

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zur Konsultation der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex zu den vorgeschlagenen Kodexanpassungen 2013

– Plädoyer für den Aufsichtsrat

20. März 2013

Übersicht zur Stellungnahme:

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Maßnahmen zur Verschlankung des Kodex.

Zu den Änderungen zur Vergütung und angesichts der aktuellen politischen Diskussion will das Deutsche Aktieninstitut - befürwortet man eine rechtliche Bindungswirkung eines Hauptversammlungsvotums zur Vergütung – ein Bewusstsein für folgende Konsequenzen schaffen:

- Zum ersten entziehen die vorgeschlagenen Änderungen dem Organ Aufsichtsrat, einem Organ, auf das die Aktionäre zu ihrem Schutz angewiesen sind, das benötigte Druckmittel zur Durchsetzung seiner Überwachungsaufgabe.
- Zum zweiten fürchten wir eine Erosion der Kompetenzen des Aufsichtsrates, denn das Argument „Zurückverweisung an die Eigentümer“ ist ein Einfallstor für weitere Hauptversammlungskompetenzen: Letztlich steht damit die Personalkompetenz des Aufsichtsrats in Frage.
- Zum dritten ist das vorgenannte Argument ein Einfallstor, das eine Überprüfung des gesamten Systems der „Checks and Balances“ der Aktiengesellschaft notwendig machen würde, denn die Aktionäre müssten konsequenterweise Verantwortung auch für die Strategie übernehmen. Unseres Erachtens wäre die Aufteilung – Weisungsrecht der Aktionäre und Haftung beim Aufsichtsrat – nicht hinnehmbar. Der Gesetzgeber müsste sich also neben der Revision des Machtgefüges zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auch über die Hauptversammlung weitere Gedanken machen.

Bezüglich der erforderlichen „Darstellung“ entsprechend des Entwurfs der Ziff. 4.2.5 Abs. 3 n.F haben wir Bedenken:

- Die Empfehlung könnte ein Maß an Transparenz bezüglich der Leistungsbewertung der Vorstände erfordern, die die Interessen der Beteiligten – Vorstände, Aufsichtsrats und Aktionäre (Öffentlichkeit) – nicht ausreichend auch im Verhältnis zueinander abwägt.
- Wir fragen uns, ob Informationen berührt werden, die (besser) der Geheimhaltung unterliegen.

- Außerdem scheint es, dass die „Darstellung“ der Zuwendungen und Zuflüsse einer Erklärung bedarf, warum Spektren wie gesetzt bzw. ausgeschöpft wurden. Beinhaltet die Darstellung auch Erklärungen zu Vergütungsbestandteilen, die individuelle Ziele und ein gewisses Ermessen des Aufsichtsrats vorsehen?
- Wir schlagen vor, Ziff. 4.2.5 Abs. 3 zu streichen oder zumindest nur als Anregung vorzusehen.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt grundsätzlich die Empfehlung in Ziff. 4.2.3 Absatz 2 Satz 6 n.F. zur Festlegung von Caps, schlägt aber lediglich eine betragsmäßige Höchstgrenze bezüglich der Gesamtvergütung vor.

I. Vorbemerkungen

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt sehr, dass die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) nach den ersten Erfahrungen in 2012 in diesem Jahr erneut eine Konsultation über ihre aktuellen Änderungsvorschläge durchführt. Wir erkennen hier die Bereitschaft der Kommission an, sich auch in diesem Jahr mit einer sicherlich wieder hohen Zahl von Stellungnahmen und Anmerkungen auseinanderzusetzen.

Die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme soll zunächst genutzt werden, der Regierungskommission und deren Mitgliedern einmal Dank auszusprechen für ihren langjährigen Einsatz. Das Deutsche Aktieninstitut sieht in der bisherigen Arbeit der Regierungskommission einen wertvollen Verdienst für die Corporate-Governance-Entwicklung in Deutschland. Wir glauben auch weiterhin an den mit dem Kodex eingeführten Gedanken der Selbstverpflichtung der Unternehmen. Seit seiner Einführung in 2002 hat der Kodex eine hohe Akzeptanz bei den Unternehmen sowie Anerkennung bei den Aktionären erfahren. Unternehmen haben sich intensiv, aber durchaus auch kritisch, mit den Vorgaben auseinandergesetzt. Die Frage guter Unternehmensführung hat seitdem einen deutlich höheren Stellenwert in der öffentlichen Wahrnehmung erlangt. An Bedeutung gewonnen haben dabei insbesondere die Arbeit und Rolle des Aufsichtsrats. Konsequenterweise sind deshalb auch die Anforderungen an seine Qualifikation gestiegen und steigen weiter.

Begrüßenswert in den aktuellen Änderungsvorschlägen ist insbesondere das Anliegen, den **Kodex zu verschlanken**. Allerdings darf hierbei die stets postulierte Funktion des Kodex nicht aus den Augen verloren werden, internationalen Investoren die Deutsche Corporate Governance in verständlicher Form näher zu bringen und zu erläutern. Zugleich dürfen auch die im deutschen Recht bestehenden „Checks and Balances“, nicht ausgehebelt werden. Wie schon in unserer Stellungnahme vom 2. März 2012 aufgeführt, erhöht sich der Druck auf das dualistische System gerade auch durch die aktuellen Regulierungsbestrebungen auf EU-Ebene.

II. Plädoyer für den Aufsichtsrat

In diese Richtung geht auch unser aus der Überschrift ersichtliches Plädoyer für den Aufsichtsrat, ein einzigartiges Institut unseres Gesellschaftsrechts, eingebettet in das Gefüge der vom Gesetzgeber entwickelten „Checks and Ba-

lances“ der Aktiengesellschaft. Das von der Geschäftsführung unabhängige Organ ist für die Corporate Governance der deutschen Aktiengesellschaft in seinem Ansehen und seiner Funktionsfähigkeit von elementarer Bedeutung. Aktionäre sollten sich einen starken und durchsetzungsfähigen Aufsichtsrat wünschen. Einige Überlegungen gerade zum Thema Vergütung haben unseres Erachtens den negativen Effekt, dass das Organ in seiner Bedeutung unterminiert, die Autorität und Position des Aufsichtsrats geschwächt wird.

Angesichts der nach Veröffentlichung der Änderungsvorschläge aufgelebten aktuellen politischen Vergütungsdebatte, der sich auch die Regierungskommission stellen muss, erlauben wir uns, ein wenig auszuholen.

Mit dem Argument „Die Eigentümer müssen entscheiden“, kann jede Aufgabe, die dem Aufsichtsrat aus guten Gründen zugewiesen wurde, wieder entzogen werden. Dabei wird leider nicht beachtet, dass sich an eben jenen guten Gründen für die Zuweisung an den Aufsichtsrat nichts geändert hat. Dies ist derzeit bei der Diskussion über ein bindendes „Say on Pay“, also einem bindenden Beschluss der Hauptversammlung über die Vergütung des Vorstands zu beobachten. Aber auch die Idee, „Die Eigentümer müssen jedes Detail über die Vergütung wissen“, die in völlige Transparenz der Vergütung mündet, wird einer wesentlichen Funktion des Aufsichtsrats nicht ausreichend gerecht: seiner Mittler- und Filterfunktion. Transparenz ist kein Wert an sich, sie bedeutet nicht automatisch gute Corporate Governance, sondern kann diese im Gegenteil auch schwächen.

1. Say on Pay: Warum sind dem Aufsichtsrat bestimmte Aufgaben vom Gesetzgeber zugewiesen worden?

Nun zunächst zu den guten Gründen der Zuweisung von Aufgaben an den Aufsichtsrat. Dieses Organ dient dazu, die Probleme zu überwinden, die sich daraus ergeben, dass in der Publikumsgesellschaft die Überwachung der Geschäftsführung nicht direkt und ausschließlich durch die Aktionäre ausgeübt werden kann und es ein Informationsgefälle zwischen Geschäftsführung und Eigentümern gibt (Prinzipal-Agent-Konflikt, rationale Apathie der Aktionäre). Der Aufsichtsrat übernimmt die Überwachung des Vorstands und wird wiederum von den Aktionären überwacht. Das deutsche Recht hat sich dafür entschieden, die Aufsichtsräte nicht allein auf das Aktionärsinteresse zu verpflichten, sondern im Organ in Unternehmen ab einer bestimmten Größe neben den Aktionärsvertretern auch die Arbeitnehmer bzw. Gewerkschaften zu beteiligen und alle auf das Unternehmensinteresse zu verpflichten. Das Unternehmensinteresse ist dabei nicht (immer) deckungsgleich mit den Aktionärsinteressen, man mag nur an Dividendenausschüttung versus Thesaurierung denken, zudem sind auch die Aktionärsinteressen pluralistischer Natur (nur im Konzern gibt es „durchregulierte“ Ausnahmen).

Manche Rechte sind jedoch bei der Hauptversammlung direkt verblieben, die Vergütung des Vorstands gehört nicht dazu – und das aus gutem Grund: Voraussetzung für die wirksame Überwachung des Vorstands sind nicht etwa ein Pflichtenkatalog mit Haftungs- und Strafdrohungen für die Aufsichtsratsmitglieder – sondern Autorität. Dies ist im Gefüge des Aktiengesetzes deshalb von so großer Bedeutung, da auch bezüglich Vorstand und Aufsichtsrat ein strukturell bedingtes Informationsgefälle herrscht. Das Gesetz weist dem Vorstand zur Lösung ein Informationsmonopol zu. Der Aufsichtsrat überwacht

die Geschäftsführung und wird zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Vorstand informiert. Er greift in normalen Unternehmenssituationen ohne Anhaltspunkte nicht an der Geschäftsführung vorbei in die unteren Ebenen der Gesellschaft durch. Zur Disziplinierung und Durchsetzung seiner Informationsrechte hat der Aufsichtsrat quasi nur zwei (miteinander verzahnte) effektive Instrumente: das Recht den Vorstand (quasi jederzeit) abberufen und die u.U. Teile der variablen Vergütung bzw. den Bonus anpassen zu können.

Zuletzt würde sich der Gesetzgeber in Widerspruch zu einer jüngst getroffenen Regelung setzen, wonach zwingend das Aufsichtsratsplenum den Vergütungsbeschluss fassen muss. Hier manifestiert sich sein Wille, dass in mitbestimmten Gesellschaften auch die Arbeitnehmervertreter mitentscheiden sollen. Dies würde mit einem bindenden Say on Pay wieder zurückgenommen, obwohl erst kürzlich hinzugezogen.

Das vordergründig einleuchtende Argument für eine Zuweisung der Vergütungskompetenz an die Hauptversammlung, dass der Eigentümer schließlich über das Gehalt seiner Geschäftsführer entscheiden müsse, ist deshalb aus drei Gründen gefährlich.

Zum ersten entzieht es einem Organ, auf das die Aktionäre zu ihrem Schutz angewiesen sind, das benötigte Druckmittel zur Durchsetzung seiner Überwachungsaufgabe.

Zum zweiten gibt es – schließt man sich dem an – kein Halten mehr, denn das Argument ist ein Einfallstor für weitere Hauptversammlungskompetenzen:

Die vornehmste Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Auswahl des Personals, das letztlich die Strategie des Unternehmens bestimmt. Trotz des von ihm aufzustellenden Katalogs von Geschäften, die ihm der Vorstand zur Genehmigung vorlegen muss, hat der Aufsichtsrat letztlich nur ein Vetorecht gegenüber wesentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen der Gesellschaft („präventive Kontrolle“)¹. Die Unternehmensstrategie der Zukunft bestimmt der Aufsichtsrat aber entscheidend durch die Auswahl des Personals mit. Die Gesicke der Gesellschaft stehen und fallen mit den richtigen Personen an der Spitze des Unternehmens. Die Bedeutung der Vorstandsauswahl ist für die Aktionäre daher möglicherweise viel wichtiger und nachhaltiger als es die Vorstandsvergütung jemals sein wird. Öffnet man sich also dem Argument, dass über die Vergütung des Vorstands von der Hauptversammlung entschieden werden muss, weil doch die Eigentümer das entscheiden müssen, so kann man sich auch der dann im Raum stehenden Forderung, dass auch die Personalkompetenz für den Vorstand der Hauptversammlung zustehen muss, nicht mehr verschließen. Verbleibt dagegen die Personalkompetenz beim Aufsichtsrat, nicht aber die Vergütungskompetenz, fehlt ein entscheidendes Element bei der Aushandlung der Dienstverträge einschließlich der Zielvereinbarungen, die wiederum Einfluss auf die Unternehmensstrategie haben. Personalkompetenz ohne Vergütungskompetenz erscheint auch dahingehend nicht sinnvoll zu sein.

Zum dritten ist das Argument ein Einfallstor, das zum Überdenken des gesamten Systems der „Checks and Balances“ der Aktiengesellschaft führen

¹ Übrigens zeigt sich hieran die Filterfunktion des Aufsichtsrats, denn verweigert er die Zustimmung, entscheidet die Hauptversammlung.

würde, denn auch die Aktionäre wären betroffen, würden Verantwortung übernehmen, die so bislang nicht vorgesehen ist.

Zunächst würde der Gesetzgeber mit einem bindenden Say on Pay mit dem Grundsatz brechen, dass die Hauptversammlung dem Aufsichtsrat keine Weisungen erteilen kann. Dies ist aber eigentlich zwingend mit der Einfügung des losgelösten „Zwischenorgans“ Aufsichtsrat, in der Art, wie es das Aktiengesetz vorgenommen hat, verbunden, denn der Aufsichtsrat ist auf das Unternehmensinteresse verpflichtet, die Hauptversammlung dagegen nicht. Ein Aktionär, der die Mehrheit der Stimmen der Hauptversammlung auf sich vereinigt, kann ganz frei seine Interessen in den Beschlüssen durchsetzen. Handelt es sich beim Aktionär um ein kontrollierendes Unternehmen, kommen die Schutzmechanismen des Konzernrechts zur Anwendung, aber diese sind nicht vollkommen kongruent mit dem Schutz, der durch die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse entsteht. Die Vergütungsfrage hat jedoch auch mit der Unternehmensstrategie zu tun: **Die Hauptversammlung müsste sich über Zielvereinbarungen Gedanken machen, nach denen dem Vorstand variable Vergütungsbestandteile bzw. ein Jahresbonus gewährt werden, in die auch Strategiefragen des Unternehmens eingehen.** Die Hauptversammlung setzt dann letztlich über die Anreizwirkung der Bonuszusagen entscheidende Akzente bezüglich der Strategie des Unternehmens. Schutzmechanismen wie Interessenkonflikte spielen hier nur dann eine Rolle, wenn ein kontrollierender Aktionär die Gesellschaft dazu bringt, ein nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen. Dies dürfte für allgemeine Strategiefragen in einer Zielvereinbarung schwerlich nachzuweisen sein. Dessen muss man sich bewusst sein.

Sollten nun deshalb auch die Aktionäre dem Unternehmensinteresse verpflichtet werden, indem sie zumindest der Vorschrift unterworfen werden, eine „angemessene“ Vergütung festzulegen und – dies darf nicht vergessen werden – bei eigener Haftung dazu verpflichtet werden, diese in schlechten Zeiten herabzusetzen? Erst neulich wurde das durch den Gesetzgeber für den Aufsichtsrat so präzisiert. Oder verbleibt letztere haftungsträchtige Aufgabe beim Aufsichtsrat, obwohl er durch das Votum zum Vergütungssystem eine anderslautende Weisung erhalten hat? Unseres Erachtens wäre die Aufteilung – Weisungsrecht der Aktionäre und Haftung beim Aufsichtsrat – nicht hinnehmbar. Der Gesetzgeber müsste sich also neben dem Machtgefüge zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auch über die Hauptversammlung weitere Gedanken machen.

Schließlich müssen rechtliche Erwägungen der Umsetzung eines Say on Pay berücksichtigt werden, die den Aktionärsschutz einschränken würden. Die Hauptversammlung kann kein neues Vergütungssystem ausarbeiten, wenn sie das vom Aufsichtsrat vorgeschlagene ablehnt. Das scheitert zum einen bereits rechtlich daran, dass aus Gründen des Schutzes der nicht erschienenen Aktionäre nur über den bei der Einberufung bekannten Beschlussgegenstand auf der Hauptversammlung entschieden werden kann, nicht über einen neuen – oder sollte mit dem Grundsatz gebrochen, und der Hauptversammlung die freie Beschlussfassung ermöglicht werden? Letzteres wäre sicherlich nicht im Sinne des Aktionärsschutzes. Beschlussgrundlage ist daher zwingend das vom Aufsichtsrat erarbeitete und angekündigte Vergütungssystem. Die Grenzen mögen hier fließend sein. Denkbar sind leichte Veränderungen dieses Sys-

tems. Jedoch sind die Systeme komplex und wahrscheinlich müsste von vornherein jedes Vergütungselement als eigenständiger Beschlussgegenstand in der Einberufung der Hauptversammlung erscheinen. Ob sich jeder Aktionär auf der Hauptversammlung in der Diskussion ein Bild darüber machen kann, an welchen Drehschrauben am besten zu drehen ist, ist fraglich. Schwer vorstellbar sind Diskussionen auf der Hauptversammlung über die Zielvereinbarungen. Man könnte hierfür natürlich auf die Idee kommen, dies einem Aktionärsausschuss zu übertragen – aber das Aktiengesetz kennt ein solches Organ ja bereits, das zudem kein reiner Aktionärsausschuss ist, weil es auf das Unternehmensinteresse, nicht nur auf das Aktionärsinteresse verpflichtet ist – das ist der Aufsichtsrat.

Zusammenfassung zum Say on Pay:

Die derzeitige Regelung, dass der Aufsichtsrat (rechtlich) allein über die Vergütung des Vorstands entscheidet, liegt im Interesse der Aktionäre. Die Signalwirkung über ein unverbindliches Votum an den Aufsichtsrat, das weitere rechtliche Probleme vermeidet, hat das Gesetz bereits ermöglicht.

Die Politik dagegen, hat mit ihrem eigentlichen Anliegen, gegen ausufernde Vergütungen vorzugehen, schon ein gesetzliches Instrument geschaffen, das sich systematisch richtigerweise an den Aufsichtsrat wendet: **Der Aufsichtsrat hat für eine angemessene Vergütung zu sorgen.** Sie hat die Vergütungsentcheidung zudem in das Aufsichtsratsplenum geholt, so dass sie nicht allein in Ausschüssen fällt, sondern von allen Mitgliedern. Dies schließt in mitbestimmten Gesellschaften auch die Arbeitnehmervertreter mit ein, die damit die Verantwortung für die Vergütung mittragen. **Es wäre ein Widerspruch zu dieser neuen Regelung, wenn die Vergütung nun von der Hauptversammlung beschlossen wird, wobei die Arbeitnehmervertreter ausgeschlossen werden.**

Maßnahmen und Überlegungen dahingehend, wie der Aufsichtsrat noch stärker in die Verantwortung für das Unternehmenswohl genommen werden kann, gibt es zahlreiche (Diversität, Durchbrechung des Gruppendenkens, persönliche Haftung bei Festsetzung unangemessener Vergütung). Nicht alle sind zielführend, muss man doch letztlich eingestehen, dass gute Aufsichtsratsarbeit letztlich mit der Standhaftigkeit der Persönlichkeiten steht und fällt.

Die Regierungskommission befindet sich nun angesichts der aktuellen Diskussionen in der Politik betreffend das Vergütungsthema in einer schwierigen Situation. Ihr Ansatz ist die Einführung von Caps, die der Aufsichtsrat festlegen soll, was wir grundsätzlich begrüßen, aber auch weitere umfangreiche Transparenz der Vergütungssysteme. Hier haben wir an einzelnen Stellen Bedenken. Diese könnten sich vertiefen, wenn der Gesetzgeber (zusätzlich) ein rechtlich verbindliches Say on Pay vorsehen würde.

2. Ausführungen anlässlich Ziffer 4.2.5 Abs. 3 n.F.: Ist völlige Transparenz wirklich gute Corporate Governance?

Die Regierungskommission schlägt nun eine Empfehlung vor, die in ihrem Detaillierungsgrad weit über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht und deren Folgen schwer abzusehen sind. Die Unternehmen, die sich dieser Empfehlung unterwerfen, müssen möglicherweise weitreichende Ausführungen zur Leistungsbewertung der einzelnen Vorstandsmitglieder machen. Diese Einschätzung ergibt sich daraus, dass Gewährung und Zufluss der Vergü-

tungsbestandteile im Vergütungsbericht „darzustellen“ sind. Selbst wenn die Unternehmen entsprechend der Anregung die Mustertabellen verwenden – der Vergütungsbericht besteht nicht nur aus Zahlen. Die „allgemein verständliche Form“, die die Empfehlung in Ziff. 4.2.5 Abs. 1 Satz 2 verlangt, dürfte auch Erläuterungen erfordern. Manche Unternehmen scheinen die von der Regierungskommission neu empfohlene Transparenz in ihren Vergütungsberichten derzeit schon zu erfüllen. Möglicherweise würden aber jene Darstellungen der Empfehlung nicht genügen – wie erwähnt ist der erforderliche Detaillierungsgrad, der sich aus der Kombination von Gewährung und Zufluss ergibt, schwer abzuschätzen.

Die Empfehlung könnte ein Maß an Transparenz bezüglich der Leistungsbeurteilung der Vorstände erfordern, die die Interessen der Beteiligten – Vorstände, Aufsichtsrat und Aktionäre – nicht ausreichend gegeneinander abwägt. Zudem ist angesichts des oben beschriebenen Informationsmonopols des Vorstands jede Maßnahme des Gesetzgebers bzw. jede Empfehlung des Kodexgebers daraufhin zu überprüfen, ob sie negativen Einfluss auf die „Checks and Balances“ hat, indem sie z.B. die Autorität des Aufsichtsrats schwächt.

Zunächst möchten wir darauf hinweisen, dass alle Informationen in der Publikumsgesellschaft, die den Aktionären zur Verfügung gestellt werden, unvermeidbar immer zugleich öffentliche Informationen sind. Öffentlichkeit herzustellen, erfordert daher immer eine Abwägung der u.U. widersprüchlichen Interessen an der Geheimhaltung gegenüber dem Informationsinteresse der Aktionäre. Über Strategie und geschäftliche Entscheidungen, beispielsweise, holt sich der Vorstand in der Publikumsgesellschaft nicht offen von der Hauptversammlung Rat, sondern vom Aufsichtsrat, der zur Geheimhaltung verpflichtet ist. Die Abwägung bzw. die Anleitung dazu, was wann und wie zu veröffentlichen ist, nimmt teilweise das Recht vor (wie z.B. bei Ad hoc-Mitteilungen), teilweise steht den Organen hierfür nur der allgemeine gesellschaftsrechtliche Rahmen zur Verfügung. Beim Thema Vergütung tritt zu Überlegungen bezüglich des Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft das Datenschutzrecht, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Persönlichkeitsrecht der Vorstände. Die beiden letzten Erwägungen scheinen in der Transparenzdiskussion überhaupt keine Rolle zu spielen.

Der neue Absatz lautet:

„Ferner sollen im Vergütungsbericht für die Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2013 beginnen, für jedes Vorstandsmitglied dargestellt werden:

- die für das Berichtsjahr gewährten Zuwendungen einschließlich der Nebenleistungen, bei variablen Vergütungsteilen ergänzt um die erreichbare Maximal- und Minimalvergütung
- der Zufluss im bzw. für das Berichtsjahr aus Fixvergütung, kurzfristiger variabler Vergütung und langfristiger variabler Vergütung mit Differenzierung nach den jeweiligen Bezugsjahren,
- bei mehrjährigen variablen Vergütungen und bei der Altersversorgung der Aufwand für das Berichtsjahr.“

Indem die neue Empfehlung die an die Vorstände gewährten und zugeflossenen Zuwendungen detailliert und einschließlich der jeweils erreichbaren Minimal- und Maximalvergütung sehen möchte, werden die vom Aufsichtsrat erarbeitete Zielvereinbarung und das Bewertungsspektrum sichtbar, so scheint

es. Das setzt voraus, dass man hierunter nicht lediglich den Ansatz eines allgemeinen pauschalen Zielwerts mit der Angabe versteht, dass die variable Vergütung zwischen 0 EUR und XX EUR (= dem maximal erreichbaren Betrag „Cap“) liegen kann. Nicht zu vergessen ist, dass sich in der Regel der variable Vergütungsteil „Jahresbonus“ selbst aus unterschiedlichen Elementen zusammensetzt. **Veröffentlichungen, die Rückschlüsse auf Zielvereinbarungen zulassen, geben aber wiederum auch die Unternehmensstrategie preis, und zwar über die Vorstände hinweg u.U. bezogen auf jeden Sektor.** Dies ist schon nicht unproblematisch, wenn es sich um den Aktienkurs als Bezugsgröße handelt, wenn damit die Darstellung der Erwartungen des Unternehmens an die künftige Aktienkursentwicklung verbunden ist. Wenn es sich um interne Bezugsgrößen handelt, kann es sich um Informationen handeln, die der Geheimhaltungspflicht unterliegen, und vom Aufsichtsrat gar nicht veröffentlicht werden dürfen. Die Offenlegung der jeweilig erreichbaren Minimal- und Maximalvergütung zeigt auch die jährlich möglicherweise unterschiedliche Gewichtung, die der Aufsichtsrat den einzelnen Zielen zuweist. Mal mögen nichtfinanzielle Indikatoren ein starkes Gewicht bekommen, mal mag dies für die Anlehnung an den Aktienkurs gelten.

Durch die detaillierte Veröffentlichung des Zuflusses wird in Kombination mit der Veröffentlichung der Minimal- und Maximalvergütung aber auch die detaillierte Leistungsbeurteilung des einzelnen Vorstands durch den Aufsichtsrat sichtbar. Zur Entsprechung der Empfehlung bedarf es einer „Darstellung“ der Zuwendungen und Zuflüsse. Dies würde möglicherweise erfordern, dass der Aufsichtsrat erklärt, warum er die Spektren so gesetzt bzw. ausgenutzt hat, wie es sich aus dem Blick auf den Zufluss ergibt. Dies ist problematisch bei Vergütungsbestandteilen, die individuelle Ziele und ein gewisses Ermessen des Aufsichtsrats vorsehen. Die Veröffentlichung wird nicht nur einen Rechtfertigungsdruck auf die Aufsichtsräte gegenüber den Aktionären, sondern auch gegenüber den jeweils anderen Vorstandmitgliedern, die möglicherweise anders bewertet wurden, ausüben. Das Ermessen müsste der Aufsichtsrat immer mit Blick auf die Bewertung durch die Öffentlichkeit ausüben, was zwangsläufig neben den von vornherein an harte Zahlen geknüpften Vergütungsbestandteilen Freiraum und damit ein wichtiges Instrument zur „Disziplinierung“ des Vorstands nimmt. Es mag aber gute Gründe für die Ausübung des Ermessens geben, die sich nicht sofort vordergründig allein aus der Lage der Gesellschaft erschließen, sondern in die unter Beachtung des § 87 AktG eine ganze Reihe von Gründen eingehen. Müssen diese dann, im Namen guter Corporate Governance, offengelegt werden, mit der Folge, dass diese in der Öffentlichkeit diskutiert werden können? **Bedarf es hierfür nicht einer Sphäre der Leistungsbeurteilung der Vorstände, die außerhalb der Öffentlichkeit liegt? Dies ist u.E. gerade im Hinblick auf den „starken Aufsichtsrat“ auf jeden Fall zu gewährleisten.** Brauchen also die Aktionäre und/oder die Öffentlichkeit wirklich diese revolvierenden Informationen, um sich jährlich ein detailliertes Bild und damit ein eigenes Urteil über die Leistungen des Vorstands bzw. die Bewertung des Aufsichtsrats in den einzelnen Bereichen zu machen? Den Aktionären und ihrem Kontrollinteresse ist mit der Information über die Vergütungssysteme und der Veröffentlichung der individuellen Gesamtvergütung aufgeteilt auf die einzelnen Komponenten (z.B. Festvergütung, jährliche

variable Vergütung und mehrjährige variable Vergütung) u.E. gedient². Weder braucht also eine gute Corporate Governance Diskussionen über jeden Vergütungsbestandteil, noch braucht sie Streit unter den Vorständen über die Leistungsbewertungen. Zudem ist zu bedenken, dass die Maßnahmen zu mehr Transparenz in der Vergangenheit zumindest nicht dem Trend zu höheren Vorstandsvergütungen entgegengewirkt haben. Seit dem Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütung (VorstOG) in 2005, das die individuelle Offenlegung eingeführt hat, hat sich die Gesamtentwicklung der Vorstandsgehälter eher nach oben orientiert.

Wenn aber hier ein hoch stehendes Informationsbedürfnis angenommen wird – wie es die Regierungskommission offensichtlich tut –, bedarf es immer noch der Abwägung weiterer, eventuell entgegenstehender Interessen. Die Veröffentlichung von „Ausschöpfungsgraden“ von Vergütungsbestandteilen scheint die Veröffentlichung von „Leistungsnoten“ zu sein. Wo sind also die rechtlichen Grenzen der Transparenz zu ziehen? Wir sind der Auffassung, dass selbst der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen keine Vorschrift erlassen könnte, die das oben beschriebene Szenario erfasst.

Gerade die Kombination eines möglicherweise vom Gesetzgeber demnächst einzuführenden bindenden Say on Pay mit der hier befürchteten weiteren Konsequenz der Ermessenseinschränkung für den Aufsichtsrat durch mehr Öffentlichkeit, würde die Position des Aufsichtsrats nachhaltig schwächen.

Ergebnis zu den Ausführungen zu Ziff. 4.2.5 Abs. 3 n.F.

Wir schlagen vor, Ziff. 4.2.5 Abs. 3 zu streichen oder zumindest nur als Anregung vorzusehen.

II. Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:

Präambel

Grundsätzlich sind die Änderungen in der Präambel zu begrüßen. Kritisch sehen wir jedoch zwei der Neuformulierungen:

Präambel Abs. 1:

„Der Kodex ~~soH~~ **hat zum Ziel**, das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar zu machen.“

² Anders als mit noch mehr Informationen über die Vergütung ist den Aktionären mit weniger komplexen Vergütungssystemen gedient. Die Komplexität ist aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass Aktionäre, Politik und Wissenschaft mehr als eine reine Festvergütung fordern. Aktionäre wollen einen Anreiz sehen, dass der Erfolg des Unternehmens auch den Vorständen zugute kommt, also einen Gleichklang der Interessen (jährliche Dividenden und Aktienkurs) hergestellt wird. Gesetzgeber, Politik und langfristig orientierte Aktionäre wollen zudem die Berücksichtigung des nachhaltigen Unternehmenserfolgs bei den Anreizsystemen. Schließlich fordern nicht zuletzt Wissenschaft und Politik auch die Berücksichtigung nicht finanzieller Leistungsindikatoren, die man heutzutage unter dem Begriff „Corporate Social Responsibility“ zusammenfassen kann. Vergütungssysteme müssen also durchaus gegenläufige Anreizvorstellungen miteinander kombinieren und in Einklang bringen – und zwar auf jedes Unternehmen individuell zugeschnitten. Dies führt zu Komplexität. Die Individualität begrenzt auch zwangsläufig die Vergleichbarkeit der Vorstandsvergütungen.

Die 2. Änderung im ersten Absatz („hat zum Ziel“) sollte nicht übernommen werden, da es sich um eine sprachliche Rückentwicklung handelt („subjektivierte Sprache“). Der Satzschluss ist zudem durch die Änderung nicht mehr korrekt (es fehlt ein „zu“ vor „machen“).

Präambel Abs. 10 Satz 6 neu (Abs. 11 a.F.):

„Die übrigen sprachlich nicht so gekennzeichneten Teile des Kodex betreffen ~~Bestimmungen, die als geltendes Gesetzesrecht von den Unternehmen zu beachten sind~~ *Beschreibungen gesetzlicher Vorschriften und Erläuterungen.*“

Die Änderung ist grundsätzlich zu begrüßen, denn es besteht Klarstellungsbedarf, dass nicht alle Sätze, die weder ein „soll“ noch ein „sollte“ enthalten, Bestimmungen betreffen, die als geltendes Gesetzesrecht zu beachten sind (so der alte Text). Die Änderung des Textes in „Beschreibungen gesetzlicher Vorschriften und Erläuterungen“ erscheint aber nicht geglückt, die Wortwahl ist zumindest zweideutig: das Adjektiv „gesetzlicher“ könnte sich auch auf „Erläuterungen“ beziehen, was die Frage aufwirft, was „gesetzliche Erläuterungen“ sind. **Es sollte besser „Beschreibungen und Erläuterungen gesetzlicher Vorschriften“ heißen.**

Allerdings besteht teilweise Uneinigkeit darüber, ob der Kodex gesetzliche Vorschriften immer richtig wiedergibt. Teilweise nimmt er auch eigenständige Interpretationen, z.B. des Pflichtenkanons des Vorstands wahr. Vielleicht sollte dies auch hier im Wortlaut zum Ausdruck kommen, da im Zuge der jetzigen Kodexänderungen nicht alle Interpretationen gestrichen werden. In Betracht kommt dann: **„Beschreibungen, Interpretationen und Erläuterungen gesetzlicher Vorschriften“.**

Kapitel 2 Aktionäre und Hauptversammlung:

Ziffer 2.3.2:

~~„2.3.2 Die Gesellschaft soll allen in- und ausländischen Finanzdienstleistern, Aktionären und Aktionärsvereinigungen die Einberufung der Hauptversammlung mitsamt den Einberufungsunterlagen auf elektronischem Wege übermitteln, wenn die Zustimmungserfordernisse erfüllt sind.“~~

Die Streichung von Ziffer 2.3.2 ist zu begrüßen, da dies in der Tat dem inzwischen langjährigen Standard der Unternehmen entspricht. Die Ziffer 2.3.4 würde dadurch übrigens zu Ziffer 2.3.3.

Kapitel 3: Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat

Ziffer 3.5 (Abs. 2):

„Alle Organmitglieder stellen sicher, dass die von ihnen ~~eingeschalteten zur Unterstützung einbezogenen~~ Mitarbeiter die Verschwiegenheitspflicht in gleicher Weise einhalten.“

Wir möchten von dieser Umformulierung abraten. Die in Ziffer 3.5 mit der Wortlautänderung beabsichtigte Klarstellung, dass sich die Verantwortung von Aufsichtsratsmitgliedern nicht delegieren lässt und die Vor- und Aufbereitung von Unterlagen nicht gänzlich Mitarbeitern überlassen werden darf, wird nicht erreicht. Nach unserer Auffassung ist diese Klarstellung aber auch nicht unbedingt erforderlich, zumindest ist ein Hinweis auf die Höchstpersönlich-

keit der Pflichten an dieser Stelle im Kodex nicht sachlich zwingend. Dass die Verantwortung eines Organs nicht delegiert werden kann und dies auch nicht intendiert ist, ergibt sich bereits aus dem Wort „Mitarbeiter“ anstelle etwa von „Vertreter“. Ob diese aber „eingeschaltet“ oder „zur Unterstützung einbezogen“ werden, macht den beabsichtigten Unterschied nicht deutlich. Die Neufassung engt übrigens den Anwendungsbereich des Satzes zu weit ein: Auch nicht „zur Unterstützung“ sondern aus anderen Gründen einbezogene Mitarbeiter müssen selbstverständlich die Vertraulichkeit wahren. **Da aber auch „eingeschaltet“ bisher eine nicht ganz geglückte Wortwahl ist, schlagen wir vor, lediglich eingeschaltete durch „einbezogene“ zu ersetzen.**

Ziffer 3.7 Absatz 3 – Außerordentliche Hauptversammlung im Falle eines Übernahmeangebots

~~„In angezeigten Fällen sollte der~~Der Vorstand sollte im Falle eines Übernahmeangebots eine außerordentliche Hauptversammlung einberufen, in der die Aktionäre über das Übernahmeangebot beraten und gegebenenfalls über gesellschaftsrechtliche Maßnahmen beschließen.“

Laut den Erläuterungen der Regierungskommission soll durch diese Änderung erreicht werden, dass die Anregung sich auf alle Fälle eines Übernahmeangebots bezieht. Dies kann nur bedeuten, dass die Hauptversammlung immer mit dem Übernahmeangebot befasst werden sollte.

Diese Neufassung ist aus unserer Sicht fraglich. Die Einberufung einer Hauptversammlung ist für ein Unternehmen teuer und bedeutet erheblichen Organisationsaufwand. Ein dagegen stehender Mehrwert für die Gesellschaften und ihre Aktionäre ist dagegen nicht ersichtlich, wenn sie nur „standardmäßig“ einberufen wird, um über das Übernahmeangebot zu reden, ohne dass Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen oder ähnliches anstehen. Eine Hauptversammlung allein dafür einzuberufen, um ein Diskussionsforum über das Angebot zu schaffen, ohne dass Abwehrmaßnahmen im Raum stehen, scheint uns mit Blick auf den organisatorischen und finanziellen Aufwand übertrieben. Sinn einer solchen Hauptversammlung kann dann eigentlich nur sein, dass die Aktionäre der Zielgesellschaft über mögliche Abwehrmaßnahmen beraten, da sie das Übernahmeangebot als solches nicht mit einem Hauptversammlungsbeschluss annehmen können. In den Fällen, in denen Abwehrmaßnahmen wie Kapitalerhöhungen in die Kompetenz der Hauptversammlung fallen, wäre die Einberufung ohnehin gesetzlich zwingend. **Wir regen daher dringend an, es bei der bisherigen Fassung zu belassen.**

Kapitel 4: Regelungen zur Vorstandsvergütung

Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 3 (neu):

„Die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder wird vom Aufsichtsratsplenum unter Einbeziehung von etwaigen Konzernbezügen auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung festgelegt. Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden sowohl die Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds, seine persönliche Leistung, die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens als auch die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung des Vergleichsumfelds und der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt. *Hierbei soll der Aufsichtsrat das Verhältnis der Vor-*

standsvergütung zur Vergütung des oberen Führungskreises und der relevanten Gesamtbelegschaft insbesondere in der zeitlichen Entwicklung berücksichtigen, wobei der Aufsichtsrat festlegt, wie der obere Führungskreis und die relevante Gesamtbelegschaft abzugrenzen sind.“

Die Regierungskommission führt eine Empfehlung zur vertikalen Vergleichbarkeit der Vorstandsvergütung mit dem des oberen Führungskreises und der Gesamtbelegschaft im eigenen Unternehmen, auch in zeitlicher Entwicklung, ein. Mit dieser Regelung sowie der Empfehlung zur Einführung eines Caps für alle Vorstandsvergütungsteile hat sich die Regierungskommission der Diskussion um die Höhe der Vorstandsvergütung gestellt, worauf zum Beispiel der Bezug auf die Gesamtbelegschaft hindeutet. **Dass sich der Aufsichtsrat gerade auch über die Entwicklung der Vergütung der Gesamtbelegschaft im Verhältnis zum Vorstand in zeitlicher Hinsicht Gedanken macht, halten wir für einen guten Ansatz.**

Jedoch sind gerade angesichts dessen, dass die Entsprechenserklärung in Deutschland nicht im rechtsfreien Raum steht, sondern die Einhaltung einer Kodex-Empfehlung einer gerichtlichen Überprüfung Stand halten muss, folgende Anmerkungen zu machen.

Die bisherige Regelung („...Berücksichtigung ... der Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt“) wird durch die Einführung der Mitarbeiterpopulationen „oberer Führungskreis“ und „relevante Gesamtbelegschaft“ nur scheinbar konkretisiert. Für den Vergleich von Vergütungen wurde in der Praxis bisher nur auf die erste und ggf. noch zweite Ebene unterhalb des Vorstands abgehoben. Eine saubere Definition war schon bisher schwierig, weil die Vergütung weit weniger über die hierarchische Zuordnung als über die Funktionswertigkeit determiniert wird. Möglicherweise wird die Einführung der „relevanten Gesamtbelegschaft“, die sicherlich als weiterer Ermessensspielraum für den Aufsichtsrat gedacht ist, die Unsicherheit in den Unternehmen erhöhen. Zwar kann jedes Unternehmen für sich eine solche Definition vornehmen. Für die „Relevanz“ gibt es jedoch keinerlei Anhaltspunkte, da auch eigentlich „Gesamt“belegschaft eben Gesamtbelegschaft heißt. **Besser sollte es dann heißen „relevante Belegschaft.“** Da der Vertikalvergleich zudem ein für die Bewertung relevantes Angemessenheitskriterium ist, wird es wohl in der Praxis aber auch zu einem Vergleich über Unternehmen hinweg kommen. Genau dort liegt das Problem: Die Aussagekraft hinsichtlich einer Vergleichbarkeit ist faktisch nicht gegeben, da die Unternehmen in Abhängigkeit von ihren Geschäftsmodellen und Märkten ganz unterschiedlich vergütete Belegschaften haben, da ganz verschiedene Qualifikationsniveaus gebraucht werden (z.B. Hochtechnologie-Unternehmen vs. Handels-Unternehmen / Entwicklung vs. Produktion) und auch die Standortentscheidungen (lokale (dt.) Belegschaftsanteile vs. globale Anteile) höchst unterschiedlich sind. Werden die Daten erst einmal erhoben, wird sich der Druck erhöhen, dass diese auch veröffentlicht werden. Dann droht ein adverser Effekt: Durch Vergleich mit anderen Unternehmen könnte hier eine erhebliche Vergütungssteigerung in einigen Unternehmen durch die Empfehlung begründet werden, nämlich dann, wenn das betrachtete Unternehmen einen geringen Multiplikator zwischen den genannten Vergleichsgruppen und dem Vorstand aufweist.

Die Einführung der Berücksichtigung der zeitlichen Entwicklung verschärft das Problem. Veränderungen im Geschäftsmodell, im Produktportfolio und / oder der Organisation führen quasi zwangsläufig zu einer signifikanten Veränderung der Vergütungsstruktur und -höhe der Gesamtbelegschaft. Damit ist entweder die Aussagekraft im Zeitablauf nicht gegeben oder man müsste – nach einer strukturellen Veränderung – die neue Struktur für vergangene Jahre simulieren, was mit erheblichem Aufwand verbunden wäre (wenn es datentechnisch überhaupt möglich wäre). Als Konkretisierung hilft die Neuerung dann aber nicht weiter, wird aber einen erheblichen Aufwand an Datenerhebung und damit Kosten nach sich ziehen.

Der Begriff „insbesondere“ wird im juristischen Verständnis üblicherweise zudem für eine nicht abschließende Aufzählung verwandt, d.h. es kann und ggf. muss neben der „zeitlichen Entwicklung“ noch andere Aspekte geben, die Berücksichtigung finden. Vor dem Hintergrund, dass die Einhaltung einer Kodex-Empfehlung einer gerichtlichen Überprüfung Stand halten muss, sind derart offene Formulierungen problematisch.

Es fragt sich zudem, welche Maßnahmen der Aufsichtsrat unternehmen muss, um die Empfehlung zu erfüllen. Ist die Empfehlung bereits umgesetzt, wenn ein Mitglied des Gremiums auch über die genannten Punkte nachgedacht hat? Wie soll die Einhaltung der Empfehlung dokumentiert werden? Hier droht die Gefahr, dass die Empfehlung durch Konkretisierungsversuche einen überschießenden Inhalt bekommt. So könnte z.B. versucht werden, bestimmte Multiplikatoren gewissermaßen als „Obergrenze“ zu definieren.

Wir schlagen vor, aus der vorgeschlagenen Empfehlung eine Anregung zu machen, wobei der zweite Satzteil („[...]“, wobei der Aufsichtsrat festlegt...) aber entfallen sollte.

Ziffer 4.2.3 Absatz 2 Satz 5 und 6:

„Die Vergütung soll insgesamt und hinsichtlich ihrer einzelnen Vergütungsteile betragsmäßige Höchstgrenzen aufweisen. Die variablen Vergütungsteile sollen auf anspruchsvolle, relevante Vergleichsparameter bezogen sein. Eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter soll ausgeschlossen sein.“

Wir gehen davon aus, dass die Empfehlung darauf abzielt, dass es nicht möglich sein soll, mit der Zielerreichung nur eines variablen Bestandteils den Gesamtcap zu erreichen, sondern dass dies immer nur über eine Mischung aus den verschiedenen Vergütungselementen erreichbar sein soll.

Hierfür geben wir Folgendes zu bedenken. Sofern eine Gesamtobergrenze festgelegt ist, ist es eine Frage einer sinnvollen Vergütungsstruktur, ob alle einzelne Bestandteile einer Obergrenze bedürfen oder nicht. Auch eine Obergrenze für die Vergütung insgesamt ist nur dann erforderlich, wenn die Vergütungsstruktur nicht ausreichend auch auf einen besonderen Unternehmenserfolg ausgerichtet ist. Hier könnten z.B. degressive Vergütungsregeln erheblich mehr beitragen.

Die Empfehlung führt insgesamt zu bürokratischem Aufwand, ohne dass gewährleistet ist, dass sie zur guten Unternehmensführung beiträgt.

Altfälle: Die noch geltende Fassung sieht vor, dass es einen Cap (nur) für außerordentliche Entwicklungen gibt – eine Regelung, die bei Umsetzung des neuen Vorschlags gestrichen werden soll. Für Unternehmen, die ihre Vorstandsvergütung an die noch geltende Cap-Vorgabe ausgerichtet haben und bislang keine Höchstgrenze für einzelne Vergütungsbestandteile vorgesehen haben, stellt sich die Frage, wie die neue Empfehlung im Hinblick auf laufende Vorstandsverträge und die hierunter ausgegebenen längerfristigen erfolgsabhängigen Vergütungskomponenten auszulegen ist, die eine solche auf die einzelne Vergütungskomponente bezogene Höchstgrenze noch nicht beinhalten. Um hier eine Vereinbarkeit mit den neuen Vorgaben zu erzielen, müsste in laufende Verträge eingegriffen werden, so dass sich die Frage stellt: Muss insoweit eine Abweichung erklärt werden, als bereits ausgegebene und noch laufende längerfristige erfolgsabhängige Vergütungskomponenten bislang keine Höchstgrenze beinhalten? Hierzu gibt es auch in den Erläuterungen keine Hinweise. Es wird angeregt, dies klarzustellen, sollte der Vorschlag der Regierungskommission umgesetzt werden, um Unsicherheiten im Umgang mit der neuen Empfehlung und mögliche Anfechtungsrisiken für die Unternehmen zu vermeiden.

Die Vergütung soll nach der Neufassung hinsichtlich sämtlicher Vergütungsbestandteile einen Cap aufweisen. U.E. ist dies nur im Hinblick auf die variabel-monetären Bestandteile sinnvoll (also nicht die Nebenleistungen, Sachbezüge, Pensionen etc.). **Dies sollte, wird an der Empfehlung festgehalten, aus dem Wortlaut des Satzes 5 hervorgehen.**

Wir schlagen vor, dass die Empfehlung sich auf eine Höchstgrenze der Vergütung insgesamt bezieht unter Streichung der bisherigen Passage „für außerordentliche Entwicklungen“.

Ziffer 4.2.3 Absatz 3:

„Bei Versorgungszusagen soll der Aufsichtsrat das jeweils angestrebte Versorgungsniveau definieren und den daraus abgeleiteten jährlichen sowie den langfristigen Aufwand für das Unternehmen berücksichtigen“

Wir fragen uns, wie die Empfehlung befolgt werden soll, wenn für die Vorstände beitragsorientierte Pläne vereinbart sind, bei denen das Unternehmen lediglich einen Versorgungsbeitrag zusagt, aber das hieraus resultierende Versorgungsniveau von den Erträgen der Anlage des Versorgungsbeitrags abhängt und nicht zugesagt wird. **Soll hiermit etwa beitragsorientierten Plänen eine Absage erteilt werden?**

Ziff. 4.2.5 (Mustertabellen) – Anregung

Die Verwendung von Mustertabellen begrüßen wir grundsätzlich als sinnvollen Schritt, um die Vergleichbarkeit der Vorstandsvergütung – zumindest im Hinblick auf die Darstellung im Abschluss – zwischen den Unternehmen zu erhöhen.³ Wir geben aber zu bedenken, dass mit DRS 17 ein

³ Zu den Einschränkungen der Vergleichbarkeit siehe bereits Fußnote 2.

Rechnungslegungsstandard existiert, der die Details der Vergütungsberichterstattung regelt. Wenn nun neben DRS 17 eine weitere Verlautbarung eingeführt wird, die detaillierte Vorgaben oder Empfehlungen zur Vergütungsberichterstattung macht, erhöht dies die Komplexität der Regelungen zur externen Berichterstattung. Außerdem besteht das Risiko von Widersprüchen zwischen DRS 17 und den Empfehlungen des DGCK. Solche Widersprüche sind allein schon deshalb kritisch, weil § 342 HGB regelt, dass bei Anwendung der DRS eine Übereinstimmung der Berichterstattung mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung und damit im Fall der Lageberichterstattung mit den gesetzlichen Vorgaben anzunehmen ist. Unsere Bedenken zur dazugehörigen Empfehlung haben wir bereits unter I.2. dargelegt.

Folgende Anmerkungen zu den Mustertabellen ergeben sich:

Insgesamt sollte die Mustertabelle 1 des DCGK dem Gedanken des DRS 17 im Hinblick auf die Auslegung des Begriffs „Gewährung“ entsprechen, um den auch in einem IFRS-Abschluss zu berücksichtigenden gesetzlichen Anforderungen (z.B. § 315a Abs. 1 HGB i.V.m. § 314 Abs. 1 Nr. 6 a) bb) HGB) nicht zuwider zulaufen. Unklar ist, wie in Mustertabelle 1 mit mehrjährigen variablen Komponenten um nicht-aktienbasierte Bezüge umzugehen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, was mit dem Zielwert bzw. einem vergleichbaren Wert eines „mittleren Wahrscheinlichkeitsszenarios“ gemeint ist. Eine Konkretisierung anhand eines Beispiels wäre wünschenswert.

Des Weiteren sollte klar gestellt werden, ob und inwieweit von den vorgegebenen Mustertabellen abgewichen werden kann. Beispielsweise stellt sich die Frage, inwieweit man die nach § 315a Abs. 1 HGB i.V.m. § 314 Abs. 1 Nr. 6 a) bb) HGB erforderliche Angabe des Barwerts der Pensionsrückstellungen in die Mustertabelle 3b mit aufnehmen kann. Einerseits würde durch individuelle Modifizierung der Mustertabelle die angestrebte Vergleichbarkeit zwischen den Unternehmen leiden, andererseits läuft man Gefahr, dass die im Vergütungsbericht enthaltenen Informationen vom Leser als unübersichtlich empfunden werden (beispielsweise wenn Barwert der Pensionsrückstellungen in einer zur Mustertabelle 3b erstellten gesonderten Tabelle gezeigt werden).

Im Einleitungstext zu Mustertabelle 1 wird ausgeführt „ihr beizulegender Zeitwert zum Zeitpunkt der Gewährung wird wie bisher berechnet und berichtet.“ Diese Aussage passt u.E. nicht zu mehrjährigen variablen Vergütungen, die nicht aktienbasiert sind.

Der Verweis auf IAS 19 an verschiedenen Stellen der Mustertabellen stellt u.E. Unternehmen vor Probleme, die zwar börsennotiert sind, aber mangels Pflicht zur Erstellung eines Konzernabschlusses nicht zu einer IFRS-Rechnungslegung verpflichtet sind.

Die mehrmalige Nennung des „Dienstzeitaufwands“ sowohl in Mustertabelle 1, in Mustertabelle 2 und schließlich auch in Mustertabelle 3b halten wir für wenig sinnvoll. Unseres Erachtens würde die Lesefreundlichkeit im Hinblick auf die Übersichtlichkeit erheblich erhöht werden, wenn der Dienstzeitaufwand lediglich in der Tabelle 3b genannt werden würde. Zum einen passt der Dienstzeitaufwand thematisch am Besten in diese Tabelle und zum anderen wird ein „Verwaschen“ der Begrifflichkeiten „Gewährung“ und „Zufluss“

durch die Komponente „Dienstzeitaufwand“ vermieden. Darüber hinaus vermindert eine einmalige Nennung des Dienstzeitaufwands auch das Fehlerpotential bei der Konzernabschlusserstellung. Ein weiteres Argument, das gegen die Aufnahme des „Dienstzeitaufwandes“ in die Mustertabelle 1 spricht, ist die Definition der Bezüge in DRS 17.9. Dort wird ausdrücklich klargestellt, dass die jährlichen Rückstellungszuführungen für Pensionsverpflichtungen nicht zu den Bezügen der Organmitglieder zählen. Ausgangspunkt dieser Definition in FRS 17 ist die gesetzliche Definition von ‚Gesamtbezüge‘ in § 314 Abs. 6 a) HGB, die Pensionsleistungen nicht umfasst. Wir befürworten deshalb die Streichung des Dienstzeitaufwands aus Tabelle 1 und Tabelle 2. Wir geben auch zu bedenken, dass eine Größe „Dienstzeitaufwand“ nach IAS 19 nur bei leistungsorientierten Pensionsplänen vorgesehen ist. Die Ausführungen zu den Mustertabellen scheinen jedoch davon auszugehen, dass ein Dienstzeitaufwand unabhängig davon vorliegt, ob der Pensionsplan leistungs- oder beitragsorientiert ist.

Betreffend Mustertabelle 1 und 2 würden wir eine Definition der Begriffe „Gewährung“ (präferiert durch Verweis auf DRS 17) und „Zufluss“ für erforderlich erachten und die Aufnahme praxisrelevanter Beispiele befürworten.

Dabei sollte auch erläutert werden, warum die Fußnoten 1 und 2 zur Mustertabelle 1 offensichtlich davon ausgeht, dass bei erfolgsunabhängigen Komponenten Gewährung und Zufluss immer in derselben Periode erfolgen.

In Fußnote 5 zur Mustertabelle 1 sollte erklärt werden, was mit „Deferral“ gemeint ist, da dieser Begriff im Bilanzierungsjargon die englische Übersetzung für Rechnungsabgrenzungsposten darstellt und so verstanden hier nicht passt.

Darüber hinaus sollte in Mustertabelle 2 klargestellt werden, was unter „Zufluss im bzw. für das Geschäftsjahr“ zu verstehen ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf variable Vergütungsbestandteile die unter Umständen erst im nachfolgenden Geschäftsjahr zur Auszahlung gelangen und damit dem Vorstand erst im nachfolgenden Geschäftsjahr zufließen.

Wir bezweifeln die Sinnhaftigkeit der Gesamtsumme „Pensionsaufwand“ in Mustertabelle 3, da gemäß IAS 19R.120 nicht alle Komponenten dieser Größe tatsächlich aufwandswirksam zu erfassen sind, sondern teilweise eine Erfassung im other comprehensive income erfolgt. Eine entsprechende Angabe ist auch nach IAS 19R nicht vorgesehen. Wir verstehen auch nicht, warum die Definition von remeasurements in Fußnote 6 zu Mustertabelle 3 mit den versicherungsmathematischen Gewinnen/Verlusten nur eine der Komponenten der remeasurements nach IAS 19R.127ff. umfasst.

Zu den Erläuterungstexten zu Mustertabelle 1 und 3a

Die Verwendung der Mustertabellen ist nach Ziffer 4.2.5 Abs. 3 in der vorgeschlagenen neuen Fassung nur eine Anregung („sollte“). Um Verwirrungen über den Status als Anregung zu vermeiden, erscheint es angebracht, in den Erläuterungstexten zu den Mustertabellen das Wort „soll“, das im Kodextext jeweils Empfehlungen anzeigt, nicht zu verwenden.

Die Tabellen verwenden Fachbegriffe, die nicht erklärt werden, und wie - z. B. „LTI“ - nicht jedem Aktionär verständlich sind.

Wir empfehlen daher, die Mustertabellen nicht in den DCGK aufzunehmen, sondern stattdessen das DRSC zu bitten, die Aufnahme von Mustertabellen in den DRS 17 zu prüfen.

Kapitel 5 Aufsichtsrat und Kapitel 6 Transparenz:

Die Änderungen sind zu begrüßen.

Zu Ziff. 5.3.2. ist ergänzend anzumerken, dass es hinsichtlich des intendierten Gleichlaufs zu § 107 Abs. 3 AktG **Risikomanagementsystem** lauten sollte.

III. Ergänzende Anregung:

Des Weiteren schlagen wir vor, die im Folgenden genannten Kodexregelungen zu streichen oder abzuändern. Weitere Streichungen würde zum einen der weiteren Kodexverschlankeung dienen und es können auch noch Klarstellungen herbeigeführt werden.

Präambel

Der Kodex (z.B. in der Präambel) sollte um einen Hinweis ergänzt werden, dass sich Empfehlungen, insbesondere geänderte Empfehlungen, immer nur auf die Zukunft beziehen. Gerade dort, wo Verträge geändert werden müssen (dass das Unternehmen die Empfehlung ohne Zustimmung Dritter, auf die es keinen Rechtsanspruch hat, also gar nicht umsetzen kann), sollte klar sein, dass Altverträge, die den geänderten Anforderungen nicht entsprechen, keine Abweichung darstellen. Die zurzeit entgegenstehende Praxis bläht die Abweichungsangaben unnötig auf, zumal die Begründung i.d.R. zutreffend nur darauf hinweist, dass es sich eben um Altverträge handelt.

Ziff. 4.1.4:

Ziff. 4.1.4, wonach der Vorstand für ein angemessenes Risikomanagement und -controlling zu sorgen hat, enthält weder Gesetzestext, noch kommt ihr der Charakter einer Empfehlung oder Anregung zu. Wenn die Regierungskommission damit § 91 Abs. 2 AktG konkretisieren will, ist dem nicht zu folgen, denn dieser befasst sich nur mit dem Risikofrüherkennungssystem.⁴ Damit verbleibt nur noch der Charakter einer Anregung oder Empfehlung, was dann auch so kenntlich gemacht werden sollte. Gegen letzteres spricht jedoch die Justiziabilität der Entsprechenserklärung, die zum Streit darüber einlädt, was ein angemessenes Risikomanagement ist. Dies zu klären, sollte den Gerichten nicht im Rahmen der Anfechtung wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung auferlegt werden. Die schwierige Beurteilung wird sich im Rahmen der Prüfung einer Verletzung der Sorgfalt durch den Vorstand in akuten Fällen ohnehin stellen. **Daher empfehlen wir, Ziff. 4.1.4. zu streichen oder den Gesetzestext wiederzugeben.**

⁴ z.B. Kort in Hopt/Wiedemann (Hg.) Großkommentar AktG, § 91 Rn. 51 m.w.N.

Ziff. 5.4.3 Satz 3:

Nach Ziff. 5.4.3 Satz 3 sollen Kandidatenvorschläge für den Aufsichtsratsvorsitz den Aktionären bekannt gegeben werden.

Hier empfehlen wir eine Streichung, zumindest Umformulierung. Den Vorsitzenden wählt der Aufsichtsrat, der sich erst nach der Wahl auf der Hauptversammlung konstituiert, nicht die Hauptversammlung. Sicherlich ist mit der Empfehlung gemeint, dass bei den Kandidatenvorschlägen durch den „alten“ Aufsichtsrat schon Vorstellungen darüber bestehen, wen der spätere Aufsichtsrat als Vorsitzenden wählen könnte. Dies kommt aber in der Empfehlung nicht zum Ausdruck. Eine andere mögliche Auslegung, die sich auf die innere Ordnung des Aufsichtsrats bezieht, wäre nicht umsetzbar oder würde möglicherweise sogar gegen das Beratungsgeheimnis verstoßen: Sobald der neu konstituierte Aufsichtsrat sich anschießt, den Vorsitzenden zu wählen, könnte die Empfehlung beinhalten, dass er sofort den oder die Kandidaten für die Wahl bekannt gibt.

Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

„Kandidaten, die sich bereit erklärt haben, für den Fall ihrer Wahl für den Aufsichtsratsvorsitz zu kandidieren, sollen im Zusammenhang mit den Wahlvorschlägen des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung bekannt gegeben werden.“