



Audit Committee Quarterly

extra

DAS MAGAZIN FÜR CORPORATE GOVERNANCE

**Audit Committee
Institute e.V.**

Gefördert durch



Audit Committee Institute e.V. (ACI)
THE SQUAIRE • Am Flughafen 60549 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 9587-3040 Fax +49 1802 11991-3040
E-Mail aci@kpmg.de www.audit-committee-institute.de

VERTRAUEN

WIEDERGEWINNEN!

Zur Finalisierung des FISG

Prof. Dr. Anne d'Arcy
Eine Mindestgröße
für den Aufsichtsrat?



Foto: © Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.

Prof. Dr. Anne d'Arcy leitet das Institut für Corporate Governance der Wirtschaftsuniversität Wien. Sie war acht Jahre in der Finanzindustrie tätig sowie über zehn Jahre Mitglied der Eidgenössischen Elektrizitätskommission und war bis letztes Jahr Mitglied eines Aufsichtsrats und Prüfungsausschusses eines SDAX-Unternehmens. Sie wirkt als Mitglied zahlreicher Gremien, u. a. im Wissenschaftlichen Beirat des Deutschen Instituts für Interne Revision, als Leiterin des Arbeitskreises Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft sowie im Vorstand der Schmalenbach-Gesellschaft und als Mitglied des Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance.

Eine Mindestgröße für den Aufsichtsrat?

Autorin: **Prof. Dr. Anne d'Arcy**

1. Wirecard und die Rolle der Größe des Aufsichtsrats

Bis Mitte 2018 hat der Aufsichtsrat der Wirecard AG aus fünf Mitgliedern bestanden. Mit der Hauptversammlung im Jahr 2018 und damit kurz vor der Aufnahme in den DAX30® kam ein sechstes Mitglied dazu. Erst nach einer Einarbeitungsphase Anfang 2019 wurde die Aufsichtsratsarbeit mit dem Prüfungsausschuss, dem Vergütungs-, Personal- und Nominierungsausschuss sowie dem Risk- und Complianceausschuss neu organisiert.¹ Wie wir heute wissen, konnte das Gremium die Vorfälle nicht verhindern. Insofern stellt sich die Frage, ob über die Vorgaben im Regierungsentwurf des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (FISG) und der bereits existierenden Bestimmungen des § 95 AktG und des MitbestG hinaus noch eine Regel aufzunehmen wäre, die eine Mindestgröße für Aufsichtsräte in Unternehmen von öffentlichem Interesse vorschreibt. Damit verknüpft ist auch die Frage, dass – falls kleine Aufsichtsräte zulässig sind – auf die Bildung von Ausschüssen, insbesondere eines Prüfungsausschusses gemäß § 107 Abs. 4 AktG-E, verzichtet werden kann, wenn das Gesamtgremium dessen Aufgaben übernimmt.

2. Kompetenzen im Aufsichtsrat

Die dünne Personaldecke bei Wirecard steht der Idee entgegen, dass ein Aufsichtsrat mit seinen Kontroll- und Beratungspflichten diverse Kompetenzen abdecken soll. Der Entwurf des FISG sieht u. a. in § 100 Abs. 5 AktG-E vor, dass Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung und Abschlussprüfung kumulativ im Aufsichtsrat vorliegen muss. Damit ist schon die Erwartung verknüpft, dass mindestens zwei Spezialisten aus den Bereichen Rechnungslegung und Abschlussprüfung ihre Kompetenz in den Aufsichtsrat einbringen. Auch wenn die gesetzlichen Vorgaben diese Kompetenzen hervorheben, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass andere Kompetenzen nicht weniger wichtig wären.

Gerade beim Fall Wirecard steht außer Frage, dass zum Verständnis der Abläufe nicht das Bilanzierungsproblem an sich zu komplex gewesen wäre, sondern Kenntnisse zum Geschäftsmodell und eine unabhängige Überwachung des Vorstands gepaart mit einer kritischen Grundhaltung Voraussetzung zum frühzeitigen Eingreifen gewesen wären.² Im Vergleich zu § 100 Abs. 5 Hs. 2 AktG steht zudem gemäß Grundsatz 11 des DCGK 20 nicht die individuelle Fachkompetenz eines jeden Aufsichtsratsmitglieds im Vordergrund, sondern vielmehr das Vorhandensein

¹ Vgl. Wirecard-Geschäftsbericht 2018, S. 15

² So z. B. Hennrichs, Joachim: Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – die »richtigen Antworten auf Wirecard«? Der Betrieb, 74. Jg. 2021, S. 278

der Sachkunde und fachlichen Erfahrung im Aufsichtsorgan insgesamt. Hier wären neben der Branchen- und Geschäftsmodellkompetenz auch noch andere Kernkompetenzen, wie z. B. Führungserfahrung einerseits oder solche zu Nachhaltigkeitsthemen und Digitalisierungsstrategien andererseits, zu nennen. Die Kompetenz auf mehrere Aufsichtsratsmitglieder zu verteilen, scheint effizient, weil von einer gegenseitigen Ergänzung ausgegangen wird. Jedoch könnte es im Fall eines tatsächlichen Interessenkonflikts, der ein Aufsichtsratsmitglied mit besonderer Fachkompetenz nicht nur von der Abstimmung fernhält, sondern auch von der Beratung, zu punktuellen Lücken bezüglich des Kontroll- und Beratungsauftrags des Gremiums kommen (vgl. AKEIÜ 2020, S. 1579).³ Folgerichtig ergibt sich aus diesen Anforderungen, dass ein Aufsichtsrat eine bestimmte Mindestgröße aufweisen muss, die alle geforderten Kompetenzen unter Berücksichtigung der Unabhängigkeit der Mitglieder für alle wichtigen Entscheidungssituationen abbildet.

Aus dieser Anforderung heraus ergibt sich meines Erachtens aber schwerlich eine direkt ableitbare Mindestgröße über die schon existierenden Regelungen hinaus, die sinnvoll gesetzlich verankert werden könnte. Einzelne Mitglieder können mehr oder weniger Kompetenzen vereinen, die unter Berücksichtigung von Unabhängigkeitserwägungen in manchen Situationen mehr oder weniger genutzt werden können. Ökonomisch lassen sich zudem verschiedene Aspekte zu Nutzen und Kosten für große Aufsichts- oder Verwaltungsräte finden, die es bei der Definition einer gesetzlichen Mindestgröße abzuwägen gilt. Auf der Nutzenseite stehen die genannten Kompetenzen und Diversität, die in einem großen Gremium leichter sicherzustellen sind. Für größere Aufsichtsräte plädiert zwar die Hans-Böckler-Stiftung mit dem Argument einer Stabilisierung der ökonomischen und politischen Umwelt durch personelle Verflechtungen.⁴ Auf der Kostenseite hat aber die Forschung insbesondere das Problem der Trittbrettfahrer (Free-Riding), langsame und ineffiziente Entscheidungsprozesse sowie teure Informations- und Koordinationsprobleme identifiziert, die oft die Vorteile überkompensieren. Insgesamt kommen daher viele Studien zu dem Ergebnis, dass größere Gremien eher mit einer schwächeren Unternehmensperformance korrelieren.⁵

3. Organisation der Aufsichtsratsarbeit in Ausschüssen

Wirecard hatte bis 2018 mit Hinweis auf die satzungsmäßig vorgesehene Größe des Aufsichtsrats mit fünf Mitgliedern wie folgt argumentiert: »Mit Blick auf diese überschaubare Größe hält der Aufsichtsrat die Bildung von Ausschüssen für nicht sinnvoll.«⁶ Die Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses nach § 107 Abs. 4 AktG-E lässt darauf schließen, dass das Gesamtgremium sinnvollerweise eine Mindestgröße hat, bei der eine Ausschussbildung überhaupt sinnvoll ist. Der Deutsche Corporate Governance Kodex sieht bislang mit der Bildung des Prüfungsausschusses und des Nominierungsausschusses zwei explizite Soll-Vorgaben vor (DCGK, Abschn. D: Arbeitsweise des Aufsichtsrates). Nichts spricht allerdings dagegen, dass z. B. ein Aufsichtsrat mit sechs Mitgliedern Ausschüsse bildet.⁷ Gerade bei einem kleinen Gremium wäre durch eine sinnvolle Aufgabenverteilung auf die effiziente Nutzung der Ressource Fachkompetenz zu achten, da sonst die Agenda des Gesamtgremiums überfrachtet werden könnte.

In der aktuellen Diskussion ist die nun gesetzlich zu verankernde Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses gemäß § 107 Abs. 4 AktG-E wenig umstritten. Sie korrespondiert mit den gestiegenen Aufgaben in Bezug auf die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der internen Governance-Systeme und der Abschlussprüfung. Die Forschung identifiziert als Vorteile der Ausschussbildung insbesondere die Konzentration von bestimmten Erfahrungen und Kompetenzen bei gleichzeitiger größerer Verantwortung des einzelnen Mitglieds. Dies reduziert das bei größeren Gremien beobachtete Phänomen des Free-Riding.⁸ Es wird effektiver gearbeitet, da weniger Aufwand für Koordination und Kommunikation aufgewendet werden muss.⁹ Auf der Kostenseite müssen allerdings Entscheidungen im Gesamtgremium und zwischen Ausschüssen stärker koordiniert werden. Dem kann u. a. mit der Besetzung einzelner Mitglieder in mehreren Ausschüssen begegnet werden.

4. Fazit

Der Wirecard-Aufsichtsrat ist nicht wegen seiner Größe gescheitert. Auch ein kleiner Aufsichtsrat kann kompetent sein, mit einer kritischen Grundhaltung agieren und bestimmte Aufgaben effizient in Ausschüssen organisieren. Ausschussarbeit entlastet das Gesamtgremium. Dies gilt, sinnvoll umgesetzt, auch für kleinere Gremien. Gerade die vielfältigen Aufgaben des Prüfungsausschusses, die an manchen Stellen eine hohe Fachkompetenz erfordern, sollten nicht den Großteil der Agenda des Gesamtaufichtsrats füllen. Vor diesem Hintergrund sollten auch kleine Aufsichtsräte ihre Arbeit in Ausschüssen organisieren. Einer Öffnungsklausel für kleine Aufsichtsräte bedarf es demnach nicht. ←

3 Vgl. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmen der Schmalenbach-Gesellschaft: Effektive Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat. Der Betrieb, 73. Jg. 2020, S. 1577–1586

4 Vgl. Gerum, Elmar; Debus, Malte: Die Größe des Aufsichtsrats als rechtspolitisches Problem – Einige empirische Befunde. Studie im Auftrag der Böckler-Stiftung, https://www.boeckler.de/pdf_fof/97358.pdf (5.2.2021)

5 Vgl. Cheng, Shijun: Board size and the variability of corporate performance. Journal of Financial Economics, Vol. 87/1w 2008, S. 157–176 sowie für deutsche Aktiengesellschaften Jenter, Dirk; Schmid, Thomas; Urban, Daniel: Does Board Size Matter? Working Paper October 2019, https://personal.lse.ac.uk/jenter/JSU_BS_2019-10-21.pdf (5.2.2021)

6 Vgl. Wirecard-Geschäftsbericht 2017, S. 17

7 Gerade im SDAX® gibt es hierfür einige Beispiele, z. B. die Vossloh AG.

8 Vgl. Chen, Kevin D.; Wu, Andy: The Structure of Board Committees. Harvard Business School Working Paper 17-032, 2016, <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=51853> (5.2.2021)

9 Vgl. Reeb, David; Upadhyay, Arun: Subordinate board structures. Journal of Corporate Finance, Vol. 16(4) 2010, S. 469–486