

Dr. Richard Brunner, MBA

**Leistungsfähigkeit von Corporate Governance
Strukturen zur Steuerung von in- und ausländischen
Tochtergesellschaften**

Diese Arbeit wurde im August 2012 als Master Thesis im Studiengang Business Administration an der Universität Augsburg angenommen. Mein Dank gilt insbesondere Herrn Prof. Dr. Reinhard Meckl, Universität Bayreuth, der die Arbeit betreut hat.

Die Arbeit ist urheberrechtlich geschützt. Nachdruck oder sonstige Vervielfältigungen, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des Autors.

Dr. Richard Brunner, Augsburg im November 2012

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	iii
Abkürzungsverzeichnis	v
Abbildungsverzeichnis	viii
Tabellenverzeichnis	ix
1 Konzeptionelle Grundlagen der Corporate Governance.....	1
1.1 Thematische Einführung	1
1.2 Der Corporate Governance Begriff	3
1.3 Die Bezugsgruppen der Corporate Governance: Shareholder vs. Stakeholder.....	4
1.4 Der Bezugsrahmen für Corporate Governance	8
1.5 Die Gestaltungsprinzipien der Corporate Governance.....	9
1.6 Der Regelungsgegenstand der Corporate Governance.....	10
1.7 Die Regelungsebenen der Corporate Governance	12
1.8 Zwischenergebnis.....	14
2 Rechtsquellen der Corporate Governance	15
2.1 Gesetzliche Vorgaben	15
2.1.1 Grundstrukturen: Monistisches Modell vs. dualistisches Modell.....	15
2.1.2 Spitzenorganisation in Deutschland.....	17
2.1.2.1 Die Aktiengesellschaft	17
2.1.2.2 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	21
2.1.2.3 Sonstige Rechtsformen.....	22
2.1.3 Spitzenorganisation in den USA und der Sarbanes-Oxley Act	24
2.1.3.1 Die US-amerikanische Stock Corporation	24
2.1.3.2 Der Sarbanes-Oxley Act.....	26
2.1.4 Spitzenorganisation in der Schweiz	28
2.1.5 Spitzenorganisation in Luxemburg	30

2.1.6	Spitzenorganisation in der Europäischen Aktiengesellschaft.....	33
2.2	Untergesetzliche Governance Grundsätze und Standards.....	35
2.2.1	Der Deutsche Corporate Governance Kodex.....	35
2.2.2	Die OECD Grundsätze der Corporate Governance	45
2.3	Unternehmensinterne Regelungen	46
2.3.1	Gesellschaftsvertrag, Satzung, Statuten.....	46
2.3.2	Geschäftsordnungen, Geschäftsverteilungspläne, Organisationsstrukturen und Unternehmensrichtlinien.....	49
2.3.2.1	Geschäftsordnungen	49
2.3.2.2	Geschäftsverteilungspläne.....	52
2.3.2.3	Organisationsstrukturen und Unternehmensrichtlinien.....	55
2.4	Zwischenergebnis.....	57
3	Gestaltungselemente der Corporate Governance zur Steuerung von in- und ausländischen Tochtergesellschaften („Subsidiary Governance“)	58
3.1	Corporate Governance von Tochtergesellschaften als Managementaufgabe	58
3.2	Konzernrechtliche Mechanismen zur Steuerung von Tochtergesellschaften	61
3.2.1	Konzernrechtliche Grundbegriffe	61
3.2.2	Steuerungsmechanismen für Tochtergesellschaften.....	66
3.3	Sonstige gesellschaftsrechtliche Steuerungsmöglichkeiten für in- und ausländische Tochtergesellschaften.....	70
3.4	Gestaltung der Führungsorganisation in verbundenen Unternehmen.....	72
3.5	Zwischenergebnis.....	79
4	Zusammenfassung, Bewertung und Ausblick	80
	Literaturverzeichnis	81
	Rechtsquellenverzeichnis	86

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BAnz AT	Bundesanzeiger Amtlicher Teil
Beschl.	Beschluss
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
COO	Chief Operating Officer
CTO	Chief Technology Officer
DAX	Deutscher Aktienindex
d. h.	das heißt
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Diss.	Dissertation
engl.	englisch
et al.	et altera
etc.	et cetera

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FuE	Forschung und Entwicklung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ggf.	gegebenenfalls
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
i. V. m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
IT	Informationstechnologie
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
lit.	Litera
LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
PCAOB	Public Company Accounting Oversight Board
Rdnr.	Randnummer
Rs.	Rechtssache

S.	Seite
S.A.	société anonyme
S.à r.l.	société à responsabilité limitée
SE	Societas Europaea
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
SEC	Securities and Exchange Commission
Sect.	Section
Slg.	Sammlung
SOA	Sarbanes-Oxley Act of 2002
sog.	sogenannt
Stat.	United States Statutes at Large
Techn.	Technische
Univ.	Universität
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z. B.	zum Beispiel
zugl.	zugelassen

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 2-1 Zusammenarbeit zwischen den Organen der Aktiengesellschaft (Quelle: Eigene Darstellung).....	20
Abbildung 2-2 Regelungstypen, -bereiche und -ziele des DCGK (Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Dillerup/Stoi, 2011, 108 und Meckl, 2010, 107).....	37

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1-1 Stakeholder eines Unternehmens mit ihren spezifischen Interessen (Quelle: Eigene Darstellung).....	6
Tabelle 2-1 Regelungsebenen, Rechtsquellenkategorien und Regelungsbeispiele der SE (Quelle: Eigene Darstellung).....	33
Tabelle 2-2 Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands der Adidas AG (Quelle: Eigene Darstellung).....	55

1 Konzeptionelle Grundlagen der Corporate Governance

1.1 Thematische Einführung

Die fortschreitende Globalisierung des Wirtschaftslebens stellt besondere Anforderungen an die Führung von Unternehmen. Indem sich die Beschaffungs- und Absatzmärkte ausdehnen, werden Unternehmungen zwangsläufig internationaler; aber auch Produktionsstandorte werden dorthin verlagert, wo besonders günstige Bedingungen herrschen. Zu diesen lokalen Faktoren gehören nicht nur Arbeitsbedingungen, Infrastruktur, Einkommensniveau, Rohstoffvorkommen und Produktionsbedingungen, sondern auch die sehr unterschiedlich ausgestalteten politischen, sozialen und rechtlichen Rahmenbedingungen, wie Steuersystem, Gesetzgebung, Rechtsprechung, soziale Systeme, Grundrechte und Unternehmensverfassung sowie kulturelle Gegebenheiten (vgl. Theisen, 2011, 154). Selbst für mittelständische Unternehmen ist es längst nicht mehr außergewöhnlich, auf anderen Kontinenten präsent zu sein. In diesem globalisierten Umfeld ist es naheliegend, dass Auslandsaktivitäten in eigenen ausländischen Tochtergesellschaften und nicht nur in rechtlich unselbständigen Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten verfolgt werden. Aber selbst für eine rein nationale Unternehmung, die keine oder kaum Auslandsberührung hat, kann es sinnvoll sein, ihr Geschäft arbeitsteilig in mehreren unternehmenseigenen Gesellschaften zu strukturieren. Sowohl für internationale als auch nationale Unternehmen können hierfür organisatorische, haftungsrechtliche oder steuerrechtliche Erwägungen ausschlaggebend sein. Nicht selten sind solche gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverbindungen weniger strategisch konzipiert, als vielmehr historisch gewachsen. Sie entstehen durch die Aufspaltung von Unternehmen, Gründung von Tochterunternehmen, Erwerb von Unternehmensbeteiligungen oder den Zusammenschluss rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Führung einer Holdinggesellschaft.

Die Gliederung des Unternehmens in mehrere Gesellschaften erhöht jedoch die Führungskomplexität und macht besondere Überlegungen hinsichtlich der Wahl der Rechtsformen sowie der internen Führungs- und Organisationsstrukturen erforderlich. Denn nur eine optimale Abstimmung dieser Strukturen auf die verfolgten unternehmerischen Ziele, ermöglicht dem Management eine effektive Leitung und Überwachung des Unternehmens, einschließlich seiner Tochtergesellschaften, um es nachhaltig zum Erfolg zu führen. Gerade historisch gewachsene Unternehmensstrukturen sollten einer Prüfung unterzogen werden, ob sie diesen Anfor-

derungen gerecht werden. Denn in einem solchen Umfeld gelangen Unternehmen oft an einen Punkt, wo sie kaum noch steuerbar sind, weil Kompetenzen, Verantwortlichkeiten, Ressourcenzuordnung und Informationsflüsse unklar oder unzureichend geregelt sind, oder sich dieses Wissen auf wenige langjährige Mitarbeiter konzentriert, ohne ausreichend formal und allgemeinzugänglich niedergelegt zu sein (sog. unspezifische Organisationsstruktur). In anderen Fällen sind Unternehmen in unangemessener Weise mit der Eigenadministration beschäftigt, was zu Ineffizienzen in Hinblick auf die Verfolgung der Unternehmensziele führt. Es ist leicht vorstellbar, dass eine solche Situation vermehrt zu Fehlentscheidungen mit erheblichen Haftungsrisiken und bewusst oder unbewusst illegitimen Verhalten Einzelner führen kann. Bereits Greiner (1972, 40) hat diese strukturellen Probleme als typische Krisen reifer werdender Unternehmen gesehen, welche es mittels geeigneter Organisationsstrukturen und -praktiken zu überwinden gilt, um gestärkt in die nächste Entwicklungsphase eintreten zu können und weiterhin erfolgreich am Markt zu bestehen. Insbesondere bei Unternehmen mit einer Konzernstruktur, bei denen diese Fragen nicht nur für die Muttergesellschaft relevant sind, sondern über die gesellschaftsrechtlichen Grenzen hinweg ebenso bei den Tochtergesellschaften auftreten, ist zu beachten, dass diese strukturell-institutionellen Fragen im Sinne der Konzernstrategie gelöst werden.

Bei dieser „normativen Managementdimension“ (Scheffler, 1992, 41) der Gestaltung von Unternehmensverfassung, Führungsorganisation und Organisationsstruktur, die einerseits von gesetzlichen Vorgaben begrenzt und andererseits durch betriebswirtschaftliche Effizienzüberlegungen geprägt ist, treffen Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre aufeinander. Die Herausforderung ist hierbei, ökonomisch effiziente Unternehmensstrukturen in rechtlich wirksamer Weise zu verankern und zu leben. So bemängelt zum Beispiel Schneider (1986, 1994), dass vielfach konzernrechtlich unhaltbar sei, was sich heute in den internen Handbüchern der Konzernleitungen als Organisationsanweisung finde. Es ist sich dabei zu vergegenwärtigen, dass die strukturelle Organisation eines Unternehmens, neben der strategischen Ausrichtung, der finanziellen Führung, der personellen Besetzung von Führungsfunktionen und der Kontrolle des operativen Geschäfts, nur eine von mehreren Kernaufgaben der Unternehmensführung darstellt.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, gerade die unternehmensorganisatorischen Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen, um Tochtergesellschaften im In- und Ausland effektiv zu steuern und damit die nachhaltige Verfolgung der Unternehmensziele zu gewährleisten. Im englischen Schrifttum wird dieses spezielle Gebiet der Corporate Governance als *Subsidiary*

Governance bezeichnet. Dabei wird das Thema in dieser Arbeit ganzheitlich in dem Sinne verstanden, dass weder Gesellschaftsrecht, Führungsorganisation, noch Organisationslehre isoliert als Gestaltungsinstrumente zu betrachten sind, sondern in ihrem Zusammenspiel den Ordnungsrahmen bilden, der Entscheidungskompetenzen, Verantwortlichkeiten, Aufgaben- und Ressourcenverteilung in einem Unternehmen festlegt. Dazu werden zunächst die konzeptionellen Grundlagen der Corporate Governance beleuchtet, bevor die die wichtigsten nationalen und internationalen Rechtsquellen der Corporate Governance untersucht werden. Schließlich wird überprüft, wie die aufgrund der verschiedenen Rechtsquellen zur Verfügung stehenden Gestaltungselemente der Corporate Governance zur Steuerung von nationalen und internationalen Tochtergesellschaften eingesetzt werden können. Dabei konzentriert sich die Arbeit auf die Steuerungsmechanismen und klammert spezielle Kontrollmechanismen, wie z. B. die Einrichtung von Risikomanagementsystemen aus, wohlwissend, dass Leitung und Überwachung von Unternehmen zusammengehören. Bei der Corporate Governance der Aktiengesellschaft wird entsprechend ihrer Bedeutung als oberste rechtliche Unternehmenseinheit innerhalb eines Konzerns bei Publikumsgesellschaften der Schwerpunkt gesetzt.

1.2 Der Corporate Governance Begriff

Obwohl das Schlagwort Corporate Governance seit einigen Jahren international aber auch in Deutschland in aller Munde ist, gibt es keine allgemeingültige Definition des Begriffs. Oesterle (2007, 30) weist darauf hin, dass Corporate Governance oft stark verkürzend und dadurch verfälschend mit dem für deutsche börsennotierte Aktiengesellschaften entworfenen Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) gleichgesetzt werde. Keindiek (2009, 788) versteht „*gute und verantwortungsvolle Unternehmensleitung und -überwachung*“ als Corporate Governance. Eine direkte Erklärung was gut und verantwortungsvoll ist, bleibt er jedoch schuldig; allerdings lassen sich bei ihm bestimmte anzustrebende Kriterien der Unternehmensführung herausfiltern. Demnach muss sich die Wahrnehmung von Leitungs- und Überwachungsaufgaben im gesetzlichen Rahmen bewegen (vgl. 2009, 816) und auf Basis einer sachgerechten Erhebung und Analyse aussagekräftiger Kennzahlen beruhen (vgl. 2009, 798). Dieses Verständnis von Corporate Governance ist vorherrschend: so wird auch im ersten Absatz der Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) vertreten, dass der Kodex international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung enthalte. Ähnlich sehen auch Dillerup und Stoi (2011, 105) Corporate Governance als die Beschreibung der Grundsätze ordnungsgemäßer und verantwortungsvoller Unternehmensführung als Rahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens.

Es ist jedoch fraglich, ob dieses wertbezogene Verständnis von Corporate Governance („gut“, „verantwortungsvoll“) die Thematik nicht überfrachtet, denn die Bereitstellung bestimmter Corporate Governance Strukturen führt nicht automatisch zu einem guten unternehmerischen Handeln. Wäre dies so, würden unterschiedliche Governance Strukturen auch zu einem unterschiedlich guten Ergebnis führen. Dann ließe sich auch eine eindeutige Aussage treffen, ob ein monistisches Board-System besser oder schlechter ist, als ein dualistisches Aufsichtsrats-Vorstands-System. Zweifellos soll sich unternehmerisches Handeln stets auf der Grundlage einer übergeordneten Zielsetzung entfalten, die dem Top-Management eine Handlungsmaxime bietet. Solche Zielentscheidungen sind von gesellschaftlich-kulturellen Traditionen und unternehmensintern vertretenen Werten geprägt. Die Ausgestaltung solcher Prinzipien und die Beantwortung der Frage, welches unternehmerische Handeln „gut“ und „verantwortungsvoll“ ist, sollte folglich besser der Wirtschaftsethik überlassen werden. Das Ergebnis solcher Überlegungen kann wiederum in Unternehmensleitbildern, Unternehmensphilosophien, Missions und Visions festgelegt werden (vgl. v. Werder, 2008, 30), die als anzuwendende Normen Bestandteil der Corporate Governance werden.

Es ist daher wertneutral mit v. Werder (2008, 1) zu formulieren, dass Corporate Governance den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens bildet. In ähnlicher Weise definieren Müller-Stewens und Lechner (2011, 97) Corporate Governance als die Gesamtheit der organisatorischen und inhaltlichen Ausgestaltung der Führung und Überwachung von Unternehmen. In Abgrenzung hierzu ist nach der hier vertretenen Auffassung die Überwachung der Einhaltung dieses Ordnungsrahmens Gegenstand der sog. Compliance (ebenso Drygala/Staake/Szalai, 2012, 707).

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass die Wirtschaftsethik bestimmt, was gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung ist. Corporate Governance stellt hierfür einen normativen Ordnungsrahmen zur Verfügung, der gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung ermöglichen und sicherstellen soll. Für die Einhaltung dieses Ordnungsrahmens zu sorgen, ist eine von der Corporate Governance zu trennende Managementaufgabe (Compliance).

1.3 Die Bezugsgruppen der Corporate Governance: Shareholder vs. Stakeholder

Im Rahmen der Corporate Governance Diskussion ist immer wieder die Frage aufgeworfen worden, welche Bezugsgruppen bei Unternehmensentscheidungen zu berücksichtigen sind.

Dahinter steht die These, dass Governanceprobleme von Unternehmen sich im Kern auf unvollständige Verträge zurückführen ließen und die diversen Bezugsgruppen teilweise unterschiedliche Interessen verfolgten (v. Werder, 2008, 5). Verträge sind unvollständig, weil sie sich auf die Zukunft beziehen und nicht alle Entwicklungen im Austauschverhältnis zwischen den Parteien regeln können. Als typisches Beispiel wird angeführt, dass der (implizite) Vertrag der Aktionäre mit dem Unternehmen, Eigenkapital gegen eine angemessene Rendite zur Verfügung zu stellen, aufgrund der Unsicherheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens sich nicht im Vorhinein fixieren lässt. Diese Unvollständigkeit der Verträge könnten die Akteure je nach ihren Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmensgeschehen zu ihren Gunsten — und damit zu Lasten anderer Bezugsgruppen — ausnützen (v. Werder, 2008, 5). Welche Bezugsgruppen hier relevant sind, wird schematisch von zwei Theorien unterschiedlich beantwortet:

Manche Autoren, die Anhänger des **Shareholder-Ansatzes**, rücken allein das Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand bzw. das Verhältnis von Eigentümern und Management in das Zentrum der Corporate Governance Diskussion (vgl. Chancharat, N./Krishnamurti, C./Tian 2012, 145; Kutschker/Schmid, 2011, 579; Theisen, 2011, 155; Oesterle 2007, 31 f.; Baums/Scott 2005, 34; Cromme 2005, 362). Dabei wird die These vertreten, dass die Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsgewalt gewisse Informationsasymmetrien zwischen Eigentümern und Geschäftsleitung sowie natürliche Interessensgegensätze zwischen diesen Gruppen hervorruft, die es notwendig machen, für die Eigentümer oder deren Repräsentanten bestimmte Informations- und Abstimmungsstrukturen zu schaffen (z. B. Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat), sie mit bestimmten durchsetzbaren Informations- und Kontrollrechten auszustatten und eine klare Aufgaben- und Verantwortlichkeitstrennung vorzunehmen. Denn wenn ein schlechter informierter Prinzipal Aufgaben an den besser informierten Agenten delegiert, eröffnen sich diesem Handlungsspielräume, die er zum Schaden des ersteren ausnutzen könne (Picot/Böhme, 1999, 6). Die theoretischen Grundlagen dieses Zielkonflikts werden durch die Principal-Agent-Theory beschrieben (vgl. Meckl, 2010, 79 ff. und Brellocks, 2007, 18 jeweils m. w. N.; grundlegend Jensen/Meckling, 1976, 305 ff.). Aber auch innerhalb der beiden Gruppen können solche Konflikte auftreten (siehe zum sog. Principal-Principal-Konflikt Renders/Gaeremynck 2012, 125 ff.).

Der Shareholder-Ansatz ist in jüngerer Zeit verstärkt in die Kritik geraten, weil die Beschränkung des Blickwinkels auf das Verhältnis zwischen Eigentümern und Management Governance Probleme anderer Bezugsgruppen ausklammert und die Unterstellung streng opportu-

nistischer Verhaltensweisen des Managements nicht der Realität entspreche (v. Werder 2008, 6). Folglich wird in der Literatur (vgl. DePamphilis, 2012, 93; Becker/Ulrich 2010, 8; Meckl, 2010, 105 m. w. N.; Schmidt/Weiß, 2009, 164 f.; v. Werder 2008, 8; Gerum, 2007, 8; Mallin, 2007, 58) nach dem **Stakeholder-Ansatz** zunehmend die Auffassung vertreten, dass unter Corporate Governance — über die reinen Shareholderinteressen hinausgehend — all diejenigen Rahmenvorgaben zu verstehen sind, die einen Interessensausgleich zwischen den Gruppen herstellen, die mit dem Unternehmen in wirtschaftlich deutbaren und nicht vollkommen vertraglich oder gesetzlich determinierten Austauschbeziehungen stehen (v. Werder 2008, 8). Auch hier wird grundsätzlich unterstellt, dass die jeweiligen Akteure je nach ihren Einflussmöglichkeiten tendenziell versuchen werden, das Unternehmensgeschehen zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

Stakeholder	Spezifische Interessen
Anteilseigner	<ul style="list-style-type: none"> • Nachhaltige Maximierung der Rendite des dem Unternehmen zur Verfügung gestellten Eigenkapitals • Mitwirkung bei der strategischen Ausrichtung des Unternehmens
Fremdkapitalgeber	<ul style="list-style-type: none"> • Maximierung der Rendite • Minimierung des Ausfallrisikos
Management	<ul style="list-style-type: none"> • Maximierung der Vergütung • Machtausdehnung
Arbeitnehmer	<ul style="list-style-type: none"> • Maximierung der Vergütung • Mitsprache bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen
Lieferanten	<ul style="list-style-type: none"> • Absatzmaximierung • Preismaximierung
Gesellschaft/Staat	<ul style="list-style-type: none"> • Maximierung der Steuereinnahmen • Rechtskonformes Verhalten der Unternehmen
Kunden	<ul style="list-style-type: none"> • Bedarfsdeckung • Preisminimierung

Tabelle 1-1 Stakeholder eines Unternehmens mit ihren spezifischen Interessen

(Quelle: Eigene Darstellung)

Als Stakeholder eines Unternehmens lassen sich, wie in **Tabelle 1-1**, aufgeführt bestimmte Gruppen mit ihren spezifischen Interessen identifizieren, die entweder innerhalb oder außerhalb des Unternehmens stehen. Dazu gehören die Anteilseigner, die Fremdkapitalgeber, das Management, die Arbeitnehmer, die Lieferanten, die Kunden und der Staat als Repräsentant

der Zivilgesellschaft. Die Wettbewerber eines Unternehmens spielen zwar auch eine wichtige Rolle, sie stehen aber in keiner wirtschaftlich deutbaren Austauschbeziehung, so dass sie nicht als Stakeholder zu qualifizieren sind. Diese Eingruppierung der Stakeholder ist sehr grob, aber geeignet, die Gegenläufigkeit der Interessen zu skizzieren, die jeder Akteur in mehr oder weniger opportunistischer Art und Weise verfolgt. Es darf dabei zudem nicht aus den Augen verloren werden, dass selbst innerhalb dieser Gruppen sehr starke Interessengegensätze aufeinandertreffen können. Beispielsweise ließe sich innerhalb der Gruppe der Anteilseigner („Shareholder“) zwischen Mehrheits- und Minderheitseignern, oder zwischen kurzfristig und langfristig orientierten Investoren unterscheiden. Mehrheitseigentümer, z. B. einer Aktiengesellschaft, können mit ihrer Stimmenmehrheit naturgemäß deutlich weitergehenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben als Minderheitsaktionäre und sogar Entscheidungen treffen, die für diese nachteilig sind (z. B. die Entsendung von Vertretern der Großaktionäre in den Aufsichtsrat). Ferner verlangen kurzfristig orientierte Investoren im Gegensatz zu Investoren mit langfristigem Anlagehorizont eine wenig nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts zum Beispiel durch fremdfinanzierte Akquisitionen und eine Maximierung der Dividendenausüttungen. Langfristig investierte Anleger setzen dagegen eher auf den stetigen Fluss von Dividenden und ein organisches Unternehmenswachstum.

Nach dem Stakeholder-Ansatz soll Corporate Governance durch geeignete rechtliche Regelungen und Anreizsysteme einen Handlungsrahmen schaffen, innerhalb dessen die Interessen der jeweiligen Stakeholder in angemessener Weise anerkannt werden und durchsetzbar sind, ohne jedoch die Interessen anderer Stakeholder unangemessen zu beeinträchtigen. Die richtige Balance zwischen den widerstreitenden Kräften herzustellen, ist die große Herausforderung an jedes Corporate Governance System und wird — international gesehen — Bestandteil des Standortwettbewerbs zwischen den Volkswirtschaften. Der Zusammenhang zwischen dem Corporate Governance System eines Landes und dem Unternehmenserfolgs konnte sogar bereits empirisch nachgewiesen werden (vgl. Meckl, 2010, 115 m. w. N.).

Ob der Shareholder-Ansatz oder der Stakeholder-Ansatz vorzugswürdig ist, ist nicht abschließend geklärt (zum Stand der Diskussion Letza/Sun/Kirkbride, 2004, 242 ff.). Im Rahmen dieser Arbeit wird jedoch der Stakeholder-Ansatz als richtig angesehen, weil er eher geeignet ist, alle potentiellen Interessenkonflikte zu erkennen und angemessene Regelungen bereitzustellen. Dabei ist durchaus anzuerkennen, dass nicht alle Interessen der verschiedenen Gruppen von Stakeholdern gleich zu gewichten sind. Sicherlich kommt den Interessen der Anteilseigner und des Managements eine besondere Stellung zu.

1.4 Der Bezugsrahmen für Corporate Governance

Spektakuläre Unternehmensskandale, -zusammenbrüche und -schieflagen insbesondere bei multinationalen Konzernen haben im ausgehenden 20. Jahrhundert den Ruf nach mehr Transparenz und Kontrolle laut werden lassen. Ausgehend von unrealistisch hohen Unternehmenszielen und Erwartungen der Investoren sowie einer ungezügelter Gier mancher Manager wurden immer wieder Fälle bekannt, in denen das traditionelle Leitbild des ehrbaren Kaufmanns aufgegeben worden war, so dass das Schlagwort der „kreativen Buchführung“ im Munde geführt wurde (vgl. Brellochs, 2007, 2). Erinnerung sei nur beispielhaft an die Bilanzfälschungen bei Enron (2001) und WorldCom (2002) in den USA, den Finanzskandal bei Parmalat (2003) in Italien, das Versagen des Verwaltungsrats der Swissair (2001) in der Schweiz und den Korruptionsskandal bei Siemens (2006). Nicht zuletzt sei die Bankenkrise seit 2007 erwähnt, die durch eine platzende Immobilienblase in den USA ausgelöst wurde, welche zuvor durch Niedrigzinspolitik, eine zu laxen Kreditvergabe und eine lückenhafte Finanzaufsicht entstanden war.

Vorausgegangen war seit den 1980er Jahren die durch die technische Revolution ausgelöste Globalisierung der Märkte bei gleichzeitiger Deregulierung der Märkte, einschließlich der Privatisierung von Staatsbetrieben (vgl. Endres, 1999, 442). Einhergehend mit der Globalisierung der Realwirtschaft wurden auch die Finanzmärkte liberaler und internationaler, weshalb internationale Investoren nach mehr Klarheit, Vereinheitlichung und Transparenz der Corporate Governance Systeme verlangen. Gerade in Deutschland sind entsprechende Regelungen über zahlreiche Gesetze verstreut und noch lückenhaft (Cromme, 2005, 362).

Diese Entwicklungen sind die Treiber der Corporate Governance Diskussion, gleichermaßen in Deutschland, wie in Europa und dem Rest der Welt. Dabei dienen immer wieder in- und ausländische Tochterunternehmen der Konzerne als Vehikel um Scheingeschäfte vorzunehmen, Verluste zu verstecken oder Gewinne versickern zu lassen. Zum Beispiel wurden Bilanzrisiken in sog. Offshore-Zweckgesellschaften ausgelagert, die aufgrund komplexer Vertragsgestaltungen nicht bilanziert werden mussten.

Als Antwort hierauf muss sich Corporate Governance in besonderem Maße der Herausforderung stellen, Strukturen zu schaffen, die eine effiziente Unternehmensführung und -überwachung auch in einem mehr oder weniger verzweigten Netz von Tochtergesellschaften umzusetzen.

1.5 Die Gestaltungsprinzipien der Corporate Governance

Ausgehend von den genannten Problemen lassen sich bestimmte Gestaltungsprinzipien der Corporate Governance identifizieren, welche die gegenläufigen Interessen der Stakeholder in einen angemessenen Ausgleich bringen sollen. Hierzu zählen die Gewaltenteilung, die Transparenz, die Reduzierung von Interessenkonflikten und die Sicherstellung der Qualifikation und Motivation von Organmitgliedern zu wertorientiertem Verhalten (v. Werder, 2008, 12).

Durch das Prinzip der **Gewaltenteilung** werden Verfügungs-, Weisungs- und Kontrollrechte auf mehrere Akteure verteilt. Damit wird die Machtfülle einzelner Personen oder Gremien beschränkt, was zugleich zu einer Begrenzung der Gefahr des Machtmissbrauchs und falscher Entscheidungen führt. Beispielweise ist der Geschäftsführer einer deutschen GmbH zwar verfügungsberechtigter Vertreter der Gesellschaft, er ist jedoch an die in Beschlüssen der Gesellschafter enthaltenen Weisungen gebunden (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG). Des Weiteren wird das Gewaltenteilungsprinzip bei der Aktiengesellschaft dadurch umgesetzt, dass die gleichzeitige Tätigkeit als Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied in derselben Gesellschaft unzulässig ist (vgl. § 105 Abs. 1 AktG).

Das Prinzip der **Transparenz** dient dazu, die Informationsasymmetrien dadurch auszugleichen, dass festgelegt wird, wer Zugang zu welchen Informationen erhält. Viele gesetzliche Publizitätsvorschriften ermöglichen Einblicke in unternehmensinterne Vorgänge und befriedigen das Informationsbedürfnis von Anteilseignern, Arbeitnehmern, Lieferanten und Kunden. Zum Beispiel können sich diese Stakeholder durch die Veröffentlichungspflicht von Jahresabschlüssen ein besseres Bild über die Lage des Unternehmens verschaffen. Die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften erhöhen die Transparenz für börsennotierte Unternehmen weiter: So verpflichtet beispielsweise die sog. Ad-hoc-Publizität gem. § 15 WpHG börsennotierte Unternehmen kursrelevante Informationen unverzüglich zu veröffentlichen (vgl. Windbichler, 2009, 843). Dazu gehören auch die sog. Insidergeschäfte oder Directors' Dealings, also Wertpapiergeschäfte von Führungspersonen mit Anteilscheinen des eigenen Unternehmens, die innerhalb von fünf Werktagen mitzuteilen sind (§ 15a WpHG).

Die **Reduktion von Interessenkonflikten** ist ein weiteres zentrales Prinzip der Corporate Governance. Im Fokus steht hierbei die Unternehmensführung, welche aufgrund ihrer weitreichenden Befugnisse und ggf. auch Weisungsunabhängigkeit (so der Vorstand einer Aktiengesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG), besonders viele Möglichkeiten haben, die Verfolgung eigener Interessen über die des Unternehmens zu stellen. Solchen Interessenskonflikten kön-

nen auch Banken, Aufsichtsratsmitglieder, mit dem Jahresabschluss beauftragte Wirtschaftsprüfer oder Aktienanalysten ausgesetzt sein. Es gibt verschiedene Instrumente, um dieses Problem in den Griff zu bekommen: Die persönliche und materielle Unabhängigkeit von Organmitgliedern kann förderlich sein; genauso können aber das generelle Verbot von konfliktträchtigen Aktivitäten (mit oder ohne Genehmigungsvorbehalt), oder zumindest die Pflicht zur Offenlegung abschreckend oder zügelnd wirken. Beispielsweise ist dem Geschäftsführer einer GmbH gem. § 181 BGB grundsätzlich verboten, einerseits als Vertreter der GmbH und andererseits mit sich persönlich oder als Vertreter einer dritten (juristischen) Person Rechtsgeschäfte abzuschließen (sog. Inschlaggeschäft). Die Gesellschafter können den Geschäftsführer von diesem Verbot jedoch in der GmbH-Satzung, durch Regelung im Arbeitsvertrag oder durch Einzelbeschluss befreien.

Um die Leitung und Kontrolle des Unternehmens zweckmäßig wahrnehmen zu können und im Einzelfall richtige Entscheidungen zu treffen, die das Wohl des Unternehmens und seiner Stakeholder nachhaltig fördern, bedarf es speziell für Mitglieder in Unternehmensorganen, namentlich Vorstand und Aufsichtsrat, ein hohes Maß an **fachlicher Qualifikation**, aber auch Kompetenz und Engagement. Corporate Governance Systeme sollten Mechanismen bereitstellen, um die Auswahl von Organmitgliedern an solchen Maßstäben zu messen.

Schließlich können Maßnahmen der intrinsischen und extrinsischen **Motivation** Neigungen zu opportunistischem Verhalten dämpfen. Die Kopplung eines Teils des Managergehalts an geeignete Zielvorgaben (z. B. eine langfristige Unternehmenswertsteigerung) kann hier förderlich sein; aber selbstverständlich spielen zivil- und strafrechtliche Haftungsregeln ebenfalls eine wichtige Rolle der extrinsischen Motivation. Eine hohe Identifikation des Managements mit den Unternehmenszielen, etwa durch interne Besetzung der Geschäftsleitung mit langjährigen Mitarbeitern, verspricht ebenfalls eine weniger ausgeprägte Mentalität des Managements die eigenen (kurzfristigen) Gewinnmaximierungsziele in den Vordergrund zu stellen.

1.6 Der Regelungsgegenstand der Corporate Governance

Nach dem Stakeholder-Ansatz wird Corporate Governance abstrakt als Rahmenvorgaben definiert, die geeignet sind, einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Stakeholder herzustellen (siehe oben Abschnitt 1.2). Was jedoch konkret der Regelungsgegenstand der Corporate Governance ist, ist damit noch nicht beantwortet.

Nach herkömmlicher Auffassung betreffen Governancefragen jedenfalls das (Kontroll-) Verhältnis zwischen den Eigentümern (z.B. Aktionären) und dem Management (vgl. v. Werder,

2008, 2). Demnach geht es um Fragen der sog. Spitzenorganisation; also die Bildung gesellschaftsrechtlicher Gremien, die nach den jeweils rechtsformabhängig geltenden Vorschriften zu etablieren und mit bestimmten Befugnissen der Unternehmensführung auszustatten sind (v. Werder, 2008, 41). Die Beschränkung auf die rechtsformkonforme Gremienbildung (z.B. Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand bei der AG) genügt jedoch den komplexen Anforderungen der Unternehmenssteuerung nicht. Obwohl die Regelungen des Aktiengesetzes umfangreich und detailliert sind, müssen diese auf das jeweilige Unternehmen zugeschnitten werden. Die gesetzlichen Bestimmungen anderer Rechtsformen sind grobmaschiger und bedürfen schon deshalb ergänzende Bestimmungen in den Gesellschaftsverträgen.

Darüber hinaus sind in die Governance Diskussion aber auch sonstige Festlegungen von Informations- und Entscheidungsrechten der Interessengruppen einzubeziehen (z.B. die Arbeitnehmermitbestimmung), so dass übergreifend die sog. **Unternehmensverfassung** als ein Bestandteil der Corporate Governance zu begreifen ist (vgl. Kutschker/Schmid, 2011, 578; v. Werder, 2008, 1 f.). Die Unternehmensverfassung beinhaltet folglich grundlegende und langfristig angelegte Regelungen über die Organe eines Unternehmens sowie die Festlegung deren Rechte und Pflichten zum Zwecke der Leitung und Kontrolle einer Unternehmung (vgl. Dillerup/Stoi, 2011, 100; Kutschker/Schmid, 2011, 578; v. Werder, 2008, 1).

Neben der Unternehmensverfassung hat aber auch die **Organisationsstruktur** eines Unternehmens erheblichen Einfluss auf die Art und Weise, wie Leitungsmacht und Kontrolle ausgeübt werden. Hierbei geht es im Kern um die Frage nach Zentralisierung oder Dezentralisierung von Verantwortung und Aufgaben zwischen der Konzernspitze und den ihr nachgeordneten Einheiten (Kleindiek, 2009, 789), um so den optimalen Zentralisationsgrad zu bestimmen (Meckl, 2010, 134). Organisationsstrukturen können sich am gesellschaftsrechtlichen Unternehmensaufbau orientieren, tun dies jedoch vielfach nicht: Funktionen, Divisionen, Abteilungen, Gremien, Ausschüsse etc. werden über die Rechtsformgrenzen von Mutter-, Tochter-, Schwester- und Enkelgesellschaften, aber auch über Landesgrenzen hinweg gebildet und wie eine weitere strukturelle Ebene über die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen gelegt.

Schließlich ist nach der hier vertretenen Auffassung auch die **Führungsorganisation** als Bestandteil der Corporate Governance zu betrachten. Denn die Fragen des Umfangs des Top-Managements (Singular- oder Pluralinstanzen), die Aufgabenverteilung innerhalb der Führung (unressortierte oder ressortierte Aufgabenverteilung) und das Betreuungs- und Führungsprinzip des Top-Managements (Betreuung von Ressorts durch einen Top-Manager mit oder ohne alleinige Entscheidungskompetenz) bestimmen, wie Leitungsmacht und Unterneh-

menskontrolle innerhalb der Unternehmensführung verteilt sind (vgl. Kutschker/Schmid, 2011, 570 f.).

Der Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, dass auch zwischen internen und externen Corporate Governance Mechanismen unterschieden wird. Intern bedeutet hier, dass die Stakeholder rechtlich festgelegte Einflussmöglichkeiten haben („voice“-Option), während die externen Mechanismen auf die Möglichkeit abstellen, die Beziehungen zum Unternehmen beizubehalten oder — z. B. im Wege des Anteilsverkaufs eines Gesellschafters — abubrechen („voice and exit“-Option) (Meckl, 2010, 108 f.). In der vorliegenden Arbeit sind ausschließlich die internen Mechanismen relevant.

Demnach bilden den Regelungsgegenstand der Corporate Governance die Unternehmensverfassung (einschließlich der Spitzenorganisation), die Organisationsstruktur, sowie die Führungsorganisation, da nur diese Bereiche zusammengenommen den Ordnungsrahmen bilden, welcher die Leitung von Unternehmen im Sinne der maßgeblichen Gruppierungen und deren Oberzielen gewährleistet (vgl. Oesterle, 2007, 36). Die konkrete Ausgestaltung dieser Regelungsbereiche wird aus verschiedensten Normen gespeist, die unterschiedlichen Regelungsebenen zuzuordnen sind.

1.7 Die Regelungsebenen der Corporate Governance

Corporate Governance Normen kommen im Wesentlichen auf drei unterschiedlichen Regelungsebenen vor, die allerdings nicht im Sinne einer Normenhierarchie verstanden werden können, weil im Privatrecht der verfassungsrechtliche Grundsatz der Privatautonomie (Vertragsfreiheit) herrscht, welcher nur durch oder aufgrund formeller Gesetze eingeschränkt werden kann, die ihrerseits verfassungskonform sind. Diese Regelungsebenen unterscheiden sich vielmehr nach dem jeweiligen Adressatenkreis der Norm.

Die weitreichendste Ebene stellen **formelle Gesetze** dar, die durch die gesetzgebenden Verfassungsorgane erarbeitet und verabschiedet werden. Normadressaten sind grundsätzlich alle natürlichen oder juristischen Personen und Personenvereinigungen. Dabei kann es sich um die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Spitzenorganisation einer Handelsgesellschaft handeln, aber auch um Vorschriften der Transparenz oder Mitbestimmung.

Auf untergesetzlicher Ebene lassen sich zwei weitere Regelungstypen unterscheiden. Hier sind zum einen unternehmensindividuelle Regelungen durch oder aufgrund Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag zu nennen. Im **Gesellschaftsvertrag** vereinbaren die Gesellschafter eines

Unternehmens ihre Rechte und Pflichten in Bezug auf die Verfolgung des gemeinsamen Unternehmenszwecks (vgl. § 705 BGB). Viele Inhalte oder Formvorschriften sind gesetzlich zwingend vorgegeben, andere können frei vereinbart werden. Auch die Normadressaten sind unterschiedlich: Während manche Regelungen (auch) Außenwirkung haben (z.B. Haftungs- und Vertretungsregelungen, Gesellschaftszweck, Sitz und Gesellschaftskapital), definieren bzw. beschränken andere Bestimmungen Befugnisse nur mit interner Wirkung für das jeweilig adressierte Organ. Per Gesellschaftsvertrag können beispielsweise besondere Beratungsgremien geschaffen werden, oder es wird festgelegt, welche Arten von Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind, welche zustimmungspflichtig sind und welche von der Geschäftsführung alleine getroffen werden können. Darüber hinaus können die Gesellschaftsverträge explizit Öffnungsklauseln enthalten, die eine weitere Ausgestaltung der Unternehmensverfassung — im Rahmen des gesetzlich Zulässigen — Geschäftsordnungen und Geschäftsverteilungsplänen überlassen, die sich z.B. der Aufsichtsrat und der Vorstand einer AG selbst geben. Darin können gremieninterne Aufgaben und Zuständigkeiten sowie die Modalitäten der Zusammenkunft, Beratung und Beschlussfassung geregelt werden. Die Gesellschaftsverträge einer Aktiengesellschaft und eines Vereins werden Satzung genannt (§ 2 AktG; § 25 BGB); diese Begrifflichkeit wird aber teilweise auch bei der GmbH verwendet (vgl. Überschriften der §§ 53 und 54 GmbHG).

Unternehmensleitlinien sind dagegen abstrakte Verhaltensanweisungen, die die Geschäftsführung den Mitarbeitern eines Unternehmens auferlegt und Orientierungshilfe bei der Abwägung und Entscheidung von Handlungsalternativen bieten sollen. Sie sind rechtlich gesehen als einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung Gegenstand des arbeitsvertraglichen Direktions- oder Weisungsrechts des Arbeitgebers, welches in Deutschland in § 106 GewO Niederschlag gefunden hat.

Denkbar sind jedoch nicht nur gesellschaftsinterne Vereinbarungen, sondern auch Verträge zwischen rechtlich selbständigen Gesellschaften, in denen Informations-, Kontroll-, Weisungs- und Stimmbindungsrechte vereinbart werden können. Die Inhalte solcher **Unternehmensverträge** sind gesetzlich nicht vorgegeben, können aber zur Konzernbildung führen, woran wiederum bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind. So sind gem. § 293 AktG die Unternehmensverträge einer Aktiengesellschaft (vgl. §§ 291, 292 AktG) von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig.

Zum anderen ist der Bereich der sog. **Kodizes** zu nennen. Dabei handelt es sich um Regelwerke, die nur für bestimmte Gruppen von Unternehmen gelten (Meckl, 2010, 107;

v. Werder, 2008, 11). Rechtlich verbindlich werden diese nur durch willentliche Unterwerfung, zum Beispiel durch Mitgliedschaft in einem Verband oder sonstige Erklärung, diese rechtlich anzuerkennen, weshalb sie auch als „soft law“ bezeichnet werden (Meckl, 2010, 107; v. Werder, 2008, 11). Im Bereich der Corporate Governance ist als bekanntes Beispiel der Deutsche Corporate Governance Kodex zu nennen, der sich in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften richtet und rechtlich verbindlich nur insoweit ist, als sich seine Regelungen mit gesetzlichen Regelungen und der herrschenden Meinung ihrer Auslegung decken (v. Werder, 2008, 15). Der „Soft-Law“-Charakter wird allerdings dadurch verstärkt, dass gem. § 161 AktG gesetzlich vorgeschrieben ist, dass Vorstände und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften jährlich erklären müssen, ob bzw. inwieweit sie von diesen Standards abweichen (sog. Entsprechenserklärung).

1.8 Zwischenergebnis

Die Globalisierung der unternehmerischen Tätigkeit und die damit einhergehende arbeitsteilige Untergliederung der Unternehmen in mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften erhöhen die Führungskomplexität und erfordern eine bewusste Wahl der Rechtsformen, sowie der internen Führungs- und Organisationsstrukturen, um Tochtergesellschaften im In- und Ausland effektiv zu steuern.

Corporate Governance soll hierfür einen Handlungsrahmen schaffen, innerhalb dessen die Interessen der jeweiligen Stakeholder eines Unternehmens in angemessener Weise anerkannt und durchsetzbar sind, ohne jedoch die Interessen anderer Stakeholder unangemessen zu beeinträchtigen. Da Corporate Governance Normen nicht nur auf unternehmensinternen Regelungen beruhen, sondern im Wesentlichen von formellen Gesetzen, deren Effizienz und Durchsetzbarkeit vom jeweiligen Staat abhängen, ist ein richtig ausbalanciertes Corporate Governance System Bestandteil des Standortwettbewerbs zwischen den Volkswirtschaften.

Um in diesem globalen Wettbewerb bestehen zu können, sind die Gestaltungsprinzipien Gewaltenteilung, Transparenz, Reduzierung von Interessenkonflikten und die Sicherstellung der Qualifikation und Motivation von Organmitgliedern zu wertorientiertem Verhalten entscheidend.

Diese Prinzipien sollen Eingang in die Unternehmensverfassung, die Organisationsstruktur, und die Führungsorganisation finden, da nur diese Bereiche zusammengenommen den Ordnungsrahmen bilden, welcher die Leitung und Kontrolle von Unternehmen im Sinne der maßgeblichen Gruppierungen und deren Oberzielen gewährleistet.

2 Rechtsquellen der Corporate Governance

2.1 Gesetzliche Vorgaben

2.1.1 Grundstrukturen: Monistisches Modell vs. dualistisches Modell

Die rechtlichen Grundstrukturen der verschiedenen Gesellschaftsmodelle basieren ganz überwiegend auf gesetzlichen Vorgaben, die je nach Rechtsform mehr oder weniger weitgehend durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern modifiziert werden können. Damit ist zugleich auch der Katalog zur Verfügung stehender Rechtsformen begrenzt. Dies gilt nicht nur für gesellschaftsrechtliche Formen nach deutschem Recht, sondern auch für die wichtigsten ausländischen Rechtsformen. Dahinter steht das allgemeine Bedürfnis nach Transparenz und Rechtssicherheit, wenn die verschiedenen Marktakteure wirtschaftlich interagieren, sei es auf nationaler oder internationaler Ebene. Im Raum der Europäischen Union ist jedoch aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine neue Vielfalt möglich geworden, da der EuGH in einer Reihe von bahnbrechenden Entscheidungen geklärt hat, dass in jedem EU-Mitgliedsstaat die Freiheit besteht, für eine wirtschaftliche Betätigung sowohl inländische als auch die Rechtsformen des EU-Auslands zu wählen und Niederlassungen im EU-Ausland zu gründen (siehe z.B. die Entscheidung „Inspire Art“, EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10226, Rdnr. 105).

In Bezug auf die Kontrolle und Einwirkungsmöglichkeiten der Eigentümer und sonstigen Stakeholder eines Unternehmens auf das unternehmerische Geschehen lassen sich bei den Gesellschaftsrechtsformen zwei rechtliche Grundtypen identifizieren: einerseits das monistische Modell (auch „Board-Modell“ oder „one-tier system“ genannt) und andererseits das dualistische Modell (auch „Vorstands-Aufsichtsrats-Modell“ oder „two-tier system“ genannt). Die grundsätzliche Unterscheidung liegt darin, ob eine Gesellschaftsrechtsform für die Leitung und Kontrolle eines Unternehmens nur ein Gremium vorsieht, oder ob diese Funktionen durch zwei getrennte Organe wahrgenommen werden. Nur am Rande sei klargestellt, dass die in der Literatur verwendeten Bezeichnungen außer Acht lassen, dass neben den Leitungs- und Kontrollorganen, die Versammlung der Gesellschafter ein weiteres Gremium ist, das mit bestimmten Kontroll- und Entscheidungsrechten ausgestattet ist. Somit hat auch eine monistisch strukturierte Gesellschaft zwei Spitzenorgane.

Das einstufige Board-Modell ist weltweit dominant und findet beispielsweise in den USA, in Großbritannien, Kanada, Australien, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Dänemark, Schweden,

Singapur oder Honkong Anwendung (Kutschker/Schmid, 2011, 579). Traditionell ist es aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern („outside directors“) und geschäftsführenden Direktoren („inside directors“) zusammengesetzt. Im deutschsprachigen Raum heißt das monistische Leitungs- und Aufsichtsorgan „Verwaltungsrat“.

Dagegen besteht das zentrale Merkmal des deutschrechtlich geprägten dualistischen Systems in der strikten Trennung der Leitungs- und Kontrollfunktionen (Meckl, 2010, 111). Das Paradebeispiel hierfür ist die deutsche Aktiengesellschaft, bei der der Vorstand die laufende Geschäftsführung wahrnimmt, während der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliert. Aufsichtsrats- und Vorstandsfunktionen in derselben Gesellschaft schließen einander aus (vgl. § 105 Abs. 1 AktG). Auf diese Weise soll die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder gewährleistet werden. Das dualistische Prinzip findet sich auch in Österreich; mit Einschränkungen gilt es auch in den Niederlanden (für große Aktiengesellschaften) sowie in Frankreich und Luxemburg (optional) (vgl. Kutschker/Schmid, 2011, 579).

Die Stärken des US-amerikanisch geprägten Board-Modells werden gerade in der intensiven und unmittelbaren Einbindung der nicht geschäftsführenden Board-Mitglieder in die Unternehmensführung, einer höheren Sitzungsfrequenz sowie besseren Informationsmöglichkeiten für die Überwachung gesehen (Theisen, 2011, 159). Als Hauptkritikpunkte werden die Vermengung von Leitungs- und Kontrollfunktionen und die damit zusammenhängende Machtkonzentration angeführt. Andererseits herrscht bei der funktionalen und personellen Ausgestaltung des Board of Directors große Gestaltungsfreiheit, so dass es schwer ist, hier allgemein gültige Aussagen zu treffen (v. Werder, 2008, 151).

Die dualistische Unternehmensverfassung konzipiert den Aufsichtsrat als Gegenpol zum Vorstand mit der Aufgabe, diesen zu kontrollieren. Die organschaftliche Trennung der Leitungs- und Kontrollfunktionen soll eine effektive Kontrolle erst möglich machen, denn sie erlaube es, die Unternehmensführung und -strategie aus einer gewissen Distanz zu beurteilen (Theisen, 2011, 158). Auf der Negativseite ist festzuhalten, dass die Abhängigkeit des Vorstands von einem Gremium, das relativ selten tagt zu Verzögerungen und verwässerten Entscheidungen führen könne (Meckl, 2010, 112). Darüber hinaus ergibt sich hier das bereits oben angesprochene Principal-Agent Problem (siehe Abschnitt 1.2), bei dem sich die Frage stellt, ob der Aufsichtsrat aufgrund der ungleichen Informationsverteilung seine Kontrollfunktion überhaupt angemessen wahrnehmen könne. Zudem stünden Vollzeit-Vorständen zumeist nur nebenberuflich tätige Aufsichtsräte gegenüber, die jedenfalls faktisch nicht in der Lage seien,

die Ergebnisse und Konsequenzen der vom Vorstand verfolgten Unternehmenspolitik und -strategie zu durchblicken und zu kritisieren (Theisen, 2011, 159).

Es ist wohl anzuerkennen, dass die rechtstatsächlich übliche Kompetenzausformung bei monistisch strukturierten Unternehmen wegen der hohen Gestaltungsflexibilität und die Rechtswirklichkeit der Abstimmung zwischen den jeweiligen Vorsitzenden der beiden Organe dualistisch aufgebauter Gesellschaften, kaum allgemeingültige Aussagen zu den jeweiligen Vor- und Nachteilen zulassen (vgl. Theisen, 2011, 159; Meckl, 2010, 116; v Werder, 2008, 155). Jedenfalls ist bis heute die Überlegenheit des einen oder anderen Modells nicht empirisch belegt (vgl. Kutschker/Schmid, 2011, 590).

2.1.2 Spitzenorganisation in Deutschland

2.1.2.1 Die Aktiengesellschaft

Wie bereits ausgeführt (siehe oben Abschnitt 2.1.1) ist die deutsche Aktiengesellschaft der Prototyp einer Gesellschaftsrechtsform mit dualistisch konzipierter Spitzenverfassung. Die AG ist im Aktiengesetz (AktG) geregelt und sieht drei gesetzlich zwingende Organe vor: Die Hauptversammlung, den Aufsichtsrat und den Vorstand.

Die Anteilseigner (Aktionäre) üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus (§ 118 Abs. 1 AktG), die entweder auf Initiative des Vorstands (§ 121 Abs. 2 AktG), des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 3 AktG) oder auf Verlangen von Aktionären, die mindestens 20 % der Stimmen innehaben müssen (§ 122 Abs. 1 AktG), einberufen wird. Die wichtigsten Rechte der Hauptversammlung, bei der das Gesetz keine physische Anwesenheit verlangt (§ 118 Abs. 1 AktG), sind die Bestellung der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat, die Bestimmung über die Verwendung des Bilanzgewinns, die Vornahme von Satzungsänderungen und Beschlüsse über Eigenkapitalbeschaffungsmaßnahmen oder die Kapitalherabsetzung (vgl. § 119 Abs. 1 AktG).

Die Bestellung des Vorstands ist dagegen kein Recht der Hauptversammlung, sondern des Aufsichtsrats (§ 84 Abs. 1 AktG). Dieser besteht aus mindestens drei und je nach Größe der Gesellschaft aus maximal 21 Mitgliedern (§ 95 AktG). Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats verwirklicht zumindest bei großen Aktiengesellschaften eher den Stakeholder-Ansatz als den Shareholder-Ansatz, da die Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmten Anteilen auch aus Arbeitnehmervertretern bestehen müssen. Je nach Größe des Unternehmens bestimmen entweder das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG), dass ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern gewählte Vertreter sein müssen (mehr als 500 Arbeitnehmer), oder das

Mitbestimmungsgesetz (MitbestG), dass der Aufsichtsrat paritätisch besetzt sein muss (mehr als 2000 Arbeitnehmer). Nach einer besonderen in den Mitbestimmungsgesetzen festgelegten Arithmetik müssen dabei nicht alle Vertreter Angestellte des Unternehmens sein, sondern zum Beispiel Gewerkschaftsvertreter. Unter bestimmten Voraussetzungen gelten weitere spezielle Mitbestimmungsgesetze (vgl. § 101 Abs. 1. AktG). Von dieser Unternehmensmitbestimmung, die Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen nehmen kann, ist die betriebliche Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu unterscheiden, die auf personelle und soziale Belange im Unternehmen einwirkt. Schließlich ist herauszustellen, dass ein Mitglied des Vorstands nicht zugleich Aufsichtsratsmitglied in derselben Gesellschaft sein kann und umgekehrt, weil sonst die strikte Trennung von Leitungs- und Überwachungsorganen ad absurdum geführt würde (vgl. § 105 AktG).

Der Aufsichtsrat hat einen Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden aus seiner Mitte zu wählen und kann Ausschüsse bilden, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen (§ 107 AktG). Insbesondere ist seit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25.05.2009 (BGBl. I S. 1102) die Möglichkeit der Bestellung eines Prüfungsausschusses durch den Aufsichtsrat vorgesehen. Namentlich soll sich der Prüfungsausschuss, der bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften aus zumindest einem Wirtschaftsprüfer bestehen muss (vgl. § 107 Abs. 4 AktG), sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, einschließlich der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, befassen (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG). In die Ausschussarbeit sind typischerweise Mitarbeiter von Stäben oder Zentralabteilungen eingebunden (Krüger, 1994, 256).

Neben der Bestellung des Vorstands oder des Arbeitsdirektors (vgl. § 33 Abs. 1 MitbestG), handelt der Aufsichtsrat auch die Vergütung des Vorstands aus (vgl. § 87 Abs. 1 AktG). Darüber hinaus ist seine Hauptaufgabe die Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG); dazu hat er bestimmte Einsichts- und Prüfungsrechte (vgl. § 111 Abs. 2 AktG). Er vertritt die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand (§ 112 AktG); die Geschäftsführung selbst ist ihm jedoch untersagt (§ 111 Abs. 4 AktG).

Der Aufsichtsrat tagt in Sitzungen, über die schriftliche Protokolle erstellt werden müssen (§ 107 Abs. 2 AktG). Weitere Vorschriften des AktG bestimmen die interne Ordnung des

Aufsichtsrats. In der Satzung kann hiervon teilweise abgewichen, bzw. Näheres geregelt werden. Aufgrund Satzung kann sich der Aufsichtsrat auch eine Geschäftsordnung geben.

Interessanterweise geht das Gesetz von der generellen Zulässigkeit der Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen aus (vgl. § 109 Abs. 1 Satz 1 AktG). Ein Recht auf Teilnahme lässt sich nach h. M. daraus jedoch nicht ableiten, weil dies der Überwachungsaufgabe widersprechen würde; vielmehr kann der Aufsichtsrat oder der Aufsichtsratsvorsitzende den Vorstand zur Teilnahme verpflichten, damit dieser seiner Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat gerecht wird. Auch hier kann die Satzung oder die Geschäftsordnung Näheres bestimmen (vgl. Schneider, 2002, 874 m. w. N.).

Die Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat ergibt sich aus § 90 AktG. Eine Rechenschaftspflicht für das Tagesgeschäft bzw. eine Weisungsabhängigkeit bestehen allerdings nicht, weil der Vorstand die Gesellschaft grundsätzlich in eigener Verantwortung leitet (§ 76 Abs. 1 AktG). Daraus lässt sich zum einen ableiten, dass sich die Informationspflicht auf nur grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung bezieht (vgl. auch § 90 Abs. 1 AktG), und zum anderen, dass die Geschäftsleitung dem Vorstand trotz gegebenenfalls vorgenommener Ressortierung als Kollektiv obliegt. Gerum (2007, 118) zieht daher die Grenze bei der Ausgestaltung der Geschäftsführung des Vorstands insoweit, als die sich aus der Unternehmerfunktion ergebenden Aufgaben, wie Entscheidungen über die Unternehmensstrategie, die Organisationsstruktur des Gesamtunternehmens oder die Kontrolle der Unternehmensziele beim Gesamtvorstand verbleiben müssen. Konsequenterweise haften die Vorstandsmitglieder zivilrechtlich gegenüber der Gesellschaft auch gesamtschuldnerisch (§ 93 Abs. 2 AktG). Das bedeutet, dass jedes Vorstandsmitglied, das an einem der Gesellschaft entstandenen Schaden vorsätzlich oder fahrlässig mitgewirkt hat, zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet ist, unabhängig davon, ob neben ihm andere ebenfalls zum Schadenersatz verpflichtet sind und auch ohne Rücksicht auf den Grad des jeweiligen Verschuldens. Diese gesamtschuldnerische Haftung tritt auch dann ein, wenn entsprechend der Geschäftsverteilung nur ein Teil der Vorstandsmitglieder die eigentliche Pflichtverletzung begangen haben, die anderen jedoch ihre Aufsichts- und Kontrollpflicht verletzt haben, etwa indem sie nicht ausreichend versucht haben, die pflichtwidrige Handlung zu verhindern (Hopt, 1999, § 93 AktG, Rdnr. 299). So vertritt der Vorstand, auch wenn er aus mehreren Mitgliedern besteht, die Gesellschaft rechtsgeschäftlich grundsätzlich nur gemeinschaftlich (§ 78 Abs. 2 AktG). Von diesem Grundsatz der Gesamtvertretung kann per Satzung abgewichen werden (§ 78 Abs. 3 AktG).

Auch die interne Organisation des Vorstands kann durch Satzung oder durch den Erlass einer Geschäftsordnung ausgestaltet werden. Dabei liegt die vorrangige Kompetenz hierzu beim Aufsichtsrat (vgl. § 77 Abs.2 AktG). In der Praxis findet man häufig die Regelung, dass sich der Vorstand zwar selbst die Geschäftsordnung geben darf, diese aber von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig ist¹.

Insgesamt ergeben die Regelungen des AktG ein austariertes Kompetenzgeflecht, so dass bei der Leitungsbefugnis des Vorstands in allen zentralen Entscheidungen die Prinzipien von „checks and balances“ zum Tragen kommen (vgl. Gerum, 2007, 116). **Abbildung 2-1** stellt die Zusammenarbeit zwischen den Organen der Aktiengesellschaft systematisch dar.

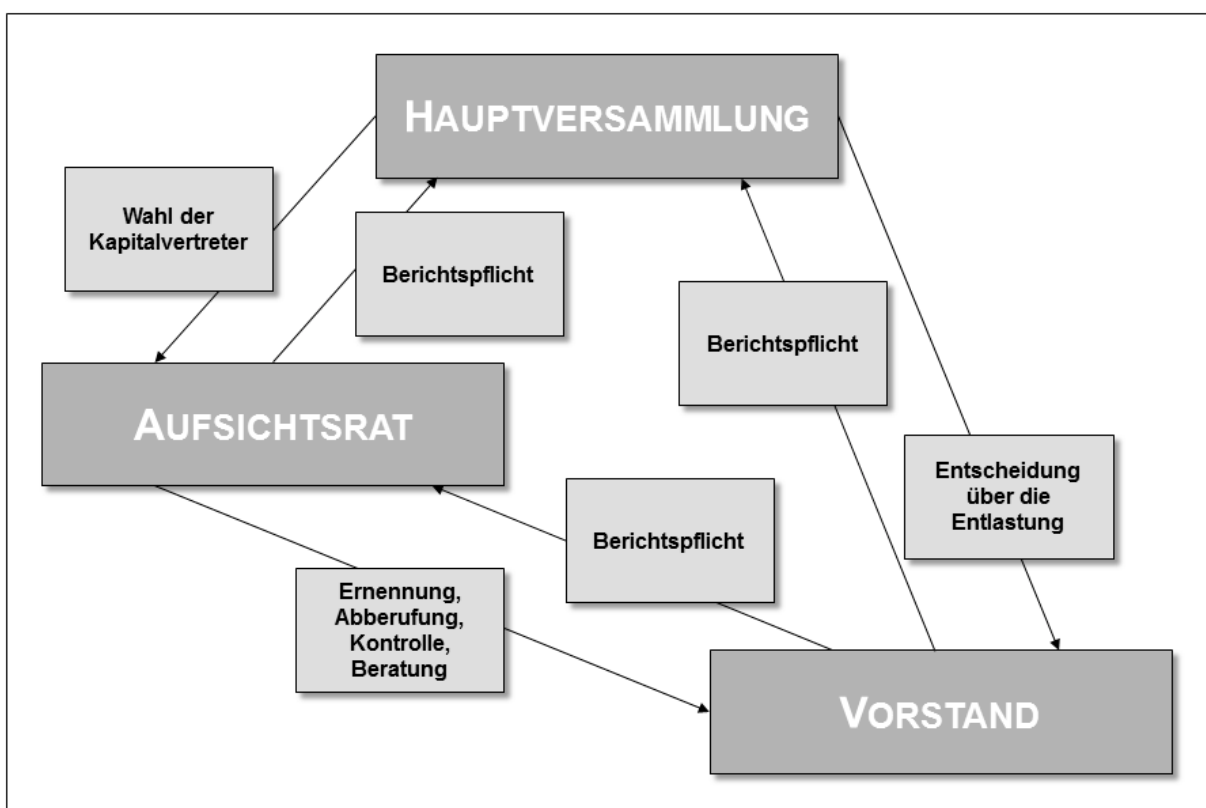


Abbildung 2-1 Zusammenarbeit zwischen den Organen der Aktiengesellschaft

(Quelle: Eigene Darstellung)

Angesichts der hohen Regelungsdichte bei der Aktiengesellschaft, ist der Spielraum für alternative Gestaltungen begrenzt (vgl. v. Werder, 2008, 111). Durch die Benennung von zustimmungspflichtigen Entscheidungen können gewisse Kompetenzen vom Vorstand zum Aufsichtsrat, oder vom Aufsichtsrat zur Hauptversammlung verlagert werden. Auch die zahlen-

¹ Vgl. § 6 Abs. 4 Satz 2 der Satzung der Hugo Boss AG, Metzingen (Stand: Juni 2012); online abrufbar unter http://group.hugoboss.com/en/articles_association.htm (abgerufen am: 29.08.2012).

mäßige Besetzung des Aufsichtsrats ist weitgehend (durch mitbestimmungsrechtliche Vorschriften) vorgegeben; beim Vorstand ist die Flexibilität etwas größer. Die Abstimmung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand funktioniert faktisch auf dem Wege informeller Kommunikation über die jeweiligen Vorsitzenden. Bei interessenabhängigen Fragen ist der Betriebsratsvorsitzende die Dritte Verbindungsperson, die zusammen eine Abstimmungs-„Troika“ bilden, kritische Entscheidungen im Vorfeld klären und damit mehrheitsfähige Vorlagen für die Gremienarbeit schaffen (Krüger, 1994, 256).

2.1.2.2 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die meist verbreitetste Form der Kapitalgesellschaft in Deutschland ist mit über einer Million registrierten Unternehmen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Allerdings fallen laut Statistischem Bundesamt mit 483.732 im Jahr 2010 weniger als die Hälfte unter die Umsatzsteuerpflicht, haben also einen Jahresumsatz, der über EUR 17.500,- liegt². Die GmbH findet vor allem bei mittelständischen Unternehmen Anklang, weil sie weniger aufwändig als eine Aktiengesellschaft zu administrieren ist. Aber auch als Tochtergesellschaft im Konzernverbund ist sie beliebt. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) geregelt, welches eine deutlich freiere Ausgestaltung der internen Organisation von Gesellschaftern und Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag erlaubt als bei der AG.

Die Anzahl der Gesellschafter ist unbegrenzt. Sie sind in der Gesellschafterversammlung organisiert, in der alle den Gesellschaftern vorbehaltenen Entscheidungen getroffen werden (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Welche Entscheidungen dazugehören, regelt der Gesellschaftsvertrag oder in Ermangelung besonderer Bestimmungen der § 46 GmbHG. Grundsätzlich besteht eine umfassende Zuständigkeit der Gesellschafterallgemeinheit in Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere auch in Bezug auf die Geschäftsführung (§ 45 Abs. 1 GmbH). Damit können sie einzelne Angelegenheiten jederzeit zur Entscheidung an sich ziehen, sind aber von der Geschäftsführung selbst ausgeschlossen. Diese ist gem. § 6 Abs. 1 GmbHG dem oder den Geschäftsführern vorbehalten, die die Gesellschaft Dritten gegenüber auch rechtsgeschäftlich vertreten (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Ausfluss der Allzuständigkeit der Gesellschafter ist die Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG), für die die

² Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik 2010; online abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/Voranmeldungen_Rechtsformen.html (abgerufen am: 29.08.2012).

Weisungen nur mit wenigen Ausnahmen bindend sind (Jacoby, 2010, § 37 GmbHG, Rdnr. 17; Kleindiek, 2009a, § 37 GmbHG, Rdnr. 1; Lenz, 2010, § 37 GmbHG, Rdnr. 16).

Dementsprechend hat jeder Gesellschafter auch ein Auskunftsrecht über die Angelegenheiten der Gesellschaft und darf Einsicht in die Bücher der Gesellschaft nehmen (§ 51a Abs. 1 GmbHG).

Der Grundtypus der GmbH geht von einer unternehmerischen Mitwirkung der einzelnen Gesellschafter aus. Das ist auch sinnvoll, da eine GmbH regelmäßig eine überschaubare Anzahl von Gesellschaftern hat, die ihre Anteile nicht ohne weiteres, etwa über eine Börse, veräußern können, da die Geschäftsanteilsübertragung nur notariell erfolgen kann (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

Wegen der starken Ausprägung der Gesellschafterrechte ist anders als bei der Aktiengesellschaft originär auch kein Aufsichtsorgan vorgesehen. Allerdings steht es den Gesellschaftern frei, per Gesellschaftervertrag einen Beirat oder Aufsichtsrat einzurichten und dessen Rechte und Aufgaben zu bestimmen, soweit nicht das GmbHG die Vorschriften des AktG für anwendbar erklärt (siehe § 52 AktG). Darüber hinaus gelten auch bei der GmbH die Regelungen der einschlägigen Mitbestimmungsgesetze (siehe oben Abschnitt 2.1.2.1), so dass ab mehr als 500 Arbeitnehmern ein Aufsichtsrat zwingend einzurichten ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im Unterschied zur AG bei der GmbH ein größerer Gestaltungsspielraum zu erkennen ist, was die Festlegung der Kompetenzen von Gesellschaftern und Geschäftsführern betrifft. Alle Varianten zwischen einer völligen „*Abschottung der Gesellschafterversammlung*“ (v. Werder, 2008, 137) von der Geschäftsführung, bis zur Geschäftsführung als reines Vertretungs- und Vollzugsorgan mit kaum eigener Entscheidungskompetenz sind hier möglich.

2.1.2.3 Sonstige Rechtsformen

Neben der AG und der GmbH gibt es noch weitere Gesellschaftsrechtsformen, die aber aus der Corporate Governance Perspektive mit Blick auf die Spitzenverfassung weniger relevant sind. Dazu gehören die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die im BGB geregelt ist, das Einzelunternehmen und die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die im Handelsgesetzbuch (HGB) niedergelegt sind. Der Grund hierfür liegt weniger darin, dass es sich weder um Kapitalgesellschaften noch um Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, sondern vielmehr, dass bei diesen Unternehmensformen die Gesellschafter persönlich die Geschäfte führen und daher innergesellschaftliche Kontrollinstanzen nicht erforderlich sind.

Ähnlich ist es bei der Kommanditgesellschaft (KG), die ebenfalls im HGB geregelt ist. Das Gesetz geht von der Geschäftsleitung durch den oder die Komplementäre aus, welche für Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbegrenzt persönlich haften, während die persönliche Haftung der Kommanditisten ausgeschlossen ist, soweit ihre Einlage geleistet ist (§ 171 HGB). Letztere sind weder zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) noch zur Vertretung der Gesellschaft (§ 170 HGB) befugt. Abgesehen von der Eigenschaft des Kommanditisten als Eigenkapitalgeber ist nach dem gesetzlichen Leitbild seine Rolle als Gesellschafter auf bestimmte Kontrollrechte beschränkt, namentlich das Recht zur Überprüfung der Bücher der Gesellschaft (§ 166 Abs. 1 HGB). Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag Abweichendes regeln; d. h. dass seine Rechte entweder weiter beschränkt, oder aber erweitert werden können, so dass der Kommanditist beispielsweise doch zur Geschäftsführung berechtigt ist (Hopt, 2012, § 164 HGB, Rdnr. 7 f.).

Eine Sonderform der Kommanditgesellschaft ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Diese Gesellschaftsrechtsform, die auch von großen börsennotierten Gesellschaften gewählt wird (z.B. Merck KGaA; Henkel KGaA), ist eine Mischung aus einer Personengesellschaft wie die KG und einer Kapitalgesellschaft wie die AG. Die rechtlichen Grundlagen hierzu sind nicht im HGB, sondern im AktG geregelt. Sie ist mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet (§ 278 Abs. 1 AktG). Die Besonderheit besteht darin, dass mindestens ein Gesellschafter als Komplementär persönlich haftet, der auch die Geschäftsführung wahrnimmt, während die übrigen Gesellschafter Kommanditisten sind, deren Anteile am Grundkapital der Gesellschaft in Aktien eingeteilt sind. Sie erfahren als Gesellschafter der KGaA weitgehend die gleiche rechtliche Behandlung wie die Aktionäre einer AG (Theisen, 2011, 152). Als Kontrollgremium für den persönlich haftenden Kommanditisten, der eine dem Vorstand der AG vergleichbare Rolle innehat (vgl. § 283 AktG), ist die Einrichtung eines Aufsichtsrats zwingend (§ 278 Abs. 3 i. V. m. § 30 Abs. 1 AktG). Die Rolle des persönlich haftenden Komplementärs wird ganz überwiegend von einer mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Kapitalgesellschaft, in der Regel einer Management-GmbH, übernommen, so dass am Ende keine natürliche Person dem Risiko ausgesetzt ist, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit dem Privatvermögen zu haften. In dieser Konstellation wird von einer GmbH & Co. KGaA gesprochen.

Die Rechtsform der KGaA, insbesondere auch in Form der GmbH & Co. KGaA, wird gerne gewählt, um die Vorzüge einer Personengesellschaft (Besteuerung; eingeschränkte Arbeitnehmermitbestimmung) mit den Vorzügen einer Kapitalgesellschaft (Haftungsbegrenzung;

vereinfachter Zugang zum Kapitalmarkt) zu kombinieren. Gerade Familienunternehmen können so nicht zur Familie gehörende Investoren als Kommanditisten aufnehmen, ohne allzu viel Macht und Einflussmöglichkeiten abgeben zu müssen.

2.1.3 Spitzenorganisation in den USA und der Sarbanes-Oxley Act

2.1.3.1 Die US-amerikanische Stock Corporation

Der Prototyp der monistischen Corporate Governance Struktur ist die US-amerikanische Stock Corporation, bei der das Eigentum an der Gesellschaft wie bei der Aktiengesellschaft in Anteilsscheinen eingeteilt ist. Genau genommen handelt es sich dabei aber nicht um eine einheitliche Gesellschaftsform, sondern richten sich die Rahmenbedingungen nach dem Recht des jeweiligen Bundesstaates, in welchem die Gesellschaft registriert ist. Die Unterschiede im Regelungsumfang und Regelungsinhalt sind dabei nicht unwesentlich (v. Werder, 2008, 143). So erfreut sich beispielsweise die sog. Delaware Corporation großer Beliebtheit, weil die rechtliche Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts im Bundesstaat Delaware als sehr unternehmerfreundlich gilt. Daneben spielt aber auch eine günstige Besteuerung, speziell für Unternehmen, die zwar ihren Sitz in Delaware haben, aber kein operatives Geschäft dort betreiben, eine große Rolle. Aber grundsätzlich lassen sich vier primäre Charakteristiken einer Corporation feststellen: die Weisungsunabhängigkeit der Geschäftsleitung, Unternehmenskontinuität im Falle des Ausscheidens von Gesellschaftern, die Einfachheit der Anteilsübertragung und Kapitalisierung und schließlich die Begrenzung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (DePamphilis, 2012, 549).

Die Unternehmensverfassung einer Stock Corporation besteht formal gesehen aus dem Gründungsvertrag („Corporate Charter“), der zumeist nur einige grundlegende Dinge regeln muss (z. B. Unternehmensname, Sitz, Geschäftszweck) und der Geschäftsordnung („Bylaws“), die die gesellschaftsinternen Strukturen, Rechte und Pflichten im Rahmen des gesetzlich Zulässigen weiter ausgestaltet. Kennzeichnend ist dabei jedoch, dass eine organschaftliche Trennung zwischen Leitungsfunktion und Kontrollinstanz nicht besteht, so dass als gesellschaftsrechtlich zwingende Gremien nur das Shareholders‘ Meeting, also die Versammlung der Anteilseigner, und das Board of Directors vorgesehen sind. Letzteres vereinigt die Geschäftsführungs-, Vertretungs- und über weite Strecken auch Kontrollfunktionen in sich (Macharzina/Wolf, 2010, 167).

Während dem Shareholders‘ Meeting einerseits die typischen Rechte, wie die zur Satzungsänderung und der Zustimmung zum Verkauf wesentlicher Vermögensteile zugeordnet sind,

entscheidet es auch über die Besetzung des Board of Directors. Dabei kann das Wahlverfahren unterschiedlich ausgestaltet sein. Entweder wird über die Besetzung des Boards für alle Directors gleichzeitig entschieden, oder die Bylaws bestimmen, dass einzelne Geschäftsführer oder Gruppen von Geschäftsführern zu unterschiedlichen Zeitpunkten gewählt werden („Staggered Board“ oder „Classified Board“). Das hat entscheidenden Einfluss auf die Gewinnung der Kontrolle über das Board of Directors und damit die Unternehmensstrategie und -führung, weil im Falle eines Staggered Boards ein neuer Mehrheitsaktionär nur nach und nach die Besetzung des Boards bestimmen kann. Eine solche Regelung in den Statuten wird folglich gerne als Teil einer Abwehrstrategie gegen feindliche Übernahmen verwendet (DePamphilis, 2012, 115).

Die Aufgabe des Board of Directors ist es, den Chief Executive Officer (CEO) bei der täglichen Geschäftsführung zu beraten; das gilt auch hinsichtlich der Handlungsempfehlungen, die der CEO von anderen Teilen des Managements erhält. Daneben entscheidet das Board über die Berufung und Abberufung sowie das Gehalt des CEO (DePamphilis, 2012, 94). Ein Board kann aus einem oder mehreren Directors bestehen, wobei die erforderliche Mitgliederzahl des Direktoriums innerhalb oder nach Maßgabe der Statuten festzulegen ist (v. Werder, 2008, 146). Die Zusammensetzung des Board of Directors unterscheidet sich auch deutlich von der eines Vorstands einer deutschen AG. Es besteht in der Regel sowohl aus unternehmensinternen („Inside Directors“) als auch unternehmensexternen Mitgliedern („Outside Directors“). Die Inside Directors haben dementsprechend neben ihrer Tätigkeit im Board auch als Angestellte des Unternehmens zugleich eine Managementposition im operativen Geschäft inne. Das Board of Directors wählt aus sich heraus den Chairman of the Board, den häufig der CEO stellt (Kutschker/Schmid, 2011, 586). Den zweithöchsten Rang nach dem CEO nimmt der Chief Operating Officer (COO) oder President ein, der die Hauptverantwortung für das Tagesgeschäft hat, insbesondere wenn der CEO eher strategische Aufgaben wahrnimmt. Weitere Rollen sind der Chief Financial Officer (CFO) und der Chief Technology Officer (CTO). Die Leiter einzelner Divisionen tragen häufig den Titel eines Vice Presidents; sie berichten entweder an den CEO oder den President, sind jedoch nicht mehr Teil des Board of Directors, aber gegebenenfalls des erweiterten Management Boards oder Executive Boards, das der Beratung und dem Informationsaustausch mit den Mitgliedern des Board of Directors dient. Da die Terminologie der Positionstitel gesetzlich nicht festgelegt ist, kann in der Praxis hiervon abgewichen werden und sind die Positionen auch frei trenn- oder kombinierbar (vgl. v. Werder, 2008, 150). Bei den externen Board-Mitgliedern kann es sich um Mitglieder der Eigentümerfamilie, um Vertreter von Großaktionären, Finanzinvestoren und Geschäftsbanken

handeln, Vertreter von Lieferanten oder Kunden, oder um erfahrene Manager, die bei einem anderen Unternehmen zum Beispiel die Position eines CEO wahrnehmen. Diese Struktur legt nahe, dass auch bei den externen Mitgliedern Interessenkonflikte auftreten können. Wegen der hohen Machtkonzentration bei den internen Board-Mitgliedern und potentiellen Interessenkonflikten bei den Outside Directors wird auch in der US-amerikanischen Corporate Governance Diskussion zunehmend der Ruf laut, dass die unabhängigen Board-Mitglieder in der Überzahl sein sollten und die Positionen des CEO und des Chairmans von unterschiedlichen Personen wahrgenommen werden sollten. DePamphilis (2012, 95 m. w. N.) weist darauf hin, dass diesbezügliche empirische Untersuchungen die These stützen würden.

Ein typisches Board of Directors besteht durchschnittlich aus 10 bis 13 Mitgliedern (vgl. DePamphilis, 2012, 95; Kutschker/Schmid, 2011, 585; v. Werder, 2008, 147). Das ist ungefähr nur noch die Hälfte der durchschnittlichen Board-Größe in den 1970er Jahren. Hinter dieser Entwicklung stehe die Erkenntnis, dass kleinere Gremien effizienter arbeiten und dass so das einzelne Board-Mitglied mehr Einfluss geltend machen könne und damit die Macht des CEO effektiv verringern könne. Auf der anderen Seite würden komplexere Firmen möglicherweise von einem größeren Board profitieren, weil sie vielfältigere Ratschläge an den CEO einbringen könnten (DePamphilis, 2012, 95).

Ähnlich wie deutsche Aufsichtsräte bildet das Board of Directors regelmäßig Ausschüsse („Committees“) zu speziellen Themenbereichen, wie z. B. Finanzen oder Rechnungslegung (vgl. Meckl, 2010, 110). Das Executive Committee nimmt eher Leitungsaufgaben wahr, während das Audit Committee die Kontrollaufgaben erfüllt. Weitere Ausschüsse können das Nominating Committee oder Compensation Committee sein, die sich mit Nominierungs- und Entlohnungsfragen beschäftigen. Das Proxy Committee bemüht sich darum, die Stimmrechte von Aktionären übertragen zu bekommen, um eine Wiederwahl des Boards im Interesse des bestehenden Boards zu verwirklichen (Kutschker/Schmid, 2011, 584).

2.1.3.2 Der Sarbanes-Oxley Act

Der „Sarbanes-Oxley Act of 2002“ (SOA) ist ein US-Bundesgesetz, das als Reaktion auf die Skandale rund um Enron, WorldCom, ImClone, Qwest und Tyco am 30. Juli 2002 in Kraft getreten ist. Es stellt neue Regeln auf bzw. modifiziert bestehende Gesetze bezüglich der Verlässlichkeit und Transparenz der Finanzberichterstattung kapitalmarktorientierter Gesellschaften sowie der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Falle von Verstößen. Das Gesetz galt ursprünglich nur für amerikanische Gesellschaften, wurde durch die amerikanische

Börsenaufsicht Securities and Exchange Commission (SEC) ab Mitte 2005 auch für ausländische Gesellschaften für verbindlich erklärt, deren Aktien in den USA gehandelt werden. Ab Juni 2007 wurde dies wiederum auf solche ausländischen Gesellschaften beschränkt, deren Handelsvolumen an eigenen Wertpapieren in den USA fünf Prozent des globalen Handelsvolumens übersteigt (DePamphilis, 2012, 60).

Der SOA untergliedert sich in elf Abschnitte („Titles“), wobei einige im Hinblick auf Corporate Governance Fragen von besonderem Interesse sind:

Title I etabliert das Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) als eine neue Institution, deren Aufgabe es ist, die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu überwachen. Das PCAOB kümmert sich als unabhängige Aufsichtsbehörde um die Zulassung der Wirtschaftsprüfer, stellt die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die Wirtschaftsprüfer sicher und definiert Prozesse und Qualitätsmaßstäbe für die Auditierung von börsennotierten Gesellschaften. Dies wird ergänzt durch Vorschriften zum turnusgemäßen Wechsel der Prüfungsgesellschaft in Title II.

In Title III werden CEO und CFO, bzw. Personen mit vergleichbaren Funktionen, persönlich dafür haftbar gemacht, dass die vierteljährlich bzw. jährlich abzuliefernden Finanzberichte der Wahrheit entsprechen. Dies muss durch eine persönliche Erklärung der Verantwortlichen ausdrücklich zertifiziert werden (Sect. 302 (a) SOA). Zudem werden besondere Anforderungen an die Mitglieder des Audit Committees aufgestellt, die abgesehen von ihrer Mitgliedschaft im Board of Directors unabhängig von der Gesellschaft sein müssen, d.h. in keinem Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft oder ihren Tochtergesellschaften stehen dürfen (Sect. 301 SOA).

In Sect. 402 SOA des Title IV wird das Verbot ausgesprochen, das die Gesellschaft persönliche Darlehen an Führungspersonen der Gesellschaft vergibt. Sect. 403 SOA verpflichtet Board-Mitglieder, Mitglieder des Managements und Großaktionäre Kauf- und Verkaufsgeschäfte mit Anteilen der Gesellschaft in einer bestimmten Form und Frist offenzulegen (sog. Insiderhandel). Sect. 404 SOA enthält wohl die bekannteste Vorschrift: Sie verpflichtet die Gesellschaften zu „*establishing and maintaining an adequate internal control structure and procedures for financial reporting*“ (Sect. 404 (a) (1) SOA) und deren Effektivität jährlich zu attestieren. Hierzu gehört, dass konkrete Aussagen dazu gemacht werden, wie das Management bei der Prüfung des internen Risikomanagementsystems vorgegangen ist.

Macharzina und Wolf (2010, 170) erkennen als neuere Entwicklung in der Corporate Governance Diskussion in den USA einen Schwenk von einem bloßen Befolgen vorgegebener Regeln und entsprechender Berichterstattung (Compliance) hin zu einer Realisierung von Maßnahmen, die eine wirkliche Leistungsverbesserung der Leitungsorgane des Unternehmens (Performance) bedeuten. Die Zunahme eines solchen proaktiven Verständnisses von strategischem Management werde auch in empirischen Studien deutlich.

Obwohl der SOA spätere Bilanzskandale gerade in der Finanzindustrie nicht verhindern konnte (z. B. AIG, Bear Stearns, Lehman Brothers) und daher Zweifel hat aufkommen lassen, wie effektiv das Gesetz seinen Zweck erfüllt (DePamphilis, 2012, 60), hat er dennoch große Ausstrahlungswirkung auf vergleichbare Gesetzesinitiativen in anderen Teilen der Welt gehabt. In Deutschland haben ähnliche Regelungen bereits 1998 über das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 28.04.1998 (BGBl. I S. 786) ihren Weg in das Aktiengesetz gefunden. So sieht beispielsweise § 91 Abs. 2 AktG seither vor, dass der Vorstand ein Überwachungssystem einzurichten hat, das geeignet ist, den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh zu erkennen. Diese Regelungen wurden in Deutschland ab 2002 durch weitere Gesetze mit Bezug zur Corporate Governance erweitert. Dabei handelt es sich ausschließlich um sog. Artikelgesetze, also Gesetze, die Vorschriften anderer Gesetze (z. B. AktG) ändern oder ergänzen. Nicht zuletzt durch das am 29.05.2009 in Kraft getretene BilMoG ist die Möglichkeit der Bestellung eines dem US-amerikanischen Audit Committees ähnlichen Prüfungsausschusses durch den Aufsichtsrat in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG ausdrücklich vorgesehen. Ähnliche Gesetze heißen im Vereinigten Königreich „Cadbury Report“, in Italien „Prema Code“ in Frankreich „Viénoit Report“ (vgl. Müller-Stewens/Lechner, 2011, 115).

2.1.4 Spitzenorganisation in der Schweiz

Ähnlich wie in der Bundesrepublik Deutschland kennt die Schweiz die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als die im Wirtschaftsleben wichtigsten Rechtsformen mit kapitalistischer Struktur, Rechtspersönlichkeit und Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Allerdings ist die Aktiengesellschaft die am weitesten verbreitete Kapitalgesellschaft in der Schweiz, weil sie — anders als in Deutschland — gerne auch von kleineren und mittelständischen Unternehmen gewählt wird (vgl. Theisen, 2011, 161). Das schweizerische Gesellschaftsrecht ist in einem besonderen Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches geregelt, dem Obligationenrecht (OR), das mit einer eigenen Artikelnummerierung versehen ist.

Wie in Deutschland ist die GmbH mit personalistischer Tendenz ausgestattet. Das heißt, dass die Geschäftsführung grundsätzlich den Gesellschaftern obliegt (Art. 809 Abs. 1 OR), aber eingesetzte Geschäftsführer die Gesellschaft nach außen vertreten (Art. 814 Abs. 1 OR). Ferner ist eine Revisionsstelle zu benennen, wobei das Gesetz auf die entsprechenden Bestimmungen für Aktiengesellschaften verweist (Art. 818 OR i. V. m. Art. 727 ff. OR). Diese wird neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung als drittes Gesellschaftsorgan verstanden, obwohl es sich dabei regelmäßig um ein externes staatlich beaufsichtigtes Unternehmen oder einen gesetzlich zugelassenen Revisor handelt, der unabhängig sein muss (Art. 728 Abs. 1 und 729 Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle hat die Funktionen eines Abschlussprüfers. Umfang der Prüfung richtet sich danach, ob es sich um eine kapitalmarktorientierte Publikumsgesellschaft handelt, oder ob bestimmte Grenzen (Bilanzsumme, Umsatz, Vollzeitstellen) überschritten werden (Art. 772 OR).

In den Art. 620–763 OR ist die schweizerische Aktiengesellschaft geregelt. Diese unterscheidet sich in ihrer Spitzenorganisation deutlich von ihrem deutschen Pendant. Die drei gesetzlich vorgesehenen Organe sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Die Generalversammlung als Versammlung der Gesellschafter hat ähnliche Aufgaben, Rechte und Funktionen wie die Hauptversammlung einer deutschen Aktiengesellschaft. Für die Beschlussfassung in bestimmten Angelegenheiten sind allerdings bestimmte Quoren vorgesehen. So bedürfen beispielsweise die Änderung des Gesellschaftszwecks, die Sitzverlegung oder Kapitalerhöhungen einer Zweidrittelmehrheit der in der Generalversammlung vertretenen Stimmen, wobei zugleich mindestens die Hälfte des Aktienkapitals vertreten sein muss (vgl. Art. 704 OR).

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Generalversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt oder abberufen. Dieses Organ kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen und wählt in letzterem Fall einen Präsidenten, welcher in Pattsituationen zwei Stimmen hat (vgl. Art. 712 f. OR), sowie einen Sekretär, der dem Verwaltungsrat nicht angehören muss (Art. 712 Abs. 1 OR). Die Verwaltungsratsmitglieder müssen selbst keine Aktionäre sein (a. A. Kutschker/Schmidt, 2011, 588). Es handelt sich beim Verwaltungsrat um ein Gremium, dem originär sowohl die Aufgaben der Geschäftsführung als auch der Überwachung („Oberaufsicht“) obliegen. In welchem Umfang der Verwaltungsrat jedoch die Geschäftsführung selbst, durch einzelne Mitglieder oder sogar durch Dritte wahrnimmt, entscheidet er allein, da dies eine Aufgabe ist, die ihm nicht durch die Gesellschafterversammlung oder die Statuten entzogen werden kann (vgl. Art. 716a OR). Dadurch steht es dem Ver-

waltungsrat frei, inwieweit er eine personale Trennung von Überwachung und Geschäftsführung vornimmt. Dennoch ist dies nur eine „unechte“ Trennung, weil zum einen dem Verwaltungsrat nicht entziehbare Aufgaben mit Geschäftsführungskompetenz verbleiben müssen (vgl. Theisen, 2011, 161), zum anderen kann er, wenn die Geschäftsführung Dritten übertragen ist, Weisungen erteilen und sie jederzeit durch Beschluss an sich ziehen. Damit dient die Trennung von Geschäftsführung und Überwachung vor allem der Entlastung des Verwaltungsrats und nicht der Gewaltenteilung. Darüber hinaus hat der Verwaltungsrat die oberste Leitung der Gesellschaft inne, ist für die Festlegung der Organisation und die Gestaltung von Rechnungswesen, Finanzplanung und -kontrolle zuständig. Auch die Vertretung der Gesellschaft steht originär dem Verwaltungsrat zu. Vorbehaltlich anderer Statutenbestimmung kann jedes Verwaltungsratsmitglied die Gesellschaft einzeln nach außen vertreten (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann allerdings auch beschließen, die Vertretung der Gesellschaft auf einzelne Mitglieder („Delegierte“) oder Dritte („Direktoren“) zu übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR), solange mindestens ein Verwaltungsratsmitglied vertretungsberechtigt bleibt (Art. 718 Abs. 3 OR) und einer der Vertretungsberechtigten seinen Wohnsitz in der Schweiz unterhält (Art. 718 Abs. 4 OR).

Die Stärke des Verwaltungsratsmodells liegt sicherlich in seiner Flexibilität in der Ausgestaltung der inneren Gesellschaftsordnung; allerdings ist der Ruf nach einer institutionell und funktional vollständig getrennten Überwachung laut geworden (vgl. Theisen, 2011, 162), nachdem gerade diese in spektakulären Fällen immer wieder versagt hat (z.B. Swissair, UBS).

2.1.5 Spitzenorganisation in Luxemburg

Das Großherzogtum Luxemburg weist eine erstaunliche Vielfalt an Gesellschaftsrechtsformen auf. Allerdings sind diese vergleichsweise lückenhaft und unübersichtlich geregelt. Ähnlich liegt es bei der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung, was angesichts der Größe des Landes jedoch nicht überraschen sollte.

Die wichtigsten Gesellschaftsrechtsformen in Luxemburg werden durch das Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (LSC) geregelt. Darunter kommen der Société à responsabilité limitée (S.à r.l.) und der Société Anonyme (S.A.) wiederum besondere Bedeutung zu. Daneben gibt es nationale Entsprechungen zur Kommanditgesellschaft („société en commandite simple“), der Kommanditgesellschaft auf Aktien („société en commandite par actions“), der Genossenschaft („société coopérative“), der Gesellschaft bürgerlichen Rechts („société civile“), der Partnerschaft („société en nom collectif“) und andere mehr. Manche

Rechtsformen sind Sonderformen von anderen Rechtsformen und unterstehen einem begünstigten steuerlichen Regime und werden vor allem deshalb gewählt (z. B. *société de participations financières*, *société de gestion de patrimoine familial*, *société d'investissement à capital variable*, *société civile immobilière*).

Die luxemburgische *Société Anonyme* entspricht der Aktiengesellschaft. Ihre Spitzenverfassung sieht traditionell einen monistischen Aufbau entsprechend der schweizerischen Aktiengesellschaft mit einem Verwaltungsrat („*conseil d'administration*“) vor; sie kann aber alternativ auch einen dualistischen Aufbau mit einem Direktorium („*directoire*“) als Geschäftsführungsorgan und einem Aufsichtsrat („*conseil de surveillance*“) wählen. Diese Option ist durch eine Gesetzesnovelle im Jahr 2006 eingeführt worden.

Bei monistischer Struktur kann der Verwaltungsrat entweder aus einem einzigen Verwaltungsratsmitglied („*administrateur*“) bestehen, wenn ein einziger Aktionär alle Aktien hält, oder muss bei einer Mehrzahl von Aktionären mindestens drei Mitglieder zählen (Art. 51 LSC). Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Generalversammlung („*assemblée générale*“) gewählt, müssen keine Aktionäre sein und haben als Organ alle Befugnisse, die nicht per Gesetz oder den Statuten der Generalversammlung vorbehalten sind. Entsprechend ist der Verwaltungsrat der Gesellschaft und Dritten gegenüber gemeinschaftlich verantwortlich, unabhängig davon, ob eine persönliche Mitwirkung gegeben ist (vgl. Art. 59 LSC). Er vertritt die Gesellschaft auch gemeinschaftlich nach außen, außer die Statuten sehen eine Einzelvertretungsberechtigung oder eine (unechte) Gesamtvertretungsbefugnis für einzelne oder alle Verwaltungsratsmitglieder vor. Auch kann die tägliche Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft in solchen Angelegenheiten durch oder aufgrund entsprechender Regelungen an ein oder mehrere Verwaltungsratsmitglieder („*administrateurs délégués*“), Direktoren („*directeurs*“), Geschäftsführer („*gérants*“) oder andere Handlungsbevollmächtigte („*agents*“), die nicht Aktionäre sein müssen, delegiert werden, was aber im Handelsregister eingetragen werden muss. Ferner können anders als in der schweizerischen Aktiengesellschaft sogar juristische Personen dem Verwaltungsrat angehören (Art. 51bis LSC).

Bei dualistischem Aufbau werden die Direktoren vom Aufsichtsrat gewählt und unterliegen seiner Kontrolle, es sei denn, die Generalversammlung behält sich diese Aufgabe durch entsprechende Gestaltung der Statuten vor (Art. 60bis-2 und Art. 60bis-3 LSC). Seine Zusammensetzung wird durch die Statuten oder den Aufsichtsrat bestimmt. Das Direktorium nimmt die Aufgaben der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft wahr, die bei monistischer Struktur dem Verwaltungsrat vorbehalten sind, während der Aufsichtsrat ähnlich wie

ein Aufsichtsrat deutscher Prägung echte Überwachungsrechte hat. Er darf sich nicht in die tägliche Geschäftsführung einmischen (Art. 60bis-11 LSC). Eine zeitgleiche Ausübung von Aufsichtsrats- und Direktoriumsmandaten in der gleichen Gesellschaft ist unzulässig (Art. 60bis-17 Abs. 1 LSC).

Schließlich ist, ähnlich wie bei der schweizerischen Aktiengesellschaft die Revisionsstelle, als weiteres Kontrollorgan ein oder mehrere Kommissare („commissaires“) zu benennen, die nicht Aktionäre sein müssen und von der Generalversammlung berufen werden. Sie haben weitreichende Rechte, weil sie ein unbegrenztes Recht zur Kontrolle und Überwachung aller Geschäftsvorfälle der Gesellschaft haben. Sie können in die Bücher, die Geschäftskorrespondenz und die Protokolle und ganz allgemein in alle Aufzeichnungen der Gesellschaft Einsicht nehmen (Art. 62 LSC). Die Organe der Aktiengesellschaft beraten in Gremien und wählen jeweils aus ihrer Mitte einen Präsidenten.

Die S.à r.l. entspricht im Grundsatz der deutschen GmbH. Die Anzahl der Gesellschafter ist allerdings auf 40 begrenzt. Geschäftsanteile können nur mit Zustimmung einer Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter an Nichtgesellschafter übertragen werden (Art. 189 LSC). Die Gesellschafterversammlung ernennt einen oder mehrere Geschäftsführer. Interessanterweise können diese nur unter besonderen Umständen („causes légitimes“), etwa bei schweren Verfehlungen, abberufen werden, es sei denn, die Statuten bestimmen etwas anderes (Art. 190 LSC). Im Übrigen haften sie gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber Dritten genauso wie die Verwaltungsräte einer Société Anonyme (Art. 192 i. V. m. Art. 59 LSC). Ebenso können die Statuten die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer regeln. Soweit keine besondere Regelung vorliegt, vertritt jeder Geschäftsführer die Gesellschaft gegenüber Dritten alleine (Art. 191bis LSC). Für Statutenänderungen bedarf es jedoch einer doppelt qualifizierten Mehrheit, da die zahlenmäßige Mehrheit der Gesellschafter, die zugleich drei Viertel der Geschäftsanteile repräsentieren dazu erforderlich ist (Art. 199 Satz 2 LSC). Das kann bei nur zwei Gesellschaftern zu unauflösbaren Pattsituationen führen, selbst wenn es sich bei einem der Gesellschafter um einen Minderheitsgesellschafter mit minimalem Anteil handelt, weil ein Gesellschafter von zweien nicht die Mehrheit der Gesellschafter darstellt. Diesen Konstruktionsfehler, der durchaus praxisrelevant ist, hat auch die luxemburgische Rechtsprechung bislang nicht gelöst. Allerdings kann dieses besondere Mehrheitserfordernis durch die Statuten (z. B. bei Gründung der S.à r.l.) abbedungen werden.

2.1.6 Spitzenorganisation in der Europäischen Aktiengesellschaft

Die Bemühungen eine supranationale einheitlich verfasste Gesellschaftsrechtsform in Europa zu schaffen, gehen bereits in die 1950er Jahre zurück (vgl. v. Werder, 2008, 156). Dies zeigt, wie schwierig es ist, rechtliche Standards innerhalb der EU zu harmonisieren. Im Ergebnis ist die Europäische Gesellschaft, auch Societas Europaea (SE) und Europäische Aktiengesellschaft genannt, — wie nachfolgend dargestellt wird — eine politische Kompromisslösung, die versucht, allen europäischen Rechtstraditionen gerecht zu werden. Die Vielzahl der Rechtsquellen auf unterschiedlichsten Regelungsebenen, in denen die Corporate Governance der SE geregelt ist, verstärkt diesen Eindruck. **Tabelle 2-1** zeigt dies aus deutscher Sicht.

Regelungsebene	Rechtsquellenkategorie	Regelungsbeispiele
Europarecht	EU-Richtlinien	<ul style="list-style-type: none"> • Richtlinie 2001/86/EG
	EU-Verordnungen	<ul style="list-style-type: none"> • Verordnung (EG) Nr. 2157/2001
	EU-Rechtsprechung	<ul style="list-style-type: none"> • Noch keine SE-spezifischen Urteile existent
Nationales Recht	Bundesgesetze	<ul style="list-style-type: none"> • SE-Einführungsgesetz (SEEG) • SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) • Aktiengesetz
	Deutsche Rechtsprechung	<ul style="list-style-type: none"> • LG Hamburg, Urt. v. 30.09.2005 - 417 T 15/05
Untergesetzliches Recht	Kodizes	<ul style="list-style-type: none"> • Deutscher Corporate Governance Kodex
	Satzungsbestimmungen	<ul style="list-style-type: none"> • Unternehmensindividuelle Regelungen

*Tabelle 2-1 Regelungsebenen, Rechtsquellenkategorien und Regelungsbeispiele der SE
(Quelle: Eigene Darstellung)*

Die EG-Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) und die EG-Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (beide ABl. L 294 vom 10.11.2001) regeln das Statut der SE und sind am 8. Oktober 2004 in Kraft getreten. Die durch den deutschen Gesetzgeber zur Umsetzung der EU-Regelungen erlassenen Gesetze zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3675) und das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz - SEBG), ebenfalls vom 22. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3675, 3686), sind am 29. Dezember 2004 in Kraft getreten. Damit ist es seit Ende 2004 möglich, in Deutschland eine SE zu gründen.

Eine Besonderheit der SE ist, dass sie nur durch Umwandlung einer bestehenden oder im Zuge der Fusion mehrerer bereits bestehender Aktiengesellschaften gegründet werden kann. Charakteristische Erfordernisse sind dabei ein grenzüberschreitender Bezug der beteiligten Gesellschaften oder zumindest eines Tochterunternehmens und dass es sich um Gesellschaften handelt, die nach dem Recht eines EU-Mitgliedsstaates geründet sind und ihren statutari-schen Sitz sowie die Hauptverwaltung in der EU haben (vgl. Art. 2 SE-VO).

Bei der Spitzenorganisation der SE kann grundsätzlich zwischen dem monistischen Verwaltungs-ratsmodell und dem dualistischen Aufsichtsrats-Vorstands-Modell gewählt werden (vgl. Art. 38 lit. b SE-VO). Das eröffnet gerade auch für deutsche Aktiengesellschaften die Mög-lichkeit sich über die Gründung einer SE eine monistische Verfassung zu geben. In der Praxis haben aber relativ wenige Gesellschaften diesen Weg gewählt. Die großen börsennotierten Europäischen Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland sind bei einem dualistischen Auf-bau geblieben (z. B. Allianz SE, BASF SE, Fresenius SE, MAN SE, Porsche SE).

Es ist dennoch darauf hinzuweisen, dass gerade die Verwaltungsratsvariante sehr weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Denn ähnlich wie beim luxemburgischen und schweizeri-schen Model, lassen sich — abgesehen von einem Kernbereich (vgl. § 40 Abs. 2 SEEG) — die Leitungsaufgaben des Verwaltungsrats wahlweise auf einzelne Mitglieder oder auf Dritte übertragen (Art. 43 Abs. 4 SE-VO i. V. m. § 40 Abs. 1 SEEG). Eine sog. Delegiertenleitung führt folglich trotz monistischer Verfassung zu einer De-facto-Trennung von Überwachungs- und Leitungsfunktionen.

Die interne Ordnung der Leitungs- und Aufsichtsgremien wird vielfach vom Recht des Mit-gliedsstaates bestimmt, in dem die SE ihren Sitz hat. So sieht z. B. Art. 39 Abs. 4 SE-VO vor, dass die Mitgliedsstaaten eine Mindest- oder Höchstzahl der Mitglieder des Leitungsorgans festlegen können. Die Bundesrepublik Deutschland hat davon in § 16 SEEG Gebrauch ge-macht und die Mindestzahl bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mindestens drei Millionen Euro, vorbehaltlich anderer Satzungsbestimmungen, auf zwei Mitglieder festgelegt. Für das Aufsichtsorgan bestimmt § 17 SEEG die gleichen Mindest- und Höchstzahlen wie § 95 AktG. Für die monistische Variante der SE enthalten die §§ 20 ff. SEEG besondere Vor-schriften, während die Anwendung der Regelungen des AktG über den Vorstand ausdrücklich ausgeschlossen wird. § 23 SEEG legt die gleichen Mindest- und Höchstzahlen für die Zu-sammensetzung des Verwaltungsrats fest, wie für das Aufsichtsorgan der dualistischen Vari-ante.

Einer der größten Streitpunkte in der langjährigen Diskussion um die Schaffung einer einheitlichen europäischen Gesellschaftsrechtsform ist die Arbeitnehmermitbestimmung gewesen. Hier ist Deutschland als Motor für eine starke Verankerung der Mitbestimmung aufgetreten, während einigen anderen Mitgliedstaaten die zu implementierenden Regelungen zu weit gegangen sind. Um diese unüberbrückbaren nationalen Gegensätze zu lösen, hat man sich schließlich auf ein Wahlrecht bei der gesetzgeberischen Umsetzung der SE-Richtlinie geeinigt (vgl. Meckl, 2010, 118). Im deutschen Recht werden die Mitbestimmungsvorschriften im SEBG geregelt. Danach sollen die bestehenden Rechte der Arbeitnehmerbeteiligung an Unternehmensentscheidungen auch nach Gründung der SE gesichert werden, indem diese im Wege einer Verhandlungslösung durch Errichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums festgeschrieben werden. Das bezieht sich auch auf die Frage inwieweit Arbeitnehmer in den Verwaltungs- bzw. Aufsichtsräten vertreten sind (vgl. §§ 17 Abs. 2 und 24 Abs. 1 SEEG). Ihrer europarechtlichen Natur entsprechend berücksichtigt die Arbeitnehmermitbestimmung nach dem SEBG auch Arbeitnehmer, die an Standorten im EU-Ausland beschäftigt sind. Nur für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungslösung sieht das SEBG gesetzliche Mindeststandards durch Schaffung eines SE-Betriebsrats vor. Damit kann bei der SE, anders als bei den deutschen Rechtsformen, durchaus von der gesetzlich vorgezeichneten Lage deutlich abgewichen werden. Aus dem Blickwinkel der Unternehmen dürfte diese Flexibilität der Corporate Governance Strukturen bei der SE neben dem eher symbolischen Wert einer europäisch orientierten Unternehmensausrichtung, die sich durch diese Rechtsform ausdrückt³, das bestimmende Kriterium für die Wahl dieser Gesellschaftsrechtsform sein. Andererseits zeigt es bei politischer Betrachtung, wie schwierig es ist, auf internationaler Ebene konvergente Corporate Governance Systeme zu schaffen (Meckl, 2010, 119).

2.2 Untergesetzliche Governance Grundsätze und Standards

2.2.1 Der Deutsche Corporate Governance Kodex

Im September 2001 wurde die „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ unter der Führung von Gerhard Cromme berufen. Diese war damit beauftragt, Richtlinien für Unternehmen zu erarbeiten, die auf den „best practices“ im Bereich der Corporate Governance basierten. Cromme (2005, 363) weist darauf hin, dass dies nicht losgelöst von der

³ Vgl. die Aussage der BASF SE zur Begründung der Umwandlung in eine SE; online abrufbar unter <http://www.corporate.basf.com/de/investor/se/faq/#161> (abgerufen am: 29.08.2012).

internationalen Entwicklung geschehen sei. Bereits 1992 sei der sog. Cadbury Report als Ausgangspunkt für die Corporate Governance Entwicklung in Großbritannien veröffentlicht worden. Auch die Europäische Kommission habe im Jahr 2003 eine entsprechende Initiative ergriffen. Von entscheidender Bedeutung sei auch der Sarbanes-Oxley Act of 2002 gewesen. Im Jahr 2005 hätten bereits 47 verschiedene Corporate Governance Codes bestanden, die inhaltlich ein erstaunlich großes Maß an inhaltlicher Übereinstimmung aufweisen würden. Aus deutscher Sicht fällt die Insolvenz der Philipp Holzmann AG im März 2002 in diese Zeit, die weitere Impulse zur Festlegung von Corporate Governance Prinzipien in Deutschland lieferte (vgl. Theisen, 2011, 166). Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) ist in seiner ursprünglichen Fassung erstmals am 30. September 2002 im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemacht worden. Die aktuelle Version stammt vom 15. Mai 2012 und ist im Bundesanzeiger vom 15. Juni 2012 veröffentlicht worden.

Die **Präambel** des DCGK stellt Inhalt, Adressaten und Zielsetzung des Kodex klar:

„Der vorliegende Deutsche Corporate Governance Kodex (der „Kodex“) stellt wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Der Kodex soll das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar machen. Er will das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften fördern. [...] Der Kodex richtet sich in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften. Auch nicht börsennotierten Gesellschaften wird die Beachtung des Kodex empfohlen.“

Hinsichtlich des Grads der Verbindlichkeit seiner Regelungen unterscheidet der DCGK drei Kategorien: Die (sinngemäße) Wiedergabe gesetzlich verbindlicher Normen (Muss-Regelungen), Empfehlungen (Soll-Regelungen), bezüglich derer sich die Unternehmen (namentlich Aufsichtsrat und Vorstand gemeinsam) gem. § 161 AktG erklären müssen, falls sie hiervon abweichen („comply or explain“) und Anregungen (Sollte-Regelungen), die ebenfalls unverbindlich sind und von denen ohne Offenlegung abgewichen werden kann, aber anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung darstellen (vgl. Ziff. 1 Präambel Abs. 8 DCGK). Zwar ist aus einer Wiedergabe bereits gesetzlich geregelter Vorschriften kein neuer Erkenntnisgewinn zu ziehen; es ist jedoch sinnvoll, auch solche Regelungen in einem Kodex einzubeziehen, weil sie hier in systematischer Weise zusammengestellt werden können und der Kodex durch stärkere Anwenderfreundlichkeit an Attraktivität

gewinnt. Verstöße gegen die Abgabe der sog. Entsprechenserklärung können rechtliche Folgen haben. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Beschluss vom 07. Dezember 2009 (BGH II ZR 63/08, S. 5 Rdnr. 9) entschieden, dass die Nichtabgabe der nach § 161 AktG vorgeschriebenen Entsprechenserklärung ein Gesetzesverstoß sei, der die Entlastungsentscheidung für die Organmitglieder anfechtbar machen könne, die diesen Gesetzesverstoß begangen haben. Schon etwas früher im Jahr 2009 hat der BGH in einem vielbeachteten Urteil im Prozess des Medienunternehmers Leo Kirch gegen die Deutsche Bank entschieden, dass auch eine fahrlässig unrichtige Entsprechenserklärung eine Verletzung von Organpflichten sei, die zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse durch die Hauptversammlung führe (BGH, Urt. vom 16.02.2009, II ZR 185/07, S. 14 f. Rdnr. 19).

Abbildung 2-2 fasst die Regelungstypen, die Regelungsbereiche und die mit dem DCGK verfolgten Ziele schematisch zusammen. Der DCGK befasst sich entsprechend seiner Gliederung mit den Rechten der Aktionäre und der Hauptversammlung, der Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, mit Regelungen, die den Vorstand betreffen und Vorschriften, die den Aufsichtsrat adressieren, mit Maßnahmen zur Transparenz der unternehmensinternen Vorgänge, und mit der Beachtung internationaler Rechnungslegungsvorschriften.

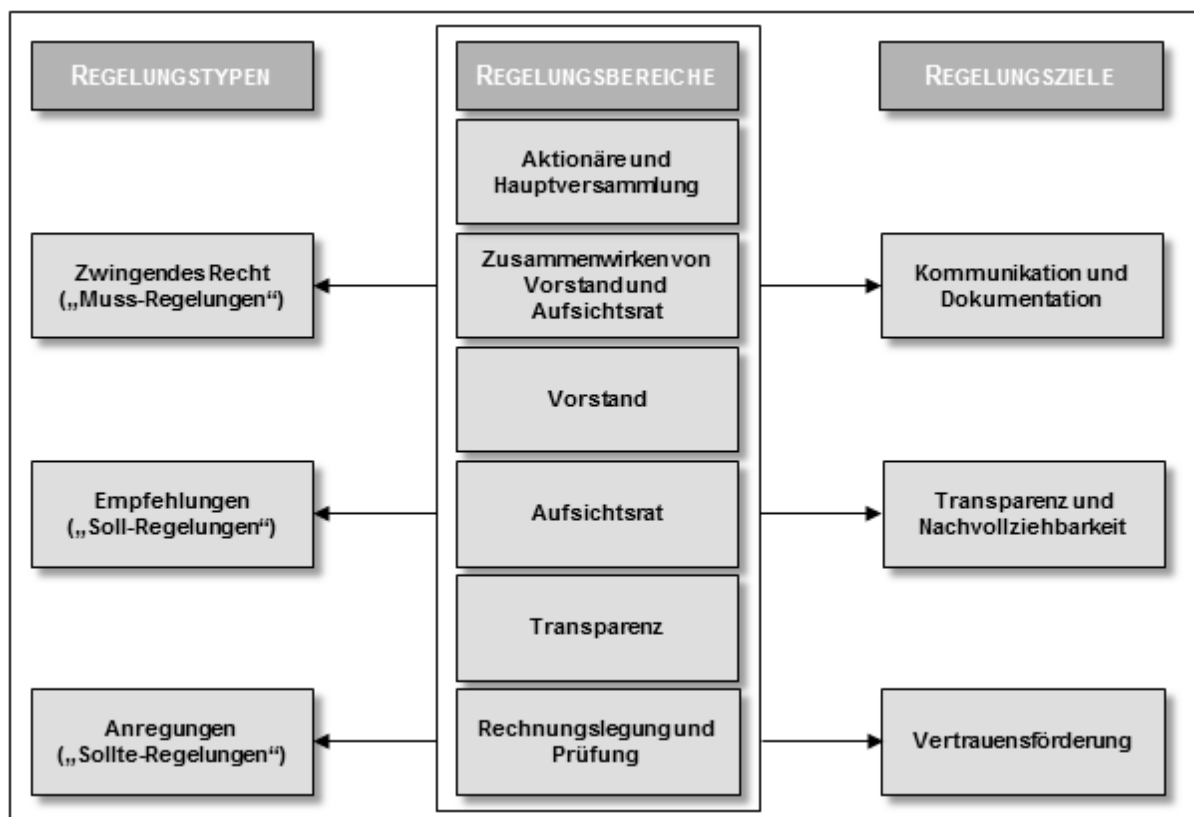


Abbildung 2-2 Regelungstypen, -bereiche und -ziele des DCGK

(Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Dillerup/Stoi, 2011, 108 und Meckl, 2010, 107)

Im Folgenden werden einzelne Bestimmungen aus den verschiedenen Abschnitten des DCGK beispielhaft angeführt. Dabei beschränken sich die Ausführungen auf Empfehlungen und Anregungen, weil diese sich gerade nicht aus bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen ergeben und weil die Unternehmen einen Ermessensspielraum haben, ob und inwiefern sie von den Regelungen abweichen wollen. Als Datenbasis dienen die letzten verfügbaren Entsprechenserklärungen gem. § 161 AktG der 30 im Aktienindex DAX gelisteten Unternehmen:

Der DCGK empfiehlt z. B. in Ziff. 2.3.3. des Abschnitts 2. **Aktionäre und Hauptversammlung**, dass die Gesellschaft es den Aktionären erleichtern soll, die persönliche Wahrnehmung der Stimmrechte und die Stimmrechtsvertretung wahrzunehmen. Für die Stellvertretung verlangt der DCGK, dass der Vorstand für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre sorgen soll. Dem Prinzip „comply or explain“ entsprechend könnten Unternehmen diese Anforderung erfüllen, indem sie den Aktionären die Abgabe der Stimmen über eine Online-Plattform oder zumindest im Briefwahlverfahren ermöglichen. Das erlaubt § 118 Abs. 2 AktG ausdrücklich, allerdings muss die Satzung der Gesellschaft dies vorsehen. Viele im DAX gelistete Aktiengesellschaften bieten eine Online-Stimmrechtsabgabe an (z. B. Allianz, SAP). Die meisten Gesellschaften lassen die Hauptversammlung zumindest per Live-Stream über das Internet verbreiten, wie es in 2.3.4. DCGK empfohlen wird (z.B. ThyssenKrupp). Denkbar wäre zu fordern, dass Unternehmen, die die Online-Stimmrechtsabgabe nicht ermöglichen, in ihrer Entsprechenserklärung, dazu Stellung nehmen müssen. Als Begründung wäre die Aussage von Vorstand und Aufsichtsrat zu akzeptieren, dass etwa die Hauptversammlung eine entsprechende Satzungsänderung bislang nicht beschlossen hätte. Nichtsdestotrotz teilt zum Beispiel die ThyssenKrupp AG auf ihrer Webseite mit, dass die Satzung der Gesellschaft eine Online-Teilnahme von Aktionären an der Hauptversammlung in das Ermessen des Vorstands stelle, dass jedoch angesichts bestehender Bedenken zur technischen Umsetzung sowie zur Rechts- und Abwicklungssicherheit von dieser Möglichkeit bislang kein Gebrauch gemacht wurde⁴. Die Entsprechenserklärung des Aufsichtsratsvorsitzenden Cromme und des Vorstandsvorsitzenden Hiesinger der ThyssenKrupp AG sehen jedoch keine Erklärung zu Ziff. 2.3.3. DCGK vor — es wird vielmehr pauschal erklärt, dass überhaupt keine Abweichungen zum DCGK gegeben sind⁵. Die Möglichkeit der Stimmrechtsabgabe per Briefwahl und mittels Stimmrechtsvertreters wird

⁴ <http://www.thyssenkrupp.com/de/investor/fragen-antworten-hv.html#fragen13> (abgerufen am: 29.08.2012).

⁵ Entsprechenserklärung der ThyssenKrupp AG vom 01. Oktober 2011; online abrufbar unter <http://www.thyssenkrupp.com/de/investor/kodex-entsprechenserklaerung.html> (abgerufen am: 29.08.2012).

hier offensichtlich als ausreichende Erleichterung für die Aktionäre angesehen. Schon das zeigt, dass die Empfehlungen des DCGK Umsetzungsspielräume lassen, die nicht unbedingt dem Ziel der Transparenz und Nachvollziehbarkeit gerecht werden. Eine positive Erklärung zu den Soll-Regelungen des DCGK dahingehend, warum man von der Einhaltung der Empfehlung ausgeht, wäre daher wünschenswert („comply and/or explain“).

Im Abschnitt 3. zum **Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat** spricht sich der DCGK in Ziff. 3.6. Satz 2 dafür aus, dass der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen soll. Dies spricht eine Problematik an, die gesetzlich nicht geregelt ist. Zwar geht das Gesetz grundsätzlich von der Teilnahme des Vorstands an Aufsichtsratssitzungen aus (vgl. § 109 Abs. 1 Satz 1 AktG), was auch Sinn macht, damit der Vorstand seinen Berichtspflichten nachkommen kann. Andererseits könnte im Aufsichtsrat eine gewisse Befangenheit aufkommen, wenn es darum geht, im Beisein des Vorstands über dessen Tätigkeit meinungsbildend zu beraten. Hierbei kann es angebracht sein, wenn der Vorstand bei einer solchen Diskussion nicht anwesend ist, sondern nur nach interner Abstimmung des Aufsichtsrats zu diesem Thema hinzugezogen würde. Eine solche Handhabung könnte in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats geregelt werden; es kann aber auch dabei bleiben, dass der Aufsichtsrat über die Nichtteilnahme des Vorstands zu diesem Tagesordnungspunkt ad hoc abstimmt. Eine schriftliche Regelung in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ist hier empfehlenswert, weil die Regelung für eine Satzungsbestimmung zu speziell ist, andererseits es sich um eine typische und wiederkehrende Situation einer Aufsichtsratssitzung handelt, weshalb eine Ad-hoc-Entscheidung des Gremiums nicht notwendig sein sollte. Nach § 4 Abs. 7 der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat der ThyssenKrupp AG⁶, entscheidet der Aufsichtsratsvorsitzende allein, über einen Ausschluss des Vorstands aus der Sitzung. Die gleiche Regelung findet sich etwa auch bei der RWE AG⁷.

Ziff. 3.4. Abs. 3 Satz 1 DCGK empfiehlt die nähere Festlegung der Berichtspflichten des Vorstands an den Aufsichtsrat. Dafür bietet sich eine Regelung in der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat an. Die RWE AG hat hiervon in umfassender Weise Gebrauch gemacht und einen eigenen „Informationsordnung“ betitelten Abschnitt aufgenommen⁸.

⁶ In der Fassung vom 26.11.2010; online abrufbar unter <http://www.thyssenkrupp.com/de/investor/satzung.html> (abgerufen am: 29.08.2012).

⁷ § 5 Abs. 4 der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat der RWE AG vom 20.04.2011; online abrufbar unter <http://www.rwe.com/web/cms/de/109896/rwe/investor-relations/corporate-governance/satzung-und-geschaeftsordnungen/> (abgerufen am: 29.08.2012).

⁸ §§ 15 ff. der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat der RWE AG vom 20.04.2011, a. a. O.

Nach Ziff. 3.8. Abs. 2 und 3 DCGK sollen Berufshaftpflichtversicherungen, die die Gesellschaft für sein Top-Management abschließt, sog. D&O-Versicherungen, einen angemessenen Selbstbehalt für die versicherten Personen vorsehen. Konkret wird ein Selbstbehalt in Höhe von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens des Eineinhalbfachen des Jahresfixums empfohlen. Damit soll erreicht werden, dass Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für mögliche schädigende Auswirkungen für die Gesellschaft eines persönlichen schuldhaften Fehlverhaltens sensibilisiert sind. Nicht alle im DAX notierten Gesellschaften folgen dieser Empfehlung uneingeschränkt. Beispielsweise haben die SAP AG⁹ und die Deutsche Börse AG¹⁰ überhaupt keinen Selbstbehalt vereinbart; die Daimler AG¹¹ weicht bezüglich der Beteiligungshöhe ihrer Aufsichtsratsmitglieder ab, indem sie deren Selbstbehalt auf die Hälfte ihrer jeweiligen Jahresvergütung beschränkt.

Im Abschnitt 4. des DCGK über den **Vorstand** bestimmt Ziff. 4.2.3. Abs. 3 DCGK, dass bei der Fixierung der variablen Vergütungsteile der Vorstandsbezüge eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter ausgeschlossen sein soll. Es entspricht einem natürlichen Gerechtigkeitsempfinden, dass bei Nichterreichung von Performancezielen die Ziele nicht nachträglich so angepasst werden, dass die (nachträglich vereinbarten) Ziele doch als erreicht gelten. Dennoch haben zwei DAX-Konzerne in ihren Entsprechenserklärungen davon Abstand genommen. So hat die EON AG erklärt, dass die Hürden zur Zielerreichung abgesenkt worden seien, weil „*die längerfristige Renditeerwartung des Konzerns infolge des von der Bundesregierung beschlossenen Kernenergieausstiegs und sonstiger regulatorischer Eingriffe sowie aufgrund einer nachhaltigen Verschlechterung der allgemeinen Rahmenbedingungen deutlich vermindert*“ sei¹². Aber auch die Commerzbank AG hat Gründe, warum sie an einer nachträglichen Anpassung von variablen Vergütungen festhält. In ihrer Entsprechenserklärung vom 03. November 2011¹³ wird mitgeteilt, dass der Aufsichtsrat der

⁹ Entsprechenserklärung der SAP AG vom 29.10.2011; online abrufbar unter <http://www.sap.com/corporate-de/investors/governance/policies-statutes.epx> (abgerufen am: 29.08.2012).

¹⁰ Entsprechenserklärung der Deutschen Börse AG vom 16.05.2012; abrufbar unter http://deutsche-boerse.com/dbg/dispatch/de/kir/dbg_nav/investor_relations/15_Corporate_Governance/50_Declaration_of_Conformity (abgerufen am: 29.08.2012).

¹¹ Entsprechenserklärung der Daimler AG vom Dezember 2011; online abrufbar unter <http://www.daimler.com/dccom/0-5-58949-49-58937-1-0-0-0-0-0-36-7145-0-0-0-0-0-0.html> (abgerufen am: 29.08.2012).

¹² Entsprechenserklärung der EON AG vom 13.03.2012; online abrufbar unter http://www.eon.com/content/dam/eon-com/de/downloads/2/20120313_Entsprechenserklaerung.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

¹³ Online abrufbar unter https://www.commerzbank.de/media/aktionaere/governance/Entsprechenserklaerung_03112011_pp.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

Commerzbank AG berechtigt sei, „*bei außerordentlichen Entwicklungen die Zielwerte und sonstige Parameter der variablen Vergütungsteile anzupassen*“.

Ziff. 4.2.3. Abs. 4 DCGK fordert eine obere Grenze für Abfindungszahlungen (sog. Abfindungs-Cap) bei vorzeitigem Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern. Abfindungen sollen zwei Jahresgehälter nicht überschreiten und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages vergüten. Die meisten DAX-Unternehmen haben Caps vereinbart, die jedoch in Einzelfällen von dieser Empfehlung abweichen. Nur die SAP AG hat überhaupt keine Begrenzung vorgesehen¹⁴. Im Gegensatz dazu haben die Fresenius SE & Co. KGaA¹⁵ und die Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA¹⁶ überhaupt keine Abfindungszahlungen für das vorzeitige Ausscheiden von Vorständen vereinbart.

Bei einigen DAX-Unternehmen sind auch die speziell auf den **Aufsichtsrat** bezogenen Regelungen des DCGK umstritten. Dies betrifft insbesondere auch die Empfehlungen zur Zusammensetzung des Vorstands (Ziff. 5.1.2. DCGK) und des Aufsichtsrats (Ziff. 5.4.2. DCGK) unter dem Gesichtspunkt der Vielfalt („Diversity“). Beispielsweise empfiehlt Ziff. 5.1.2. Abs. 2 Satz 2 DCGK eine Altersgrenze für Vorstandsmitglieder festzulegen, ohne jedoch eine konkrete Altersangabe zu fordern. In den Entsprechenserklärungen ist dazu vielfach zu lesen, dass die Fähigkeit ein Unternehmen zu führen, nicht pauschal mit dem Erreichen einer bestimmten Altersgrenze verloren ginge. Vorstand und Aufsichtsrat der Volkswagen AG lehnen dies sogar unter dem Hinweis ab, dass eine solche Festlegung möglicherweise diskriminierend wirken könnte¹⁷.

Interessant ist auch, dass eine am Unternehmenserfolg ausgerichtete Vergütung der Aufsichtsräte vom DCGK in Ziff. 5.4.6. Abs. 2 Satz 1 empfohlen wird, während einige DAX-Unternehmen dies für Aufsichtsräte als unpassend empfinden und Festvergütungen eingeführt haben, weil dies für die Beratungs- und Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats zielführender sei (vgl. Allianz¹⁸, Daimler¹⁹, Deutsche Börse²⁰, EON²¹, Henkel²², Siemens²³). Auch hier lohnt es

¹⁴ Entsprechenserklärung der SAP AG vom 29.10.2011, a. a. O.

¹⁵ Entsprechenserklärung der Fresenius SE & Co. KGaA vom Dezember 2011; online abrufbar unter http://www.fresenius.de/documents/Entsprechenserklaerung_12_2011_d.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

¹⁶ Entsprechenserklärung der Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA vom Dezember 2011; online abrufbar unter <http://www.fmc-ag.de/426.htm> (abgerufen am: 29.08.2012).

¹⁷ Entsprechenserklärung der Volkswagen AG vom 27.02.2012; abrufbar unter http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/de/investor_relations/corporate_governance.html (abgerufen am: 29.08.2012).

¹⁸ Entsprechenserklärung der Allianz SE vom 14.12.2011; online abrufbar unter https://www.allianz.com/de/ueber_uns/management/corporate_governance/entsprechenserklaerung.html (abgerufen am: 29.08.2012).

¹⁹ Entsprechenserklärung der Daimler AG vom Dezember 2011, a. a. O.

sich durchaus darüber nachzudenken, ob der DCGK der aktuellen Corporate Governance Entwicklung angepasst werden sollte.

Manche Unternehmen sind verunsichert, wie weit die Aufklärungspflichten über Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern nach Ziff. 5.5.3. Satz 1 DCGK gehen. So erklären die Vorsitzenden von Aufsichtsrat und Vorstand der Volkswagen AG, dass das Oberlandesgericht Frankfurt in einem Urteil vom 05. Juli 2011 (Az. 5U 104/10) die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft unter anderem deshalb für nichtig erklärt habe, weil deren Bericht an die Hauptversammlung über Interessenkonflikte und ihre Behandlung nicht detailliert genug gewesen sei. Einer solchen Berichterstattung stehe die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht nach §§ 93, 116 AktG gegenüber²⁴. Die in dem Prozess betroffene Deutsche Bank AG erklärt unter Berufung auf dasselbe Urteil ebenfalls einen Vorbehalt gegenüber der Ziff. 5.5.3. Satz 1 DCGK²⁵. Die Berufung des Aufsichtsrats auf die §§ 93, 116 AktG erscheint hier fragwürdig, weil es kaum mit der Kontrollpflicht des Aufsichtsrats vereinbar ist, wenn dieser von Gesetzesverstößen erfährt, diese aber in seinem Bericht an die Hauptversammlung verschweigt. Schließlich ist der Aufsichtsrat den Interessen der Gesellschaft und damit auch den Aktionären verpflichtet, die den Aufsichtsrat wählen. Allerdings ist dies im Kern kein Problem des DCGK, sondern der rechtlichen Anwendung und Auslegung der §§ 93, 116 AktG. Der BGH betont in seiner Rechtsprechung, dass das Kriterium für die Geheimhaltungsbedürftigkeit das Unternehmensinteresse sei, welches verlange, dass Geheimnisse und vertrauliche Angaben nicht in unbefugte Hände gelangten, auch wenn sich das Interesse des Unternehmens nicht immer mit den Interessen der im Aufsichtsrat repräsentierten Gruppen decken werde (BGHZ 64, 325, 331). Dann muss die Verschwiegenheitspflicht aber ihre Grenzen dort finden, wo sie nicht im Unternehmensinteresse steht. Bei Interessenskonflikten von Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitgliedern ist dies zu bejahen. Soweit die Leitungs- und Überwachungsgremien deutscher Unternehmen anderer Auffassung sind, ist es allerdings

²⁰ Entsprechenserklärung der Deutschen Börse AG vom 16.05.2012, a. a. O.

²¹ Entsprechenserklärung der EON AG vom 13.03.2012, a. a. O.

²² Entsprechenserklärung der Henkel AG & Co. KGaA vom März 2012; online abrufbar unter <http://www.henkel.de/investor-relations/entsprechenserklaerung-10454.htm> (abgerufen am: 29.08.2012).

²³ Entsprechenserklärung der Siemens AG vom 01.10.2011; online abrufbar unter http://www.siemens.com/investor/de/corporate_governance/dcg-kodex.htm (abgerufen am: 29.08.2012).

²⁴ Entsprechenserklärung der Volkswagen AG vom 27.02.2012, a. a. O.

²⁵ Entsprechenserklärung der Deutschen Bank AG vom 25.10.2011; online abrufbar unter https://www.db.com/ir/de/download/Entsprechenserklaerung_25_Okt_2011.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

konsequent, wenn sie vorsorglich eine Abweichung von Ziff. 5.5.3. Satz 1 DCGK in ihren Entsprechenserklärungen formulieren (vgl. Lutter/Krieger, 2008, 235 Rdnr. 590).

Im Abschnitt 6. des DCGK über die **Transparenz** werden die börsenrechtlichen Verpflichtungen zur Bekanntgabe der Über- bzw. Unterschreitung bestimmter Schwellenwerte des direkten oder indirekten Aktienbesitzes an einer Gesellschaft von einzelnen Aktionäre durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise wiedergegeben. Als unterste Grenze der Berichtspflicht ist nach § 21 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 26 Abs. 1 WpHG das Erreichen, Überschreiten oder Unterschreiten der 3 %-Grenze vorgesehen. Der DCGK empfiehlt darüber hinausgehend gem. Ziff. 6.6. DCGK für den Vorstand und den Aufsichtsrat bzw. seiner jeweiligen Mitglieder schon bei Erreichen, Überschreiten oder Unterschreiten von 1 % des Aktienkapitals die Finanzmärkte per Pflichtmitteilung zu informieren. Dies wird teilweise abgelehnt, da die Berichtspflichten nach § 21 WpHG und § 15a WpHG („Directors‘ Dealings“) für ausreichende Transparenz sorgen würden. Diese Auffassung vertreten beispielsweise die Henkel AG & Co. KGaA²⁶ und die Heidelberg Cement AG²⁷ und haben das in ihren jeweiligen Entsprechenserklärungen zum Ausdruck gebracht.

Keines der im DAX notierten Unternehmen hat in seiner jüngsten Entsprechenserklärung Vorbehalte oder Abweichungen gegenüber den im Abschnitt 7. vorgesehenen Vorschriften zur **Rechnungslegung und Prüfung** erklärt. Hier sind Empfehlungen geregelt, wie die konkrete Angabe im Corporate Governance Bericht über Aktienoptionsprogramme und ähnliche wertpapierorientierte Anreizsysteme der Gesellschaft (Ziff. 7.1.3. DCGK), die Nennung von nicht unwesentlichen Beteiligungen an Drittunternehmen (Ziff. 7.1.4. DCGK) und von Beziehungen zu nahe stehenden Aktionären (Ziff. 7.1.3. DCGK), also solche, die auf die Entscheidungen der Gesellschaft tatsächlichen Einfluss ausüben können, vorgenommen werden soll. Ferner wird empfohlen, dass der Abschlussprüfer aufgefordert werden soll, Umstände mitzuteilen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können (Ziff. 7.2.1. DCGK).

Im Zusammenhang mit der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG wirft die von der Merck KGaA geübte Praxis eine eher allgemeine Frage nach der Gesetzeskonformität auf: Diese Gesellschaft gibt als einziges DAX-Unternehmen keine gesonderte Entsprechenserklärung nach § 161 AktG ab, sondern integriert die Aussagen zur Einhaltung oder Abweichung

²⁶ Entsprechenserklärung der Henkel AG & Co. KGaA vom März 2012, a. a. O.

²⁷ Entsprechenserklärung der Heidelberg Cement AG vom 28.06.2012; online abrufbar unter http://www.heidelbergcement.com/global/de/company/about_us/corporate_governance/index.htm (abgerufen am: 29.08.2012).

von den Vorschriften des DCGK in ihren Erklärung über die Unternehmensführung als Bestandteil des Lageberichts²⁸, wie es für börsennotierte Aktiengesellschaften gem. § 264 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 289a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 HGB verpflichtend ist. Dieses Vorgehen kann nicht durch die von Merck gewählte Rechtsform begründet werden, da die Verpflichtung zur Abgabe der Entsprechenserklärung gem. § 278 Abs. 3 i. V. m. § 161 AktG sinngemäß auch für die KGaA gilt. Dagegen muss die KGaA wegen des eindeutigen Wortlauts des § 289a HGB („Aktiengesellschaften“) im Unterschied zur Berichtspflicht nach § 289 Abs. 4 HGB gerade keine Erklärung über die Unternehmensführung im Lagebericht abgeben, was eine freiwillige Anwendung freilich nicht ausschließt. Der Lagebericht ist anders als die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG keine gemeinsame Erklärung von Aufsichtsrat und Geschäftsleitung, sondern wird von der Geschäftsleitung für die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Aufsichtsrats aufgestellt, der diesen lediglich zu prüfen hat (§ 171 Abs. 1 AktG). Dies ist im Falle der KGaA nicht anders (vgl. § 278 Abs. 3 AktG). In der Konsequenz ist § 161 AktG hier nicht erfüllt. Das mag als Formalismus abgetan werden, zumal der von der Merck KGaA abgegebene Lagebericht mit Erklärung über die Unternehmensführung die entsprechenden Informationen zu Abweichungen vom DCGK enthält. So kann dies dennoch Auswirkungen gerade in Hinblick auf die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen haben, wie dies in dem eingangs besprochenen BGH Urteil vom 07. Dezember 2009 (BGH II ZR 63/08) entschieden worden ist.

Bei zusammenfassender Betrachtung des DCGK lässt sich feststellen, dass dieser einen komfortablen Überblick über gesetzlich verankerte Corporate Governance Pflichten verschafft, aber auch mit auf „best practices“ beruhende Empfehlungen und Anregungen aufwartet. Teilweise sind die Empfehlungen aber nicht konkret genug (z. B. Erleichterung der Stimmrechtswahrnehmung nach Ziff. 2.3.3. DCGK); teilweise ist fraglich, ob eine Vorschrift tatsächlich auf „best practice“ beruht, oder ob nur vorauseilend einem politischen Trend gefolgt wird (z. B. die von vielen Gesellschaften abgelehnten Diversity-Regeln nach Ziff. 5.1.2. und Ziff. 5.4.2. DCGK). Schließlich scheinen in manchen Fällen die Unternehmen den Corporate Governance Gedanken bereits weiter entwickelt zu haben, als die zuständige Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (z. B. variable Vergütungsteile für Aufsichtsratsmitglieder gem. Ziff. 5.4.6. DCGK). Insofern ist es nur gut, dass die Regierungskommission sich in der Präambel zum DCGK dazu verpflichtet hat, den Kodex in der Regel

²⁸ http://www.merck.de/de/investoren/corporate_governance/reports/corporate_governance_berichte.html (abgerufen am: 29.08.2012).

einmal jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen.

2.2.2 Die OECD Grundsätze der Corporate Governance

Die 1960 in Paris gegründete Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) umfasst heute 34 vor allem europäische Staaten, aber auch die Türkei, Israel, Japan, Korea, Chile und die USA und hat zur Zielsetzung eine Politik zu fördern, die optimale Wirtschaftsentwicklung in den Mitgliedsstaaten gewährleistet. In diesem Rahmen hat sie erstmals 1999 die sog. OECD-Grundsätze der Corporate Governance verabschiedet, die in der aktuellen Fassung von 2004 überarbeitet und weiterentwickelt worden sind. Im Vorwort der aktuellen Fassung von Generalsekretär Donald J. Johnston heißt es erläuternd, dass die Grundsätze ein entwicklungsfähiges Instrument seien, das nichtrechtsverbindliche Standards, empfehlenswerte Praktiken und Orientierungshilfen für die Umsetzung so definiere, dass sie den spezifischen Umständen der verschiedenen Länder und Regionen angepasst werden können (OECD-Grundsätze 2004, S. 4).

Die Grundsätze lauten in ihrem Kern wie folgt:

- Sicherung der Grundlagen eines effektiven Corporate-Governance-Rahmens

Damit ist gemeint, dass der Corporate-Governance-Rahmen transparente und leistungsfähige Märkte fördern sollte, mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in Einklang stehen und eine klare Trennung der Verantwortlichkeiten der verschiedenen Aufsichts-, Regulierungs- und Vollzugsinstanzen gewährleisten sollte (Ziff. I. OECD-Grundsätze 2004).

- Aktionärsrechte und Schlüsselfunktionen der Kapitaleigner

Der Corporate-Governance-Rahmen sollte die Aktionärsrechte schützen und deren Ausübung erleichtern (Ziff. II. OECD-Grundsätze 2004).

- Gleichbehandlung der Aktionäre

Der Corporate-Governance-Rahmen sollte die Gleichbehandlung aller Aktionäre, einschließlich der Minderheits- und der ausländischen Aktionäre, sicherstellen. Alle Aktionäre sollten bei Verletzung ihrer Rechte Anspruch auf effektive Rechtsmittel haben (Ziff. III. OECD-Grundsätze 2004).

- Rolle der verschiedenen Unternehmensbeteiligten (Stakeholder) bei der Corporate Governance

Der Corporate-Governance-Rahmen sollte die gesetzlich verankerten oder einvernehmlich festgelegten Rechte der Unternehmensbeteiligten anerkennen und eine aktive Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Stakeholdern mit dem Ziel der Schaffung von Wohlstand und Arbeitsplätzen sowie der Erhaltung finanziell gesunder Unternehmen fördern (Ziff. IV. OECD-Grundsätze 2004).

- Offenlegung und Transparenz

Der Corporate-Governance-Rahmen sollte gewährleisten, dass alle wesentlichen Angelegenheiten, die das Unternehmen betreffen, namentlich Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage, Eigentumsverhältnisse und Strukturen der Unternehmensführung zeitnah und präzise offen gelegt werden (Ziff. V. OECD-Grundsätze 2004).

- Pflichten des Aufsichtsorgans (Board)

Der Corporate-Governance-Rahmen sollte die strategische Ausrichtung des Unternehmens, die effektive Überwachung der Geschäftsführung durch das Board und die Rechenschaftspflicht des Boards gegenüber dem Unternehmen und seinen Aktionären gewährleisten (Ziff. VI. OECD-Grundsätze 2004).

Diese Grundsätze sind sicherlich sehr allgemein gehalten. Sie können jedoch als Leitfaden oder Lackmustest bei der Gestaltung von Corporate Governance Strukturen dienen. In dem oben stehenden Zitat aus dem Vorwort der Grundsätze ist zudem ausdrücklich klargestellt, dass eine Anpassung an die besonderen Umstände eines Landes möglich sein soll. Im Übrigen enthalten die OECD-Grundsätze in ihrem zweiten Teil noch Anmerkungen zu den einzelnen Grundsätzen, die diese näher erläutern.

2.3 Unternehmensinterne Regelungen

2.3.1 Gesellschaftsvertrag, Satzung, Statuten

Die unternehmensinternen Werkzeuge zur Gestaltung der Corporate Governance sind im Wesentlichen die Gesellschaftsverträge, also die vertraglich fixierten Vereinbarungen der Gesellschafter in Bezug auf Struktur und Zweck der Unternehmung, die Festlegung der Rechte und Pflichten der verschiedenen Organe sowie die Modalitäten der Entscheidungsfindung. Synonym für den Gesellschaftsvertrag werden die Begriffe Satzung (Aktiengesellschaft) und Statu-

ten genannt. Daraus abgeleitete Regelungen können Pläne, Richtlinien, Organisationsfestlegungen, Beschlüsse und Weisungen sein.

Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen sind neben gesetzlichen Formvorschriften (für Kapitalgesellschaften ist die notarielle Form vorgeschrieben) gesetzlich zwingende Kompetenzzuweisungen zu beachten. Diese bestimmen in der Regel einen Kernbereich an Entscheidungs- oder Kontrollrechten, welchen die Gesellschafter nicht unternehmensspezifisch abweichend regeln können. So bestimmen beispielsweise die sog. Katalogkompetenzen des § 119 Abs. 1 AktG ausdrücklich, dass der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft die Rechte zu Satzungsänderungen und der Entlastung von Aufsichtsrat und Vorstand vorbehalten sind. Eine Delegation an andere Organe ist nicht möglich. Jedoch erlaubt das Aktiengesetz in Übereinstimmung mit dem in § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG niedergelegten Grundsatz der Satzungsstrenge, dass ergänzende Satzungsregelungen zulässig sind, wo dies ausdrücklich erlaubt ist (§ 23 Abs. 5 Satz 2 AktG). Andere Rechtsformen lassen mehr satzungsgebende Gestaltungsfreiheit.

Im Zusammenhang mit der Frage nach den Steuerungsmöglichkeiten für Tochtergesellschaften ist festzuhalten, dass nach allgemeiner Meinung, das Recht der Geschäftsführung zur Gründung von Tochtergesellschaften im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt sein muss, da dies sonst der Entscheidung der Gesellschafter vorbehalten ist. Diese sog. Konzernklausel ist jedoch standardmäßig in der Formulierung des Unternehmensgegenstandes der meisten Gesellschaften enthalten (Drygala/Staake/Szalai, 2012, 705; Schneider, 1986, 1995).

In den Gesellschaftsverträgen wird beispielsweise die Ermächtigung zur Einrichtung besonderer Beratungsgremien erteilt. So sieht die Satzung der BMW AG vor, dass der Aufsichtsrat für besondere Zwecke Beiräte berufen kann, deren Mitglieder nicht dem Aufsichtsrat anzugehören brauchen und für solche Beiräte eine Geschäftsordnung erlassen sowie die Vergütung für ihre Mitglieder festsetzen kann²⁹.

In Bezug auf die Einrichtung beratender Beiräte zur Unterstützung des Vorstands stellen dies die Satzungen der Deutschen Bank AG³⁰ und der Deutschen Börse AG³¹ in das Ermessen desselben.

²⁹ § 12 Ziff. 4 der Satzung der BMW AG vom 23.11.2011; online abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/bmwgroup_prod/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/fakten_zum_unternehmen/_pdf/bmw_ag_satzung.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

³⁰ § 8 der Satzung der Deutschen Bank AG vom 26.05.2011; online abrufbar unter <https://www.deutsche-bank.de/ir/de/content/satzung.htm> (abgerufen am: 29.08.2012).

Die meisten Satzungen der im DAX gelisteten Unternehmen sehen eine bestimmte Mindestgröße von Aufsichtsrat und Vorstand vor. Für den Vorstand ist eine entsprechende Satzungsregelung sogar zwingend vorgeschrieben (vgl. § 23 Abs. 3 Ziff. 6 AktG). Während viele Gesellschaften mindestens zwei Vorstandsmitglieder erfordern, sind es z. B. bei der Beiersdorf AG mindestens drei Mitglieder³².

Darüber hinaus wird häufig per Satzung angeordnet, dass der Aufsichtsrat einen Vorstandsvorsitzenden bestimmen soll. Dies ist nach dem AktG — anders als für den Aufsichtsrat — nicht zwingend, sondern nur fakultativ vorgesehen (vgl. § 84 Abs. 2 AktG). Im Fall der Siemens AG wird dies jedoch in das Ermessen des Aufsichtsrats gestellt³³.

Auch die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats kann per Satzung geregelt werden. So bestimmt § 14 Abs. 4 der Satzung der Beiersdorf AG, dass der Aufsichtsrat beschlussfähig ist, wenn mindestens sechs Mitglieder an der Abstimmung teilnehmen, was der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats entspricht³⁴.

Viele Satzungen regeln auch direkt die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder, welche andernfalls der Hauptversammlung zur Abstimmung vorzulegen ist (§ 113 Abs. 1 AktG).

Ebenso können die Gesellschaftsverträge die Beschlussfassung ihrer Organe regeln und dabei in bestimmten Fällen vom klassischen Mehrheitserfordernis abweichen. Dementsprechend ist dem Vorstandsvorsitzenden der Allianz SE per Satzungsbestimmung ein Vetorecht eingeräumt, so dass er mit Mehrheit der Vorstandsmitglieder gefasste Beschlüsse verhindern kann³⁵.

³¹ § 8 Abs. 1 der Satzung der Deutschen Börse AG vom 16.05.2012; online abrufbar unter http://www.deutsche-boerse.com/dbg/dispatch/de/kir/dbg_nav/investor_relations/15_Corporate_Governance/60_Articles_of_Association (abgerufen am: 29.08.2012).

³² § 7 Abs. 1 der Satzung der Beiersdorf AG vom 29.04.2010; online abrufbar unter http://www.beiersdorf.de/Investoren/Corporate_Governance/Fuehrungsstruktur.html (abgerufen am: 29.08.2012).

³³ Vgl. § 9 der Satzung der Siemens AG vom Februar 2011; online abrufbar unter http://www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/downloadcenter/satzung_0102_1039422.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

³⁴ Satzung der Beiersdorf AG vom 29.04.2010, a. a. O.

³⁵ § 5 Ziff. 5.6 der Satzung der Allianz SE vom Juni 2012; online abrufbar unter https://www.allianz.com/de/ueber_uns/management/corporate_governance/satzung.html (abgerufen am: 29.08.2012).

Ferner können bestimmte Arten von Geschäften von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht werden. Die Allianz SE sieht in ihrer Satzung einen Katalog für solche Zustimmungserfordernisse vor³⁶.

Wenn auch nicht üblich, so können direkt in der Satzung auch Grundsätze der Unternehmensführung festgelegt werden. Die Axel Springer AG bestimmt in § 3 Abs. 1 ihrer Satzung, folgende Grundsätze³⁷:

- „a) Das unbedingte Eintreten für den freiheitlichen Rechtsstaat Deutschland als Mitglied der westlichen Staatengemeinschaft und die Förderung der Einigungsbemühungen der Völker Europas;*
- b) das Herbeiführen einer Aussöhnung zwischen Juden und Deutschen, hierzu gehört auch die Unterstützung der Lebensrechte des israelischen Volkes;*
- c) die Unterstützung des transatlantischen Bündnisses und die Solidarität in der freiheitlichen Wertegemeinschaft mit den Vereinigten Staaten von Amerika;*
- d) die Ablehnung jeglicher Art von politischem Totalitarismus;*
- e) die Verteidigung der freien sozialen Marktwirtschaft“.*

Die satzungsmäßige Festlegung dieser Grundsätze mag insbesondere für ein Medienunternehmen zweckmäßig sein, üblicherweise werden solche Unternehmensleitlinien aber eher durch einen entsprechenden Vorstandsbeschluss (mit oder ohne Zustimmung des Aufsichtsrats) in Kraft gesetzt.

2.3.2 Geschäftsordnungen, Geschäftsverteilungspläne, Organisationsstrukturen und Unternehmensrichtlinien

2.3.2.1 Geschäftsordnungen

Die meisten Gesellschaftsverträge sehen vor, dass sich das Kontrollorgan (insbesondere der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder einer mitbestimmten GmbH) selbst eine Geschäftsordnung gibt. Das macht Sinn, weil andernfalls die Versammlung der Gesellschafter berufen wäre, die Details der Zusammenkunft, Zusammensetzung, Beschlussfassung, Bildung von Ausschüssen, Wahl des Vorstands und Kommunikation mit Vorstand und Hauptver-

³⁶ § 9 der Satzung der Allianz SE vom Juni 2012, a. a. O.

sammlung zu regeln und in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Das gälte auch für jede Änderung. Dies würde die Statuten unnötig aufblähen und eine sinnvolle Flexibilität der Gestaltung der Regelungen verhindern (es wäre jedes Mal eine Gesellschafterversammlung einzuberufen). Dazu kommt, dass die Satzungsänderungen der Aktiengesellschaft und der GmbH der notariellen Beurkundung bedürfen.

Soweit nicht vom Gesellschaftsvertrag bereits vorgegeben, können in der Geschäftsordnung bestehende Gestaltungsspielräume innerhalb der gesetzlichen Grenzen genutzt und fixiert werden. Beispielsweise legt die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Siemens AG fest, welche Geschäfte des Vorstands der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Dazu gehören unter anderem die Jahresplanung des Vorstands, der Erwerb, die Veräußerung oder Umwandlung von Unternehmen oder Unternehmensteilen sowie einzelne Finanztransaktionen, die den Wert von 300 Millionen Euro übersteigen³⁸. Darüber hinaus sind bei großen Aufsichtsräten sogar Geschäftsordnungen einzelner Ausschüsse nicht unüblich. Die Siemens AG sieht solche Aufsichtsratsausschussgeschäftsordnungen für das Präsidium des Aufsichtsrats, den Prüfungsausschuss und den Compliance-Ausschuss vor³⁹. Das ist im Licht der Corporate Governance Grundsätze zu begrüßen.

Bei der Gestaltung der Geschäftsordnung des Vorstands findet man unterschiedliche Praktiken. In manchen Fällen ist der Vorstand befugt sich autonom eine Geschäftsordnung zu geben, in anderen Fällen bedarf die Geschäftsordnung des Vorstands der Zustimmung des Aufsichtsrats oder wird dem Vorstand unmittelbar vom Aufsichtsrat vorgegeben (vgl. § 77 Abs. 2 AktG). Inhaltlich finden sich in der Geschäftsordnung des Vorstands vergleichbare Regeln wie in den Geschäftsordnungen der Aufsichtsräte. Darüber hinaus wird in der Geschäftsordnung des Vorstands häufig festgelegt, welche Entscheidungen — gegebenenfalls trotz Ressortierung der Geschäftsbereiche — dem Gesamtvorstand vorbehalten sind. Bei der Adidas AG sind das gem. § 2 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Vorstands der Adidas AG⁴⁰, abgesehen von Angelegenheiten, die dem Gesamtvorstand nach Gesetz oder Satzung vorbehalten sind,

³⁷ Satzung der Axel Springer AG vom 14.04.2011; online abrufbar unter http://www.axelspringer.de/artikel/Satzung_44107.html (abgerufen am: 29.08.2012).

³⁸ § 4 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Siemens AG vom 22.09.2010, online abrufbar unter http://www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/downloadcenter/governance_geschaeftsordnung_aufsichtsrat.pdf (abgerufen am 06.08.2012).

³⁹ Online abrufbar unter http://www.siemens.com/investor/de/corporate_governance/geschaeftsordnungen.htm (abgerufen am 06.08.2012).

die Jahres- oder Mehrjahresplanung der Gesellschaft und des Konzerns sowie alle sonstigen Angelegenheiten, die von einem Vorstandsmitglied zur Entscheidung vorgelegt werden.

In den Geschäftsordnungen können vorbehaltlich entgegenstehender Regelungen der Satzungen auch besondere Befugnisse von Organmitgliedern, insbesondere der Vorsitzenden von Vorstand oder Aufsichtsrat, festgelegt werden. Dabei ist für den Vorstand der Aktiengesellschaft prinzipiell das sog. **Kollegialprinzip** vorgesehen. Das bedeutet, dass die einzelnen Organmitglieder im Grundsatz gleichberechtigt an der Unternehmensleitung teilnehmen und Entscheidungen von sämtlichen Mitgliedern gemeinsam mit Stimmenmehrheit getroffen werden (v. Werder, 2008, 174). Der Vorstandsvorsitzende ist allenfalls Primus inter Pares, der die Zusammenarbeit koordiniert und ggf. mit einem Vetorecht oder einer Zweitstimme zur Auflösung von Pattsituationen (engl. „deadlock“) ausgestattet ist. Die Geschäftsordnung des Vorstands der Adidas AG enthält beispielsweise einen eigenen Paragraphen, der die Rolle des Vorsitzenden näher bestimmt. So obliegt ihm etwa die Federführung bei der Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat, die Koordinierung und Kontrolle der Geschäftsbereiche auf Vorstandsebene und die Repräsentierung des Vorstands und der Gesellschaft gegenüber Dritten⁴¹. Ähnlich sind die Rechte und Pflichten des Vorstandsvorsitzenden bei der Siemens AG⁴² und der ThyssenKrupp AG⁴³ ausgestaltet. Der Aufsichtsratsvorsitzende der ThyssenKrupp AG ist bei Aufsichtsratsbeschlüssen im Fall von Stimmengleichheit mit einem Alleinentscheidungsrecht ausgestattet⁴⁴. Für Entscheidungen des Vorstands untersagt § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass ein oder mehrere Vorstandsmitglieder Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden.

Das sog. **Direktoralprinzip** ist im deutschen Aktienrecht weder beim Aufsichtsrat noch beim Vorstand verwirklicht. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass einem oder einzelnen Mitgliedern des Leitungsorgans Weisungsbefugnisse gegenüber den restlichen Organmitgliedern

⁴⁰ Geschäftsordnung des Vorstands der Adidas AG (undatiert); online abrufbar unter http://www.adidas-group.com/de/ourgroup/assets/Executive_Board/pdfs/GO_Vorstand.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

⁴¹ Vgl. § 3 Geschäftsordnung des Vorstands der Adidas AG, a. a. O.

⁴² Vgl. § 5 der Geschäftsordnung des Vorstands der Siemens AG vom 28.03.2011; online abrufbar unter www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/downloadcenter/governance_geschaeftsordnung_vorstand.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

⁴³ § 3 der Geschäftsordnung der ThyssenKrupp AG vom 01.10.2009; online abrufbar unter http://www.thyssenkrupp.com/documents/investor/Geschaeftsordnung_Vorstand_2009.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

⁴⁴ § 4 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der ThyssenKrupp AG vom 26.11.2010; online abrufbar unter http://www.thyssenkrupp.com/documents/investor/Geschaeftsordnung_Aufsichtsrat.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

eingräumt werden. Darüber hinaus können die Abstimmungsregeln bei Anwendung des Direktoralprinzips im Fall von Meinungsverschiedenheiten dem Vorsitzenden des Gremiums das Allein- bzw. Letztentscheidungsrecht auch gegen den Willen der übrigen Mitglieder zuweisen (v. Werder, 2008, 174; Krüger, 1994, 254).

Manche Unternehmen legen in der Geschäftsordnung für den Vorstand auch den Grundstein für Komitees, die den Vorstand um andere Führungspersonen des Unternehmens erweitern. Beispielsweise wird in der Geschäftsordnung für den Vorstand der Deutschen Bank AG bestimmt, dass ein sog. „Group Executive Committee“ geschaffen wird, welches beratende, koordinierende und entscheidungsvorbereitende Funktionen für den Vorstand übernimmt und aus dem Vorstand sowie weiteren vom Vorstand berufenen Führungskräften besteht⁴⁵. Die SAP AG hat in ähnlicher Weise ein „Global Managing Board“ eingerichtet⁴⁶. Die von der Deutschen Bank AG gewählte Organisationsform ist unter dem Begriff „Virtuelle Holding“ bekannt geworden (dazu näher Endres, 1999, 445 ff.). Dies ist unter Corporate Governance Gesichtspunkten zulässig, solange dem Vorstand die originäre Führungsfunktion und nicht delegierbare Aufgaben im Unternehmen erhalten bleiben (Kleindiek, 2009, 794).

Abschließend ist festzustellen, dass die schriftliche Niederlegung der Geschäftsordnung Rechtssicherheit und Transparenz schafft und damit einem wichtigen Prinzip der Corporate Governance dient. Die oben angeführten Beispiele zeigen, dass manche Unternehmen den Transparenzgedanken so ernst nehmen, dass sie auch die Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat der Öffentlichkeit zugänglich machen, obwohl dies nach dem DCGK weder zwingend ist noch angeregt wird.

2.3.2.2 Geschäftsverteilungspläne

In Geschäftsverteilungsplänen wird die Zuständigkeit einzelner Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder für bestimmte Aufgabenbereiche festgelegt. Dies kann allerdings nur unter Beachtung der grundsätzlichen Gesamtverantwortung der Geschäftsführung bzw. des Vorstands als Organ erfolgen, die in unterschiedlichen Vorschriften zum Ausdruck kommt (vgl. z. B. § 77 Abs. 1 AktG „Geschäftsführung“, § 91 Abs. 1 AktG „Buchführungspflicht“, § 90 AktG „Berichte an den Aufsichtsrat“, § 91 Abs. 2 AktG „Überwachungssystem“; § 35 Abs. 2

⁴⁵ Ziff. II Abs. 2 der Geschäftsordnung für den Vorstand der Deutschen Bank AG vom 01.06.2012; online abrufbar unter https://www.db.com/ir/de/download/GO_Vorstand_1_Juni_2012.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

⁴⁶ Siehe <http://www.sap.com/corporate-de/investors/governance/global-managing-board.epx> (abgerufen am: 29.08.2012).

GmbHG „Vertretung der Gesellschaft“, § 41 GmbHG „Buchführung“, § 43 Abs. 2 GmbHG, § 49 Abs. 1 GmbHG „Einberufung der Versammlung“).

Da das Aktiengesetz die Geschäftsverteilung originär der Satzung und den Geschäftsordnungen vorbehält (§ 77 Abs. 1 Satz 2 AktG), ist dort richtigerweise — soweit gewünscht — auf die Möglichkeit zur Regelung der internen Zuständigkeiten der Vorstandsmitglieder in Geschäftsverteilungsplänen, die durch Aufsichtsrat oder Vorstand entwickelt und verabschiedet werden, zu verweisen. Die Hugo Boss AG⁴⁷ und die ThyssenKrupp AG⁴⁸ haben beispielsweise die Geschäftsverteilungspläne als Anhang zur Geschäftsordnung konzipiert. Die Adidas AG verweist dagegen in § 2 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Vorstands⁴⁹ auf den Geschäftsverteilungsplan, welcher als eigenes Dokument ausgestaltet ist⁵⁰.

Typischerweise orientiert sich die Geschäftsverteilung an der Verteilung der Ressorts. Ressortierung bedeutet eine Aufgabenspezialisierung und bezieht sich auf die horizontale Arbeitsteilung (Krüger, 1994, 258). Bei Ressortbindung bzw. **Ressortkollegialität** fungieren die Vorstandsmitglieder in zwei unterschiedlichen Rollen als Entscheidungsträger. Zum einen fassen sie gemeinsam die Beschlüsse zur Unternehmensführung, zum anderen treffen sie jeweils allein Entscheidungen als Leiter der organisatorischen Teilbereiche auf der zweiten Hierarchieebene, den Ressorts (v. Werder, 2008, 254). Unter der rechtlichen Prämisse der schriftlichen Fixierung der Ressorts tragen die einzelnen Vorstandsmitglieder für den Inhalt ihrer jeweiligen Ressortentscheidungen grundsätzlich allein die Verantwortung. Die anderen Vorstandsmitglieder trifft dann nur noch eine Überwachungspflicht, der regelmäßig durch eine Plausibilitätskontrolle der in den periodischen Sitzungen des Gesamtvorstands zu erstattenden Ressortberichte Genüge getan ist (v. Werder, 2008, 255).

Demgegenüber steht die ressortlose Unternehmensführung, also die **Gesamtkollegialität** (Krüger, 1994, 258), welche v. Werder (2008, 175) auch Portfeuillebindung nennt. Hier bestehen keine besonderen Zuständigkeiten innerhalb des Leitungsorgans, sondern die strategischen Entscheidungen bezüglich der jeweiligen Aufgabenbereiche werden stets gemeinsam gefällt. Das schließt jedoch nicht aus, dass einzelne Organmitglieder definierte Zuständig-

⁴⁷ Anlage 1 zur Geschäftsordnung des Vorstands der Hugo Boss AG vom 09.12.2009; online abrufbar unter http://group.hugoboss.com/de/managing_supervisory_board.htm (abgerufen am: 29.08.2012).

⁴⁸ Vgl. § 1 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Vorstands der ThyssenKrupp AG vom 01.10.2009, a. a. O.

⁴⁹ Geschäftsordnung des Vorstands der Adidas AG (undatiert), a. a. O.

⁵⁰ Auszug aus dem Geschäftsverteilungsplan des Vorstands der Adidas AG (undatiert); online abrufbar unter http://www.adidas-group.com/de/ourgroup/assets/supervisory_board/GVP_Vorstand.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

keitsbereiche haben; sie dürfen Probleme innerhalb ihres Bereichs jedoch nicht autonom lösen, sondern fungieren vielmehr als Sprecher der von ihnen vertretenen Tätigkeitsbereiche und sie so die in die Willensbildung des Organplenums einbringen (v. Werder, 2008, 177). Das Aktiengesetz geht grundsätzlich von der Vorstellung einer Gesamtkollegialität aus; Satzungen und Geschäftsordnungen können jedoch davon abweichen (Krüger, 1994, 258). Folglich stehen sowohl die ressortierte als auch die unressortierte Organisation des Vorstands mit dem Aktienrecht im Einklang (so auch v. Werder, 2008, 190). Dennoch dürfte das Sprecher-Modell eher die Ausnahme sein, weil es einen höheren Koordinationsaufwand benötigt, wenn für alle Entscheidungen, auch wenn sie nur einen einzelnen Zuständigkeitsbereich betreffen, eine Beschlussfassung des Gesamtorgans erforderlich ist. Gerade bei großen Unternehmen dürfte der hierfür zu betreibende Aufwand zur angemessenen Informationsversorgung der Entscheidungsträger, aber auch die fortbestehende haftungsrechtliche Gesamtverantwortlichkeit des Vorstands unerwünscht sein. V. Werder (2008, 234 f.) weist darüber hinaus darauf hin, dass die fehlende Ressortbindung der Top-Manager dazu führen könne, dass nicht generell vorhersehbare, sondern nur aus den laufenden Operationen der Teilbereiche ad hoc erkennbare Koordinationsnotwendigkeiten im Leitungsorgan unerkannt bleiben könnten. Zudem könne die Abkoppelung vom laufenden Tagesgeschäft Koordinationsdefizite zur Folge haben, indem die Bereichsentscheidungen sich an den jeweiligen Bereichszielen orientierten und nicht an den Unternehmenszielen. Krüger (1994, 258) gibt zu bedenken, dass die unklare Zuständigkeit gegenüber den Teilbereichsleitungen, die Gefahr in sich berge, dass sich auf Organebene für manche Probleme niemand zuständig fühle und es an einer klaren persönlichen Zurechnung von Verantwortung mangle. Dem ist zuzustimmen, weil die Organmitglieder nicht ins Tagesgeschäft involviert sind und damit von den organexternen Bereichsleitern abhängen. Das Ressort-Modell vermittelt den Mitglieder des Leitungsorgans demgegenüber einen direkteren Einblick in den ad hoc entstehenden Abstimmungsbedarf gerade auch zwischen den Teilbereichen (v. Werder, 2008, 235).

In der Geschäftsverteilung des Vorstands spiegelt sich im Wesentlichen die organisatorische Gliederung des Unternehmens in funktionale oder regionale Einheiten, nach Kundengruppen oder nach Sparten (Produkte oder Produktgruppen) wider. In der Praxis kommen häufig Mischformen zur Anwendung, die Ressorts für ordentliche Vorstandsmitglieder vorsehen und einen ressortlosen Sprecher oder Vorsitzenden (Krüger, 1994, 259). Aufgrund personeller Beschränkungen im Vorstand, individuell vorhandener Kenntnisse und Fähigkeiten, oder wegen der besonderen Bedeutung einzelner Themengebiete, kann es leitungsorganintern zu Überlagerungen bei der Bereichsbildung kommen. Insofern wird von „mehrdimensionaler

Bereichsbildung“ auf Ebene des Leitungsorgan gesprochen (v. Werder, 2008, 305). Krüger (1994, 259) hat festgestellt, dass die funktionale Dimension, die auch als „klassische“ Ressortierung bezeichnet wird, stets vorhanden sei, während die Produktdimension und regionale Dimension nur gegebenenfalls hinzukämen. Die Mehrfachressortierung, bei der ein Spitzeninstanzmitglied mehrere unterschiedliche Ressorts übernimmt, stellt sich als Spezialfall der mehrdimensionalen Spitzenressortierung dar (Krüger, a. a. O.).

In **Tabelle 2-2** wird beispielhaft die Ressortverteilung der Adidas AG entsprechend ihres Geschäftsverteilungsplans dargestellt. Der Vorstand besteht insgesamt aus vier Vorstandsmitgliedern, einschließlich des Vorstandsvorsitzenden. Im Zuständigkeitsbereich des Vorstandsvorsitzenden findet man Ressorts (z. B. Global Sales), aber auch gesamthafte Aufgaben (z. B. Gesamtleitung und Geschäftspolitik). Fast alle Vorstände sind für mehrere Ressorts gleichzeitig zuständig.

Geschäftsbereiche	Spezifische Zuständigkeiten	Gemeinsame Zuständigkeiten
Vorstandsvorsitzender (Herbert Hainer)	<ul style="list-style-type: none"> • Gesamtleitung und Geschäftspolitik • Personalangelegenheiten der leitenden Führungskräfte • Global Sales (adidas, Reebok) • Social & Environmental Affairs • Group Internal Audit • Compliance 	<ul style="list-style-type: none"> • Einrichtung eines Risikomanagementsystems zur Erfassung, Kontrolle und Überwachung der wesentlichen strategischen und operativen Risiken sowie der wesentlichen Risiken mit Bezug auf Compliance und Finanzberichterstattung sowie Implementierung eines Berichtssystems zum Nachweis der Wirksamkeit dieses Risikomanagementsystems
Finanzvorstand und Arbeitsdirektor (Robin J. Stalker)	<ul style="list-style-type: none"> • Group Finance • Investor Relations/M&A • Personal (ohne leitende Führungskräfte) 	
Global Brands (Erich Stamminger)	<ul style="list-style-type: none"> • Marketing und Research & Development 	
Global Operations (Glenn Bennett)	<ul style="list-style-type: none"> • Global Sourcing und Logistics • Product Development 	

Tabelle 2-2 Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands der Adidas AG

(Quelle: Eigene Darstellung)

2.3.2.3 Organisationsstrukturen und Unternehmensrichtlinien

Neben der Schaffung, Besetzung und Kompetenzausstattung der gesetzlich vorgegebenen Organe einer Gesellschaft, hauptsächlich durch Satzungen und Geschäftsordnungen und der

weiteren Feingliederung des Vorstands durch den Geschäftsverteilungsplan, haben praktisch alle größeren Unternehmen, insbesondere aber Konzerne, eine formalisierte Organisationsstruktur. Nach der hier vertretenen Auffassung sind solche Strukturelemente ebenfalls Teil der Corporate Governance, weil sie Verantwortlichkeiten, Berichtspflichten und Entscheidungskompetenzen festlegen und damit von großer Relevanz für die Funktionsweise der Leitung und Überwachung eines Unternehmens sind. Wie solche Organisationsstrukturen im Einzelnen aussehen können (Einlinien- oder Mehrliniensysteme, Divisional- oder Funktionalstrukturen, ein- oder mehrdimensionale Organisationsformen, Matrixorganisation etc.), ist ein eigener Wissenschaftszweig der Betriebswirtschaftslehre und kann hier folglich nur allgemein auf die Literatur zur Organisationsgestaltung verwiesen werden (vgl. Ebers/Maurer/Graumann, 2011, 170 ff.; Kutschker/Schmid, 2011, 493 ff.; Meckl, 2010, 136 ff.; Krüger, 1994, 37 ff.; alle m. w. N.).

Für die Betrachtung von Corporate Governance Strukturen bleibt jedoch festzuhalten, dass Organisationsstrukturen nicht nur inhaltlich, sondern auch formal auf vielfältige Weise dargestellt werden können. Die Strukturformalisierung für die Führungsorganisation bezieht sich insbesondere auf Organigramme, Funktionendiagramme, Stellenbeschreibungen, Richtlinien und Organisationshandbücher.

Das Organigramm ist eine graphische Darstellung der betrieblichen Aufbauorganisation. Es besteht aus Stellensymbolen und deren hierarchischer Verknüpfung durch Leitungs- bzw. Weisungsbeziehungen (Seidel/Redel, 1987, 143).

Das Funktionendiagramm ordnet in ebenfalls graphischer Darstellung in Form einer Matrix sachlich gegliederte Aufgaben und Aufgabenträger einander zu. An den Schnittstellen von Spalten und Zeilen wird angegeben, welche Funktionen die jeweiligen Aufgabenträger bei der Erfüllung einzelner Aufgaben wahrzunehmen haben (Seidel/Redel, 1987, 145).

Durch Stellenbeschreibung werden die Ziele, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten einer Stelle, ihre Eingliederung in die Unternehmenshierarchie sowie ihre wichtigsten Beziehungen zu anderen Stellen in einheitlicher Form festgelegt (Seidel/Redel, 1987, 146).

Richtlinien sind generelle Handlungs- oder Verfahrensvorschriften für die Erfüllung bestimmter Aufgaben. Sie werden in schriftlicher Form verbindlich vorgegeben und können so die Koordination durch persönliche Weisungen von Vorgesetzten wesentlich entlasten und vereinheitlichen (Seidel/Redel, 1987, 149). In Richtlinien werden auch Entscheidungs- und Genehmigungswege und -grenzen festgelegt (Scheffler, 1992, 83). Beispielsweise haben viele Un-

ternehmen heute ethische Richtlinien, an denen sich alle Geschäftsentscheidungen messen lassen sollen⁵¹.

Organisationshandbücher enthalten eine gegliederte Zusammenfassung der in einem Unternehmen gültigen organisatorischen Regelungen. Als Dokumentationsinstrument dienen sie u. a. der Wahrung der Übersicht über den Regelungszusammenhang, der Abstimmung neuer organisatorischer Lösungen sowie der schnellen und gezielten Information der Mitarbeiter (Seidel/Redel, 1987, 150).

All diese Instrumente zur Festlegung von Organisations-, Leitungs- und Überwachungsstrukturen bedürfen zu ihrer rechtswirksamen und durchsetzbaren Implementierung eines formalen Beschlusses der Geschäftsleitung. Fast noch entscheidender für die Effektivität der so geschaffenen Strukturen ist jedoch das aufrichtige Bekenntnis des Top-Managements diese anzuerkennen und im täglichen Geschäft zu respektieren. Dies schließt beispielsweise ein Hineinregieren in untere Hierarchieebenen unter Missachtung der festgelegten Instanzen aus.

2.4 Zwischenergebnis

Die Rechtsquellen der Corporate Governance sind vielfältig. Grundsätzlich lassen sich gesetzliche und untergesetzliche Regelungen unterscheiden. Bei den gesetzlichen Regelungen findet man international gesehen mit dem monistischen Modell und dem dualistischen Modell zwei grundsätzliche Konzepte der Spitzenverfassung. Aufgrund der internationalen Harmonisierungstendenzen erhöhen sich einerseits die Gestaltungsmöglichkeiten, was insbesondere bei der Societas Europaea zu beobachten ist, andererseits beeinflussen sich die Corporate Governance Systeme (siehe Sarbanes Oxley Act, OECD Grundsätze und DCGK). Diese bedürfen der regelmäßigen Überprüfung und Anpassung an Corporate Governance Entwicklungen. Abweichungen von diesen Standards und detailliertere Ausgestaltungen der Corporate Governance lassen sich im Rahmen des gesetzlich Zulässigen durch Gesellschaftsverträge und darauf beruhender unternehmensinterner Regelungen (Geschäftsordnungen, Geschäftsverteilungspläne, Organisationsstrukturen und Richtlinien) realisieren.

⁵¹ Siehe z. B. die Geschäftsgrundsätze für Mitarbeiter der SAP AG; online abrufbar unter http://www.sap.com/corporate-en/investors/governance/pdf/Framework_SAP_Code_of_Business_Conduct_2012-03.pdf (abgerufen am: 29.08.2012).

3 Gestaltungselemente der Corporate Governance zur Steuerung von in- und ausländischen Tochtergesellschaften („Subsidiary Governance“)

3.1 Corporate Governance von Tochtergesellschaften als Managementaufgabe

Die bisherigen Betrachtungen gingen von der sog. Einheitsunternehmung aus, also von Unternehmen, die nur aus einer einzigen Gesellschaft bestehen, so dass die Grenzen der wirtschaftlichen Einheit (Unternehmung) und der gesellschaftsrechtlichen Einheit (Gesellschaft) deckungsgleich sind (vgl. v. Werder, 2008, 22). Demgegenüber sollen nunmehr die Besonderheiten der Corporate Governance von Unternehmungen untersucht werden, die über gesellschaftsrechtliche Beteiligung an juristisch selbständigen (Tochter-) Gesellschaften wirtschaftlich zusammengehörig und rechtlich verbunden sind. Die eingehende Vergegenwärtigung der Corporate Governance Mechanismen in Einheitsunternehmen ist dabei Voraussetzung für die Betrachtung von Corporate Governance Strukturen für und in Tochtergesellschaften, weil jene das Repertoire der Koordinationsinstrumente vorgeben, auf das bei der Leitung und Kontrolle von Tochterunternehmen im Sinne der Unternehmensziele der Muttergesellschaft zurückgegriffen werden kann.

Für diese spezielle Ausprägung der Corporate Governance ist der Begriff „Subsidiary Governance“ gebräuchlich. Demnach beschäftigt sich Subsidiary Governance mit dem faktischen und rechtlichen System der Steuerung und Kontrolle von Tochtergesellschaften zur Wahrung der Interessen der Muttergesellschaft durch das Management der Tochtergesellschaft (Brellocks, 2007, 3).

Holtbrügge und Welge (2010, 227) weisen darauf hin, dass die Beziehung der Mutter- zur Tochtergesellschaft auch aus der Perspektive der Principal-Agent Theorie betrachtet werden kann: Die Muttergesellschaft muss bestimmte Entscheidungskompetenzen an die Tochtergesellschaft delegieren, damit diese ihre Entscheidungen bestmöglich an den jeweiligen lokalen Bedingungen orientieren kann. Aufgrund der geringeren Marktnähe der Mutter entstehen Informationsasymmetrien, die es ihr ohne die Einrichtung von geeigneten Koordinations- und Steuerungsmechanismen unmöglich machen, die Effizienz und ihre Übereinstimmung solcher

delegierten Entscheidungen mit der gesamten Unternehmensstrategie zu überprüfen. Die eingesetzten Steuerungsmechanismen wiederum dürfen die Motivation für unternehmerische Initiative nicht zu sehr beschränken. In ähnlicher Weise gibt Seitz (1993, 32 f.) zu bedenken, wie der umfassende Führungsanspruch der Muttergesellschaft in den Tochterunternehmen durchgesetzt werden könne; insbesondere auch um den teilweise extremen Autonomiebestrebungen ausländischer Tochtergesellschaften entgegenzuwirken. Der Autor verweist dabei auch auf Bartlett und Ghoshal (1990, 58), die internationale Unternehmen in einem Dilemma zwischen der Effizienzerreichung durch Zentralisierung einerseits und dem Fehlen der Motivation ausländischer Tochtergesellschaften, mangels ausreichender Ressourcen- und Kompetenzausstattung auf lokale Bedürfnisse zu reagieren, andererseits sehen. In Abhängigkeit der strategischen Bedeutung des lokalen Umfelds und dem Maß der vorhandenen lokalen Ressourcen und Fähigkeiten der Gesellschaft weisen sie den Auslandsgesellschaften die generischen Rollen eines „Strategic Leader“, „Contributor“, „Implementer“ oder im negativen Fall eines „Black Hole“ zu (Bartlett/Ghoshal, 1990, 105 ff.).

Die Schwierigkeit bei der Steuerung von Tochtergesellschaften ist, dass bei rein formaljuristischer Betrachtung, ohne besondere Vorkehrungen oder spezialgesetzliche Regelungen, die Einwirkungsmöglichkeiten der Leitungs- und Kontrollorgane der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft limitiert sind. Der Gesetzgeber bezweckt damit den Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern der Tochtergesellschaft. Zwar ist die Muttergesellschaft Gesellschafterin der Tochtergesellschaft und hat damit direkt mittels Gesellschafterbeschluss oder indirekt (z. B. über den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft) die Möglichkeit den Vorstand der Tochtergesellschaft zu berufen und abuberufen. Dies ist jedoch ein extremer und daher wenig praxistauglicher Steuerungseingriff. Es sollte andere Mittel und Wege geben, die Tochtergesellschaft im Tagesgeschäft zu disziplinieren. Die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft ist nämlich primär nur den Interessen der Tochtergesellschaft verpflichtet, was keineswegs stets mit dem Interesse der Muttergesellschaft als Gesellschafterin übereinstimmen muss. Damit bestimmt das Management der Tochtergesellschaft deren Unternehmensziele, Strategie und Unternehmenspolitik selbst. Dazu kommt bei ausländischen Tochtergesellschaften, dass diese den örtlichen ausländischen Corporate Governance Regeln unterliegen. Die ausländische Corporate Governance Gesetzgebung (einschließlich des Gesellschaftsrechts) und das politische Umfeld lassen möglicherweise keine so effiziente Kontrolle und Steuerung zu, wie man dies von angelsächsischen und mitteleuropäischen Corporate Governance Systemen erwarten darf.

Unter diesen Voraussetzungen könnte man sich fragen, warum unternehmerische Aktivitäten überhaupt in einer Mehrzahl rechtlich getrennter Gesellschaften entfaltet werden. Doch liegt es auf der Hand, dass hierbei neben der Notwendigkeit einer Rechtsform, um als Rechtssubjekt überhaupt vertragliche Beziehungen eingehen zu können, steuerliche Aspekte und die haftungsrechtliche Begrenzung der unternehmerischen Aktivität auf die Tochtergesellschaft eine entscheidende Rolle spielen (vgl. Brellocks, 2007, 27).

Nachdem jedoch die gesellschaftsrechtlichen („inter-organisatorischen“) Einflussmöglichkeiten grundsätzlich begrenzt sind, wird das Management der Muttergesellschaft bestrebt sein, bestimmte einheitliche („intra-organisatorische“) Strukturen der Unternehmensorganisation zu schaffen, die neben der Muttergesellschaft auch die Tochtergesellschaften einbeziehen und die die Verwirklichung der Ziele der Muttergesellschaft möglichst optimal unterstützen. Dies umso mehr vor dem Hintergrund, dass Tochtergesellschaften, obwohl rechtlich getrennt, doch zur gleichen wirtschaftlichen Einheit gehören. Deshalb kommt Brellocks (2007, 53) zu der Schlussfolgerung, dass intra-organisatorische Mechanismen oft effizienter sind und deshalb in multinationalen Konzernen häufiger zum Einsatz kommen, als inter-organisatorische Mechanismen.

Den genannten Schwierigkeiten stehen aber auch entsprechende Chancen gegenüber. Ein gut aufgestelltes Corporate Governance System unterstützt das Konzernmanagement gerade auch im internationalen Kontext bei der Einhaltung lokaler Rechtsvorschriften, dem Erreichen der angestrebten steuerlichen Strategie, der schnellen und effektiven Handhabung von internen Due Dilligence Projekten, der schnellen und angemessenen Reaktion auf behauptete Missstände in abgelegenen Tochtergesellschaften und der Minimierung der administrativen Belastung und Kosten (Sabatino/Wolf, 2010, 5). Als weitere Einflussbereiche lassen sich in nicht abschließender Weise Personalentscheidungen, die Organisationsstruktur, die technische und finanzielle Infrastruktur (z. B. IT; Cash-Pooling), Investitionsentscheidungen, Fragen der Zentralisierung oder Spezialisierung, die Umlenkung von Geschäftschancen auf eine bestimmte Konzerngesellschaft, der Zugriff auf Immaterialgüterrechte und allgemein die Konzernintegration identifizieren (vgl. Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 51 und 57a).

Daher soll nachstehend die Leistungsfähigkeit der rechtlichen Steuerungsmechanismen des sog. Konzernrechts und sonstiger gesellschaftsrechtlicher Befugnisse beleuchtet werden, bevor auf Fragen der Führungsorganisation bei Tochtergesellschaften eingegangen wird.

3.2 Konzernrechtliche Mechanismen zur Steuerung von Tochtergesellschaften

3.2.1 Konzernrechtliche Grundbegriffe

Das deutsche Konzernrecht ist im Aktiengesetz geregelt. Nach ganz einhelliger Meinung gelten die allgemeinen konzernrechtlichen Vorschriften der §§ 15 ff. AktG (anders als die speziellen Regelungen der §§ 291 ff. AktG) auch für verbundene Unternehmen anderer Rechtsformen, einschließlich Personengesellschaften und Einzelkaufleute sowie ausländische Rechtsformen, ohne dass im Konzernverbund überhaupt eine Aktiengesellschaft beteiligt sein muss (Vetter, 2010, § 15 AktG, Rdnr. 2 m. w. N.).

Im Rahmen dieser Arbeit soll das Konzernrecht nur in Hinblick auf die Steuerung von Tochterunternehmen beleuchtet werden. Dennoch sind in der gebotenen Kürze bestimmte konzernrechtliche Grundbegriffe zu klären. Unter dem Begriff **Konzernrecht** wird verallgemeinernd, das Recht der verbundenen Unternehmen verstanden. Es bilden jedoch nicht alle verbundenen Unternehmen automatisch einen Konzern, und ebenso wenig werden nicht aus allen Unternehmensbeteiligungen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen sog. verbundene Unternehmen. Während eine **Unternehmensbeteiligung** für eine mehr- oder minderheitliche gesellschaftsrechtliche Verbindung zweier Unternehmen steht, bei der ein Unternehmen Geschäftsanteile an einem anderen innehat und deshalb Gesellschafterin des anderen ist, definiert § 15 AktG was **verbundene Unternehmen** sind: Danach gelten rechtlich selbständige Unternehmen als verbunden, wenn ein Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung an dem anderen hält, wenn ein Unternehmen auf das andere unmittelbaren oder mittelbaren herrschenden Einfluss ausüben kann, oder dass eine wechselseitige Verflechtung in dem Sinne besteht, dass zwei oder mehr Unternehmen jeweils mindestens 25 % der Anteile an dem oder den anderen gehören. Von einem **Konzern** im Rechtssinne spricht man zunächst, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind (§ 18 Abs. 1 AktG). Aber selbst wenn rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind, bilden sie ebenfalls einen Konzern (§ 18 Abs. 2 AktG). Daraus kann man schlussfolgern, dass der Konzern nur eine bestimmte Erscheinungsform verbundener Unternehmen ist (Kutschker/Schmid, 2011, 594). Konzernkonstituierend ist vor allem die „**einheitliche Leitung**“. Weitgehende Einigkeit besteht darüber,

dass sich die einheitliche Leitung nicht auf alle wesentlichen Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit erstrecken muss; es genügt, wenn sie sich auf die Geschäftspolitik der Konzernunternehmen und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung bezieht (Scheffler, 1992, 32). Ferner werden bestimmte originäre Führungsaufgaben der Konzernleitung identifiziert (siehe etwa Kleindiek, 2009, 796 f. und Scheffler, 1992, 38). Die Wahrnehmung der Konzernleitung würde auch keine Delegation von Führungsaufgaben ausschließen (Kleindiek, 2009, 790). Eine bestimmte Definition des Begriffs hat sich bislang jedoch nicht durchgesetzt. In Anlehnung an Vetter (2010, § 18 AktG, Rdnr. 8) lässt sich „einheitliche Leitung“ als die auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete planvolle Steuerung und Kontrolle der Konzernunternehmen definieren.

In Anlehnung an den juristischen Konzernbegriff definiert Scheffler (1992, 1) den Konzern betriebswirtschaftlich als Zusammenfassung zweier oder mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen zu einem wirtschaftlichen Zweck unter einer einheitlichen Leitung. Das deutet an, dass sich die strukturellen Erscheinungsformen des Konzerns einerseits aus juristischer und andererseits aus betriebswirtschaftlicher Perspektive betrachten lassen. In juristischer Hinsicht wird auf einer oberen Ebene zunächst zwischen Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG) und Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG) unterschieden.

Beim **Unterordnungskonzern** ordnet sich das herrschende Unternehmen das abhängige Unternehmen auf bestimmte Weise unter. Beim **Gleichordnungskonzern** besteht dagegen eine einheitliche Leitung mehrerer Unternehmen, ohne dass zwischen ihnen eine Abhängigkeit besteht (Kuhlmann/Ahnis, 2010, 5). In Letzterem wird die einheitliche Leitung regelmäßig dadurch sichergestellt, dass ein zusätzliches gemeinsames Organ in Form eines Beirats geschaffen wird, in dem die Unternehmensleitung der Konzerngesellschaften abgestimmt wird. Häufig kommt es auch zu personellen Verflechtungen auf Ebene der Geschäftsführung (vgl. Kutschker/Schmid, 2011, 596). Der Unterordnungskonzern kann in den Erscheinungsformen des Eingliederungs-, Vertrags-, oder Faktischen Konzerns auftreten.

Der **Eingliederungskonzern** (§§ 319 ff. AktG) ist die stärkste Form der Konzernverbindung. Diese ist möglich, wenn mindestens 95 % aller Aktien an der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft liegen, welche ebenfalls eine Aktiengesellschaft sein muss. Die Hauptversammlungen beider Gesellschaften müssen der Eingliederung zustimmen. Die Eingliederung bewirkt, dass — bei Abfindungspflicht gegenüber den Altaktionären — auch die restlichen Aktien auf die Hauptgesellschaft übergehen. Des Weiteren haf-

tet nunmehr die Hauptgesellschaft als Gesamtschuldnerin für die Verbindlichkeiten der Eingliederungsgesellschaft; eine haftungsrechtliche Konstellation, die im Normalfall des vollständigen Anteilsbesitzes an einer Tochtergesellschaft nicht gegeben ist. Schließlich ist die Hauptgesellschaft berechtigt, dem Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen, selbst wenn diese für die Eingliederungsgesellschaft nachteilig sind. Wirtschaftlich betrachtet, wird die eingegliederte Gesellschaft trotz fortbestehender rechtlicher Selbstständigkeit, wie ein Betriebsteil der Muttergesellschaft behandelt.

Beim **Vertragskonzern** wird die Unterordnung einer Gesellschaft unter die Leitung einer anderen durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags erreicht, der zumindest der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der zu beherrschenden Gesellschaft bedarf (§ 293 Abs. 1 AktG). Erst eine qualifizierte Stimmenmehrheit von mindestens 75 % gewährleistet den Abschluss eines Beherrschungsvertrags (Krüger, 1994, 264), aber eine kapitalmäßige Beteiligung der herrschenden Gesellschaft ist rechtlich nicht erforderlich (Vetter, 2010, § 17 AktG, Rdnr. 42). Allerdings muss der Beherrschungsvertrag einen angemessenen Ausgleich für außenstehende Gesellschafter in Form eines bestimmten jährlichen Gewinnanteils und das Recht des außenstehenden Aktionärs seine Aktien gegen eine festgelegte Abfindung auf die beherrschende Gesellschaft zu übertragen vorsehen (vgl. §§ 304 Abs. 1 Satz 2, 305 Abs. 1 AktG). Wesentlicher Inhalt dieses Vertrags ist die Anerkennung der Leitung durch die herrschende Gesellschaft, welche dann berechtigt ist, die zentralen Leitungsfunktionen, wie Zielplanung, Unternehmenskoordination und -kontrolle sowie die Besetzung der Führungspersonen der Gesellschaft wahrzunehmen (Emmerich/Habersack, 2008, 188). Sie darf ferner dem Vorstand der untergeordneten Gesellschaft Weisungen erteilen, die für diese auch nachteilig sein dürfen, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen (§ 308 AktG). Es ist allerdings ein jahresperiodischer Verlustausgleich zu gewähren (vgl. § 302 AktG). Die unterzuordnende Gesellschaft muss grundsätzlich eine deutsche AG oder KGaA sein (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG). Bei anderen Rechtsformen, insbesondere einer GmbH, werden die Rechtsfolgen des Beherrschungsvertrags nach h. M. entsprechend angewendet (Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 9). Welche Rechtsform die herrschende Gesellschaft hat, ist unerheblich. Sie kann auch eine ausländische Gesellschaft sein (Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 4).

Der **Faktische Konzern** stellt die schwächste konzernrechtliche Verbindung dar. Sie ist „faktisch“, da das Abhängigkeitsverhältnis auf einer rein gesellschaftsrechtlichen Verbindung zweier oder mehrerer Unternehmen fußt, ohne dass Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291 ff. AktG (insb. Beherrschungsverträge) geschlossen werden. Ein Faktischer Konzern wird gem. § 17 Abs. 2 AktG vermutet, wenn ein Unternehmen an einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Anteile besitzt. Die Abhängigkeit kann entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Verbindung mehrfach (mehrere Gesellschafter) oder mehrstufig (Mutter-Tochter-Enkel-Beziehungen) sein (vgl. Hüffer, 2012, § 311 AktG, Rdnr. 13; Vetter, 2010, § 17 AktG, Rdnr. 18 f.). Die §§ 311 ff. AktG sehen einige Vorschriften zum Schutz der abhängigen Gesellschaft vor, die allerdings nur gelten, wenn die abhängige Gesellschaft eine deutsche AG oder KGaA ist (Emmerich/Habersack, 2008, 417). In diesem Fall darf das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft nicht zu nachteiligen Geschäften veranlassen, ohne die Nachteile auszugleichen (§ 311 Abs. 1 AktG). Verstöße hiergegen führen gem. §§ 317 f. AktG zu einer weitreichenden Haftung, einschließlich der Organe der herrschenden und der abhängigen Gesellschaften. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft hat gem. § 312 AktG jährlich einen sog. Abhängigkeitsbericht zu erstellen, in dem alle Geschäfte aufgeführt sind, zu denen die Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen veranlasst worden ist. Anders als beim Eingliederungskonzern und Vertragskonzern besteht beim herrschenden Unternehmen allein aufgrund der Mehrheitsbeteiligung, auch wenn diese 100 % der Anteile beträgt, keine sog. **Konzernleitungsmacht**. Bei der abhängigen Gesellschaft bleibt es vielmehr bei der eigenständigen Leitung der Gesellschaft durch den Tochtervorstand (Emmerich/Habersack, 2008, 416). In bestimmtem Maße kann eine solche Konstellation spiegelbildlich eine Konzernleitungspflicht der Obergesellschaft auslösen. Dazu gehört zumindest die Pflicht zur gewissenhaften Ausübung der Beteiligungsrechte, einschließlich der unternehmerischen Ausrichtung wesentlicher Beteiligungen, und die Pflicht zur Kontrolle der abhängigen Gesellschaft (Emmerich/Habersack, 2008, 416).

Das betriebswirtschaftliche Konzernverständnis zielt in eine andere Richtung: Es sieht den Konzernbegriff nicht als Rechts-, sondern als Organisationsform (Dillerup/Stoi, 2011, 405). Auch in dieser Hinsicht bestehen unterschiedliche Erscheinungsformen des Konzerns. Die wichtigsten sind der sog. Stammhauskonzern und der sog. Holdingkonzern. Weitere Unterscheidungen betreffen den sog. Funktionalkonzern, den sog. Divisionalkonzern sowie den sog. Matrixkonzern. Für die Wahl zwischen den bestehenden Optionen für den Aufbau der Organisationsstrukturen im Unternehmensverbund sind betriebswirtschaftliche Erwägungen

maßgeblich, die an Effektivität und Rentabilität der Konzernorganisation ausgerichtet sind (Kleindiek, 2009, 792).

Der **Stammhauskonzern** entsteht typischerweise aus einem Einheitsunternehmen, das zur Sicherung des angestammten operativen Geschäfts nach und nach Beteiligungen erwirbt, ohne zunächst eine einheitliche Leitung auf die Tochtergesellschaften auszuüben. Erst später, wenn das operative Geschäft des Stammhauses nur noch eines von mehreren Geschäftsfeldern repräsentiert wird eine einheitliche Leitung erforderlich (Krüger, 1994, 265 f.).

Im Fall eines **Holdingkonzerns** ist kennzeichnend, dass eine Dachgesellschaft, die kein oder nur kaum operatives Geschäft betreibt, sich auf das Management der Beteiligungen und die strategische Leitung des Konzerns konzentriert (v. Werder, 1998, 63). Während die Holding das rechtlich selbständige Leitungsgremium des Konzerns darstellt (Kutschker/Schmid, 2011, 602), wird das operative Geschäft von Tochtergesellschaften geführt, die mehr oder weniger horizontal und vertikal von der Spitzeneinheit des Konzerns getrennt sind. Hierbei kann der Holdingkonzern mehrstufig aufgebaut sein und Zwischeneinheiten bilden, die wiederum rechtlich selbständig oder unselbständig organisiert sind (vgl. Krüger, 1994, 268). Je nach Ausprägung der Holdingaufgaben kann man weiter zwischen operativer Holding, strategischer Holding und Finanzholding unterscheiden (Kutschker/Schmid, 2011, 603).

Weniger an der „*hierarchischen Positionierung*“ (v. Werder, 2008, 58) der Konzerntöchter ausgerichtet, sondern an der internen Organisationsstruktur sind Funktional-, Divisional- und Matrixkonzern.

Im **Funktionalkonzern** werden alle Aktivitäten nach Funktionalbereichen (Finanzen, FuE, Beschaffung, Produktion, Absatz etc.) gegliedert. Beispielsweise sind so die jeweiligen in- und ausländischen Produktionsstätten, seien sie nun rechtlich selbständige Tochtergesellschaften oder rechtlich abhängige Unternehmensteile, dem zentralen Produktionsbereich in der Muttergesellschaft unterstellt (Kutschker/Schmid, 2011, 598).

Im **Divisionalkonzern** repräsentieren die einzelnen Divisionen Geschäftsbereiche, die weltweit Gewinnverantwortung tragen. Diese können rechtlich selbständig oder unselbständig sein. An sie sind die jeweiligen Konzerntöchter angedockt (Kutschker/Schmid, 2011, 598).

Im **Matrixkonzern** wird die mehrdimensionale Organisationsstruktur (z. B. Geschäftsbereich-Regionen-Matrix) auf den Konzern übertragen. Die Matrixzellen, welche für die Aufgabenerfüllung in Abhängigkeit der beiden vorgegebenen Dimensionen (Geschäftsbereich, Re-

gion) zuständig sind, können eigene Tochtergesellschaften sein, während die Matrixstellen, welche ebenfalls eigenständige Konzerngesellschaften bilden können oder in die Muttergesellschaft integriert sind, die Dimensionen repräsentieren (Kutschker/Schmid, 2011, 526 f.).

3.2.2 Steuerungsmechanismen für Tochtergesellschaften

Bei Betrachtung der konzernrechtlichen Steuerungsmechanismen für in- und ausländische Tochtergesellschaften, sind mehrere Fragestellungen zu berücksichtigen. Dazu gehören die Fragen nach der rechtlichen Grundlage der Leitungsmacht, der Anwendbarkeit des deutschen Konzernrechts auf die jeweilige Tochtergesellschaft und die konkreten konzernrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten.

Die erste Frage lässt sich allgemein mit Scheffler (1992, 2) beantworten, der sagt, dass sich die Leitungsmacht faktisch aus dem Anteilsbesitz ergebe, aber dass sie auch vertraglich begründet sein könne, und zwar mit und ohne kapitalmäßige Verflechtung.

Beim Vertragskonzern beruht dieses Recht zur Einflussnahme auf dem zwischen zwei Gesellschaften geschlossenen Beherrschungsvertrag, der bestimmt, dass die leitende Gesellschaft zur Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung der zu beherrschenden berechtigt ist und diese die Weisungen ausführen muss, auch wenn diese für die Gesellschaft nachteilig sind. Für den Anwendungsbereich des § 308 AktG sind diese Rechtsfolgen ausdrücklich geregelt. Der Tochtervorstand hat lediglich eine Prüfungspflicht, ob Weisungen rechtmäßig sind; rechtswidrigen Weisungen darf er nicht stattgeben (vgl. § 308 Abs. 2 AktG). Verluste der beherrschten Gesellschaft sind auszugleichen (§ 302 AktG). Bei Betrachtung von Mutter- und Tochtergesellschaft besteht definitionsgemäß zusätzlich zum Beherrschungsvertrag eine geschäftsanteilmäßige Beteiligung der Mutter an der Tochter, aus der in bestimmten Fällen konkurrierende Gesellschafterrechte abgeleitet werden können (vgl. Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 10; Brellocks, 2007, 42).

Für den Eingliederungskonzern ergibt sich die Leitungsmacht aus § 323 Abs. 1 AktG, der besagt, dass die Hauptgesellschaft berechtigt ist, dem Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Auch hier dürfen Weisungen nachteilig sein, sogar ohne dass diese ausgeglichen werden müssen.

Beim Faktischen Konzern ist die Lage etwas anders: Hier kann das Recht, auf bestimmte Weise Einfluss auf die Geschicke der Tochtergesellschaft zu nehmen, ausschließlich durch die von der Mutter- an der Tochtergesellschaft gehaltenen Anteile vermittelt werden. Konkret

heißt das, dass aufgrund der Befähigung der Muttergesellschaft als (Haupt- oder Allein-) Aktionärin den Vorstand der Tochtergesellschaft indirekt über den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft zu bestellen oder abzurufen (vgl. § 84 Abs. 1 und 3 AktG), zumindest faktischer Druck auf den Tochtervorstand ausgeübt werden kann. Zwar geht auch das Gesetz selbst davon aus, dass im Faktischen Konzern eine Abhängigkeit der Tochtergesellschaft besteht, die es der herrschenden Muttergesellschaft ermöglicht, Einfluss auf die Tochtergesellschaft zu nehmen (vgl. §§ 17, 311 Abs. 1 Satz 1 AktG). Eine rechtlich abgesicherte Rechtsmacht des herrschenden Unternehmens Weisungen zu erteilen, gibt es hier jedoch nicht (h. M.; vgl. Hüfner, 2012, § 311 AktG, Rdnr. 8; Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 10 jeweils m. w. N.). Es bleibt vielmehr beim Grundsatz des § 76 Abs. 1 AktG und damit bei der eigenverantwortlichen Leitung der Tochtergesellschaft durch den Vorstand (Emmerich/Habersack, 2008, 416). Gleichwohl ist der Tochtervorstand berechtigt, aber nicht verpflichtet, Weisungen des Muttervorstands zu befolgen (Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 10). Diese dürfen — ohne Pflichtverletzung des Tochtervorstands nach § 93 Abs. 1 AktG — auch nachteilig sein, weil § 311 AktG einen zwingenden Ausgleich von Vermögensnachteilen durch die herrschende Gesellschaft vorsieht. Der Vorstand der Tochtergesellschaft muss die auf diese Weise veranlassten Tätigkeiten in seinem jährlichen Abhängigkeitsbericht gem. § 312 AktG, der vom Abschlussprüfer und dem Aufsichtsrat geprüft wird, aufführen. Damit ist insoweit dem Transparenzgebot der Corporate Governance Genüge getan.

Die konzernrechtlichen Steuerungsmechanismen für Tochtergesellschaften können freilich nur dort greifen, wo das deutsche Konzernrecht überhaupt anwendbar ist. Als nationales Recht ist das im Aktiengesetz geregelte Konzernrecht nur auf deutsche Gesellschaften anwendbar. Das sind — ohne auf den Theorienstreit von Sitztheorie und Gründungstheorie einzugehen (dazu näher Zimmer, 2010, 143 f.) — zumindest solche Gesellschaften, die nach deutschem Recht gegründet sind und ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Damit scheidet die Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften auf ausländische Tochtergesellschaften aus. Dies betrifft jedenfalls die Vorschriften zur Leitungsmacht (§§ 308 ff. und 311 ff. AktG) (vgl. Emmerich/Habersack, 2008, 418 f.). Dies ist verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass das Konzernrecht, wie Schneider (1986, 1993) konstatiert, heute gemeinhin nur als Schutzrecht zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger bei den besonderen Gefährdungslagen, die sich aus der Abhängigkeit und der Konzernlage ergeben anzusehen sei. Insoweit fehlt es am Schutzbedürfnis ausländischer Gesellschaften mit Sitz im Ausland. Zudem ist zu bedenken, dass ein deutsches Gesetz, welches die Ausübung von

Weisungsrechten der Geschäftsführung einer deutschen Gesellschaft gegenüber ausländischen Unternehmen ermöglicht, als Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staates gewertet werden müsste. Selbst innerhalb der EU gibt es (noch) kein supranationales Konzernrecht (vgl. Zöllner, 2010, Rdnr. 4). Der zweite Aspekt der Anwendbarkeit richtet sich an die Rechtsform der abhängigen Gesellschaft. So gelten die Vorschriften über Unternehmensverträge (§§ 291 ff. AktG), die Vorschriften beim Fehlen eines Beherrschungsvertrags (§§ 311 ff. AktG) und die zentrale Norm über die Ausübung von Leitungsmacht durch Weisungen (§ 308 AktG) nur für Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien (vgl. Vetter, 2010, § 15 AktG, Rdnr. 2; Emmerich/Habersack, 2008, 417). Für § 308 AktG ist eine entsprechende Anwendung im Fall einer GmbH als abhängiges Unternehmen anerkannt (Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 9). Das bedeutet allerdings keine Ausweitung der Rechte der Gesellschafter, da diese bei der GmbH nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags ohnehin weisungsbefugt sind (vgl. §§ 37 Abs. 1, 45 Abs. 1 GmbHG). Es besteht in diesem Fall auch keine Pflicht zum Nachteilsausgleich bei nachteiligen Weisungen (vgl. Drygala/Staacke/Szalai, 2012, 215). Ebenso wenig kommt für ausländische Gesellschaftsrechtsformen mit Sitz in Deutschland eine Anwendung des Konzernrechts in Betracht.

Wie bereits erwähnt, wird innerhalb dieses eingeschränkten Anwendungsbereichs des deutschen Konzernrechts der herrschenden (Mutter-) Gesellschaft gem. § 308 AktG (Vertragskonzern) und § 323 Abs. 1 AktG (Eingliederungskonzern) sog. Konzernleitungsmacht verliehen. Diese erlaubt es dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung der Muttergesellschaft, dem Vorstand der Tochtergesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Beim Faktischen Konzern besteht dagegen kein solches Recht, sondern allenfalls die tatsächliche Möglichkeit. Diese faktische Einflussnahme kann gleichwohl auf vielfältige Weise, beispielsweise durch Ratschlag, Anregung, Weisung, Empfehlung, Bitten, per Richtlinienierlass oder auf sonstige Weise, etwa im Rahmen von „Kamingesprächen“, erfolgen (vgl. Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 23). Auch eine Bevollmächtigung der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft ist denkbar (Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 31). Die Einflussnahme muss nach heute herrschender Meinung aber weder direkt vom Vorstand der Muttergesellschaft ausgehen und muss sich auch nicht direkt an den Vorstand der Tochtergesellschaft richten. Urheber und Adressat der Veranlassung können auch jeweils nachgeordnete Stellen sein (Hüffer, 2012, § 311 AktG, Rdnr. 19; Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 25 und 27); schließlich geht es nicht um rechtsverbindliche Anordnungen, sondern um rein faktische Einflussnahme.

Beim Vertrags- und Eingliederungskonzern stellt sich die Frage der Delegation bzw. Übertragung der Weisungsbefugnis ebenfalls, denn das Gesetz spricht von der „Hauptgesellschaft“ (§ 323 Abs. 1 AktG) bzw. dem „herrschenden Unternehmen“ (§ 308 Abs. 1 AktG) als Inhaberin des Weisungsrechts. Aber auch hier ist im Ergebnis anerkannt, dass die Geschäftsführung des weisungsberechtigten Unternehmens diese Befugnis an Mitarbeiter der Gesellschaft — insbesondere aus der zweiten Führungsebene (Fett, 2008, § 308 AktG, Rdnr. 5) — delegieren kann (Hüffer, 2012, § 308 AktG, Rdnr. 5; Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 13). Der Begriff „Delegation“ bedeutet, dass ein Dritter das Weisungsrecht neben dem vertretungsberechtigten Organ, quasi in Untervollmacht, wahrnimmt; während „Übertragung“ impliziert, dass die Weisungsbefugnis anstelle der Geschäftsführung wahrgenommen wird. Letztere ist unzulässig, weil es sich beim Weisungsrecht nicht um ein selbständig übertragbares, subjektives Recht handelt (Hüffer, 2012, § 308 AktG, Rdnr. 6; Emmerich/Habersack, 2008, 386). Trotz Delegation von Geschäftsleitungsaufgaben verbleiben aber bei den Mitgliedern des Leitungsorgans Überwachungs- und Informationspflichten (vgl. Kleindiek, 2009, 790).

Eine andere Frage ist dagegen, ob ein Arbeitnehmer einer faktischen oder auf Unternehmensvertrag beruhenden Einflussnahme durch die Geschäftsführung oder Arbeitnehmer der Muttergesellschaft Folge leisten darf oder muss. Hierbei ist zunächst an das Direktionsrecht des Arbeitgebers zu denken, wonach der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundsätzlich anweisen darf, wie, wann und wo der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen hat. Arbeitgeber ist allerdings ausschließlich die Gesellschaft, die als Vertragspartner des Arbeitnehmers mit ihm den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Folglich besteht kein Direktionsrecht der Muttergesellschaft gegenüber einem Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft (Kleindiek, 2009, 794). Es ist jedoch anerkannt, dass der Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft deren Arbeitnehmer anweisen kann, Weisungen der Konzernmutter zu befolgen, was sich auch von Fall zu Fall gerade in Großunternehmen als sinnvoll erweisen kann (Emmerich, 2010, § 308 AktG, Rdnr. 19). Den Anweisungen des funktional Vorgesetzten (der jeweiligen Division, Matrix oder des Funktionalbereichs) Folge leisten zu müssen, kann auch in Arbeitsverträgen geregelt werden, wonach die „fachliche Direktion“ entsprechend an einen Dritten delegiert wird. Disziplinarisch vorgesetzt bleiben jedoch der vertrags-schließende Arbeitgeber bzw. diejenigen Personen innerhalb der Organisation, an welche die Disziplinarrechte delegiert worden sind. Jedenfalls im Anwendungsbereich des Konzernrechts muss der Vorstand allerdings Vorsorge treffen, dass er stets über solche Weisungen der Konzernmutter informiert ist, damit er unzulässige Weisungen verhindern kann, bzw. diese auf

ihre Nachteile hin überprüfen, den Nachteilsausgleich sicherstellen und im Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG darstellen kann (Drygala/Staake/Szalai, 2012, 684; Hüffer, 2012, § 308 AktG, Rdnr. 7 f.; Kleindiek, 2009, 794; Emmerich/Habersack, 2008, 387; Fett, 2008, § 308 AktG, Rdnr. 9; Habersack, 2010, § 311 AktG, Rdnr. 27 und 80; v. Werder, 2008, 337 f.; im Einzelnen streitig).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass im Vertrags- und Eingliederungskonzern direkte, die Geschäftsführung betreffende Weisungen an den Vorstand der Tochter-AG oder -KGaA in rechtlich durchsetzbarer Weise möglich sind, so dass von diesem in der Folge auch direkte Weisungen an Mitarbeiter der Tochtergesellschaft zu dulden sind. Auch beim Faktischen Konzern sind Weisungen grundsätzlich möglich, allerdings kann der Tochtervorstand nicht gezwungen werden, Weisungen zu befolgen oder zu dulden. Vielmehr ist seine Kooperation erforderlich, und vermögenswerte Nachteile müssen ausgeglichen werden. Diese direktionsrechtliche Konstruktion weist jedoch über das Konzernrecht hinaus, denn sie kann auch in anderen Konstellationen, etwa wenn die abhängige Gesellschaft keine AG oder KGaA ist, oder es sich um eine ausländische Tochtergesellschaft handelt, zum Einsatz kommen: Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit einer GmbH führt zur Beseitigung der Geschäftsführungszuständigkeit der Gesellschafterversammlung in der abhängigen GmbH, so dass die herrschende Gesellschaft die Geschäftsführung direkt wahrnehmen kann (Zöllner, 2010, Rdnr. 63). Bei einer ausländischen Tochter kommt es auf das lokale Gesellschaftsrecht an. Im Zweifel gilt jedoch die Vertragsfreiheit, so dass Weisungsrechte zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft (gesellschafts-) vertraglich vereinbart werden können. Zudem ist eine einvernehmliche Befolgung von Vorgaben der Muttergesellschaft möglich. In diesem Sinne werden nachfolgend weitere Corporate Governance Strukturen beleuchtet, die der Steuerung von in- und ausländischen Tochtergesellschaften dienen.

3.3 Sonstige gesellschaftsrechtliche Steuerungsmöglichkeiten für in- und ausländische Tochtergesellschaften

Außerhalb des Bereichs der konzernrechtlichen Einzelweisung stehen der Muttergesellschaft aufgrund ihrer Stellung als Gesellschafterin der Tochtergesellschaft die der Gesellschafterversammlung gesetzlich vorbehaltenen Rechte zu. Darüber hinaus kann sie bestimmte Befugnisse in Abhängigkeit der gegebenen Gestaltungsspielräume der jeweiligen Unternehmensverfassung der Tochtergesellschaft an sich ziehen. Sofern es Mitgesellschafter gibt, z. B. bei

Joint-Ventures, ist allerdings eine Abstimmung und Koordination mit diesen erforderlich. Das gilt insbesondere für sog. Grundlagenbeschlüsse, wie z. B. Satzungs-, Kapital- und Rechtsstrukturänderungen, die nur mit qualifizierter Mehrheit gefasst werden können (v. Werder, 2008, 343).

Zu den der Gesellschafterversammlung vorbehaltenen Rechten gehört in jedem Fall, den Gesellschaftsvertrag der Tochtergesellschaft im Sinne einer guten Steuer- und Kontrollierbarkeit durch die Muttergesellschaft zu gestalten. Hierbei ist an folgende Möglichkeiten zu denken:

Von besonderer Bedeutung ist die präzise Bestimmung von Gesellschaftsgegenstand und -zweck der Tochtergesellschaft. Damit werden einerseits der Kompetenzrahmen der Geschäftsführung und andererseits die Arbeitsteilung innerhalb des Konzerns festgelegt. So verhindert dies beispielsweise, dass Servicegesellschaften für IT- oder Finanzangelegenheiten damit beginnen, Vertriebsaktivitäten zu entfalten oder einen eigenständigen Produkt- oder Servicebereich aufzubauen.

Per Statutenänderung können auch besondere Beratungs- oder Entscheidungsgremien eingerichtet werden. Z. B. kann ein fakultativer Aufsichtsrat geschaffen werden, der mit Führungskräften (nicht notwendigerweise mit Geschäftsführungsmitgliedern) der Muttergesellschaft besetzt ist. Diesem Organ kann — natürlich stets innerhalb der rechtsformabhängigen Grenzen der Delegation bzw. Beschneidung von Geschäftsführungsbefugnissen — die Umsetzung bestimmter strategischer oder struktureller Entscheidungen der Muttergesellschaft übertragen werden, so dass sie ohne Mitwirkung der Tochtergeschäftsführung für die jeweilige Tochtergesellschaft beschlossen werden können. Alternativ kann ein Kollegialorgan kreiert werden, in welchem die Tochtergeschäftsführung vertreten ist. Auf diese Weise würden die besonderen Kenntnisse und Belange der Tochtergesellschaft bessere Berücksichtigung finden.

In ähnlicher Weise können der Geschäftsführung laufende Berichtspflichten auferlegt werden, die über die Berichterstattung an die Gesellschafterversammlung oder lokale Aufsichtsgremien hinausgehen, so dass die Geschäftsführung der Muttergesellschaft selbst, oder von ihr bestimmte Personen Berichte einfordern können. Kiel, Hendry und Nicholson (2006, 573 ff.) setzen sich mit den Gestaltungsvarianten solcher „reporting lines“ speziell im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft auseinander. Schneider (1986, 1996) stellt fest, dass dies eine rechtliche Abbildung einer konzernweiten Spartenorganisation ermöglicht.

Darüber hinaus können im Gesellschaftsvertrag Weisungsbefugnisse in allgemeiner Form festgeschrieben werden; z. B. dass die Geschäftsführung an die zentral festgelegten Organisationsentscheidungen gebunden ist und deren Umsetzung zu unterstützen hat.

Daneben kann die Gesellschafterversammlung die Kompetenz der Tochtergeschäftsführung beschneiden und sich bestimmte Befugnisse vorbehalten. Dies kann zumindest in der Form erfolgen, dass bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder anderer besonders eingerichteter Organe bedarf.

Schließlich kann im Gesellschaftsvertrag auch der Erlass von Geschäftsordnungen und Geschäftsverteilungsplänen für die Tochtergeschäftsführung formal in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung gestellt werden. Dies ist ein weiteres wichtiges Mittel um Einfluss auf die Tochtergesellschaft und ihre Organisationsstruktur sowie die Art und Weise, wie Entscheidungen getroffen werden, zu nehmen. Beispielsweise kann hier eine Teilbereichsgeschäftsführung festgelegt werden (z. .B. durch Trennung in kaufmännische Leitung, Personal, Technik, Vertrieb etc.).

Grundsätzlich bestehen die gleichen Gestaltungsmöglichkeiten wie bei der Muttergesellschaft selbst (vgl. oben Abschnitt 2.3.1). Der Gestaltungsfreiheit sind freilich durch das gesetzlich zwingende Statut der jeweiligen in- oder ausländischen Rechtsform Grenzen gesetzt.

3.4 Gestaltung der Führungsorganisation in verbundenen Unternehmen

Abgesehen von den konzern- und gesellschaftsrechtlichen Strukturen zur Steuerung von in- und ausländischen Tochtergesellschaften, bleibt die Frage, wie die Führungsorganisation gestaltet werden kann, um die konzernweiten Ziele erfolgreich umzusetzen. Denn neben der gesellschaftsrechtlich kanalisiertem Einflussnahme, ist die Steuerung von Tochtergesellschaften über einen (faktisch-) organisatorischen Weg eine weitere wichtige „Schiene“ der Einflussnahme (v. Werder, 2008, 337). Der sich dabei eröffnende Gestaltungsspielraum ergibt sich insbesondere aus der Wahrnehmung des Entscheidungs- und Geschäftsführungsrechts, wie dieses in der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Kompetenzordnung verankert ist. Die Geschäftsführung ist berechtigt, Aufgaben zu zerlegen, Organisationseinheiten als Träger dieser Teilaufgaben zu bestimmen und Weisungssysteme und Entscheidungsrechte festzulegen (Picot et al., 2012, 368). Das Spektrum struktureller Koordinationsinstrumente

reicht hier von abteilungsübergreifenden Arbeitsgruppen, Ausschüssen, Komitees bis hin zu technokratischen Koordinationsinstrumenten, wie die Zentralisation von Entscheidungen, Planungs-, Kontroll- und Berichtssysteme, Budget-, Lagerhaltungs- und Qualitätskontrollsysteme oder standardisierten Verfahren der Investitionsrechnung (Macharzina/Wolf, 2010, 472 f.).

Ausgangspunkt für die Gestaltung der Führungsorganisation ist die Tatsache, dass der Konzern keine eigenen Konzernleitungs- und Überwachungsorgane hat, so dass zu fragen ist, wer Aufgaben der Unternehmensführung und darüber hinaus zur Konzernleitung wahrnehmen kann. Legt man eine juristische Sichtweise zugrunde, gehören zur Unternehmens- bzw. Konzernführung nur diejenigen Personen, die per Gesetz oder Vertrag zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berufen sind und damit die Arbeitgeberseite repräsentieren. Bei einer Aktiengesellschaft ist dies der Vorstand, bei der GmbH der oder die Geschäftsführer, bei Personengesellschaften die zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter (z. B. der Komplementär einer KG). Diese rein juristische Sicht ist allerdings bei Zugrundelegung organisatorischer bzw. betriebswirtschaftlicher Kategorien zu eng. Nach Krüger (1994, 248 m. w. N.) zählen daher zur Unternehmensführung die oberste Leitungsebene (Gesamtleitung, Spitzeninstanz oder Zentralinstanz genannt) sowie die jeweiligen Spitzenführungskräfte, außerdem die darunter befindliche Ebene (Teilbereichsleitungen oder Fachinstanzen genannt) sowie die jeweiligen oberen Führungskräfte und schließlich die diesen beiden Ebenen zuarbeitenden Stäbe. Im Konzern sollten zusätzlich die Geschäftsführungsmitglieder der Tochtergesellschaften hinzugezählt werden, auch wenn sie, wie Schneider (1986, 1995 f.) feststellt, in der Unternehmensplanung tatsächlich nur noch tätig seien, soweit Planungsentscheidungen nicht zentralisiert sind. Es verbleibe bei ihnen aber in jedem Fall die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Konzernleitung aus Sicht der jeweiligen Tochtergesellschaft.

Gesellschaftsrechtlich begründet, aber zumeist organisatorisch motiviert, ist die Besetzung von Geschäftsführung und sonstigen Organen der Tochtergesellschaft (z. B. Aufsichtsrat, Beirat etc.). Hierbei tut sich das Problemfeld der Besetzung von Organen bei Tochtergesellschaften auf. Dies kann zu **Doppelmandaten und sonstigen personellen Verflechtungen** zwischen den Konzerngesellschaften führen. Am Anfang steht jedoch die grundsätzliche Entscheidung des Managements der Muttergesellschaft, inwieweit Organpositionen in Konzerngesellschaften von der Konzernspitze selbst wahrgenommen werden oder ob für diese Aufgaben nachgeordnete Führungskräfte entsendet werden sollen. V. Werder (2008, 351) empfiehlt

hierzu, diese Delegationsentscheidungen nicht primär an den Rechtsverhältnissen zwischen Konzernmutter und Tochtergesellschaften zu orientieren, sondern am organisatorischen Rang der fraglichen Gesellschaft. Denn die gesellschaftsrechtliche Anbindung einer Konzerngesellschaft (etwa als direkte Tochtergesellschaft der Konzernmutter oder aber als Enkelgesellschaft etc.) könne durchaus vom organisatorischen Rang der Gesellschaft abweichen. Letzterer bestimme sich nach der Bedeutung des von der Gesellschaft wahrgenommenen Teilbereichs des Konzerngeschäfts (v. Werder, 2008, 349). Andernfalls bestehe die Gefahr, dass unbedeutende Konzerngesellschaften ein Übermaß an top-managerialer Aufmerksamkeit genießen (v. Werder, 2008, 351). Besonders in Bezug auf ausländische Tochtergesellschaften stellen Strange et al. (2009, 403) allerdings fest, dass es noch zu wenig empirische Studien gibt, welche die Auswirkungen bestimmter Besetzungen von Managementboards haben.

Für und gegen die Praxis von Doppelmandaten spricht eine Reihe von Argumenten. Kritisch wird gesehen, dass der Doppelmandatsträger einen Informationsvorsprung gegenüber seinen Vorstandskollegen der Muttergesellschaft habe und Übermittler der tochterbezogenen Konzernvorgaben sei (v. Werder, 2008, 355). Dies widerspreche dem gesetzlichen Konstrukt der Gesamtverantwortung des Konzernvorstands (Krüger, 1994, 261). Darüber hinaus könne es zu Friktionen bei der Kontrolle der Tochtergesellschaft kommen, etwa wenn ein Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft den Vorstandsvorsitz der Tochtergesellschaft übernehme, während die anderen Muttervorstände in den Tochteraufsichtsrat einzögen (v. Werder, 2008, 354 f.). Schließlich könne es wegen einer übermäßigen Einflussnahme der Konzernmutter zu einer Missachtung der eigenverantwortlichen Geschäftsführung der Tochtergesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG kommen, was insbesondere im Faktischen Konzern relevant sei (v. Werder, 2008, 356). Mehr von einer praktischen Warte aus verweisen Kutschker und Schmid (2011, 621) darauf, dass eine Doppelvorbandschaft zu Überlastung führen könne; ferner sei die geographische Entfernung bei ausländischen Tochtergesellschaften ein Hindernis, gleichzeitig der Vorstandsrolle bei Mutter- und Tochtergesellschaft(en) im vollen Umfang gerecht zu werden.

Ob diese Sorgen berechtigt sind, lässt sich letztlich nur durch empirische Untersuchungen klären. Die Argumentation gilt in abgeschwächter Form nicht nur für Doppelmandate in Leitungs- oder Überwachungsorganen, sondern auch für andere personelle Verflechtungen zwischen Mutter- und Konzerngesellschaften. Der Deutsche Corporate Governance Kodex schweigt — trotz einiger Regelungen zu Interessenskonflikten — zur Sachdienlichkeit von

Doppelmandaten und sonstigen personellen Verflechtungen. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Anzahl von möglichen Konzernstrukturvarianten so hoch ist, dass sich nur schwer allgemeingültige Aussagen treffen lassen. Denn die aufgeworfenen Fragen hängen entscheidend davon ab, welche Rechtsformen Mutter- und Tochtergesellschaft aufweisen, wie sie organisch gestaltet sind und welche unternehmensvertraglichen Beziehungen zwischen ihnen bestehen. Dies gilt umso mehr, wenn man auch ausländische Tochtergesellschaften in die Betrachtung einbezieht. Nicht zuletzt kommt es sogar auf die Persönlichkeitsstruktur der beteiligten Akteure an (v. Werder, 2008, 357). Den von Doppelmandaten ausgehenden Gefahren steht vor allem der Vorteil einer effektiven Sicherung der Umsetzung von der Konzernspitze verabschiedeter Strategien gegenüber, sowie der optimierte Informationsaustausch zwischen den Konzernebenen. Die zentral gesteuerte Besetzung von Tochtervorständen durch die Obergesellschaft sollte zwar nicht als zentrales Element der Konzernpersonalpolitik verstanden werden, kann aber ein Hilfsmittel beim Aufbau einer konzernweiten Corporate Governance sein (Fedke, 2006, 257). Deshalb ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob Unternehmensführung und -kontrolle durch personelle Verflechtungen gefördert oder eher behindert werden könnten. Dieser Fragestellung sollte sich konkret der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft annehmen, weil die Überwachungsaufgabe des Konzernaufsichtsrats den Zuständigkeiten des Konzernvorstands folgt und sich demnach darauf erstreckt, ob die Rechtmäßigkeit, Ordnungs- und Zweckmäßigkeit sowie Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung auch bei Tochtergesellschaften gewahrt ist (vgl. Kleindiek, 2009, 808 f.). Das ließe sich als neue Sollte-Regelung in den DCGK aufnehmen. Daneben bleibt es Aufgabe des Tochteraufsichtsrats — soweit vorhanden — zu überprüfen, ob das herrschende Unternehmen die konzernrechtlichen Grenzen zulässiger Einflussnahme einhält (Drygala/Staake/Szalai, 2012, 715).

Alternativen zu personellen Verflechtungen werden nach v. Werder (2008, 362 ff.) in vier unterschiedlichen Organisationsmodellen gesehen, die sich in der genannten Reihenfolge durch eine zunehmende Institutionalisierung der Belange der Tochtergesellschaft auf Ebene der Muttergesellschaft auszeichnen: das Trennungs-Modell, das Ausschuss-Modell, das Portfeuille-Modell und das Ressort-Modell. Diese werden nachfolgend dargestellt.

Beim **Trennungs-Modell** sind die Organe von Mutter- und Tochtergesellschaften unabhängig voneinander organisiert. D. h., dass auf Ebene der Muttergesellschaft keine Verankerung der Tochterperspektive stattfindet. Die Koordination der Tochtergesellschaften folgt entsprechend der hierarchischen Beziehungen zwischen der Unternehmensleitung und den nachgelagerten

Tochternvorständen. Letztere sind von direkten Einflussnahmen auf die Unternehmensführung ausgeschlossen. Nachteilig kann sich hierbei auswirken, dass durch die mangelnde Partizipation die Identifizierung der Tochternvorstände mit den Konzernzielen schwächer ausfällt und die Implementierung der Konzernstrategie auf Tochterebene auf größere Hemmnisse stoßen kann. Folglich bietet sich diese Organisationsform nur für den Fall einer betont unabhängigen Führung der einzelnen Konzerngesellschaften an.

Beim **Ausschuss-Modell** wird ein sog. Konzernausschuss als eine dauerhafte Organisationseinheit gebildet, dem jeweils Vorstandsmitglieder der Mutter- und Konzerngesellschaften angehören. Dieser hat die Aufgabe, im Wege des Meinungsaustausches und der Beratung, die konzernrelevanten Aktivitäten von Mutter- und Tochtergesellschaften auf die übergeordneten Ziele des Konzerns auszurichten. Dabei bleibt jedoch die formale Beschlussfassung den jeweiligen Geschäftsführungsgremien vorbehalten. Die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG hat beispielsweise die Aufgabe ihres Konzernausschusses wie folgt definiert: *„Der Konzernausschuss entscheidet in allen grundsätzlichen Angelegenheiten der Ressorts seiner stimmberechtigten Mitglieder, soweit nicht zwingend der Gesamtvorstand zuständig ist. Darüber hinaus bereitet er die Entscheidungen vor, die diesem vorbehalten sind“*⁵².

Das **Portefeuille-Modell** sieht eine gesonderte Verankerung von Tochterinteressen im Vorstand der Muttergesellschaft dadurch vor, dass einzelne Vorstandsmitglieder dauerhaft für bestimmte Konzerntöchter zuständig sind und deren Belange quasi als Sprecher in den Gesamtvorstand einbringen, welcher dann auf dieser Basis die tochterbezogenen Entscheidungen fällt. Sie fungieren als Anlaufstelle für die Vorstände der von ihnen betreuten Konzerntöchter. Da die designierten Muttervorstände nur Vermittler der Tochterbelange sind, besteht eine gewisse Gefahr der Entfernung vom laufenden Tagesgeschäft. Dies kann dadurch abgemildert werden, dass das zuständige Vorstandsmitglied aus dem Kreis erfahrener Tochternvorstände rekrutiert wird.

Im Unterschied hierzu verleiht das **Ressort-Modell** den betreffenden Vorstandsmitgliedern individuelle Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der ihnen unterstellten Tochtergesellschaften. Es wird ein Konzernvorstandsressort „Beteiligungen“ eingerichtet. Je nach Konzernstruktur obliegen dem ressortzuständigen Vorstandsmitglied mehr oder weniger abstrakte Rah-

⁵² Corporate Governance Bericht 2011 der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG; online abrufbar unter http://www.munichre.com/de/ir/corporate_governance/our_understanding/default.aspx (abgerufen am: 29.08.2012).

menentscheidungen und Koordinationsaufgaben, während die hieran anknüpfenden Folgeentscheidungen in die Hände der Tochtervorstände zu legen sind. Dennoch sind die Tochterbelange im Konzernvorstand durch entscheidungsbefugte Vorstandsmitglieder verankert und wird gleichzeitig eine Durchsetzung von Konzerninteressen gewährleistet. Die Entscheidungsverantwortung des Vorstandsmitglieds, dem das Beteiligungsressort zugeordnet ist, lässt eine intensive Auseinandersetzung mit den Belangen der Tochtergesellschaften erwarten und kommt damit dem Leistungsprofil der Doppelmandate nahe.

Diese Modelle der Konzernorganisation machen deutlich, dass sich die Leitungsverantwortung der Geschäftsführung der Muttergesellschaft auf das gesamte Unternehmen erstreckt, einschließlich der Tochtergesellschaften (vgl. Drygala/Staake/Szalai, 2012, 706; Kleindiek, 2009, 796). Nach herrschender Meinung steht es allerdings im Ermessen der obersten Unternehmensleitung, ob eine **zentrale oder dezentrale Unternehmensführung** gewählt wird und inwieweit Tochterunternehmen in relativer Selbständigkeit agieren können. Letztlich ist dies unter Corporate Governance Gesichtspunkten eine Bewährungsprobe für die Risikosteuerung durch die Konzernspitze (Kleindiek, 2009, 795). Im Hinblick auf international tätige Unternehmen bewerten Holtbrügge und Welge (2010, 227) die effiziente Aufteilung der Entscheidungskompetenzen zwischen Muttergesellschaft und den Tochtergesellschaften als eine der zentralen Herausforderungen. Dabei würden die gleichen Strukturierungsprinzipien wie bei national operierenden Unternehmungen angewendet werden (ebenso Macharzina/Wolf, 2010, 976). In ähnlicher Weise stellt Krüger (1994, 264) fest, dass der Begriff „einheitliche Leitung“ ein breites Feld zwischen zentraler und dezentraler Ausgestaltung der Leitung zulasse. Dies bedeute nichts anderes, als dass die wirtschaftliche Selbständigkeit der jeweiligen Konzerntöchter ein völlig unterschiedliches Ausmaß besitzen könne. Eine Zentralisierung von Führungsentscheidungen erleichtert deren einheitliche Durchsetzung. Gleichzeitig wird der Entscheidungsprozess schwerfällig und unflexibel; außerdem werden Entscheidungen fernab des Marktgeschehens getroffen (Scheffler, 1992, 32). Allgemein lässt sich zwischen Rahmenentscheidungen und Folgeentscheidungen unterscheiden. Rahmenentscheidungen können definitionsgemäß nicht delegiert werden, während dies bei den daraus resultierenden Entscheidungen grundsätzlich möglich ist (v. Werder, 2008, 269 f.). Dabei können Folgeentscheidungen ihrerseits wieder Rahmenentscheidungen für nachgelagerte Folgeentscheidungen sein, wie dies beim „Herunterbrechen“ von Vorgaben auf die verschiedenen Hierarchieebenen typischerweise der Fall ist. Beispielsweise wird in einem divisional organisierten Unternehmen im Konzernvorstand über die Budgetierung der einzelnen Sparten entschie-

den, die Bereichsleiter allozieren das ihnen zugeteilte Budget wiederum auf ihre Abteilungen, die Abteilungsleiter teilen diese Mittel dann schließlich einzelnen Projekten zu.

Eine Form der dezentralen Führung ist die **Selbstabstimmung**. Dieses nicht-hierarchische Koordinations- und Steuerungsinstrument erlaubt den Unternehmenseinheiten ohne Einschaltung der Muttergesellschaft gemeinsam Entscheidungen zu treffen (Holtbrügge/Welge, 2010, 246; Meckl, 2010, 149). Dazu können überregionale, wenn nicht sogar globale Teams geschaffen werden. Diese Arbeitsgruppen können im Wege sog. Linking-Pin-Strukturen über Hierarchieebenen oder Regionen hinweg in die Aufbauorganisation des Unternehmens eingebunden werden. Hierbei ist ein Mitglied der Gruppe, z. B. deren Leiter, zugleich Mitglied einer anderen, insbesondere hierarchisch übergeordneten Gruppe und stellt die angemessene Vertretung der Interessen und Arbeitsergebnisse seiner Gruppe im Entscheidungsprozess der anderen Gruppe, die beispielsweise in der Zentrale angesiedelt ist, sicher (Meckl, 2010, 149). Dieses Koordinationsmittel ist nicht nur geeignet, Aktivitäten abzustimmen, sondern dient auch dem Wissenstransfer im Unternehmen (Meckl, 2002, 667).

Welche Struktur gewählt wird, ist letzten Endes eine Frage der verfolgten Strategie („structure follows strategy“) und der Führungsphilosophie; aber sie richtet sich auch nach der Bedeutung der Tochtergesellschaft, den Inhalten der Geschäftstätigkeit, und nach Anzahl und Art der Wertschöpfungsstufen (vgl. Meckl, 2002, 667). Kriterien für die Gestaltung der Organisationsstruktur sind die Dynamik und die in der Unternehmensumwelt bestehende Unsicherheit sowie die Unternehmensgröße. Des Weiteren hängt sie vom jeweiligen Grad der erforderlichen Marktorientierung, Ressourceneffizienz, Qualifikation und Motivation der Mitarbeiter sowie der benötigten Flexibilität der Organisation ab (Dillerup/Stoi, 2011, 397). Aufgrund empirischer Studien ließ sich feststellen, dass sich divisionale Organisationen immer weniger an Regionen und Kunden ausrichten, sondern die Produktorientierung ansteigt. Zentralbereiche und Holdingstrukturen gewinnen an Bedeutung; als Antwort auf die gestiegene Komplexität werden häufiger Matrixstrukturen angewendet. Ferner wurde festgestellt, dass sich die Organisationsstrukturen von deutschen und angelsächsischen Unternehmen annähern und Reorganisationen und Strategiewechsel finden häufiger statt (Dillerup/Stoi, 2011, 401 m. w. N.).

3.5 Zwischenergebnis

Corporate Governance für und in Tochtergesellschaften folgt den gleichen Strukturen wie bei Einheitsunternehmen. Die Herausforderung für das Management der Muttergesellschaft ist zunächst die Tatsache, dass die Einflussmöglichkeiten auf Tochtergesellschaften ohne deren einvernehmliche Mitwirkung begrenzt sind und sie sich im Wesentlichen nach dem jeweils anzuwendenden gesellschaftsrechtlichen Statut und sonstiger gesetzlicher Vorschriften richten. Ein „Hineinregieren“ in die Tochtergesellschaft ist zum Schutz von Minderheitsaktionären und Gläubigern der Tochtergesellschaft nur in engen Grenzen zulässig.

Das Konzernrecht lässt je nach Konzerntyp mehr oder weniger weitgehende Eingriffe in die Tochtergesellschaft zu, die für diese auch nachteilig sein können. Dies geschieht vor allem im Wege der persönlichen Weisung von Mitgliedern des geschäftsführenden Organs oder sonstigen Mitarbeitern der Muttergesellschaft an den Vorstand oder nachgeordnete Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft. Bei nachteiligen Weisungen müssen in der Regel der Tochtergesellschaft entstandene Vermögensnachteile ausgeglichen werden.

Das Konzernrecht hat allerdings nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich. Das bedeutet in der Konsequenz, dass außerhalb dieses Anwendungsbereichs die genannten Restriktionen nicht gelten. Hier bleibt es bei der Geltung der gesetzlichen Regelungen des jeweiligen (in- oder ausländischen) Gesellschaftsstatuts. Dieses lässt sich durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags auf die Leitungs- und Kontrollbedürfnisse der Muttergesellschaft ausrichten. Dazu gehören die Kompetenzfestschreibung der Tochtergeschäftsführung, die Einrichtung institutionalisierter Beratungs-, Entscheidungs- und Kontrollgremien und die Verankerung von Organisationsstrukturen und Weisungsrechten bzw. Berichtspflichten. Ergänzt werden kann dies durch Beherrschungsverträge.

Die Gestaltung der Führungsorganisation unterstützt ebenfalls die Steuerung und Kontrolle von Tochtergesellschaften. Ein effektives, aber nicht unumstrittenes Mittel ist die Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben in Mutter- und Tochtergesellschaft in Personalunion (Doppelmandate). Alternativen dazu sind die Bildung eines Konzernausschusses und anderer konzernweiter Arbeitsgruppen sowie die Verankerung der Tochterbelange im Vorstand der Muttergesellschaft möglich. Eine ähnliche Herausforderung ist die effiziente Aufteilung der Entscheidungskompetenzen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften.

4 Zusammenfassung, Bewertung und Ausblick

Die Ausgestaltung der Corporate Governance Strukturen im Konzernverbund ist begrenzt durch die gesetzlichen Vorgaben, die sich aus Gesellschaftsrecht und Konzernrecht ergeben. Dennoch verbleibt der Konzernspitze ein Ermessensspielraum, ob sie eine zentrale oder dezentrale Konzernorganisation wählt. Wie stark eine Tochtergesellschaft zu steuern und zu kontrollieren ist, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Entscheidend sind der bearbeitete Markt, die Bedeutung der Gesellschaft, die übernommenen Aufgaben und nicht zuletzt die Persönlichkeitsstruktur des lokalen Managements. Da diese Faktoren stetigen Änderungen unterworfen sind, sind zwangsläufig auch die Corporate Governance Strukturen laufend auf ihre Effizienz und Leistungsfähigkeit hin zu überprüfen. Deshalb sind die anzuwendenden Strukturen und Methoden ebenso unterschiedlich wie die Probleme und Bedürfnisse der Tochtergesellschaften. Wenn z. B. das lokale Marktumfeld komplex und herausfordernd ist, benötigt das lokale Management mehr Unabhängigkeit. Die goldene Regel für die Gestaltung von Corporate Governance Strukturen ist so viel lokale Anpassung wie nötig und konzernweite Standardisierung wo möglich (Steger/Brellochs/Amann, 2008, 193 f.). Weisungsbefugnisse und Kompetenzzentralisierung müssen dosiert eingesetzt werden, um die „*Motivationseffizienz*“ der Tochtergeschäftsführung nicht zu sehr zu beeinträchtigen (dazu v. Werder, 2008, 347 f.).

So lässt sich zusammenfassend feststellen, dass bestehende Corporate Governance Regelwerke vorwiegend das Einheitsunternehmen im Blick haben und auf das Management von Unternehmensgruppen weiterentwickelt werden müssen. Dennoch stehen bei entsprechender Anpassung auf den Einzelfall zahlreiche leistungsfähige Corporate Governance Strukturen zur Steuerung von in- und ausländischen Tochtergesellschaften zur Verfügung.

In Hinblick auf zukünftige Entwicklungen steht zu vermuten, dass die verschiedenen Corporate Governance Systeme in Bezug auf eine noch weiter erhöhte Transparenz der internen Abstimmungsvorgänge und Kontrollmechanismen weiter konvergieren werden. Andererseits werden die nationalen Unternehmensverfassungen eine größere strukturelle Vielfalt zulassen (one-tier board oder two-tier board), oder durch supranationale Gesellschaftsrechtsformen verdrängt werden, die diese Wahlfreiheit ermöglichen (vgl. die SE). Darüber hinaus wird Corporate Governance auch in nicht börsennotierten Unternehmen an Bedeutung gewinnen, weil sie einerseits zur effizienten Steuerung internationaler Unternehmensverbände erforderlich ist und andererseits, weil schon jetzt Banken und börsennotierte Konzerne verstärkt auf die Corporate Governance Strukturen ihrer Geschäftspartner achten.

Literaturverzeichnis

- BARTLETT, C. A./GHOSHAL, S. (1990): *Managing Across Borders — The Transnational Solution*. Boston 1989, Nachdruck, London 1990.
- BECKER, W./ULRICH, P. (2010): *Corporate Governance und Controlling — Begriffe und Wechselwirkungen*. In: *Corporate Governance, Risk Management und Compliance — Innovative Konzepte und Strategien*, hrsg. von F. Keuper und F. Neumann, Wiesbaden 2010, S. 3–28.
- BAUMS, T./SCOTT, K. E. (2005): *Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany*. In: *The American Journal of Comparative Law*, 53. Jg. (2005), S. 31–76.
- BRELLOCHS, J. A. (2007): *The Corporate Governance of Subsidiaries in multinational Corporations — Theoretical Analysis and Empirical Evidence from Europe*. Zugl. Diss. Berlin, Techn. Univ., 2007.
- CHANCHARAT, N./KRISHNAMURTI, C./TIAN, G. (2012): *Board Structure and Survival of New Economy IPO Firms*. In: *Corporate Governance: An International Review*, 20. Jg. (2012), Heft 2, S. 144–163.
- CROMME, G. (2005): *Corporate Governance in Germany and the German Corporate Governance Codex*. In: *Corporate Governance*, 13. Jg. (2005), Heft 3, S. 362–367.
- DEPAMPHILIS, D. M. (2012): *Mergers, acquisitions, and other restructuring activities: an integrated approach to process, tools, cases, and solutions*. 6. Aufl., San Diego 2012.
- DILLERUP, R./STOI, R. (2011): *Unternehmensführung*. 3. Aufl., München 2011.
- DRYGALA, T./STAAKE, M./SZALAI, S. (2012): *Kapitalgesellschaftsrecht — Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*. Berlin und Heidelberg 2012.
- EBERS, M./MAURER, I./GRAUMANN, M. (2011): *Organisation*. In: *Betriebswirtschaft für Führungskräfte — Eine Einführung für Ingenieure, Naturwissenschaftler, Juristen und Geisteswissenschaftler*, hrsg. von W. Busse von Colbe, A. G. Coenenberg, P. Kajüter, U. Linnhoff, B. Pellens, 4. Aufl., Stuttgart 2011, S. 170–205.
- EMMERICH, V. (2010): *Kommentierung zu § 308 AktG*. In: *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, hrsg. von V. Emmerich und M. Habersack, 6. Aufl., München 2010.

- EMMERICH, V./HABERSACK, M. (2008): Konzernrecht — Ein Studienbuch. 9. Aufl., München 2008.
- ENDRES, M. (1999): Organisation der Unternehmensleitung aus Sicht der Praxis. In: ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 163. Bd. (1999), S. 441–460.
- FEDKE, T. (2006): Corporate Governance in international agierenden Konzernen — Vergleichende Untersuchung des Konzerngefüges zwischen Obergesellschaft und Tochterunternehmen im australischen und deutschen Recht. Zugl. Diss. Berlin, Humboldt- Univ., 2006.
- FETT, T. (2008): Kommentierung zu § 308 AktG. In: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von T. Bürgers und T. Körber, Heidelberg 2008.
- GERUM, E. (2007): Das deutsche Corporate Governance System — Eine empirische Untersuchung. Stuttgart 2007.
- GREINER, L. E. (1972): Evolution and revolution as organizations grow. In: Harvard Business Review, July-August 1972, S. 31–46.
- HABERSACK, M. (2010): Kommentierung zu § 311 AktG. In: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, hrsg. von V. Emmerich und M. Habersack, 6. Aufl., München 2010.
- HOLTBRÜGGE, D./WELGE, M. K. (2010): Internationales Management — Theorien, Funktionen, Fallstudien. 5. Aufl., Stuttgart 2010.
- HOPT, K. J. (1999): Kommentierung zu § 93 AktG. In: Aktiengesetz — Großkommentar, hrsg. von K. J. Hopt, und H. Wiedemann, 4. Aufl., Band 3, §§ 76–94 AktG, Berlin 2008.
- HOPT, K. J. (2012): Kommentierung zu § 164 HGB. In: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), hrsg. von A. Baumbach und K. J. Hopt, 35. Aufl., München 2012.
- HÜFFER, U. (2012): Aktiengesetz. 10. Aufl., München 2012.
- JACOBY, F. (2010): Kommentierung zu § 31 GmbHG. In: GmbHG — Kommentar zum GmbH-Gesetz, hrsg. von R. Bork und C. Schäfer, Köln 2010.
- JENSEN, M. C./MECKLING, W. H. (1976): Theory of the Firm — Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: Journal of Financial Economics, 3. Jg. (1976), S. 305–360.

- KIEL, G. C./HENDRY, K./NICHOLSON, G. J. (2006): Corporate Governance Options for the Local Subsidiaries of Multinational Enterprises. In: *Corporate Governance*, 14. Jg. (2006), Heft 6, S. 568–576.
- KLEINDIEK, D. (2009): Konzernstrukturen und Corporate Governance — Leitung und Überwachung im dezentral organisierten Unternehmensverbund. In: *Handbuch Corporate Governance — Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, hrsg. von P. Hommelhof, K. J. Hopt, und A. v. Werder, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 787–823.
- KLEINDIEK, D. (2009A): Kommentierung zu § 37 GmbHG. In: *GmbH-Gesetz — Kommentar*, hrsg. von W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek und M. Lutter, 17. Aufl., Köln 2009.
- KRÜGER, W. (1994): *Organisation der Unternehmung*. 3. Aufl., Stuttgart 1994.
- KUHLMANN, J./AHNIS, E. (2010): *Konzern- und Umwandlungsrecht*. 3. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2010.
- KUTSCHKER, M./SCHMID, S. (2011): *Internationales Management*. 7. Aufl., München 2011.
- LENZ, T. (2010): Kommentierung zu § 37 GmbHG. In: *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, hrsg. von L. Michalski, Band II, §§ 35–85 GmbHG §§ 1–4 EGGmbHG, München 2010.
- LETZA, S./SUN, X./KIRKBRIDE, J. (2004): Shareholding versus Stakeholding: a critical review of corporate governance. In: *Corporate Governance*, 12. Jg. (2004), Heft 3, S. 242–262.
- LUTTER, M./KRIEGER, G. (2008): *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. Aufl., Köln 2008.
- MACHARZINA, K./WOLF, J. (2010): *Unternehmensführung — Das internationale Managementwissen — Konzepte, Methoden, Praxis*. 7. Aufl., Wiesbaden 2010.
- MALLIN, C. A. (2007): *Corporate Governance*. 2. Aufl., Oxford 2007.
- MECKL, R. (2002): Probleme der Gründung von Auslandsgesellschaften. In: *Handbuch Internationales Management — Grundlagen Instrumente Perspektiven*, hrsg. von K. Macharzina und M.-J. Oesterle, 2. Aufl. 2002, Wiesbaden 2002, S. 653–667.
- MECKL, R. (2010): *Internationales Management*. 2. Aufl., München 2010.

- OESTERLE, M.-J. (2007): Corporate Governance für Familienunternehmen. In: ZfM Zeitschrift für Management, 2. Jg. (2007), Heft 1, S. 28–59.
- PICOT, A./BÖHME, M. (1999): Controlling in dezentralen Unternehmensstrukturen. München 1999.
- PICOT, A./DIETL, H./FRANCK, E./FIEDLER, M./ROYER, S. (2012): Organisation — Theorie und Praxis aus ökonomischer Sicht. 6. Aufl., Stuttgart 2012.
- RENDERS, A./GAEREMYNCK, A. (2012): Corporate Governance, Principal-Principal Agency Conflicts, and Firm Value in European Listed Companies. In: Corporate Governance: An International Review, 20. Jg. (2012), Heft 2, S. 125–143.
- SABATINO, T. J./WOLF, S. E. (2010): Subsidiary Governance: What It Is, Why It Matters and How to Build a Good System. In: The Corporate Governance Advisor, 18. Jg. (2010), Heft 3, S. 5–9.
- SCHEFFLER, E. (1992): Konzernmanagement. München 1992.
- SCHMIDT, R./WEIB, M. (2009): Shareholder vs. Stakeholder: Ökonomische Fragen. In: Handbuch Corporate Governance — Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, hrsg. von P. Hommelhof, K. J. Hopt, und A. von Werder, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 161–183.
- SCHNEIDER, U. H. (1986): Die vertragliche Ausgestaltung der Konzernverfassung. In: Betriebs-Berater, 1986, Heft 30, S. 1993–1999.
- SCHNEIDER, U. H. (2002): Die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen. In: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, Heft 20, S. 873–880.
- SEIDEL, E./REDEL, W. (1987): Führungsorganisation. München 1987.
- SEITZ, P. (1993): Strategische Managementsysteme im internationalen Unternehmen. München 1993.
- STEGER, U./BRELLOCHS, J./AMANN, W. (2008): Corporate Governance in and with Subsidiaries. In: Corporate Governance – How to Add Value, hrsg. von U. Steger und W. Amann, Hoboken 2008, S. 191–202.
- STRANGE, R./FILATOTCHEV, I./BUCK, T./WRIGHT, M. (2009): Corporate governance and International Business. In: MIR Management International Review, 49. Jg. (2009), Heft 4, S. 395–407.

- THEISEN, M. R. (2011): Rechtsformen und Corporate Governance. In: Betriebswirtschaft für Führungskräfte — Eine Einführung für Ingenieure, Naturwissenschaftler, Juristen und Geisteswissenschaftler, hrsg. von W. Busse von Colbe, A. G. Coenenberg, P. Kajüter, U. Linnhoff, B. Pellens, 4. Aufl., Stuttgart 2011, S. 145–169.
- VETTER, J. (2010): Kommentierung zu §§ 15 ff. AktG. In: Aktiengesetz — Kommentar, hrsg. von K. Schmidt und M. Lutter, 2. Aufl., Band I, §§ 1–149 AktG, Köln 2010.
- v. WERDER, A. (2008): Führungsorganisation — Grundlagen der Corporate Governance, Spitzen- und Leitungsorganisation. 2. Aufl., Wiesbaden 2008.
- WINDBICHLER, C. (2009): Corporate Governance internationaler Konzerne unter dem Einfluss kapitalmarktrechtlicher Anforderungen. In: Handbuch Corporate Governance — Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, hrsg. von P. Hommelhof, K. J. Hopt, und A. von Werder, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 825–848.
- ZÖLLNER, W. (2010): Schlussanhang — Die GmbH im Unternehmensverbund (GmbH-Konzernrecht). In: GmbHG — Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg. von A. Baumbach und A. Hueck, 19. Aufl., München 2010, Rdnr. 1–152.

Rechtsquellenverzeichnis

Rechtsnormen

AKTIENGESETZ (AKTG): Vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 49 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

BUNDESGESETZ VOM 30. MÄRZ 1911 BETREFFEND DIE ERGÄNZUNG DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCHES (FÜNFTER TEIL: OBLIGATIONENRECHT) (OR): Veröffentlicht in AS 27, S. 317 und zuletzt geändert durch Bundesgesetz vom 30.09.2011 (Anhang Ziff. 1) (AS 2012, S. 811).

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB): In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1084) geändert worden ist.

DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX (DCGK): In der Fassung vom 15. Mai 2012, die im Bundesanzeiger vom 15. Juni 2012 (BAnz AT 15.06.2012 B1, S. 1–8) bekannt gemacht worden ist.

GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG (GMBHG): In der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 51 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

GESETZ ZUR EINFÜHRUNG DER EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFT (SEEG) VOM 22. DEZEMBER 2012 (SEEG): In der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3675).

GEWERBEORDNUNG (GEWO): In der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 15. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2714) geändert worden ist.

HANDELSGESETZBUCH (HGB): In der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 39 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

LOI DU 10 AOÛT 1915 CONCERNANT LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES (LSC): Veröffentlicht im Mémorial A - 90 vom 30. Oktober 1915, S. 925 und zuletzt geändert durch Loi du 3 août 2011 (Mémorial A175 vom 12. August 2011, S. 2970).

MITBESTIMMUNGSGESETZ (MITBESTG): Vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 113 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

OECD-GRUNDSÄTZE DER CORPORATE GOVERNANCE (OECD-GRUNDSÄTZE 2004): In der Neufassung des Jahres 2004 in deutscher Übersetzung; online abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/32159487.pdf> (abgerufen am: 29.08.2012).

SARBANES-OXLEY ACT OF 2002 (SOA): Public Law 107–204, 116 Stat. 745–810.

VERORDNUNG (EG) NR. 2157/2001 DES RATES VOM 8. OKTOBER 2001 ÜBER DAS STATUT DER EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFT (SE) (SE-VO): Veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.11.2001 L 294/1.

WERTPAPIERHANDELSGESETZ (WPHG): In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juni 2012 (BGBl. I S. 1375) geändert worden ist.

Rechtsprechung

BGH, Urt. vom 16.02.2009, II ZR 185/07, online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2009-2-16> (abgerufen am: 29.08.2012).

BGH, Beschl. vom 07.12.2009, II ZR 63/08, online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2009-12-7> (abgerufen am: 29.08.2012).

BGH, Urt. vom 05.06.1975, II ZR 156/73, BGHZ 64, S. 325–333.

EuGH, Urt. vom 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10195–10238.