystem in der Lage sein, die Risiken so zeitnah zu erfassen und die entsprechenden Informationen darüber an die verantwortlichen Entscheidungsträger weiterzuleiten, dass sie in angemessener Weise reagieren können und der Vorstand über potentiell bestandsgefährdende Risiken informiert wird.⁷⁵⁰

Das Risikofrüherkennungssystem beinhaltet somit die Identifikation, Analyse und Bewertung von Risiken. Zusätzlich müssen parallel dazu die Information und die Kommunikation über die aktuelle Risikosituation im Unternehmen laufen. Sinnvollerweise wird dieser Vorgang über das im Unternehmen vorhandene Informationssystem abgewickelt. Da die Risikofrüherkennung eine andauernde Aufgabe ist, muss die Funktionsfähigkeit des Risikofrüherkennungssystems – die Sicherstellung der Einhaltung der nach § 91 Abs. 2 AktG eingerichteten Maßnahmen zur Erfassung und Kommunikation bestandsgefährdender Risiken – u.a. durch entsprechende Überwachungsmaßnahmen gewährleistet werden. Zum Teil sind diese Maßnahmen in die Abläufe fest eingebaut, wie z.B. die Überwachung der Einhaltung von Meldegrenzen, die EDV-gestützte Überwachung der Einhaltung von Terminen, die Kontrolle und Genehmigung der Risikoberichterstattung sowie der Vergleich interner Daten mit externen Quellen. Die Risikoüberwachung⁷⁵¹ ist folglich auch unter den Begriff der Risikofrüherkennung zu subsumieren,⁷⁵² wird aber organisatorisch von der Risikofrüherkennung getrennt. Überwiegend erfolgt die Überwachung durch das interne Kontrollsystem, welches wiederum durch die interne Revision geprüft wird.⁷⁵³

Im Vergleich zu einem Risikofrüherkennungssystem beinhaltet ein Risikomanagementsystem neben den Funktionen eines Risikofrüherkennungssystems – Identifikation, Analyse, Bewertung, Kommunikation und Überwachung – zusätzlich die Risikobewäl-

⁷⁵⁰ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 367; IDW (2008c), PS 340, Rn. 5.

⁷⁵¹ Das Risikoüberwachungssystem soll die Einhaltung der getroffenen Maßnahmen auch unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips sicherstellen (vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 367).

⁷⁵² Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1599; IDW (2008c), PS 340, Rn. 15.

⁷⁵³ Vgl. Zimmer/Sonneborn (2001), S. 54 f.

tigung, welche aus der Risikohandhabung bzw. -steuerung besteht. Als Risikomanagement kann somit die Gesamtheit aller Maßnahmen zur Erkennung, Analyse, Bewertung, Kommunikation und Überwachung von Risiken sowie zur Risikohandhabung bzw. -steuerung bezeichnet werden.⁷⁵⁴

In der Konsequenz bedeutet dies, dass Unternehmen gemäß § 289 Abs. 5 HGB über ihr rechnungslegungsbezogenes Risikomanagementsystem berichten müssen und somit auch über die Risikosteuerung. Eine Pflicht zur Einrichtung besteht gemäß § 91 Abs. 2 AktG lediglich für ein Risikofrüherkennungssystem, welches keine Maßnahmen zur Risikosteuerung beinhaltet.⁷⁵⁵ Eventuell hat der Umstand, dass bereits auf Basis des § 91 Abs. 2 AktG in vielen Unternehmen statt des geforderten Risikofrüherkennungssystems ein vollständiges Risikomanagementsystem vorhanden war, dazu beigetragen, dass der Gesetzgeber sehr arglos mit den Begriffen „Risikofrüherkennung“ und „Risikomanagement“ umgegangen ist. In der Gesetzesbegründung zu § 289 Abs. 5 HGB finden sich keine Hinweise auf eine Abgrenzung bzw. Überschneidung der Begriffe. Hier wäre ein eindeutigerer und klarerer Umgang mit den Begriffen für die Unternehmen wünschenswert gewesen. Aus der Vorschrift nach § 289 Abs. 5 HGB folgt aber eindeutig, dass die Unternehmen über ihr Risikomanagement zu berichten haben und nicht bloß über die Risikofrüherkennung. Die Risikosteuerung ist somit obligatorischer Bestandteil der Beschreibung nach § 289 Abs. 5 HGB, wenn sie in dem jeweiligen Unternehmen vorhanden ist.

4.2.5.1.2.3 Bestandteile des Risikomanagementsystems bei prozessorientierter Betrachtung

Die exakte Ausgestaltung eines effektiven Risikomanagementsystems hängt in erster Linie von den für das jeweilige Unternehmen vorherrschenden Markt- und Wettbewerbsverhältnissen ab.⁷⁵⁶ Die Anforderungen an das Risikomanagementsystem eines

⁷⁵⁴ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 367.

⁷⁵⁵ Bereits vor Einführung des § 91 Abs. 2 AktG existierten in vielen Unternehmen Risikomanagementsysteme oder zumindest Teilkomponenten. Die vorhandenen Systeme wurden nach der Einführung von § 91 Abs. 2 AktG noch weiter verbessert und die vorhandenen Teilkomponenten überwiegend zu vollständigen Risikomanagementsystemen ausgebaut. Verbreiteter Handlungsbedarf besteht allerdings noch in der durchgängigen Anwendung, Ordnungsmäßigkeit und Gesamtkonzeption eines Risikomanagementsystems (vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 368).

⁷⁵⁶ Vgl. Lange/Müller (2009a), S. 237.

Finanzunternehmens weichen erheblich von den Anforderungen an das Risikomanagementsystem eines Konsumgüterunternehmens ab.⁷⁵⁷

Ein weiterer, für die Ausgestaltung des Risikomanagements entscheidender Punkt ist die in dem jeweiligen Unternehmen vorherrschende Risikoakzeptanz. Das bedeutet, für die Ausgestaltung relevant ist die Frage, in welchem Umfang das Unternehmen sich bereit erklärt, hinsichtlich der Auswahl aus mehreren Handlungsalternativen unsichere Ergebnismöglichkeiten in Kauf zu nehmen. Grundlegende „Patentrezepte“ für die Ausgestaltung des Risikomanagements kann es von daher nicht geben. Die konkrete Ausgestaltung des Risikomanagements obliegt dem Vorstand und muss den individuellen Erfordernissen des jeweiligen Unternehmens angepasst sein.⁷⁵⁸

Trotz der genannten, für die Ausgestaltung der Risikomanagementsysteme relevanten individuellen Umstände lässt sich ein gewisser Rahmen für die grundsätzliche Struktur eines Risikomanagementsystems zeichnen, der für die Beschreibung der wesentlichen Merkmale von Bedeutung ist. Branchenspezifische Besonderheiten – wie z.B. bei Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen – sollen dabei außer Betracht bleiben, da sie für die Strukturbeschreibung eines generellen Risikomanagementsystems unbrauchbar sind. Das Risikomanagementsystem von Unternehmen umfasst grundsätzlich die Gesamtheit aller führungsunterstützenden Prozesse, welche eine wiederholte Identifikation, Bewertung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation unternehmerischer Risiken gewährleistet. Das Risikomanagement ist folglich in die einzelnen Geschäftsprozesse integriert und von den anderweitigen Funktionen zu unterscheiden, jedoch nicht zu trennen.⁷⁵⁹ Es wird dabei prozessorientiert in die Schritte Identifikation, Bewertung, Steuerung von Risiken, Berichterstattung über Risiken sowie die Überwachung von Risiken untergliedert.⁷⁶⁰

Durch die *Risikoidentifikation*, die auch Bestandteil des Risikofrüherkennungssystems ist, soll eine rechtzeitige, regelmäßige, zügige, vollständige und wirtschaftliche Erfassung aller aktuellen, zukünftigen und potentiellen Risiken, die Einfluss auf die Errei-

⁷⁵⁷ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 109; Kindler/Pahlke (2001), S. 69.

⁷⁵⁸ Vgl. Kindler/Pahlke (2001), S. 69 f.

⁷⁵⁹ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 89.

⁷⁶⁰ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8; Martin/Bär (2002), S. 88 f.

chung von Unternehmenszielen haben können, sichergestellt werden.⁷⁶¹ Um dieses Ziel zu erreichen, muss eine umfassende Bestandsaufnahme der Risiken erfolgen, die auch als eine Art Risikoinventur angesehen werden kann. Ausgangspunkt der Risikoidentifikation ist dabei die Erfassung der Risiken nach ihrer Art, das bedeutet, es wird eine Bestandsaufnahme nach der betriebswirtschaftlichen Erscheinungsform der Risiken vorgenommen. Demzufolge müssen die Maßnahmen zur Risikoidentifikation auch in sämtlichen betrieblichen Prozessen und Funktionsbereichen auf allen Hierarchieebenen eines Unternehmens erfolgen.⁷⁶² Geeignete Methoden zur Risikoerkennung und folglich Bestandteile eines Risikomanagementsystems sind z.B. Prüflisten (Checklisten), Risikomanagement-Fragebögen, Dokumenten- und Organisationsanalysen, Besichtigungen, Beobachtungen, Risiko-Workshops⁷⁶³ oder Schadensstatistiken.⁷⁶⁴

Die auf die Risikoidentifikation folgende *Risikobewertung* ist für die Entscheidung erforderlich, welche Risiken tatsächlich einen Handlungsbedarf auslösen, und ebenfalls Bestandteil eines Risikofrüherkennungssystems. Ob ein Handlungsbedarf besteht, richtet sich wesentlich danach, wie hoch der Erwartungswert eines Risikos ist. Rechnerisch ergibt sich der Erwartungswert als Produkt der Eintrittswahrscheinlichkeit und der antizipierten Schadenshöhe eines Risikos.⁷⁶⁵ Durch die Risikobewertung hat das Unternehmen die Möglichkeit, eine „Priorisierung der Risiken“ – das bedeutet eine Rangfolge der Risiken nach ihrer Wichtigkeit – vorzunehmen. Damit werden unwesentliche von wesentlichen oder gar bestandsgefährdenden Risiken abgegrenzt. Bezüglich bestandsgefährdender Risiken soll das Risikomanagementsystem kurzfristig Maßnahmen anstoßen, um solche Risiken zu beherrschen. Die verbleibenden nicht-existenziellen Risiken werden in einem Risikoportfolio des Unternehmens abgebildet. In diesem Risikoportfolio

⁷⁶¹ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8; Lachnit/Müller (2001), S. 369.

⁷⁶² Sinnvoll sind in diesem Zusammenhang die Abgrenzung von Risikobereichen und die Einteilung einzelner Risiken in überschaubare Subrisiken. Über diese Subrisiken werden dann laufend Informationen erhoben (vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1607).

⁷⁶³ Ein großer Vorteil der Risiko-Workshops ist, dass sich dort Risiken hinsichtlich ihrer Ursache, Bedeutung und Handhabung diskutieren lassen. Daher hat sich in der Praxis die Durchführung von Risiko-Workshops bewährt, wobei diese Workshops möglichst fachübergreifend gebildet werden sollten (vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 370).

⁷⁶⁴ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 92; Lachnit/Müller (2001), S. 370; Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1609.

⁷⁶⁵ Hierbei müssen ebenfalls Risikointerdependenzen berücksichtigt werden, wobei insbesondere die Möglichkeit der Kumulation von Einzelrisiken beachtet werden muss (vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1610).

wird dann die Gesamtrisikoposition des Unternehmens erfasst.⁷⁶⁶ Quantitative Verfahren zur Einzelrisikoevaluation sind z.B. die Sensitivitätsanalyse oder der Value-at-Risk. Quantitative Methoden zur Risikobewertung auf Gesamtunternehmensebene sind die Monte-Carlo-Simulation sowie das Cash Flow-at-Risk-Kalkül.⁷⁶⁷ Die Anwendung derartiger Verfahren zur Risikoevaluation bildet somit ebenfalls einen Bestandteil des Risikomanagementsystems.

Die *Risikosteuerung* (Risikohandhabung) ist kein Bestandteil des Risikofrühwarnsystems nach § 91 Abs. 2 AktG, aber ein integraler Bestandteil eines umfassenden Risikomanagementsystems und baut auf den Ergebnissen der Risikobewertung auf.⁷⁶⁸ Mit Hilfe der Risikosteuerungsmaßnahmen soll eine Verringerung der Eintrittswahrscheinlichkeit und/oder Minimierung des maximalen Schadens erreicht werden. Auf erkannte Risiken kann mit Maßnahmen zur Risikovermeidung, Risikoverminderung, Risikoüberwälzung oder Risikokompensation reagiert werden. Risikovermeidung bedeutet, dass das Unternehmen auf risikobehaftete Geschäfte verzichtet, z.B. wenn das Unternehmen von der Herstellung eines Produktes mit einem hohen Haftungsrisiko absieht. Mit der Risikoverminderung soll die Wahrscheinlichkeit und/oder Höhe eines Vermögensverlusts verringert werden. Hierbei sind Richtlinien und Limitierungen von Bedeutung, durch die bestimmt wird, welche Risiken vertretbar sind, wie Risiken zu behandeln sind und bis zu welcher Grenze Risiken eingegangen werden dürfen. Eine Risikoüberwälzung wird zunächst durch das Versichern eines Risikos erreicht. Ist ein Risiko nicht versicherbar – wie z.B. das Absatzrisiko –, kann es unter Umständen trotzdem durch allgemeine oder spezielle Vertragsbindungen auf die Vertragspartner übertragen werden. Die Risikokompensation bedeutet, dass das Unternehmen ein Risiko zwar selbst übernimmt, jedoch ein zu dem Risiko gegenläufiges Geschäft abschließt. Ein derartiges Vorgehen ist im Finanzbereich häufig vorzufinden. Dort werden Risiken überwiegend mit sogenannten Hedging-Geschäften, z.B. mittels derivativer Finanzinstrumente, abgesichert.⁷⁶⁹ Maßnahmen zur Risikovermeidung, Risikoverminderung, Risikoüberwälzung oder Risikokompensation sind folglich Bestandteile eines Risikomanagementsystems.

⁷⁶⁶ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1610; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8 ff.

⁷⁶⁷ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 11.

⁷⁶⁸ Vgl. Lück (1999), S. 26; Lachnit/Müller (2001), S. 375.

⁷⁶⁹ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 375 f.; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 12 f.; Martin/Bär (2002), S. 103 ff.

Die im Rahmen der Risikobewertung durchgeführte Priorisierung der Risiken stellt die Grundlage für den Prozess der *Risikoberichterstattung* dar. Eine Risikoberichterstattung ist auch in Risikofrühwarnsystemen vorzufinden. Durch die Risikoberichterstattung soll die Dokumentation der Einzel- und Portfolio-Risikopositionen der Teilbereiche und der Gesamtrisikolage des Unternehmens gewährleistet werden.⁷⁷⁰ Eine weitere Aufgabe der Risikoberichterstattung besteht darin, den Informationsfluss über wesentliche Risiken innerhalb des Unternehmens sicherzustellen. Der Informationsfluss erfolgt dabei bottom-up.⁷⁷¹

Um den Informationsfluss zu gewährleisten, müssen geeignete und wirksame Berichtswege und -abläufe vorhanden sein, durch welche die Entscheidungsträger die relevanten Informationen rechtzeitig erhalten und geeignete Maßnahmen zur Risikobewältigung einleiten können. In der Praxis hat sich im Laufe der Zeit eine gewisse Verzahnung des Berichtswesens über Risiken herausgebildet. In Abhängigkeit von der Art des Risikos und der verantwortlichen Organisationseinheit im Unternehmen wird die jeweilige Risikoberichterstattung in die regelmäßige Berichterstattung dieser Organisationseinheit integriert.⁷⁷² Ergänzt werden muss die Berichterstattung der Organisationseinheit um eine regelmäßige und gesonderte zusammenfassende Berichterstattung über die aktuelle Risikolage⁷⁷³ auf Basis des aktuellen Risikoinventars, welche ebenfalls an unternehmensinterne Adressaten wie Vorstand und Aufsichtsrat gerichtet ist.⁷⁷⁴ Hierbei kommt es allerdings nicht zu einer Berichterstattung über das Risikomanagementsystem. Die zusammenfassende Berichterstattung ist auch Grundlage für die Risikoberichterstattung an unternehmensexterne Interessengruppen wie Kapitalgeber, Wirtschaftsprüfer und Analysten, zu der die Unternehmen per Gesetz verpflichtet sind. Gemäß § 289 Abs. 1 HGB muss im Lageberichten auf die Risiken der zukünftigen Entwicklung eingegangen werden.⁷⁷⁵ Die Dokumentation der Risikopositionen sowie das Berichtswesen über Risiken sind somit ebenfalls Bestandteile des Risikomanagementsystems.

⁷⁷⁰ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8.

⁷⁷¹ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1612.

⁷⁷² In diesem Zusammenhang kann die Berichterstattung in regelmäßigen Controllingberichten oder regelmäßigen Sitzungen erfolgen (vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1612).

⁷⁷³ Hierbei spricht man auch von dem „formalen Risikoreporting“ (vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1612).

⁷⁷⁴ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1612.

⁷⁷⁵ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 374; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8.

Mit der *Risikoüberwachung*, die auch Bestandteil eines Risikofrüherkennungssystems ist, als letzte Phase des Risikomanagementprozesses soll sichergestellt werden, dass die tatsächliche Risikosituation mit den in der Risikostrategie vorgesehenen Zielen übereinstimmt. Daher bilden Soll-Ist-Vergleiche zwischen der Risikostrategie und der tatsächlichen Risikolage des Unternehmens die Basis für die Risikoüberwachung.⁷⁷⁶ Beispiele für derartige Soll-Ist-Vergleiche, die Bestandteil eines Risikomanagementsystems sind, stellen Abgleiche hinsichtlich der Einhaltung von Meldepflichten, Wertlimits und Terminvorgaben dar. Relevante Überschreitungen der vorgegebenen Limits müssen unverzüglich dem Management berichtet werden, damit entsprechende Anpassungen hinsichtlich der Steuerungsmaßnahmen vorgenommen werden können.⁷⁷⁷ Weitere Aufgabe der Risikoüberwachung ist die Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Risikomanagements an sich – inklusive seiner Instrumente und Maßnahmen. Hierbei werden die Vollständigkeit der Risikoerfassung sowie die Angemessenheit der Risikobewertung und der -steuerung im Hinblick auf Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit überprüft. Die Überprüfung der Funktionsfähigkeit ist somit ebenfalls ein Bestandteil des Risikomanagementsystems.⁷⁷⁸

Notwendig für eine funktionierende Risikoüberwachung ist dabei ein umfassend ausgebautes internes Kontrollsystem, welches alle Abläufe und Strukturen eines Unternehmens überlagert. Die Überwachung selbst kann dabei sowohl mittels laufender, als auch mittels prozessunabhängiger Überwachungsmaßnahmen erfolgen. Umfang, Auswahl und Häufigkeit der Überwachung hängen von der individuellen Bedeutung und Komplexität der Einzelrisiken und der Gesamtrisikolage des Unternehmens ab.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 105; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8.

⁷⁷⁷ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 376.

⁷⁷⁸ Vgl. Martin/Bär (2002), S. 106; Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8.

⁷⁷⁹ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1614; Martin/Bär (2002), S. 106.

4.2.5.1.2.4 Wesentliche Merkmale des Risikomanagementsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses

4.2.5.1.2.4.1 Rechnungslegungsbezug

§ 289 Abs. 5 HGB fordert keine umfassende Beschreibung des gesamten Risikomanagementsystems. Mit der Einschränkung auf die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des Rechnungslegungsprozesses⁷⁸⁰ soll eine Offenlegung nicht rechnungslegungsbezogener, aber möglicherweise wettbewerbsrelevanter Teile des Risikomanagementsystems verhindert werden.⁷⁸¹ Risikomanagementvorkehrungen für Risiken, die nicht den Rechnungslegungsprozess betreffen, sind folglich nicht beschreibungspflichtig. Hierunter fallen z.B. Strukturen und Prozesse hinsichtlich des Managements von Branchen- oder Wettbewerbsrisiken sowie Compliance-Risiken zu Umweltvorgaben.⁷⁸²

Welcher Teil des Risikomanagements rechnungslegungsbezogen ist und damit die Basis für die Beschreibung darstellt, ist weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung exakt zu entnehmen. Der Gesetzgeber stellt lediglich auf die allgemeine Definition des Systems ab.⁷⁸³ Für die Beschreibung müssen also die Strukturen und Prozesse des Risikomanagementsystems herangezogen werden, durch welche die Risiken, die sich aus der bilanziellen Erfassung, Aufbereitung, Würdigung von unternehmerischen Sachverhalten und deren anschließenden Abbildung in den einzelnen Instrumenten der Rechnungslegung ergeben, bewältigt werden sollen.⁷⁸⁴ Insbesondere relevant sind dabei Strukturen zur Identifikation von Risiken, die eine unmittelbare oder hohe mittelbare Auswirkung auf die Rechnungslegung haben.⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Typische Prozesse der Rechnungslegung treten in den Bereichen Finanz- und Rechnungswesen sowie im Controlling auf und sind z.B. Konsolidierungs- und Berichterstattungsprozesse, Überwachung von Vermögenswerten und nicht bilanzierten Verbindlichkeiten sowie Ermittlung von Anhangangaben (vgl. Withus (2009b), S. 450).

⁷⁸¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Lentfer/Weber (2006), S. 2360.

⁷⁸² Vgl. Withus (2009b), S. 450.

⁷⁸³ Vgl. Strickmann (2008), S. 284.

⁷⁸⁴ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷⁸⁵ Zu den Risiken können z.B. Personalrisiken aufgrund von fehlender Qualifizierung der Mitarbeiter ebenso wie Risiken im IT-Bereich hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses gezählt werden (vgl. Withus (2009b), S. 447 f.).

Für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften kann die Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des Risikomanagementsystems durch eine Neuerung im Rahmen des BilMoG umfangreich ausfallen. Gemäß § 264 Abs. 1 Satz 2 HGB haben solche Kapitalgesellschaften ihren Jahresabschluss um eine Kapitalflussrechnung und einen Eigenkapitalspiegel zu erweitern. Hinsichtlich der Steuerung und Überwachung der sich aus den zusätzlichen Bestandteilen ergebenden rechnungslegungsbezogenen Risiken müsste ebenfalls eine Beschreibung vorgenommen werden, falls bezüglich dieser Bestandteile besondere Ausprägungen des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems bestehen.⁷⁸⁶ Zu beschreiben wären z.B. implementierte IT-gestützte Systeme, welche Risiken hinsichtlich der Verlässlichkeit der Kapitalflussrechnung sowie des Eigenkapitalspiegels identifizieren. Ebenso wäre über Richtlinien, mit denen Risiken aus der Bilanzierung im Zusammenhang mit der Kapitalflussrechnung oder dem Eigenkapitalspiegel überwacht werden, zu berichten.⁷⁸⁷

Die Unternehmen sollen sich bei der Beschreibung wesentlicher Merkmale des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems auf das Risikomanagementsystem an sich beschränken. Durch die Verpflichtung nach § 289 Abs. 5 HGB soll lediglich eine Darstellung der Organisation mit ihren bedeutendsten Merkmalen erfolgen. Die Risiken an sich müssen nicht beschrieben werden, sie finden Berücksichtigung in Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen, Anhangangaben und in besonderen Abschnitten im Lagebericht zu etwaigen Sonderrisiken. Ebenfalls nicht erforderlich ist eine Einschätzung des Vorstands über die Funktionsfähigkeit des Risikomanagementsystems. Um die Berichtspflicht zu erfüllen, genügt die Systembeschreibung ohne eine eigenständige Würdigung. Der Gesetzgeber nimmt allerdings an, dass sich die Geschäftsführungsorgane bereits bei der Beschreibung des Risikomanagementsystems mit der Effektivität des Systems befassen. Würden hierbei Schwachstellen erkannt, käme es zu einer Überarbeitung und Verbesserung der Systeme⁷⁸⁸, zumal die Möglichkeit einer

⁷⁸⁶ Gemäß § 264 Abs. 1 Satz 2 HGB können die kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften ihren Abschluss zusätzlich um eine Segmentberichterstattung erweitern. Der Umfang der Beschreibung des Risikomanagementsystems wäre dann gegebenenfalls zu ergänzen.

⁷⁸⁷ Vgl. Withus (2009b), S. 447.

⁷⁸⁸ Ein mit der Beschreibung verbundener Überarbeitungs- und Verbesserungseffekt der Risikomanagementsysteme wäre auch deshalb notwendig, weil empirische Untersuchungen gezeigt haben, dass die praktische Umsetzung des Risikomanagements aus den Vorgaben des KonTraG und des BilReG vielfältige Mängel aufweist. Besonders deutlich wird dies bei einem Blick auf verschiedene Referenzmaßstäbe wie z.B. die Empfehlungen des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees (DRSC) und des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW). Beide Institutionen bemängeln die Darstellung und Ana-

Sorgfaltspflichtverletzung durch die Geschäftsführungsorgane gegeben ist, wenn das Risikomanagementsystem lediglich unzureichend ausgestaltet ist.⁷⁸⁹

4.2.5.1.2.4.2 Wesentliche Merkmale

Für eine Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des Risikomanagementsystems, die den Anforderungen der Beschreibung nach § 289 Abs. 5 HGB genügt, müssen die betroffenen Unternehmen nicht ihr gesamtes Risikomanagementsystem, sondern lediglich die wesentlichen Merkmale ihres rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems darlegen. Die betroffenen Unternehmen sind folglich verpflichtet, über die wesentlichen Prozesse hinsichtlich der Identifikation, Bewertung, Steuerung und Kontrolle von Risiken sowie der Berichterstattung über Risiken, die sich aus dem Rechnungslegungsprozess ergeben, zu berichten. Der genaue Umfang der Informationen wird dabei weder in dem Gesetz selbst noch in der Gesetzesbegründung vorgegeben.⁷⁹⁰

Trotz der relevanten individuellen Umstände für die Ausgestaltung des Risikomanagementsystems hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses können aus der Grundstruktur eines Risikomanagementsystems die Prozesse identifiziert werden, über die bei der Darstellung der wesentlichen Merkmale des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess berichtet werden muss. Beschreibungspflichtig sind somit die Maßnahmen zur Risikoidentifikation rechnungslegungsbezogener Risiken⁷⁹¹ sowie die sich daran anschließende Risikobewertung. Aus der Darstellung der Risikobewertung muss sich dem Leser erschließen, nach welchen Maßstäben das Unternehmen die rechnungslegungsbezogenen Risiken bewertet, ab welcher Grenze ein Handlungsbedarf ausgelöst wird und inwiefern bei bestandsgefährdenden Risiken aus der

lyse von Beziehungen einzelner Risiken untereinander, die durch ihr Zusammenwirken eine Bestandsgefährdung bewirken können. Abhängigkeiten zwischen Risiken müssen daher näher betrachtet und in den Risikomanagementprozess einbezogen werden. Dieser Forderung wird die Praxis bislang aber allenfalls unzureichend gerecht (vgl. Schröder (2008), S. 1981).

⁷⁸⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168 f.; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷⁹⁰ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁷⁹¹ Risiken aus der bilanziellen Erfassung, Aufbereitung und Bewertung von unternehmerischen Sachverhalten sowie deren darauf folgender Abbildung in den Instrumenten der Rechnungslegung (vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53).

Rechnungslegung kurzfristige Maßnahmen angestoßen werden, um diese Risiken zu beherrschen.⁷⁹²

Des Weiteren ist die Steuerung von Risiken aus dem Rechnungslegungsprozess, mit der die Eintrittswahrscheinlichkeit und/oder der maximale Schaden verringert bzw. minimiert werden soll, darzulegen. Für erkannte Risiken aus dem Rechnungslegungsprozess muss eine Erläuterung erfolgen, inwieweit Maßnahmen der Risikovermeidung, Risikoverminderung, Risikoüberwälzung oder Risikokompensation angewendet werden.⁷⁹³ Von besonderer Bedeutung ist dabei die Beschreibung der Risikokompensation, die u.a. auch die Bildung von Bewertungseinheiten umfasst.⁷⁹⁴ Die Relevanz der Darstellung dieser Risikokompensation wird bereits in der Gesetzesbegründung deutlich. In der Gesetzesbegründung zu § 289 Abs. 5 HGB wird ein Hinweis gegeben, welche Informationen unbedingt Teil der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems sein sollten.⁷⁹⁵

Erläuterungen zum rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystem sind primär dann erforderlich, wenn Unternehmen eine Risikoabsicherung bzw. -kompensation betreiben, welche eine handelsbilanzielle Abbildung findet. Der Gesetzgeber erwartet daher, dass sich die Beschreibung in erster Linie auf das Risikomanagementsystem bezieht, mit dem eine Überwachung und Steuerung von Bewertungseinheiten erfolgt. Von Bedeutung sind also überwiegend finanzwirtschaftliche Risiken wie Zins-, Währungs- und Ausfallrisiken, zu deren Bewältigung oftmals derivative Finanzinstrumente wie z.B. Caps, Floors, Termingeschäfte sowie Devisenoptionen eingesetzt werden, die wiederum zusammen mit der abzusichernden Bilanzposition eine Bewertungseinheit bilden.⁷⁹⁶ Im Mittelpunkt steht hier die Risikokompensation, bei der Unternehmen Risiken zwar selbst übernehmen, jedoch ein zu dem jeweiligen Risiko gegenläufiges Geschäft abschließen. Die Bildung von Bewertungseinheiten wird ebenfalls im Rahmen des Bil-

⁷⁹² Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8 ff.

⁷⁹³ Zur Erläuterung der unterschiedlichen Maßnahmen siehe Abschn. 4.2.5.1.2.3.

⁷⁹⁴ Vgl. Withus (2010), S. 72.

⁷⁹⁵ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169.

⁷⁹⁶ Vgl. Scharpf (2000), S. 268 ff.; Martin/Bär (2002), S. 78.

MoG durch § 254 HGB⁷⁹⁷ festgelegt. Bewertungseinheiten müssen künftig grundsätzlich in der Rechnungslegung abgebildet werden.

In der Gesetzesbegründung erfolgt der Hinweis, dass sich die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems primär auf die Überwachung und Steuerung von Bewertungseinheiten beschränken wird.⁷⁹⁸ Dass hiermit den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre Beschreibung auf die Steuerung und Überwachung der Bewertungseinheiten zu reduzieren, kann sicherlich nicht geschlussfolgert werden. Der Hinweis ist lediglich als ein Ansatzpunkt dafür zu verstehen, worüber die Unternehmen „in erster Linie“ – also bei Vorliegen derartiger Risikomanagementstrukturen grundsätzlich immer – berichten müssen. Eine ausschließliche Beschränkung auf die Beschreibung des Risikomanagementsystems im Zusammenhang mit Bewertungseinheiten wird daher in den seltensten Fällen auftreten und stellt einen in der Praxis kaum vorstellbaren Fall dar.

Der Gesetzgeber bezweckt keine ausschließliche Beschreibung des Risikomanagementsystems zur Steuerung und Überwachung der Bewertungseinheiten. Dies wird im Gesetzestext selbst deutlich. Würde es ausreichen, hier grundsätzlich nur das Risikomanagement im Zusammenhang mit Bewertungseinheiten zu beschreiben, wäre auch der Gesetzestext entsprechend ausgefallen. Dieser spricht aber von den wesentlichen Merkmalen. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung ist folglich so zu verstehen, dass das Risikomanagement der Bewertungseinheiten einen wichtigen Punkt darstellt und unbedingt bei der Beschreibung berücksichtigen werden muss.

Zu berichten ist bei der Beschreibung ebenfalls über den Prozess der Risikoberichterstattung im Zusammenhang mit den Risiken der Rechnungslegung, wobei auch der Informationsfluss bei wesentlichen rechnungslegungsbezogenen Risiken innerhalb des Unternehmens beschrieben werden muss. Eine besondere Bedeutung besitzt hierbei die Information, in welcher Form und wie zeitnah der Vorstand über die Risiken informiert wird. Als letzten Punkt müssen die Unternehmen bei der Beschreibung ebenfalls auf die rechnungslegungsbezogene Risikoüberwachung eingehen und darlegen, inwieweit Soll-

⁷⁹⁷ § 254 HGB regelt die Bildung von Bewertungseinheiten zur Absicherung von Zins-, Währungs- und Ausfallrisiken oder gleichartiger Risiken.

⁷⁹⁸ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169.

Ist-Vergleiche zwischen der Risikostrategie und der tatsächlichen Risikolage in Bezug auf den Rechnungslegungsprozess vorgenommen werden.⁷⁹⁹

Die Regelung in § 289 Abs. 5 HGB ist eine Erweiterung der bereits vorhandenen Risikoberichterstattungspflicht für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften im Lagebericht. Nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB mussten Kapitalgesellschaften bereits vor dem BilMoG im Lagebericht über Risikomanagementziele und -methoden im Hinblick auf die Verwendung von Finanzinstrumenten Bericht erstatten.⁸⁰⁰ Als Methoden zur Absicherung hinsichtlich der Verwendung von Finanzinstrumenten sind vor allem Hedge-Geschäfte in ihren unterschiedlichen Formen anzusehen. Das beim Abschluss von derartigen Sicherungsgeschäften verwendete Vorgehen sowie auch Art und Kategorien der genutzten Sicherungsgeschäfte sind im Lagebericht darzustellen. Berichtet werden muss über alle wichtigen Arten geplanter Transaktionen, soweit die Transaktionen im Rahmen der Bilanzierung von Sicherungsgeschäften gebucht und somit bilanziell abgebildet werden. Eingeschlossen sind ebenfalls die Risiken aus Preisänderungen, Ausfällen und Liquiditätsschwankungen.⁸⁰¹

Die Tatsache, dass bereits vor Einführung des § 289 Abs. 5 HGB Informationen hinsichtlich der Risikomanagementmethoden im Zusammenhang mit Sicherungsgeschäften gefordert waren, spricht wiederum dafür, dass sich die gemäß § 289 Abs. 5 HGB geforderten Informationen nicht nur auf das Risikomanagement der in der Rechnungslegung abzubildenden Bewertungseinheiten beschränken kann. Wäre nur dieser Teil des Risikomanagementsystems bei der Beschreibung erforderlich, hätte eine Modifizierung der bestehenden Regelung ausgereicht. Nach § 289 Abs. 5 HGB wird somit eine Beschreibung der bereits dargestellten Strukturen und Prozesse des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems gefordert, die über die Verwendung von Finanzinstrumenten und der damit einhergehenden Bildung von Bewertungseinheiten hinausgeht. Hinzu kommt die Beschreibung von Regelungen zur Identifizierung und Bewertung von Risiken, welche dem Ziel der Regelungskonformität des Jahresabschlusses entgegenstehen.

⁷⁹⁹ Vgl. Gerpott/Hoffmann (2008), S. 8; Martin/Bär (2002), S. 105.

⁸⁰⁰ Die Berichterstattung über Risiken, welche die Finanzinstrumente betreffen, wurde entsprechend der Fair-Value-Richtlinie 2001/65/EG in den Lagebericht aufgenommen (vgl. Morck (2007), § 289 HGB, Rn. 5). Durch die Fair-Value-Richtlinie wurden Art. 46 Abs. 2 der 4. EU-Richtlinie sowie Art. 36 Abs. 2 der 7. EU-Richtlinie geändert (vgl. Baetge/Kirsch/Thiele (2004), S. 622).

⁸⁰¹ Vgl. Morck (2007), § 289 HGB, Rn. 5; Baetge/Kirsch/Thiele (2004), S. 622.

Ebenso erläutert werden müssen Regelungen zur Begrenzung identifizierter Risiken sowie Regelungen, mit denen der Einfluss identifizierter Risiken auf den Jahresabschluss überprüft wird, und die entsprechende Abbildung dieser Risiken.⁸⁰²

In der Gesetzesbegründung wird gefordert, dass sich die Rechnungslegungsadressaten auf Basis der Systembeschreibung ein Bild von dem bestehenden Risikomanagementsystem im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess machen können. Diese Forderung wird den Umfang der Beschreibung wesentlich beeinflussen. Als Abschlussadressaten gelten nicht nur die mit Risikomanagementsystemen mehr oder weniger vertrauten Aufsichtsratsmitglieder oder Wirtschaftsprüfer, sondern in erster Linie die Aktionäre des Unternehmens. Da bei den Aktionären nur sehr geringe bzw. keine Vorkenntnisse auf diesem Gebiet vorausgesetzt werden können, muss die Beschreibung allein aus diesem Grund einen gewissen Umfang besitzen und möglichst vollständig sein.

Um eine im Zusammenhang stehende Darstellung der Sachverhalte und eine bessere Lesbarkeit zu gewährleisten sowie eine teilweise doppelte Berichterstattung zu vermeiden, können die Angaben zum rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystem mit den Angaben gemäß § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB zu einem einheitlichen „Risikobericht“ zusammengefasst werden, ohne dass diese Möglichkeit explizit im Gesetz geregelt wird.⁸⁰³ Die einheitliche Berichterstattung ist für die Adressaten der Informationen vorteilhaft, da die bestehenden Risiken und die Risikomanagementziele und -methoden in Bezug auf die Verwendung von Finanzinstrumenten sowie die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems zusammenhängend dargestellt werden.⁸⁰⁴ Folge sollte eine bessere Verständlichkeit und Einschätzung der gesamten Risikolage und der bestehenden Vorkehrungen des Unternehmens sein. Die Adressaten sollen in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob das Unternehmen hinsichtlich der dargestellten Risiken ausreichende Maßnahmen getroffen hat, um die Risiken im Sinne des Unternehmens zu kontrollieren.

Aufgrund der Nähe des Risikoberichts zur Rechnungslegung erscheint seine Angabe im Lagebericht angebracht. Eine Alternative wäre die Veröffentlichung des Risikoberichts

⁸⁰² Vgl. Withus (2010), S. 72; Wenk/Jagosch (2009), S. 541.

⁸⁰³ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169.

⁸⁰⁴ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 541.

im Rahmen der Erklärung zur Unternehmensführung. Der Risikobericht stellt allerdings thematisch einen in sich geschlossenen Bericht dar. Diesen Bericht in die Erklärung zur Unternehmensführung einzugliedern, erscheint daher nicht zielführend. Zumal die Erklärung zur Unternehmensführung durch die vorgeschriebenen Informationssektionen bereits einen erheblichen Umfang besitzt, würde eine zusätzliche Aufnahme des Risikoberichts, der ebenfalls einen großen Umfang besitzen kann, eine unnötige Aufblähung der Erklärung darstellen und ist daher nicht angebracht.

4.2.5.2 Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems in einem Konzern gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB

Durch § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB werden ebenfalls Konzerne zur Beschreibung der wesentlichen Merkmale ihres internen Kontroll- und ihres Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess verpflichtet. Voraussetzung für die Berichtspflicht ist, dass eines der in den Konzernabschluss einbezogenen Tochterunternehmen oder das Mutterunternehmen selbst kapitalmarktorientiert im Sinn des § 264d HGB ist.

Hinsichtlich der durch die Konzerne vorzunehmenden Beschreibung der Systeme wird in der Gesetzesbegründung kaum ein Anhaltspunkt gegeben. Der einzige inhaltliche Hinweis ist, dass nicht mehr über „das interne Kontroll- und das interne Risikomanagementsystem im Hinblick auf den (Jahresabschluss-)Rechnungslegungsprozess (...), sondern das interne Kontroll- und das interne Risikomanagementsystem des Konzernrechnungslegungsprozesses“⁸⁰⁵ berichtet werden muss.

Neben der Konsolidierung von Einzelabschlüssen hat die Rechnungslegung in einem Konzern gemäß § 297 Abs. 1 Satz 1 HGB zusätzlich die Aufgabe, einen Eigenkapitalpiegel und eine Kapitalflussrechnung zu erstellen.⁸⁰⁶ Ist der Konzern kapitalmarktorientiert muss der Abschluss gemäß § 315a HGB nach Maßgabe der IFRS aufgestellt werden. Die IFRS fordern für kapitalmarktorientierte Konzerne zusätzlich noch eine Segmentberichterstattung. Da § 289 Abs. 5 HGB nur kapitalmarktorientierte Kapitalgesell-

⁸⁰⁵ Bundesministerium der Justiz (2008), S. 190.

⁸⁰⁶ Gemäß § 297 Abs. 1 Satz 2 HGB kann der Konzernabschluss um eine Segmentberichterstattung erweitert werden.

schaften zur Beschreibung der Systeme hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses verpflichtet und diese gemäß § 264 Abs. 1 Satz 2 HGB ebenfalls eine Kapitalflussrechnung und einen Eigenkapitalpiegel in den Jahresabschluss einbringen müssen, besteht der Unterschied zwischen den relevanten Einzelunternehmen und den betroffenen Konzernen also lediglich in der Segmentberichterstattung, welche die Konzerne vornehmen müssen. Zusätzlich zu den Bestandteilen sind ebenfalls die Rechnungslegungsprozesse bei der Konzernrechnungslegung vielfältiger als bei einem Einzelabschluss. Ein elementarer Vorgang bzw. Prozess in der Konzernrechnungslegung ist die Konsolidierung der Unternehmen, so dass den bestehenden Systemmerkmalen hinsichtlich der Konsolidierung eine besondere Bedeutung im Rahmen der Systembeschreibung zukommt.

Den rechnungslegungsbezogenen Teil des *internen Kontrollsystems* bilden generell die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen, welche auf die Sicherung der Ordnungsmäßigkeit und Verlässlichkeit der Rechnungslegung – also Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht – gerichtet sind.⁸⁰⁷ Derartige Grundsätze, Verfahren, und Maßnahmen, mit denen die Richtigkeit der Abschlussbestandteile gewährleistet wird, sind auch für den Konzernabschluss notwendig. Erweitert wird die Beschreibung des internen rechnungslegungsbezogenen Kontrollsystems in einem kapitalmarktorientierten Konzern im Vergleich zu einem Einzelunternehmen zusätzlich um Grundsätze und Verfahren, mit denen die Ordnungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Konzernrechnungslegung gewährleistet werden.⁸⁰⁸

Die wesentlichen Strukturen und Prozesse innerhalb des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontrollsystems, mit denen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Konzernrechnungslegung und insbesondere der Konsolidierung gesichert und überwacht werden, sind Bestandteil der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontrollsystems. Sind Strukturen und Prozesse von in den Konzernabschluss einbezogenen Töchtern oder Teilkonzernen für das Verständnis des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems des Konzerns wesentlich, müssen auch diese beschrieben werden. Des Weiteren ist es notwendig, auf die im Konzern vorhandenen Vorgaben zum rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystem – z.B. Funktionstrennungen, Genehmigungs- und Freigabeverfahren und Plausibilitätsprüfun-

⁸⁰⁷ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169; Wenk/Jagosch (2009), S. 540.

⁸⁰⁸ Vgl. Withus (2010), S. 72.

gen – einzugehen und auf wesentliche Abweichungen oder Besonderheiten bei Tochterunternehmen im Vergleich zu den zentralen Vorgaben hinzuweisen.⁸⁰⁹ Derartige Abweichungen können z.B. durch spezielle Geschäftstätigkeiten oder besondere regulatorische Anforderungen bei den Tochterunternehmen gegeben sein.⁸¹⁰

Die Beschreibung des internen Kontrollsystems bezogen auf die Konzernrechnungslegung beinhaltet:⁸¹¹

- Konzernrichtlinien⁸¹² zur Abgleichung konzerninterner Liefer- und Leistungsbeziehungen, z.B. für Eliminierungszwecke
- Aufgabenzuordnung hinsichtlich der Erstellung des Konzernabschlusses, beispielsweise Kapitalkonsolidierung, Abgleichung konzerninterner Salden, Einhaltung von Berichtsfristen
- Tätigkeiten von Externen im Rahmen der Konzernabschlusserstellung
- Zugriffsbestimmungen im Konsolidierungs-EDV-System (Lese-, Schreibberechtigungen auf der Ebene einbezogener Unternehmen oder des Konzerns oder von Teilkonzernen/Segmenten)
- Aufgaben der internen Revision im Zusammenhang mit der Konzernrechnungslegung
- Kontrollprozesse hinsichtlich der Konzernrechnungslegung (High-Level-Kontrollen, Vier-Augen-Prinzip).⁸¹³

Bezüglich des rechnungslegungsbezogenen *Risikomanagements* in einem Konzern sind aufgrund der vielfältigen Rechnungslegungsprozesse in der Konzernrechnungslegung Risiken, die hinsichtlich der Rechnungslegung von Einzelabschlüssen bestehen, grundsätzlich auch eine Teilmenge der Risiken, die hinsichtlich der Konzernrechnungslegung existieren. Z.B. spielt das für den Einzelabschluss als herausragend identifizierte Risikomanagementsystem zur Steuerung und Überwachung von in der Rechnungslegung abzubildenden Bewertungseinheiten ebenfalls in der Konzernrechnungslegung eine

⁸⁰⁹ Vgl. Withus (2010), S. 72.

⁸¹⁰ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 541.

⁸¹¹ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 540 f.

⁸¹² Siehe hierzu Veit (2002).

⁸¹³ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 540 f.

große Rolle. Darüber hinaus ergeben sich bei der Konzernrechnungslegung Risiken aus dem Konsolidierungsvorgang.⁸¹⁴ Die Prozesse und Strukturen, mit denen die Risiken in der Konzernrechnungslegung identifiziert, gesteuert und überwacht werden, um die Einhaltung der für den Konzernabschluss geltenden Vorschriften zu gewährleisten, sind elementarer Bestandteil des rechnungslegungsbezogenen Konzernrisikomanagementsystems.⁸¹⁵ Risiken in der Konzernrechnungslegung stellen Bilanzierungs-, Bewertungs- und Ausweisrisiken dar. Die Strukturen und Prozesse des Risikomanagements in Verbindung mit derartigen Risiken wären bei der Beschreibung des internen rechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystems unbedingt zu berücksichtigen.⁸¹⁶

Ebenfalls wichtig ist die Beschreibung der Maßnahmen, welche die Risiken, die sich aus der Betätigung eines Tochterunternehmens hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses ergeben und auf das Mutterunternehmen auswirken können, steuern und überwachen.⁸¹⁷ Je tiefer die Staffelung einer Unternehmensgruppe dabei ist, desto differenzierter muss notwendigerweise das Risikomanagementsystem sein.⁸¹⁸ Unabdingbar sind bei einem tief gestaffelten Konzern detaillierte und richtige Informationen aus dem Rechnungswesen der Tochterunternehmen.⁸¹⁹ Existieren Abweichungen oder Besonderheiten im Risikomanagement eines Tochterunternehmens, die von den Vorgaben des Konzerns hinsichtlich des rechnungslegungsbezogenen Risikomanagements abweichen, müssen diese Abweichungen oder Besonderheiten erläutert werden.

Die Informationen zu Risiken aus dem Rechnungslegungsprozess werden in einem Konzern generell auf der jeweils höheren Ebene verdichtet. Hierfür nutzen die Konzerne Risikoschwellenwerte, durch die Risiken, welche für ein Konzernunternehmen als bedeutsam erscheinen, aber im Gesamtbild des Konzerns oder der Gruppe vernachlässigbar sind, auf der jeweils relevanten Ebene belassen und behandelt werden. Für die Identifikation der Risiken verantwortlich ist grundsätzlich die jeweils betroffene opera-

⁸¹⁴ In erster Linie sind dies die sich aus den einzelnen Konsolidierungsschritten (Kapital-, Schulden-, Aufwands- und Ertragskonsolidierung sowie Zwischenergebniseliminierung) ergebenden Risiken (vgl. Baetge/Kirsch/Thiele (2004), S. 127 ff.).

⁸¹⁵ Vgl. Lange/Müller (2009b), S. 282 f.

⁸¹⁶ Vgl. Withus (2010), S. 72.

⁸¹⁷ Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006), S. 1603.

⁸¹⁸ Denkbar sind hier z.B. mehrere Ebenen, die sich mit der Risikoüberwachung beschäftigen (vgl. Ringleb (2008c), S. 185).

⁸¹⁹ Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele (2004), S. 127.

tive Einheit. Analyse und Bewertung der Risiken müssen dann von der vorgeordneten Einheit vorgenommen werden. Die Obergesellschaft ist zuständig für die Risikoüberwachung, da nur sie die Wirksamkeit der Risikosteuerungsmaßnahmen im Gesamtunternehmen erfassen und beurteilen kann.⁸²⁰ Über derartige Strukturen, die speziell in Konzernen implementiert sind, muss bei der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des Konzernrisikomanagementsystems ebenfalls berichtet werden.

Die Neuregelung in § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB stellt eine Ausweitung der bereits vorhandene Risikoberichterstattungspflicht im Konzernlagebericht dar. Konzerne müssen bereits gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB im Lagebericht über Risikomanagementziele und -methoden im Hinblick auf die Verwendung von Finanzinstrumenten Bericht erstatten. Zur Vermeidung einer doppelten Berichterstattung können die Angaben zum konzernrechnungslegungsbezogenen Risikomanagementsystem wiederum mit den Angaben gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – zu einem einheitlichen „Risikobericht“ zusammengefasst werden.⁸²¹

4.2.6 Zwischenfazit

Für eine Beurteilung der Beschreibungspflicht des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems soll im Folgenden überprüft werden, ob die Informationen relevant sind bezüglich einer Stabilisierung der Erwartungen der Informationsadressaten und inwieweit ein besserer Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation gewährleistet wird. Darauf folgen eine Kritik sowie Verbesserungsvorschläge hinsichtlich der Kodifizierung der Beschreibungspflicht.

Grundsätzlich positiv ist, dass Externe einen Einblick in die bestehenden Kontrollen und die von dem Unternehmen betriebene Risikoabsicherung hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses erhalten.⁸²² Aus der Beschreibung der Systeme und dem damit verbundenen Bild der Ausgestaltung können Einschätzungen vorgenommen werden, inwieweit das Unternehmen gefährdet ist, in der Zukunft die Erwartungen der Informationsadressaten nicht erfüllen zu können bzw. sich negativ zu entwickeln. Insbesondere

⁸²⁰ Vgl. Ringleb (2008c), S. 185.

⁸²¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 190.

⁸²² Vgl. Lange/Müller (2009a), S. 235 f.

relevant ist hinsichtlich der Systembeschreibung die Einschätzung, ob bestandsgefährdende Risiken rechtzeitig erkannt und auf diese reagiert werden kann bzw. diese gesteuert werden können.

Ein besserer Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation wird durch die Beschreibungspflicht nur indirekt gewährleistet. Auf die Vorstandsarbeit können durch die Beschreibung der Systeme gewisse Schlüsse gezogen werden. Existieren in einem Unternehmen gut funktionierende sowie umfassende Kontroll- und Risikomanagementsysteme, ist das ein Resultat guter Vorstandsarbeit. Der Vorstand verantwortet die Implementierung und den Ausbau derartiger Systeme. Hinsichtlich der Kontrolle durch den Aufsichtsrat können aus der Systembeschreibung keine Schlüsse gezogen werden.

Was in der Gesetzesbegründung hinsichtlich der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems nicht gefordert wird, sind Einschätzungen des Vorstands über die Funktionsfähigkeit bzw. Effektivität der Systeme. Dies steht im Kontrast zu der Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat, dem der Vorstand auch über die Effektivität Bericht erstatten muss. Gerechtfertigt wird der Verzicht auf obligatorische Ausführungen zur Effektivität des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems mit der Annahme, dass bereits durch die Beschreibung der Systeme im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess eine Auseinandersetzung bezüglich der Effektivität stattfinden würde.⁸²³ Eine tatsächliche Auseinandersetzung mit der Effektivität und eine damit einhergehende Verbesserung der Systeme würde sicherlich erreicht werden, wenn der Vorstand bzw. die gesetzlichen Vertreter verpflichtet wären, sich hinsichtlich der Effektivität zu äußern, da die Angaben als Teil des Lageberichts auch vom Wirtschaftsprüfer geprüft werden müssen. Die gesetzlichen Vertreter würden vermeiden wollen, dass ihre Angaben hinsichtlich der Effektivität vom Wirtschaftsprüfer als nicht zutreffend befunden werden.

Angaben über die Effektivität der Systeme sind elementar für die Erwartungsstabilisierung der Adressaten. Nur durch Informationen, ob die Systeme funktionsfähig sind,

⁸²³ In diesem Zusammenhang sei wiederum auf die mögliche Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Geschäftsführungsorgane gemäß § 93 AktG bzw. § 34 GenG verwiesen, falls diese kein funktionierendes internes Kontrollsystem vorhalten (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 169). Es wird zudem angenommen, dass die gesetzlichen Vertreter der Unternehmen bei der Beschreibung auch freiwillige Aussagen über die Funktionsfähigkeit bzw. Effektivität der Systeme treffen (vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53).

können die Adressaten relevante und entscheidungsnützliche Informationen erhalten. Allein die Beschreibung der Systeme ohne eine Aussage zur Effektivität hat für die Adressaten dagegen kaum eine Bedeutung und kann nur sehr bedingt als relevant und für die Stabilisierung von Erwartungen beurteilt werden. Angaben zur Effektivität der Systeme sollten deshalb obligatorisch sein.

Werden freiwillige Angaben über die Effektivität der Systeme gemacht, ist bislang unklar, ob der Prüfer die Richtigkeit der Angaben zu überprüfen hat.⁸²⁴ Da die Adressaten Gewissheit haben müssen, dass diese Informationen wahrheitsgemäß und zuverlässig sind sowie den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, sollte es verpflichtend sein, auch freiwillige Angaben zur Funktionsfähigkeit in die Prüfung einzubeziehen. Um die Voraussetzung der Zuverlässigkeit zu erfüllen, müssen die Informationen über die Systeme frei von materiellen Fehlern und unvoreingenommen sein. Die bestehende Unsicherheit hinsichtlich einer Prüfungsverpflichtung hätte durch eine gesetzlich vorgeschriebene Prüfung der Effektivitätsbeurteilung verhindert werden können.

Positiv hinsichtlich der Entwicklung der Corporate Governance ist in diesem Zusammenhang, dass die Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Rahmen der Lageberichtsprüfung zu prüfen ist.⁸²⁵ Hiermit werden die Unternehmen dazu angehalten, die Beschreibung ihrer Systeme an den tatsächlich vorherrschenden Zuständen auszurichten und somit ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild ihrer Systeme darzustellen.⁸²⁶

Aufgrund des deutschen Corporate Governance-Systems bestehen Zweifel, ob die Unternehmen über den Publizitätszwang der Beschreibung der Systeme aufgrund der „Sanktionsgefahr“ durch den Kapitalmarkt möglichst effektive Systeme besitzen wollen. Zu einer solchen „freiwilligen“ Aufrüstung der Systeme wird es wohl allein durch die Publizitätspflicht nur in wenigen Fällen kommen, am ehesten bei großen börsennotierten Unternehmen, die weltweit agieren. Als Beispiele können die Unternehmen im DAX angeführt werden. Allerdings besitzen die DAX-Unternehmen in der Regel bereits

⁸²⁴ Vgl. Withus (2009a), S. 860; Melcher/Mattheus (2008), S. 54.

⁸²⁵ Vgl. Wolf (2009), S. 920 ff.

⁸²⁶ Vgl. Wolf (2009), S. 922.

gut ausgebaute interne Kontroll- und Risikomanagementsysteme.⁸²⁷ Die Tatsache, dass ein unzureichendes Risikomanagementsystem die Möglichkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung durch die Geschäftsführungsorgane bergen kann, lässt allerdings vermuten, dass erkannte Schwachstellen eine Überarbeitung und Verbesserung der Systeme nach sich ziehen würden.⁸²⁸

Grundsätzlich fehlen konkrete Vorgaben für die Einrichtung von Systemen, wodurch es zu Mängeln in den Systemen kommen kann. Aufgedeckt werden können solche Mängel lediglich durch die bereits bestehende Prüfungspflicht von Risikofrüherkennungssystemen börsennotierter Aktiengesellschaften gemäß § 317 Abs. 4 HGB sowie durch den ebenfalls im Rahmen des BilMoG eingeführten § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG. Demnach hat der Abschlussprüfer bei den Verhandlungen des Aufsichtsrats oder des Prüfungsausschusses anwesend zu sein und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung, vor allem über die wesentlichen Schwächen des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess zu berichten.⁸²⁹ Zu einer verbesserten Information Externer kommt es dadurch allerdings nicht. Es fehlt eine gesetzliche Pflicht, die Prüfungsergebnisse an Unternehmensexterne zu publizieren.

Die per Gesetz vorgeschriebene Konzentration bezüglich der Berichterstattung auf wesentliche Merkmale hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses der Systeme ist akzeptabel, da die rechnungslegungsbezogenen Informationen der Systeme von großer Bedeutung sind, um verloren gegangenes Vertrauen in die Rechnungslegung zurück zu gewinnen. Der Vertrauensverlust der Anleger und Investoren resultierte überwiegend aus Bilanzmanipulationen und -skandalen. Folglich sind auch die bestehenden Überwachungs- und Sicherungsmaßnahmen der Unternehmen gegen derartige Vergehen in erster Linie relevant für die Adressaten, um zu einer ausreichenden Einschätzung über das Kontroll- und Risikomanagement zu kommen.⁸³⁰

⁸²⁷ Vgl. Withus (2009b), S. 443; Lange/Müller (2009b), S. 284 ff.

⁸²⁸ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 168 f.; Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁸²⁹ Vgl. Wolf (2009), S. 922.

⁸³⁰ Vgl. Glaum/Thomaschewski/Weber (2006), S. 210 ff.; Niemeier (2006), S. 183; Melcher/Mattheus (2008), S. 53. Anders dagegen LENTFER/WEBER: Sollen die Anleger eine Möglichkeit zur Einschätzung der unternehmensspezifischen Corporate Governance erhalten, müssen den Anlegern zwingend Informationen über die Funktionsweise des gesamten implementierten Systems zur Verfügung gestellt werden (vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2360).

Für eine über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende und detaillierte Systembeschreibung spricht, dass sich in erster Linie die börsennotierten Unternehmen mit einer umfassenden Beschreibung ihres „guten“ Risikomanagementsystems profilieren wollen. Das Risikomanagementsystem spielt in Zeiten der Finanzmarktkrise und der dieser vorangegangenen Bilanzskandale eine wichtige Rolle und stellt ein zentrales Element der Corporate Governance dar.⁸³¹ Auch im Interesse der geforderten Transparenz und Rechenschaftslegung gewinnt eine solche Dokumentation immer mehr an Bedeutung.⁸³² Es ist daher zu erwarten, dass die Unternehmen über die Regelungen des § 289 Abs. 5 HGB hinausgehen und ihr Risikomanagement umfassender beschreiben, als den Eindruck entstehen zu lassen, dass sie möglichst wenig von ihrem Risikomanagementsystem preisgeben wollen, weil es eventuell unzureichend ausgestaltet ist. Inwieweit die gemachten Angaben dann tatsächlich qualitativ und nicht nur quantitativ gut sind, bleibt abzuwarten.⁸³³

Aufgrund der relativ ungenauen und vagen Formulierung der Regelung im Gesetz wird es sicherlich zu sowohl in der Qualität als auch in der Quantität sehr unterschiedlichen Beschreibungen der Systeme kommen.⁸³⁴ Da die Beschreibung der Systeme geprüft werden muss, ist aber davon auszugehen, dass sich gewisse Mindestanforderungen herauskristallisieren werden und sich die Systembeschreibungen in ihrer Grundstruktur angleichen werden. Bestimmte Unterschiede werden wegen der individuellen Gegebenheiten der betroffenen Unternehmen aber bestehen bleiben. Aus diesem Grund wäre es wünschenswert, wenn die gesetzlichen Vorgaben für die Systembeschreibung weiter konkretisiert würden.

4.3 Informationen zur Hauptversammlung und zu Aktionärsrechten

Der durch die Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG in die Richtlinie über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (78/660/EWG) eingefügte Art. 46a Abs. 1 Buchst. e) fordert, dass die Erklärung zur Unternehmensführung Angaben

⁸³¹ Vgl. Neubeck (2003), S. 3.

⁸³² Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 375.

⁸³³ In bisherigen Untersuchungen ist deutlich geworden, dass die Unternehmen hinsichtlich der Informationspolitik über Risiken und deren Umgang eher restriktiv vorgegangen sind (vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 374 f.).

⁸³⁴ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 541 f.

zur Art und Weise der Durchführung der Hauptversammlung und zu deren wesentlichen Befugnissen sowie eine Beschreibung der Aktionärsrechte und der Möglichkeiten ihrer Ausübung beinhaltet. Wichtig und für die deutsche Gesetzgebung ausschlaggebend ist der Zusatz in Buchst. e), welcher besagt, dass auf derartige Angaben in der Erklärung zur Unternehmensführung verzichtet werden kann, falls sie bereits vollständig im nationalen Recht enthalten sind.⁸³⁵ Dieser Zusatz befreit den deutschen Gesetzgeber von der Implementierung der Angabeverpflichtung gemäß Art. 46a Abs. 1 Buchst. e), da in Deutschland die Informationen zur Durchführung und zu den Rechten der Hauptversammlung sowie zu den Aktionärsrechten und deren Ausübungsmöglichkeiten in den §§ 118-149 AktG geregelt sind. Eine Umsetzung des fünften Elements in deutsches Recht im Rahmen des BilMoG war folglich nicht mehr notwendig.⁸³⁶ Die Angabeverpflichtung stellt eine indirekte Informationssektion im deutschen Recht dar. Auf diese indirekte Informationssektion soll der Vollständigkeit halber, jedoch lediglich überblicksartig eingegangen werden.

Obwohl die Informationen zur Hauptversammlung und zu den Aktionärsrechten eine indirekte Informationssektion sind, erscheint es angebracht, auf diese Informationen näher einzugehen. Grund hierfür ist, dass trotz der bestehenden gesetzlichen Regelungen eine Publizität von Regelungen zur Hauptversammlung, welche in der Satzung vorhanden sind und von den aktienrechtlichen Regelungen abweichen, durch die Unternehmen angebracht wäre.⁸³⁷ Bezüglich der Publizität von für die Hauptversammlung relevanten Regelungen, die in der Satzung festgeschrieben sind, gibt es im deutschen Recht bislang keine expliziten Vorschriften. Interessenten wären somit auf das Wohlwollen der Investor-Relations-Abteilung oder des Vorstands eines Unternehmens angewiesen oder müssten den gebührenpflichtigen Weg über das elektronische⁸³⁸ oder am

⁸³⁵ Vgl. Lentfer/Weber (2006), S. 2361.

⁸³⁶ Vgl. Maul/Lanfermann/Eggenhofer (2003), S. 1290.

⁸³⁷ Auch im DCGK werden die Informationen zur Hauptversammlung und zu den Aktionärsrechten gesondert aufgegriffen. Auffällig ist, dass die Hinweise zu den Aktionärsrechten überwiegend geltendes Recht wiedergeben. Im Gegensatz dazu werden hinsichtlich der Hauptversammlung allein zur Durchführung fünf Empfehlungen und drei Anregungen formuliert. Dieser Umstand resultiert aus der bislang recht geringen Anzahl und den nicht immer eindeutigen Regelungen im AktG bezüglich der Vorschriften zur Hauptversammlung (vgl. Kremer (2008c), S. 75 ff.).

⁸³⁸ Die Inanspruchnahme des elektronischen Handelsregisters führt in der Regel nur zu einer (auszugsweisen) Abschrift der Handelsregistereintragung, dem sog. Handelsregisterauszug, nicht aber zu den zum Handelsregister eingereichten Unterlagen, zu denen die Satzung zählt (vgl. Reiner (2006), S. 94).

Gesellschaftssitz ansässige Handelsregister gehen, um derartige Informationen zu erhalten.⁸³⁹ Gleiches gilt für Regelungen der Satzung, die Aktionärsrechte betreffen.

Die in der Vergangenheit vernachlässigte Publizität der Satzung wurde mit Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) am 1. Januar 2007 verbessert.⁸⁴⁰ Der Zugriff auf chronologisch geordnete Bekanntmachungen ist seither kostenfrei. Für den Abruf von Dokumenten, welche gemäß § 8b Abs. 2 Nr. 1 EHUG auf der Internetseite des Unternehmensregisters zugänglich sein müssen, wie z.B. der Satzung, entstehen zwar Kosten, allerdings sind die Kosten mit einem Preis von 1,50 Euro pro abgerufener Datei (z.B. Satzung) vernachlässigbar. Verantwortlich für die Einreichung der Satzung beim elektronischen Handelsregister sind Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam. Satzungsänderungen bei einem bestehenden Unternehmen können laut § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG nur von der Hauptversammlung beschlossen werden. Dem Vorstand obliegt es dann gemäß § 181 Abs. 1 Nr. 1 AktG, diese Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.⁸⁴¹

Insgesamt muss die aktuelle Regelung der Satzungspublizität kritisiert werden. Im Gegensatz zu weniger relevanten Informationen zur Corporate Governance ist die gegenwärtige Praxis der Satzungspublizität noch nicht zufrieden stellend. Ein möglicher Verbesserungsansatz könnte in der Verpflichtung von Aktienemittenten zur Aufnahme der Satzung bzw. des Gesellschaftervertrags in den Wertpapierprospekt bestehen.⁸⁴²

Trotz der bereits seit geraumer Zeit im AktG verankerten Vorgaben zur Durchführung der Hauptversammlung muss hinterfragt werden, ob die Hauptversammlung ihre Zielsetzung als Aktionärsversammlung noch erreicht. Aufgrund der Internationalisierung und hohen Anzahl an institutionellen Aktionären – z.B. Investmentfonds, Versicherun-

⁸³⁹ Vgl. Reiner (2006), S. 94.

⁸⁴⁰ Vgl. Henselmann/Kaya (2009), S. 185 f. Börsennotierte Unternehmen müssen bereits seit dem 1. Juli 2005 den Satzungsinhalt bei prospektpflichtigen Aktien für ein Jahr ab Wirksamwerden des Prospekts elektronisch oder in Papierform zur „Einsichtnahme“ bereithalten. Diese Publizitätspflicht gilt aber nur während der Gültigkeitsdauer des Emissionsprospekts und somit nur in zeitlichem Zusammenhang mit einer Neuemission bzw. der Börsenzulassung (vgl. Reiner (2006), S. 104).

⁸⁴¹ Die Änderung ist gemäß § 181 Abs. 3 AktG erst wirksam, wenn sie in das Handelsregister des Sitzes des Unternehmens eingetragen worden ist.

⁸⁴² Vgl. Reiner (2006), S. 104.

gen oder Investmentbanken – wird auf den Hauptversammlungen oftmals eine Hauptversammlungspräsenz von gerade einmal 30 bis 40% erreicht.⁸⁴³ Vor allem institutionelle Anleger bleiben den Hauptversammlungen häufig fern, da sie überwiegend keinen Einfluss auf die Unternehmen ausüben wollen. Durch diesen Umstand kann gerade bei Publikumsgesellschaften die Gefahr von Zufallsmehrheiten entstehen. Im Sinn guter Corporate Governance gilt es hier für den Gesetzgeber, den Teil der Aktionäre, welche die Hauptversammlungen bislang meiden, für die Hauptversammlung zu interessieren und vor allem die Teilnahme an der Hauptversammlung zu erleichtern. Ein erster Schritt wurde bereits mit der Verabschiedung des UMAG⁸⁴⁴ gemacht. Ob diese Maßnahme ausreicht, um die Präsenz auf den Hauptversammlungen zu erhöhen, bleibt abzuwarten. Maßnahmen, die aktuell in der Rechtspolitik diskutiert werden, sind zudem die Wiederbelebung des Depotstimmrechts der Banken und Sparkassen sowie ein Präsenzbonus – z.B. ein Geldbetrag, der auch für institutionelle Anleger interessant sein könnte – für die Teilnahme an der Hauptversammlung inklusive der Stimmrechtsausübung.⁸⁴⁵

Einen entscheidenden Schritt zur Verbesserung der Hauptversammlungspräsenz hat die Regierung mit dem Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), das am 29. Mai 2009 verabschiedet wurde, vollzogen. Neben weiteren Regelungen u.a. hinsichtlich der Einberufung der Hauptversammlung wurden neue Regelungen bezüglich der Briefwahl und der Online-Teilnahme an Hauptversammlungen festgehalten sowie das Vollmachtsstimmrecht vereinfacht. Nach § 118 Abs. 1 und 2 AktG kann die Satzung dem Vorstand die Entscheidung übertragen, ob und ggf. in welchem Umfang von den neuen Möglichkeiten der Online-Teilnahme oder der Briefwahl Gebrauch gemacht werden soll.⁸⁴⁶

Bei der Online-Teilnahme besteht die Möglichkeit, die Wahrnehmung von Aktionärsrechten nach dem Umfang zu beschränken; die „Briefwahl“ soll zukünftig ebenfalls

⁸⁴³ Vgl. Kremer (2008c), S. 81.

⁸⁴⁴ Mit der Einführung des UMAG wurde die Hinterlegung der Aktie als gesetzliches Legimitationsverfahren für die Teilnahme an der Hauptversammlung abgeschafft und ein sog. „record date“ eingeführt (vgl. Kremer (2008c), S. 81).

⁸⁴⁵ Vgl. Kremer (2008c), S. 81.

⁸⁴⁶ Zwar besitzt der Vorstand durch eine weite Ermächtigung eine große Flexibilität, sie birgt jedoch ebenso die jährlich wiederkehrende Gefahr von Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse unter Behauptung einer Teilnahmerechtsverletzung (vgl. Mutter/Pernfuß/Lutz (2008), S. R534).

über elektronische Kommunikationsformen möglich sein.⁸⁴⁷ Aber auch hier bleiben die tatsächlichen Erfolge hinsichtlich einer Verbesserung der Präsenz bei Hauptversammlungen abzuwarten, zumal die Entscheidung, ob eine elektronische Stimmrechtsabgabe möglich sein wird, beim Vorstand liegt, falls die Satzung ihm diese Entscheidung überträgt. In welchem Umfang der Vorstand dann diese Möglichkeit einräumt, wird sich zeigen. Im Rahmen des flexibilisierten Depotstimmrechts hat der Aktionär durch die Neufassung von § 135 AktG die Möglichkeit, seine Bank mit einer ausdrücklichen Weisung oder mittels einer Pauschalerklärung zu beauftragen, für ihn auf der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft abzustimmen.

4.4 Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten

Gemäß Buchst. d) des Art. 46a Abs. 1 der Abänderungsrichtlinie sollen die betroffenen Unternehmen Informationen publizieren, welche übernahmerelevante Sachverhalte betreffen. Bezüglich der zu publizierenden Informationen wird auf die Übernahmerichtlinie 2004/25/EG verwiesen. Als publizitätspflichtig werden Informationen hinsichtlich der Buchst. c), d), f), h) und i) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie genannt.⁸⁴⁸

Eine Umsetzung in das deutsche Recht ist für diese Informationssektion nicht notwendig. Zu den erforderlichen Anpassungen hinsichtlich der Publizität übernahmerelevanter Sachverhalte kam es im deutschen Recht bereits durch die Umsetzung von Art. 10 der Übernahmerichtlinie im Rahmen des Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetzes (ÜUG), bei der die §§ 289 Abs. 4 und 315 Abs. 4 HGB eingefügt wurden.⁸⁴⁹ Der Gesetzeswortlaut von § 289 Abs. 4 HGB ist mit dem von § 315 Abs. 4 HGB identisch, da durch die Einfügung des § 315 Abs. 4 HGB lediglich die Regelungen des § 289 Abs. 4 HGB auch auf Konzerne ausgeweitet werden sollten.⁸⁵⁰ Die in der Abänderungsrichtlinie geforderten übernahmerelevanten Informationen gemäß der Buchst. c), d), f), h) und i) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurden in den Nr. 2, 3, 4, 6 und 7 des § 289 Abs. 4 HGB umgesetzt.

⁸⁴⁷ Vgl. Paschos/Goslar (2009), S. 18; Mutter/Pernfuß/Lutz (2008), S. R534.

⁸⁴⁸ Vgl. Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 369 f.

⁸⁴⁹ Vgl. Merkt/Binder (2006), S. 1285 ff.

⁸⁵⁰ Vgl. Rabenhorst (2008), S. 140 f.

Die Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten stellen somit eine indirekte Informationssektion dar, auf die überblicksartig eingegangen werden soll, um alle in Schema 1 dargestellten Informationssektionen behandelt zu haben. Aufgrund ihrer Kodifizierung in den §§ 289 und 315 HGB sind die übernahmerelevanten Sachverhalte im (Konzern)Lagebericht zu publizieren. Für die Erstellung des Lageberichts trägt der Vorstand die alleinige Verantwortung. Demzufolge ist der Vorstand ebenfalls für die Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten alleinverantwortlich.

Nach § 289 Abs. 4 HGB müssen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien die übernahmerelevanten Informationen gemäß § 289 Abs. 4 Nr. 1-10 HGB in ihrem Lagebericht publizieren, wenn sie einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 7 WpÜG durch von ihnen ausgegebene stimmberechtigte Aktien in Anspruch nehmen. Gleiches gilt für Mutterunternehmen gemäß § 315 Abs. 4 HGB. Sowohl für Tochterunternehmen als auch für Unternehmen, die den organisierten Markt lediglich durch Schuldverschreibungen oder Genussscheine in Anspruch nehmen, gelten die Offenlegungsregelungen des § 315 Abs. 4 bzw. § 289 Abs. 4 HGB nicht.⁸⁵¹

Von den Offenlegungspflichten erfasst werden folglich nur solche Unternehmen, deren zum Handel an einem organisierten Markt zugelassenen Aktien stimmberechtigt sind. Unternehmen, deren zum Handel zugelassenen Aktien kein Stimmrecht gewähren – z.B. stimmrechtslose Vorzugsaktien i.S. von § 139 AktG –, sind von den zusätzlichen Regelungen des § 289 Abs. 4 HGB nicht betroffen. Die Tatsache, dass das Stimmrecht aus derartigen Aktien unter bestimmten Bedingungen gemäß § 140 Abs. 2 AktG wieder aufleben kann, ändert nichts an dem Ergebnis. Auch wenn das Stimmrecht wieder aufgelebt ist, handelt es sich dennoch nicht um eine Inanspruchnahme eines organisierten Marktes durch ausgegebene stimmberechtigte Aktien. In diesem Fall ist die Stimmberechtigung erst später eingetreten und lag im Ausgabezeitpunkt nicht vor.⁸⁵²

Hinsichtlich der Offenlegungsverpflichtung der zusätzlichen Angaben gemäß § 289 Abs. 4 HGB sind die Umstände am Abschlussstichtag maßgeblich. Ist am Abschlussstichtag eine Börsenzulassung lediglich beantragt, löst dieser Umstand keine Angabepflicht aus. Da sich der Gesetzgeber auf die Inanspruchnahme eines organisierten Mark-

⁸⁵¹ Vgl. Morck (2007), § 289 HGB, Rn. 10.

⁸⁵² Vgl. Rabenhorst (2008), S. 140.

tes bezieht, muss geschlussfolgert werden, dass hier ausschließlich bereits erfolgte und nicht lediglich beantragte Zulassungen gemeint sind.⁸⁵³

Im Folgenden soll der Gegenstand der Informationen zu übernahmerelevanten Sachverhalten kurz dargestellt werden. Eingegangen wird hierbei allerdings lediglich auf die durch Art. 46a Abs. 1 Buchst. d) der Abänderungsrichtlinie geforderten Informationen zu den übernahmerelevanten Sachverhalten, da durch diese nur ein Teil der in Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie aufgeführten Informationen gefordert wird und der Fokus der Arbeit auf der Umsetzung der Abänderungsrichtlinie liegt.

- Buchst. c) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurde in § 289 Abs. 4 Nr. 3 HGB umgesetzt. Demnach müssen direkte oder indirekte Beteiligungen⁸⁵⁴ am Kapital, wenn sie 10%⁸⁵⁵ der Stimmrechte überschreiten, im Lagebericht angegeben werden. Die Angaben gemäß § 289 Abs. 4 Nr. 3 HGB können sich auf den Namen bzw. die Firma und die Anschrift bzw. den Sitz des Unternehmens beschränken.⁸⁵⁶
- Buchst. d) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurde durch § 289 Abs. 4 Nr. 4 HGB im deutschen Recht kodifiziert. § 289 Abs. 4 Nr. 4 besagt, dass die Inhaber von Aktien mit Sonderrechten, welche ihnen Kontrollbefugnisse verleihen, anzugeben und die Sonderrechte zu beschreiben sind. Im Wesentlichen betrifft die Vorschrift den Fall eines in der Satzung verankerten Entsendungsrechts in den Aufsichtsrat gemäß § 101 Abs. 2 AktG. Die hierfür vorzunehmende Angabe umfasst die Nennung der Inhaber der mit Sonderrechten versehenen Aktien und die Beschreibung des Sonderrechts.⁸⁵⁷
- Buchst. f) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurde in § 289 Abs. 4 Nr. 2 HGB kodifiziert, allerdings ist in Nr. 2 auch die Umsetzung der Buchst. b) und g) der

⁸⁵³ Vgl. Rabenhorst (2008), S. 140.

⁸⁵⁴ Nach dem Wortlaut der Übernahmerichtlinie umfassen diese auch Pyramidenstrukturen und wechselseitige Beziehungen (vgl. BT-Drucksache 16/1003 (2006), S. 25).

⁸⁵⁵ In der Übernahmerichtlinie ist die Rede von „bedeutenden“ Beteiligungen. In diesem Zusammenhang verweist die Übernahmerichtlinie auf Art. 85 der Richtlinie 2001/34/EG. Demnach sind sämtliche unmittelbar oder über eine zwischengeschaltete Person gehaltenen Beteiligungen, welche den niedrigsten Schwellenwert von 10% der Stimmrechte übersteigen, anzugeben (vgl. BT-Drucksache 16/1003 (2006), S. 25).

⁸⁵⁶ Vgl. Merkt/Binder (2006), S. 1291; Rabenhorst (2008), S. 140; Lentfer/Weber (2006), S. 2360 f.

⁸⁵⁷ Vgl. BT-Drucksache 16/1003 (2006), S. 25.

Übernahmerichtlinie erfolgt. Bezogen auf die hier relevante Umsetzung des Buchst. f) sind gemäß § 289 Abs. 4 Nr. 2 HGB alle Stimmrechtsbeschränkungen wie Begrenzungen der Stimmrechte auf einen bestimmten Prozentsatz oder eine bestimmte Stimmenzahl anzugeben.⁸⁵⁸

- Buchst. h) des Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurde mit § 289 Abs. 4 Nr. 6 HGB umgesetzt. Demnach sollen im Lagebericht Angaben zu den gesetzlichen Vorschriften und Bestimmungen der Satzung über die Ernennung und Abberufung der Vorstandsmitglieder und über die Änderung der Satzung gemacht werden. Falls durch Satzungsbestimmungen keine abweichenden Regelungen getroffen wurden, reicht ein Verweis auf die gesetzlichen Regelungen zur Ernennung und Abberufung des Vorstands (§§ 84 und 85 AktG) sowie zur Änderung der Satzung (§§ 133 und 179 AktG). Werden dagegen gesetzliche Vorschriften ergänzt oder wird von dispositiven Vorschriften abgewichen, muss der wesentliche Inhalt der entsprechenden Satzungsbestimmung angegeben werden.⁸⁵⁹
- Buchst. i) von Art. 10 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie wurde in § 289 Abs. 4 Nr. 7 HGB kodifiziert. Die Unternehmen werden verpflichtet, die Befugnisse des Vorstands, insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit, Aktien auszugeben oder zurückzukaufen, im Lagebericht anzugeben. Zu erläutern sind dabei lediglich die unternehmensspezifischen Besonderheiten und nicht allgemeine gesellschaftsrechtliche Zusammenhänge. Für den Adressaten sind hier die Befugnisse des Vorstands interessant, die durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss eingeräumt wurden, da eine etwaige Abweichung von der Norm entscheidungsrelevant sein kann. Die Angabe wird sich daher tatsächlich auf die Befugnisse zur Ausgabe von Aktien gemäß § 202 ff. AktG und zum Rückkauf von Aktien gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 6 bis 8 AktG konzentrieren.⁸⁶⁰ Liegt eine Ermächtigung zur Ausgabe von Aktien vor, müssen der zugrundeliegende Hauptversammlungsbeschluss, das Volumen und der Zeitraum der Ermächtigung angegeben werden.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ Derartige Höchststimmrechte sind bei börsennotierten Unternehmen gemäß § 134 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht zulässig (vgl. BT-Drucksache 16/1003 (2006), S. 25).

⁸⁵⁹ Vgl. Rabenhorst (2008), S. 142.

⁸⁶⁰ Vgl. BT-Drucksache 16/1003 (2006), S. 25.

⁸⁶¹ Vgl. Rabenhorst (2008), S. 143. Die Angabe im Lagebericht bezieht sich auf den Vorstand als Organ. Kompetenzen einzelner Mitglieder oder die innere Organisation des Vorstands durch eine Geschäfts-

Für die Stakeholder erscheinen die übernahmerelevanten Informationen insoweit positiv, als dass sie besser über ein Unternehmen informiert werden und z.B. die Gefahr einer feindlichen Übernahme besser einschätzen können. Auch für potentielle Aktionäre sind die übernahmerelevanten Informationen interessant, da sie Informationen erhalten, anhand derer sie ihre Investitionsentscheidung treffen können. Als positiv anzumerken ist zudem der Verzicht des deutschen Gesetzgebers auf eine Umsetzung der Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie bezüglich derjenigen übernahmerelevanten Informationen, die bereits bei der Umsetzung der Übernahmerichtlinie berücksichtigt wurden. Hierdurch wurde eine redundante Berichterstattung durch die Unternehmen und ein damit verbundenes unnötiges Aufblähen der Berichtsinstrumente vermieden.⁸⁶²

4.5 Vorläufiges Resümee

Im Folgenden sollen die wichtigsten Erkenntnisse aus den Zwischenfazits zu den direkten Informationssektionen zusammengefasst werden.

Hinsichtlich der *Erklärung zur Unternehmensführung* kann man die Beschränkung auf börsennotierte und bestimmte nicht börsennotierte Aktiengesellschaften als sinnvoll einstufen, da auf eine Inanspruchnahme des Kapitalmarkts abgestellt wird. Eine Ausweitung auf Kapitalgesellschaften generell scheitert formal bereits an der Tatsache, dass die Erklärung zur Unternehmensführung die Entsprechenserklärung enthält und der DCGK auf Aktiengesellschaften ausgelegt ist. Zudem werden Informationen zu Vorstand und Aufsichtsrat sowie deren Ausschüssen gefordert. Hier hätte eine Formulierung geholfen, die allgemein auf Leitungs- und Verwaltungsorgane abstellt. Die Regelung bezüglich der Informationen zu Vorstand und Aufsichtsrat sowie deren Ausschüsse hätte z.B. dementsprechend umformuliert und in § 289 HGB eingefügt werden können, wie dies auch mit der Regelung zur Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems gemacht wurde. Die Entsprechenserklärung hätte weiterhin ihre Eigenschaft als selbständiges Element des Abschlusses einer börsennotierten Aktiengesellschaft beibehalten können, wie dies auch

ordnung werden bei der Angabe nicht berücksichtigt (vgl. Rabenhorst (2008), S. 143).

⁸⁶² Vgl. Weber/Lentfer/Köster (2007), S. 370.

vor dem BilMoG der Fall war. Eine Aufnahme in die Erklärung zur Unternehmensführung wäre nicht notwendig gewesen.

Insgesamt ist der Wirkungskreis der Erklärung zur Unternehmensführung recht kompliziert ausgefallen. Dies liegt allerdings nicht am deutschen Gesetzgeber, sondern an der EU-Kommission. Die Vorgaben wurden 1:1 umgesetzt. Trotzdem wäre hier mehr Mut des deutschen Gesetzgebers angebracht gewesen, damit – auch auf die Gefahr einer weitergehenden Regulierung als durch die EU-Kommission beabsichtigt – die Regelungen klarer und eindeutiger formuliert wären.

Im Zusammenhang mit der *Entsprechenserklärung* als Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung wird durch die Verpflichtung zur Begründung der Abweichungen von Empfehlungen des DCGK kein besserer Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation erreicht. Weiterhin bleibt fraglich, inwieweit die im Rahmen der Entsprechenserklärung publizierten Informationen zum Verhalten der Organe tatsächlich entscheidungsnützliche Informationen darstellen, die eine Relevanz hinsichtlich der Erwartungen der Adressaten besitzen.

Die mit der Erklärung zur Unternehmensführung abzugebende *Beschreibung der Unternehmensführungspraktiken* ist hinsichtlich der Corporate Governance grundsätzlich eine wichtige Information und demzufolge eine positive Neuerung in der Berichterstattung. Eine Umstellung, die auch mit Kosten verbunden ist, bedeutet diese Berichterstattungspflicht für nicht börsennotierte Unternehmen, die gemäß § 289a HGB ebenfalls eine Erklärung zur Unternehmensführung abgeben müssen.

Hinsichtlich der Information über die Führungs- und Kontrollsituation sind lediglich geringe positive Effekte zu verzeichnen. Bei Unternehmen, welche sich jetzt erstmalig oder weiterführend zu ihrer Corporate Governance äußern müssen, können aus den veröffentlichten Firmenkodizes nun Informationen über die Aufsichtsratsaktivität und die Vorstandsarbeit gewonnen werden. Fraglich bleibt, inwieweit die Informationen zum Verhalten der Organe entscheidungsnützliche Informationen darstellen. Aufgrund der in Deutschland sehr niedrigen Zahl der neben den börsennotierten betroffenen Unternehmen, hat diese Neuerung für die Corporate Governance deutscher Unternehmen insgesamt nur eine geringe Auswirkung.

Nicht gesetzlich geregelt sind der Detaillierungsgrad der Kodexangaben zu den Organen sowie die Bereiche, welche ein Firmenkodex abdecken sollte. Dieser Umstand muss als negativ angesehen werden, da sich daraus eine sehr unterschiedliche Corporate Governance-Publizität verschiedener Unternehmen ergeben kann. Zudem sind Kodizes für die Praxis der Corporate Governance nur wenig relevant. Des Weiteren bestätigt das Testat des Abschlussprüfers nicht die tatsächliche Befolgung der Empfehlungen der beschriebenen Kodizes in den Unternehmen.

Die *Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen* in der Erklärung zur Unternehmensführung trägt grundsätzlich zu einer besseren Beurteilungsmöglichkeit der Führungs- und Kontrollsituation bei. Aufgrund der Beschreibung der Arbeitsweise der Verwaltungsorgane können Externe die Qualität der Unternehmensführung und der Unternehmensführungskontrolle besser einschätzen. Daher kann die Beschreibung zur Arbeitsweise der Verwaltungsorgane sowie zur Zusammensetzung und Arbeitsweise ihrer Ausschüsse als positive Neuerung betrachtet werden. Ein Manko ist allerdings auch hier die fehlende Überwachung der Informationen durch den Abschlussprüfer.

Eine ebenfalls tief greifende Neuerung ist die Verpflichtung zur *Beschreibung der wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess*. Zwar stellt die Regelung keine Einrichtungsverpflichtung für ein internes Kontroll- oder Risikomanagementsystem dar, die Publizitätspflicht bei Vorliegen eines solchen Systems wird allerdings erheblich verschärft. Aufgrund der Wichtigkeit der Systeme für die Corporate Governance kann dieser Umstand als positiv beurteilt werden. Die Berichtspflicht gegenüber den externen Rechnungslegungsadressaten erschöpft sich in der Systembeschreibung und muss demzufolge keine eigenständige Würdigung über die Effektivität der Systeme enthalten. Der Verzicht des Gesetzgebers auf Angaben zur Effektivität der Systeme ist zu kritisieren. Zur Stabilisierung von Erwartungen sind Angaben über die Effektivität der Systeme elementar. Eine tatsächliche Auseinandersetzung mit der Effektivität und damit einhergehende Verbesserung der Systeme wäre anzunehmen, wenn der Vorstand bzw. die gesetzlichen Vertreter sich aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift hinsichtlich der Effektivität äußern müssten, da die Angaben als Teil des Lageberichts auch vom Wirt-

schaftsprüfer zu prüfen sind. Einzig die Tatsache, dass ein unzureichendes Risikomanagementsystem die Möglichkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung durch die Geschäftsführungsorgane bergen kann, lässt vermuten, dass erkannte Schwachstellen eine Überarbeitung und Verbesserung der Systeme nach sich ziehen würden.

Hinsichtlich der Führungs- und Kontrollsituation können Externe aus der Systembeschreibung mittelbar gewisse Informationen über die Vorstandsarbeit erhalten, weil funktionierende und gut ausgebaute Kontroll- und Risikomanagementsysteme durch den Vorstand implementiert bzw. ausgebaut werden. Da die Gesetzesformulierung recht unpräzise ist, werden sich sicherlich Unterschiede in der Qualität und Quantität der Systembeschreibungen ergeben. Aufgrund der Prüfung der Systembeschreibung besteht die Möglichkeit, dass sich bezüglich der Beschreibung gewisse Mindestanforderungen etablieren und eine Vereinheitlichung erfolgt. Zudem werden die Unternehmen durch die Prüfung dazu angehalten, die Beschreibung ihrer Systeme an den tatsächlich vorherrschenden Zuständen auszurichten und somit ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild ihrer Systeme darzustellen. Eine Funktionsfähigkeitsprüfung ist indes nicht vorgesehen, was ein eindeutiges Manko darstellt. In der durchgängigen Anwendung, Ordnungsmäßigkeit und Gesamtkonzeption vor allem der Risikomanagementsysteme sind Schwächen in den Unternehmen vorhanden.⁸⁶³

Betrachtet man die Umsetzung der Vorgaben aus der Abänderungsrichtlinie insgesamt, bleibt der Eindruck einer recht vagen und für Ermessensspielräume anfälligen Implementierung. Was exakt von den Unternehmen gefordert wird, kann nicht abschließend ergründet werden, genaueres wird sich wahrscheinlich erst mit der Anwendung in der Praxis ergeben. Der Ansatz, Publizitätsvorschriften hinsichtlich der Corporate Governance zu kodifizieren und auf eine Regulierung durch den Kapitalmarkt zu hoffen, ist für das in Deutschland vorherrschende Voice-System fraglich. Ob die Publizitätspflicht eine Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation bewirkt, ist zweifelhaft.

Aufgrund der weichen Ausgestaltung der Regelungen ist zudem ungewiss, ob die Vorschriften generell eine Art „best practice“ begründen können, der die Unternehmen folgen werden. Bezüglich der abzugebenden Informationen wird sich mit der Zeit ein „sta-

⁸⁶³ Vgl. Lachnit/Müller (2001), S. 368.

te of the art“ einstellen, an dem sich die Unternehmen ausrichten. Dass hieraus eine positive Wirkung auf die Führungs- und Kontrollsituation der Unternehmen resultiert, erscheint aber unwahrscheinlich.

5. Prüfung der Informationen zur Corporate Governance

Die Prüfung von Corporate Governance-relevanten Informationen spielt in Deutschland eine wichtige Rolle, um die Verlässlichkeit der von den Unternehmen publizierten Informationen zu gewährleisten. Die Adressaten müssen sicher gehen können, dass die publizierten Informationen objektiv und willkürfrei sind. Unverlässliche Informationen können zu Fehlprognosen der Adressaten führen.⁸⁶⁴ Eine Prüfung von publizierten Informationen ist zudem grundsätzlich sinnvoll, um sicherzustellen, dass die Unternehmen den angegebenen Verhaltensweisen tatsächlich gefolgt sind. Durch die Kontrolle der Befolgung der veröffentlichten Informationen kann somit eine Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation erreicht und das Vertrauen der Stakeholder in die Unternehmen erhöht werden.

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche der direkten Informationssektionen prüfungspflichtig sind und wie der Prüfer vorgehen muss, um verlässliche Prüfungsnachweise zu erlangen. Außerdem sollen die Auswirkungen der Prüfungsergebnisse für die Prüfungsdokumentation abgeleitet werden. Die indirekten Informationssektionen wurden in 4.3 und 4.4 lediglich der Vollständigkeit halber überblicksartig dargestellt, die Prüfungsfrage wird für die indirekten Informationssektionen nicht mehr betrachtet, da sie, wie schon gesagt, bereits seit längerem geltendes Recht darstellen und der Prüfungsaspekt im Zusammenhang mit diesen Informationen bereits untersucht wurde.⁸⁶⁵ Der Fokus der Arbeit soll auf den Umgang des Prüfers mit den neuen Herausforderungen gelegt werden, die sich aus der Umsetzung des BilMoG ergeben.

⁸⁶⁴ Vgl. Dohrn (2004), S. 79; Strasser (2000), S. 48; Kavermann (2008), S. 36.

⁸⁶⁵ Die Angaben zu übernahmerelevanten Sachverhalten sind aufgrund ihrer Verortung im Lagebericht prüfungspflichtig im Rahmen der Lageberichtsprüfung gemäß § 317 Abs. 2 HGB. Da diese Regelung aber schon vor dem BilMoG bestand und hinsichtlich der Prüfung untersucht wurde (siehe hierzu z.B. IDW (2008e), IDW PS 350, Rn. 14 ff.; Maul/Muffat-Jeandet (2004b), S. 306 ff.), wird auf die Prüfung der übernahmerelevanten Informationen nicht eingegangen. Die Angaben zur Hauptversammlung und zu den Aktionärsrechten stellen geltendes Aktienrecht dar und schlagen sich nicht im Jahresabschluss einer AG nieder. Vielmehr regeln diese Vorschriften, wie Hauptversammlungen ablaufen müssen und welche Rechte den Aktionären zustehen. Der Abschlussprüfer kommt mit diesen Regelungen also nicht in Berührung, wenn er den Jahresabschluss prüft. Somit stellt sich die Frage nach der Prüfung dieser Informationen im Rahmen der Abschlussprüfung nicht.

5.1 Prüfungspflichtige Informationen

Die Prüfung der durch das BilMoG eingeführten Informationen zur Corporate Governance ist sehr eingeschränkt. Gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB ist die *Erklärung zur Unternehmensführung* nicht in die materielle bzw. inhaltliche Prüfung einzubeziehen, unabhängig davon, ob sie in einem gesonderten Bericht auf der Internetseite oder im Lagebericht publiziert wird. Damit sind die drei Informationssektionen – Entsprechenserklärung, Informationen zu den Unternehmensführungspraktiken sowie Angaben zur Zusammensetzung der Ausschüsse und zur Arbeitsweise der Verwaltungsorgane und ihrer Ausschüsse –, die Bestandteile der Erklärung zur Unternehmensführung sind, keiner inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Durch diese Regelung wird Art. 46a Abs. 3 Satz 3 der Abänderungsrichtlinie berücksichtigt, welcher vorschreibt, dass die Angaben nach den Buchstaben a, b, e und f inhaltlich nicht zu prüfen sind.⁸⁶⁶

Aufgrund dieser Einschränkung reicht folglich das bei § 161 AktG i.V.m. § 285 Nr. 16 und § 316 Abs. 1 HGB angewandte Konzept einer formellen Prüfungspflicht aus.⁸⁶⁷ Die formelle Prüfungspflicht erstreckt sich nicht darauf, inwieweit den in der Erklärung zur Unternehmensführung gemachten Angaben auch tatsächlich entsprochen wurde. Zu prüfen ist bei den zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung verpflichteten Unternehmen lediglich, ob die Erklärung zur Unternehmensführung abgegeben wurde.⁸⁶⁸ Dieser Umstand ist hinsichtlich der Wirksamkeit der Erklärung zur Unternehmensführung zur Verbesserung der Corporate Governance zu kritisieren, da eine Umsetzungskontrolle für die von den Unternehmen angegebenen Verhaltensweisen nicht existiert und eine ausreichende Kontrollfunktion des Kapitalmarkts in Deutschland nicht vorausgesetzt werden kann. Zudem kann die Nichtprüfung der Erklärung in der Praxis zu einer Fehlinterpretation der Informationsempfänger führen. Es ist möglich, die Erklärung als Teil des grundsätzlich geprüften Lageberichts zu veröffentlichen. Allerdings wird die nicht prüfungspflichtige Erklärung nicht von dem Bestätigungsvermerk erfasst.⁸⁶⁹ Es besteht die Gefahr, dass diese Tatsache den Informationsempfängern nicht

⁸⁶⁶ Vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 191.

⁸⁶⁷ Im Rahmen der Lageberichtsprüfung gemäß § 316 Abs. 1 HGB muss überprüft werden, ob § 285 Nr. 16 HGB erfüllt ist und die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG abgegeben wurde.

⁸⁶⁸ Vgl. Niemeier (2006), S. 182.

⁸⁶⁹ Vgl. Barth (2009), S. 728.

bekannt ist und sie davon ausgehen, dass auch die Erklärung geprüft ist, da sie Teil des Lageberichts ist.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung ist auch die Abgabe der *Entsprechenserklärung* zum DCGK nach § 161 AktG zu prüfen, da die Entsprechenserklärung einen Teil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt. Gemäß § 285 Nr. 16 HGB muss im Anhang erklärt werden, dass die Entsprechenserklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Im Rahmen der Anhangsprüfung hat der Abschlussprüfer folglich die Abgabe der Entsprechenserklärung und die Zugänglichkeit zu überprüfen. Wie bei der Erklärung zur Unternehmensführung handelt es sich hierbei lediglich um eine formelle und keine materielle Prüfungspflicht. Weil der Jahresabschluss die Entsprechenserklärung nicht beinhaltet, ist die inhaltliche Aussage der Entsprechenserklärung kein Gegenstand der Abschlussprüfung. Selbst wenn sie in den Anhang oder den Lagebericht aufgenommen wurde, ist sie nicht Bestandteil der Abschlussprüfung.⁸⁷⁰

Eine Prüfungspflicht besteht für die *Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems*. Gemäß § 289 Abs. 5 HGB ist die Beschreibung im Lagebericht vorzunehmen und kann nicht in einem gesonderten Bericht auf der Internetseite erfolgen. Im Gegensatz zu der Erklärung zur Unternehmensführung unterliegt der Bericht über das rechnungslegungsbezogene interne Kontroll- und das rechnungslegungsbezogene Risikomanagementsystem der Lageberichtsprüfung durch den Abschlussprüfer gemäß § 317 Abs. 2 HGB. Der Abschlussprüfer muss nachvollziehen, ob die Beschreibung der wesentlichen Elemente der Systeme im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess durch die Geschäftsführung eine zutreffende Darstellung der Lage im Unternehmen wiedergibt. Hier kommt es somit auch zu einer materiellen Prüfung.⁸⁷¹ Dieser Umstand kann als positiv hinsichtlich der Entwicklung der Corporate Governance angesehen werden, da die Unternehmen die Beschreibung ihrer Systeme an den tatsächlich existierenden Systemen ausrichten müssen.⁸⁷²

⁸⁷⁰ Vgl. IDW (2008d), IDW PS 345, Rn. 21 f.

⁸⁷¹ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 79.

⁸⁷² Vgl. Wolf (2009), S. 922.

Eine Prüfung der Funktionsfähigkeit des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems ist mit der Prüfung der Systembeschreibung nicht verbunden.⁸⁷³ Noch unklar ist allerdings bislang, ob eine Pflicht zur Funktionsprüfung besteht, wenn der Vorstand im Lagebericht freiwillig Angaben zur Funktionsfähigkeit der Systeme macht.⁸⁷⁴ Publizieren Unternehmen freiwillig Angaben zur Funktionsfähigkeit, müssen die Adressaten sichergehen können, dass diese Informationen wahrheitsgemäß sind und den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Folglich erscheint es angemessen, dass, wenn freiwillige Angaben zur Funktionsfähigkeit gemacht werden, diese auch in die Prüfung einbezogen werden. Die Unternehmen müssen sich also bewusst sein, dass sie eine Funktionsprüfung auslösen, wenn sie freiwillig Hinweise zur Funktionsfähigkeit veröffentlichen.

5.2 Vorgehensweise bei der Prüfung

5.2.1 Prüfungsmethode

Hinsichtlich der Prüfung des Jahresabschlusses muss sich der Prüfer bei den von § 289a HGB erfassten Aktiengesellschaften vergewissern, dass die Erklärung zur Unternehmensführung abgegeben wurde – gemäß § 289a Abs. 1 HGB entweder als gesonderter Abschnitt im Lagebericht oder auf der Internetseite. Erfolgt die Veröffentlichung der Erklärung nicht im Lagebericht, sondern auf der Internetseite des Unternehmens, ist gemäß § 289a Abs. 1 Satz 3 HGB in den Lagebericht eine Bezugnahme aufzunehmen, welche die Angaben der Internetseite enthält. Der Prüfer muss somit in dem Fall einer Veröffentlichung auf der Internetseite des Unternehmens überprüfen, ob in dem Lagebericht ein entsprechender Hinweis mit Angabe der Internetseite vorhanden ist.⁸⁷⁵ Aufgrund der Tatsache, dass die Erklärung zur Unternehmensführung keiner inhaltlichen Prüfung unterliegt und lediglich die Abgabe überprüft wird, kommen im Zusammenhang mit der Erklärung zur Unternehmensführung und damit einhergehend auch der Entsprechenserklärung keine besonderen Prüfungsmethoden in Frage.⁸⁷⁶

⁸⁷³ Vgl. Barth (2009), S. 727.

⁸⁷⁴ Vgl. Withus (2009a), S. 860; Melcher/Mattheus (2008), S. 54.

⁸⁷⁵ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82.

⁸⁷⁶ Vgl. Hofmann (2005), S. 340 f.

Hinsichtlich der Entsprechenserklärung zum DCGK ist im Rahmen einer formellen Prüfung wiederum zu prüfen, ob die Pflichtangabe gemäß § 285 Nr. 16 HGB zutrifft und die Entsprechenserklärung tatsächlich abgegeben wurde. Zudem hat der Prüfer festzustellen, ob – wie durch § 285 Nr. 16 HGB gefordert⁸⁷⁷ – die Angabe über den Ort der Veröffentlichung der Entsprechenserklärung zutrifft. Hier hat er sich, z.B. bei Vorliegen des Hinweises, dass die Entsprechenserklärung auf der Internetseite zugänglich ist, von der Richtigkeit des Hinweises zu überzeugen, indem er die Internetseite des Unternehmens daraufhin überprüft.⁸⁷⁸

Die Entsprechenserklärung ist nicht nur einmalig zu veröffentlichen, sondern der Öffentlichkeit dauernd zugänglich zu machen. Der Abschlussprüfer hat sich daher zu vergewissern, dass das Unternehmen entsprechende Maßnahmen ergriffen hat, welche eine dauerhafte Verfügbarkeit der Entsprechenserklärung möglich machen.⁸⁷⁹

Im Gegensatz zu dem geringen Prüfungsaufwand für die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung und damit verbunden auch der Abgabe der Entsprechenserklärung steht der Prüfungsaufwand für die Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystem im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess. Die Beschreibung unterliegt der Lageberichtsprüfung durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 2 HGB und somit auch einer inhaltlichen bzw. materiellen Prüfung.⁸⁸⁰ Aus diesem Grund müssen hier Überlegungen zur Prüfungsmethode angestellt werden.

Da es sich bei der Prüfung der Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB um eine materielle Prüfung handelt, sind auch dementsprechende Handlungen vom Prüfer vorzunehmen. Das bedeutet, er muss die inhaltliche Richtigkeit der Beschreibung der Systeme im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess überprüfen. Voraussetzung hierfür ist generell,

⁸⁷⁷ Durch das BilMoG kam es zu einer Änderung des § 289 Nr. 16 HGB. Bislang war im Anhang lediglich anzugeben, dass die Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Künftig muss erläutert werden, an welchem Ort – z.B. auf welcher Internetseite o.ä. – die Erklärung der Allgemeinheit – und nicht nur den Aktionären – öffentlich zugänglich ist (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 154).

⁸⁷⁸ Vgl. Seibt (2002), S. 257.

⁸⁷⁹ Vgl. IDW (2008d), IDW PS 345, Rn. 27.

⁸⁸⁰ Aufgrund dieser Prüfungspflicht wurde auch von der Möglichkeit abgesehen, die Angaben zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess statt im Lagebericht in einem besonderen Bericht auf der Internetseite des Unternehmens zu veröffentlichen (vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 79).

dass der Prüfer bereits Kenntnis von dem rechnungslegungsbezogenen Kontroll- und Risikomanagementsystem besitzt, um die Richtigkeit der Beschreibung beurteilen zu können. Auch bei dieser Prüfung ist es notwendig, dass der Prüfer direkte Handlungen unternimmt und die gesamte Beschreibung überprüft. Damit kann er sich ein Urteil bilden, ob die Beschreibung der wesentlichen Elemente des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems durch die Geschäftsführung zutreffend ist und die Lage im Unternehmen richtig wiedergibt.⁸⁸¹

Durch die Form und den Detaillierungsgrad der Beschreibung sollen die Adressaten in die Lage versetzt werden, sich ein Bild von den rechnungslegungsbezogenen Systemen im Unternehmen zu machen. Indirekte Handlungen, die lediglich einen Einblick in die Ordnungsmäßigkeit vermitteln, sind demzufolge nicht angebracht. Daneben kommt es – wie bei der gesamten Lageberichtsprüfung auch – zu einer Einklangsprüfung. Der Prüfer muss sich also fragen, ob in den Darstellungen Widersprüche zu seinen eigenen Feststellungen aus der Prüfung des Risikofrüherkennungssystems und des internen Kontrollsystems gemäß § 317 Abs. 4 HGB bestehen.⁸⁸²

5.2.2 Prüfungstechnik

Die Art der Prüfungstechnik ist lediglich bei materiellen Prüfungen relevant. Für rein formelle Prüfungen, wie sie bei der Erklärung zur Unternehmensführung und der Entsprechenserklärung auftreten, besitzt die Frage nach der Prüfungstechnik keine Bedeutung, da die Prüfungshandlungen oberflächlich sind – z.B. die Überprüfung, ob die Entsprechenserklärung abgegeben wurde. Obwohl die Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB nicht Gegenstand der Lageberichtsprüfung ist und somit keine materielle Prüfung vorgenommen werden muss, handelt es sich bei der Aufnahme der Erklärung im Lagebericht um zusätzliche Informationen, welche der Abschlussprüfer kritisch zu lesen hat. Eigenständige Handlungspflichten ergeben sich aus dem kritischen Lesen der Erklärung zur Unternehmensführung allerdings nicht.⁸⁸³ Lediglich wenn dem Prüfer Verstöße gegen Gesetze, Gesellschaftervertrag oder Satzung oder offensichtliche Unrichtigkeiten auffallen, muss er nach § 321 HGB darüber berich-

⁸⁸¹ Vgl. Barth (2009), S. 727; Hofmann (2005), S. 341.

⁸⁸² Vgl. Withus (2009a), S. 859; Melcher/Mattheus (2009), S. 79.

⁸⁸³ Vgl. IDW (2009), S. 305.

ten.⁸⁸⁴ Im Folgenden wird ausschließlich die Prüfungstechnik erörtert, die bei der Prüfung der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems anzuwenden ist.

Um ein hinreichendes Urteil zu finden, ob die Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Systeme im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess die Lage im Unternehmen richtig darstellt, sollte der Prüfer eine Plausibilitätsprüfung vornehmen. Zwar hat der Prüfer die gesamte Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Systeme in die Prüfung einzubeziehen, allerdings braucht eine genaue Einzelfallprüfung, ob jedes einzelne beschriebene Merkmal in der dargestellten Form dem tatsächlich vorliegenden Merkmal in dem jeweiligen System entspricht, nicht zu erfolgen. Praktisch sollte der Prüfer auf seine bei der Prüfung des internen Kontrollsystems erlangten Kenntnisse zurückgreifen und demzufolge auf eine Übereinstimmung der Beschreibung mit den im Rahmen der Abschlussprüfung gewonnenen Erkenntnissen achten. Hat der Prüfer z.B. bei der Prüfung eines Risikomanagementsystems wesentliche Mängel in der Funktionsfähigkeit festgestellt, resultieren daraus unweigerlich Zweifel an der Richtigkeit der Beschreibung der wesentlichen Merkmale des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess. Die aufgetretenen Zweifel bilden dann die Grundlage für eine intensive Überprüfung der Systembeschreibung. Auch können in diesem Zusammenhang Schwerpunkte bei der Prüfung der Beschreibung gesetzt werden, die aus den aufgetretenen Mängeln bei der Funktionsfähigkeit resultieren.⁸⁸⁵

Die Prüfungsrichtung ist wie bei dem überwiegenden Teil der Jahresabschlussprüfung retrograd. Folglich wird hier vom Ist-Zustand, der vorliegenden Beschreibung der wesentlichen Elemente der Systeme, zum Soll-Zustand übergegangen. Der Soll-Zustand der Beschreibung stellt hier die zutreffende Beschreibung der relevanten Merkmale auf Basis der vom Prüfer gewonnenen Eindrücke dar. Der Prüfer vergleicht also die ihm vorliegende Beschreibung mit den ihm aus seiner Prüfung der Systeme vorliegenden Erkenntnissen über die Systeme.⁸⁸⁶ Bei dieser retrograden Prüfung kann der Prüfer sogar die Vollständigkeit der Beschreibung einschätzen, was sich aus der Tatsache ergibt, dass vor der Prüfung der Beschreibung bereits die relevanten Systeme geprüft wurden.

⁸⁸⁴ Vgl. Barth (2009), S. 728.

⁸⁸⁵ Vgl. Graumann (2007), S. 464; Withus (2009a), S. 860.

⁸⁸⁶ Vgl. Ewert (2005), S. 506.

Aus dem Wissen über die Systeme heraus kann der Prüfer schließlich auch beurteilen, ob alle relevanten Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess beschrieben wurden oder ob wesentliche Elemente fehlen.

5.2.3 Prüfungsnachweise

Ein Bedarf an Prüfungsnachweisen besteht bei der Prüfung der Beschreibung lediglich in geringem Umfang. Hierfür können Unterlagen hinzugezogen werden, welche auf die wesentlichen Merkmale der Systeme im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess schließen lassen. Derartige Unterlagen wären in erster Linie Berichte des Aufsichtsrats bzw. seines Prüfungsausschusses oder der internen Revision. Auch eigene Aufzeichnungen, z.B. in den Arbeitspapieren oder den prüfungsbezogenen Unterlagen, welche aus der Prüfung der Systeme resultieren, sind hinsichtlich der Prüfungsnachweise relevant.⁸⁸⁷ Sie wären zudem heranzuziehen, wenn der Prüfer Unregelmäßigkeiten im Rahmen der Plausibilitätsprüfung entdeckt.⁸⁸⁸

Eine große Schwierigkeit hinsichtlich der Prüfungsnachweise bei der Prüfung der Systembeschreibung stellt die oftmals unzureichende Dokumentation des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess in den Unternehmen dar. Es wäre deshalb notwendig, die Systeme in ihrem jeweiligen Bestand aufzunehmen und in einer ausreichenden Form zu dokumentieren, damit der Abgleich der Systembeschreibung mit dem tatsächlichen Bestand des Systems für den Prüfer erleichtert wird.⁸⁸⁹

Generell muss der Prüfer wie bei anderen Prüfungsnachweisen im Rahmen der Jahresabschlussprüfung auch auf die Verlässlichkeit der Prüfungsnachweise achten. Dabei hängt die Verlässlichkeit der durch die Einsichtnahme erlangten Prüfungsnachweise davon ab, ob die Unterlagen von dem Unternehmen selbst erstellt und aufbewahrt werden oder von externen Dritten. Die Verlässlichkeit der Prüfungsnachweise erhöht sich grundsätzlich dann, wenn die Nachweise durch den Prüfer direkt und nicht von Unter-

⁸⁸⁷ Vgl. Hofmann (2005), S. 352 ff.; Withus (2009a), S. 860.

⁸⁸⁸ Vgl. Withus (2009a), S. 860.

⁸⁸⁹ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 80.

nehmensmitarbeitern beschafft werden.⁸⁹⁰ Hinsichtlich der Corporate Governance können das z.B. Unterlagen über die Risikoberichterstattung sowie Sitzungsprotokolle von Aufsichtsrats- oder Vorstandssitzungen sein. Der Prüfer sollte eher versuchen, derartige Informationen, wenn möglich, selbst zu erlangen, als dafür einen Mitarbeiter zu beauftragen. In Zweifelsfällen ist der Prüfer angehalten, auf verlässliche Prüfungsnachweise zurückzugreifen.⁸⁹¹

5.3 Prüfungsdokumentation

Den Abschluss des Prüfungsprozesses bildet die Urteilsmitteilung, für die dem Prüfer nach deutschen Prüfungsnormen zwei Instrumente⁸⁹² zur Verfügung stehen: der Prüfungsbericht und der Bestätigungsvermerk.⁸⁹³

5.3.1 Prüfungsbericht

Der Prüfungsbericht dokumentiert alle Prüfungsergebnisse und -feststellungen durch den Prüfer und ist als unternehmensinternes Informationsinstrument an die Geschäftsführung bzw. den Aufsichtsrat adressiert. Der Prüfer legt somit Rechenschaft über die gewissenhafte und ordnungsmäßige Durchführung der Abschlussprüfung gegenüber seinem Auftraggeber ab.⁸⁹⁴ Im Prüfungsbericht ist gemäß § 321 Abs. 2 Satz 1 und 2 HGB festzustellen, ob der Lagebericht die gesetzlichen Vorschriften und die ergänzenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung erfüllt. Entspricht nach Ansicht des Abschlussprüfers der Lagebericht den gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen bzw. satzungsmäßigen Bestimmungen nicht, ist der Abschlussprüfer verpflichtet, auf diese Mängel⁸⁹⁵ hinzuweisen, auch wenn es durch die Beanstandungen noch nicht zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks kommt.⁸⁹⁶

⁸⁹⁰ Vgl. Wysocki (2003), S. 66.

⁸⁹¹ Vgl. Graumann (2007), S. 313.

⁸⁹² Auf die weiteren Instrumente zur Prüfungsdokumentation wie Dauerakte, Arbeitspapiere und Management-Letter soll hier nicht eingegangen werden, da sie keine Instrumente zur Kommunikation des Prüfungsurteils darstellen.

⁸⁹³ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 506.

⁸⁹⁴ Vgl. Graumann (2007), S. 517.

⁸⁹⁵ Ein Mangel liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Ist-Jahresabschluss von dem Soll-Jahresabschluss abweicht (vgl. Erle (1990), S. 138 ff.).

⁸⁹⁶ Vgl. IDW (2008e), IDW PS 350, Rn. 32.

Es stellt sich folglich die Frage, unter welchen Umständen der Prüfer sowohl bei der formellen Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung inklusive der Entsprechenserklärung als auch bei der Prüfung der Beschreibung der wesentlichen Elemente des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess Angaben im Prüfungsbericht machen muss. Zuerst wird diese Frage für die Erklärung zur Unternehmensführung, die auch die Entsprechenserklärung beinhaltet, anschließend für die Beschreibung der Systeme erörtert.

Da die Prüfung der *Erklärung zur Unternehmensführung* lediglich formeller Natur ist, muss überprüft werden, ob die Erklärung in den Lagebericht aufgenommen wurde oder ob der Lagebericht einen Hinweis auf die Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung im Internet beinhaltet und ob die Erklärung auf der angegebenen Internetseite des Unternehmens tatsächlich öffentlich zugänglich ist.⁸⁹⁷ Der Inhalt der Angaben nach § 289a HGB ist gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB nicht in die Prüfung des Lageberichts einzubeziehen.⁸⁹⁸ Hier können somit drei Mängel auftreten, die allesamt Gesetzesverstöße darstellen würden: die Entsprechenserklärung ist im Lagebericht nicht aufgenommen, die Erklärung zur Unternehmensführung enthält keinen Hinweis auf die Veröffentlichung im Internet und die Erklärung ist auf der angegebenen Seite nicht öffentlich zugänglich. Auf jeden der drei Mängel müsste der Prüfer in seinem Prüfungsbericht hinweisen, da der Lagebericht nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen würde.⁸⁹⁹

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) empfiehlt eine bestimmte Gliederung für den Prüfungsbericht. Anmerkungen zu den genannten Mängeln wären in dem Teil „Feststellungen und Erläuterungen zur Rechnungslegung“ anzuführen. Er beinhaltet neben Ausführungen zur Buchführung, zu weiteren geprüften Unterlagen und zum Jahresabschluss auch Erläuterungen zum Lagebericht. Ergänzend muss der Prüfer über festgestellte

⁸⁹⁷ Vgl. IDW (2009), S. 309.

⁸⁹⁸ Eine allgemeine Prüfung der Geschäftsführung findet folglich nicht statt. Somit liegt in dieser Regelung weiteres Potential für die Erwartungslücke beim Informationsadressaten (vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82).

⁸⁹⁹ Vgl. IDW (2008e), IDW PS 350, Rn. 32.

Mängel im Jahresabschluss berichten und deren Auswirkungen auf Rechnungslegung, Prüfungsergebnis und – falls notwendig – den Bestätigungsvermerk erläutern.⁹⁰⁰

Bei der Prüfung der *Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems* ist eine gesetzliche Norm nicht zu beachten. Stellt der Abschlussprüfer hierbei fest, dass die Beschreibung der Systeme nicht mit dem Bestand übereinstimmt und somit keine zutreffende Vorstellung von der Lage im Unternehmen wiedergegeben wird, muss der Prüfer dies in seinen Prüfungsbericht aufnehmen. Die Berichterstattung darüber müsste wiederum im Abschnitt „Feststellungen und Erläuterungen zur Rechnungslegung“ erfolgen.⁹⁰¹

5.3.2 Bestätigungsvermerk

Der Abschlussprüfer hat gemäß § 322 Abs. 1 Satz 1 HGB das Prüfungsergebnis in einem Bestätigungsvermerk zusammenzufassen. Der Bestätigungsvermerk richtet sich vor allem an externe Adressaten. Aus diesem Grund werden Fehler, welche die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Abschluss nicht wesentlich beeinträchtigen, nicht erwähnt. Der Bestätigungsvermerk bildet den letzten Teil des Prüfungsberichts und ist auf dem Jahresabschluss anzubringen oder mit diesem und dem Lagebericht fest zu verbinden.⁹⁰²

Gemäß § 322 Abs. 2 Satz 1 HGB muss das Prüfungsurteil in einer der folgenden Formen gefällt werden:

- uneingeschränkter Bestätigungsvermerk
- eingeschränkter Bestätigungsvermerk
- Versagungsvermerk aufgrund von Einwendungen bzw. aufgrund von Prüfungshemmnissen.⁹⁰³

Fraglich bleibt nun, welche Auswirkungen festgestellte Mängel im Zusammenhang mit der Erklärung zur Unternehmensführung und der Beschreibung der wesentlichen

⁹⁰⁰ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 521.

⁹⁰¹ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 521.

⁹⁰² Vgl. IDW (2008g), IDW PS 400, Rn. 80.

⁹⁰³ Vgl. Graumann (2007), S. 543.

Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess auf den Bestätigungsvermerk haben. Je nach Art und Schwere des Mangels ergeben sich unterschiedliche Auswirkungen auf den Bestätigungsvermerk. Erörtert werden soll nur, ob es zu einem eingeschränkten Bestätigungsvermerk oder zu einem Versagungsvermerk kommen kann. Ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk wird erteilt, wenn keine Einschränkung oder Versagung vorliegt.

Hinsichtlich der Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung muss der Prüfer feststellen, ob die Erklärung abgegeben wurde. Ist das nicht der Fall, liegt ein Mangel vor, da der Jahresabschluss nicht dem Gesetz entspricht, womit eine Voraussetzung für eine Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks erfüllt ist. Eine weitere Voraussetzung für eine Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks ist die Wesentlichkeit⁹⁰⁴ des Mangels. Nur wesentliche Beanstandungen des Prüfers gegen den Jahresabschluss können eine Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks rechtfertigen.⁹⁰⁵

Ein einheitliches Kriterium, anhand dessen der Prüfer die Wesentlichkeit feststellen kann, existiert nicht. Grundsätzlich ist ein Mangel als wesentlich anzusehen, wenn er zu einer unzutreffenden Beurteilung der Rechnungslegung und der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage führt.⁹⁰⁶ Ohne Rücksicht auf ihre Auswirkung auf die Gesamtbeurteilung sind Verstöße gegen gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche bzw. satzungsmäßige oder aufsichtsrechtliche Einzelbestimmungen wesentlich, wenn die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck besondere Bedeutung besitzen und der Verstoß als nicht geringfügig einzuordnen ist. Gesetzlich vorgeschriebenen Bestandteilen des Jahresabschlusses – z.B. dem Anhang – kann grundsätzlich eine besondere Bedeutung hinsichtlich ihres Sinn und Zwecks unterstellt werden. Ebenso werden diese Bestandteile nicht als geringfügig angesehen. Würde also der Anhang im Jahresabschluss fehlen, wäre dieser Umstand als wesentlich anzusehen. Bei den per Gesetz geforderten Informationen innerhalb der Bestandteile muss der Abschlussprüfer dagegen nach seinem Ermessen urteilen.⁹⁰⁷ Das gilt auch für Einzelangaben im Lagebericht.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ Siehe hierzu Krag/Möller (2006a), S. 190 ff.

⁹⁰⁵ Vgl. Morck (2007), § 322 HGB, Rn. 8.

⁹⁰⁶ Vgl. Morck (2007), § 322 HGB, Rn. 8.

⁹⁰⁷ So wäre z.B. das Fehlen des Berichts des Vorstands über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen

Im Zusammenhang mit den betrachteten prüfungspflichtigen Informationssektionen gibt es zwei Aspekte, die es bezüglich des Bestätigungsvermerks zu beurteilen gilt: das Fehlen der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht und ein Mangel in der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess.

Offensichtlich ist das *Fehlen der Erklärung im Lagebericht*, wenn die Erklärung nicht im Lagebericht aufgenommen ist und kein Hinweis auf eine Veröffentlichung auf der Internetseite vorhanden ist. Selbst wenn die Erklärung auf der Internetseite der Öffentlichkeit zugänglich wäre, muss der fehlende Hinweis wie ein Fehlen der Erklärung gewertet werden. Für den Leser des Lageberichts ist nicht zu erkennen, ob und auf welche Weise die Erklärung abgegeben wurde. Ebenfalls fehlt die Erklärung zur Unternehmensführung, wenn zwar ein Hinweis auf die Veröffentlichung der Erklärung im Lagebericht vorhanden ist, die Erklärung aber tatsächlich nicht auf der Homepage des Unternehmens abrufbar ist. Das Fehlen der Erklärung zur Unternehmensführung muss als wesentlich betrachtet werden, da der Erklärung eine besondere Bedeutung zuzumessen und der Verstoß nicht geringfügig ist. Die Voraussetzungen für eine Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks sind somit erfüllt.

Eine Versagung des Bestätigungsvermerks bzw. einen Versagungsvermerk hat der Abschlussprüfer grundsätzlich dann zu erteilen, wenn wesentliche Beanstandungen gegen den Jahresabschluss zu erheben sind, welche sich auf den Jahresabschluss als Ganzen auswirken. Diese Beanstandungen müssen so bedeutend sein, dass nach Ansicht des Abschlussprüfers eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks nicht ausreicht, um die missverständliche oder unvollständige Darstellung im Jahresabschluss zu verdeutlichen.⁹⁰⁹ Eine Versagung des Bestätigungsvermerks wird es im Zusammenhang mit dem Fehlen der Entsprechenserklärung – wie gleich zu erläutern ist – nicht geben.

nach § 312 AktG ein nicht geringfügiger Verstoß von besonderer Bedeutung (vgl. IDW (2008f), IDW PS 250, Rn. 11).

⁹⁰⁸ Vgl. IDW (2008f), IDW PS 250, Rn. 11.

⁹⁰⁹ Vgl. IDW (2008g), IDW PS 400, Rn. 65.

Zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks kommt es generell dann, wenn der Prüfer zu der Auffassung gelangt, dass zwar die wesentlichen Teile der Rechnungslegung eine positive Gesamtaussage zulassen, jedoch bei Prüfungsbeendigung wesentliche Beanstandungen gegen abgrenzbare wesentliche Teile der Buchführung oder der Rechnungslegung vorliegen. Ebenfalls kann der Bestätigungsvermerk eingeschränkt werden, wenn aufgrund von Prüfungshemmnissen eine Beurteilung abgrenzbarer wesentlicher Teile der Rechnungslegung nicht mit hinreichender Sicherheit möglich ist.⁹¹⁰

Hinsichtlich eines Fehlens der Erklärung zur Unternehmensführung kommt es nicht zu einer Versagung des Bestätigungsvermerks. Das Fehlen der Erklärung wirkt sich nicht auf den Jahresabschluss im Ganzen aus. Der Jahresabschluss vermittelt auch ohne die Erklärung eine richtige Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Vielmehr werden die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks erfüllt. Insgesamt kann für den Jahresabschluss ein positives Urteil abgegeben werden, lediglich für den bestimmten, abgrenzbaren Teil im Lagebericht wird dieses aufgehoben.⁹¹¹ Folglich würde das Fehlen der Erklärung zur Unternehmensführung eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks nach sich ziehen.⁹¹² Gleiches gilt, wenn die Entsprechenserklärung zum DCGK, die einen Teil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt, fehlt. Auch hier würde es zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks kommen, wenn dieser Mangel bei Beendigung der Prüfung vorliegen würde.⁹¹³

Ebenfalls bezüglich des Bestätigungsvermerks zu betrachten ist ein *Mangel in der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess*. Zwar existieren hinsichtlich der Beschreibung der Systeme keine gesetzlichen Normen, anhand derer sich der Prüfer orientieren kann. Dennoch kann der Abschlussprüfer bei der Prüfung der Beschreibung zu der Feststellung gelangen, dass die Systembeschreibung nicht mit den tatsächlich bestehenden Systemen

⁹¹⁰ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 509. Zudem sagen MARTEN/QUICK/RUHNKE, dass eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks erst dann möglich ist, wenn die Prüfung beendet ist und ein Mangel vorliegt (vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 509).

⁹¹¹ Die Formulierung im Bestätigungsvermerk könnte lauten: "Mit der genannten Einschränkung steht der Lagebericht im Einklang..." (vgl. Morck (2007), § 322, Rn. 8).

⁹¹² Vgl. IDW (2008g), IDW PS 400, Rn. 54.

⁹¹³ Vgl. Seibt (2002), S. 257.

übereinstimmt, sodass keine zutreffende Vorstellung von der Lage im Unternehmen wiedergegeben wird.

Eine entscheidende Frage ist nun wiederum, ob der Mangel als wesentlich angesehen werden muss und zu einer unzutreffenden Beurteilung der Rechnungslegung und der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage führt.⁹¹⁴ Die Schwierigkeit für den Prüfer liegt in der Beurteilung, ob die Beschreibung der Systeme derart mangelhaft ist, dass es im Hinblick auf die Systeme zu einer insgesamt unzutreffenden Darstellung der Lage im Unternehmen kommt. Der Prüfer hat dies nach seinem Ermessen zu entscheiden. Gelangt der Prüfer zu dem Urteil, dass die Beschreibung der Systeme in einem krassen Widerspruch zu den tatsächlich vorherrschenden Systemen steht, liegt ein Verstoß gegen eine gesetzliche Einzelbestimmung vor. Dieser Verstoß ist als wesentlich zu bewerten,⁹¹⁵ da der Regelung nach ihrem Sinn und Zweck besondere Bedeutung zuzumessen ist.⁹¹⁶

Hat der Prüfer die Wesentlichkeit eines Mangels bei der Beschreibung der Systeme festgestellt, bleibt noch die daraus resultierende Konsequenz auf den Bestätigungsvermerk festzulegen. Trotz Wesentlichkeit ist hier keine Versagung des Bestätigungsvermerks geboten. Die wesentlichen Beanstandungen gegen den Jahresabschluss wirken sich nicht auf den Jahresabschluss als Ganzen aus und sind nicht so bedeutend, dass eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks nicht ausreicht, um die missverständliche oder unvollständige Darstellung im Jahresabschluss zu verdeutlichen. Die falschen bzw. fehlenden Angaben hinsichtlich der Systembeschreibung können durch die Einschränkung identifiziert und kommuniziert werden, womit das Ziel der Einschränkung erreicht wird.⁹¹⁷

Folglich kommt es bei einem wesentlichen Mangel im Rahmen der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks. Der Prüfer muss in diesem Fall wieder zu der Auffassung kommen, dass zwar die wesentlichen Teile der Rechnungslegung

⁹¹⁴ Vgl. Morck (2007), § 322 HGB, Rn. 8.

⁹¹⁵ Vgl. IDW (2008e), IDW PS 350, Rn. 36.

⁹¹⁶ Vgl. IDW (2008f), IDW PS 250, Rn. 11.

⁹¹⁷ Vgl. IDW (2008g), IDW PS 400, Rn. 65.

eine positive Gesamtaussage zulassen, jedoch wesentliche Beanstandungen gegen abgrenzbare wesentliche Teile der Buchführung oder der Rechnungslegung vorliegen – in diesem Fall gegen einen Teil des Lageberichts. Die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks werden erfüllt. Insgesamt kann für den Jahresabschluss ein positives Urteil abgegeben werden, lediglich für den bestimmten, abgrenzbaren Teil im Lagebericht wird das positive Urteil aufgehoben.⁹¹⁸ Somit würde die wesentlich mangelhafte Beschreibung der Systeme zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks führen.⁹¹⁹

Korrigiert ein Unternehmen die aufgedeckten Fehler vor Beendigung der Prüfung auf Hinweis des Prüfers, so ist dem Prüfer nach herrschender Meinung eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks untersagt.⁹²⁰ Dieses Szenario stellt den in der Praxis grundsätzlich auftretenden Ablauf dar. Für Mitteilungen des Prüfers an das Unternehmen, die zeitlich vor der Abgabe des Bestätigungsvermerks liegen, gibt es keine gesetzlichen Vorschriften. Somit besteht für den Prüfer im Anschluss an Zwischenprüfungen oder spätestens in der Schlussbesprechung mit dem Mandanten die Möglichkeit, diesen auf wesentliche Mängel hinzuweisen, sodass die Mängel vor Beendigung der Prüfung beseitigt werden können.⁹²¹ Die Unternehmen werden versuchen, aufgrund der negativen Auswirkungen eines eingeschränkten Bestätigungsvermerks auf die Öffentlichkeit einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk zu erhalten. Sie werden daher alles tun, um die vom Prüfer erhobenen Einwendungen noch vor Abschluss der Prüfung auszuräumen.⁹²²

Durch diese Praxis der „Zusammenarbeit“ wird in der Abschlussprüfung zwar die Sicherstellung der Gesetz- und Ordnungsmäßigkeit der Abschlüsse erreicht, allerdings kommt es zu einer bedenklichen Nähe von Vorstand und Abschlussprüfer. Eine zu enge Zusammenarbeit von Prüfer und Vorstand könnte sich in einem nicht mehr rein objektiven Urteil des Prüfers niederschlagen. Zudem fördert diese Praxis nicht die Bemühungen der Unternehmen, auch ohne Hinweise des Prüfers eine „richtige“ Rechnungsle-

⁹¹⁸ Die Formulierung im Bestätigungsvermerk könnte lauten: „Mit der genannten Einschränkung steht der Lagebericht im Einklang...“ (vgl. Morck (2007), § 322 HGB, Rn. 8).

⁹¹⁹ Vgl. IDW (2008g), IDW PS 400, Rn. 54.

⁹²⁰ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 509.

⁹²¹ Bei wesentlichen Mängeln können auch Briefe an den Vorstand verfasst werden (vgl. Selchert (1996), S. 801).

⁹²² Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (2007), S. 510 f.

gung zu betreiben, da sie bei aufgedeckten Fehlern durch die „Vorabkorrektur“ des Prüfers keine negativen Folgen befürchten müssen. Daher sollte dieser Praxis der „Zusammenarbeit“ mit entsprechenden gesetzlichen Regelungen entgegengewirkt werden. Eine komplette Isolation des Prüfers bis zu seinem Prüfungsurteil ist dabei sicherlich schwer umzusetzen. Möglich wäre es aber, die Anzahl und das Ausmaß der „Vorabkorrekturen“ des Prüfers mit in das zu veröffentlichende Prüfungsurteil einfließen zu lassen.

5.4 Vorläufiges Resümee

Die in Kapitel vier dargestellten und kritisierten direkten Corporate Governance-relevanten Informationssektionen, die aufgrund der Abänderungsrichtlinie im Rahmen des BilMoG im deutschen Recht implementiert wurden, müssen unterschiedlich geprüft werden. Bei der Erklärung zur Unternehmensführung erfolgt lediglich eine formelle Prüfung. Es wird nicht der Inhalt der Erklärung geprüft, sondern nur, ob die Erklärung zur Unternehmensführung abgegeben und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Eine allgemeine Geschäftsführungsprüfung⁹²³ muss der Abschlussprüfer damit nicht durchführen.⁹²⁴

Die Abschlussprüfung stellt einen Teil des deutschen Enforcements dar. Sie wird allerdings bei der Erklärung zur Unternehmensführung nicht angewendet. Deshalb könnten die Unternehmen rudimentäre – sogar unrichtige – Angaben in der Erklärung zur Unternehmensführung machen, ohne dass das Unternehmen negative Auswirkungen fürchten müsste. Der Abschlussprüfer besitzt eine Redepflicht gemäß § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB, falls ihm im Rahmen seiner Prüfung Gesetzes- oder Satzungsverletzungen auffallen sollten. Die Redepflicht scheint in diesem Fall ein unzureichendes Mittel gegen unrichtige Angaben in der Erklärung zur Unternehmensführung zu sein. Die in der Erklärung aufgeführten Inhalte stellen in den seltensten Fällen eine Gesetzes- oder Satzungsverletzung dar und würden daher auch keine Redepflicht auslösen. Unrichtigkeiten würden überwiegend im Rahmen von Verhaltensvorgaben für Vorstand oder Aufsichtsrat, die z.B. in einem Firmenkodex geregelt sind und in der beschriebenen Art nicht zutreffen, auftreten. Da derartige Unrichtigkeiten aber überwiegend keine Gesetzes-

⁹²³ Siehe hierzu Krag/Möller (2006b), S. 159 ff.

⁹²⁴ Dieser Umstand ist insoweit konsequent, als dass die Entsprechenserklärung zum DCGK gemäß § 161 AktG Teil der Erklärung zur Unternehmensführung ist und die Entsprechenserklärung ebenfalls lediglich einer formellen und keiner materiellen Prüfung unterliegt (vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82).

oder Satzungsverletzungen sind, würden sie folglich unentdeckt bleiben. Abhilfe für diesen Missstand würde wiederum nur eine inhaltliche Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung schaffen.

Gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB sind die Erklärung zur Unternehmensführung und damit ebenfalls die Entsprechenserklärung auch dann von der Abschlussprüfung ausgenommen, wenn die Erklärung Teil des Lageberichts ist. Die lediglich formelle Prüfung führt im Ergebnis dazu, dass ein Teil des Lageberichts nicht vom Bestätigungsvermerk erfasst wird, da er nicht der Abschlussprüfung unterliegt. Dieser Umstand trägt dazu bei, dass die bereits bestehende Erwartungslücke weiter vergrößert wird und muss kritisiert werden.⁹²⁵ Auch im Sinne einer Erhöhung des Anlegervertrauens und Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation ist die fehlende materielle Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung als negativ zu beurteilen. Die Adressaten der Informationen haben keine Möglichkeit, sich zu vergewissern, ob dem angegebenen Verhalten auch tatsächlich gefolgt wurde.

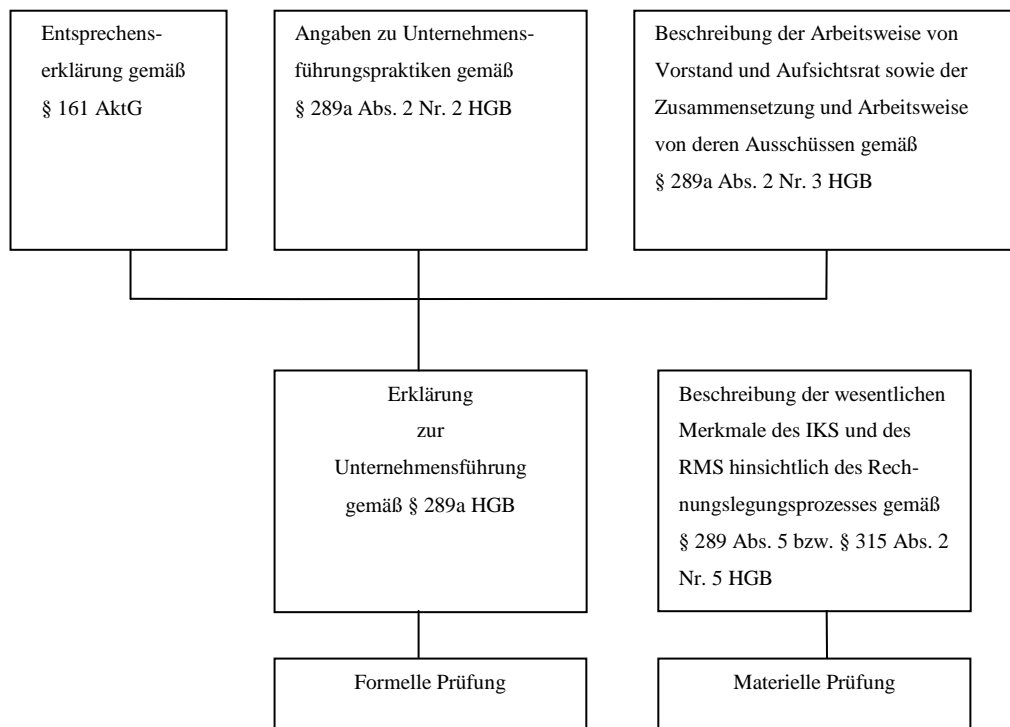
Bei der Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess erfolgt eine inhaltliche Prüfung, wodurch die Adressaten der Informationen die Richtigkeit der Beschreibung annehmen können. Die inhaltliche Prüfung ist insgesamt sehr positiv, da sie dazu beiträgt, das Vertrauen in die Rechnungslegung der Unternehmen zu erhöhen. Zudem kann es als positiv angesehen werden, dass die Möglichkeit zur Verbesserung der Corporate Governance besteht, weil aus der Beschreibungspflicht der bestehenden Systeme eine Verbesserung der Systeme resultieren könnte.

Aufgrund der besonderen Bedeutung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems ist die Prüfung der Beschreibung der Systeme durch den Abschlussprüfer notwendig, damit die Adressaten Gewissheit über die Richtigkeit der Angaben haben. Werden freiwillig Angaben zur Funktionsfähigkeit der Systeme publiziert, erscheint es angemessen und zur Stärkung des Anlegervertrauens notwendig, diese Angaben auch in die Prüfung einzubeziehen. Gerade in Zeiten der Wirtschaftskrise ist die Prüfung der Systembeschreibung sinnvoll, um verloren gegangenes Vertrauen zurück zu gewinnen.

⁹²⁵ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82.

Insgesamt kann die Prüfung der Informationen in dem Bereich zu einer Erhöhung des Anlegervertrauens und Verbesserung der Corporate Governance führen, indem eine materielle Prüfung vorgenommen wird und die Angaben den tatsächlich vorherrschenden Verhältnissen entsprechen müssen. Dies ist nur bei der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems der Fall. Angebracht wäre es, dass auch die Erklärung zur Unternehmensführung einer materiellen Prüfung unterzogen wird, um die Richtigkeit der Angaben zu gewährleisten. Insbesondere hinsichtlich der Verhaltensweisen von Vorstand und Aufsichtsrat als die ausschlaggebenden Organe im deutschen Corporate Governance-System wäre eine Prüfung der publizierten Informationen nützlich. Durch die Prüfung würde der Druck auf die Organe erhöht, sich auch entsprechend der veröffentlichten Informationen zu verhalten. Hieraus könnte sich eine Verbesserung der unternehmenseigenen Führungs- und Kontrollsituation ergeben.

In dem folgenden Schema ist die Prüfungspflicht der direkten Informationssektionen noch einmal abgebildet.



Schema 2: Prüfungspflichtige direkte Informationssektionen.

6. Publizität der Informationen zur Corporate Governance

Nachfolgend soll die Art der Publizität der direkten Corporate Governance-relevanten Informationssektionen, die auf Basis der Abänderungsrichtlinie im deutschen Recht implementiert wurden, untersucht und beurteilt werden. Hierbei wird zunächst auf die Platzierung der Informationen und anschließend auf die Regelmäßigkeit der Publizität eingegangen.

6.1 Platzierung der Informationen

Die Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB kann wahlweise im Lagebericht oder auf der Internetseite erfolgen. Im Gegensatz dazu muss die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, die einen Teil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt, auf der Internetseite der Öffentlichkeit dauerhaft zugänglich gemacht werden. Die Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems muss im Lagebericht publiziert werden. Die Platzierung der Erklärung zur Unternehmensführung, der Entsprechenserklärung sowie der Systembeschreibung sollen im Folgenden dargestellt und kritisiert werden.

6.1.1 Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a HGB

6.1.1.1 Lagebericht

Der gesetzgeberische Ausgangspunkt bezüglich der Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung ist gemäß § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB der Lagebericht, in dem die Erklärung als gesonderter Abschnitt aufgenommen werden soll. Durch die Veröffentlichung der Erklärung im Rahmen des Lageberichts werden die Adressaten regelmäßig über die Corporate Governance eines Unternehmens unterrichtet, was als positive Weiterentwicklung in der Corporate Governance-Publizität angesehen werden kann. Mit der Zuordnung der Erklärung zum Lagebericht – und damit auch zum Jahresabschluss – wird die Bedeutung der Erklärung zur Unternehmensführung bereits deutlich.

Für den Konzernlagebericht gemäß § 315 HGB existiert keine entsprechende Änderung durch das BilMoG. Konzerne sind nicht zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmens-

führung verpflichtet.⁹²⁶ Dieser Umstand ist insofern zu kritisieren, als dass potentielle Investoren keine einheitliche Erklärung über die Konzernführung erhalten. Grundsätzlich sollte aber die Erklärung zur Unternehmensführung des Mutterunternehmens genügen, um für die Investitionsentscheidung relevante Informationen zu erhalten.

Aufgrund der Vielzahl der in der Erklärung zur Unternehmensführung geforderten Angaben besteht in der Praxis – nicht ganz zu Unrecht – die Sorge, dass der Lagebericht und infolge dessen auch der Geschäftsbericht hinsichtlich ihres Umfangs ein Ausmaß annehmen, das für den Adressaten kaum noch zu bewältigen ist.⁹²⁷

Gegen die Verankerung der Erklärung im Lagebericht spricht auch, dass der Lagebericht und die Erklärung zur Unternehmensführung unterschiedliche Ziele verfolgen. Der Lagebericht soll – in Ergänzung zum Jahresabschluss – den Geschäftsverlauf und die Lage des Unternehmens darstellen und somit die Adressaten über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens informieren. Die Inhalte der Erklärung zur Unternehmensführung betreffen weitgehend gesellschaftsrechtliche Aspekte zur Unternehmensführung. Die Angaben entsprechen folglich systematisch nicht dem Zweck des Lageberichts^{928, 929}. Bereits aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen des Lageberichts und der Erklärung zur Unternehmensführung ist die Aufnahme der Erklärung in den Lagebericht zu kritisieren.⁹³⁰

Ein weiterer Kritikpunkt, der sich aus der Aufnahme der Erklärung in den Lagebericht ergibt, ist, dass aus diesem Umstand ein Verstoß gegen das Prinzip der Kongruenz von Zuständigkeit und Berichtskompetenz resultiert. Die Lageberichts-aufstellung fällt gemäß § 264 Abs. 1 Satz 1 HGB in den Verantwortungsbereich des Vorstands. Allerdings enthält die Erklärung zur Unternehmensführung Informationssektionen, auf deren Inhalt der Aufsichtsrat erheblichen Einfluss ausübt. Zu nennen sind hier die Entsprechenser-

⁹²⁶ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1021.

⁹²⁷ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 81.

⁹²⁸ Gemäß § 289 Abs. 2 HGB soll der Lagebericht über Vorgänge von besonderer Bedeutung nach dem Abschlussstichtag, die voraussichtliche Entwicklung, Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, vorhandene Zweigniederlassungen des Unternehmens sowie die Grundzüge des Vergütungssystems berichten.

⁹²⁹ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1029; IDW (2005), S. 177.

⁹³⁰ Vgl. IDW (2005), S. 177.

klärung zum DCGK (§ 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB) sowie die Beschreibung aufsichtsratsrelevanter Angaben gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB. Bei einer Aufnahme der Erklärung zur Unternehmensführung in den Lagebericht kommt es zu einer Vermengung der Kompetenzen von Aufsichtsrat und Vorstand, was wiederum gegen die Verankerung der Erklärung im Lagebericht spricht.⁹³¹

Ein zusätzliches Argument gegen die Aufnahme der Erklärung in den Lagebericht ist die Tatsache, dass die Erklärung gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB explizit von der Prüfungspflicht durch den Abschlussprüfer ausgenommen ist. Der Lagebericht an sich ist aber grundsätzlich gemäß § 317 Abs. 1 Satz 2 HGB prüfungspflichtig. Insgesamt enthält der Lagebericht somit prüfungspflichtige und nicht-prüfungspflichtige Bestandteile. Für die Adressaten des Jahresabschlusses bedeutet dieser Umstand, dass es zu Missverständnissen bezüglich der Zuverlässigkeit unterschiedlicher Teilbereiche des Lageberichts kommen kann, wodurch die Erwartungslücke weiter vergrößert werden könnte.⁹³²

Um die genannten Probleme zu lösen, würde sich anbieten, die Erklärung zur Unternehmensführung als ein gesondertes Berichtsinstrument neben den Lagebericht und die anderen Berichtsinstrumente zu stellen.⁹³³ Hierbei könnten beispielsweise die gesamten Corporate Governance-relevanten Berichtspflichten in die Erklärung nach § 161 AktG aufgenommen werden. Damit hätten die Adressaten sämtliche Informationen, welche die Corporate Governance betreffen, gebündelt und übersichtlich an einem Ort. Es sollte dann möglich sein, die Beschreibung der personellen Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat, die momentan noch gemäß § 285 Nr. 10 HGB im Anhang vorgenommen werden muss, ebenfalls in der Erklärung zur Unternehmensführung anzugeben. Eine derartige Umsetzung wäre zudem richtlinienkonform, da das Mitgliedstaatenwahlrecht der EU-Richtlinie in Art. 46 Abs. 2 die Möglichkeit für eine „Auslagerung“ der Erklärung zur Unternehmensführung einräumt.⁹³⁴

Umstritten ist noch die Frage, ob Unternehmen die Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB offen zu legen haben. § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB enthält

⁹³¹ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1029 f.

⁹³² Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1030.

⁹³³ Vgl. Withus (2009d), S. 241.

⁹³⁴ Vgl. IDW (2005), S. 177.

eine Aufzählung, welche Informationen neben dem geprüften Jahresabschluss beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers elektronisch einzureichen sind. Gegen die Annahme einer Offenlegung sprechen die gesonderte Regelung für die Erklärung zur Unternehmensführung in § 289a HGB sowie die Formulierung in § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB, wonach die Erklärung zwar in den Lagebericht aufgenommen werden muss, in diesem aber einen gesonderten Abschnitt bilden soll und somit sozusagen einen Lageberichtszusatz darstellt, der nicht unter die Veröffentlichungspflicht des Lageberichts fällt.

Gegen eine obligatorische Veröffentlichung spricht zudem die Tatsache, dass die Aufzählung des § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB im Rahmen des BilMoG nicht um die Erklärung zur Unternehmensführung ergänzt wurde, wodurch die Veröffentlichungspflicht un-
zweifelhaft wäre. Die Erklärung fehlt in der Aufzählung nach § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB, welche Informationen bzw. Bestandteile die gesetzlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften einzureichen haben. § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB nimmt nach wie vor lediglich auf die nach § 161 AktG vorgeschriebene Entsprechenserklärung zum DCGK Bezug.⁹³⁵

Für eine Veröffentlichungspflicht der Erklärung spricht, dass die Erklärung zwar im Lagebericht einen gesonderten Abschnitt bilden soll, sie aber trotzdem Bestandteil des Lageberichts und in diesen zu integrieren ist. Folglich stellt die Erklärung einen Teil des Lageberichts dar. Daraus resultiert, dass die Erklärung zur Unternehmensführung auch durch die Offenlegungspflicht, die bezüglich des Lageberichts gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB explizit besteht, abgedeckt wird. Unter Abwägung der Argumente ist es schwer zu entscheiden, nach Ansicht des Verfassers muss allerdings der Meinung gefolgt werden, dass die Erklärung zur Unternehmensführung zu veröffentlichen ist. Die Erklärung zur Unternehmensführung stellt einen Teil des Lageberichts dar und muss auch mit diesem gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 HGB offen gelegt werden.

6.1.1.2 Internetseite

Nehmen die Unternehmen das Wahlrecht wahr, ihre Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a Abs. 1 Satz 2 HGB auf der Internetseite des Unternehmens der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, muss gemäß § 289a Abs. 1 Satz 3 HGB eine ent-

⁹³⁵ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1031.

sprechende Angabe in den Lagebericht aufgenommen werden. Diese Angabe enthält generell die Internetseite. Gegen eine Veröffentlichung im Internet spricht lediglich, dass Interessenten, die keinen privaten Zugang zum Internet besitzen oder ungeübt in der Handhabung des Internets sind, Schwierigkeiten haben könnten, die Informationen von der entsprechenden Internetseite zu erhalten. Allerdings muss heutzutage vorausgesetzt werden können, dass sich Interessenten die entsprechenden Informationen von der Internetseite eines Unternehmens beschaffen können.

Grundsätzlich ist die Möglichkeit einer Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite der Unternehmen aber als positiv einzustufen, da Anteilseigner und andere Bezugsgruppen über das Internet schnell und gleichmäßig informiert werden können. Zudem sind die Kosten der Information für die Unternehmen gering. In der Praxis wird das Internet aufgrund dessen sehr häufig genutzt, um Unternehmensinformationen zu publizieren.⁹³⁶

Ebenfalls für eine Publizität der Erklärung zur Unternehmensführung im Internet spricht, dass die Entsprechenserklärung, die einen Teil der Erklärung zur Unternehmensführung darstellt, gemäß § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Unternehmen der Öffentlichkeit dauerhaft zugänglich sein muss. Für die weiteren Informationen, die neben der Entsprechenserklärung Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung sind, besteht ebenfalls die Möglichkeit einer Internetpublizität. Hinsichtlich der relevanten Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, wird gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB zusätzlich ein Hinweis verlangt, wo die Angaben öffentlich zugänglich sind. Eine Veröffentlichung im Internet ist hier also grundsätzlich ebenfalls möglich. Bezüglich der Beschreibung der Arbeitsweise der Verwaltungsorgane sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen wird in § 289a Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 HGB explizit die Verweismöglichkeit genannt, wenn die Informationen auf der Internetseite des Unternehmens öffentlich zugänglich sind. Sind folglich die Informationen nach § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB im Internet zugänglich, reicht in der Erklärung zur Unternehmensführung ein Verweis auf die Angaben im Internet.

⁹³⁶ Vgl. Werder (2008f), S. 305 f.

Aufgrund der Pflicht für die Unternehmen, die Erklärung zur Unternehmensführung der Öffentlichkeit und nicht nur den Aktionären zugänglich zu machen, dürfen die Unternehmen den Zugang zu ihrer Internetseite bzw. zu der Erklärung zur Unternehmensführung nicht mehr durch Passworte begrenzen, wie es teilweise bei der Publizität der Entsprechenserklärung vor dem BilMoG der Fall war. Damals musste die Entsprechenserklärung lediglich den Aktionären und Anlegern zugänglich gemacht werden und nicht der Öffentlichkeit generell. Dabei kam es zu der Vergabe von Passwörtern, um die Zugriffsmöglichkeiten auf die entsprechenden Informationen auf den dafür vorgeschriebenen Adressatenkreis zu beschränken. Allerdings wurde dieses Vorgehen äußerst selten praktiziert, zudem konnte die Geheimhaltung von Passwörtern durch die kaum zu unterbindende Weitergabe nicht erreicht werden.⁹³⁷ Folglich ist das Wegfallen dieser Möglichkeit des Datenschutzes für die Praxis kaum von Bedeutung.

Damit die Erklärung zur Unternehmensführung, wie in § 289a Abs. 1 Satz 2 HGB gefordert, als auf der Internetseite öffentlich zugänglich angesehen werden kann, gilt es, bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen. Die Seiten, auf denen die Erklärung für die Öffentlichkeit erreichbar ist, müssen von der Startseite des Unternehmens (Homepage) aus mit einer – möglichst direkten – Verknüpfung (Link) aufgerufen werden können. Zudem sollte der Nutzer die Möglichkeit haben, den Aufruf der Seiten ohne Unterbrechung, ohne Einschränkungen (z.B. Passwörter oder Internetprotokoll-Nummern-Begrenzungen) und ohne zu lange Ladezeiten vorzunehmen. Weiterhin sollte ein Abrufen der Informationen mit allen Standardbrowsern und eventuell mit kostenlos verfügbaren Zusatzprogrammen durchführbar sein.⁹³⁸

Relativ schwer ist die Frage zu beantworten, über welchen Zeitraum die Erklärung zur Unternehmensführung auf den Internetseiten der Unternehmen vorgehalten werden soll. Insgesamt erscheint es sinnvoll, die Erklärung analog zu der Entsprechenserklärung zumindest bis zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses des folgenden Jahres auf der Internetseite bereitzustellen. Unangemessen wäre, die Erklärung dauerhaft – das bedeutet weitere fünf Jahre – auf der Internetseite zur Verfügung zu stellen, wie es der DCGK für nicht mehr aktuelle Entsprechenserklärungen empfiehlt. Dies würde eine Übererfüllung der Vorschriften gemäß § 289a Abs. 1 Satz 2 HGB bedeuten. § 289a Abs. 1 Satz 2

⁹³⁷ Vgl. Werder (2008f), S. 306.

⁹³⁸ Vgl. Werder (2008g), S. 313.

HGB fordert im Gegensatz zu § 161 Abs. 2 AktG keine „dauerhafte“ Zugänglichkeit der Erklärung zur Unternehmensführung.⁹³⁹ Welche Informationen ein Unternehmen letztendlich als noch aktuell ansieht und daher im Internet zugänglich macht, ist Sache des Unternehmens selbst.⁹⁴⁰

Aufgrund der Fülle der Informationen, welche die Unternehmen mittlerweile im Internet – über einen mehr oder weniger langen Zeitraum – veröffentlichen sollen, besteht die Empfehlung in Ziffer 6.8 des DCGK, die Internetseite übersichtlich zu gliedern. Mittlerweile lassen sich dabei gewisse Gestaltungstrends identifizieren, welche ein Muster für eine übersichtliche Gliederung liefern. En detail bleibt das Design des Internetauftritts aber Sache der Unternehmen selbst. Einzige Vorgabe ist dabei, dass die Struktur der Website so beschaffen sein muss, dass die Erklärung zur Unternehmensführung leicht auffindbar ist, z.B. in einer Rubrik „Investor Relations“. Die Rubrik „Investor Relations“ wird regelmäßig auf der Homepage der Unternehmen verlinkt.⁹⁴¹

Zu einer Veröffentlichung der Erklärung im Internet wird es sehr häufig kommen, da börsennotierte Unternehmen bereits einen Großteil ihrer Informationen über dieses Medium publizieren. So stellen beispielsweise mittlerweile alle börsennotierten Unternehmen ihren Geschäftsbericht im Internet zur Verfügung.⁹⁴²

6.1.2 Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG

Das Gesetz schreibt in § 161 Abs. 2 AktG explizit eine Veröffentlichung der Entsprechenserklärung auf der Internetseite des Unternehmens vor. Die Informationsadressaten können sich nicht mehr darauf verlassen, dass ihnen die Information in der gängigen Art und Weise – z.B. durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder einem Gesellschaftsblatt – zugehen und müssen sich somit aktiv um die Information bemühen. Eine Mitteilungspflicht seitens des Unternehmens existiert nicht.⁹⁴³ Die Veröffentlichung erfolgt

⁹³⁹ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1028.

⁹⁴⁰ Vgl. Werder (2008g), S. 313.

⁹⁴¹ Vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 62; Werder (2008g), S. 313 f.

⁹⁴² Vgl. Gerum (2007), S. 385.

⁹⁴³ Vgl. Hüffer (2008), § 161 AktG, Rn. 23.

auf der Homepage des Unternehmens, eine Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger muss nicht erfolgen.⁹⁴⁴

Eine gesetzestechnische Besonderheit, welche die Veröffentlichung der Entsprechenserklärung von der Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung unterscheidet, ist die Forderung der dauerhaften Zugänglichkeit der Entsprechenserklärung für die Öffentlichkeit. Die Forderung der Dauerhaftigkeit resultiert aus dem Umstand, dass die Entsprechenserklärung in ihrem zukunftsgerichteten Teil Absichts- und Dauererklärung und nicht etwa stichtagsbezogen ist. Folglich muss eine fortlaufende Verfügbarkeit gegeben sein, damit sich die Öffentlichkeit auch unterjährig über die Corporate Governance informieren kann. „Dauerhaft“ bedeutet dabei nicht, dass Entsprechenserklärungen der vergangenen Jahre im Internet abrufbar sein müssen. Gemäß § 161 AktG wird lediglich gefordert, dass die aktuelle Erklärung einsehbar ist, ältere Erklärungen sind nicht notwendig.⁹⁴⁵

Ebenfalls mit der Forderung nach einer dauerhaften Zugänglichkeit verbunden ist die technische Realisierung auf der Homepage des Unternehmens, wobei diese Voraussetzung heutzutage relativ leicht erfüllt werden kann. Zumal die vorübergehend fehlende Erreichbarkeit der Internetseite – z.B. aus technischen Gründen – als unschädlich angesehen wird. Die Unternehmen müssen allerdings dafür Sorge tragen, dass die Erklärung „unter gewöhnlichen Umständen zur Verfügung steht“.⁹⁴⁶ Kann die Entsprechenserklärung in ihrer jeweils maßgeblichen Fassung über die Internetseite des Unternehmens abgerufen werden, gilt der Zugang als dauerhaft.⁹⁴⁷

Wird die erforderliche Entsprechenserklärung einschließlich einer Begründung etwaiger Abweichungen von Vorstand und Aufsichtsrat beschlossen, aber unter Missachtung von § 161 Abs. 2 AktG nicht oder nicht dauerhaft öffentlich zugänglich gemacht, können die Entlastungsbeschlüsse für den Vorstand und den Aufsichtsrat angefochten werden. Mit der dauerhaften Publizität der Erklärung zum DCGK wird eine Information der Ka-

⁹⁴⁴ Vgl. Ringleb (2008b), S. 349.

⁹⁴⁵ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 37; Der DCGK empfiehlt dagegen, dass auch ältere Erklärungen verfügbar zu halten sind (vgl. Lutter (2006), § 161 AktG, Rn. 62).

⁹⁴⁶ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 35.

⁹⁴⁷ Vgl. Hüffer (2008), § 161 AktG, Rn. 23.

pitalmarktteilnehmer bezweckt, ob sich ein den Kapitalmarkt in Anspruch nehmendes Unternehmen an die vom DCGK vorgegebenen Verhaltensstandards zur Leitung und Kontrolle hält bzw. wo es warum von ihnen abweicht. Eine beschlossene aber nicht dauerhaft zugängliche Entsprechenserklärung kann diesen Zweck nicht erfüllen. Folglich muss der Umstand einer nicht dauerhaft zugänglichen Erklärung als anfechtungserheblich angesehen werden.⁹⁴⁸

Auf freiwilliger Basis kann die Entsprechenserklärung zusätzlich in den Lagebericht aufgenommen werden. Zu beachten ist dabei, dass der Lagebericht in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands fällt. Um die gemeinsame Verantwortung beider Organe für die Erklärung zum DCGK auszudrücken, bietet sich folglich ein gesonderter Abschnitt für die Aufnahme der Entsprechenserklärung an. Aus diesem Grund empfiehlt der DCGK in Ziffer 3.10, die Erklärung zum DCGK sowie darüber hinaus gehende Erläuterungen in dem gesonderten Bericht zur Corporate Governance aufzunehmen, wenn das Unternehmen eine über die Einstellung auf der Internetseite hinausgehende Publizität der Entsprechenserklärung vornehmen möchte.⁹⁴⁹

Im Zusammenhang mit der Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG müssen Unternehmen gemäß § 285 Nr. 16 HGB in ihrem Anhang mitteilen, dass die Erklärung zum DCGK abgegeben und wo sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist. Dies stellt eine Änderung durch das BilMoG dar, weil die Unternehmen bislang lediglich verpflichtet waren mitzuteilen, dass die Entsprechenserklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht wurde. Nunmehr müssen sie offenlegen, wo, das bedeutet auf welcher Internetseite, die Erklärung zum DCGK für die Allgemeinheit öffentlich erreichbar ist. Auch Konzerne müssen gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB in ihrem Anhang angeben, dass die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgegeben und wo sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Allerdings wurde die Angabe bei Konzernunternehmen erweitert. Konzerne müssen für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen die entsprechenden Angaben machen. Die Beschränkung auf börsennotierte Unternehmen in § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB resultiert aus dem Wirkungskreis des DCGK.

⁹⁴⁸ Vgl. Goslar/von der Linden (2009), S. 1695.

⁹⁴⁹ Vgl. Kirschbaum (2007), § 161 AktG, Rn. 42 f.

Mit der Forderung anzugeben, wo die Entsprechenserklärung öffentlich zugänglich gemacht wurde, kann nur der entsprechende Hinweis auf die Internetseite des jeweiligen Unternehmens gemeint sein. Hierbei ist auch die genaue Internetadresse der Homepage mitzuteilen, auf der die Erklärung der Allgemeinheit öffentlich zugänglich gemacht wurde. Aufgrund der Tatsache, dass in der Praxis bereits bisher die Entsprechenserklärungen auf den Internetseiten der Unternehmen veröffentlicht wurden, ergeben sich aus dieser Neuerung keine Einschränkungen.⁹⁵⁰

6.1.3 Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen Teils des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems

Gemäß § 289 Abs. 5 HGB müssen Kapitalgesellschaften im Sinn des § 264d HGB die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess im Lagebericht publizieren. Die Publizitätspflicht wird für die betroffenen Unternehmen damit ausgeweitet. Eine Möglichkeit, Angaben zum rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem statt im Lagebericht in einem gesonderten Bericht auf der Internetseite des Unternehmens zu veröffentlichen, besteht nicht.⁹⁵¹

Ein Grund für die vorgeschriebene Publizität liegt in der Berichterstattung über das Risikomanagement eines Einzelunternehmens bzw. Konzerns im Lagebericht. Der Lagebericht bzw. Konzernlagebericht soll gemäß § 289 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB auf die Risikomanagementziele und -methoden des Unternehmens bzw. des Konzerns eingehen. Dabei müssen auch die Absicherungsmethoden aller wichtigen Arten von Transaktionen, die im Rahmen der Bilanzierung von Sicherungsgeschäften erfasst werden, sowie die Preisänderungs-, Ausfall-, und Liquiditätsrisiken und die Risiken aus Zahlungsstromschwankungen dargelegt werden. Die Angaben sind jeweils in Bezug auf die Verwendung von Finanzinstrumenten vorzunehmen, sofern die Angaben für die Beurteilung der Lage oder der voraussichtlichen Entwicklung von Bedeutung ist. Um eine bezüglich des Risikomanagements zusammenhängende und übersichtliche Publi-

⁹⁵⁰ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1027.

⁹⁵¹ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 79.

tät zu gewährleisten, sind die das interne Kontroll- und das Risikomanagement betreffenden Informationen ebenfalls im Lagebericht zu publizieren.⁹⁵²

Unter Berücksichtigung der Informationseffizienz ist die Publizität der Informationen im Lagebericht nachzuvollziehen und grundsätzlich positiv zu beurteilen. Durch die Bündelung der Informationen bezüglich der bestehenden Risiken, der Risikomanagementziele und -methoden sowie des Kontroll- und des Risikomanagementsystems kann der Leser des Lageberichts die risikospezifischen Informationen zusammengefasst aufnehmen und eine umfassende Einschätzung der Risikolage des Unternehmens treffen, da ihm im Lagebericht alle risikorelevanten Informationen zugehen.

Hinsichtlich der gerechtfertigten Berichterstattung im Lagebericht ist noch anzumerken, dass es bei der Beschreibung des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu Überschneidungen in der Berichterstattung mit den Angaben nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB kommen kann. Um eine doppelte Berichterstattung innerhalb des Lageberichts auszuschließen, ist es möglich, eine Zusammenfassung der Angaben zum Risikomanagementsystem gemäß § 289 Abs. 5 HGB mit den Angaben nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB zu einem einheitlichen „Risikobericht“ vorzunehmen. Diese Möglichkeit besteht ebenfalls für Konzerne.⁹⁵³ Der Lagebericht soll über den Geschäftsverlauf und über die wirtschaftlichen Verhältnisse informieren sowie die Lage des Unternehmens mit seinen Chancen und Risiken darstellen. Da der Risikobericht einen elementaren Bestandteil dieser Informationen abdeckt, ist die Verankerung im Lagebericht grundsätzlich sinnvoll. Auch wird es dem Adressat ermöglicht, die Verhältnismäßigkeit von Risikosituation und Maßnahmen zur Risikovermeidung besser einzuschätzen und zu entscheiden, ob das Risikomanagementsystem unterentwickelt im Verhältnis zu den bestehenden Risiken ist.

Sinnvoll erscheint die gesetzlich vorgeschriebene Publizität im Lagebericht auch im Hinblick auf die Überprüfung der rechnungslegungsbezogenen Angaben zum internen Kontroll- und Risikomanagementsystem durch den Abschlussprüfer. Aufgrund der gesetzlichen Verortung im Lagebericht ist die Beschreibung der Systeme durch den Ab-

⁹⁵² Vgl. Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2787 f.

⁹⁵³ Die Angaben gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB können mit den Angaben gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB – ohne ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis – zu einem einheitlichen „Risikobericht“ zusammengefasst werden (vgl. Bundesministerium der Justiz (2008), S. 190).

abschlussprüfer im Rahmen der Lageberichtsprüfung gemäß § 317 Abs. 2 HGB zu prüfen.⁹⁵⁴ Der Verzicht der Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Publizität begründet sich darin, die Informationen gemäß § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB der Prüfung durch den Abschlussprüfer zu unterziehen. Insofern kann der Verzicht nachvollzogen werden.⁹⁵⁵ Wie bereits dargelegt, ist aufgrund der besonderen Bedeutung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems für die Zukunftsfähigkeit eines Unternehmens die Prüfung der Beschreibung der Systeme durch den Abschlussprüfer sinnvoll und gerade in Zeiten der Finanzmarktkrise notwendig. Somit erscheint die Publizität im Lagebericht angebracht, weil auf diese Weise eine Überprüfung der Informationen nach § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB erreicht wird.

Trotz der Tatsache, dass vor dem BilMoG keine Berichterstattungspflicht über die rechnungslegungsbezogenen Systeme existierte, waren Konzerne bereits bisher verpflichtet, im Lagebericht über das Risikomanagement zu berichten – indes mit einem anderen Fokus.⁹⁵⁶ Der Deutsche Rechnungslegungs Standard Nr. 5 (DRS 5) „Risikoberichterstattung“ fordert im Zusammenhang mit Risiken der zukünftigen Entwicklung nach § 315 Abs. 1 Satz 5 HGB eine angemessene Berichterstattung über das konzernweite Risikomanagementsystem im Lagebericht.⁹⁵⁷ Im Rahmen dieser Berichterstattung ist auf die Strategie, den Prozess sowie die Organisation des Risikomanagements einzugehen. Folglich stellt sich wiederum die Frage nach der Einbettung der neuen gesetzlichen Berichtspflichten, die aus dem BilMoG resultieren, in die Lageberichterstattung. Das rechnungslegungsbezogene interne Kontroll- und das Risikomanagementsystem waren bislang regelmäßig allerdings noch nicht Teil der Berichterstattung. Insoweit sollten sich auch hier aus der Neuregelung nur geringe Überschneidungen in der Berichterstattung ergeben und folglich kaum eine doppelte Berichterstattung auftreten.⁹⁵⁸

Sinnvoll wäre für Konzerne, die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Konzernrechnungslegungsprozess gemäß § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB so auszuweiten, dass die Anforderun-

⁹⁵⁴ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 53.

⁹⁵⁵ Vgl. Melcher/Mattheus (2008), S. 54; Hommelhoff/Mattheus (2007), S. 2789.

⁹⁵⁶ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1025.

⁹⁵⁷ Vgl. DRSC (2009), DRS 5, Rn. 26 ff.

⁹⁵⁸ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1025.

gen des DRS 5 ebenfalls erfüllt werden. Dadurch würde eine zusammenhängende Berichterstattung und damit verbundene bessere Übersichtlichkeit der Informationen zum Risikomanagement gewährleistet.⁹⁵⁹ Welche Informationen letztendlich veröffentlicht werden, ist durch die ungenauen Vorgaben des § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB hinsichtlich des Inhalts durch den Gesetzgeber bislang rechtsunsicher. Die inhaltliche Ausgestaltung der Vorschriften bleibt weitgehend offen. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, im Sinne der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung den Maßstab für die Berichtspflicht zu präzisieren. Eine detaillierte Vorgabe von Merkmalen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems, über die Konzerne berichten müssen, erscheint notwendig. Ansonsten droht der Fall, dass sich die Berichterstattung in Form von Textbausteinen erschöpft, was teilweise bei der Risikomanagement-Berichterstattung im Konzernlagebericht zu beobachten ist.⁹⁶⁰ Hier muss sich der Gesetzgeber fragen lassen, was er tatsächlich mit der neuen Berichtspflicht hinsichtlich des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems erreichen möchte.

6.2 Regelmäßigkeit der Publizität

Im Rahmen der Untersuchung der Publizität muss auch die Regelmäßigkeit der Erklärung zur Unternehmensführung, der Entsprechenserklärung sowie der Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems betrachtet werden. Insbesondere relevant ist die Frage, ob die Erklärung zur Unternehmensführung unterjährig zu ändern ist.

Um die Konsequenzen für das Verhalten der Unternehmen im Falle einer unterjährigen Änderung von Sachverhalten, welche die Erklärung zur Unternehmensführung betreffen, zu bestimmen, kann zunächst das Vorgehen bei unterjährigen Änderungen der *Entsprechenserklärung*, die ein Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist, herangezogen werden.

Erfolgt eine unterjährige Änderung der Kodexempfehlung, wodurch abweichende oder zusätzliche Forderungen an die Corporate Governance des Unternehmens gestellt werden, und setzen Vorstand und Aufsichtsrat ihr Verhalten sowie ihre ursprünglichen Ab-

⁹⁵⁹ Vgl. Wenk/Jagosch (2009), S. 540 f.

⁹⁶⁰ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1025 f.

sichten fort, besteht nach herrschender und zutreffender Ansicht grundsätzlich keine Pflicht, die letzte turnusmäßige Entsprechenserklärung anzupassen.⁹⁶¹

Aus dem Inkrafttreten des BilMoG und der damit bewirkten Änderung des § 161 AktG kann ebenfalls keine Pflicht zu einer unterjährigen Änderung der Entsprechenserklärung abgeleitet werden. Teilweise wird argumentiert, dass durch die eingeführte Begründungspflicht „alte“ Entsprechenserklärungen, die ohne Begründung abgegeben wurden, nicht mehr dem geltenden Gesetzesstand genügen und demnach unterjährig zu berichtigen wären.⁹⁶² Korrekterweise muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Neuerungen in § 161 AktG bezüglich des Inhalts der Entsprechenserklärung keine bestehende Verpflichtung modifizieren, sondern dass eine neue Erklärungspflicht entstanden ist. Somit gibt es keinen Anlass für Vorstand und Aufsichtsrat, ihre letztjährige Entsprechenserklärung um die Angabe der Gründe für die gemeldeten Abweichungen zu ergänzen.⁹⁶³

Anders hingegen ist die Lage zu beurteilen, wenn Vorstand und Aufsichtsrat von Empfehlungen des DCGK abweichen, obwohl sie in ihrer letzten Entsprechenserklärung angegeben haben, die Empfehlungen zu befolgen oder wenn Vorstand und Aufsichtsrat sich unterjährig entschließen, einer Empfehlung zu folgen, obwohl sie erklärt haben, in Zukunft von ihr abzuweichen. Hier würde – in beiden Fällen – die aktuelle Entsprechenserklärung die Verhältnisse im Unternehmen nicht mehr zutreffend widerspiegeln. In derartigen Fällen sind Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet, ihre letzte Entsprechenserklärung umgehend zu berichtigen und die geänderte Fassung dauerhaft zugänglich zu machen, auch wenn der Wortlaut des § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG eine jährliche Erklärung vorsieht.⁹⁶⁴

⁹⁶¹ Es sei denn, dass durch die Anwendung des neuen Kodex eine signifikante Abweichung von der vorher erklärten Absicht vorliegt. Hier bedarf es dann einer unterjährigen Erklärungspflicht, da dieser Umstand gleichzusetzen ist mit der Entscheidung der Organe, einer zunächst anerkannten Empfehlung nicht mehr zu folgen (vgl. Goslar/von der Linden (2009), S. 1694).

⁹⁶² Vgl. etwa Mutter (2009), S. 750 f.

⁹⁶³ Vgl. Goslar/von der Linden (2009), S. 1695.

⁹⁶⁴ Diese Auffassung wurde auch in dem Fall „Kirch/Deutsche Bank“ durch den BGH höchstrichterlich bestätigt. Zudem hat der BGH deutlich gemacht, dass Verletzungen der Anpassungspflicht gravierende Gesetzesverstöße und folglich potentielle Anknüpfungspunkte für Angriffe auf den Inhalt und das Zustandekommen von Entlastungsbeschlüssen darstellen (vgl. Goslar/von der Linden (2009), S. 1694).

Nicht eindeutig gesetzlich geregelt sind die zeitlichen Forderungen an die Publizität der *Erklärung zur Unternehmensführung*. § 289a HGB selbst macht keine Vorgaben hinsichtlich des Zeitpunkts bzw. der Frequenz einer Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung. Aufgrund der Tatsache, dass die Erklärung grundsätzlich in den Lagebericht aufzunehmen ist, lässt sich allerdings ableiten, dass sie jährlich – und zwar zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Lageberichts – abzugeben sein wird. Schwieriger zu klären ist die Frage, ob für die Erklärung zur Unternehmensführung eine Pflicht zur unterjährigen Aktualisierung besteht, falls sich angabepflichtige Sachverhalte ändern.⁹⁶⁵ In § 289a HGB wird nicht abschließend geregelt, wie die Unternehmen bei einer unterjährigen Änderung angabepflichtiger Sachverhalte vorgehen sollen.

Trotz der unter gewissen Umständen bestehenden Pflicht zu einer unterjährigen Aktualisierung der Entsprechenserklärung kann keine analoge Pflicht für eine unterjährige Aktualisierung der Erklärung zur Unternehmensführung hergeleitet werden, falls sich angabepflichtige Sachverhalte unterjährig ändern. Die Änderungspflicht bei der Entsprechenserklärung folgt aus dem in § 161 Abs. 2 AktG verankerten Wesen als „Dauererklärung“, durch die eine stets aktuelle Unterrichtung des Kapitalmarkts gewährleistet werden soll. Aber genau dieser Wesenszug ist bei der Erklärung zur Unternehmensführung nicht vorzufinden, sie stellt keine „dauerhafte“ Erklärung dar. Somit ist die Erklärung zur Unternehmensführung nicht unterjährig zu ändern. Dies gilt auch für zukunftsbezogene Änderungen der Entsprechenserklärung. Zwar ist die Entsprechenserklärung in diesem Fall auf der Homepage des Unternehmens zu ändern, allerdings muss keine Aktualisierung der gesamten Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht vorgenommen werden. Gleiches gilt für die Zwischenberichterstattung wie den Halbjahres- oder den Quartalsfinanzberichten. Auch in diesem Rahmen muss keine aktualisierte Erklärung zur Unternehmensführung beigefügt werden.⁹⁶⁶

Da die Erklärung zur Unternehmensführung erst mit dem BilMoG eingeführt wurde, gibt es keine „alten“ Erklärungen zur Unternehmensführung. Somit müssen keine Überlegungen hinsichtlich einer etwaigen unterjährigen bzw. nachträglichen Änderung von Erklärungen zur Unternehmensführung angestellt werden.

⁹⁶⁵ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82.

⁹⁶⁶ Vgl. Melcher/Mattheus (2009), S. 82; Goslar/von der Linden (2009), S. 1694.

Für die *Beschreibung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems* ist die Frage der Regelmäßigkeit der Publizität leicht zu beantworten. Die Systembeschreibung ist gemäß § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB fester Bestandteil des (Konzern)Lageberichts und daher auch in diesem zu veröffentlichen. Der Lagebericht muss als Teil des Jahresabschlusses nach Beendigung des Geschäftsjahres einmal jährlich offen gelegt werden. Somit wird auch die Beschreibung der Systeme hinsichtlich des Rechnungslegungsprozesses einmal jährlich veröffentlicht.

6.3 Vorläufiges Resümee

Die im Mittelpunkt der Arbeit stehenden direkten Informationssektionen sollen hinsichtlich ihrer Publizität im Folgenden noch einmal hervorgehoben werden. Der Regelfall nach dem Gesetz ist, dass die Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht erfolgt. Das wäre insoweit positiv, als ein Zusammenhang mit dem Jahresabschluss besteht. Die Erklärung zur Unternehmensführung ist ein neues Berichtsinstrument, mit dem die Adressaten durch die Verbindung der Erklärung zum Lagebericht regelmäßig über die Corporate Governance eines Unternehmens informiert werden. Durch die Veröffentlichung im Rahmen des Jahresabschlusses erreicht die Erklärung zur Unternehmensführung einen besonderen Stellenwert und erfährt eine hohe Beachtung, welche aufgrund der Bedeutung der Corporate Governance für die Entwicklung eines Unternehmens als angemessen erscheint.

Hinsichtlich der generellen Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht muss der Ort der Veröffentlichung kritisiert werden. Aufgrund der umfangreichen Informationen, die in der Erklärung gefordert werden, nehmen der Lagebericht und infolgedessen auch der Geschäftsbericht einen Umfang an, der sich für die Übersichtlichkeit sehr negativ auswirken kann und für den Adressaten nur schwer zu bewältigen sein wird.

Kritisch ist des Weiteren, dass der Lagebericht und die Erklärung zur Unternehmensführung unterschiedliche Ziele verfolgen. Der Lagebericht soll über den Geschäftsverlauf, die Lage des Unternehmens sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens informieren. Im Gegensatz dazu beinhaltet die Erklärung zur Unternehmens-

führung überwiegend gesellschaftsrechtliche Aspekte zur Unternehmensführung. Die Informationen in der Erklärung unterstützen folglich nicht den Zweck des Lageberichts.

Auch die Ausnahme von der Prüfungspflicht gemäß § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB spricht gegen eine Verankerung der Erklärung im Lagebericht. Der Lagebericht selbst ist gemäß § 317 Abs. 1 Satz 2 HGB prüfungspflichtig. Aus dieser Konstellation folgt, dass der Lagebericht prüfungspflichtige und nicht-prüfungspflichtige Bestandteile beinhaltet, woraus bei den Adressaten eine Verwirrung bezüglich der Zuverlässigkeit der verschiedenen Teilbereiche des Lageberichts resultieren kann.

Hinsichtlich einer besseren Informationswirkung wäre es sinnvoll, die Erklärung zur Unternehmensführung als ein gesondertes Berichtsinstrument neben dem Lagebericht und den anderen Berichtsinstrumenten zu etablieren. Eine Möglichkeit, die zudem richtlinienkonform wäre,⁹⁶⁷ bestünde darin, die gesamten Corporate Governance-relevanten Berichtspflichten in § 161 AktG aufzunehmen, sodass die Unternehmen sämtliche Informationen bezüglich ihrer Corporate Governance in einem geschlossenen Bericht publizieren können.

Als positiv kann die Publizitätsmöglichkeit angesehen werden, die Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite der Unternehmen zu veröffentlichen. Durch die Veröffentlichung im Internet werden Anteilseigner und andere Bezugsgruppen zügig und gleichmäßig informiert, Kosten der Information entstehen für die Unternehmen kaum. Ebenfalls für eine Veröffentlichung der Erklärung im Internet spricht, dass die Entsprechenserklärung als Teil der Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Unternehmen der Öffentlichkeit dauerhaft zugänglich sein muss. Durch die obligatorische Veröffentlichung der Entsprechenserklärung im Internet ist die Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite gegenüber der Veröffentlichung im Lagebericht zu bevorzugen. Nur auf diese Weise sind alle Informationen der Erklärung zur Unternehmensführung gebündelt an einem Ort vorzufinden, der zugleich für die Allgemeinheit leicht zugänglich ist.

⁹⁶⁷ Vgl. IDW (2005), S. 177.

Bei einer Beurteilung der Publizität der Erklärung zur Unternehmensführung muss berücksichtigt werden, dass die Veröffentlichung der Entsprechenserklärung, die ein Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist, auf der Internetseite zu erfolgen hat. Die Offenlegung der Entsprechenserklärung auf der Internetseite des Unternehmens könnte zur Folge haben, dass die Erklärung zur Unternehmensführung und die Entsprechenserklärung voneinander getrennt publiziert werden. Erfolgt die Publizität der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht, muss trotzdem die Entsprechenserklärung selbst gemäß § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite veröffentlicht werden. Dieser Umstand ist hinsichtlich der Übersichtlichkeit der Information für die Adressaten als sehr misslich zu bewerten. Zudem wirft er die Frage auf, ob es zulässig ist, hinsichtlich der Entsprechenserklärung einen Verweis auf die Internetseite in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen, um eine doppelte Angabe bezüglich der Entsprechenserklärung zu vermeiden.⁹⁶⁸

Ein Verweis im Lagebericht auf die Internetseite ist für den Fall der Veröffentlichung der Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite des Unternehmens gemäß § 289a Abs. 1 Satz 1 HGB möglich. Allerdings bezieht sich dies nur auf die Erklärung zur Unternehmensführung als Ganzes, nicht aber auf Teile der Erklärung. Der Gesetzgeber sollte hier genauere Vorgaben machen, wobei es zwei Möglichkeiten gibt, Doppelangaben zu vermeiden. Erstens könnte ein einheitlicher Ort der Veröffentlichung für die Erklärung zur Unternehmensführung und die Entsprechenserklärung zum DCGK vorgeschrieben werden, z.B. der Lagebericht oder die Internetseite. Die Entsprechenserklärung sollte als Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung zusammen mit dieser an ein und demselben Ort veröffentlicht werden. Die zweite Möglichkeit zur Vermeidung von Doppelangaben ist die Aufnahme einer entsprechenden Verweisklausel in das Gesetz. Diese Verweisklausel könnte in den § 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB eingebaut werden und beinhalten, dass die Entsprechenserklärung in die Erklärung zur Unternehmensführung aufgenommen werden muss oder auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht werden kann. In dem Fall ist dann ein entsprechender Vermerk in der Erklärung zur Unternehmensführung zu machen, der die Angabe der Internetseite enthält.⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1027.

⁹⁶⁹ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1027.

Durch die Neuerungen im Rahmen des BilMoG ist die Notwendigkeit der Anhangangabe gemäß § 285 Nr. 16 HGB fragwürdig. Ist die Erklärung zur Unternehmensführung – und somit auch die Entsprechenserklärung – als ein gesonderter Abschnitt im Lagebericht enthalten, erscheint der Hinweis gemäß § 285 Nr. 16 HGB auf die Internetseite des Unternehmens und die Angabe, dass die Entsprechenserklärung abgegeben wurde, nicht erforderlich. Enthält der Lagebericht einen entsprechenden Verweis auf die Internetseite, kommt es zu einer Doppelangabe. Aufgrund dessen sollte der Gesetzgeber reagieren und entweder die Berichtspflicht gemäß § 285 Nr. 16 HGB streichen oder systematisch mit der Berichtspflicht gemäß § 289a HGB zusammenführen. Die Prüfungspflicht, ob die Entsprechenserklärung abgegeben wurde, die sich aus der Anhangangabe ergibt, könnte in die Prüfungsvorschrift des § 317 HGB aufgenommen werden.⁹⁷⁰

Für den Konzernabschluss existiert keine Regelung zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung. Folglich bleibt es dabei, dass die Angabe gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB die Bestätigung der Abgabe der Entsprechenserklärung zum DCGK als auch den Ort der Veröffentlichung beinhaltet. Insofern ist die Anhangangabe gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB für Konzerne weiterhin sinnvoll und von daher auch nicht zu beanstanden.

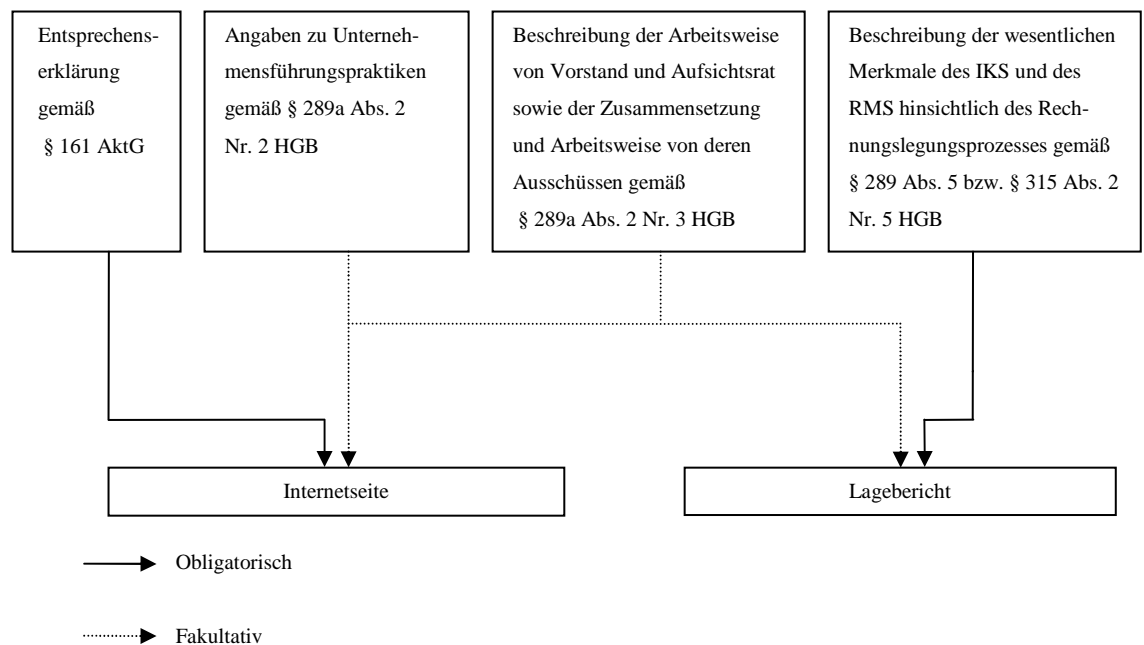
Die Verpflichtung, die Informationen zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem im Lagebericht zu veröffentlichen, kann positiv beurteilt werden. Aufgrund der zusammengefassten Informationen hinsichtlich der bestehenden Risiken, der Risikomanagementziele und -methoden sowie des Kontroll- und des Risikomanagementsystems werden die Adressaten des Lageberichts in die Lage versetzt, die risikospezifischen Informationen gebündelt aufzunehmen und damit einen Einblick in die Risikolage des Unternehmens zu erhalten. Auf dieser Basis kann der Leser die Risikolage einschätzen und beurteilen, ob das vorhandene Risikomanagementsystem ausreichend ist. Um eine doppelte Berichterstattung innerhalb des Lageberichts zu vermeiden, können sowohl Einzelunternehmen als auch Konzerne die Angaben zum Risikomanagementsystem gemäß § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB mit den Angaben nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 315 Abs. 2 HGB zu einem einheitlichen „Risikobericht“ zusammenfassen.

⁹⁷⁰ Vgl. Bischof/Selch (2008), S. 1027.

Dass der Gesetzgeber die Publizität zum internen Kontroll- und Risikomanagementsystem im Lagebericht vorschreibt, liegt in der angestrebten Prüfung der Informationen durch den Abschlussprüfer. Die Richtigkeit der Beschreibung soll gewährleistet sein, da die Systeme eine besondere Bedeutung für den Fortbestand eines Unternehmens besitzen. Dafür ist die Prüfung der Systembeschreibung notwendig. Somit erscheint die Publizität im Lagebericht angebracht, da auf diese Weise eine Überprüfung der Informationen nach § 289 Abs. 5 bzw. § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB erreicht wird.

Bezüglich der Regelmäßigkeit der Erklärung zur Unternehmensführung lässt sich durch die generell vorgesehene Veröffentlichung im Lagebericht ableiten, dass die Erklärung einmal im Jahr mit der Veröffentlichung des Lageberichts abzugeben ist. Eine Pflicht für eine unterjährige Aktualisierung der Erklärung zur Unternehmensführung existiert nicht, auch nicht für den Fall, dass sich angabepflichtige Sachverhalte unterjährig ändern. Die Erklärung zur Unternehmensführung ist keine „dauerhafte“ Erklärung und muss daher auch nicht unterjährig geändert werden.

Die Publizität der direkten Informationssektionen soll im Folgenden noch einmal schematisch dargestellt werden. Da die Publizität durch die gesetzlichen Vorschriften zerrissen wird, das Schema aber übersichtlich bleiben soll, fehlt die Erklärung zur Unternehmensführung in dem Schema zur Publizität.



Schema 3: Publizität der direkten Informationssektionen

7. Abschließende Beurteilung und Ausblick

Corporate Governance hat sich zu einem wichtigen Bestandteil hinsichtlich der Unternehmensführung, -kontrolle und -publizität entwickelt. Die EU-Kommission versucht, durch die Verabschiedung von Richtlinien eine Verbesserung der Corporate Governance in den Mitgliedsstaaten der EU zu erreichen. Aus diesem Grund wurde die Abänderungsrichtlinie zur vierten und siebenten EG-Richtlinie beschlossen, welche u.a. kapitalmarktorientierte Unternehmen verpflichtet, künftig umfassende Informationen bezüglich der im Unternehmen angewandten Corporate Governance abzugeben. Die Publizitätsvorgaben dieses Corporate Governance-Statements wurden, soweit sie im deutschen Recht noch nicht vorhanden waren, im Rahmen des BilMoG im deutschen Recht implementiert.

Damit die Elemente des Corporate Governance-Statements im deutschen Corporate Governance-System einen Nutzen für die Adressaten besitzen, sollten sie eine Verbesserung des Einblicks in die Führungs- und Kontrollsituation in den Unternehmen gewährleisten, wodurch die Erwartungen der Adressaten stabilisiert werden könnten. Zu hinterfragen ist weiterhin, ob die Informationen effektive Auswirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituationen in den betroffenen Unternehmen haben. Um die Wirkung der Informationen für das deutsche Corporate Governance-System abschätzen zu können, war es notwendig, den Inhalt, die Prüfung sowie die Publizität der direkten Informationssektionen zu untersuchen. Im Folgenden sollen die vorläufigen Resümees zu einer abschließenden Beurteilung gebündelt und dabei auf die wesentlichen Erkenntnisse der Untersuchung eingegangen werden.

Hinsichtlich des *Inhalts* war insbesondere relevant festzustellen, inwieweit durch die direkten Informationssektionen bezüglich der Corporate Governance ein besserer Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation erreicht wird. Durch die im Rahmen des BilMoG eingeführte Begründungspflicht für Abweichungen vom DCGK in der Entsprechenserklärung, die ein Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist, könnte es zwar zu einer Verbesserung in der Begründungsqualität kommen, insgesamt sind die Auswirkungen jedoch gering. Zudem weisen die Empfehlungen des DCGK für die Verwaltungsorgane – insbesondere für den Aufsichtsrat – bereits einen hohen Befolgungsgrad auf. Kam es zu Abweichungen von Empfehlungen für die Verwaltungsor-

gane, wurde überwiegend auch eine Begründung geliefert. Die Wirkungsweise des DCGK im deutschen Corporate Governance-System ist fraglich, zudem fehlt es an einer effektiven Umsetzungskontrolle – z.B. durch den Wirtschaftsprüfer – bezüglich der Empfehlungen.

Eine weitere Neuerung ist die obligatorische Veröffentlichung von relevanten Angaben zu einem freiwillig befolgten Kodex sowie von relevanten Angaben zu einem unternehmensindividuellen und die Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex in der Erklärung zur Unternehmensführung. Zwar wird durch diesen Bestandteil der Erklärung bei den Unternehmen, welche einen anderen Kodex als den DCGK oder vom DCGK abweichende Unternehmensführungspraktiken befolgen, ein besserer Einblick in die Führungs- und Kontrollsituation erreicht, was grundsätzlich als positiv angesehen werden kann. Die Zahl der Unternehmen, die nicht dem DCGK folgen und aufgrund der Neuregelung jetzt Angaben zu ihren Unternehmensführungspraktiken machen müssen, ist in Deutschland allerdings sehr gering. Des Weiteren kann aufgrund der fehlenden weiteren gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich des Detaillierungsgrads der Informationen sowie der Bereiche, welche ein Firmenkodex abdecken sollte, eine sehr unterschiedliche Corporate Governance-Publizität verschiedener Unternehmen auftreten.

Insgesamt ist die Bedeutung von Kodizes für die Praxis der Corporate Governance gering. Auch das Testat des Abschlussprüfers bestätigt die tatsächliche Befolgung der Empfehlungen der beschriebenen Kodizes in den Unternehmen nicht. Daher fehlt es auch bei diesen Angaben an einer wirksamen Umsetzungskontrolle. Der Nutzen der Publizitätspflicht Corporate Governance-relevanter Angaben ist genau wie die Angaben zum DCGK in dem deutschen Corporate Governance-System zweifelhaft. Dass die Informationen über den Kapitalmarkt effektive Auswirkungen auf die Führungs- und Kontrollsituation haben, erscheint unwahrscheinlich. Auch die Entscheidungsnützlichkeit zur Stabilisierung von Erwartungen muss bezüglich dieser Informationen angezweifelt werden.

Ein weiterer Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung und direkte Informationssektion ist die Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen. Durch diese Informationen erhalten die Adressaten grundsätzlich einen besseren Einblick in die Führungs-

und Kontrollsituation. Sehr relevant sind diesbezüglich Angaben über die Machtverteilung im Aufsichtsrat sowie zur Arbeitsweise der Ausschüsse. Bislang war eine exakte Identifizierung der Ausschussaufgaben durch die Bezeichnung des Ausschusses kaum möglich. Durch die Neuregelung wird auch eine verbesserte Information über die Verhaltensweise des Vorstands erreicht. Die Beschreibungspflicht bezüglich der Verwaltungsorgane und ihrer Ausschüsse kann somit als positive Neuerung betrachtet werden, ob damit allerdings Erwartungen stabilisiert werden können, bleibt fraglich. Hinsichtlich der Wirkungsweise der Beschreibungspflicht für eine nachhaltige Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation bestehen Zweifel, ob dem beschriebenen Verhalten tatsächlich gefolgt wird, da die Erklärung zur Unternehmensführung inhaltlich von dem Testat des Abschlussprüfers ausgenommen ist.

Mit der Beschreibung der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems, die ebenfalls eine direkte Informationsfunktion darstellt, wird ein Nutzen für die Adressaten geschaffen, da sie Informationen über die von den Unternehmen vorgenommene Kontrolle und Risikoabsicherung bezüglich des Rechnungslegungsprozesses erhalten. Zudem werden Externe mittelbar über die Vorstandsarbeit informiert, weil die Implementierung und der Ausbau von Kontroll- und Risikomanagementsystemen im Aufgabenbereich des Vorstands liegen. Nicht erforderlich hinsichtlich der Beschreibung ist allerdings eine Einschätzung des Vorstands über die Effektivität der Systeme. Dies kann als ein Manko angesehen werden, da eine tatsächliche Auseinandersetzung mit der Effektivität und damit verbundene Verbesserung der Systeme nicht allein durch die Beschreibungspflicht, sondern nur durch eine obligatorische Äußerung des Vorstands hinsichtlich der Effektivität erreicht werden kann. Zudem wären Angaben zur Effektivität unbedingt notwendig, um die Erwartungen der Adressaten zu stabilisieren. Die Angaben zur Beschreibung der Systeme sind Teil des Lageberichts und werden vom Wirtschaftsprüfer geprüft. Der Vorstand würde vermeiden wollen, dass der Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Abschlussprüfung zu dem Urteil kommt, dass die Angaben hinsichtlich der Effektivität nicht zutreffend sind. Auch wäre es praktisch undenkbar, dass Unternehmen ihre Systeme als nicht effektiv bezeichnen würden.

Zu untersuchen galt es weiterhin, ob mit der geforderten *Prüfung* eine ausreichende Überwachung der zu publizierenden Informationen möglich ist. Hinsichtlich der Erklä-

rung zur Unternehmensführung mit ihren drei Bestandteilen erfolgt nur eine formelle Prüfung und somit keine Prüfung des Inhalts. Der Prüfer muss sich lediglich vergewissern, dass die Erklärung abgegeben und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Im Hinblick auf die Erklärung zur Unternehmensführung wird die Abschlussprüfung als ein wichtiger Bestandteil im deutschen Enforcement nicht genutzt, sodass die Unternehmen sehr oberflächliche Informationen zu ihrer Corporate Governance in der Erklärung zur Unternehmensführung angeben können, ohne dass für sie daraus nachteilige Wirkungen resultieren. Lediglich die Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess unterliegt einer inhaltlichen Prüfung. Der Prüfer hat darauf zu achten, inwieweit die Beschreibung der Systeme mit den in der Abschlussprüfung gewonnenen Erkenntnissen im Einklang steht.

Sinnvoll wäre es, die Erklärung zur Unternehmensführung einer materiellen Prüfung zu unterziehen, um die Richtigkeit der Angaben sicherzustellen. Da in erster Linie Informationen zu den Verhaltensweisen von Vorstand und Aufsichtsrat für die Beurteilung der Corporate Governance relevant sind, wäre eine inhaltliche Prüfung der Informationen wünschenswert. Mit der Prüfung könnten die Organe dazu gebracht werden, sich auch entsprechend der veröffentlichten Informationen zu verhalten. Daraus könnte eine Verbesserung der unternehmenseigenen Führungs- und Kontrollsituation resultieren.

Des Weiteren sollte die Frage beantwortet werden, ob die vorgesehene Art der *Publizität* der relevanten Informationen eine Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation fördert. Positiv ist, dass die Erklärung zur Unternehmensführung im Zuge des Jahresabschlusses veröffentlicht wird, wodurch die Adressaten regelmäßig über die Corporate Governance eines Unternehmens informiert werden. Die Publizität der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht muss dagegen kritisiert werden. Der Lagebericht könnte einen Umfang annehmen, der für die Adressaten kaum noch zu bewältigen ist. Zudem verfolgen Lagebericht und Erklärung zur Unternehmensführung unterschiedliche Ziele. Weiterhin liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Kongruenz von Zuständigkeit und Berichtskompetenz vor, sodass es zu einer Vermengung der Kompetenzen von Aufsichtsrat und Vorstand kommt. Ein weiteres Argument gegen die Aufnahme der Erklärung in den Lagebericht ist, dass die Erklärung im Gegensatz zum Lagebericht nicht prüfungspflichtig ist, sodass der Lagebericht sowohl prüfungspflichtig als auch

nicht-prüfungspflichtige Bestandteile enthält. Aus diesem Umstand kann sich eine Vergrößerung der Erwartungslücke ergeben.

Fraglich ist, wie die Informationswirkung der Erklärung zur Unternehmensführung erhöht werden kann. Eine Möglichkeit besteht darin, die Erklärung als ein gesondertes Berichtsinstrument neben den Lagebericht und die anderen Berichtsinstrumente zu stellen, z.B. könnten alle Corporate Governance-relevanten Berichtspflichten – inklusive der Zusammensetzung der Verwaltungsorgane gemäß § 285 Nr. 10 HGB – in § 161 AktG aufgenommen werden, sodass ein einheitlicher Corporate Governance-Bericht existieren würde. Lediglich die Beschreibung des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystem im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess gemäß § 289 Abs. 5 HGB sollte weiterhin zusammen mit den risikorelevanten Angaben nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB in einem geschlossenen Bericht als Teil des Lageberichts veröffentlicht werden, da diese Informationen dem Zweck des Lageberichts entsprechen und ein direkter Bezug zur Rechnungslegung besteht. Durch die Publizität der Systembeschreibung im Lagebericht erfolgt eine Ansammlung der risikospezifischen Informationen sowie des Kontroll- und des Risikomanagementsystems an einem Ort, womit die Übersichtlichkeit erheblich verbessert und eine Beurteilung der Risikolage erleichtert wird. Des Weiteren kann ein Adressat einschätzen, ob das rechnungslegungsbezogene Risikomanagementsystem ausreichend für die Bewältigung der bestehenden Risiken ist.

Zusammenfassend kann hinsichtlich der geforderten Informationen festgestellt werden, dass insbesondere die Beschreibung der Arbeitsweisen der Verwaltungsorgane für die Adressaten nützliche Informationen darstellen, da eine Kontrolle der Aufsichtsratsarbeit für Externe ermöglicht wird sowie der Vorstand seine Tätigkeiten darlegen muss. Auch die Beschreibungspflicht der wesentlichen Merkmale des rechnungslegungsbezogenen internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems schafft einen Nutzen für die Adressaten, da sie über die Maßnahmen zur Kontrolle und Risikoabsicherung des Rechnungslegungsprozesses informiert werden.

Fraglich bleibt, ob die Vorgabe von Publizitätsanforderungen hinsichtlich der Corporate Governance in Deutschland sinnvoll ist, um eine Verbesserung der Führungs- und Kontrollsituation zu erreichen. Haben die Unternehmen in Deutschland bei der Publizität von „schlechten“ bzw. „schwachen“ Informationen mit negativen Folgen zu rechnen?

Für das deutsche Corporate Governance-System muss die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Corporate Governance-relevanten Informationen als zweifelhaft eingeschätzt werden. Im deutschen Corporate Governance-System ist die Funktionsfähigkeit des „Exit-Mechanismus“ eingeschränkt und die Unternehmensordnung noch in erster Linie durch die Kontrollphilosophie „Voice“ im Rahmen des Insider-Systems geprägt. Zudem liegt eine starke Konzentration des Anteilsbesitzes in unserem bankorientierten System vor.

Das von der EU-Kommission geforderte Corporate Governance-Statement weist hinsichtlich des deutschen Corporate Governance-Systems lediglich eine geringe Systemkonformität auf. Aufgrund des fehlenden Sanktionsmechanismus – der Kapitalmarkt gilt noch als unterentwickelt – wird es in Deutschland kaum zu einer „Bestrafung“ von Unternehmen mit einer unzureichenden Corporate Governance-Publizität – mit der grundsätzlich auch eine negative Corporate Governance verbunden wird – kommen. Die Erreichung der von der EU-Kommission verfolgten Ziele bleibt somit durch die Verpflichtung zur Abgabe der Corporate Governance-relevanten Informationen in Deutschland sehr fraglich.

Kritisch zu sehen ist darüber hinaus, dass aus den Publizitätsvorschriften keine eindeutigen Vorgaben abgeleitet werden können. Was die Unternehmen im Einzelnen anzugeben haben, kann aus der Implementierung nicht abschließend geschlussfolgert werden. Hier existieren Ermessensspielräume, die von den Unternehmen ausgenutzt werden können. Welche Angaben dabei als angemessen bzw. ausreichend gelten, wird sich wahrscheinlich erst mit der Anwendung der Publizitätsvorschriften in der Praxis herauskristalisieren. Positiv bezüglich der Neuerungen ist, dass sich aus ihnen eine Art „Best Practice“ hinsichtlich der Informationsdarstellung ergeben kann, die somit von den Unternehmen in der Praxis umgesetzt wird. Dadurch würden auch die tatsächlichen Verhältnisse in den Unternehmen an die dargestellten Informationen zur Corporate Governance angepasst, da die Unternehmen eine falsche Darstellung ihrer Corporate Governance-Verhältnisse grundsätzlich nicht vornehmen würden.

Damit trotz der grundsätzlichen Bedenken die Berichterstattung über die Corporate Governance in Deutschland wirkungsvoller wäre, müssten per Gesetz detailliertere Informationen hinsichtlich der Verhaltensweisen der Verwaltungsorgane – insbesondere des

Aufsichtsrats – gefordert werden. Ob die Unternehmen gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB im Rahmen der Angaben zur Arbeitsweise angeben, wie der Aufsichtsrat seine Überwachungsfunktion und seine Organisationskompetenz für den Vorstand wahrnimmt oder der Vorstand mit Handlungsspielräumen, die sich aufgrund fehlender gesetzlicher und satzungsmäßiger Vorgaben ergeben, umgeht, bleibt fraglich. Daher wären gesetzliche Publizitätspflichten angebracht, welche die Verwaltungsorgane zu einer intensiveren Information zwingen und keine Ermessensspielräume hinsichtlich der Berichterstattung enthalten. Ebenfalls wünschenswert wäre eine gesetzlich vorgeschriebene Information über „harte“ Themen, wie sie z.B. die Vergütung des Aufsichtsrats darstellt.

Vorausblickend lässt sich sagen, dass die weitere Entwicklung hinsichtlich der Corporate Governance-Vorschriften durch die Umsetzung von EU-Richtlinien generell auch verschärfte Publizitätsanforderungen beinhalten wird. Die Wirkungsweise wird wiederum von dem vorhandenen Corporate Governance-System abhängen. Hier bleibt hinsichtlich des deutschen Corporate Governance-Systems die Hoffnung auf eine weitere Veränderung hin zu einem durch einen funktionierenden Kapitalmarkt bestimmten Corporate Governance-System. Gewisse Tendenzen einer Abwendung von dem traditionellen internen Corporate Governance-System hin zu einem mehr outsiderkontrollierten sowie Anlegerschutzgedanken geprägten System sind bereits zu erkennen. Geht diese Entwicklung weiter voran und entwickelt sich der Kapitalmarkt entsprechend, werden auch bei uns Instrumente wie die Erklärung zur Unternehmensführung eine größere Bedeutung und ein stärkeres Instrument darstellen, die Unternehmen zu einer besseren Corporate Governance zu bewegen.

Trotz der Globalisierung und Internationalisierung der Unternehmensaktivitäten hat das ursprünglich von der Kontrollphilosophie Voice geprägte deutsche System bislang seine grundlegenden Eigenschaften und Strukturen behalten. Der deutsche Gesetzgeber muss daher erkennen, dass die umgesetzten Vorgaben der EU-Kommission für das deutsche Corporate Governance-System heute (noch) ungeeignet sind und es eigener, auf das deutsche System abgestimmter Veränderungen bzw. gesetzlicher, Vorgaben hinsichtlich der Corporate Governance bedarf.

Eine wichtige Änderung müsste hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des DCGK vorgenommen werden. Der DCGK sollte Empfehlungen und Anregungen bezüglich

Problematiken bereithalten, die zukünftig für die Corporate Governance relevant sind. Zu nennen ist hier z.B. die Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat, die immer mehr zunimmt, was grundsätzlich positiv ist, bei der zugleich aber auch eine Vermengung der Kompetenzen droht. Sachverhalte, die im deutschen Corporate Governance-System als selbstverständlich angesehen werden – hier können Empfehlungen des DCGK genannt werden, die bereits mit der Einführung des DCGK von fast allen Unternehmen befolgt wurden – sollten keine Rolle spielen.⁹⁷¹ Weitere sinnvolle Veränderungen für das deutsche Corporate Governance-System wären strengere Befolgungsvorschriften für den DCGK sowie vor allem eine verschärfte Umsetzungskontrolle durch den Abschlussprüfer.

Es bedarf in Deutschland handfester Vorgaben hinsichtlich der Corporate Governance. Am bedeutendsten sind Regelungen für die Arbeitsweise und das Verhalten des Aufsichtsrats, da dieser in dem deutschen Two-Tier-System die im Rahmen der Corporate Governance bedeutende Rolle der Unternehmensüberwachung einnimmt. Der Aufsichtsrat hat den Vorstand zu überwachen und dahingehend Einfluss zu nehmen, dass eine gute und nachhaltige Unternehmensführung innerhalb des Unternehmens gewährleistet wird. Insbesondere muss der Aufsichtsrat die ihm per Gesetz übertragene Organisationskompetenz für den Vorstand wahrnehmen, da bei einer beachtlichen Anzahl von Vorständen die Beziehung zwischen der Leitungsaufgabe durch den Gesamtvorstand und den Aufgaben einzelner Vorstandsmitglieder bzw. der Ressorts nicht eindeutig geregelt ist. Bei großen Unternehmen können aus diesem Missstand Konflikte im Rahmen der Führungsaufgabe entstehen.

Ebenfalls zu gering ausgeprägt ist die Organisation des Entscheidungsprozesses im Aufsichtsrat – gleiches ist allerdings auch für den Entscheidungsprozess des Vorstands festzustellen. Es mangelt in erster Linie an Regelungen für eine ausreichende Information sowohl der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder. Angebracht wären mehr direkte Vorgaben bezüglich der Rechenschaftslegung des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat, damit der Aufsichtsrat über die Voice-Option Einfluss nehmen kann. Zudem sollten negativ wirkende Regelungen, die eine intensive und ergebnisträchtige Beratung von Vorstand und Aufsichtsrat verhindern, abgebaut werden. Derartige Regelun-

⁹⁷¹ Vgl. Gerum (2007), S. 436.

gen können z.B. statuarische Vorschriften sein, die eine gegenseitige Teilnahme von Vorstand und Aufsichtsrat an den Sitzungen des jeweils anderen Verwaltungsorgans untersagen.⁹⁷²

Auch der Aufsichtsrat selbst muss sich kritisch hinterfragen und überprüfen. Insbesondere soll er darauf hinwirken, dass seine eigenen Abläufe und Prozesse effizient und nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang sollte der Aufsichtsrat auf die Wahrnehmung seiner Kompetenzen achten und sie in wichtigen Fragen selber als Organ und vor allem gegenüber dem Vorstand ausüben. Sehr relevant ist bei der Arbeit des Aufsichtsrats, dass dieser einen „Gleichstand“ hinsichtlich der Kompetenz mit dem Vorstand herstellt. Hierbei sollte sich auch der Aufsichtsrat – im Rahmen der Vorstandsarbeit ist dies gängige Praxis – externer Sachverständiger (z.B. Unternehmensberater) bedienen, um in entscheidenden Fragen mit dem Vorstand „auf Augenhöhe“⁹⁷³ diskutieren zu können.

Die Beschreibung der Arbeitsweise ist ein erster Schritt, allerdings fehlt es an genauen Vorgaben für die Aufsichtsratsarbeit, zu denen sich der Aufsichtsrat äußern müsste, inwiefern er den Vorgaben nachgekommen ist. Für die Klärung von komplexen Sachverhalten sowie zur Steigerung der Effizienz seiner Arbeit sollte es zudem Regelungen bezüglich des Aufsichtsrats geben, welche den Aufsichtsrat verpflichten, Ausschüsse zu bilden. Bislang befassen sich die Aufsichtsratsausschüsse mehr mit Routineaufgaben oder erfüllen lediglich eine Legitimationsfunktion (z.B. Prüfungsausschüsse). Der eigentliche Zweck der Ausschussbildung sollte aber darin liegen, zentrale strategische Entscheidungen für den Gesamtaufsichtsrat vorzubereiten.⁹⁷⁴

⁹⁷² Vgl. Gerum (2007), S. 436 f.

⁹⁷³ Ein krasses Beispiel für ein diesbezügliches „Missverhältnis“ sind offenkundig die Zustände bei der HSH-Nordbank.

⁹⁷⁴ Vgl. Gerum (2007), S. 437 f.

Literaturverzeichnis

Adler, Hans/Düring, Walther/Schmaltz, Kurt (2001): Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, in: K.-H. Forster et al. (Hrsg.), Ergänzungsband zur 6. Auflage, Stuttgart 2001.

Albach, Horst (1997): Gutenberg und die Zukunft der Betriebswirtschaftslehre, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Nr. 12 1997, S. 1257-1283.

Albers, Marco (2002): Corporate Governance in Aktiengesellschaften, Frankfurt am Main 2002.

Alchian, Armen A./Demsetz, Harold (1972): Production, Information Costs, and Economic Organization, in: American Economic Review, Nr. 5 1972, S. 777-795.

Ammon, Ludwig (2007): Kommentierung zu § 3 AktG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 46-48.

Assmann, Heinz-Dieter (2006): Kommentierung zu § 2, in: Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, H.-D. Assmann, U. H. Schneider (Hrsg.), 4. Aufl., Köln 2006, Rn. 1-96.

Baden-Württembergische Wertpapierbörse (2008): Freiverkehrsrichtlinien, Online-Verbindung: <http://www.boerse-stuttgart.de/pdf/dt/freiverkehrsrichtlinien.pdf>, 10. März 2008, 2008.

Baetge, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan (2004): Konzernbilanzen, 7. Aufl., Düsseldorf 2004.

Barney, Jay (2001): Is the resource-based "view" a usefull perspective for strategic management research? Yes., in: Academy of Management Review, Nr. 1 2001, S. 41-56.

Barth, Thomas (2009): Konsequenzen aus dem BilMoG für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer sowie der Einfluss auf die Corporate Governance, in: Steuern und Bilanzen, Nr. 19 2009, S. 726-731.

Bassen, Alexander/Kleinschmidt, Maik/Prigge, Stefan/Zöllner, Christine (2006): Deutscher Corporate Governance Kodex und Unternehmenserfolg, in: Die Betriebswirtschaft, Nr. 4 2006, S. 375-401.

Baum, Harald (2005): Change of Governance in Historic Perspective: The German Experience, in: Corporate Governance in Context, K. J. Hopt, E. Wymeersch, H. Kanda, H. Baum (Hrsg.), New York 2005, S. 3-29.

Baums, Theodor/Stöcker, Mathias (2003): Die Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governace und ihre bisherige Umsetzung durch den Deutschen Corporate Governance Kodex und das TransPuG, in: Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, D. Dörner, D. Menold, N. Pfitzer, P. Oser (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2003, S. 1-40.

- BDO (1998):** Auswirkungen des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) und des Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetzes (KapAEG), Hamburg 1998.
- Berle, Adolf August/Mean, Gardiner Coit (1932):** The modern corporation and private property, New York 1932.
- Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance (2000):** German Code of Corporate Governance, in: Der Betrieb, Nr. 32 2000, S. 1573-1581.
- Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance (2001):** Der German Code of Corporate Governance, in: German Code of Corporate Governance (GCCG), A. v. Werder (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2001, S. 63-120.
- Berndt, Thomas (2006):** Zur Zukunft der Corporate Governance, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 1 2006, S. 1-7.
- Bernhardt, Wolfgang/Werder, Axel v. (2000):** Der German Code of Corporate Governance (GCCG): Konzeption und Kernaussage, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Nr. 11 2000, S. 1269-1279.
- Bih, Dietrich/Kalinowsky, Marc (2008):** Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften - Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer, in: Deutsches Steuerrecht, Nr. 13 2008, S. 620-627.
- Bischof, Stefan/Selch, Barbara (2008):** Neuerungen für den Lagebericht nach dem Regierungsentwurf eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 21 2008, S. 1021-1031.
- Bitz, Michael/Schneeloch, Dieter/Wittstock, Wilfried (2003):** Der Jahresabschluß: Rechtsvorschriften, Analyse, Politik, 4. Aufl., München 2003.
- Blair, Margaret (1999):** Firm-specific human capital and theories of the firm, in: Employees and corporate governance, M. Blair, M. J. Roe (Hrsg.), Washington 1999.
- Bodnaruk, Andriy/Massa, Massimo/Simonov, Andrei (2009):** Investment Banks as Insiders and the Market for Corporate Control, in: The Review of Financial Studies, Nr. 12 2009, S. 4989-5026.
- Bosse, Christian (2007):** Wesentliche Neuregelungen ab 2007 aufgrund des Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes für börsennotierte Unternehmen, in: Der Betrieb, Nr. 1 2007, S. 39-46.
- Botosan, Christine (2000):** Evidence that greater Disclosure lowers the cost of equity capital, in: Journal of Applied Finance, Nr. 4 2000, S. 60-69.
- Breuer, Stefan/Fraune, Christian (2007):** Kommentierung zu § 107 AktG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 587-592.

Brinkmann, Markus (2007): Bilanzmanipulation, in: ZRFG: risk; fraud & governance, Nr. 4 2007, S. 156-161.

Brown, Ian/Steen, Adam/Foreman, Julie (2009): Risk Management in Corporate Governance: A Review and Proposal, in: Corporate Governance - An International Review, Nr. 5 2009, S. 546-558.

BT-Drucksache 14/8769 (2002): Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz), 2002.

BT-Drucksache 16/1003 (2006): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote (Übernehmerichtlinie-Umsetzungsgesetz), 2006.

Bundesministerium der Justiz (2007): Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG), veröffentlicht am 8. November 2007.

Bundesministerium der Justiz (2008): Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG), veröffentlicht am 21. Mai 2008.

Bungartz, Oliver/Szackamer, Marc (2007): Interne Kontrollsysteme in kleinen und mittelständischen Unternehmen, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 3 2007, S. 123-130.

Burger, Anton/Fröhlich, Jürgen/Ulbrich, Philipp R. (2006): Kapitalmarktorientierung in Deutschland, in: KoR: Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, Nr. 2 2006, S. 113-122.

Claussen, Carsten Peter (2007): Gedanken zum Enforcement, in: Der Betrieb, Nr. 26 2007, S. 1421-1425.

Conner, Kathleen R. (1991): A historical comparison of resource-based theory and five schools of thought within industrial organization economics: Do we have a new theory of the firm? in: Journal of Management, Nr. 1 1991, S. 121-154.

Cornell, Bradford/Shapiro, Alan C. (1987): Corporate Stakeholders and Corporate Finance, in: Financial Management, Nr. 1 1987, S. 5-14.

Creditreform Wirtschaftsforschung (2008): Insolvenzen in Europa, Jahr 2007/08, Neuss 2008.

Deutsch, Klaus Günter (1997): Corporate Governance in Deutschland: Vom Aufsichtsrat zum Kapitalmarkt? in: Deutsche Bank Research, Nr. 4 1997, S. 21-29.

Dittmann, Ingolf/Maug, Ernst/Schneider, Christoph (2010): Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They Are Worth, and Why They Are (Still) There, in: Review of Finance, Nr. 1 2010, S. 35-71.

- Dohrn, Matthias (2004):** Entscheidungsrelevanz des Fair-Value Accounting am Beispiel von IAS 39 und IAS 40, Köln 2004.
- Donaldson, Thomas/Preston, Lee (1995):** The stakeholder theory of corporation: Concepts, evidence, and implications, in: *Academy of Management Review*, Nr. 1 1995, S. 65-91.
- Dörner, Dietrich/Orth, Christian (2005):** Bedeutung der Corporate Governance für Unternehmen und Kapitalmärkte, in: *Deutscher Corporate Governance Kodex*, N. Pfitzer, P. Oser, C. Orth (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2005, S.3-22.
- DRSC (2009):** Deutscher Rechnungslegungsstandard Nr. 5 (DRS 5) Risikoberichterstattung, Stand: Oktober 2005, in: *Deutsche Rechnungslegungs Standards (DRS)*, Stand der 11. Ergänzungslieferung vom März 2009, Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee (Hrsg.), Stuttgart 2009.
- Easterbrook, Frank/Fischel, Daniel (1991):** *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge 1991.
- Ellrott, Helmut (2006):** Kommentierung zu § 285 HGB, in: *Beck'scher Bilanzkommentar*, H. Ellrott, G. Förschle, M. Hoyos, N. Winkeljohann (Hrsg.), 6. Aufl., München 2006, S. 1229-1301.
- Elschen, Rainer (1991):** Gegenstand und Anwendungsmöglichkeiten der Agency-Theorie, in: *Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung*, Nr. 11 1991, S. 1002-1012.
- Erchinger, Holger/Melcher, Winfried (2008):** Zum Referentenentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG): Neuerungen im Hinblick auf die Abschlussprüfung und die Einrichtung eines Prüfungsausschusses, in: *Der Betrieb*, Beilage 1 zu Nr. 7 2008, S. 56-60.
- Erle, Bernd (1990):** *Der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers*, Düsseldorf 1990.
- Ernst, Christoph/Seidler, Holger (2007):** Kernpunkte des Referentenentwurfs eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes, in: *Betriebs-Berater*, Nr. 47 2007, S. 2557-2566.
- Ertl, Bernd (1973):** Chancen und Möglichkeiten durch Umwandlung in eine Publikums-AG, München 1973.
- EU-Kommission (2005):** Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG), Brüssel 2005.
- Ewert, Ralf (2005):** *Wirtschaftsprüfung*, in: *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre*, M. Bitz, M. Domsch, R. Ewert, F. W. Wagner (Hrsg.), 5. Aufl., München 2005, S. 481-549.
- Fischbach, Dorian (2003):** *Der Bilanzprüfungsausschuss des Aufsichtsrats und seine Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer*, Lohmar 2003.

- Förschle, Gerhart (2001):** Beck'scher Bilanzkommentar Handels- und Steuerrecht - §§ 238 bis 339 HGB - Ergänzungskommentar zum KapCoRiLiG, 4. Aufl., München 2001.
- Freidank, Carl-Christian/Peemöller, Volker H. (2008):** Vorbemerkung, in: Corporate Governance und interne Revision, C.-C. Freidank, V. H. Peemöller (Hrsg.), Berlin 2008, S. V-VIII.
- Freidank, Carl-Christian/Velte, Patrick (2007):** Rechnungslegung und Rechnungslegungspolitik, Stuttgart 2007.
- Friedl, Birgit (2003):** Controlling, Stuttgart 2003.
- Fülbier, Rolf Uwe/Gassen, Joachim (2007):** Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG): Handelsrechtliche GoB vor der Neuinterpretation, in: Der Betrieb, Nr. 48 2007, S. 2605-2612.
- Gaenslen, Philipp (2006):** Risiken der Unternehmensleitung, Sternenfels 2006.
- Gentz, Manfred (2007):** Shareholder Value und Corporate Governance - Gegensätze? in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 4 2007, S. 145-150.
- Gerpott, Torsten J./Hoffmann, Alexander P. (2008):** Risikomanagement in Unternehmen, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Nr. 1 2008, S. 7-13.
- Gerum, Elmar (1998a):** Mitbestimmung und Corporate Governance, Gütersloh 1998.
- Gerum, Elmar (1998b):** Organisation der Unternehmensführung im internationalen Vergleich - insbesondere Deutschland, USA und Japan, in: Organisation im Wandel der Märkte, H. Glaser, E. F. Schröder, A. v. Werder (Hrsg.), Wiesbaden 1998, S. 136-153.
- Gerum, Elmar (2004a):** Corporate Governance, internationaler Vergleich, in: Handwörterbuch Unternehmensführung und Organisation, G. Schreyögg, A. v. Werder (Hrsg.), 4. Aufl., Stuttgart 2004, S. 171-178.
- Gerum, Elmar (2004b):** Kann Corporate Governance Gerechtigkeit schaffen? in: Gerechtigkeit und Management, G. Schreyögg, P. Conrad (Hrsg.), Wiesbaden 2004, S. 1-45.
- Gerum, Elmar (2007):** Das deutsche Corporate Governance-System zwischen Kontinuität und Wandel, Stuttgart 2007.
- Glaum, Martin/Thomaschewski, Dieter/Weber, Silke (2006):** Die Vorschriften zur Einrichtung und Dokumentation eines internen Kontrollsystems nach Section 404 des Sarbanes-Oxley Act: Umsetzung durch deutsche Unternehmen, in: Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, Nr. 3 2006, S. 206-219.
- Goslar, Sebastian/von der Linden, Klaus (2009):** Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, in: Der Betrieb, Nr. 32 2009, S. 1691-1696.

-
- Göx, Robert F./Budde, Jörg/Schöndube, Jens Robert (2002):** Das lineare Agency Modell bei asymmetrischer Information über den Agentennutzen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Nr. 1 2002, S. 65-79.
- Graf von Treuberg, Hubert/Zitzmann, Axel (2005):** Präambel, in: Deutscher Corporate Governance Kodex, N. Pfitzer, P. Oser, C. Orth (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2005, S. 23-40.
- Graumann, Mathias (2007):** Wirtschaftliches Prüfungswesen, Herne 2007.
- Griewel, Eva (2006):** Ad hoc-Publizität und Zwischenberichterstattung im deutschen Corporate Governance-System, 1. Aufl., Wiesbaden 2006.
- Gruber, Johannes (2008):** Der unabhängige Finanzexperte im Aufsichtsrat nach dem Referentenentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Nr. 1 2008, S. 12-15.
- Habersack, Mathias (2008):** Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss nach dem BilMoG, in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 4 2008, S. 98-107.
- Hackethal, Andreas/Schmidt, Reinhard H. (2000):** Finanzsysteme und Komplementarität, in: Beihefte zu Kredit und Kapital, Finanzmärkte im Umbruch, Nr. 15 2000, S. 53-102.
- Hackethal, Andreas/Schmidt, Reinhard H./Tyrell, Marcel (2003):** Corporate Governance in Germany: Transition to a Modern Capital Market-Based System? in: Journal of Institutional and Theoretical Economics, Nr. 4 2003, S. 664-674.
- Hackethal, Andreas/Schmidt, Reinhard H./Tyrell, Marcel (2005):** Banks and German Corporate Governance: On the Way to a Capital Market-Based System? Working Paper Nr. 146, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Universität Frankfurt, Frankfurt am Main 2005.
- Hahn, Dietger/Taylor, Bernard (2006):** Governance Kodex für Familienunternehmen, in: Strategische Unternehmensplanung - strategische Unternehmensführung, D. Hahn, B. Taylor (Hrsg.), 9. Aufl., Berlin 2006, S. 543-551.
- Hart, Oliver (1995):** Corporate Governance: Some theory and implications, in: Economic Journal, Nr. 430 1995, S. 678-689.
- Hauschildt, Jürgen/Grape, Christian/Schindler, Marc (2005):** Typologien von Unternehmenskrisen im Wandel, Manuskripte aus den Instituten für Betriebswirtschaftslehre der Universität Kiel, Kiel 2005.
- Hauschildt, Jürgen/Salomo, Sören (2007):** Innovationsmanagement, 4. Aufl., München 2007.
- Heese, Klaus/Ossadnik, Wolfgang (2008):** Prüfung des rechnungslegungsbezogenen internen Kontrollsystems, in: Corporate Governance und interne Revision, C.-C. Freidank, V. H. Peemöller (Hrsg.), Berlin 2008, S. 323-336.

-
- Henneke, Peter/Fett, Torsten (2007):** Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz: erste Praxiserfahrungen und Stellungnahmen zu E-DRS 22, in: Betriebs-Berater, Nr. 23 2007, S. 1267- 1272.
- Henselmann, Klaus/Kaya, Devrimi (2009):** Ursachen des Offenlegungsdefizits von Jahresabschlüssen nach dem EHUG, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 4 2009, S. 185-189.
- Hirschman, Albert O. (1970):** Exit, Voice and Loyalty, Boston 1970.
- Hitz, Jörg-Markus (2005):** Rechnungslegung zum fair value - Konzeption und Entscheidungsnützlichkeits, Frankfurt am Main 2005.
- Hoffmann-Becking, Michael (1998):** Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Nr. 3 1998, S. 497-519.
- Hofmann, Rolf (2005):** Prüfungshandbuch, 5. Aufl., Berlin 2005.
- Holm, Claus/Scholer, Finn (2010):** Reduction of Asymmetric Information through Corporate Governance Mechanisms - The Importance of Ownership Dispersion and Exposure toward the International Capital Market, in: Corporate Governance - An International Review, Nr. 1 2010, S. 32-47.
- Hommelhoff, Peter/Mattheus, Daniela (2007):** Risikomanagementsystem im Entwurf des BilMoG als Funktionselement der Corporate Governance, in: Betriebs-Berater, Nr. 51/52 2007, S. 2787-2791.
- Hopt, Klaus J. (1998):** The German two-tier-board: Experience, theorys, reforms, in: Comparative corporate governance, K. J. Hopt, H. Kanda, M. J. Roe, E. Wymeersch, S. Prigge (Hrsg.), Oxford 1998, S. 227-258.
- Hucke, Anja (2005):** Die Kommissions-Empfehlungen zur Verbesserung der Corporate Governance, in: Steuern und Bilanzen, Nr. 8 2005, S. 375-379.
- Hucke, Anja/Just, Susan (2007):** Die Anwendbarkeit des DCGK auf nicht börsennotierte Unternehmen, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 1 2007, S. 5-12.
- Hüffer, Uwe (2008):** Aktiengesetz, 8. Aufl., München 2008.
- Huth, Mark-Alexander (2007):** Grundsätze ordnungsmäßiger Risikoüberwachung, in: Betriebs-Berater, Nr. 40 2007, S. 2167-2170.
- Huwer, Wolfram (2008):** Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats, Berlin 2008.
- IDW (2005):** IDW Stellungnahme: Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der 4. und 7. EU-Richtlinie (78/660/EWG und 83/349/EWG), in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 4 2005, S. 176-178.

IDW (2008a): IDW zum Referentenentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes, in: IDW Fachnachrichten, Nr. 1-2 2008, S. 9-30.

IDW (2008b): IDW Prüfungsstandard: Feststellung und Beurteilung von Fehlerrisiken und Reaktionen des Abschlussprüfers auf die beurteilten Fehlerrisiken (IDW PS 261), Stand: Dezember 2006, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2008c): IDW Prüfungsstandard: Die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems nach § 317 Abs. 4 HGB (IDW PS 340), Stand: Januar 2003, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2008d): IDW Prüfungsstandard: Auswirkungen des Deutschen Corporate Governance Kodex auf die Abschlussprüfung (IDW PS 345), Stand: Dezember 2008, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2008e): IDW Prüfungsstandard: Prüfung des Lageberichts (IDW PS 350), Stand: Dezember 2006, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2008f): IDW Prüfungsstandard: Wesentlichkeit im Rahmen der Abschlussprüfung (IDW PS 250), Stand: Oktober 2008, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2008g): IDW Prüfungsstandard: Grundsätze für die ordnungsmäßige Erteilung von Bestätigungsvermerken bei Abschlussprüfungen (IDW PS 400), Stand: Februar 2006, in: IDW Prüfungsstandards, Stand der 28. Ergänzungslieferung vom Februar 2009, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Düsseldorf 2008.

IDW (2009): Entwurf zur Änderung von IDW Prüfungsstandards aufgrund des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), in: IDW Fachnachrichten, Nr. 6 2009, S. 303-315.

Jacob, Hans-Joachim/Berner, Christian (2005): Auswirkungen von Corporate Governance auf die Rechnungslegung, in: Neue Entwicklungen im Rechnungswesen, U. Brecht (Hrsg.), 1. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 176-194.

Jensen, Michael/Meckling, William (1976): Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, in: Journal of Financial Economics, Nr. 3 1976, S. 305-360.

Jensen, Michael/Meckling, William (1979): Rights and production functions: An application to labour-managed firms and co-determination, in: Journal of Business, Nr. 4 1979, S. 469-506.

-
- Kahle, Holger (2002):** Internationale Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf Handels- und Steuerbilanz, Frankfurt am Main 2002.
- Kaiser, Thomas (2009):** Fair Value Accounting für den Kapitalmarkt, in: Berichterstattung für den Kapitalmarkt, C.-P. Weber, P. Lorson, N. Pfitzer, H. Kessler, J. Wirth (Hrsg.), Stuttgart 2009, S. 73-101.
- Kaserer, Christoph/Bress, Stefan (2003):** Neuere Entwicklungen der Corporate Governance auf dem Prüfstand - Eine ökonomische Perspektive, in: Wirtschaftsprüfung und Unternehmensüberwachung, P. Wollmert et al. (Hrsg.), Düsseldorf 2003, S. 79-99.
- Kavermann, Markus (2008):** Zum Einfluss von Rechnungslegungssystemen auf die Renditeforderungen der Anteilseigner, Hamburg 2008.
- KfW Bankengruppe (2007):** Unternehmensbefragung 2007, Frankfurt am Main 2007.
- Kindler, Peter/Pahlke, Anne-Kathrin (2001):** Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Risikomanagement, in: Risikomanagement nach dem KonTraG, K. W. Lange, F. Wall (Hrsg.), München 2001, S. 60-94.
- Kirchner, Christian (2000):** Der Wettbewerbsfaktor "Entscheidungsnützlichkeit von Rechnungslegungsinformationen": eine institutionenökonomische Analyse, in: Wettbewerb und Unternehmensrechnung (ZfbF Sonderheft), Nr. 45 2000, S. 41-68.
- Kirschbaum, Tom (2005):** Deutscher Corporate Governance Kodex überarbeitet, in: Der Betrieb, Nr. 28 2005, S. 1473-1477.
- Kirschbaum, Tom (2007):** Kommentierung zu § 161 AktG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 868-882.
- Knolmayer, Gerhard/Wermelinger, Thomas (2006):** Der Sarbanes-Oxley Act und seine Auswirkungen auf die Gestaltung von Informationssystemen, Arbeitsbericht Nr. 179 der Universität Bern, Bern 2006.
- Kort, Michael (2006):** Geschäftsverteilung und Geschäftsordnung des Vorstands, in: Handbuch des Vorstandsrechts, H. Fleischer (Hrsg.), München 2006, S. 74-95.
- Köstler, Roland/Zachert, Ulrich/Müller, Matthias (2006):** Aufsichtspraxis, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2006.
- Krag, Joachim/Möller, Sascha H. (2001):** Rechnungslegung, München 2001.
- Krag, Joachim/Möller, Sascha H. (2006a):** Prüfung wegen unzulässiger Unterbewertung und fehlender Angaben, in: Sonderprüfungen, K.-R. Veit (Hrsg.), Herne/Berlin 2006, S. 185-195.
- Krag, Joachim/Möller, Sascha H. (2006b):** Prüfung von Geschäftsführungsmaßnahmen und Kapitalveränderungen, in: Sonderprüfungen, K.-R. Veit (Hrsg.), Herne/Berlin 2006, S. 157-183.

- Kremer, Thomas (2008a):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Aufsichtsrat - Interessenkonflikte, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 285-292.
- Kremer, Thomas (2008b):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Aufsichtsrat - Bildung von Ausschüssen, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 251-262.
- Kremer, Thomas (2008c):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Aktionäre und Hauptversammlung, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 73-103.
- Kuthe, Thorsten/Geiser, Martina (2008):** Die neue Corporate Governance Erklärung - Neuerung des BilMoG in § 289a HGB-RE-, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Nr. 5 2008, S. 172-175.
- Lachnit, Laurenz/Müller, Stefan (2001):** Risikomanagementsystem nach KonTraG und Prüfung des Systems durch den Wirtschaftsprüfer, in: Die deutsche Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung im Umbruch, C.-C. Freidank (Hrsg.), München 2001, S. 363-393.
- Lackmann, Julia (2010):** Die Auswirkungen der Nachhaltigkeitsberichterstattung auf den Kapitalmarkt, Wiesbaden 2010.
- Lanfermann, Georg (2004):** EU-Richtlinienvorschlag zur Änderung der vierten und siebten gesellschaftlichen Richtlinie zu Einzel- und Konzernabschluss, in: BetriebsBerater, Nr. 6 2004, S. 2-5.
- Lange, Knut Werner (2001):** Anforderungen an die Berichterstattung über Risiken in Lagebericht und Konzernlagebericht, in: Risikomanagement nach dem KonTraG, K. W. Lange, F. Wall (Hrsg.), München 2001, S. 131-159.
- Lange, Tobias/Müller, Stefan (2009a):** Die Lageberichterstattung als Teil der Corporate Governance deutscher Unternehmen, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 5 2009, S. 235-237.
- Lange, Tobias/Müller, Stefan (2009b):** Die Lageberichterstattung als Teil der Corporate Governance deutscher Unternehmen, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 6 2009, S. 281-288.
- Lentfer, Thies (2005):** Einflüsse der internationalen Corporate Governance-Diskussion auf die Überwachung der Geschäftsführung, 1. Aufl., Wiesbaden 2005.
- Lentfer, Thies (2007):** Evaluation des Aufsichtsrats, in: Rechnungslegung und Corporate Governance, C.-C. Freidank, P. Altes (Hrsg.), Berlin 2007, S. 265-284.
- Lentfer, Thies/Weber, Stefan C. (2006):** Das Corporate Governance Statement als neues Publizitätsinstrument, in: Der Betrieb, Nr. 44 2006, S. 2357-2363.

- Leuz, Christian/Wüstemann, Jens (2004):** The role of accounting in the German financial system, in: The German financial system, J. P. Krahen, R. H. Schmidt (Hrsg.), Oxford 2004, S. 450-481.
- Lück, Wolfgang (1999):** Risikomanagementsystem und Überwachungssystem nach KonTraG, in: 14. Deutscher Controlling Congreß, T. Reichmann (Hrsg.), Düsseldorf 1999, S. 17-33.
- Lutter, Marcus (2003):** Deutscher Corporate Governance Kodex, in: Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, D. Dörner, D. Menold, N. Pfitzer, P. Oser (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2003, S. 67-80.
- Lutter, Marcus (2006):** Kommentierung zu § 161 AktG, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, W. Zöllner, U. Noack (Hrsg.), Band 3 - 1. Teillieferung, 3 Aufl., Berlin 2006.
- Lutter, Marcus (2008):** Die Umsetzung des Kodex in der Praxis, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 338-343.
- Lutter, Marcus/Krieger, Gerd (2002):** Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Köln 2002.
- Mann, Alexander (2003):** Corporate Governance Systeme - Funktion und Entwicklung am Beispiel von Deutschland und Großbritannien, Berlin 2003.
- Marten, Kai-Uwe/Quick, Reiner/Ruhnke, Klaus (2007):** Wirtschaftsprüfung: Grundlagen des betriebswirtschaftlichen Prüfungswesens nach nationalen und internationalen Normen, 3. Aufl., Stuttgart 2007.
- Martin, Thomas A./Bär, Thomas (2002):** Grundzüge des Risikomanagements nach KonTraG, München 2002.
- Maul, Silja (2005):** Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen in Europa - Bruch mit deutschen Traditionen? in: Betriebs-Berater-Special, Nr. 9 2005, S. 2-17.
- Maul, Silja/Lanfermann, Georg/Eggenhofer, Erich (2003):** Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrechts, in: Betriebs-Berater, Nr. 25 2003, S. 1289-1295.
- Maul, Silja/Muffat-Jeandet, Danièle (2004a):** Die EU-Übernahmerichtlinie - Inhalt und Umsetzung in nationales Recht (Teil I), in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 5 2004, S. 221-234.
- Maul, Silja/Muffat-Jeandet, Danièle (2004b):** Die EU-Übernahmerichtlinie - Inhalt und Umsetzung in nationales Recht (Teil II), in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 6 2004, S. 306-318.
- Meder, Manuel M. (2007):** Der Nominierungsausschuss in der AG - zur Änderung des Deutschen Corporate Governance Kodex 2007, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,

Nr. 33 2007, S. 1538-1543.

Melcher, Winfried/Mattheus, Daniela (2008): Zum Referentenentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG): Lageberichterstattung, Risikomanagementbericht und Corporate Governance-Statement, in: *Der Betrieb*, Beilage Nr. 1 zu Heft Nr. 7 2008, S. 52-55.

Melcher, Winfried/Mattheus, Daniela (2009): Zur Umsetzung der HGB-Modernisierung durch das BilMoG: Neue Offenlegungspflichten zur Corporate Governance, in: *Der Betrieb*, Beilage Nr. 5 zu Heft Nr. 23 2009, S. 77-82.

Merkt, Hanno/Binder, Jens-Hinrich (2006): Änderungen im Übernahmerecht nach Umsetzung der EG-Übernehmerichtlinie: Das deutsche Umsetzungsgesetz und verbleibende Problemfelder, in: *Betriebs-Berater*, Nr. 24 2006, S. 1285-1292.

Mitchell, Ronald K./Agle, Bradley R./Wood, Donna J. (1997): Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What really counts, in: *Academy of Management Review*, Nr. 4 1997, S. 853-886.

Mölls, Sascha H./Strauß, Michael (2007): Zur Informationswirkung der Rechnungslegung - Stand und Implikation der empirischen Forschung -, in: *Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung*, Nr. 1 2007, S. 1-13.

Morck, Winfried (2007): Kommentierung zu §§ 238-342e HGB, in: *HGB Kommentar*, I. Koller, W.-H. Roth, W. Morck (Hrsg.), 6. Aufl., München 2007, S. 593-976.

Mutter, Stefan (2009): Pflicht zur umgehenden Abgabe einer Entsprechenserklärung mit Inkrafttreten des BilMoG - eine versteckte Konsequenz der Entscheidung des BGH vom 16. Februar 2009, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 16 2009, S. 750-755.

Mutter, Stefan/Pernfuß, Andreas/Lutz, Gleiss (2008): Satzungsänderungen für "early adapters" nach dem ARUG-RegE, in: *Die Aktiengesellschaft*, Nr. 24 2008, S. R533-R535.

Neubeck, Guido (2003): Prüfung von Risikomanagementsystemen, Düsseldorf 2003.

Niemeier, Wilhelm (2006): Die Steigerung der Aussagekraft des handelsrechtlichen Jahresabschlusses durch die Änderungen der 4. und 7. Richtlinie, in: *Die Wirtschaftsprüfung*, Nr. 4 2006, S. 173-185.

Nießen, Tobias (2007): Die Harmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Transparenzregeln durch das TUG, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 2 2007, S. 41-46.

Nonnenmacher, Rolf/Pohle, Klaus/Werder, Axel v. (2007): Aktuelle Anforderungen an Prüfungsausschüsse, in: *Der Betrieb*, Nr. 44 2007, S. 2412-2417.

Nowak, Eric/Rott, Roland/Mahr, Till G. (2005): Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 2 2005, S. 252-279.

- OECD-Lenkungsausschuss Corporate Governance (2004):** OECD-Grundsätze der Corporate Governance, Paris, Frankreich 2004.
- Oltmanns, Michael (2007):** Kommentierung zu § 77 AktG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 433-437.
- Orth, Christian (2000):** Abschlussprüfung und Corporate Governance, 1. Aufl., Wiesbaden 2000.
- Orth, Christian/Wader, Dominic (2005):** Entsprechenserklärung und Anhangangabe zum Kodex, in: Deutscher Corporate Governance Kodex, N. Pfitzer, P. Oser, C. Orth (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2005, S. 305-322.
- Oser, Peter/Roß, Norbert/Wader, Dominic/Drögemüller, Steffen (2008):** Ausgewählte Neuregelungen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 2 2008, S. 49-62.
- Paetzmann, Karsten (2009):** Das neue Corporate-Governance-Statement nach § 289a HGB, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 2 2009, S. 64-66.
- Paschos, Nikolaos/Goslar, Sebastian (2009):** Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 1-2 2009, S. 14-21.
- Paul, Walter (2007):** Die Ausgestaltung eines Corporate Governance-Systems in der EU vor dem Hintergrund international angewandter Systeme, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Nr. 7 2007, S. 348-354.
- Peemöller, Volker H./Warncke, Markus (2005):** Prüfungsausschüsse deutscher Aktiengesellschaften, in: Der Betrieb, Nr. 8 2005, S. 401-404.
- Pellens, Bernhard/Fülbier, Rolf Uwe (2000):** Differenzierung der Rechnungslegungsregulierung nach Börsenzulassung, in: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Nr. 4-5 2000, S. 572-593.
- Pfitzer, Norbert/Oser, Peter/Orth, Christian (2006):** Reform des Aktien-, Bilanz- und Aufsichtsrechts, 2. Auflage, Stuttgart 2006.
- Pfitzer, Norbert/Oser, Peter/Wader, Dominic (2002):** Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG - Checkliste für Vorstände und Aufsichtsräte zur Einhaltung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: Der Betrieb, Nr. 22 2002, S. 1120-1123.
- Pohle, Klaus/Werder, Axel v. (2002):** Corporate Governance - Generelle Kodizes und unternehmensindividuelle Leitlinien, in: Meilensteine im Management, Bd. IX 2002, S. 735-757.
- Pooten, Holger (2005):** Der EU-Richtlinienvorschlag zur Änderung der bestehenden Rechnungslegungsrichtlinien, in: Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, Nr. 2 2005, S. 58-62.

- Potthoff, Erich/Trescher, Karl/Theisen, Manuel René (2003):** Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Stuttgart 2003.
- Prigge, Stefan (1998):** A survey of German Corporate Governance, in: Comparative Corporate Governance, K. J. Hopt, H. Kanda, M. J. Roe, E. Wymeersch, S. Prigge (Hrsg.), Oxford 1998, S. 943-1043.
- Quick, Reiner/Höller, Florian/Koprivicia, Rasmus (2008):** Prüfungsausschüsse in deutschen Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 1 2008, S. 25-35.
- Rabenhorst, Dirk (2008):** Zusätzliche Angabepflichten im Lagebericht durch das Übernahmeberichtlinie-Umsetzungsgesetz, in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 4 2008, S. 139-145.
- Rajan, Raghuram G./Zingales, Luigi (1995):** What do we know about capital structure? Some evidence from international data, in: Journal of Finance, Nr. 5 1995, S. 1421-1460.
- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2007):** Deutscher Corporate Governance Kodex, Stand: 14. Juni 2007, Berlin 2007.
- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2009):** Deutscher Corporate Governance Kodex, Stand: 18. Juni 2009, Berlin 2009.
- Reiner, Günter (2006):** Geheimsache Gesellschaftssatzung am Finanzmarkt Deutschland? Rechtliche Bedeutung, Publizitätspflichten und tatsächliche Verfügbarkeit für den Aktionär, in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 4 2006, S. 93-105.
- Ringe, Wolf-Georg (2007):** Die Neuregelung des internationalen Kapitalmarktpublizitätsrechts durch die Neufassung der Transparenzrichtlinie, in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 22 2007, S. 809-815.
- Ringleb, Henrik-Michael (2008a):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Vorbemerkung, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 16-35.
- Ringleb, Henrik-Michael (2008b):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Die Umsetzung des Kodex in der Praxis - Die Entsprechenserklärung im Einzelnen, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 345-354.
- Ringleb, Henrik-Michael (2008c):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Vorstand - Aufgaben und Zuständigkeiten, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 180-185.
- Rocholl, Jürgen (2009):** Corporate Governance und internationale Kapitalmärkte, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, Nr. 1 2009, S. 114-123.

-
- Rudolph, Bernd (2002):** Viertes Finanzmarktförderungsgesetz - ist der Name Programm? in: Betriebs-Berater, Nr. 20 2002, 1036-1041.
- Runte, Rainer (2008):** Kommentierung zu § 161 AktG, in: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, T. Bürgers, T. Körber (Hrsg.), Heidelberg 2008, S. 993-1027.
- Schädel, Nicolai (2005):** Organisationsautonomie und Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1. Aufl., Baden-Baden 2005.
- Scharpf, Paul (2000):** Finanzrisiken, in: Praxis des Risikomanagements, D. Dörner, P. Horváth, H. Kagermann (Hrsg.), Stuttgart 2000, S. 253-282.
- Schneider, Burkhard (2005):** Auf dem Weg zu Securities Class Actions in Deutschland? - Auswirkungen des KapMuG auf die Praxis kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten, in: Betriebs-Berater, Nr. 42 2005, S. 2249-2258.
- Schneider, Uwe H. (2002):** Die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsrats-sitzungen, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Nr. 20 2002, S. 873-876.
- Schoberth, Joerg/Servatius, Hans-Gerd/Thees, Alexander (2006):** Anforderungen an die Gestaltung von internen Kontrollsystemen, in: Betriebs-Berater, Nr. 47 2006, S. 2571-2577.
- Schreyögg, Georg (2008):** Organisation, 5. Aufl., Wiesbaden 2008.
- Schröder, Regina W. (2008):** Integration von Risikoabhängigkeiten in den Risikomanagementprozess, in: Der Betrieb, Nr. 37 2008, S. 1981-1985.
- Segler, Gerald/Wald, Andreas/Weibler, Jürgen (2007):** Corporate Governance im internationalen Wettbewerb: Bewertung des deutschen Governance-Systems aus der Sicht institutioneller Anleger, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Nr. 4 2007, S. 400-417.
- Seibert, Ulrich (2002):** Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, in: Betriebs-Berater, Nr. 12 2002, S. 581-584.
- Seibert, Ulrich (2003a):** Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) - Die aktienrechtlichen Regelungen im Überblick, in: Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, D. Dörner, D. Menold, N. Pfitzer, P. Oser (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2003, S. 239-262.
- Seibert, Ulrich (2003b):** Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) und Corporate Governance - Zum aktienrechtlichen Teil des TransPuG, in: Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, D. Dörner, D. Menold, N. Pfitzer, P. Oser (Hrsg.), 2. Aufl., Stuttgart 2003, S. 41-66.
- Seibert, Ulrich (2003c):** Das 10-Punkte-Programm "Unternehmensintegrität und Anlegerschutz", in: Betriebs-Berater, Nr. 14 2003, S. 693-698.

- Seibt, Christoph H. (2002):** Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechens-Erklärung (§ 161 AktG-E), in: Die Aktiengesellschaft, Nr. 5 2002, S. 249-259.
- Selchert, Friedrich W. (1996):** Jahresabschlussprüfung der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., Wiesbaden 1996.
- Semler, Johannes (1995):** Unternehmensüberwachung durch den Kapitalmarkt, in: Coporate Governance - Unternehmensüberwachung auf dem Prüfstand, A. Picot (Hrsg.), Stuttgart 1995, S. 29-88.
- Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W. (1997):** A Survey of Corporate Governance, in: The Journal of Finance, Nr. 2 1997, S. 737-783.
- Sieben, Günter (1998):** Rechnungslegungspolitik als Instrument der Unternehmensführung - ein Überblick über die Grundlagen, Ziele und Instrumente handelsrechtlicher Rechnungslegungspolitik, in: Rechnungslegungspolitik, C.-C. Freidank (Hrsg.), Berlin 1998, S. 3-35.
- Siebert, Horst (2004):** Germany's Capital Market and Corporate Governance, Kiel Working Paper No. 1206, Kiel 2004.
- Simons, Dirk (2005):** Internationalisierung von Rechnungslegung, Prüfung und Corporate Governance, 1. Aufl., Wiesbaden 2005.
- Spindler, Gerald (2005):** Die Empfehlungen der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex, in: ZIP, Nr. 46 2005, S. 2033-2045.
- Spindler, Gerald (2008):** Kommentierung zu § 161 AktG, in: Aktiengesetz Kommentar, K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), II. Band, Köln 2008, S. 1806-1835.
- Steinmann, Horst (1969):** Das Großunternehmen im Interessenkonflikt, Stuttgart 1969.
- Steinmann, Horst/Gerum, Elmar (1978):** Reform der Unternehmensverfassung, Köln 1978.
- Strasser, Brigitte (2000):** Informationsasymmetrien bei Unternehmensakquisitionen, Frankfurt am Main 2000.
- Streim, Hannes (2000):** Die Vermittlung von entscheidungsnützlichen Informationen durch Bilanz und GuV - Ein nicht einlösbares Versprechen der internationalen Standardsetter, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Nr. 2 2000, S. 111-131.
- Strickmann, Michael (2008):** Lageberichterstattung, in: Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG - RegE), H. Kessler, M. Leinen, M. Strickmann (Hrsg.), 1. Aufl., Freiburg 2008, S. 281-286.
- Strieder, Thomas (2007):** Effizienzprüfung des Aufsichtsrats im Sinne des DCGK mittels Fragebogen, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 4 2007, S. 168-178.

-
- Strunk, Günther/Kolaschnik, Helge Frank (2003):** TransPuG und Corporate Governance Kodex, Berlin 2003.
- Stute, Andreas (2008):** Synoptischer Überblick über den Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz-BilMoG), in: Der Steuerberater, Nr. 1/2 2008, S. 24-37.
- Theisen, Manuel René (2003):** Risikomanagement als Herausforderung für die Corporate Governance, in: Betriebs-Berater, Nr. 27 2003, S. 1426-1430.
- Theisen, Manuel René (2007):** Information und Berichterstattung des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Stuttgart 2007.
- Tirole, Jean (2001):** Corporate Governance, in: Econometrica, Nr. 1 2001, S. 1-35.
- Vanstraelen, Ann/Zarzeski, Marilyn/Robb, Sean (2003):** Corporate Nonfinancial Disclosure Practices and Financial Analyst Forecast Ability Across Three European Countries, in: Journal of International Financial Management and Accounting, Nr. 3 2003, S. 249-278.
- Veit, Klaus-Rüdiger (2002):** Funktion, Struktur und Bereiche von Konzernabschluss-Richtlinien, Manuskripte aus den Instituten für Betriebswirtschaftslehre der Universität Kiel, Kiel 2002.
- Veit, Klaus-Rüdiger (2003):** Verbreitung von Bilanzprüfungsausschüssen in Deutschland, in: Der Betrieb, Nr. 38 2003, S. 2021-2023.
- Veit, Klaus-Rüdiger (2006):** Begriff und Arten von Sonderprüfungen, in: Sonderprüfungen, K.-R. Veit (Hrsg.), Herne/Berlin 2006, S. 1-10.
- Velte, Patrick (2007):** Fortentwicklung der kapitalmarktorientierten Rechnungslegung durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG), in: Steuern und Bilanzen, Nr. 3 2007, S. 102-108.
- Velte, Patrick (2009a):** Zur Reform des Prüfungsausschusses post BilMoG, in: Steuern und Bilanzen, Nr. 9 2009, S. 342-350.
- Velte, Patrick (2009b):** Die Corporate Governance-Berichterstattung des Aufsichtsrats - Eine empirische Untersuchung im deutschen Prime Standard zum Einfluss auf die Unternehmensperformance, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, Nr. 6 2009, S. 702-737.
- Velte, Patrick (2009c):** Die Vereinbarung des Prüferhonorars durch Aufsichtsrat und Abschlussprüfer als Element der Corporate Governance - Eine normative und empirische Bestandsaufnahme für den deutschen Kapitalmarkt, in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 24 2009, S. 1229-1233.
- Velte, Patrick/Leimkühler, Claudia (2007):** Der Referentenentwurf für ein Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, in: Steuern und Bilanzen, Nr. 22 2007, S. 837-844.

- Velte, Patrick/Weber, Stefan C. (2009):** Einfluss aktueller Reformgesetze und der Finanzmarktkrise auf die Corporate Governance, in: Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, Nr. 10 2009, S. 584-590.
- Wackerbarth, Ulrich (2005):** Investorvertrauen und Corporate Governance, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Nr. 5 2005, S. 686-725.
- Wagner, Franz (2007):** Kommentierung zu § 193 AktG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), S. 1031-1035, 2. Aufl., Baden-Baden 2007.
- Wall, Friederike (2001):** Betriebswirtschaftliches Risikomanagement im Lichte des KonTraG, in: Risikomanagement nach dem KonTraG, K. W. Lange, F. Wall (Hrsg.), München 2001, S. 207-235.
- Warncke, Markus (2005):** Prüfungsausschuss und Corporate Governance, Berlin 2005.
- Weber, Stefan C./Lentfer, Thies/Köster, Max (2007):** Externes Corporate Governance Reporting, in: Zeitschrift für internationale Rechnungslegung, Nr. 6 2007, S. 367-373.
- Weber, Stefan C./Lentfer, Thies/Köster, Max (2008):** Externes Corporate Governance Reporting, in: Zeitschrift für internationale Rechnungslegung, Nr.1 2008, S. 35-42.
- Weimer, Jeroen/Pape, Joost (1999):** A taxonomy of systems of corporate governance, in: Corporate Governance - An International Review, Nr. 2 1999, S. 152-165.
- Weizsäcker, Carl Christian v. (1984):** Was leistet die Property Rights Theory für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen? in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, M. Neumann (Hrsg.), Berlin 1984, S. 123-152.
- Wenk, Marc Oliver/Jagosch, Christian (2009):** Die neue Lageberichterstattung nach § 289 Abs. 5 HGB, in: Zeitschrift für internationale Rechnungslegung, Nr. 12 2009, S. 539-543.
- Werder, Axel v. (2003):** Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Handbuch Corporate Governance, P. Hommelhoff, K. J. Hopt, A. v. Werder (Hrsg.), Stuttgart 2003, S. 3-28.
- Werder, Axel v. (2008a):** Vorbemerkung, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 13-16.
- Werder, Axel v. (2008b):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat - Zusammenarbeit zum Wohle des Unternehmens, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 104-111.
- Werder, Axel v. (2008c):** Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Verbindlichkeit der Kodexbestimmungen, in:

Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 57-66.

Werder, Axel v. (2008d): Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat - Bericht über Corporate Governance, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 159-165.

Werder, Axel v. (2008e): Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Aufsichtsrat - Effizienzprüfung, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 293-296.

Werder, Axel v. (2008f): Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Transparenz - Kommunikationsmedien, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 305-306.

Werder, Axel v. (2008g): Kommentierung zum Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 14. Juni 2007 - Transparenz - Internetseite, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, H.-M. Ringleb, T. Kremer, M. Lutter, A. v. Werder (Hrsg.), 3. Aufl., München 2008, S. 312-314.

Werder, Axel v./Talaular, Till (2007): Kodex Report 2007: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: Der Betrieb, Nr. 16 2007, S. 869-875.

Werder, Axel v./Talaular, Till (2009): Kodex Report 2009: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: Der Betrieb, Nr. 14 2009, S. 689-696.

Werder, Axel v./Talaular, Till (2010): Kodex Report 2010: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: Der Betrieb, Nr. 16 2010, S. 853-861.

Willamowski, Marcus (2007a): Kommentierung zu § 30 BörsG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 1846-1851.

Willamowski, Marcus (2007b): Kommentierung zu § 57 BörsG, in: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, T. Heidel (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 1900-1901.

Williamson, Oliver Eaton (1975): Markets and hierarchies, New York, London 1975.

Williamson, Oliver Eaton (1985): The economic institutions of capitalism, New York 1985.

Winter, Martin/Harbarth, Stephan (2003): Corporate Governance und Unternehmensübernahmen: Anforderungen an das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat des Bieters und der Zielgesellschaft, in: Handbuch Corporate Governance, P. Hommelhoff, K. J. Hopt, A. v. Werder (Hrsg.), Stuttgart 2003, S. 475-512.

Winterhoff, Gundel (2008): Die Harmonisierung der Corporate Governance in der EU, in: Corporate Governance und interne Revision, C.-C. Freidank, V. H. Peemöller (Hrsg.), Berlin 2008, S. 873-893.

Wirtschaftsprüfer-Handbuch (2006): Band I, 13. Aufl., Düsseldorf 2006.

Withus, Karl-Heinz (2009a): Internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem - Neue Anforderungen an die Wirtschaftsprüfer durch das BilMoG, in: Die Wirtschaftsprüfung, Nr. 17 2009, S. 858-862.

Withus, Karl-Heinz (2009b): Neue Anforderungen nach BilMoG zur Beschreibung der wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Lagebericht kapitalmarktorientierter Unternehmen, in: Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, Nr. 7-8 2009, S. 440-451.

Withus, Karl-Heinz (2009c): Bringt das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) auch "Euro-SOX"? in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 3 2009, S. 119-125.

Withus, Karl-Heinz (2009d): Veröffentlichungspflichten zur Corporate Governance, in: Zeitschrift für Corporate Governance, Nr. 5 2009, S. 238-241.

Withus, Karl-Heinz (2010): Standardisierungsrat überarbeitet Rechnungslegungsstandards zum Konzernlagebericht, in: Der Betrieb, Nr. 2 2010, S. 68-73.

Witt, Peter (2003): Corporate Governance-Systeme im Wettbewerb, 1. Aufl., Wiesbaden 2003.

Wolf, Klaus (2009): Zur Anforderung eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Hinblick auf den (Konzern-)Rechnungslegungsprozess gemäß BilMoG, in: Deutsches Steuerrecht, Nr. 18 2009, S. 920-925.

Wysocki, Klaus v. (2003): Wirtschaftliches Prüfungswesen Band III: Prüfungsgrundsätze und Prüfungsverfahren nach den nationalen und internationalen Prüfungsstandards, München 2003.

Zimmer, Daniel/Sonneborn, Andrea Maria (2001): § 91 Abs. 2 AktG - Anforderungen und gesetzgeberische Absichten, in: Risikomanagement nach dem KonTraG, K. W. Lange, F. Wall (Hrsg.), München 2001, S. 38-59.

Zingales, Luigi (1998): Corporate Governance, in: The new Palgrave dictionary of economics and the law, P. Newman (Hrsg.), London 1998, S. 497-503.

Zülch, Henning (2003): Die Bilanzierung von Investment Properties nach IAS 40, Düsseldorf 2003.

Lebenslauf

- 1998 Abitur
- 1998-1999 Grundwehrdienst bei der Luftwaffe
- 1999-2002 Ausbildung zum Bankkaufmann
- 2002-2006 Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Christian-Albrechts-
Universität zu Kiel
- 2006-2010 Promotion am Lehrstuhl für Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Christian-
Albrechts-Universität zu Kiel