



Stellungnahme der Deutschen Lufthansa AG zum Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 6. November 2018

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne möchten wir vom Angebot der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) zur Stellungnahme zur vorgeschlagenen Neufassung des DCGK Gebrauch machen.

Trotz der begrüßenswerten Verschlinkung des Kodexes sehen wir als betroffenes börsennotiertes Unternehmen etliche der vorgeschlagenen Neuregelungen des DCGK sehr kritisch. Unseres Erachtens erreicht der aktuelle Entwurf nicht das erklärte Ziel, „Best Practices“ der deutschen Corporate Governance widerzuspiegeln. Auf Basis einer Geschäftsberichtsauswertung entspricht aktuell keines der im DAX notierten Unternehmen den neuen Anforderungen des DCGK-Entwurfs vollständig.

Insbesondere die neuen DCGK-Anforderungen zur Vorstandsvergütung stehen zum Teil im Widerspruch zu den von Investoren und Stimmrechtsberatern vor allem in der jüngeren Vergangenheit an deutsche Unternehmen formulierten Anforderungen und gehen vielfach an der deutschen Unternehmensrealität vorbei. Aus heutiger Sicht müssten voraussichtlich alle DAX-Unternehmen hinsichtlich der geforderten Gewährung der Langfristvergütung in Aktien eine Abweichung erklären, was deshalb aus unserer Sicht nicht anerkannten Standards guter Unternehmensführung entsprechen kann. Als Unternehmen stünde man zukünftig im Falle einer Umsetzung des neuen DCGK aufgrund der oben genannten Widersprüche zu Investorenanforderungen vor der Entscheidung, die DCGK-Empfehlungen einzuhalten oder die Zustimmung der Hauptversammlung im Rahmen von Abstimmungen über das Vorstandsvergütungssystem zu erhalten.

Zu den einzelnen Regelungen des Entwurfs haben wir folgende Anmerkungen:

1. Empfehlung A.15: Effizienzprüfung des Aufsichtsrats

Der DCGK benennt die bisherige Effizienzprüfung des Aufsichtsrats in „Selbstbeurteilung“ um und empfiehlt, diese mindestens alle drei Jahre „extern zu unterstützen“. Es handelt sich bei dem Vorschlag aus unserer Sicht um einen unnötigen Eingriff in das Organisationsrecht des Aufsichtsrats. Es sollte dem Aufsichtsrat obliegen, Art und Umfang der Effizienzprüfung selbst festzulegen. Zielsetzung und Hintergründe des Vorschlags bleiben unklar, es wird außerdem nicht spezifiziert, wer als externe Unterstützung hinzuzuziehen ist und welcher Mehrwert hieraus erwartet wird. Hier wird allein Beratungsaufwand geschaffen. Die begriffliche Begrenzung auf „Selbstbeurteilung“ geht zudem an der betrieblichen Praxis vorbei, in der z.B. auch 360°-Feedbacks des Vorstands zur Arbeit des Aufsichtsrats in die Effizienzbeurteilung des Aufsichtsrats einfließen können.

2. Empfehlung A.19: „Apply & explain“ zu den „Grundsätzen guter Corporate Governance“

Künftig sollen Unternehmen zusätzlich zu der Erklärung, inwieweit den Empfehlungen des DCGK entsprochen wird (bisherige Entsprechenserklärung), zur Einhaltung sog. „Corporate Governance Grundsätze“ Stellung nehmen. Soweit die neu aufgenommenen Grundsätze die bestehende Rechtslage wiedergeben, sind sie im Sinne der angestrebten Verschlinkung des DCGK entbehrlich. Soweit sie über gesetzliche Regelungen hinaus verbindliche Vorgaben treffen, stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage die Regierungskommission dies überhaupt regeln darf. Die Erklärungen zur Unternehmensführung würden durch diese Berichterstattung ausgeweitet – aus unserer Sicht zu Lasten von Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Der in der Präambel dargestellten Grundstruktur des DCGK, nach der „Anregungen“ auch ohne Erläuterung nicht zu folgen ist, würde der neue Ansatz widersprechen.

3. Empfehlung B 1: Bestelldauer der Aufsichtsratsmitglieder

Die empfohlene Dauer der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder von drei Jahren stimmt nicht mit der Bestelldauer der Arbeitnehmervertreter überein. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Arbeitnehmervertreter über einen längeren Zeitraum in den Aufsichtsrat gewählt werden und in Deutschland die Existenz eines ‚Staggered Board‘ – eine entsprechende Anregung im Kodex war 2008 gestrichen worden – bisher nicht der gängigen Praxis entspricht, unglücklich. Fraglich ist zudem, ob mit einer relativ kurzen Bestelldauer von drei Jahren die gewünschte Nachhaltigkeit und Kontinuität in der Amtsausübung der Aufsichtsratsmitglieder sichergestellt wird. Des Weiteren sollte der gesetzliche Rahmen des § 102 Abs. 1 S. 1 AktG beachtet werden. Eine kürzere Amtsdauer kann mitunter durchaus auch sachgerecht sein. Änderungen zur Bestelldauer von Aufsichtsräten sollten allerdings im AktG verankert und nicht bestehendes Recht durch den DCGK überlagert werden.

4. Empfehlung B.6: Beschränkung der Aufsichtsratsmandate

Die nun im DCGK Entwurf enthaltene Empfehlung, dass geschäftsführende Organe auch nicht börsennotierter Unternehmen zukünftig nur noch zwei Aufsichtsratsmandate wahrnehmen dürfen, erweist sich als undifferenziert und bildet die Realität einer Vielzahl von Unternehmenskonstellationen (insbesondere konzerninterne Mandate) nicht ab. Nach der Neuregelung wäre zukünftig z. B. die Wahrnehmung von mehr als zwei Aufsichtsratsmandaten bei gleichzeitiger Geschäftsführungstätigkeit in einer kleinen Beteiligungsgesellschaft, die einen zu vernachlässigenden Zeitaufwand erfordern dürfte, nicht mehr möglich, ohne eine Abweichung vom DCGK zu erklären. Dagegen sieht der Entwurf eine grundsätzliche Beschränkung auf fünf Mandate für Aufsichtsräte vor, wenn keine Geschäftsführungstätigkeit ausgeübt wird – diese Regelung steht im Vergleich zur vorgenannten in einem deutlichen Missverhältnis.

5. Empfehlung B.8: Unabhängigkeit

Hinsichtlich der Regelungen zur Unabhängigkeit ist zunächst zu begrüßen, dass die Regierungskommission sich für die Nennung von Indikatoren für die fehlende Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern – und damit gegen die Festlegung eines

Katalogs konkreter Tatbestände fehlender Unabhängigkeit – entschieden hat. Die Aufsichtsräte verfügen damit weiterhin über einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Unabhängigkeit der Mitglieder, unterliegen nach den Vorschlägen diesbezüglich jedoch gleichzeitig weitreichenderen Offenlegungspflichten. Während die bisher lediglich im Rahmen der Transparenzanforderung zu Interessenkonflikten explizit genannten Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Beratern in den Indizienkatalog einbezogen wurden, stehen Beziehungen zu wesentlichen Wettbewerbern – nun erweitert um persönliche Beziehungen – nunmehr jedoch separat. Grundsätzlich besteht die Problematik, dass zahlreiche auslegungsbedürftige Begriffe verwendet werden (z. B. nahe familiäre Beziehung, kontrollierender Aktionär). Dabei wird in Bezug auf Beziehungen zu Mitgliedern des Vorstands auf „nahe familiäre“ Beziehungen, hinsichtlich Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär jedoch auf „persönliche“ Beziehungen abgestellt. Inwiefern hier tatsächlich unterschiedliche Maßstäbe angesetzt werden sollen, erscheint fraglich. Eine Konkretisierung, z.B. durch Verweis auf bestehende gesetzliche Regelungen, z.B. § 15 Abgabenordnung, wäre in jedem Fall wünschenswert.

Ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt gemäß DCGK-Entwurf nicht mehr als unabhängig, wenn es „eine wesentliche andere variable Vergütung von der Gesellschaft oder einem von diesem abhängigen Unternehmen erhält“. Ein ehemaliges Vorstandsmitglied, das aus seiner aktiven Vorstandstätigkeit noch langfristige Vergütungskomponenten hält, gilt damit nicht als unabhängig. Auch nach Ablauf der 2-jährigen Cooling-off-Periode würde eine Übernahme des Vergütungsausschussvorsitzes in diesem Fall eine Abweichungserklärung erfordern. Faktisch entsteht damit eine 4-jährige Cooling-off Periode, was systemwidrig zu den bisherigen Kodexvorgaben erscheint und auch nicht der aktuellen Besetzung der Vergütungsausschüsse entspricht, deren Vorsitz in der überwiegenden Mehrzahl vom Aufsichtsratsvorsitzenden wahrgenommen wird.

6. Empfehlungen D.1 – D.18: Vorstandsvergütung

Bezüglich der DCGK-Vorschläge zur Vorstandsvergütung schließen wir uns den Ausführungen des DAX-Kreises Vorstandsvergütung an und möchten daher vorliegend nur die nachfolgenden Punkte noch einmal betonen:

7. Empfehlung D.3: Einbeziehung von Beiträgen zur Altersvorsorge und Nebenleistungen

Der DCGK-Entwurf sieht eine Einbeziehung von Beiträgen zur Altersversorgung und „nicht betrieblich veranlasster Nebenleistungen“ in die Festvergütung vor. Gemäß HGB sind jedoch „Nebenleistungen jeder Art“ als Teil der Gesamtbezüge und nicht als Teil der Festvergütung zu betrachten. Der DCGK-Vorschlag steht in diesem Punkt daher im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung. Bei den zu berücksichtigenden Altersversorgungsleistungen wird außerdem von „Dienstzeitaufwand oder Beiträgen zur Altersversorgung“ gesprochen. Die Begründung lässt offen, ob tatsächlich anstelle des Dienstzeitaufwands lediglich die reinen Beiträge Berücksichtigung finden können. Schließlich lässt sich die Höhe der Altersversorgung im Vorhinein gar nicht festlegen, sofern weiterhin auf den Dienstzeitaufwand abgestellt wird, da dieser z.B. in Abhängigkeit des extern vorgegebenen Rechnungszinses variieren kann.

Darüber hinaus sind grundsätzlich der Einbezug von Nebenleistungen in die Festvergütung und die gleichzeitige Begrenzung der Maximalvergütung nicht oder nur mit großem Aufwand zu handhaben. Die Empfehlung ist darüber hinaus in einigen Punkten unklar. Es wird eine Unterscheidung zwischen betrieblich veranlassten und nicht betrieblich veranlassten Nebenleistungen eingeführt, die nicht weiter erläutert wird. Das in der Begründung angeführte Beispiel (Sicherheitsausrüstung des Privathauses) stimmt des Weiteren nicht mit steuerrechtlichen Wertungen überein. Eine Nebenleistung sollte nur dann angenommen werden, wenn es sich hierbei auch um einen geldwerten Vorteil im Sinne des Steuerrechts handelt. Die Höhe vieler Nebenleistungen lässt sich nicht im Vorhinein festlegen.

8. Empfehlung D.4: Differenzierung zwischen Vorstandsmitgliedern

Gemäß DCGK-Entwurf soll das „Verhältnis von Festvergütung und variablen Vergütungselementen die unterschiedlichen Anforderungen an die Aufgaben der jeweiligen Vorstandsmitglieder berücksichtigen“. Zielsetzung und Hintergrund dieser Neuregelung bleiben unklar. Eine solche Differenzierung ist in der Praxis bisher unüblich und wird vor dem Hintergrund der Gesamtverantwortung des Vorstands (§ 76 AktG) und seiner gemeinschaftlichen Geschäftsführung (§ 77 AktG, Abs. 1) kritisch gesehen. Sie führt zu einer weiteren Erhöhung der Komplexität der Vorstandsvergütung. Hier sollte es dem Aufsichtsrat überlassen bleiben, ob, und wenn ja, wie er eine Differenzierung zwischen Vorstandsmitgliedern vornimmt.

9. Empfehlung D.7: Auszahlung der langfristigen variablen Vergütung in Aktien

Der Vorschlag für die Ausgestaltung der Langfristvergütung richtet Vorstandshandeln stärker an kurzfristigen, statt an langfristigen Zielen aus und steht insofern aus unserer Sicht im Widerspruch zu § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG, der eine Ausrichtung der Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung fordert. Die Langfristigkeit der mehrjährigen Vergütung ergäbe sich im vorgeschlagenen System nicht mehr aus der Gewährung der Vergütung, sondern primär aus der - von vielen Einflussfaktoren abhängigen - Entwicklung des Aktienkurses und aus der Aktienhalteverpflichtung. Eine Gewährung in Aktien vorzuschreiben, schränkt den Aufsichtsrat aus unserer Sicht in unbilliger Weise ein und steht im Widerspruch zu der Investorenerwartung, ein auf die individuelle Situation des Unternehmens und dessen Peergroup zugeschnittenes Vergütungssystem zu entwickeln. Das Modell greift zudem - mindestens zu einem Teil - in die Sphäre der Aktionäre ein: der Vorstand wird verpflichtend zum Miteigentümer und die im Falle einer Aktienvergütung gängige Schaffung von genehmigtem Kapital setzt den Beschluss der Hauptversammlung voraus. Hat ein Vorstandsmitglied seinen Dienstsitz nicht im Inland, können bei der Gewährung der Vergütung in Aktien komplexe Umsetzungsfragestellungen bzw. - Hindernisse (z.B. Unzulässigkeit der Einrichtung eines Aktiendepots) hinzukommen.

10. Empfehlung D.8: Horizontalvergleich

Bei der Festlegung der Zielvergütung soll der Aufsichtsrat gemäß DCGK künftig eine „geeignete Vergleichsgruppe anderer Unternehmen“ heranziehen und die

Zusammensetzung dieser Peergroup offenlegen. Hier sollte zur Vermeidung von Missverständnissen klargestellt werden, dass die Vergleichsgruppe nicht für jedes einzelne Vorstandsmitglied, sondern den Vorstand insgesamt heranzuziehen ist.

11. Empfehlung D.12: Clawback

Der DCGK-Entwurf empfiehlt die Vereinbarung sog. „Clawback“-Regelungen für den Vorstand. Die rechtliche Durchsetzbarkeit entsprechender Regelungen ist nach wie vor nicht eindeutig zu beantworten, insbesondere aber nicht für das vom DCGK-Entwurf vorgeschlagene Einheitsmodell zur Langfristvergütung. Die Aktien werden nach dem Vorschlag bereits nach einem Jahr gewährt. Ein Clawback wäre deshalb nur noch über rechtlich unsichere Rückforderungen umsetzbar, nicht durch Aufschieben von Vergütungselementen. Unklar bleibt die Abgrenzung von Clawback- zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft nach § 93 AktG. Der Kodexentwurf lässt zudem offen, was genau „begründete Fälle“ für die Rückforderung variabler Vergütungen sein sollen.

12. Empfehlung D.14, Satz 3: Wettbewerbsverbot

Neu ist die Kodex-Empfehlung, dass Zahlungen aus einem etwaigen Wettbewerbsverbot mit einer möglichen Abfindung bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit verrechnet werden soll. Systematisch handelt es sich hier um zwei verschiedene Ansprüche mit unterschiedlicher Rechtsgrundlage und unterschiedlicher Zielsetzung. Eine Verrechnung dieser unterschiedlichen Ansprüche wird insofern kritisch gesehen.

13. Anregung D.15: Keine Abfindung bei Change of Control

Die neu vorgesehene Anregung, keine Change of Control-Abfindungen zu vereinbaren, sehen wir ebenfalls kritisch. Sie ist unseres Erachtens nicht in jedem Fall sinnvoll: so gibt es durchaus Situationen, in denen eine Change of Control - Klausel mit Abfindung im Unternehmensinteresse ist. Andernfalls könnte zumindest das Risiko bestehen, dass der Vorstand eine für das Unternehmen sinnvolle Übernahme aus persönlichen Motiven vereitelt. Derzeit ist das Thema lediglich als Anregung in den Kodex aufgenommen worden. Da in der Vergangenheit aber wiederholt Anregungen zu späteren Empfehlungen heraufgestuft wurden, möchten wir zu diesem Punkt bereits jetzt Kritik anmelden.

14. Empfehlung D.16: Verrechnung von Vergütungen für konzerninterne Mandate

In der Empfehlung sieht der Kodex nun vor, dass die Vergütung für die Wahrnehmung konzerninterner Mandate auf die Festvergütung angerechnet werden soll. Grundsätzlich ist der Hintergedanke dieser Regelung verständlich und zu begrüßen. Dennoch wäre eine gewisse Flexibilität zugunsten der Unternehmen aus unserer Sicht wünschenswert. Dasselbe Ergebnis wie die Anrechnung kann z.B. auch über Verzichtserklärungen der Vorstandsmitglieder erreicht werden; der administrative Aufwand ist in dieser Alternative aber deutlich reduziert. Dies wird daher in der Praxis auch häufig so vorgesehen.

15. Sonstiger formeller Anpassungsbedarf

Über die bereits genannten Kritikpunkte hinaus zeigt sich an einigen Stellen des Entwurfs noch formeller Anpassungsbedarf: so führt die fehlende Harmonisierung von Begrifflichkeiten zwischen DCGK und ARUG II bzw. zu geltenden Regelungen des AktG an verschiedenen Stellen zu Unsicherheiten. Der DCGK verwendet beispielsweise den Begriff „Vergütungssystem“, während das ARUG von „Vergütungspolitik“ spricht; B.6 enthält den Terminus „vergleichbare Funktion“, § 125 Abs. 1 S. 5 AktG bezieht sich auf „Mitgliedschaft in vergleichbaren in- und ausländischen Kontrollgremien von Wirtschaftsunternehmen“.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Anmerkungen bei der weiteren Überarbeitung und Fertigstellung des neuen DCGK berücksichtigen würden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stephan Zilles
Head of Corporate Legal and Compliance
Deutsche Lufthansa AG

Bettina Boos
Head of Corporate Governance
Deutsche Lufthansa AG