

2 Grundlagen der Nominierung von Aufsichtsratsmitgliedern

Das folgende Kapitel wird die Grundlagen dieser Arbeit legen. Hierzu werden die regulatorischen Rahmenbedingungen der Nominierung deutscher Aufsichtsratsmitglieder in börsennotierten Unternehmen (2.1) aufgezeigt, ein Vergleich zur Bedeutung von Ausschüssen in verschiedenen CG-Systemen generell und anhand von zwei Beispielländern durchgeführt (2.2) sowie abschließend der Forschungsstand zu Nominierungsprozessen und -ausschüssen (2.3) aufgearbeitet.

2.1 Regulatorische Grundlagen der Nominierung und Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Arbeit von Aufsichtsräten ist stark durch ihren regulatorischen Rahmen geprägt, der daher zunächst skizziert wird. Die folgende Darstellung zeigt entlang der für dieses Thema wesentlichen Regelungen im AktG und DCGK die Anforderungen an die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (2.1.1), die Grundlagen des Nominierungs- und Wahlvorgangs (2.1.2) und den Ursprung, die Regularien sowie die Verbreitung des Nominierungsausschusses (2.1.3) auf. Dabei kann auf die mitbestimmungsrechtlichen Gesetze verzichtet werden, da die Arbeit nur die Auswahl der Aktionärsvertreter zum Gegenstand hat.⁴⁷ Zusätzlich werden juristische Beiträge und relevante Gerichtsurteile ergänzend in die Betrachtung einbezogen, wenn sie zur weiteren Klärung der Grundlagen hilfreich erscheinen.

2.1.1 Rechtliche Anforderungen zur Aufsichtsratsbesetzung

Die Anforderungen an die Zusammensetzung des Aufsichtsrats werden in der Literatur als zentral für den Erfolg eines Gremiums beschrieben.⁴⁸ Dabei wird gerade in den Rechtswissenschaften oftmals zwischen Anforderungen unterschieden, die jedes einzelne Mitglied einhalten sollte und solchen über die das Gremium in Gänze verfügen sollte, die aber nur von wenigen beziehungsweise einer Person eingebracht werden.⁴⁹ Dieser Logik folgend strukturiert sich der folgende Abschnitt.

2.1.1.1 Persönliche Anforderungen an jedes einzelne Mitglied

Das AktG legt in § 100 Anforderungen fest, denen jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied zu entsprechen hat. Dabei ist jedoch nur Absatz 1 insofern positiv formuliert, als ausschließlich natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen berechtigt sind, Mitglied des Kontrollorgans zu werden. In §§ 100 Abs. 2, 105 AktG werden fünf Ausschlussstatbestände aufgeführt. Es können demnach keine Personen dem Aufsichtsrat angehören,

⁴⁷ Vgl. § 9 MitbestG beziehungsweise § 5 DrittelbG.

⁴⁸ Vgl. Lutter (1995b), S. 302.

⁴⁹ Vgl. Lutter (2003), S. 418.

- die mehr als zehn weitere Mandate in gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten innehaben, wobei bis zu fünf konzerninterne Mandate unberücksichtigt bleiben und Vorsitzendenmandate doppelt gezählt werden,⁵⁰
- die Vertreter eines abhängigen Unternehmens sind,
- die Vertreter eines Unternehmens sind, dessen Aufsichtsrat bereits ein Vorstand des zu beaufsichtigenden Unternehmens angehört (Überkreuzverflechtungen),⁵¹
- die in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied des zu beaufsichtigenden Unternehmens waren (sogenannte Karenzzeit),⁵²
- die aktuell Vorstände im zu beaufsichtigenden Unternehmen sind.

Zusätzlich legt der Bundesgerichtshof fest, dass ein Aufsichtsratsmitglied „diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen müsse, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.“⁵³

Der DCGK, der wesentliche gesetzliche Grundlagen zur Unternehmensführung des deutschen CG-Systems zusammenfasst („muss“-Passagen) und auf Basis internationaler und nationaler Grundsätze guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung Empfehlungen („soll“) und Anregungen („kann“ oder „sollte“) formuliert, ergänzt diese rechtlichen Anforderungen um einige wenige Punkte.⁵⁴ *Erstens* wird den Unternehmen empfohlen, eine Altersgrenze festzulegen (Tz. 5.4.1, Satz 2 DCGK).⁵⁵ *Zweitens* konkretisiert der Kodex die Unabhängigkeitsanforderungen der Aufsichtsräte dahingehend, dass er von Funktionen bei wesentlichen Wettbewerbern abrät (Tz. 5.4.2, Satz 4 DCGK).⁵⁶ *Drittens* fordert das Regelwerk ein ausreichendes zeitliches Engagement der Aufsichtsratsmitglieder ein, weshalb aktive Vorstände nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate ausüben sollen (Tz. 5.4.5 DCGK).

⁵⁰ Ausländische Mandate werden nicht einbezogen, vgl. Roth/Wörle (2004), S. 582.

⁵¹ Demnach darf ein „Vorstandsmitglied einer Gesellschaft (A) nicht zum Mitglied des Aufsichtsrats (B) bestellt werden, wenn jenem Aufsichtsrat (A) ein Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft (B) angehört“, Roth/Wörle (2004), S. 583.

⁵² Sie gilt nur für Neubestellungen und kann mit einem Aktionärsantrag, der von 25 % des stimmberechtigten Kapitals unterstützt wird, umgangen werden, § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG.

⁵³ BGHZ 85, 293, 295f. Vgl. auch Ringleb et al. (2010), Rn 1017.

⁵⁴ Da der Kodex ein Soft Law ist, kann seine Befolgung staatlich nicht sanktioniert werden, sondern ist eine Selbstverpflichtung. Es gilt aber durch § 161 AktG das „Comply-or-Ex-plain“-Prinzip, das börsennotierte Unternehmen zur Information darüber verpflichtet, ob und inwieweit sie den Kodex-Empfehlungen folgen, vgl. Hommelhoff/Schwab (2009), S. 74–80.

⁵⁵ Die Altersgrenze, die frei gewählt werden kann, ist nur dann als eine Anforderung im eigentlichen Sinne zu verstehen, wenn sie als Individualkriterium definiert wird. In der Praxis liegt sie zwischen 70 und 75 Jahren, vgl. Ringleb et al. (2010), Rn 1024. Siehe hierzu die Originalbefunde im Kodex-Report Werder/Talaulicar (2010), S. 857.

⁵⁶ Vgl. Tz. 5.4.2, 5.4.1 und 5.5.2 DCGK.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Mindestanforderungen an ein Aufsichtsratsmandat sehr zurückhaltend formuliert sind (s. auch Tabelle 1).⁵⁷

Regelungsquelle	Anforderungen an jedes einzelne Mitglied
§ 100 Abs. 1 AktG	Natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person
§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. in Verbindung mit Satz 2 AktG	Nicht mehr als 10 weitere Mandate in gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten (nicht anzurechnen 5 Konzern-interne Mandate; Vorsitzendemandate zählen doppelt).
Tz. 5.4.5 Satz 2 DCGK („soll“)	Vorstände börsennotierter Gesellschaften: maximal drei konzern-externe Aufsichtsratsmandate bei börsennotierten oder vergleichbaren Unternehmen
§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG	Kein Vertreter eines abhängigen Unternehmens
§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG	Kein Vertreter eines Unternehmens, dessen Aufsichtsrat bereits ein Vorstand des zu beaufsichtigenden Unternehmens angehört (keine Überkreuzverflechtungen)
§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG	Kein Vertreter, der in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied des zu beaufsichtigenden Unternehmens war. (Ausnahme: 25 % des stimmberechtigten Kapitals bringen einen solchen Wahlvorschlag ein).
§ 105 Abs. 1 AktG	Kein Vorstand des gleichen Unternehmens
BGHZ 85, 293, 295f.	„Mindestkenntnisse und -fähigkeiten [...] um normalerweise anfallende Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.“
Tz. 5.4.1 Satz 2 DCGK („soll“)	Altersgrenze für Mitglieder
Tz. 5.4.1 Satz 6 DCGK („soll“)	Eigenverantwortliche Wahrnehmung von Aus- und Fortbildungsmaßnahmen mit Unterstützung der Gesellschaft
Tz. 5.4.2 Satz 4 DCGK („soll“)	Keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens
Tz. 5.4.5 Satz 1 DCGK („muss“)	Ausreichend Zeit zur Wahrnehmung des Mandats

Tabelle 1: Überblick bezüglich der individuellen Anforderungen an ein Aufsichtsratsmandat
(Quelle: eigene Darstellung)

2.1.1.2 Anforderungen an die Zusammensetzung des Gesamtgremiums

Zusätzlich zu den persönlichen Anforderungen lassen sich den Regelungsquellen Anforderungen entnehmen, die unabhängig von der einzelnen Person für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats insgesamt relevant sind. Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) hat im Mai 2009 erstmals eine konkrete Qualifikationsforderung ins AktG eingeführt. So muss dem Aufsichtsrat einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft mindestens ein Financial Expert angehören (§ 100 Abs. 5 AktG).⁵⁸ Die Regelung ist nicht neu für börsennotierte Gesellschaften, da der DCGK schon länger für den Prüfungsausschussvorsitzenden ähnliche Kriterien aufstellt (Tz. 5.3.2 Satz 2 und 3 DCGK).

Darüber hinaus empfiehlt der DCGK, weitere Punkte bei der Zusammensetzung des Kontrollorgans zu beachten. *Erstens* soll der Aufsichtsrat so besetzt sein, dass er in

⁵⁷ Vgl. Roth/Wörle (2004), S. 581; Wittmann (2007), S. 84 und Ringleb et al. (2010), Rn 1015.

⁵⁸ In kapitalmarktorientierten Gesellschaften (im Sinne von § 264d HGB) muss mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen, vgl. auch Bröcker/Mosel (2009), S. 132. Für eine weitere Einführung sei auf Strieder (2009), S. 58 verwiesen.

Gänze über die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben verfügt (Tz. 5.4.1 Satz 1 DCGK). *Zweitens* sollen potenzielle Interessenskonflikte berücksichtigt werden (Tz. 5.4.1, Satz 2 DCGK). *Drittens* wurde mit der Revision des Kodexes im Juni 2010 eine Verschärfung der Diversity-Aspekte vorgenommen (Tz. 5.4.1 Satz 2 DCGK). Danach sollen Zusammensetzungsziele hinsichtlich der internationalen Tätigkeit des Unternehmens und insbesondere zur angemessenen Beteiligung von Frauen aufgestellt und bei den Wahlvorschlägen berücksichtigt werden (Tz. 5.4.1 DCGK). *Viertens* fordert der Kodex eine ausreichende Anzahl an unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern (Tz. 5.4.2 Satz 1 DCGK).⁵⁹ Die Ableitung der ausreichenden Anzahl an unabhängigen Mitgliedern obliegt jedem Aufsichtsrat selbst.⁶⁰ Die juristische Literatur legt Unabhängigkeit dahingehend aus, dass (1) keine Orientierung der Besetzungspraxis an der Pflege von Geschäftsbeziehungen erfolgen, wie die Repräsentation von Kunden oder Lieferanten im Kontrollgremium, (2) keine zu große Nähe zum Management gegeben sein, beispielsweise durch Anteilseignervertreter, die in einer engen freundschaftlichen Beziehung zu einem Vorstandsmitglied stehen, und (3) keine Partikularinteressen, wie die Verfolgung originär persönlicher Ziele, vertreten sein soll.⁶¹ *Abschließend* wird empfohlen, dass nicht mehr als zwei ehemalige Vorstände Mitglied des Aufsichtsrats (Tz. 5.4.2, Satz 3 DCGK) sein sollen, wobei durch die Einführung der Karenzzeit für Vorstände der Übertritt gesetzlich erheblich erschwert wurde,⁶² und der Wechsel eines Vorstands auf die Position des Aufsichtsratsvorsitzenden (ARV) eine der Hauptversammlung zu begründende Ausnahme sein soll (Tz. 5.4.4, Satz 2 DCGK) – auch wenn durch die Einführung der Karenzzeit für ehemalige Vorstände des gleichen Unternehmens der direkte Wechsel erschwert wurde.⁶³

Die vorangegangene Darstellung hat gezeigt, dass die gremiumsspezifischen Anforderungen ebenfalls sehr zurückhaltend formuliert sind (s. auch Tabelle 2).⁶⁴ Die Zurück-

⁵⁹ Unabhängig ist ein Mitglied, „wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet.“ (Tz. 5.4.2 Satz 2 DCGK). Somit ist die deutsche Definition im Vergleich zu anderen CG-Systemen sehr weit und ungenau. Es gibt aber Bestrebungen von der DCGK-Kommission dies zu ändern, vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2012). Für eine Einführung über die Debatte der Unabhängigkeit sei auf Oetker (2009), S. 277–300; Roth/Wörle (2004), S. 565–640 und Säcker (2004), S. 180–186 verwiesen.

⁶⁰ Vgl. Lieder (2005), S. 569–574 und Ringleb et al. (2010), Rn 1041.

⁶¹ Vgl. Werder/Wieczorek (2007), S. 299–302 und Ringleb et al. (2010), Rn 1017. Anders als dies noch Mestmäcker (1958), S. 103 und Schreyögg (1983), S. 278–282 konstatieren.

⁶² Vgl. bezüglich der Karenzzeit für Vorstände den vorhergehenden Abschnitt 2.1.1.1 und § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG.

⁶³ Der direkte Wechsel eines Vorstands, gerade in den Aufsichtsratsvorsitz, war bei großen Publikums-gesellschaften lange die Regel, vgl. Rang (2004), S. 2–5. Bezüglich der Karenzzeit vgl. 2.1.1.1 und § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG.

⁶⁴ Die juristische Literatur hat auf diesen Mangel reagiert und eigene Konzepte beziehungsweise Anforderungen entwickelt. Lutter (2003), S. 418 definiert einen allgemeinen Besetzungsplan. Dieser Zuteilung von „Ressorts“ widerspricht Süner (2003), S. 835–836. Da bei der vorliegenden Arbeit nicht

haltung des Gesetzgebers sowie der Kodex-Kommission wird in der Literatur oftmals mit der in Deutschland bestehenden Mitbestimmung auf Unternehmensebene begründet, da die Arbeitnehmervertreter (ANV) weitergehende Qualifikationsanforderungen aufgrund der Wahlbedingungen in den Mitbestimmungsgesetzen kaum erfüllen könnten.⁶⁵ Dessen ungeachtet ergeben sich jedoch erste Veränderungstendenzen und damit Konkretisierungen, wie die Regelung zum Financial Expert oder die Empfehlungen zu Diversity-Kriterien in der Neufassung des DCGK im Juni 2010 zeigen.

Zusätzlich zu den vorgestellten Passi besteht für die Unternehmen die Möglichkeit, weitere Anforderungen in die Unternehmenssatzung aufzunehmen (§ 100 Abs. 4 AktG). Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese nur für Anteilseignervertreter bindend sind und der Grundsatz bestehen bleibt, dass die Wahlfreiheit der Hauptversammlung nicht maßgeblich eingeschränkt werden darf.⁶⁶ Von diesem Recht wird wahrscheinlich auch deshalb nur eingeschränkt Gebrauch gemacht.⁶⁷

Die Erkenntnisse können in Tabelle 2 zusammengefasst werden:

Regelungsquelle	Anforderungen an die Zusammensetzung
§ 100 Abs. 5 AktG	„Unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats [mit] Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung“ (sog. nannter Financial Expert);
Tz. 5.3.2 Satz 2 und 3 DCGK („soll“)	Ähnliche Regelung für Prüfungsausschussvorsitzenden hinsichtlich Qualifikationen und Unabhängigkeit
Tz. 5.4.1 Satz 1 DCGK („muss“)	„Insgesamt [muss der Aufsichtsrat] über die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen.“
Tz. 5.4.1 Satz 2 und 3 DCGK („soll“)	Ziele für Zusammensetzung unter Beachtung der internationalen Tätigkeit des Unternehmens potenzieller Interessenskonflikte Diversity, insbesondere Frauen
Tz. 5.4.2 Satz 1 DCGK („soll“)	Ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder
Tz. 5.4.2 Satz 3 DCGK („soll“)	Nicht mehr als zwei ehemalige Vorstände der gleichen Gesellschaft

Tabelle 2: Überblick bezüglich der Anforderungen an die Zusammensetzung des Aufsichtsrats
(Quelle: eigene Darstellung)

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Qualifikationsanforderungen sowohl an jede einzelne Person als auch an das Gesamtgremium wenig konkrete Regelungen beinhalten, wie die Definition besonderer persönlicher Eigenschaften aller oder einzel-

die Merkmale der Kandidaten, sondern deren Auswahlprozess im Fokus stehen, wird diese Debatte in der Folge nicht weiter aufgegriffen.

⁶⁵ Vgl. Ulmer (2002), S. 161 und Wirth (2005), S. 331. So legt das DrittelBG beziehungsweise das MitbestG für die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter fest, dass diese aus dem Unternehmen und nicht aus dessen Leitungsebene (Ausnahme für den Vertreter der Leitenden Angestellten, vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG) kommen dürfen. Damit unterliegen die Arbeitnehmervertreter einer erheblichen Einschränkung des verfügbaren Qualifikationspotenzials, vgl. § 4 Abs. 2 DrittelBG und § 7 Abs. 3 MitbestG.

⁶⁶ Vgl. Bollweg (1997), S. 113–114 und Hüffer (2006), S. 516 bezüglich der rechtlich zulässigen Einschränkungen.

⁶⁷ Vgl. Ringleb et al. (2010), Rn 1034.

ner Mitglieder – mit Ausnahme des Financial Expert.⁶⁸ Dies gibt den Verantwortlichen einen breiten unternehmerischen Ermessensspielraum bei der Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern.

2.1.2 Anforderungen an den Nominierungs- und Wahlvorgang

Der folgende Abschnitt wird das Wahlverfahren (2.1.2.1), die Regelungen zur Beendigung eines Mandats (2.1.2.2) sowie die Anforderungen an den Nominierungsprozess (2.1.2.3) aufzeigen, um so die Rahmenbedingungen im Nominierungsprozess und für den Nominierungsausschuss abzustecken.

2.1.2.1 Wahlverfahren der Aufsichtsratsmitglieder

Das AktG definiert drei Wege der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied. *Erstens* erfolgt die Bestellung mittels Wahl durch die Hauptversammlung (§ 100 Abs. 1 AktG).⁶⁹ Es müssen zwingend Wahlvorschläge vom amtierenden Aufsichtsrat der Hauptversammlung unterbreitet werden (§ 124 Abs. 3 AktG). Andernfalls kann das Aktionärsplenum nicht wirksam wählen.⁷⁰ Die Kandidatenvorschläge müssen weder begründet werden noch Alternativvorschläge enthalten.⁷¹ Zusätzlich steht Aktionären ein Vorschlagsrecht zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu (§§ 127, 122 Abs. 2 AktG). Es gelten die gleichen Anforderungen wie beim Vorschlag der Verwaltung. Aktionärsvorschläge sind jedoch „nicht die Regel“.⁷² Jeder Wahlvorschlag muss den Namen, ausgeübten Beruf und Wohnort des Kandidaten enthalten (§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG). Bei börsennotierten Unternehmen müssen auch Angaben über weitere Mandate erfolgen (§ 125 Abs. 1 Satz 3 AktG). Die Wahl kann in Einzel- oder Blockwahl erfolgen. Der DCGK empfiehlt die Einzelwahl (Tz. 5.4.3 DCGK), die in der Praxis auch vermehrt vorgenommen wird.⁷³ Die Aktionärsversammlung ist an die Wahlvorschläge der Verwaltung nicht gebunden und es genügt die einfache Mehrheit.⁷⁴ Das AktG kennt somit anders als manch ausländische Regelungen keinen Minderheitenschutz bei der Wahl der Aktionärsvertreter.⁷⁵

Zweitens ist es möglich – zumeist für Großaktionäre –, sich ein Entsendungsrecht für maximal ein Drittel der Anteilseignervertreter in der Satzung zu sichern (§ 101 Abs. 2

⁶⁸ Vgl. Wirth (2005), S. 331.

⁶⁹ Für eine umfassende Erörterung der Wahlmodalitäten sei auf Bollweg (1997) verwiesen.

⁷⁰ Vgl. Lutter (2003), S. 418. Semler (2009), S. 9 nennt es „Vorschlagspflicht“. Eine Ausnahme gilt, wenn Wahlen von einer Aktionärsminorität ausgehen, vgl. Bollweg (1997), S. 123.

⁷¹ Vgl. Roth/Wörle (2004), S. 575.

⁷² Meder (2008), S. 1242 insbesondere bei Publikumsgesellschaften ist dies „nur in seltenen Fällen vom erhofften Erfolg gekrönt“. Auch beinhalten diese Vorschläge oftmals „nicht bestellungsfähige Gegenkandidaten“, da sich Kleinaktionäre selbst vorschlagen, Roth/Wörle (2004), S. 576.

⁷³ Bei 100% der Unternehmen des DAX 30 und MDAX, vgl. Werder/Talaulicar (2010), S. 857.

⁷⁴ Es sei denn, die Satzung legt etwas anderes fest, vgl. Hüffer (2006), S. 521.

⁷⁵ Vgl. Semler/Wagner (2009), S. 75–76.

AktG). Diese Vertreter können direkt entsendet, aber auch wieder abberufen werden. Die Entsendung erfolgt dabei „ad personam“.⁷⁶

Drittens besteht die Möglichkeit, Vertreter gerichtlich auf Antrag des Vorstands, Aufsichtsrats oder eines Aktionärs zu bestellen (§ 98 AktG). Das ist möglich, wenn dem Gremium die nötige Anzahl an Mitgliedern für seine Beschlussfähigkeit fehlt oder die nach Gesetz oder Satzung vorgesehene Mindestzahl an Mitgliedern nicht erreicht wird.⁷⁷ Der DCGK empfiehlt in Tz. 5.4.3, eine gerichtliche Bestellung für Anteilseignervertreter nur bis zur nächsten Hauptversammlung vorzunehmen, um sie dann ordentlich wählen zu lassen.

Diese Arbeit wird sich mit Bestellungen beschäftigen, die durch Wahl in der Hauptversammlung auf Vorschlag des amtierenden Aufsichtsrats oder eine kurzfristige gerichtliche Bestellung zustande kommen. Bei diesen beiden Bestellungsarten verfügt der amtierende Aufsichtsrat über ein Vorschlagsrecht – entweder durch Kandidatenvorschlag an die Hauptversammlung oder an das Gericht. Es kann somit bei diesen Fällen im formalen Sinne von einer Nominierung ausgegangen werden. Bei der Wahl auf Vorschlag des Aktionärs in der Hauptversammlung und insbesondere bei entsendeten Vertretern entfällt die Vorschlagsfunktion des amtierenden Aufsichtsrats.

2.1.2.2 Beendigung des Aufsichtsratsmandats

Da es für die aktive Gestaltung der Aufsichtsratszusammensetzung wichtig ist, welche Rahmenbedingungen bei der Beendigung des Mandats zu beachten sind, sollen diese kurz skizziert werden. Sie können vor allem beim Eintritt eines neuen Großaktionärs in den Aufsichtsrat besondere Relevanz besitzen.⁷⁸

Die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder liegt in Deutschland im Normalfall bei der Höchstdauer von „grobgerechnet“⁷⁹ fünf Jahren (§ 102 Abs. 1 AktG).⁸⁰ Eine Wiederbestellung ist unter Beachtung einer möglichen Altersgrenze unbegrenzt zulässig.⁸¹ Ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Mandat ist nach deutschem Recht nur schwerlich ohne das Einverständnis des Mandatsträgers möglich, wenn er nicht einen Entsendungsstatus genießt. So sieht das AktG vier Wege vor. *Erstens* – und als unwahrscheinlichste Variante⁸² – kann mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen in der Hauptversammlung das

⁷⁶ Lutter/Krieger (2008), S. 7.

⁷⁷ Vgl. Semler/Wagner (2009), S. 80.

⁷⁸ Vgl. die Ausführungen zum Großaktionäreinfluss auf die Auswahl in Abschnitt 3.3.1.5.

⁷⁹ Hüffer (2006), S. 526.

⁸⁰ Vgl. Bernhardt (1995), S. 314. Im europäischen Vergleich ist die Amtszeit (4,4 Jahre vs. 3,1 Jahre) und die tatsächliche Verweildauer (5,7 Jahre gegenüber 5,5 Jahre) eines deutschen Aufsichtsratsmitglieds überdurchschnittlich, vgl. Heidrick & Struggles (2009), S. 8.

⁸¹ Die Wiederwahl kann nicht vor dem Ende der Amtszeit erfolgen, vgl. Hüffer (2006), S. 527.

⁸² Bernhardt (1995), S. 314 konstatiert, „die Abwahl von Aufsichtsratsmitgliedern findet nur in Lehrbüchern statt“.

Mitglied abberufen werden (§ 103 Abs. 1 AktG).⁸³ *Zweitens* kann der Entsender den Entsendeten jederzeit abberufen (§ 103 Abs. 2 AktG). *Drittens* kann auf Antrag der einfachen Mehrheit des Aufsichtsrats gerichtlich aus wichtigem Grund abberufen werden (§§ 84 Abs. 2 Satz 2, 103 Abs. 3 AktG). Dafür gelten aber hohe Anforderungen.⁸⁴ *Viertens* – die üblichste Form – kann eine freiwillige Amtsniederlegung, auch ohne wichtigen Grund, erfolgen.⁸⁵

2.1.2.3 Anforderungen an das Nominierungsverfahren

Das AktG und der DCGK formulieren hinsichtlich der Regelungen zum Nominierungsverfahren eher allgemeine Grundsätze, die teilweise durch gerichtliche Entscheidungen konkretisiert worden sind. Generell bedürfen die Beschlüsse hinsichtlich der Kandidatenvorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern in der Hauptversammlung nur einer Mehrheit unter den Aktionärsvertretern (§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG). Daneben ist bei der Erarbeitung der Wahlvorschläge durch den amtierenden Aufsichtsrat die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers anzuwenden (§§ 93, 116 AktG). Sollte dies nicht der Fall sein, wäre dies ein pflichtwidriges Verhalten.⁸⁶ Durch diese ebenfalls sehr allgemeinen Regelungen zum Nominierungsverfahren verfügt der Aufsichtsrat bei der Formulierung der Kandidatenvorschläge über ein noch breiteres unternehmerisches Ermessen, als es die Regelungen hinsichtlich der Qualifikationsanforderungen schon nahelegen.⁸⁷

Darüber hinaus hat das OLG Hamm entschieden, dass der Vorstand weder formal beim Kandidatenvorschlag noch beim Findungsprozess involviert sein darf, um Interessenskollisionen zu vermeiden.⁸⁸ Ein vom Vorstand vorgebrachter Vorschlag führt zur Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses, auch wenn der Vorschlag als solcher nicht zur Abstimmung gestellt worden ist.⁸⁹

⁸³ Die Angabe sachlicher Gründe ist nicht erforderlich, vgl. Hüffer (2006), S. 529. Die Verweigerung der Entlastung führt nicht zur Abberufung des Mandatsträgers, vgl. Semler/Wagner (2009), S. 81.

⁸⁴ Die „Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Amtsverhältnisses“ ist maßgeblich, beispielsweise bei einer groben Pflichtverletzung oder der Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung, Hüffer (2006), S. 530–531.

⁸⁵ Vgl. Lutter/Krieger (2008), S. 14. Strittig ist dies lediglich beim Rücktritt zur Unzeit.

⁸⁶ Vgl. Lutter (2003), S. 419; Wittmann (2007), S. 85 und Ringleb et al. (2010), Rn 1015. Dies ist nicht unumstritten in der juristischen Literatur, vgl. Sünner (2003), S. 834–837.

⁸⁷ Vgl. Lutter (2003), S. 419 und Wittmann (2007), S. 85.

⁸⁸ Vgl. OLG Hamm, AG (1986), S. 260–261 und Meder (2008), S. 1242.

⁸⁹ Vgl. Hüffer (2006), S. 650.

Die Erkenntnisse können in Tabelle 3 zusammengefasst werden:

	Regelungsquelle	Anforderungen an den Nominierungs- und Wahlvorgang
Wahlverfahren	§ 100 Abs. 1 AktG	Wahl durch die Hauptversammlung
	§ 124 Abs. 3 AktG	Wahlvorschlag durch amtierenden Aufsichtsrat
	§§ 127, 122 Abs. 2 AktG	Aktionärsvorschlag möglich
	§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG und § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG	Wahlvorschlag muss Name, ausgeübten Beruf und Wohnort enthalten, bei börsennotierten Unternehmen auch Angaben über weitere Mandate in Aufsichtsgremien
	Tz. 5.4.3 DCGK	Wahl kann in Einzel- und Blockwahl erfolgen, DCGK empfiehlt Einzelwahl
	§ 101 Abs. 3 AktG	Wahl von Ersatzmitglied möglich
	§ 101 Abs. 2 AktG	Entsendung, Satzungsregelung vonnöten und für maximal ein Drittel der Sitze der Anteilseigner
	§§ 98, 104 AktG und Tz. 5.4.3 DCGK	Gerichtliche Bestellung, DCGK empfiehlt gerichtliche Bestellung für AEV nur bis zur nächsten HV
Mandatsbeendigung	§ 102 Abs. 1 AktG	Höchstdauer circa fünf Jahre, Wiederbestellung zulässig
	§ 103 Abs. 1 AktG	Abberufung mit 75 % auf Hauptversammlung
	§ 103 Abs. 2 AktG	Jederzeitige Abberufung durch Entsender
	§ 84 Abs. 2 Satz 2 AktG	Gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund
	Keine konkrete gesetzliche Regelung	Freiwillige Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund
Nominierungsverfahren	§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG	Kandidatenvorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern in der Hauptversammlung bedürfen nur Mehrheit unter den Aktionärsvertretern
	§§ 116, 93 AktG	Erarbeitung der Wahlvorschläge mit Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers
	OLG Hamm, AG (1986), S. 260–261	Keine Involvierung des Vorstands beim Kandidatenvorschlag
	Tz. 5.4.1 DCGK („soll“)	Erstellung eines Anforderungsprofils unter Berücksichtigung von Internationalität, Interessenskonflikten, Alter und Diversity, insbesondere Frauen
	Tz. 5.3.3 DCGK („soll“)	Einrichtung eines Nominierungsausschusses

Tabelle 3: Überblick bezüglich der Anforderungen an Wahl- und Nominierungsverfahren sowie Mandatsbeendigung der Aufsichtsratsmitglieder (Quelle: eigene Darstellung)

Der DCGK hat in den letzten Jahren das Nominierungsverfahren stärker in den Blick genommen. Mit der Änderung des Kodexes im Juni 2010 wurde die Empfehlung zur Erstellung eines Anforderungsprofils unter Berücksichtigung von Alter, Internationalität, Interessenskonflikten und Diversity-Kriterien gestärkt (Tz. 5.4.1, 2 DCGK). Im Juni 2007 wurde zusätzlich die Empfehlung zum Nominierungsausschuss (Tz. 5.3.3 DCGK) eingeführt: „Der Aufsichtsrat soll einen Nominierungsausschuss bilden, der ausschließlich mit Vertretern der Anteilseigner besetzt ist und dem Aufsichtsrat für dessen Wahlvorschläge an die Hauptversammlung geeignete Kandidaten vorschlägt.“

Es bleibt festzuhalten, dass insgesamt wenig konkrete Anforderungen an den Wahl- und Nominierungsvorgang gestellt sind, die Mandaträger in der Regel über lange Bestelldauern verfügen und eine Abberufung nur schwerlich möglich ist. Zusätzlich stel-

len Erhebungen des Autors fest, dass es im Zeitraum dieser Studie (2008–2010) bei den insgesamt 415 zu verzeichnenden Nominierungen für Aufsichtsräte der mitbestimmten DAX 30- und MDAX-(europäischer) Aktiengesellschaften⁹⁰ immer zu einer deutlichen Zustimmung zu den Kandidatenvorschlägen der Verwaltung (Mittelwert: 96,96 %) auf den Hauptversammlungen kam.⁹¹ Es wird damit offensichtlich, dass der amtierende Aufsichtsrat ein hohes faktisches Einflusspotenzial besitzt. Demzufolge konstatieren Roth/Wörle (2004), „mit der Aufnahme eines Kandidaten in den Wahlvorschlag des Aufsichtsrats [ist] seine Bestellung de facto bereits vorweggenommen“⁹². Das zeigt die eminent hohe Bedeutung der praktischen Ausprägung des Nominierungsprozesses auf.

2.1.3 Der Nominierungsausschuss bei der Wahl der Anteilseignervertreter

Die Regierungskommission hat mit Tz. 5.3.3 des DCGK den Nominierungsausschuss empfohlen. In Deutschland ist aber wenig über die Gründe, die zur Aufnahme in den Kodex führten (2.1.3.1), seine regulatorischen Rahmenbedingungen (2.1.3.2) und seine empirische Verbreitung (2.1.3.3 und 2.1.3.3) bekannt.

2.1.3.1 Ursprung des Nominierungsausschusses

Mit der Aufnahme der Empfehlung am 14. Juni 2007 in den DCGK wurde erstmals in einem Regulierungsdokument der Nominierungsausschuss für den deutschen Aufsichtsrat erwähnt.⁹³ Das Subgremium hat jedoch international schon eine längere Geschichte und die Empfehlung ist als ein Produkt verschiedener Entwicklungsströmungen zu sehen.⁹⁴ Einerseits ist das Nomination Committee gerade in monistischen Systemen schon seit Jahren gängige Praxis.⁹⁵ Andererseits hat die EU-Kommission mit dem Aktionsplan Gesellschaftsrecht die „Agenda [für den Nominierungsausschuss] gesetzt“⁹⁶ und am 15. Februar 2005 eine Empfehlung zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats veröffentlicht.⁹⁷ Darin wird das Nomination Committee als eines von drei Ausschüssen⁹⁸ als effizienzsteigernd und positiv für die

⁹⁰ Dies stellt die Untersuchungseinheit dieser Arbeit dar, vgl. die Definition in Abschnitt 3.2.2.2 und die Tabelle 16 im Anhang 5.2.1.

⁹¹ Der Median der Zustimmung lag bei 98,94 %. Die niedrigste Zustimmung zu einem Kandidatenvorschlag war bei 64,55 %, die höchste bei 99,99 % zu verzeichnen. Damit ist die Zustimmung bei Aufsichtsratswahlen weiterhin sehr hoch, auch wenn die Werte, die Baums/Fraune (1995), S. 11 in ihrer Studie ermittelten, nicht in der Intensität bestätigt werden können. Vgl. für detaillierte Zahlenwerte Anhang 5.2.2 beziehungsweise Tabelle 16.

⁹² Roth/Wörle (2004), S. 577.

⁹³ Vgl. Ringleb et al. (2010), Rn 1005a.

⁹⁴ Vgl. auch die Ausführungen in Abschnitt 2.2.

⁹⁵ Vgl. Meder (2007), S. 1538; Talauciar (2007), S. 212 und Ringleb et al. (2010), Rn 1005b.

⁹⁶ Monitoring Commissee Corporate Governance Code (2008), S. 31.

⁹⁷ Vgl. Anhang I,2, Amtsblatt der Europäischen Union (EU), L 52/51 vom 25.2.2005.

⁹⁸ Die anderen zwei sind der Prüfungs- und Vergütungsausschuss, vgl. Empfehlung der EU-Kommission vom 15.2.2005, L52/52ff.

Die Nominierung von Aufsichtsratsmitgliedern
Eine empirische Untersuchung der Auswahlprozesse im
Aufsichtsrat und seinen Ausschüssen

Barth, S.

2013, XXII, 323 S. 25 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-01498-8