



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 18/2015
Mai 2015

Deutscher Corporate Governance Kodex
Erläuterungen der Änderungsvorschläge der Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex aus der Plenarsitzung vom
3. Februar 2015

Mitglieder des Ausschusses Gesellschaftsrecht

RA Dr. Fritz-Eckehard Kempter, Vorsitzender

RA Dr. Hans-Joachim Fritz

RA Dr. Jens Eric Gotthardt

RA Dr. Peer Koch

RA Rolf Koerfer

RA Olaf Kranz

RA Rüdiger Ludwig

RAin Dr. Barbara Mayer (Berichterstatteerin)

RAuN Wulf Meinecke

RA Jürgen Wagner, LL.M.

RA Dr. Stephan Zilles

RAin Eva Melina Bauer, BRAK

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 -11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
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
Legal Tribune ONLINE
JUVE Verlag für juristische Information GmbH
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 etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

A.

Einführung

Die Regierungskommission hat am 03.02.2015 Vorschläge zu kleineren Ergänzungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) beschlossen und nebst Erläuterungen veröffentlicht. Die interessierte Öffentlichkeit wurde am 25.02.2015 eingeladen, zu den vorgeschlagenen Änderungen des DCGK im Rahmen eines Konsultationsverfahrens bis zum 01.04.2015 Stellung zu nehmen.

Nachdem die Kommission im letzten Jahr keine nennenswerten Änderungen vornahm, hat sie nun neben der fortschreitenden redaktionellen Pflege des DCGK auch auf Anregung internationaler Investoren einige wenige materielle Änderungen vorgeschlagen, um die Aufsichtsratsarbeit zu verbessern.

Anfang Mai 2015 wird die abschließende Beratung der Kommission im Rahmen einer Plenarsitzung stattfinden.

B.

Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen

1. Klarstellungen und Modernisierungen

- 1.1 Die meisten der von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen betreffen Klarstellungen und Modernisierungen.
- 1.2 Die inhaltlichen Änderungen des DCGK betreffen Regelungen für die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit in Deutschland.
 - Der DCGK zielt darauf ab, die deutschen Aufsichtsräte regelmäßig „aufzufrischen“. Künftig wird empfohlen, dass der Aufsichtsrat eine Höchstdauer für die Zugehörigkeit im Aufsichtsrat festlegt.
 - Geplant ist weiterhin eine Empfehlung, wonach Kandidaten für die Wahl in den Aufsichtsrat mitzuteilen ist, welcher Zeitaufwand von den Mitgliedern des Organs erwartet wird.
 - Um den persönlichen Einsatz auch effektiv einzufordern, soll den Aktionären künftig offengelegt werden, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats nur an der Hälfte oder weniger der Sitzungen teilnahm. Dabei soll ausdrücklich auch eine Teilnahme per Telefon- oder Videokonferenz möglich sein.

- 1.3 Die vom DCGK angestrebten Ziele sind zu begrüßen. Zweifelhaft ist allerdings, ob zu ihrer Erreichung tatsächlich ausdrückliche Regelungen im DCGK erforderlich sind. Teilweise stellen die Vorschläge eine Überregulierung dar. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist grundsätzlich der Auffassung, dass nur Sachverhalte geregelt werden sollten, bei denen eine Regelung erforderlich ist.

Im Einzelnen:

2. Interessenkonflikte

Nach Ziff. 4.3.3 (a. E.) sollen Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand „nahe stehenden Personen oder Unternehmen, die nicht Geschäfte des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs sind“, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden.

Diese Regelung ist sachlich zu begrüßen.

Die BRAK hält es jedoch für erforderlich, den Begriff der „nahestehenden“ Personen und Unternehmen zu definieren, etwa durch einen Hinweis auf die Definition in § 138 Insolvenzordnung.

3. Begrenzung der Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat

- 3.1 Bereits sieht Ziff. 5.4.1 Abs. 2 vor, dass sich jeder Aufsichtsrat eine Altersgrenze setzt. Darüber hinaus soll künftig auch die Zugehörigkeitsdauer unternehmensspezifisch begrenzt werden. Die Kommission argumentiert, dass mit jedem Zugehörigkeitsjahr zwar die Expertise und Kenntnis bezüglich des Unternehmens wächst, aber ein zu langes Aufsichtsratsmandat eine gewisse „Betriebsblindheit“ entstehen lässt. Der Kommissionsvorsitzende beklagt ausdrücklich die gegenwärtige Altersstruktur der Aufsichtsräte und möchte mit dieser Empfehlung dazu beitragen, dass das Durchschnittsalter im Aufsichtsrat sinkt (Bericht der FAZ vom 26.02.2015).
- 3.2 Der Regelungsvorschlag wird teilweise als Überregulierung bewertet. Zudem könnte ein Widerspruch darin liegen, dass die Festlegung einer Höchstzugehörigkeitsdauer nur beim Aufsichtsrat, nicht auch beim Vorstand verlangt wird.
- 3.3 Diese Bedenken sind nicht überzeugend. Die Empfehlung mag wegen der bereits vorgesehenen Altersgrenze von 70 Jahren in der Praxis nicht unbedingt erforderlich sein; sie ist dennoch sinnvoll.

Nach Berechnungen der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW) liegt das Durchschnittsalter der deutschen Topkontrolleure bei 61 Jahren, bei einigen Firmen sogar um die 70 Jahre („Zu viele Senioren in Aufsichtsräten der DAX-Firmen“, DIE WELT 26.02.2015, Holger Zschäpitz). Das ist im internationalen Vergleich sehr hoch, dort liegt der Durchschnitt bei 55 Jahren (Spencer Stuart Board Index 2014, S. 44).

Dass deutsche Aufsichtsräte im europäischen Vergleich relativ alt sind, liegt auch an der traditionellen Praxis, dass Unternehmenschefs als „Krönung“ ihrer Karriere unmittelbar in den Aufsichtsrat des eigenen oder eines anderen Unternehmens wechseln und oft deren Vorsitzender werden. Diese Praxis ist eine der wesentlichen Ursachen für die engen Verflechtungen der traditionellen „Deutschland AG“, bei der ein vergleichsweise kleiner Kreis von Personen die Mehrheit der deutschen DAX-Konzerne beherrscht hat. Diese

Verflechtungen lösen sich allmählich auf. Der Vorschlag einer Amtszeitbeschränkung wird ebenso dazu beitragen wie einst die „Cooling-Off-Periode“ des § 100 Abs. 1 Nr. 4 AktG und die ab 2016 geltende gesetzliche Frauenquote. Das ist aus Sicht der Unternehmen gut und richtig:

Wer – unabhängig von seinem Lebensalter – über viele Jahre hinweg Mitglied im Aufsichtsrat desselben Unternehmens war, verfügt zwar über viel Routine und Erfahrung, kann dabei aber den kritischen Blick „von außen“ verlieren, mit der die Arbeit des Vorstands hinterfragt und konstruktiv begleitet werden kann. Neue Köpfe bringen neue Sichtweisen und neue Ideen, die dem Unternehmen nützen können. Für eine erfolgreiche Aufsichtsrats Tätigkeit ideal dürfte eine ausgewogene Mischung aus Kontinuität und Erfahrung einerseits und kritischer Distanz und neuen Ideen andererseits sein. Eine Begrenzung der maximalen Amtsdauer dient dazu, diese gute Mischung zu erreichen. Gerade Aufsichtsräte, die nicht mehr im aktiven Berufsleben stehen, werden es als unfreundlichen Akt empfinden, wenn sie – obwohl sie ihre Arbeit fortsetzen möchten und sich dazu auch gesundheitlich in der Lage sehen – nicht zur Wiederwahl vorgeschlagen werden. Um dem zu begegnen, ist eine formale Begrenzung der Zugehörigkeitsdauer zu begrüßen.

Die Grenze kann flexibel angesetzt werden, solange der Zweck der Empfehlung dadurch nicht konterkariert wird. Denkbar wäre etwa eine Beschränkung auf drei Amtsperioden, so wie sie von der EU-Kommission seit längerem empfohlen wird (Anhang II Nr. 1 lit. h) der Empfehlung 2005/162/EG vom 15.02.2005, ABI. L 52).

Soll bestimmten Aufsichtsräten ausnahmsweise eine faktisch dauerhafte Präsenz im Aufsichtsrat gesichert sein (etwa dem Familienstammvater oder einem Ankeraktionär), können immer noch Abweichungserklärungen nach dem Prinzip des „Comply or Explain“ abgegeben werden - eine konzerninterne oder gesellschaftliche Missbilligung wird in diesen Fällen ausgeschlossen sein.

4. Mitteilung des erwarteten Zeitaufwands an die Aufsichtsratskandidaten

- 4.1 Nach der vorgeschlagenen Empfehlung in Ziff. 5.4.1 Abs. 4 soll der Aufsichtsrat die zur Wahl stehenden Kandidaten vorab über den Zeitaufwand informieren, der für eine qualifizierte Mandatswahrnehmung erwartet wird. Bedeutsam ist diese Regelung insbesondere für Aufsichtsräte, die entweder mehrere Mandate gleichzeitig wahrnehmen oder einer anderen hauptberuflichen Tätigkeit nachgehen. Die Kommission hat bewusst davon abgesehen, eine feste Höchstzahl empfohlener Mandate vorzuschlagen, da die Arbeitsbelastung aus den einzelnen Mandaten sehr unterschiedlich sein kann. Die Empfehlung soll der in der Praxis zu beobachtenden Mandatshäufung entgegenwirken.
- 4.2 Die BRAK hält die Pflicht zur Information über den zu erwartenden Zeitaufwand für eine unangemessene Überregulierung, die in den Unternehmen Aufwand erzeugt, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre.

Selbstverständlich darf ein Aufsichtsratsmandat nur übernehmen, wer bereit und in der Lage ist, den damit verbundenen Zeitaufwand zu leisten. Die Anforderungen an Aufsichtsräte und vor allem an Aufsichtsratsvorsitzende sind in den letzten Jahren erheblich gestiegen. Die Unternehmenszyklen sind kürzer geworden, die Märkte werden immer komplexer und internationaler; die Haftungsrisiken der Organe steigen. Vor diesem Hintergrund sind die Zeiten, in denen ein Aufsichtsratsmitglied mehr oder minder unvorbereitet an vier Sitzungen pro Jahr teilzunehmen hatte und die Sitzungen auch der Kontaktpflege und dem

gesellschaftlichen Austausch dienen, vorbei – jedenfalls, aber nicht nur bei den börsennotierten Unternehmen. Jeder Bewerber für ein Aufsichtsratsamt wird sich vor diesem Hintergrund selbstverständlich vorab erkundigen, mit welchem Zeitaufwand in etwa für das angestrebte Amt zu rechnen ist. Daraus aber eine Mitteilungspflicht des (zuvor amtierenden Aufsichtsrats) zu machen, scheint uns nicht sachgerecht.

Niemand wird in der Lage sein, den künftigen Aufwand, der mit der Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens verbunden sein wird, konkret anzugeben.

Der Aufwand, der mit einem Aufsichtsratsmandat verbunden ist, unterliegt erheblichen Schwankungen. Es ist nicht möglich, im Vorhinein abzuschätzen, welche Herausforderungen in Bezug auf Märkte oder Personalien oder sonstige Entwicklungen auf das Unternehmen zukommen. Zudem hängt der individuell erforderliche Zeitaufwand maßgeblich von den (Vor-)Kenntnissen und Erfahrungen des jeweiligen Aufsichtsratskandidaten ab. Die bloße Mitteilung, wie viele Sitzungen des Gesamtaufsichtsrats bislang pro Jahr stattfanden und wie viele Ausschusssitzungen dazu kamen, ist nicht aussagekräftig.

Die Regelung in Ziff. 5.4.5 auf S. 2 der jetzigen Fassung des DCGK, wonach Personen, die zugleich dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, insgesamt nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder in Aufsichtsgremien konzernexterner Gesellschaften wahrnehmen sollen, halten wir für ausreichend.

5. Detailliertere Berichterstattung von Fehlzeiten bei Aufsichtsratssitzungen

- 5.1 Es ist aus Sicht der BRAK zwingend, dass Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt ernst nehmen und den dafür erforderlichen Zeitaufwand leisten. Ob es richtig ist, Aufsichtsratsmitglieder wegen mangelnder Teilnahme an Sitzungen durch namentliche Erwähnung im Bericht an die Hauptversammlung „an den Pranger“ zu stellen, und zwar unabhängig vom Grund ihres Fehlens und von ihrem Engagement außerhalb der Sitzungen, mag bezweifelt werden. Die angedachte Verschärfung der Berichtspflicht ist indes – zumindest teilweise – konsequent:
- 5.2 Eine Berichtspflicht für den Fall, dass ein Aufsichtsratsmitglied „die zeitliche Erwartung im Wesentlichen nicht erfüllt“, halten wir für nicht akzeptabel. Denn welche und wessen zeitliche Erwartung maßgeblich sind und was „im Wesentlichen“ konkret bedeutet, ist zu vage, als dass daran Konsequenzen geknüpft werden könnten.
- 5.3 Eine Berichtspflicht für den Fall, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht an allen Sitzungen teilnimmt, ist hingegen praktikabel. Der DCGK enthält bereits bislang in Ziff. 5.4.7 die Empfehlung, im Aufsichtsratsbericht an die Hauptversammlung zu erwähnen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied an weniger als der Hälfte der Sitzungen teilgenommen hat. Diese Regelung soll dahin verschärft werden, dass sie bereits eingreift, wenn die Fehlzeit genau die Hälfte der Sitzungen beträgt.

Diese Regelung ist aus Sicht der BRAK sachgerecht: eine Berichtspflicht, die erst eingreift, wenn ein Aufsichtsratsmitglied nur an einer von vier Sitzungen teilnimmt, dürfte häufig ins Leere gehen. Schon wer bei der Hälfte der Sitzungen fehlt, muss sich fragen lassen, ob er oder sie die Aufsichtsratsarbeit mit der nötigen Sorgfalt wahrnimmt. Im Gegenzug für die vereinbarte Vergütung ist es nicht zu viel verlangt, an mindestens der Hälfte der Sitzungen teilzunehmen.

Die vorgeschlagene Regelung ist auch geeignet, Aufsichtsratsmitglieder (oder potentielle Aufsichtsratsmitglieder) abzuschrecken, die nicht ausreichend Zeit für dieses Amt investieren können oder wollen. Ein Aufsichtsratsmandat soll nur übernehmen, wer genügend Zeit für eine effiziente Kontrolle hat und einzusetzen bereit ist.

- 5.4 Die BRAK hält es allerdings nicht für sachgerecht, in Ziff. 5.4.7 das Wort „persönlich“ aufzunehmen. Auch eine Sitzungsteilnahme im Wege der Telefon-/Videokonferenz kann im Einzelfall „vollwertig“ sein und muss nicht als mangelndes Engagement des Aufsichtsratsmitglieds gewertet werden, wie dies offensichtlich auch durch die eingefügte Ergänzung „im Sinne der Empfehlung schließt eine persönliche Teilnahme auch eine solche über Telefon- oder Videokonferenzen ein“ zum Ausdruck gebracht wird. Im Ergebnis sollten beide Ergänzungen entfallen und unter Berücksichtigung unserer obigen Anmerkungen Ziff. 5.4.7 insgesamt unverändert bleiben.

Ob und in welchem Umfang Telefon- und Videokonferenzen durchgeführt werden, sollte weiterhin dem Aufsichtsrat selbst überlassen werden. Eine entsprechende Regelung kann in der Satzung der AG oder in einer Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat getroffen werden. Es sprechen gute Gründe dafür, diese Frage offen zu lassen: einerseits ist es gerade für Aufsichtsratsmitglieder aus dem Ausland sinnvoll, eine Teilnahme per Telefonkonferenz oder Videokonferenz zu ermöglichen. Andererseits wird es immer wieder Themen geben, bei denen es einer persönlichen Anwesenheit bedarf. Nur wenn der Aufsichtsrat eine persönliche Anwesenheit für erforderlich hält und die Teilnahme per Telefon- und Videokonferenz nicht ausreichend erscheint, sollte das Fehlen im Sinne von Ziff. 5.4.7 berichtspflichtig sein.

C.

Fazit

Die vorgeschlagenen Änderungen sind teils zu begrüßen, teils als Überregulierung abzulehnen. Die Zielrichtung, höhere Professionalität der Aufsichtsratsarbeit zu erreichen und für mehr „frischen Wind“ zu sorgen, wird von der BRAK uneingeschränkt befürwortet.

* * *