

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zur Konsultation der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex zu den vorgeschlagenen Kodexanpassungen

2. März 2011

I. Einleitung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Gelegenheit sehr, zu den vorgeschlagenen Kodexanpassungen Stellung nehmen zu können. Die Regierungskommission hat die Anregungen der vergangenen Jahre berücksichtigt und nunmehr Transparenz bei der Erarbeitung von Kodexänderungen geschaffen.

Begrüßenswert sind insbesondere die Klarstellungen, die im Entwurf vorgenommen wurden. Es gibt jedoch bei einzelnen Anpassungen noch weiteren Klarstellungsbedarf; die jeweiligen Anmerkungen finden sich unten. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Corporate Governance-Erklärung in Deutschland nicht in rechtsfreiem Raum steht, sondern justiziabel ist. Jedes Mal, wenn eine Empfehlung mit einem unbestimmten „Rechtsbegriff“ versehen wird, bedeutet das, dass sich möglicherweise eine gerichtliche Auslegung an die Stelle der Einschätzung durch die Unternehmen setzt. Damit erhöht sich aber auch das Bedürfnis nach einer ausführlichen Begründung der Empfehlungen, die bei der Auslegung herangezogen werden können. Dem werden die Ausführungen der Regierungskommission nicht immer gerecht.

Zudem sieht das Deutsche Aktieninstitut Entwicklungen auf europäischer Ebene mit Sorge, die sicherlich, wenn dem im Kodex nichts entgegengesetzt wird, zu noch weniger Verständnis für die deutsche Corporate Governance führen werden: Nach unserer Feststellung stellen die aktuellen Regulierungsbestrebungen bezüglich der Corporate Governance in der EU zunehmend auf das monistische System mit einer einheitlichen Unternehmensführung ab.¹ Es besteht immer weniger Verständnis für das dualistische System von Vorstand und Aufsichtsrat. So fragt es sich, ob nicht auch der Kodex ein Mittel sein sollte, einen Kontrapunkt zu setzen. Der Tendenz zur Vereinheitlichung und Pauschalisierung ist ein deutliches Signal zur Differenzierung entgegenzusetzen.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats, v. 20.7.2011, KOM(2011) 453 endg.) und Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente zur Aufhebung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Neufassung), v. 20.10.2011, KOM(2011) 656 endg. (MiFID II).

Es ist zudem bei der EU-Kommission eine klare Fehlentwicklung zu erkennen, die darin liegt, dass Regelungen zur Unternehmensführung in den verschiedensten Richtlinien- und Verordnungsentwürfen Eingang finden, ohne dass es sich (noch) um einen abgestimmten Rechtsrahmen handelt. Beispielsweise beschäftigt sich der Entwurf der Abschlussprüferverordnung² mit der Besetzung des Aufsichtsrats für alle börsennotierten Unternehmen. Danach muss im Prüfungsausschuss mindestens eine Person mit Erfahrungen in der Abschlussprüfung und eine weitere Person mit Kenntnissen in der Abschlussprüfung und/oder Rechnungslegung vertreten sein. Ein Vorentwurf sah dies sogar noch für drei Posten vor. Dies wäre nicht nur für den Dreier-Aufsichtsrat höchst problematisch; viele börsennotierte Unternehmen verfügen gerade nicht über einen mit zehn bis 20 Mitgliedern besetzten Aufsichtsrat. Es widerspricht auch der in anderen nicht darauf abgestimmten Richtlinien aufgestellten Forderung nach mehr Diversität in Aufsichtsräten.

Mit dieser Entwicklung erhöht sich u.E. die Bedeutung des Kodex gerade für internationale Investoren. Es ist wichtiger denn je, auch die Erläuterungsfunktion des Kodex zu nutzen, wie es ein ursprüngliches Motiv und Ziel des Kodex war. Einem solchen Ansatz – folgt man ihm denn – wird der Kodex derzeit aus unserer Sicht nicht in ausreichendem Maße gerecht. Dies zeigt sich insbesondere an den Regelungen zur Unabhängigkeit des Aufsichtsrats.

Zwar kann die Aufnahme eines (nicht abschließenden) Definitionskataloges mit Regelbeispielen zur Unabhängigkeit des Aufsichtsrates grundsätzlich eine Hilfestellung für Emittenten sein, mittels der das Thema unternehmensspezifisch beurteilt werden kann. Allerdings ist die Frage, ob das deutsche dualistische System der Unternehmensverfassung überhaupt eines solchen differenzierten Unabhängigkeitssystems bedarf, nicht überzeugend geklärt. Schließlich hat beim deutschen Aufsichtsrat im Gegensatz zu den Mitgliedern eines monistisch geführten Unternehmens kein einziges Mitglied operative Exekutivfunktionen; damit ist auch seine Möglichkeit der Einflussnahme deutlich begrenzt. Der Kodex sollte gerade internationalen Investoren stärker die deutschen Besonderheiten bzw. Schutzfunktionen und Zusammenhänge in kurzer Form vermitteln. Das gilt z.B. für das deutsche Konzernrecht, das im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen Schutzfunktionen für die Aktionäre bietet, die positiv herausgestellt werden könnten. Hält man an Regelbeispielen fest, sollten im monistischen System gerade typische Abhängigkeitskriterien, die im dualistischen System aber nicht erforderlich sind, weil sie durch andere Kriterien aufgewogen werden, als „unschädliche“ Regelbeispiele aufgenommen – und erklärt – werden. Hierbei darf auch das Thema der Mitbestimmung nicht aus der Arbeit der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex ausgeklammert werden, wie vom Deutschen Aktieninstitut seit langem gefordert.

Die Unabhängigkeit ist auch ein gutes Beispiel für die weitere „Scheinverobjektivierung“ eines wichtigen Kriteriums für die Aufsichtsratszusammensetzung, an der aber die Qualität der Aufsichtsratsarbeit nicht allein zu messen ist. Gerade die Frage der Abhängigkeit hängt im hohen Maße von der jeweiligen Persönlichkeitsstruktur der Betroffenen ab; eine solche „Unabhängigkeit

² Vorschlag für eine Verordnung über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse, 30.11.2011, KOM 2011 (779).

im Geiste“ kann jedoch durch Rahmenregelungen nur gefördert, aber nicht nachgewiesen oder gar sichergestellt werden. Außerdem sagt das Kriterium nichts darüber aus, ob sich die unabhängigen Personen im Aufsichtsrat durchsetzen können.

Gerade beim Thema Diversität könnte man deutsche Besonderheiten einmal positiv herausstellen. Wenn Diversität auch zu einer angemessenen Diskussionskultur im Aufsichtsrat beitragen soll, dann gilt das sicherlich für die Tatsache, dass sich der Aufsichtsrat aus Vertretern von Anteilseignern und Arbeitnehmern zusammensetzt. In deutschen mitbestimmten Aufsichtsräten herrscht also eine „Grunddiversität“ vor, auf die der Kodex unter den gegebenen Umständen hinweisen könnte. Wichtig dabei ist ebenso, dass ein Teil des Aufsichtsrats das Unternehmen seit Jahren von innen kennt. Nach unserer Wahrnehmung wird dies bei der Diversitätsdebatte als Problem und nicht als Chance dargestellt.

II. Zu den Änderungen im Einzelnen:

Zu Änderung in Ziffer 3.6 Abs. 2, Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat (Bei Bedarf Tagung ohne Vorstand)

Umgewidmet in eine Empfehlung wird die bisherige Anregung, dass der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen soll. Die Grundidee dieser Regelung ist nachvollziehbar und sinnvoll. Natürlich gibt es Unternehmenssituationen, bei denen eine offene Aussprache unter den Aufsichtsratsmitgliedern nur ohne die Anwesenheit des Vorstands möglich ist. Warum diese Regelung nun allerdings Empfehlungscharakter gewinnen soll, ist nicht nachvollziehbar und ergibt sich auch nicht aus den Erläuterungen der Regierungskommission. Zudem ist nicht ganz eindeutig zu verstehen, wie die nun folgende Erklärungspflicht der Unternehmen aussehen soll: Müssen sie nun eine Abweichung erklären, wenn sie eine Aufsichtsratssitzung ohne Vorstand generell nicht vorsehen wollen, so also auch nicht im Bedarfsfall? Oder ist die Abweichung bereits zu erklären, wenn aus Sicht des Unternehmens kein Bedarfsfall eingetreten ist und daher auch keine AR-Sitzung ohne Vorstand stattgefunden hat? Letzteres dürfte nicht die Intention der Regierungskommission sein.

Aus Sicht des Deutschen Aktieninstituts ist die Möglichkeit für den Aufsichtsrat, im Bedarfsfall auch ohne den Vorstand tagen zu können, eine Selbstverständlichkeit und wird auch vielfältig ohne Formalismen praktiziert. Ob es dazu einer ggfs. erörterungspflichtigen Empfehlung bedarf, hält es daher für fragwürdig.

Im Übrigen könnte der untechnische Begriff „tagen“ klarstellend durch die Formulierung „beraten und beschließen“ ersetzt werden.

Zudem wird die bisherige Regelung in Ziffer 3.6 dahingehend geändert, dass die Anregung, dass in mitbestimmten Aufsichtsräten die Vertreter der Aktionäre und der Arbeitnehmer die Sitzungen des Aufsichtsrats jeweils gesondert, gegebenenfalls mit Mitgliedern des Vorstands, vorbereiten sollten, nur noch als Möglichkeit genannt wird.

Das Deutsche Aktieninstitut fragt sich in dem Zusammenhang zunächst, ob dies auf die Heraufstufung der Tagungsmöglichkeit ohne Vorstand auf den Charakter einer Empfehlung abgestimmt ist. Unseres Erachtens betreffen beide Themen wichtige und sinnvolle Handhabungen. Eigentlich bedürfte es keiner ausdrücklichen Erwähnung, dass Vorbesprechungen in jedem Fall möglich sind. Auffällig ist, dass eine Regelung, die die Belange der Mitbestimmung berücksichtigt hat, nun kommentarlos entfällt.

Anmerkung zu Ziffer 3.10, Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat (Corporate Governance Bericht)

Die Regierungskommission hat die Pflicht zur Erstellung eines Corporate Governance-Berichts gestrichen und diese Empfehlung an die Neufassung des § 289a HGB durch das BilMoG angepasst. Nunmehr sollen Vorstand und Aufsichtsrat zur Vereinfachung und Konzentration der Unternehmensberichterstattung in der nach § 289a HGB vorgesehenen Erklärung zur Unternehmensführung zur Corporate Governance berichten. Dieses Konsolidieren von Berichtspflichten wird vom Deutschen Aktieninstitut grundsätzlich begrüßt.

Allerdings ist die jetzige Überführung des Inhalts des Corporate Governance Berichts in die gesetzlich geforderte Erklärung zur Unternehmensführung zumindest ein rechtssystematischer Bruch, da diese Erklärung nach der Vorstellung der Regierungskommission offenkundig – wie bisher schon der Corporate Governance-Bericht – von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam abgegeben werden sollen. Für die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung als Bestandteil des Lageberichts ist aber nach den handelsrechtlichen Vorgaben ausschließlich der Vorstand zuständig. § 264 HGB verpflichtet die gesetzlichen Vertreter der Kapitalgesellschaft zur Aufstellung des Lageberichts und damit auch der Erklärung zur Unternehmensführung als Teil desselben. Der Aufsichtsrat hat sich mit dieser Erklärung im Rahmen seiner gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung des Lageberichts (§ 171 Abs. 1 Satz 1 AktG) lediglich zu befassen. Entsprechendes gilt, wenn für die Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung von der Gestaltungsvariante des Absatzes 1 Satz 2 von § 289a HGB Gebrauch gemacht und die Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich gemacht wird. Das schließt nicht aus, dass der Aufsichtsrat die Erklärung des Vorstands prüft und billigend zur Kenntnis nimmt sowie sich diese auch inhaltlich zu eigen macht – und darüber im obligatorischen Bericht des Aufsichtsrats (§ 171 Abs. 2 AktG) berichtet.

Nach dem von der Regierungskommission vorgeschlagenen Modell müssten demgegenüber Inhalte in die Erklärung zur Unternehmensführung aufgenommen werden, für die zwingend der Aufsichtsrat Urheber sein muss. Dies kann nicht widerspruchsfrei in die Erklärung zur Unternehmensführung eingefügt werden. Es wird daher die folgende Neufassung angeregt:

„Über die Corporate Governance des Unternehmens sollen jährlich der Vorstand in der Erklärung zur Unternehmensführung und im Bedarfsfall ergänzend der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung berichten.“

In Satz 2 wird die „Erläuterung eventueller Abweichungen“ von den Empfehlungen des Kodex in der Erklärung zur Unternehmensführung gefordert. Dies ist jedoch zwingend schon Bestandteil einer vollständigen Entsprechenserklärung. Man könnte daher Satz 2 entnehmen, dass die Erläuterung eventueller Abweichungen etwas anderes ist, als die in § 161 Abs. 1 AktG bereits statuierte Pflicht zu erklären, warum Empfehlungen nicht angewendet wurden. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte Satz 2 gestrichen werden.

Anmerkung zu Ziffer 4.2.3 – Gesamtvergütung

Das Deutsche Aktieninstitut weist darauf hin, dass Zusagen für den Fall der Beendigung der Tätigkeit des Vorstands nach § 285 Nr. 9 HGB (vgl. auch DRS 17) nicht unbedingt zu den Komponenten der „Gesamtvergütung“ gehören, wie in Absatz 1 definiert. Die Vergütungsdefinition im Kodex sollte noch klarer an § 285 Nr. 9 HGB angepasst werden.

Absatz 3 enthält die Empfehlung, dass eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter bei variablen Vergütungsteilen ausgeschlossen sein sollen. Die schon bisher verwendete Formulierung ist zumindest missverständlich. So kann es bspw. bei einer größeren Akquisition oder Veräußerung durchaus sinnvoll sein, die Zielvorgaben nachträglich anzupassen, um sie an die neue Gesamt-Unternehmensgröße anzupassen. Hier hilft

auch nicht der Cap des Satzes 4, so dass hier eine Klarstellung angeraten wäre, die sachgerechte Anpassungen von Zielvorgaben in den beschriebenen Fällen nicht behindern.

Anmerkung zu Ziffer 4.2.4 – Dreiteilung?

Der schon seit längerem verwendete erste Satz „Die Gesamtvergütung eines jeden Vorstandsmitglieds wird, aufgeteilt nach fixen und variablen Vergütungsteilen unter Namensnennung offen gelegt“, sollte an § 285 Nr. 9 lit. a Satz 4 HGB („Bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft sind zusätzlich unter Namensnennung die Bezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds, aufgeteilt nach erfolgsunabhängigen und erfolgsbezogenen Komponenten sowie Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung, gesondert anzugeben.“) angepasst werden, um die dort vorgesehene Dreiteilung abzubilden.

Anmerkung zu Ziffer 4.2.5 – Offenlegung

Die Offenlegung der Vergütung soll nach Satz 1 nunmehr im Anhang oder im Lagebericht erfolgen. Satz 2 scheint dies jedoch wieder einzuschränken, er ist jedenfalls nicht auf die Wahlmöglichkeit abgestimmt: „In einem Vergütungsbericht als Teil des Lageberichts sollen neben der Offenlegung auch die Grundzüge des Vergütungssystems für die Vorstandsmitglieder in allgemein verständlicher Form dargestellt werden.“ „Neben der Offenlegung“ passt systematisch nicht, da ja nach der Neufassung die Offenlegung gerade auch im Anhang erfolgen können soll. Diese überflüssige Passage sollte deshalb gestrichen werden.

Daneben erscheint es nicht sinnvoll, die Darstellung der Grundzüge des Vergütungssystems sprachlich als Teil der Empfehlung erscheinen zu lassen, da diese Darstellung bereits wegen § 289 Abs. 2 Nr. 5 HGB gesetzlich gefordert ist. Wir verstehen Ziffer 2 lit. k der Erläuterung der Änderungsvorschläge der Regierungskommission im Übrigen so, dass mit der vorgeschlagenen Änderung als über die gesetzliche Lage hinausgehende Empfehlung nur die „allgemeine Verständlichkeit“ der Darstellung des Vergütungssystems gewollt ist. Dann sollte das aber auch so einfach und so klar wie möglich formuliert werden. Wir schlagen deshalb folgenden Satz 2 vor:

„In einem Vergütungsbericht als Teil des Lageberichts oder Konzernlageberichts sind die Grundzüge des Vergütungssystems für die Vorstandsmitglieder darzustellen. Die Darstellung soll in allgemein verständlicher Form erfolgen.“

Die Nennung des Konzernlageberichts in unserem Vorschlag liegt darin begründet, dass die Konzernrechnungslegung in Ziffer 7.1.1 des Kodex ja selbst in den Mittelpunkt gestellt wird. Bei börsennotierten Konzernen (und damit bei den meisten börsennotierten Unternehmen) steht der Konzernlagebericht entsprechend im Mittelpunkt der Kommunikation: Nur er wird im Geschäftsbericht abgedruckt, während der Lagebericht oftmals nur zum Unternehmensregister eingereicht wird.

Ergänzender allgemeiner Hinweis: Der Kodex ist diesbezüglich insgesamt inkonsistent, da er zunächst überall nur Jahresabschluss und Lagebericht und nicht den Konzernabschluss und Konzernlagebericht erwähnt, um dann im Kapitel 7 ausschließlich auf den Konzernabschluss und nicht auf den Jahresabschluss abzustellen. Das sollte abgestimmt werden.

Anmerkung zu Ziffer 5.2 Abs. 2 und 5.3.2 Satz 3, Aufsichtsrat (Prüfungsausschuss)

Nunmehr gibt es zwei neue Empfehlungen zum Aufsichtsrat (bisher Anregungen): Der Aufsichtsratsvorsitzende soll nicht Vorsitzender des Prüfungsausschusses sein; außerdem soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig und bei seiner Benennung in den letzten zwei Jahren nicht Mitglied des Vorstands der Gesellschaft gewesen sein.

Die Rolle des Prüfungsausschussvorsitzenden ist extrem wichtig; er befasst sich in besonderem Maße mit der Aufsicht über die Kernfragen der Unternehmensfinanzierung, des Risikomanagements und der ordnungsgemäßen Bilanzierung. Seine Unabhängigkeit ist daher von besonderer Bedeutung. Zugleich muss er u.U. ein Gegengewicht zum Aufsichtsratsvorsitzenden darstellen oder ihn bei seinen Entscheidungen stärken. Daher hält das Deutsche Aktieninstitut die stärkere Gewichtung dieser Position für nachvollziehbar.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei Besetzung des Ausschussvorsitzenden auch beim Unternehmen angestellte Arbeitnehmervertreter in Betracht kommen müssen. Deren „Unabhängigkeit“ muss dazu klargestellt werden (siehe unten), damit bei einer solchen Besetzung nicht grundsätzlich eine Abweichung vom Kodex erklärt werden muss.

Eine allgemeine cooling-off-Regelung für alle Aufsichtsratsmitglieder, wie sie in § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG vorgesehen ist, lehnt das Deutsche Aktieninstitut allerdings entschieden ab.³

Anmerkungen Ziffer 5.4.1 Abs. 2 Aufsichtsrat (Zahl der unabhängigen Mitglieder)

Künftig soll der Aufsichtsrat bei der konkreten Zielbenennung u.a. die Aspekte Diversität und Altersgrenze und die Anzahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern erfassen. Dies geht mit der Absicht der Regierungskommission einher, sich bei der jetzigen Kodexreform verstärkt mit der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu befassen. Ob eine solche Zielbenennung wirklich erforderlich ist, erscheint fraglich.

Wie bereits erwähnt, sieht das Deutsche Aktieninstitut die Betonung der Unabhängigkeit der Aufsichtsräte im dualistischen System kritisch. Die Idee unabhängiger Aufsichtsräte stammt aus dem anglo-amerikanischen Raum und wurde u.a. von der EU aufgegriffen – u.E. ohne ausreichendes Verständnis für das dualistische System. Im monistischen Board ist die Unabhängigkeit eher erforderlich, denn das Board besteht auch aus operativ tätigen Direktoren. Im deutschen Aktienrecht besteht mit dem Aufsichtsrat ein separates Kontrollgremium, bei dem naturgemäß die aus Interessenkonflikten resultierenden Fragen erheblich geringer sind als bei einem Gremium, dem operativ tätige Direktoren (executive directors) angehören.

Behält man diese Regelung zur Zielvorgabe der unabhängigen Mitglieder bei, sollte entweder klargestellt werden, dass derartige Zielvorgaben – ebenso in Bezug auf die Diversität und Altersgrenzen – nur für die Vertreter der An-

³ Vgl. dazu DAI-Kurzstudie 4/2011, Nur wenige Ex-Vorstände unter den Aufsichtsräte börsennotierter Unternehmen, abrufbar unter www.dai.de.

teilseigner gelten können, oder der Kodex erklärt Arbeitnehmervertreter grundsätzlich für unabhängig oder abhängig (s.u. Anmerkung zu 5.4.2).

Nach der aktienrechtlichen Kompetenzordnung können nur bezüglich der Anteilseignerbank verbindlich konkrete Ziele für deren Zusammensetzung definiert werden, da dem Aufsichtsrat auch nur hinsichtlich der Anteilseignerbank ein Vorschlagsrecht an die Hauptversammlung zusteht. Demgegenüber steht dem Aufsichtsrat bezogen auf die Arbeitnehmervertreter in diesem Gremium wegen entgegenstehender Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes bzw. Drittelbeteiligungsgesetzes kein Vorschlagsrecht zu – im Übrigen auch nicht den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat im Rahmen des Wahlverfahrens nach den beiden Mitbestimmungsgesetzen. Folglich kann vom Aufsichtsrat auch keine dahingehende Zielsetzung verfolgt werden.

Anmerkungen zu Ziffer 5.4.2 Satz 1 Aufsichtsrat (angemessene Anzahl von unabhängigen Mitgliedern)

Nummehr soll dem Aufsichtsrat eine angemessene Anzahl von unabhängigen Mitgliedern angehören, um eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands zu ermöglichen; bisher sollte die Beurteilung dieser Anzahl durch den Aufsichtsrat noch „nach seiner Einschätzung“ erfolgen. Das Deutsche Aktieninstitut ist der Auffassung, dass die Neuformulierung weder aufgrund europäischer Entwicklungen erforderlich, noch Ziel führender als die alte Regelung ist.

Es fragt sich zunächst, ob die Regierungskommission mit der vorliegenden Formulierung allein die „unabhängige“ Beratung und Überwachung des Vorstands zum Kriterium der Aufsichtsratszusammensetzung erhebt. Mangels Bezugs auf die anderen Empfehlungen zur Zusammensetzung wird aus der Formulierung nicht ganz klar, dass die Aufgaben des Aufsichtsrats nicht nur im Lichte der Unabhängigkeit, sondern auch im Kontext anderer Wahrnehmungsschwerpunkte und zu wahrer Interessen stehen. Hierzu gehören z.B. die unternehmerische Erfahrung, Kenntnis vom Unternehmen und fachliche Eignung, wie auch das Recht der Eigentümer, ihre Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die Beratung und Überwachung des Vorstands soll nicht nur von Unabhängigkeit, sondern auch von Unabhängigkeit bzw. unabhängigen Personen geprägt sein. Dies hat zwangsläufig auch Auswirkungen auf die Frage, was unter diesen Umständen „angemessen“ ist.

Mit dem Begriff „angemessen“ wird der Anschein erweckt, dass es sich um eine objektivierbare Anzahl handelt. Das wirft zwangsläufig die Frage nach der Definition des Begriffes „angemessen“ auf – angemessen wofür? Ab wann liegt eine angemessene Anzahl vor? Muss mindestens die Hälfte der Anteilseignervertreter unabhängig sein?

Wir sind der Auffassung, dass es sich schon allein wegen der schwierigen Feststellung der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds um eine stark subjektiv geprägte Empfehlung handelt. Bei der Feststellung der angemessenen Anzahl unabhängiger Mitglieder wird es sich immer um eine subjektive Einschätzung durch den Aufsichtsrat handeln, was sowohl das Verhältnis abhängiger zu unabhängigen Mitgliedern als auch die Zuordnung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder angeht. Es ist daher anzuregen, sollte der Wechsel von

„ausreichend“ zu „angemessen“ beibehalten werden, dass zumindest der richtige und wichtige Zusatz „nach seiner Einschätzung“ beibehalten wird.

Die Erläuterungen der Regierungskommission geben keine weitere Auslegungshilfe bezüglich der Angemessenheit. Das gilt auch für die EU-Ebene und die deutsche Gesetzgebung. Nach den Empfehlungen der EU-Kommission⁴ aus dem Jahr 2005 sollte dem Aufsichtsrat/Verwaltungsrat eine „ausreichende“ Zahl unabhängiger nicht geschäftsführender Mitglieder angehören. Zwar wird darüber hinaus aktuell auf europäischer Ebene an verschiedenen Stellen das Thema Unabhängigkeit aufgegriffen, über die Anzahl der unabhängigen Mitglieder gibt es allerdings wenig Konkretes. Im Grünbuch „Europäischer Corporate Governance Rahmen“ vom April 2011 wird die Unabhängigkeit zwar als ein Besetzungskriterium für den Aufsichtsrat benannt⁵, ansonsten wird hier die Unabhängigkeit nur im Zusammenhang mit den Aufsichtsratsmitgliedern benannt, die sich mit der Vergütungspolitik befassen⁶. Der Berichtsentwurf für einen Corporate Governance Rahmen für Europäische Unternehmen des Committee on Legal Affairs des EU-Parlaments vom Oktober 2011 sieht ebenfalls nur eine Aussage dazu vor, dass unabhängige Mitglieder berücksichtigt sein müssen. „The European Parliament (...) stresses that boards must include independent individuals with a mix of skills, experiences and backgrounds, that this aspect of their composition should be adapted to the complexity of the activities of the company and that it is the responsibility of the Chair to ensure the right balance of skills in the board”.⁷ Im Entwurf der EU-Kommission für eine Abschlussprüferverordnung vom November 2011 wird nur für die Mitglieder des Prüfungsausschusses das Thema Unabhängigkeit in Erwägungsgrund 23 und Art. 31 Abs. 1 Unterabsatz 3 aufgegriffen. Danach muss eine Mehrheit von Prüfungsausschussmitgliedern sowie der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig sein, Art. 31 Abs. 1 Unterabsatz 3.⁸ Selbst vor dem Hintergrund des auf europäischer Ebene nunmehr vorherrschenden und oben bereits kritisierten Fokus auf das monistische System erscheinen die Initiativen weniger strikt als der Kodexentwurf. .

Die Empfehlung ist zudem vor dem Hintergrund der bereits beschriebenen Justiziabilität der Entsprechenserklärung zu sehen und es ist darauf hinzuweisen, dass dies in anderen Jurisdiktionen nicht unbedingt der Fall ist.

Unklar ist, ob Aktionäre deutscher Unternehmen bereits die Einschätzung, welche Anzahl an unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern angemessen ist, angreifen können. Aus der Regelung in Ziffer 5.4.1 Abs. 2 des Entwurfs ergibt sich bereits, dass das Unternehmen unter Berücksichtigung der unterneh-

⁴ Empfehlung der Kommission vom 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften (2005/162/EG), EU-Amtsbl. vom 25.2.2005, L 52/51.

⁵ Grünbuch „Europäischer Corporate Governance Rahmen“ vom 5.4.2011 der Europäischen Kommission, S. 7; abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_de.pdf#page=2.

⁶ A.a.O., S.10, 12.

⁷ Draft report on a corporate governance framework for European companies (2011/2181(INI)), Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Sebastian Valentin Bodu, S. 4.

⁸ Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (KOM(2011) 779), abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/COM_2011_779_de.pdf

mensspezifischen Situation das Ziel „angemessenen“ zu definieren hat. Daher bleibt unklar, welche weitere Bedeutung der vorgeschlagenen Änderung in Ziffer 5.4.2 Abs. 1 zukommen soll.

Auch wird der Aufsichtsrat vor die Aufgabe gestellt, die Unabhängigkeit der einzelnen Mitglieder umfassend zu analysieren, um mögliche Interessenskonflikte beurteilen zu können. Jedes Mitglied muss in die Kategorie „abhängig“ und „unabhängig“ eingeordnet werden. Das birgt nicht zuletzt die Gefahr, dass außerhalb des Aufsichtsrats (also naheliegend auf Hauptversammlungen) ausgiebig über die für das Unternehmen „angemessene“ Anzahl unabhängiger Mitglieder diskutiert wird. Dies provoziert im selben Kontext zudem Fragen von Aktionären in der Hauptversammlung, welche der Aufsichtsratsmitglieder denn nun konkret und warum als „unabhängig“ bzw. „nicht unabhängig“ zu gelten haben. Das daraus resultierende Streitpotenzial erhöht signifikant das Risiko möglicher Anfechtungsklagen gegen Entlastungsbeschlüsse oder gar gegen die Wahlbeschlüsse selbst wegen angeblich fehlerhafter Entsprechenserklärung.

Die neue Begrifflichkeit ist deshalb gerade auch vor dem Hintergrund der verschärften Rechtsprechungsanforderungen an gesetzeskonforme Entsprechenserklärungen nachdrücklich abzulehnen. Es sollte weiterhin der eigenen Einschätzung des Aufsichtsrats unterliegen, ob er über eine ausreichende Anzahl von Mitgliedern verfügt. Dabei sollte dem Aufsichtsrat ein breiter Beurteilungsspielraum zur Verfügung stehen, bei dem er die spezifischen Eigenschaften seines Unternehmens berücksichtigen kann.⁹

Anmerkung zu Ziffer 5.4.2 Satz 2 Aufsichtsrat (Einbeziehung von Dritten, wesentliche Interessenskonflikte)

Das deutsche Aktienrecht sieht traditionell nur einige wenige Regelungen zur Unabhängigkeit vor (z.B. §§ 100 Abs. 2 Nr. 4, 105 AktG). Die Einführung des Unabhängigkeitskriteriums für das sachverständige Prüfungsausschussmitglied in § 100 Abs. 5 AktG¹⁰ erfolgte lediglich in Umsetzung der 8. EU-Richtlinie¹¹. Neben dem Verweis auf die o.g. Empfehlung der EU-Kommission und den Corporate Governance Kodex erläutert der Gesetzentwurf der Bundesregierung dazu, dass neben der aktuellen Zugehörigkeit zur Geschäftsführung auch andere Gesichtspunkte, insbesondere unmittelbare oder mittelbare geschäftliche, finanzielle oder persönliche Beziehungen zur Geschäftsführung eine Besorgnis der Befangenheit begründen können, die der Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion „entgegen steht“¹². Unabhängigkeit als solche wird im Gesetz nicht gefordert.

⁹ Kremer, in Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 4. Aufl. 2010, Rn. 1041.

¹⁰ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG BGBl I 2009, S. 1102ff.

¹¹ Richtlinie 2006/43/EG des europäischen Parlaments und des Rates über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, Amtsblatt L 157/87 v. 9.6.2006.

¹² Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) BR-Drs. 244/08 v. Mai 2008, S. 223.

Der Kodex geht weit über das Gesetz und inhaltlich über die Gesetzesbegründung zum unabhängigen Prüfungsausschussmitglied hinaus: In Satz 2 wird nun die Negativdefinition, ab wann ein Aufsichtsratsmitglied unabhängig ist, um „Dritte“ erweitert, schränkt diese aber durch die Bezugnahme auf „wesentliche“ Interessenskonflikte wieder ein. Neu ist zudem, dass der Interessenskonflikt nicht mehr definitiv begründet sein muss, es reicht vielmehr aus, dass er begründet werden kann. Danach ist ein Aufsichtsratsmitglied als unabhängig anzusehen, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Vorstand oder zu Dritten steht, die einen wesentlichen Interessenskonflikt begründen kann.

Diese Neuformulierung ist entschieden abzulehnen.

Zwar ist die ausdrückliche Einschränkung auf „wesentliche“ Interessenskonflikte zu begrüßen. Damit wird die bisherige Rechtsunsicherheit beseitigt, dass Sachverhalte, die zwar eine Beziehung zu den genannten Personen betreffen, die aber bei verständiger Würdigung keinen Einfluss auf die Mandatsausübung als Aufsichtsrat haben kann, nicht als Interessenskonflikte zu werten sind.

Bei der Ausweitung auf so genannte „Dritte“ scheint jedoch tatsächlich jede Person in Betracht kommen zu können; gemeint sein könnten Anteilsinhaber, persönlich haftende Gesellschafter oder andere Dritte, bei denen ein gewisses Beeinflussungspotential bestehen könnte. Es scheint dann kaum mehr möglich, dass ein Aufsichtsrat ein solches „wesentliches“ Interessenskonfliktpotential – und das scheint ja schon auszureichen – gänzlich ausschließen kann.

Anmerkung zu Ziffer 5.4.2 Satz 3 Aufsichtsrat (Kriterienkatalog zur Unabhängigkeit)

Mit dem neuen Kriterienkatalog von Negativdefinitionen, den die Regierungskommission nun in Ziff. 5.4.2. Satz 3 vorlegt, wird den Unternehmen zwar eine Auslegungshilfe an die Hand gegeben, die aber grundsätzlich als kritisch einzustufen ist (s.o.). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass in einem neueren EU-Richtlinienentwurf im Finanzsektor eine „Unvoreingenommenheit“ (in der englischen Fassung „independence of mind“) gefordert wird, so dass es künftig vielleicht auf europäischer Ebene einen Trend weg von Interessenskonfliktskatalogen geben wird.¹³

Missverständlich ist zunächst, dass die Definitionen zum **ersten und zum fünften Regelbeispiel** sehr ähnliche Sachverhalte zu regeln scheinen. Im ersten Regelbeispiel geht es um eine wesentliche zusätzliche Vergütung für den Aufsichtsrat; im fünften Regelbeispiel um wesentliche Geschäftsbeziehung in bedeutendem Umfang. Bei diesen Formulierungen könnte man zu der Auffassung gelangen, dass beide Regelungen Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne von § 114 AktG erfassen können. Hier wäre eine eindeutiger Formulierung wünschenswert, um die verschiedenen Sachverhaltsmerkmale nachvollziehen zu können. Dem Regelungsvorschlag liegen offensichtlich Anhang II 1 lit. c) und e) der EU-Kommissions-Empfehlungen zu den Aufga-

¹³ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. c des MiFID II-Entwurfs (Fn. 1). Allerdings wird der europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde ESMA in Absatz 4 dann die Aufgabe erteilt, Entwürfe für Regulierungsstandards zu entwerfen, die das Kriterium präzisieren sollen.

ben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften von 2005 zugrunde. Hier wird aber deutlich, dass es bei 1 lit. e) um ein Geschäftsverhältnis bedeutenden Umfangs geht, bei dem das Aufsichtsratsmitglied entweder selbst Geschäftspartner ist oder eine führende Rolle bei einem entsprechenden Unternehmen inne hat/gehabt hat, zu dem das Geschäftsverhältnis bestand. Bei 1 lit. c) wird auf die zusätzlichen Vergütungsoptionen verwiesen, so dass nach dem Wortlaut der Empfehlungen wohl nur das Regelbeispiel 1 lit. e), im Kodex das fünfte Regelbeispiel, ein Vertrag im Sinne von § 114 AktG darstellen soll. Sollte die Regierungskommission derartige Verträge aber tatsächlich bereits vom ersten Regelbeispiel erfasst sehen, sollte klargestellt werden, dass sich die Frage der „wesentlichen“ Vergütung nicht an der Höhe der Aufsichtsratsvergütung orientieren kann, weil sonst derartige Verträge in vielen Fällen schlicht nicht mehr abgeschlossen werden könnten. Im Übrigen käme es auch zu einem Wertungswiderspruch mit dem fünften Regelbeispiel, da für dieses offenkundig hohe Schwellen gelten.

Der Wortlaut des **ersten Regelbeispiels** könnte zudem die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat womöglich allein schon wegen des regulären Bezugs von Arbeitsentgelt erfassen. Da die Regelbeispiele mit einem Verweis auf die gesetzlichen Regelungen zur Mitbestimmung enden, ist davon auszugehen, dass dies nicht gewollt ist. Dies bedarf aber der Klarstellung, zumal diese Formulierung hier nicht geglückt ist (s.u.). Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte deshalb in jedem Fall verdeutlicht werden, was hier als wesentlich gelten soll und welche Bemessungsgrundlage für diese Wesentlichkeitsprüfung heranzuziehen ist.

Nach dem **dritten Regelbeispiel** wird zudem grundsätzlich ein Anteilseigner bei einem Aktien- oder Gesellschaftsanteilsbesitz von mehr als 10% als nicht unabhängig eingestuft. Dies ist entschieden abzulehnen. Eine solche Einschätzung von Großaktionären, die an der Kontrolle ihres Anteilsbesitzes mitwirken wollen, kann grundsätzlich nicht nachvollzogen werden. Vielmehr könnte man ebenso gut die Auffassung vertreten, dass Großaktionäre gerade ein immenses Interesse an effektiver Unternehmenskontrolle haben dürften und ein Befolgen der Empfehlung dann einer „kalte Enteignung“ nahekäme. Ihre Interessen laufen regelmäßig parallel zu dem Interesse der anderen Aktionäre; sie sind gerichtet auf den Erhalt und die Wertsteigerung des Investments. Potentielle Interessenskonflikte mit Minderheitsaktionären werden in Deutschland durch Instrumente des Konzernrechts umfangreich geschützt. Sollten gerade Großaktionäre oder deren Vertreter nicht in einem Aufsichtsrat aufgenommen werden können, da ansonsten vermeintlich zu viele abhängige Mitglieder im Aufsichtsrat vertreten seien, kann dies nicht Ausdruck guter Unternehmensverfassung sein, insbesondere wenn der Aufsichtsrat noch zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzt ist. Auch sollten die (berechtigten) Mandate von Großaktionären nicht dazu führen, dass daneben nur noch unabhängige Aufsichtsräte, die in keinerlei Beziehung zum Unternehmen stehen und nie standen, aufgenommen werden können, etwa um die wegen der Neufassung der Ziffer 5.4.1 Abs. 2 selbst gesetzte Zielvorgabe bezüglich der unabhängigen Mitglieder überhaupt erfüllen zu können.

Sollte die Regierungskommission mit dem Begriff „einer anderen Gesellschaft“ auch Stiftungen erfassen wollen, würde zudem das in Deutschland

bewährte Modell der Repräsentanz von Stiftungsvertretern in den Aufsichtsorganen ihrer Beteiligungsgesellschaften deutlich erschwert werden. Auch die juristische Fachliteratur hat die Einordnung des Großaktionärs als abhängig beim deutschen dualistischen System ganz überwiegend abgelehnt.¹⁴

Sollte es trotz dieser Bedenken bei dieser Regelung bleiben, ist die vorgesehene Schwelle von 10% deutlich zu niedrig. Die EU-Kommission sieht in ihren Empfehlungen von 2005 in Anhang II Nr. 1d) von einer „Kontrollbeteiligung“ im Sinne von Art.1 Abs. 1 der Siebenten Richtlinie 83/349/EWG vor. In Art. 1 Abs. 1 der genannten Richtlinie findet sich aber ein vielschichtigeres Modell der Kontrollbeteiligung, das jeweils eine erhebliche Möglichkeit der Einflussnahme beinhaltet. Diese wird bei 10%igen Anteilsbesitz im Regelfall noch nicht gegeben sein. Im Übernahmerecht geht man darüber hinaus von einem Kontrollerwerb bei 30% aus. Die Schwelle zum Interessenskonflikt sollte dann auf 30% oder zumindest in die Nähe von 30% angehoben werden.

Unklar ist, warum es im **vierten Regelbeispiel** lediglich heißt „im Sinne der anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften als naher Familienangehöriger eines Vorstandsmitglieds der Gesellschaft zu qualifizieren ist;“ und nicht etwa „abgesehen von seiner Mitgliedschaft im Aufsichtsrat als nahestehende Personen der Gesellschaft im Sinne der anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften zu qualifizieren ist“. Nur so würden auch Fälle des maßgeblichen Einflusses berücksichtigt, die sich nicht aus den Spiegelstrichen ergeben.

Der Verweis auf die „anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften“ im **vierten Regelbeispiel** ist unklar. Hier wird nicht klargestellt, ob es um die im Jahresabschluss oder die im Konzernabschluss angewandten Rechnungslegungsvorschriften handelt. Zwar wird hinsichtlich der Auslegung des § 285 Nr. 21 HGB derzeit im Regelfall auf IAS 24 verwiesen. Dies kann sich jedoch auch ändern und dann wüsste ein Unternehmen mit HGB-Jahresabschluss und IFRS-Konzernabschluss nicht, wonach es sich zu richten hat.

Im **fünften Regelbeispiel** sollten die Begriffe „wesentliche Geschäftsbeziehungen (...) in bedeutendem Umfang“ im Einzelnen und in ihrem Zusammenspiel näher präzisiert werden, um besser zu verdeutlichen, dass die Regierungskommission hier begrüßenswerter Weise wirklich nur außergewöhnlich umfangreiche Geschäfte als für die Unabhängigkeit schädlich erachtet.

Die Formulierung im **sechsten Regelbeispiel** „Partner des Abschlussprüfers der Gesellschaft oder für die Prüfung bei der Gesellschaft verantwortlicher Prüfer ist oder vor weniger als drei Jahren war“ ist zu weitgehend, weil es bei einer großen Prüfungsgesellschaft bedeutet, dass auch Partner im Beratungszweig ausgeschlossen sind. Daher schlagen wir die folgende Formulierung vor: „Partner im Abschlussprüfungsbereich der als Abschlussprüfer fungierenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder für die Prüfung bei der Gesellschaft verantwortlicher Prüfer ist (...)“. Auch die Dauer von drei Jahren könnte dem-

¹⁴ U.a. Kremer, in Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 4. Aufl. 2010, Rn. 1038, Lutter, EuZW 2009, 799, 804; ders., EuZW 2010, 87; Lieder, NZG 2005, 569, 571.

nächst von der Abschlussprüferverordnung¹⁵ unterboten werden, die im Entwurf in Artikel 8 Abs. 1 eine Karenzzeit von zwei Jahren vorsieht.

Die **Arbeitnehmervertreter** scheinen weiterhin für die Beurteilung, ob ein Aufsichtsratsmitglied unabhängig ist, ausgeklammert zu sein. Dies soll sich vermutlich aus der Formulierung ergeben: „Die durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat oder das Drittelbeteiligungsgesetz bedingten Besonderheiten bleiben unberührt.“ Zunächst ist uns kein Grund ersichtlich, warum neben dem MitbestG und dem DrittelbG nicht auch das Montan-Mitbestimmungsgesetz erwähnt wird. Insgesamt lässt sich daraus aber keine eindeutige Ausklammerung der Arbeitnehmervertreter bei der Beurteilung der Unabhängigkeit entnehmen; hier besteht Klarstellungsbedarf. Die EU-Kommission formuliert dies in ihrer Empfehlung aus 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften Rückausnahmen für Arbeitnehmervertreter deutlicher. In Anhang II 1 lit. a), der mit „Profil der unabhängigen nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder“ überschrieben ist, heißt es: „Der nicht geschäftsführende Direktor bzw. das Aufsichtsratsmitglied darf in der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft nicht als Arbeitnehmer beschäftigt sein und auch in den vergangenen drei Jahren nicht als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sein, es sei denn, er gehört nicht zu den Führungskräften der Gesellschaft und ist im Rahmen eines gesetzlich anerkannten Systems der Arbeitnehmervertretung, das einen angemessenen Schutz vor missbräuchlicher Entlassung und sonstiger ungerechter Behandlung bietet, in den Verwaltungs-/Aufsichtsrat gewählt worden.“

Zur besseren Verständlichkeit insgesamt wäre folgender Wortlaut vorzugsweise: „Wird ein Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der gesetzlichen Arbeitnehmermitbestimmung von den Arbeitnehmern gewählt, begründet seine Stellung als Arbeitnehmer des Unternehmens allein keine Bedenken gegen seine Unabhängigkeit.“

Alternativ findet sich im US-amerikanischen Recht ein interessanter Ansatz, der als Grundlage herangezogen werden könnte: Danach gelten zwar Arbeitnehmervertreter nicht als unabhängig; die fehlende Unabhängigkeit wird jedoch nicht als schädlich bewertet. Dies könnte umgesetzt werden, in dem die Empfehlungen zur Unabhängigkeit und zur Zahl der unabhängigen Mitglieder im Deutschen Kodex nur für die Anteilseignervertreter gelten könnten.

Anmerkung zu Ziffer 5.4.6 Abs. 2 (Vergütung)

Die Anpassungen zur Aufsichtsratsvergütung sind grundsätzlich zu begrüßen. Zwar bringt die Formulierung, dass Mitglieder des Aufsichtsrats ihren Aufgaben und ihrer Verantwortung entsprechend zu vergütet sind, richtigerweise zum Ausdruck, dass die Anforderungen an Aufsichtsräte in den letzten Jahren immer weiter gestiegen sind und für diese immer höhere Haftungsrisiken erwachsen. Dies ist durch eine angemessene Vergütung zu entlohnen. Allerdings ist angesichts des Wortlauts von § 113 Abs. 1 Satz 1 AktG zweifelhaft, ob die Regelung das Gesetz richtig wieder gibt, denn dort heißt es nur „kann“.

¹⁵ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities, COM(2011) 779/3.

Die Formulierung sollte daher an die gesetzliche Bestimmung angepasst werden.

Während einige Unternehmen die **erfolgsorientierte Vergütung** für Aufsichtsräte abschaffen und vollständig auf eine Fixvergütung umstellen, gibt es durchaus Unternehmen, die diese gerade einführen. Dennoch ist zu begrüßen, dass diese Empfehlung aufgehoben und der „Vergütungsmix“ in die Einschätzung der Unternehmen gestellt wurde, ohne dies ausführlich in der Entsprechenderklärung erläutern zu müssen. Dann aber bei einer entsprechenden erfolgsorientierten Vergütung darauf hinzuwirken, dass diese auf den langfristigen Unternehmenserfolg bezogen sein soll, setzt mit Sicherheit den richtigen Anreiz. Allerdings sollte dies nur als Anregung ausgestaltet werden.

Für den Fall, dass die Regierungskommission insoweit dennoch eine Empfehlung aussprechen möchte, sollte angesichts der Justiziabilität der Entsprechenderklärung aber wenigstens auch hier eine weitere Konkretisierung erfolgen, wann eine „vorwiegend auf den langfristigen Unternehmenserfolg“ bezogene erfolgsorientierte Vergütung vorliegt. Der Wortlaut scheint zunächst auszuschließen, dass neben der festen auch eine rein langfristig ausgerichtete Vergütung möglich ist. Möglicherweise ist es von der Regierungskommission aber gar nicht gewollt, diesen Weg auszuschließen.

Daneben sollte konkretisiert werden, ab welchem Verhältnis von „vorwiegend“ langfristiger Orientierung auszugehen ist. Wir gehen mit der Literatur davon aus, dass es sich um ein einfaches Überwiegen handeln muss. Auch für die „Langfristigkeit“ wäre eine Erläuterung wünschenswert, insbesondere da hier ein anderer Begriff als die „Mehrjährigkeit“ der Bemessungsgrundlage der Vorstandsvergütung in § 87 Abs. 1 S. 3 AktG verwendet wird. U.E. wäre das Kriterium ab einem dreijährigen Bezug erfüllt.

Schließlich sollte klargestellt werden, dass stets die ex ante Perspektive für die Beurteilung der Vergütungskomponenten ausschlaggebend ist.

Im Übrigen wird als **inhaltliche Ergänzung** vorgeschlagen, es als langfristige Komponente ausreichen zu lassen, wenn nach der Satzung der Gesellschaft die erfolgsorientierte Vergütung in Form einer Dividende gemäß § 113 Abs. 3 Satz AktG gewährt wird, und dieser variable Anteil in den letzten drei Ausschüttungsfällen jeweils über dem jeweiligen festen Vergütungsteil lag.

Während die Vergütung des Vorstands gemäß Ziffer 4.2.5 alternativ im Anhang oder Lagebericht angegeben werden kann, soll die **Angabe der Vergütung** des Aufsichtsrats gemäß der neu gefassten Ziffer 5.4.6 Abs. 2 Satz 3 ausschließlich im Vergütungsbericht erfolgen, der nach Ziffer 4.2.5 Teil des Lageberichts ist. Das sollte dringend vereinheitlicht werden, indem die Formulierung in Ziffer 5.4.6 Abs. 2 wie folgt geändert wird:

„Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder soll individualisiert, aufgegliedert nach Bestandteilen offengelegt werden. Auch die vom Unternehmen an die Mitglieder des Aufsichtsrats gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für persönlich erbrachte Leistungen, insbesondere Beratungs- und Vermittlungsleistungen, sollen individualisiert gesondert angegeben werden. Die Offenlegung erfolgt im Anhang bzw. Konzernanhang oder im Lagebericht bzw. Konzernlagebericht.“

Es ist zudem unklar, ob die Pflicht zur individualisierten Offenlegung der „an die Mitglieder des Aufsichtsrats gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für persönlich erbrachte Leistungen“ eine Pflicht zur individualisierten Offenlegung der Gehälter von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat bedeutet. Es sollte klargestellt werden, dass dies natürlich nicht der Fall ist – eine Pflicht zur Angabe ergibt sich zwar auch aus IAS 24.17, dort jedoch nicht individualisiert.

Anmerkung zu Ziffer 6.6 Transparenz

Die in Ziffer 6.6 geforderte Angabe zum Beteiligungsbesitz von Verwaltungsmitgliedern sollte nicht zwingend in der Erklärung zur Unternehmensführung erfolgen, sondern alternativ auch im Anhang/Konzernanhang oder im Vergütungsbericht zulässig sein. Dies würde Redundanzen zu den Angaben vermeiden, die § 160 AktG explizit für den Anhang fordert. Außerdem wäre es dann möglich, die Vergütung inklusive der aktienorientierten Vergütung und den Aktienbesitz der Organe geschlossen darzustellen.

Der letzte Satz in Ziffer 6.6. sollte daher lauten: „Die vorgenannten Angaben sollen im Anhang bzw. Konzernanhang, im Lagebericht bzw. Konzernlagebericht oder in der Erklärung zur Unternehmensführung enthalten sein.“

III. Weitere Anmerkungen:

Zu Ziffer 2.2.1 Satz 1 (Aktionäre und Hauptversammlung)

Nachdem die nun vorgeschlagene Ziffer 4.2.5 den Lagebericht stärker betont, sollte in Ziffer 2.2.1 Satz 1 aufgenommen werden, dass nicht nur der Jahresabschluss, sondern auch der Lagebericht der Hauptversammlung zugänglich zu machen ist. Der Lagebericht ist nämlich nach deutschem Recht nicht Bestandteil des Jahresabschlusses und wird in § 175 AktG deshalb auch gesondert genannt.

Zu Ziffer 7.1.1 Rechnungslegung

Da der Kodex in der neuen Fassung der Ziffer 4.2.5 den Lagebericht stärker betont, sollte es hier heißen „Anteilseigner und Dritte werden vor allem durch den Konzernabschluss und Konzernlagebericht informiert.“

Zu Ziffer 7.1.3 Rechnungslegung

Zu den Angaben im Vergütungsbericht sollten folgende Ergänzung gemacht werden: „Der Vergütungsbericht soll konkrete Angaben über Aktienoptionsprogramme und ähnliche wertpapierorientierte Anreizsysteme der Gesellschaft enthalten, sofern die Angaben nicht bereits im Jahresabschluss oder Konzernabschluss gemacht werden.“

Dies würde Redundanzen vermeiden, da nach IFRS 2 eine Erläuterung im Konzernabschluss erfolgen muss.