

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

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

12. Februar 2021

Stellungnahme zu einzelnen Vorschlägen im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität vom 16. Dezember 2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Regierungskommission dankt für die Möglichkeit, zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität vom 16. Dezember 2020 Stellung nehmen zu können, und beschränkt sich im Folgenden auf die Vorschläge zur Stärkung der Corporate Governance.

1. Die explizite gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems sowie eines entsprechenden Risikomanagementsystems für börsennotierte Aktiengesellschaften (§ 91 Abs. 3 AktG-E) ist uneingeschränkt zu begrüßen.

In der Begründung wird zutreffend ausgeführt, dass das interne Kontrollsystem die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen zur Sicherung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftstätigkeit, zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung und zur Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften umfasst (S. 135). Die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen zur Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften stellen wesentliche Elemente eines Compliance Management Systems dar. Wenn es bei § 91 Abs. 3 AktG-E schon um Klarstellung geht, sollte nicht in der Begründung verborgen bleiben, dass die Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems auch die Einrichtung eines an der Risikolage des Unternehmens ausgerichteten Compliance Management Systems umfasst.

Der Gesetzesentwurf zielt auf die Umsetzung vordringlicher Maßnahmen zur Wiederherstellung und dauerhaften Stärkung des Vertrauens in den deutschen Finanzmarkt. Dieses Ziel würde im Kern verfehlt, wenn aus der Begründung zum Referentenentwurf vom 23. Oktober 2020, in der die Einrichtung von Compliance Management Systemen noch ausdrücklich ausgenommen wurde, und aus dem Umstand, dass in

der Begründung des Regierungsentwurfs Compliance Management Systeme unerwähnt bleiben, gefolgt werden könnte, dass es der Einrichtung eines an der Risikolage des Unternehmens ausgerichteten Compliance Management Systems nicht bedürfe.

Die Klarstellung in § 91 Abs. 3 AktG-E, dass der Vorstand auch ein im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames Compliance Management System einzurichten hat, muss um eine Klarstellung in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG ergänzt werden, dass die Überwachung des Compliance Management Systems zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses gehört. Dieser Klarstellung bedarf es schon deshalb, weil das Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses nach § 100 Abs. 4 Satz 3 AktG-E gegenüber den Leitern derjenigen Zentralbereiche bestehen soll, die in der Gesellschaft für die Aufgaben zuständig sind, die den Prüfungsausschuss nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG betreffen. Andernfalls drohte, dass das Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses ausgerechnet gegenüber dem Chief Compliance Officer nicht besteht.

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.

Nach Empfehlung D.4 DCGK soll die fachliche Qualifikation kumulativ in der Person des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses erfüllt sein, weil er für die Arbeit des Prüfungsausschusses eine zentrale Rolle einnimmt. Dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses obliegt die primäre Verantwortung für die Definition des Arbeitsprogramms des Ausschusses, der regelmäßige Austausch mit dem Finanzvorstand außerhalb von Ausschusssitzungen, die Federführung in der Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer (einschl. der Beurteilung der Qualität der Abschlussprüfung nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E), die Gewährleistung der Wirksamkeit der Ausschussarbeit und zukünftig auch das Auskunftsrecht gegenüber den Leitern von Zentralbereichen nach § 100 Abs. 4 Satz 3 AktG-E. Eine gesetzliche Regelung, nach der mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und mindestens ein weiteres Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung verfügen muss (§ 107 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG-E), ohne dass eine(r) der beiden Experten/Expertinnen den Vorsitz inne hat, wird dem Anspruch an die Funktion des Prüfungsausschusses nicht gerecht.

Nach Empfehlung 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 die beiden Finanzexperten festhält, bleibt eine gravierende Diskrepanz zwischen dem deutschen Aktienrecht und einhelliger Erwartungen der nationalen und internationalen Investoren bestehen.

Die Gruppe Deutsche Börse verlangt zukünftig von den zum DAX, MDAX, SDAX und TecDAX gehörenden Unternehmen, dass sie über einen Prüfungsausschuss verfügen, der den einschlägigen Empfehlungen des DCGK entspricht (vgl. [https://www.dax-indices.com/document/Resources/Guides/Guide to the DAX Equity Indices V11.1.4.pdf](https://www.dax-indices.com/document/Resources/Guides/Guide%20to%20the%20DAX%20Equity%20Indices%20V11.1.4.pdf), S. 28). Unternehmen, die schon deshalb den Empfehlung C.10 und D.4 DCGK folgen wollen, werden aufgrund der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung lediglich einen zweiten Finanzexperten für Rechnungslegung oder Abschlussprüfung als Ausschussmitglied benötigen, während der Vorsitzende faktisch sowohl über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen sowie mit der Abschlussprüfung vertraut und unabhängig sein muss. Damit ist gewährleistet, dass die den genannten Indizes angehörenden Unternehmen in dieser Frage bewährten globalen Standards entsprechen und die Defizite der geplanten gesetzlichen Regelung nicht zu sehr ins Gewicht fallen.

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 Regierungsentwurf vorgesehene Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gegenüber den Leitern derjenigen Zentralbereiche, die in der Gesellschaft für die Aufgaben zuständig sind, die den Prüfungsausschuss nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG treffen, (107 Abs. 4 Satz 3, 4 AktG-E) ist geeignet, die Wirksamkeit der Aufsichtsratsüberwachung zu steigern.

Das Auskunftsrecht sollte insbesondere gegenüber dem Chief Compliance Officer bestehen. Dies setzt voraus, dass die Überwachung des Compliance Management Systems zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG zählt. Unter Ziffer 1 wurde deswegen bereits gefordert, den Katalog der Aufgaben des Prüfungsausschusses in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG um die Überwachung des Compliance Management Systems zu ergänzen.

5. Die explizite Pflicht zur Überwachung der Qualität der Abschlussprüfung durch den Prüfungsausschuss (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E) dient der Klarstellung (Begründung S. 136). 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 des Regierungsentwurfs (S. 136) 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 dringend an, den Halbsatz „soweit diese ihm bekannt sind“ zu streichen und stattdessen eine Pflicht der Abschlussprüferaufsichtsstelle APAS und/oder des Abschlussprüfers vorzusehen, den Prüfungsausschüssen die Schlussfolgerungen zur Wirksamkeit des Qualitätssicherungssystems der Prüfungsgesellschaft und ggfs. zur Qualität der

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

Durchführung eines das Unternehmen betreffenden Prüfungsauftrags unaufgefordert vorzulegen. Es kann nicht richtig sein, den Prüfungsausschuss nunmehr explizit zu verpflichten, die Qualität der Abschlussprüfung zu überwachen, ihm aber die einschlägigen Ergebnisse der APAS-Inspektionen vorzuenthalten.

6. Der Regierungsentwurf 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 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