

## Nachtrag

Schon kurze Zeit nach Abschluß dieser Untersuchung ergab sich durch Zufall die Möglichkeit, einige der Hauptthesen mit Herrn Prof. Bruno Kropff persönlich zu diskutieren. Für seine wertvollen Anmerkungen sei ihm auch an dieser Stelle nochmals Dank ausgesprochen. Er erklärte sich freundlicherweise dazu bereit, das Manuskript noch vor der Veröffentlichung zu lesen und verdeutlichte anschließend seine Sicht insbesondere zu meinem Vorschlag des Minderheitenvertreters im Aufsichtsrat. Seine (ursprünglich als Fragen formulierten) Einwände aus theoretischer, vor allem aber aus praktischer Sicht werden im folgenden sinngemäß wiedergegeben. Sie haben mich nicht überzeugen können, von meinem Vorschlag Abstand zu nehmen, waren aber auch ausdrücklich als Anregung zur weiteren Vertiefung gemeint. Einige kurze Überlegungen finden sich deshalb jeweils am Ende der einzelnen Abschnitte. Dabei bin ich mir durchaus des möglichen Vorwurfs bewußt, damit „das letzte Wort behalten zu wollen“. Auf der anderen Seite dürfte klar sein, daß gerade dieser „Vorteil“ nicht lange Bestand haben wird.

1. *Einwand:* Der Minderheitsvertreter sei gerade im Aufsichtsrat ein Fremdkörper, da er kein Stimmrecht besitzt, andererseits einer aufsichtsratsfremden Aufgabe nachzugehen hätte. In der Sache solle er nämlich aktiv an der Geschäftsführung mitwirken (Apparat mit Vorlagen an den Vorstand, vgl. oben S. 321). Die Einbindung in den Aufsichtsrat störe das mitbestimmungsrechtliche Zahlenverhältnis, da zumindest ein weiterer Anteilseignervertreter – wenn auch ohne Stimmrecht – in diesem Gremium sitzen würde. Ebenso verletze sie den Grundsatz gleicher Rechte und Pflichten aller Aufsichtsratsmitglieder und beschränke die Kontrollmöglichkeiten des „besonderen Mitglieds“ (z.B. angesichts der Tatsache, daß ein Berichtsanspruch gegenüber dem Vorstand nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG nur bei Unterstützung durch ein weiteres Aufsichtsratsmitglied durchsetzbar ist). Des weiteren stelle sich die Frage, ob die Aufsichtsratsvergütung – und sei es die des Vorsitzenden – der Aufgabe angemessen ist. All dies könnte darauf hindeuten, daß die zu schaffende Position eines Außenseiter-Treuhänders sachgerechter erscheint.

*Stellungnahme:* Aus Sicht des heute praktizierten Aktienrechts kann wohl kaum bestritten werden, daß die Einführung des vorgeschlagenen „besonderen Mitglieds“ als Fremdkörper erscheint. Doch läßt man einmal die historische Entwicklung bis zum heutigen Stand der Dinge außer Acht, so stellt sich eine ganz andere Frage: „Befremdet“ nicht viel eher die Tatsache, daß zwar die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat – noch dazu (fast) paritätisch – vertreten sind, eine Repräsentation der Anteilseigner dagegen nur unvollständig, nämlich unter Ausschluß der Minderheit gewährleistet ist? M.E. ist nicht der Minderheitsvertreter der Fremdkörper im Aufsichtsrat, sondern sein bisheriges Fehlen ist der „Fremdkörper im Aktienrecht“. Ein Treuhänder der Minderheit wäre denge-

genüber viel eher ein Fremdkörper, weil das Aktienrecht diese Position bisher nicht kennt und die praktische Gefahr bestünde, daß eine solche neue rechtliche Institution entweder viel zu schwach oder aber zu stark ausgestaltet wäre. Damit würde das Ziel eines angemessenen Minderheitenschutzes fast sicher verfehlt.

Nicht zuletzt deshalb will der Vorschlag gerade ein Mitglied des Aufsichtsrats schaffen, das grundsätzlich durchaus gleiche Rechte und Pflichten hat. Die Vergütung folgt diesem Prinzip; Einwände gegen ihre Angemessenheit richten sich von daher gegen die Vergütung aller Mitglieder. Die Besonderheiten beim Stimmrecht und bei den Ansprüchen auf Information folgen aus zwei Gesichtspunkten: Einerseits ist das fehlende Stimmrecht des besonderen Mitglieds bei normalen Abstimmungen gerade deshalb erforderlich, damit das mitbestimmungsrechtliche Zahlenverhältnis nicht gestört wird. Sein Veto-Recht bei In-Sich-Geschäften folgt auf der anderen Seite aus einem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzip und insoweit wird an dem Grundsatz der „gleichen Rechte und Pflichten“ nichts geändert. Denkt man sich die Beteiligung der Arbeitnehmer hinfort, so hätte der Minderheitsvertreter in allen Angelegenheiten ein (allerdings praktisch wertloses) Stimmrecht. Für Geschäfte der Gesellschaft mit der durch ihn vertretenen Minderheit wäre er dagegen aus dem gleichen gesellschaftsrechtlichen Prinzip vom Stimmrecht ausgeschlossen, das ihm ein Veto-Recht bei In-Sich-Transaktionen des Mehrheitsgesellschafters verleiht.

Schließlich sind die Aufgaben des besonderen Mitglieds auch nicht mehr de-facto-Mitwirkung an der Geschäftsführung als das geltende Recht über § 111 Abs. 4 AktG dem Aufsichtsrat insgesamt gestattet. Der (unpräzise) Ausdruck „Apparat mit Vorlagen an den Vorstand“ stammt im übrigen nicht von mir, sondern von R. Liebs (vgl. oben S. 321f.). Die angesprochene Problematik des § 90 Abs. 3 S. 2 AktG, das ist zuzugeben, wird durch die Regel des § 101 a Abs. 3 AktG des Vorschlags nicht befriedigend gelöst. Doch kann dem besonderen Mitglied, soweit ihm ein Anforderungsbericht verweigert wird, eine Klagebefugnis auf Erstattung des Berichts an den Aufsichtsrat<sup>137</sup> z.B. auch dann eingeräumt werden, wenn es um In-Sich-Geschäfte geht und er keine Unterstützung durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied findet – die fehlende Unterstützung kann in diesem Fall wegen der Interessenkollision der anderen Mitglieder gerade nicht entscheidend sein.

2. *Einwand:* Zu bezweifeln sei, ob das besondere Mitglied die erforderlichen Informationen erhalten wird können. Selbst ein uneingeschränktes Recht auf Auskunft und Einsicht würde einer Einzelperson nicht die für eine *ex-ante*-Kontrolle notwendige Beurteilung ermöglichen. Diese Beurteilungsmöglichkeit hätte es nur, wenn es in allen Phasen an der Vorbereitung des Geschäfts und den Verhandlungen teilnahme. Tue es das nicht, bleibe es bei der *ex-post*-Kontrolle.

<sup>137</sup> Dazu vgl. Hüffer § 90 AktG Rn. 21.

*Stellungnahme:* Die Informationsproblematik besteht natürlich und kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden. Zwei Dinge erscheinen mir aber erwähnenswert. Zum einen müssen Vorstand und Mehrheitsgesellschafter das Veto-Recht des besonderen Mitglieds in ihr Kalkül miteinbeziehen und werden sich daher hüten, bei ihm den Verdacht entstehen zu lassen, sie enthielten ihm Informationen vor. Andere Strategien sind zwar denkbar. Keine Rechtsregel kann die Gesellschafter bzw. ihre jeweiligen Repräsentanten zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwingen (obwohl das doch der eigentliche Grundsatz jeder Gesellschaft ist, nämlich die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks ...), das Recht kann aber fehlende Zusammenarbeit verteuern – dieses Ziel verfolgt der Vorschlag durch das Veto-Recht. Und zweitens richtet der Einwand sich auch gegen die Vorschrift des § 111 Abs. 4 AktG insgesamt, d.h. er leugnet die Möglichkeit, daß der Aufsichtsrat durch einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte eine präventive Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes überhaupt leisten kann.

3. *Einwand:* Der zwangsläufig punktuellen Kontrolle durch das besondere Mitglied könne man die Kontrolle des Abschlußprüfers gegenüberstellen, der nach Aufgabe und Hilfsmitteln das Gesamtbild der Verbundbeziehungen möglicherweise besser beurteilen könne. Von daher erscheine ein nachhaltiger Vergleich des Vorschlags mit der Regelung in § 313 AktG geboten, der ja im Ansatz ähnliche Gedanken bzw. Zwecke verfolge. Zu nennen seien hier die Minderung des Informationsdefizits und die Kontrolle durch einen informierten und sachkundigen Unabhängigen.

*Stellungnahme:* Wie bereits oft betont, sehe ich den Vorteil des besonderen Mitglieds einerseits in der *ex-ante*-Kontrolle und zum anderen darin, daß der Kontrollierende ein von der Minderheit bestellter und daher ein Interessierter, nicht ein unabhängiger Dritter ist. (Das ist letztlich Dreh- und Angelpunkt der gesamten Untersuchung, ausführlich noch einmal oben S. 310ff. zur *ex-post*-Kontrolle und S. 328f. zur Kontrolle durch einen Unabhängigen). Beide Gesichtspunkte werden vom geltenden Recht und auch von § 313 AktG nicht gewährleistet. Zudem bestehen an der Unabhängigkeit des Abschlußprüfers wegen der Bestellungsregelung ganz erhebliche Zweifel. Die frühere Bestellung durch den Vorstand (§ 318 Abs. 1 S. 4 HGB iVm § 78 AktG) ist durch die Regel des § 111 Abs. 2 S. 3 AktG zwar abgeschafft. Die Verlagerung auf den Aufsichtsrat verbessert jedoch nur die Unabhängigkeit des Prüfers vom Vorstand, keinesfalls die vom Mehrheitsgesellschafter. Selbst bei wirklicher Unabhängigkeit wäre die Verteilungsgerechtigkeit m.E. nicht gewährleistet, weil sich dann im Endeffekt der Unabhängige und der Mehrheitsgesellschafter gegenüberstehen. Das praktische Ergebnis liegt im Zweifelsfall in der Mitte zwischen beiden – und das ist weniger als die Mitte, auf die die Minderheit bestehen darf.

4. *Einwand:* Möglicherweise sei das besondere Mitglied durch seine Aufgabe überfordert. Soll es allein über Grundsatzfragen der Konzernpolitik entscheiden, wie Konzentration der Datenverarbeitung (Opel-Fall), Spezialisierungsabreden innerhalb des Konzerns, Änderungen der Vertriebspolitik? Wenn solche

Fragen schon dem Abschlußprüfer Schwierigkeiten bereiten, wie einige praktische Beispiele aus jüngerer Zeit zeigen, dann würden sich solche Schwierigkeiten auch und besonders für den Minderheitenvertreter ergeben.

Auch sei seine Entscheidung jedenfalls bei Gesellschaften mit etwas breiter gestreuter Minderheit praktisch endgültig, da dann die Anrufung der Hauptversammlung aus praktischen Gründen nicht infrage komme. Damit würde auf der anderen Seite ein Erpressungspotential geschaffen werden.

*Stellungnahme:* Das besondere Mitglied muß gerade nicht über die genannten Fragen entscheiden, es kann sich darauf beschränken, nach den Geschäften zu suchen, mit denen das von der Gesellschaft erwirtschaftete Ergebnis auf andere Konzerngesellschaften verschoben wird bzw. werden soll. Das ist gerade das schöne und einfache an dem oben S. 257f. ausgeführten Gedanken: Wenn der Mehrheitsgesellschafter sich nicht mehr durch In-Sich-Geschäfte das der Minderheit zustehende Vermögen aneignen kann, warum sollte er die Tochter dann nicht im besten Interesse aller leiten? Wegen der Erpressungsproblematik verweise ich auf oben S. 321ff., wo der Einwand unter dem etwas freundlicheren Begriff des Behinderungssystems erörtert ist. Auch hier gilt: Das schöne und einfache an dem Vorschlag ist, daß der Minderheitsvertreter nie mehr als Marktpreise vom Mehrheitsgesellschafter für eine Leistung der Tochter verlangen kann bzw. nie weniger als Marktpreise für eine Leistung der Mutter anbieten kann, weil der Mehrheitsgesellschafter das Geschäft sonst mit einem Dritten vornehmen wird bzw. die Tochter vornehmen lassen wird. Er kann ihn also gerade *nicht* erpressen.

5. *Einwand:* Der Vorschlag schaffe möglicherweise Haftungsrisiken für das besondere Mitglied, die – auch angesichts seiner Vergütung – kaum tragbar seien. Versage das Mitglied seine Zustimmung oder verzögere es auch nur zum Nachteil der Gesellschaft ein dann – vielleicht deshalb – scheiterndes Vorhaben, so müsse es mit einer Inanspruchnahme durch die Mehrheit rechnen. Gebe es zu schnell nach, so stehe umgekehrt eine Inanspruchnahme durch die Minderheit zu befürchten. Es müsse infolgedessen auch befürchtet werden, daß sich kaum geeignete Leute für diese Aufgabe finden werden.

*Stellungnahme:* Ich halte angesichts der Erfahrungen in den vergangenen Jahren die praktischen Haftungsrisiken von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern für deutlich geringer als die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts es nach ihrer Formulierung vermuten lassen. Aber selbst wenn sich daran in Zukunft etwas ändert, so stellt der Vorschlag immerhin sicher, daß nicht der Vertreter der Minderheit anders behandelt wird als die anderen Mitglieder. Auch dies ist übrigens ein Argument *für* die Einbindung in den Aufsichtsrat (vgl. oben zum 1. Einwand).

In der Sache wird man bei *ex-ante*-Entscheidungen dem Aufsichtsratsmitglied die gleiche Einschätzungsprärogative (business judgement rule) einräumen müssen wie dem Vorstand; die Minderheit mag ihren Vertreter abwählen, wenn er sich als ineffizient erweist. Warum ein Vorhaben an der Verzögerungspolitik des Besonderen Mitglieds scheitern soll, so daß Haftungsfolgen zu befürchten

sind, sehe ich im übrigen nicht. Es ist eine Frage der Betrachtungsweise: Jeder Vertrag kann *in contrahendo* an Verzögerungstaktiken des Verhandlungspartners scheitern; hier vertreten wird, daß die Verhandlungen über In-Sich-Geschäfte eben mit der Minderheit bzw. ihrem Vertreter zu führen sind. Es gibt m.a.W. vor der Zustimmung des besonderen Mitglieds noch gar nichts, was verzögert werden könnte. Die dem zugrundeliegende Regel ist eine einfache Ergänzung und Begrenzung des Mehrheitsprinzips im Gesellschaftsrecht.