
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Vorschläge der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex zu Kodexanpassungen und -änderungen für 2017

Die Industrie- und Handelskammern haben nicht zuletzt durch § 1 Abs. 1 IHKG die Aufgabe, „für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken“. Das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns war Ursprung für die Gründung von Vereinigungen der Kaufmannschaft und prägt die Grundausrichtung und Arbeit der IHK-Organisation. Integrität, Aufrichtigkeit, Anstand und Fairness sind Tugenden, die mit dem ehrbaren Kaufmann gestern wie heute verbunden werden. Der Unternehmer, der Verantwortung für das eigene Handeln trägt und die (langfristigen) Auswirkungen seiner Entscheidungen und seines wirtschaftlichen Handelns abschätzt – für sein Unternehmen und darüber hinaus, gründet auf diesen Tugenden. Haltung und Handlung bedingen sich. Dieses Leitbild des ehrbaren Kaufmanns ist nicht statisch, hat unterschiedliche Ausprägungen und entwickelt sich weiter, wie auch die Regierungskommission in ihren Ausführungen zu den vorgeschlagenen Änderungen selbst einräumt.

Die IHK-Organisation engagiert sich in vielfältiger Weise, um den ehrbaren Kaufmann mit „Leben zu füllen“ und in die Unternehmen hineinzutragen. Insofern kann sie nachvollziehen, welche Gedanken die Regierungskommission zu der Ergänzung der Präambel bewogen haben. Da der Kodex mittelbare Rechtswirkungen entfaltet, sollte die vorgeschlagene „Quasi-Kodifizierung“ jedoch sehr kritisch geprüft werden.

Die Differenzierung zwischen „legal“ und „legitim“ im Rahmen der Präambel wirft grundsätzliche Fragen auf. Mit dem Begriff „legitim“ wird ein ethisch konnotierter Begriff eingeführt, der denkbar notwendig nicht rechtlich definiert werden kann. Anders als beim Begriff „legal“, der auf die Rechtsordnung Bezug nimmt, dürfte der Begriff „legitim“ je nach Perspektive des Beurteilenden unterschiedliche Bedeutung haben. Die Rechtsunsicherheit wäre damit vorprogrammiert.

Auch von der Ergänzung, dass Vorstand und Aufsichtsrat im Einklang mit „auch ethisch ausgerichteten“ Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen haben (Unternehmensinteresse), sollte aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs Abstand genommen werden. Die Auslegung von „ethisch ausgerichtet“

dürfte je nach Perspektive des Beurteilenden unterschiedlich ausfallen und eignet sich daher unseres Erachtens nicht für die Präambel des Kodex. Die Regierungskommission sollte davon absehen, ethische Begrifflichkeiten in den Kodex aufzunehmen, den ehrbaren Kaufmann und seine Ausprägungen zu definieren und über den Kodex mittelbar zu „kodifizieren“. Stattdessen könnte in der Präambel auf das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns, ohne dieses zu definieren, Bezug genommen werden.

Zur Ergänzung in Ziffer 2.1.3

Unklar ist, welche Folgen der vorgeschlagene Appell, dass insbesondere institutionelle Anleger angehalten sind, ihre Eigentumsrechte aktiv und verantwortungsvoll im Rahmen eines konsistenten, transparenten und die Nachhaltigkeit berücksichtigenden Regelwerks auszuüben, in der Entsprechenserklärung nach §161 AktG hat. Diese Form des Appells kennt der Kodex bislang nicht. Auch hat das Unternehmen keinen Einfluss auf die institutionellen Investoren – insofern scheint der Appell auch nicht in den Kontext des Kodex zu passen.

Die Erläuterung, dass hier der auf europäischer Ebene derzeit diskutierten Änderung der Aktionärsrechterichtlinie vorgegriffen werden soll – ohne abschließende Kenntnis der finalen Fassung der noch zu verabschiedenden Richtlinie – erscheint ebenfalls schwierig. Es besteht die Gefahr, dass die noch in nationales Recht umzusetzenden europäischen Vorgaben dem Appell nicht entsprechen. Insofern sollte die Umsetzung der künftigen Änderungsrichtlinie in nationales Recht zunächst abgewartet werden.

Zu Ziffer 2.3.2

Nach Satz 1 soll die Gesellschaft den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte und die Stimmrechtsvertretung erleichtern. Zur Diskussion sollte gestellt werden, ob die kumulative Empfehlung im Hinblick auf § 118 Abs. 2 AktG mit der Möglichkeit der Briefwahl noch erforderlich ist – denn der Aktionär, der nicht persönlich an der Hauptversammlung teilnehmen kann, kann in diesem Fall seine Stimme direkt und persönlich per Briefwahl abgeben. Briefwahl und Stimmrechtsvertretung streben das gleiche Ziel an und bieten in der Praxis der Hauptversammlungen die gleichen Möglichkeiten. Für eine kumulative Empfehlung besteht folglich kein Bedarf – auch würden die Aktionäre dadurch nicht in ihren Rechten beschnitten werden. Wir regen folglich an, die Empfehlung in eine Alternativformulierung abzuändern, so dass die Gesellschaften im Ergebnis entscheiden könnten, ob sie in Fällen der Nutzung von § 118 Abs. 2 AktG neben der Briefwahl auch die Stimmrechtsvertretung anbieten.

Zur Ergänzung in Ziffer 4.1.3

Wir stimmen in der Bedeutung der Compliance mit der Erläuterung der vorgeschlagenen Kodexergänzung überein. Die Geschäftsleitung eines Unternehmens ist grundsätzlich verpflichtet, durch eine ausreichende Organisation für die Einhaltung der Gesetze im Unternehmen zu sorgen. Es ist jedoch durchaus strittig, ob die Vielzahl von Einzelregelungen und ungeschriebenen Organisationspflichten als Pflicht interpretiert werden muss, ein Compliance Management System einzuführen. Die Tatsache, dass ein Compliance Management System in vielen börsennotierten Unternehmen bereits besteht, sollte nicht dazu führen, im Kodex von dem Erfordernis eines solchen selbst auszugehen. Die Anforderung in Satz 1 von 4.1.3 scheint daher ausreichend. Der vorgeschlagene Satz 2 sollte nicht ergänzt werden.

Sollte die Regierungskommission von der Ergänzung keinen Abstand nehmen, sollten die Gesellschaften zumindest entscheiden können, ob sie die Grundzüge des Compliance Management Systems z. B. im Risikobericht oder an anderer Stelle im Lagebericht veröffentlichen. So könnte vermieden werden, dass an verschiedenen Stellen über das Compliance Management berichtet werden müsste. Ziffer 4.1.3 Satz 2 könnte insoweit ergänzt werden, dass die Grundzüge im Corporate Governance-Bericht nur dann offengelegt werden sollen, sofern diese nicht bereits an anderer Stelle veröffentlicht sind.

Die Ergänzung in Satz 3 schlägt vor, dass Beschäftigten und Dritten auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden soll, geschützt Hinweise auf Fehlverhalten im Unternehmen zu geben. Nicht nachvollziehbar ist, warum Dritten die Möglichkeit „geschützt“ Hinweise zu geben, ermöglicht werden soll. Das typische Schutzbedürfnis eines Mitarbeiters liegt in diesen Fällen gerade nicht vor. Zudem ist unklar, was unter der Formulierung „geeignete Möglichkeit, geschützt Hinweise zu geben“ verstanden wird. Wann ist die Geeignetheit gegeben? Was bedeutet in diesem Fall „geschützt“?

Zudem ist auch der Begriff „Fehlverhalten“ mit rechtlichen Unsicherheiten belastet. Die Erhebung personenbezogener Daten ist auch im Rahmen eines „Whistleblowing-Systems“ nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. So wird von einem überwiegenden schutzwürdigen Interesse der Betroffenen (Personen, den ein Fehlverhalten vorgeworfen wird) ausgegangen, wenn ein Fehlverhalten unterhalb einer gewissen Erheblichkeitsschwelle vorliegt. Insofern könnte ein solches Hinweisgeber-System nur oberhalb dieser Grenzen vom Kodex empfohlen werden.

Die Unsicherheiten in der Interpretation des aktuellen Ergänzungsvorschlags zu Ziffer 4.1.3 sprechen aus unserer Sicht dafür, von diesem abzusehen. Sollte an dem Ergänzungsvorschlag

festgehalten werden, sollten die Unternehmen in jedem Fall die Flexibilität haben, unternehmensindividuelle Hinweismöglichkeiten zu schaffen.

Zur Ergänzung in Ziffer 4.2.3

Die Ergänzung in Ziffer 4.2.3 Absatz 2, dass der Aufsichtsrat dafür zu sorgen hat, dass variable Vergütungsteile grundsätzlich eine mehrjährige, zukunftsbezogene Bemessungsgrundlage haben, ist nicht als Empfehlung, sondern als Vorgabe formuliert. Die Erläuterung geht ebenfalls von einer Verpflichtung der zukunftsbezogenen Bemessungsgrundlage aus. Eine solche gesetzliche Vorgabe besteht jedoch nicht. § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG sieht vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen. Das schließt nicht aus, dass auch kurzfristige Elemente in der Bemessung enthalten sind. Diese Möglichkeit der Gestaltung der variablen Vergütungsbestandteile sollte den Unternehmen weiterhin zur Verfügung stehen. Eine Notwendigkeit, die Gestaltungsoptionen, wie von der Regierungskommission vorgeschlagen, einzuschränken, wird nicht gesehen.

Würde an dieser Ergänzung des Kodex festgehalten, würde sich die Frage stellen, welche Bedeutung diese einengende Auslegung des Gesetzes durch die Regierungskommission für die Unternehmen hat, dies würde zu weiterer Rechtsunsicherheit führen.

Zur Ergänzung in Ziffer 5.2

Die vorgeschlagene Empfehlung in Absatz 2 spiegelt zwar eine aktuelle Diskussion und Entwicklung in vielen Unternehmen wider – allerdings bestehen aus unserer Sicht derzeit noch verschiedene rechtliche und praktische Unwägbarkeiten, die dafür sprechen, die Empfehlung zunächst zurückzustellen. Diese Unwägbarkeiten sieht auch die Regierungskommission, indem sie ihre Empfehlung in der Erläuterung nur unter gewissen Voraussetzungen formuliert. Denn der Aufsichtsrat muss bei den empfohlenen Gesprächen die Kompetenzen von Vorstand und Aufsichtsrat beachten, gleichzeitig sicherstellen, dass keine Insiderinformationen gegeben werden und der Grundsatz der gleichmäßigen Information der Aktionäre beachtet wird. Zudem ist das Verfahren zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie, die sich u. a. auch mit institutionellen Investoren befasst, noch nicht beendet; die Diskussion zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben wurden insofern auch noch nicht begonnen. Es sollte unseres Erachtens zunächst die Umsetzung der künftigen Aktionärsrechterichtlinie abgewartet werden.

Auch besteht die Gefahr, dass die Bedeutung der Hauptversammlung als Ort, an dem das Unternehmen den Aktionären gegenüber Rede und Antwort steht, entwertet werden könnte. Sollte die Ergänzung trotzdem weiterverfolgt werden, sollte den Unternehmen hinsichtlich der Art und Weise der Kommunikation mehr Flexibilität eingeräumt werden.

Die angesprochenen rechtlichen und praktischen Unwägbarkeiten sollten zunächst geklärt werden, bevor dem Aufsichtsrat vom Kodex empfohlen wird, den Dialog mit den Investoren zu führen.

Zur Ergänzung von Ziffer 5.4.1

Gemäß Absatz 2 soll der Aufsichtsrat bereits nach dem aktuell geltenden Kodex konkrete Ziele für seine Zusammensetzung benennen und diese nach Absatz 4 veröffentlichen. Die nun vorgeschlagene Ergänzung, ein Kompetenzprofil für das Gesamtgremium zu erarbeiten scheint sich mit der Vorgabe, die Ziele der Zusammensetzung zu benennen, zu decken. Insofern ist unklar, was im Kompetenzprofil neben den konkreten Zielen für die Zusammensetzung dargestellt werden sollte. Im Ergebnis sollte auf die vorgeschlagene Ergänzung in Absatz 2 und 4 verzichtet werden.

Bei seiner Zusammensetzung soll der Aufsichtsrat künftig entsprechend dem Vorschlag der Regierungskommission in Absatz 2 Satz 2 auch die Eigentümerstruktur berücksichtigen. Hier ist unklar, welche Anforderungen der Kodex mit der Formulierung stellt. Die Erläuterung bezieht sich darauf, dass damit eine Berücksichtigung unterschiedlichen Aktienbesitzes erfolgen soll. Da die Vertreter der Anteilseigner von den Aktionären gemäß § 119 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG gewählt werden, ist eine mittelbare Berücksichtigung der Eigentümerstruktur im Prinzip durch die Wahl schon gegeben. Die Voraussetzungen für Entsenderechte sind bereits in § 101 Abs. 2 AktG geregelt. Unklar ist daher, wie über diese Grundbedingungen hinaus unterschiedlicher Aktienbesitz berücksichtigt werden sollte. Da bereits zahlreiche Anforderungen an die Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern bestehen und eine mittelbare Berücksichtigung der Eigentümerstruktur durch die Wahl der Anteilseigner gegeben ist, regen wir im Ergebnis an, von dieser Ergänzung Abstand zu nehmen.

Unklar ist darüber hinaus, ob der vorgeschlagene Satz 3 in Absatz 2 auch die Mitbestimmungsvereinbarungen, die aufgrund europäischer Vorgaben geschlossen werden können, erfasst.

Gemäß Absatz 4 wird vorgeschlagen, dass der Corporate Governance Bericht über die nach Einschätzung des Aufsichtsrats angemessene Zahl unabhängiger Mitglieder der Anteilseigner und die Namen dieser Mitglieder informieren soll. Unklar ist grundsätzlich, warum hier nur auf die Vertreter der Anteilseigner und nicht auch auf die der Arbeitnehmervertreter abgestellt wird. Geht man davon aus, dass es keinen Grund für eine Ungleichbehandlung gibt, müsste auch grundsätzlich entschieden werden, ob Arbeitnehmervertreter unabhängig sind oder nicht. Wir geben zudem zu bedenken, dass auch unter Bezugnahme auf die Definition in Ziffer 5.4.2 nicht in jedem Fall final entschieden werden kann, ob ein Mitglied des Aufsichtsrates unabhängig ist. Auch soll das Gremium Aufsichtsrat insgesamt unabhängig sein – die Formulierung in Ziffer 5.4.2 stellt (nur)

darauf ab, dass dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll. Im Ergebnis wird vorgeschlagen, vom dem Ergänzungsvorschlag Abstand zu nehmen – vor allem wegen der nicht zweifelsfreien Kategorisierung in „unabhängig/abhängig“.

Auch wenn die Ergänzung, dass eine Altersgrenze festgelegt werden soll, bereits einige Jahre besteht, wurde vereinzelt vorgetragen, dass dies ein diskriminierendes Kriterium wäre und deshalb bei der Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder keine Rolle spielen sollte.

In Absatz 5 soll ergänzt werden, dass dem Kandidatenvorschlag neben dem kurzen Lebenslauf auch eine Übersicht wesentlicher Tätigkeiten neben dem Aufsichtsratsmandat beigelegt und jährlich aktualisiert veröffentlicht wird. Der ausgeübte Beruf sowie die Mitgliedschaften in Aufsichtsräten und vergleichbaren Kontrollgremien müssen bereits gemäß § 285 Nr. 10 HGB angegeben werden. Damit dürften die wesentlichen Tätigkeiten bereits abgedeckt sein. Insofern sollte auf die Ergänzung verzichtet werden.