

Merck · Frankfurter Str. 250 · 64293 Darmstadt

Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
Herrn Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main

Datum 29. Januar 2019
Bereich / Abt. LE – Group Legal & Compliance
Zuständig Dr. Friederike Rotsch

Stellungnahme zum Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex

Sehr geehrter Herr Prof. Nonnenmacher,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Möglichkeit, im Rahmen des Konsultationsverfahrens der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex zum Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex eine Stellungnahme abgeben zu können und begrüße auch die unter Ihrer Leitung bereits durchgeführten Anhörungen. Beide stellen wichtige Mittel zum gegenseitigen Austausch dar.

Ich nehme für unser Unternehmen diese Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr, um insbesondere auf einige aus unserer speziellen Rechtsform der KGaA fließenden Besonderheiten und praktischen Schwierigkeiten aufmerksam zu machen. Bitte finden Sie anbei die Stellungnahme.

Ich würde mich freuen, wenn unsere Anregungen berücksichtigt werden und verbleibe mit besten Grüßen

Merck KGaA

ppa.

Dr. Friederike Rotsch

Anlagen



Merck KGaA

Frankfurter Straße 250 · 64293 Darmstadt
Postfach 64271 Darmstadt
Tel. +49 6151 72 0
Fax +49 6151 72 2000
MERCKgroup.com

Kommanditgesellschaft auf Aktien
Handelsregister AG Darmstadt HRB 6164
Sitz der Gesellschaft: Darmstadt
Vorsitzender des Aufsichtsrats:
Wolfgang Büchele

Geschäftsleitung und persönlich haftende
Gesellschafter: Stefan Oschmann (Vorsitzender),
Udit Batra, Kai Beckmann, Walter Galinat,
Belén Garijo, Marcus Kuhnert

Memorandum

Datum: 29. Januar 2019

Betreff: Positionspapier zum Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex („DCGK-E“) vom 25. Oktober 2018

1. Allgemeine Anmerkungen zum DCGK-E

Die grundsätzliche strukturelle Überarbeitung, durch die der DCGK-E in vielen Punkten schlanker gehalten und indem auf eine extensive Wiedergabe des Gesetzestextes verzichtet wurde, ist begrüßenswert. Diese fördert Transparenz und Lesbarkeit für Anwender und interessierte Öffentlichkeit und erleichtert den inhaltlichen Zugang zum Kodex.

Trotzdem muss leider festgestellt werden, dass die inhaltliche Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex („**DCGK**“ oder „**Kodex**“) in ihrem Umfang und ihrer Detailliertheit über den, dem DCGK gesetzten Auftrag hinausgeht:

Corporate Governance gibt grundsätzlich den **Ordnungsrahmen** für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens vor. Dementsprechend legt der DCGK hierfür Regelungen unterschiedlicher Bindungswirkung fest (Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen), die wesentliche rechtliche Vorgaben sowie national und international anerkannte, elementare Standards guter Unternehmensführung umfassen. Die detaillierten Regelungen des DCGK-E, wie z.B. das Einheitsmodell zur Langfristvergütung von Vorständen oder die Bestellung des Aufsichtsrats auf drei Jahre, widersprechen der Natur des DCGK als genereller Ordnungsrahmen. Unabhängig von der Frage, ob diese detaillierten Spezialregelungen überhaupt als nationaler oder internationaler Standard anerkannt sind, sind sie aufgrund ihres Detaillierungsgrades übergriffig.

Bei einer inhaltlichen Umgestaltung des DCGK sollte zudem auf genügend Raum zur Berücksichtigung unternehmens(form)spezifischer Besonderheiten, z.B. KGaA-spezifische Abweichungen vom DCGK, geachtet werden. Hierfür

wäre eine entsprechende Ergänzung im DCGK-E, z.B. in Form einer Öffnungsklausel, sinnvoll.

Zur Vermeidung von Widersprüchen und Rechtsunsicherheit ist zudem eine Harmonisierung mit (neuen) gesetzlichen Vorgaben und die Vermeidung von Doppelangaben, z.B. beim Thema Vergütungspolitik und Vergütungsbericht nach dem RefE des ARUG II¹, notwendig.

Der funktionsbezogene Aufbau und die Abkehr von der Orientierung am Aktiengesetz erschwert die praktische Handhabbarkeit durch die Anwender, ebenso wie das Auffinden und Verorten einzelner Themen. Erführt außerdem zu einer vermischten Darstellung der Kompetenzen von Aufsichtsrat und Vorstand. Wegen der rechtlichen Wirkung der Entsprechenserklärung und zur Vermeidung von Unklarheiten und Widersprüchen sollte bei der beabsichtigten Einführung neuer Rechtsbegriffe und eigener Vorgaben Zurückhaltung gewahrt werden und eine Harmonisierung mit gesetzlicher Terminologie sowie gesetzlichen Anforderungen angestrebt werden.

2. Anregungen zum Inhalt des DCGK-E

a. „Apply & Explain“-Grundsatz

Die Einführung des neuen „Apply & Explain“-Grundsatzes führt zu einem bürokratischen Mehraufwand, dessen sachliche Rechtfertigung sich nicht erschließt. Danach wären individuelle Aussagen zu circa 30, teilweise sehr komplexen und teilweise lediglich das Gesetz repetetierenden, Grundsätzen zu treffen. Nach der bisherigen Formulierung im DCGK-E bleibt gleichzeitig die konkrete Ausgestaltung, also Umfang und spezifischer Inhalt, unklar. Fest steht bisher jedoch, dass durch den „Apply & Explain“-Grundsatz eine neue Berichtspflicht erheblichen Umfangs geschaffen würde. Für diesen „Apply & Explain“-Bericht besteht – vor allem für Grundsätze, die gesetzliche Regelungen wiedergeben – kein Bedürfnis. Daneben würde er auch zu Wiederholungen beim Thema Vergütung führen, da viele Punkte zur Vorstandsvergütung nach dem RefE des ARUG II bereits in der neuen Vergütungspolitik und Vergütungsbericht erschöpfend dargestellt werden.

Entgegen dem Ziel, einer Verschlankung und Vereinfachung des DCGK, kommt es hierdurch zu einer weiteren, überproportionalen und unnötigen Erhöhung der bereits signifikant gestiegenen Berichts- und Bürokratielast für die Unternehmen. Zu diesem Aufwand steht der geringe inhaltliche Mehrwert außer Verhältnis.

¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie („**RefE des ARUG II**“).

Es ist zudem unwahrscheinlich, dass durch diese Neukonzeptionierung die angestrebte Erhöhung der Transparenz sowie ein besseres Verständnis (guter) Governance des Unternehmens gefördert wird. Während vorher durch „Comply or Explain“ relativ einfach ersichtlich war, in welchen Bereichen der Anwender vom DCGK abweicht, sind diese Informationen für Investoren und Aktionäre allein durch die zu erwartende Masse schwerer und nur mit erheblich mehr Aufwand herauszufiltern: Die Erläuterung vieler Selbstverständlichkeiten überfrachtet den Bericht und versperrt den Blick auf die wesentlichen Abweichungen. Man gewinnt hier den Eindruck, dass durch den „Apply & Explain“-Grundsatz nach dem Motto „form over substance“ die Masse an Informationen deren Gehalt und Nützlichkeit überwiegt. Der etablierte, fokussierte „Comply or Explain“-Ansatz erfüllt bereits umfänglich die Transparenz- und Verständnisziele: Grundsätzlich spricht die aktuell erreichte hohe Qualität der Umsetzung des DCGK für eine Beibehaltung des Systems von „Comply or Explain“.

Zudem wird eine derart umfassende Neukonzeptionierung weder aus der Praxis gefordert, noch ist ein Bedürfnis hierfür zu erkennen. Unwahrscheinlich erscheint, dass die größten und in der Praxis wichtigsten Stimmrechtsberater und internationalen Investoren, von denen bisher grundsätzlich kein „Apply & Explain“ gefordert wird, daran ihre Richtlinien angleichen. Allein die Aussage, dass „Apply & Explain“ ein internationaler Standard sei, bildet keine sachliche Rechtfertigung. Es soll hier offen bleiben, ob es zum Thema Corporate Governance angesichts global sehr unterschiedlicher Rechtssysteme und -strukturen überhaupt so etwas wie verallgemeinerungsfähige, internationale Standards gibt. Zusätzlich müsste deren Anwendbarkeit nämlich zuerst daran gemessen werden, ob diese sogenannten internationalen Standards im deutschen Rechtssystem sinnvoll sind, das heißt zur guten Corporate Governance beitragen. Diese Verbesserung der Corporate Governance ist durch die Einführung eines „Apply & Explain“-Berichts nicht zu erkennen.

b. Vorstandsvergütung

i. Verhältnis zum RefE des ARUG II

Im Bereich der Vorstandsvergütung erscheint sowohl die Anzahl der Regelungen zur Vergütung im Gesamtkontext des DCGK unausgeglichen. Der Detaillierungsgrad ist mit Blick auf die neuen gesetzlichen Regelungen des RefE des ARUG II unverhältnismäßig groß/hoch.

Bisher besteht keine vollständige Kongruenz der Begrifflichkeiten zwischen dem DCGK-E und dem RefE des ARUG II. Zur Vermeidung von Unklarheiten und zur Erhöhung der Praktikabilität sollte hier eine Harmonisierung angestrebt werden. Als Beispiel kann angeführt werden, dass der DCGK-E weiterhin von Vergütungssystem spricht, während nach dem RefE des ARUG II von einer durch den Aufsichtsrat zu erarbeitenden Vergütungspolitik sowie einem durch Vorstand und Aufsichtsrat zu erstellenden Vergütungsbericht die Rede ist. Der DCGK-E sollte sich inhaltlich an den Mindestbestandteilen der neuen Vergütungspolitik orientieren und nicht weitere Punkte und Begrifflichkeiten schaffen. Ein Nebeneinander von ähnlich gelagerten Berichtspflichten des RefE des ARUG II und des DCGK sollte vermieden werden. Sie führt nur zu Unklarheit darüber, was nach welcher Vorschrift wie zu berichten ist und zwingt die Unternehmen zur Vermeidung von Fehlern ggf. zu Dopplungen in der Berichterstattung. Eine generelle Präzisierung unklarer Definitionen und Pflichten wäre für eine verbesserte praktische Handhabung und größere Rechtssicherheit wünschenswert.

Im Lichte der Neuregelung des RefE des ARUG II besteht zudem kein Bedürfnis für derart detaillierte Regelungen zur Vorstandsvergütung, da durch die Neuregelungen zum Vergütungsbericht sowie der Einführung einer Vergütungspolitik im RefE des ARUG II bereits weitreichende Transparenz erreicht wird. Infolgedessen wird eine ausdifferenzierte Berichterstattung und zusätzlich eine Beschlussfassung der Hauptversammlung über das jeweilige Vergütungskonzept eingeführt, wodurch Investoren und Aktionäre bereits umfassend beim Thema Vorstandsvergütung teilhaben.

ii. Ausgestaltung der Vorstandsvergütung

Erheblichen Bedenken begegnet der Detaillierungsgrad der Regelungen zu den variablen Bestandteilen der Vorstandsvergütung. Das im DCGK-E geschaffene Einheitsmodell für die Ausgestaltung der variablen Bestandteile der Vorstandsvergütung wird nicht der Vielfalt der unter den Kodex fallenden Unternehmen gerecht. Diese unterscheiden sich zum Beispiel erheblich in Größe, Eigentümerstruktur, Marktumfeld sowie der konkreten Unternehmenssituation. Ebenso wenig ist ein tatsächliches Bedürfnis für ein derartiges Einheitsmodell zu erkennen. Weder

wird das Einheitsmodell in den Abstimmungsrichtlinien namhafter institutioneller Investoren sowie der großen Stimmrechtsberater gefordert, noch scheint bisher ein DAX30-Unternehmen ein derartiges Vergütungsmodell zu verwenden. Vielmehr würde durch das Einheitsmodell ein Befolgungskonflikt zwischen DCGK und Anforderungen von Investoren und Stimmrechtsberatern geschaffen.

Ohne hier auf alle kritischen Aspekte des Themas Ausgestaltung der Vorstandsvergütung eingehen zu wollen, ist besondere Vorsicht bei der Regelung zur langfristigen variablen Vergütung geboten. Dass diese (zwingend) in Aktien der Gesellschaft mit einer Haltefrist von vier Jahren zu erfolgen hat, ist schlichtweg abzulehnen. Zum einen bestehen für alle betroffenen Unternehmen bereits rechtliche Schwierigkeiten bei der Beschaffung eigener Aktien (§§ 71 Abs. 1 Nr. 8, 202 ff. AktG). Zum anderen wird eine solche Einschränkung der Vergütungsoptionen weder allgemein gefordert, noch ist sie sinnvoll. Es gibt keinen internationalen Standard, der zwingend eine Langfristvergütung in Aktien vorsieht. Der DCGK soll bestehende Standards wiedergeben, sie aber nicht setzen.

Bisher verwendete Mischformen sowie die Verwendung von virtuellen Instrumenten bieten eine genauso geeignete Anreizfunktion zur Erreichung mehrjähriger Strategieziele. Sie werden in der Praxis zur Umsetzung des Pay for Performance-Ansatzes bereits mit Erfolg angewandt und Geschäftsentwicklungen durch sie vergütungswirksam berücksichtigt.

Weitaus gravierender ist aus unserer Sicht jedoch, dass die Bezahlung in eigenen echten Aktien je nach Gesellschaftsform praktisch unmöglich sein kann. Dies kann am Beispiel der gesellschaftlichen Sonderform der KGaA verdeutlicht werden, deren Besonderheiten im bisherigen DCGK-E trotz zahlreicher Anregungen und Hinweise der betroffenen Unternehmen nicht berücksichtigt wurden. Je nach konkreter Ausgestaltung der KGaA sind die geschäftsleitenden Personen persönlich haftende Gesellschafter und nicht bei der Gesellschaft angestellt. Dies führt dazu, dass Bezahlung und Ausgestaltung der Vergütung nicht durch die KGaA erfolgt. Insofern sieht sich auch eine Bezahlung in echten Aktien der KGaA erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten ausgesetzt, denen kein Mehrwert an Transparenz

oder gar an Gehaltsgerechtigkeit gegenübersteht. Durch die Zulassung oder Aufnahme von Mischformen, die eine genauso geeignete Anreizfunktion bieten, würden diese Risiken mitigiert.

c. Aufsichtsrat

Die Regelungen zur Unabhängigkeit in Form eines Indikatorenkatalogs mit subjektiver Bewertungsmöglichkeit durch den Aufsichtsrat ist zu begrüßen und stellt unseres Erachtens in praktikabler Weise die von den Stakeholdern geforderte Best Practice dar. Gleichmaßen verdient auch das Ziel, ein Overboarding im Aufsichtsrat zu vermeiden, Unterstützung.

Jedoch sehen wir auch hier verschiedene Stellschrauben, die nicht praktikabel erscheinen. Die Regelung, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats nicht geschäftsführend in einem anderen Unternehmen (ohne Einschränkung z.B. auf börsennotierte Unternehmen) sein soll, ist nicht sachgerecht. Dadurch wird eine wesentliche und kompetente Gruppe von dieser Funktion ausgeschlossen und in der Praxis die Suche nach einem kompetenten Vorsitzenden erheblich erschwert. Die Beschränkung der Amtsinhaber auf nicht mehr aktiv tätige Manager ist für die Qualität der Aufsichtsratsarbeit nicht zielführend, denn der Aufsichtsrat profitiert von der operativen Erfahrung aktiver Manager im Tagesgeschäft. Eine Offenlegung von Mandaten ist für die Feststellung der Unabhängigkeit oder eines Interessenkonflikts bereits ausreichend.

Daneben begegnet die Bestellung allein der Anteilseignervertreter des Aufsichtsrats auf drei Jahre erheblichen praktischen Bedenken. Ein überzeugendes Motiv, entgegen des Gesetzeswortlauts eine dreijährige Regelbestellung für die Anteilseignervertreter vorzuschreiben, ist nicht erkennbar. Darüber hilft auch keine Bezugnahme auf den internationalen Vergleich hinweg, da deutsche Besonderheiten wie die Mitbestimmung nicht berücksichtigt würden und andere international angewendete Modelle von einem One-Board-System ausgehen. Die dreijährige Bestellung der Anteilseigner-Vertreter führt zudem zu einer Benachteiligung gegenüber den weiterhin für fünf Jahre zu bestellenden Arbeitnehmervertretern. Während Arbeitnehmervertreter fünf Jahre lang Zeit haben, sich in die Materie einzuarbeiten, Allianzen zu schmieden und das Unternehmen aus Sicht des Aufsichtsrates kennenzulernen, verblieben den Anteilseignervertretern nur drei Jahre. Für ein solches Auseinanderfallen und die damit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten ist keine sachliche Rechtfertigung zu erkennen. Die dreijährige Bestellung verringert die Effizienz und Qualität der Tätigkeit des Gremiums. Kaum hat das Gremium sich gefunden, wird die Hälfte wieder

neu gewählt. Dadurch kann sich keine Kontinuität in und Vertrautheit mit der Themenbearbeitung einstellen.

Zuletzt erschließt sich die Sinnhaftigkeit einer zwingenden externen Unterstützung der Effizienzprüfung alle drei Jahre nicht. Die Regelung führt für die Unternehmen zu einem signifikant größeren Verwaltungs- und Kostenaufwand. Es handelt sich um eine reine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und ähnliche Service-Anbieter.