

BOARD - aktueller Jahrgang > 2022 > BOARD 4/2022 > Das Aufsichtsratsbüro > Lead Independent Director

Zeitschrift:	BOARD
Autoren:	Peter Henning/Peter Henneke
Beitragstyp:	Beitrag
Ausgabe:	4/2022

Lead Independent Director

Peter Henning



Prof. Dr. Peter Henning, Rechtsanwalt, Honorarprofessor der Goethe-Universität Frankfurt a.M., Mitglied des erweiterten Vorstands AdAR e.V.;

Peter Henneke



Dr. Peter Henneke, Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, Senior Vice President, Global Legal Function, Head of Corporate Governance

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats muss einer Reihe von Anforderungen genügen. Unter anderem empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex eine angemessene Anzahl unabhängiger Vertreter auf der Anteilseignerseite. Ebenso empfiehlt er die Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Aufsichtsrats. In diesem Kontext könnte die aus dem angloamerikanischen Rechtsraum bekannte Funktion eines sogenannten Lead Independent Director auch in Deutschland an Bedeutung gewinnen.

Inhalt

- I. Aufsichtsrat und Board of Directors
- II. Die Funktion des Lead Independent Director
- III. Kompatibilität mit dem deutschen Recht
- IV. Fazit

Keywords

Anteilseignerseite; Board of Directors; Lead Independent Director; Unabhängigkeit

I. Aufsichtsrat und Board of Directors

Das deutsche Aktienrecht sieht eine strikte Trennung des Geschäftsleitungsorgans vom Kontrollorgan vor, demzufolge eine gleichzeitige Zugehörigkeit zum Vorstand und zum Aufsichtsrat unzulässig ist.¹ Diese Inkompatibilitätsregelung bildet ein zentrales Element der Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft und die Grundlage des dualistischen Systems (auch sog. two-tier system). Dem gegenüber steht das aus dem angloamerikanischen Rechtsraum bekannte monistische System (auch sog. one-tier system), das keine institutionelle Trennung beider Funktionen kennt. Vielmehr werden Geschäftsleitung und Überwachung dort von ein und demselben Organ, dem sogenannten Board of Directors, wahrgenommen, dessen Mitglieder (*directors*) insgesamt die Leitungsentscheidungen des Unternehmens treffen. Dabei fallen die täglichen Geschäfte regelmäßig in den Verantwortungsbereich der leitenden Führungskräfte (*officers*), an deren Spitze der Chief Executive Officer (*CEO*) steht. Den ‚Executives‘ stehen wiederum diejenigen Mitglieder des Boards gegenüber, die typischerweise nicht mit dem operativen Geschäft befasst sind (sog. *non-executive members of the board*) und denen üblicherweise auch eine gewisse Aufsichts- oder Kontrollfunktion zukommt.

Neben der Position des CEO kommt auch dem Chair des Boards (gebräuchlich ist der Begriff des *Chairman*) eine besondere Funktion zu. Er führt im Board of Directors den Vorsitz und übernimmt regelmäßig repräsentative und im Hinblick auf das Organ leitende Aufgaben. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass sich die Funktionen eines CEO und eines Chairman in ein und derselben Person vereinen. Dies ist häufig der Fall, wenn es sich bei dem CEO um den Unternehmensgründer oder um einen Gesellschafter handelt, der in nicht unerheblichem Umfang Anteile an dem Unternehmen hält.

Die Gesamtkonstellation eines monistisch strukturierten Board of Directors, dessen geschäftsleitende und überwachende Funktionen nicht institutionell voneinander getrennt sind, führt dazu, dass das Kriterium der Unabhängigkeit der Board-Mitglieder eine stärkere Betonung erfährt, als dies in der deutschen Aktiengesellschaft und im deutschen Gesetz üblich ist. Während die strikte Funktionstrennung des dualistischen Systems, dessen Aufsichtsorgan von den Aktionären gewählt wird, schon konzeptionell einen gewissen Grad an Unabhängigkeit mit sich bringt und das Aktiengesetz in seiner aktuellen Fassung hierzu keine generellen, sondern allenfalls punktuelle Vorgaben² macht, erscheint dieses Kriterium im

1 § 105 Abs. 1 AktG; ferner § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG zum zweijährigen ‚Cooling off‘ bei börsennotierten Gesellschaften.

2 Siehe dazu Hemeling in Bürgers/Körper/Lieder, AktG, 5. Auflage, Anh. zu § 161 RN 20; ferner zur Neuregelung seit dem AReG 2016 Weiß in Semler/v. Schenck/Wilsing AR-HdB § 14 RN 92.

angloamerikanischen Rechtsraum quasi als Korrektiv und im Interesse der Gesellschafter angezeigt zu sein. Demzufolge sehen die Börsen-Regularien im US-Recht vielfach vor, dass das Board of Directors eines dort notierten Unternehmens über eine Mindestzahl an unabhängigen Mitgliedern verfügen muss. Entsprechend der Vorgaben der NYSE und der NASDAQ müssen sogar die Mehrzahl der Mitglieder des Board of Directors als ‚independent‘ eingestuft werden können.³ Welche Anforderungen jeweils erfüllt sein müssen, um ein Mitglied als unabhängig klassifizieren zu können, wird in den entsprechenden Regularien detailliert geregelt.

In besonderen Konstellationen kann es aus Sicht der Gesellschafter sinnvoll sein, dem Unabhängigkeitskriterium zusätzliches Gewicht zu verschaffen. Hierzu zählen mitunter Fälle der Personenidentität von CEO und Chairman oder wenn die Position des Chairman aus anderen Gründen als ‚non-independent‘ eingestuft werden muss. Wenngleich kein generelles gesetzliches Verbot besteht, den Vorsitz des Board of Directors mit einem nicht unabhängigen Mitglied zu besetzen, so wird doch oftmals -nicht zuletzt von professionellen Stimmrechtsberatern (sog. *proxy advisors*)⁴- eine unabhängige Besetzung diverser Schlüsselpositionen gefordert. Mit Blick auf den Chair eines Boards kann dies aus Sicht der Gesellschafter angezeigt sein, um den Bedenken zu begegnen, dass ein nicht unabhängiger Vorsitzender durch seine herausgehobene Funktion die unabhängigen Mitglieder des Organs dominieren oder in Nominierungs- oder Evaluierungsfragen steuernden Einfluss ausüben könnte. Wo eine unabhängige Besetzung dieser Position gleichwohl nicht möglich erscheint, besteht mitunter Anlass, diesen Bedenken anderweitig Rechnung zu tragen und durch geeignete Maßnahmen eine Balance zu schaffen. Beispielsweise fordern die Corporate Governance Principles for Banks des Basel Committee on Banking Supervision in derartig gelagerten Fällen die Benennung eines ‚lead board member‘.⁵ Auch über den Bankensektor hinaus implementieren einige Unternehmen in vergleichbaren Konstellationen die Funktion eines sogenannten Lead Independent Director.

II. Die Funktion des Lead Independent Director

Wenngleich die Position eines Lead Independent Directors⁶ auch im angloamerikanischen Rechtskreis nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, wird ihr doch unter Corporate Governance-Gesichtspunkten eine recht hohe Bedeutung beigemessen.⁷ Generell sieht man diese Funktion als Mittler zwischen Chair, dem Board und weiteren Interessengruppen (*stakeholder*), insbesondere natürlich den Anteilseignern des Unternehmens. Dem Lead Independent Director kommt dabei regelmäßig eine unterstützende Rolle hinsichtlich des Chairs, die Funktion der Kontaktperson für die - vor allem auch unabhängigen - Board-Mitglieder und des Sprachrohrs der Aktionäre zu. Er fungiert als Ansprechpartner hinsichtlich vordringlicher Themen und übernimmt die Rolle eines Mediators zur Bewältigung von Konflikten. Des Weiteren wird ihm eine bedeutende Rolle bei der Selbstbeurteilung des Boards sowie auch dann zugesprochen, wenn eine Nachbesetzung des Chairs ansteht, da sich ein nicht unabhängig positionierter Chairman gerade in diesen Konstellationen leicht dem Vorwurf eines Interessenkonflikts ausgesetzt sehen könnte.

Um den jeweiligen Anforderungen vollumfänglich gerecht werden zu können, muss der Lead Independent Director nicht nur das Kriterium der Unabhängigkeit erfüllen, sondern auch über umfangreiche fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten, über das unternehmens- und branchenrelevante Hintergrundwissen, über zwischenmenschliches Geschick, und über die Unterstützung durch die übrigen non-executive members verfügen.⁸ Diskutiert wird dabei im angloamerikanischen Rechtsraum auch die Frage, durch wen diese Position

3 Vgl. Sec. 303A01 (Independent Directors) des NYSE Listed Company Manual, abrufbar unter <https://nysequide.srorules.com/listed-company-manual>, und Listing Rule 5605(b) der Nasdaq, abrufbar unter <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/initialguide.pdf>.

4 Vgl. hierzu die Vorgaben des Stimmrechtsberaters ISS in Abschnitt „Independence“ (S. 8) unter <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/americas/US-Voting-Guidelines.pdf>.

5 Vgl. Tz. 62 der Corporate Governance Principles for Banks des Basel Committee on Banking Supervision; abrufbar unter: <https://www.bis.org/bcbst/publ/d328.pdf>.

6 Gelegentlich auch als ‚senior independent director‘ oder als ‚independent deputy chair‘ bezeichnet.

7 Vgl. das Harvard Law School Forum on Corporate Governance, das von einer „essential and indispensable role“ spricht; <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/11/25/the-role-of-the-lead-independent-director/>.

8 Vgl. zum Ganzen Harvard Law School Forum on Corporate Governance aaO (FN 7).

besetzt wird – eine Bestellung des Lead Independent Director durch den Chairman wird dabei jedenfalls kritisch betrachtet.

Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Position gibt auch die US-amerikanische Börsenaufsichtsbehörde SEC den Unternehmen beispielhafte Hilfestellung, indem sie über ihre Internetseite⁹ eine Muster-Satzung zur Verfügung stellt. Darin werden dem Lead Independent Director unter anderem die Berechtigungen zur Einberufung von Sitzungen, insbesondere mit den unabhängigen Mitgliedern des Boards, die Überwachung der Tagesordnungen sowie des Informationsflusses, empfehlende Kompetenzen bei der Besetzung des Nominierungsausschusses sowie des Corporate Governance Komitees, die Kommunikation mit den Anteilseignern des Unternehmens, sowie die Berechtigung zur Einbindung von Beratern zugesprochen.

Ein klares Augenmerk hat die Position natürlich aber auf den Aspekt der Unabhängigkeit, die ihr selbst als Grundvoraussetzung innewohnt. Weitergehend übernimmt sie eine leitende Rolle innerhalb der Gemeinschaft der unabhängigen Mitglieder des Board of Directors und formt sie damit in dieser Gesamtheit eine Art Gegengewicht zu einem besonders stark und gegebenenfalls in eigenen Angelegenheiten nicht unabhängig positionierten Chairman.

III. Kompatibilität mit dem deutschen Recht

Während die Funktion eines Lead Independent Directors im angloamerikanischen Raum geläufig ist, war sie im Bereich des in Deutschland gültigen dualistischen Systems bislang weitgehend unbekannt. Dies erklärt sich konzeptionell aus den unterschiedlichen Systemansätzen und insbesondere aus der im two-tier system angelegten institutionellen Trennung der Gesellschaftsorgane und ihrer Zuständigkeiten. Gleichwohl haben sich in jüngerer Zeit auch in Deutschland Unternehmen im Einklang mit internationaler Best Practice dazu entschieden, eine entsprechende Position auf Ebene ihres Aufsichtsrats einzuführen.¹⁰ Im Vorfeld waren entsprechende Positionen beispielsweise auch bereits in der Schweiz installiert worden.¹¹

Den in Deutschland bekannten Fällen ist dabei gemeinsam, dass der Hauptversammlung für den Vorsitz im Aufsichtsrat jeweils ein Kandidat zur Wahl vorgeschlagen worden war, dem zwar besonders gute Expertise zugesprochen wurde, der aber die Unabhängigkeitskriterien nicht in vollem Umfang erfüllte. In einem Fall war die gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG vorgesehene zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstandsmitglieder (*Cooling off*) noch nicht abgelaufen; in einem anderen Fall gehörte der vorgeschlagene Kandidat bereits länger als zwölf Jahre dem Aufsichtsrat an. Wenngleich eine Bestellung zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats in keinem dieser Fälle rechtlich unzulässig gewesen wäre, hatten sich die Überwachungsorgane der Unternehmen gleichwohl dazu entschieden, den Stakeholdern im Sinne guter Corporate Governance dadurch entgegenzukommen, dass sie spezielle unabhängige Mitglieder benannten und diese Lead Independent Directors neben dem Aufsichtsratsvorsitzenden als zusätzliche Ansprechpartner für bestimmte Themen agieren.

In Anlehnung an die aus dem angloamerikanischen Recht bewährte Figur wurde somit eine Balance hergestellt, indem ein nach allen Kriterien unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats die Interessen aller Aktionäre berücksichtigt.

Neben den genannten Fällen, wo die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden in Frage gestellt war, sind darüber hinaus weitere Fälle denkbar, hinsichtlich derer die Funktion eines Lead Independent Director helfen könnte. Dies ist vor allem bei möglichen Interessenkonflikten der Fall, wenn beispielsweise weitere Mandate eines Aufsichtsratsvorsitzenden die Gefahr bergen, die Herbeiführung bestimmter Entscheidungen zu beeinflussen. Auch ist die Durchführung einer Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats nicht per se frei von eigenen

9 https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1726711/000121390021033346/ea142958ex99-2_aditx.htm#:~:text=The%20Lead%20Independent%20Director%20coordinates,Executive%20Sessions.

10 Zu nennen wären hier die Siemens Energy AG und die Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, wobei das letztgenannte Unternehmen diese Position auch bereits in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats verankert hat.

11 Beispielsweise bei der Credit Suisse Group AG und bei der Swiss Re AG.

Interessen und Sichtweisen, weshalb auch diese in die Hände eines Lead Independent Director gelegt werden könnte. Ein weiteres Beispiel ist die Konstellation, in der der Vorsitzende des Aufsichtsrats auch den Vorsitz im Nominierungsausschuss führt und ein Wechsel im Aufsichtsratsvorsitz ansteht. Die unlängst im Hinblick auf die Deutsche Bank AG geführte Debatte zeigt, dass auch hier möglichen Bedenken dadurch begegnet werden kann, dass eine als besonders unabhängig qualifizierte und von Interessenkonflikten befreite Person diesbezüglich die Leitungsrolle übernimmt.¹²

Die beiden Unternehmen, die bereits einen Lead Independent Director implementiert haben, haben diesem vor dem Hintergrund fehlender Unabhängigkeit im Einzelfall ausdrücklich besondere Zuständigkeiten zugewiesen, so dass die Ausgestaltung dieser Funktion eine weitergehende Konkretisierung erfahren hat. Hierzu zählen die zusätzliche Mitgliedschaft im Nominierungs-, Prüfungs- und Corporate Governance-Ausschuss, der Vorsitz bei der Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats, die Behandlung von Angelegenheiten, die Umwelt-, Sozial- und Governance-Aspekte des Unternehmens betreffen, sowie die Entwicklung entsprechender Maßnahmen. Auch die Aufgabe als Ansprechpartner für Aktionäre und andere Interessengruppen, sowie die Rolle des Vermittlers im Fall von Meinungsverschiedenheiten mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats gehören dazu. Entsprechend der weitergehenden Regelungen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA¹³ ist der Lead Independent Director ferner berechtigt, Sitzungen des Aufsichtsrats einzuberufen, Punkte auf die Tagesordnung der Sitzungen zu setzen und als Gast an den Sitzungen der Ausschüsse teilzunehmen.

Damit findet auch im deutschen Rechtsraum keine nur rein theoretische Betrachtung des Lead Independent Director mehr statt. Vielmehr hat man den Mehrwert dieser Position im Hinblick auf eine gute Corporate Governance erkannt und es wurde bereits mit der konkreten Ausgestaltung dieser Position begonnen.

VI. Fazit

Während das angloamerikanische Recht im Gegensatz zum dualistischen System in Deutschland keine institutionelle Trennung des Geschäftsleitungs- vom Kontrollorgan kennt, hat man dort anderweitige Mechanismen entwickelt, um mögliche Ungleichgewichte in der Machtbalance und eine fehlende Unabhängigkeit der Leitungsperson auszugleichen. Eine wichtige Rolle spielt dabei der Lead Independent Director. Die Vorzüge dieser Funktion wurden in jüngerer Zeit auch im Geltungsbereich des deutschen Rechts erkannt und bereits vereinzelt zur Verbesserung der Corporate Governance eingesetzt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Position des Lead Independent Director in der Zukunft eine noch weitere Verbreitung erfährt, als die bisherige Anwendung auf Fälle der fehlenden Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsvorsitzenden. Insbesondere im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte kann der Lead Independent Director eine Lösung sein.

12 Hierzu schon die AdAR-Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Kodexänderungen vom 21.1.2022 in BOARD 2/2022, S. 58, Tz. 3.

13 Abrufbar unter: <https://www.freseniusmedicalcare.com/de/ueber-uns/aufsichtsrat>.