

european school of governance Kirchstraße 1 10557 Berlin

Regierungskommission  
Deutscher Corporate Governance Kodex  
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Senckenberganlage 28

60325 Frankfurt am Main

Via email: [regierungskommission@dcgk.de](mailto:regierungskommission@dcgk.de)

Berlin, 31 Januar 2019

**Stellungnahme  
der European School of Governance (EUSG)  
zur Überarbeitung des  
Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**

**A. Vorbemerkung**

Am 6.11.2018 wurde von der Regierungskommission Deutscher Governance Kodex der Entwurf einer Neufassung des Kodex veröffentlicht.

Zuvor war der Deutsche Corporate Governance Kodex bereits zwölfmal überarbeitet worden. Die Überarbeitungen haben in der Summe zu einer Kleinteiligkeit und Regelungsdichte geführt, die den Kodex nicht nur schwer lesbar, sondern auch unpraktikabel gemacht hat. Kritik am Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) hat sich dementsprechend gelegentlich daran entzündet, dass die Vielzahl der Einzelregelungen zur Unübersichtlichkeit und so auch zur Gefährdung der Wirksamkeit geführt hat. Besonders wenn die Überzeugungskraft der nicht gesetzlichen Regelungen (Soft Law-Dimension) ernst genommen wird, ist dies ein Problem.

Daher ist es zu begrüßen, wenn nun konzentriert und wirkungsorientiert erneuert bzw. gestrafft wird. Die Aktualisierung sollte aus unserer Sicht um zwei Schlüsselbegriffe herum zugespitzt werden: Kompetenz und Kommunikation. Hauptsächlich geht es also um konkrete Anforderungen an die fachlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit auf der Führungsebene und die Bereitschaft zu Vermittlung und Diskussion.

Verschiedene Stellungnahmen spiegeln dies wieder, die auf der Homepage des DCGK dokumentiert sind. Auch die European School of Governance nimmt gerne die Gelegenheit wahr, ihre Einschätzung zu den Vorschlägen zu geben. Unsere Stellungnahme ordnet die Beurteilung der Vorschläge um die genannten Schlüsselbegriffe

european school of governance  
(EUSG) GmbH  
Kirchstraße 1  
10557 Berlin

tel: +49 (0)30 20 61 62 57  
fax: +49 (0)30 20 61 62 92

email: [info@eusg.eu](mailto:info@eusg.eu)  
[www.eusg.eu](http://www.eusg.eu)

HRB 94088 B  
Amtsgericht Charlottenburg  
Geschäftsführung  
Dr. Thomas Lehr

EU-USt-IdNm : EU VAT ID  
DE222931528  
Steuer-Nr. 30/280/34377

Kompetenz und Kommunikation. Nur wenn diese beiden Aspekte in ihrer praktischen Bedeutung erkannt sind, kann z.B. geklärt werden, wie die neue Orientierung an „Grundsätzen“ bzw. das „apply-and-explain-Prinzip“ wirksam werden können.

Wir wollen uns daher auf die nachfolgenden Punkte beschränken und an ihnen verdeutlichen, dass die rein additive Logik des DCGK durch eine inhaltliche Profilierung ersetzt werden muss.

## **B. Kompetenz und Kommunikation**

### **- Aus- und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder**

Die Voraussetzungen für die Annahme einer Funktion im Aufsichtsrat müssen intern und extern geprüft werden können. Intensives on-boarding für neue Mitglieder im Aufsichtsrat sollte in einer Ergänzung berücksichtigt werden:

(Bei A.12.) „Die Gesellschaft soll im Bericht des Aufsichtsrates im Geschäftsbericht sowie auf ihrer Homepage sowohl zu laufenden Aus- und Fortbildungsmaßnahmen als auch zu on-boarding-Maßnahmen für neue Aufsichtsratsmitglieder aussagekräftig Stellung nehmen.“

Zu diesem Themenkomplex gehört auch die Aussagekräftigkeit und Verfügbarkeit der Lebensläufe von Kandidaten bzw. Kandidatinnen für die Aufsichts- und Kontrollgremien. Die Kompetenz, aber überhaupt die biographischen Hintergründe müssen geprüft werden können. Dies ist auch für die geforderte Diversity-Berücksichtigung von Bedeutung.

### **- Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats**

Es ist zu begrüßen, wenn der Aufsichtsrat eine deutlich aktivere Rolle bei der Kommunikation und Selbsteinschätzung übernimmt. Hier gibt es eine Bring-Schuld, die selbstverständlich werden sollte:

(Bei A.15) „Der Aufsichtsrat soll über die wichtigsten Ergebnisse der Selbstevaluierung und der Fremdevaluierung im Geschäftsbericht und auf der Homepage aussagekräftig berichten.“

### **- Allgemeine Berichtspflichten**

Bei den Berichtspflichten scheint es sinnvoll, sich an den höchsten internationalen Standards zu orientieren. Dazu gehören regelmäßige und umfassende Berichte an Investoren und Aktionäre, die nicht nur optional, sondern zwingend vorgeschrieben sein sollten.

Ein Aspekt hierbei ist die Offenlegung der Grundzüge des Compliance Management Systems, die wir begrüßen.

### **- Mustertabellen**

Die Streichung der seit 2013 empfohlenen Mustertabellen zur Vergütung des Vorstands erscheint höchst problematisch, da nun die Gefahr besteht, dass zwischen den Unternehmen keine Vergleichbarkeit mehr hergestellt werden kann. Wir empfehlen die Mustertabellen bis auf Weiteres zu verwenden.

## C. Konkrete Verbesserungsvorschläge

### I. Ausgangsüberlegung

Der Wortlaut der Nr. 5.4.5 DCGK kann seinen offensichtlichen Zweck (Appellfunktion: Jeder AR muss sich im erforderlichen Umfang fortbilden) aktuell nicht erfüllen, da er missverständlich und irreführend ist.

1. Das Wort "eigenverantwortlich" in Satz 4 wird überwiegend dahingehend verstanden, dass keine Rechtspflicht zur Aus- und Fortbildung besteht, es vielmehr in der eigenen Entscheidung eines jeden Aufsichtsrats liege, ob und wie er sich fortbilden will. Dies entspricht, wie zu zeigen ist, weder der Rechtslage noch der Absicht des DCGK.

Das genannte Missverständnis, dem wir in der Praxis der AR-Ausbildung ständig begegnen, ist begründet durch die unglückliche Wortwahl ("eigenverantwortlich"). Eigenverantwortlich wahrnehmen klingt so, als ob man sich fortbilden kann, aber nicht muss. Damit erweist sich die derzeitige Formulierung des DCGK, gemessen an der Rechtslage und an der Zielsetzung des Kodex, als kontraproduktiv.

2. Das zweite Missverständnis bei der Lektüre des DCGK ist der Irrtum, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats bezüglich seiner Aus- und Fortbildung würden sich aus dem Kodex ergeben.

Das ist natürlich nicht der Fall. Die Regelungen des DCGK haben keinen Rechtsnormcharakter. Maßgeblich ist allein das Gesetz (und zwar in seiner Konkretisierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung – siehe die "HERTIE-Entscheidung" des BGH). Das aber ist viel strenger als es der Kodex suggeriert.

### II. Konsequenzen für die Neuformulierung

Die Regelung des DCGK bezüglich der Aus- und Fortbildungspflicht muss eindeutig sein. Dazu sollte sie auf die gesetzlichen Vorgaben Bezug nehmen, als deren Konkretisierung sie sich versteht. Nur dann ist klar, dass es hier nicht um keine unverbindliche Empfehlung für den AR geht, sondern um eine rechtliche Obliegenheit, deren Außerachtlassung Folgen nach sich zieht.

Es muss auch für den Nichtjuristen klar werden, dass grundsätzlich – und zwar schon bei Übernahme des AR-Mandats – eine Rechtspflicht zu angemessener Aus- und Fortbildung für jeden Aufsichtsrat besteht, die nur hinsichtlich Inhalt und Umfang abhängig ist von den persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen des Einzelnen.

Schlagwortartig: Das "Ob" der Fortbildung ist gesetzlich vorgegeben, das "Wie" liegt weitgehend im Ermessen des Einzelnen.

#### Begründung:

1. Ausgangspunkt ist § 93 AktG, der über § 116 AktG sinngemäß auch für AR gilt.

Das Gesetz stellt einen strengen Sorgfaltsmaßstab auf. Es verlangt die Sorgfalt eines "ordentlichen und gewissenhaften" AR. Diese gebietet eine spezielle, aufsichtsratsspezifische Fachkompetenz. Hat der AR sie bei Übernahme des Mandats nicht, muss er sie unverzüglich erwerben; andernfalls begeht er eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, die zu persönlicher Haftung führen kann.

Die bei Inanspruchnahme rechtlich mögliche Exkulpation wird bei Gericht immer scheitern, solange die gebotene Fachkompetenz nicht nachgewiesen werden kann.

Die Mandatsübernahme stellt sich dann rechtlich als sog. Übernahmeverschulden dar – man darf ein Mandat gar nicht erst antreten, ohne den fachlichen Anforderungen gewachsen zu sein. Es liegt also im Interesse jedes AR (und übrigens auch des von ihm kontrollierten Unternehmens!), die erforderliche Sachkompetenz im Fall der Fälle nachweisen zu können.

Am ehesten unangreifbar sind hier substantiierte Lehrgangstestate, Zertifizierungen, Sachkundeprüfungen ("Geprüfte Sachkompetenz statt Eigenbehauptung").

2. Die Messlatte für die erforderliche aufsichtsratspezifische Sachkompetenz liegt seit der „HERTIE-Entscheidung“ des BGH sehr hoch.

Wer erstmals ein Aufsichtsmandat übernimmt, wird nur in seltenen Fällen über all die einschlägigen Fachkenntnisse juristischer, betriebswirtschaftlicher und darüber hinausgehender Natur (Compliance!) verfügen, die die Rechtsprechung mit ihrer Formel verlangt. Daraus folgt auch, dass ein Verteilen der erforderlichen Fortbildungsmaßnahmen nach Mandatsübernahme über mehrere Jahre hinweg nicht ausreichend ist, um der gesetzlichen Sorgfaltspflicht des AR, die ab Mandatsübernahme gilt, zu genügen.

3. Ein Abwälzen der Aus- und Fortbildung auf das Unternehmen ist nicht statthaft.

Es gibt gute Gründe dafür, eine Rechtspflicht auch des Unternehmens für die Aus- und Fortbildung seiner Aufsichtsgremien anzunehmen.

Es bleibt aber dennoch in der Eigenverantwortung des einzelnen AR-Mitglieds, für seine eigene Fortbildung Sorge zu tragen. Nur dies will Nr. 5.4.5 DCGK mit seiner Wortwahl "eigenverantwortlich" sagen. Das einzelne AR-Mitglied soll nicht darauf verweisen können, dass seitens des Unternehmens keine Fortbildungsinitiativen erfolgen, um damit das eigene Untertun notwendiger Fortbildung zu entschuldigen.

### III. Formulierungsvorschlag DCGK neu

Satz 3 sollte in der Neufassung heißen: "Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind von Rechts wegen gehalten, die ihnen nach dem Gesetz obliegende Pflicht zur erforderlichen Aus- und Fortbildung in eigener Verantwortung wahrzunehmen und in Geschäftsbericht und Webseite aussagekräftig zu veröffentlichen". [Satz 4 bleibt unverändert]

Mit einer solchen Formulierung wären die erforderlichen Klarstellungen gewährleistet, dass nämlich

- jeder AR gesetzlich zur Aus- und Fortbildung verpflichtet ist,
- jeder AR diese Pflicht in eigener Verantwortung zu erfüllen hat (und die Verantwortung nicht etwa auf das Unternehmen abwälzen darf),
- die Fortbildung unverzüglich und im erforderlichen Umfang zu erfolgen hat, wozu auch das Gebot der ständigen Aktualisierung des Wissens gehört,
- eine Veröffentlichung der AR Qualifikationen dem begründeten Interesse einer breiteren Stakeholderöffentlichkeit durch transparente Kommunikation die Möglichkeit der Wahrnehmung ihrer Anliegen gibt.

Diese vorgeschlagene Neufassung vermeidet eine – möglicherweise folgenreiche – Fehlinterpretationen des Kodex durch diejenigen, die er erreichen und anleiten will – nämlich die angehenden und bereits bestellten AR-Mitglieder, die oftmals keine Juristen sind und nicht gewohnt, Normtexte zu interpretieren. Es sollte nicht so sein, dass erst Gerichte Aufsichtsräte darüber belehren müssen, dass sie durch unzureichende Fortbildung eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben, während der eigene Verhaltenskodex es insoweit an der gebotenen Eindeutigkeit fehlen lässt.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, eine Stellungnahme zur Neufassung des DCGK vorzulegen.

Dr. Bernd Villhauer

Senior Director Good Governance Lab

Dr. Louis Klein

Denan