

Per E-Mail: regierungskommission@dcgk.de
Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
c/o Deutsches Aktieninstitut e. V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main

Kassel, 24. Januar 2019

Kodexreform 2019

Gemeinsame Stellungnahme von Vorstand und Aufsichtsrat der K+S Aktiengesellschaft

Sehr geehrter Herr Professor Nonnenmacher,
sehr geehrte Damen und Herren,

am 6. November 2018 haben Sie den Entwurf eines geänderten Kodex veröffentlicht und die interessierte Öffentlichkeit um Stellungnahme bis zum 31. Januar 2019 gebeten. Diese Möglichkeit nehmen wir gern wahr und geben in Abstimmung mit den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats der K+S Aktiengesellschaft folgende Stellungnahme ab.

Wir unterstützen das Ziel der Regierungskommission, den Kodex „relevanter, klarer und kompakter“ zu machen. Die folgenden Anmerkungen zur Struktur sowie zu einzelnen Empfehlungen und Anregungen sind an diesem Ziel ausgerichtet.

I. Zur Struktur

Gemäß § 161 AktG – der die Grundlage des Kodex bildet – erklären Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich, dass sie den Empfehlungen des Kodex entsprochen haben/werden, welche Empfehlungen nicht angewendet wurden/werden und warum nicht („comply or explain“). § 161 AktG enthält die rechtliche Grundlage für den Kodex und für die

Entsprechenserklärung. Sowohl Kodex als auch Entsprechenserklärung werden in den gesetzlichen Rahmen integriert. Eine Kompetenz zur Rechtsfortbildung enthält diese Regelung nicht.

Vor diesem Hintergrund sind sowohl eine über die Entsprechenserklärung hinausreichende Empfehlung (hierzu unter 1.) als auch die Antizipation möglicher zukünftiger gesetzlicher Regelungen (hierzu unter 2.) nicht von § 161 AktG gedeckt.

1. Über die Entsprechenserklärung hinausreichende Empfehlung

Der Entwurf der Empfehlung A. 19 sieht vor, dass Aufsichtsrat und Vorstand erläutern sollen, auf welche Weise sie die Grundsätze des Kodex anwenden („apply and explain“). Der als weitere Ebene des Kodex angedachte „apply and explain“-Ansatz ist im Aktiengesetz nicht angelegt.

Zentrales Berichtsmedium ist gemäß § 289f HGB die Erklärung zur Unternehmensführung, die als gesonderter Abschnitt des Lageberichts vom Vorstand aufzustellen und nach Maßgabe von § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG vom Aufsichtsrat zu prüfen ist.

Der Entwurf der Empfehlung A. 19 verlangt eine gemeinsame Erläuterung von Vorstand und Aufsichtsrat, die in Widerspruch zu dieser gesetzlichen Systematik steht.

Grundlage der Erläuterung sollen die „Grundsätze des Kodex“ sein. Ausweislich Absatz 4 der Präambel des Kodexentwurfs sind die Grundsätze aus wesentlichen rechtlichen Vorgaben und elementaren Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung *abgeleitet*.

Der Kodex darf nicht dazu verwendet werden, über die Erklärung gemäß § 161 AktG mittelbar die gesetzlichen Vorschriften zu modifizieren. Die Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen des Kodex müssen in Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften stehen.

Die Erklärung gemäß § 161 AktG ist etabliert. Sie ist inzwischen für die verschiedensten operativen Geschäfte von grundlegender Bedeutung. Voraussetzung ist oftmals die volle Entsprechung mit den Anforderungen des Kodex, das Modell „Comply or Explain“ trägt in der Praxis in diesen Fällen nicht.

Empfehlungen des Kodex, die über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehen, führen so mittelbar zu einer Modifikation des Gesetzes. Das ist in § 161 AktG nicht angelegt und verfassungsrechtlich fragwürdig.

Einige der Grundsätze beziehen sich zudem auf Aspekte, die in der Satzung oder den Geschäftsordnungen für Vorstand und/oder Aufsichtsrat geregelt sind. Eine Erklärung würde sich in diesem Fall in einem Verweis auf das entsprechende Dokument ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn beschränken.

In einem immer komplexer werdenden Umfeld ist es aus Sicht der Unternehmen zu begrüßen, auf derartige zusätzliche Berichtserfordernisse zu verzichten. In jedem Falle ist die Konsistenz mit den gesetzlichen Berichtserfordernissen sicherzustellen.

2. Antizipation möglicher zukünftiger gesetzlicher Regelungen

Der Kodexentwurf nimmt Bezug auf mögliche zukünftige gesetzliche Regelungen zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie und gibt diese aufgrund der verkürzten Ableitung aus den gesetzlichen (Entwurfs-) Regelungen in den Grundsätzen des Kodex unzutreffend wieder. Mit Blick auf die zuvor unter 1. dargestellte gesetzliche Systematik entbehrt eine solche Antizipation möglicher zukünftiger gesetzlicher Regelungen zudem einer Rechtsgrundlage in § 161 AktG.

II. Zu den einzelnen Grundsätzen, Empfehlungen und Anregungen

1. Grundsatz 11

Grundsatz 11 – wonach wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen – enthält eine stark verkürzte Vorwegnahme möglicher zukünftiger Änderungen entsprechend §§ 111a – 111c AktG in der Fassung des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (AktG-E ARUG II). Die Verkürzung führt zu möglichen Widersprüchen mit der gesetzlichen Regelung.

So werden angedachte konzerninterne Ausnahmen gemäß § 111a AktG-E ARUG II sowie angedachte Schwellenwerte gemäß § 111b Abs. 1 AktG-E ARUG II in Grundsatz 11 nicht berücksichtigt. Entgegen des Entwurfs von Grundsatz 11 wäre in diesen Fällen keine vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich.

Zu einem möglichen Ausschuss des Aufsichtsrats (§ 107 Abs. 3 AktG-E ARUG II), der Vorschläge zur Beschlussfassung über die Zustimmung vorbereitet, verhält sich der Entwurf des Kodex überhaupt nicht.

2. A. 13

Der Entwurf empfiehlt, dass der Aufsichtsrat *regelmäßig* auch ohne den Vorstand tagen soll. Diese Empfehlung kann – ohne weitere Klarstellung – dazu führen, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats in einen Konflikt zwischen Einhaltung der von ihnen abgegebenen Entsprechenserklärung und der Einhaltung ihrer gesetzlichen Pflichten geraten. Gemäß § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Für diese Überwachungstätigkeit gilt nach § 116 Satz 1 AktG der Sorgfaltsmaßstab des § 93 AktG. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG setzt ein Handeln auf der Grundlage angemessener Information voraus. Für diese Information des Aufsichtsrats ist maßgeblich der Vorstand verantwortlich, dessen Berichtspflicht § 90 AktG konkretisiert. Tatsächlich tagt der Aufsichtsrat der K+S Aktiengesellschaft vor diesem Hintergrund regelmäßig in Anwesenheit des Vorstands, um seinen gesetzlichen Pflichten vollumfänglich nachzukommen.

Es wäre daran zu denken, beispielsweise Vorbesprechungen von Aufsichtsratssitzungen regelmäßig ohne den Vorstand durchzuführen; die Plenumsitzungen sollen regelmäßig in Anwesenheit des Vorstands und nur im Ausnahmefall in dessen Abwesenheit stattfinden.

3. A. 15

Der Entwurf der Empfehlung A. 15 sieht vor, dass der Aufsichtsrat regelmäßig beurteilen soll, wie wirksam der Aufsichtsrat insgesamt und seine Ausschüsse ihre Aufgaben erfüllen. Im Abstand von höchstens drei Jahren soll die Selbstbeurteilung extern unterstützt werden.

Es wäre zu überlegen, den Abstand gemäß Satz 2 des Entwurfs auf vier Jahre zu verlängern. Dies ermöglichte es dem Aufsichtsrat, alle zwei Jahre interne Zwischenbeurteilungen vorzunehmen. Grundsätzlich sei noch anzumerken, dass durch die Vorgabe einer externen Unterstützung den Unternehmen nicht unerhebliche zusätzliche Kosten entstehen. Auch dies spräche dafür, den Abstand der externen Unterstützung auf vier Jahre zu verlängern.

4. A. 23

Neben den bereits bestehenden gesetzlichen Pflichten und in den Empfehlungen A. 21 und A. 22 vorgesehenen Vereinbarungen mit den Abschlussprüfern führt die Empfehlung A. 23, die Wirksamkeit der Abschlussprüfung regelmäßig zu beurteilen, zu einem zusätzlichen bürokratischen Aufwand ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Es bestehen bereits sehr umfangreiche Pflichten des Aufsichtsrats und seines Prüfungsausschusses in Hinblick auf die Beauftragung und Zusammenarbeit mit den Abschlussprüfern. Mit Blick auf die Zielsetzung des Kodex sollte diese Empfehlung gestrichen werden.

5. B. 1

Es ist nicht ersichtlich, warum Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite entsprechend des Entwurfs der Empfehlung B. 1 für nicht mehr als drei Jahre bestellt werden sollen. Diese Regelung schränkt § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG ein, der Kodex führt über § 161 AktG faktisch zur Änderung der gesetzlichen Regelung.

Der Entwurf der Empfehlung B. 1 führt zudem zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseignerseite und der auf der Grundlage des Mitbestimmungsgesetzes gewählten Arbeitnehmerseite.

6. B. 5/B. 6

Diese vorgeschlagenen Empfehlungen modifizieren die gesetzliche Regelung des § 100 Abs. 2 AktG, der Kodex führt auch hier über § 161 AktG faktisch zur Änderung der gesetzlichen Regelung. Der Kodexentwurf empfiehlt, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das keinem geschäftsführenden Organ einer Unternehmung angehört, insgesamt nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate bei börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen wahrnehmen soll, wobei ein

Aufsichtsratsvorsitz doppelt zählt. Wer dem geschäftsführenden Organ einer Unternehmung angehört, soll insgesamt nicht mehr als zwei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen und keinen Aufsichtsratsvorsitz wahrnehmen, so der Entwurf der Empfehlung B. 6.

Die gesetzliche Regelung des § 100 Abs. 2 AktG trägt den Anforderungen an einen diversifizierten und mit den erforderlichen Kompetenzen ausgestatteten Aufsichtsrat aus unserer Sicht in angemessener Weise Rechnung. Die über die vorgeschlagenen Empfehlungen B. 5/B. 6 vorgesehenen Einschränkungen der gesetzlichen Regelung führen zu einer Schwächung des möglichen Kompetenzprofils des Aufsichtsrats.

Zudem ist zu bedenken, dass die Hauptversammlung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 AktG grundsätzlich nicht an Wahlvorschläge des Aufsichtsrats gebunden ist, sodass der Aufsichtsrat die Einhaltung der von ihm abgegebenen Entsprechenserklärung nicht sicherstellen könnte. Ein vorsichtiger Aufsichtsrat müsste hier also zwingend eine Abweichung unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung erklären, da er selbst die Einhaltung der Empfehlungen nur in Hinblick auf die von ihm beschlossenen Wahlvorschläge sicherstellen kann.

7. Grundsatz 22

Ausweislich des Entwurfs von Grundsatz 22 entscheidet der Aufsichtsrat über die Anzahl der Vorstandsmitglieder, den Zuschnitt der Ressorts, die erforderlichen Qualifikationen sowie über die Besetzung der einzelnen Positionen durch geeignete Persönlichkeiten und achtet dabei auf die gebotene Diversität.

Der Entwurf dieses Grundsatzes 22 illustriert das Problem der verkürzten Ableitung gesetzlicher Regelungen. So darf Grundsatz 22 nicht faktisch zu einer Einschränkung beispielsweise von § 77 Abs. 2 AktG führen.

8. Grundsatz 23

Der Entwurf von Grundsatz 23 Satz 2 weicht in vier Punkten von der möglichen gesetzlichen Regelung in § 120a Abs. 1 AktG-E ARUG II ab. Nach § 120a Abs. 1 AktG-E ARUG II beschließt die Hauptversammlung künftig *mindestens alle vier Jahre* über die *Billigung* der vom Aufsichtsrat *vorgelegten Vergütungspolitik* für die Vorstandsmitglieder.

Ausweislich des Entwurfs von Grundsatz 23 Satz 2 soll die Hauptversammlung über die Billigung des *vorgeschlagenen Vergütungssystems* beschließen. Es ist nicht ersichtlich, mit welchem Zweck der Kodex vom Wortlaut einer möglichen zukünftigen gesetzlichen Regelung abweicht. Zudem kann die Hauptversammlung nicht *mit empfehlendem Charakter* beschließen; sie kann die Vergütungspolitik nur billigen oder ihre Billigung versagen. Zuletzt ist nicht ersichtlich, warum der Entwurf von Grundsatz 23 die vorgesehene maximal vierjährige Periode nicht übernimmt und damit weitere Zweifelsfragen aufwirft.

9. D. 2

Der Entwurf der Empfehlung D. 2 sieht vor, dass die Vergütung insgesamt und hinsichtlich ihrer variablen Vergütungsteile jährliche Aufwands-Höchstbeträge aufweisen soll.

Die Ermittlung jährlicher Aufwands-Höchstbeträge ist bei der Gewährung langfristig variabler Vergütung in Aktien der Gesellschaft entsprechend Empfehlung D. 7 nicht möglich. Der Gesellschaft ist es nicht möglich, gleichzeitig den Empfehlungen D. 2 und D. 7 zu entsprechen, so dass diesbezüglich zwingend eine Abweichung erklärt werden müsste.

10. D. 3

Der Entwurf der Empfehlung D. 3, wonach der Dienstzeitaufwand oder Beiträge zur Altersversorgung der Kategorie der Festvergütung zugerechnet werden sollen verfälscht das tatsächliche Bild.

11. D. 4

Der Entwurf der Empfehlung D. 4 sieht vor, dass das Verhältnis von Festvergütung und variablen Vergütungselementen die unterschiedlichen Anforderungen an die Aufgaben der jeweiligen Vorstandsmitglieder berücksichtigen soll.

Der Entwurf dieser Empfehlung widerspricht dem Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung des Vorstands nach Maßgabe von § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG.

12. D. 5

Dem Entwurf der Empfehlung D. 5 zufolge sollen die Gewährungsbeträge aller variablen Vergütungsteile allein von der Erreichung der für die betreffende Periode jeweils vorher festgelegten Ziele abhängen.

Die Bezugnahme auf die jeweils vorher festgelegten Ziele in dem Entwurf dieser Empfehlung schränkt ohne weitere Erläuterung den Spielraum des Aufsichtsrats ein, auf unterjährige Ereignisse angemessen reagieren zu können.

13. D. 7

Der Entwurf der Empfehlung D. 7 sieht vor, dass die kurzfristig variable Vergütung in bar ausbezahlt werden soll. Die langfristig variable Vergütung soll (nach Abzug anfallender Steuern) in Aktien der Gesellschaft gewährt werden, die mindestens vier Jahre lang nicht veräußert werden können.

Der Entwurf der Empfehlung führt zu einer über die gesetzlichen Regelungen hinausgehenden nicht gerechtfertigten Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Vorstände über die von ihnen verdiente Vergütung. Das Vorstandsamt verliert damit für potentielle Kandidaten an Attraktivität. Der Kodex schwächt über diese Empfehlung das Aktiengesetz und den Wirtschaftsstandort Deutschland.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass es sich nicht nur um einen unbedeutenden Bestandteil der Vergütung handelt, zumal die langfristige variable Vergütung den Anteil der kurzfristig variablen Vergütung gemäß Entwurf der Empfehlung D. 1 übersteigen soll.

Darüber hinaus kann es zu Schwierigkeiten bei gleichzeitiger Umsetzung der Empfehlung D. 12 kommen, die sich ebenfalls auf die variable Vergütung bezieht.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf der Empfehlung zu einem Konflikt mit Vorschriften des Kapitalmarktrechts (beispielsweise der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch) führen kann. Die Regelung ist vor diesem Hintergrund zu konkretisieren.

14. D. 8

Der Entwurf der Empfehlung D. 8 sieht vor, dass zur Bestimmung der konkreten Ziel-Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat eine geeignete Vergleichsgruppe anderer Unternehmungen heranziehen soll, deren Zusammensetzung er offenlegt. Der Peer Group-Vergleich muss mit Bedacht genutzt werden, damit es nicht zu einer automatischen Aufwärtsentwicklung kommt.

Der Entwurf dieser Empfehlung lässt offen, wie die Vergleichsgruppe anderer Unternehmungen zu bilden ist. Die Ermittlung einer angemessenen Vergleichsgruppe wäre für die K+S Aktiengesellschaft bei einer engen Betrachtung schwierig oder sogar unmöglich. Es scheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob das mit dem Entwurf der Empfehlung D. 8. verfolgte Ziel überhaupt erreicht werden kann.

15. D. 12

Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, „Claw Back“-Klauseln vorgeben zu wollen, geben wir zu bedenken, dass die Einführung solcher Klauseln – wie im Entwurf der Empfehlung D. 12 vorgesehen – eine Anhebung der Vorstandsvergütungen zur Folge haben dürfte. Im Falle von K+S, die bisher eine sehr maßvolle Vergütungspolitik verfolgt, bedeutete dies eine zwingende Anhebung der Vorstandsvergütung. Dies kann nicht im Sinne der Regierungskommission sein.

16. D. 13

Der Entwurf dieser Empfehlung, dass nach Beendigung eines Vorstandsvertrags sämtliche bestehenden Vergütungs- und Zuflussregelungen fortgelten sollen, schränkt den Ermessensspielraum des Aufsichtsrats bei der Beendigung von Vorstandsmandaten ein.

Die Beendigung eines Vorstandsmandats ist immer eine Einzelfallentscheidung des Aufsichtsrats. Vor diesem Hintergrund sollte der Aufsichtsrat unter Abwägung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls frei darüber entscheiden können, wie ein Mandat abgewickelt wird.

Wenn ein Vorstandsmandat vorzeitig beendet werden soll, ist es oftmals angezeigt, nach innen wie nach außen die vertraglichen Beziehungen kurzfristig zu beenden und ohne zeitliche Einschränkung abwickeln zu können. So würde die zukünftige Zahlung noch zu erdienender Vergütungsbestandteile beispielsweise dazu führen, dass ein bereits ausgeschiedenes Mitglied des Vorstands finanziell unmittelbar auch über längere Zeiträume hinweg an einer positiven Entwicklung teilhaben würde, die nicht mehr von ihm zu verantworten wäre.

17. D. 14

Eine Abfindung, wie im Entwurf der Empfehlung D. 14 beschrieben, vergütet die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages. Im Zweifel hat das ausscheidende Vorstandsmitglied hierauf einen rechtlichen Anspruch, mit dem nicht zugleich die Abgeltung eines erst noch zu vereinbarenden Wettbewerbsverbots verbunden werden kann. Es ist selbstständig zu vereinbaren und entsprechend zu vergüten. Die Empfehlung in D. 14 Satz 3, dass Zahlungen für ein etwaiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit der Abfindung verrechnet werden sollen, lässt sich nicht einseitig durchsetzen.

18. D. 15

Nach dem Entwurf sollten nunmehr Zusagen für Leistungen aus Anlass eines Change of Control nicht mehr vereinbart werden. Das Ziel, mit einer solchen Klausel dem Vorstand Sicherheit und Spielraum bei der Abwehr für unternehmensschädlich angesehenen Übernahmeversuchen zu geben, würde aufgegeben. Aus dieser Perspektive betrachtet helfen Leistungen aus Anlass

eines Change of Control dem Vorstand, einen Übernahmever such entsprechend der gesetzlichen Anforderungen objektiv zu beurteilen.

Für eine Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte bei der weiteren Überarbeitung des Kodex sind wir dankbar.

Mit freundlichen Grüßen

K+S Aktiengesellschaft

Für den Vorstand

Dr. Burkhard Lohr

Für den Aufsichtsrat

Dr. Andreas Kreimeyer