

# DCGK

## **Deutscher Corporate Governance Kodex** *Praxiskommentar*

von  
**Dr. Thomas Strieder**

Aktualisierung vom 24. August 2009

1. Änderungen am DCGK in der Fassung vom 18. Juni 2009,  
veröffentlicht am 5. August 2009
2. Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
3. Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie
4. Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung

## **Erläuterungen der Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex des Jahres 2009**

### **I. Einleitung**

Redaktionsschluss der Printfassung des Praxiskommentars zum Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) war im Juli 2005. Bis dahin konnte Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt werden. Somit ist das Printwerk auf dem am 20. Juli 2005 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Stand des DCGK. Als einziges Werk dieser Art wird es online jährlich aktualisiert. Dies ist bisher immer nach der Veröffentlichung durch das Bundesministerium der Justiz erfolgt. Gleichermaßen soll auch in diesem Jahr geschehen. Nach einer kurzen Erläuterung wichtiger die Corporate Governance betreffender neuer Gesetze werden die Anpassungen des DCGK des Jahres 2009 einer ersten Kommentierung unterzogen.

### **II. Änderungen seit der letzten Kodexanpassung**

#### **1. Wesentliche Gesetzesänderungen** **1.1 Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz**

Das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 25. Mai 2009<sup>1</sup> stellt die größte Änderung der Vorschriften zur externen Rechnungslegung von Unternehmen seit dem Bilanzrichtliniengesetz aus dem Jahr 1985 dar. Dabei werden wesentliche Wahlrechte bei der Bilanzierung und Bewertung abgeschafft. Darüber hinaus wurde die so genannte umgekehrte Maßgeblichkeit aufgegeben. Dies bedeutet eine weitere Entkoppelung der Steuerbilanz von der Handelsbilanz. Insgesamt kann festgehalten werden, dass mit diesem Gesetz eine deutliche Annäherung der Rechnungslegung nach deutschem HGB an die IFRS erfolgt<sup>2</sup>.

Doch darüber hinaus wurde für börsennotierte Gesellschaften in diesem Gesetz das AktG dahingehend geändert, dass ein Bilanzexperte dem Aufsichtsrat angehören muss<sup>3</sup>. Hierunter ist nach dem Gesetzeswortlaut jemand zu verstehen, der vertiefte Kenntnisse hinsichtlich Rechnungslegung oder Abschlussprüfung besitzt. Weiter hat diese Person unabhängig vom Unternehmen zu sein. Sofern ein Prüfungsausschuss innerhalb des Aufsichtsrats eingerichtet sein sollte, muss dieser Bilanzexperte auch zwingend diesem Ausschuss angehören. Die Übernahme des Vorsitzes dieses Ausschusses durch den Bilanzexperten ist nach den Bestimmungen des BilMoG – anders als nach dem DCGK – allerdings nicht erforderlich.

1 BGBI I, 2009, S. 1102 ff.

2 Petersen/ Zwirner; BilMoG, 2009, S. 371.

3 Siehe: Strieder, AR 2009, S. 58.

## **1.2 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie**

Das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009<sup>4</sup> versucht in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben insbesondere die Hauptversammlungspräsenz zu erhöhen. Dies soll im Extremfall durch die Möglichkeit einer virtuellen Teilnahme an der Hauptversammlung erreicht werden. Darüber hinaus wurden bestimmte Fristen zur Anmeldung des Aktionärs zur Hauptversammlung klargestellt.

## **1.3 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung**

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009<sup>5</sup> soll die Vorstandsvergütung in bestimmte Relationen zu Vergleichsparametern stellen<sup>6</sup>. Darüber hinaus muss zukünftig bei der Bemessung der variablen Bezüge der Mitglieder des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft auf deren Nachhaltigkeit für den weiteren Unternehmenserfolg geachtet werden. Darüber hinaus dürfen die so genannten D&O-Versicherungen nicht das komplette Risiko von den Mitgliedern des Vorstands abschirmen. Künftig (ab 2010) ist damit vom Aufsichtsrat zwingend bei Verträgen mit Mitgliedern des Vorstands – wie vom DCGK seit langem ohne konkret zu werden gefordert – ein Selbstbehalt in Höhe von 150 Prozent einer Jahresfixvergütung oder 10 Prozent des Schadens zu vereinbaren.

## **2. Änderungen innerhalb des DCGK**

### **2.1 Präambel**

... Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse)...

Nach ihrer erstmaligen Anpassung im Jahr 2007 wurde die Präambel im Rahmen der regelmäßigen Aktualisierung des Kodex nun erneut im Jahre 2009 überarbeitet. Dabei wurde die Verpflichtung der Organe Vorstand und Aufsichtsrat, das Unternehmen im Sinne der in der Bundesrepublik von einer sehr großen Mehrheit akzeptierten sozialen Marktwirtschaft zu führen und für eine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen. Dies wird ähnlich einer gesetzlichen Legaldefinition als Unternehmensinteresse abgegrenzt. Es erscheint in diesem Zusammenhang aus Sicht des Verfassers allerdings nicht erforderlich, auf diese Änderungen in der Präambel des DCGK im Einzelnen einzugehen, denn hierdurch ergeben sich grundsätzlich keine materiellen Veränderungen für die unternehmerische Praxis, da die Stakeholderorientierung schon in der Vergangenheit in der Grundkonzeption des DCGK angelegt war.

4 BGBI I, 2009, S. 2479 ff.

5 BGBI I, 2009, S. 2509 ff.

6 Thüsing, NJW-Aktuell, Heft 33/2009.

## 2.2 Weitere Änderungen innerhalb des DCGK

### 2.2.1 Änderungen in Tz. 3 „Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat“

#### 2.1.1.1 Tz. 3.8

... Schließt die Gesellschaft für den Vorstand eine D&O-Versicherung ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds zu vereinbaren.

In einer D&O-Versicherung für den Aufsichtsrat soll ein entsprechender Selbstbehalt vereinbart werden.

Hier wurde die für den DCGK zuständige Kommission vom Gesetzgeber hinsichtlich der Bestimmungen für Mitglieder des Vorstands einer entsprechenden Gesellschaft einfach überholt. Denn in der Vergangenheit war eine entsprechende erklärungsbedürftige Empfehlung des Kodex vorgesehen. Hier wurde nur allgemein ein Selbstbehalt im Rahmen einer Empfehlung vom DCGK gefordert. Vielleicht auch wegen der vergleichsweise geringen Akzeptanz dieser Norm des Kodex hat nun aber die Bundesregierung gewissen Aktionsmus innerhalb eines Wahljahres zum deutschen Bundestag verbreitet und eine zwingende gesetzliche Regelung vom Parlament verabschieden lassen. Deshalb war der Kodex wegen seines Anspruchs, auch die gesetzlichen Regelungen wiederzugeben, an das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandvergütung (VorstAG)<sup>7</sup> anzupassen. Die neue Bestimmung ist spätestens ab 1. Juli 2010 von börsennotierten Gesellschaften umzusetzen.<sup>8</sup> Ob dies zu einer Verbesserung des Verhaltens von risikobereiten Managern führen wird, darf nach der hier vertretenen Auffassung bezweifelt werden. Denn die betroffenen Organmitglieder werden sich durch den Abschluss korrespondierender privater Versicherungsverträge entsprechend vor privater Haftung schützen. Im Ergebnis stellt dies nach Ansicht des Verfassers lediglich ein Konjunkturprogramm für die Versicherungswirtschaft dar, der die Möglichkeit eröffnet wird, zusätzliche Policien mit einzelnen Organmitgliedern abzuschließen.

Jedoch der Kodex geht über diese gesetzlich verpflichtende Vorschrift hinaus und fordert für die Mitglieder des Aufsichtsrats eine entsprechende Regelung zur Haftung. Diese Norm ist dennoch als so genannte erklärungsbedürftige Empfehlung des DCGK ausgestaltet. Dies heißt, wenn die Unternehmen keinen ausreichenden Selbstbehalt mit ihren Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich der für sie üblicherweise abgeschlossenen D&O-Versicherung vereinbaren, dann ist dies in der jährlich abzugebenden Entschlussserklärung nach § 161 AktG offen zu legen. Dies erscheint nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich richtig. Doch auch hier gelten die schon für Mitglieder des Vorstands geäußerten Bedenken des Autors. Dennoch ist es wichtig zu prüfen, was unter einem „entsprechenden Selbstbehalt“ zu verstehen ist. Die jeweilige Vergütung des Aufsichtsrats einer Gesellschaft ist entweder in ihrer Satzung geregelt oder in seltenen Fällen

7 BGBII, 2009, S. 2509 ff.

8 Sigmund, HB Nr.148 vom 05.08.2009, S. 15.

jeweils durch die Hauptversammlung beschlossen. In der Regel wird auch hier eine fixe und eine variable – meist an die Anteilseigner ausgeschüttete Gewinnbeteiligung geknüpfte – Vergütung festgesetzt. In diesem Fall erscheint nach Ansicht des Verfassers eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Regelungen vergleichsweise einfach. Denn hier müsste der Selbstbehalt des einzelnen Mitglieds des Aufsichtsrats lediglich 10 Prozent des Schadens oder 150 % der jährlichen Fixvergütung nach der Satzung oder dem entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss betragen. Interessanter ist in der unternehmerischen Praxis dagegen die Fragestellung, wie in der Literatur vertretene Sitzungsgelder<sup>9</sup> als angeblich so sinnvolle Vergütung der Mitglieder eines Aufsichtsrats zu werten sind. In diesem Fall ist nach der hier vertretenen Auffassung danach zu differenzieren, ob die Vergütung nur bei Teilnahme an der Sitzung oder entsprechend der jeweils im Geschäftsjahr stattgefundenen Sitzungen gewährt wird. Im ersten Fall ist nach der Ansicht des Verfassers von einer variablen Vergütung auszugehen, die nicht in die Bemessungsgrundlage für einen möglichen Selbstbehalt nach Tz. 3.8 DCGK einzubeziehen sind. Im zweiten Fall muss nach der hier vertretenen Auffassung jedoch von einer fixvergütungähnlichen Entlohnung des Aufsichtsratsmitglieds ausgegangen werden. Damit wären diese Sitzungsgelder im wirtschaftlich sinnvollen Ergebnis in die Bemessungsgrundlage für die Berechnung eines Selbstbehalts bei einer D&O-Versicherung für die Aufsichtsratsmitglieder mit einzubeziehen.

### 2.2.1.2 Tz. 3.10

Vorstand und Aufsichtsrat berichten jährlich im Geschäftsbericht über die Corporate Governance des Unternehmens, Corporate Governance Bericht. Dieser ist Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung der Gesellschaft. Hierzu gehört auch die Erläuterung eventueller Abweichungen von den Empfehlungen dieses Kodex. Dabei kann auch zu den Kodexanregungen Stellung genommen werden. Die Gesellschaft soll nicht mehr aktuelle Entsprechenserklärungen zum Kodex fünf Jahre lang auf ihrer Internetseite zugänglich halten.

An dieser Stelle ist ebenfalls eine ehemalige Empfehlung des Kodex zu einer zwingenden gesetzlichen Regelung geworden. Nun verlangt § 289a HGB<sup>10</sup> von den von ihm erfassten Gesellschaften eine so genannte Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht der Gesellschaft, der auch die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 AktG sowie die Begründungen der etwaigen Abweichungen vom DCGK enthalten soll. Dieser Abschnitt des Lageberichts soll gemäß § 317 Abs. 2 S. 3 HGB allerdings nicht vom Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers erfasst werden. Aus diesem Grund ist eine entsprechende Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft, die das Gesetz als Alternative zulässt, vorziehenswürdig<sup>11</sup>. Bei Ausübung dieses Wahlrechts ist allerdings ein gesonderter Hinweis innerhalb des Lageberichts erforderlich<sup>12</sup>. Die Begründungen der Abweichungen

9 Spindler; ZIP 2005, S. 2033 (2041).

10 Hierzu: Petersen/ Zwirner, BilMoG, 2009, S. 244 ff.

11 Ausführlich hierzu: Strieder, BB 2009, S. 1002 (1005); ders., BB 2009, Dossier BilMoG, S. 62(65).

12 Lediglich die Abgabe der Erklärung nicht deren Inhalt ist prüfungspflichtig: Petersen/ Zwirner,

vom Kodex waren in der Vergangenheit eine so genannte erklärungsbedürftige Empfehlung des Kodex und galten im Falle der Umsetzung als Ausdruck guter Corporate Governance<sup>13</sup> (Tz. 3.10 S. 2 DCGK in der Fassung vom 6. Juni 2008)<sup>14</sup>. Inzwischen besteht hierfür eine gesetzliche Verpflichtung. Damit haben sich die offenlegungspflichtigen Abweichungen vom DCGK weiter reduziert.

### **2.2.2 Änderungen in Tz. 4 „Vorstand“**

#### **2.2.2.1 Tz. 4.1.1**

Der Vorstand leitet das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder).

An dieser Stelle des DCGK ergeben sich ebenfalls keine weiteren Punkte, welche in der jährlichen Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 AktG zu berücksichtigen wären. Es handelt sich bei dieser Änderung des DCGK aus Sicht des Autors lediglich um eine Klarstellung des bisherigen Textes der Tz. 4.1.1<sup>15</sup>, denn es wird nun vom DCGK ausdrücklich das Unternehmensinteresse herausgestellt. Dieses schließt nach allgemeinen Verständnis natürlich auch andere Interessensgruppen als lediglich die Anteilseigner ein. Damit ist der nach dem Verständnis des Verfassers schon immer im Kodex angelegte Stakeholder-Ansatz ausdrücklich formuliert. Der Begriff „Stakeholder“ wird nun im DCGK im Sinne einer Legaldefinition abgegrenzt. Leider ist diese Definition jedoch vergleichsweise allgemein. Denn nur die Anteilseigner (Aktionäre) und die Arbeitnehmer sind in der Textziffer ausdrücklich genannt. Die weiteren Stakeholder sind lediglich allgemein mit „den sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen“ umschrieben. Nach der hier vertretenen Auffassung geht der Erfassungsraum jedoch wesentlich weiter und umfasst damit auch Lieferanten, Kreditgeber, Staat und Öffentlichkeit<sup>16</sup>. Es wäre sinnvoll gewesen, wenn der DCGK an dieser Stelle präziser gefasst worden wäre. Nach der Ansicht des Verfassers ist der Begriff „Stakeholder“ für die Praxis jedenfalls weit auszulegen.

#### **2.2.2.2 Tz. 4.2.2**

Das Aufsichtsratsplenum setzt auf Vorschlag des Gremiums, das die Vorstandsverträge behandelt, die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder fest und soll das Vergütungssystem für den Vorstand beschließen und regelmäßig überprüfen.

KoR 2009, Beihefter 1, S. 25.

13 Von Werder, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., 2008, Rdn. 546.

14 Strieder, Praxiskommentar zum DCGK, 2005, S. 85.

15 Hierzu: Strieder, FB 2004, S. 13 (18 f.).

16 Umfassend zum Stakeholderansatz: Strieder, Jahresabschlusskompetenz – Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen einer Stakeholder-value-orientierten Corporate Governance, 2003, S. 39 ff. m. w. N.

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.

Soweit vom Aufsichtsrat zur Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung ein externer Vergütungsexperte hinzugezogen wird, soll auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen geachtet werden.

An dieser Stelle wurde vom Kodex in 2008 eine entsprechende Empfehlung deutlich verschärft<sup>17</sup>. Jetzt war der DCGK erneut anzupassen, da der Gesetzgeber aktiv geworden ist und nun die Beschlussfassung sowie Überprüfung der Vergütungen der Mitglieder des Vorstands durch das VorstAG<sup>18</sup> zwingend geregelt hat. Die Zuweisung der Vertragskompetenz mit den Mitgliedern des Vorstands an den Gesamtaufsichtsrat der Gesellschaft wird im Hinblick auf den Vertraulichkeitsschutz zutreffend kritisch beurteilt<sup>19</sup>. Der Kodex stellt über die gesetzliche Regelung hinaus lediglich noch klar, dass zum Vergleichsumfeld auch die Vergütungsstruktur zählt, welche ansonsten in der Gesellschaft für Mitarbeiter und andere Vorstandsmitglieder angewendet wird.

Weiter formuliert die Kommission in Satz 4 der Tz. 4.2.2 DCGK eine zusätzliche Empfehlung. Danach soll der Aufsichtsrat bei der Beschäftigung externer Berater hinsichtlich der Vergütung auf deren Unabhängigkeit vom Vorstand wie auch vom Unternehmen achten. Eine solche kann wie beim Abschlussprüfer oder dem Bilanzexperten im Aufsichtsrat (§ 100 Abs. 5 AktG)<sup>20</sup> zumindest dann angenommen werden, wenn keinerlei weitere geschäftliche oder private Verbindungen zu der Gesellschaft bzw. deren Organen bestehen. Wenn in der Praxis nicht auf diese Unabhängigkeit des externen Vergütungsexperten geachtet wird, ist dies in der jährlichen Entsprechenserklärung von Vorstand sowie Aufsichtsrat gemäß § 161 AktG anzugeben und damit der interessierten Öffentlichkeit transparent zu machen.

### 2.2.2.3 Tz. 4.2.3

Die Vergütungsstruktur ist auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Die monetären Vergütungsteile sollen fixe und variable Bestandteile umfassen. Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass variable Vergütungsteile grundsätzlich eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen soll bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsteile

17 Strieder, FB 2008, S. 587.

18 Fn. 5.

19 Sigmund, HB Nr.148 vom 05.08.2009, S. 15; zum DCGK 2008 auch schon: Strieder, FB 2008, S. 587 (588).

20 Petersen/Zwirner, BilMoG, 2009, S. 619 f.

Rechnung getragen werden. Sämtliche Vergütungsteile müssen für sich und insgesamt angemessen sein und dürfen insbesondere nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten.

Als variable Vergütungsteile kommen z.B. auf das Unternehmen bezogene aktien- oder kennzahlenbasierte Vergütungselemente in Betracht. Sie sollen auf anspruchsvolle, relevante Vergleichsparameter bezogen sein. Eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter soll ausgeschlossen sein. Für außerordentliche Entwicklungen hat der Aufsichtsrat grundsätzlich eine Begrenzungsmöglichkeit (Cap) zu vereinbaren.

Erst im Jahr 2007 wurden die entsprechenden Normen der ersten Sätze dieser Textziffer als so genannte nicht erklärungsbedürftige Anregungen in den Kodex aufgenommen<sup>21</sup>. Bereits im letzten Jahr wurden diese Regelungen zu Empfehlungen des DCGK heraufgestuft<sup>22</sup>. Die Anpassungen in den Sätzen eins und drei dieser Textziffer des DCGK geht nun ebenfalls auf entsprechende Neuregelungen des Gesetzgebers im VorstAG<sup>23</sup> zurück. Dabei soll bei der variablen Vergütung der Mitglieder des Vorstands ein stärkeres Gewicht auf die Nachhaltigkeit der Unternehmensentwicklung gelegt werden. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung für die unternehmerische Praxis ausdrücklich zu begrüßen.

Satz zwei dieser Textziffer des Kodex blieb gegenüber der Fassung des DCGK vom 06. Juni 2008 unverändert.

In diese Textziffer wurde der Satz vier neu eingefügt. Es handelt sich dabei um eine zusätzliche Empfehlung des Kodex. Deren Inhalt ist, dass bei der variablen Vergütung der Vorstandsmitglieder sowohl positive als auch negative Entwicklungen berücksichtigt werden. Dies erscheint begrüßenswert, denn in der unternehmerischen Praxis ist überwiegend zu beobachten, dass in der Regel nur positive Abweichungen gesondert Rechnung getragen wird. Eine Aufnahme in die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat hat dann zu erfolgen, wenn dieser Norm des Kodex nicht entsprochen wird.

Die Änderungen in Satz fünf dieser Textziffer stellt lediglich eine redaktionelle Klarstellung dar, die zu begrüßen ist. Der Vorstand der Gesellschaft soll nicht durch einzelne Vergütungsbestandteile oder die Gestaltung seiner Honorierung insgesamt dazu verleitet werden, unangemessene Risiken für das Unternehmen einzugehen.

Bei der Änderung in Satz sechs handelt es sich lediglich um eine erläuternde Erweiterung. Diese stellt beispielhaft klar, dass als variable Vergütungsanteile für Mitglieder des Vorstands sowohl kennzahlengestützte Ziele wie auch aktienkursbasierte Parameter in Betracht kommen.

Die beiden Empfehlungen des Kodex in den Sätzen sieben und acht dieser Textziffer blieben unverändert.

Die bisherige Empfehlung des Satzes neun musste angepasst werden, da der

21 Strieder, FB 2007, S. 500 (502).

22 Strieder, FB 2008, S. 587 (588).

23 Fn. 5.

Gesetzgeber die Normen inzwischen entsprechend geregelt hat. Daraus resultiert für die Praxis, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich einen Cap bei den Vergütungen der Mitglieder des Vorstands zu vereinbaren hat. Aus der Sicht der Aktionäre erscheint diese Regelung begrüßenswert zu sein.

#### **2.2.2.4 Tz. 4.2.4**

Die Gesamtvergütung eines jeden Vorstandsmitglieds wird, aufgeteilt nach fixen und variablen Vergütungsteilen unter Namensnennung offen gelegt. Gleichermaßen gilt für Zusagen auf Leistungen, die einem Vorstandsmitglied für den Fall der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied gewährt oder die während des Geschäftsjahrs geändert worden sind. Die Offenlegung kann unterbleiben, wenn die Hauptversammlung dies mit Dreiviertelmehrheit anderweitig beschlossen hat.

In diesem Fall handelt es sich ebenfalls um eine Anpassung, die der Aktivität des Gesetzgebers geschuldet ist. Grundsätzlich begrüßenswert ist nach Ansicht des Verfassers die Einbeziehung der Übergangsgelder, die im Falle des – freiwilligen oder unfreiwilligen – Ausscheidens aus dem Leitungsgremium fällig werden.

Wünschenswert wäre nach der hier vertretenen Auffassung jedoch gewesen, dass ausdrücklich klargestellt wird, dass auch Pensionszusagen als Vergütung anzusehen sind, wenn sie über die betriebliche Praxis für die Arbeitnehmer hinausgehen. Somit müssten auch die jeweiligen Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen als Bestandteil der entsprechenden Angabe im Anhang des Jahresabschlusses bzw. Konzernanhang angesehen werden<sup>24</sup>.

Überraschend ist nach Ansicht des Autors, dass der Kodex keine Empfehlung enthält, dass in der Entschlussserklärung darüber zu berichten ist, wenn eine Gesellschaft auf Grund eines Hauptversammlungsbeschlusses darauf verzichtet, die Vorstandsvergütungen individualisiert im Jahresabschluss anzugeben (286 Abs. 5 HGB)<sup>25</sup>. Dies stellt nach Auffassung des Verfassers ein schlechtes Beispiel von Transparenz dar, auch wenn die Hauptversammlung mit entsprechend großer Mehrheit dies beschlossen hat.

#### **2.2.2.5 Tz. 4.2.5**

Die Sätze zwei bis vier lauteten:

Die Darstellung der konkreten Ausgestaltung eines Aktienoptionsplans oder vergleichbarer Gestaltungen für Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter soll deren Wert umfassen. Bei Versorgungszusagen soll jährlich die Zuführung zu den Pensionsrückstellungen oder Pensionsfonds angegeben werden.

Der wesentliche Inhalt von Zusagen für den Fall der Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied ist anzugeben, wenn die Zusagen in ihrer rechtlichen

24 Dies ist derzeit nicht der Fall: vgl. Ellrott, Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl., 2006, § 285 Rdn. 167.

25 Ausführlich hierzu: Lange, in: Münchener Kommentar HGB, 2. Aufl., 2008, § 286 Rdn. 71 f.

Ausgestaltung von den Arbeitnehmern erteilten Zusagen nicht unerheblich abweichen.

Die Kodexkommission hat in dieser Textziffer des DCGK drei Sätze gestrichen<sup>26</sup>. Mit den Sätzen zwei und drei sind zwei erklärungsbedürftige Empfehlungen des DCGK weggefallen. Diese machten aus der Sicht des Autors allerdings schon Sinn. Mit Satz vier dieser Textziffer ist die Wiedergabe der gesetzlichen Verpflichtung als Anhangangabe innerhalb des Jahresabschlusses gemäß § 285 Nr. 9 lit. a S. 7 HGB innerhalb des Vergütungsberichts entfallen.

### **2.2.3 Änderungen in Tz. 5 „Aufsichtsrat“**

#### **2.2.3.1 Tz. 5.1.2**

Der Aufsichtsrat bestellt und entlässt die Mitglieder des Vorstands. Bei der Zusammensetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat auch auf Vielfalt (Diversity) achten. Er soll gemeinsam mit dem Vorstand für eine langfristige Nachfolgeplanung sorgen. Der Aufsichtsrat kann die Vorbereitung der Bestellung von Vorstandsmitgliedern einem Ausschuss übertragen, der auch die Bedingungen des Anstellungsvertrages einschließlich der Vergütung behandelt.

An dieser Stelle wurde mit Satz zwei eine neue Empfehlung in den DCGK eingeführt. Diese stellt auf die Vielfalt im Leitungsgremium Vorstand ab. Was hierunter genau zu verstehen ist, überlässt der DCGK offensichtlich dem Schrifttum. Deshalb soll hier ein erster Versuch einer Abgrenzung vorgenommen werden. Bei multinationalen Unternehmen könnte und sollte nach Ansicht des Verfassers sich die Vielfalt in der Internationalität der Mitglieder des Vorstands ausdrücken<sup>27</sup>. Einen weiteren Aspekt stellt die unterschiedliche Qualifikation dar, die sich nach der hier vertretenen Auffassung auch in der entsprechenden Ressortverantwortung innerhalb des Leitungsgremiums widerspiegeln sollte. Grundsätzlich mögen unterschiedliche Charaktere den Vorstand bereichern. Dennoch hat der Aufsichtsrat besonders darauf zu achten, dass der Vorstand im täglichen Geschäft handlungsfähig bleibt und zu einer vernünftigen Zusammenarbeit im Unternehmensinteresse in der Lage ist. Dieses wird in der unternehmerischen Praxis häufig missachtet und bei Zutagetreten von Problemen regelmäßig nicht behoben. Dies kann jedoch nach Ansicht des Autors nicht die im Stile einer Legaldefinition formulierte „Diversity“ des DCGK darstellen.

Der Austausch des Verbs „festlegt“ gegen „behandelt“ ist ebenfalls der geänderten Zuständigkeit innerhalb der Corporate Governance hinsichtlich des Abschlusses von Verträgen mit Mitgliedern des Vorstands zu sehen. Zukünftig ist der Gesamtaufsichtsrat eben nicht nur für die Bestellung von Mitgliedern des Vorstands, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers auch für die mit jenen abschließenden Verträge zuständig.

26 Hierzu für die Vergangenheit: Strieder, FB 2004, S. 13 ff.

27 So wohl auch: o. V., FAZ Nr. 179 vom 05.08.2009, S. 10.

### **2.2.3.2 Tz. 5.3.2**

... Er sollte unabhängig und kein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft sein, dessen Bestellung vor weniger als zwei Jahren endete.

An dieser Stelle wurde Satz drei erweitert und klargestellt. Auf der einen Seite wurde die bereits bestehende Anregung des DCGK<sup>28</sup> insoweit klargestellt, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses kein ehemaliges Vorstandsmitglied sein sollte, dessen Amtszeit unabhängig vom Grund deren Beendigung innerhalb der letzten zwei Jahre endete.

Auf der anderen Seite wurde durch eine Erweiterung des Satzes drei eine weitere Anregung der Kommission in den Kodex eingefügt. Dabei handelt es sich dabei um die Forderung nach der Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses. Bei den hier anzuwendenden Kriterien kann auf oben dargestelltes verwiesen werden<sup>29</sup>. Dies sollte nach Ansicht des Verfassers eine Selbstverständlichkeit sein, dass der Vorsitzende des vielleicht wichtigsten Ausschusses des Aufsichtsrats unabhängig zu sein hat. Deshalb ist es völlig unverständlich, dass diese Forderung des DCGK lediglich als Anregung und somit nicht als in der jährlichen Entsprechenserklärung offenzulegende Tatsache eines groben Verstoßes gegen gute Corporate Governance formuliert worden ist.

### **2.2.3.4 Tz. 5.4.1**

Bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern soll darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen. Dabei soll auch auf die internationale Tätigkeit des Unternehmens, auf potenzielle Interessenkonflikte und eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder sowie auf Vielfalt (Diversity) geachtet werden.

An dieser Stelle wurde eine neue Empfehlung in den Kodex eingeführt. Bei den Mitgliedern des Aufsichtsrats soll nun künftig auf so genannte Vielfalt geachtet werden. Hier kann ebenfalls auf die Ausführungen hinsichtlich der Diversity innerhalb des Vorstands verwiesen werden<sup>30</sup>.

### **2.2.3.5 Tz. 5.4.4**

Vorstandsmitglieder dürfen vor Ablauf von zwei Jahren nach dem Ende ihrer Bestellung nicht Mitglied des Aufsichtsrats der Gesellschaft werden, es sei denn ihre Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25% der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. In letzterem Fall soll der Wechsel in den Aufsichtsratsvorsitz eine der Hauptversammlung zu begründende Ausnahme sein.

28 Kremer, in: Ringleb/ Kremer/ Lutter/ v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., 2008, Rdn. 995.

29 Vgl. Abschn. 2.2.2.2.

30 Vgl. Abschn. 2.2.3.1.

Der Satz eins dieser Textziffer ist ebenfalls die Anpassung des DCGK an inzwischen geltende gesetzliche Bestimmungen zu sehen. In Satz zwei dieser Textziffer wird eine neue Empfehlung formuliert. Diese fordert eine besondere Begründung gegenüber der Hauptversammlung, wenn ein ehemaliges Vorstandmitglied mit entsprechender Mehrheit (25 Prozent der Stimmrechte) vor Ablauf der so genannten cooling off Phase zum Aufsichtsrat gewählt werden soll und dann auch noch anschließend den Vorsitz des Überwachungsgremiums übernehmen soll. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Norm wesentlich und völlig sinnvoll, denn es wird in der Praxis regelmäßig schon gegen Tz. 5.4.3 S. 3 DCGK verstoßen, der lediglich verlangt, den geplanten Aufsichtsratsvorsitzenden zu nennen. Somit stellt sich für die Praxis die Frage, wann die Abweichung in der Entschlussserklärung nach § 161 AktG aufzunehmen ist. Dies hat nach Ansicht des Verfassers sofort zu erfolgen, wenn schon gegen die Banalität der Nennung des geplanten Aufsichtsratsvorsitzenden verstoßen wird.

Weil keine fundierte Begründung vom Kodex verlangt wird, ist diese Empfehlung in der Praxis schlicht nicht ernst zu nehmen und damit im Ergebnis überflüssig. Denn irgendeine Begründung für einen solchen Verstoß gegen eine Empfehlung des DCGK werden die entsprechenden Unternehmen dokumentieren. Sollte diese niedrige Hürde dennoch nicht genommen werden, muss dies innerhalb der Entschlussserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat offen gelegt werden.

#### **2.2.3.6 Tz. 5.4.5**

... Wer dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört, soll insgesamt nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen.

In Satz zwei dieser Textziffer des DCGK wird eine bereits bestehende Empfehlung<sup>31</sup> noch enger formuliert. Diese Änderung des Kodex ist nach Ansicht des Verfassers ausdrücklich zu begrüßen, denn sie beschränkt die konzernexternen Aufsichtsratsmandate auf drei. Dies ist als sinnvoll anzusehen, weil die Wahrnehmung solcher Mandate bei gewissenhafter Ausübung Zeit kostet, die dann wahrscheinlich für die eigentliche originäre verantwortungsvolle Tätigkeit nicht zur Verfügung steht. Andernfalls leidet die sorgfältige Ausübung der jeweiligen Aufsichtsratsmandate. Dass nach der Norm des DCGK konzerninterne Mandate nicht mitgezählt werden, ist als zutreffend anzusehen, da die Überwachung von Tochter- und Enkelgesellschaften sowieso zum Aufgabenbereich eines Mitglieds des Vorstands eines Mutterunternehmens gehören und somit keinen signifikanten Zusatzaufwand für das jeweilige Organmitglied nach sich ziehen. Wenn von dieser Bestimmung des Kodex abgewichen wird, ist dies in der jährlichen Entschlussserklärung offen zu legen. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie viele große Unternehmen und ihre Vorstände auf diese begrüßenswerte Einschränkung der Aufsichtsratsmandate in der Praxis reagieren werden.

31 Kremer, in: Ringleb/ Kremer/ Lutter/ v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., 2008, Rdn. 1073.

### III. Schluss und Ausblick

Seit seiner ersten Veröffentlichung im Jahr 2002 wurde der DCGK lediglich mit einer Ausnahme im Jahr durch die Regierungskommission jährlich angepasst. Es ist nach Auffassung des Autors zu erwarten, dass dies auch in der Zukunft regelmäßig erfolgt. Dennoch sollte nach Ansicht des Verfassers überdacht werden, ob sich der DCGK auf die von ihm formulierten Empfehlungen und Anregungen zur Gestaltung der Corporate Governance von ihm erfasster Unternehmen beschränken sollte.

Insgesamt kann an dieser Stelle nur nochmals der nachdrückliche Aufruf des Verfassers an die Regierungskommission zum DCGK gegeben werden, auf die – sowieso juristisch völlig unsaubere und offensichtlich unvollständige – Wiedergabe deutscher gesetzlicher Bestimmungen in Zusammenhang mit dem DCGK in Zukunft zu verzichten<sup>32</sup>. Diese Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen wurde bereits vor Jahren mit Hinweis auf Unsauberkeiten in der Literatur völlig zutreffend kritisiert<sup>33</sup>. Damit könnte nach der hier vertretenen Auffassung der Kodex deutlich an Übersichtlichkeit für seine Adressaten gewinnen. Dies würde nach Ansicht des Verfassers auch die Akzeptanz des DCGK in der Praxis deutlich erhöhen. Andererseits kann die Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen auch nicht die in letzter Zeit geäußerten Zweifel an der Existenzberechtigung der Kodexkommission und damit des DCGK in seiner Gesamtheit nicht völlig relativieren<sup>34</sup>. Nach der Auffassung des Verfassers macht es Sinn, auch in der Zukunft erklärmungsbedürftige Empfehlungen zur Corporate Governance innerhalb des DCGK zu geben. Die Vergangenheit zeigt, dass diese im Zeitverlauf durchaus auch in Gesetzesrecht übernommen werden. Dies bedeutet, fortschrittliche Unternehmen können ihre besondere Stellung hinsichtlich der Corporate Governance im Rahmen der verpflichtenden Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG schon zu einem Zeitpunkt herausstellen, wo noch keine allgemeine gesetzliche Verpflichtung zu bestimmtem Handeln oder entsprechenden Organisationsvorkehrungen vorhanden ist.

32 Siehe Online-Aktualisierung 2007, S. 8.

33 Seidel, ZIP 2004, S. 285 ff.

34 Steltzner, FAZ Nr. 158 vom 11.07.2009, S. 9.