

Köln /Berlin, den 31. Januar 2019

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 25.10.2018

Ich schlage 2 Änderungen vor:

Der 1. Vorschlag betrifft das Kapitel:

C. Besetzung des Vorstands (Seite 10/11 des Entwurfs), Grundsatz 22, dortige Empfehlung C. 3 mit folgendem Text

Eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung soll nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen.

Ich schlage vor, die vorgenannte **Empfehlung (C. 3) ersatzlos zu streichen** (weitere Verschlinkung).

Begründung:

Der vorgelegte Kodex-Entwurf übernimmt wörtlich die Vorgängerversion. Bereits die Vorgängerversion ist seit dem Jahr 2012 überholt, und daher zu streichen.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 17.07.2012 – II ZR 55/11 klargestellt, dass die vorzeitige Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern vor Ablauf eines Jahres der Bestelldauer auch **ohne Vorliegen besonderer Umstände zulässig** ist. Nach Auffassung des BGH lassen sowohl die Gesetzgebungsgeschichte als auch der Sinn und Zweck des § 84 Abs. 1 AktG diese Möglichkeit zu.

Würde die Kodex-Empfehlung C. 3 weiter Bestandteil des Kodex sein, wäre der vom Kodex gesetzte Maßstab höher als der Maßstab des BGH. Eine Verschärfung der Anforderungen oberhalb der Rechtsprechung des BGH war indes nie das Anliegen oder eine Zielsetzung des Kodex (vgl. vertiefend Kunz, BOARD 2015, 91 ff., 93).

Das wäre Sache des Gesetzgebers. Allein dieses Argument sollte zu einer ersatzlosen Streichung der Kodex-Empfehlung C. 3 führen.

Hinzu kommt, dass es für nat. und internat. Anleger, betroffene Aufsichtsräte und Vorstände schwer nachvollziehbar sein dürfte, dass die Beachtung der Rechtsprechung des BGH dessen ungeachtet auf der Ebene des Kodex nicht genügen soll.

Solche (juristischen) Ungereimtheiten oder Besonderheiten sollte der Kodex daher im Interesse der Breite der Anwender und der Akzeptanz vermeiden, und die Empfehlung C. 3 zumindest aus diesem Grund streichen.

Aus dem Kodex ist ferner nicht ersichtlich, was besondere Umstände sind, und wann sie gegeben sind. Eine Definition enthält der Kodex nicht. Das erschwert die Lösung der Kodex-Empfehlung im konkreten Einzelfall zusätzlich.

Ferner kann diese Dissonanz zwischen BGH und Kodex leicht übersehen werden und zu Fehlern bei der Entsprechenserklärung führen, weil dieser Unterschied nicht auf der Hand liegt. In der Praxis ist diese Kodex-Abweichung von der Rechtsprechung des BGH vielfach unbekannt und überraschend. Dies kann nach sich ziehen, dass eine Entsprechenserklärung zwar unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH erfolgt, aber irrtümlich und ungewollt nicht unter Beachtung der erschwerten Kodex-Anforderung in C. 3.

Da der Kodex auch keinerlei Hinweis auf die Abweichung von der Rechtsprechung des BGH enthält, führt dies auch nicht zu einem sinnvollen Nebeneinander.

Das in der Kodex-Empfehlung C. 3 behandelte Thema der vorzeitigen Wiederbestellung lässt sich nur aufgrund der Historie der Empfehlung im Zusammenhang mit der früheren, seit 2012 aber überholten, Rechtsauffassung verstehen (vgl. dazu ausführlich Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, Kapitel Verträge mit Vorstandsmitgliedern, Deutscher Anwaltverlag, 2018, § 16 Rdn. 605-612 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Im Ergebnis ist daher die Streichung der Kodex-Empfehlung C. 3 im Rahmen der aktuellen Kodexkonsultation nicht nur sinnvoll, sondern auch geboten. Damit wird ein Gleichklang zwischen BGH und Kodex hergestellt. Die Relevanz und Akzeptanz des Kodex bei Unternehmen und Investoren wird erhöht.

Der 2. Vorschlag betrifft das Kapitel:

B. Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Seite 8 des Entwurfs), Grundsatz 20, dortige Empfehlung B. 2 (unverändert, wie Entwurf) und B. 3 (neu) mit folgendem Text:

B. 2 (unverändert, wie Entwurf):

Der Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen und ein Kompetenzprofil für das Gesamtgremium erarbeiten. Vorschläge des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung sollen diese Ziele berücksichtigen und gleichzeitig die Ausfüllung des Kompetenzprofils für das Gesamtgremium anstreben. Der Stand der Umsetzung soll in der Erklärung zur Unternehmensführung veröffentlicht werden. Diese soll auch über die nach Einschätzung des Aufsichtsrats angemessene Zahl unabhängiger Anteilseignervertreter und die Namen dieser Mitglieder informieren.

B. 3 (neu – Ergänzungs-Vorschlag; Anm.: B.3 und B.4 werden zu B.4 u. B.5)

Für Aufsichtsratsmitglieder gilt das Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung. Dieses setzt voraus, dass jedes Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.

Begründung:

Der Kommissions-Vorschlag zu B. 2 spricht zwar zutreffend das Kompetenzprofil für das Gesamtgremium an, das sachgemäß aus der Vorgängerversion weiterentwickelt wurde.

Aber so sinnvoll der weiterentwickelte Ansatz ist, er vernachlässigt vollständig - wie die Vorgängerversion – die Anforderungen an die Kompetenzprofile für jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied. Die Anforderungen an einzelne Organmitglieder sind das eine, das andere sind die Anforderungen an das Organ insgesamt. Daher ist eine diesbezügliche Ergänzung/Klarstellung im Kodex geboten und unverzichtbar.

Denn ansonsten könnte der - trügerische - Eindruck erweckt werden, als käme es ausschließlich auf das Kompetenzprofil für das Gesamtgremium an, und das individuelle Kompetenzprofil könne vernachlässigt werden. Dieser Eindruck wäre irreführend, und entspricht nicht der nachfolgend dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mindestqualifikation eines jeden Aufsichtsratsmitglieds.

Zu bedenken ist auch, dass bei ausschließlicher Herausstellung des Kompetenzprofils für das Gesamtgremium der auch insoweit ebenfalls unrichtige Eindruck entstehen könnte, dass ein „Aufsichtsrat der Spezialisten“ möglich wäre. Auch dem hat der Bundesgerichtshof, Az.: II ZR 27/82 - BGHZ 85,293 ff., mit seiner grundlegenden Rechtsprechung zur Mindestqualifikation eines jeden Aufsichtsratsmitglieds eine Absage erteilt (vgl. Kunz, BOARD 2015, 100; Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, Kapitel Verträge mit Vorstandsmitgliedern, Deutscher Anwaltverlag, 2018, § 16 Rdn. 521 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung).

Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) und der ganz herrschenden Literatur ist zunächst die sogenannte „Mindestqualifikation“ eines jeden einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zwingend erforderlich ist (vgl. u.a. die Kommentierung von Spindler in Spindler/Stilz, AktG § 100 Persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder Rdn. 160, mit umfassenden Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH und der Literatur; vgl. aus Fachzeitschriften u.a. Weber-Rey, AG 2011, R 337 f.; Lenz, BB 2018, 2548 ff.). Man kann daher über das Erfordernis der Mindestqualifikation eines jeden einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nicht streiten. Es kann nur darum gehen, wie die Darstellung im Kodex erfolgen sollte. Dabei scheidet das „schlichte Weglassen“ als Lösung aus.

Im Zweifel sollte als Lösung stets die Transparenz bevorzugt werden. Dies bedeutet, dass die Darstellung des Erfordernisses der erforderlichen Mindestqualifikation für jedes Aufsichtsratsmitglied zwingend erforderlich ist. Dies gilt insbesondere, wenn andernfalls ein missverständlicher

Eindruck, wie oben dargestellt, entstehen könnte.

Bzgl. der Transparenz ist zu beachten, dass selbst im Public Corporate Governance Kodex des Bundes bereits seit langem diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mindestqualifikation von Aufsichtsräten Einklang gefunden hat (vgl. die dortigen Berufsrichtlinien in Teil C I. *Zusammensetzung von Aufsichtsräten und sonstigen Überwachungsorganen*). Selbst der Bund macht also das Erfordernis der persönlichen Mindest-Kompetenz von Aufsichtsratsmitgliedern unter ausdrücklichem Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs transparent. So heißt es dort unter:

- 1.2. *Der Aufsichtsrat soll mit Personen besetzt werden, die hinsichtlich ihrer Kenntnisse und Erfahrungen geeignet sind. Dies ist ggf. zu dokumentieren.*
- Zusätzlich wird bei 1.2. der Besetzungsrichtlinien des Bundes auf die Rechtsprechung des BGH in der dazugehörigen Fußnote verwiesen, die wie folgt zitiert wird:

Ein Aufsichtsratsmitglied muss nach der Rechtsprechung (BGHZ 85, 293) diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.

Dieser Quervergleich mit dem Public Corporate Governance Kodex des Bundes zeigt, dass kein Zweifel bestehen kann, dass eine entsprechende Formulierung im Deutschen Corporate Governance Kodex der Privatwirtschaft aufzunehmen ist.

Auch wenn nach der im Public-Kodex dargestellten Definition des BGH alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge die Messlatte für diese - auch haftungsrechtlich relevante – Mindestqualifikation recht hoch angesiedelt ist (vgl. Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, Deutscher Anwaltverlag, Kapitel Verträge mit Vorstandsmitgliedern, 2018, § 16 Rdn.

520; Kunz, BOARD 2014, 100), führt an der Rechtsprechung des BGH (und der ganz herrschenden Literatur) kein Weg vorbei. Dieser Tatsache ist im Kodex entsprechend Rechnung zu tragen

Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass ein Investor diese Transparenz vom Kodex erwarten kann. Da die Rechtsprechung des BGH nicht im Gesetz steht, und nicht jeder Investor die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kennen wird, ist es umso wichtiger, dass der Kodex diese Lücke füllt und auf die nach der Rechtsprechung gebotene Mindestqualifikation für die Besetzung hinweist.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass der an sich sehr begrüßenswerte Ausbau des Ansatzes in B. 15 nicht die angesprochene Thematik ersetzt. Denn B. 15 sagt nichts zu der erforderlichen Mindestqualifikation und enthält insbesondere keinen Maßstab, wie ihn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorgibt.

Eine unkomplizierte Lösung der Thematik ist der oben auf Seite 3 im Zusammenspiel von Gremienkompetenz (B. 2) und Individualkompetenz (B. 3) dargestellte Formulierungsvorschlag, da er sich strikt an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert,

siehe oben Seite 3: B. 3 (neu – Ergänzungs-Vorschlag; Anm.: B.3 und B.4 werden zu B.4 u. B.5).

Vom Wortlaut her greift dieser Ergänzungs-Vorschlag (B. 3 neu) fast wörtlich den Wortlaut des Bundesgerichtshofs in der sogenannten „Hertie-Entscheidung“ vom 15. 11. 1982 mit dem Aktenzeichen II ZR 27/82 auf. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1982 ist heute so aktuell wie damals, und hat ihre Bestätigung 30 Jahre später u.a. in der BGH-Entscheidung vom 04.12.2012 („sogenannte Sardinien-Entscheidung“) mit dem Aktenzeichen II ZR 111/12 (Beschluss aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde zur Vorinstanz OLG Stuttgart vom 29.02.2012, Az. 20 U 3/11) gefunden.

Köln / Berlin, den 31.01.2019

Dr. Jürgen Kunz
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln
Vors. u. Mitglied von Aufsichtsgremien