



**BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER**

**Stellungnahme Nr. 20/2012**  
**April 2012**

**Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission zum Deutschen Corporate Governance Kodex**

Mitglieder des Ausschusses Gesellschaftsrecht

**Rechtsanwalt Dr. Fritz-Eckehard Kempfer, München (Vorsitzender)**

**Rechtsanwalt Jan Büsing, Bremen**

**Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz, Frankfurt**

**Rechtsanwalt Dr. Jens Eric Gotthardt, Bonn**

**Rechtsanwalt Rolf Koerfer, Köln (Berichterstatter)**

**Rechtsanwalt Rüdiger Ludwig, Hamburg**

**Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg**

**Rechtsanwalt und Notar Wulf Meinecke, Hannover**

**Rechtsanwältin Manuela Roeding, Düsseldorf**

**Rechtsanwalt Jürgen Wagner LL.M., Konstanz**

**Rechtsanwalt Dr. Stephan Zilles, Essen (Berichterstatter)**

**Rechtsanwalt Johannes Keller, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin**

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex  
Landesjustizminister/ Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreis Recht der Bundestagsfraktionen

Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Deutsche Rechtspflegervereinigung  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Institut der Wirtschaftsprüfer

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift  
ZAP Verlag  
Redaktion Anwaltsblatt  
Beck aktuell  
Lexis Nexis Rechtsnews  
Otto Schmidt Verlag  
Jurion Expertenbriefing  
juris Nachrichten  
Redaktion Juristenzeitung  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht  
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 157.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen - auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## I.

Die Regierungskommission hat am 01.02.2012 Formulierungsvorschläge für Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) nebst Erläuterungen veröffentlicht. Die interessierte Öffentlichkeit wurde eingeladen, zu den vorgeschlagenen Änderungen des DCGK bis zum 02.03.2012 schriftlich Stellung zu nehmen. Eine etwas längere Frist zur Stellungnahme wäre wünschenswert gewesen. Die Bundesrechtsanwaltskammer gibt mit Blick auf die für Mai 2012 angekündigte abschließende Beratung der Regierungskommission diese Stellungnahme ab und bittet um deren Berücksichtigung.

Nachdem im Kalenderjahr 2011 der DCGK nicht geändert wurde, greift die Regierungskommission in diesem Jahr verschiedene Punkte auf. Diese stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang miteinander, sondern ergeben sich einerseits aus einem tatsächlich bestehenden Klarstellungsbedarf, andererseits aus der fortschreitenden Corporate Governance-Diskussion in Deutschland. Insofern besteht eine Parallele zum Aktienrecht, das im Jahr 2011 ebenfalls nicht geändert wurde, nun aber im Jahr 2012 punktuelle, wenig zusammenhängende Änderungen erfahren soll (Aktienrechtsnovelle 2012).

Kritik wurde an der Regierungskommission dahingehend geäußert, dass es sich um eine Art „Gesetzgebung im stillen Kämmerlein ohne demokratische Legitimation“ handele. Insofern ist der Ansatz zu begrüßen, nun der interessierten Öffentlichkeit die Möglichkeit zu Stellungnahmen zu den geplanten Änderungen des DCGK einzuräumen. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Regierungskommission aber nicht den Gesetzgeber ersetzt. Sie sollte deshalb gesetzliche Wertungen (insbesondere des Aktiengesetzes) nicht überschreiten. Dies geschieht indes durch einige der nun vorgeschlagenen Änderungen.

## II.

Soweit im Folgenden nicht auf vorgeschlagene Änderungen des DCGK eingegangen wird, werden diese von der Bundesrechtsanwaltskammer befürwortet. Stellung genommen wird nur zu denjenigen Änderungsvorschlägen, die aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer zumindest überdacht oder nicht umgesetzt werden sollten.

### **1. Textliche oder technische Ungenauigkeiten**

Die vorgeschlagenen Änderungen des DCGK enthalten einige textliche oder technische Ungenauigkeiten, die in der anstehenden Beratung überdacht werden sollten.

In Ziffer 2.2.1 betrifft dies den Umstand, dass dort auch der Lagebericht bzw. der Konzernlagebericht genannt werden sollten.

In Ziffer 2.3.1 sollte es in Anlehnung an die in verschiedenen Vorschriften des AktG wiederkehrende Formulierung „zugänglich sind“ heißen. Das Wort „leicht“ sollte gestrichen werden, weil es die Frage

aufwirft, ob hier höhere als die gesetzlichen Anforderungen an das Zugänglichmachen der übrigen Unterlagen zu stellen sind.

In Ziffer 3.10 sollten die Wörter „des Unternehmens“ durch „der Gesellschaft“ ersetzt werden, denn ein konzernweiter und unter Umständen globaler Governance-Bericht ginge zu weit. Nach dem geltenden Wortlaut des DCGK wäre dies aber geboten.

In Ziffer 3.10 sollten die Sätze 2 und 3 gestrichen werden, weil Satz 2 mit Blick auf § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG und den auch in der Präambel des DCGK wiederholten Grundsatz „*comply or explain*“ redundant ist. Satz 3 beinhaltet eine Selbstverständlichkeit.

In Ziffer 4.3.2 sollten anlässlich der Änderung des DCGK die Wörter „und Mitarbeiter“ gestrichen werden, weil sich der Kodex an die Organe und nicht an die Mitarbeiter richtet.

In Ziffer 5.2. Abs. 2 Satz 2 und Ziffer 5.3.2 Satz 1 sollte der englische und im angloamerikanischen Rechtskreis etwas anders besetzte Begriff des „Audit Committee“ gestrichen werden, um im DCGK nicht einen einzigen missverständlichen englischen Begriff einzustreuen. Alle anderen Ausschüsse sind ebenfalls nur deutsch benannt.

In Ziffer 5.2 Abs. 3 Satz 1 wäre es technisch sauber, den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses und nicht den Aufsichtsratsvorsitzenden als Adressat des Austauschs zwischen den Sitzungen zum Risikomanagement und zur Compliance zu benennen. Denn diese Themen sind gemäß der Wertung des § 107 Abs. 3 AktG gerade nicht dem Aufsichtsrat, sondern dem Prüfungsausschuss zugeordnet. Klare Kompetenzen wären hier hilfreich.

## **2. Unabhängigkeit des Aufsichtsrats**

Im Fokus der vorgeschlagenen Änderungen und auch der bislang dagegen vorgetragenen Kritik steht die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats. Die Vorschläge der Regierungskommission hierzu, vor allem der vorgesehene Katalog der „Unabhängigkeitskriterien“, sind in der Sache kontraproduktiv und verringern sowohl die Akzeptanz als auch die Anwendbarkeit des DCGK erheblich.

Zunächst ist die in Ziffer 5.4.2 Abs. 1 Satz 1 vorgesehene „angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder“ im Aufsichtsrat nicht objektiv messbar. Klar vorzugswürdig ist dagegen die geltende Fassung, die von einer „nach seiner [des Aufsichtsrats] ausreichenden Anzahl unabhängiger Mitglieder“ spricht. Hier besteht kein Änderungsbedarf. Andernfalls würde der Rechtsprechung die auch über Jahre kaum lösbare Aufgabe übertragen, Kriterien zur Bestimmung der „angemessenen Anzahl unabhängiger Mitglieder“ zu entwickeln und Rechtssicherheit zu schaffen.

Der für Ziffer 5.4.2 vorgesehene Katalog der sog. „Unabhängigkeitskriterien“ wird derzeit kontrovers diskutiert und wird auch bei tatsächlicher Umsetzung heftige Diskussionen zur Folge haben. Erkennbar geht es der Regierungskommission darum, nun die Berufsgruppe der sog. „Berufsaufsichtsräte“ zu etablieren und wiederum das Gesetz (§ 100 AktG) auf ein aus ihrer Sicht besseres Niveau zu bringen. Eine Regelung an einem einzigen Standort wäre bei tatsächlichem Regelungsbedarf klar vorzugswürdig. Der richtige Standort wäre dann das demokratisch legitimierte Gesetz und nicht der DCGK.

Die Unabhängigkeitskriterien sind zu „detailverliebt“ und weit überwiegend nicht zielführend. Nur einige Beispiele hierfür sind:

- Da ehemalige Vorstände meist Pensionen von der Gesellschaft beziehen, scheiden sie mit dem ersten Spiegelstrich entgegen der Wertung des § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG nach Ablauf der sog. „cooling off period“ als Aufsichtsräte aus.
- Die Wiederholung von § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG im zweiten Spiegelstrich mutet auf den ersten Blick unschädlich an, sie ist es aber nicht. Denn nicht aufgeführt wird die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des direkten Wechsels vom Vorstand in den Aufsichtsrat auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Im Falle eines Wechsels vom Vorstand in den Aufsichtsrat in der „cooling off period“ würde bei Umsetzung der Änderung zukünftig eine Begründung erforderlich, in der dargelegt werden muss, warum vom Kodex abgewichen wurde, obwohl dieser Wechsel in Einklang mit § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG steht. Diese Regelung ist zudem noch in Ziffer 5.4.4 wiederholt, so dass sich der Kodex bei Umsetzung auch selbst widersprechen würde.
- Dass das im dritten Spiegelstrich genannte Halten von 10 Prozent der Aktien einer Gesellschaft die Unabhängigkeit ausschließen soll, verkennt das Grundprinzip des deutschen Aktienrechts, dass der Aktionär die Aufsichtsräte nach Gesetz frei wählen darf und keinen Restriktionen unterliegt. Diese Möglichkeit ist eine der wesentlichen Rechte des Aktionärs, Einfluss auf die in seinem (Mit-)Eigentum stehende Gesellschaft zu nehmen. Hier von vornherein einen Widerspruch zwischen den Interessen des Aktionärs und denen der Gesellschaft zu unterstellen, ist wohl von der Vorstellung der Schaffung von „Berufsaufsichtsräten“ getrieben und widerspricht dem geltenden Aktienrecht. Im Gegenteil normiert das Gesetz, dass erst einmal jede natürliche Person Aufsichtsrat sein kann und regelt nur wenige Ausnahmen. Insofern ist auch für die Regierungskommission eine restriktive Herangehensweise geboten, insbesondere ist es nicht Aufgabe der Regierungskommission, das geltende Aktienrecht zu ändern.
- Der Ausschluss von „nahen Familienangehörigen eines Vorstandsmitglieds“ der Gesellschaft oder von „Personen mit wesentlichen Geschäftsbeziehungen zu dem Unternehmen“ im vierten und fünften Spiegelstrich geht ebenfalls fehl. Denn bereits jetzt sind Interessenkonflikte eines Aufsichtsratsmitglieds nach Ziffer 5.5.2 DCGK im Aufsichtsrat offen zu legen. Gegenüber der Hauptversammlung ist hierüber zu berichten, Ziffer 5.5.3 DCGK. Dieser Mechanismus respektiert die Freiheit des Aktionärs, die von ihm zu wählenden Aufsichtsräte grundsätzlich frei auszuwählen. Überdies bedürfen Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern für Leistungen außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gem. § 114 Abs. 1 AktG der Zustimmung des Aufsichtsrats. Einerseits schützt bereits dies vor Interessenkonflikten, andererseits sollte diese gesetzliche Wertung nicht wieder über den DCGK ausgehebelt werden und auch bei erteilter Zustimmung des Aufsichtsrats dennoch eine fehlende Unabhängigkeit unterstellt werden.
- Überflüssig im sechsten Spiegelstrich ist auch die Nennung der „Partner des Abschlussprüfers“ oder des „Prüfers“ der Gesellschaft als nicht unabhängig. Denn die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers muss bereits fortlaufend aus der Perspektive der Gesellschaft vom Prüfungsausschuss oder bei dessen Fehlen vom Aufsichtsrat überprüft werden. Dies ist bereits in § 107 Abs. 3 AktG geregelt.

Unklar, auslegungsbedürftig und technisch fehlerhaft bleibt ferner der Verweis auf die Gesetze über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und das Drittelbeteiligungsgesetz. Schlichtweg vergessen wurde das Gesetz über die Montan-Mitbestimmung. Konsequenterweise würde die vorgesehene Definition der Unabhängigkeit sogar zu Begründungsschwierigkeiten im Hinblick auf die Mitbestimmung führen. Denn es existiert kein sachlicher Grund dafür, einerseits für die Anteilseignervertreter Kriterien aufzustellen, die diese als abhängig bezeichnen, die Arbeitnehmervertreter aber hiervon auszunehmen.

Detailverliebte Regelungen, wie sie in Bezug auf die Unabhängigkeit vorgesehen sind, sollten deshalb nicht in den DCGK aufgenommen werden. Im Falle der Umsetzung könnte der DCGK nicht mehr als ausgewogenes Regelwerk bezeichnet werden. Wenn nämlich Einzelfragen wie die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats einer Detailregelung zugeführt werden, andere ebenso komplizierte Fragestellungen hingegen pauschal geregelt werden, fehlt es an der Ausgewogenheit des DCGK. Dieser sollte weiterhin den weiteren allgemein akzeptierten Rahmen für gute Corporate Governance setzen und nicht jede erdenkliche Einzelfrage regeln. Dies birgt das Risiko mangelnder Akzeptanz.

Mit bereits von anderen Stellen geäußelter Kritik an einzelnen Widersprüchen und offenen Fragen, die sich aus den vorgeschlagenen Kriterien ergeben, wird daher nachhaltig angeregt, von der vorgesehenen Regelung zur Unabhängigkeit abzusehen.

### **3. Vergütung des Aufsichtsrats**

Ziffer 5.4.6 Abs. 2 soll zukünftig vorsehen, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats ihren Aufgaben und ihrer Verantwortung entsprechend zu vergüten sind. Diese Regelung entspricht der Praxis und wird auch als sachgerecht erachtet. Vom gesetzlichen Leitbild des § 113 AktG weicht sie dennoch ab und formuliert übergesetzliche Kriterien. Auch wenn der für den Vorstand nun gesetzlich normierte Langfristigkeitgedanke des § 84 AktG aufgegriffen wird, sollte sich der Gesetzgeber der Vergütung des Aufsichtsrats annehmen, wenn hier tatsächlich Regelungsbedarf zum Wohl der Gesellschafter und der Gesellschaft bestehen sollte. Verstreute Regelungen über Vergütungen, einerseits für den Vorstand im AktG und andererseits für den Aufsichtsrat im DCGK, sind nicht zu begrüßen.

Anders als unter dem aktuellen DCGK, der eine erfolgsorientierte Vergütung für Aufsichtsräte empfiehlt, soll zukünftig auch allein eine feste Vergütung ohne Abweichungsbegründung möglich sein. Zwar überzeugt der Gedanke, dass eine feste Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder deren Unabhängigkeit stärkt, so dass gerade diese Möglichkeit sehr zu begrüßen ist und damit im Fall einer nur festen Vergütung zukünftig Abweichungsbegründungen vom DCGK nicht mehr notwendig werden. Hiermit wird einem aktuellen Trend – jedenfalls im DAX 30 – Rechnung getragen, der sich in der gerade laufenden Hauptversammlungssaison 2012 fortsetzt.

Unschön ist allerdings, dass im Fall der vorgeschlagenen Änderung des DCGK und einer unterjährigen Umstellung von einer derzeit nur kurzfristig orientierten erfolgsorientierten Vergütung auf eine zukünftig nur noch feste Vergütung des Aufsichtsrats stets eine Abweichungsbegründung vom DCGK erforderlich wird. Denn diese Erklärung ist mit Wirkung für die Vergangenheit und Zukunft abzugeben und die Umstellung auf eine allein feste Vergütung kann rechtstechnisch nur äußerst umständlich mit der tatsächlichen Änderung des DCGK in Einklang gebracht werden. Typischerweise könnte dies durch eine Übergangsregelung gelöst werden, die aber für den DCGK absolut unangemessen wäre und nur untermauert, dass eine Regelung doch eher im Gesetz als im DCGK erfolgen sollte. Denn der Gesetzgeber setzt sich herkömmlicherweise mit der zeitlichen Anwendbarkeit auseinander und trifft bei Bedarf Übergangsregelungen.

### **III.**

Die vorgeschlagenen Änderungen des DCGK sind im Ergebnis nur zu einem gewissen Teil hilfreich und bedürfen in wesentlichen materiellen Punkten der Überarbeitung. Insbesondere der Passus zur Unabhängigkeit und zu Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit entfernt sich zu weit vom gesetzlichen Leitbild und ist inhaltlich stark missglückt. Insgesamt wird die Regierungskommission nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer mit den vorgeschlagenen Änderungen bei den Anwendern des Kodexes auf weniger Akzeptanz als in der Vergangenheit stoßen. Unter Umständen wird der bislang noch moderate Umfang der Abweichungsbegründungen stark zunehmen, was dem Grundge-

danken einer breiten Akzeptanz des DCGK zuwider liefe. Angeregt wird daher, dass sich die Regierungskommission in Hinblick auf Änderungen des DCGK in diesem Jahr auf textliche oder technische Ungenauigkeiten beschränkt.