

report

Steuern + Recht
Ausgabe 3/2012



Das „optimale“ Aufsichtsgremium für Familiengesellschaften nach dem Governance Kodex für Familienunternehmen? – Ein Zwischenruf

Der Prüfungsausschuss einer börsennotierten AG

Aktuelle Entscheidungen zum Pflichtenkreis des Aufsichtsrats

Steuerrecht in Kürze

Aktuelles

JCA International-Konferenz
in München

Das „optimale“ Aufsichtsgremium für Familiengesellschaften nach dem Governance Kodex für Familienunternehmen? – Ein Zwischenruf

Die – gesetzlich meist nicht vorgeschriebene – Schaffung und Ausgestaltung eines Aufsichtsgremiums in Familienunternehmen ist einer der Kernpunkte für deren verantwortungsvolle und langfristig ausgerichtete Führung und Steuerung, gerade auch im Sinne einer „Balance of Powers“ zwischen Inhabern und Geschäftsleitern, seien diese nun Familienangehörige oder nicht.

Während es gerade in kleineren Unternehmen mit homogener Inhaberfamilie noch gelten mag, dass alleine die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung kontrolliert, sind Beiräte, Verwaltungsräte oder vergleichbare Gremien für Familiengesellschaften vor allem dann empfehlenswert, wenn im Laufe der Zeit und aufgrund von Generationswechseln die Bindung zwischen Inhabern und Unternehmen abnimmt. In derartigen Konstellationen nehmen noch jedenfalls einige der Inhaber ihre Überwachungsaufgabe erfahrungsgemäß eher als Belastung wahr und begrüßen es, wenn ein mit nachhaltigen Kontrollbefugnissen ausgestattetes Gremium sie hierbei entlastet. Die klassische Aufgabenstellung eines solchen Organs liegt präventiv darin, bestimmte als wichtig eingestufte Rechtsgeschäfte der Geschäftsführung von der Zustimmung dieses Gremiums abhängig zu machen. Neben dieser Überwachung der Geschäftsführung werden einem solchen Aufsichtsgremium häufig auch deren Beratung sowie weitere wichtige Kompetenzen übertragen (z. B. Bestellung des Abschlussprüfers, Genehmigung der strategischen Unternehmensplanung, etc.). Bei der Besetzung ist dabei vor allem zu entscheiden, ob und in welchem Maße familienfremde Fachkompetenz heranzuziehen ist.

Fraglich ist, ob und inwieweit der Governance Kodex für Familienunternehmen, sowie die darauf aufbauenden Regelungsmodelle, den Inhabern von Familienunternehmen bei dieser zentralen Frage Hilfestellung bieten.

Deutscher Corporate Governance Kodex

Der von einer Fachkommission der Bundesregierung im Jahr 2002 erstmalig veröffentlichte, mehrfach modifizierte Deutsche Corporate Governance Kodex (kurz: DCGK) ist in der deutschen Wirtschaft, auch im Mittelstand, weitgehend bekannt. Er soll dazu dienen, Wege zu einer guten Unternehmensführung und -überwachung (sog. Corporate Governance) aufzuzeigen, indem er vor allem einheitliche Leitlinien für das Verhalten von Führungsgremien festlegt.

Governance Kodex für Familienunternehmen

Ausgehend vom DCGK wurde 2010 von einer privaten Initiative der „Governance Kodex für Familienunternehmen – Leitlinien für die verantwortungsvolle Führung von Familienunternehmen“ („Familien-Kodex“) veröffentlicht. Dieses – in der breiten Öffentlichkeit bislang eher wenig wahrgenommene – Regelwerk möchte



*Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.)
Partner*

Unternehmerfamilien individuell auf die Herausforderungen, die sich aus der Leitung und Kontrolle des Unternehmens und aus der Sicherung des Zusammenhalts der Familie zwangsläufig ergeben, vorbereiten und geeignete Werkzeuge zu ihrer Bewältigung an die Hand geben. Aufgrund der vielfältigen Ausprägungen von Familienunternehmen sollen jedoch Verhaltensweisen nicht einheitlich vorgegeben werden. Vielmehr sollen die Inhaber ihre Family Business Governance nach eigenen Wünschen gestalten und die für sie relevanten Regeln in einer Familienverfassung als moralisch bindenden Maßstab für alle zukünftigen gesellschafts- und erbrechtlichen Verträge zusammenfassen können.

Das „optimale“ Aufsichtsgremium nach dem Governance-Kodex für Familienunternehmen

Der Familien-Kodex enthält insgesamt drei kurze Abschnitte, die sich mit dem Aufsichtsgremium befassen. Im 1. Abschnitt spricht er zunächst die Empfehlung aus, die einzelnen Aufgaben des Gremiums – gerade im Verhältnis zur Geschäftsführung – konkret festzulegen und nennt vor allem folgende Bereiche: Personalentscheidungen hinsichtlich der Unternehmensführungsebene, Zustimmungsvorbehalte des Gremiums für bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung, die effiziente Einräumung von Mitwirkungs-, Auskunfts- bzw. Informationsrechten sowie die Festlegung der inneren Ordnung und Entscheidungsfindung. Darüber hinaus gibt der Familien-Kodex Empfehlungen für die Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums, insbesondere für die

Beteiligung der Inhaberfamilie und die persönliche Eignung und Wahl der Mitglieder. Im 3. Abschnitt weist der Familien-Kodex schließlich auf die Notwendigkeit einer Haftungs- und Vergütungsregelung für das Gremium hin.

Auf diesen, doch eher allgemeinen Richtlinien aufbauend wurde von Fachkreisen mittlerweile das sog. „4-Stufen-Modell“ zur Entwicklung eines optimalen Aufsichtsratsgremiums ausgearbeitet: Hiernach sind zunächst die individuellen Ziele positiv zu definieren, die mit der Einsetzung des Aufsichtsratsgremiums erreicht werden sollen (1. Stufe). Sodann sind die einzelnen Aufgaben des Organs im Gesamtunternehmen zu bestimmen (z.B. Kontrolle der Unternehmensführung, Personalauswahl und Beratung der Leitungsebene, Kommunikation mit den Inhabern) (2. Stufe). Sind diese festgelegt, sollen die Werkzeuge spezifiziert werden, die zur optimalen Aufgabenerfüllung geeignet und erforderlich sind (3. Stufe). Hierzu gehören die Wahl und Eignung der Mitglieder, die Struktur und Zusammensetzung des Aufsichtsratsgremiums, ferner dessen konkrete Befugnisse und seine Arbeitsweise sowie alle weiteren Fragen, die für die Ausgestaltung relevant sind (Haftung, Vergütung etc.). Schließlich soll die Arbeit und Wirkung des Gremiums regelmäßig bewertet werden (4. Stufe).

Bewertung

Der Familien-Kodex thematisiert zwar die wichtigsten regelungsbedürftigen Punkte bei der Einrichtung eines Aufsichtsratsgremiums in Familienunternehmen, gibt jedoch für sich keine konkrete Richtschnur, wie die Inhaber mit diesen Hinweisen systematisch umgehen sollen. Damit verbleibt es im Wesentlichen bei allgemeinen Anforderungen, die aus rechtlicher Sicht vernünftigerweise ohnehin für das Wesen und die Tätigkeit eines Aufsichtsratsgremiums in Familienunternehmen essentiell sind. Hierauf aufbauend gibt das sogenannte „Vier-Stufen-Modell“ den Inhabern eine durchaus brauchbare Leitlinie, wie die einzelnen Empfehlungen systematisch erfasst und abgearbeitet werden können. Allerdings zeigt sich auch insoweit eine der wesentlichen Schwierigkeiten, denen sowohl der Familien-Kodex als auch das „Vier-Stufen-Modell“ ausgesetzt sind. Familienunternehmen in Deutschland existieren in einer großen Fülle von rechtlichen Erscheinungsformen und Ausgestaltungen. Anders als für das ohnehin bereits sehr formale rechtliche Gewand der Aktiengesellschaft, auf welches der DCGK zielt, ist es dem Familien-Kodex nur schwer möglich, gleichermaßen präzise Leitlinien für Familienunternehmen aufzustellen, insbesondere für die praktische Umsetzung. Letztlich ist erfahrungsgemäß das Ob und Wie eines solchen Aufsichtsratsgremiums in Familienunternehmen unbedingt bezogen auf den Einzelfall zwischen den Inhabern, unter Einschaltung von mit den individuellen Verhältnissen vertrauten Beratern, zu erarbeiten. In diesem Rahmen kann das Vier-Stufen-Modell als Strukturierungshilfe herangezogen werden.

Der Prüfungsausschuss einer börsennotierten AG

Eine wesentliche Funktion des Aufsichtsrats einer deutschen Aktiengesellschaft besteht in der Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands. Um dieser Funktion qualifiziert gerecht werden zu können, muss dem Aufsichtsrat einer börsennotierten oder einer den organisierten Kapitalmarkt in sonstiger Weise in Anspruch nehmenden Aktiengesellschaft mindestens ein sog. Finanzexperte, d.h. ein unabhängiges Mitglied, das über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt, angehören (§ 100 Abs. 5 AktG).

Ein solcher Finanzexperte muss bei einer börsennotierten AG auch ein Mitglied des Prüfungsausschusses sein. Aufgaben des Prüfungsausschusses bilden gemäß § 107 Abs. 3 AktG die Überwachung

- des Rechnungslegungsprozesses,
- des internen Kontrollsystems und der internen Revision,
- des Risikomanagementsystems,
- der Abschlussprüfung und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers sowie der vom Abschlussprüfer erbrachten sonstigen Leistungen.

Nach dem für börsennotierte Aktiengesellschaften maßgeblichen Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) gehören zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses auch:

- die Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer,
- die Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten,
- die Honorarvereinbarung mit dem Abschlussprüfer sowie
- Fragen der Compliance, soweit damit kein anderer Ausschuss betraut ist.

Vorsitzender des Prüfungsausschusses soll gemäß DCGK der unabhängige Finanzexperte sein.

Nähere Hinweise zur notwendigen Qualifikation des Finanzexperten im Prüfungsausschuss enthalten weder das AktG noch der DCGK. Nach der Aufgabenbeschreibung für den Prüfungsausschuss muss davon ausgegangen werden, dass nur Personen über den erforderlichen Sachverstand verfügen, die beruflich mit Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung befasst sind oder waren. Danach kommen als Finanzexperte vor allem Wirtschaftsprüfer, Finanzvorstände, erfahrene Praktiker aus den Bereichen Rechnungswesen oder Controlling sowie langjährige Prüfungsausschussmitglieder in Betracht.

Bezüglich der erforderlichen Unabhängigkeit des Finanzexperten fehlen ebenso gesetzliche Bestimmungen. Nach dem DCGK ist ein Aufsichtsratsmitglied als unabhängig anzusehen, wenn es in keiner persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder



einem mit diesem verbundenen Unternehmen steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann.

Gesetzlich vorgeschrieben ist ein unabhängiger Finanzexperte derzeit nur für den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss von kapitalmarktorientierten Gesellschaften.

Erfahrungsgemäß wird jedoch die Rechtsprechung vergleichbare Anforderungen entwickeln, wenn es um Haftungsfragen von

Aufsichtsgremien bei Unternehmen geht, die nicht den organisierten Kapitalmarkt in Anspruch nehmen.

Daher sind zumindest alle großen, prüfungspflichtigen Gesellschaften gut beraten, wenn sie ihr Aufsichtsgremium nach diesen Vorgaben besetzen.

Steuerrecht in Kürze

1

Besteuerung von Aufsichtsratsvergütungen deutscher AGs an im Ausland ansässige Personen

Im Ausland ansässige Aufsichtsratsmitglieder deutscher AGs sind mit ihren Aufsichtsratsvergütungen im Inland beschränkt steuerpflichtig. Dabei ist die auszahlende AG verpflichtet, einen Steuereinbehalt von 31,65 % inkl. SolZ von der Bruttovergütung vorzunehmen. Eventuelle Betriebsausgaben wie etwa Reisespesen sind dabei nicht zu berücksichtigen. Sofern diese sogenannte Aufsichtsratssteuer von der AG übernommen wird, erhöht sich die von der AG einzubehaltende Steuer auf 45,21 % inkl. SolZ. Die Steuer ist gleichzeitig mit der Aufsichtsratsvergütung abzuführen und hat Abgeltungswirkung. Eine Veranlagung des ausländischen Aufsichtsratsmitglieds ist nicht nötig.

Im Falle eines in einem anderen EU- bzw. EWR-Staat ansässigen Aufsichtsratsmitglieds kann der Steuerabzug von der Netto-Vergütung erfolgen, die sich nach Abzug nachgewiesener Betriebsausgaben ergibt.

2

Besteuerung von Aufsichtsratsvergütungen ausländischer AGs an im Inland ansässige Personen

a) Bestehendes Doppelbesteuerungsabkommen

Sofern eine im Ausland ansässige AG an ihren in Deutschland ansässigen Aufsichtsrat eine Vergütung zahlt, ist diese regelmäßig in Deutschland von der Besteuerung freigestellt. Die Besteuerung der Aufsichtsratsvergütung unterliegt der Besteuerung im Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft. In den meisten mit Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist es dabei unerheblich, in welchem Staat das Aufsichtsratsmitglied seine Kontrollfunktion ausübt. Nur im Ausnahmefall (z.B. USA) wird ein Aufsichtsrat seine Vergütung im - vom Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft abweichenden - Tätigkeitsstaat versteuern müssen.

b) Ohne Doppelbesteuerungsabkommen

Sofern Inländer bei AGs Aufsichtsratsstätigkeiten ausüben, die in einem Staat ansässig sind, mit welchem kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, sind die dabei erhaltenen Aufsichtsratsvergütungen in Deutschland steuerpflichtig. Dessen ungeachtet können auch Steuern im Staat der Gesellschaft anfallen, welche aber auf die deutsche Einkommensteuerschuld angerechnet bzw., falls dies günstiger ist, von der steuerlichen Bemessungsgrundlage abgezogen werden.

Aktuelle Entscheidungen zum Pflichtenkreis des Aufsichtsrats

Für den Aufsichtsrat besteht eine Vielzahl von (Treue-)Verpflichtungen, die das Risiko einer Haftung gegenüber der Gesellschaft als auch Dritten, z.B. Aktionären, in sich bergen. In mehreren aktuellen Entscheidungen haben deutsche Gerichte jetzt erneut wichtige Fragen in diesem sehr relevanten Themenkomplex beantwortet und hierbei insbesondere gesetzliche Anforderungen an die Aufsichtsratsstätigkeit konkretisiert:

BGH: Pflichten des Aufsichtsrats bei vorzeitiger Wiederbestellung des Vorstands (Urteil vom 17.07.2012 – Az. II ZR 55/11)

Grundsätzlich bestellt der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre, wobei die wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit um fünf Jahre zulässig ist. Eine automatische Verlängerung der Amtszeit über die Fünfjahresgrenze hinaus gibt es nicht. Der Aufsichtsrat soll sich gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG spätestens alle fünf Jahre in verantwortlicher Beratung über die Weiterbeschäftigung von Vorstandsmitgliedern schlüssig werden.

Entsprechend verlangt § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG einen neuen Beschluss, der frühestens ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit gefasst werden kann. Umstritten war bislang, ob die Neufestsetzung der Amtszeit, die nicht an die bisherige Amtsdauer anschließt, sondern sie ersetzen soll, gegen diese Grundsätze verstößt.

Der BGH hat jetzt entschieden, dass die Wiederbestellung für bis zu fünf Jahre auch nach einvernehmlicher Amtsniederlegung, die früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer erfolgt, grundsätzlich wirksam ist. Sie stellt – auch ohne besondere Gründe – keine unzulässige Umgehung von § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG dar.

Verfolge der Aufsichtsrat mit seinem Beschluss – im Einvernehmen mit dem Vorstandsmitglied – dagegen Motive, die sich vor dem Hintergrund seiner Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber als rechtsmissbräuchlich erweisen, wäre der Beschluss über die Amtsniederlegung und Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds nichtig.

OLG Stuttgart: Verpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds zur eigenen Risikoanalyse bei bedeutsamen Geschäften der Gesellschaft (Urteil vom 29.02.2012 – Az. 20 O 3/11)

Gem. § 111 Abs. 1 AktG ist der Aufsichtsrat zur Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands verpflichtet, wobei Art und Umfang der Maßnahmen in jedem Einzelfall konkret zu bestimmen und insbesondere von der jeweiligen Risikosituation abhängig sind.

Nach Einschätzung des OLG muss das einzelne Aufsichtsratsmitglied in Ausübung seiner Überwachungspflicht selbstständig



den für eine sorgfältige Risikoanalyse relevanten Sachverhalt vollständig und richtig erfassen und darf sich jedenfalls bei besonders bedeutsamen Geschäften aufgrund einer dann intensivierten Überwachungspflicht nicht auf die Entgegennahme der Informationen des Vorstands beschränken. Andernfalls soll mangels ausreichender Risikoabschätzung ein Verstoß gegen die Überwachungspflichten aus § 111 Abs. 1 AktG und damit ohne weiteres eine schwerwiegende Pflichtverletzung gegeben sein. Zudem sei in diesem Fall ein Beschluss, mit welchem dem gesamten Aufsichtsrat Entlastung erteilt wurde, insgesamt nichtig, auch wenn die schwerwiegende Treuepflichtpflichtverletzung gegenüber der Aktionärsminderheit nur bei einem Mitglied vorlag.

OLG Stuttgart: Darlegungs- und Beweislastverteilung im Haftungsprozess (Beschluss vom 19.06.2012 – Az. 20 W 1/12)

Das OLG führt zur Darlegungs- und Beweislastverteilung aus, dass die AG in einem Schadensersatzprozess zu beweisen hat, dass ihr der Schaden durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds in dessen Pflichtenkreis entstanden ist. Sodann hat das Aufsichtsratsmitglied nachzuweisen, dass es seinen Sorgfaltspflichten genügt hat oder es kein Verschulden trifft, im Übrigen der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.

Sofern es um die Überwachung der Vorstandstätigkeit gehe, sei erforderlich, dass dem jeweiligen Aufsichtsratsmitglied die Kenntnis der pflichtwidrigen Vorstandshandlungen nachgewiesen werden könne. Die laufende Überwachung einzelner Geschäftsvorfälle sei nämlich nicht zumutbar. Vielmehr sei

ausreichend, dass das Mitglied sich ein Bild über die wesentlichen Grundlagen der Geschäftsführung und die wichtigsten Geschäftsvorfälle mache. Eine verschärfte Überwachung sei nur dann geboten, wenn die Berichte des Vorstands unklar, unvollständig oder erkennbar unrichtig seien oder es glaubwürdige Hinweise auf ein Fehlverhalten gebe. Auch in Krisenzeiten, bei Hinweisen auf existenzgefährdende Maßnahmen und im Fall der Neugründung einer AG sei eine intensivere Überwachung angezeigt.

OLG Braunschweig: Kontrollpflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gegenüber anderen Mitgliedern (Beschluss vom 14.06.2012 – Az. Ws 44/12, 45/12)

Nach Auffassung des OLG kann ein Aufsichtsratsmitglied u.U. auch dann den Straftatbestand der Untreue verwirklichen, wenn es sich unter Verstoß gegen eindeutige Satzungsregeln eine überhöhte Vergütung auszahlen lässt und ferner keine Maßnahmen ergreift, um die Auszahlung an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder zu verhindern.

Voraussetzung für die Verwirklichung des Straftatbestands der Untreue gem. § 266 StGB ist stets die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, d.h. der Befugnis über fremdes Vermögen eigenständig und in besonders bedeutsamen Umfang zu verfügen. Das OLG hat eine solche Pflicht aufgrund der eindeutigen und abschließenden Satzungsregelung der betroffenen AG bejaht. Es habe im Gegensatz zum Sachverhalt der sog. „Mannesmann“-Entscheidung des BGH (Urteil vom 21.12.2005 – Az. 3 StR 470/04) kein Ermessensspielraum der Aufsichtsratsmitglieder über die Vergütungshöhe vorgelegen. Jedes einzelne Mitglied sei aufgrund seiner Garantienpflicht gehalten gewesen, den gesamten Aufsichtsrat als Kontrollgremium der Gesellschaft unverzüglich einzuberufen bzw. auf den Vorstand einzuwirken.

Aktuelles: JCA International-Konferenz in München

Unsere Kanzlei war im Oktober 2012 Ausrichter der Herbst-Konferenz von JCA International, dem europäischen Netzwerk mittelständischer Wirtschaftskanzleien, dem unsere Kanzlei seit September 2011 angehört. Die Treffen der JCA International finden zwei Mal im Jahr in unterschiedlichen Ländern statt. Sie sind eine ideale Plattform für alle Beteiligten, sich gegenseitig fachlich und auch informell auszutauschen.

Weitere Informationen zu JCA International finden Sie über den Link auf unserer Homepage (www.rae-weiss.de/willkommen/jca-international) oder erhalten Sie im direkten Gespräch mit uns.



Herausgeber:

Weiss • Walter • Fischer-Zernin
Rechtsanwälte • Wirtschaftsprüfer • Steuerberater
Ansprechpartner: Dr. Jan Kreklau

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 | 80333 München
Telefon: +49 (0)89 29 07 19-0 | Telefax: +49 (0)89 29 07 19-17
newsletter@rae-weiss.de | www.rae-weiss.de

Wir bitten Sie zu beachten, dass unsere Beiträge eine Auswahl aus der aktuellen wirtschafts- und steuerrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellen. Sie stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und können nicht die auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung ersetzen.

Falls Sie künftig diese Informationen der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin nicht mehr erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Betreff „Abbestellung report“ an newsletter@rae-weiss.de.