



BOARD

Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland

HERAUSGEBER

Arbeitskreis deutscher Aufsichtsrat e.V. (AdAR)

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Stefan Siepelt

Marc Tüngler

GESAMTLEITUNG

Dr. Christine Bortenlänger

Dr. Christian Bosse

Dr. Claus Buhleier

Peter Dietlmaier

Prof. Harald Eichsteller

Prof. Dr. Barbara Grunewald

Dr. Simone Hartmann

Prof. Dr. Peter Henning

Prof. Dr. Susanne Kalss

Dr. Jürgen Kunz

Prof. Dr. Ulrich Noack

Prof. Dr. Ulrich Seibert

Dr. Mirko Sickinger

Prof. Dr. Stefan Simon

Prof. Dr. Michèle Sutter-Rüdisser

Prof. Dr. Jochen Vetter

Prof. Dr. Christian Zwirner

IN KOOPERATION MIT

Deutsche Schutzvereinigung für
Wertpapierbesitz e.V. (DSW)

Deutsches Aktieninstitut
Kapital. Markt. Kompetenz.
•••

5
2023



Peter Dietlmaier, Dominique Reber
Aufsichtsrat – Allein zu Haus

Christiane Hölz, Marc Tüngler, Prof. Dr. Gunther Friedl
DSW/TUM-Vorstandsvergütungsstudie 2023 –
Teil 1 und Teil 2

Gabriele Sons, Dr. Pia Lünstroth
Moderne Aufsichtsratsvergütung – Aktien
für den Aufsichtsrat?

Nicola Oetker-Hilker, Dr. Michael Beyer
Kompetent als Mitglied im Aufsichtsrat in
Diakonie & kirchlichen Einrichtungen

Dr. Peter Hennke
Dokumentation und Sitzungsvorbereitung

Supervisory Board – Home Alone

(translated from the article "Aufsichtsrat – Allein zu Haus" from BOARD 5/2023)

Authors:

Peter Dietlmaier, Founding Partner CCounselors, Düsseldorf; *Dominique Reber*, Partner at CCounselors, Düsseldorf, and Partner and Co-owner at Hirzel.Neef.Schmid.Konsulenten, Zurich, Switzerland

The working methods of the supervisory board are clearly described in the DCGK. There are seven principles and twelve recommendations. Principle 13 states: "The management board and supervisory board shall work together in a spirit of trust for the benefit of the company. Good corporate governance requires open discussion between the management board and supervisory board and within the management board and supervisory board. Comprehensive confidentiality is of crucial importance in this regard." And Principle 16 states: "The Executive Board is responsible for providing information to the Supervisory Board. However, the Supervisory Board must ensure that it is adequately informed." In performing its duties, the Supervisory Board generally draws on the company's resources. This applies in particular to legal and compliance, communication and organisational issues. But what happens if the cooperation is no longer based on trust, if the company finds itself in a situation where conflicts of interest may arise between the supervisory board and the management board? It is not uncommon for the supervisory board to quickly realise that it is on its own, has no budget for external support, and has to ask the management board for everything and everyone. Being prepared for this is part of good corporate governance, even if the code does not say anything about it.

Contents

- I. Not always trustworthy
- II. Entitlement to professionally sound, loyal advice
- III. Lack of resources as a challenge
- IV. Be prepared
- V. Conclusion

Keywords

Budget of the AR; conflicts of interest; trust-based cooperation

I. Not always trustworthy

A supervisory board member of a former DAX40 company reported that he had decided to resign from the board. Immediately, if possible. As it later transpired, the member had correctly sensed that good corporate governance was not being practised in the company. As a single member, there is little one can do. Even on

the supervisory board, you need majorities. And if the majority does not want you, it is better to resign. However, the member in question was not familiar with the details of German law. Following standard practice, and in the absence of other alternatives, the member asked the company's legal department for advice. Apparently, the desire to resign came at an inopportune time for the company, which is why the supervisory board member was simply told that immediate resignation from the mandate was not possible. One is elected for x years. In fact, the member then remained on the supervisory board, with the result that the person was to be held responsible for something that they did not want to support by resigning.

Another supervisory board member found that, when in doubt, the communications department acted in the interests of the executive board rather than the company: statements made by the chair of the supervisory board that could have been interpreted as distancing himself from the executive board were regularly toned down. In background discussions, the corporate communicators deliberately used spin that had nothing to do with the true thinking of the supervisory board. In the end, when the supervisory board decided to draw a line under the matter, everyone was damaged: the supervisory board, the departing CEO and, above all, the company.

Years ago, even a supervisory board chairman found that he was standing in the way of his CEO. The only way to explain this was that the communications department had hired a consultant specifically to spread bad stories about the supervisory board chairman.

The correct statement is: "The management board and supervisory board should work together in a spirit of trust for the good of the company." However, practice shows that this is not always possible. Conflicts are inevitable due to the different roles, especially when there is disagreement about strategy or sustained economic success fails to materialise. Compliance violations are another particular issue. So it is not always egos that stand in the way of trusting cooperation.

II. Entitlement to professionally sound, loyal advice

It is important that the supervisory board, and especially its chairperson, is prepared for such situations both mentally and organisationally. The supervisory board must ensure that, in case of doubt, it always receives the necessary professional and loyal advice and is not given information such as that given to the supervisory board member who was told that it is not possible to simply resign from office in Germany. Of course, this is possible, and it would have been the right thing to do, because it would have led to questions that might have prevented worse things from happening. However, the Head of Legal may have been concerned precisely with preventing further unrest in the interests of the Executive Board.

Loyalty conflicts become particularly apparent when it comes to personnel decisions. For this reason, the supervisory board of a DAX-listed company outsourced communication regarding internal succession planning. Due to the preceding internal election campaign, it was obvious that the head of communications was biased in favour of the candidate who was not supposed to win. Instead of putting the widely respected head of communications in an internal

conflict, the chairman of the supervisory board hired a spokesperson specifically for this purpose. Ultimately, it would have been implausible for the head of communications to suddenly start promoting the candidate whom he had previously considered the second-best solution in background discussions. This approach would not have helped either the new CEO or the company.

However, it is not only in times of crisis that the supervisory board's own resources can be useful in terms of good corporate governance. Ultimately, despite the requirement for trust-based cooperation, the executive board and supervisory board have different roles to perform. If these roles are fulfilled correctly and positioned appropriately both internally and externally, they can contribute positively to the company's reputation among all stakeholders. Since the chair of the supervisory board is already the focus of greater internal and, above all, external attention, the role can also be used to enhance the company's image. Many of the topics on which he or she can communicate are derived from his or her area of responsibility, which is clearly described in the Code, among other places. In addition, the chair of the supervisory board is predestined to deal with the topic of corporate culture. He or she has a major influence on this through the supervisory board's personnel decisions.

III. Lack of resources as a challenge

The fact is, however, that very few supervisory board chairpersons have their own internal resources and budgets for external support. According to the latest supervisory board study by AdAR and Hengeler Mueller, only one third of the companies surveyed have a supporting supervisory board office at their disposal. In 61% of the companies surveyed, the organisation of the supervisory board is linked to the management board. And only 24% of the companies surveyed provide the supervisory board with its own budget – this applies equally to listed and unlisted companies. For years, there has been a debate in the corporate governance scene about whether the supervisory board should have its own budget. Currently, this is not usually the case. Proponents of the status quo argue that budgets would tend to restrict supervisory boards. What if the need is greater than the budget in a given situation? For Swiss boards of directors, this question does not usually arise. They have their own staff and budgets that can be increased if necessary. Their advantage is that they can issue orders without having to involve the management beforehand, unlike in Germany.

IV. Be prepared

Regardless of the budget issue, the chair of the supervisory board should address the question of which external resources to draw on in case of doubt at an early stage. Time is of the essence, especially in crisis situations. Often, there is no opportunity to get to know candidates in depth. The selection process must be quick. It is not uncommon to fall back on well-known names, but these may not always be the best choice for the specific situation. It is advisable to take your time and review the pool of potential supporters during "normal" times. It can also be beneficial to keep this group informed about the company and its challenges so that

a cold start can be avoided in an emergency and good advice is available from the outset.

V. Conclusion

Good risk management is characterised by assuming the worst case scenario rather than the best case scenario. Trusting cooperation between the supervisory board and the executive board is the best case scenario. In order to avoid suddenly finding itself alone in the company in the worst-case scenario, the supervisory board should prepare for emergencies with a team of supporters tailored to its profile, in case it can no longer necessarily count on the loyalty of internal resources.

Aufsichtsrat – Allein zu Haus



Peter Dietlmaier, Founding Partner CCounselors, Düsseldorf;
 Dominique Reber, Partner CCounselors, Düsseldorf sowie Partner und Mitinhaber Hirzel.Neef.
 Schmid.Konsulenten, Zürich, Schweiz

Die Arbeitsweise des Aufsichtsrats ist im DCGK klar beschrieben. Es gibt 7 Grundsätze und 12 Empfehlungen. So heißt es in Grundsatz 13: „Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens vertrauensvoll zusammen. Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie in Vorstand und Aufsichtsrat voraus. Die umfassende Wahrung der Vertraulichkeit ist dafür von entscheidender Bedeutung.“ Und in Grundsatz 16 wird ausgeführt: „Die Information des Aufsichtsrats ist Aufgabe des Vorstands. Der Aufsichtsrat hat jedoch seinerseits sicherzustellen, dass er angemessen informiert wird.“ Bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben greift der Aufsichtsrat in der Regel auf die Ressourcen des Unternehmens zu. Das gilt vor allem für Legal & Compliance, Kommunikation und organisatorische Themen. Aber was passiert, wenn die Zusammenarbeit nicht mehr vertrauensvoll ist, sich das Unternehmen in einer Situation befindet, in der es zwischen Aufsichtsrat und Vorstand zu Interessenkonflikten kommen kann? Nicht selten stellt der Aufsichtsrat dann schnell fest, dass er alleine ist, kein Budget für externe Unterstützung hat, für alles und jeden den Vorstand fragen muss. Hierauf vorbereitet zu sein, gehört zur Good Corporate Governance, auch wenn der Kodex hierzu nichts sagt.

I. Nicht immer vertrauensvoll

Ein Aufsichtsratsmitglied eines ehemaligen DAX40-Unternehmens berichtete, dass es für sich entschieden hatte, aus dem Gremium ausscheiden zu wollen. Wenn möglich sofort. Das Mitglied hatte – wie sich später herausstellte – das richtige Gefühl, dass gute Corporate Governance in dem Unternehmen nicht gelebt wurde. Als einzelnes Mitglied kann man wenig bewegen. Auch im Aufsichtsrat benötigt man Mehrheiten. Und wenn die Mehrheit nicht möchte, dann ist es besser zurückzutreten. Nun war das betreffende Mitglied mit dem deutschen Recht nicht im Detail vertraut. Der üblichen Praxis folgend, und in Ermangelung anderer Alternativen, fragte das Mitglied die Rechtsabteilung des Unternehmens um Rat. Anscheinend kam der Wunsch des Rücktritts für das Unternehmen zur Unzeit, weshalb man dem Aufsichtsratsmitglied einfach erzählte, ein sofortiger Rücktritt vom Mandat sei nicht möglich. Man sei gewählt für

x Jahre. Tatsächlich ist das Mitglied dann im Aufsichtsrat verblieben, was zur Folge hatte, dass die Person in die Verantwortung gezogen werden sollte, für etwas, was sie durch ihren Rücktritt nicht mittragen wollte.

Ein anderes Aufsichtsratsmitglied machte die Erfahrung, dass die Kommunikationsabteilung im Zweifel nicht im Interesse des Unternehmens, sondern in dem des Vorstands handelt: Meinungsäußerungen des Aufsichtsratsvorsitzenden, die als ein auf Distanzgehen zum Vorstand hätten gewertet werden können, wurden regelmäßig entschärft. In Hintergrundgesprächen der Unternehmenskommunikatoren wurde gezielt ein Spin verwendet, der mit den wahren Gedankengängen des Aufsichtsrates nichts gemein hatte. Am Ende, als ein Schlussstrich vom Aufsichtsrat beschlossen wurde, waren alle beschädigt, der Aufsichtsrat, der scheidende CEO und vor allem das Unternehmen.

Vor Jahren machte sogar ein Aufsichtsratsvorsitzender die Erfahrung, dass er seinem CEO im Weg stand.

INHALT

- I. Nicht immer vertrauensvoll
- II. Anspruch auf fachlich richtigen, loyalen Rat
- III. Fehlende Ressourcen als Herausforderung
- IV. Vorbereitet sein
- V. Fazit

Keywords

Budget des AR; Interessenkonflikte; Vertrauensvolle Zusammenarbeit

Nur so ließ sich deuten, dass die Kommunikationsabteilung eigens einen Berater damit beschäftigte, schlechte Geschichten über den Aufsichtsratsvorsitzenden zu verbreiten.

Richtig ist: „Vorstand und Aufsichtsrat sollen zum Wohle des Unternehmens vertrauensvoll zusammenarbeiten.“ Die Praxis zeigt aber, dass dies nicht immer möglich ist. Konflikte sind aufgrund der unterschiedlichen Rollen bereits vorprogrammiert, vor allem, wenn es Uneinigkeit über die Strategie gibt oder der wirtschaftliche Erfolg nachhaltig ausbleibt. Ein be-

sonderes Thema sind darüber hinaus Compliance Verstöße. Es müssen also nicht immer die Egos sein, die einer vertrauensvollen Zusammenarbeit im Wege stehen.

II. Anspruch auf fachlich richtigen, loyalen Rat

Wichtig ist, dass der Aufsichtsrat und vor allem die oder der Vorsitzende auf diese Situationen gedanklich wie auch organisatorisch vorbereitet ist. Der Aufsichtsrat muss sicherstellen, dass er im Zweifelsfall immer den notwendigen fachlich richtigen, loyalen Rat erhält und keine Auskunft erhält, wie das Aufsichtsratsmitglied, dem mitgeteilt wurde, dass man in Deutschland das Mandat nicht einfach niederlegen kann. Natürlich kann man das und es wäre der richtige Schritt gewesen, weil er zu Fragen geführt hätte, die Schlimmeres vielleicht noch hätten verhindern können. Dem Head of Legal ging es aber vielleicht genau darum, weitere Unruhe im Interesse des Vorstands zu verhindern.

Loyalitätskonflikte werden vor allem greifbar, wenn es um Personalentscheidungen geht. Aus diesem Grund hat der Aufsichtsrat eines DAX-Unternehmens die Kommunikation zur internen Nachfolgeregelung ausgelagert. Es war aufgrund des vorhergehenden internen Wahlkampfs offensichtlich, dass der Leiter der Kommunikation parteiisch war und zwar für den Kandidaten, der es nicht werden sollte. Anstatt den allseits geschätzten Kommunikationschef in einen inneren Konflikt zu bringen, engagierte der Aufsichtsratsvorsitzende eigens einen Sprecher. Letztlich wäre es auch unglaublich gewesen, wenn der Kommunikationschef von einem Tag auf den anderen den Kandidaten hätte verkaufen sollen, den er zuvor noch in Hintergrundgesprächen als zweitbeste Lösung gesehen hat. Dieser Einstieg hätte weder dem neuen CEO noch dem Unternehmen geholfen.

Aber nicht nur im Krisenfall können eigene Ressourcen des Aufsichtsrats im Sinne guter Corporate Governance

sinnvoll sein. Letztlich haben Vorstand und Aufsichtsrats trotz des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit unterschiedliche Rollen wahrzunehmen. Werden diese richtig ausgefüllt und intern wie auch extern korrekt positioniert, können sie positiv zur Reputation des Unternehmens bei allen Stakeholdern beitragen. Da der Aufsichtsratsvorsitzende heute schon stärker im Fokus der internen und vor allem der externen Wahrnehmung ist, kann man die Rolle auch für das Image des Unternehmens nutzen. Viele Themen, zu denen er kommunizieren kann, leiten sich von seinem Aufgabengebiet ab, das nicht zuletzt im Kodex klar beschrieben wird. Darauf hinaus ist die oder der Aufsichtsratsvorsitzende geradezu dazu prädestiniert, sich mit dem Thema Unternehmenskultur auseinanderzusetzen. Mit den Personalentscheidungen des Aufsichtsrates prägt er diese in hohem Maße.

III. Fehlende Ressourcen als Herausforderung

Fakt ist aber, dass nur die wenigen Aufsichtsratsvorsitzenden über eigene interne Ressourcen und Budgets für externe Unterstützung verfügen. So steht laut der jüngsten Aufsichtsratsstudie von AdAR und Hengeler Mueller nur in einem Drittel der befragten Unternehmen ein unterstützendes Aufsichtsratsbüro zur Verfügung. Bei 61 % der befragten Unternehmen ist die Organisation des Aufsichtsrates beim Vorstand angebunden. Und nur 24 % der befragten Unternehmen stellen dem Aufsichtsrat ein eigenes Budget zur Verfügung – das gilt für börsennotierte wie für nicht-börsennotierte Unternehmen gleichermaßen. Seit Jahren gibt es in der Corporate Governance Szene eine Diskussion darüber, ob der Aufsichtsrat über eigene Budgets verfügen soll. Derzeit gibt es das in der Regel nicht. Die Verfechter des Status quo vertreten dabei die Auffassung, dass Budgets Aufsichtsräte eher beschränken würden. Was ist, wenn

in einer Situation der Bedarf größer ist als das Budget? Für Schweizer Verwaltungsräte stellt sich die Frage in der Regel nicht. Sie verfügen über eigene Mitarbeiter und auch über Budgets, die notfalls aufgestockt werden, wenn Bedarf besteht. Ihr Vorteil ist, dass sie Aufträge erteilen können, ohne jeweils die Geschäftsführung zuvor einbinden zu müssen, anders in Deutschland.

IV. Vorbereitet sein

Unabhängig von der Budgetfrage sollte sich die oder der Aufsichtsratsvorsitzende frühzeitig mit der Frage auseinandersetzen, auf welche externen Ressourcen man im Zweifelsfall zurückgreifen möchte. Vor allem in Krisenfällen ist Zeit knapp. Oftmals gibt es keine Möglichkeiten zum vertieften Kennenlernen. Der Auswahlprozess muss schnell gehen. Nicht selten greift man auf bekannte Namen zurück, die aber nicht immer die beste Wahl für die spezifische Situation sein müssen. Man sollte sich Zeit nehmen und besser in „normalen“ Zeiten den Kreis der potentiellen Unterstützer sichten. Es kann auch von Vorteil sein, diesen Kreis immer wieder über das Unternehmen und seine Herausforderungen zu informieren, damit im Akutfall ein Kaltstart vermieden werden kann und guter Rat vom ersten Moment an möglich ist.

V. Fazit

Gutes Riskmanagement zeichnet sich dadurch aus, dass man nicht vom „best case“, sondern vom „worst case“ ausgeht. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Vorstand ist der „best case“. Um im „worst case“ nicht auf einmal im Unternehmen alleine dazustehen, sollte sich der Aufsichtsrat mit einem auf sein Profil zugeschnittenen Team an Unterstützern für den Ernstfall vorbereiten, wenn er auf die Loyalität der internen Ressourcen nicht mehr unbedingt zählen kann.