

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe

Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main

Per E-Mail: regierungskommission@dcgk.de



Deutscher Bundestag

Albert Rupprecht, MdB

10.03.2022

Stellungnahme zum Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022

Sehr geehrte Damen und Herren,

Am 21. Januar 2022 hat die Regierungskommission den Entwurf eines novellierten Deutschen Corporate Governance Kodex („DCGK“) veröffentlicht und zur Konsultation gestellt. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, uns zu dem Entwurf äußern zu können. Mit der Veröffentlichung dieser Stellungnahme sind wir einverstanden.

Die im Entwurf enthaltenen Neuerungen lassen sich unter die Oberbegriffe „Nachhaltigkeit“ und „Prüfungsausschuss“ einordnen. Im Folgenden soll speziell zu Empfehlung D.4 über die persönlichen Anforderungen an Mitglieder des Prüfungsausschusses und der dazu gegebenen Begründung Stellung genommen werden.

1. Die „Sachkundevoraussetzung“ und ihr Hintergrund

Die Verpflichtung zur Schaffung eines Prüfungsausschusses ist für die meisten Aktiengesellschaften ein Produkt des FISG, das aus dem Sommer 2021 datiert. Diesem Gesetz entstammt § 107 Abs. 4 AktG, demzufolge der Aufsichtsrat eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nunmehr nicht mehr ohne Prüfungsausschuss auskommt. Gemeint sind börsennotierte

Aktiengesellschaften. Ihr Prüfungsausschuss, so will es ein gesetzlicher Verweis auf § 100 Abs. 5 AktG, muss mit mindestens zwei Personen besetzt sein, die über spezifischen Sachverstand verfügen. Einer auf dem Gebiet der Rechnungslegung, ein weiterer auf dem Gebiet der Abschlussprüfung. Im Zuge der parlamentarischen Beratungen zum FISG wurde auch über das Maß des gesetzlich gewünschten Sachverstandes debattiert. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es dazu, es sei nicht erforderlich, dass die betreffenden Aufsichtsräte einem steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Beruf angehörten, der erforderliche Sachverstand könne „auch durch Weiterbildung erworben werden“ (BT-Drucks. 19/26966, S. 116). In den anschließenden Anhörungen und Beratungen ist diese Einschätzung nicht in Frage gestellt worden. Die Einmütigkeit geht zurück auf die Begr. RegE zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz 2008 (BT-Drucks. 16/10067, S. 102), in der die Frage im Zusammenhang mit der Einführung des § 100 Abs. 5 AktG erstmals behandelt wurde. Dort heißt es, der erforderliche Sachverstand sei nicht nur bei einer speziellen beruflichen Ausbildung gegeben, sondern könne „beispielsweise auch angenommen werden für Finanzvorstände, fachkundige Angestellte aus den Bereichen Rechnungswesen und Controlling, Analysten sowie langjährige Mitglieder in Prüfungsausschüssen oder Betriebsräte, die sich diese Fähigkeit im Zuge ihrer Tätigkeit durch Weiterbildung angeeignet“ hätten. Die Möglichkeit der Gewinnung von Sachverstand qua Weiterbildung entspricht im Übrigen heute der ganz h.M. im rechtswissenschaftlichen Schrifttum (statt aller BeckOGK/Spindler AktG, 01.09.2021, § 100 Rn. 59 f.; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 100 Rn. 14; Pott/Heilmann/Freches BB 2021, 1835, 1836). Der Gesetzgeber hat die Frage maW zweimal unmissverständlich beantwortet: 2008 bei Schaffung des BilModG und Mitte 2021 bei Verabschiedung des FISG.

2. Wertentscheidungen des FISG-Normgebers

Angesichts dieser klaren Positionierung des Gesetzgebers mutet es unverständlich an, dass der DCGK-Entwurf 2022 unter D.4 die Sachkundevoraussetzung gänzlich anders interpretiert. Bereits die derzeit noch gültige Fassung des Kodex von 2020 verlangt vom Vorsitzenden des Prüfungsausschusses, dass dieser über „besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen sowie mit der Abschlussprüfung vertraut“ sein muss. Der Gesetzgeber hat dem mit Schaffung des FISG 2021 eine Absage erteilt, sowohl was die Fixierung auf „besondere Erfahrungen“ anbelangt als auch im Hinblick darauf, dass es gerade der Vorsitzende sein muss, dem der besondere Sachverstand abverlangt wird. Für beides gab und gibt es keinen Grund. Der Gesetzgeber hat das 2021 gesehen, die Regkommission DCGK versucht sich darüber hinwegzusetzen. Das Kriterium der „besonderen Erfahrungen“ nämlich zöge eine Konsequenz nach sich, die der Gesetzgeber ausdrücklich vermeiden wollte: die Schaffung einer berufsstandsfördernden Regelung zu Gunsten von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern.

3. Soft Law contra legem

a. Die Kodex-Formulierung und ihre Begründung

Mit dem Entwurf 2022 geht die RegKommission DCGK noch einen Schritt weiter, indem sie unter D.4 das contra legem von ihr definierte Kompetenzniveau der „besonderen Erfahrungen“ auch für die Abschlussprüfung einführen möchte. Der Normtext verschleiert das Gewollte zwar eher,

indem er für die Person des Vorsitzenden die Formulierung „oder der Abschlussprüfung“ verwendet, um dann hinzuzufügen: „Mindestens ein weiteres Mitglied soll über die komplementären Kompetenzen verfügen“. Gewollt sind damit „besondere Erfahrungen“ mindestens zweier Mitglieder des Prüfungsausschusses, und zwar im Bereich der Rechnungslegung und in dem der Abschlussprüfung. In der Begründung wird der Entwurf 2022 dann deutlich, indem er den vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassenen Sachverstand qua Weiterbildung verwirft und apodiktisch hinzufügt, dieser erhöhte Anspruch sei durch die Bedeutung der Abschlussprüfung für die Aufgaben des Prüfungsausschusses gerechtfertigt.

b. Legitimitätsgrenzen des Kodex

Bei alledem liegt der Gedanke nicht fern, es solle Rechtspolitik gegen den Gesetzgeber gemacht werden. Im Zuge der Schaffung des FISG sind die Bedeutung von Prüfungsausschüssen, ihr Kompetenzschnitt und die persönlichen Voraussetzungen ihrer Mitglieder ausführlich debattiert worden. Als Ergebnis dieser legislatorischen Willensbildung liegen die §§ 107, 100 Abs. 5 AktG vor. Was das Kriterium des „Sachverstands“ anbelangt, so hat der Gesetzgeber noch im Sommer 2021 dasjenige als weiterhin gewollt bekräftigt, was er 2008 bei Schaffung des BilModG als richtig erkannt hat. Dabei geht es nicht um diskutabile Norminterpretationen, sondern um eine vollkommen unmissverständliche Formulierung in der Regierungsbegründung. Wenn die RegKommission DCGK bereits ein halbes Jahr später meint, sich über den erklärten gesetzgeberischen Willen hinwegsetzen zu sollen, offenbart dies ein höchst bedenkliches Verständnis von rechtsstaatlichen Prinzipien und geradezu eine Missachtung des Parlaments als des einzig verbindlichen Normgebers. Natürlich geht es mit dem Charakter des DCGK als „soft law“ einher, dass der Kodex Entwicklungen und Erkenntnisse in seinen Empfehlungen aufgreift, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigen konnte, insbesondere wegen längeren Zeitablaufs. Genau dies ist aber bei der Empfehlung D.4 nicht der Fall. Es existiert schlechterdings keine Erkenntnis, die dem Gesetzgeber im Sommer vergangenen Jahres unzugänglich gewesen wäre. Erfahrungswerte, die seither gezeigt hätten, dass das persönliche Kompetenzprofil der Ausschussmitglieder verschärft werden müsste, zumal um eine berufsständische Komponente, liegen nicht vor. Sie können auch noch nicht vorliegen, da die im vergangenen Jahr neu gebildeten Prüfungsausschüsse jetzt erstmalig mit Jahresabschlüssen befasst sind. Was damit bleibt, das ist eine vom Gesetzgeber abweichende Auffassung des Begriffs „Sachverstand“ in § 100 Abs. 5 AktG, die die die RegKommission DCGK nun mit ihren Mitteln via § 161 AktG zum Standard erheben möchte.

c. Mangelnde Begründung

Nachvollziehbar begründet wird dies nicht. Die Formel von der „Bedeutung der Abschlussprüfung für die Aufgaben des Prüfungsausschusses“ ist in diesem Zusammenhang aussagelos. Mit ihr ließen sich ohne weiteres schwächere Kriterien rechtfertigen oder sogar beliebig schärfere Anforderungen legitimieren, etwa eine einschlägige Promotion, jahrzehntelange Erfahrungen internationaler Art, ein Wirtschaftsprüferexamen mit einer bestimmten Note etc., ohne dass dies der Kontrollaufgabe des Prüfungsausschusses, zu Gute käme. Warum der gesetzlich geforderte Sachverstand speziell durch „besondere Erfahrungen“ nachgewiesen werden sollte statt auf beliebige Weise, sofern er nur vorhanden ist, kann mit dem Normzweck des § 100 Abs. 5 AktG nicht begründet werden - ein Normzweck, der explizit die Bedeutung der Abschlussprüfung für

die Aufgaben des Prüfungsausschusses zum Inhalt hat. Der Verdacht, die RegKommission DCGK wolle ein zusätzliches berufliches Betätigungsfeld für Angehörige der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe eröffnen, bleibt deshalb unwiderlegbar.

d. Sachliche Fehleinschätzung im DCGK-Entwurf

Den gesetzlich geforderten Sachverstand dadurch einzuengen, dass „besondere Erfahrungen“ auf dem Gebiet des Jahresabschlusses verlangt werden, die denen eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters entsprechen oder ihnen zumindest nahekommen, widerspricht nicht nur den gesetzlichen Intentionen, sondern ist schließlich auch in der Sache falsch. Der Gesetzgeber hat keine doppelte Wirtschaftsprüferkontrolle gewollt (eine externe und eine interne). Vielmehr ging es ihm um ein offen definiertes Kompetenzprofil („Sachkunde“), weil die Kontrollfunktion von Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss inhaltlich anders gelagert ist als die Prüferfunktion der Wirtschaftsprüfer. Die Aufgabenstellung in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG deckt sich nun einmal nicht mit den Prüfungsleistungen, die ein Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung zu erbringen hat. Besondere Bedeutung kommt namentlich der Überwachung des Abschlussprüfers zu, seiner Auswahl, seiner Unabhängigkeit und der Qualität seiner Arbeiten. Genau dafür und nur dafür haben die Mitglieder des Prüfungsausschuss gemäß § 405 Abs. 3b AktG ordnungswidrigkeitenrechtlich einzustehen. Diese Unterschiede spiegeln sich in einem anderen Blickwinkel, den die Mitglieder des Prüfungsausschusses einnehmen müssen, als dem des berufserfahrenen Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters. Und das wiederum kann sich nicht nur, sondern muss sich sogar in einem offeneren Kompetenzprofil ausdrücken, das diverse Blickwinkel und Herangehensweisen einnimmt statt lediglich einer singulären Perspektive.

4. Conclusio/ Empfehlung

Einzig sachgerecht ist es daher, die Empfehlung D.4, was die vorstehend diskutierten Aspekte angeht, in der Fassung von 2020 zu belassen. Im Interesse der Flexibilität, insbesondere für Unternehmen mit kleinen Aufsichtsräten, sollte keinerlei berufsständische Fixierung vorgenommen werden.

Mit freundlichen Grüßen,

Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe

Albert Rupprecht, MdB