

Februar 2012

Governance Matters Quarterly

Magazin für Unternehmenslenker
und -überwacher

Schwerpunkt

**Zehn Jahre
Deutscher Corporate
Governance Kodex**

Im Gespräch

Prof. Dr. Theodor Baums,
Mitglied der Kodex-Kommission

Angriff auf die Abschlussprüfer

Zweiter Akt

„Der Kodex hat sich bewährt“

Prof. Dr. Theodor Baums über zehn Jahre
Deutscher Corporate Governance Kodex.

► **Herr Professor Baums, Sie sind einer der Väter des Deutschen Corporate Governance Kodex. Was waren die Highlights der ersten Dekade?**

Prof. Baums: Als größten Erfolg der damaligen Regierungskommission „Corporate Governance“ werte ich die Aufnahme unserer Vorschläge in den Aktionsplan der Agenda 2010 der Regierung Schröder sowie deren nahezu vollständige, sukzessive Umsetzung durch die Einrichtung der Kodex-Kommission und die Verabschiedung zahlreicher Reformgesetze (TransPuG, UMAG, ARUG usw.). Grundvoraussetzungen für diese erfolgreiche Umsetzung waren das Identifizieren und Aufdecken seinerzeit bestehender Defizite sowie das Erarbeiten detaillierter Vorgaben und Vorschläge. Sicherlich haben auch die damaligen Rahmenbedingungen wie die Diskussion um die OECD Principles of Good Governance, die Berliner und Frankfurter Kodizes und das zunehmende Interesse internationaler Investoren an deutschen Unternehmen diese Entwicklung begünstigt.

Der Erfolg der Kodex-Kommission ist vielleicht auch darauf zurückzuführen, dass die Empfehlungen hinsichtlich der Zahl ihrer Mitglieder, ihrer Zusammensetzung und Struktur sowie die inhaltlichen Anregungen, die wir ihr damals mit auf den Weg gegeben haben, beachtet worden sind.

Nicht übernommen wurden unsere Empfehlungen bezüglich des Wettbewerbs der Stimmrechtsvertreter sowie zur Offenlegung von Vorstandsvergütungen. Die letztere Forderung ist in der Zwischenzeit vom Gesetzgeber aufgegriffen und umgesetzt worden. Das Thema „Wettbewerb von Stimmrechtsvertretern und die Rolle von Stimmrechtsberatern“ ist noch ein weißer Fleck, der größere Aufmerksamkeit als bislang verdient.

► **Hat sich das Konstrukt des Deutschen Corporate Governance Kodex insbesondere in seiner Ausgestaltung als Soft Law mit der freiwilligen Selbstverpflichtung bewährt?**

Prof. Baums: Der Kodex hat sich bewährt. Allerdings wird das Konzept des Kodex bis heute mitunter missverstanden. Der Kodex besteht seit jeher aus zwei Teilen: dem beschreibenden und dem empfehlenden Teil.

Der beschreibende Teil war uns damals besonders wichtig, weil er allen, vor allem den internationalen Investoren, die deutsche

Governance-Struktur vermitteln soll. Insbesondere die international nicht übliche Organisationsstruktur mit Vorstand und Aufsichtsrat sowie die Verankerung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat werden dort angesprochen.

Der empfehlende Teil ist von seiner Anlage her bis heute ebenfalls richtig und wichtig und sollte auch künftig so beibehalten werden. Er soll den Unternehmen dort Flexibilität geben, wo sie sinnvoll ist. Das bedeutet eine Öffnung des gesetzlichen Regelwerks, das in Deutschland nahezu ausschließlich aus zwingendem Recht besteht. Zwingend anzuwendendes Recht, das von den Unternehmen unabhängig von ihrer Größe zu beachten ist, engt die Vorgaben für gute Corporate Governance zu stark ein. Warum soll man Unternehmen in ein Korsett zwingen, das für nicht jedes Unternehmen passt?

Um diese Flexibilität sicherzustellen, enthält der Kodex Empfehlungen, die von Unternehmen nur dann befolgt werden sollten, wenn dies für sie auch sinnvoll ist. Beispielsweise muss ein Unternehmen die Empfehlung, einen Prüfungsausschuss einzurichten, nicht befolgen, wenn es nur über einen Aufsichtsrat von drei oder sechs Personen verfügt und diese Themen im Plenum erledigt werden.

► **Zuletzt wurde häufig kritisiert, dass der Kodex allzu oft, insgesamt acht Mal in zehn Jahren, angepasst wurde und insofern keine Konstante in der Schaffung guter Corporate-Governance-Grundsätze darstellte. Halten Sie diese Kritik für berechtigt?**

Prof. Baums: Hier muss man zwischen den Änderungen im beschreibenden und im empfehlenden Teil des Kodex unterscheiden. Soweit Änderungen im beschreibenden Teil vorgenommen wurden, ist dies nicht der Kodex-Kommission anzulasten, sondern die Folge der Änderung der gesetzlichen Grundlagen, die der Kodex nur wiedergibt. Hier wird also die Taktzahl der Änderungen von außen vorgegeben.

Was den empfehlenden Teil betrifft: Hier ist es in der Tat ratsam, die Häufigkeit der Änderungen sorgsam zu beschränken. Dies ist ja auch im vergangenen Jahr entsprechend erfolgt. Die Kommission hat ferner beschlossen, Änderungen in einem vorbereitenden Dialog mit den betroffenen Unternehmen und Marktteilnehmern besser abzustimmen. ►



Zur Person

Prof. Dr. Dres. h. c. Theodor Baums ist Mitglied der Regierungskommission „Deutscher Corporate Governance Kodex“. Er hat eine Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Neben seiner wissenschaftlichen Tätigkeit hat Prof. Baums in großem Umfang nationale öffentliche Einrichtungen und Stellen (Bundesregierung, Bundestag) sowie internationale Organisationen (Weltbank, OECD, EU-Kommission) rechtspolitisch beraten. So war er unter anderem Vorsitzender der Regierungskommission „Corporate Governance“, deren Empfehlungen zur Entwicklung des Deutschen Corporate Governance Kodex weitgehend übernommen und umgesetzt wurden.



**Prof. Dr. Theodor Baums
im Gespräch mit
Dr. Christian Orth, Leiter
Corporate Governance
Services bei Ernst & Young**

Richtig ist, dass der Kodex von seiner Flexibilität lebt. Das bedeutet u. a. auch, dass der Erfolg des Kodex nicht nach „Befolgungsquoten“ beurteilt werden sollte. Denn auch das Nichtbeachten einer Empfehlung bei entsprechender Begründung entspricht ja gerade dem Prinzip des Kodex – dies ist der Öffentlichkeit lediglich transparent zu machen. Gerade in diesem Punkt besteht möglicherweise das größte Missverständnis des Kodex. Der empfehlende Teil des Kodex soll gerade den Unternehmen hinsichtlich der Ausgestaltung der Corporate Governance Flexibilität geben. Das heißt, es brauchen keine Empfehlungen umgesetzt werden, die für das Unternehmen nicht passen. Wenn ein Unternehmen eine Empfehlung nicht umsetzt, weil sie für das Unternehmen nicht sinnvoll ist, dann darf hierin kein Verstoß gegen den Kodex gesehen werden. Dies entspricht ja gerade dem Sinn und Zweck des Kodex.

► **Ist der Kodex oft nur eine Vorstufe für gesetzliche Regelungen wie beispielsweise bei den Themen der Offenlegung von Vorstandsvergütungen, der Angemessenheit der Vorstandsvergütungen oder dem Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat? Ähnlich kontrovers wird derzeit die Frage der Diversity diskutiert. Glauben Sie, dass die Kodex-Empfehlungen ausreichen, oder werden die zentralen Fragen anschließend doch durch den Gesetzgeber geregelt? Greift die Kodex-Kommission nur Themenbereiche auf, denen eine gesetzliche Regelung droht?**

Prof. Baums: Hinsichtlich der Offenlegung der Vorstandsvergütungen gab es für mich von Anfang an keinen Anlass für unternehmerischen Freiraum, d. h. dies hätte von vornherein gesetzlich geregelt werden sollen. Bei Transparenzregeln für kapitalmarktbezogene Gesellschaften bedarf es nicht der Flexibilität des Kodex. Von daher war die gesetzliche Regelung dieses Komplexes für mich nur konsequent.

Anders beurteile ich Cooling-off-Regelungen. Hier geht es um das Thema „Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat“. Dies ist ein Bereich, welcher der Flexibilität geöffnet bleiben sollte; damit wäre dieser Themenkomplex gerade ein Paradebeispiel für eine Kodex-Empfehlung. Auch für ein börsennotiertes Unternehmen, nicht nur für ein Familienunternehmen, kann es äußerst sinnvoll sein, wenn ein Vorstandsmitglied sofort nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand als einfaches Aufsichtsratsmitglied in den Aufsichtsrat

wechselt. Dass hier der Gesetzgeber tätig geworden ist, halte ich nicht für richtig.

Die gesetzliche Regelung bezüglich der Veröffentlichung der Vorstandsvergütungen halte ich, wie gesagt, für richtig, während die konkrete Ausgestaltung und die Angemessenheit der Vorstandsvergütungen einer Flexibilität bedürfen, die besser als Empfehlung im Kodex verblieben wäre. Solche Regelungen sollten nicht in das Gesetz aufgenommen werden; bei der gesetzlichen Regelung ist denn auch nicht viel Konkretes und Brauchbares herausgekommen.

Nach diesem Verständnis gehört auch das Thema „Diversität“ in den Kodex und nicht in das Gesetz. Denn auch hier benötigen die Unternehmen Flexibilität. So gibt es Unternehmen, z. B. im Bereich Dienstleistungen, die einen höheren Frauenanteil einfacher darstellen können. Unternehmen mit hohem Technikanteil in der Produktion fällt dies aufgrund der Tatsache, dass hier die Zahl der Frauen mit entsprechender Qualifikation in gehobenen Führungspositionen geringer ist, vielleicht sehr viel schwerer. Dies ist nicht so sehr das Resultat einer „gläsernen Decke“ in den Unternehmen selbst als vielmehr der Absolventenzahlen in den technischen Studiengängen, die leider nur eine geringe Frauenquote aufweisen.

Insgesamt spiegeln sich im Kodex selbstverständlich auch gesellschaftlich diskutierte Entwicklungen wider. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Politik, die gleichfalls auf gesellschaftliche Probleme und Fragen reagiert, aus niedrigen Befolgungsquoten Umsetzungsmängel ableitet. Insofern ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber auch künftig Themen des Kodex an sich ziehen wird.

► **Wie identifiziert die Kodex-Kommission neue Themenbereiche?**

Prof. Baums: Wir greifen von den Marktteilnehmern und den Unternehmen aufgeworfene Fragen und Anregungen auf, schauen auf Entwicklungen im Ausland, stellen uns aber natürlich auch selbst Aufgaben. Dass wir tunlichst relevante Fragen nicht übersehen, wird auf verschiedene Weise sichergestellt: durch die Diversität der Zusammensetzung der Kodex-Kommission, Anfragen betroffener Unternehmen aus dem Inland, beobachtete Entwicklungen im Ausland sowie durch Mitwirkung von Kommissionsmitgliedern auf EU-Ebene, zum Beispiel im Europäischen Corporate Governance-Forum und in anderen Gremien. Themen, die bereits im politischen Raum

als Gegenstand einer gesetzlichen Regelung behandelt werden, greifen wir in der Regel nicht zuvor noch im Kodex auf, weil dem Gesetzgeber selbstverständlich der Vortritt gebührt.

► **Was steht derzeit auf der Agenda der Kodex-Kommission und womit können wir im Sommer rechnen?**

Prof. Baums: Über aktuell angedachte Änderungen informiert die Website der Kommission. Interessierte können zu den vorgeschlagenen Änderungen Stellung nehmen. Hierzu ist jeder herzlich eingeladen. Dieses Verfahren wird auch künftig so gehandhabt werden. In der Sache beschäftigt uns derzeit unter anderem das Thema „Interessenkonflikte“. Hierunter fallen Fragen der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, aber auch weitere Punkte. Zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern haben wir jetzt einen Vorschlag vorgelegt, zu dem aktuell Stellung genommen werden kann.

► **Sehen Sie die Gefahr einer Überregulierung durch den Kodex? Werden die unternehmerischen Freiräume trotz der nur freiwilligen Selbstverpflichtung zu stark eingeschränkt?**

Prof. Baums: Jede Regulierung beschränkt in der Regel unternehmerisches Verhalten. Der Kodex soll Verhalten steuern, daher besteht die immanente Gefahr, dass auch nicht gerechtfertigte Einschränkungen vorgenommen werden. Eine Überregulierung sehe ich indes bisher nicht.

Interessanterweise haben oft die Regulierten selbst den Wunsch nach Regulierung. Damit werden allen Akteuren Leitplanken vorgegeben, innerhalb derer sie sich in Zukunft bewegen dürfen. Infolgedessen müssen sich auch Mitbewerber den gleichen Regeln unterwerfen, was für das wirtschaftliche Handeln Sicherheit schafft, d. h. Sicherheit trotz Wettbewerb. Auf der anderen Seite bleibt allgemein für jeden Regelsetzer und damit auch für die Kodex-Kommission Folgendes richtig: Jede Regulierung muss den Erforderlichkeitstest bestehen. In Zweifelsfällen ist Nichtregulierung vorzuziehen.

► **Grundsätze guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung sollten doch rechtsformunabhängig gelten. Würden Sie als Jurist eine Ausstrahlungswirkung des Kodex auf nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen befürworten?**

Prof. Baums: Die Probleme nicht kapitalmarktorientierter und kapitalmarktorientierter Gesellschaften sind nicht die gleichen. Somit sehe ich nur sehr beschränkte Möglichkeiten einer Ausstrahlungswirkung.

► **Bedarf es Ihres Erachtens eines Kodex für Familienunternehmen?**

Prof. Baums: Dies ist alles eine freiwillige Übung. Familienkodizes dienen als Leitfaden und als Liste von Punkten, die jedes Familienunternehmen vorausschauend bedenken sollte, bis hin zum Thema „Nachfolgeplanung und Auswirkungen einer Erbfolge“.

Die Struktur nicht börsennotierter Familienunternehmen ist eine ganz andere als die von Unternehmen, die dem DCGK unterliegen. Hier handelt es sich um Unternehmen, die in standardisierten Formen Kapital von anonymen Kapitalanlegern aufnehmen. Diesen Kapitalanlegern bieten der DCGK und hieran anknüpfend der jährliche Bericht eine Beschreibung der Corporate Governance des börsennotierten Emittenten.

Bei nicht börsennotierten Familienunternehmen sind die relevanten Fragen dagegen ganz andere. Sie sind so vielschichtig, dass ein Musterkodex den vielfältigen Themen der unterschiedlichen Unternehmen nicht gerecht werden kann.

Plant man allerdings, an die Börse zu gehen, kann die weitgehende Beachtung des Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen durchaus eine sinnvolle Vorübung darstellen.

► **Der Präambel des Kodex ist zu entnehmen, dass insbesondere internationalen Investoren das deutsche duale System nähergebracht werden soll. Ist diese Zielsetzung erreicht worden?**

Prof. Baums: Ja, der Kodex hat zu mehr Transparenz geführt, denken Sie nur an den Corporate Governance-Bericht der Unternehmen. Auch international stößt der Kodex auf eine entsprechende Erwartung und Zustimmung. Corporate Governance-Kodizes sind inzwischen in Europa überall Standard. Ein Kodex wird von den Kapitalmärkten erwartet. Eine Abkehr hiervon wäre daher auch gar nicht mehr möglich. ►



► **Besteht das Risiko oder die Chance, dass wir in Deutschland zunehmend Elemente eines monistischen Systems in unsere Rechtsordnung aufnehmen?**

Prof. Baums: Persönlich bin ich ein Befürworter der SE, da sie die Wahl zwischen einem monistischen und einem dualistischen System gestattet. Davon abgesehen ist international eine Konvergenz der beiden Systeme zu beobachten; denken Sie nur daran, dass heute viele Unternehmen auch für die Unternehmensstrategie einen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats fordern, obwohl das AktG das gar nicht vorsieht. Was § 107 AktG betrifft, bleibt es die Kernaufgabe des Vorstands, zum Beispiel ein System zur Früherkennung bestandsgefährdender Risiken einzurichten und dessen Funktionieren zu überwachen. Der Aufsichtsrat soll überprüfen, ob der Vorstand diesen Pflichten nachgekommen ist. Ich sehe daher insoweit keine Gefahr der Vermengung.

► **Muss sich der Kodex durch die Etablierung der Europäischen Aktiengesellschaft SE neu ausrichten?**

Prof. Baums: Darüber muss nachgedacht werden. Inzwischen gibt es auch monistisch organisierte börsennotierte SE. Man wird insoweit zunächst einmal abfragen müssen, wie ein Unternehmen mit dieser Struktur mit dem Kodex und der jährlichen Corporate Governance-Erklärung leben kann und umgeht.

► **Wie sieht Ihres Erachtens die Zukunft des Kodex in Bezug auf den Mechanismus des „comply or explain“ aus?**

Prof. Baums: Zum „comply or explain“ ist zunächst zu sagen, dass dies auf unterschiedlichen Ebenen überprüft wird. Zunächst prüft der Abschlussprüfer, ob eine Entsprechenserklärung vorhanden ist und abgegeben wurde. Eine materielle Prüfung ist damit nicht verbunden. Im Grünbuch zum Corporate Governance Framework wird nunmehr die Überprüfung durch eine Aufsichtsbehörde erwogen. Das widerspräche m. E. der ganzen Kodex-Idee und würde im Ergebnis zur Etablierung eines Aktienamts führen, das wir in Deutschland zu Recht immer abgelehnt haben. Deutschland hat stattdessen auf die Rechtsdurchsetzung durch Marktkräfte und Private gesetzt. Insoweit haben wir inzwischen durch die Rechtsprechung des BGH eine Art Enforcement der korrekten Abgabe von Entsprechenserklärungen bekommen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung können Entlastungsbeschlüsse angefochten

„Jede Regulierung muss den Erforderlichkeitstest bestehen. In Zweifelsfällen ist Nichtregulierung vorzuziehen.“

werden, wenn die Entsprechenserklärung nicht oder inhaltlich falsch abgegeben wurde. Hierbei muss es sich um einen groben Verstoß handeln. Durch diesen Mechanismus erhält der § 161 AktG Zähne. Halten sich die Vorstände und Aufsichtsräte an das „comply or explain“, so gibt es insoweit keinen Bedarf für ein Enforcement.

Eine Fehlentwicklung gab es allerdings kürzlich bei einzelnen Instanzgerichten bezüglich der Anfechtbarkeit einer Aufsichtsratswahl, wenn eine Kodex-Empfehlung nicht eingehalten wurde. Doch wenn die Nichteinhaltung offengelegt und begründet wurde („explain“), kann weder ein Verstoß gegen den Kodex noch ein Verstoß gegen die gesetzliche Pflicht, eine richtige Entsprechenserklärung abzugeben (§ 161 AktG), vorliegen und demnach auch kein Grund für eine Anfechtungsklage bestehen.

Eines weiteren Enforcements bedarf es meines Erachtens nicht. Jeder Aktionär hat die Möglichkeit, im Rahmen der Hauptversammlung Fragen zur Corporate Governance und zum Bericht hierüber zu stellen und wegen nicht abgegebener oder grob falscher Entsprechenserklärungen gerichtliche Schritte zu ergreifen. Dieser überzeugende Enforcement-Mechanismus sollte auch in Zukunft dem Markt und der Privatinitiative von Investoren überlassen bleiben.

► **Eine abschließende Frage: Wohin sollte Ihres Erachtens die Reise des Kodex gehen, um auch in den nächsten zehn Jahren gute Corporate Governance zu etablieren?**

Prof. Baums: Der Gestaltungsspielraum des Kodex ist im deutschen Recht relativ begrenzt. In weitem Umfang ist hier nach wie vor der Gesetzgeber gefragt. Die deutsche Corporate Governance sollte in Zukunft folgende Aspekte mit aufgreifen: Größe der Aufsichtsräte, Unabhängigkeit und Interessenkonflikte sowie die Anpassung der Mitbestimmung an die geänderten Verhältnisse, insbesondere an das geltende Europarecht. Die paritätische Mitbestimmung, die in den deutschen Konzernholdings in Form einer AG oder GmbH nur deutsche Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zulässt, verstößt gegen europäisches Recht und schadet überdies unserem Standort. Da sich die Politik in Deutschland diesen Fragen nicht stellt, entwickeln die Märkte für uns langfristig nachteilige Ausweichlösungen.

Sehr geehrter Herr Professor Baums, vielen Dank für das Interview. ■