
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

A. Das Wichtigste in Kürze

Die Konzentration und Entschlackung des Kodex, Verbesserung der Lesbarkeit und Verzicht auf die Wiedergabe kleinteiliger gesetzlicher Regelungen, die für das Verständnis des deutschen Corporate Governance Systems nicht erforderlich sind, sind grundsätzlich zu unterstützen. Allerdings wirft der Entwurf eines geänderten Corporate Governance Kodex auch viele Fragen und Unklarheiten auf, schränkt an verschiedenen Stellen die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaften ein, ohne die Interessen der Unternehmen einzubeziehen und ohne das Bestehen entsprechender Standards guter Unternehmensführung darzulegen. Die Einführung der „Grundsätze“ in Verbindung mit A. 19 und der Begründung führt dazu, dass über die Anwendung wesentlicher gesetzlicher Vorgaben berichtet werden soll, bisherige Empfehlungen als Vorgabe und Anregungen wie Empfehlungen behandelt werden. Dies widerspricht der bisherigen bewährten Systematik und dem „comply or explain“-Prinzip und sollte revidiert werden. Im Ergebnis würden ansonsten umfangreiche Berichte erwartet. Zudem geben einige Grundsätze die gesetzlichen Vorgaben verkürzt und damit ungenau wieder und/oder gehen über die gesetzlichen Vorgaben hinaus.

Unsere interne Diskussion ist noch nicht abgeschlossen. Aus aktueller Sicht bitten wir insbesondere nachfolgend angeführte Aspekte nochmals kritisch in die Beratungen der Regierungskommission einzubeziehen und entsprechende Änderungen am Entwurf vorzunehmen.

B. Allgemeine Anmerkungen

Grundsätzlich ist aus Sicht der Gesellschaften eine ausführliche Diskussion der Vorschläge zur Änderung des Kodex oder auch zu einem insgesamt geänderten Kodex, wie derzeit vorliegend, von großer Bedeutung. Bei der kritischen Wertung des Entwurfs ist zu berücksichtigen, dass eine Entsprechenserklärung, die Abweichungen vom Kodex enthält, grundsätzlich einen Verstoß gegen die Empfehlungen der Regierungskommission bzw. gegen die von ihr gewerteten Standards guter Unternehmensführung darlegt. In diesem Zusammenhang wird teilweise die über § 161 AktG erzielte „gesetzesähnliche“ Wirkung des Kodex und damit Zweifel

an der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit vorgetragen. Dass eine gut begründete Abweichung von einer Empfehlung im Interesse guter Unternehmensführung liegen kann, wird von manchen Adressaten nicht immer wahrgenommen. Gesellschaften berichten auch, dass die Entsprechenserklärung für verschiedene operative Geschäfte von grundlegender Bedeutung ist und dabei oftmals die volle Entsprechung mit den Anforderungen des Kodex erwartet wird. Folglich sollte es sich bei den Empfehlungen grundsätzlich um sorgsam ausgewählte, bewährte Standards guter Unternehmensführung handeln. Bei Zweifeln hieran sollte der Kodex die Form der Anregung wählen.

Ein deutscher Corporate Governance Kodex sollte neben den von der Regierungskommission erwähnten Zielen und dem Festhalten am System des „comply or explain“ grundsätzlich eine hohe Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeit der Gesellschaften berücksichtigen. Zu vermeiden sind unnötige Belastungen der Gesellschaften, Empfehlungen, die auf unsicheres rechtliches Terrain führen sowie unbestimmte Rechtsbegriffe, die die Rechtsunsicherheit erhöhen. Rechtsunsicherheit ist auch mit den Folgen einer fehlerhaften Entsprechenserklärung in Bezug auf Wahlbeschlüsse verbunden – dies ist jedoch an den Gesetzgeber zu richten.

Von Bedeutung ist jedoch auch, dass die Politik den Empfehlungen des Kodex ausreichend Zeit gibt, um Wirkung zu entfalten. Vorschnelle gesetzliche Aktivitäten entwerten den Kodex.

An einigen Stellen wird im Entwurf Bezug auf Regelungen genommen, die derzeit im Rahmen des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie diskutiert werden. Diese Bezugnahmen sind teilweise verkürzt und im Ergebnis unzutreffend und müssten überarbeitet werden. Es wird zudem grundsätzlich davon ausgegangen, dass etwaige Veränderungen im Gesetzgebungsverfahren bei der Umsetzung der geänderten Aktionärsrechterichtlinie noch im Kodex berücksichtigt werden.

C. Anmerkungen zu einzelnen Grundsätzen, Empfehlungen, Anregungen

1. Zur Präambel, Absatz 3 und 4

Grundsätzlich erscheint es zielführend, mit der Kategorie „Grundsätze“ wesentliche rechtliche Vorgaben entsprechend zu bezeichnen. Allerdings sollen die Grundsätze daneben auch elementare Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung enthalten, vgl. Präambel, Absatz 4.

Eine Einordnung von „elementaren Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“ als „Grundsätze“ und eine einheitliche Kategorie mit „wesentlichen rechtlichen Vorgaben“ würde den Eindruck vermitteln, diese Standards seien verpflichtend. Solche Standards sollten jedoch gerade als Empfehlung bezeichnet werden, welche die Gesellschaften aufnehmen können, aber nicht müssen. So sollte z. B. Grundsatz 8 differenzieren zwischen der rechtlichen Vorgabe im 2. Halbsatz und Halbsatz 1 in Form einer Empfehlung fassen. Dieses Verständnis zeigt auch die Begründung des Kodexentwurfs, wenn sie auf Seite 39 (C.I.(2)) feststellt, dass „es Aufgabe des Kodex [ist], „international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“ als Empfehlungen und Anregungen darzustellen...“. Ebenso ist § 161 AktG zu verstehen, der vorsieht, in die entsprechende Erklärung aufzunehmen, dass den Empfehlungen des Kodex

entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht.

Angemerkt sei auch, dass einige der Grundsätze sich auf Themen beziehen, die in der Satzung oder Geschäftsordnung für Vorstand und/oder Aufsichtsrat enthalten sind. Der Erkenntnisgewinn durch Verweis auf das entsprechende Dokument in der Erklärung ist beschränkt. Zu ergänzen ist, dass die Veröffentlichung der Geschäftsordnungen im Internet von einigen Gesellschaften sehr kritisch gesehen und abgelehnt wird.

Im Ergebnis sollten die „Grundsätze“ ausschließlich wesentliche rechtliche Vorgaben umfassen. Dies würde das Ziel der Kodexänderung, u. a. ein klarer, kompakter Kodex, unterstreichen. Die Definition der Grundsätze in der Präambel sowie die Grundsätze im Kodexentwurf sollten entsprechend überarbeitet werden und nur wesentliche rechtliche Vorgaben enthalten.

Die Vermischung von gesetzlichen Elementen mit Empfehlungen in der Kategorie „Grundsätze“ führt auch bei dem Bericht zu Friktionen bzw. zu Fehlinterpretationen durch Dritte, vgl. unten zu A.19, und sollte vermieden werden.

2. Zu A. Leitung und Überwachung

Zu Grundsatz 8 Diversität

Der Grundsatz geht über die gesetzlichen Vorgaben hinaus. So sollte z. B. Grundsatz 8 differenzieren zwischen der rechtlichen Vorgabe im 2. Halbsatz und Halbsatz 1 in Form einer Empfehlung fassen. Im Hinblick auf eine etwaige Empfehlung zu Halbsatz 1 ist zudem anzumerken, dass der Begriff „Diversität“ offenlässt, was der Kodexgeber unter „Diversität“ versteht. Insofern wird teilweise angeregt, dies zu konkretisieren.

Zu Grundsatz 11 Zustimmung zu wesentlichen Geschäften

Der Grundsatz gibt stark verkürzt und damit nicht vollständig die geplanten §§ 111aff. und § 107 Abs. 3 AktG-E wieder. Die im Entwurf der §§ 111aff. AktG-E enthaltenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich, Schwellenwerte etc. werden nicht erwähnt. Im Ergebnis müsste entsprechend Grundsatz 11 für alle Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt werden, obwohl der Gesetzgeber aus guten Gründen Ausnahmen bzw. Einschränkungen plant. Dieser Widerspruch zu den geplanten Regelungen sollte beseitigt werden. Insbesondere auch im Hinblick auf die vorgesehene Berichtspflicht nach A.19 sollte von dem pauschalierten Grundsatz Abstand genommen werden.

Zu A.13 Empfehlung zur regelmäßigen Tagung ohne den Vorstand

Die Empfehlung kann zum Konflikt des Aufsichtsrats zwischen Einhaltung der Entsprechenserklärung und seinen gesetzlichen Pflichten führen. Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Geschäftsführung zu überwachen. Dabei hat der Aufsichtsrat auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 AktG. Diese Informationen erhält der Aufsichtsrat maßgeblich vom Vorstand. Eine Empfehlung zur regel-

mäßigen Tagung ohne den Vorstand steht im Widerspruch zu den gesetzlichen Anforderungen und sollte nochmals überprüft werden. Hilfsweise sollte klargestellt werden, dass unter regelmäßiger Tagung auch Vorbesprechungen oder Teile der Tagung des Aufsichtsrats verstanden werden.

Zu A.15 Empfehlung Beurteilung Aufsichtsrat

Die bisherige Empfehlung in 5.6., regelmäßig die Effizienz der Tätigkeit des Aufsichtsrats zu prüfen, soll nun auf die Wirksamkeit seiner Tätigkeit insgesamt sowie im Hinblick auf seine Ausschüsse bezogen werden. Zudem wird empfohlen, im Abstand von höchstens drei Jahren die Selbstbeurteilung extern zu unterstützen. Diese Empfehlung wirft verschiedene Fragen auf.

Einerseits ist aus unserer Sicht offen, ob die externe Unterstützung der Überprüfung zu einem Mehrwert führt und damit auch fraglich, ob dies bereits zu einer Empfehlung als gute Corporate Governance für eine externe Evaluierung führen sollte. Zu zusätzlichen, nicht unerheblichen Kosten würde die Empfehlung jedoch zweifelsfrei führen, ohne, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis dargelegt und in die Überlegungen einbezogen wurde. Andererseits ist auch der empfohlene Abstand von höchstens drei Jahren für die externe Beurteilung zu hinterfragen. So wird beispielsweise eine externe Evaluierung im ersten Jahr nach der Aufsichtsratswahl oder kurz vor der Neuwahl geringen Mehrwert haben. Auch die Größe des Aufsichtsrats, die durchaus Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Aufgabenerfüllung haben kann, wird nicht berücksichtigt.

Im Ergebnis sollte sowohl das Hinzuziehen externer Unterstützung bei der Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats wie auch der Zeitpunkt einer solchen Evaluierung im Ermessen der Gesellschaften liegen.

Sollte trotzdem an einer Empfehlung für eine externe Beurteilung festgehalten werden, so sollte der Zeitpunkt und ggf. Abstand zwischen den externen Beurteilungen im Ermessen der Gesellschaften stehen, um genannten Fallgestaltungen zu entsprechen. Hilfsweise sollte zumindest der zeitliche Abstand zwischen den externen Beurteilungen verlängert werden.

Zu Grundsatz 17 Berichterstattung

Grundsätzlich sollten doppelte Berichtspflichten vermieden werden. Unklar ist aus unserer Sicht zunächst, ob die in Grundsatz 17 enthaltene Ausweitung der Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f HGB vom Deutschen Corporate Governance Kodex vorgenommen werden kann.

Die Bündelung der Berichterstattung bzw. die von Grundsatz 17 vorgesehene (verbindliche) Einbindung in die Erklärung zur Unternehmensführung stößt jedoch bei vielen Gesellschaften auf Ablehnung. Die Gesellschaften sollten die Möglichkeit haben, die Corporate Governance Erklärung auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen oder in ihren Geschäftsbericht einzubinden. Eine Verbindung zur Erklärung zur Unternehmensführung könnte entweder dadurch hergestellt werden, dass die Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f Abs. 1 Satz 2 HGB auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich gemacht wird und dort mit dem Corporate Governance Bericht verbunden wird. Alternativ könnte auch der Geschäftsbericht der

Gesellschaft, der Corporate Governance Elemente enthält, auf die Internetseite aufgenommen werden und die gewünschte Verbindung zur dort öffentlich zugänglich gemachten Erklärung zur Unternehmensführung herstellen. Diese Gestaltungsmöglichkeiten sollten erhalten bleiben.

Zu A.19 Empfehlung „apply and explain“

Über die Anwendung der Grundsätze im weiteren Sinne sollen die Gesellschaften nach Empfehlung A.19 berichten. Wie oben zur Präambel ausgeführt, sollten die Grundsätze ausschließlich wesentliche rechtliche Vorgaben umfassen. Der neue „apply and explain“-Ansatz kann nicht aus § 161 AktG abgeleitet werden.

Zu prüfen ist, ob die von A.19 vorgesehene gemeinsame Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat im Widerspruch zur gesetzlichen Systematik von § 289f HGB steht. Die Erklärung zur Unternehmensführung ist als gesonderter Abschnitt des Lageberichts vom Vorstand aufzustellen und vom Aufsichtsrat nach § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG zu prüfen. Angaben gemäß § 289f Abs. 2 Nr. 2 und 3 HGB bzw. zu Empfehlungen sollen je nach Zuständigkeit von dem jeweiligen Organ erklärt werden.

Würde an dem Verständnis von Grundsätzen in Form von wesentlichen rechtlichen Vorgaben sowie elementaren Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung, vgl. oben, festgehalten, so würden letztere durch das „apply and explain“-Prinzip verbindlich werden. Damit würden über die Erklärung nach § 161 AktG mittelbar die gesetzlichen Vorgaben modifiziert werden, vgl. auch oben Anmerkung zur verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit. Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung sollten ausschließlich in Form von Empfehlungen aufgenommen werden.

Über die Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben sollte nicht berichtet werden müssen, ein Informationsmehrwert für die Adressaten des Kodex bzw. der Berichte darüber dürfte zu vernachlässigen sein. Die neue Kategorie „apply and explain“ würde auch dem erklärten Ziel der Kodexänderung, Klarheit und Konzentration zu schaffen, widersprechen, da ansonsten Erläuterungen zur Anwendung von verbindlichen Regelungen vorgenommen werden müssten.

Nach der Empfehlung soll erläutert werden, auf welche Weise die Grundsätze angewendet werden. Diese Erläuterung dürfte in vielen Fällen schwer umsetzbar sein, so z. B. die Ausführungen wie die Verpflichtung von Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern auf das Unternehmensinteresse in Grundsatz 19 Satz 2 angewendet wird. Der Mehrwert einer solchen Erläuterung wird bezweifelt.

Die Begründung der Kodex-Kommission zu A.19 erwähnt zudem, dass die Erläuterung, auf welcher Weise die Grundsätze angewendet werden, sich auch auf die die jeweiligen Grundsätze betreffenden Empfehlungen und Anregungen bezieht. Damit würden Empfehlungen und Anregungen sowohl dem „apply and explain“ sowie die Empfehlungen dem „comply or explain“-Ansatz nach § 161 AktG unterliegen. Dies steht wiederum im Widerspruch zu den in der Präambel enthaltenen Erläuterungen zu Inhalt und Bedeutung von Grundsätzen, Empfehlungen und Anregungen. Von Letzteren soll „ohne Offenlegung abgewichen werden“ können, Präambel Absatz 4 Satz 7. Bei Empfehlungen ist (nur) zu begründen, wenn von ihnen abgewichen wird, Präambel Absatz 4 Satz 4. Eine „umfassende“ Berichtspflicht über das „wie“, wie von A.19

vorgesehen, dürfte im Übrigen auch nicht von dem Umfang der Erklärung nach § 161 AktG gedeckt sein.

Soll an der Empfehlung A.19 festgehalten werden, sollte sich diese entsprechend § 161 AktG darauf beziehen, zu erklären, welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht. Als weitere Empfehlung könnte eingefügt werden, dass Gesellschaften ihre wesentlichen Corporate Governance Grundsätze darlegen, die im Übrigen auch von § 289f Abs. 2 Nr. 2 HGB erfasst sein dürften.

Zudem müssten in der Präambel in Absatz 4 Satz 1 der Begriff der Grundsätze eingeschränkt und Satz 2 gestrichen werden, sowie alle Grundsätze im Entwurf entsprechend überarbeitet werden.

Zu A.23 Empfehlung zur regelmäßigen Beurteilung der Abschlussprüfung

Unklar ist zunächst, was unter „Wirksamkeit der Abschlussprüfung“ zu verstehen, bzw. nach welchen Kriterien diese zu prüfen ist. Ein Erkenntnisgewinn für diese zu zusätzlichem Aufwand führende Empfehlung scheint aus aktueller Sicht trotz des Verweises auf den UK Code nicht gegeben zu sein. Die bereits umfangreichen Pflichten des Aufsichtsrates und seines Prüfungsausschusses im Hinblick auf die Beauftragung des Abschlussprüfers und den Austausch mit diesem scheinen ausreichend. Von der Empfehlung A.23 sollte mangels Erkenntnisgewinn abgesehen werden.

3. Zu B. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Zu B.1 Empfehlung zur Dauer der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseignerseite

Der Kodex-Entwurf empfiehlt die Bestellung der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat auf nicht mehr als drei Jahre zu beschränken. In der Begründung erwähnt die Regierungskommission internationale Entwicklungen und höhere Flexibilität, um insbesondere ein sich entwickelndes Kompetenzprofil besser erfüllen und Veränderungen der Eigentümerstruktur berücksichtigen zu können. Fraglich ist zunächst, ob die bestehenden Erfahrungen ausreichen, um eine entsprechende Empfehlung zu rechtfertigen. Viele institutionelle Investoren scheinen in ihren Abstimmungsrichtlinien eine solche Verkürzung nicht zu fordern. Nicht erwähnt werden in der Begründung die Diskussionen und Entwicklungen, insbesondere auf europäischer Ebene, die sich eher auf langfristige Perspektiven ausrichten, dies auch mit dem Begriff der „Nachhaltigkeit“ verbinden. Dieser Perspektive würde eine Empfehlung, Mandate auf drei Jahre zu beschränken, entgegenstehen. Auch das Argument der Kontinuität im Aufsichtsrat, das für die Gesellschaft einen Mehrwert entfalten kann, wird in die Erläuterungen zu B.1 nicht einbezogen. Wird jedoch eine Empfehlung mit einer deutlichen Einschränkung der Gestaltungsoptionen der Gesellschaften im Vergleich zu den gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegt, so darf erwartet werden, dass die Kommission sich intensiv auch mit den ggf. entgegenstehenden Argumenten auseinandersetzt.

Eine Verkürzung der Bestelldauer würde zudem die Anzahl an Wahlen erhöhen und damit den Zeitaufwand u. a. auch für die Nachfolgeplanung und damit verbundene Kosten. Insbesondere bei komplexen Unternehmenstätigkeiten und -strukturen dürfte die Gesellschaft von längeren Aufsichtsratsmandaten profitieren.

Zeichnet sich in einer Gesellschaft ein Bedarf für die von der Begründung angeführte nötige Flexibilität ab, so besteht die Möglichkeit, die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite kürzer festzulegen. Im Ergebnis scheinen jedoch die Erfahrungen und Entwicklungen derzeit nicht für eine Empfehlung, wie von B.1 umfasst, zu sprechen. Wir bitten von der Empfehlung B.1 abzusehen.

Die differenzierte Behandlung von Anteilseignerseite und der auf der Grundlage des Mitbestimmungsgesetzes gewählten Arbeitnehmervertreter wird teilweise im Hinblick auf ihre Rechtfertigung ebenfalls hinterfragt.

Zu B.2 Empfehlung für Ziele des Aufsichtsrats sowie für seine Zusammensetzung

Der Ort der Veröffentlichung des Stands der Umsetzung sollte nicht auf die Erklärung zur Unternehmensführung festgelegt werden, vgl. bitte auch Anmerkungen zu Grundsatz 17.

Zu B.3 Empfehlung zur Festlegung einer Altersgrenze

Bei früheren Überarbeitungen des Kodex haben wir bereits vorgetragen, dass diese Empfehlung teilweise als diskriminierendes Kriterium wahrgenommen wird, das die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder und im Ergebnis auch den Rückgriff auf entsprechend wertvolle Erfahrungen dieser Aufsichtsratsmitglieder einschränkt.

Zu B.5/B.6 Empfehlungen zur Begrenzung der Aufsichtsratsmandate

Die Formulierungen der Empfehlungen werfen verschiedene Fragen auf. Die in B.5 und B.6 enthaltenen Empfehlungen schränken die über § 100 Abs. 2 AktG vorgesehenen Regelungen unnötig ein und führen aus Sicht vieler Gesellschaften zu einer Schwächung des möglichen Kompetenzprofils des Aufsichtsrates.

Nicht angemessen scheint es, dass jedes Mitglied eines geschäftsführenden Organs – unabhängig von einer Börsennotierung – in der in B.6 empfohlenen Anzahl an Aufsichtsratsmandaten beschränkt werden soll. Die Empfehlung will entsprechend ihrer Begründung sicherstellen, dass die Aufsichtsratsmitglieder den zu erwartenden Zeitaufwand für das Amt erbringen können. Hierbei muss jedoch zwischen einem Vorstandsmandat in einer börsennotierten Gesellschaft und der Geschäftsführung eines sonstigen Unternehmens differenziert werden. Auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs in B.6 sollte verzichtet werden und – wie bisher – auf den Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft zurückgegriffen werden.

Es sollte klargestellt werden, dass der Aufsichtsratsvorsitz in „konzernfremden“ Gesellschaften nicht wahrgenommen werden soll, so dass ein Vorstandsmitglied den Vorsitz des Aufsichtsrates einer konzernangehörigen Tochtergesellschaft auch weiterhin übernehmen kann.

Zu diskutieren ist, ob die Empfehlung, dass ein Mitglied des Vorstands keinen Aufsichtsratsvorsitz wahrnehmen soll, erforderlich ist. Zum einen ist unklar, ob die Empfehlung einen konzernexternen oder einen konzernexternen sowie konzerninternen Aufsichtsratsvorsitz in Bezug nimmt. Zum anderen ist fraglich, ob die Empfehlung angemessen ist. Unklar ist zudem die in D.17 erwähnte Empfehlung und ihr Verhältnis zu B.6.

Als problematisch wird auch der Begriff „vergleichbare Funktionen“ in B.5 und B.6 eingeschätzt, da dieser mangels Definition zu Rechtsunsicherheit führen kann. Vorgeschlagen wird stattdessen auf den Begriff „andere Kontrollgremien im Sinne des § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG“ zurückzugreifen, der in § 285 Nr. 10 HGB bereits verwendet wird. Der Begriff „vergleichbare Funktionen“ könnte ansonsten wohl auch Beiräte und ähnliche Gremien erfassen und im Ergebnis für diese Gremien die Auswahl qualifizierter Beiratsmitglieder einschränken.

Angemerkt wird zudem, dass die Hauptversammlung grundsätzlich nicht an die Vorschläge des Aufsichtsrates gebunden ist, § 101 Abs. 1 Satz 2 AktG. Der Aufsichtsrat könnte die Einhaltung der Entsprechenserklärung in Bezug auf B.5 und B.6 nicht sicherstellen. Vorsichtig agierende Aufsichtsräte könnten sich daher gezwungen sehen, eine Abweichung zu erklären. Der Aufsichtsrat könnte nur die Einhaltung der Empfehlung in Bezug auf seine Wahlvorschläge erklären.

Zu B.7 Empfehlung für angemessene Zahl unabhängiger Mitglieder des Aufsichtsrats auf Anteilseignerseite

Die Besetzung des Aufsichtsrats soll eine Überwachung und Beratung des Vorstands im besten Interesse der Gesellschaft gewährleisten. Dabei sind persönliche Qualifikation und Erfahrungen der Mitglieder von entscheidender Bedeutung.

Da einige Abstimmungsrichtlinien von Investoren sich auch der Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter widmen, wäre eine Klarstellung, dass die Unabhängigkeit nicht aufgrund der bloßen Eigenschaft als Arbeitnehmervertreter in Frage gestellt wird, von praktischer Bedeutung.

Zu B.8 Empfehlung zur Einschätzung der Unabhängigkeit seiner Mitglieder durch den Aufsichtsrat

Fraglich ist, was in der Empfehlung B.8 unter „wesentlicher geschäftlicher Beziehung mit der Gesellschaft“ verstanden wird. Die Empfehlung sollte dies dem Ermessen des Aufsichtsrats übertragen.

Festzuhalten ist zunächst, dass die in der Empfehlung genannten Kriterien laut Begründung geeignet sein sollen, die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern zu verneinen, die Unabhängigkeit aber nicht zwingend ausschließen. Allerdings liegt den genannten Kriterien die grundsätzliche Annahme zugrunde, dass sie die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern ausschließen können. Diese Annahme wird bei einem seit mehreren Amtsperioden aktiven Aufsichtsrat teilweise als unangemessen wahrgenommen.

4. Zu C. Besetzung des Vorstands

Zu Grundsatz 22 Struktur, Besetzung und Diversität des Vorstands

Die verkürzte Ableitung gesetzlicher Regelungen führt dazu, dass Grundsatz 22 z. B. § 77 Abs. 2 AktG einschränkt, soweit der Vorstand sich eine Geschäftsordnung geben kann. Dies ist aus Sicht vieler Gesellschaften abzulehnen.

Die o. g. Anmerkungen zu Grundsatz 8 im Hinblick auf die Diversität gelten entsprechend. Grundsatz 22 enthält darüber hinaus noch den Verweis auf die „gebotene Diversität“, deren Bedeutung kritisch zu hinterfragen ist.

Zu C.2 Empfehlung zur Dauer der Erstbestellung des Vorstands

Die Empfehlung, die Erstbestellung von Vorstandsmitgliedern auf drei Jahre zu begrenzen wird teilweise kritisch hinterfragt, vgl. Anmerkung zu B.1.

5. Zu D. Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat

Der weitgehend neu gefasste Abschnitt D scheint sehr detailliert, führt neue Begrifflichkeiten ein, engt die Vergütungsgestaltung der Gesellschaften nach § 87 AktG stark ein und wirft verschiedene Fragen auf. Dies ist auch vor dem Hintergrund der Umsetzung der geänderten Aktionärsrechterichtlinie zu sehen, die zu größeren Veränderungen bei der Vergütungsgestaltung und Offenlegung führen wird. Es wird davon ausgegangen, dass etwaige Veränderungen im Gesetzgebungsverfahren bei der Umsetzung der geänderten Aktionärsrechterichtlinie noch im Kodex berücksichtigt werden.

Neue Begriffe wie „Ziel-Gesamtvergütung“ und „Aufwand-Höchstbeiträge“ werden die Komplexität der Vergütungspolitik noch erhöhen und damit das Ziel in Grundsatz 23, ein allgemein verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder festzulegen, schwerlich erreichen können.

Zu Grundsatz 23 Vergütungssystem und Billigung

Grundsatz 23 weicht von der gesetzlichen Regelung ab und würde zu entsprechender Rechtsunsicherheit und Friktionen führen. Zunächst ist unklar, warum Grundsatz 23 von den Begrifflichkeiten des § 120a AktG-E – derzeit in Form des Referentenentwurfs – abweicht. § 120a AktG-E spricht von „Vergütungspolitik“, der Grundsatz spricht von „Vergütungssystem“. Auch die Verwendung von „vorgeschlagenem“ Vergütungssystem statt „vorgelegtem“ Vergütungssystem, wie in § 120a AktG-E formuliert, irritiert. Zudem beschließt die Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 Satz 1 AktG-E über die Billigung der Vergütungspolitik – die Formulierung im Grundsatz 23 spricht dagegen von einem Beschluss mit empfehlendem Charakter, den der Gesetzentwurf nicht vorsieht. Auch ist der Beschluss über die Billigung der Vergütungspolitik bei wesentlicher Änderung der Vergütungspolitik, mindestens jedoch alle vier Jahre zu fassen, vgl. § 120a Abs. 1 Satz 1 AktG-E – der Grundsatz erwähnt diese Einschränkung nicht. Grundsatz 23 sollte an die gesetzlichen Vorgaben angepasst werden.

Unklar ist auch der in der Begründung (Seite 51) erwähnte unbestimmte Begriff der „gesellschaftlichen Akzeptanz“.

Zu D.2 Empfehlung zur Ausweisung von Aufwands-Höchstbeträgen

Unklar ist, wie die Ermittlung der jährlichen Aufwands-Höchstbeträge bei Gewährung langfristig variabler Vergütung in Aktien erfolgen soll.

Zu D.3 Empfehlung zur Handhabung der Altersversorgungsleistungen

Die Empfehlung, die den Dienstzeitaufwand oder Beiträge zur Altersversorgung der Kategorie der Festvergütung zuzurechnen, verfälscht das Ergebnis.

Zu D.4 Empfehlung zum Verhältnis Festvergütung und variable Vergütungselemente

Unterschiedliche Anforderungen an die Aufgaben der Vorstandsmitglieder sollen durch das Verhältnis von Festvergütung und variablen Vergütungselementen berücksichtigt werden. Offen ist, ob die als Regelfall vorgesehene gemeinschaftliche Geschäftsführung nach § 77 AktG und die abgeleitete Gesamtverantwortung, die sich im Übrigen auch in Grundsatz 1 Satz 2 findet, solchen Differenzierungen entspricht. Unklar ist zudem, warum eine einfache Differenzierung in der Höhe der Vergütungen per se ausgeschlossen wird. Auch in diesem Fall erhöht der Kodex die Komplexität der Vergütung ohne ersichtlichen Grund und sollte überarbeitet werden.

Zu D.5 Empfehlung zu Gewährungsbeträgen

Die Empfehlung nimmt Bezug auf die jeweils vorher festgelegten Ziele. Ist für die Gesellschaft von Bedeutung, keine Abweichungen von den Empfehlungen des Kodex erklären zu müssen, schränkt diese Empfehlung die Möglichkeiten des Aufsichtsrats auf Ereignisse angemessen einzugehen, die sich nach der Zielfestlegung ergeben haben, ohne weitere Begründung unnötig ein.

Zu D.7 Empfehlung für langfristige variable Vergütung in Aktien mit Haltefrist

Die Verengung der Gestaltung der langfristig variablen Vergütung in Satz 2 auf Aktien der Gesellschaft, die mindestens vier Jahre lang nicht veräußert werden können, ignoriert andere Vergütungsinstrumente, die die angestrebte Wirkung ebenso erreichen können, wie z. B. phantom stocks. Anforderungen und Besonderheiten verschiedener Branchen und der konkreten Gesellschaft kann der Aufsichtsrat nur berücksichtigen, wenn er von der Empfehlung D.7 Abstand nimmt. Diese Verengung scheint, auch im Hinblick auf die vom Gesetzgeber bei Einführung von § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG in Betracht gezogenen zahlreichen denkbaren Vertragsgestaltungen (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433, Seite 10), nicht nachvollziehbar.

Die Empfehlung scheint die so oft in der Begründung zitierten Anforderungen von Investoren, die bei der Langfristvergütung wohl zusätzliche Parameter einbeziehen, auszublenden. Insofern ist fraglich, ob es sich bei der Empfehlung in D.7 Satz 2 um einen bewährten Standard handelt.

Zu hinterfragen ist auch, ob die langfristig variable Vergütung bereits nach dem ersten Jahr in Aktien mit Haltefrist zielführend ist. Kurzfristige Ziele und eine Bemessung des Erfolgs (allein) am künftigen Aktienkurs, der von vielen Faktoren beeinflusst werden kann, müssen nicht korrelieren.

Teilweise wird angemerkt, dass die Dispositionsbefugnis der Vorstände betreffend die langfristige variable Vergütung durch Aktien mit Haltefrist unnötig eingeschränkt und in der Folge auch die Attraktivität des Standorts Deutschland beeinträchtigen wird.

Des Weiteren werden teilweise Schwierigkeiten bei gleichzeitiger Umsetzung der Empfehlung D.12 gesehen und es wird gebeten, Konflikte durch D.7 im Hinblick auf kapitalmarktrechtliche Vorgaben, wie z. B. die Marktmissbrauchsverordnung, zu prüfen. Ist die Haltefrist der Aktien abgelaufen, so ist der etwaige Verkauf der Aktien ggf. im Hinblick auf etwaige Insiderinformationen eingeschränkt. Auch dies schränkt die Dispositionsbefugnis der Vorstände ein.

Zu D.8 Empfehlung für Peer Group-Vergleich

Teilweise werden Zweifel geäußert, ob das Ziel der Empfehlung erreicht werden kann. Die Empfehlung lässt offen, wie die geeignete Vergleichsgruppe zu bilden ist. Für einzelne Gesellschaften scheint es derzeit schwierig, eine solche zu ermitteln. Auch sollte klargestellt werden, dass eine Peer Group (nur) für den gesamten Vorstand festzulegen ist.

Zu D.13 Empfehlung zur Beendigung eines Vorstandsvertrags

Die Empfehlung berücksichtigt nicht, dass die Beendigung eines Vorstandsmandats eine Einzelfallentscheidung des Aufsichtsrats ist und dieser grundsätzlich die Möglichkeit haben sollte, die vertraglichen Beziehungen kurzfristig zu beenden.

Es wird teilweise auch kritisch hinterfragt, ob in manchen Fällen der Beendigung eines Vorstandsvertrags die Teilhabe an Entwicklungen des Unternehmens nach Beendigung des Vertrags angemessen ist.

Zu D.14 Empfehlung für Zahlungen bei vorzeitiger Beendigung

Die Verrechnung der Zahlung für ein vereinbartes Wettbewerbsverbot mit der Abfindung, auf die im Zweifel ein rechtlicher Anspruch besteht, lässt sich nicht einseitig durch den Aufsichtsrat durchsetzen. Folglich sollte Satz 3 der Empfehlung erneut überprüft und im Zweifel davon abgesehen werden.

Zu D.15 Anregung keine Zusagen für Leistungen aus Anlass vorzeitiger Beendigung infolge Kontrollwechsels vorzunehmen

Erneut diskutiert werden sollte das Unternehmensinteresse in den der Anregung zugrundeliegenden Sachverhalten. Maßgeblich sollte sein, dass im Unternehmensinteresse gehandelt wird. Dem muss eine Zusage für Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels nicht entgegenstehen. Die Anregung sollte nochmals kritisch auf ihre Praxiskonformität geprüft werden.

Zu D.16 Empfehlung zur Behandlung von Aufsichtsratsvergütungen

Die Handhabung der Konstellationen, die von Satz 1 umfasst sind, sollte der vertraglichen Gestaltung der Gesellschaft unterliegen. Eine Empfehlung zur grundsätzlichen Anrechnung wird teilweise kritisch hinterfragt.

Der Empfehlung in Satz 2 scheint die Wertung, dass eine Anrechnung bei der Übernahme von externen Aufsichtsratsmandaten in Betracht zu ziehen ist, zugrunde zu liegen. Dies erscheint weder praxiskonform noch sachgerecht.

D. Ansprechpartner

Annika Böhm, Leiterin des Referats Gesellschafts- und Bilanzrecht, boehm.annika@dihk.de

E. Wer wir sind

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein. Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.