

**Prof. Dr. Wilhelm Haarmann**

Rechtsanwalt Wirtschaftsprüfer Steuerberater

c/o McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP

Feldbergstraße 35

60323 Frankfurt am Main

31. Januar 2019

### **Stellungnahme zum Entwurf eines neuen Corporate Governance Kodex**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Aufforderung und die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines neuen Deutschen Corporate Governance Kodex („DCGK“) Stellung nehmen zu können.

Ich gebe diese Stellungnahme persönlich ab. Sie ist nicht eine Stellungnahme der Kanzlei, der ich angehöre.

1. Zunächst ist es begrüßenswert, dass die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex den Kodex immer wieder einer kritischen Überprüfung unterzieht. Gerade vor dem Hintergrund des Entstehens ähnlicher oder gleichartiger Kodexe durch Stimmrechtsberater und Institutionelle Investoren sowie der Veränderungen von Corporate Governance Kodexe in anderen Ländern ist eine derartige Überprüfung notwendig. Letztlich stellt ein solcher Kodex auch einen Gesichtspunkt der Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands im Kapitalmarkt dar. Die Existenz eines solchen Kodex hat sich im Prinzip bewährt. Eine Regierungskommission ist in ihrem Vorgehen flexibler und anpassungsfähiger als ein Gesetzgeber. Weiterhin wird der Wirtschaft durch die Möglichkeit der Abweichung vom Kodex ein Spielraum eingeräumt, der aufgrund der unterschiedlichen Branchen und unterschiedlichen Unternehmensgrößen notwendig ist, und vom Gesetzgeber nur schwerlich in gleicher Weise gewährt werden könnte.

2. Bisher hat der Kodex auch dazu gedient, ausländischen Investoren die Governance deutscher börsennotierter Unternehmen zu erläutern und deutlich zu machen. Der bisherige Kodex hatte insofern eine Doppelfunktion, nämlich zum einen die Funktion der ergänzenden Regelung der Corporate Governance einschließlich der Bereitstellung von Anregungen in Bereichen, die der Gesetzgeber nicht geregelt hatte, sowie zum

anderen die Funktion der umfassenden Darstellung und Erläuterung sowohl der vom Gesetzgeber vorgegebenen als auch der vom Kodex ergänzten Governance.

Dieser Doppelrolle soll der neue DCGK nicht mehr gerecht werden. Dies führt einerseits zur Verschlankung und Entschlackung des DCGK. Andererseits wird der Kodex dem sicherlich im Ausland vorhandenen Interesse der Darstellung der Governance in Deutschland nicht mehr gerecht. Wenn in Zukunft der Kodex die Funktion der Darstellung der deutschen Corporate Governance in seiner Gesamtheit nicht mehr hat, so stellt sich die Frage, ob die Regierungskommission nicht eine derartige Gesamtdarstellung getrennt vom Kodex herausgibt oder als Anhang zum Kodex veröffentlicht. Es ließe sich auch überlegen, ob man es nicht bei einer Gesamtdarstellung – wie bisher – belässt, aber getrennt davon ein isoliertes Regelwerk herausgibt, das nur die Kodexregelungen und –anregungen exzerpiert. Ich hätte für diese letztere Lösung eine gewisse Sympathie, da der Kodex auch die Zusammenhänge zum Gesetz offenlegte, die ansonsten nicht aufscheinen würden. Jedenfalls sollte das in der Präambel genannte Ziel des Kodex, das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar zu machen, für den vorliegenden Entwurf des Kodex nicht mehr genannt werden, da er dieses Ziel offensichtlich nicht mehr verfolgt.

3. Für Ausländer sind es vor allem zwei deutsche Gegebenheiten, die aus dem internationalen Standard herausfallen.

Da ist zum einen das duale Boardsystem, das von dem weltweit vor allem verbreiteten monistischen System grundlegend abweicht. Die Aufteilung der Verantwortlichkeiten in Vorstand und Aufsichtsrat muss Ausländern sehr deutlich gemacht werden, da dieses System für sie ungewohnt ist. Es sollte auch deutlich gemacht werden, dass dieses System auch zu unterschiedlichen Lösungen bei der einen oder anderen Frage der Corporate Governance führen muss.

Zum anderen muss die Mitbestimmung in ihren unterschiedlichen Formen deutlich gemacht werden. Die Mitbestimmung führt zu abweichenden Verhaltensmustern im Aufsichtsrat und zur Berücksichtigung eines weiteren Stakeholders in der Governance. Die Funktionsweise der Mitbestimmung und die sich so ergebende Einflussmöglichkeit von Arbeitnehmern und Gewerkschaften hat einen gewaltigen Einfluss auf die faktische Governance in Unternehmen. Im Entwurf eines neuen DCGK wird auf die Mitbestimmung nicht in dem notwendigen Maße eingegangen. Die Streichung des Absatzes 7 der Präambel des Kodex 2017 ist bezeichnend für die zu geringe Berücksichtigung der Mitbestimmung im DCGK. Gerade weil man im Ausland mit der deutschen Mitbestimmung nicht viel anfangen kann, sie oft sogar als störend und systemfremd ansieht, wäre es angezeigt, die Bedeutung und die Funktionsweise der Mitbestimmung deutlich zu machen.

4. Neu im Kodex ist die Darstellung der sog. „Grundsätze“, bei denen man sich fragt, welche Bedeutung von diesen ausgehen soll. Letztlich können in den Grundsätzen keine weitergehenden Verpflichtungen enthalten sein als sie sich aus dem Gesetz und den verpflichtenden Regelungen des DCGK ergeben. Auch wenn eine Gegensätzlichkeit von gesetzlichen Vorschriften und den „Grundsätzen“ nicht gewollt ist, so stellt sich

doch die Frage, ob die Grundsätze nicht das deutsche Regelsystem unschärfer machen. Im Einzelfall fragt sich, was gilt, das Gesetz oder die Grundsätze. Da die Funktion der „Grundsätze“ unklar ist, verlässt der Kodex die gesetzliche Präzision und Schlüssigkeit. Dies gilt umso mehr, als die Grundsätze nicht allein der Erläuterung dienen sondern den Anspruch auf Einhaltung erheben. Die Einhaltung von Grundsätzen ist allerdings mangels präziser Subsumtionsfähigkeit etwas, was die Unternehmen vor Schwierigkeiten in der Umsetzung stellt. Eine Compliance-Abteilung eines Unternehmens muss die Einhaltung von Regeln überwachen. Grundsätze stellen aber keine Regeln dar, deren Einhaltung überwacht werden kann. Die Schaffung dieser Grundsätze sollte daher noch einmal überdacht werden. Sie erscheinen überflüssig und machen den Kodex unscharf und daher schwerer handhabbar.

5. Damit im Zusammenhang steht das neue Instrument des „Apply or Explain“. Jede Börsengesellschaft soll sich künftig über die Anwendung der erwähnten Grundsätze erläuternd erklären. Unter Berücksichtigung der vom Vorstand und vom Aufsichtsrat einzuhaltenden Legalitätspflicht erscheint diese Regelung nicht weiterführend. Letztlich können Vorstand und Aufsichtsrat nur erklären, dass sie sich an die Gesetze halten und dass sie sich um deren Einhaltung im Unternehmen kümmern. Wenn die Grundsätze keine über das Gesetz hinausgehenden Verpflichtungen enthalten soll, so kann nicht mehr erklärt werden, als dass man sich an die Gesetze hält. Alles, was darüber hinaus erklärt wird, geht letztlich von einem über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehenden Verständnis der Grundsätze aus. Dies kann aber schon von Verfassungswegen nicht gefordert werden, da sich ansonsten der Verfasser des Kodex an die Stelle des Gesetzgebers setzte. Die Grundsätze als Obersätze, die über das hinausgehen, was an Einzelregelungen im Gesetz steht, müssen vom Gesetzgeber ausgehen, um Allgemeingültigkeit zu haben. Die Kommission ist dafür nicht zuständig. Der Grundsatz „Apply or Explain“ suggeriert, dass eine Abweichung vom Grundsatz möglich ist. Wenn die Grundsätze aber nur wiedergeben, was ohnehin im Gesetz steht, so würde eine Abweichung vom Gesetz als möglich erachtet, was aber contra legem wäre. Von daher sollte von einer Darstellung des „Apply or Explain“ Abstand genommen werden.

6. Die Intention des Kodex sollte ein leicht einzuhaltendes Regelwerk für börsennotierte Gesellschaften sein. Der neue Kodex-Entwurf hält jedoch die Anforderungen, sich konform zu verhalten, sehr hoch. Diese Haltung lässt sich damit begründen, dass Unternehmen ja abweichen können und dies nur erläutern müssen. Damit sei die notwendige Flexibilität gewährleistet. Diese Haltung missachtet jedoch die große negative Öffentlichkeitswirkung, die von der Nichteinhaltung des Regelwerks des Kodex ausgeht, unabhängig davon, wie gut oder ausführlich die offengelegte Abweichung erläutert wird. Insofern werden die Unternehmen zu Verhaltensweisen angehalten, die nicht zur Struktur, Größe und Branche des Unternehmens oder zu den Einsichten des Vorstands oder Aufsichtsrats eines Unternehmens, was für das Unternehmen am besten ist, passen. Die Kodexempfehlungen führten schon bisher zu Verhaltensweisen und Selbstverpflichtungen, von denen die Vorstände und Aufsichtsräte von Unternehmen nicht immer unbedingt überzeugt waren. Man folgte, um nicht negativ aufzufallen. Deshalb wird die Abweichungsmöglichkeit von vielen nur als theoretisch, aber nicht als

praktisch handhabbar angesehen. Dieses Dilemma sollte bei der Formulierung von Regeln beachtet werden. Dementsprechend sollten Empfehlungen wesentlich offener formuliert werden, so dass es nicht zu Abweichungen, die publiziert und erläutert werden müssen, kommt. Oder die Regelungen sollten von vornherein Öffnungsklauseln für Sondertatbestände enthalten, die dazu dienen, Offenlegungen und Erläuterungen nicht notwendig zu machen. Oder Regeln werden nicht als Empfehlungen, sondern als Anregungen formuliert.

7. Die geplante Ausgestaltung der Vorstandsvergütung bildet im Entwurf des DCGK einen klaren Schwerpunkt. Das im Entwurf favorisierte Modell ist als solches grenzwertig und lässt die für die Unternehmen notwendige Flexibilität vermissen.

Das Modell lässt den langfristigen „Incentive Plan“ nur in Form der Vergütung in Aktien zu, welche erst nach einer festgelegten Zeit veräußert werden können. Zum einen ist das Unternehmen so verpflichtet, Aktien für die Vergütung bereitzustellen. Dies kann durch bedingtes Kapital oder durch den Kauf eigener Aktien erfolgen. Beides setzt entsprechende Hauptversammlungsbeschlüsse voraus. Die Vergütung wird so – anders als vom Gesetzgeber vorgesehen – in die Hauptversammlungszuständigkeit überführt. Theoretisch sind hier Blockaden denkbar. Zudem führt die Vergütung in Form von Aktien zur sofortigen Versteuerung im Zeitpunkt der Übertragung der Aktien auf das Vorstandsmitglied. Je nach Steuersatz (einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) können bis zu 50 % des Wertes der Aktien an das Finanzamt zu zahlen sein. Insofern findet eine Gehaltszahlung in Form von Aktien und damit eine Realisierung im Zeitpunkt der Übertragung der Aktien statt. Die Bezahlung der Steuer ist ein Einbehalt bei der Gesellschaft, erfolgt aber für das Vorstandsmitglied und ist daher eine feste Vergütung für das Vorstandsmitglied. Wenn die Aktien an Wert verlieren, mindern die entstehenden Verluste bei Realisierung des Verlusts gemäß § 20 Abs. 6 EStG Einkünfte des Vorstands aus Kapitalvermögen in zukünftigen Veranlagungsperioden. Insofern wird in Höhe der Steuerzahlung im Zeitpunkt der Übertragung dem Vorstand bereits ein endgültiger, nicht mehr zu nehmender Vorteil zugewandt, da der Wertverlust der Aktien aufgrund der Verlustnutzungsmöglichkeit und der sich daraus ergebenden Steuerminderung erleichtert wird. Dieser steuerliche Vorteil, der den Wertverlust erleichtert, verwässert die Incentive Wirkung, die sich aufgrund der Besteuerung ohnedies nur noch auf ca. 50 % des langfristigen Incentive Paketes erstreckt. Ob dies mit der Intention des langfristigen Incentives, insbesondere aufgrund der Steuererleichterung bei Verlustrealisierung voll zu vereinbaren ist, erscheint nicht unzweifelhaft. Das Modell bedarf deshalb noch einmal der vollen Durchdringung unter Berücksichtigung der steuerlichen Auswirkungen.

Zu bedenken ist auch, dass es Vorstände gibt, die im Wesentlichen oder zum Teil ihre Steuern nicht in Deutschland bezahlen, oder die aufgrund eines im anzuwendenden Doppelbesteuerungsabkommen anzuwendenden Anrechnungsverfahrens mit ihren Einkünften auch im Ausland besteuert werden. Insofern sollte das von den Entwurfsverfassern propagierte Modell auch im Hinblick auf die Besteuerung von Vorständen untersucht werden, die aufgrund Staatsbürgerschaft (z.B. USA) oder aufgrund Wohnsitzes im Ausland oder auch im Ausland besteuert werden.

Für viele Unternehmen sind Modelle mit Phantomaktien angebrachter, da diese bilanziell und steuerlich zu anderen Konsequenzen führen. Insbesondere wird den Vorständen nicht bereits der steuerliche Wert zugeführt, den sie, wenn die Aktien ihren Wert nicht halten können, in Form von Verlustvorträgen nutzen können. Im Falle von Wertsteigerungen sind Phantommodelle wirtschaftlich vorteilhafter. Der Grund liegt darin, dass im Falle eines tatsächlichen oder gedachten Hedging durch Aktienkäufe durch das Unternehmen in Höhe der Phantomaktien die Wertsteigerung bis zur Auszahlung des Betrages an den Vorstand am Ende nur einer Steuer von ca. 1,5 % auf den Bruttowert der dem Vorstand zugeordneten unterliegt (§ 8b Abs. 2 und 3 KStG). Der Vorstand erhielt bei einem aktienbasierten Modell nur ca. 50 - 54 % des Bruttobetrages. Wertsteigerungen bis zum Zeitpunkt des Endes der Sperrfrist würden beim Verkauf dann mit der Abgeltungssteuer (§ 32d EStG) oder nach dem Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40a EStG) mit 26 % bis 30 % besteuert. Dementsprechend steht einer Steuerlast von ca. 1,5 % auf die Wertsteigerung aller fiktiv zugewandten Aktien eine Steuerlast von 26 bis 30 % auf die Wertsteigerung von 50 bis 54 % der tatsächlich zugewandten Aktien am Ende der Sperrfrist gegenüber.

Phantommodelle haben zudem den Vorteil, dass es weder eigener Aktien noch eines bedingten Kapitals bedarf, und die Besteuerung erst im Zeitpunkt der Auszahlung des Wertbetrages am Ende der Haltefrist erfolgt. Nachteilig ist hier allein die Publikationsnotwendigkeit, dass man im Zeitpunkt der Auszahlung des Wertbetrages diese Auszahlung noch als Vergütung veröffentlichen muss. Es sollte überlegt werden, ob der so entstehende Gewinn nicht gesondert und besonders erläutert veröffentlicht wird.

Jedenfalls sollte die bei Phantommodellen anzutreffende Transparenz nicht der Grund sein, warum man aktienbasierte Vergütungen, die diese Transparenz nicht herbeiführen, als einziges Modell propagiert, bei dem keine Abweichungen zu melden und zu erläutern sind. Die Wertsteigerungen, die bei Phantommodellen zu erhöhten Auszahlungen am Ende der Sperrfrist führen, dürfen nicht in die Höchstbeträge eingerechnet werden, die für Vorstände gezahlt werden. Die Wertsteigerungen hängen von vielen Faktoren ab, haben aber mit dem Vergütungssystem als solchem nichts zu tun.

Jedenfalls sollte das Unternehmen die Freiheit haben, sich das Modell zu wählen, das es für das geeignete hält. Die Incentive-Wirkung ist wegen der Verlustnutzungsmöglichkeit bei Verlusten im Fall der sofortigen Bezahlung mit Aktien jedenfalls wesentlich geringer als bei einem Phantommodell. Das Phantommodell ist im Übrigen – wie dargelegt – im Falle von Wertsteigerungen bei Empfängern, die in Deutschland steuerpflichtig sind, steuerlich wesentlich günstiger.

In jedem Fall sollte der DCGK zur Ausgestaltung der Vorstandsvergütung nur Anregungen geben. Ob das im Entwurf propagierte Modell aufgrund seiner Nachteile überhaupt als Anregung aufgenommen werden sollte, erscheint fraglich.

8. Die Empfehlung in Satz 2 zu D.14, dass ein eventuelles nachträgliches Wettbewerbsverbot für den Zeitraum, für den das ausgeschiedene Vorstandsmitglied eine Abfindung erhält, bereits mit der Abfindung abgegolten ist, sollte nicht obligatorischer Natur sein. Das Wettbewerbsverbot kann für ein Vorstandsmitglied eine erhebliche

Einschränkung seiner zukünftigen Tätigkeit darstellen. Von daher muss es möglich sein, dass ein Vorstandsmitglied einen Vertrag aushandelt, in dem das Wettbewerbsverbot besonders zu vergüten ist. Die Abfindung für einen vorzeitig beendeten Vertrag hat einen Schadensersatzhintergrund, der mit dem Wettbewerbsverbot nichts zu tun hat. Von daher kann, wenn dies nicht individuell vereinbart ist, eine derartige Verrechnung nicht stattfinden. Die Regierungskommission greift an dieser Stelle zu stark in die Vertragsfreiheit von Gesellschaft und Vorstand ein.

9. Die im Entwurf des DCGK getroffene Ausgestaltung der Konkretisierung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder überzeugt inhaltlich nicht. Man folgt hier Überlegungen aus anderen Rechtskreisen, die dem monistischen Modell folgen. Diese – auch vielleicht dort nicht wirklich zutreffenden Gründe – sind im dualen Modell jedenfalls nicht anwendbar. Es gibt in der Diskussion der für Unternehmen anzuwendenden Grundsätze zur Unabhängigkeit Strömungen, denen keinerlei praktische Erfahrungen zugrunde liegen. Angebliche Fachleute, die selber nie im Aufsichtsrat gearbeitet haben, stellen sich vor, wie sich Aufsichtsräte wahrscheinlich verhalten würden. Richtigerweise muss man zwischen zwei verschiedenen Unabhängigkeiten unterscheiden, einmal der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gegenüber starken Aktionären, und einmal der Unabhängigkeit gegenüber den Mitgliedern des Vorstands und dem Gremium als Ganzes.

10. Die Unabhängigkeit gegenüber starken Aktionären ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Sie lässt sich auch nicht in das Gesetz hineininterpretieren. Der Grund liegt darin, dass die Aktionäre Eigentümer sind und aus dem Eigentum ihre Rechte ableiten. Dementsprechend kann man auch nicht mit Corporate Governance Regeln Aktionären Vorschriften machen, welche Aufsichtsräte sie zu wählen haben. Regeln, auch wenn man sich über diese durch Abweichungserklärung mit Erläuterung hinwegsetzen kann, stellen Einschränkungen des Eigentumsrechts da. Dies kann allenfalls in gewissem Maße der Gesetzgeber, wie er es mit den Mitbestimmungsvorschriften und im Kreditwesengesetz getan hat. Die Regierungskommission kann es nicht und sollte es auch nicht tun. Die Unabhängigkeit gegenüber dem Großaktionär können natürlich Stimmrechtsberater wünschen. Diese aber haben eine andere Funktion und sind daher freier in dem, was sie wünschen und fordern.

11. Die Unabhängigkeit gegenüber dem Vorstand lässt sich aus dem Gesetz und der Aufgabe der Überwachung ableiten. Unabhängigkeit ist in erster Linie eine Frage der Einstellung und der persönlichen Stärke. Typischerweise sind Aufsichtsräte in den ersten Jahren ihrer Bestellung nur in begrenztem Maße unabhängig. Sie müssen sich einfinden. Sie wollen typischerweise auch nicht unangenehm auffallen. Daher werden sie nur in extremen Fällen gegen eine Mehrheitsmeinung im Aufsichtsrat opponieren. Insofern ist es sinnvoll, nicht zu viele „Anfänger“ im Aufsichtsrat zu haben. Neue Aufsichtsräte sollten (bei einem Aufsichtsrat, der seit 12 Jahren existiert) in den ersten zwei Jahren nicht als unabhängig gelten.

Die im Entwurf des DCGK vorgesehene Höchstdauer von 12 Jahren, in denen man unabhängig ist, lässt sich empirisch nicht belegen. Sie geht auf Verweildauern zurück, wie sie teilweise in anderen Ländern und von Stimmrechtsberatern gefordert werden,

wobei diese teilweise noch kürzere Verweildauern für richtig halten. Diese Haltung ist schlicht falsch, in jedem Fall aber für das duale System. Aufsichtsräte sind ja nur zu einem geringen Teil ihrer Jahresarbeitszeit mit einem Aufsichtsratsmandat beschäftigt. (Dies mag u.U. bei Aufsichtsratsvorsitzenden von großen Banken anders aussehen.) Deshalb hat ein Aufsichtsrat sehr viele Eindrücke und sammelt Erfahrungen außerhalb des Unternehmens, in dem er Aufsichtsrat ist. Die Vielfalt seiner Tätigkeiten gibt ihm auch nach langer Zeit die notwendige Unabhängigkeit. Wichtig ist nur, dass er nicht finanziell von dem Aufsichtsratsmandat abhängig ist. Dies sollte sichergestellt sein. Einem finanziell nicht unabhängigen Aufsichtsratsmitglied kann leicht die Unabhängigkeit im Aufsichtsrat fehlen.

Richtigerweise sollte in einem Aufsichtsrat eine gute Mischung von neu bestellten Aufsichtsräten, Aufsichtsräten mit einigen Jahren Erfahrung im Aufsichtsrat des betreffenden Unternehmens und Aufsichtsräten mit einer langjährigen Erfahrung im betreffenden Aufsichtsrat anzutreffen sein. Diese Mischung erhält man aber nicht durch Höchstfristen sondern durch die Festlegung von einem Korridor von Durchschnittsverweildauern. Beispielsweise könnte geregelt werden, dass die Durchschnittsverweildauer (nach mehr als 12 Jahren Existenz des Aufsichtsrats) zwischen beispielsweise 6 und 10 Jahren liegen solle. Dadurch wird gewährleistet, dass bei jedem Neuwahlanlass geprüft wird, ob es richtig ist, bestimmte Personen noch im Aufsichtsrat zu halten. Der Kodex sollte daher die Festlegung einer Durchschnittsverweildauer anregen.

12. Die getroffene Ausgestaltung in Punkt B.1, dass Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite für nicht mehr als drei Jahre bestellt werden, überzeugt nicht. Dadurch soll sich Deutschland zwar dem internationalen Vergleich anpassen. Bei angelsächsischen monistischen Boards ist darauf zu achten, dass es nicht zu einem Interessenmonismus kommen kann. Aufgrund des deutschen dualen Systems ist eine interessenpluralistische Verfassung vorgegeben. Hinzukommt, dass lange Wahlperioden die Unabhängigkeit der Aufsichtsräte stärken. Manche Aufsichtsräte, die fürchten, möglicherweise nicht wiedergewählt zu werden, lehnen sich aus Eigeninteresse nur in Ausnahmefällen gegen eine Mehrheitsmeinung auf. Bei langen Wahlperioden kommt diese Haltung nicht im gleichen Maße zum Tragen wie bei kurzen Wahlperioden.

13. Richtigerweise sollte man die Wahlperioden der Aufsichtsräte nicht im selben Jahr enden lassen, sondern für jeden Aufsichtsrat unterschiedliche Termine für das Ende einer Amtszeit vorsehen. Auf diese Art und Weise gibt es immer nur wenige Aufsichtsräte, bei denen die Amtszeit demnächst zu Ende geht. Der Kodex sollte daher anregen, ein „Staggered Board System“ einzuführen.

14. In vielen Fällen ist es richtig, dass die Erstbestellung von Vorstandsmitgliedern für längstens drei Jahre erfolgen soll. Jedoch gibt es Fälle, in denen dies nicht sinnvoll ist. Zum Beispiel kann in bestimmten Vorständen aufgrund der speziellen Materie die Einarbeitungszeit sehr lange sein. Zum Beispiel kann es sinnvoll sein, bei einem langjährigen sehr erfahrenen Mitarbeiter des Unternehmens, der auch dem Aufsichtsrat gut bekannt ist, von vornherein nicht die Regeln für „neue“ Vorstandsmitglieder anzuwenden. Zu guter Letzt mag es sehr gute Bewerber um einen Vorstandsposten geben, die man nicht bekommt, wenn man nicht einen Fünfjahresvertrag anbietet. Von daher

sollte nur angeregt werden, dass die Erstbestellungszeit drei Jahre nicht überschreiten sollte.

15. Gemäß Tz. D 16 Satz 2 soll der Aufsichtsrat entscheiden, ob und inwieweit die Vergütung für konzernfremde Aufsichtsratsmandate anzurechnen ist. Letztlich ist dies nicht eine Frage der einseitigen Entscheidung, sondern der vertraglichen Vereinbarung mit dem Vorstandsmitglied. Die Regierungskommission ist in ihrem Entwurf nicht auf das häufig diskutierte Thema eingegangen, ob bezahlte Nebentätigkeiten einschließlich der dafür vereinbarten und gezahlten Vergütungen und ihrer Anrechnung oder Nicht-Anrechnung von Vollzeit-Vorständen offengelegt werden sollen (ggf. ab einer bestimmten Vergütungshöhe). Dies dürfte eher ein Thema für den Gesetzgeber als für den Kodex sein.

16. Es sollte auch überlegt werden, ob nicht eine Regelung aufgenommen werden sollte, unter welchen Umständen einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern externen Rat einholen dürfen und unter welchen Umständen dieser Rat vom Unternehmen bezahlt wird.

17. Als vorletztes Thema noch ein bereits von mir mehrfach vorgetragenes Anliegen: Altersbegrenzungen für Vorstände und Aufsichtsräte stellen nicht nur eine Form der Altersdiskriminierung dar. Sie unterstellen auch eine Urteilsunfähigkeit des Aufsichtsrats bei Vorschlägen für Aufsichtsratswahlen. Altersbegrenzungen passen vielleicht zu Behörden oder ähnlichen Institutionen. Sie passen aber nicht in die heutige Zeit und ein unternehmerisch geprägtes Umfeld. Manche 50-Jährige sind geistig älter als manche 80-Jährige. Und heutzutage pflegt man auch nicht mehr aus Dankbarkeit Aufsichtsräte länger im Aufsichtsrat verweilen zu lassen als es aus Sicht objektiver Beobachter sinnvoll wäre.

18. Abschließend sollte bedacht werden, dass Änderungen des Kodex Anpassungen bei den betroffenen Unternehmen zur Folge haben. Das heißt, es werden Kosten generiert. Bei allen Anforderungen, die an die Unternehmen seitens des Staates oder einer Regierungskommission herangetragen werden, sollte das Thema der Kosten im Zusammenhang mit der Erhebung und Pflege von Daten bedacht werden. Von daher sollten die Anforderungen im Zweifel immer weniger als mehr sein. Dementsprechend sollten auch eher Anregungen als Empfehlungen gegeben werden.