

Taylor Wessing · Benrather Straße 15 · 40213 Düsseldorf

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

Benrather Straße 15
40213 Düsseldorf
Postfach 10 53 61
40044 Düsseldorf

Tel. +49 211 8387-0
Fax +49 211 8387-100
duesseldorf@taylorwessing.com

Verzeichnis der Partner unter:
www.taylorwessing.com

Per E-Mail: regierungskommission@dcgk.de

Rechtsanwalt

Dr. Sebastian Beyer, LL.M. (Auckland)

Nikolaus Plagemann

Datum

11. März 2022

Stellungnahme zum Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 vom 21. Januar 2022

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat am 21. Januar 2022 den Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 („**Kodexentwurf**“ oder „**DCGK-E**“) beschlossen und lädt im Rahmen der Konsultation zu Stellungnahmen ein. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zu dem Entwurf wie folgt Stellung nehmen zu können.

Die mit dem Entwurf vorgeschlagenen Änderungen sind motiviert durch zwei Anliegen, zum einen, die Bedeutung von Nachhaltigkeitsfaktoren bei der Unternehmensführung stärker und ausdrücklicher im Deutschen Corporate Governance Kodex zu thematisieren, und zum anderen, den Kodex an die seit der letzten Kodexreform erfolgten Änderungen des Aktiengesetzes durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) und das Zweite Führungspositionen-Gesetz (FüPoG II) anzupassen.

1. Nachhaltigkeit

Das Thema Nachhaltigkeit – alternativ häufig auch mit „ESG“ oder „CSR“ bezeichnet – weist gerade in der jüngeren Vergangenheit eine beeindruckende Dynamik auf. Getrieben insbesondere durch die Corona-Pandemie und jüngst die Ukraine-Krise sehen sich die Unternehmen erheblichen und wachsenden Herausforderungen ausgesetzt. Zunehmend erwarten Gesetzgeber, Kapitalmarktteilnehmer und breite Öffentlichkeit von den Unternehmen nachhaltiges Handeln.

1.1 Generelle Anmerkungen

Es ist zu begrüßen, dass der Kodexentwurf Aussagen zu der gesellschaftlichen Verantwortung der Unternehmen konkretisiert und den Verantwortlichen eine Richtschnur geben möchte. Dennoch weist der Entwurf in dieser Hinsicht Optimierungspotential auf.

(a) Terminologie

Der Kodexentwurf verwendet eine Vielzahl von Begriffen, die mehr oder minder deutlich auf den Nachhaltigkeitsgedanken rekurrieren. Beispielhaft seien etwa „Sozial“, „Umwelt“, „Mensch“, „Ökologisch“ genannt. Hinzu kommen „Nachhaltigkeit“ oder „nachhaltigkeitsbezogen“ ohne dass dies näher definiert oder bestimmt wird.

Wir regen daher an, eine terminologische Vereinheitlichung zu erwägen ohne dabei die Facetten der Thematik zu vernachlässigen. Dies würde den Unternehmen den Umgang gerade mit den neuen Bestimmungen erleichtern.

Betreffend den im Kodexentwurf angesprochenen Ausgleich von wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Belangen regen wir an, zu verdeutlichen, dass die Umsetzung ökologischer und sozialer Aspekte unter Berücksichtigung und in den Grenzen einer dauerhaften Rentabilität vorgenommen werden soll.

(b) Stringenz

Während der Entwurf Nachhaltigkeitsaspekte prominent beleuchtet, weist er an anderen Stellen weiterhin Bestimmungen auf, die mit nachhaltigem Handeln allenfalls sehr bedingt vereinbar sind.

- So wird weiterhin angeregt, im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen (A.9 DCGK-E). Die Durchführung einer Hauptversammlung – insbesondere bei physischer Abhaltung – dürfte der Erreichung nachhaltigkeitsbezogener Ziele entgegenwirken. Beispielhaft seien Emissionen durch An- und Abreise der Teilnehmer sowie finanzielle Belastungen der Unternehmen durch die Anmietung von Räumlichkeiten und Personal sowie die Bereitstellung von Catering genannt. In geringerem Umfang gilt dies auch bei virtueller Durchführung. Wir regen an, die Streichung dieser Anregung zu erwägen, um dem Nachhaltigkeitsgedanken auch in dieser Hinsicht Rechnung zu tragen.
- Die Anregung nach D.8 Satz 2 2. HS DCGK sieht weiterhin vor, dass die Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen über Telefon- oder Videokonferenzen nicht die Regel sein sollte. Auch wenn der persönliche Austausch von hohem Wert ist, haben zuletzt die Erfahrungen aus der Corona-Pandemie gezeigt, dass der Aufsichtsrat auch bei Sitzungen über Videokonferenz gut und insbesondere effizient arbeiten und einen offenen Austausch führen kann. Gerade bei international besetzten Gremien stellt die Einsparung von Reisezeit und -kosten sowie entsprechender Emissionen ein wichtiges Werkzeug mit hohem Symbolwert für nachhaltiges Handeln dar. Auch hier regen wir an, die Streichung dieser Anregung, die inzwischen an der Praxis vieler Gremien vorbeigeht, zu erwägen.

1.2 Anmerkungen zu den Änderungen des Kodexentwurfs im Einzelnen

(a) Empfehlung A.1 Satz 2 und Satz 3 DCGK-E

Unternehmensstrategie und -planung sind regelmäßig untrennbar miteinander verbunden. Die Strategie bildet die Grundlage für die Planung, die Planung dient der Umsetzung und Konkretisierung der Strategie. Die Formulierung der Sätze 2 und

3 der Empfehlung A.1 DCGK-E kann als gegensätzlich verstanden werden, was sicher nicht beabsichtigt ist. Die Aufspaltung wirkt künstlich und schwer handhabbar und wird der grundlegenden Bedeutung von Nachhaltigkeitsaspekten für Strategie und Planung nicht gerecht. Es wird daher angeregt, einen Gleichlauf herzustellen indem etwa formuliert wird: „Unternehmensstrategie und -planung sollen finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten und darüber Auskunft geben, wie und in welchem Verhältnis zueinander diese zu erreichen bzw. in Einklang zu bringen sind.“ Die Streichung des Wortes „ausgewogen“ soll einen Zirkelschluss vermeiden: Ob das Verhältnis der in Aussicht genommenen Zielerreichung ausgewogen ist, sollte der Bewertung der Stakeholder überlassen bleiben.

(b) Empfehlung A.6 DCGK-E

Der Aufsichtsrat trägt als maßgeblicher Garant unternehmerischen Erfolgs gerade auch bei einem sachgerechten Umgang mit Nachhaltigkeitsaspekten eine besondere Verantwortung. Zugleich wird ihm diesbezüglich vielfach Optimierungspotential attestiert. Vor diesem Hintergrund ist sachgerecht, dass der Kodexentwurf durch seine Empfehlung Rolle und Aufgaben des Aufsichtsrats Konturen verleiht. Entsprechend unseren Anmerkungen zu A.1 Satz 2 und Satz 3 DCGK-E sollte auch hier die Aufteilung von strategischer und operativer Planung überdacht werden, zumal der Entwurf mit dem Begriff „operative Pläne“ in A.6 eine weitere Terminologie einführt, die in A.1 nicht oder allenfalls synonym verwendet wird.

Zugleich könnte erwogen werden, den Fokus nicht nur auf die reine Überwachung zu legen, sondern dem Aufsichtsrat weitere Handreichungen zu geben. Dies betrifft etwa die Beachtung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Entscheidung über die Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen, bei der Aus- und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder oder bei der Selbstevaluierung. Hier könnten bereits Anregungen sachgerecht und zielführend sein.

(c) Empfehlung C.1 Satz 3 DCGK-E

Zahlreiche Aufsichtsräte verzichten auf die Ausarbeitung eines Kompetenzprofils, auf das die Empfehlung in C.1 Satz 3 DCGK-E rekurriert. Um der Bedeutung einer entsprechenden Expertise auch vor diesem Hintergrund Schlagkraft zu verleihen, könnte die Anforderung nachhaltigkeitsbezogener Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnisse nicht nur auf das Kompetenzprofil, sondern auch auf die Ziele für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bezogen werden, indem die Empfehlung in C.1 Satz 3 DCGK-E mit C.1 Satz 2 DCGK verknüpft wird: „Dabei soll der Aufsichtsrat auf Diversität sowie auf Expertise zu den für das Unternehmen bedeutsamen Nachhaltigkeitsfragen achten.“

2. Anpassungen des DCGK an die Änderungen des Aktiengesetzes durch das FISG und das FÜPoG II

2.1 FISG

(a) Internes Kontroll- und Risikomanagementsystem

Die Konkretisierung in Grundsatz 4 des DCGK-E, dass das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem (KRMS) auch ein Compliance Management System umfasst, ist begrüßenswert, da sie die Bedeutung des Compliance Management noch einmal hervorhebt. Eine Pflicht zur Einrichtung eines entsprechenden Compliance Management Systems ergibt sich freilich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorgabe aus der Organisationsverantwortung des Vorstands.

Auch die Empfehlung zur Ausrichtung des KRMS auf finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Belange in der Empfehlung A.3 DCGK-E ist zu begrüßen, da auch aus nachhaltigkeitsbezogenen Belangen bzw. ihrer Vernachlässigung erhebliche Risiken erwachsen können.

(b) Prüfungsausschuss

(i) Empfehlung D.3 Satz 2 DCGK-E

Soweit die Überwachungsaufgaben des Prüfungsausschusses nun in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG geregelt sind, ist folgerichtig, auf eine Aufzählung der Überwachungsaufgaben im Kodex zu verzichten. Die Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung wird dem Prüfungsausschuss durch das Gesetz jedoch nicht auferlegt. Um der gesteigerten Bedeutung der Nachhaltigkeitsberichterstattung im Rahmen der Corporate Governance gerecht zu werden und um einen Gleichlauf zur Empfehlung D.4 DCGK-E zu schaffen, wäre es unseres Erachtens konsequent, die Beschreibung des Aufgabenkreises des Prüfungsausschusses in der Empfehlung D.3 DCGK-E zumindest im Hinblick auf die Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu belassen.

Hinsichtlich der Empfehlung D.3 Satz 2 DCGK regen wir an, eine allgemeinere Begrifflichkeit einzuführen, um die Empfehlung auch für Gesellschaften mit wenigen Vorstandsmitgliedern ohne als solchen bezeichneten Finanzvorstand handhabbar zu gestalten (z.B. „mit dem für das Ressort Finanzen zuständigen Vorstandsmitglied“). Der im DCGK-E verwendete Begriff „Finanzvorstand“ ist unsauber und hat im Aktiengesetz keine Entsprechung.

(ii) Empfehlung D.11 DCGK-E

Die Empfehlung nach D.11 DCGK-E beinhaltet sowohl den Aspekt der Beratung ohne den Vorstand als auch den Aspekt der Regelmäßigkeit. Wie häufig und ob die Beratungen mit dem Abschlussprüfer insbesondere „regelmäßig“ erfolgen müssen, kann im Einzelfall jedoch sehr unterschiedlich sein. Um zu vermeiden, dass eine Abweichung erklärt werden muss, obwohl eine erforderliche Anzahl an Beratungen mit dem Abschlussprüfer und ohne den Vorstand erfolgte, die aber ggf. nicht „regelmäßig“ bezeichnet werden können, regen wir an, den Begriff „regelmäßig“ zu streichen oder gegebenenfalls durch „bei Bedarf“ zu ersetzen. Weiter regen wir an, anstatt

„tagen“ das Verb „sich beraten“ zu verwenden, da sonst das Missverständnis entstehen könnte, die Empfehlung erfordere ganze Sitzungen des Prüfungsausschusses ohne den Vorstand.

2.2 FÜPoG II

Grundsatz 9 DCGK-E sieht insbesondere vor, dass der Aufsichtsrat „bei nicht börsennotierten oder nicht der paritätischen Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen Zielgrößen für den Anteil von Frauen im Vorstand“ festlegt.

Diese Bestimmung ist systemfremd, da sich der Kodex gemäß § 161 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AktG an börsennotierte Gesellschaften und Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang richtet. Auf nichtbörsennotierte Unternehmen nimmt der DCGK nicht ausdrücklich Bezug. Die beabsichtigte Änderung ist auch sprachlich unzutreffend, da § 76 Abs. 4 Satz 1 AktG bzw. § 111 Abs. 5 Satz 1 AktG für die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen gerade alternativ an (a) Börsennotierung oder (b) Mitbestimmung anknüpfen. Darüber hinaus gilt die Pflicht nicht nur bei paritätisch mitbestimmten Gesellschaften, sondern auch bei solchen, die dem Anwendungsbericht des Drittelbeteiligungsgesetzes unterliegen. Schließlich entfällt zwar die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen, soweit die gesetzlichen Beteiligungsgebote einschlägig sind (§ 111 Abs. 5 Satz 8 und Satz 9 AktG), dies schließt jedoch nicht aus, dass ein Aufsichtsrat – auf freiwilliger Basis – im Rahmen der Ziele für seine Zusammensetzung und der Ziele für die Zusammensetzung des Vorstands ambitioniertere Zielgrößen festlegt. Diese Möglichkeit scheint die Verwendung des Wortes „oder“ in Grundsatz 9 Satz 2 DCGK-E auszuschließen, was nicht beabsichtigt sein kann.

Sollte man inhaltlich an dem Grundsatz festhalten wollen, sollte es unseres Erachtens heißen: „Der Aufsichtsrat (...) und legt bei börsennotierten oder der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen Zielgrößen (...) fest“.

Mit der Veröffentlichung dieser Stellungnahme sind wir gerne einverstanden.

Mit freundlichen Grüßen,

Dr. Sebastian Beyer
Salary Partner

Nikolaus Plagemann
Salary Partner