

VGR

Wissenschaftliche Vereinigung
für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

7. März 2022

Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (VGR) e.V.

zu dem

Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 vom 21. Januar 2022*

1 Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex („**Kommission**“) hat am 21. Januar 2022 den Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex („**Kodex**“ oder „**DCGK**“) veröffentlicht (nachfolgend der „**Entwurf**“) und zur Konsultation gestellt. Zu diesem Entwurf nehmen wir nachfolgend Stellung. Unter I. gehen wir knapp auf konzeptionelle Fragen ein. Unter II. kommentieren wir ausführlicher einzelne Änderungsvorschläge des Entwurfs gegenüber dem derzeit geltenden Kodex und sprechen aus unserer Sicht zweckmäßige Ergänzungen an, wobei wir der Gliederung des Entwurfs folgen.

I. Grundsätzliche Ausrichtung

2 Die Schwerpunktsetzung auf Nachhaltigkeit ist nicht zu beanstanden, da es sich um eine wichtige gesellschaftspolitische Herausforderung handelt. Allerdings kann die besondere Betonung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Strategie und des Risikomanagements leicht dazu führen, dass nicht minder wichtige unternehmerische, wirtschaftliche und technologische Herausforderungen (Beispiele: Digitalisierung, Industrie 4.0, KI) in den Hintergrund treten und dadurch eine Unwucht entsteht. Wir plädieren daher – auch mit Blick auf die zu erwartenden neuen Vorgaben durch die europäische CSRD – für mehr Zurückhaltung im Kodex.

3 Die Zurückhaltung bei der Überarbeitung des Kodex im Übrigen ist im Grundsatz zu begrüßen.

* An der vorliegenden Stellungnahme haben die folgenden Mitglieder mitgewirkt, die zugleich Mitglied des Vorstands oder des Beirats der VGR sind oder waren: *Prof. Dr. Gregor Bachmann (Berichterstatter), Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Wulf Goette, Prof. Dr. Mathias Habersack (Berichterstatter), Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus J. Hopt, Prof. Dr. Jens Koch (Berichterstatter), Dr. Thomas Kremer (Berichterstatter), Prof. Dr. Katja Langenbucher (Berichterstatterin), Prof. Dr. Dörte Poelzig (Berichterstatterin), Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Dr. Joachim Tebben, LL.M, Prof. Dr. Jochen Vetter (Berichterstatter)*. Die in der Stellungnahme enthaltenen Vorschläge wurden von einer aus den Berichterstattern bestehenden Arbeitsgruppe erarbeitet. Sie geben jeweils die Mehrheitsmeinung innerhalb der Arbeitsgruppe wieder, müssen aber nicht in jedem Einzelfall der Meinung aller Mitglieder entsprechen.

4 Im Hinblick auf Nachhaltigkeitsbemühungen bleibt der Entwurf außerdem zu vage. Innerhalb der Nachhaltigkeits- und ESG-Aspekte wird nicht differenziert. Der Klimawandel, der von vielen als das derzeit in diesem Bereich wichtigste Thema angesehen wird, und die Bemühungen zu dessen Verlangsamung werden nicht angesprochen. Insbesondere könnte der DCGK sich etwas mutiger und proaktiver zu dem derzeit international intensiv diskutierten Wunsch nach Say on Climate Beschlüssen der Hauptversammlung äußern (hierzu nachfolgend Rz. 31 ff.). Institutionelle Investoren und teilweise auch Stimmrechtsberater nehmen hierzu deutlicher Stellung.

II. Anmerkungen zu einzelnen Änderungen

1. Präambel

5 Das zentrale Reformanliegen, die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Belange im Rahmen der Unternehmensführung stärker zu betonen und zu gewichten, soll vor allem durch die Änderung des Absatzes 2 Satz 2 und 3 der Präambel zum Ausdruck gebracht werden. Soweit danach die schon bislang im Kodex angesprochene „outside-in-Perspektive“ (*„Sozial- und Umweltfaktoren beeinflussen den Unternehmenserfolg“*) um die „inside-out-Perspektive“ (*„... und die Tätigkeiten des Unternehmens haben Auswirkungen auf Mensch und Umwelt. Vorstand und Aufsichtsrat berücksichtigen dies bei der Führung und Überwachung des Unternehmens.“*) ergänzt wird, ist dies durchaus sinnvoll und zu begrüßen; die Begründung verweist insoweit zu Recht auf den Entwurf der geänderten EU-Richtlinie zur nichtfinanziellen Berichterstattung¹ und die darin vorgesehene „doppelte Maßgeblichkeit.“

6 Sowohl die Präambel als auch Empfehlung A.1 (nachfolgend Rz. 8 ff.) lassen es allerdings an der gebotenen Klarstellung vermissen, dass die ökologischen und sozialen Belange nur im Rahmen des – in Absatz 1 der Präambel angesprochenen – Unternehmensinteresses zu berücksichtigen sind, diesem also nicht vorgehen, sondern Teil desselben sind; dies wiederum ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zumindest kurz- und mittelfristig Zielkonflikte zwischen den Interessen der Aktionäre und den der weiteren Stakeholder (einschließlich der ökologischen und sozialen Belange) bestehen können. Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat kann es deshalb im Rahmen des geltenden Aktienrechts nur sein, diese Melange aus bisweilen widerstreitenden Interessen zu erfassen und zu gewichten, um auf dieser Grundlage und im Rahmen ihres

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>.

unzweifelhaft bestehenden unternehmerischen Ermessens die für die Gesellschaft (unter Berücksichtigung ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse) angemessene Strategie zu entwickeln.² Mit den Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat wäre es jedenfalls kaum in Einklang zu bringen, den angesprochenen Zielkonflikt grundsätzlich auf Kosten der Ertragskraft des Unternehmens und damit zu Lasten der Aktionäre aufzulösen. Vor diesem Hintergrund sollte in Satz 3 der Präambel klargestellt werden, dass Vorstand und Aufsichtsrat die in Satz 2 erwähnten Auswirkungen „im Rahmen des Unternehmensinteresses“ zu berücksichtigen haben.

7 Vorschlag: Absatz 2 Satz 3 der Präambel wird wie folgt gefasst:

„Vorstand und Aufsichtsrat berücksichtigen dies bei der Führung und Überwachung des Unternehmens im Rahmen des Unternehmensinteresses.“

2. Empfehlung A1

8 Soweit der Vorstand nach Satz 1 der von der Kommission vorgeschlagenen Empfehlung A.1 die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen und die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten soll, dürfte dies zwar nur die ohnehin bestehende Rechtslage wiedergeben. Dennoch ist es zu begrüßen, dass die Kommission diese Verhaltenspflichten nicht in einem Grundsatz, sondern in einer Empfehlung anspricht, um hierdurch dem möglichen Einwand zu begegnen, der Kodex würde das geltende Recht unrichtig wiedergeben. Wie schon in Absatz 2 der Präambel (Rz. 6) sollte allerdings auch in Satz 1 der Empfehlung A.1 klargestellt werden, dass die darin angesprochenen Interessen „neben den Interessen der Aktionäre und der übrigen Stakeholder“ zu identifizieren und zu bewerten sind.

9 Der vorgeschlagene Satz 2 handelt bislang nur von einer wie auch immer gearteten Informationsfunktion der Unternehmensstrategie und spricht die Aufgabe, wirtschaftliche, ökologische und soziale Ziele in einem „ausgewogenen Verhältnis“ umzusetzen, nur im Rahmen dieser Informationsfunktion an. Der Kodex sollte allerdings die Abwägungs- und Gewichtungsaufgabe, die einen zentralen Bestandteil der Leitungsfunktion des Vorstands und der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bildet, und die hierbei einzubeziehenden Ziele auch als inhaltliche Aufgabe adressieren. Es sollte deshalb in einem neuen Satz 2 zum Ausdruck gebracht werden, dass wirtschaftliche, ökologische und soziale Ziele nach Maßgabe des

² Näher Habersack AcP 220 (2020), 594, 623 ff.; J. Vetter ZGR 2018, 338, 346 ff.

Unternehmensinteresses in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen sollen; hieran anschließend sollte in einem neuen Satz 3 empfohlen werden, dieses Verhältnis – und damit die Gewichtung der Ziele – auch in der verlautbarten Unternehmensstrategie zum Ausdruck zu bringen.

10 Soweit nach dem vorgeschlagenen Satz 3 die Unternehmensplanung auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten soll, ist dies als solches zu begrüßen. Allerdings umfasst die Unternehmensplanung neben den gleichfalls angesprochenen finanziellen Zielen insbesondere auch strategische und häufig auch technologische Ziele. Es sollte deshalb empfohlen werden, dass die Unternehmensplanung „neben finanziellen, strategischen und sonstigen Zielen“ auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthält.

11 Vorschlag: Empfehlung A.1 wird folgendermaßen gefasst:

„Der Vorstand soll neben den Interessen der Aktionäre und der übrigen Stakeholder die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten. Nach Maßgabe des Unternehmensinteresses sollen wirtschaftliche, ökologische und soziale Ziele in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Dieses Verhältnis soll auch in der verlautbarten Unternehmensstrategie zum Ausdruck gebracht werden. Die Unternehmensplanung soll neben finanziellen, strategischen und sonstigen Zielen auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten.“

3. Grundsatz 4

12 Nach der bisherigen Kodex-Fassung wurde in dessen Grundsatz 5 die Pflicht zur Compliance als Wiedergabe geltenden Rechts formuliert. Die Einrichtung eines angemessenen und an der Risikolage des Unternehmens ausgerichteten Compliance Management Systems war dagegen in A.2 Satz 1 DCGK lediglich als Empfehlung ausgestaltet. In diesem zweiten Punkt ist der Kodex allerdings durch die Einführung des § 91 Abs. 3 AktG im Zuge des FISG überholt worden, da das empfohlene Verhalten dadurch zur zwingenden Gesetzesvorgabe wird. Das lässt sich dem Gesetz selbst nicht unmittelbar entnehmen, doch nennt die Regierungsbegründung zum FISG³ – in Abweichung vom Referentenentwurf – ausdrücklich auch die Sicherung der Einhaltung der

³ BT-Drs. 19/26966, S. 115.

maßgeblichen rechtlichen Vorschriften als Gegenstand des internen Kontrollsystems. Das dürfte in der Tat hinreichend aussagekräftig sein, um anzunehmen, dass die Einrichtung eines an der Risikolage des Unternehmens ausgerichteten Compliance Management Systems nunmehr zur gesetzlichen Pflicht erstarkt ist.

- 13 Erwägenswert erscheint jedoch, ob der Kodex nicht auch die in der Regierungsbegründung vorgenommene klare Zuordnung des Compliance Management Systems zum internen Kontrollsystem übernehmen sollte (gleichsinnig auch schon § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 lit c KWG). Das Schrifttum tut sich ohnehin außerordentlich schwer, Kontrollsystem, Risikomanagementsystem und interne Revision einigermaßen trennscharf voneinander abzugrenzen.⁴ Der Kodex sollte der dadurch entstandenen Verwirrung nicht noch dadurch weiteren Vorschub leisten, dass er das Compliance Management System, das nach der Regierungsbegründung ausschließlich zum internen Kontrollsystem gezählt wird, zugleich auch dem Risikomanagementsystem zuordnet.
- 14 Eine weitere Abweichung vom Gesetz springt in Satz 1 des Grundsatzes 4 ins Auge: Dieser Grundsatz wurde zwar nicht neu formuliert, aber das Gesetz wurde in einer Weise geändert, die von der bisherigen Kodex-Fassung abweicht: Der Kodex beschrieb die geltende Rechtslage bis zur Kodex-Reform 2020 in Ziff. 4.1.4 a.F. dahingehend, dass der Vorstand für ein „angemessenes“ Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen zu sorgen habe. Mit der Kodex-Reform 2020 wurde dieser Begriff der „Angemessenheit“ durch den Begriff der „Eignung“ ausgetauscht.⁵ Der FISG-Gesetzgeber hat diesen terminologischen Wechsel nicht nachvollzogen, sondern es beim Begriff der Angemessenheit belassen, um damit den Zuschnitt auf die konkrete Unternehmensstruktur und die spezifische Risikolage noch deutlicher zu unterstreichen.⁶ Zugleich hat diese Ausgestaltung den Vorzug, dass das Angemessenheitskriterium nach eingeschliffener verwaltungsrechtlicher Terminologie, die auch für das Zivilrecht weitgehend übernommen wurde, zugleich Ausdruck der Verhältnismäßigkeit ist, die im Eignungsbegriff nicht gleichermaßen zum

⁴ Vgl. dazu *Bachmann* in *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder DCGK*, 8. Aufl. 2021, Grds. 4 Rz. 8 ff.; *Koch*, *AktG*, 16. Aufl. 2022, § 91 Rz. 15 ff.; *Dreher/Hoffmann*, *ZGR* 2016, 445 465: „Assoziation Babylon“.

⁵ Vgl. zu den Hintergründen *Bachmann* in *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder DCGK*, 8. Aufl. 2021, Grds. 4 Rz. 13.

⁶ *Koch*, *AktG*, 16. Aufl. 2022, § 91 Rz. 36; *Fischer/Schuck*, *NZG* 2021, 534, 538.

Ausdruck kommt.⁷ Vor diesem Hintergrund wäre es sowohl aus systematischen als auch aus sachlichen Gründen vorzuzugwürdig, wenn der Kodex dort, wo er das Gesetz in Grundsatzform wiedergibt, an die geltende Gesetzesfassung angepasst wird. Diese Änderung würde dann auch besser mit Empfehlung A.5 korrespondieren, wonach im Lagebericht zur „Angemessenheit“ (und eben nicht zur „Eignung“) dieser Systeme Stellung genommen werden soll.

15 Vorschlag: Grundsatz 4 wird folgendermaßen gefasst:

„Für einen verantwortungsvollen Umgang mit den Risiken der Geschäftstätigkeit bedarf es eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems. Das interne Kontrollsystem umfasst auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System.“

4. Streichung des bisherigen Grundsatzes 5

16 Weiterhin soll nach dem Entwurf Grundsatz 5 gestrichen werden, was in der Begründung dahingehend erläutert wird, dass damit schon bislang die Einführung eines „Compliance Management Systems“ gemeint gewesen sei. Das wird man als authentische Selbstinterpretation der Kommission zu akzeptieren haben, doch bleibt dann zweifelhaft, ob der Grundsatz 5 auch in dieser Lesart die Gesetzeslage in der Vergangenheit zutreffend wiedergegeben hat. Denn während es allgemein anerkannt ist, dass es eine Rechtspflicht zur Compliance gibt, war stets umstritten, ob es auch eine Pflicht zur Einrichtung eines standardisierten Compliance Management Systems gab. In der Literatur wird durchgängig zwischen dieser grundsätzlichen Pflicht und ihrer institutionalisierten Verfestigung unterschieden, was gerade auch vor dem Hintergrund sinnvoll ist, dass es für nicht börsennotierte Gesellschaften wohl unbestritten auch eine Pflicht zur Compliance gibt, aber keine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance Management Systems.⁸ Der neue § 91 Abs. 3 AktG, der die Einführung eines Compliance Management Systems nunmehr – jedenfalls implizit – vorschreibt (vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 12), diese Pflicht aber auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt, bestätigt diese Differenzierung. Deshalb wurde auch der

⁷ Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 91 Rz. 36.

⁸ Bachmann in Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder DCGK, 8. Aufl. 2021, A.2 Rz. 3; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 76 Rz. 13 ff.

Kodex bislang in diesem ausdifferenzierten Sinne verstanden und hat in dieser Interpretation Zustimmung erfahren.⁹

17 Auch für das Schrifttum war die Definition in Grundsatz 5 DCGK stets ein wichtiger Anker, da der Compliance-Begriff im Aktienrecht (auch nach dem FISG) ebenso wie in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs keine explizite Ausformung gefunden hat (anders als in der Rechtsprechung der Strafsenate). Bezugspunkt vieler Definitionsansätze war deshalb der Kodex, dem damit in der Compliance-Diskussion stets ein besonders prominenter Rang zukam. Dieser Referenzpunkt wird künftig wegfallen und möglicherweise auch die Bedeutung des Kodex in der wissenschaftlichen und praktischen Diskussion mindern.

18 Aus diesen Gründen erscheint es vorzugswürdig, auch künftig an der begrifflichen Unterscheidung von Compliance und Compliance Management System festzuhalten.

19 Vorschlag: Grundsatz 5 DCGK wird beibehalten.

5. Einführung der Empfehlung A.3

20 In der neu eingeführten Empfehlung A.3 setzt sich die schon oben (s.Rz. 6 und 9 f.) konstatierte einseitige Fokussierung auf Nachhaltigkeitsbelange fort. Nach der Regierungsbegründung zum FISG¹⁰ umfasst das interne Kontrollsystem allgemeine Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen zur Sicherung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftstätigkeit, zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung und zur Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften.¹¹ Dass von dieser umfassenden Ausrichtung im Kodex allein die finanziellen und nachhaltigkeitsbezogenen Belange übrigbleiben, erscheint bedenklich. Man mag das damit erklären, dass es sich bei der Berücksichtigung nachhaltigkeitsbezogener Belange nicht um Gesetzspflichten handelt, doch erscheint selbst diese Ausklammerung im Lichte der heutigen Rechtslage zweifelhaft. Jedenfalls könnte über diesen Begründungsweg nicht auch die Hervorhebung finanzieller Belange erklärt werden, die zweifellos schon jetzt zwingend vom

⁹ *Bachmann* in Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder DCGK, 8. Aufl. 2021, A.2 Rz. 3.

¹⁰ BT-Drs. 19/26966, S. 115.

¹¹ So auch bereits Regierungsbegründung BilMoG BT-Drs. 16/10067, 77, die sich ohne ausdrückliche Bezugnahme in der Sache an IDW PS 261 Rn. 19 anlehnt; vgl. *Dreher/Hoffmann*, ZGR 2016, 445, 471.

internen Kontrollsystem erfasst sein müssen. Die in Empfehlung A.3 des Entwurfs getroffene Auswahl mutet vor diesem Hintergrund willkürlich an.

21 Vorschlag: Empfehlung A.3 Satz 1 des Entwurfs wird wie folgt an die Aussage der Regierungsbegründung zum FISG angepasst:

"Das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem soll über die Sicherung der Wirtschaftlichkeit der Geschäftstätigkeit, der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung und der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften hinaus auf ~~finanzielle und~~ nachhaltigkeitsbezogene Belange ausgerichtet sein."

6. Beibehaltung von Empfehlung A.4 Satz 2

22 Die Kommission sieht keine Änderungen mit Blick auf die Empfehlung vor, Beschäftigten auf geeignete Weise die Möglichkeit einzuräumen, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben. Auch die Anregung, Dritten diese Möglichkeit einzuräumen, soll beibehalten bleiben. Das ist im Ausgangspunkt konsequent, solange der Gesetzgeber die Vorgaben der Hinweisgeberrichtlinie¹² nicht umgesetzt hat. Hiermit ist wegen der bereits abgelaufenen Umsetzungsfrist (vgl. Art. 26 Abs. 1 WBRL) allerdings zeitnah zu rechnen. Die Empfehlung A.4 DCGK bleibt deshalb eine Vorgabe auf Abruf und provoziert möglicherweise schon die nächste Kodex-Änderung 2023. Zumindest wenn sich parallel zum Konsultationsprozess eine baldige Umsetzung abzeichnet, sollte die Anpassung dieser Empfehlung/Anregung erwogen werden. Anstelle der Einrichtungsempfehlung könnte der Kodex dann konkretere Leitlinien zu Punkten enthalten, deren Handhabung der Gesetzgeber in das Ermessen der Gesellschaft stellt. Welche das sind, wird allerdings erst dann zu beurteilen sein, wenn eine gesetzliche Regelung vorliegt.

23 Vorschlag: Hinsichtlich der Empfehlung A.4 DCGK sollte die weitere legislative Entwicklung aufmerksam beobachtet und gegebenenfalls eine kurzfristige Anpassung an veränderte gesetzliche Rahmenbedingungen erwogen werden.

7. Empfehlung A.5

24 Empfehlung A.5 des Entwurfs erweitert § 289 Abs. 4 HGB. Dieser verlangt lediglich die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des internen Kontrollsystems und des

¹² Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, vom 23.10.2019 (Whistleblower-Richtlinie – ABl. EU 2019 L 305).

Risikomanagementsystems „im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess“. Empfehlung A.5 hat dagegen das gesamte interne Kontroll- und Risikomanagementsystem im Blick.

25 Daneben empfiehlt A.5 eine Stellungnahme zur Angemessenheit und Wirksamkeit dieser Systeme. Der Lagebericht wird vom Vorstand erstellt, also von demjenigen Organ, das auch für die Ausgestaltung des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems zuständig ist. Er wird immer von der Angemessenheit und Wirksamkeit der von ihm verantworteten Systeme ausgehen. Nach der Begründung des Kodex wird sich die Stellungnahme zur Angemessenheit und Wirksamkeit dieser Systeme regelmäßig darauf beziehen, worin die interne Überwachung und ggf. externe Prüfung der Systeme bestanden haben. Es stellt sich die Frage, ob damit eine spürbare Verbesserung der Corporate Governance oder der Berichterstattung über die internen Systeme verbunden ist. Letztlich führt Empfehlung A.5 dazu, dass das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem regelmäßig intern von der Revision oder extern überprüft wird, damit der Vorstand eine faktenbasierte Aussage zur Angemessenheit und Wirksamkeit abgeben kann. Wenn die Kommission erweiterte Prüfungen dieser Art für erforderlich oder zweckmäßig hält, wäre es klarer, eine entsprechende Empfehlung zur internen oder externen Prüfung abzugeben. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es wirklich sinnvoll ist, dem Vorstand immer mehr externe Prüfungen nahelegen oder Vorgaben dazu zu machen, wie die knappen Ressourcen der internen Revision am zweckmäßigsten zu verwenden sind.

26 Vorschlag: Empfehlung A.5 des Entwurfs sollte auf den ersten Teil beschränkt werden und die Empfehlung, zur Angemessenheit und Wirksamkeit des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems Stellung zu nehmen, sollte gestrichen werden.

8. Empfehlung A.6

27 Empfehlung A.6 gibt den Gesetzesinhalt wieder. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bezieht sich auf die gesamte Geschäftsführung, die auch die Berücksichtigung der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit bei der strategischen Ausrichtung und Planung und die interne Kontrolle dieser Belange umfasst. Ein Aufsichtsrat wird sich kaum durch bloße Erklärung einer Abweichung nach § 161 AktG von dieser Aufgabe befreien können. Vermutlich möchte die Kommission betonen, dass auch der Aufsichtsrat nicht nur für die ökonomische, sondern auch die ökologische und soziale Nachhaltigkeit des Unternehmens im Rahmen seiner Aufgaben verantwortlich ist. Mit einem Grundsatz könnte diese Verantwortung stärker und in einer mit dem Aktienrecht besser zu vereinbarenden Weise betont werden.

- 28 Darüber hinaus stellt sich auch bei dieser Empfehlung die Frage, ob durch die besondere Betonung von ESG-Themen bei der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats nicht eine bedenkliche Unwucht entsteht: Ohne die Bedeutung dieser Themen mindern zu wollen, ist derzeit auf Seiten des Vorstands eine sachgemäße Reaktion auf technologische Veränderungen und Angriffe auf das etablierte Geschäftsmodell ebenso von besonderer Bedeutung, was sich bei der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats spiegelt.
- 29 Schließlich knüpft die Empfehlung sachlich an die Empfehlungen A.1 und A3 für den Vorstand an und sollte daher, wenn ein unmittelbarer Bezug gewünscht ist, auch sprachlich an diese angepasst sein. Im Übrigen ist der Begriff der sozialen Nachhaltigkeit recht vage. Wenn damit das gleiche Verständnis gemeint ist, wie es Art. 2 Nr. 17 Disclosure-VO¹³ zugrunde liegt, oder die Kommission eine andere Definition im Sinn hat, wäre eine Klarstellung in der Begründung hilfreich.
- 30 Vorschlag: Der Inhalt von Empfehlung A.6 des Entwurfs sollte als Grundsatz formuliert werden, der wie folgt lauten könnte:

„Der Aufsichtsrat überwacht nicht nur, wie die ökonomische, sondern auch die ökologische und soziale Nachhaltigkeit des Unternehmens bei der Planung berücksichtigt wird und wie diese Belange vom internen Kontroll- und Risikomanagementsystem umfasst werden.“

9. Abschnitt A.III. Funktion der Hauptversammlung: Say on Climate

- 31 Die Hauptversammlung wird im Vergleich zum Vorstand und vor allem zum Aufsichtsrat im Kodex nur in wenigen Grundsätzen und Anregungen angesprochen, obwohl sie für die aktive und verantwortungsvolle Ausübung der Mitgliedschaftsrechte institutioneller Anleger und sonstiger Aktionäre von maßgeblicher Bedeutung ist (s. Absatz 6 der Präambel). Es wäre wünschenswert, wenn der Kodex auch die Hauptversammlung stärker in den Blick nehmen würde. Einen Anlass dazu gibt das von Investoren in den letzten zwei Jahren international immer stärker geforderte Say on Climate Votum der Hauptversammlung zu einem vom Vorstand aufgestellten Climate Transition Action Plan.¹⁴ Der Initiative haben sich eine Vielzahl von institutionellen Investoren, Stimmrechtsberatern sowie NGOs angeschlossen. U.a. haben 55 führende institutionelle

¹³ Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. EU 2019 Nr. L 317.

¹⁴ S. zur Say on Climate Vote Initiative <https://sayonclimate.org/>.

Investoren am 28.7.2021 das Statement „Investor Position Statement – A call for Corporate Net Zero Transition Plans“ veröffentlicht, in dem Unternehmen aufgefordert werden, (i) einen Plan zur Erreichung einer Klimaneutralität zu veröffentlichen, (ii) einen Director zu benennen, der für die Umsetzung dieses Plans verantwortlich ist und (iii) den Investoren die Möglichkeit einzuräumen, jährlich über die Fortschritte bei der Umsetzung des Plans Beschluss zu fassen. Einen Fokus auf die EU legt die Institutional Investors Group on Climate Change (IIGCC), der sich mittlerweile mehr als 370 Mitglieder, insbesondere Asset Manager, aus 22 Ländern angeschlossen haben.¹⁵

32 Bereits in 2021 hat eine Vielzahl von börsennotierten europäischen Unternehmen Say on Climate Beschlüsse gefasst, u.a. Glencore plc (Schweiz), Iberdrola S.A. (Spanien), HSBC (Großbritannien), Moody's Corporation (USA), National Grid plc (Großbritannien), Nestlé S.A. (Schweiz), Royal Dutch Shell plc (Niederlande), S&P Global Inc. (USA), TotalEnergies SE (Frankreich) und Unilever plc (Großbritannien).¹⁶ Eine erhebliche Zahl weiterer Unternehmen hat erstmals für 2022 derartige Hauptversammlungsvoen angekündigt.¹⁷

33 Auch insoweit wäre ein Impuls des Kodex für eine verstärkte Abstimmung der Klimaschutzbemühungen zwischen Verwaltung und Eigentümern oder jedenfalls eine Stellungnahme dazu wünschenswert. Der Kodex muss nicht so weit gehen, eine Befassung der Hauptversammlung mit der Klimastrategie des Unternehmens unabhängig von Wünschen der Aktionäre zu empfehlen. Im Hinblick auf die klar formulierten Wünsche und Erwartungen von Investoren und den mit überobligationsmäßigen Klimaschutzbemühungen des Unternehmens häufig verbundenen negativen Auswirkungen zumindest auf die kurzfristige Profitabilität bietet sich eine engere Abstimmung zwischen Verwaltung und Eigentümern in dieser Frage an. Dazu wäre eine Empfehlung oder zumindest Anregung derart hilfreich, dass Vorstand und Aufsichtsrat einem Wunsch von Aktionären zu einer solchen (unverbindlichen) Beschlussfassung der Hauptversammlung nachkommen sollten.

¹⁵ Zu weiteren Informationen s. <https://www.iigcc.org/about-us/our-members>.

¹⁶ Zu einem Überblick über bereits durchgeführte und für 2022 geplante Say on Climate Beschlüsse börsennotierter Unternehmen s. etwa <https://www.msci.com/research/insights-gallery/shareholders-say-on-climate>; zur Unterstützung der Say on Climate Initiative s. deren Website <https://sayonclimate.org/supporters/>.

¹⁷ S. auch dazu <https://www.msci.com/research/insights-gallery/shareholders-say-on-climate>.

34 Rechtliches Instrument wäre die freiwillige Vorlage einerseits der eigenen Klimastrategie einschließlich kurz-, mittel- und langfristiger Ziele und Maßnahmen sowie andererseits eines jährlichen Berichts über die erzielten Fortschritte an die Hauptversammlung.

35 Zu überlegen wäre, wie ein „Wunsch von Aktionären“ konkretisiert werden könnte. Man könnte daran denken, in Anlehnung an § 122 Abs. 2 AktG die Äußerung eines solchen Verlangens durch Aktionäre zu fordern, deren Anteile zusammen 5% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von EUR 500.000 erreichen.

36 Zu überlegen wäre, ob ein entsprechender Impuls als Empfehlung oder als Anregung formuliert werden sollte. Da es sich um eine für die deutsche Hauptversammlungspraxis neue Gestaltung handelt, die weder in der Praxis noch wissenschaftlich intensiv diskutiert worden ist, bietet es sich an, diese zumindest zunächst lediglich als Anregung auszugestalten.

37 Vorschlag für eine zusätzliche Anregung A.10:

„Der Vorstand sollte der Hauptversammlung seinen Plan zum Umgang mit klimaschädlichen Emissionen und deren Reduzierung sowie einen Bericht zu dessen Umsetzung jedenfalls dann zur Billigung vorlegen, wenn Aktionäre, deren Anteile den 20. Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von EUR 500.000 erreichen, dies verlangen.“

38 Wie detailliert die Vorlage ist, was darin enthalten ist, wie häufig der Plan vorgelegt wird usw. kann der praktischen Entwicklung überlassen bleiben. Dass der Beschluss für den Vorstand nach deutschem Aktienrecht nicht bindend wäre, muss ebenfalls nicht klargestellt werden.

10. Grundsatz 9

39 Grundsatz 9 Satz 2 des Entwurfs fasst die gesetzlichen Regelungen zur Gender-Quote im Vorstand (§§ 76 Abs. 3a, 111 Abs. 5 AktG) zusammen. Die Kommission könnte erwägen, die Formulierung etwas zu straffen. Da sich der Kodex primär an börsennotierte Gesellschaften richtet (siehe Präambel Absatz 3), kann auf Aussagen zu nicht börsennotierten Gesellschaften verzichtet werden. Im Text sollte anstelle von „Unternehmen“ präziser von „Gesellschaften“ gesprochen werden, denn „Unternehmen“ kennzeichnet nach der Präambel die börsennotierten Gesellschaften und sämtliche Tochtergesellschaften, was nach dem Gesetz nicht gemeint ist.

40 Vorschlag: Grundsatz 9 Satz 2 des Entwurfs wird wie folgt formuliert:

„Der Aufsichtsrat legt Zielgrößen für den Frauenanteil im Vorstand fest. Bei paritätisch mitbestimmten Gesellschaften ist die gesetzliche Mindestbeteiligung der Geschlechter zu gewährleisten.“

11. Empfehlung C.1

- 41 In der Empfehlung C.1 des Entwurfs wird das empfohlene Kompetenzprofil des Aufsichtsrats in Satz 3 um die Expertise in Nachhaltigkeitsfragen ergänzt. In der Begründung zu C.1 Satz 2 (gemeint ist Satz 3) heißt es: *„Die Aufsichtsräte benötigen eine der Bedeutung der Nachhaltigkeitsfragen für das betreffende Unternehmen entsprechende Expertise. Diese ist unabhängig von der in D.4 empfohlenen Sachkunde für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und deren Prüfung.“*
- 42 Sachlich ist der Empfehlung nicht zu widersprechen. Allerdings steigt mit jeder zusätzlichen Aufnahme weiterer Kompetenzanforderungen die Gefahr, dass das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats immer differenzierter und detaillierter und für die einzelne Gesellschaft in der Praxis immer schwieriger zu erreichen sein wird. Das gilt vor allem in Zusammenschau mit der im Entwurf ebenfalls verschärften Empfehlung D.4, die bereits für zwei Aufsichtsratsmitglieder im obligatorischen Prüfungsausschuss besondere prüfungsrelevante Kompetenzen „reserviert“ (hierzu nachfolgend Rz. 54). Daneben gibt es je nach Branche und Größe des Unternehmens zahlreiche weitere Expertisen, die für einen Aufsichtsrat unerlässlich sind.¹⁸
- 43 Empfehlungen zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats und vor allem zu den notwendigen Kompetenzprofilen sollten daher so formuliert sein, dass Unternehmen nicht gezwungen sind, Kompetenzprofile zu formulieren und zu veröffentlichen, deren Einhaltung entweder kaum möglich ist oder dadurch erreicht wird, dass die Anforderungen an die jeweilige Kompetenz sehr niedrig angesetzt werden. Es besteht die Gefahr, dass rein formale Kriterien für die Aufsichtsratszusammensetzung in den Vordergrund treten und die grundlegende Eigenschaft vernachlässigt wird, den Vorstand kritisch, eigenständig und unabhängig in den verschiedenen unternehmerischen Fragestellungen zu beraten und zu überwachen. Dafür sind Erfahrung und Charaktereigenschaften häufig wichtiger als formale Qualifikationen.

¹⁸ S. etwa *Habersack* in MünchKomm.-AktG, 5. Aufl. 2019, § 116 Rz. 24; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 116 Rz. 4.

- 44 Anstelle der Aufnahme zusätzlicher Expertise, die das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats umfassen soll, wie hier zu den für das Unternehmen bedeutsamen Nachhaltigkeitsfragen, erscheint eine Empfehlung vorzugswürdig, die mehr Transparenz in den Wahlvorschlägen für die Wahl neuer Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat schafft.¹⁹ Nach dem Gesetz haben Wahlvorschläge bislang lediglich Name, Beruf und Wohnort des Vorgeschlagenen (§ 124 Abs. 3 S. 4 AktG) und bei börsennotierten Gesellschaften die Mitgliedschaft des Vorgeschlagenen in anderen vergleichbaren Kontrollgremien (§ 125 Abs. 1 S. 5 AktG) zu enthalten. Der Kodex empfiehlt darüber hinaus die Aufnahme des Lebenslaufs, der über relevante Kenntnisse und Erfahrungen Auskunft gibt (C.14 DCGK). Um den Aktionären eine informierte Entscheidung über die im Aufsichtsrat vertretene Expertise zu ermöglichen und zudem die Sensibilität der Aufsichtsratsmitglieder für ihre Vorschlagsverantwortung – im Hinblick auf den Aspekt der Nachhaltigkeit, aber auch anderer für die Aufsichtsratsstätigkeit notwendiger Kompetenzen – zu schärfen, sollten die Wahlvorschläge darüber hinaus eine Begründung enthalten, ob und inwieweit der vorgeschlagene Kandidat dem fachlichen und persönlichen Anforderungsprofil, insbesondere auch mit Rücksicht auf Nachhaltigkeitsfragen, entspricht und wie er nach Einschätzung des Aufsichtsrats zur Qualifikation des Gesamtaufwichtsrats beiträgt.²⁰ Eine solche Begründung anstelle formaler Kriterien würde eine flexible Handhabung der Kompetenzprofile unter Berücksichtigung der konkreten Unternehmensstruktur und der spezifischen Risikolage erlauben. Die Empfehlung zum Kandidatenvorschlag sollte daher durch eine entsprechende Begründungspflicht ergänzt werden. Eine Kodex-Empfehlung hätte gegenüber einer gesetzlichen Regelung den Vorteil, dass damit keine signifikanten Anfechtungsrisiken einhergehen.
- 45 Bei der Gelegenheit könnte man die bislang bestehenden Unklarheiten zur Reichweite der dritten Empfehlung in C.14 DCGK beseitigen und aus Transparenzgründen klarstellen, dass die Empfehlung zur Veröffentlichung des Lebenslaufs der Kandidaten auf der Internetseite auch für Arbeitnehmervertreter gilt.²¹

¹⁹ Zu einem entsprechenden Vorschlag für eine gesetzliche Pflicht *de lege ferenda Verse*, in: Hommelhoff/Kley/Verse (Hrsg.), Reform des Aufsichtsratsrechts, 2021, S. 71, 74 f.

²⁰ *Verse*, in: Hommelhoff/Kley/Verse (Hrsg.), Reform des Aufsichtsratsrechts, 2021, S. 71, 74 f.

²¹ Vgl. zu diesem Problem etwa *Busch/Link* in Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar, DCKG, 2020, C.14 Rz. 14; v. *Werder/Bartz*, DB 2017, 769, 772.

46 Vorschlag: Empfehlung C.1 Satz 3 des Entwurfs wird gestrichen. Stattdessen wird Empfehlung C.14 DCGK folgendermaßen ergänzt:

„Dem Kandidatenvorschlag soll ein Lebenslauf beigefügt werden, der über relevante Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Erfahrungen Auskunft gibt; dieser soll durch eine Übersicht über die wesentlichen Tätigkeiten neben dem Aufsichtsratsmandat sowie eine Begründung ergänzt werden, ob und inwieweit der Kandidat den fachlichen und persönlichen Anforderungen, insbesondere auch in Nachhaltigkeitsfragen, entspricht. Der Lebenslauf soll für alle Aufsichtsratsmitglieder, einschließlich der Arbeitnehmervertreter, jährlich aktualisiert auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht werden.“

12. Empfehlung D.3

a) Erster Absatz

47 Der erste Absatz von Empfehlung D.3 betrifft das Zusammenwirken von Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss und Abschlussprüfer. Die Empfehlung ist insoweit fehlplatziert, sie gehört sachlich zum Abschnitt III. („Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer“). Der erste Absatz von Empfehlung D.3 sollte dorthin verschoben werden.

48 Die Betonung der besonderen Aufgaben und der Verantwortung des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses ist zu begrüßen.

49 Im zweiten Satz des ersten Absatzes wird auf Diskussionen zwischen Management und Abschlussprüfer über kritische Prüfungssachverhalte verwiesen. Der Begriff „Management“ ist untechnisch. Es wird angeregt, hier den Begriff „Management“ durch „Vorstand“ zu ersetzen. Eine Teilnahme des Prüfungsausschussvorsitzenden an Gesprächen zwischen nachgeordneten Führungsebenen und dem Abschlussprüfer im Rahmen der Prüfung ist nicht geboten.

b) Zweiter Absatz

50 Im zweiten Absatz stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, bestimmte Überwachungsaufgaben des Prüfungsausschusses hervorzuheben. Zudem wird durch die Empfehlung der Eindruck erweckt, die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 1 AktG umfasse nicht schon kraft Gesetzes die Frage, ob das vom Vorstand eingerichtete interne Kontroll- und Risikomanagementsystem angemessen und wirksam ist.

51 Zur Regelungstechnik: Wenn die Kommission eine interne Prüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit der verschiedenen Elemente des eingerichteten internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems für wünschenswert hält, sollte sie eine entsprechende Empfehlung an den Vorstand richten, statt dem Prüfungsausschuss zu empfehlen, sich von einer solchen internen Prüfung zu überzeugen.

52 Unklar ist auch, warum der Prüfungsausschuss externe Prüfungen des internen Revisionssystems veranlassen soll. Dies ist aus unserer Sicht eine Frage des Einzelfalls, bei der der erwartete Nutzen einer externen Prüfung gegen die damit verbundenen Kosten abgewogen werden muss. Im Übrigen sollte die Kompetenz, eine externe Prüfung der internen Revision zu veranlassen, jedenfalls im Regelfall allein beim Vorstand liegen.

53 Vorschlag: Absatz 2 von Empfehlung D.3 des Entwurfs wird gestrichen.

13. Empfehlung D.4

54 Auch hier bietet sich etwas mehr Zurückhaltung im Hinblick auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats an (hierzu bereits oben in Rz. 42). Nach § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG muss mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und mindestens ein weiteres seiner Mitglieder über Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung verfügen. Das Bedürfnis, über die gesetzlichen Anforderungen hinauszugehen, bedarf jedenfalls einer näheren Begründung. Verständlich ist, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses eine der Kompetenzen erfüllen sollte. Es ist allerdings kein Grund erkennbar, die gesetzlichen Anforderungen an den Sachverstand der Prüfungsausschussmitglieder weiter zu erhöhen. Je höher die Anforderungen an Spezialkenntnisse von Aufsichtsratsmitgliedern sind, desto weniger können andere Qualifikationen und persönliche Eigenschaften berücksichtigt werden und umso stärker werden die Auswahlmöglichkeiten eingeschränkt. Die Qualität der Aufsichtsratsarbeit und die Qualifikation seiner Mitglieder können nicht allein durch Verschärfungen von Formalvoraussetzungen an den Sachverstand verbessert werden.

55 Vorschlag: Empfehlung D.4 Sätze 1 und 2 des Entwurfs werden gestrichen.

14. Anregung D.8 Satz 2

56 In den letzten zwei Jahren fanden Aufsichtsratssitzungen pandemiebedingt in Form von Videokonferenzen statt. Diese Form der Aufsichtsratssitzung hat sich nach allgemeiner Auffassung bewährt, insbesondere konnte ein angemessener Gedankenaustausch zwischen den

Aufsichtsratsmitgliedern auf diese Weise gewährleistet werden. Daher erscheint aus heutiger Sicht die Anregung, die Teilnahme per Videokonferenz sollte nicht die Regel sein, als zu restriktiv. Richtig ist aber auch, dass sich nicht alle Tagesordnungspunkte einer Aufsichtsratssitzung in gleicher Weise für eine Videokonferenz eignen. Hier ist der Aufsichtsratsvorsitzende gefordert, das richtige Format für eine Aufsichtsratssitzung festzulegen – in physischer Präsenz oder virtuell. Dabei kann er sich von dem Gedanken leiten lassen, dass komplexe Themen eher in einer physischen Sitzung behandelt werden. Hierzu gehören z.B. große M&A-Vorhaben.²² Die kritische Haltung gegenüber reinen Telefonkonferenzen sollte der Kodex beibehalten.

57 Vorschlag: Anregung D.8 Satz 2 DCGK sollte wie folgt geändert werden:

„Als Teilnahme gilt auch eine solche über Telefon- oder Videokonferenzen. ~~diese sollte Telefonkonferenzen sollten~~ aber nicht die Regel sein.“

15. Empfehlung D.11

58 Nach § 109 Abs. 1 S. 3 AktG in der Fassung des FISG nimmt der Vorstand an einer Aufsichtsrats- oder Ausschusssitzung nicht teil, wenn der Abschlussprüfer als Sachverständiger zugezogen wird, es sei denn, der Aufsichtsrat oder der Ausschuss erachtet seine Teilnahme für erforderlich. Es ist nicht klar, inwieweit Empfehlung D.11 darüber hinaus eine Teilnahme des Vorstands an Gesprächen zwischen Prüfungsausschuss und Abschlussprüfer ausschließen will.

59 Unklar ist auch, was mit „regelmäßig“ gemeint ist. Ist damit gemeint, dass häufiger mit als ohne Vorstand getagt wird oder wäre auch eine Regel von einer Sitzung ohne den Vorstand im Jahr eine ausreichende Regel?

60 Ohne den Vorstand und damit im Zweifel auch Führungskräfte nachgeordneter Ebenen ist möglicherweise das erforderliche Know-how in den Sitzungen nicht vertreten. Es fragt sich, ob es nicht zweckmäßiger wäre, an einen sachlichen Grund für eine Tagung ohne den Vorstand anzuknüpfen, sofern man denn überhaupt über § 109 Abs. 1 S. 3 AktG hinaus Vorgaben machen möchte.

²² Näher zum Ganzen *Kremer/Mucic/Thomas/von Werder*, DB 2021, 1145.

61 Im Ergebnis erscheint es uns nicht zweckmäßig, mit einer Empfehlung die Entscheidung der Frage durch den Prüfungsausschuss und seinen Vorsitzenden, ob der Vorstand an einer Ausschusssitzung mit dem Abschlussprüfer teilnimmt, zu beeinflussen.

62 Vorschlag: Empfehlung D.11 des Entwurfs wird gestrichen.
