

Deutscher Corporate Governance Kodex

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
c/o Deutsches Aktieninstitut e.V. | Senckenberganlage 28 | 60325 Frankfurt am Main

Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher
Vorsitzender

Per E-Mail

c/o Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 92915-0
Telefax +49 69 92915-13
E-Mail regierungskommission@dcgk.de

An
das Bundesministerium der Finanzen und
das Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz

9. November 2020

Stellungnahme zu einzelnen Vorschlägen im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität vom 23. Oktober 2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Fall Wirecard AG haben die Aktionäre gemessen an der Börsenkapitalisierung im September 2018 rund 25 Mrd. € verloren und nach den Feststellungen des Insolvenzverwalters übersteigen heute die Schulden das Vermögen um 2,8 Mrd. €.

Man urteilt nicht vorschnell, anzunehmen, dass in diesem Fall sämtliche internen und externen Kontrollsysteme versagt haben. Es muss auch nicht abgewartet werden, wie die betreffenden Gerichtsverfahren ausgehen, um Reformmaßnahmen in Angriff zu nehmen. Insofern begrüßt die Regierungskommission das Unterfangen der Bundesregierung, das Vertrauen in den deutschen Finanzmarkt zu stärken.

Die Regierungskommission dankt für die Möglichkeit, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität vom 23. Oktober 2020 Stellung nehmen zu können, und beschränkt sich im Folgenden auf die Vorschläge zur Stärkung der Corporate Governance.

1. Uneingeschränkt zu begrüßen ist eine explizite gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems sowie eines entsprechenden Risikomanagementsystems für börsennotierte Aktiengesellschaften (§ 93 Abs. 1 a AktG-E). In der Begründung (S. 115) wird zutreffend festgestellt, dass es sich hierbei „letztlich um eine Klarstellung“ handelt, weil „die damit geregelten Pflichten die Vorstandsmitglieder aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht bereits nach derzeitiger Rechtslage treffen“. Ob diese Klarstellung den Vorstand von Wirecard dazu gebracht hätte, seinen Sorgfaltspflichten nachzukommen, mag bezweifelt werden.

Die Einrichtung von Compliance Management Systemen wird in der Begründung (S. 116) von der genannten Klarstellung ausdrücklich ausgenommen. Dabei wird übersehen, dass Compliance zu den Zielen eines jeden internen Kontrollsystems gehört und das Compliance Management System als Teil des internen

Kontrollsystems bereits obligatorisch einzurichten ist. Es bedarf ebendieser Klarstellung und ergänzend wenigstens eines Hinweises in der Begründung, dass hierzu insbesondere ein Prozess gehört, der es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht, Hinweise auf Rechtsverstöße innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu berichten (vgl. § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG, Empfehlung A.2 Satz 2 DCGK).

2. Die obligatorische Einrichtung eines Prüfungsausschusses für Unternehmen von öffentlichem Interesse (§107 Abs. 4 Satz 1 AktG-E) ist zu begrüßen. Inwiefern durch Prüfungsausschüsse die Wirksamkeit der Überwachung der in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E bestimmten Gegenstände sichergestellt wird, hängt entscheidend davon ab, dass ausreichend qualifizierte Aufsichtsratsmitglieder zur Verfügung stehen.
3. Seit BilMoG 2009 muss mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Nach der dieser Bestimmung zugrunde liegenden EU-Abschlussprüferrichtlinie (aktuell Art. 39 Abs. 1 Unterabs. 2) muss mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand im Bereich Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung verfügen. Es ist zu begrüßen, dass zukünftig im Aufsichtsrat und im Prüfungsausschuss Sachverstand sowohl bezüglich der Rechnungslegung als auch der Abschlussprüfung vorhanden zu sein hat, konkret, dass mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses auch über Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung verfügen muss (§ 107 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG-E).

Nach Empfehlung D.4 DCGK soll die kumulative fachliche Qualifikation in der Person des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses erfüllt sein, weil er für die Arbeit des Prüfungsausschusses eine zentrale Rolle einnimmt. Nach § 100 Abs. 5 AktG-E soll es den Unternehmen dagegen offenstehen, ob ein Aufsichtsratsmitglied „beide Fachgebiete kumulativ beherrscht“ (Begründung S. 116) oder die beiden Fachgebiete durch zwei Aufsichtsratsmitglieder verkörpert werden. Diese Lösung kann nicht überzeugen. Sie lässt am Ende zu, dass je ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung verfügt und ein drittes Mitglied Vorsitzender ist.

Nach Empfehlung D.4 i.V.m. C.10 DCGK soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses zudem sowohl von der Gesellschaft als auch von einem kontrollierenden Aktionär unabhängig sein. Indem die Bundesregierung an der Streichung der entsprechenden Unabhängigkeitsvorgabe durch das AReG 2016 für den einen oder u.U. für die zwei Finanzexperten festhält, bleibt eine gravierende Diskrepanz zwischen dem deutschen Aktienrecht und einhelliger Erwartungen der nationalen und internationalen Investoren bestehen.

4. Die Information des Aufsichtsrats ist Aufgabe des Vorstands. Der Aufsichtsrat hat jedoch seinerseits sicherzustellen, dass er angemessen informiert wird (vgl. Grundsatz 15 DCGK). Nach § 90 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat vom Vorstand Berichterstattung über näher bestimmte Gegenstände verlangen, die der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats dienlich ist. Von Mitarbeitern kann der Aufsichtsrat nach verbreiteter Meinung nur ausnahmsweise bei dringendem Verdacht auf erhebliche Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitglieds Berichte anfordern (vgl. Hüffer/Koch, § 111 Rn. 21; Spindler/Stilz/Spindler § 90 Rn. 39). Daneben behilft sich die Praxis mit einvernehmlichen Lösungen insbesondere für Aufsichtsrats- und Prüfungsausschussvorsitzende. Die institutionelle Trennung von Leitung und Überwachung bleibt dabei erhalten.

Das im Referentenentwurf vorgesehene Auskunftsrecht des Prüfungsausschusses gegenüber den Leitern der internen Kontrolle, des Risikomanagements und der Internen Revision (107 Abs. 4 Satz 3, 4 AktG-E) ist geeignet, die Wirksamkeit der Aufsichtsratsüberwachung zu steigern.

Nachbesserungsbedarf sieht die Regierungskommission zum einen darin, die enumerative Aufzählung der Adressaten des Auskunftsverlangens durch eine allgemeinere Beschreibung zu ersetzen, z.B.: „Leiter von Zentralbereichen der Gesellschaft, die in Bezug zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses stehen, wie z.B. Leiter Rechnungswesen, Leiter Interne Revision oder Chief Compliance Officer“. Eine enumerative Aufzählung wird nicht gelingen. So fehlen in der Fassung des Referentenentwurfs gerade der Leiter Rechnungswesen und der Chief Compliance Officer.

Zum anderen regt die Regierungskommission dringend an, das Auskunftsrecht nicht dem Prüfungsausschuss insgesamt, sondern (wie im Falle des § 25d Abs. 9 Satz 4 KWG) dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zukommen zu lassen. Dadurch wäre eine Beschlussfassung nach § 108 AktG (wie beim Berichtsverlangen des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand gem. § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG) nicht erforderlich und stellte sich nicht die Frage, ob das Auskunftsrecht zugleich eine persönliche Pflicht der einzelnen Mitglieder des Prüfungsausschusses darstellen könnte.

5. Die Überwachung der Qualität der Abschlussprüfung durch den Prüfungsausschuss (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E) dient wiederum der Klarstellung (Begründung S. 116). Hierzu besteht Grund, weil § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG nicht immer so verstanden wurde. Deshalb sah sich die Regierungskommission auch zu Empfehlung D.11 DCGK veranlasst, die durch die Gesetzesänderung obsolet würde.

Nach der Begründung (S. 116 f.) hat der Prüfungsausschuss auch die Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus Inspektionen nach Art. 26 Abs. 8¹ der Abschlussprüferverordnung zu berücksichtigen, soweit diese ihm bekannt sind. Die Regierungskommission regt nicht zuletzt aufgrund der hier in Frage stehenden Klarstellung eine gesetzliche Vorkehrung an, mit der sichergestellt wird, dass den Prüfungsausschüssen die genannten Inspektionsergebnisse vorliegen, sei es eine Bringschuld seitens des Abschlussprüfers oder eine Holschuld seitens der Prüfungsausschüsse.

Die Regierungskommission regt außerdem an, die Beschreibung der Aufgaben des Prüfungsausschusses weitergehend zu präzisieren und § 107 Abs. 3 Satz AktG wie folgt zu fassen:

„ ... bestellen, der sich insbesondere mit der Prüfung der Rechnungslegung, der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Auswahl und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, der Qualität der Abschlussprüfung und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, und der Compliance befasst.“

Damit würde die vorbereitende Prüfung der Rechnungslegung nach § 171 Abs. 1 Satz 1 Akt, die zweifelsohne zu den Kernaufgaben des Prüfungsausschusses gehört, zutreffend erfasst. Von der Überwachung der Wirksamkeit des Compliance Management Systems als Teil des Internen Kontrollsystems (s.o. Ziffer 1), ist die Überwachung der Behandlung konkreter Compliance-Fälle durch den Vorstand zu unterscheiden.

Der Referentenentwurf enthält keine Vorschläge zur Verbesserung der Transparenz über die konkrete Corporate Governance im Unternehmen. In der Diskussion über den Fall Wirecard wurde bislang zu wenig beachtet, wie neben

¹ Hier müsste auf Art. 26 Abs. 6 der Abschlussprüferverordnung Bezug genommen werden; vgl. Art 39 Abs. 6 Buchst. d) Abschlussprüferrichtlinie.

den internen Kontrollsystemen, der Überwachung durch den Aufsichtsrat, der Abschlussprüfung und der Kapitalmarktaufsicht auch die Marktkontrolle gestärkt werden könnte.

Vorstand und Aufsichtsrat haben in der Erklärung zur Unternehmensführung relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken zu machen, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewendet werden, die Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie die Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen zu beschreiben (§ 289f Abs. 2 Nr. 2 und 3 HGB) und sich in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zur Befolgung der Kodex-Empfehlungen zu erklären. Von den Kapitalmarktteilnehmern wird erwartet, diese Berichte und Erklärungen zu hinterfragen und daraus Schlussfolgerungen für ihr Abstimmverhalten in der Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat und über Wahlen zum Aufsichtsrat zu ziehen.

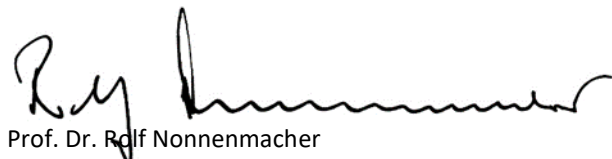
Wie mangelhaft die Berichterstattung über die konkrete Corporate Governance sein kann, zeigt folgendes Beispiel: „Mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats muss über besonderen Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG verfügen.“ In dieser bloßen Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmung erschöpfte sich die Berichterstattung über die Person des Finanzexperten im Aufsichtsrat von Wirecard.

Gegen eine mangelhafte Berichterstattung hilft gesetzliche Prüfung. § 317 Abs. 2 Satz 6 HGB besagt, dass sich die Prüfung des Lageberichts hinsichtlich der enthaltenen Erklärung zur Unternehmensführung darauf zu beschränken hat, ob die Angaben gemacht wurden. Eine inhaltliche Prüfung ist nicht vorgesehen. Ob es ausreichte, § 317 Abs. 2 Satz 6 HGB ersatzlos zu streichen und dadurch die Erklärung zur Unternehmensführung schlicht der übrigen Prüfung des Lageberichts zu unterwerfen, oder ob präzisiert werden sollte, dass sich die Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung auf die Vollständigkeit und faktische Richtigkeit der Angaben bezieht, wäre zu prüfen.

Ob es darüber hinaus eines Monitoring im Sinne der EU-Empfehlung vom 9. April 2014 zur Qualität der Berichterstattung über die Unternehmensführung („Comply or Explain“) bedarf, sollte gesondert erörtert werden. Der Fall Wirecard führt jedenfalls vor Augen, dass die Unterstellung, die betreffenden Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat seien wahr, (vgl. Baums (Hrsg.): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Köln, 2001, S. 56) ihren Realitätstest nicht bestanden hat.

Der Unterzeichner steht für eine Aussprache über die hier diskutierten Gesetzesänderungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher
Vorsitzender