



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

**Der Aufsichtsrat
als Kontrollorgan auf dem Prüfstand
München 21.10.2020**

Klaus J. Hopt

Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht Hamburg



A. Wirecard: komplettes Systemversagen – breite Reformagenda

1. Governance bei Wirecard

- bei Wirecard eklatante Mängel der Corporate Governance
 - Aufsichtsrat nur mit fünf Personen, erst seit 2019 mit sechs Personen,
 - lange Zeit überhaupt kein Prüfungsausschuss, erst ab 2019
 - Aufsichtsratsvorsitzender zeitweise auch Vorsitzender des Prüfungsausschusses
 - zahlreiche Abweichungen zu § 161 AktG erklärt
 - 90-Tage-Frist des DCGK für Veröffentlichung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts (F.2) nicht eingehalten,
 - der financial expert im Aufsichtsrat war nicht namentlich genannt.
- komplettes Systemversagen, Anlass zur Reformüberlegungen auf breiterer Ebene: Abschluss- und Wirtschaftsprüfung, Governance, nationale und europäische Aufsicht

2. Reform der internen Corporate Governance: Vorstand, Aufsichtsrat, Aktionäre

aus dem Aktionsplan der Bundesregierung vom 6. Oktober 2020, in Bälde auch Referentenentwurf

„Stärkung der Corporate Governance von börsennotierten Unternehmen“, insbesondere

- „- Etablierung angemessener und wirksamer interner Kontroll- und Risikomanagementsysteme
- obligatorische Einrichtung eines Prüfungsausschusses
- Stärkung der Informationsrechte des Aufsichtsrats“



B. Dringliche Reformen auf Vorstandsebene, die der Aufsichtsrat überwachen muss,

1. Zwingende Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll-, Risikomanagement- und internen Revisionssystems für börsennotierte Gesellschaften

Bisher § 91 II AktG: „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden.“
Bei DAX-Gesellschaften heute schon ganz überwiegend internes Kontroll-, Risiko- Revisionssystem vorhanden.
Bei börsennotierten Gesellschaften Prüfung nach § 317 IV HGB, dazu IDW EPS 340.

Reformvorschlag:

(1a) „In börsennotierten Gesellschaften muss der Vorstand zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung ein wirksames internes Kontroll- und Risikomanagementsystem einrichten.“

(1b) „In börsennotierten Unternehmen muss dies vom Abschlussprüfer geprüft werden.“

2. Zwingende Einrichtung eines Compliance-Management-Systems (mit Whistleblowing)

CMS bei DAX-Gesellschaften heute schon ganz überwiegend vorhanden. RegE VerSanG belohnt das.
EU-Whistleblower-RL; Whistleblowing in § 25a I 6 Nr. 3 KWG, wird auch im Aktionsplan der BReg überlegt.

Reformvorschlag:

(2a) „In börsennotierten Gesellschaften muss der Vorstand ein Compliance-System einschließlich einer Whistleblowing-Funktion einrichten.“

(2b) „In börsennotierten Gesellschaften muss dies vom Abschlussprüfer geprüft werden.“



C. Dringliche Reformen auf Aufsichtsratsebene

3. Zwingende Bestellung eines Prüfungsausschusses und Anforderungen an dessen Vorsitzenden

a) Bestellung eines Prüfungsausschusses

§ 107 III 2 AktG: Bestellung eines Prüfungsausschusses mit Prüfungsgebieten nur optional.

Der DCGK D.3 empfiehlt die Einrichtung eines solchen Prüfungsausschusses, allerdings nur „soweit kein anderer Ausschuss oder das Plenum damit betraut ist“. Die Aufgaben der Prüfungsausschusses sind dort weiter gefasst.

Noch weitergehend § 25d IX 1 und 2 Nr. 1-4 KWG.

Reformvorschlag:

(3a) „Bei börsennotierten Gesellschaften hat der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss zu bestellen, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Auswahl und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, befasst.“ < wie § 107 III 2 AktG, aber zwingend >

Weitergehend:

(3b) „Bei börsennotierten Gesellschaften hat der Aufsichtsrat hat einen Prüfungsausschuss einzurichten, der sich – soweit kein anderer Ausschuss oder das Plenum damit betraut ist – insbesondere mit der Prüfung der Rechnungslegung, der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und der Compliance befasst. Die Rechnungslegung umfasst insbesondere den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht (einschließlich CSR-Berichterstattung), unterjährige Finanzinformationen und den Einzelabschluss nach HGB.“ < wie DCGK D.3, aber zwingend >



b) Besondere Anforderungen an den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses

DCGK D.4 empfiehlt, an den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gesetzlich besondere fachliche Anforderungen zu stellen und den Aufsichtsratsvorsitzenden vom Vorsitz im Prüfungsausschuss fernzuhalten.

Auch § 25d IX 3 KWG „Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses muss über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügen.“

DCGK C.10 empfiehlt doppelte Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses.

So auch schon Prüferrichtlinie, aber Mitgliedstaatenwahlrecht, von dem Deutschland Gebrauch gemacht hat.

Für börsennotierte Gesellschaften gesetzlich regeln:

Reformvorschlag:

(3c) „Bei börsennotierten Gesellschaften muss der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen sowie mit der Abschlussprüfung vertraut und unabhängig sein.“ < wie DCGK D.4 Satz 1 >

(3d) „Der Aufsichtsratsvorsitzende darf nicht den Vorsitz im Prüfungsausschuss innehaben.“

< wie DCGK D. 4 Satz 2 >

(3e) „Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll unabhängig von der Gesellschaft, vom Vorstand und vom kontrollierenden Aktionär sein.“

< wie DCGK C.10 S. 1, 2 >



4. Reform des § 100 V AktG: Unabhängiger Finanzexperte mit Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung und Abschlussprüfung,

§ 100 V AktG lautet bisher:

Bei Gesellschaften, die kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d HGB ... muss mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen; die Mitglieder müssen in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor, in dem die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein."

Schärfung:

- Sachverstand des Vorsitzenden auf beiden Gebieten „Rechnungslegung und Abschlussprüfung“
- Unabhängigkeit des Finanzexperten in § 100 V AktG, wie für den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses (oben Reformvorschlag zu (3e))
- mehr Transparenz über die Person und Qualifikation des Finanzexperten

Reformvorschlag zu § 100 V AktG:

(4) Bei Gesellschaften, die kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d HGB ... muss mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügen; die Mitglieder müssen in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor, in dem die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein."



5. Verbesserte Information: Direkter Kontakt des Aufsichtsratsvorsitzenden mit den Leitern des Risikomanagement, der Compliance und der internen Revision

Diskutiert werden

- kritische Grundhaltung auch beim Aufsichtsrat
- Erweiterung des § 111 AktG
- Befragung von leitenden Mitarbeitern
- Jedenfalls direkter Kontakt zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden oder zumindest dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses mit den Leitern der Kernabteilungen

Reformvorschlag:

(5a) Der Aufsichtsratsvorsitzende <und/oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses> kann, soweit zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe notwendig, sich unmittelbar bei den Leitern der internen Kontroll-, Risikomanagement-, Compliance- und Revisionssysteme informieren. Er und hat unmittelbaren Zugriff auf die Whistleblower-Hotline.

oder weniger weitgehend:

(5b) Der Aufsichtsratsvorsitzenden <und/oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses> hat regelmäßigen Kontakt mit den Leitern der internen Kontroll-, Risikomanagement-, Compliance- und Revisionssysteme.

6. Ausstattung des Aufsichtsrats (Aufsichtsratsbüro, Aufsichtsratsbudget)

Reformvorschlag:

(6) „In börsennotierten Gesellschaften hat der Aufsichtsrat ein Recht auf angemessene sachliche und personelle Ausstattung.“



7. Weitere nicht dringliche oder sogar ungeeignete Reformvorschläge zum Aufsichtsrat

a) Duales System Vorstand/Aufsichtsrat

- Wechsel in das Board-System nicht angezeigt, ohnehin Konvergenz (Hopt, ZGR 2019, 507)

b) Zusammensetzung der Organe, Qualifikationsvoraussetzungen

- Schärfung des § 100 AktG: Persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder?
- hauptamtlicher Aufsichtsratsvorsitzender, mehr Professionalisierung, schon bisher
- Schärfung von § 102 I AktG: kürzere Mandatszeiten, bei DCGK-Reform abgelehnt

c) Pflichten- und Haftungsfragen

- business judgment rule erhalten, str. für systemrelevanten Banken
- Haftungsverschärfung bringt nichts, anders für Abschlussprüfer, lächerlich § 323 II HGB
- Erhöhung der Tagungsfrequenz des Aufsichtsrats, regelmäßige Evaluierung, Diversität
- vertikale und horizontale Delegation
- interne Untersuchungen

d) Erweiterung der Berichts- und Prüfungspflichten

- Prüfung der Erklärung nach § 161 AktG
- Beschreibung und Offenlegung des Geschäftsmodells im CSR-Bericht
- Veröffentlichung des Konzernabschlusses binnen 90 Tagen nach Geschäftsjahresende (F.2)
- Bericht aus dem Aufsichtsrat auch zur Zusammenarbeit von Aufsichtsrat und Prüfer



D. Abstufung bei den erfassten Gesellschaften und Regelungsebenen

1. Adressatenkreis und Abstufungskriterien

- a) Einschränkungskriterien: börsennotiert (§ 3 II AktG) / kapitalmarktorientiert (§ 264d HGB)
- b) Groß/mittel/klein (§§ 267, 267a HGB)
- c) Unternehmen von öffentlichem Interesse (§ 319a HGB)
- d) Bedeutende Institute (§§ 25a Va, 25n KWG)
- e) Systemrelevante Institute (§§ 10f, 10g, 10h KWG, europäische Bankaufsichtsrecht)

2. Regulierungsebenen

- a) AktG
- b) DCGK
- c) BörsenG, Börsenzulassungsverordnung, Börsenordnung: Zulassungsbedingungen
- d) WpHG: laufende Verhaltenskontrolle

Für regulierte Unternehmen KWG, VAG u.a.



3. Reform der Zulassungsvoraussetzungen, einschließlich Anforderungen an die Governance der börsennotierten Gesellschaft

(Hopt/Kumpan, Vortrag vor dem BMF, 14.10.2020)

Börse	Dt. Börse	NYSE	Nasdaq
Grundlage	DAX-Regularien	Listing rules (303A.00 ff)	Listing rules (5605 ff)
Betroffene Gesellsch.	< 200	> 2400	> 3300
Unabh. Directors	-	+	+
Board (Unabh.)	-	+	+
Regelmäß. Sitzungen	-	+	+
Ausschüsse	Prüfungsausschuss (DCGK)	Audit/ Compensation/ Nominating Committee	Audit/Compensation Committee
Verhaltenskodex	-	Corp. Gov. Guidelines / Code of Business Conduct and Ethics	Code of Conduct