

## CB-BEITRAG

Madeleine Zipperle, RAin, und Sascha Beck, RA

# Neue Regeln zur „guten Unternehmensführung“ – Die Reform des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)

Am 9.5.2019 hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex eine neue Fassung des DCGK beschlossen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zur Veröffentlichung eingereicht werden soll. Die Neufassung des Kodex wird die derzeit gültige Fassung vom 7.2.2017 ablösen. Nachdem der ursprüngliche Reformentwurf teils auf erhebliche Kritik gestoßen ist, wurde bei der nunmehr beschlossenen Fassung nicht nur beispielsweise bei den Regelungen zur Vorstandsvergütung und denjenigen zur Bestelldauer von Aufsichtsräten (teils erheblich) nachjustiert, es wurde auch von der Implementierung eines „apply and explain“-Konzeptes abgesehen, das den Umgang mit den DCGK-Regelungen grundlegend verändert hätte. Im Folgenden werden zunächst die strukturellen Änderungen des DCGK erläutert, bevor sodann die wichtigsten inhaltlichen Neuerungen im Überblick dargestellt werden.

## I. Bedeutung und Zielsetzung des DCGK und der Reform

### 1. Der DCGK – „Soft-Law“ mit faktischem Befolgungsdruck

Ausweislich seiner Präambel beinhaltet der DCGK ein Regelwerk, dessen Beherzigung durch Vorstand und Aufsichtsrat dazu beitragen soll, dass Gesellschaften im Unternehmensinteresse geführt werden. Obschon es sich beim DCGK nicht um einen Akt staatlicher Rechtssetzung handelt<sup>1</sup>, kommt ihm erhebliche rechtliche Bedeutung zu. Grund hierfür ist, dass Vorstand und Aufsichtsrat von im regulierten Markt notierten Gesellschaften nach § 161 AktG jährlich im Rahmen der sogenannten Entsprechenserklärung offenlegen müssen, ob und in welchem Umfang die Empfehlungen des DCGK befolgt werden. Wird die Entsprechenserklärung fehlerhaft abgegeben, kann dies unter bestimmten Voraussetzungen zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung führen.<sup>2</sup>

Über die rechtliche Bedeutung hinaus kommt dem DCGK jedoch insbesondere eine tatsächliche Bedeutung zu. So gilt er derzeit für rund 700 börsennotierte Unternehmen<sup>3</sup> und wies für das Jahr 2018 eine durchschnittliche Befolgungsquote von 87,5% bezogen auf sämtliche Kodexbestimmungen auf<sup>4</sup>. Dabei lässt sich festhalten: Je strenger die Regularien des Börsensegments, in dem ein Unternehmen notiert, umso mehr halten sich Vorstand und Aufsichtsrat an die Anregungen und Empfehlungen des DCGK.<sup>5</sup> So lag die Befolgungsquote 2018 bei den DAX-30-Unternehmen bei 95,9%, bei im General Standard gelisteten Unternehmen bei 73,6%.<sup>6</sup>

### 2. Ziele der Reform

Seit seiner Erstveröffentlichung im Jahr 2002 wurde der DCGK nahezu

jährlich geändert. In manchen Jahren gab es lediglich redaktionelle, in manchen mehr oder weniger große inhaltliche Änderungen. Das erklärte Ziel der aktuellen Neufassung war nicht weniger als die bislang umfangreichste Reform des DCGK.<sup>7</sup>

Die Grundfunktionen des DCGK sollten im Rahmen der Reform unangetastet bleiben, d.h. es sollen durch den DCGK auch weiterhin gesetzesergänzende Standards guter Unternehmensführung gesetzt werden (Ordnungsfunktion) und die Grundzüge des deutschen Corporate Governance-Systems für ausländische Investoren verständlich dargestellt werden (Kommunikationsfunktion).<sup>8</sup> Inhaltliche Schwerpunkte der Reform liegen insbesondere in den Regelungen zur Vorstandsvergütung und dem Komplex der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern. Als konkretes Ziel der Reform wurde zudem ausgerufen, das „unüberschaubare Nebeneinander von gesetzlich legitimiertem Kodex einerseits und einer Vielzahl von Abstimmungsrichtlinien von Investoren und Stimmrechtsberatern andererseits zu verhindern“.<sup>9</sup> Oder mit anderen Worten: Die Bedeutung des DCGK

1 Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen.

2 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07 sowie zuletzt OLG Celle, Urt. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

3 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/neue-regeln-der-kodex-kommission-fuer-gute-unternehmensfuehrung-16200306.html>, abgerufen am 1.7.2019.

4 v. Werder/Danilov, DB 2018, 1997 (1999).

5 So auch Goette, in: MüKoAktG, 4. Auflage 2018, AktG § 161 Rn. 34.

6 v. Werder/Danilov, DB 2018, 1997 (1999).

7 Pressemitteilung der Regierungskommission DCGK vom 22.5.2019.

8 v. Werder, DB 2019, 41.

9 Pressemitteilung der Regierungskommission DCGK vom 6.11.2018.

gegenüber Corporate Governance-Leitlinien von Großinvestoren und Stimmrechtsberatern sollte geschützt und ausgebaut werden. Interessant ist hierbei, dass dies – gewollt oder ungewollt – zu einer Neupositionierung des DCGK weg vom traditionellen weiten Stakeholder-Ansatz<sup>10</sup> hin zu einer eher kapitalmarktgeprägten Fokussierung auf Investoren führt.<sup>11</sup>

## II. Strukturelle Erneuerung

### 1. Bessere Verständlichkeit durch Entschlackung

Die offensichtlichste Neuerung des DCGK sticht dem Betrachter unmittelbar ins Auge: Er enthält rund ein Drittel weniger Wörter als die vorherige Fassung und wirkt dadurch wesentlich straffer. Zudem wird die bisherige Einteilung in Kapitel zugunsten einer aufgabenorientierten Gliederung aufgegeben. In deren Zentrum stehen die Aufgaben Leitung und Überwachung (A), ergänzt um die Besetzung des Vorstands (B), die Zusammensetzung (C) und Arbeitsweise (D) des Aufsichtsrats, die Behandlung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat (E), die Transparenz und externe Berichterstattung (F) sowie die Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat (G). So soll der DCGK künftig insbesondere internationalen Anlegern dabei helfen, das duale System der Trennung von Leitung und Überwachung besser zu verstehen.<sup>12</sup> Ebenfalls förderlich für die bessere Verständlichkeit sind die erstmals eingefügten Begründungen, die einzelne Regelungen des Kodex näher erläutern.

### 2. Ergänzung von Empfehlungen und Anregungen durch Grundsätze

Bislang setzten sich die Regelungen des DCGK (neben der reinen Darstellung des geltenden Rechts) aus Anregungen und Empfehlungen zusammen.

Empfehlungen wurden und werden im Kodex durch das Wort „soll“ kenntlich gemacht. Abweichungen sind jährlich in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG offenzulegen und jeweils einzeln zu begründen. Anregungen, von denen ohne Offenlegung in der Entsprechenserklärung abgewichen werden kann, sind im Kodex mit den Begriffen „sollte“ oder „kann“ gekennzeichnet. Während durch Empfehlungen erprobte und bewährte Standards eingeführt werden sollen, soll durch Anregungen auf künftige Entwicklungen der Unternehmensführung Einfluss genommen werden.<sup>13</sup>

Neben Empfehlungen und Anregungen wird der DCGK nunmehr insgesamt 25 sogenannte Grundsätze beinhalten, welche die wesentlichen rechtlichen Vorgaben für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung ausdrücken. Auf diese Weise soll einerseits über diese übergeordneten Grundsätze informiert werden, aus denen sich die Empfehlungen und Anregungen ableiten, und andererseits die bloße (bisher teilweise sehr umfassende) Wiedergabe des Gesetzeswortlauts entfallen.

### 3. Kein „apply and explain“

Ursprünglich sollte der bewährte „comply or explain“-Ansatz, nach dem zwar nicht die Befolgung der Empfehlungen, aber die Begründung bei Abweichung gesetzlich zwingend ist, durch einen „apply and explain“-Ansatz ergänzt werden, wie dies teilweise in Corporate Governance Kodizes anderer Staaten<sup>14</sup> der Fall ist. Hierzu war angedacht, dass Vorstand und Aufsichtsrat erläutern, auf welche Weise die vorangestellten Grundsätze des Kodex im Unternehmen angewendet werden, ohne dabei auf Standardtexte zurückzugreifen. Dieser Ansatz

hätte zweifelsohne zu einem erheblich erhöhten Verwaltungsaufwand geführt, der sich insbesondere bei kleinen und mittleren börsennotierten Unternehmen bemerkbar gemacht hätte. Ein inhaltlicher Mehrwert, der diesen zusätzlichen Bürokratieaufwand aufgewogen hätte, war jedoch nicht zu erkennen.<sup>15</sup> § 289f Abs. 2 Nr. 2 HGB verlangt bereits, relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen. Entsprechend groß war die Kritik im Rahmen der Konsultationsphase, die letztlich zu der begrüßenswerten Streichung des „apply and explain“ führte.

## III. Inhaltliche Neuerungen

### 1. Vorstandsvergütung

Einen klaren Schwerpunkt bilden mit rund 30 Empfehlungen und einer Anregung die Regelungen zur Vorstandsvergütung, durch die die Transparenz und die gesellschaftliche Akzeptanz der Vergütung von Vorstandsmitgliedern erhöht werden soll.<sup>16</sup> Der Entwurf des Kodex sieht im Einklang mit dem ARUG II<sup>17</sup> vor, dass der Aufsichtsrat auf Grundlage eines allgemein verständlichen Vergütungssystems die konkrete Vergütung einzelner Vorstandsmitglieder bestimmen soll und die Hauptversammlung mit (lediglich) beratendem Charakter über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems beschließt.<sup>18</sup> Der DCGK beschreibt in Empfehlung G.1 die Eckpunkte des Vergütungssystems und gibt Empfehlungen hinsichtlich der Festlegung der konkreten Gesamtvergütung<sup>19</sup> sowie der Festsetzung der Höhe der variablen Vergütungsbestandteile<sup>20</sup>.

Im Vergütungssystem soll u.a. eine konkrete Ziel-Gesamtvergütung festgelegt werden. Diese umfasst alle Vergütungselemente (inkl. Beiträge zur Altersversorgung und Nebenleistungen) und wird ausbezahlt, wenn alle vereinbarten Ziele zu 100% erreicht werden.<sup>21</sup> Begrenzt wird die Ziel-Gesamtvergütung durch ein „Cap“ für die maximale Vergütung, das selbst bei Übererfüllung der Ziele nicht überschritten werden soll. In der Ausgestaltung dieser Grenze sind die Unternehmen frei. Ziel- und Maximalvergütung sollen jedoch im Vergleich zur Vergütung der oberen Führungskräfte und der Mitarbeiter insgesamt vermittelbar sein und auch der Öffentlichkeit erklärt werden können.<sup>22</sup>

Weggefallen sind die bisherigen Mustertabellen für die Organvergütung gemäß Ziffer 4.2.5 DCGK-2017, da § 162 AktG-E i. d. F. des

10 Vgl. zum weiten Stakeholder-Ansatz des DCGK gegenüber der kapitalmarkt-rechtlichen Perspektive US-amerikanischer Kodizes *Schlitter/Kühnberger*, ZCG 2019, 73.

11 So auch v. *Werder*, DB 2019, 41.

12 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen I. (1).

13 *Goette*, in: *MüKoAktG*, 4. Auflage 2018, AktG § 161 Rn. 23.

14 So z.B. die Kodizes in Großbritannien und den Niederlanden.

15 So befürchtete beispielsweise auch der Handelsrechtsausschuss und Ausschuss Corporate Social Responsibility und Compliance des Deutschen Anwaltvereins in seiner Stellungnahme im Rahmen der Konsultation, „dass der Informationsgehalt dieser Erklärung gering, der bürokratische Aufwand jedoch hoch wäre“, NZG 2019, 252.

16 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen II. 3.

17 Vgl. § 87a Abs. 1 Satz 1 AktG-E i. d. F. des ARUG II.

18 Vgl. Grundsatz 23 DCGK-2019.

19 Vgl. G.2 ff. DCGK-2019.

20 Vgl. G.6 ff. DCGK-2019.

21 Vgl. G.1 DCGK-2019.

22 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen II. 3.

ARUG II nunmehr einen sehr detaillierten Vergütungsbericht vorschreibt.<sup>23</sup> Die in den Vergütungsbericht aufzunehmenden Angaben gehen über den Inhalt der Kodex-Mustertabellen hinaus, beispielsweise bei der Darstellung, wie Leistungsindikatoren für jedes einzelne Vorstandsmitglied angewandt wurden. Dennoch stößt der Verzicht auf die Mustertabellen teilweise auf Kritik. So wird beispielsweise eine Rückkehr in die „Transparenzsteinzeit“ befürchtet.<sup>24</sup>

Weiterhin werden auch Empfehlungen zur Struktur der Vorstandsvergütung ausgesprochen. Die Gesamtvergütung besteht in der Regel aus fixen und variablen, leistungsabhängigen Elementen, wobei sich der variable Vergütungsanteil künftig nach kurzfristigen sowie langfristigen Zielerfüllungen richten soll. Die langfristig variable Vergütung sollte vor allem Anreiz zur Umsetzung strategischer Maßnahmen als Beitrag zur langfristigen Entwicklung der Gesellschaft sein.<sup>25</sup> Der Kodex empfiehlt deshalb, dass der Anteil der langfristig variablen Vergütung den Anteil der kurzfristig variablen Vergütung übersteigen soll.<sup>26</sup> Bei der Auszahlung der langfristigen Boni soll auf eine Bargeldauszahlung verzichtet werden. Die ursprüngliche Empfehlung, wonach Langfristanreize ausschließlich in Aktien gezahlt werden sollten, ist vom Tisch. Stattdessen heißt es nun, dass die Langfristvergütung überwiegend vom Vorstandsmitglied in Aktien der Gesellschaft angelegt oder entsprechend aktienbasiert gewährt werden soll.<sup>27</sup>

Im Kodex werden außerdem Empfehlungen und Anregungen für Leistungen bei Vertragsbeendigung gegeben.<sup>28</sup> In Bezug auf Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels (Change of Control) empfahl der DCGK-2017 in Ziffer 4.2.3 Abs. 5 noch eine Obergrenze. Da diese Empfehlung jedoch verbreitet so verstanden wurde, dass solche Leistungen überhaupt zugesagt werden sollen, was jedoch nicht bezweckt war<sup>29</sup>, empfiehlt der Kodex nunmehr, dass Zusagen für Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung des Anstellungsvertrages durch das Vorstandsmitglied infolge eines Change of Control nicht vereinbart werden sollten.<sup>30</sup>

Sofern Vorstandsmitglieder konzernintern Aufsichtsratsmandate wahrnehmen, soll die Vergütung für diese Aufsichtsratsstätigkeiten auf die Festvergütung für die Vorstandstätigkeit angerechnet werden.<sup>31</sup> Bei der Übernahme konzernfremder Aufsichtsratsmandate soll der Aufsichtsrat entscheiden, ob und inwieweit die Vergütung anzurechnen ist.<sup>32</sup>

## 2. Aufsichtsratsvergütung

Bei der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder soll – was im Vergleich zu Ziffer 5.4.6 Abs. 1 Satz 2 DCGK-2017 deutlich herausgestellt wurde – der unterschiedliche zeitliche Aufwand für besondere Funktionen im Aufsichtsrat, wie beispielsweise die Funktion des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats sowie des Vorsitzenden und der Mitglieder von Ausschüssen angemessen berücksichtigt und zur Differenzierung herangezogen werden.<sup>33</sup> Sofern den Aufsichtsratsmitgliedern neben einer Festvergütung eine erfolgsorientierte Vergütung zugesagt wird, soll diese auf eine langfristige Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet sein.<sup>34</sup> Generell empfiehlt der DCGK jedoch, dass die Vergütung des Aufsichtsrats lediglich aus einer Festvergütung bestehen soll.<sup>35</sup>

## 3. Bestelldauer von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats

Der überarbeitete DCGK enthält nun auch eine Empfehlung im Hinblick auf die Erstbestellung eines Vorstands. Die bisherige Anregung, wonach eine Amtszeit von fünf Jahren jedenfalls nicht die Regel sein

soll, wurde nunmehr im Einklang mit der bereits gängigen Praxis auf drei Jahre herabgesetzt und zu einer Empfehlung hochgestuft.<sup>36</sup> Der ursprüngliche DCGK-Reformentwurf vom 25.10.2018 hatte noch vorgesehen, auch die empfohlene Amtszeit für Aufsichtsratsmitglieder der Aktionärsseite auf drei Jahre zu verkürzen.<sup>37</sup> Dadurch sollte der internationalen Entwicklung Rechnung getragen und die Flexibilität erhöht werden, um insbesondere ein sich entwickelndes Kompetenzprofil besser erfüllen und Veränderungen der Eigentümerstruktur berücksichtigen zu können.<sup>38</sup> Diese Empfehlung wurde angesichts massiver Ablehnung jedoch wieder gestrichen, sodass bei der Bestellung von Aufsichtsräten nur die Regelung des § 102 Abs. 1 AktG zu beachten ist, die eine Amtszeit von maximal fünf Jahren für Aufsichtsratsmitglieder vorsieht, wengleich Deutschland damit im internationalen Vergleich am oberen Ende liegt.<sup>39</sup> Diese Amtszeit ist für Aktionärsvertreter in deutschen Unternehmen derzeit auch absolut üblich und bisher haben weder die Unternehmensleitungen noch international agierende Investoren Anlass zur Änderung dieser Praxis gesehen.<sup>40</sup> Auch die Bundesrechtsanwaltskammer hielt die ursprüngliche Empfehlung für unglücklich und verwies darauf, dass unterschiedlich lange Mandatslaufzeiten für Arbeitnehmervertreter und für Aktionärsvertreter in Deutschland nicht der gängigen Praxis entsprächen.<sup>41</sup>

## 4. Weitere wesentliche Regelungen zum Vorstand

Diversität spielt eine wichtige Rolle in den Empfehlungen des neuen Kodex. So soll der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auf Diversität achten, wobei diese im Einklang mit § 298f Abs. 2 Nr. 6 HGB beispielsweise durch Alter, Geschlecht, Bildungs- oder Berufshintergrund definiert wird. Aber auch die internationale Besetzung des Vorstands gilt es zu berücksichtigen.<sup>42</sup> Ebenfalls soll bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen und bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates auf Diversität geachtet werden.<sup>43</sup>

Im DCGK-Entwurf vom 25.10.2018 fand die Diversität noch in drei Grundsätzen ihren Niederschlag. Hierbei handelte es sich allerdings um ein redaktionelles Versehen, da ausweislich der Präambel des

23 Pressemitteilung der Regierungskommission DCGK vom 22.5.2019.

24 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/neue-regeln-der-kodex-kommission-fuer-gute-unternehmensfuehrung-16200306.html>, abgerufen am 1.7.2019.

25 Vgl. § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG-E i. d. F. des ARUG II.

26 Vgl. G.6 DCGK-2019.

27 Vgl. G.10 DCGK-2019.

28 Vgl. G.12 ff. DCGK-2019.

29 Begründung zu G.14 DCGK-2019.

30 Vgl. G.14 DCGK-2019.

31 Vgl. G.15 DCGK-2019.

32 Vgl. G.16 DCGK-2019.

33 Vgl. G.17 DCGK-2019.

34 Vgl. G.18 DCGK-2019.

35 Vgl. G.18 DCGK-2019.

36 Vgl. B.3 DCGK-2019.

37 Vgl. B.1 DCGK Entwurf vom 25.10.2018.

38 Erläuterung zu Empfehlung B.1 DCGK Entwurf vom 25.10.2018.

39 In Großbritannien z.B. empfiehlt der Corporate Governance Code eine einjährige Bestellperiode.

40 Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, NZG 2019, 220, 222.

41 Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2019.html>, abgerufen am 2.7.2019.

42 Begründung zu B.1 DCGK-2019.

43 Vgl. A.1, C.1 DCGK-2019.

Kodex die Grundsätze wesentliche rechtliche Vorgaben verantwortungsvoller Unternehmensführung wiedergeben sollen. Die Vorgabe, wonach der Vorstand bzw. der Aufsichtsrat bei der Besetzung von Führungspositionen auf Diversität zu achten hat, geht jedoch über die Regelungen des Aktiengesetzes hinaus<sup>44</sup>, weshalb ihre Einordnung im neuen Kodexentwurf daher zu Recht korrigiert wurde. Nunmehr ist die Diversität in drei Empfehlungen verankert.

Des Weiteren soll für Vorstandsmitglieder eine Altersgrenze festgelegt und diese in der Erklärung zur Unternehmensführung angegeben werden.<sup>45</sup> Ebenso soll der Aufsichtsrat gemeinsam mit dem Vorstand für eine langfristige Nachfolgeplanung sorgen und diese auf gleiche Weise offenlegen.<sup>46</sup>

Neu hat das Thema Whistleblowing Einzug in den DCGK gehalten: Beschäftigten und Dritten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben.<sup>47</sup>

### 5. Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern

Durch ein unabhängiges Überwachungsorgan soll eine am Unternehmensinteresse ausgerichtete Überwachung sichergestellt und potentielle Interessenkonflikte verhindert werden.<sup>48</sup> Als unabhängig im Sinne des Kodex ist ein Mitglied anzusehen, wenn es unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand sowie unabhängig von einem kontrollierenden Aktionär ist.<sup>49</sup> Die Kommission behält somit die auch bislang schon geltende zweigliedrige Betrachtung der Unabhängigkeit bei. Die Unabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand wird im Kodex dahingehend konkretisiert, dass das Mitglied in keiner persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann.<sup>50</sup> Die Kommission empfiehlt, dass eine „angemessene Anzahl“ der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand sowie unabhängig von einem kontrollierenden Aktionär sein soll.<sup>51</sup> Für die Unabhängigkeit von Gesellschaft und Vorstand wird diese „angemessene Anzahl“ auf jedenfalls mehr als die Hälfte der Aktionärsvertreter konkretisiert.<sup>52</sup> Dass im Kontext der Unabhängigkeitsregelungen nun ausdrücklich auf die Anteilseignerseite abgestellt wird, führt insbesondere für mitbestimmte Aufsichtsräte zu einer maßgeblichen Neuerung: Bislang wurden in der Praxis Arbeitnehmervertreter nahezu durchweg als unabhängig eingestuft, sodass auch bei einer bloß minimalen Anzahl von unabhängigen Aktionärsvertretern stets eine angemessene Anzahl an Aufsichtsratsmitgliedern unabhängig war.<sup>53</sup> Dies wird künftig nicht mehr möglich sein.

Zur Ausfüllung der recht allgemein gehaltenen Definition der Unabhängigkeit, die inhaltlich stark an die Unabhängigkeitsdefinition in Ziffer 5.4.2 S. 2 DCGK-2017 angelehnt ist<sup>54</sup>, hält der DCGK nunmehr einen Katalog von Kriterien bereit, die vom Überwachungsorgan bei der Beurteilung der Unabhängigkeit seiner Mitglieder zu beachten sind.<sup>55</sup> Indikatoren für eine fehlende Unabhängigkeit von der Gesellschaft oder dem Vorstand sind aus Sicht der Kommission, wenn das Aufsichtsratsmitglied

- in den zwei Jahren vor seiner Ernennung Mitglied des Vorstands der Gesellschaft war,
- aktuell direkt oder als Gesellschafter oder in verantwortlicher Funktion eines konzernfremden Unternehmens eine wesentliche geschäftliche Beziehung mit der Gesellschaft oder einem von dieser abhängigen Unternehmen (etwa als Kunde, Lieferant, Kreditgeber oder Berater) unterhält oder in dem Jahr bis zu seiner Ernennung eine solche unterhalten hat,

- ein naher Familienangehöriger eines Vorstandsmitglieds ist oder
- dem Aufsichtsrat seit mehr als 12 Jahren angehört.<sup>56</sup>

Wie auch in § 111a AktG-E i. d. F. des ARUG II wird für den Begriff „naher Familienangehöriger“ auf die Definition in IAS 24.9 zurückgegriffen.<sup>57</sup> Danach sind nahe Familienangehörige einer Person Familienmitglieder, von denen angenommen werden kann, dass sie Einfluss nehmen oder von ihr beeinflusst werden können. Dazu gehören Kinder und Ehegatte oder Lebenspartner dieser Person, Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners dieser Person, abhängige Angehörige dieser Person sowie des Ehegatten oder Lebenspartners dieser Person. Die „unerwünschte“ Zugehörigkeit zum Vorstand in den zwei Jahren vor der Ernennung als Mitglied des Aufsichtsrats korrespondiert mit der sog. Cooling-off-Periode von zwei Jahren für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Die Katalogkriterien in C.7 DCGK-2019 sind geeignet, die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern zu verneinen, schließen diese aber nicht zwingend aus.<sup>58</sup> Vielmehr entscheiden die Anteilseignervertreter unter Beachtung der Kriterien nach pflichtgemäßem Ermessen über die Unabhängigkeit im Einzelfall.<sup>59</sup> Sofern trotz einschlägiger Indikatoren das betreffende Aufsichtsratsmitglied in einer Gesamtschau als unabhängig angesehen wird, soll dies in der Erklärung zur Unternehmensführung zur Förderung der Transparenz begründet werden.<sup>60</sup>

Die Unabhängigkeit im Verhältnis zu einem etwaigen kontrollierenden Aktionär wird gesondert geregelt. Kontrolle durch einen Aktionär ist nach dem Verständnis des DCGK gegeben, wenn ein Beherrschungsvertrag mit diesem Aktionär besteht, der Aktionär über die absolute Mehrheit der Stimmen oder zumindest über eine nachhaltige Hauptversammlungsmehrheit verfügt.<sup>61</sup> In Empfehlung C.9 DCGK-2019 heißt es, ein Aufsichtsratsmitglied sei unabhängig vom kontrollierenden Aktionär, wenn es selbst oder ein naher Familienangehöriger weder kontrollierender Aktionär sei noch dem geschäftsführenden Organ des kontrollierenden Aktionärs angehöre oder in einer persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zum kontrollierenden Aktionär stehe, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann. Empfohlen wird, dass in einem Aufsichtsrat mit mehr als sechs Mitgliedern mindestens zwei Anteilseignervertreter unabhängig vom kontrollierenden Aktionär sein sollen, in kleineren Aufsichtsräten mindestens einer.<sup>62</sup>

44 Vgl. auch Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, NZG 2019, 220.

45 Vgl. B.5 DCGK-2019.

46 Vgl. B.2 DCGK-2019.

47 Vgl. A.2 DCGK-2019.

48 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen II. 2.

49 Vgl. C.6 DCGK-2019.

50 Vgl. C.7 DCGK-2019.

51 Vgl. C.6 DCGK-2019.

52 Vgl. C.7 DCGK-2019.

53 Vgl. v. Werder, DB 2019, 41, 46.

54 So auch Wilsing/Winkler, BB 2019, 1603, 1606.

55 Vgl. C.7 DCGK-2019.

56 Vgl. C.7 DCGK-2019.

57 Begründung zu C.7 DCGK-2019.

58 Begründung zu C.7 DCGK-2019.

59 Begründung zu C.8 DCGK-2019.

60 Vgl. C.8 DCGK-2019.

61 Begründung zu C.6 DCGK-2019.

62 Vgl. C.9 DCGK-2019.



## 6. Begrenzung der Aufsichtsrats- und Vorstandsmandate

Die bisherige Empfehlung nach Ziffer 5.4.1 Abs. 5 DCGK-2017, wonach sich der Aufsichtsrat bezüglich seiner Vorschläge zur Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder bei den jeweiligen Kandidaten vergewissern soll, dass diese den zu erwartenden Zeitaufwand aufbringen können, wird in der Neufassung des DCGK aufgrund eines unverhältnismäßigen administrativen Aufwands gestrichen.<sup>63</sup> Stattdessen sollen zum Schutz vor dem sogenannten Overboarding Aufsichtsratsmitglieder, die keinem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, künftig nur noch maximal fünf Aufsichtsratsmandate bei konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen wahrnehmen, wobei ein Aufsichtsratsvorsitz doppelt zählt.<sup>64</sup> Aufsichtsratsmitglieder die dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, sollen sogar nur noch maximal zwei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder vergleichbare Funktionen und keinen Aufsichtsratsvorsitz innehaben.<sup>65</sup> Dem Aufsichtsrat sollen außerdem nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören.<sup>66</sup> Mit diesen Empfehlungen weicht der DCGK-2019 deutlich von der gesetzlichen Regelung in § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG ab, wonach die Höchstzahl der Aufsichtsratsmandate auf zehn Mandate pro Person begrenzt ist.

## 7. Vereinfachung der Berichterstattung über Corporate Governance

Nach Ansicht der Kommission ist eine vollständige, zutreffende und verständliche Berichterstattung über die Corporate Governance Voraussetzung dafür, das Vertrauen der Aktionäre und der anderen Stakeholder in die Leitung und Überwachung der Unternehmen zu fördern.<sup>67</sup> Bislang war neben der Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht nach § 289f HGB nach Ziffer 3.10 DCGK-2017 auch ein Corporate Governance-Bericht vorgesehen. Um zur Klarheit und Verständlichkeit der Corporate Governance-Berichterstattung beizutragen, wird dieser nun abgeschafft.<sup>68</sup> Die Praxis zeigt, dass zahlreiche Gesellschaften ohnehin schon dazu übergegangen sind, den Corporate Governance-Bericht und die Erklärung zur Unternehmensführung zusammenzufassen. In Zukunft soll dadurch die Erklärung zur Unternehmensführung das zentrale Instrument der Corporate Governance-Berichterstattung sein.

Gemäß § 289f Abs. 2 Nr. 2 HGB sind in die Erklärung zur Unternehmensführung relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, aufzunehmen. Zudem enthalten einzelne Kodexempfehlungen bereits eine eigenständige Transparenzempfehlung. Nun werden weitere Kodexempfehlungen um eine eigenständige Transparenzempfehlung ergänzt. Empfehlung D.1 sieht z.B. vor, dass der Aufsichtsrat in der Erklärung zur Unternehmensführung berichten soll, ob und wie eine Selbstbeurteilung des Aufsichtsrats durchgeführt wurde. Eine ausdrückliche Empfehlung, dass Vorstand und Aufsichtsrat in der Erklärung zur Unternehmensführung beschreiben, wie sie alle von der Gesellschaft befolgten Empfehlungen angewendet haben, wird aus diesem Grund nicht für erforderlich gehalten.<sup>69</sup>

## IV. Fazit

Das von der Kommission selbstgesteckte Ziel, den Kodex zu verschlanken, indem gesetzliche Vorschriften einerseits und als entbehrlich angesehene Empfehlungen und Anregungen andererseits gestrichen werden, ist grundsätzlich zu begrüßen. Ob dies sowie die dargestellten inhaltlichen Neuerungen jedoch ausreicht, um in Zeiten von Großinvestoren und Stimmrechtsberatern mit eigenen Richtlinien zur Corporate Governance das Abstimmverhalten von institutionellen Investoren in Hauptversammlungen wieder mehr beeinflussen zu können, bleibt abzuwarten.

Eine „Zeit des Abwartens“ gibt es auch bereits aktuell. So sollte die Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie eigentlich bereits bis zum 10.6.2019 erfolgt sein, was jedoch nicht geschah. Deshalb kann sich der Bundestag nun erst nach der Sommerpause, also frühestens im September 2019, in weiteren Lesungen mit dem Entwurf des ARUG II befassen. Das Umsetzungsgesetz wird demnach erst im Herbst 2019 in Kraft treten können. Dies führt auch zu einer zeitlichen Verschiebung der Veröffentlichung des hier beschriebenen neuen DCGK, möglicherweise nach vorheriger Vornahme kleinerer eventuell dann noch erforderlich werdender Anpassungen in der derzeit „finalen“ Neufassung des Kodextextes. Mit wesentlichen Änderungen ist hingegen nicht mehr zu rechnen. So hebt die Regierungskommission explizit hervor, dass es den Unternehmen frei stehe, einzelne neue Empfehlungen und Anregungen im Sinne einer „Best Practice“ bereits vorzeitig anzuwenden.

---

### AUTOR



**Madeleine Zipperle** ist Rechtsanwältin bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Sie berät (kapitalmarktorientierte) Unternehmen insbesondere in Finanzierungsfragen. Daneben gewährleistet sie die laufende gesellschaftsrechtliche Beratung, einschließlich der Implementierung gut funktionierender Compliance.



**Sascha Beck** ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Aktien- und Kapitalmarktrecht und umfassen unter anderem die kapitalmarktbezogene Compliance-Beratung von Unternehmen.

---

63 Begründung zu C.4 DCGK-2019.

64 Vgl. C.4 DCGK-2019.

65 Vgl. C.5 DCGK-2019.

66 Vgl. C.11 DCGK-2019.

67 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen II. 4.

68 Vgl. Grundsatz 22 DCGK-2019.

69 Regierungskommission DCGK, Allgemeine Erläuterungen II. 4.