

BBH München · Pfeuferstraße 7 · 81373 München

Zeppelin Universität

Herr Prof. Ulf Papenfuß als

wissenschaftlicher Vorsitzender der Expertenkommission D-PCGM

Fallenbrunnen 3

88045 Friedrichshafen



BECKER BÜTTNER HELD

Unser Az.: 00143-20

(Bitte stets angeben)

München, 09.08.2021

Dr. Philipp Bacher

T +49 (0)89 23 11 64-132

F +49 (0)89 23 11 64-570

Philipp.Bacher@bbh-online.de

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

Sehr geehrter Herr Prof. Papenfuß,

hiermit möchten wir Ihnen unsere Anmerkungen zum Deutschen Corporate Governance-Musterkodex übermitteln, in der Hoffnung, dass diese von der Expertenkommission diskutiert und aufgegriffen werden. Unseres Erachtens ist für die Public Corporate Governance in Deutschland hilfreich, mit dem D-PCGM seitens der Expertenkommission ein fundierte Grundlage vorzulegen, mit welcher über Grundsätze guter Public Corporate Governance im spezifischen Kontext öffentlicher Unternehmen diskutiert werden kann.

1.) Ziffer 31

Hier hatte ich schon letztes Jahr angemerkt, dass ich diese Anregung für nicht sinnvoll erachte, da sie sich im Falle der Umsetzung nur schwer mit den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen für den Aufsichtsrat vereinbaren lässt. Es ist natürlich richtig, dass die Gesellschafter frei sind, Größe und Besetzung ihres fakultativen Aufsichtsrates, seine Kompetenzen, seine innere Ordnung aber auch die Haftung von dessen Mitgliedern im Einzelnen nach ihren Vorstellungen im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Dies gilt auch für Teilnahmerechte Dritter. Es gilt aber nicht zu vergessen, dass der Aufsichtsrat ein auf gegenseitiges Vertrauen gegründetes und auf Homogenität gerichtetes Gremium ist. Dies verlangt, dass die Teilnahme Dritter auf das für seine Arbeit notwendige Maß

Becker Büttner Held

Pfeuferstraße 7

D-81373 München

www.bbh-online.de

www.bbh-blog.de

Berlin · München · Köln · Hamburg · Stuttgart · Erfurt · Brüssel

Mitglied der aeec (Associated European Energy Consultants

e.V.); www.aeec-online.com

Mitglied der AGN International

beschränkt bleibt. Insoweit ist es zulässig, im Einzelfall Sachverständige zur Sitzung zuzulassen. Ein generelles Gastrecht kann unseres Erachtens im Gesellschaftsvertrag nicht eingeräumt werden. Es geht auch um ein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft selbst. Dies ist auch nicht disponibel. Wir würden daher vorschlagen, die Worte „oder als Gast“ zu streichen.

2.) 2. neue Ziffer 43a

Wir würden vorschlagen, noch eine Passage für die häufig auftretende Konstellation des Stadtwerkekonzerns mit mehreren, teilweise personenidentischen Aufsichtsräten auf den verschiedenen Ebenen aufzunehmen. Hier wird sehr viel falsch gemacht. Das Problem ist, dass dies sehr lange Zeit unbemerkt bleibt und dann zu unübersehbaren Folgeproblemen führt.

43a Besteht eine Unternehmensverbindung und sowohl bei der Muttergesellschaft als auch bei der Tochtergesellschaft ein Aufsichtsrat, so kontrolliert der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft nur die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft. Sein Kontrolladressat ist nicht der Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft. Diese wird vielmehr allein durch ihren Aufsichtsrat kontrolliert. Soll die Tochtergesellschaft im Ergebnis auch durch den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft kontrolliert werden, ist im Gesellschaftsvertrag der Muttergesellschaft die Regelung zu verankern, dass deren Geschäftsleiter die Stimmrechte der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft nur nach vorheriger Zustimmung des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft ausüben darf. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass die Aufsichtsräte in der Mutter- und der Tochtergesellschaft personenidentisch besetzt werden. Hierzu sind Regelungen im Gesellschaftsvertrag der Mutter- und der Tochtergesellschaft zu persönlichen Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder notwendig. Ein Aufsichtsratsmitglied kann in der Muttergesellschaft nur bestellt bzw. von der Kommune entsandt werden, wenn das Aufsichtsratsmitglied gleichzeitig auch in der Tochtergesellschaft bestellt bzw. in den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft entsandt wurde und umgekehrt. Unzulässig sind hingegen Regelungen bei Unternehmensverbindungen, wonach die Unternehmen einen gemeinsamen Aufsichtsrat, z.B. den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft, haben. Ebenso unzulässig sind Regelungen, wonach selbst bei Personenidentität der Aufsichtsratsmitglieder in der Mutter- und der Tochtergesellschaft gemeinsame Aufsichtsratssitzungen abgehalten werden dürfen.

3.) Ziffer 46

Eine solche Regelung wird immer wieder als unzulässig angesehen, da hier eine Altersdiskriminierung befürchtet wird. Wir halten eine solche Regelung auch für überflüssig.

4.) Ziffer 49

In dieser Ziffer sollte unbedingt klargestellt werden, nur solche Aus-Weiterbildungsmaßnahmen bezahlt werden, die einen spezifischen Bezug zu Gesellschaft haben. Allgemeine Themen fassen sich nicht mit der jeweiligen Gesellschaft. Die Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen müssen konkret auf das Aufsichtsratsmandat der jeweiligen Gesellschaft zugeschnitten sein. Daneben muss klargestellt werden, wer die Fortbildung veranlasst. Nach der herrschenden, allerdings nicht unumstrittenen Ansicht darf das einzelne Aufsichtsratsmitglied keine Fortbildungen eigener Sache veranlassen, mag sie auch spezifisch auf die Gesellschaft zugeschnitten sein. In jedem Fall darf die Gesellschaft ihren Aufsichtsratsmitgliedern solche Fortbildungen anbieten und auch bezahlen, die im spezifischen Interesse der Gesellschaft liegen. Hält man diese Dinge nicht genau auseinander, kann es sogar zu strafrechtlichen Folgen führen, wenn der Geschäftsführer eine Fortbildungsveranstaltung, die nicht den oben genannten Voraussetzungen entspricht bzw. nicht von ihm veranlasst war, dem Aufsichtsratsmitglied vergütet. Wir würden daher S. 1 und 2 von Ziffer 49 wie folgt formulieren:

„Die Gesellschaft soll ihren Mitgliedern des Aufsichtsorgans entsprechend seiner Qualifikationen und Vorkenntnisse gezielt ausgewählte Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten insbesondere von den entstehenden bzw. bestellenden Gebietskörperschaften bzw. Unternehmen anbieten, die spezifisch auf das Aufsichtsratsmandat der Gesellschaft zugeschnitten sind. Die Kosten soll die Gesellschaft übernehmen.“

5.) Ziffer 84

Diese behandelt das umstrittene Problem, ob Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Konzernmutter von sich aus auch konzernweit auch für die Tochtergesellschaften gelten, ohne das Problem zu lösen. Grundsätzlich ist es so, dass das Verhalten des Leitungsorgans der Tochtergesellschaft als solches gerade nicht an die Zustimmung des Aufsichtsrates herrschenden Unternehmens gebunden werden kann. Denn der Aufsichtsrat kontrolliert nur die Geschäftsführung „seiner“ Gesellschaft. 84 S. 2 ist daher zu streichen. Wir würden wie folgt formulieren:

„Soll der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft seine Überwachungsaufgabe auch auf die konzernleitende Tätigkeit in Tochtergesellschaft erstrecken, so ist in der Satzung der Muttergesellschaft zu regeln, dass das Stimmrecht der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig gemacht wird.“

6.) Ziffer 129 ff.

Den gesetzlichen Vertretern obliegt die Ausgestaltung eines angemessenen und wirksamen integrierten Managementsystems. Wichtig wäre unseres Erachtens die Verantwortung des Aufsichtsorgans hervorzuheben, die Wirksamkeit der Managementsysteme zu überwachen. Diesbezüglich möchten wir insbesondere auf IDW PS 981 verweisen, welcher ein zielführendes Instrument zur Wirksamkeitsüberwachung und zur Weiterentwicklung von Managementsystemen ist.

7.) Ziffer 139

Eine Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses nach den Vorschriften für große Kapitalgesellschaften führt regelmäßig zu unverhältnismäßigen Aufwendungen. Die größenabhängigen Befreiungs- und Erleichterungsvorschriften des Handelsgesetzbuchs erfüllen regelmäßig ihren Zweck. Die Pflicht des Aufsichtsorgans bzw. des Gesellschafters wird durch eine satzungsmäßige Verpflichtung den Jahresabschluss nach den Vorschriften für große Kapitalgesellschaften aufstellen und prüfen zu lassen nicht beeinflusst; eine Professionalisierung der Mitglieder des Aufsichtsgremiums wird durch die Prüfung des Jahresabschlusses nicht ersetzt.

8.) Abschlussprüfung und öffentliche Finanzkontrolle

9.1 Tz: 149

Die Beauftragung der Prüfung gem. § 53 HGrG ist gesetzlich vorgeschrieben, so dass der Prüfungsauftrag erteilt werden muss. Bezüglich des Umfangs der Prüfung gem. § 53 HGrG besteht jedoch ein Ermessensspielraum welcher mit dem Abschlussprüfer abgestimmt werden sollte. Beispielsweise ist fraglich, inwiefern die Analyse der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Prüfungsbericht dargestellt werden muss, wenn die kommunale Kapitalgesellschaft lediglich als Komplementärin einer KG ausgestaltet ist und keinen eigenen operativen Geschäftsbetrieb aufweist.

9.1 Tz: 150:

Gem. § 319 ff. HGB ist der Wirtschaftsprüfer zur Prüfung dieser Sachverhalte im Rahmen der Auftragsannahme gesetzlich verpflichtet. Darüber hinaus sind diese Sach-

verhalte im Rahmen des Zusammenwirkens von Aufsichtsorgan und Geschäftsführungsorgan leicht zu erheben. Die Vorlage einer solchen Erklärung entbindet das Aufsichtsorgan nicht von der persönlichen Prüfungspflicht.

9.1 Tz: 151

Der Abschlussprüfer hat das Aufsichtsorgan bereits aufgrund seiner berufsrechtlichen Pflichten zu informieren.

9.1 Tz: 154

Die externe Rotation des Abschlussprüfers stellt aus Sicht der Wirtschaftsprüferkammer weder ein geeignetes Mittel zur Förderung der Prüfungsqualität noch zur Stärkung der Unbefangenheit des Abschlussprüfers dar und sollte daher im Bereich der öffentlichen Hand überdacht werden.

9.1 Tz: 156

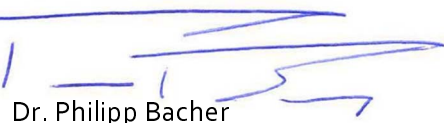
Der Abschlussprüfer ist bereits aufgrund gesetzlicher und berufsständischer Vorschriften zur Berichterstattung verpflichtet.

9.1 Tz: 160

Der Abschlussprüfer ist aufgrund gesetzlicher Vorschriften zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Kommunikation hat demnach zunächst gegenüber dem Auftraggeber, der zu prüfenden Gesellschaft, und ggf. mit dem Aufsichtsorgan zu erfolgen. Dass das Management den Managementletter des Abschlussprüfers an das Beteiligungsmanagement weiterleitet, kann nicht in der Beauftragung des Wirtschaftsprüfungunternehmens vereinbart werden; zumindest wäre dies nicht zielführend.

Wir freuen uns auf die Veranstaltung im September.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Philipp Bacher

Rechtsanwalt

Berlin, Magazinstraße 15-16, D-10179 Berlin | Prof. Christian Held*, RA · Prof. Dr. Christian Theobald*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Christian de Wyl*, RA · Prof. Dr. Ines Zenke*, RAin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht · Dr. Martin Altmann*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Christian Jung*, LL.M., Attorney at Law (New York), RA · Dr. Jost Eder*, RA · Dr. Olaf Däuper*, RA · Daniel Schiebold*, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Stefan Missling*, RA · Axel Kafka*, RA · Dr. Thies Christian Hartmann*, RA · Jens Vollprecht*, RA, Dipl.-Forstw. (Univ.) · Ulf Jacobshagen*, RA · Astrid Meyer-Hetling*, RAin · Dr. Erik Ahnis*, RA, Bankfachwirt (BA) · Dr. Roman Ringwald*, RA · Dr. Markus Kachel*, LL.M., RA · Dr. Tigran Heymann*, RA · Niko Liebheit*, RA · Christian Thole*, RA · Dr. Martin Riedel, RA · Sebastian Blumenthal-Barby, LL.M., RA · Dr. Sascha Michaels, RA, Fachanwalt für Vergaberecht · Dr. Christian Dessau, RA · Heiko Lange, RA · Andreas Große, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dr. Wieland Lehnert, LL.M., RA · Dr. Holger Hoch, RA · Dennis Tischmacher, Mag. rer. publ., RA · Benedikt Doms, RA · Alexander Bartsch, RA · Beate Kramer, RAin · Sabine Gauggel, LL.M., RAin · Dr. Anna Sachse, RAin · Johannes Nohl, RA · Carsten Telschow, RA · Juliane Kaspers, LL.M., Attorney at Law (New York), RAin · Simone Mühe, RAin · Dominique Couval, RAin · Dr. Malaiika Ahlers, LL.M., RAin · Christoph Lamy, RA · Anette Däuper, RAin · Kristin Thole, RAin · Martin Brunz, RA · Jana Siebeck, RAin · Marcel Dalibor, RA · Dr. Alexander Dietzel, RA · Dr. Christian Rühr, RA · Anna Lesinska-Adamson, RAin · Sascha Köhler, RAin · Johanna Riggert, RAin · Tessa Keil, RAin · Magnus Nissle, RA · Thomas Schneider, RA · Charlotta Maiworm, RAin · Katharina Baudisch, RAin · Christine Kliem, LL.M., RAin · Alba Federica Spengler, RAin · Tim Schwandt, RA · Jennifer Diane Morgenstern, LL.M., RAin · Moussah Köster, RA · Xaver-Moritz Müller-Hübers, RA · Barbara von Gayling-Westphal, RAin · Nicolas Savoie, RA · Steffen Pohl, RA · Dr. Anna Alexandra Seuser, RAin · Jasmin Lehmann, RAin · Liljana Kraatz, RAin · Ronja Zimmermann, RAin · Kathleen Philipp, RAin · Veronika Bufo, StBin · Simon Hillmann, LL.M., RA · Nikolas Barfknecht, RA · Vuong Nguyen, RA · Tobias Wernicke, RA · Ciamak Djamchidi, RA · Frederik Braun, RA · Christoph Paul, RA · Johanna Wilhelmina Mamerow, RAin · Lisa Gut, RAin · Freya Humbert, RAin · Stephanie Berg, RAin

München, Pfeuferstraße 7, D-81373 München | Rudolf Böck*, Dipl.-Wirt.-Ing., WP, StB · Manfred Ettinger*, vBP, StB · Sabine Böck*, StBin · Matthias Albrecht*, RA · Wolfram von Blumenthal*, RA, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Oliver K. Eifertinger*, RA, StB · Thomas Straßer*, Dipl.-Bw. (FH), WP, StB · Nils Langeloh*, LL.M., RA, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht · Markus Ladenburger*, RA · Tobias Sengenberger*, WP, StB · Florian Tietze, RA · Dr. Philipp Bacher, RA, Fachanwalt für Steuerrecht · Meike Weichel, LL.M., RAin, StBin, Fachanwältin für Steuerrecht · Guido Morber, LL.M., RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Bernd Günter, RA, Fachanwalt für Arbeitsrecht · Andreas Fimpel, Dipl.-Bw. (FH), StB · Matthias Pöhl, RA · Steffen Lux, RA · Matthias Brugger, RA · Alexander Labus, RA, Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht · Christian Fesl, StB · Carmen Freimüller-Engel, RAin · Meike Lünighöner-Glückner, RAin · Thomas Sarosy, RA · Jochen Heise, RA · Anja Straßer, LL.M., RAin · Stephanie Julia Böswald, RAin · Hilda Faut, RAin · Alexander Müller, RA · Anne K. Rupf, RAin · Romina Matschke, RAin · Johanna Schrickler, RAin · Dr. Maximilian Festl-Wietek, RA · Rebecca Mes, RAin · Martin Speulda, RA · Susanne Bausch, RAin · Sandra Schug, RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht · Sophia von Hake, LL.M., RAin, StBin, Fachanwältin für Steuerrecht · Jan Nicolas Höbel, RA · Christine Wenzl, RAin · Micha Klewar, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Jan Rehm, RA · Thomas Schäfer, RA · Matthias Meth, RA · Dmitriy Levitskiy, StB · Sophia-Charlotte Grawe, RAin · Eva Seiderer, RAin · Tobias Hoderlein, RA

Köln, KAP am Südkai, Agrippinawerft 26-30, D-50678 Köln | Jürgen Gold*, Dipl.-Kfm., WP, StB · Jens Panknin*, RA · Folkert Kiepe, RA, Beigeordneter des DST a.D. · Klaus-Peter Schönrock, RA · Nicolaus Münch, RA · Silke Walzer, RAin · Dr. Heiner Faßbender, RA · Tillmann Specht, RA · Agnes Eva Müller, RAin · Niklas Schwalge, RA · Norbert Repczuk, Dipl.-Kfm., StB · Sebastian Holst, RA · Grit Hömke, RAin · Julien Wilmes-Horváth, RA · Dr. Jelena Karbach, RAin · Marco Metz, RA

Hamburg, Kaiser-Wilhelm-Straße 93, D-20355 Hamburg | Stefan Wollschläger*, RA · Dr. Ursula Prall*, RAin · Jan-Hendrik vom Wege*, MBA, RA · Jörg Kuhbier, RA, Senator a.D. · Thomas Schmeding, RA · Regina Zorn, RAin · Stefan Lepke, LL.M., RA · Lars Schlüter, RA · Yola Traum, europ. RAin · Julia Blatt-von Raczek, RAin · Nina Schöner, RAin · Torben Eickmann, RA · Oliver Rosenstock, RA

Stuttgart, Industriestraße 3, D-70565 Stuttgart | Jürgen Tschiesche*, Dipl.-Kfm., WP, StB · Dr. Michael Weise*, RA · Rainer Ederer, RA · Dr. Christian Gemmer, RA · Roman Schüttke, RA · Ingo Günther, StB

Brüssel, Avenue Marnix 28, B-1000 Brüssel | Dr. Dörte Fouquet, RAin · Rolline Skehan, Barrister, Ireland

Erfurt, Regierungsstraße 64, D-99084 Erfurt | Bianca Engel*, WPin, StBin · Dr. Florian Wagner, RA · Johannes Trabert, StB · Björn Jeske, StB

* Partnerin/Partner