

Regierungskommission

Deutscher Corporate Governance Kodex

Herrn Vorsitzenden Dr. Manfred Gentz

Per Mail: [regierungskommission@dcgk.de](mailto:regierungskommission@dcgk.de)

## **Vorschläge der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex zu Kodexanpassungen und –änderungen 2017**

Sehr geehrter Herr Dr. Gentz, sehr geehrte Damen und Herren,

in der Plenarsitzung am 13.10.2016 haben Sie Vorschläge zur Änderung und Anpassung des Kodex für das Jahr 2017 beschlossen, die anschließend zur Konsultation gestellt wurden.

Diese Gelegenheit möchte ich gerne wahrnehmen, um in meiner Funktion als stellvertretende(r) Aufsichtsratsvorsitzende(r) fokussiert auf die beiden folgenden vorgeschlagenen Änderungen hinzuweisen:

### **1. Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden, Ziff. 5.2 Abs. 2:**

*„Der Aufsichtsratsvorsitzende soll in angemessenem Rahmen bereit sein, mit Investoren über aufsichtsratspezifische Themen Gespräche zu führen. Das sind Gegenstände, für die der Aufsichtsrat allein verantwortlich ist und die von ihm allein zu entscheiden sind. Bei Fragen, die nur gemeinsam von Vorstand und Aufsichtsrat zu entscheiden sind, sollen Gespräche entweder allein vom Vorstand oder vom Aufsichtsratsvorsitzenden zusammen mit dem Vorstand geführt werden.“*

Diese Ergänzung im Kodex zu Investorengesprächen von Aufsichtsratsvorsitzenden stößt aus unterschiedlichen Gründen auf Bedenken:

Rechtlich ist der Aufsichtsrat als Innenorgan konzipiert. Die Außenvertretung der Gesellschaft obliegt hingegen allein dem Vorstand. Insofern ist es bedenklich, die Möglichkeit einer Außenvertretungsfunktion des Aufsichtsratsvorsitzenden als Empfehlung im Kodex festzuschreiben. Dies nur mit einem notwendigen Sachzusammenhang (Annexkompetenz) der Aufgaben des Aufsichtsrats zu begründen, ist nicht überzeugend. Denn die Unternehmens-

verfassung mit der gesetzlich konzipierten Kompetenzaufteilung zwischen den Organen Aufsichtsrat und Vorstand steht dagegen. Eine derartige Weiterentwicklung des Aktienrechts, die so im Gesetz gerade nicht angelegt ist, wäre demokratisch nicht legitimiert.

Auch die in Ihrer Begründung des Regelungsvorschlags beschriebene vielfach gelebte Praxis vermag ein solches Vorgehen nicht zu rechtfertigen. Das gilt schon deshalb, weil in einer solchen Gesprächsempfehlung zugleich auch das Druckmittel von Investoren angelegt ist, entsprechende Gespräche einzufordern und eigene inhaltliche Forderungen außerhalb der Hauptversammlung zu unterbreiten. Damit aber führt eine solche Empfehlung zu einer Verschiebung der Machtbalance der Organe innerhalb der gesetzlich geregelten Unternehmensverfassung.

Konkret sehen wir diese geplante Änderung des Kodex auf der Grundlage des bestehenden Aktienrechts als problematisch an. Zum einen ist die Gleichbehandlung der Aktionäre gefährdet und der Grundsatz der Gleichberechtigung der Aufsichtsratsmitglieder wird aufgegeben. Zum anderen wären Eingriffe in die Kompetenz des Vorstands zu befürchten. Insgesamt gibt es hierzu im Gesetz keinen Ausgangspunkt. Ohnehin erscheint aber bei einem ernsthaft geführten Dialog die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsvorsitzenden in Gefahr. Zu den rechtlichen Bedenken im Einzelnen:

- Es gilt, das Recht auf informationelle Gleichbehandlung aller Aktionäre (§ 53a AktG) zu beachten. Gespräche mit ausgewählten Aktionären bzw. Investoren sind unter diesem Blickwinkel problematisch. Es besteht die konkrete Gefahr, dass einzelne Investoren bessere Informations- und Interessenvertretungskanäle erhalten als andere. Die Interessenartikulation der Gesellschafter erfolgt jedoch direkt in der Hauptversammlung, welche der Wahrnehmung der mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte der Aktionäre dient (§ 118 Abs. 1 AktG). Eine Umgehung dieser Kompetenzstrukturen durch faktische Einflussnahme aktiver Aktionäre auf den Aufsichtsratsvorsitzenden kann zu einer Schwächung des Aufsichtsrats als Kontrollgremium und in Folge dessen zu rechtlich nicht gebilligten Parallelstrukturen führen.
- Dem Aufsichtsrat liegt das Leitbild der Homogenität und der gleichen Rechte und Pflichten aller Mitglieder zugrunde. Der Aufsichtsratsvorsitz hat die Funktion der Sitzungsleitung und –vorbereitung sowie der Vertretung gegenüber dem Vorstand. Inhaltlich ist jedoch stets das Plenum des Aufsichtsrats zuständig. Schon aus diesem Grund ist eine neue Legitimation für eine Gesprächsempfehlung des Vorsitzenden allein mit Investoren abzulehnen. Ebenso wenig obliegt es ihm, eine inhaltliche Auswahl zu besprechender Themen festzulegen und die diesbezüglichen Aussagen für den Aufsichtsrat festzulegen. Dies alles steht, sofern überhaupt rechtlich zulässig, unter dem Vorbehalt einer Plenumsentscheidung.

Hinzu kommt, dass in mitbestimmten Gesellschaften insbesondere auch die Rolle der stellvertretenden Vorsitzenden und Arbeitnehmervertreter zu würdigen ist. Hierzu sieht der Vorschlag nichts vor. Der Aufsichtsratsvorsitzende ist zwar an das pluralistische Unternehmensinteresse gebunden, legt seinen Fokus als Anteilseignervertreter jedoch in der Praxis insbesondere auf die Interessen der Anteilseigner. Der Gesamtaufsichtsrat jedoch spiegelt – und dies insbesondere im Falle der paritätischen Mitbestimmung – auch die Interessen der Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen und des Gemeinwohls. Diese drohen bei solchen Gesprächen entgegen dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aufsichtsratsmitglieder trotz formaler Bindung an das Unternehmensinteresse, nicht angemessen berücksichtigt zu werden, solange nicht ebenfalls der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende an diesen Gesprächen beteiligt

wird.

Unabhängig davon ist aber grundsätzlich das Plenum zuständig, so dass im Falle von Investorengesprächen die Information aller Aufsichtsratsmitglieder gesichert sein muss. Analog der Berichterstattung aus Ausschüssen (§ 107 Abs. 3 Satz 4 AktG) muss gleichsam gelten, dass aus der Arbeit eines Teils des Aufsichtsrats – welchen der Aufsichtsratsvorsitzende hier darstellt – dem Aufsichtsrat zu berichten ist. Sollte die vorgeschlagene, und von uns abgelehnte, Empfehlung Eingang in den Kodex finden, so wäre zumindest diese Berichtspflicht im Plenum klarzustellen, um nicht die Plenumszuständigkeit völlig zu missachten.

- Zuletzt ist die vorgeschlagene Änderung abzulehnen, weil es einen Eingriff in die Zuständigkeit des Vorstands bedeutet. Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG) und der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). Nur wenn die Gesellschaft keinen Vorstand hat, kommt dem Aufsichtsrat Vertretungskompetenz zu. Wäre eine Lockerung dieser alleinigen Leitungs- und Vertretungskompetenz des Vorstands gewollt, so hätte dies der Gesetzgeber zu ändern. Andernfalls steht auch der einheitliche Außenauftritt der Gesellschaft in Gefahr.

Die vorgeschlagene Regelung wird von uns abgelehnt, weil sie rechtlich und politisch gegen die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft verstößt und somit die Kompetenz der Kodexkommission überschreitet.

Konkret sind folgende Sätze in Ziffer 5.2 Abs. 2 des Vorschlags zu streichen: *„Das sind Gegenstände, für die der Aufsichtsrat allein verantwortlich ist und die von ihm allein zu entscheiden sind. Bei Fragen, die nur gemeinsam von Vorstand und Aufsichtsrat zu entscheiden sind, sollen Gespräche entweder allein vom Vorstand oder vom Aufsichtsratsvorsitzenden zusammen mit dem Vorstand geführt werden.“*

Sollte entgegen unserer hier vertretenen Ansicht die vorgeschlagene Empfehlung Eingang in den Kodex finden, wäre angesichts der inhaltlichen Plenumszuständigkeit zumindest eine Berichtspflicht an das Plenum ausdrücklich zu empfehlen. Sollte auch dies nicht Berücksichtigung finden, werden die Arbeitnehmervertreter und Arbeitnehmervertreterinnen in den Aufsichtsräten in Zukunft mit Sicherheit auf eine Ergänzung der jeweiligen Geschäftsordnungen drängen, um eine solche Berichtspflicht darin zu verankern, bzw. sie werden exzessiv von Ihrem Fragerecht gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden Gebrauch machen (§ 90 Abs. 3 AktG analog), um über das Führen von Investorengesprächen, deren Teilnehmenden und Inhalte im Aufsichtsrat mit einbezogen und entscheiden zu können.

## **2. Zusammensetzung und Vergütung, Ziff. 5.4.1, insbesondere der Satz:**

*„Für die gewählten Arbeitnehmervertreter sind die besonderen Regeln der Mitbestimmungsgesetze zu beachten.“*

Die vorgeschlagenen Änderungsvorschläge in Ziff. 5.4.1 begegnen zwar unserer grundsätzlichen Kritik, dass der Kodex immer detailliertere Vorgaben macht, die von der Gesamtkonzeption ablenken und eine eigentlich zu wünschende Verschlinkung des Regelwerks verhindert. Der Kodex droht immer mehr zur Gesetzesinterpretation zu werden und damit seine Funktion zu überschreiten.

Genau aus diesem Grund wird von uns allerdings die Einfügung des Satzes „Für die gewählten Arbeitnehmervertreter sind die besonderen Regeln der Mitbestimmungsgesetze zu beachten“ unterstützt. Diese Klarstellung im Ergänzungsvorschlag hinsichtlich der Beachtung der Regeln der Mitbestimmungsgesetze ist absolut notwendig, denn ein Kompetenzprofil des Gesamtremiums (Ergänzungsvorschlag in Ziffer 5.4.1 Absatz 2) außerhalb der zu beachtenden Mitbestimmungsgesetze kann der Aufsichtsrat gar nicht erstellen.

Mit der vorgeschlagenen Formulierung, können unseres Erachtens unberechtigte Diskussionen um die Bewertung der Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter eingefangen werden. Die demokratische Wahl der Arbeitnehmervertreter ist in den Mitbestimmungsgesetzen und Wahlordnungen niedergelegt. Dort sind die Voraussetzungen für die Wahl und Kandidatur abschließend geregelt. Die Arbeitnehmervertreter genießen einen gesetzlichen Schutz und sind per Gesetz als grundsätzlich unabhängig anzusehen. Es ist daher richtig, im Kodex mit diesem Verweis auf die Mitbestimmungsgesetze klarzustellen, dass er in dieses System nicht mit Empfehlungen eingreifen kann und dass solche daher nicht für die Arbeitnehmervertreter bei Aufsichtsratswahlen gelten können. Die eingefügte Klarstellung dient der Kommunikationsfunktion des Kodex und so der Aufgabe „das deutsche Corporate Governance System transparenter und nachvollziehbarer zu machen“ (vgl. Präambel des Kodex). Dies ist für die Praxis und die Diskussionen hilfreich, um Unklarheiten gerade auch bei ausländischen, mit der deutschen Mitbestimmung nicht vertrauten Investoren zu vermeiden.

Ich erlaube mir an dieser Stelle noch den Hinweis auf die derzeitige Debatte zur Professionalisierung von Aufsichtsräten. In der Praxis ist dieser Debatte dadurch zu begegnen, dass durch den betrieblichen und gewerkschaftlichen Hintergrund der Arbeitnehmervertreter und Arbeitnehmervertreterinnen, dieses know-how als ein unabdingbarer Bestandteil der paritätischen Mitbestimmung vorzufinden ist. Diese Kompetenz und das Erfahrungswissen steht den Unternehmen zur Verfügung, was als ein wichtiger Motor der deutschen Mitbestimmung angesehen werden kann. Berufsaufsichtsräte können hierzu kein Äquivalent sein.

In der Hoffnung, Ihnen mit meinen Hinweisen Anregungen für die weitere Debatte über die Kodexänderungen und-ergänzungen 2017 geben zu können, verbleibe ich

Mit freundlichen Grüßen.

Uwe Tschäge  
Stellv. Aufsichtsratsvorsitzender

Commerzbank AG  
Betriebsrat Düsseldorf  
40213 Düsseldorf, Breite Str. 25