



**BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER**

## **Stellungnahme Nr. 2 Januar 2019**

**zum Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 06.11.2018**

### **Mitglieder des Ausschusses Gesellschaftsrecht**

RAin Dr. Christina Chlepas  
RA Dr. Hans-Joachim Fritz  
RA Dr. Jens Eric Gotthardt (Vorsitzender)  
RA Dr. Florian Hartl, LL.M.  
RA Dr. Peer Koch (Berichterstatter)  
RA Rolf Koerfer  
RA Olaf Kranz  
RA Rüdiger Ludwig  
RAin Dr. Barbara Mayer (Berichterstatterin)  
RA Jürgen Wagner, LL.M.  
RA Dr. Stephan Zilles (Berichterstatter)

Ass. jur. Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreis Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Deutsche Rechtspflegervereinigung  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBI, Juristenzeitung, MDR, Legal Tribune ONLINE, JUVE  
Verlag für juristische Information GmbH, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG,  
Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten,  
LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat am 6. November 2018 den Entwurf einer Neufassung des Kodex veröffentlicht. Die interessierte Öffentlichkeit ist bis zum 31. Januar 2019 eingeladen, sich zu den vorgeschlagenen Kodexänderungen schriftlich zu äußern.

Die Zielrichtung einer Verschlinkung des Kodex ist im Wesentlichen zu begrüßen. Die Kommission gibt einige Impulse zur Weiterentwicklung der Corporate Governance – insbesondere zur qualitativen Verbesserung der Aufsichtsratsstätigkeit durch mehr Unabhängigkeit sowie der Ausgestaltung einer angemessenen, aber auch gegenüber Dritten vermittelbaren Vergütung des Vorstands. Die vorangestellte Ergänzung des „comply or explain“-Prinzips durch den Ansatz „apply and explain“ für die neue Kategorie der Grundsätze lässt allerdings zahlreiche Fragen bezüglich der Systematik und den Inhalten der Darstellung offen.

## **1. Grundsätze („apply and explain“)**

Die neu in den Kodex aufgenommenen Grundsätze führen nicht zum erklärten Ziel der Verschlinkung des Kodex. Sofern diese Grundsätze die geltende Rechtslage wiedergeben, sind sie entbehrlich. Es wäre daher sinnvoll gewesen, den Kodex hinsichtlich reiner Wiederholungen bestehender gesetzlicher Regelungen zu entschlacken (beispielweise Streichung von Absatz 6 der Präambel). Legen die Grundsätze über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Inhalte fest, stellt sich die Frage, wie dies prinzipiell mit dem Auftrag der Kodex-Kommission im Sinne des § 161 AktG zu vereinbaren ist.

Der „apply and explain“-Ansatz, d. h. neben den bereits regulierten Empfehlungen Aussagen zu den Grundsätzen zu machen, verschafft keinen inhaltlichen Mehrwert, der in angemessenem Verhältnis zu dem damit verbundenen Aufwand stünde. Vielmehr steht zu befürchten, dass es durch die neue Kategorie zu einer Aufblähung der Erklärungen zur Unternehmensführung kommen wird. Die Streichung des eigenständigen Corporate Governance Berichtes und seine Integration in die gemäß § 289f HGB zu erstellende Erklärung zur Unternehmensführung ist in diesem Kontext zwar grundsätzlich zu begrüßen. Die wesentlichen in den Grundsätzen enthaltenen Themen werden jedoch bereits jetzt von den Unternehmen im Rahmen der Berichterstattung zur Corporate Governance erläutert. Nicht eindeutig ist, über welche Inhalte im Rahmen des „apply and explain“-Ansatzes nun konkret zu berichten ist. Insofern ist auch der alleinige Hinweis der Kommission wenig hilfreich, dass die Verwendung von Standardtexten dem Informationsbedürfnis von Aktionären und anderen Stakeholdern nicht gerecht würde.

Betrachtet man den Wortlaut der Empfehlung A.19, ist über die Anwendung der neu eingefügten Kategorie der Grundsätze des Kodex zu berichten. In der begrüßenswerter Weise zur Verfügung gestellten ausführlichen Begründung wird jedoch ausgeführt, dass sich die empfohlene Erläuterung insbesondere darauf beziehen soll, „wie den die jeweiligen Grundsätze betreffenden Empfehlungen und Anregungen gefolgt“ wird. Aus Sicht der BRAK ist das bisherige „comply or explain“-Prinzip vollkommen ausreichend. Es genügt im Sinne von Verschlinkung sogar besser der notwendigen Transparenz, weil Konformität mit den Kodex-Empfehlungen besteht, sofern eben keine Abweichung erklärt ist.

## 2. Vorstandsvergütung

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass die Regierungskommission Impulse für die Weiterentwicklung der in der Öffentlichkeit stark in der Kritik stehenden Thematik der Vorstandsvergütung gibt. Doch stehen die Vorschläge an einigen Stellen überhaupt nicht im Einklang mit dem Marktstandard und den Unternehmensrealitäten.

### a) Ermessenstantiemen

Nach Empfehlung D.5 sollen die Gewährungsbeträge aller variablen Vergütungsteile „allein von der Erreichung der ... jeweils vorher festgelegten Ziele abhängen“. Es könnte der Eindruck entstehen, dass Ermessenssondertiemen dadurch ausgeschlossen sein sollten. Dies widerspräche dem in D.12 enthaltenen Grundsatz, wonach der Aufsichtsrat die Möglichkeit haben soll, „außergewöhnlichen Entwicklungen in angemessenem Rahmen Rechnung zu tragen“. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine ergänzende Klarstellung, wonach dienstvertraglich vereinbarte Ermessenstantiemen unberührt bleiben.

### b) Langfristige variable Vergütung

Bedenklich ist vorab, dass die Konkretisierung der langfristigen Vergütung (LTI) aus der strategischen Planung für das betreffende Geschäftsjahr durch den Kodex erfolgen und nicht weiterhin im Ermessen des Aufsichtsrates liegen soll, der unternehmensspezifische Kriterien weitaus besser berücksichtigen kann. Durch die Ausrichtung der Gewährung des LTI an der strategischen Planung für das betreffende Geschäftsjahr wird dieser letztendlich auch an kurzzeitigen Ergebnissen ausgerichtet und kommt daher einer kurzfristigen variablen Vergütung nahe. Aus heutiger Sicht müssten zumindest alle DAX-Unternehmen hier eine Abweichung erklären. Gegen die Empfehlung, die langfristig variable Vergütung ausschließlich in Aktien der Gesellschaft zu gewähren, sprechen auch rechtliche Grenzen, etwa das Verbot der Unterpari-Emission, das Verbot des Erwerbs eigener Aktien im Hinblick auf § 71 Abs. 2 AktG oder eine fehlende Ermächtigung zur Ausgabe von Aktien aus genehmigtem Kapital. Vorzugswürdig wären stattdessen Share Ownership Guidelines, die den Vorstand verpflichten, variable Vergütungselemente selbst in Aktien der Gesellschaft zu investieren, d. h. Aktien am Markt zu erwerben und für eine zu definierende Dauer zu halten.

Der jetzt vorliegende Vorschlag zum LTI allein in Aktien stößt hingegen auf rechtliche Grenzen und schneidet hingegen die Berücksichtigung von Interessen anderer Stakeholder vollkommen ab; damit steht er im Widerspruch zur immer wichtiger werdenden „Corporate Social Responsibility“ der Unternehmen.

### c) Differenzierung nach Vorstandsmitgliedern

Unter D.4 des Kodex wurde eine neue Empfehlung aufgenommen, nach der das „Verhältnis von Festvergütung und variablen Vergütungselementen die unterschiedlichen Anforderungen an die Aufgaben der jeweiligen Vorstandsmitglieder berücksichtigen soll“. Nach der neuen Empfehlung D.10 heißt es weiter, der Aufsichtsrat solle in Zukunft festlegen, in welchem Umfang individuelle Ziele der einzelnen Vorstandsmitglieder einerseits oder Ziele für den gesamten Vorstand andererseits für die variablen Vergütungselemente maßgebend sind. Die mit der Empfehlung einhergehende Differenzierung ist in der Praxis bisher unüblich. Sie mag im Einzelfall wünschenswert sein, um besonders herausragende oder negative Leistungen in der Vergütung zu reflektieren. Grundsätzlich bleibt es aber bei der Gesamtverantwortung des Vorstands. Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, die Empfehlung entweder zu streichen oder diese allenfalls als Anregung aufzunehmen.

**d) Clawback-Klauseln**

Die neu in den Kodex aufgenommene Empfehlung zur Vereinbarung eines Clawbacks (D.12) ist unklar. Neben der grundsätzlichen Frage der rechtlichen Durchsetzbarkeit entsprechender Regelungen (insbesondere AGB-Recht) stellt sich insbesondere die Frage, was unter sog. „außergewöhnlichen Entwicklungen“ und „begründeten Fällen“, die einen Clawback rechtfertigen sollen, zu verstehen ist. Die pauschale Empfehlung zu Clawback-Klauseln hilft insofern nicht weiter. Es sollte klargestellt werden, ob es sich um sog. „Compliance-Clawbacks“ handeln soll. Dann wäre eine saubere Abgrenzung vom Schadensersatzanspruch der Gesellschaft nach § 93 AktG vorzunehmen. Allenfalls wäre an sog. „Performance-Clawbacks“ zu denken, die greifen, wenn sich herausstellt, dass die der Vergütung zugrunde liegenden Kennzahlen unzutreffend waren, so zum Beispiel dann, wenn Jahresabschlüsse der Gesellschaft aus vergangenen Geschäftsjahren zu korrigieren sind. Die Eingriffsschwelle sollte in jedem Fall hoch und sehr klar definiert sein, um den Vorstand nicht willkürlichen Rückforderungen auszusetzen.

**e) Verrechnung von Abfindungen**

Nach D.14, Satz 3 empfiehlt der Kodex nun, Zahlungen für ein etwaiges Wettbewerbsverbot mit der Abfindung, die bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit gezahlt wird, zu verrechnen. Hiergegen ist vorzubringen, dass die Verrechnung zweier systematisch verschiedener Ansprüche jedenfalls dann nicht sinnvoll ist, wenn die Zahlungen – wie wohl im Regelfall – zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig werden. Die Empfehlung sollte daher entweder gestrichen oder allenfalls wieder als Anregung ausgestaltet werden. Eine Anregung wäre jedenfalls ausreichend dafür, dass sich der Aufsichtsrat mit dieser Thematik befasst.

**f) Keine Abfindung bei Change of Control**

Die in D.15 neu vorgesehene Anregung, keine Change of Control-Abfindungen zu vereinbaren, ist ebenfalls kritisch zu sehen. Denn diese Anregung ist nicht in jedem Fall sinnvoll: So gibt es durchaus Situationen, in denen eine Change of Control - Klausel mit Abfindung im Unternehmensinteresse ist. Anderenfalls könnte zumindest das Risiko bestehen, dass der Vorstand eine für das Unternehmen sinnvolle Übernahme aus persönlichen Motiven vereitelt. Insofern war die bisherige Empfehlung einer Obergrenze die flexiblere, bessere Lösung. Derzeit ist das Thema lediglich als Anregung in den Kodex aufgenommen worden. Da in der Vergangenheit wiederholt Anregungen zu späteren Empfehlungen heraufgestuft wurden, ist zu diesem Punkt bereits jetzt Kritik anzumelden. Der vorgesehene Regelungsbedarf im Kodex besteht nicht.

**g) Verrechnung von Vergütungen für konzerninterne Mandate**

In der Empfehlung D.16 sieht der Kodex nun vor, dass die Vergütung für die Wahrnehmung konzerninterner Mandate auf die Festvergütung angerechnet werden soll. Grundsätzlich ist der Hintergedanke dieser Regelung verständlich und zu begrüßen. Dennoch wäre eine gewisse Flexibilität zugunsten der Unternehmen aus unserer Sicht wünschenswert. Dasselbe Ergebnis wie die Anrechnung kann z. B. auch über Verzichtserklärungen der Vorstandsmitglieder erreicht werden; der administrative Aufwand ist in dieser Alternative aber deutlich reduziert. Dies wird in der Praxis häufig so vorgesehen und sollte weiter möglich sein. Sinnvoll wäre daher der Zusatz in D.16 „sofern die Vorstandsmitglieder nicht auf diese Vergütung verzichten“. Anderenfalls müsste allein deshalb eine Abweichung vom Kodex erklärt werden, die nicht sachgerecht ist, weil faktisch eine Anrechnung der konzerninternen Vergütung erfolgt. Auf diese Weise würde allein Formalismus kreiert.

### 3. Aufsichtsrat

Nach wie vor fehlt im Kodex eine konkrete Hilfestellung für die empfohlenen Gespräche des Aufsichtsratsvorsitzenden mit den Investoren. Insbesondere spart der Kodex weiterhin die Frage aus, wie bei solchen Gesprächen dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre Rechnung getragen werden kann. Bereits in seiner Stellungnahme von 2016 hatte der Ausschuss Gesellschaftsrecht der BRAK zudem auf die Problematik hingewiesen, dass die empfohlenen Gespräche mit der unbedingten Verschwiegenheitsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder in Widerspruch stehen können. Damit wird das Ziel der Kodexänderung, Rechtsunsicherheit zu beseitigen, für diese Frage leider nicht erreicht. Es wäre wünschenswert, wenn der Kodex an dieser Stelle weitere praxisgerechte Hinweise enthalten würde.

#### a) Effizienzprüfung

Der Kodex benennt in Empfehlung A.15 die bisherige Effizienzprüfung des Aufsichtsrates in „Selbstbeurteilung“ um. Er empfiehlt, diese mindestens alle drei Jahre „extern zu unterstützen“. Es handelt sich bei dem Vorschlag um einen Eingriff in das Organisationsrecht des Aufsichtsrates. Es sollte dem Aufsichtsrat obliegen, Art und Umfang der Effizienzprüfung selbst festzulegen. Zielsetzung und Hintergründe des Vorschlags bleiben unklar. Es wird außerdem nicht spezifiziert, wer als externe Unterstützung hinzuzuziehen ist und welcher Mehrwert hieraus erwartet wird. Die begriffliche Begrenzung auf „Selbstbeurteilung“ geht zudem an der betrieblichen Praxis vorbei, in der z. B. auch 360°-Feedbacks des Vorstands zur Arbeit des Aufsichtsrats in die Effizienzbeurteilung des Aufsichtsrats einfließen können. Die Verpflichtung zur Einbeziehung externer Unterstützer dient primär den dafür in Betracht kommenden Beratungsunternehmen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass der Kodex hier Marktpotenzial für eine Gruppe von Beratern eröffnen möchte, ohne dass dies wirklich sachgerecht ist.

#### b) Bestelldauer

Die Dauer der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder von drei Jahren gemäß Empfehlung B.1 entspricht nicht der gesetzlichen Dauer der Bestellung hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter. Diese Bestelldauer erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Arbeitnehmervertreter über einen längeren Zeitraum in den Aufsichtsrat gewählt werden und in Deutschland die Existenz eines „*staggered boards*“ – eine entsprechende Anregung im Kodex war 2008 gestrichen worden – bisher nicht der gängigen Praxis entspricht, unglücklich. Fraglich ist zudem, ob mit einer relativ kurzen Bestelldauer von drei Jahren die gewünschte Nachhaltigkeit und Kontinuität in der Amtsausübung der Aufsichtsratsmitglieder sichergestellt wird.

Eine kürzere Amtsdauer kann mitunter durchaus auch sachgerecht sein. Diese sollte aber nicht isoliert vorgenommen werden. Insbesondere das Aktienrecht erscheint im Hinblick auf die Regelungen zum Aufsichtsrat sehr veraltet und äußerst reformbedürftig (z. B. gesetzliches Grundmodell Ehrenamt, Rolle des Aufsichtsrats bei der Festlegung der Strategie für das Unternehmen, im internationalen Vergleich sehr bzw. zu viele Aufsichtsratsmitglieder, in der Praxis kein wirksamer Strafrechtsschutz bei Vertraulichkeitsverletzungen im Aufsichtsrat). An dieser Stelle ist eher zunächst der Gesetzgeber gefordert, sich einmal grundlegend und kritisch mit der heute professionellen Rolle des Aufsichtsrats zu befassen und tiefgreifende Reformen vorzunehmen. Erst im Anschluss daran sollte sich der Kodex mit der praktischen Anwendung eines neuen gesetzgeberischen Rahmens befassen.

Empfehlung B.4, wonach die Dauer der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat offengelegt werden soll, ist logische Folge von Empfehlung B.8, wonach eine Bestelldauer von mehr als 12 Jahren bei der Beurteilung der Unabhängigkeit zu berücksichtigen ist. Die Offenlegung sollte in der Einladung zur

Hauptversammlung erfolgen, in der das betreffende Aufsichtsratsmitglied zur Wiederwahl vorgeschlagen wird.

### **c) Unabhängigkeit**

Hinsichtlich der Regelungen zur Unabhängigkeit ist zunächst zu begrüßen, dass die Regierungskommission sich in Empfehlung B.8 für die Nennung von Indikatoren für die fehlende Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern – und damit gegen die Festlegung eines Katalogs konkreter Tatbestände fehlender Unabhängigkeit – entschieden hat. Die Aufsichtsräte verfügen damit weiterhin über einen weitreichenden Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Unabhängigkeit der Mitglieder. Sie unterliegen nach den Vorschlägen diesbezüglich jedoch gleichzeitig weitreichenderen Offenlegungspflichten. Während die bisher lediglich im Rahmen der Transparenzanforderung zu Interessenkonflikten explizit genannten Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Beratern in den Indizienkatalog einbezogen wurden, stehen Beziehungen zu wesentlichen Wettbewerbern – nun erweitert um persönliche Beziehungen – nunmehr jedoch separat. Grundsätzlich besteht weiterhin die Problematik, dass zahlreiche auslegungsbedürftige Begriffe verwendet werden (z. B. nahe familiäre Beziehung, kontrollierender Aktionär). Dabei wird in Bezug auf Beziehungen zu Mitgliedern des Vorstands auf „nahe familiäre“ Beziehungen, hinsichtlich Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär jedoch auf „persönliche“ Beziehungen abgestellt. Inwiefern hier tatsächlich unterschiedliche Maßstäbe angesetzt werden sollen, erscheint fraglich. Eine Konkretisierung, z. B. durch Verweis auf bestehende gesetzliche Regelungen, ist in jedem Fall zu begrüßen.

## **4. Fazit**

Die vorgesehenen Kodexänderungen sind an vielen Stellen kritikwürdig und oft unklar. Sie treffen teilweise nicht den Marktstandard und die Praxis und sind nicht durchgehend vom Mandat der Kommission gedeckt. Diese wird gebeten, die folgenden Regelungen nicht wie im Entwurf vorgesehen zu verabschieden:

- „apply and explain“ (Alternative: „comply or explain“ fortführen);
- Gewährung des LTI in Aktien (Alternative: Empfehlung zu Share Ownership Guidelines);
- Empfehlung zur Differenzierung bei der Vergütung von Vorstandsmitgliedern (Alternative: bloße Anregung ist ausreichend und praxisgerecht);
- Keine Empfehlung zu Clawback-Klauseln ohne klare inhaltliche Ausgestaltung und nur bei klarer Abgrenzung vom Schadensersatzanspruch;
- Keine Empfehlung zur Anrechnung der Karenzentschädigungen auf Abfindungen und keine Anregung zur Abfindung bei Change of Control;
- Keine Empfehlung zur externen Beratung bei der Effizienzprüfung bzw. Selbstbeurteilung (Streichung);
- Keine Empfehlung zur dreijährigen Amtsdauer von Aufsichtsräten.

Sofern in dieser Stellungnahme nicht auf vorgesehene Kodexänderungen eingegangen wird, so werden diese grundsätzlich als sachgerecht und zielführend angesehen. Besonders gilt dies für die Charakterisierung der Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat als (qualitativ) vertrauensvoll statt (eher quantitativ) eng, die strengere Limitierung von Aufsichtsratsstätigkeiten außerhalb des Unternehmens, die Offenlegung der individuellen Sitzungsteilnahmen an Aufsichtsratssitzungen, die Erstbestellung von Vorstandsmitgliedern für nur drei Jahre sowie für alle

ausgewählten Kürzungen des Kodex, die vollumfänglich mitgetragen und befürwortet werden. Insbesondere ist die Wahl des oder der Aufsichtsratsvorsitzenden in der Tat eine Angelegenheit des neu zusammengesetzten Aufsichtsrats und sollte nicht vom alten Aufsichtsrat präjudiziert werden.

- - -