

Kodexreform 2022
Anmerkungen zu den
Vorschlägen der Regierungskommission DCGK
vom 21. Januar 2022

Vor dem Hintergrund stetig zunehmender umfassender regulatorischer Vorgaben auf EU-Ebene (z. B. CSRD und Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie) bedarf es insoweit keiner weiterer nationaler Vorgaben sowie Empfehlungen und Anregungen im Rahmen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK). Im Gegenteil, durch die Definition von Best Practice-Empfehlungen durch den DCGK wird eine Argumentation gegen eine entsprechende Regelung auf EU-Ebene erschwert. Auch konterkarieren nationale Regelungen die Bemühungen, einen einheitlichen Kapitalmarkt in der EU zu schaffen und benachteiligen deutsche Unternehmen im internationalen Vergleich (kein level playing field).

Jedenfalls ist es fraglich, ob eine Änderung des DCGK gerade mit Blick auf die „bevorstehende“ CSRD derzeit opportun ist, da diese noch nicht verabschiedet wurde bzw. noch der nationalen Umsetzung bedarf (zudem gibt es auch noch nicht die nach dem CSRD-Entwurf verpflichtend zu nutzenden Berichtsstandards). Ein solches Timing birgt die Gefahr, dass die verabschiedete CSRD und/oder deren nationale Umsetzung nicht im Einklang mit den jetzt vorliegenden Änderungen des DCGK stehen und als Folge dessen erneute Änderungen des DCGK erforderlich werden könnten.

Grundsätzlich erscheint es auch bedenklich, dass nun – kaum zwei Jahre nach der Bekanntmachung der derzeitigen Kodexfassung – eine erneute Änderung des DCGK vorliegt, obwohl es eine der Grundüberlegungen der Regierungskommission war, dass die Änderungszyklen verlängert werden sollten und die Kodexreform 2019 eine fundamentale war.

Unabhängig von den Einzelheiten der vorgeschlagenen Änderungen und einer etwaigen Kritik hieran, besteht mit Blick auf die vorliegenden Änderungen im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit sowie dem FISG aus Unternehmenssicht das Bedenken, dass die vorgeschlagenen Änderungen große Unternehmen in der Umsetzung überfordern bzw. zumindest stark belasten; dies gilt für kleine und mittlere (börsennotierte) Unternehmen erst recht. So wirft etwa die neue Empfehlung in A.1, dass der Vorstand auch „die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen“ berücksichtigen solle, insbesondere die Frage auf, wie weit diese Pflicht gehen soll. Eine systematische Identifikation und sogar Bewertung aller „ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit“ ist sehr weitgehend und in der Unternehmenspraxis – in Anbetracht der Vielfalt der geschäftlichen Tätigkeit und der verschiedenen (internationalen) Märkte (in denen Ökologie und soziale Auswirkungen nicht einheitlich eingeordnet werden) – eine große Herausforderung. Verstößt ein Vorstand schon gegen seine Sorgfaltspflichten, wenn er bei seiner Unternehmenstätigkeit Produkte erstellt,

die (ggf. erst bei Missbrauch) umweltschädlich sein können oder als potentiell umweltschädlich erachtet werden? Und wie kann der Vorstand solche Softfaktoren im Sinne der Business Judgment Rule sinnvoll und nachprüfbar bewerten, um sie in ein „ausgewogenes Verhältnis“ zu den wirtschaftlichen Faktoren zu bringen? Als „Risiko“ wird bei der „Outside In“ Perspektive gemeinhin eine negative Planabweichung aufgrund eines unternehmensexternen Faktors verstanden. Wie lässt sich dies auf die „Inside Out“-Perspektive übertragen? Was ist der „Plan“ für die Wirkung des Unternehmens nach außen? Ist Ausgangspunkt dieses „Plans“ die Strategie des Unternehmens oder die (schwierig zu greifende) Erwartungshaltung der Gesellschaft (national, EU, global)? Insoweit zeigt die derzeitige Diskussion über die EU-Taxonomie und die Einordnung von Kernenergie und Erdgas sehr deutlich, dass die Erwartungshaltungen und Wertungen in den internationalen Märkten, in denen die deutschen Unternehmen agieren, fundamental divergieren. Wie soll die Wirtschaft dies in Einklang bringen, wenn es schon der Politik nicht gelingt?

Auch die neue Empfehlung in D.3 Abs. 1, dass der Prüfungsausschussvorsitzende „an Diskussionen zwischen Management und Abschlussprüfer über kritische Prüfungssachverhalte teilnehmen“ soll, ist sehr weitgehend und lässt einerseits offen, was mit „Diskussionen“ genau gemeint ist; bezieht sich die neue Empfehlung auf jegliche Art von Diskussionen über kritische Prüfungssachverhalte – mithin auch dann, wenn es nur um erste Sondierungs-Diskussionen geht oder die Diskussion nicht (mehr) weiter vertieft wird? Andererseits ist nicht eindeutig, was mit „Management“ gemeint ist; soll hiermit auch die Ebene unterhalb des Vorstands erfasst werden? Jedenfalls ist es fraglich, ob es praktikabel und angemessen ist, den Prüfungsausschussvorsitzenden in alle diese Besprechungen aktiv einzubinden. Eventuell sollte es eher um das Recht des Prüfungsausschussvorsitzenden gehen, an diesen Diskussionen bei Bedarf teilzunehmen oder darüber informiert zu werden, damit er sich – soweit er es für erforderlich und angemessen erachtet – einschalten und einbringen kann. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass das durch das FISG eingeführte Sonderauskunftsrecht des § 107 Abs. 4 Satz 4 AktG ausweislich der Gesetzesbegründung zum FISG nur auf „Gesellschaften mit verpflichtendem Prüfungsausschuss beschränkt“ ist und mit dieser Regelung „keine Abkehr von der Grundentscheidung des Aktiengesetzes ... verbunden [ist], dass der Vorstand grundsätzlich der richtige Adressat für ein Auskunftsverlangen des Aufsichtsrats ist“ (RegE FISG, S. 136). Die Forderung, der Prüfungsausschuss müsse „externe Prüfungen auch des internen Revisionssystems veranlassen“ (Entwurf der neuen Empfehlung in D.3 zweiter Absatz) - mithin wohl am Vorstand vorbei - geht weit über die durch das FISG neu eingefügte Regelung des § 107 Abs. 4 Satz 3 – 6 AktG hinaus. Sie begegnet inhaltlichen Bedenken, weil nach dem Aktiengesetz dem Plenum des Aufsichtsrats und dem Prüfungsausschuss grundsätzlich kein direkter Zugriff auf das interne Kontrollsystem oder die interne Revision zusteht (Hölters/Weber, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2022, § 107 Rz. 104 / Spindler, in: beck-online Großkomm. AktG, § 107 Rz. 169). Zudem ist es im juristischen Schrifttum höchst umstritten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen das „By-passing“ des Vorstands zulässig ist.

Die Notwendigkeit der Empfehlung zur Veranlassung externer Prüfungen des internen Revisionssystems (neuer D.3 Absatz 2 a.E.) erscheint auch zweifelhaft, weil ein „externes

Quality Assessment“ eigentlich ein bereits durch den Berufsstand gesetzter Standard (Institute of Internal Auditors, Standard 1312/External Assessments) ist.

Die in der neuen Empfehlung D.4 enthaltenen Anforderungen an die Sachkunde des Prüfungsausschussvorsitzenden und eines weiteren Prüfungsausschussmitglieds sind sehr ambitioniert. Es dürfte – selbst für große und jedenfalls für kleine und mittlere börsennotierte Gesellschaften – eher schwierig sein, Experten in Finanz- und Nachhaltigkeitsberichterstattung sowie in IKS bzw. in der Prüfung beider Gebiete zu finden, solange die Nachhaltigkeitsberichterstattung noch „in den Kinderschuhen steckt“. Sollte es nicht ausreichen, wenn man bei D.4 für den Prüfungsausschuss insgesamt fordert (wie bei C.1 für den AR), dass das Kompetenzprofil auch Expertise in Nachhaltigkeitsfragen umfassen soll. Dieses Bedenken gilt in erhöhtem Maße für die Sachkunde hinsichtlich der „Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung“. Die großen Prüfungsgesellschaften sind doch derzeit selbst noch dabei, die erforderliche Expertise im erforderlichen Maße aufzubauen bzw. zu verstärken. Wie sollen dann die betroffenen Unternehmen schon jetzt entsprechende Experten für den Prüfungsausschuss finden?