

## Stellungnahme AdAR zum Deutschen Public Corporate Governance-Musterkodex (D-PCGM)

### Zu AdAR:

Der Arbeitskreis deutscher Aufsichtsrat (AdAR) e.V. ist eine unabhängige Initiative zur nachhaltigen Unterstützung und weiteren Professionalisierung deutscher Aufsichtsräte. AdAR verbindet dabei die praktischen Bedürfnisse der Aufsichtsratsarbeit mit wissenschaftlicher Qualität unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklung. Im Einklang mit den Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex ist das Ziel von AdAR die Förderung einer professionellen, effektiven und gewissenhaften Aufsichtsratsarbeit zur Stärkung einer krisenresistenten, auf nachhaltiges Wachstum gerichteten und sich ihrer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung bewussten Unternehmenskultur.

### I. Zusammenfassung

- Der D-PCGM und die Diskussion, die dieser auslöst, werden ausdrücklich begrüßt. Das Thema Corporate Governance in Beteiligungsunternehmen bedarf einer stärkeren Betrachtung.
- Öffentliche Unternehmen haben neben dem Gesellschaftsrecht auch den öffentlichen Auftrag und u.a. die Vorgaben des GG zu beachten. Es bedarf daher eigener Kodizes, für Gebietskörperschaften. Jedoch ist hierbei wichtig, dass es keinen „one-size-fits-all approach“ geben kann. Es wird daher angeregt, diesen Aspekt deutlicher hervorzuheben.
- Der rechtliche Rahmen, in dem sich ein Public Corporate Governance Kodex bewegt, könnte deutlicher aufgezeigt werden.
- Es wird angeregt bei einer Neufassung zwischen AG und GmbH sowie zwischen fakultativen und gesetzlichen, d.h. zum Teil auch mitbestimmten, Aufsichtsräten zu differenzieren.
- Bei der Besetzung von Aufsichtsorganen öffentlicher Unternehmen sollte noch deutlich stärker auf die Qualifikation und Diversität geachtet werden.

### II. Grundsätzliche Anmerkungen

AdAR begrüßt es ausdrücklich, dass mit dem D-PCGM das Thema Corporate Governance in Beteiligungsunternehmen mehr Bedeutung erfährt. Beteiligungsunternehmen haben eine hohe Relevanz und leisten, wie gerade auch die COVID-19-Krise zeigt, einen wesentlichen Beitrag zum Funktionieren unseres Gemeinwesens. Die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass es um die Corporate Governance in solchen Gesellschaften nicht in allen Fällen gut bestellt war bzw. ist. Fehlende Qualifikation von Organmit-

gliedern sowie übermäßiger Einfluss durch die Politik haben immer wieder einzelne Beteiligungsunternehmen in den Fokus gerückt und damit auch die zahlreichen gut arbeitenden Gesellschaften diskreditiert. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Debatte um gute Unternehmensführung in Beteiligungsunternehmen mehr als geboten.

In kommunalen Kapitalgesellschaften finden mit dem Gesellschaftsrecht auf der einen Seite und dem öffentlichen Recht auf der anderen Seite zwei Rechtsgebiete zusammen, die nicht immer die gleichen Ziele verfolgen. So hat insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge die öffentliche Verwaltung die Aufgabe, durch ihr Handeln eigenestaltend die bestehenden Lebensverhältnisse zu verändern. Das Handeln der öffentlichen Verwaltung ist daher entscheidend durch ihre Aufgabenorientierung und Bewirkungsfunktion gekennzeichnet. Dabei hat die öffentliche Verwaltung (und damit auch die Kommune) immer vordringlich die Verwirklichung des Gemeinwohls zu beachten. Das Gesellschaftsrecht gibt dagegen lediglich einen Rahmen vor, in dem die unterschiedlichsten wirtschaftlichen Tätigkeiten mit verschiedenartigen Zielen verfolgt werden können. Das Gemeinwohl ist dabei nur ein Teil des pluralistischen Unternehmensinteresses.

Aus der Prämisse, dass die kommunale Gesellschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben immer auch sicherstellen muss, dass ihre Handlungen einen Mehrwert für die Allgemeinheit haben, sowie dem Umstand, dass für solche Unternehmen das Demokratieprinzip aus Art. 20 GG gilt, folgt, dass eigene (kommunale) Corporate Governance Kodizes sinnvoll sein können. Der Versuch durch den D-PCGK die Kommunen hierbei zu unterstützen, ist daher zu begrüßen. Der Kodex bietet wertvolle und praxisnahe Hinweise darauf, was für eine funktionierende Corporate Governance erforderlich ist. Wichtig ist aber, damit aus dem jeweiligen Kodex auch ein Mehrwert folgt, von einem „one-size-fits-all approach“ Abstand zu nehmen und stattdessen den einzelnen Gebietskörperschaften deutlich zu machen, dass es eines auf die jeweilige Größe und Komplexität der vorhandenen Beteiligungen abgestimmten Kodex bedarf. Der D-PCGK kann daher ein erster Aufschlag bzw. wesentlicher Orientierungspunkt für die in der Gebietskörperschaft mit allen Akteuren (d.h. der Verwaltung, der Politik, den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretungen etc.) zu führende Debatte auf dem Weg zu einem an dessen Grundsätzen ausgerichteten, aber den spezifischen Bedürfnissen der jeweiligen Beteiligung Rechnung tragenden Erfordernissen sein. Der D-PCGM bietet damit die konkrete Chance, dass eine Gebietskörperschaft einen für sich passenden Kodex unter Beachtung von allgemeinen Grundsätzen erarbeitet. Jedoch besteht auch die Gefahr, dass insb. kleine Kommunen diese damit einhergehende Arbeit nicht vornehmen und den Kodex weitgehend „ungeprüft“ übernehmen, was im Ergebnis aber immer noch besser wäre, als insoweit in einem unregulierten Zustand zu verbleiben.

Wie die Zunahme von öffentlichen Corporate-Governance-Kodizes zeigt, besteht insbesondere auch in kommunalen Unternehmen ein Bedürfnis nach einer besseren Corporate Governance. Dies erklärt sich nicht allein aus dem bereits aufgezeigten Spannungsverhältnis, sondern auch dem Umstand, dass die Besetzung von Organen kommunaler Gesellschaften neben der Qualifikation auch politische Aspekte berücksichtigt. In der Praxis werden die Geschäftsleitungen und – mehr noch – die Aufsichtsräte

oftmals politisch bestimmt, weshalb in der Literatur zum Teil die Eignung der bestellten Personen durchaus hinterfragt wird. Hier können sog. Public Corporate Governance Kodizes (nachfolgend: PCGK) unterstützen, indem sie eine Hilfestellung bei der Besetzung von Organen bieten und gleichzeitig (unerfahrenen) Organen und ihren Mitgliedern einen Überblick über Ihre Pflichten und Rechte geben.

Zahlreiche Gebietskörperschaften in Deutschland haben, wie bereits dargelegt, bereits einen Public Corporate Governance Kodex erlassen. Trotzdem ist die Zulässigkeit solcher Kodizes nicht unumstritten. Dies folgt insbesondere aus dem Umstand, dass bei Kapitalgesellschaften (z.B. der AG oder GmbH) der sog. Vorrang des Gesellschaftsrechts gilt. Hieraus folgt u.a., dass für eine GmbH oder AG und deren Organe immer allein das Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Kommunal- und Verwaltungsrecht gelten nur für die Kommune und können diese nur verpflichten, im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen, auf die privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen Einfluss zu nehmen. Bereits *Raiser* hat zu dieser Thematik im Jahr 2010 umfangreiche Ausführungen gemacht. Er stellt hierbei u.a. fest, dass PCGK die vom Aktiengesetz gewollte und garantierte unternehmerische Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat beeinträchtigen. Vorschriften eines PCGK fänden daher ihre Grenzen an den zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes über die Kompetenzverteilung zwischen den Organen einer AG. Als unzulässig bewertet Raiser daher alle Bestimmungen eines PCGK, die die aktienrechtliche Kompetenzabgrenzung zwischen den drei Organen Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat und die unternehmerische Unabhängigkeit und Eigenverantwortung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats einer AG infrage stellen (*Raiser, ZIP 2011, S. 253*). Dieser Umstand könnte zu Beginn des D-PCGM deutlicher aufgezeigt werden, um so die Gebietskörperschaften hierfür zu sensibilisieren.

Der vorliegende D-PCGM ist sehr umfangreich. Dies kann jedoch dazu führen, dass relevante Regelungen leicht „übersehen“ werden. Auch bei einem Kodex gilt der Grundsatz „weniger ist mehr“. Dies hat z.B. auch die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex erkannt und bei dem Kodex 2020 für börsennotierte Gesellschaften auf die Wiedergabe kleinteiliger, für das Verständnis des deutschen Corporate Governance Systems unkritischer gesetzlicher Bestimmungen verzichtet und Empfehlungen, denen weder Unternehmen noch Investoren und andere Stakeholder eine größere Bedeutung beimessen, entfallen lassen. Es ist nachzuvollziehen, dass der D-PCGM einen umfassenden Anspruch hat, jedoch ist zu überlegen, ob zu Beginn nicht deutlicher hervorgehoben und angeregt wird, dass die Stadt bzw. Gebietskörperschaft auch aufpassen sollte, ihren PCGK nicht „aufzublähen“.

Der D-PCGM schlägt Regelungen vor, die bezugnehmend auf das AktG nur für börsennotierte Unternehmen eingeführt wurden (vgl. *die Regelungsziffern 43, 90*). Vor dem Hintergrund, dass der Kodex mit Blick auf die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat formuliert wurde (*S. 8 D-PCGM*) erscheint dies als etwas „zu viel des Guten“. So kann angezweifelt werden, ob wirklich ein Vergütungsbericht analog § 162 AktG (vgl. *Regelungsziffer 90 des D-PCGM*) sinnvoll ist. In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass der D-PCGM trotz seines Fokus auf „kleine“ GmbH (ab 500 Arbeitnehmer ist

ein gesetzlicher Aufsichtsrat zu bilden) wiederholt den Eindruck erweckt, dass er für den Aufsichtsrat einer AG geschrieben wurde. Ein Beispiel hierfür sind die Ausführungen zum Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen für den Aufsichtsrat. In den allermeisten Beteiligungsunternehmen in der Rechtsform einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat werden nur geringe Vergütungen gezahlt. Es wird angeregt bei einer Neufassung zwischen AG und GmbH sowie zwischen fakultativen und gesetzlichen, d.h. zum Teil auch mitbestimmten, Aufsichtsräten zu differenzieren. Beispielweise bietet sich eine solche Differenzierung bei Regelungsziffer 113 an. Die Gebietskörperschaft muss nicht unbedingt einen der dort genannten Regelungsoptionen für ihren PCGK wählen, sondern kann vielmehr durchaus in ihrem Kodex nach Rechtsform und „Art“ des Aufsichtsrats differenzieren und so eine „passgenaue“ Regelung für jeweilige Gesellschaft vorschlagen. Auch würde eine Differenzierung die Möglichkeit bieten, auf die Besonderheiten der AG sowie des mitbestimmten Aufsichtsrats einzugehen. Die Praxis zeigt, dass sich viele Gebietskörperschaften mit den sich aus dieser Rechtsform bzw. den Mitbestimmungsgesetzen folgendenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips aus Art. 20 GG schwertun.

### III. Anmerkungen im Detail

Nachfolgend wird auf einige ausgewählte Punkte eingegangen:

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass die Gebietskörperschaft sich bzgl. der Zielausrichtung der Gesellschaft Gedanken machen soll. Gerade dieser Aspekt kommt oftmals zu kurz. Anzumerken ist an dieser Stelle indes, dass gerade in der kommunalen Praxis die Arbeitnehmerinteressen bei dieser Zieldefinition eine wesentliche Rolle spielen. Es ist daher, auch vor dem Hintergrund, dass der jeweilige PCGK von der (bereiten) Mehrheit der politischen Entscheider in einer Kommune getragen werden sollte, zu überlegen, die Arbeitnehmerinteressen explizit unter Regelungsziffern 13 aufzunehmen.

Unter Regelungsziffern 25 wird empfohlen, dass der „Versand“ der Einladung zur Gesellschafterversammlung etc. an die Gesellschafter und an das Beteiligungsmanagement „elektronisch und verschlüsselt über E-Mail oder Cloud-Lösung erfolgen“ soll. Auch wenn dies eine gute und moderne Herangehensweise ist, ist es fraglich ob der D-PCGM eine solche Regelungstiefe braucht.

Unter Regelungsziffern 31 soll dem Beteiligungsmanagement ein Gastrecht eingeräumt werden. Dies ist bei der AG und der gesetzlich mitbestimmten GmbH aufgrund von § 109 AktG (ggf. i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG oder § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) nicht zulässig. Insoweit wird auf die, unter Gliederungspunkt I gemachte Anregung, dass eine Differenzierung nach Rechtsform und „Art“ des Aufsichtsrats sinnvoll sein kann, verwiesen.

Bei den Regelungsziffern 33 ff. kann ein Hinweis auf das ggf. einschlägige Konzernrecht sinnvoll sein.

Unter Regelungsziffer 45 wird gefordert, dass „*ein externes und unabhängiges Mitglied mit ausgewiesener fachlicher Eignung und/ oder Branchenkenntnissen in das Aufsichtsorgan entsendet werden*“ soll. Eine solche Regelung ist ausdrücklich zu begrüßen. Aufsichtsgremien von öffentlichen Gesellschaften brauchen diversen Sachverstand, der so erreicht wird. Aus der mangelnden Diversität (u.a. auch bzgl. des Geschlechts, aber insbesondere auch bezogen auf die Qualifikationen) in vielen Aufsichtsgremien kommunaler bzw. öffentlicher Aufsichtsräte folgt oftmals eine deutlich verbesserungsbedürftige Corporate Governance. AdAR begrüßt ausdrücklich Regelungsziffer 47. Vor dem Hintergrund, dass viele Aufsichtsräte in Gebietskörperschaften ehrenamtlich tätig sind, ist zu überlegen, diese Regelungsziffern auf den Bereich der Ausbildung, d.h. der Erlangung der, unter Regelungsziffer 42 genannten Fähigkeiten, zu erstrecken. Eine gute Überwachung ist immer im Unternehmensinteresse, sodass die entsprechende Kostenübernahme auch zulässig wäre.

Regelungsziffer 88 wird ausdrücklich begrüßt.

Unter Regelungsziffern 90 wird vorgeschlagen, dass die Geschäftsführungsorgane und das Aufsichtsorgan jährlich einen Vergütungsbericht analog § 162 AktG erstellen und diesen veröffentlichen. Hierbei ist nach Ansicht von AdAR zu beachten, dass jeder Bericht unmittelbar mit Kosten für die Gesellschaft verbunden (insb. Personalkosten) ist und daher nur verfasst werden sollte, wenn ein tatsächlicher Mehrwert besteht.

Regelungsziffern 101 Alternative b) wird dahingehend kritisch gesehen, dass ein auseinanderfallen der Bestellungs- und der Anstellungskompetenz in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann.

Die Regelungsziffern 129 sieht vor, dass auch der Aufsichtsrat der internen Revision Prüfaufträge erteilen kann. Diese Regelung kann als Durchbrechung des § 111 AktG, die nur in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt ist angesehen werden. Es besteht die Gefahr, dass ein Aufsichtsrat sich zu sehr in die Geschäftsführung einmischt. Daher ist zu hinterfragen, ob eine solche Regelung in einem PCGK aufgenommen werden sollte.

Regelungsziffern 131 ff. werden ausdrücklich begrüßt.

Ob die Regelung unter Regelungsziffer 137, nach dem die Unternehmen analog zu § 289 Abs. 3 Nr. 5 HGB wirklich einen Mehrwert bringt, kann kritisch hinterfragt werden.

Ob die Regelung unter der Regelungsziffer 141, nachdem auch die Vergütung des außertariflich Angestellten der ersten beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführung sinnvoll ist, wird kritisch bewertet. Die öffentliche Hand und ihre Gesellschaften hat schon jetzt oftmals ein Problem qualifizierte Personen zu gewinnen. Der Mehrwert dieser Regelung erschließt sich nicht.

Unter Ziffer 10. fordert der PCGK unter der Überschrift „Transparenz auf der Unternehmenshomepage als Maßnahme für Bürgernähe und Vertrauen in öffentliche Insti-

tationen“ die Veröffentlichung zahlreicher Dokumente und Informationen. Transparenz ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch darf Transparenz kein Selbstzweck sein. Insbesondere muss die Transparenz immer in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Rechten der ggf. „Betroffen“ (z.B. Persönlichkeitsrechte) stehen. Auch ist zu beachten, dass die Beteiligungsverwaltung die Unterlagen hat und die Kapitalgesellschaft, insb. die GmbH, im Grundsatz nur gegenüber den zuständigen Organen (insb. dem Aufsichtsrat und der Haupt-/Gesellschafterversammlung) eine Rechenschaftspflicht hat. Auch aus dem Demokratieprinzip folgt allenfalls eine Rechenschaft gegenüber der Stadt bzw. Gebietskörperschaft. Zu überdenken ist die Formulierung „Funktionen [...] der Mitglieder des Aufsichtsorgans“. Außer dem Aufsichtsratsvorsitz, seinem Stellvertreter sowie gegebenenfalls Ausschusszugehörigkeiten, gibt es keine unterschiedlichen Funktionen in einem Aufsichtsrat. Alle Aufsichtsräte sind gleichermaßen und ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet.

Köln, 13.05.2020

A blue ink signature of Prof. Dr. Stefan Stepelt, consisting of several fluid, overlapping strokes.

Prof. Dr. Stefan Stepelt  
Mitglied des geschäftsführenden Vorstandes

A blue ink signature of Dr. Lasse Pütz, featuring a large, stylized initial 'L' followed by the name 'Lasse Pütz'.

Dr. Lasse Pütz  
LLR Rechtsanwälte

A blue ink signature of Jörg Schick, with a large, stylized initial 'J' and the name 'Schick'.

Jörg Schick  
Geschäftsführer AdAR