

Diskussionspapier Nr. 4

**Wettbewerbliche Prozesse in der Management-
Kontrolle durch Haftung und Anreize stärken**

Herann H. Kallfass

März 1996

Institut für Volkswirtschaftslehre

Helmholtzplatz

Oeconomicum

D-98 684 Ilmenau

Telefon 03677/69-4030/-4032

Fax 03677/69-4203

ISSN 0949-3859

Einleitung

Seit einigen Jahren häufen sich bei Publikumsgesellschaften existenzgefährdende Krisen, die durch Fehleinschätzung der wirtschaftlichen Entwicklung, fehlgeschlagene Spekulation, Inkompetenz, Pflichtverletzung und private Bereicherung der Manager in den Unternehmen verursacht werden. Die Aktienkurse betroffener Unternehmen brechen teilweise dramatisch ein. Die Unternehmen entlassen Arbeitskräfte, schließen Betriebsstätten und melden Konkurs an. Viele der überraschend auftretenden Unternehmenskrisen werden in der Öffentlichkeit und von Wissenschaftlern auf eine mangelhafte Kontrolle der Manager in den Vorständen zurückgeführt, die die Gesellschaften nach dem Gesetz unter eigener Verantwortung leiten. Im Mittelpunkt der Diskussion sowie von Reformvorschlägen und Gesetzesinitiativen steht die Institution des aktienrechtlichen Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat ist unstrittig der zentrale Überwachungsträger in den Gesellschaften. Er

- bestellt die Vorstandsmitglieder und kann deren Bestellung widerrufen (§ 84 AktG),
- berät den berichtspflichtigen Vorstand durch Erörterung und Diskussion (§ 90 AktG),
- überwacht den Vorstand in der Geschäftsführung auf der Basis von Rechten zur Einsichtnahme und Prüfung sowie gegebenenfalls durch Zustimmungsvorbehalte (§ 111 AktG),
- prüft Jahresabschluß, Lagebericht und Gewinnverwendungsvorschlag (§ 171 (1) AktG),
- berichtet der Hauptversammlung über die Ergebnisse der Prüfung (§ 171 (2) AktG)
- und macht der Hauptversammlung Vorschläge zur Beschlußfassung bezüglich der Gegenstände der Tagesordnung (§ 124 (3) AktG).

In der Praxis ist das tatsächliche Handeln der Aufsichtsräte bei der Umsetzung dieser umfassenden Kontrollaufgabe in weiten Teilen als "hidden action" von außerhalb nur sehr oberflächlich zu beobachten. Deshalb sind keine exakten Aussagen darüber möglich, in welchen Bereichen und in welchem Umfang aufgetretenes Managementversagen in deutschen Unternehmen auf mangelhafte Aufgabenerfüllung der Aufsichtsräte zurückzuführen ist.

Die Aufsichtslücke

Trotz der Informationsprobleme wird auf Grund öffentlich bekanntgewordener Vorgänge in Einzelfällen und wissenschaftlicher Studien zur Praxis der Entscheidungs- und Kontrollprozesse eine Aufsichtslücke in deutschen Aktiengesellschaften diagnostiziert.

Die Lücke in der Aufsicht entsteht, weil Aufsichtsräte

- ihre Aufgabe nicht intensiv und sorgfältig genug erledigen,
- die Manager nicht mit der erforderlichen Professionalität überwachen,
- nur ungenügend die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit den Wirtschaftsprüfern nutzen und
- keine hinreichende Transparenz in der Rechnungslegung durchsetzen.

Die Aufsichtsräte tagen vielerorts mit zwei bis drei Sitzungen pro Jahr zu selten, üben zu wenig Einfluß auf Aktualität und Inhalt der Vorstandsberichte aus und schöpfen ihre gesetzliche Macht zur Überwachung der Manager nicht aus. Die Bereitstellung der zur Überwachung erforderlichen Informationen wird zudem durch Beziehungen von Aufsichtsratsmitgliedern zu Konkurrenzunternehmen erschwert. Überprüfungen der Aufsichtsratsstätigkeit durch Auswertung der gesetzlich vorgeschriebenen Berichterstattung in großen Industrieaktiengesellschaften ergaben, daß die dokumentierte Aufsichtsratsstätigkeit deutlich hinter den gesetzlich ausdrücklich vorgegebenen Aktivitäten zurückbleibt.

Während seit Jahrzehnten die Methoden der Unternehmensführung begünstigt durch die zunehmende Professionalisierung der Manager ständig weiterentwickelt werden, sind im Bereich der Überwachung solche Fortschritte weder durch Auswahl qualifizierter Anteilseignervertreter noch durch Verbesserung der verwendeten Techniken - etwa durch Bildung spezieller Fachausschüsse - zu verzeichnen.¹

Ogleich es Hauptzweck der Jahresabschlußprüfung ist, den Aufsichtsrat unabhängig vom Vorstand kompetent zu informieren, nutzen die Aufsichtsräte ihre gesetzlichen Möglichkeiten zur Kooperation mit den Wirtschaftsprüfern nur ungenügend.² Beispielsweise besteht häufig überhaupt kein persönlicher Kontakt zwischen dem Aufsichtsrat und dem zuständigen Abschlußprüfer und die Prüfberichte werden den Aufsichtsratsmitgliedern nur bei einer Minderheit der Unternehmen ausgehändigt. Wahlrechte in der Rechnungslegung werden benutzt, um stille Reserven aufzubauen oder zu verzehren.

¹ Siehe K. Bleicher, D. Leberl und H. Paul: Unternehmensverfassung und Spitzenorganisation: Führung und Überwachung von Aktiengesellschaften im internationalen Vergleich, Wiesbaden 1989, S. 263-265.

² Siehe K.-H. Forster: MG, Schneider, Balsam und die Folgen - was können Aufsichtsräte und Abschlußprüfer gemeinsam tun? in: Die AktienGesellschaft, 40. Jg., (1995), S. 2.

Unerfüllbare Erwartungen

Auch als Folge der Aufsichtslücke stellt die Öffentlichkeit hohe Erwartungen an Umfang und Qualität der Arbeit der Jahresabschlußprüfung. Die über den gesetzlich geregelten Zweck und Gehalt des Testats hinausgehenden Vorstellungen des Publikums zu Ziel, Inhalt und Aussage der Abschlußprüfung erzeugen eine Erwartungslücke.

Der Auftrag an die Abschlußprüfer bezieht sich nach § 317 (1) HGB darauf, daß der Vorstand mit dem vorgelegten Jahresabschluß einschließlich Lagebericht

- ordnungsmäßig alle gesetzlichen Vorgaben und ergänzenden Bestimmungen einhält und
- sachlich richtig über die vergangene Entwicklung sowie die Lage des Unternehmens berichtet, so daß keine falschen Vorstellungen zur Unternehmenslage vermittelt werden.

In der Öffentlichkeit und seitens der Kleinanleger wird vielfach darüber hinaus erwartet, daß der Abschlußprüfer vor dem Hintergrund der Vermögensziele der Anteilseigner

- die Qualität der unternehmerischen Handlungen des Vorstands begutachtet,
- die Konstitution und zukünftige Prosperität des Unternehmens bewertet oder
- die bilanzpolitischen Maßnahmen des Vorstands beurteilt.

Diese Erwartungen sind fehlgeleitet. Solche beurteilenden Aufgaben fallen nicht in den Kompetenzbereich der Prüfer und können von diesen nicht wahrgenommen werden.

Beispielsweise sind die durch den Vorstand ausgeübten Ansatz- und Bewertungswahlrechte vom Abschlußprüfer nur auf Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen, die bisher auf den Gläubigerschutz ausgerichtet sind, zu untersuchen. Ungeprüft muß bleiben, ob ausgeübte Wahlrechte der Anteilswertmaximierung dienen und bezüglich der unternehmerischen Zielsetzung zweckmäßig oder ungeeignet erscheinen. Eine dahingehende Beurteilung kann nicht durch Abschlußprüfer, sondern nur durch Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat oder durch von diesen beauftragte Gutachter erfolgen.

Die Vorgänge bei Unternehmenskrisen haben daneben die Vermutung begründet, daß manche Abschlußprüfer

- aus mangelnder Sorgfalt oder
- aus Entgegenkommen gegenüber dem Vorstand geprüfter Gesellschaften ihren Auftrag nicht ordnungsgemäß erledigen.³

³ Siehe A. Nölting und W. Wilhelm: Wes Brot ich ess´..., in: manager magazin, 6/1995, S. 34-46.

Begünstigt wird dieses Verhalten durch die nach § 323 HGB begrenzte Haftung der Abschlußprüfer für Pflichtverletzungen auf den extrem niedrigen Betrag von 0,5 Mio. DM und dadurch, daß Abschlußprüfer nach § 319 (3) Nr. 8 HGB bis zur Hälfte ihrer beruflichen Gesamteinnahmen von nur einer zu prüfenden Gesellschaft beziehen dürfen. Es wird deshalb vorgeschlagen, die beiden Bestimmungen im Handelsgesetzbuch durch

- Streichung oder nachhaltige Erhöhung der gesetzlichen Haftungsbegrenzung (z.B. auf 10 Mio. DM) und
- Senkung der Honorarobergrenze aus einem Mandat auf 15 Prozent der Gesamteinnahmen an die internationalen Standards anzupassen.

Das niedrigere Limit für den Honoraranteil gewährleistet eine größere finanzielle Unabhängigkeit der Prüfer vom Vorstand des zu prüfenden Unternehmens. Die Erhöhung der Haftung veranlaßt die Prüfungsgesellschaften und deren Haftpflichtversicherungen, zusätzliche Kontrollsysteme einzuführen, um auftretende Schadensfälle zu reduzieren und Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzungen auf einem wirtschaftlich angemessenen Niveau zu halten. Weniger überzeugend ist dagegen der zusätzliche Vorschlag eines obligatorischen Wechsels des Abschlußprüfers nach z.B. fünf Jahren, weil dann bei den Prüfern zusätzliche Einarbeitungskosten auftreten sowie Qualitätseinbußen aus Wissens- und Erfahrungsverlusten erwartet werden.⁴

Die Sorgfalt und Ordnungsmäßigkeit der Wirtschaftsprüfung würden die beiden Anpassungen der Regeln an internationale Standards unbestreitbar besser als bisher sichern. Dann verbleibt jedoch die Erwartungslücke. Die Lücke kann nicht durch Änderungen in der Abschlußprüfung geschlossen werden, weil die beurteilenden Aufgaben aus dem Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates nicht auf Abschlußprüfer übertragbar und von diesem auszuüben sind. Hier ist stattdessen an der Ursache für die fehlgeleiteten Erwartungen, an der Aufsichtslücke, anzusetzen. Es ist dafür zu sorgen, daß die Organe der Aktiengesellschaften ihre hinreichend vorhandenen gesetzlichen Kompetenzen zur Kontrolle des Vorstands nicht mangelhaft ausüben.

⁴ Siehe P.-J. Schmidt: Überlegungen zur Erweiterung der gesetzlichen Regelungen über die Abschlußprüfung, BFuP (1996), S. 53 - 75 und Meinungen von Wissenschaftlern und Praktikern zum Thema: Jahresabschlußprüfung in der Diskussion, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (1996), S. 76 - 101.

Die Aufsichtslücke durch Haftung schließen?

Ein Aufsichtsrat, der seine Kompetenzen nicht ausfüllt, seine Aufgaben nicht professionell genug erledigt und den Anteilseignern durch eine entstandene Aufsichtslücke einen Schaden zufügt, ist von diesen in Publikumsgesellschaften unter den gegebenen Bedingungen kaum verantwortlich oder haftbar zu machen. Haftungsklagen wurden bisher gegen Aufsichträte nur bei wenigen Konkursen oder Pleiten und nicht in noch existierenden bzw. fortbestehenden Unternehmen bekannt. Um dies zu korrigieren, wird vor allem eine geänderte Haftungsregelung empfohlen.

Nach den Vorschlägen⁵ sollen

- detaillierte Grundsätze für die ordnungsgemäße Kontrolle und Beratung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat formuliert werden, die bei Klagen vor Gericht einen handhabbaren Maßstab für die justiziable Überprüfung auf Nicht- und Fehlleistungen in der Amtsführung bilden, und
- die Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder, die den inhaltlich konkretisierten Überwachungsauftrag nicht prinzipiengemäß ausüben, durch erweiterte Klageberechtigungen sowie wesentlich erleichterte Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen nachhaltig erhöht werden.

Die so verbesserten Möglichkeiten zu einer erfolgreichen Klage von Aktionären sollen bewirken, daß Aufsichtsratsmitglieder bei einer Vernachlässigung ihrer Aufgabe im Schadensfall mit hoher Wahrscheinlichkeit aus ihrer Haftung in Anspruch genommen werden. Die im voraus zu antizipierende, einschneidende Sanktionsdrohung soll folgende präventive Anpassungsreaktionen vor und nach Übernahme eines Aufsichtsratsmandats hervorrufen:

- Für den Aufsichtsrat würden sich nur noch diejenigen bewerben, die die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für ein Mandat erfüllen. Bedenkliche Häufungen von Mandaten, Konflikte aus Konkurrenzbeziehungen bei Mandatsträgern und Übernahmen von Mandaten durch inkompetente Bewerber würden dann wegen drohender Schadensersatzansprüche aus Übernahmeverschulden oder verletzten Sorgfaltspflichten weitgehend unterbleiben. Dann sei überflüssig, die Zahl der nach § 100 (2) AktG zulässigen Aufsichtsratssitze je Person von zehn

⁵ Siehe E. Theisen: Grundsätze ordnungsgemäßer Kontrolle und Beratung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, in: Die AktienGesellschaft, 40 Jg. (1995), S. 193 - 203, und H. Götz: Die Überwachung der Gesellschaft, in: Die AktienGesellschaft, 40 Jg. (1995), S. 337 - 353.

auf fünf zu reduzieren, Inkompatibilitäten mit dem Mandat zu definieren oder fachliche Voraussetzungen für das Amt vorzuschreiben.

□ Die Aufsichtsräte wären dann von sich aus bestrebt, die Erledigung ihrer Aufgaben durch eine verbesserte Organisation im Rahmen geltenden Rechts zu verbessern. Als Mittel stehen hierzu beispielsweise die Bildung kleiner, kompetent besetzter Aufsichtsratsausschüsse, eine sorgfältige Ausschöpfung der vorhandenen Personalkompetenz bei Auswahl der zu bestellenden Vorstandsmitglieder und eine intensivere Zusammenarbeit mit dem Abschlußprüfer zur Verfügung.

Es ist unstrittig, daß eine mißbrauchsgeschützte Ausweitung der Haftung einige positive Effekte auf die Tätigkeit im Aufsichtsrats ausüben kann und deshalb notwendig ist. Aber die Erwartung, daß die obigen Wirkungen mit einer geänderten Haftungsregelung realisierbar sind, kann nicht geteilt werden. Die vorhandene Aufsichtslücke ist durch den Gerichtsmechanismus nicht zu schließen:

□ Die Überwachungs- und Beratungsaufgabe der Aufsichtsräte läßt sich nur in Teilbereichen durch Grundsätze normieren. Zudem fördern Grundsätze die Tendenz zur bürokratischen Absicherung aber bringen kein positives Tun und nicht die erforderlichen Suchprozesse nach besseren Überwachungstechniken hervor.

□ Die Sanktionsdrohung aus potentiellen Klagen von Aktionären gegen Aufsichtsräte kann wegen der geringen Anreize zur Klage bei weit gestreuten Anteilsrechten, der schwierigen Beweisführung bezüglich der Ursachen von Unternehmenskrisen, der formalen Merkmale einklagbaren sowie nicht einklagbaren Verhaltens, der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und wegen der hohen Prozeßrisiken für Kläger prinzipiell nur eine sehr geringe Reichweite haben.

Insgesamt kann in deutschen Publikumsgesellschaften das Instrument der Klage selbst bei optimaler Ausgestaltung die bestehenden Defizite in der Überwachung der Geschäftsführung der Vorstände in Hinblick auf das Ziel der Unternehmenswertsteigerung nach dem Shareholder-Value-Konzept nur etwas verkleinern.

Das Vollmachtstimmrecht, den Lückenverursacher, ersetzen

Die zentrale Ursache für die mangelhafte Ausrichtung in der Unternehmenspolitik deutscher Publikumsgesellschaften nach den Vermögenszielen der Anteilseigner, die den Kern der Aufsichtslücke bildet, ist nur zu erkennen, wenn die Vertretungsbeziehung zwischen den Aktionären und ihren Mitgliedern in den Unternehmensorganen insgesamt betrachtet wird.⁶

Nach dem Aktiengesetz üben die Aktionäre ihre Verwaltungsrechte in der Hauptversammlung der Gesellschaft aus. Die Hauptversammlung bestellt Aufsichtsrat und Abschlußprüfer, nimmt Empfehlungen und Rechenschaftberichte des Aufsichtsrates entgegen, entlastet Aufsichtsrat und Vorstand, billigt die Verwaltung, entscheidet über Kapitaländerungen und beschließt die Auflösung der Gesellschaft (§ 119 AktG). In deutschen Publikumsgesellschaften übt jedoch nur eine unbedeutende Minderheit der Kleinaktionäre ihre Verwaltungsrechte selbst aus, weil die Kosten ausgeübter Rechte individuell zu tragen sind, aber die Erträge sich auf alle Aktionäre verteilen. So übertragen die privaten Anleger ihre Stimmrechte in der Regel per Blankovollmacht den Banken, die ihren Depotkunden die Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung als nicht explizit zu vergütende Dienstleistung anbieten.

Durch das Vollmachtstimmrecht schiebt sich in die gesellschaftsinterne Delegationsbeziehung zwischen den Aktionären und den Mitgliedern der Verwaltungsorgane die zusätzliche Vertretungsbeziehung zwischen den Aktionären und ihren Depotbanken. Verschiedene Gründe sprechen dafür, daß die Vertretung der Aktionäre durch die Depotbanken in problematischer Weise das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat bei deren Leitungs- und Überwachungsaufgaben beeinflußt und die zentrale Ursache für die Aufsichtslücke bildet; obgleich auch andere Faktoren, wie die hohe Anzahl der Mitglieder im Aufsichtsrat, die Mitbestimmung und die Rechnungslegung nach dem Gläubigerschutz, die wirksame Kontrolle der Verwaltungen durch die Anteilseigner erschweren. Die Depotbanken

- haben Interessen aus eigenen Kredit-, Anlage- und Emissionsgeschäften, die bei ihrer Tätigkeit in Organen der Publikumsgesellschaften nicht immer mit dem Ziel der Anteilswertmaximierung der Aktionäre harmonieren,
- sind in der Vertretungsbeziehung keinen positiven Anreizen ausgesetzt, die sie zu

⁶ Siehe H. H. Kallfass: Kapitalmarktkoordination - Die Koordination über Märkte für Beteiligungstitel in der Theorie und in der westdeutschen Realität, Göttingen 1992, § 4 und § 8.

- Handlungen hinsichtlich der Vermögensziele der Anteilseigner motivieren,
- können in den Organen eigene Interessen bei Zielkonflikten zu Lasten der Aktionärsinteressen vorziehen, weil ihr Abstimmungsverhalten bei fehlenden Weisungen kaum durch Vorgaben für pflichtgemäßes Verhalten normiert wird, ihr Verhalten vom Aktionär nur unzureichend beobachtbar und überprüfbar ist und nur sie die Dienstleistung ohne explizites Entgelt anbieten,
 - halten in Hauptversammlungen der größten Unternehmen bis zu 99 Prozent aller Stimmrechte,
 - nutzen Aufsichtsratsmandate vor allem zur Stabilisierung der Unternehmensbeziehungen,
 - stimmen in der Regel den Vorschlägen der Verwaltung entsprechend ab und
 - votieren gegen Anträge, die den Einfluß der Verwaltung gegenüber den Aktionären schwächen oder verringern können.⁷

Das Vollmachtstimmrecht der Depotbanken schirmt die Verwaltung der Publikumsgesellschaften ab. Das Publikum kann selbst auf einen Aufsichtsrat, der offensichtlich von seiner Aufgabe überfordert wurde, mit den Stimmrechten nicht in spürbarer Weise einwirken. Die Stimmrechte der Banken sichern die Entlastung. Die jetzige Praxis der Vollmachtstimmrechte ist deshalb eine zentrale Ursache für die mangelhafte Verantwortlichkeit der Verwaltungen gegenüber den Aktionären. Hier ist zwingend eine alternative Ordnung erforderlich und keine optische Änderung, wie die Benennung eines weisungsfrei agierenden Stimmrechtsbeauftragten der Depotbanken, oder ersatzlose Streichung von Stimmrechtsvertretungen. Ohne Vertretung sind die Verwaltungsrechte des Publikums weitgehend unwirksam.

Die neue Ordnung soll bezwecken, daß das Verhalten der Verwaltungen durch ausgeübte Stimmrechte stärker auf das Vermögensziel der Aktionäre verpflichtet wird. Das Prinzip des Ansatzes hierfür ist klar.⁸ Es sind Märkte zu etablieren, auf denen die Aufgabe der Kontrolle von Verwaltungen großer Publikumsgesellschaften durch Stimmabgabe als eine Dienstleistung professioneller Anbieter angeboten wird. Es wird ein Entgelt festgelegt, das einen

⁷ Siehe T. Baums und C. Fraune: Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaften, in: Die AktienGesellschaft, 40. Jg. (1995), S. 97 - 112

⁸ Siehe H. H. Kallfass: Managementkontrolle in Publikumsgesellschaften, in: Hamburger Jahrbuch, 37. Jg. (1992), S. 284 - 289 sowie T. Baums und P. v. Randow: Der Markt für Stimmrechtsvertreter, in: Die AktienGesellschaft, 40 Jg. (1995), S. 152 - 156.

hinreichenden Anreiz zur Übernahme der Aufgabe durch qualifizierte Bewerber bildet. Als Anbieter sind Personen zuzulassen, die festgelegte Qualifikationsmerkmale erfüllen, in keiner sonstigen geschäftlichen, kapitalmäßigen oder personellen Beziehung zum Unternehmen stehen und nicht konkurrierenden Unternehmen angehören. Die Vergütung für die ausgeübte Kontrolle, die allen Aktionären der Zielgesellschaft zu Gute kommt, ist von der Gesellschaft zu tragen.

Auch wenn die Diskussion der konkreten Umsetzung des Kontrollwettbewerbs in die Praxis noch nicht abgeschlossen ist, erscheint der Ansatz grundsätzlich geeignet, die Vertretung der Aktionäre in Hauptversammlungen zu verbessern und entstehenden Aufsichtslücken nachhaltig entgegenzuwirken.