

Herrn  
Dr. Dr.h.c. Manfred Gentz  
Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex  
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Senckenberganlage 28  
60325 Frankfurt a. Main

**vorab per E-Mail: [regierungskommission@dcgk.de](mailto:regierungskommission@dcgk.de)**

15. Dezember 2016

Deutscher Corporate Governance  
Kodex\2016\16-12-15\_B\_Gentz

## **Vorschläge zu Kodexanpassungen und -änderungen 2017**

Sehr geehrter Herr Gentz,

vielen Dank für Ihre im Namen aller Kommissionsmitglieder ausgesprochene Einladung zur Stellungnahme zu den von der Regierungskommission am 13. Oktober 2016 beschlossenen Vorschlägen und Ihre Zusage, alle fristgerecht eingereichten Stellungnahmen bei der abschließenden Beratung im Rahmen der Plenarsitzung im Februar 2017 zu berücksichtigen. Als Berater, betroffenes Aufsichtsratsmitglied und Wissenschaftler nehme ich wie folgt Stellung:

Zu begrüßen ist die ausdrückliche Bekräftigung des Grundsatzes, inhaltliche Veränderungen und Ergänzungen mit großer Zurückhaltung vornehmen zu wollen. Davon, dass sich die Kommission damit „treu bleibe“, kann allerdings keine Rede sein. Schon zu den vorangegangenen Anpassungen im Jahre 2015 habe ich – weitgehend erfolglos – moniert, dass die konkreten Vorschläge diesem Grundsatz nicht gerecht werden. Auch hinsichtlich der nunmehr für 2017 vorgeschlagenen Änderungen kann von „Zurückhaltung“ keine Rede sein. Die Vorschläge sind in wichtigen Punkten unausgewogen und sprengen ohne ersichtliche Notwendigkeit und sachliche Rechtfertigung das bisherige Konzept des Kodex. Dies gilt insbesondere für den verfehlten Einstieg in rechts- und wirtschaftsphilosophische Fragen (unten 2.), den Versuch der Neueinführung einer neben Empfehlungen und Anregungen tretenden Kategorie des „Appells“ (unten 3.) und die Parteinahme für Partikularinteressen einzelner Kommissionsmitglieder (unten 6.).

Im Einzelnen:

1. Redaktionelle Änderungen, Kodexbereinigung und -verschlinkung, Anpassung an veränderte Rechtslage: Zwar könnte prima facie der Eindruck entstehen, dass die Darstellung an sich selbstverständlicher Streichungen und Anpassungen (z.B. von Übergangsfristen in den Fußnoten) in den Erläuterungen einen irreführend breiten Raum einnimmt. Gleichwohl ist diese ausführliche Darstellung zu begrüßen, weil sie es erlaubt zu beurteilen, ob angeblich nur redaktionelle Änderungen materielles Gewicht haben. Uneingeschränkt zuzustimmen ist den Vorschlägen zu den Fußnoten, der Anpassung von Ziffer 2.3.1, Ziffer 4.2.5, Ziffer 6.3 (neu Ziffer 6.2), Ziffer 7.1.1 und Ziffer 7.2.3.

Die in Ziffer 5.3.2 beabsichtigte Anpassung an das AReG ist nicht vollständig gelungen. „Begründete Empfehlungen“ werden nicht „vorgeschlagen“, sondern „abgegeben“ (vorgeschlagen werden die Kandidaten). Sachlich wichtiger ist, dass sich der Prüfungsausschuss mit den vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen nicht nur „befasst“, sondern nach neuem Recht ausdrücklich – zum Teil sogar vorab – zustimmen muss.

Die vorgesehene Streichung der kompletten Ziffer 6.2 wird mit „bürokratischer Entlastung“ begründet, wer würde diese nicht begrüßen? Tatsächlich handelt es sich um die Reduzierung einer Transparenz, die von hohem praktischen Interesse ist und deren Herstellung nicht mit nennenswertem Aufwand verbunden ist. Auf die Streichung sollte verzichtet werden.

Die vorgesehene Streichung in Ziffer 7.1.2 ist eine *nicht empfehlenswerte* „Kodexverschlinkung“. Der Hinweis auf das Rechnungslegungs-enforcement durch DPR und BaFin ist eine für ausländische Investoren sinnvolle Information, die zudem auch dem Inländer zutreffend vor Augen führt, dass neben Abschlussprüfer und Aufsichtsrat weitere Institutionen zur Prüfung der Rechnungslegung berufen sind.

2. Die vorgeschlagenen Änderung der Präambel, Absatz 2 sollte unterbleiben. Abgesehen vom an mittelmäßige evangelische Predigten erinnernden Duktus („Prinzipien...verlangen...und fragen...“; „Leitbotschaft zum Thema ethisches Verhalten“) dokumentiert der Vorschlag eine unausgeglichene und zweifelhafte Mischung von Volkswirtschaftstheorie, Gesinnungs- und Verhaltensethik, Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Praktisch jede der Thesen, die sich aus den vorgeschlagenen Formulierungen destillieren lässt, ist fragwürdig, wissenschaftlich offen oder umstritten und in ihrer praktischen Bedeutung unklar. Das wäre allenfalls eine in einem Positions- oder Diskussionspapier denkbare Herangehensweise, passt aber nicht zu einem auf Präzision und Zurückhaltung verpflichteten Kodex.

Ausgesprochen irreführend und potentiell missverständlich ist zudem das unvermittelt in Parenthese auftauchende Schlagwort des „Ehrbaren Kaufmanns“. Abgesehen von der praktisch beliebigen Assoziation zwischen diesem Schlagwort und dem vorangehenden Satz – um eine Legaldefinition handelt es sich offensichtlich nicht – legt diese Bemerkung der Präambel nahe, dass es sich bei Vorständen und/oder Aufsichtsräten um Kaufleute handelt. Dies ist bekanntlich weder formell noch in den meisten Fällen materiell (im Sinne der Eigentümerposition) der Fall. Da dieses Missverständnis vermutlich auch eine häufige Ursache für in der Vergangenheit und aktuell zu beobachtende Fehlentwicklungen ist, sollte es durch den Kodex nicht gepflegt werden.

3. Die in Ziff. 2.1.3 neu vorgesehene Regelung ist „revolutionär“, denn sie begründet ausweislich der Erläuterungen neben den bekannten Empfehlungen und Anregungen eine vollständig neue Kategorie innerhalb des Kodex, den „Appell“. Hierauf sollte schon aus systematischen Gründen verzichtet werden. Auch inhaltlich gibt es keine Veranlassung, innerhalb eines Kodex zur Unternehmensführung „proaktiv“ zu einer geplanten, in ihrer abschließenden Gestalt noch gar nicht bekannten Gesetzgebung Stellung zu nehmen, die – zum Teil interne – Aktionärsangelegenheiten betrifft.
4. Die in Ziff. 4.1.3 vorgesehene Änderung ist nur scheinbar unproblematisch. Sie impliziert nämlich anders als bisher, dass die Pflicht des Vorstands, für die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen zu sorgen, stets ein förmliches Compliance Management System erfordert. Da es auch kleine börsennotierte Gesellschaften gibt, sollte von einer solchen Festlegung abgesehen werden.
5. Die in Ziff. 4.2.3 vorgeschlagenen Änderungen betreffen die Vorstandsvergütung und damit einen Bereich, in dem in der Vergangenheit permanent Änderungen vorgenommen worden sind. Die erste der nunmehr weiter vorgesehenen Änderungen (zweiter Absatz, Einfügung von „zukunftsbezogen“) verstehe ich auch unter Berücksichtigung der Erläuterungen schlicht nicht; welches praktisch relevante Verhalten soll hier unterbunden werden?

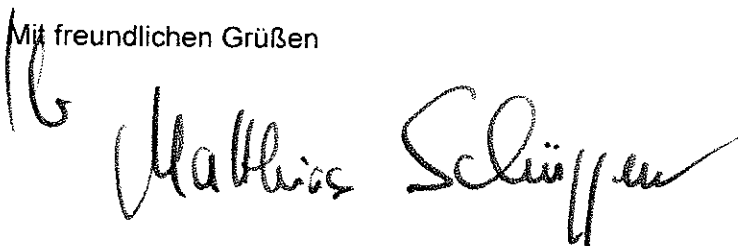
Die Änderung im vierten Absatz könnte zu Missverständnissen Anlass geben. Eine nachträgliche Änderung des Vorstandsanstellungsvertrages, die abweichend von der getroffenen Abrede eine vorzeitige Auszahlung mehrjähriger variabler Vergütungsbestandteile vorsieht, wird in vielen Fällen ein Verstoß gegen § 87 Abs.1 (insbesondere Sätze 2 und 3) AktG sein. Dem wird die Formulierung einer Empfehlung nicht gerecht. Allenfalls könnte wie folgt formuliert werden: *„Auch soweit es sich ausnahmsweise dabei nicht um einen Gesetzesverstoss handelt, sollen mehrjährige, variable Vergütungsbestandteile nicht vorzeitig ausbezahlt werden.“*

6. Ein in der Fach- und Wirtschaftspresse besonders intensiv diskutierter Vorschlag ist die nunmehr in Ziff. 5.2, 2.Absatz vorgesehene Empfehlung, Sie sollte jedoch unterbleiben. Dies gilt schon deshalb, weil sich die Empfehlung offensichtlich an Leitsätze anlehnt, die von einer Initiative verabschiedet wurden, an der nur einzelne Mitglieder der Kommission unter bewusster Ausklammerung anderer in der Kommission vertretenen Gruppen beteiligt waren. Der Kodex sollte nicht in dieser Weise zum Betreiben von Partikularinteressen benutzt werden. Aber auch inhaltlich ist die vorgeschlagene Empfehlung verfehlt, weil sie zu Unrecht das Gremium Aufsichtsrat und die Rechte einzelner Aufsichtsratsmitglieder ausklammert und die eigentliche Frage der Verschwiegenheitspflicht nicht adressiert und – mangels eines entsprechenden Spielraums – auch nicht adressieren kann. Unter Wahrung der Verschwiegenheitspflicht kann der Aufsichtsratsvorsitzende im Übrigen – ebenso wie jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied – mit Jedem über Alles, nicht nur über „aufsichtsratsspezifische Themen“ Gespräche führen. Darauf, dass die Empfehlung nicht Rechtssicherheit, sondern allenfalls Verunsicherung mit sich bringt, hat *Jens Koch* zutreffend hingewiesen (Betriebs-Berater 50/2016, S.1).
7. Eine für die Corporate Governance zentrale Überlegung ist, welche Anforderungen individuell an Aufsichtsratsmitglieder zu stellen sind und welche Anforderungen an die Zusammensetzung des Gremiums zu stellen sind. Diese Fragen adressiert Ziff. 5.4.1. Abzuraten ist von der im 4. Absatz vorgesehenen Ergänzung, weil eine solche Außenkommunikation überflüssige Streitigkeiten und Anfechtungsrisiken provoziert.

Bereits mehrfach hatte ich darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeitsdefinition in Ziffer 5.4.2 Satz 2 insofern verfehlt ist, als sie Beziehungen zu einem kontrollierenden Aktionär mit erfasst. Die zutreffende Ergänzung von Ziffer 5.4.1 Absatz 2 um die Berücksichtigung der Eigentümerstruktur sowie die Streichung eines gesetzlichen Unabhängigkeitserfordernisses durch den Gesetzgeber des AReG sollte zum Anlass genommen werden, diesem Monitum zu folgen und die Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär aus der Definition zu streichen.

Wie bereits einleitend erwähnt halte ich es für richtig, dass die Kommission inhaltliche Veränderungen und Ergänzungen des Kodex zurückhaltend vornimmt. Die Änderungsvorschläge in Ihrer vorgesehenen Form entsprechen diesem Postulat nicht und bergen in sich das Risiko, die Reputation der Kommission weiter zu beschädigen. Dies wäre im Interesse der deutschen Wirtschaft zu bedauern. Ihren Beratungen wünsche ich in diesem Sinne einen guten Verlauf.

Mit freundlichen Grüßen

 Matthias Schüppen