
POLICY PLATFORM | Policy Letter

**Stellungnahme zu den DCGK-
Änderungsvorschlägen der
Regierungskommission Deutscher
Corporate Governance Kodex**

Hans-Joachim Böcking and Marius Gros

Professur für Betriebswirtschaftslehre, insbes.
Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance

März 2012

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

An die
Regierungskommission
Deutscher Corporate Governance Kodex
Geschäftsstelle
c/o Commerzbank AG

60261 Frankfurt am Main

(vorab per E-Mail an:
stab.corp.gov.kodex@commerzbank.com)

Abteilung Rechnungswesen (FB 02)

Professur für Betriebswirtschaftslehre, insbes.
Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance

Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking
Dr. Marius Gros

Telefon +49 (0)69-798 34748
Telefax +49 (0)69-798 35012
E-Mail hjboecking@wiwi.uni-frankfurt.de
mgros@wiwi.uni-frankfurt.de

<http://www.accounting.uni-frankfurt.de/boecking>

29. Februar 2012

Stellungnahme zu den DCGK-Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex aus der Plenarsitzung vom 17. Januar 2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst danken wir der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (im Folgenden „Regierungskommission“) für die Gelegenheit, erstmals zu den geplanten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (im Folgenden: „DCGK“) öffentlich Stellung nehmen zu können. Wir stimmen mit der Regierungskommission überein, dass eine Einbindung der Anwender des DCGK sowie aller weiteren Interessierten im Sinne einer größeren Transparenz geboten ist; auch sind solche Konsultationen im internationalen Kontext üblich. Dies gilt insbesondere, da der DCGK dem so genannten *soft law* zugerechnet werden kann, nur über § 161 Abs. 1 AktG faktisch Bindungswirkung entfaltet und kein Gesetzgebungsverfahren durchlaufen hat. Eine Konsultation kann u.E. die Akzeptanz des DCGK erhöhen, sofern die Konsultationsergebnisse ebenfalls transparent werden und bei der Weiterentwicklung des DCGK angemessene Berücksichtigung finden.

Die von der Regierungskommission vorgeschlagenen Änderungen begrüßen wir im Wesentlichen, obwohl wir weitere Änderungen als sinnvoll erachten würden. Auch hätten die Erläuterungen und Begründungen der Vorschläge durch die Regierungskommission u.E. ausführlicher ausfallen können. Bevor wir Stellung zu ausgewählten Änderungsvorschlägen nehmen, möchten wir uns einige Grundsatzanmerkungen erlauben.

I. Grundsatzanmerkungen

1. Funktion und Anwendung des DCGK

Nach der Präambel stellt der *„Deutsche Corporate Governance Kodex (der "Kodex") [...] wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Der Kodex soll das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar machen. Er will das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften fördern.“* Hinsichtlich der im DCGK enthaltenen Empfehlungen und Anregungen wird über die Entsprechenserklärung des § 161 AktG *„Den Unternehmen [...] in Fällen, in denen sie es für sinnvoll oder geboten halten, die Möglichkeit gelassen, von den Kodex-Regeln abzuweichen. [...] Zugleich soll aber den Kapitalmarktteilnehmern die Information zur Verfügung gestellt werden, ob sich das Unternehmen, das den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, an die Verhaltensstandards des Kodex zu Unternehmensleitung und -kontrolle hält, bzw. wenn es hiervon abweicht, wie diese Abweichung aussieht“* (Begründung zum TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 21, siehe hierzu auch die Ergänzung durch das BilMoG *„...hat die Erklärung zur Unternehmensführung zudem dahingehende Erläuterungen zu enthalten, weswegen Punkte des angewandten Unternehmensführungskodexes aus welchen Gründen nicht angewandt werden.“* (BT-Drs. 16/10067, S. 103)).

Die Anwendung und Befolgung des DCGK wird im Auftrag der Regierungskommission jährlich vom Berlin Center of Corporate Governance untersucht. Der seit 2003 jährlich veröffentlichte „Kodex Report“ (seit 2011 der ausführlichere „Corporate Governance Report“) zeigt hohe Befolgungsquoten. Dennoch darf eine hohe Befolgungsquote nicht ohne weiteres mit „guter Corporate Governance“ gleichgesetzt werden. Begründete Abweichungen vom DCGK, wie z.B. im Rahmen der erfolgsabhängigen Vergütung für Aufsichtsräte stellen u.E. gerade ein Beispiel „guter Corporate Governance“ dar (siehe hierzu Gliederungspunkt II.3 unserer Stellungnahme). Deshalb sollte auch die Regierungskommission die so genannte Abweichungskultur fördern und aktiv darauf hinwirken, dass in der Praxis, aber auch in der Wissenschaft nicht ausschließlich auf Befolgungsquoten abgestellt wird. Hier sind bereits Entwicklungen erkennbar, dennoch ist weiterhin zu betonen, dass keine grenzenlose Komplexitätsreduktion im Sinne von einfachen Kennzahlen möglich ist. Auch sollte die Regierungskommission die in der Praxis beobachtbaren Abweichungen analysieren und ggf. den DCGK anpassen bzw. variabler gestalten. Dies steht u.E. in Einklang mit den oben dargelegten Zielen, das deutsche System der Corporate Governance transparent und nachvollziehbar darzustellen.

Hinsichtlich der praktischen Wirkungen des DCGK sollte die Regierungskommission verstärkt unabhängige wissenschaftliche Untersuchungen fördern. Bislang liegen im Wesentlichen Studien vor, die hinterfragen, inwieweit der Kapitalmarkt auf Abweichungen reagiert und dem Grad der Kodexbefolgung eine Wertrelevanz zubilligt. Die Ergebnisse dieser Studien sind keineswegs einheitlich. Untersuchungen zu den Abweichungsbegründungen und insbesondere deren inhaltlichen Würdigung durch die Kapitalmarktteilnehmer sind noch vergleichsweise selten. Hierin könnte ein Ansatz liegen, die bisweilen unterschiedlichen Ergebnisse der empirischen Untersuchungen zu begründen.

2. Kontinuierliche Anpassung des DCGK an gesetzliche Vorschriften

Obwohl dies eine allgemein als wenig erstrebenswert angesehene Erhöhung der Änderungsgeschwindigkeit des DCGK hervorrufen könnte, sollte erwogen werden, künftig Gesetzesänderungen unmittelbar im DCGK zu berücksichtigen. Trotz der in den letzten Jahren vorherrschenden Regulierungswelle ist jederzeit sicherzustellen, dass der DCGK stets den aktuellen Gesetzesstand beinhaltet und somit das deutsche System der Corporate Governance transparent und nachvollziehbar darstellt. Damit wird vermieden, dass der DCGK, wie seit dem BilMoG geschehen, zeitweise hinter dem Gesetz zurückbleibt, da z.B. § 107 Abs. 3 AktG nicht unmittelbar übernommen wurde. Empfehlungen und Anregungen sollten allerdings nur in größeren regelmäßigen Abständen (z.B. alle drei Jahre) überprüft werden, um den Unternehmen Zeit zur Implementierung von Änderungen zu geben sowie die Auswirkungen von Änderungen zuverlässig analysieren zu können.

II. Anmerkungen, insb. zu ausgewählten Änderungsvorschlägen

1. Überwachung und Beratung durch den Aufsichtsrat

Gemäß DCGK 5.1.1 ist es „Aufgabe des Aufsichtsrats [...], den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen.“ Während die beratende Tätigkeit des Aufsichtsrats gängige Praxis zu sein scheint sowie auch in der (Kommentar-)Literatur und Rechtsprechung regelmäßig vertreten wird, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut des § 111 Abs. 1 AktG („Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.“) zunächst eine klare Aussage zur Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats. Jegliche überwachende Tätigkeit beinhaltet bei gleichzeitiger beratender Tätigkeit stets eine Gefahr der Selbstüberwachung. Es sollte daher im Sinne einer systematischen Gesetzesauslegung mindestens angeregt werden, die Vorrangigkeit der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats im Wortlaut des DCGK 5.1.1 zu betonen, indem die Reihenfolge in „[...] regelmäßig zu überwachen und zu beraten“ geändert wird.

2. Follow-up-Berichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat

Die Aufnahme der Strategie (DCGK 3.4 Abs. 2) sowie der Planung und Risikolage des Unternehmens (DCGK 5.2 Abs. 3) betrachten wir als Schritt in die richtige Richtung. Allerdings sollte die Kommunikation zwischen Vorstand und Aufsichtsrat weiter gestärkt werden und insbesondere die mit dem TransPuG bereits 2002 eingeführte und in der Praxis bisher nur ungenügend berücksichtigte Notwendigkeit von Soll-Ist-Vergleichen explizit im DCGK genannt werden. Hier gilt es den Gesetzestext und seine Begründung in den DCGK aufzunehmen.

Soll-Ist-Vergleiche sind u.E. ein unabdingbares Instrument einer effektiven Unternehmensüberwachung im Sinne einer Überprüfung der Prognosequalität (vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zum TransPuG (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG), BT-Drucks. 14/8769 v. 11.04.2002, S. 13 f.; siehe hierzu auch E-DRS 27, Standardentwurf des DSR zur Konzernlageberichterstattung).

3. Aufsichtsratsvergütung

U.E. ist nur eine erfolgsunabhängige Aufsichtsratsvergütung mit der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats vereinbar. Dies stärkt die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Beispiele für Unternehmen, die dieser Argumentation bereits folgen und somit vom DCGK abweichen, sind z.B. die Allianz SE, die Daimler AG und die Siemens AG. Diese Unternehmen betonen, dass eine angemessene feste Vergütung besser geeignet sei, der unabhängig vom Unternehmenserfolg zu erfüllenden Kontrollfunktion des Aufsichtsrats Rechnung zu tragen (vgl. Entsprechenserklärung der Allianz SE, dort einzige Abweichung). Auch sollte grundsätzlich über eine primär inputorientierte Vergütung, die sich am Arbeitseinsatz und der Funktion (z.B. Vorsitz eines Ausschusses) der Aufsichtsratsmitglieder orientiert, nachgedacht werden. Sofern ein Mitglied des Aufsichtsrats mehrere Funktionen ausübt, sollte sich seine Vergütung ausschließlich nach der am höchsten vergüteten Funktion bemessen (vgl. Vergütungsbericht des Aufsichtsrats 2010 der Daimler AG).

Ferner erlauben wir uns, auf eine Formalie hinzuweisen: Hinsichtlich der Vergütung des Aufsichtsrats erweckt die Änderung in DCGK 5.4.6 Abs. 2 den Eindruck, dass eine bisherige Empfehlung auf eine Wiedergabe des Gesetzestextes hochgestuft werde. Inhaltlich wäre dies zwar zu befürworten, spiegelt jedoch den Gesetzestext nicht wider, der nach § 113 Abs. 1 AktG weiterhin ein Wahlrecht vorsieht.

4. Unabhängigkeit

Die in DCGK 5.4.2 genannten Beispiele, wann von einer Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds nicht ausgegangen werden kann, dürfen nicht zu einer Art „Checkliste“ werden. Dies ist wohl auch nicht beabsichtigt, da sowohl die Formulierung im DCGK als auch die zugehörige Erläuterung verdeutlichen, dass der Katalog keinen abschließenden Charakter besitzt. Dennoch erlauben wir uns den Hinweis, auch bei künftigen Änderungen die Prinzipienbasierung beizubehalten.

Ferner könnten die Ausführungen zur Unabhängigkeit sowie die genannten Beispiele einige praktische Fragen aufwerfen. So bleibt z.B. offen, was unter einer angemessenen Anzahl unabhängiger Mitglieder zu verstehen ist (DCGK 5.4.2 Satz 1). Offen ist auch, was „wesentliche Interessenkonflikte“ (DCGK 5.4.2 Satz 2) von „wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikten“ nach DCGK 5.5.3 Satz 2 unterscheidet; letztere sollen zur Beendigung des Mandats führen.

Überdies sollte stärker zwischen den Anforderungen an Arbeitnehmervertreter und Anteilseignervertreter differenziert werden, um insbesondere ausländischen Kapitalmarktteilnehmern das deutsche System der Corporate Governance transparent und nachvollziehbar darzustellen. Der in DCGK 5.4.2 Satz 4 den Beispielen nachgestellte kurze Hinweis auf das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und auf das Drittmittelbeteiligungsgesetz könnte eher zur Verwirrung beitragen.

5. Prüfungsausschuss

Zunächst ist u.E. in der deutschen Fassung des DCGK der Klammereinschub „(Audit Committee)“ zu streichen (DCGK 5.2 Abs. 2 und DCGK 5.3.2). Hier könnte es zu Verwechs-

lungen mit den Zuständigkeiten und Befugnissen des US-amerikanischen *audit committees* im *one tier*-System kommen.

Hinsichtlich der Sachkunde der Mitglieder fordert der aktuelle EU-Verordnungsentwurf KOM(2011) 779/4, dass mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses Sachverstand in Abschlussprüfung und mindestens ein weiteres Mitglied Sachverstand in Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung aufweist. Diesen Vorschlag sollte der DCGK bereits berücksichtigen. Erwogen werden könnte sogar die Anregung, dass grundsätzlich alle Mitglieder des Prüfungsausschusses in Fragen der Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung kompetent sind.

Die Sachkunde der einzelnen Mitglieder sollte auf der Website des Unternehmens individuell und transparent nachgewiesen werden bzw. deren Fehlen angezeigt werden, wie z.B. durch aussagekräftige Lebensläufe. Dabei ist zu betonen, dass eine vorherige CEO-Position alleine regelmäßig keinen Nachweis einer Sachkunde in Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung darstellen sollte.

6. Compliance (Bezug Prüfungsausschuss)

Zutreffend ist u.E., die Compliance in die Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und Vorstand einzubeziehen (vgl. DCGK 5.2 Abs. 3). Richtig ist auch, entsprechend § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionsystems in den Aufgabenkatalog des Prüfungsausschusses aufzunehmen (vgl. DCGK 5.3.2). Aus diesem Aufgabenkatalog für den Prüfungsausschuss sollte die Compliance jedoch konsequenterweise entfallen und Aufgabe des gesamten Aufsichtsrats oder eines anderen zuständigen Ausschusses sein. Der Aufgabenkatalog des Prüfungsausschusses sollte somit vollständig der Konkretisierung der Aufgaben des Prüfungsausschusses in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG angepasst werden. Eine Vermischung von Gesetzestext und Empfehlungen ist aus Gründen der Transparenz zu vermeiden.

Fragen der Compliance gehen über die Rechnungslegung und Abschlussprüfung deutlich hinaus und sind regelmäßig vom jeweiligen Geschäftsmodell abhängig. Die konkrete Bedeutung der Compliance für den Rechnungslegungsprozess bleibt u.E. vage bzw. nur schwer vom internen Kontrollsystem, vom Risikomanagementsystem und vom internen Revisionsystem abgrenzbar. Auch kann die Nennung der Compliance unter den Aufgaben des Prüfungsausschusses dazu führen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende diese nicht wie in DCGK 5.2 Abs. 3 gefordert mit dem Vorstand diskutieren kann, wenn er nicht Mitglied des Prüfungsausschusses ist.

Für Banken und Versicherungen sollte auch die Bildung eines gesonderten Risikoausschusses möglich sein, der sich u.a. mit der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems befasst. Im Grünbuch der EU-Kommission „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“ vom 02. Juni 2010 (KOM(2010) 284 endgültig) wird die Einrichtung eines auf die Risikoüberwachung spezialisierten Ausschusses vorgeschlagen. Das Europäische Parlament hat diesbezüglich in seiner Entschließung vom 11. Mai 2011 die Schaffung zwingend vorgeschriebener Risikoausschüsse auf der Ebene des Aufsichtsrats für alle „wirtschaftlich wichtigen Finanzinstitute“ gefordert. Sofern ein Risikoausschuss eingerichtet wird, der sich auch mit der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems befasst, sollte sichergestellt werden, dass eine funktionale Doppelbelastung von Prüfungs- und Risikoausschuss vermieden wird. Der Prüfungsausschussvorsitzende (*financial expert*) muss dann Mitglied beider Ausschüsse sein.

7. Hauptversammlung (Bezug Prüfungsausschuss)

Der Regierungskommission wird empfohlen, eine neue Anregung zu prüfen, wonach der Prüfungsausschussvorsitzende (*financial expert*) auf der Hauptversammlung über Fragen zur Rechnungslegung (Jahresabschluss, Konzernabschluss und Lageberichte) und deren Prüfung berichtet. Nach § 321 Abs. 1 Satz 2 HGB hat der Abschlussprüfer in dem nur für den Aufsichtsrat bestimmten Prüfungsbericht „*vorweg zu der Beurteilung der Lage des Unternehmens oder Konzerns durch die gesetzlichen Vertreter Stellung zu nehmen, wobei insbesondere auf die Beurteilung des Fortbestandes und der künftigen Entwicklung des Unternehmens unter Berücksichtigung des Lageberichts und bei der Prüfung des Konzernabschlusses von Mutterunternehmen auch des Konzerns unter Berücksichtigung des Konzernlageberichts einzugehen ist, soweit die geprüften Unterlagen und der Lagebericht oder der Konzernlagebericht eine solche Beurteilung erlauben.*“ Auch insoweit bedarf es einer Stellungnahme des Prüfungsausschussvorsitzenden auf der Hauptversammlung.

8. Hauptversammlung (Bezug Lagebericht)

Es bedarf einer Ergänzung zu DCGK 2.2.1 Satz 1. Hier sollte eine Klarstellung entsprechend § 175 Abs. 2 AktG erfolgen, wonach auch der Lagebericht bzw. Konzernlagebericht der Hauptversammlung zugänglich zu machen ist.

9. Fragen der Mitbestimmung

Fragen und Folgen der Mitbestimmung werden im DCGK u.E. zu wenig transparent und nachvollziehbar dargelegt. Es sollte deutlich werden, welche Empfehlungen und Anregungen sich nur auf Anteilseignervertreter beziehen. Wird dies nicht deutlich, können sich daraus ggf. unerwünschte Probleme ergeben. Beispielsweise soll gemäß DCGK 5.4.3 Satz 2 ein Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds bis zur nächsten Hauptversammlung befristet sein. Hinsichtlich einer gerichtlichen Bestellung eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat erscheint dieser Wortlaut wenig sinnvoll. Hier wäre eine Präzisierung wünschenswert.

Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Frankfurt am Main, 29. Februar 2012

(Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking)

(Dr. Marius Gros)