

## Stellungnahme zu dem vorgeschlagenen Kodex 2022

Chance von richtungsweisenden Anregungen nutzen

## Einleitung

Der Deutsche Corporate Governance Kodex erreicht regelmäßig hohe Akzeptanzquoten. Dazu trägt auch das bestehende Konsultationsverfahren bei, das den Unternehmen die Möglichkeit gibt, sich zu geplanten Kodexanpassungen zu äußern, um so eine unnötige Zunahme von abweichenden Entsprechenserklärungen zu vermeiden. Wir nehmen deshalb gerne zu den vorgeschlagenen Kodexanpassungen Stellung. Wir danken auch für die in der Überarbeitung des Deutschen Corporate Governance Kodex zum Ausdruck kommenden stetigen Bemühungen der Regierungskommission, einen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung guter Unternehmensführung in Deutschland zu leisten. In Anbetracht der wachsenden Anzahl von Leit- und Richtlinien verschiedener Stakeholder, ist es auch aus unserer Sicht erstrebenswert, dass der gesetzlich verankerte Kodex eine führende Rolle einnimmt und einer unüberschaubaren Empfehlungsvielfalt entgegenwirkt.

Der Entwurf enthält viele gute Ansätze hin zu einer nachhaltigeren Unternehmensführung – es ist aber noch nicht der Zeitpunkt für „harte“ Empfehlungen, auf die sich die Entsprechenserklärung beziehen muss. Die angedachten Kodexänderungen sehen insgesamt sehr hohe formale Anforderungen an die Unternehmen vor. Diese stehen in Abhängigkeit oder werden gegebenenfalls im Widerspruch stehen zu anderen, oftmals noch im Fluss befindlichen gesetzlichen Anforderungen. Die Regierungskommission sollte darauf achten, mit ihren Empfehlungen relevanten europäischen und deutschen Gesetzgebungsverfahren nicht vorschnell vorzugreifen beziehungsweise über bestehende gesetzliche Regelungen hinauszugehen und damit nicht aufeinander abgestimmte parallele Regelungen vorzugeben. Auch sollte die Tatsache mehr gewürdigt werden, dass der Aufbau eines unternehmensweiten internen Kontroll- und Risikomanagementsystems mit Bezug auf Nachhaltigkeitsthemen einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen wird. Sobald die gesetzlichen Anforderungen definiert sind, müssen diese in Prozesse umgesetzt werden. Dann können erst entsprechende Risiken erkannt und das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem danach ausgerichtet werden.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der von der EU-Kommission vorgeschlagene Entwurf zur Nachhaltigkeitsberichterstattung (Corporate Sustainability Reporting Directive – „CSRD“) die klare Anforderung an die Unternehmen enthalten soll, nicht nur den Einfluss von Sozial- und Umweltfaktoren auf den Unternehmenserfolg (Outside-in-Perspektive), sondern auch die Auswirkungen des Unternehmens auf Mensch und Umwelt (Inside-out-Perspektive) einzubeziehen (sog. doppelte Maßgeblichkeit). Inwieweit bereits zum jetzigen Zeitpunkt, zu welchem die CSRD noch nicht beschlossen oder ins nationale Recht überführt ist, die Anpassungen in Bezug auf die soziale und ökologische Nachhaltigkeit geboten sind, erscheint sehr zweifelhaft. Mit Blick auf den von der EU

vorgezeichneten Zeitplan, nach dem die CSRD bereits für das Berichtsjahr 2023 aufgrund nationalstaatlicher Umsetzungsvorschriften von den Unternehmen angewendet werden soll, erscheint es nicht sinnvoll, zuvor in den DCGK Empfehlungen aufzunehmen, die bereits im kommenden Jahr aufgrund des bereits laufenden Gesetzgebungsverfahrens wieder anzupassen wären. Die Regierungskommission sollte also bei der Aufstellung und Formulierung neuer Anregungen und insbesondere Empfehlungen vorsichtig und mit dem richtigen Maß agieren.

Möchte die Regierungskommission mit den angedachten Empfehlungen ein grundsätzliches Bekenntnis abgeben und gleichzeitig ankündigen, dass der Kodex zukünftig stärker das Thema Nachhaltigkeit im Fokus hat, so sollte dies in Form von Anregungen geschehen. Dies würden wir ausdrücklich begrüßen. Die Regierungskommission würde damit den Unternehmen Zeit geben, sich bereits jetzt auf eine eventuell spätere Empfehlung einzustellen, um dieser auch entsprechen zu können. Eine solche verantwortungsvolle Setzung von Empfehlungen beziehungsweise Anregungen halten wir für sehr wichtig. Mit einer Vielzahl von Abweichungserklärungen, die in der Begründung auf noch im Prozess befindliche europäische und deutsche Gesetzgebungsverfahren verweisen, ist den Interessen der Stakeholder hingegen nicht geholfen. Demgegenüber würde aber bereits mit der Anregung oder mit der angedachten Präambel ein weiterer Anreiz für den Vorstand entstehen, die Unternehmensstrategie neben rein wirtschaftlichen auch schon jetzt stärker an ökologischen und sozialen Zielen auszurichten, was viele Unternehmen ohnehin bereits jetzt machen.

Die Form der Anregung kann auch das den Empfehlungen immanente Spannungsfeld lösen. Das Spannungsfeld entsteht bei Empfehlungen, da diese einerseits konkret genug sein müssen, um diese überhaupt handhabbar für Unternehmen zu machen. Im Übrigen kommt nur so einer eventuellen Entsprechung einer Empfehlung überhaupt eine höhere Aussagekraft zu. Auf der anderen Seite ist – wie oben bereits ausgeführt – ein verantwortungsvoller Umgang mit Konkretisierungen im Rahmen von Empfehlungen unabdingbar, da diese nicht nur zu unnötigen Belastungen führen, sondern auch im Widerspruch zu anderen Regelwerken stehen können. Darüber hinaus fördert eine zu konkret ausgestaltete Empfehlung nicht die Entwicklung eines Best Practice, sondern hemmt diese. Abgesehen davon wird dies auch nicht dem Selbstanspruch des Kodex gerecht, national und international anerkannte Standards zu enthalten (vergleiche hierzu Absatz 3 der Präambel des Kodex). Dieses Spannungsfeld wird ideal durch die Möglichkeit einer Anregung gelöst. Diese wirkt richtungsweisend und lässt Raum für die Entwicklung einer Best Practice.

## 1 Anregungen zur Leitung und Überwachung

### 1.1 Empfehlung A. 1

Nach der neu angedachten Empfehlung A. 1 Satz 1 soll der Vorstand *„die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten.“*

Nach Satz 2 soll die Unternehmensstrategie darüber Auskunft geben, wie die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Ziele *„in einem ausgewogenen Verhältnis umzusetzen“* sind. Satz 3 empfiehlt darüber hinaus, dass die Unternehmensplanung finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten soll.

Der Begriff der Nachhaltigkeit ist sehr weit und in den Detailausprägungen unklar und bedarf daher einer Schärfung. In der Präambel könnte diesbezüglich beispielsweise der Begriff "Lebensverhältnisse" ergänzt werden. Es könnte also heißen *„und die Tätigkeiten des Unternehmens haben Auswirkungen auf Mensch, Lebensverhältnisse und Umwelt“*. Wie bereits in der Einführung hingewiesen muss eine Empfehlung verständlich und handhabbar sein und daher eine hinreichende Konkretisierung aufweisen. Angesichts der Weite und Komplexität der Begrifflichkeiten müssten klarstellende Verweisungen erfolgen. Beispielsweise könnte auf die Definition beziehungsweise Erläuterung in der bestehenden Gesetzgebung zu § 289 c HGB verwiesen werden. Dies würde letztlich auch den Unternehmen die Freiheit lassen, eigene wesentliche Nachhaltigkeitsthemen zu definieren und die Kompetenzen entsprechend festzulegen. Angesichts der Breite des Nachhaltigkeitsbegriffs gibt es im Detail immer wieder Zielkonflikte beispielsweise zwischen ESG- (non-Shareholder)-Kriterien. Deshalb ist es wichtig, dass die Gesellschaften die Entscheidung über die Anerkennung, Gewichtung und Berücksichtigung von Stakeholderinteressen unternehmensindividuell treffen können.

Um einen Gleichlauf oder sogar zukünftige Widersprüche zu den Anforderungen der Corporate Sustainability Reporting Directive („CSRD“) und EU-Taxonomie zu gewährleisten, müssten auch diese berücksichtigt werden. Hierbei muss aber bedacht werden, dass diese entweder wie bei der EU-Taxonomie nur zum Teil vorliegen oder wie bei der CSRD zur Zeit in der Bearbeitung sind. Die erforderliche Interpretation dieser Regulierungen dürfte noch Jahre ausstehen. Zu bedenken ist auch, dass sodann ein internes Kontrollsystem beziehungsweise Risikomanagementsystem sowie ein vollständiger Planungsprozess erforderlich ist, welcher auf diese noch nicht final feststehenden ESG-Kriterien ausgerichtet ist. Angesichts alldessen erscheint uns eine Empfehlung, die laufender EU-Regulierung vorgeift, zu diesem Zeitpunkt nicht sinnvoll.

Regelungen zur Nachhaltigkeit sind vor Implementierung der EU-Vorgaben viel zu unkonkret für „harte“ Empfehlungen.

Möchte die Regierungskommission mit der angedachten Regelung ein grundsätzliches Bekenntnis abgeben und gleichzeitig ankündigen, dass der Kodex zukünftig stärker das Thema Nachhaltigkeit im Fokus hat, so sollte dies in Form einer Anregung geschehen. Dies würden wir ausdrücklich begrüßen. Die Regierungskommission würde damit den Unternehmen Zeit geben, sich auf eine eventuell spätere Empfehlung einzustellen, um damit dieser auch entsprechen zu können. Näheres hierzu kann der Einleitung entnommen werden.

Eine richtungsweisende Anregung wäre zu begrüßen.

Wir regen deshalb nachdrücklich an, Empfehlung A.1 als Anregung aufzunehmen.

Ferner sollte klargestellt werden, dass nachhaltigkeitsbezogene Ziele nur insoweit aufgenommen werden müssen, als sie vom konkreten unternehmerischen Handeln berührt werden. Bei den verwendeten Begriffspaaren „Sozial- und Umweltfaktoren“ sowie „ökologischen und sozialen Auswirkungen“ ist zudem unklar, in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen, d.h. ob diese deckungsgleich sind, und, falls dies der Fall ist, ob die terminologische Abweichung bezweckt ist.

Unklar bleibt bei Satz 2, wie „ausgewogenes Verhältnis“ zu verstehen ist. Auch der Begründung sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Ziele gegenübergestellt und abgewogen werden sollen oder welche Kriterien zur Bemessung der Ausgewogenheit herangezogen werden können. Aus unserer Sicht erscheint hier auch zweifelhaft, dass eine sinnvolle Konkretisierung gefunden werden kann, da der Wortlaut nicht geeignet oder zumindest irreführend ist. Denn nach der derzeitigen Formulierung könnte der Eindruck entstehen, dass es darum geht, es allen recht zu machen oder eine praktische Konkordanz der Stakeholder-Interessen herbeiführen zu müssen. Es muss aber auch möglich sein, dass ein Unternehmen sich aus einem Geschäft (z.B. Belieferung des Gewinns fossiler Rohstoffe) oder Land (z.B. Russland ganz aktuell) zurückzieht, auch wenn es – sozial – dazu führt, dass der Betriebsteil abgewickelt werden muss. Der zentrale, aber unbestimmte Begriff des „Unternehmensinteresses“ wird heute aus unserer Sicht überwiegend dahingehend verstanden, dass die Verwaltung grundsätzlich sämtliche im Unternehmen zusammentreffenden Interessen der verschiedenen Interessengruppen (Aktionäre, Fremdkapitalgeber, Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten und allgemeine Öffentlichkeit bzw. Gemeinwohl) berücksichtigen muss. Es geht also nicht um einen Interessenausgleich, sondern um die Interessenberücksichtigung.

Deshalb sollten Anforderungen wie „ausgewogenes Verhältnis“ auch nicht in der Ausgestaltung als Anregung aufgenommen werden.

## 1.2 Grundsatz 4 Satz 2

Ausweislich der Kodexbegründung soll nachfolgender Grundsatz 4 Satz 2 im Einklang mit der Rechtslage nach dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) die Compliance-Regelung besser zum Ausdruck bringen: *„Das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem umfasst auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System.“*

Ob sich aus dem neuen, durch das FISG eingeführten § 91 Abs. 3 AktG per se eine aus der Legalitäts- und Sorgfaltspflicht des Vorstands abzuleitende Verpflichtung für börsennotierte Gesellschaften ergibt, ein institutionalisiertes Compliance Management System einzuführen, scheint nicht eindeutig geklärt zu sein. Der dahingehende Hinweis, der noch in der Begründung des Referentenentwurfs zum FISG enthalten war (Seite 116 des Referentenentwurfs zum FISG) wurde wieder entfernt.

Aber auch wenn der Hinweis nicht entfernt worden wäre, so ginge der angedachte Kodex-Grundsatz darüber hinaus. Denn der Hinweis im Referentenentwurf sah nur eine Pflicht zur Einrichtung eines CM-Systems vor, „wenn ein entsprechendes Gefahr- beziehungsweise Risikopotenzial besteht“. Weiter hieß es im Referentenentwurf: „Bei größeren Unternehmen ist die Einrichtung eines entsprechenden Compliance-Management-Systems erforderlich. Das Kriterium der Börsennotierung ist hierfür nicht allein maßgebend.“

Somit könnte für kleinere börsennotierte Gesellschaften mit geringem Gefahr- beziehungsweise Risikopotenzial der vorgeschlagene Grundsatz 4 Satz 2 als eine Verschärfung gegenüber der gesetzlichen Verpflichtung angesehen werden. Dies ist im Hinblick auf eine etwaige Haftung der Organmitglieder aus §§ 93, 116 AktG nicht sinnvoll.

Wir regen daher an, dass der Grundsatz 4 Satz 2 nicht aufgenommen wird.

Wenn die Einrichtung eines Compliance Management Systems aufgenommen wird, sollte klargestellt werden, dass keine externe Lösung oder Evaluierung erforderlich ist. Darüber hinaus erscheint der angedachte Satz 2 missverständlich, weil er so ausgelegt werden könnte, dass das Compliance Management Systems systemseitig mit dem internen Kontroll- und Risikomanagementsystem verknüpft sein muss. Es sollte dann eine Formulierung gewählt werden, die eine solche Verknüpfung nicht nahelegt. Dies erscheint wichtig, da es sich um unterschiedliche Systeme handeln kann, die auch von unterschiedlichen Unternehmensbereichen verantwortet werden. Es sollte daher lediglich auf die Einführung eines Compliance Management Systems abgehoben werden.

### 1.3 Empfehlung A. 3

Nach Empfehlung A. 3 Satz 1 soll das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem auf finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Belange ausgerichtet sein. Dies soll nach Satz 2 die Prozesse und Systeme zur Erfassung und Verarbeitung nachhaltigkeitsbezogener Daten miteinschließen.

Bezüglich Satz 1 wird grundsätzlich auf die Ausführungen zum weiten Nachhaltigkeitsbegriff und der noch ausstehenden CSRD und EU-Taxonomie unter der Empfehlung A. 1 verwiesen. Die angekündigte CSRD, die für Geschäftsjahre ab dem 1. Januar 2023? bzw. bei kapitalmarktorientierten kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) (mit Ausnahme von Kleinstunternehmen) ab dem 1. Januar 2026? gelten soll, erfordert, dass die mit hoher Detailtiefe berichtspflichtigen Nachhaltigkeitsaspekte in die Governance-Systeme umfassend integriert werden. Denn nur dann, wenn diese Aspekte angemessen identifiziert und bewertet, entsprechende Maßnahmen daraus abgeleitet, Prozesse implementiert und kontrolliert werden, wird eine solche Berichterstattung in der geforderten Form möglich sein.

Vor dem Hintergrund, dass die konkrete Ausgestaltung der Berichtspflicht nach Maßgabe der CSRD noch aussteht, sollte vorliegend die Form der Anregung gewählt werden, um zu vermeiden, dass die Unternehmen jetzt kurzfristig Systeme implementieren müssen, die aufgrund der laufenden Gesetzgebungsverfahren zur CSRD dann wieder anzupassen wären.

### 1.4 Empfehlung A. 5

Im Lagebericht sollen gemäß Empfehlung A. 5 die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems beschrieben werden und es soll zur Angemessenheit und Wirksamkeit dieser Systeme Stellung genommen werden.

In der Kodex-Begründung wird hierzu ausgeführt: *„Die Stellungnahme zur Angemessenheit und Wirksamkeit dieser Systeme wird sich regelmäßig darauf beziehen, worin die interne Überwachung und ggf. externe Prüfung der Systeme bestanden haben.“*

Unklar bleibt zunächst, was mit der Wirksamkeit des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems überhaupt gemeint ist. Nicht ersichtlich ist, anhand welcher Kriterien oder Parameter die Wirksamkeit beurteilt werden soll.

Wünschenswert wäre hier außerdem eine Klarstellung, dass durch die Aufnahme im Lagebericht keine diesbezügliche Prüfungspflicht des Abschlussprüfers etabliert werden soll, es also bei dem bestehenden Prüfungsumfang nach § 317 HGB bleibt. Die Angemessenheit und Wirksamkeit der Systeme werden teilweise auf freiwilliger

Basis durch den Abschlussprüfer im Rahmen der Abschlussprüfung bestätigt. Hierbei sollte es bleiben und auch eine faktische Ausweitung des Prüfungsumfangs vermieden werden.

Ferner sollte klargestellt werden, dass keine Ausrichtung der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme an bestimmte Standards erforderlich ist.

## 1.5 Empfehlung A. 6

Nach Empfehlung A. 6 soll der Aufsichtsrat *„insbesondere überwachen,*

- *wie die ökologische und soziale Nachhaltigkeit bei der strategischen Ausrichtung des Unternehmens und deren Umsetzung berücksichtigt wird,*
- *dass strategische und operative Pläne finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele umfassen,*
- *dass das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem auch auf nachhaltigkeitsbezogene Belange ausgerichtet ist.“*

Unseres Erachtens kommt auch diese Empfehlung zu früh, da hierdurch die Notwendigkeit entsteht, dass parallel zu den Anforderungen der CSRD und EU Taxonomie neue Anforderungen an die Unternehmensführung gestellt werden (vergleiche hierzu auch die Ausführungen zur Empfehlung A. 1). Insbesondere die CSRD stellt konkrete Anforderungen an die Unternehmensführung in Bezug auf Nachhaltigkeit.

Wir regen deshalb an, zumindest die beiden letzten Anforderungen als Anregung auszugestalten.

Zudem regen wir an, in Empfehlung A. 6 das Wort „insbesondere“ durch das Wort „auch“ zu ersetzen. Das Wort „insbesondere“ impliziert, dass die in den Spiegelstrichen genannten Themengebiete den Hauptschwerpunkt der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats bilden. Sie sind aber nach unserem Verständnis gleichberechtigte Themengebiete neben vielen verschiedenen anderen Themengebieten, auf die sich die Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat ebenfalls erstrecken muss.

Auch angesichts der verschiedenen anderen Themengebiete sollte die Aufnahme grundsätzlich überdacht werden. Eine solche einseitige Aufnahme könnte zu Missverständnissen bei internationalen Investoren über den Umfang und Schwerpunktsetzung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats führen. Es wird nicht klar, warum das Thema Nachhaltigkeit eine solche herausragende und hervorgehobene Bedeutung haben soll. Abgesehen davon ist es nicht auszuschließen, dass es hierdurch zu ungewollten Haftungsrisiken kommt.



## 1.6 Grundsatz 9 Satz 2

Grundsatz 9 wurde an die durch das Zweite Führungspositionen-Gesetz (FüPoG II) eingeführten Neuregelungen im Hinblick auf die Geschlechterbeteiligung im Vorstand angepasst.

*Der Aufsichtsrat gewährleistet die verpflichtende Mindestbeteiligung der Geschlechter oder legt bei nicht börsennotierten oder nicht der paritätischen Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen Zielgrößen für den Anteil von Frauen im Vorstand fest.*

Die derzeitige Formulierung erscheint in mehreren Punkten missverständlich zu sein:

- Die Formulierung lässt nicht die Einschränkung des § 76 Abs. 3a Satz 1 AktG erkennen, wonach eine geschlechterspezifische Mindestbeteiligungsquote nur für den Vorstand gilt, der aus mehr als drei Mitgliedern besteht.
- § 111 Abs. 5 AktG sieht die Festlegung von Zielgrößen für den Vorstand bei allen Gesellschaften vor, die börsennotiert und/oder mitbestimmt sind. Die Formulierung des Grundsatzes könnte dem entgegen den Eindruck erwecken, dies gelte nur für nicht börsennotierte oder nicht paritätische mitbestimmte Gesellschaften.
- Nach der Definition in der Präambel wird im Kodex der Begriff „Unternehmen“ verwendet, wenn nicht nur die Gesellschaft, sondern ihre Konzernunternehmen betroffen sind. Daher könnte der Grundsatz hier so verstanden werden, dass Konzernunternehmen erfasst sind, die weder börsennotiert sind noch einer Mitbestimmung unterliegen. Der Grundsatz sollte sich daher auf „Gesellschaften“ beziehen.

Der Grundsatz könnte wie folgt lauten: *„Der Aufsichtsrat gewährleistet die gesetzlich geregelte Mindestbeteiligung der Geschlechter oder legt im Rahmen gesetzlicher Vorgaben Zielgrößen für den Anteil von Frauen im Vorstand fest.“*

## 2 Anregungen zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats

### 2.1 Empfehlung C. 1 Satz 3

Nach der neuen Empfehlung C. 1 Satz 3 soll das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats *„auch Expertise zu den für das Unternehmen bedeutsamen Nachhaltigkeitsfragen umfassen“*.

Nach der Kodexbegründung soll diese Expertise *„unabhängig von der in D. 4 empfohlenen Sachkunde für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und deren Prüfung“* sein.

Da der Empfehlung D. 4 zu entnehmen ist, dass zwei Mitglieder des Aufsichtsrats eine Sachkunde für die Nachhaltigkeitsberichterstattung haben müssen, so scheint aufgrund der Kodexbegründung ein weiterer Experte zu Nachhaltigkeitsfragen erforderlich zu sein, mithin im Ergebnis drei Nachhaltigkeitsexperten zu verlangen. Dies erscheint nicht sachdienlich zu sein, da der Aufsichtsrat die Verantwortung trägt, ein an dem Unternehmen ausgerichtetes Kompetenzprofil aufzuweisen, dass viele andere mindestens ebenso wichtige Kompetenzen beinhalten muss.

Die besondere Heraushebung eines Kompetenzprofils für Nachhaltigkeitsfragen würde eine Abkehr von der bisherigen Praxis bedeuten, wonach Kompetenzprofile zwar immer wieder diskutiert, letztlich aber nicht in den Kodex aufgenommen wurden (z.B. Digitalisierungsexpertise, Strategiekennnisse, IT-Kennnisse oder die Kompetenz eines Wirtschaftsjuristen). Hier sollte vermieden werden, dass aktuell stark diskutierte und hervorgehobene Themen in das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats aufgenommen werden müssen, da dies sowohl auf die Besetzung des Aufsichtsrats Auswirkungen hat als auch eine ständige Änderungsnotwendigkeit des Kodex mit sich bringt. Angesichts der anderen wichtigen Kompetenzen regen wir an, diese Empfehlung zu streichen. Es sollte dem Aufsichtsrat vorbehalten bleiben, dass für die Belange seines jeweiligen Unternehmens relevante Anforderungsprofil an die Kompetenzen der Aufsichtsratsmitglieder festzulegen.

Sollte gleichwohl die Empfehlung aufgenommen werden, so müsste die Unabhängigkeit zur Nachhaltigkeitsberichterstattung aus der Kodexbegründung gestrichen werden oder klargestellt werden, dass die Expertise zur Nachhaltigkeitsberichterstattung und zu Nachhaltigkeitsfragen in einem Mitglied des Aufsichtsrats vorhanden sein kann. An die Kompetenz auf diesem Gebiet sollten keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, da es sich bei vielen Unternehmen um eine Querschnittsthematik und damit um eine Basiskompetenz handeln dürfte, die sich aus den allgemeinen Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats ableitet. Auch muss im Blick behalten werden, dass mit zusätzlichen

formalen Anforderungen der ohnehin häufig bereits komplexe Kandidatenprozess weiter belastet wird. Eine entsprechende Klarstellung sollte in der Kodexbegründung erfolgen. Darüber hinaus sollte eine Übergangsvorschrift vorgesehen werden, da die Einführung eines entsprechenden neuen Kompetenzprofil erhebliche Auswirkungen auf die Auswahl der geeigneten Kandidaten für anstehende Aufsichtsratswahlen hat, da zuvor berücksichtigt und geprüft werden müsste, welche Kandidaten diese Voraussetzungen erfüllen.

Andererseits ist das Abstellen auf „für das Unternehmen bedeutsamen Nachhaltigkeitsfragen“ an dieser Stelle zu eng und sollte im Falle einer Beibehaltung der Empfehlung auf „Nachhaltigkeitsfragen“ oder Ähnliches erweitert werden. Gerade bei externen Aufsichtsratskandidaten ist nicht sichergestellt, dass diese von vorneherein die Nachhaltigkeitsspezifika eines Unternehmens kennen. Aus diesem Grund sollte hier auch der Kodex selbst entsprechend geändert werden.

## 3 Anregungen zur Arbeitsweise des Aufsichtsrats

### 3.1 Empfehlung D. 3

#### 3.1.1 Empfehlung D. 3 Absatz 1

In der Empfehlung D. 3 Absatz 1 Satz 2 soll aufgenommen werden, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses *„sich regelmäßig mit dem Finanzvorstand und dem Abschlussprüfer über den Fortgang der Prüfung austauschen“* sowie *„an Diskussionen zwischen Management und Abschlussprüfer über kritische Prüfungssachverhalte teilnehmen“*.

Bezüglich des Austausches mit dem Finanzvorstand und dem Abschlussprüfer über den Fortgang der Prüfung scheint das Wort „regelmäßig“ übermäßig zu sein. Pflichttermine ohne spezifischen Anlass sollten grundsätzlich vermieden werden. Wir regen deshalb an, „regelmäßig“ durch „in einem angemessenen Maße“ zu ersetzen.

Bedenklicher erscheint jedoch die Teilnahme des Prüfungsausschussvorsitzenden an Diskussionen zwischen Management und Abschlussprüfer.

Der Kodex verwendet erstmalig den Begriff Management, so dass hiermit vermutlich nicht der Vorstand selbst gemeint sein wird, aber näheres bleibt offen. Sollte damit die unmittelbar unter dem Vorstand liegende Führungsebene leitender Angestellter gemeint sein, so wäre eine solche Klarstellung in der Kodexbegründung geboten. In jedem Fall sollte der Kreis derjenigen leitenden Angestellten, die ohne Beteiligung des Vorstands in diesem Rahmen mit dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses in den Austausch treten, maßvoll gewählt werden. Insofern ist auch die Wertung des § 107 Absatz 4 Sätze 4 f. AktG zu berücksichtigen, der nur im Ausnahmefall unter Einhaltung von formalen Bedingungen ein Auskunftsanspruch vorsieht.

Darüber hinaus sollten der Kodexbegründung zumindest Anhaltspunkte zu entnehmen sein, in welchem Umfang der Vorsitzende des Prüfungsausschusses an diesen Diskussionen jeweils teilnehmen soll und was mit dem Begriff „Diskussionen“ genau gemeint ist. Soll dies für jedwede Form von Besprechungen zwischen dem Management und dem Abschlussprüfer gelten? Dies wäre viel zu weitgehend. Es muss zwingend darauf geachtet werden, dass es nicht zu einer zusätzlichen zeitlichen Belastung des Prüfungsausschussvorsitzenden kommt, da es schon durch die neuen Aufgaben zum Thema Nachhaltigkeit und Haftungsrisiken aufgrund des FISG immer schwerer werden wird, geeignete Kandidaten für diese Aufgabe zu gewinnen. Darüber hinaus sollte berücksichtigt werden, dass sowohl die Abschlusserstellung wie auch die Abschlussprüfung in einem sehr engen

Zeitfenster erfolgt. Eine zu operative Einbeziehung des Prüfungsausschusses könnte in der praktischen Umsetzung zu Problemen in der Realisierung führen, auch bezüglich der Empfehlung F. 2 DCGK. Hier kommt dazu, dass die Empfehlung nur einen multilateralen Austausch vorsieht, also den bilateralen Austausch zurückdrängen wird. Dies erschwert dann wiederum kurzfristige Gespräche und Klärungen. Ein solcher flexibler Rahmen entspricht übrigens auch dem IDW Positionspapier, in dem es zur Zusammenarbeit und Kommunikation beispielsweise heißt, dass diese dem jeweiligen Unternehmen angepasst und konkretisiert werden [sollten]“ (IDW-Positionspapier zur Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, 2. Auflage, Stand 23.1.2020 Seite 9 f.).

Ferner wäre ein kurzer Hinweis in der Kodexbegründung wünschenswert, dass es sich um die Prüfungssachverhalte handelt, über die der Abschlussprüfer im Bestätigungsvermerk berichtet. Also „kritische Prüfungssachverhalte“ im Sinne des Artikel 10 Absatz 2 lit. c) APVO (EU-Verordnung Nr. 537/2014) verstanden wird.

Auch wenn wir den Gedanken hinter dieser Änderung sehen, sollte insgesamt die Aufnahme der Empfehlung überdacht werden. Sie greift nicht nur tief in die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse, sondern darüber hinaus in ein aus unserer Sicht ausgewogenes System der Aufgabenverteilung zwischen dem Prüfungsausschuss, dem Abschlussprüfer und dem Management ein. Bereits das FISG regelt, bei welchen Sachverhalten der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat einschalten muss. Der Prüfungsausschussvorsitzende kann durch den Austausch mit dem Vorstand und dem Abschlussprüfer, letzteres gemäß Empfehlung D. 11 DCGK-E auch ohne den Vorstand, rechtzeitig kritische Prüfungssachverhalte erfassen und erörtern. Gegebenenfalls könnte ergänzt werden, dass sich der Austausch des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses mit dem Finanzvorstand und dem Abschlussprüfer nicht nur auf den Fortgang der Prüfung beschränken, sondern auch kritische Prüfungssachverhalte umfassen soll.

Auch zu bedenken ist Folgendes: Wird der Prüfungsausschussvorsitzende in die gewöhnliche vorbereitende Diskussion eingebunden, so wird er auch Teil der späteren Prüfung. Für seine Kontrollfunktion erscheint hier ein gewisser Abstand aber förderlich zu sein.



Die Teilnahme des Prüfungsausschussvorsitzenden an Diskussionen zwischen Management und Abschlussprüfer sollte überdacht werden.

### 3.1.2 Empfehlung D. 3 Absatz 2

Nach Empfehlung D. 3 Absatz 2 soll der Prüfungsausschuss sich davon überzeugen, *„dass die Angemessenheit und Wirksamkeit der verschiedenen Elemente des eingerichteten internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems (einschließlich Compliance Management System) intern geprüft wird, und externe Prüfungen auch des internen Revisionsystems veranlassen.“*

Durch den letzten Nebensatz soll eine anlasslose Prüfung des internen Revisionsystems durch externe Prüfer etabliert werden. Durch das Wort „auch“ ist unklar, welche weiteren Elemente des eingerichteten internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems von dieser externen Prüfung umfasst sein soll.

Wir regen an, zumindest das Wort „auch“ aufgrund der Unbestimmbarkeit zu streichen.

Unklar bleiben der Umfang und Form der externen Prüfung. Wird als ausreichend betrachtet, wenn die Prüfung eine „Peer-Review“ der internen Feststellungen darstellt oder müssten jährlich ohne konkreten Anlass die Qualität und Systematik der internen Revision überprüft werden. Bezüglich der anderen Elemente des internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems stellen sich vergleichbare Fragen.

Nicht erfasst von der Empfehlung ist etwa der Fall, dass der Vorstand bereits von sich eine externe Prüfung des internen Revisionsystems veranlasst hat. Nach jetzigem Wortlaut wäre entweder der Prüfungsausschuss verpflichtet noch eine Prüfung (gegebenenfalls vom gleichen Prüfer) zu veranlassen oder der Vorstand müsste zukünftig von der Veranlassung einer externen Prüfung absehen, wenn er doppelte Kosten vermeiden will. Weder doppelte Kosten noch die faktische Beschneidung der Kompetenz des Vorstands scheint sachgerecht zu sein.

Der Prüfungsausschuss wird schon angesichts der drohenden Haftung bei Zweifel über die Effektivität des internen Revisionskontrollsystems eine externe und anlassbezogene Prüfung veranlassen. Diese kann dann auch spezifisch und konkret entsprechend des Anlasses erteilt werden. Zu beachten ist auch, dass bei größeren börsennotierten Unternehmen bereits ohne eine entsprechende Regelung regelmäßig externe Prüfungen veranlasst werden. Es hat sich insoweit bewährt, den Aufsichtsrat selbst entscheiden zu lassen, wann und was genau er extern prüfen lassen möchte. Eine Pauschalisierung führt dagegen nur zu höheren Kosten und mehr bürokratischen Aufwand.

Aus diesen Gründen sollte eine anlasslose externe Prüfungspflicht nicht in den Kodex aufgenommen werden.

Sollte es dennoch zu einer Aufnahme kommen, dann sollte dies mit den oben genannten Klarstellungen und Änderungen in Form einer Anregung erfolgen. Dabei

wäre dann aber auch zu beachten, dass selbst berufsständische Regelungen eine externe Prüfungspflicht nur alle fünf Jahre vorsehen (IIA Standard 1312 - Institute of Internal Auditors' International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing).

Auch hier erscheint im Übrigen die Formulierung „einschließlich“ missverständlich, weil er so ausgelegt werden könnte, dass das Compliance Management Systems systemseitig mit dem internen Kontroll- und Risikomanagementsystem verknüpft sein muss. In vielen Unternehmen handelt es sich hierbei jedoch um getrennte Systeme. Eine entsprechende Formulierung wäre auch hier wünschenswert.

## 3.2 Empfehlung D. 4

### 3.2.1 Empfehlung D. 4 Satz 1

Nach Empfehlung D. 4 Satz 1 soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses *„über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen, der Nachhaltigkeitsberichterstattung und interner Kontroll- und Risikomanagementsysteme oder der Abschlussprüfung einschließlich der Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung verfügen.“*

Mit dem angedachten Satz 1 genügt es nicht, wie nach dem derzeitigen Kodex, dass der Prüfungsausschussvorsitzende mit der Abschlussprüfung „vertraut“ ist, sondern er muss über die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen „verfügen“. Damit wird die Anforderung an die Kenntnisse und Erfahrungen über die Abschlussprüfung, denen über die Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen gleichgestellt.

Kritisch zu sehen ist aber, dass der Prüfungsausschussvorsitzende nun auch über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Nachhaltigkeitsberichterstattung „verfügen“ muss und ein „Vertrautsein“ mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung damit offenkundig nicht ausreichend ist.

Diese angedachte Erweiterung des zwingenden Kompetenzprofils des Prüfungsausschussvorsitzenden ist kritisch zu sehen, da die Prüfungsausschussvorsitzenden bislang aufgrund ihrer jeweiligen Qualifikation als Financial Expert ausgewählt worden sind. Besondere Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der Nachhaltigkeit haben insoweit keine Rolle gespielt und mussten auch nicht berücksichtigt werden. Dadurch kann für viele Unternehmen völlig unvorhergesehen die Notwendigkeit entstehen, einen kurzfristigen Wechsel an der Spitze des Prüfungsausschusses vorzunehmen, da der bisherige Vorsitzende „nur“ ein Financial Expert ist, jedoch keine relevanten Erfahrungen im Bereich der Nachhaltigkeit vorweisen kann. Eine solche Situation ist nicht sachgerecht und muss vermieden werden.

Auch wenn es künftig genügen soll, wenn sich die entsprechende fachliche Kompetenz des Prüfungsausschussvorsitzenden auf die Rechnungslegung und Nachhaltigkeitsberichterstattung oder Abschlussprüfung einschließlich Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung bezieht und ein weiteres Mitglied des Prüfungsausschusses über die komplementären Kompetenzen verfügt, wird die Problematik dadurch nicht abgemildert. Denn es verbleibt bei dem Erfordernis, dass der Prüfungsausschussvorsitzende zumindest in einem der beiden Gebiete auch Expertise im Bereich der Nachhaltigkeit aufweisen muss.

In der Begründung verweist die Regierungskommission diesbezüglich auf den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen vom 21. April 2021. Diese Richtlinie ist jedoch weder verabschiedet, noch in nationales Recht umgesetzt. Außerdem enthält der Richtlinien-Entwurf Ermächtigungen zum Erlass verschiedener delegierter Rechtsakte, um Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung vorzusehen. Deshalb dürfte es schwierig sein, diesbezüglich besondere Kenntnisse und Erfahrungen nachzuweisen.

 **Rechtsrahmen für Nachhaltigkeitsberichterstattung sollte zumindest abgewartet werden**

Dies gilt umso mehr, als der Kodexbegründung nun – entgegen der zuweilen in der Literatur vertretenen Auffassung – zu entnehmen ist, dass die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen nicht mit dem „Sachverstand“ i.S.d. § 100 Abs. 5 AktG gleichzusetzen sind. Im Gegensatz zum Sachverstand könnten die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen nicht durch eine entsprechende Weiterbildung erworben werden. Ob darüber hinaus andere Anforderungen zu stellen sind, bleibt unklar.

Insgesamt wird durch die Empfehlung D. 4 die Besetzung des Prüfungsausschusses beziehungsweise des Aufsichtsrats zu stark eingeschränkt. Insbesondere durch das Verlangen von besonderen Kenntnissen und Erfahrungen, dürfte sich ganz erheblich auf die Suche von geeigneten Kandidaten für diese Aufgabe auswirken. Denn die wenigsten „Financial Experts“ dürften über entsprechende langjährige Berufserfahrung verfügen.

Aus diesem Grund regen wir nachdrücklich an, die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen über die Nachhaltigkeitsberichterstattung zumindest vorerst nicht aufzunehmen.

Alternativ könnte diese Anforderung als Anregung aufgenommen werden. Denn erst wenn der Rechtsrahmen für Nachhaltigkeitsberichterstattung feststeht und hierauf maßgeschneiderte interne und externe Fortbildungsangebote existieren sowie Erfahrungen diesbezüglich gewonnen werden konnten, kann eine entsprechende „harte“ Kodex-Empfehlung in Betracht kommen. Es sollte aber



selbst dann nur eine „Vertrautheit“ mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung bzw. deren Prüfung verlangt werden. Konkretisierend sollte der Kodexbegründung dann zu entnehmen sein, dass es ausreicht, wenn die Person in den vergangenen Jahren die nichtfinanzielle Erklärung des Vorstands und deren Prüfung durch den Abschlussprüfer im Rahmen seiner Tätigkeit als Aufsichtsrat geprüft hat.

Im Übrigen wird nicht darauf eingegangen, wie mit den besonderen Anforderungen an den Prüfungsausschussvorsitzenden und der Inkompatibilität mit dem Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden im Fall des fingierten Prüfungsausschuss nach § 107 Absatz 4 Satz 2 AktG umgegangen werden soll. Durch eine Klarstellung im Rahmen der Begründung könnte hier mehr Rechtssicherheit für die betroffenen kleineren Unternehmen erzielt werden.

### 3.2.2 Empfehlung D. 4 Satz 2 und Satz 3

Nach Empfehlung D. 4 Satz 2 soll, abgesehen vom Prüfungsausschussvorsitzenden, mindestens ein weiteres Mitglied *„über die komplementären Kompetenzen verfügen“*. Hier wäre wünschenswert, wenn der Begriff „komplementär“ maßvoll konkretisiert wird.

Aus Satz 3 ergibt sich dann, dass zu den besonderen Kenntnissen und Erfahrungen *„nähere Angaben“* in der Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen sind. Hier sollte klargestellt werden, was unter „nähere Angaben“ zu verstehen ist und in welcher Detailtiefe die Angaben zu machen sind. Denkbar wäre etwa die Angabe beruflicher Stationen der betreffenden Aufsichtsratsmitglieder. Darüber hinaus schlagen wir vor, die Empfehlung dahingehend einzuschränken, dass Angaben in der Erklärung zur Unternehmensführung nur zu machen sind, sofern sich diese nicht bereits aus einer anderen Veröffentlichung des Unternehmens ergeben. Im Übrigen sollte nicht auf die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder eingegangen werden, sondern ein Verweis auf die Lebensläufe einschließlich Qualifikationsangaben auf der Internetseite als ausreichend angesehen werden. Dies würde ein Überfrachten der Erklärung der Unternehmensführung und Dopplungen vermeiden.

### 3.3 Empfehlung D. 11

Nach der neuen Empfehlung D. 11 soll der Prüfungsausschuss *„regelmäßig mit dem Abschlussprüfer auch ohne den Vorstand tagen“*.

Wie die Kodexbegründung selbst ausführt, bestimmt der neu durch das FISG aufgenommene § 109 Abs. 1 Satz 3 AktG, dass der Vorstand an Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse nicht teilnimmt, wenn der Abschlussprüfer als Sachverständiger zugezogen wird, es sei denn, der Aufsichtsrat oder der Ausschuss erachtet die Teilnahme des Vorstands für erforderlich.

Somit stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die Empfehlung zu regelmäßigen Tagungen hat. Der Gesetzgeber überlässt es ausdrücklich dem Ermessen des Aufsichtsrats- beziehungsweise Prüfungsausschusses, ob er die Anwesenheit für erforderlich hält. Somit ist der Grundsatz wie auch die Ausnahme gesetzlich normiert. Zwar ist es gut denkbar, dass dies zu einer regelmäßigen Tagung ohne den Vorstand führen wird. Aber der Aufsichtsrat sollte durch den Kodex nicht dazu bewegt werden, ohne den Vorstand zu tagen, wenn er dessen Teilnahme für erforderlich hält oder eine zusätzliche Tagung ohne Vorstand durchzuführen.

Die Aufnahme der Empfehlung D. 11 sollte daher gestrichen werden.

## Kontakt

---

Sven Erwin Hemeling  
Leiter Primärmarktrecht



### Büro Frankfurt:

Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Senckenberganlage 28  
60325 Frankfurt am Main

### EU-Verbindungsbüro:

Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Rue Marie de Bourgogne 58  
1000 Brüssel

### Hauptstadtbüro:

Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Alte Potsdamer Straße 5, Haus Huth  
10785 Berlin

Lobbyregister Deutscher Bundestag: R000613

EU-Transparenzregister: 38064081304-25

[www.dai.de](http://www.dai.de)

*Das Deutsche Aktieninstitut setzt sich für einen starken Kapitalmarkt ein, damit sich Unternehmen gut finanzieren und ihren Beitrag zum Wohlstand der Gesellschaft leisten können.*

*Unsere Mitgliedsunternehmen repräsentieren über 85 Prozent der Marktkapitalisierung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Wir vertreten sie im Dialog mit der Politik und bringen ihre Positionen über unser Hauptstadtbüro in Berlin und unser EU-Verbindungsbüro in Brüssel in die Gesetzgebungsprozesse ein.*

*Als Denkfabrik liefern wir Fakten für führende Köpfe und setzen kapitalmarktpolitische Impulse. Denn von einem starken Kapitalmarkt profitieren Unternehmen, Anleger und Gesellschaft.*