



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht und den Ausschuss Corporate Social Responsibility und Compliance

zum Entwurf eines geänderten Corporate Governance Kodex der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 25. Oktober 2018

Stellungnahme Nr.:5/2019

Berlin, im Januar 2019

Mitglieder des Ausschusses Handelsrecht

- RA Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf (Vorsitzender und Berichterstatter)
- RAin Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main (Berichterstatterin)
- RA Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- RAin Dr. Julia-Sophia Habbe, Frankfurt
- RA Dr. Peter Hemeling, München
- RAin Dr. Hilke Herchen, Hamburg
- RA Prof. Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim (Berichterstatter)
- RA Dr. Thomas Kremer, Bonn
- RA Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- RAin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart (Berichterstatterin)
- RA Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf
- RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- RA Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main
- RA Prof. Dr. Jochen Vetter, München
- RA Dr. Jost Wiechmann, Hamburg
- RA Prof. Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf (Berichterstatter)
- Arne Wittig, Group General Counsel, Essen

unter Mitwirkung von

- Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Berichterstatter)

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Mitglieder des Ausschusses Corporate Social Responsibility und Compliance

- Dr. habil. Birgit Spießhofer, Berlin (Vorsitzende und
Berichterstatte(r)in)
- Dr. Olaf Christiansen, Gütersloh
- Dr. Wolfgang Herb, Stuttgart
- Prof. Dr. Remo Klinger, Berlin
- Dr. Marc Löbbe, Frankfurt am Main (Berichterstatte(r))
- Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- Prof. Dr. Anja Mengel, Berlin
- Dr. Thomas Voland, Berlin

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RA Max Gröning
- RAin Eva Schriever

Verteiler

Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium der Finanzen

Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Landesgruppen und -verbände des DAV

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Handelsrechtsausschuss des DAV

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein

Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)

Deutscher Richterbund

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)

Deutscher Steuerberaterverband

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft

Bundesverband Deutscher Banken

Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Juris
Frankfurter Allgemeine Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat am 25. Oktober 2018 den Entwurf eines Kodex veröffentlicht, der sich das Ziel setzt, wieder stärker Standards zu setzen, auf die es aus der Sicht möglichst vieler Stakeholder ankommt. Neben einer begrüßenswerten Verschlankung des Kodex hat die Kodex-Kommission dazu einen neuen Aufbau gewählt und den Kodex inhaltlich stark überarbeitet.
- 2 Ein wesentliches Element des Entwurfs soll der Verzicht auf die Wiedergabe von Gesetzestexten zugunsten von sog. Grundsätzen sein, die in wenigen Worten die Essenz der wichtigsten gesetzlichen Regeln nebst elementaren Standards guter Unternehmensführung wiedergeben wollen und zu denen die Unternehmen dann in einer neuen "Apply and Explain"-Erklärung erläutern sollen, wie sie diese Grundsätze umsetzen. Der DAV befürchtet, dass der Informationsgehalt dieser Erklärung gering, der bürokratische Aufwand jedoch hoch wäre. Vor allem aber geht die Kodex-Kommission mit ihrem Vorhaben ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage über die bisherige in § 161 AktG angelegte Systematik des Kodex deutlich hinaus. Ob die Einführung einer solchen weitreichenden neuen Kategorie von Grundsätzen, verbunden mit umfassenden Erläuterungs- und Berichtspflichten der Unternehmen allein durch die Einführung einer weiteren Empfehlung in A.19 legitimiert werden kann und noch durch § 161 AktG gedeckt ist, erscheint zweifelhaft. Der DAV empfiehlt daher mit Nachdruck, Empfehlung A.19 zu streichen.
- 3 Die Gliederung will nicht mehr dem System der einschlägigen Gesetzestexte, sondern den Aufgaben der Organe folgen. Der DAV bezweifelt, ob die neue Gliederung eine Verbesserung darstellt, jedenfalls ist sie entgegen der Zielsetzung der Kommission nicht an den Aufgaben der Organe orientiert.

- 4 Die neuen Empfehlungen vermögen nicht durchweg zu überzeugen. Als kritikwürdig sieht der DAV neben Empfehlung A.19 namentlich auch Empfehlung B.1 an, die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder auf drei Jahre zu begrenzen (dazu näher unten Rdn. 40). Daneben erscheinen die Empfehlungen zur Vorstandsvergütung in Abschnitt D als besonders problematisch. Sie gehen zu weit, schränken den notwendigen Gestaltungsspielraum für den Aufsichtsrat zu stark ein, schaffen teilweise ein Parallelsystem zum ARUG II und verschlimmern die ohnehin schon bestehende "Vergütungsbürokratie" noch weiter (dazu näher unten Rdn. 69 ff.).
- 5 Überdies wird der Entwurf auch dadurch belastet, dass die Aufnahme allgemeiner Forderungen der Corporate Social Responsibility (CSR)-Diskussion neue Unsicherheiten schafft, die das Einfallstor für weitreichende und nicht homogene Forderungen an Unternehmen sein können. Das ist der Rechtssicherheit besonders deshalb abträglich, weil die Rechtsprechung eine unrichtige oder unvollständige Entsprechenserklärung als ausreichenden Grund für die Anfechtung der Entlastung der Organe ansieht und deshalb jede Unschärfe im Kodex Anfechtungsrisiken nach sich zieht.
- 6 Der Entwurf bringt für die Unternehmen auf diese Weise Rechtsrisiken und erhebliche bürokratische Belastungen mit sich. Adäquate Vorteile stehen dem aus der Sicht des DAV nicht gegenüber. Der DAV tritt deshalb dafür ein, nicht nur die Empfehlungen A.19 und B.1 zu streichen und die Empfehlungen zur Vorstandsvergütung zu überarbeiten, sondern auch darüber hinaus von der beabsichtigten Kodex-Revision in Teilen Abstand zu nehmen, in der Systematik des bisherigen Kodex weiterzuarbeiten und den Fokus darauf zu richten, den existierenden Kodex zu verschlanken und nur dort, wo es im Interesse einer Verbesserung der Corporate Governance sinnvoll und notwendig ist, weiterzuentwickeln.

Zum Apply and Explain-Konzept

Zur Einführung der Grundsätze:

- 7 Der Entwurf führt, ausländischem Vorbild folgend, erstmals Grundsätze (Principles) ein, die "Ausdruck essentieller rechtlicher Vorgaben und elementarer Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung" sein sollen. Mit diesen Grundsätzen

umschreibt die Regierungskommission in Teilen geltendes Aktienrecht – teils mehr, teils weniger präzise. Von daher ist es nicht ganz zutreffend, wenn es in der Pressemitteilung der Regierungskommission heißt, dass künftig auf die Wiedergabe von Gesetzestexten verzichtet werde. Die Grundsätze enthalten genau dies, nur mit dem Unterschied, dass über Empfehlung A.19 die Anwendung geltenden Rechts nunmehr zum Bezugspunkt einer neuen Erklärung gemacht werden soll. Die deskriptiven Passagen im Kodex werden also nicht getilgt oder abgewertet, sondern im Gegenteil sogar in ihrer Bedeutung aufgewertet, nämlich zum Bezugspunkt einer neuen Apply and Explain-Erklärung erhoben.

- 8 Die Grundsätze sollen neben als wesentlich erachteten rechtlichen Vorgaben auch hinsichtlich Provenienz, Inhalt und Legitimation nicht näher erläuterte "elementare Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung" (Präambel Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs) reflektieren. Das führt zur Kreation eines eigenständigen Corporate Governance-Systems, das die gesetzlichen Vorgaben zwar beinhaltet, jedoch über diese hinausgeht. Der Kodex würde sich damit weiter von seiner ursprünglichen Funktion einer Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben lösen. Die im common law und insbesondere im gesamten CSR-Bereich verbreitete Regelungstechnik von Principles und ihrer weiteren Konkretisierung durch Empfehlungen, Best Practices u. ä. dient der Kreation von eigenständigen Rechtsregimen, insbesondere im transnationalen Bereich, wo nationalstaatliche Regelungen nicht vorhanden sind, zu kurz greifen oder eine transnationale Vereinheitlichung oder Angleichung von Rechtsregimen intendiert ist. In Anbetracht der Differenziertheit der deutschen gesetzlichen Regelungen, auch zu CSR-Themen, erscheint es fraglich, ob es eine Lücke gibt, die durch die Formulierung von Grundsätzen geschlossen werden muss, die dann ihrerseits eigenständig weiter ausdifferenziert werden. Solange es keine allgemeinverbindlichen Standards gibt, sollte die Kommission in Anbetracht der Unterschiedlichkeit der Corporate Governance-Vorstellungen bspw. der OECD, der Vereinten Nationen und anderer Standardsetzer klarstellen, dass es den Unternehmen überlassen bleibt, welche Standards sie anwenden wollen. Dies stünde in Übereinstimmung mit der EU-CSR-Reporting-Richtlinie und ihrer Umsetzung.
- 9 Dies gilt umso mehr, als nach der bereits im Rahmen der Kodexrevision 2017 eingeführten Regelung in der Präambel Abs. 7 des Entwurfs von institutionellen

Investoren explizit erwartet wird, dass sie ihre Eigentumsrechte "aktiv und verantwortungsvoll auf der Grundlage von transparenten und die Nachhaltigkeit berücksichtigenden Grundsätzen" ausüben sollen. Welche Grundsätze sind gemeint? Die UN Principles for Responsible Investment? Dow Jones Sustainability Index-Kriterien? GRI? Branchenspezifische ESG-Richtlinien? Was wird unter "Nachhaltigkeit" verstanden? Dies ist kein definierter Begriff, sondern ein Schlagwort, das in unterschiedlichen Kontexten verschiedene Aspekte umfassen kann. So wird der Begriff in der Präambel Abs. 1 Satz 3 ("nachhaltige" Wertschöpfung) möglicherweise mit anderen Inhalten unterlegt als in Abs. 7.

- 10 Diese inhaltsoffenen Begriffe führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Sie können von unterschiedlichen Investoren, NGOs, und sonstigen Stakeholdern mit sehr verschiedenen Inhalten ausgefüllt werden, die als Forderungen "guter Unternehmensführung" in Hauptversammlungen, aber auch in Klagen, bspw. im zunehmenden Bereich der "climate litigation", geltend gemacht werden. Wenn die Kommission derartige Forderungen einführt, sollte sie sie inhaltlich definieren und die möglichen Konsequenzen transparent abgewogen haben.

Zur Erläuterung der Anwendung der Grundsätze (Empfehlung A.19):

- 11 Nach Empfehlung A.19 sollen Aufsichtsrat und Vorstand – wohl in der Erklärung zur Unternehmensführung – erläutern, auf welche Weise sie die Grundsätze des Kodex anwenden ("apply and explain"). In Bezug genommen sind damit die insgesamt 30 Grundsätze des Entwurfs, die die jeweiligen Abschnitte einleiten und den jeweils zugehörigen Empfehlungen und Anregungen vorangestellt sind.
- 12 Ein solches Apply and Explain-System für das ausländische Kodizes Pate standen (etwa der britische oder der niederländische Kodex), mag in diesen anderen Rechtsordnungen sinnvoll und gesetzlich legitimiert sein. Die deutsche Regierungskommission hingegen überschreitet mit der Einführung eines solchen Systems das ihr zugedachte Mandat. Sie soll dem Anleger die wesentlichen Grundsätze des deutschen Corporate Governance Systems erläutern, und sie kann Empfehlungen aussprechen, aber auch nicht mehr. Die darauf bezogene Erklärungspflicht ist in § 161 AktG verankert, stammt also vom parlamentarischen

Gesetzgeber. Und nur der parlamentarische Gesetzgeber dürfte dieses Konzept ändern oder ausweiten.

- 13 Dem lässt sich nicht entgegnen, der eigentliche Appell der Kommission, die Einhaltung der Grundsätze zu erläutern, sei gerade in eine Empfehlung gekleidet. Denn es bestünde für die Unternehmen allenfalls in der Theorie die Option, Empfehlung A.19 abzulehnen. Sollte diese Empfehlung in den Kodex aufgenommen werden, bestünde ein erheblicher faktischer Zwang für die Unternehmen, sich zu den Grundsätzen und ihrer Anwendung zu erklären. Verweigerer würden – ungeachtet der jeweiligen Begründung – als intransparent wahrgenommen, und dies, obwohl die Erklärung zu den Grundsätzen des Kodex keinen nennenswerten Mehrwert für die Aktionäre und andere Kapitalmarktteilnehmer bietet (dazu sogleich). Letztlich will die Kommission durch eine "Hintertür" das gesetzliche Erklärungsprinzip ausbauen – vom "comply or explain" zum "apply and explain".
- 14 Es besteht auch kein Bedürfnis für diese neue Art der Erklärung. Schon jetzt müssen die Unternehmen kraft Gesetzes ihre Corporate Governance eingehend beschreiben, einschließlich der Arbeitsweise und der Zusammensetzung ihrer Organe und Ausschüsse. In großen Unternehmen umfasst diese Erklärung zur Unternehmensführung schon heute 20 und mehr Seiten mit durchaus granularen Informationen. Flankiert wird sie von weiteren Angaben zur Governance im Anhang, im Vergütungsbericht sowie im Bericht des Aufsichtsrats. Es bleibt unklar, welchen Mehrwert hierneben eine neue Apply and Explain-Erklärung innerhalb der Erklärung zur Unternehmensführung haben soll.
- 15 In der Erläuterung dazu heißt es, der Apply and Explain-Ansatz solle Aktionäre und andere Stakeholder in die Lage versetzen, die Ausgestaltung der Corporate Governance im Unternehmen zu beurteilen, die Verwendung von Standardtexten würde dem nicht gerecht. Der DAV glaubt nicht, dass der neue Ansatz tatsächlich zu mehr Transparenz führt und somit seinen Zweck erreichen kann. Denn Aktionäre und Investoren können Informationen, die nicht standardisiert sind, kaum mit vertretbarem Aufwand vergleichen und bewerten. Werden hingegen lediglich Standardformulierungen verwendet, ist ein Mehrwert dieser Informationen ebenfalls äußerst begrenzt.

- 16 Schließlich ist hervorzuheben, dass viele der im neuen Kodex formulierten Grundsätze sich aufgrund ihres Inhalts und ihrer Formulierung nicht als Bezugspunkt einer Apply and Explain-Erklärung eignen. Hier nur einige Beispiele:
- Nach Grundsatz 1 leitet der Vorstand das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse. Es bleibt völlig unklar, wie diese zutreffende, aber denkbar weitreichende und unscharfe Aussage zum Gegenstand einer sinnvollen Apply and Explain-Erklärung gemacht werden soll. Dies umso mehr, als die Regierungskommission sich in ihrer zugehörigen Medienpräsentation ausdrücklich gegen die "Verwendung von Standardtexten" ausspricht.
 - Ferner ist an Grundsatz 11 zu denken, wonach wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Personen und Unternehmen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Der Grundsatz gibt also den (künftigen) gesetzlichen Zustimmungsvorbehalt aus § 111b AktG i. d. F. des RefE ARUG II wieder. Dieser ist einer individuellen Umsetzung im Unternehmen nicht zugänglich. Was also soll dazu erläutert werden? Allenfalls könnten die Unternehmen erklären, dass sie den gesetzlichen Zustimmungsvorbehalt (selbstverständlich) achten. Welchen Mehrwert das haben soll, erschließt sich nicht.
- 17 Letztlich gilt das gleiche auch für die übrigen Grundsätze. In weiten Teilen beschreiben sie geltendes Recht, das von den Unternehmen naturgemäß zu beachten ist. Was soll eine zusätzliche Erläuterung, wie man das Gesetz beachtet, für einen Informationswert haben? Und was soll man vernünftigerweise dazu sagen? Soweit die Grundsätze über das geltende Recht hinausgehend "elementare Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung" reflektieren, ist überdies der Anspruch auf verpflichtende Einhaltung problematisch und erst recht wiederum die über Empfehlung A.19 vorgesehene Pflicht zur Erläuterung oder Begründung der Nichterläuterung. Empfehlung A.19 ließe letztlich eine weitere Aufblähung ohnehin kaum noch leserlicher Berichte durch standardisierte und weitestgehend inhaltslose Floskeln erwarten. Bedenkt man überdies, dass eine unrichtige Entsprechenserklärung nach § 161 AktG von der Rechtsprechung als Grund für die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses angesehen wird, sind künftige Anfechtungsklagen mit dem Argument, die Erläuterungen zu Empfehlung A.19 seien unzureichend, geradezu vorprogrammiert. Der DAV hält

Empfehlung A.19 für nicht vertretbar, sondern es scheint ihm zwingend, auf diese Empfehlung zu verzichten.

Zur Präambel

Zu Abs. 1 Satz 1 - Begriff der Corporate Governance:

- 18 Der Entwurf versteht unter "Corporate Governance", den "rechtliche[n] und faktische[n] Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens". Was konstitutiver Bestandteil des "rechtlichen" und insbesondere des "faktischen" Ordnungsrahmens ist, bleibt dabei offen. Das gilt nicht nur für die im DCGK 2017 eingeführte Bezugnahme auf das problematische Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns in Abs. 1 Satz 4 (dazu unten Rdn. 19), sondern insbesondere auch im Hinblick auf die nunmehr vorgesehene allgemeine Verpflichtung zu Corporate Social Responsibility in Abs. 2 (dazu unten Rdn. 20 ff.). Sie ist interpretationsoffen und lädt damit zu inhomogenen, nicht justiziablen Forderungen an Unternehmen ein. Die Umschreibung des Corporate Governance-Begriffs in Satz 1 sollte entweder auf die in der Erläuterung genannten konkreten Aspekte eingengt oder gestrichen werden. Ansonsten öffnet sie, insbesondere in Verbindung mit den allgemeinen CSR-Vorgaben in Abs. 2, die Tür zu einem weitgehenden Normierungsuniversum, für das die Deutsche Corporate Governance Kommission in § 161 AktG nur schwerlich eine Ermächtigungs- und Legitimationsgrundlage finden kann.

Zu Abs. 1 Satz 4 - Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns:

- 19 Das Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns in Abs. 1 Satz 4 ist nicht definiert und wird in der Literatur sehr unterschiedlich verstanden, sofern seine Tauglichkeit zur Steuerung moderner Konzerne nicht gänzlich in Abrede gestellt wird. Wenn die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft das Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns umfassen sollen (was nicht evident ist), dann sollte genauer definiert werden, was "ethisch fundiert" und "eigenverantwortlich" konkret bedeuten soll. Vgl. auch die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses vom Dezember 2016 zur DCGK-Revision für 2017.

Zu Abs. 2 - CSR Aspekte:

- 20 Die in Satz 1 formulierte Pflicht der Unternehmen, sich in ihrem Handeln der Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft und ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu sein, lässt offen, welche Rolle Unternehmen in der Gesellschaft spielen sollen und was ihre gesellschaftliche Verantwortung sein soll. Diese Frage ist Bestandteil der seit mehreren Dekaden stattfindenden CSR-Diskussion. Sie ist zwischen Wirtschaftsethikern, Politik- und Sozialwissenschaftlern und im rechtspolitischen Diskurs umstritten und ungeklärt. Zwar besteht die Tendenz, die Verantwortung der Unternehmen auf ihre Einflussosphäre und Wertschöpfungskette auszuweiten und Gemeinwohl- und Stakeholderinteressen stärker zu berücksichtigen. Im Detail ist jedoch noch vieles diskussions- und klärungsbedürftig. Insbesondere wird intensiv diskutiert, wer als Stakeholder zu qualifizieren ist und wessen Stimme mit welchem Gewicht von der Unternehmensleitung berücksichtigt werden soll oder darf. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass politischen Einfluss fordernde Interessengruppen häufig divergierende Interessen vertreten. Die Blankettformulierung in Abs. 2 Satz 1, die auch noch zwingend formuliert ist ("haben sich"), lädt zu weitreichenden, von den jeweiligen Protagonisten zu formulierenden Forderungen ein, die diese gegebenenfalls versuchen könnten, in den "courts of public opinion", in Hauptversammlungen oder sogar im Klagewege, legitimiert durch den DCGK zu thematisieren bzw. geltend zu machen.
- 21 Nach Satz 3 stellen Vorstand und Aufsichtsrat sicher, dass die potenziellen Auswirkungen von Sozial- und Umweltfaktoren auf die Unternehmensstrategie und operative Entscheidungen erkannt und adressiert werden. Eine solche Verpflichtung ist in dieser Allgemeinheit problematisch, insbesondere vor dem Hintergrund zunehmender Bestrebungen, aus transnationalen Normen wie den UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte oder den OECD Leitsätzen für Multinationale Unternehmen umfassende Verantwortungszuweisungen und Sorgfaltspflichten abzuleiten, die zu einer Aufhebung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips und zu einer weitgehenden "parent liability" führen können (vgl. jüngere Entscheidungen englischer Gerichte, z.B. *Lungowe v. Vedanta Resources plc* (2017) EWCA Civ 1528).
- 22 Es ist durchaus zu begrüßen, dass die Kommission den CSR-Diskurs und seine Auswirkungen auf Corporate Governance in den Blick nimmt. Allerdings muss er in

seiner Differenziertheit und Widersprüchlichkeit wahrgenommen und in seinen Konsequenzen diskutiert werden, bevor hierzu Regelungen, insbesondere mit derart weitreichenden Konsequenzen, verabschiedet werden können. Die in Abs. 2 formulierten Blankette sind in dieser Form von Unternehmen nicht umsetzbar und sollten ersatzlos gestrichen werden. Es besteht sonst das Risiko, dass bestimmte Interessengruppen versucht sein könnten, daraus sehr weitreichende Forderungen abzuleiten, die ausweislich der Erläuterungen in keiner Weise bedacht wurden.

Zu Abschnitt A. Leitung und Überwachung

Zu A.I. Aufgaben und Verantwortlichkeiten

Zu Grundsatz 1:

- 23 Nur dem Vorsitzenden obliegt die sachliche Koordination der Arbeit der Vorstandsmitglieder, während der Sprecher des Vorstands lediglich für die Einberufung und Leitung der Sitzungen und die Repräsentation des Vorstands nach außen zuständig ist. Deshalb sollte Satz 3 entweder gestrichen werden oder die alte Fassung aus der Präambel erhalten ("Der Vorstandsvorsitzende koordiniert die Arbeit der Vorstandsmitglieder.").

Zu Grundsatz 3:

- 24 Satz 2 sieht vor, dass der Aufsichtsratsvorsitzende die Belange des Aufsichtsrats nach außen wahrnimmt. Diese Formulierung ist zwar schon in der geltenden Fassung des Kodex enthalten (Ziff. 5.2 Abs. 1 Satz 2 DCGK 2017); sie ist aber missverständlich, da sie den unrichtigen Eindruck erweckt, der Aufsichtsrat sei für die Außendarstellung des Unternehmens zuständig. Sie sollte daher besser entfallen.

Zu Grundsatz 6:

- 25 Die Verpflichtung zur Einrichtung eines angemessenen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems ist neu. Als Wiedergabe der geltenden Gesetzeslage geht die Klausel zu weit, da eine generelle Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems nach h. M. nach wie vor nicht besteht.

Zu Grundsatz 8:

- 26 Die bisherige Empfehlung in Ziff. 4.1.5 DCGK 2017, bei der Besetzung von Führungspositionen im Unternehmen auf "Vielfalt (Diversity)" zu achten, wird in Grundsatz 8 als zwingende Rechtspflicht dargestellt. Das kann man bezweifeln, auch wenn der Begriff "Diversität" gänzlich unscharf ist. Die bisherige Form der Empfehlung ist hierfür besser geeignet. Vgl. auch unten Rdn. 43 und 63.

Zu A.II. Ausschüsse des Aufsichtsrats

Zu Grundsatz 9:

- 27 Die Feststellung, dass die Bildung von Ausschüssen bei größeren Unternehmen regelmäßig die Wirksamkeit der Arbeit des Aufsichtsrats fördere, ist neu. Sie ist zumindest unglücklich formuliert, da es nicht auf die Größe des Unternehmens sondern auf die Größe des Aufsichtsrats ankommt.

Zu Empfehlung A. 5:

- 28 Die Klarstellung, wonach mit den Aufgaben des Prüfungsausschusses auch das Plenum betraut sein kann, weil keine Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses besteht, ist zu begrüßen. Sinnvoll ist auch der neue klarstellende Satz zu den Elementen der Rechnungslegung.

Zu Empfehlung A. 6:

- 29 Wegfallen soll die Empfehlung in Ziff. 5.3.2 Abs. 3 Satz 2 DCGK 2017, wonach der Vorsitzende des Prüfungsausschusses kein ehemaliges Vorstandsmitglied sein soll, dessen Bestellung vor weniger als zwei Jahren endete. Diese Streichung ist zu begrüßen.

Zu A.III. Interessenkonflikte

Zu Empfehlung A. 8:

- 30 Interessenkonflikte von Vorstandsmitgliedern sollen unverzüglich gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats offengelegt werden, während der Kodex bislang in Ziff. 5.5.2 DCGK 2017 die Offenlegung gegenüber dem ganzen Aufsichtsrat vorsieht. Diese Änderung ist zu begrüßen.
- 31 Die Sätze 2 und 3 sind unverändert aus Ziff. 5.5.3 DCGK 2017 übernommen. Die Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung in Satz 2 ist jedoch schon bislang zu weit formuliert, wie sich aus der Rechtsprechung des BGH ergibt (BGH NZG 2013, 783/784). Sie sollte gestrichen werden. Zumindest sollte einschränkend angefügt werden: "...soweit dies ohne Verletzung der Verschwiegenheitspflicht möglich ist".

Zu Empfehlung A. 9:

- 32 Zu begrüßen ist auch hier die Einschränkung, dass der Interessenkonflikt des Vorstandsmitglieds nicht gegenüber dem gesamten Aufsichtsrat, sondern gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats sowie gegenüber dem Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands offenzulegen ist. Weiter heißt es, dass die anderen Vorstandsmitglieder hierrüber informiert werden sollen. Dabei ist unklar, was mit "hierüber" gemeint ist. Es sollte genügen, dass das Vorstandsmitglied die Kollegen darüber informiert, dass es sich in einem Interessenkonflikt befindet, ohne dass der Inhalt des Konflikts mitgeteilt werden müsste.

Zu A.VI. Sitzungen und Beschlussfassung

Zu Empfehlung A.13:

- 33 Die Empfehlung geht zurück auf Ziff. 3.6 Abs. 2 DCGK 2017. Dort heißt es, der Aufsichtsrat solle "bei Bedarf" ohne den Vorstand tagen. Diese Empfehlung wird nun dahin abgewandelt, dass der Aufsichtsrat "regelmäßig auch" ohne den Vorstand tagen soll. Damit wird das Bedürfnis nach Tagungen (auch) ohne den Vorstand zusätzlich betont, ohne in der Sache wirklich etwas zu ändern. Die Änderung erscheint daher zwar nicht notwendig, aber noch akzeptabel.

Zu Empfehlung A.14:

- 34 Die Empfehlung geht zurück auf Ziff. 5.4.7 Satz 1 DCGK 2017. Dort heißt es, es solle im Bericht des Aufsichtsrats vermerkt werden, falls ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte oder weniger der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen es angehört, teilgenommen hat. Die neue Empfehlung will sich nunmehr für eine Berichterstattung darüber aussprechen, an wie vielen Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse die einzelnen Mitglieder teilgenommen haben. Diese Angaben sind nach Auffassung der Regierungskommission besser geeignet, die individuellen Sitzungsteilnahmen offenzulegen, als die bisherige Vorgabe einer Transparenzschwelle. Dem wird man beipflichten können. Tatsächlich erschien die bisherige Transparenzschwelle in gewisser Weise willkürlich gegriffen. Hinzu kommt, dass die Angabe individueller Sitzungsteilnahmen schon heute von zahlreichen Gesellschaften praktiziert wird und daher tatsächlich als etablierte "gute Governance" bezeichnet werden kann.

Zu A.VII. Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats

Zu Empfehlung A.15

- 35 Die Empfehlung geht zurück auf Ziff. 5.6 DCGK 2017. Dort heißt es bislang, der Aufsichtsrat solle regelmäßig die Effizienz seiner Tätigkeit überprüfen, künftig soll es stattdessen heißen, der Aufsichtsrat solle regelmäßig beurteilen, wie wirksam er insgesamt und seine Ausschüsse ihre Aufgaben erfüllen (Satz 1). Außerdem soll diese Selbstbeurteilung im Abstand von höchstens drei Jahren extern unterstützt werden (Satz 2). Der Änderungsvorschlag betrifft also im Wesentlichen drei Punkte:
- Der Begriff der Effizienzprüfung soll durch denjenigen der Selbstbeurteilung ersetzt werden – ohne Auswirkung in der Sache, aber auch ohne erkennbaren Mehrwert.
 - Die Selbstbeurteilung soll ausdrücklich auch die Ausschussarbeit erfassen. Auch dies ist keine Änderung in der Sache. In größeren Aufsichtsräten wird stets ein Großteil der Arbeit zur Vorbereitung oder zur finalen Beschlussfassung an Ausschüsse delegiert. Daher hatte die bisherige Effizienzprüfung des

Aufsichtsrats selbstverständlich stets auch und insbesondere die Ausschussarbeit im Blick.

- Bislang stand es dem Aufsichtsrat frei, ob er für die Evaluation der eigenen Tätigkeit externe Unterstützung heranzieht oder ob er darauf verzichtet. Die Empfehlung zugunsten einer regelmäßigen externen Unterstützung im Drei-Jahres-Turnus ist daher neu. Ihr Mehrwert bleibt fraglich. Sie wirft aber für diejenigen Gesellschaften, die auf (kostspielige) externe Unterstützung verzichten möchten und dafür zukünftig eine Abweichung erklären müssten, in der Außenwahrnehmung einen hohen Rechtfertigungsbedarf auf. Sie sollte entfallen.

Zu A.VIII. Transparenz und externe Berichterstattung

Zu Grundsatz 17:

- 36 Nach diesem Grundsatz sollen Aufsichtsrat und Vorstand jährlich in der Erklärung zur Unternehmensführung ("EzU") über die Corporate Governance der Gesellschaft berichten. Der bislang empfohlene Corporate-Governance-Bericht soll im neuen Kodex entfallen. Dies ist insofern konsequent, als in der Unternehmenspraxis die EzU und der Corporate-Governance-Bericht zumeist ohnehin eine Einheit bildeten. Wenn die Corporate Governance die Berücksichtigung von CSR-Aspekten in der in der Präambel angesprochenen weiten Form umfassen soll, stellt sich die Frage, wie diese Berichterstattung zu den differenzierteren Vorgaben des CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetzes stehen soll.

Zu Empfehlung A.19:

- 37 Vgl. dazu oben Rdn. 11 ff.

Zu A.IX. Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer

Zu Grundsatz 18

- 38 Die Formulierung, der Abschlussprüfer unterstütze den Aufsichtsrat bzw. den Prüfungsausschuss "bei der Überwachung der Geschäftsführung, insbesondere bei ..."

hat eine etwas überschießende Tendenz. Der DAV regt an, die Worte "bei der Überwachung der Geschäftsführung, insbesondere" zu streichen, so dass es dann hieße:

"Der Abschlussprüfer unterstützt den Aufsichtsrat bzw. den Prüfungsausschuss bei der Prüfung der Rechnungslegung und der Überwachung der rechnungslegungsbezogenen Kontroll- und Risikomanagementsysteme."

Zu Abschnitt B. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Zu Grundsatz 19

- 39 Ausweislich der Entwurfsbegründung soll Grundsatz 19 den bisherigen Absatz 7 der Präambel des DCGK 2017 ersetzen. Dabei soll die Neufassung unverändert zum Ausdruck bringen, dass die Hauptversammlung und gegebenenfalls die Mitbestimmungsgesetze über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmen, ohne die betreffenden Gesetzesbestimmungen (zu) ausführlich wiederzugeben. Das Resultat ist ein potenziell missverständlicher Wortlaut von Grundsatz 19. Insbesondere die Formulierungen, dass dem Aufsichtsrat "*regelmäßig*" die von den Aktionären bestellten Mitglieder angehören und "*je nach der Zahl der Mitarbeiter*" Mitglieder, die nach den Mitbestimmungsgesetzen von den Arbeitnehmern bestimmt werden, sind wenig informativ und transparent. Es wird daher vorgeschlagen, Grundsatz 19 Satz 1 durch folgende Sätze zu ersetzen:

"Der Aufsichtsrat setzt sich zusammen aus Vertretern der Aktionäre und gegebenenfalls Vertretern der Arbeitnehmer. Die Vertreter der Aktionäre werden von der Hauptversammlung gewählt oder bei Bestehen eines Entsenderechts von dem oder den entsendeberechtigten Aktionär(en) entsandt. Die Mitbestimmungsgesetze entscheiden abhängig von der Zahl der Mitarbeiter des Unternehmens darüber, ob und gegebenenfalls wie viele Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vertreten sind."

Zu Empfehlung B.1:

- 40 Nach dieser Empfehlung sollen Anteilseignervertreter maximal für eine Amtszeit von drei Jahren bestellt werden. Begründet wird dies mit internationalen Gepflogenheiten und erhöhter Flexibilität, insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen eines sich entwickelnden Kompetenzprofils und Veränderungen in der Aktionärsstruktur. Dieser Argumentation vermag der DAV nicht zu folgen, die Empfehlung ist verfehlt und sollte gestrichen werden. Eine derart kurze Amtszeit schafft eine nicht nachvollziehbare Asymmetrie zur Regelamtszeit des Vorstands von 5 Jahren und begründet die Gefahr, dass die Qualität der Aufsichtsratsarbeit leidet. Insbesondere neu gewählten Aufsichtsratsmitgliedern lässt Empfehlung B.1 kaum ausreichend Zeit, um "ihr" Unternehmen ausreichend kennenzulernen und ein ausreichendes Vertrauensverhältnis zu "ihrem" Vorstand zu entwickeln, um ihrer Überwachungs- und Beratungsaufgabe entsprechend nachzukommen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass für maximal drei Jahre bestellte Aufsichtsratsmitglieder ihr Potenzial nie richtig entfalten können und daher auch für eine Wiederwahl nicht in Betracht kommen, zumal der Prozess für Wahlvorschläge des Aufsichtsrats weit vor Ablauf der drei Jahre beginnt.
- 41 Außerdem ist zu bedenken, wie sich eine verkürzte Amtszeit für Anteilseignervertreter zur Amtszeit der Arbeitnehmervertreter verhält. Regelt die Satzung die Verkürzung der Amtszeit auf 3 Jahre, zieht das eine entsprechende Verkürzung der Amtszeit für Arbeitnehmervertreter nach sich (§§ 5 Abs. 1 DrittelbG, 15 Abs. 1 MitbestG). Folge ist eine erhöhte Taktung von Aufsichtsratswahlen, die angesichts des aufwendigen und langwierigen Wahlverfahrens der Arbeitnehmervertreter zu einer erheblichen Belastung für die Unternehmen führt, Unruhe in die Belegschaft bringt und in besonderem Maße die Gefahr häufiger und verfrühter Wechsel im Aufsichtsrat begründet. Lässt die Satzung weiterhin eine längere Amtszeit zu, führt Empfehlung B.1 dazu, dass Anteilseignervertreter für 3 Jahre, Arbeitnehmervertreter aber für 5 Jahre gewählt werden. Das wäre eine geradezu diskriminierende Ungleichheit zwischen der Amtszeit der Anteilseigner- und der Arbeitnehmervertreter.
- 42 Um die Zusammensetzung des Aufsichtsrats an eine geänderte Aktionärsstruktur anpassen zu können, besteht kein Bedürfnis für eine maximal dreijährige Amtszeit der Anteilseignervertreter. Das Aktienrecht stellt ausreichend Mechanismen zur Verfügung,

gegebenenfalls eine Auswechslung von Anteilseignervertretern vor Ablauf der Amtszeit zu erreichen. Gleiches gilt für Anpassungen, die aufgrund veränderter Kompetenzanforderungen sinnvoll werden, abgesehen davon, dass sich das benötigte Kompetenzprofil schwerlich im 3-Jahrestakt ändern wird.

Zu Grundsatz 20:

- 43 Ziffer 5.4.1 Abs. 2 Satz 3 DCGK 2017 enthält eine Empfehlung, wonach der Aufsichtsrat für seine Zusammensetzung im Rahmen der unternehmensspezifischen Situation unter anderem Vielfalt (Diversity) angemessen berücksichtigen soll. Demgegenüber stuft der Entwurf "erforderliche Vielfalt" bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch seine Aufnahme in den Grundsatz 20 als elementaren Standard guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung hoch, der anzuwenden und nach Empfehlung A.19 zu erläutern wäre. Eine Begründung für diese Umqualifizierung der Diversitätsanforderung bleibt der Entwurf schuldig. In Anbetracht des Fehlens jeglicher rechtlicher Vorgaben zur Diversität außerhalb der Geschlechterquote sowie der Unbestimmtheit des Begriffs der Diversität und des Maßstabs der Erforderlichkeit sollte von der Aufnahme der Diversitätsanforderung bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Grundsatz 20 Abstand genommen werden. Die bisherige Form einer Empfehlung ist hierfür besser geeignet.
- 44 Was das Unabhängigkeitserfordernis bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats anbelangt, ist eine angemessene Anzahl unabhängiger Anteilseignervertreter Gegenstand der Entwurfsempfehlung B.7, für die das Comply or Explain-Prinzip gilt. Gleichzeitig soll die Anforderung, dass der Aufsichtsrat so zusammengesetzt sei, dass die Mitglieder insgesamt über die erforderliche Unabhängigkeit verfügen, im Rahmen von Grundsatz 20 dem Apply and Explain-Prinzip unterfallen. Es ist jedoch systematisch fehlerhaft, das gleiche Erfordernis einmal als Empfehlung und ein anderes Mal als Grundsatz zu formulieren. Zur Vermeidung von Inkonsistenzen und Widersprüchen innerhalb des Kodex sollte es hinsichtlich der Anforderungen an die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei Empfehlung B.7 verbleiben. Aus Grundsatz 20 sollte das Unabhängigkeitserfordernis gestrichen werden. Zudem ist auch unklar, was mit der erforderlichen Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder "insgesamt" gemeint ist, zumal Empfehlung B.7 gerade klarstellt, dass ein

Unabhängigkeitserfordernis nur hinsichtlich einer angemessenen Anzahl von Anteilseignervertretern besteht.

Zu Empfehlung B.4:

- 45 Die Empfehlung, dass die Dauer der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat offengelegt werden soll, ist im Sinne verbesserter Transparenz zu begrüßen, zumal die Zugehörigkeitsdauer Auswirkungen auf die Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds haben kann. Ebenso ist die vorgeschlagene Streichung der in Ziffer 5.4.1 Abs. 1 Satz 2 DCGK 2017 enthaltenen Empfehlung, wonach eine festzulegende Regelgrenze für die Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats angemessen zu berücksichtigen ist, zu begrüßen. Gegenüber einer mechanisch wirkenden Regelgrenze für die Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat scheint es sachgerechter, die potenzielle Auswirkung der Zugehörigkeitsdauer als einem Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds im Einzelfall zu berücksichtigen.

Zu Empfehlung B.5:

- 46 Die grundsätzliche Beschränkung in Empfehlung B.5 auf maximal fünf Aufsichtsratsmandate bei börsennotierten Gesellschaften erscheint nicht zwingend, da Grundsatz 21, wonach jedes Aufsichtsratsmitglied darauf achtet, dass ihm für die Wahrnehmung seiner Aufsichtsratsaufgaben genügend Zeit zur Verfügung steht, bereits ein Korrektiv gegen jegliche Form des Overboarding enthält.
- 47 Sollte es bei einer über die gesetzliche Höchstgrenze hinausgehenden Empfehlung zur maximalen Zahl von Aufsichtsratsmandaten verbleiben, sollten zumindest die folgenden Anpassungen vorgenommen werden: Zum einen sollten Aufsichtsratsmandate bei börsennotierten Gesellschaften, die zu ein und demselben Konzern gehören, nur als ein Aufsichtsratsmandat gelten. Dies würde einen Gleichlauf mit Empfehlung B.6 herstellen und wäre auch konsistent mit der Privilegierung von Konzernmandaten in gesetzlichen Inkompatibilitätsvorschriften, wie etwa § 101 Abs. 2 Satz 2 AktG oder § 25d Abs. 3 KWG. Zum anderen sollte die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Empfehlung B.5 auf Aufsichtsratsmitglieder, die "keinem geschäftsführenden Organ einer Unternehmung" angehören, entsprechend den Anmerkungen zu Empfehlung B.6 (unten Rdn. 48) angepasst werden.

Zu Empfehlung B.6:

- 48 Die Mandatsbeschränkungen in Empfehlung B.6 sind aus Sicht des DAV in zweierlei Hinsicht zu rigide. Zum einen erscheint es nicht sachgerecht, dass die Empfehlung der Beschränkung auf zwei Aufsichtsratsmandate bei konzernexternen börsennotierten Unternehmen durch die Mitgliedschaft im geschäftsführenden Organ jeglicher "Unternehmung" ausgelöst wird. Vielmehr sollte die Empfehlung nur Anwendung finden, wenn das Aufsichtsratsmitglied dem geschäftsführenden Organ einer börsennotierten Gesellschaft oder eines sonstigen gewerblichen Unternehmens angehört, das nicht ausschließlich vermögensverwaltend für das Aufsichtsratsmitglied oder ihm verbundene Personen tätig ist. Zum anderen ist nicht nachvollziehbar, warum ein Mitglied eines geschäftsführenden Organs keinen Aufsichtsratsvorsitz wahrnehmen soll. Vielmehr sollte auch im Rahmen von Empfehlung B.6 konsistent mit Empfehlung B.5 ein Aufsichtsratsvorsitz doppelt zählen und damit zumindest ein Aufsichtsratsvorsitz neben der Mitgliedschaft in der Geschäftsleitung eines Unternehmens im Einklang mit Empfehlung B.6 möglich sein.

Zu Empfehlung B.7:

- 49 In Empfehlung B.7 soll klargestellt werden, dass sich die Forderung nach Unabhängigkeit nur auf die Anteilseignerseite bezieht, die folgerichtig auch die Einschätzung darüber zu treffen hat, welche Anzahl unabhängiger Mitglieder in der konkreten Gesellschaft "angemessen" ist. Das ist aus Sicht des DAV zu begrüßen, ebenso wie die jetzt positive ("dann als unabhängig anzusehen") und abschließende (zuvor: "insbesondere dann nicht", 5.4.2 DCGK 2017) Definition der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds.

Zu Empfehlung B.8:

- 50 Empfehlung B.8 will Indikatoren für die fehlende Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds auflisten, die der Aufsichtsrat (d.h. die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat, vgl. Empfehlung B.7) "insbesondere" berücksichtigen soll, wenn er die Unabhängigkeit seiner Mitglieder einschätzt. Bei einigen dieser Indikatoren sieht der DAV insbesondere vor dem Hintergrund der möglichen Anfechtungsrisiken (vgl. unten zu Empfehlung B.9, Rdn. 56 ff.) Nachbesserungsbedarf:

- 51 - Erster und zweiter Spiegelstrich: Nach dem Wortlaut ist nicht eindeutig, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das im Zeitpunkt seiner Wahl wegen der noch laufenden Cooling Off-Periode oder wegen Bestehens bestimmter geschäftlicher Beziehungen nicht unabhängig war, nach Ablauf der Cooling Off-Periode bzw. nach Wegfall der geschäftlichen Beziehungen ohne weiteres als unabhängig gilt. Die Klarstellung könnte ganz einfach dadurch erfolgen, dass im ersten Spiegelstrich die Worte "in den zwei Jahren vor der Ernennung" durch "in den vergangenen zwei Jahren" und im zweiten Spiegelstrich die Worte "aktuell oder in dem Jahr bis zu seiner Ernennung" durch "aktuell oder im laufenden Kalenderjahr" ersetzt werden.
- 52 - Zweiter Spiegelstrich: Unklar ist auch, wann ein Aufsichtsratsmitglied eine "verantwortliche Funktion" in einer Unternehmung innehat. Hier sollte zumindest eine Konkretisierung, etwa in Anlehnung an § 76 Abs. 4 AktG eine Beschränkung auf die Führungsebene unterhalb des Vorstands, vorgesehen werden. Zum ebenfalls unklaren und zu weitgehenden Begriff der "Unternehmung" vgl. bereits Anmerkung zu Empfehlung B.6, oben Rdn. 48.
- 53 - Vierter Spiegelstrich: Die Unabhängigkeit soll grds. auch dann entfallen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zu einem Vorstandsmitglied in einer "nahen familiären Beziehung" steht. Diese Formulierung ist unklar. Aus Sicht des DAV wäre wiederum eine Klarstellung z.B. durch Rückgriff auf die Definition der "eng verbundenen Person" in der MAR oder durch Verwendung familienrechtlich definierter Kategorien wünschenswert.
- 54 - Fünfter Spiegelstrich: Entsprechendes gilt für die ebenfalls unklare Voraussetzung einer "persönlichen Beziehung" zu einem kontrollierenden Aktionär.
- 55 - Sechster Spiegelstrich: Die Unabhängigkeit soll auch dann in Frage stehen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied seit mehr als 12 Jahren im Amt ist. Diese Zeitspanne ist nach Auffassung des DAV zu kurz, weil in jedem Fall drei volle Amtszeiten abgedeckt bei einer Amtsperiode von fünf Jahren werden sollten. Mindestens sollte deshalb die Begrenzung auf 15 Jahre angehoben werden, was im Übrigen auch den Empfehlungen von Stimmrechtsberatern (etwa Glass

Lewis) entspricht. Zur Amtsperiode von fünf Jahren vgl. auch die Anmerkungen zu Empfehlung B.1, oben Rdn. 40.

Zu Empfehlung B.9:

- 56 Nach Empfehlung B.9 soll in der Erklärung zur Unternehmensführung begründet werden, wenn "ein oder mehrere der [in B.8] genannten Indikatoren erfüllt sind und das betreffende Aufsichtsratsmitglied dennoch als unabhängig angesehen wird". Unterbleibt eine solche Begründung und wird gleichzeitig keine Abweichung von der Empfehlung B.9 erklärt, ist die Entsprechenserklärung fehlerhaft, mit der Folge von Anfechtungsrisiken nicht nur für Entlastungsbeschlüsse, sondern insbesondere auch für den Wahlbeschluss. Diese Anfechtungsrisiken bestehen unter Umständen auch schon dann, wenn Aktionäre die gegebene Begründung als nicht überzeugend einstufen.
- 57 Um zu verhindern, dass eine – wegen der zahlreichen Unklarheiten in Empfehlung B.8 leicht mögliche – unzutreffende Auslegung der Unabhängigkeitsindikatoren solche Anfechtungsrisiken begründet, sollte auf die Aufnahme der Begründung in die Erklärung zur Unternehmensführung verzichtet werden, mindestens aber sichergestellt sein, dass die Indikatoren klar und unmissverständlich formuliert sind. Vom Aufsichtsrat kann nicht verlangt werden, dass er Risiken durch eine besonders vorsichtige Auslegung der Indikatoren vermeidet, weil ansonsten zu viele Personen als nicht unabhängig eingestuft werden müssten.
- 58 Unklar ist im Übrigen auch, welche Anforderungen an die Begründung gemäß Empfehlung B.9 zu stellen sind. Richtigerweise dürfen die Anforderungen nicht hoch sein, weil Voraussetzung für die Einhaltung der Empfehlung nicht ist, dass die Begründung auch trägt. Dennoch steht zu befürchten, dass die Erklärungen zur Unternehmensführung prophylaktisch mit Ausführungen zur Unabhängigkeit überfrachtet werden, sobald bei Aufsichtsratsmitgliedern, die als unabhängig eingestuft werden, möglicherweise ein Indikator erfüllt sein könnte.

Zu Empfehlungen B.10 und B.11:

- 59 In den Empfehlungen B.10 und B.11 wird eine in den vorausgegangenen Empfehlungen nicht angelegte Differenzierung zwischen der Unabhängigkeit eines

Aufsichtsratsmitglieds von der Gesellschaft, vom Vorstand und vom kontrollierenden Aktionär vorgenommen. Wann eine Unabhängigkeit nur von Vorstand und Gesellschaft oder nur vom kontrollierenden Aktionär vorliegt, wird nicht deutlich. Unklar bleibt auch, ob und gegebenenfalls welche der einzelnen in Empfehlung B.8 genannten Indikatoren bei der Beurteilung der drei Kategorien von Unabhängigkeit konkret zu berücksichtigen sind.

- 60 Die Empfehlung B.11, wonach außer im Fall eines Dreier-Aufsichtsrats mindestens zwei Vertreter der Anteilseignerseite unabhängig vom kontrollierenden Aktionär sein sollen, hält der DAV für zu weitgehend. Sie würde insbesondere in kleineren Gesellschaften dazu führen, dass sich die Vertreter des Mehrheitsaktionärs nicht mehr durchsetzen könnten. Dieses Problem stellt sich bereits in einem drittelparitätisch mitbestimmten Aufsichtsrat mit insgesamt sechs Mitgliedern. Die zwei vom kontrollierenden Aktionär abhängigen Aufsichtsratsmitglieder sähen sich hier zwei Arbeitnehmervertretern und zwei unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber. Das ist aus Sicht des DAV unangemessen und steht im Widerspruch zu den konzernrechtlichen Vorschriften des Gesetzes, die eine Konzernleitung durch das herrschende Unternehmen ausdrücklich zulassen.

Zu Empfehlung B.13:

- 61 Gemäß Empfehlung B.13 sollen Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben und nicht in einer persönlichen Beziehung zu einem Wettbewerber stehen. Eine persönliche Beziehung wird typischerweise nicht zum Wettbewerber selbst bestehen, da dieser regelmäßig eine juristische Person sein wird, sondern allenfalls zu dessen Organmitgliedern oder einem kontrollierenden Gesellschafter. Welches Verhältnis zu welchen Personen genau eine derartige persönliche Beziehung begründen soll, wird nicht deutlich.

Zu Abschnitt C. Besetzung des Vorstands

Zu Grundsatz 22:

- 62 Grundsatz 22 intendiert ausweislich der Entwurfsbegründung eine Konkretisierung der Zuständigkeiten des Aufsichtsrats hinsichtlich der Besetzung des Vorstands. Dabei geht jedenfalls der Wortlaut des Grundsatzes über die gesetzlichen Zuständigkeiten des Aufsichtsrats teilweise hinaus und ist daher zumindest missverständlich. So kann der Aufsichtsrat nur innerhalb der gesetzlichen und etwaiger satzungsmäßiger Vorgaben über die Zahl der Vorstandsmitglieder entscheiden. Auch hinsichtlich des Zuschnitts der Ressorts besteht keine ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Vielmehr kann die Satzung zumindest Einzelfragen bindend regeln. Zudem kann der Vorstand den Zuschnitt der Ressorts selbst regeln, soweit die Satzung nicht die Befugnis zum Erlass der Geschäftsordnung für den Vorstand dem Aufsichtsrat zuweist oder der Aufsichtsrat auch ohne spezielle satzungsmäßige Zuweisung den Ressortzuschnitt geregelt hat. Grundsatz 22 sollte daher wie folgt ergänzt werden:

"Der Aufsichtsrat entscheidet im Rahmen gesetzlicher und satzungsmäßiger Vorgaben über die Anzahl....."

- 63 Hinsichtlich der Pflicht, auf die "gebotene Diversität" zu achten, gilt das Gleiche wie oben Rdn. 43 zu Grundsatz 20 ausgeführt. Unklar ist, ob zwischen "erforderlicher" Diversität für den Aufsichtsrat und "gebotener" Diversität für den Vorstand ein inhaltlicher Unterschied bestehen soll oder nur eine sprachliche Ungenauigkeit vorliegt. Die in Ziffer 5.1.2. Abs. 1 Satz 2 DCGK 2017 enthaltene Empfehlung, wonach der Aufsichtsrat bei der Besetzung des Vorstands auch auf Diversity (Vielfalt) achten soll, wird im Entwurf zum verbindlichen Grundsatz hochgestuft. In Anbetracht des Fehlens jeglicher rechtlicher Vorgaben zur Diversität im Vorstand außerhalb der flexiblen Geschlechterquote des § 111 Abs. 5 AktG und der Unbestimmtheit des Begriffs der Diversität und des Maßstabs der Gebotenheit sollte von der Aufnahme der Diversitätsanforderung bei der Zusammensetzung des Vorstands in Grundsatz 22 abgesehen werden. Die bisherige Form der Empfehlung ist hierfür besser geeignet.

Zu Empfehlung C.2:

- 64 Statt der Anregung in Ziffer 5.1.2 Abs. 2 Satz 1 DCGK 2017, wonach bei der Erstbestellung eines Vorstandsmitglieds die maximal mögliche Bestelldauer von fünf Jahren nicht die Regel sein sollte, enthält der Entwurf die Empfehlung, die Erstbestellung eines Vorstandsmitglieds auf drei Jahre zu begrenzen. Die Empfehlung ist grundsätzlich sachgerecht, und Erstbestellungen werden in der Praxis auch häufig entsprechend gehandhabt. Erfahrene und qualifizierte Vorstandsmitglieder werden sich jedoch bei einem Wechsel nicht auf eine entsprechende Begrenzung ihrer Amtsdauer bei der Erstbestellung einlassen. Um sie dennoch als Vorstandsmitglied zu gewinnen, müsste jeweils eine Abweichung von der Kodexempfehlung erklärt und diese erläutert werden. Vorzugswürdig wäre, im Wortlaut der Empfehlung bereits eine entsprechende Flexibilität vorzusehen. Der DAV schlägt daher vor, Empfehlung C.2 wie folgt zu ergänzen:

"Die Erstbestellung von Vorstandsmitgliedern soll in der Regel für längstens drei Jahre erfolgen."

Zu Abschnitt D. Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat

Zu Grundsatz 23:

- 65 Die Richtigkeit dieses Grundsatzes steht unter dem Vorbehalt, dass das ARUG II entsprechend dem derzeit vorliegenden Referentenentwurf Gesetz wird. Mit diesem Vorbehalt ist anzumerken: Die Formulierung des Grundsatzes weicht ohne Anlass von der gesetzlichen Formulierung ab ("legt fest" anstelle von "beschließt"). Eine Orientierung an der Gesetzesformulierung wäre vorzugswürdig.
- 66 Grundsatz 23 ist neben den Beispielen oben Rdn. 16 ein weiteres prägnantes Beispiel für die Probleme, die sich damit verbinden, dass die Gesellschaften künftig gemäß Empfehlung A.19 erläutern sollen, auf welche Weise sie die Grundsätze anwenden (zur generellen Kritik an dem vorgeschlagenen Apply and Explain-Konzept vgl. oben Rdn. 7 ff.). Die Beschreibung und Erläuterung des Vorstandsvergütungssystems erfolgt nach den gesetzlichen Berichtspflichten für die Vergangenheit bereits im Vergütungsbericht

sowie mit Blick auf die Zukunft in der Einladung zur Hauptversammlung, der das Vergütungssystem zur Billigung vorgelegt wird. Diese Informationen nochmals in der jährlichen Erklärung zur Unternehmensführung über die Corporate Governance der Gesellschaft in gleicher oder in verkürzter Form wiederzugeben, trägt allenfalls zu einer Wiederholung und Aufblähung der Berichtspflichten des Unternehmens und nicht zu einer Erhöhung der Transparenz bei. Im Übrigen beschränkt sich der Grundsatz auf eine Wiedergabe der gesetzlichen Kompetenzordnung im Hinblick auf das Vorstandsvergütungssystem und ist insoweit nicht näher erläuterungsbedürftig. Falls die Kommission am Apply and Explain-Konzept festhält, sollte sie auf Grundsatz 23 verzichten, zumindest aber klarstellen, dass insoweit den Erläuterungs- und Berichtspflichten bereits durch die Erfüllung der gesetzlichen Berichtspflichten im Vergütungsbericht bzw. gegenüber der Hauptversammlung Rechnung getragen wird oder eine Bezugnahme auf diese in der Erklärung zur Unternehmensführung auf diese genügt.

Zu Grundsatz 24:

- 67 Der Grundsatz reflektiert in Teilen die gesetzlichen Vorgaben an die Festsetzung der Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds nach § 87 Abs. 1 AktG. Abweichend von der Formulierung in Grundsatz 24 Satz 2 ist die Vergütungsstruktur allerdings insgesamt, also nicht nur in ihren variablen Vergütungselementen, auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten.

Zu Grundsatz 25:

- 68 Der Grundsatz reflektiert den Inhalt des Vergütungssystems nach § 87a AktG i. d. F. des Referentenentwurfs ARUG II nicht vollständig. Wesentliche Gesichtspunkte der gesetzlichen Vorgaben, etwa die Erläuterung, wie die Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer bei der Festsetzung der Vergütungspolitik berücksichtigt wurden, fehlen. Dies ist hinnehmbar, sollte aber in der Eingangsformulierung durch die Ergänzung von "unter anderem" oder "insbesondere" zum Ausdruck gebracht werden.

Zu Empfehlung D.2:

- 69 Im Grundsatz ist zu begrüßen, wenn der Kodex künftig konkretisiert, dass die Empfehlung zu den Höchstgrenzen ("Caps") sich auf den Aufwand der Gesellschaft für das Jahr bezieht, für das die Vergütung gewährt wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die langfristige variable Vergütung in "echten" Aktien gewährt werden soll. Die Erläuterungen zum Kodexentwurf stellen klar, dass insoweit der Zeitpunkt der Gewährung maßgebend ist. Da der neue Begriff "Aufwands-Höchstbeträge" auch dahingehend missinterpretiert werden könnte, dass es sich um einen Aufwands-Höchstbetrag für die Vorstandsvergütung insgesamt, d. h. bezogen auf alle Vorstandsmitglieder handele, sollte klargestellt werden, dass es auch weiterhin um eine Begrenzung ("Cap") für die Vorstandsvergütung der jeweiligen Vorstandsmitglieder geht. Der Aufwand der Gesellschaft für die Vergütung des Gesamtvorstands kann sich nämlich auch unabhängig von einem bestehenden Cap für die Vergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder erhöhen, wenn es unterjährig zu einem Vorstandswechsel kommt, und deshalb der Aufwand der Gesellschaft für die Vorstandsvergütung steigt.

Zu Empfehlung D.3:

- 70 Die generelle Zuweisung von Altersversorgungsleistungen zur Kategorie der Festvergütung bedeutet eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Unternehmen. Sie vermag sachlich nicht zu überzeugen und steht bei Kreditinstituten zudem im Widerspruch zur Auffassung der BaFin, die Altersversorgungsbeiträge nur dann der Festvergütung zuordnet, wenn sie fixe Beträge darstellen bzw. an die Festvergütung anknüpfen. Ist die Höhe der Beiträge zur Altersversorgung vom Erfolg des Unternehmens abhängig, z. B. indem ihre Höhe von der Höhe der ausgezahlten variablen Vergütung abhängt, werden sie von der BaFin nach den Vorgaben der InstitutsVergV als variable Vergütung eingestuft. In der Praxis findet man heute solche Gestaltungen insbesondere bei regulierten Unternehmen zwar nur noch sehr selten. Gleichwohl sollten Widersprüche zwischen dem Kodex und der InstitutsVergV bei der Einstufung als feste oder variable Vergütung im Interesse börsennotierter regulierter Unternehmen und der Einheit der Rechtsordnung vermieden werden.

Zu Empfehlung D.4:

- 71 Die Empfehlung widerspricht der aktuell üblichen Handhabung in der Praxis, die bei dem Verhältnis von Festvergütung und variablen Vergütungselementen allenfalls zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und sonstigen Vorstandsmitgliedern unterscheidet. Eine Unterscheidung im Hinblick auf die Anforderungen und Aufgaben des jeweiligen Vorstandsmitglieds ist demgegenüber die Ausnahme. Vorzugswürdig erscheint, bei der Bestimmung individueller Ziele nach den Anforderungen und Aufgaben des jeweiligen Vorstandsmitglieds zu differenzieren, nicht aber bei dem Verhältnis zwischen Festvergütung und variabler Vergütung.

Zu Empfehlung D.5:

- 72 Die neue Empfehlung geht über die bisherige Empfehlung in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 8 DCGK 2017 hinaus, der nur eine nachträgliche Änderung der Erfolgs- oder der Vergleichsparameter, insbesondere ein Repricing von Stock-Options, untersagt. Im Regelfall erscheint es sachgerecht und entspricht der allgemein üblichen Praxis, dass die Gewährung der variablen Vergütungsbestandteile von der Erreichung von für die betreffende Periode jeweils vorher festgelegten Zielen abhängt. Allerdings kann es in der Praxis durchaus das Bedürfnis geben, im Einzelfall außergewöhnlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Auch kann eine unterjährige Strategieänderung eine Anpassung der Ziele auch während einer laufenden Periode erforderlich machen.
- 73 Dies scheint im Grundsatz auch die Kommission so zu sehen, wenn sie in den Erläuterungen für außergewöhnliche Entwicklungen auf Empfehlung D. 12 verweist. Das Verhältnis dieser beiden Empfehlungen ist indes nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Kodex zu entnehmen. Dies gilt umso mehr, als Empfehlungen D.12 aufgrund der in Satz 2 vorgesehenen Regelung zu Clawback-Klauseln auch so interpretiert werden könnte, dass sie nur oder in erster Linie außergewöhnliche negative Entwicklungen erfasst. Daher sollte der Kodex klarstellen, dass Empfehlung D.5 den Aufsichtsrat nicht an der Honorierung außergewöhnlichen Leistungen der Vorstandsmitglieder hindert, die durch die im vorhinein festgelegten Zielvorgaben nicht hinreichend reflektiert sind. Dies könnte etwa durch den Zusatz "vorbehaltlich außergewöhnlicher Entwicklungen" und die Streichung des Wortes "allein" geschehen.

In jedem Fall wäre eine ausdrückliche Klarstellung zum Verhältnis der Empfehlungen D.5 und D.12 in den Erläuterungen geboten.

Zu Grundsatz 26:

- 74 Der Grundsatz scheint auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zu rekurrieren, wonach der Aufsichtsrat bei Festsetzung der Gesamtbezüge des Vorstands dafür zu sorgen hat, dass die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe überschritten wird. In der Praxis wird dies regelmäßig durch einen von einem Vergütungsberater durchgeführten Peer Group-Vergleich sichergestellt. Dieser Peer Group-Vergleich ist Gegenstand der Empfehlung D.8. Was die Unternehmen im Hinblick auf die Gewährleistung der Üblichkeit der gewährten Vergütung zusätzlich im Rahmen ihres Berichts zur Unternehmensführung erläutern sollen, bleibt unklar.

Zu Grundsatz 27:

- 75 Die Formulierung, im Vergütungssystem sei "*bestimmt*", widerspricht dem Umstand, dass die Vergütungspolitik lediglich beschreibenden Charakter hat. Die Bestimmung der Vergütungsbestandteile erfolgt demgegenüber im Zuge der Festsetzung der Vergütung durch den Aufsichtsrat. Anstelle von „bestimmt“ sollte daher besser der Begriff "beschrieben" Verwendung finden.

Zu Empfehlung D.7:

- 76 Die Empfehlung würde für kodextreue Gesellschaften eine empfindliche Einschränkung ihrer Gestaltungsfreiheit bedeuten und steht in beiden Bestandteilen im Widerspruch zur breiten Praxis. Mit einer Vielzahl von Abweichungserklärungen ist deshalb zu rechnen. Zwar wird die kurzfristige variable Vergütung häufig in bar ausgezahlt. In der Praxis sind jedoch auch andere Gestaltungsformen verbreitet. Insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften, die den Börsengang vor nicht allzu langer Zeit vollzogen haben, kann es zur Schonung der Liquiditätssituation der Gesellschaft und zur Erhöhung der Anreizwirkung für (neue) Vorstandsmitglieder sinnvoll sein, auch die kurzfristigen Vergütungselemente teilweise in Aktien auszuzahlen. Gleiches kann in Krisensituationen der Gesellschaft gelten, wenn die Liquiditätssituation angespannt ist und die Vorstandsmitglieder an dem Turn Around-Erfolg beteiligt werden sollen.

- 77 Auch die Beschränkung, die langfristige variable Vergütung ausschließlich in ("echten") Aktien zu gewähren, die mindestens vier Jahre lang nicht veräußert werden können, stellt eine in der Sache nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Unternehmen dar, die sogar noch über die strengen Vorgaben der InstitutsVergV hinausgeht. Die Gewährung von Aktien ist nicht die einzige in der Praxis übliche Gestaltungsform bei der Gewährung variabler Vergütungselemente auch im Rahmen der Langfristkomponente. Nicht zuletzt steuerliche Gründe geben Anlass, anstelle von "echten" Aktien z.B. virtuelle Aktien oder andere an den Aktienkurs gebundene Substitute zu gewähren.
- 78 Ebenfalls kritikwürdig ist, dass die in der Empfehlung enthaltene Gestaltungsform es ausschließt, das Vorstandsmitglied an der Erreichung langfristiger Ziele zu messen. Die Annahme, der Erfolg bei der Verfolgung langfristiger strategischer Ziele könne in "Jahresscheiben" Jahr für Jahr gemessen werden, erscheint praxisfremd. Die sich an die Gewährung der Aktien anschließende vierjährige Haltefrist ist nur dann ein hinreichendes Substitut, wenn sie die Überprüfung individueller langfristiger Ziele durch entsprechende Verfallsregelungen während der Haltefrist gewährleistet. Zudem macht sie das Vorstandsmitglied von dem Kursverlauf der Aktie abhängig, auf den es selbst nur einen äußerst beschränkten Einfluss hat und der abhängig von Marktveränderungen ist, die sich gänzlich außerhalb der Unternehmenssphäre abspielen können.

Zu Empfehlung D.8:

- 79 Der in Satz 1 empfohlene Peer Group-Vergleich entspricht der heute üblichen Praxis zur Gewährleistung der gesetzlich vorgeschriebenen Üblichkeit der Vergütung. Unklar bleibt der Regelungsgehalt von Satz 2. Danach "muss" der Peer Group-Vergleich mit Bedacht genutzt werden, damit es nicht zu einer automatischen Aufwärtsentwicklung kommt. Bereits die Formulierung "muss" ist mit dem Charakter einer Kodex-Empfehlung schwer in Einklang zu bringen. Sollte Satz 2 lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringen, dass der Aufsichtsrat auch beim Peer Group-Vergleich den allgemeinen Sorgfaltsanforderungen nach § 116 Satz 2, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG unterliegt, ist er überflüssig. Satz 2 der Empfehlung D.8 sollte daher gestrichen werden.

Zu Empfehlung D.9:

- 80 Nach Empfehlung D.9 soll die langfristige variable Vergütung "vor allem" Anreiz zur Umsetzung strategischer Maßnahmen sein. Die entsprechenden Ziele sollen sich deshalb aus der aktuellen strategischen Planung für das betreffende Geschäftsjahr ableiten. Zunächst ist unklar, was mit dem rechtlich nicht definierten Begriff "vor allem" gemeint ist. Soweit dieser dahingehend auszulegen sein sollte, dass jedenfalls der überwiegende Anteil der variablen Vergütung an strategischen Zielen orientiert sein muss, ist darauf hinzuweisen, dass die Erreichung strategischer Ziele in der Regel nicht eindeutig bestimmbar, sondern in hohem Maße wertungsoffen ist. Vor diesem Hintergrund ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, warum es nötig sein soll, die langfristigen Vergütungskomponenten im Sinne dieser Empfehlung zwingend überwiegend an solchen wertungsoffenen strategischen Zielen auszurichten und nicht auch an objektiv besser messbaren Kriterien, wie etwa der langfristigen Entwicklung z.B. des Börsenkurses der Gesellschaft oder des Return on Equity.

Zu Empfehlung D.11:

- 81 Empfehlung D. 11 Satz 2 übernimmt die bisherige Empfehlung in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 8 DCKG 2017, wonach eine nachträgliche Änderung der Ziele oder der Vergleichsparameter ausgeschlossen sein soll. Insoweit sollte eine Klarstellung des Verhältnisses zu Empfehlung D.12 Satz 1 erfolgen, die dem Aufsichtsrat ermöglichen will, im Rahmen der Vorstandsvergütung außergewöhnlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Insbesondere dann, wenn eine Änderung der Strategie auch eine Anpassung der strategischen Ziele des Unternehmens erfordert, erscheint eine nachträgliche Änderung der Vergütungsziele und Vergleichsparameter sinnvoll und angemessen, ohne dass die Gesellschaft zu einer Offenlegung einer Abweichung von der Empfehlung D. 11 Satz 2 gezwungen sein sollte.

Zu Empfehlung D.12:

- 82 Satz 2 empfiehlt in begründeten Fällen Clawback-Regelungen. Clawback-Regelungen bezeichnen üblicherweise Klauseln zur Rückzahlung bereits ausgezahlter Vergütungsbestandteile. Solche Vertragsklauseln in Vorstandsanstellungsverträgen sind mit hohen Risiken im Hinblick auf ihre AGB-rechtliche Durchsetzbarkeit verbunden.

Außerdem stellen sich in diesem Zusammenhang schwierige Fragen der steuerlichen Behandlung und der Höhe der Rückzahlungsverpflichtung (netto oder brutto). Als Vorstufe von echten Clawback-Regelungen kennen Vergütungsregelungen von Kreditinstituten im Einklang mit den Vorgaben der InstitutsVergV den Verfall zurückbehaltener und noch nicht ausgezahlter variabler Vergütungskomponenten. Die Formulierung in D.12 Satz 2 "einbehalten oder zurückgefordert" deutet darauf hin, dass der Kodex Verfallsregelungen für zurückbehaltene variable Vergütungskomponenten als gleichwertig mit echten Clawback-Klauseln im Sinne der Zurückforderung bereits ausgezahlter variabler Vergütung ansieht. Dies sollte durch den Kodex klargestellt werden.

Zu Empfehlung D.13:

- 83 Nach dieser Empfehlung sollen sämtliche bestehenden Vergütungs- und Zuflussregelungen nach Beendigung eines Vorstandsvertrages fortgelten. Ausweislich der Erläuterungen soll die Empfehlung lediglich die Haltedauer für gewährte Aktien betreffen. Die Formulierung ist jedoch viel weiter gefasst und schließt es nach ihrem Wortlaut sogar aus, bei vorzeitiger Vertragsbeendigung für die Zukunft vereinbarte Vergütungsleistungen durch Abfindung abzugelten. Der Kodex sollte präzise regeln, was gemeint ist, und insbesondere klarstellen, dass Abfindungszahlungen von Empfehlung D.13 nicht erfasst werden.

Zu Empfehlung D. 14:

- 84 Die Einbeziehung der Karenzenschädigung für ein etwaiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot in den Abfindung-Cap bei vorzeitiger Beendigung des Anstellungsvertrages stellt zwar eine in der Praxis nicht unübliche Gestaltung zur Begrenzung der Höhe von Abfindungszahlungen dar. Sie bildet jedoch keinen allgemeinen üblichen Standard guter Corporate Governance, der zu einer Empfehlung erhoben werden sollte. Mit der Karenzenschädigung wird, anders als mit der Abfindung nicht der Verzicht auf künftige Vergütungsleistungen abgegolten, sondern es handelt sich um die Gegenleistung für die vom Vorstandsmitglied geschuldete Enthaltung vom Wettbewerb in einer Nachlaufphase nach Ausscheiden aus dem Amt. Ob und inwieweit eine Anrechnung der Karenzenschädigung auf die Abfindung sachgerecht und angemessen ist, hängt stark von den konkreten Umständen des Einzelfalles (u.a. Höhe

der Abfindung und der Karenzentschädigung, Restlaufzeit des Vertrages, Reichweite des Wettbewerbsverbots, Möglichkeit der Gesellschaft zum Verzicht auf das Wettbewerbsverbot) sowie der Verhandlungssituation ab und entzieht sich damit einer generalisierenden Betrachtung. Sie ist für die Gesellschaft überdies vielfach auch nicht einseitig durchsetzbar. Es erschiene nicht sachgerecht, die Gesellschaft zur Offenlegung einer Abweichung zu zwingen, nur weil ein Vorstandsmitglied sich der Anrechnung der Karenzentschädigung auf die Abfindung verweigert.

Zu Anregung D.15:

- 85 Die Vereinbarung von Leistungen bei Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels kann sachlich gerechtfertigt sein und wird vielfach von Vorstandsmitgliedern bei Abschluss des Vertrages, wenn die Gesellschaft übernahmegefährdet ist, verlangt. Auf die Anregung sollte daher verzichtet werden.

Zu Empfehlung D. 17:

- 86 Ihrem Inhalt nach ist die Empfehlung sachlich falsch platziert, weil sie nicht die Vorstandsvergütung berührt. Auch in der Sache ist nicht einsehbar, warum Vorstandsmitglieder nicht Vorsitzende von Aufsichtsgremien in konzernfremden Unternehmen sein sollten.

Zu den Streichungen:

- 87 Der DAV begrüßt und unterstützt die Absicht des Entwurfs, den Kodex zu verschlanken und zu diesem Zweck neben bisherigen Schilderungen gesetzlicher Vorschriften auch eine Reihe als entbehrlich angesehener Empfehlungen und Anregungen entfallen zu lassen. Er stimmt den vorgeschlagenen Streichungen, die sich aus der von der Kommission vorgelegten Gegenüberstellung der Fassung des DCGK 2017 mit dem Entwurf 2018 nachvollziehen lassen, daher durchweg zu.
- 88 Eine Ausnahme gilt für die vorgeschlagene Streichung von Ziff. 2.2.4 DCGK 2017 mit dem Hinweis, dass der Versammlungsleiter für eine zügige Abwicklung der Hauptversammlung sorgt, verbunden mit der Anregung, sich davon leiten zu lassen, dass eine ordentliche Hauptversammlung nach spätestens vier bis sechs Stunden beendet ist. Die für den Streichungsvorschlag gegebene Begründung, die Anregung

habe sich nicht als taugliches Instrument erwiesen, eine zügige Abwicklung der Hauptversammlung zu erreichen, ist nicht zutreffend, sondern greift zu kurz. Es entspricht der Erfahrung des DAV, dass die Mehrzahl der Hauptversammlungen in dem genannten Zeitrahmen abgewickelt werden kann; die durchschnittliche Dauer der Hauptversammlungen der Dax30-Unternehmen liegt nach vorliegenden Erhebungen fast genau bei 6 Stunden. Zwar trifft es zu, dass schwierige Hauptversammlungen auch heute noch mehr Zeit benötigen. Gerade für diese ist die Regelung in Ziff. 2.2.4 DCGK 2017 aber besonders wichtig, weil sie dem Versammlungsleiter den Rücken stärkt, die zeitliche Dauer der Hauptversammlung nicht ausufern zu lassen, und weil sie in einem etwaigen Anfechtungsprozess ein wichtiges Argument ist, um auch dem Gericht verständlich zu machen, dass eine angemessene Beschränkung von Rede- und Fragezeit und notfalls auch die Anordnung des Endes der Debatte sachgerechte Mittel sind, um zeitlich ausufernde und alle Beteiligten im Übermaß belastende Hauptversammlungen zu vermeiden. Die Streichung wäre deshalb für die Unternehmen schädlich