

Per E-Mail:

Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main

E-Mail: regierungskommission@dcgk.de

29. Januar 2019

Stellungnahme zum Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 25.10.2018

Sehr geehrte Damen und Herren Mitglieder der Regierungskommission,

wir nehmen Bezug auf den Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 25.10.2018 und nehmen nachfolgend zu einigen der Änderungsvorschläge Stellung:

1. "Apply and Explain"-Prinzip, A.19

Die Empfehlung in A.19 sollte gestrichen werden. Denn die Einführung des "Apply and Explain"-Prinzips entbehrt der rechtlichen Grundlage. Zudem gehen die vom Kodexentwurf vorgesehenen Grundsätze teilweise über die gesetzlichen Vorgaben hinaus, so dass ihnen keine "wesentlichen rechtlichen Vorgaben" des deutschen Rechts zugrunde liegen. Schließlich sieht § 161 AktG gerade keine Pflicht vor, sich zu Anregungen des Kodex zu äußern.

- a) Rechtliche Grundlage für das im aktuellen Kodex geltende "Comply or Explain"-Prinzip ist § 161 AktG. Danach müssen Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich erklären, welchen Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht. § 161 AktG sieht dagegen keine Ermächtigung für den

Kodexgeber vor, die nun eingeführten Grundsätze – insbesondere wenn sie über gesetzliche Vorgaben hinausgehen – als verbindlich für die Gesellschaften auszugestalten. Zwar können die Gesellschaften eine Abweichung von der neuen Empfehlung A.19 erklären, nicht dagegen von der Anwendung der Grundsätze selbst. Wir haben daher Zweifel, ob die Einführung der Kodex-Grundsätze mit § 161 AktG vereinbar ist.

- b) Die vorgeschlagenen Grundsätze gehen nach unserer Einschätzung über die gesetzlichen Vorgaben teilweise hinaus. Ausweislich der ergänzten Präambel sind die Grundsätze aus wesentlichen rechtlichen Vorgaben und elementaren Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung abgeleitet. Die Grundsätze, die die Kommission vorschlägt, gehen jedoch teilweise über diese "wesentlichen rechtlichen Vorgaben" hinaus. In Verbindung mit dem vorgeschlagenen "Apply and Explain"-Prinzip würde dies zu einer zwingenden Geltung der Grundsätze – auch derjenigen, die über gesetzliche Vorgaben hinausgehen – für die Unternehmen führen, die der Kodex mangels Gesetzesrang überhaupt nicht anordnen kann. Dies soll anhand der nachfolgenden Beispiele dargestellt werden:
- In Grundsatz 17 ist vorgesehen, dass Aufsichtsrat und Vorstand jährlich in der Erklärung zur Unternehmensführung über die Corporate Governance der Gesellschaft berichten. Ein solcher Inhalt der Erklärung zur Unternehmensführung ergibt sich nicht aus § 289f HGB. Es erscheint daher fraglich, ob der Kodex als "soft law" den zwingenden Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift überhaupt oder in einem bestimmten, nicht unerheblichen Umfang erweitern kann.
 - Nach Grundsatz 25, 1. Spiegelstrich, "ist" im Vergütungssystem bestimmt, wie für die einzelnen Vorstandsmitglieder die Ziel-Gesamtvergütung bestimmt wird. Eine solche wesentliche rechtliche Vorgabe besteht nach dem Aktiengesetz aktuell nicht. Nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) sind in dem neu einzufügenden § 87a AktG in Bezug auf das Vergütungssystem der Vorstandsmitglieder verschiedene beschreibende Angaben vorgesehen. Eine Vorgabe, in der Vergütungspolitik zu beschreiben, wie für die Vorstandsmitglieder die Ziel-Gesamtvergütung bestimmt wird, ist in der dortigen Aufzählung nicht enthalten.

- Nach Grundsatz 26 "**beschreibt**" das Vergütungssystem, wie dafür Sorge getragen wird, dass die Vergütung die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigt. Auch diese Angabe ist im Katalog des § 87a AktG-E nicht enthalten.
- Gleiches gilt für Grundsatz 27, wonach im Vergütungssystem Art und Weise der Gewährung der variablen Vergütung bestimmt "**sind**". Auch hier ist fraglich, ob der Kodex solche eine Anordnung treffen darf.
- Grundsatz 28 enthält konkrete Vorgaben für den Aufsichtsrat, wie dieser bei der Festlegung der Vorstandsvergütung vorzugehen hat. Auch eine solche "wesentliche rechtliche Vorgabe" ist weder im Aktiengesetz noch im Referentenentwurf des ARUG II enthalten.
- Im Ergebnis wird der Aufsichtsrat vor die extrem schwierige Aufgabe gestellt, bei Aufstellung der Vergütungspolitik und auch bei Festsetzung der konkreten Vorstandsvergütung die gesetzlichen Vorgaben zur Vorstandsvergütung, die Kodexvorgaben und die Forderungen namhafter Stimmrechtsberater "unter einen Hut zu bringen".
- Schließlich "**erhalten**" die Mitglieder des Aufsichtsrats nach Grundsatz 29 eine Vergütung, die in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Aufgaben und der Lage der Gesellschaft steht. Dies liest sich so, als ob die Aufsichtsratsmitglieder zwingend eine Vergütung zu erhalten haben und widerspricht damit der Regelung in § 113 Abs. 1 Satz 1 AktG, wonach den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden "kann".

Sollte die Kategorie "Grundsätze" und das "Apply and Explain"-Prinzip in den Kodex eingeführt werden, sollten sich die Grundsätze darauf beschränken, geltendes Recht wiederzugeben. Dagegen sollten über gesetzliche Vorgaben hinausgehende – auch elementare – Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung weiterhin ausschließlich in Form von Empfehlungen und Anregungen im Kodex enthalten sein. Auf diese Weise bleibt den Gesellschaften die Wahlmöglichkeit, ob sie den Corporate Governance-Vorgaben des Kodex folgen wollen.

- c) Zudem bleibt offen, wie (und an welcher Stelle) die Erläuterung, auf welche Weise die Gesellschaften die Grundsätze des Kodex anwenden, erfolgen soll. In der Begründung der Regierungskommission (Seiten 47, 57) heißt es hierzu, dass sich die Erläuterung insbesondere darauf bezieht, ob und wie den die jeweiligen Grundsätze betreffenden Empfehlungen und Anregungen gefolgt wird. Vor diesem

Hintergrund soll die bisherige Anregung in Ziff. 3.10 Satz 2 des geltenden Kodex gestrichen werden. Dies geht unseres Erachtens deutlich zu weit. Auf diese Weise würde "durch die Hintertür" eine Erklärungspflicht hinsichtlich sämtlicher Empfehlungen und Anregungen des Kodex begründet. Dies verstößt im Hinblick auf die Anregungen bereits gegen § 161 AktG. Im Übrigen würde es dazu führen, dass die Gesellschaften sich auch zu Empfehlungen äußern müssten, denen sie folgen und zu denen nach § 161 AktG gerade keine Erklärung und Begründung erforderlich ist.

Wenn es in der Begründung weiter heißt, dass die Erläuterung sich weitgehend mit den nach § 289f Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 HGB in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmenden "relevanten Angaben zu Unternehmensführungspraktiken" bzw. der "Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise ihrer Ausschüsse" decken sollte (Seite 47), stellt sich die Frage der Erforderlichkeit der Erläuterung. Es bleibt unklar, weshalb es Erläuterungen bedarf, die sich weitgehend mit Angaben nach § 289f Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 HGB decken. Neben weitreichenden Überschneidungen mit dem Inhalt der Erklärung zur Unternehmensführung dürfte es auch zu erheblichen Redundanzen im Hinblick auf die Angaben zur Organvergütung im künftigen Vergütungsbericht nach § 162 AktG-E kommen.

Im Ergebnis würde die Einführung des "Apply and Explain"-Prinzips zu erheblichem Zusatzaufwand bei den Unternehmen führen, dem nach unserer Einschätzung kein spürbarer Mehrwert gegenüberstünde.

- d) In redaktioneller Hinsicht wäre zu überlegen, anstatt vom "Vergütungssystem" von der vom Aufsichtsrat zu beschließenden "Vergütungspolitik" zu sprechen, um die Terminologie an den Referentenentwurf des ARUG II anzupassen.

2. Aufwands-Höchstbeträge für die Vorstandsvergütung, Empfehlungen D.2 und D.3

Hier würde es sich anbieten klarzustellen, auf welche Vergütungsbestandteile sich die Aufwands-Höchstbeträge im Einzelnen beziehen. In der aktuellen Kodexfassung ist in Ziffer 4.2.3 noch eine Definition des Begriffs "Gesamtvergütung" der Vorstandsmitglieder enthalten. Dies fehlt in der vorgeschlagenen künftigen Fassung. Empfehlung D.3 stellt zwar klar, dass Aufwand im Hinblick auf die Altersversorgung der Kategorie der Festvergütung zugerechnet wird. Unklar bleibt allerdings, was unter Nebenleistungen zu verstehen ist, die "nicht betrieblich veranlasst sind". Hier wäre eine Klarstellung und auch eine "Legaldefinition" der Gesamtvergütung wünschenswert.

3. Variable Vergütung nicht ausschließlich in Aktien

Empfehlung D.7 Satz 2 sieht vor, dass die langfristig variable Vergütung in Aktien der Gesellschaft gewährt werden soll, die mindestens vier Jahre lang nicht veräußert werden können. Hier erschließt sich uns nicht, weshalb die variable Vergütung ausschließlich in Aktien gewährt werden soll und damit der Spielraum des Aufsichtsrats ohne ersichtlichen Grund eingeengt werden soll. Es kann auch bezweifelt werden, ob die vorgeschlagene Empfehlung einer bestehenden Best Practice entspricht. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der Aktienkurs von vielen Faktoren beeinflusst wird, die nicht unmittelbar mit der Leistung der Vorstandsmitglieder zusammenhängen. Damit ist zweifelhaft, ob sich der Aktienkurs stets als Indikator für den Erfolg strategischer Maßnahmen des Vorstands eignet.

Es sollte daher erwogen werden, die Empfehlung D.7 Satz 2 zu streichen oder zumindest auch andere übliche Formen der langfristig variablen Vergütung als kodexkonforme Best Practice zu akzeptieren und dies auch nur als beispielhafte Aufzählung vorzusehen.

4. Komplexität des Regelwerks

Schließlich bitten wir die Kommission zu überdenken, wie der Kodex vor dem Hintergrund seiner erklärten Zielsetzung insbesondere der Transparenz und Nachvollziehbarkeit künftig ausgestaltet werden sollte. Nach wie vor handelt es sich beim Kodex um ein äußerst komplexes Regelwerk. Aus unserer Sicht erscheint es fraglich, ob mit dem nun vorgelegten Kodexentwurf, der teils über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende detaillierte Regelungen – insbesondere zur Vorstandsvergütung – enthält, das Ziel der Transparenz für ausländische Investoren erreicht wird oder ob hierdurch die Komplexität nicht weiter erhöht wird – dies insbesondere auch vor dem Hintergrund der "Konkurrenz" zu den Stimmrechtsempfehlungen zahlreicher Stimmrechtsberater.

Wir hoffen, mit unseren obigen Anmerkungen die konstruktive Diskussion unterstützen zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Martina Schmid
Partnerin

Maximilian Schneider
Rechtsanwalt