

BOARD - Mediathek > 2021 > BOARD 4/2021 > Das Aufsichtsratsbüro > Höchstzahl der Mandate für Aufsichtsratsmitglieder

Zeitschrift:	BOARD
Autor:	Peter Henke
Beitragstyp:	Beitrag
Ausgabe:	4/2021

Höchstzahl der Mandate für Aufsichtsratsmitglieder

Peter Henke



Dr. Peter Henke, Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, Senior Vice President, Global Legal Function, Corporate, Regulatory, GMQS & GRD

Mitglied des Aufsichtsrats kann nach aktienrechtlicher Regelung nur sein, wer eine Höchstzahl an Kontrollmandaten in anderen Unternehmen nicht überschreitet. Neben den Vorgaben des Aktiengesetzes formulieren auch der Deutsche Corporate Governance Kodex und die Abstimmungsrichtlinien verschiedener Stimmrechtsberater und institutioneller Investoren entsprechende Anforderungen. Ein Arbeitskreis für die Reform des Aufsichtsratsrechts sieht Bedarf für eine Neufassung der gesetzlichen Regelung.

Inhalt

- I. Begrenzung der Mandatszahl im Aktienrecht
- II. Weitergehende Regelungen zur Begrenzung der Mandatszahl
- III. Vorschlag zur gesetzlichen Neuregelung
- IV. Fazit

Keywords

Aufsichtsratsrecht; Deutscher Corporate Governance Kodex; Kontrollmandate; Konzernprivileg

Normen

§ 100 AktG; § 25d KWG; § 24 VAG

I. Begrenzung der Mandatszahl im Aktienrecht

Das Aktiengesetz regelt in § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, dass Mitglied des Aufsichtsrats nicht sein kann, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist. Weitergehend regeln die Sätze 2 und 3 der Norm einerseits, dass eine Anzahl von bis zu fünf konzerninternen Mandaten auf diese Höchstzahl nicht anzurechnen ist (Konzernprivileg) und andererseits, dass solche Mandate doppelt anzurechnen sind, für die das Aufsichtsratsmitglied zum Vorsitzenden gewählt wurde (Doppelzählung von Vorsitzmandaten). Mit dieser Regelung stellt das Gesetz eine angemessene zeitliche Verfügbarkeit des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds sicher und soll es auch die Konzentration wirtschaftlicher Macht auf einen kleinen Personenkreis einschränken.¹ Gleichzeitig kommt in der hier formulierten Möglichkeit multipler Aufsichtsratsstätigkeit die gesetzliche Konzeption des Aufsichtsratsmandats als Nebenamt zum Ausdruck.² Neben dieser aktienrechtlichen Vorgabe existieren spezialgesetzliche Regelungen wie § 25d Abs. 3a Nr. 3 KWG oder § 24 Abs. 4 VAG, die für Mitglieder der Aufsichtsräte bestimmter Unternehmen hinsichtlich der Höchstzahl an Kontrollmandaten noch weitergehende Restriktionen beinhalten.

Die aktienrechtliche Vorschrift ist in jüngerer Zeit zunehmend in die Kritik geraten. So schließt der Begriff der Handelsgesellschaften beispielsweise Stiftungen und Genossenschaften aus, was angesichts eines dort gegebenenfalls anfallenden Kontrollaufwands aus heutiger Sicht nicht zwingend erscheint. Ferner nimmt die Norm nur auf solche Handelsgesellschaften Bezug, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben. Nach einer Ansicht beschränkt sich die Regelung damit auf Gesellschaften deutschen Rechts und bleiben ausländische Gesellschaften unberücksichtigt.³ Insoweit wird auch kritisiert, dass aufsichtsratsähnliche Einrichtungen vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.⁴ Beiräte oder Verwaltungsräte bleiben damit bei der Berechnung der Höchstzahl im Sinne der gesetzlichen Norm nach wohl herrschender Meinung außer Betracht, dies ungeachtet ihrer eventuellen funktionalen Vergleichbarkeit im Einzelfall.⁵ Des Weiteren ist die Regelung im Lichte der zunehmenden Internationalisierung der Anteilseignerstrukturen zu betrachten, die in jüngerer Zeit dazu geführt hat, dass neben international agierenden institutionellen Investoren auch professionelle Stimmrechtsberater eigene Maßstäbe formuliert haben, anhand derer sie die aus ihrer Sicht zulässige Höchstzahl an Kontrollmandaten bewerten. Die aktienrechtliche Norm werde daher dem Alltag internationaler Mandatsverflechtungen nicht mehr gerecht und sei inhaltlich überholt.⁶

Der Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats⁷ hat zu Beginn des Jahres Eckpunkte für eine generelle Reform des Aufsichtsratsrechts formuliert. Diese nehmen in Abschnitt II, Nr. 2, Tz. 26 auch Bezug auf die Mandatshöchstzahl und fordern in diesem Punkt eine Aktualisierung der Regelung.⁸

II. Weitergehende Regelungen zur Begrenzung der Mandatszahl

Neben der gesetzlichen Regelung sind für börsennotierte Gesellschaften auch die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) relevant. Bis zu seiner Neufassung Ende 2019 regelte dieser die Frage der Mandatshöchstzahlen für Aufsichtsratsmitglieder allerdings nur sehr eingeschränkt. Ziffer 5.4.5 des DCGK a.F. empfahl, dass Vorstandsmitglieder börsennotierter Gesellschaften nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen sollten.

1 Bürgers/Israel in Bürgers/Körper, AktG, 3. Auflage, § 100 Rn. 3 m.w.N.

2 Vgl. Hüffer/Koch, AktG, 15. Auflage, § 100 Rn. 5 m.w.N.

3 Vgl. Hüffer/Koch a.a.O. (Fn. 2) Rn. 6 m.w.N.; dort wird ferner auf die Gegenansicht Bezug genommen, die sich auf den Normzweck beruft und daher auch ausländische Gesellschaften erfasst sehen will.

4 Hüffer/Koch a.a.O. (Fn. 3).

5 Vgl. Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018, Rn. 25.5.

6 Fleischmann in Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar (JIG) DCGK Grds. 12 Rn. 4.

7 Zu den Mitgliedern des Arbeitskreises vgl. NZG 12/2021, S. 477.

8 NZG 12/2021, S. 477, 480, li. Sp.

Aufsichtsgremien von konzernexternen Gesellschaften, die vergleichbare Anforderungen stellten, waren insoweit ebenfalls erfasst; hierüber schloss der Kodex ausländische Gesellschaften mit ein. Darüber hinaus, d.h. insbesondere für Aufsichtsratsmitglieder, die nicht auch Mitglied des Vorstands einer börsennotierten Gesellschaft waren, verzichtete der DCGK a.F. auf detailliertere Angaben zur Mandatshöchstzahl. Satz 1 der Ziffer 5.4.5 führte lediglich ganz allgemein aus, dass das Aufsichtsratsmitglied darauf achte, dass ihm für die Wahrnehmung seiner Mandate genügend Zeit zur Verfügung stehe. Ziffer 5.4.7 ergänzte insoweit, dass im Bericht des Aufsichtsrats vermerkt werden solle, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats nur an der Hälfte der Sitzungen oder weniger teilgenommen habe.

In diesem Punkt waren die Regelungen einiger institutioneller Investoren und auch der Stimmrechtsberater (Proxy Advisor) bereits in der Vergangenheit detaillierter gefasst. Diese gehen auf den Aspekt des sog. Overboarding regelmäßig gesondert ein und empfehlen in diesem Kontext gegen die Bestellung eines Kandidaten, respektive einer Kandidatin für den Aufsichtsrat zu stimmen, wenn diese(r) die in den jeweiligen Abstimmungsrichtlinien festgelegte Höchstzahl an Mandaten überschreitet. Als Höchstgrenze findet sich hier oftmals die Anzahl von fünf Mandaten.⁹ Für die Berechnung der Höchstzahl ist dabei grundsätzlich die Anzahl der externen Aufsichtsmandate (non-executive directorships) maßgeblich, wobei einzelne Richtlinien vorgeben, dass Vorsitzmandate doppelt gezählt werden. Das Amt als Vorstandsmitglied (executive director) reduziert die zulässige Höchstgrenze in der Regel nochmals deutlich.

Die Neufassung des DCGK, die seit März 2020 in Kraft getreten ist, ist das Ergebnis einer umfangreichen Reform, zu deren Zielsetzungen es auch zählte, den Kodex an internationale Standards anzunähern. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, wenn nun auch die Mandatshöchstzahlen in detaillierteren Vorgaben Ausdruck finden. Demgemäß sieht Empfehlung C.4 des neu gefassten DCGK nun vor, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das keinem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört, insgesamt nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate bei konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen wahrnehmen soll. Aufsichtsratsvorsitzmandate sollen auch hier doppelt zählen. Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat den Kodex damit in diesem Punkt an die Standards internationaler Investoren und Stimmrechtsberater angeglichen. Empfehlung C.5 regelt weitergehend, dass Personen, die dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, insgesamt nicht mehr als zwei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen wahrnehmen sollen. Ferner sollen Vorstandsmitglieder in einer konzernexternen börsennotierten Gesellschaft keinen Aufsichtsratsvorsitz wahrnehmen.

In beiden Empfehlungen findet sich nun die Formulierung ‚vergleichbare Funktionen‘, die den Anwendungsbereich der Regelung über das reine Aufsichtsratsmandat hinaus erweitert. Der insoweit entstehenden Unsicherheit hinsichtlich der Einordnung sonstiger Mandate und Funktionen steht damit gleichermaßen ein Auslegungsspielraum zu Gunsten der Unternehmen und Aufsichtsratsmitglieder gegenüber, der Einzelfällen eine sachgerechte Einschätzung anhand objektiver Kriterien ermöglicht. Derartige Kriterien können beispielsweise die Größe des Unternehmens, dessen Komplexität und internationale Ausrichtung, die Struktur der Corporate Governance oder aber die fakultative oder obligatorische Natur des einzurichtenden Gremiums sein.¹⁰ Auch die Sitzungsfrequenz oder die in den Gremien behandelten Themen können im Rahmen der Auslegung herangezogen werden.¹¹

III. Vorschlag zur gesetzlichen Neuregelung

Die neu gefassten Empfehlungen des DCGK zu den Höchstzahlen der Kontrollmandate unterstreichen die im Rahmen der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft geäußerte Kritik an der aktuell gültigen Fassung der gesetzlichen Mandatsobergrenze. Bereits die Regierungskommission DCGK hatte in der

9 Vgl. hierzu aktuell die Vorgaben in den Proxy Voting Guidelines von ISS EMEA, gültig ab Feb. 2021, S. 17 (Stichwort Overboarded Directors); Glass Lewis Proxy Paper Guidelines 2021 (Germany), S. 6; Proxy Voting Policy and Guidelines DWS, S. 18 (Stichwort Overboarded Directors).

10 Vgl. zum Ganzen Fleischmann in JIG DCGK Empf. C.4, C.5 Rn. 4 f.

11 Fleischmann a.a.O. (Fn. 10).

Begründung zu der am 9. Mai 2019 beschlossenen Neufassung des Kodex ausgeführt, dass die in § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG vorgesehene Begrenzung der Höchstzahl der Aufsichtsratsmandate von zehn Mandaten pro Person den heutigen Anforderungen an die Aufsichtsratsstätigkeit nicht mehr gerecht werde.¹² Daher erscheint es folgerichtig, dass der Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats in seinem Eckpunktepapier auch im Hinblick auf diese Regelung einen Reformvorschlag unterbreitet.

Dazu wird ausgeführt, dass die Höchstzahl an Kontrollmandaten in kapitalmarktorientierten Gesellschaften reduziert werden solle, um den gestiegenen Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder Rechnung zu tragen.¹³ Demgemäß sollte in einer gesetzlichen Neuregelung die Höchstzahl der (konzernexternen) Kontrollmandate von zehn auf sechs reduziert werden, wobei die Position als Aufsichtsratsvorsitzender auch hier doppelt zählen soll. Weiter wird erwogen, die Position als Vorsitzender des Prüfungsausschusses 1,5-fach zu zählen. Entgegen der derzeit gültigen aktienrechtlichen Regelung sollten künftig nicht nur Mandate in Handelsgesellschaften Berücksichtigung finden, sondern generell Kontrollmandate in Unternehmen. Ausdrücklich sollten dabei auch ausländische Unternehmen einbezogen werden. Im Rahmen einer solchen internationalen Betrachtung erscheint es daher konsequent, wenn als Kontrollmandat künftig auch die Position eines nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieds (non-executive director) in einer Gesellschaft erkannt wird, die keine, wie im deutschen Aktienrecht üblich, dualistische Organstruktur aufweist, sondern mit einem sog. one-tier board arbeitet. Weiter führt der Arbeitskreis im Hinblick auf internationale Aspekte aus, dass statt dem bisherigen Kriterium eines gesetzlich zu bildenden Aufsichtsrats ein auch international leicht praktikables Abgrenzungsmerkmal maßgeblich sein soll, das eine gewisse Bedeutung oder Größe des Unternehmens widerspiegelt. Exemplarisch werden hier die Kapitalmarktorientierung der Gesellschaft oder das Überschreiten einer bestimmten Mindestzahl an Arbeitnehmern genannt. Schließlich führt der Reformvorschlag aus, dass für solche Personen, die Geschäftsleiter eines bedeutenden Unternehmens sind, eine strengere Mandatsobergrenze von maximal zwei konzernexternen Kontrollmandaten gelten müsse. Auch insoweit nähert sich der Vorschlag den internationalen Standards an.

Insgesamt erscheint die Reformempfehlung im Hinblick auf die zunehmende Internationalisierung der Unternehmenswelt und die Vorgaben internationaler Investoren und Proxy Advisor inhaltlich konsequent. Allerdings besteht die Gefahr, dass der Anwendungsbereich einer so gefassten Neuregelung zu extensiv formuliert sein könnte, wenn die bisherigen Kontrollmandate in ‚Handelsgesellschaften‘ nunmehr pauschal auf ‚Kontrollmandate in Unternehmen‘ erstreckt würden. Eine derart weit gefasste Regelung ließe, würde sie nicht weiter konkretisiert, keinen ausreichenden Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Mandate, wie ihn beispielsweise der DCGK in der Terminologie der ‚vergleichbaren Funktion‘ einräumt oder wie er auch teilweise in den Richtlinien internationaler Stimmrechtsberater vorgesehen ist.¹⁴ Ein solcher Einschätzungsspielraum erscheint aber erforderlich, da ansonsten die Äquivalenz der jeweils zu betrachtenden Mandate nicht ausreichend gewährleistet werden kann, was zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse jedoch als notwendig erscheint. So dürfte außer Frage stehen, dass beispielsweise das Kontrollmandat in einem kleinen Unternehmen mit regional und branchenmäßig sehr begrenzter Geschäftstätigkeit in einem wenig komplexen Umfeld nicht ohne Weiteres mit dem Aufsichtsratsmandat eines global tätigen, börsennotierten Großunternehmens mit möglicherweise komplexen Geschäfts- und Governance-Strukturen vergleichbar ist. Die an das jeweilige Mandat zu stellenden Anforderungen dürften sich dabei in der Regel sowohl im Hinblick auf die inhaltliche Komplexität, als auch hinsichtlich des zeitlichen Aufwands in solcher Erheblichkeit unterscheiden, dass ein wertendes Gleichsetzen beider Mandate zur Feststellung eines möglichen Overboardings nicht sachgerecht erschiene. Dieser Aspekt sollte daher in der weiteren Debatte um eine gesetzliche Neuregelung Berücksichtigung finden. Das geforderte, international leicht praktikable Abgrenzungsmerkmal, das eine gewisse Bedeutung oder Größe des Unternehmens widerspiegelt, könnte insoweit hilfreich sein, sollte dabei aber nicht auf ausländische Unternehmen anderer Rechtsform beschränkt bleiben, sondern auch zur

12 Vgl. die Begründung zu Empfehlung C.4, abrufbar unter <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2018/19/konsultation-2019.html> (Abruf vom 7. Juni 2021, 20 Uhr).

13 NZG 12/2021, S. 477, 480, li. Sp.

14 Vgl. hierzu die Ausführungen in den Glass Lewis Proxy Paper Guidelines 2021 (Germany), S. 6: „[...] we may consider relevant factors such as the size and location of the other companies [...] as well as attendance records [...]“.

Vergleichbarkeit inländischer Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft herangezogen werden können.

IV. Fazit

Die aktienrechtliche Regelung betreffend die zulässige Höchstzahl an Kontrollmandaten steht angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft und der gestiegenen Anforderungen an die Aufsichtsratsstätigkeit als nicht mehr zeitgemäß in der Kritik. Ein aktueller Vorschlag zur Reform des Aufsichtsratsrechts unterbreitet daher auch im Hinblick auf diese Norm einen Vorschlag zur Neuregelung. Eine entsprechend reformierte Vorschrift sollte dabei die Vergleichbarkeit der zu berücksichtigenden Kontrollmandate im Blick haben und entsprechende Abgrenzungskriterien beinhalten, respektive den Unternehmen und Mandatsträgern insoweit ausreichenden Einschätzungsspielraum zugestehen.