

10 Jahre Corporate Governance in Deutschland

Eine Bestandsaufnahme aus gewerkschaftlicher Sicht

Dietmar Hexel, Mitglied der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Der aus dem angelsächsischen Raum stammende Begriff Corporate Governance ist heute ein etablierter Ausdruck für die Führung eines UN. Der Begriff entwickelte sich zeitgleich mit dem Aufkommen des Kapitalmarkts. Erst seit den 1990er hat das Kapitalmarktrecht in Deutschland (Dt.) eine nennenswerte Bedeutung erhalten und konnte sich als eigenständiges Recht etablieren. Mit der Entwicklung des Kapitalmarktrechts ging gleichzeitig der Wunsch der Wirtschaft nach Selbstregulierung statt staatlicher Normgebung einher. Dem Staat soll dabei eher die Rolle eines Moderators zukommen, welcher bestimmte Entwicklungen beratend begleitet, aber nicht mehr steuernd eingreift und sich darauf beschränkt die Selbstregulierung zu überwachen.¹

Auch der 2002 beschlossene Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) entspricht dem Leitbild einer Selbstregulierung der Wirtschaft. So wird die Regierungskommission DCGK auch häufig als eine »Kommission aus der Wirtschaft für die Wirtschaft« bezeichnet. Und bei der 1. Präsentation der Ergebnisse der Kodex-Kommission am 26.2.02 führte die damalige Bundesjustizministerin Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin aus: »Ich begrüße es sehr, dass jetzt auch für die dt. UN die Selbstverpflichtung des Corporate Governance Kodex gelten soll. Das schafft Vertrauen und beugt zugleich Unternehmenskrisen wie jüngst in den Vereinigten Staaten bei uns vor.« Die Wirkung des Corporate Governance Kodex sollte dabei denkbar einfach sein: Die Nichteinhaltung wird durch den Kapitalmarkt bestraft.² Insofern schien eine effiziente Möglichkeit gefunden, gute Unternehmensführung ohne kompliziertes Rechtssetzungsverfahren und ohne entspr. Verwaltungsaufwand sicherzustellen.³

I. Was aber ist der DCGK?

Der DCGK richtet sich an börsennotierte Gesellschaften. Nicht börsennotierten Gesellschaften wird die Beachtung des Kodex lediglich empfohlen. Er besteht aus Empfehlungen und Anregungen. Die Empfehlungen des Kodex beruhen auf dem Prinzip *comply or explain*, d. h.: Börsennotierte Gesellschaften sollen die Empfehlungen des Kodex umsetzen, müssen dies jedoch nicht. Ein Nichtbefolgen der Empfehlungen muss jedoch öffentlich mitgeteilt und erläutert werden.

Die im Kodex enthaltenen Anregungen hingegen – kenntlich gemacht durch die Worte »sollte« oder »kann« – müssen in ihrer Umsetzung nicht dokumentiert werden. Die Entsprechenserklärung der börsennotierten Gesellschaften wurde übrigens erst kürzlich durch die akt. BGH-Rspr. gestärkt, nach der eine unrichtige bzw. nicht umgehend berichtigte Entsprechenserklärung ein Gesetzesverstoß ist, der die Entlastungsbeschlüsse der Hauptversammlung anfechtbar macht.⁴ Dh. aber nicht, dass der BGH die Verbindlichkeit der Kodex-Empfehlung festgeschrieben hat, sondern lediglich die Verbindlichkeit der Entsprechenserklärung. Es bleibt also dabei, dass die Kodex-Erklärungen nicht verpflichtend sind.

Die Kodex Kommission hat explizit keinen Auftrag, Empfehlungen in ethisch oder gesellschaftspolitischen Fragen zu geben, die sich einer rein wirtschaftlichen Betrachtung entziehen. Dazu gehören bspw. die Demokratisierung der Wirtschaft und die demokratische Kontrolle wirtschaftlicher Macht durch die gesetzliche Mitbestimmung der AN. Dies ergibt sich aus den offenkundigen Grenzen des DCGK. Hier ist zunächst einmal die mangelnde demokratische Legitimation der Kommission zu nennen, die als Kommission aus der Wirtschaft für die Wirtschaft, Prof. Wolfgang Bernhardt spricht despektierlich über ein »Standesrecht nach dem Vorbild des mittelalterlichen Zunftwesens«⁵ nicht dazu berechtigt ist, und aus verfassungsrechtlichen Gründen auch nicht dazu in der Lage sein darf, Fragen von grundsätzlich ethisch moralischer Bedeutung zu klären. Eine Behandlung der gesetzlichen Mitbestimmung in der Kodex-Kommission wäre ein Übergriff, der von den Gewerkschaften und von weiten Teilen der Bevölkerung in der Politik nicht akzeptiert werden würde. Der Kommission wurden diese Themen zu Beginn ihrer Arbeit ausdrücklich entzogen.

Gleichwohl geht es nicht nur um wirtschaftliche Dinge. Zweck eines UN ist es, gute Produkte und Dienstleistungen für die Kunden und die Zivilgesellschaft hervorzubringen. Corporate Governance bedeutet für den DGB eine Unternehmensführung, die dieses Ziel verfolgt und sich deshalb sowohl an sozialen, ökologischen als auch an ökonomischen Elementen ausrichtet. Der DGB hat versucht, diese Ausrichtung des Kodex zu erreichen. Dies soll an drei Themen der letzten zehn Jahre verdeutlicht werden.

II. Höhe der Vorstandsvergütung begrenzen

Die in der Öffentlichkeit rege diskutierten Fragen einer angemessenen und transparenten Vorstandsvergütung wurden auch von der Kodex-Kommission aufgegriffen und ziehen sich wie ein roter Faden durch die Kommissionsarbeit.

Bereits in der 1. Plenarsitzung am 7.11.02 wurden die Grundsätze für eine angemessene und transparente Vorstandsvergütung, einschließlich Stock Options, beraten. Im Mai 2003 wurden die Empfeh-

¹ Merkt, ZGR 2007, S. 532.

² Cromme, »Wer sich nicht an den Kodex hält, den straft der Kapitalmarkt«, in: FAZ v. 19.12.01, S. 13.

³ Seyboth, Mitbestimmung in Zeiten kapitalmarktkonformer Unternehmensführung, in: Never change a winning system, S. 97.

⁴ Müller-Michaels, Recht und Kapitalmarkt: Kodex-Verstöße haben Folgen: BGH-Urteil über Corporate-Governance-Defizite im Fall Axel Springer AG, in: Börsenzeitung v. 1.11.09, Nr.217, S. 2.

⁵ Bernhardt, (2008) 5 Jahre Deutscher Corporate Governance Kodex, Eine Erfolgsgeschichte? Working Paper No. 67.

lungen zur Vorstandsvergütung erweitert, insbes. sollten die neuen Empfehlungen für mehr Transparenz in der Vorstandsvergütung sorgen. Und schließlich wollte die Kommission gesetzliche Regelungen zur Vorstandsvergütung verhindern, hatte sie doch den Anspruch einer Selbstregulierung, auch in der Frage der Vorstandsvergütung. Die Kommission ist mit diesem Anliegen gescheitert. 2005 trat das Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütung in Kraft, nachdem die Kodexempfehlung zur individualisierten Offenlegung der Vorstandsgehälter nicht genügend befolgt worden war. Die Politik konnte sich aber auch erst im Kontext der Finanz- und Wirtschaftskrise (2008/2009) zu einer wirksamen Regulierung der Vorstandsvergütung durchringen. In den davorliegenden Jahren hat sich die Politik ebenfalls auf letztlich unverbindliche Appelle zum Maßhalten beschränkt.

Das noch von der großen Koalition beschlossene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) ist am 5.8.09 in Kraft getreten. Das Gesetz zielt darauf ab, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken. Zugleich wird die Verantwortlichkeit des gesamten Plenums des Aufsichtsrats (AR) für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung gestärkt und konkretisiert sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung verbessert. Transparenz ist stets die Voraussetzung für Veränderungen und demokratische Gestaltung.

Der DGB hat die parlamentarischen Beratungen zum VorstAG konstruktiv begleitet und insbes. die vorgenommene Präzisierung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung und die Stärkung der Verantwortung des gesamten Aufsichtsratsplenums durch das Gesetz begrüßt.⁶ Ua. auf Anregung des DGB wurde im Gesetzgebungsverfahren verankert, dass der AR in börsennotierten Gesellschaften für außerordentliche Entwicklungen eine Begrenzungsmöglichkeit (cap) vereinbaren soll.

Aus der Aufsichtsratspraxis wissen wir, dass die Umsetzung der neuen gesetzlichen Anforderungen ein – wenn auch kompliziertes⁷ – Top-Thema in den mitbestimmten AR ist. Um Vorstandsvergütungen nachhaltig zu gestalten, werden vor allem die Bemessungszeiträume für variable Vergütungsanteile nicht mehr auf ein Jahr bezogen, sondern die Bemessungsgrundlage für wirtschaftlichen Erfolg wird auf mehrere Jahre ausgeweitet. Darüber hinausgehende, inhaltlich erweiterte Bemessungskriterien iS. einer ökologischen und/oder sozialen Nachhaltigkeit sind bisher bei der Neuordnung der Vergütungsstrukturen die Ausnahme geblieben. Nur in 7 der 30 analysierten Vergütungsberichte finden sich für 2010 Hinweise auf erweiterte Bemessungskriterien.⁸ Die Tendenz, solche Kriterien mit einzubeziehen, gibt es aber doch in einer Reihe von UN.⁹

Damit wird erstmalig die auch von gewerkschaftlicher Seite unterstützte Idee umgesetzt, einen Teil der Vorstandsvergütung an die Zufriedenheit der Mitarbeiter/innen zu knüpfen.¹⁰ Ein geeignetes Werkzeug dazu stellt auch der DGB-Index »Gute Arbeit« dar.¹¹ Demgegenüber zeigt sich allerdings auch, dass die durchschnittlichen Gehälter der Top-Manager weiter angestiegen sind: Insg. hat sich die Vorstandsvergütung in den großen dt. Kapitalgesellschaften in den vergangenen 30 Jahren von der allg. Lohn- und Einkommensentwicklung abgekoppelt. 1987 erhielt ein Vorstand eines DAX-UN etwa das 14fache eines durchschnittlich verdienenden AN. Das war gesellschaftlich akzeptiert. Heute ist es mehr als das 70fache, in Einzelfällen – bei Vorstandsvorsitzenden – gar mehr als das 300 bis 400fache. Allein in den Jahren 1995 bis 2009 ist die durchschnittliche Pro-Kopf-Vorstandsvergütung um 263 % angestiegen, während die durchschnittlichen Bruttomonatsverdienste vollzeitbeschäftigter AN

im gleichen Zeitraum nur um rund 38 % angestiegen sind. Es ist nicht erkennbar, dass das VorstAG hier eine Trendwende eingeleitet hat.

Auch die Wirtschafts- und Finanzkrise von Ende 2008 bis Anfang 2010 hat den Höhenflug der Vorstandsvergütung nicht gestoppt, sondern lediglich gebremst. Die Vorstandsvorsitzenden in den im DAX 30 gelisteten UN haben im (Krisen-) Jahr 2009 eine durchschnittliche Vergütung iHv. knapp 3,8 Mio. € (ohne Pensionszusagen) erhalten; bei allen Vorstandsmitgliedern zusammen waren es durchschnittlich knapp 2,4 Mio. €. Bereits im Geschäftsjahr 2011 betrug die durchschnittliche Pro-Kopf-Vorstandsvergütung im DAX jedoch schon wieder durchschnittlich gut 2,7 Mio. €, womit der Stand des Boomjahres 2007 fast wieder erreicht ist. Das durchschnittliche Pro-Kopf-Einkommen eines Vorstandsvorsitzenden liegt sogar bei gut 5,2 Mio. €. Die Steigerung gegenüber dem Geschäftsjahr 2010 betrug 9,9 % für die Vorstandsvorsitzenden und 11,1 % für alle Vorstandsmitglieder pro Kopf. Damit werden selbst sehr gute Tarifabschlüsse bei weitem überholt.¹²

Diese Entwicklung ist mehr als kritisch und gesellschaftlich nicht länger zu vermitteln. Der Aktienrechtler Prof. *Baums* forderte jüngst gesetzliche Anpassungen gegen exzessive Managervergütungen. *Baums* will allerdings zum untauglichen Mittel eines HV-Beschlusses greifen, um die Entwicklung zu begrenzen.¹³ Für den Bundestagspräsidenten Prof. *Lammert* hat die Einkommensentwicklung der Vorstände »mit der gesellschaftspolitischen Grundsatzfrage zu tun, wie wir in unserem Verhältnis dieser Gesellschaft und ihrer Verfassung mit dem Verhältnis von Gleichheit und Ungleichheit umgehen«¹⁴. Um eine Begrenzung der Vorstandsgehälter geht es auch der französischen Regierung, nicht mehr als 450.000 € im Jahr sollen die Vorstandsvorsitzenden der staatlichen UN Frankreichs künftig verdienen.¹⁵

AN sowie andere Mitglieder einer demokratischen Republik, wie Regierungsmitglieder, Bundesrichter oder Hochschullehrer leisten Viel und Verantwortliches. Eine weitere Abkopplung der Managergehälter würde nur einem »Managerfeudalismus« Vorschub leisten

6 Vgl. die Stellungnahme des DGB zum VorstAG; veröffentlicht unter: http://www.boeckler.de/pdf/boxen_2009_08_managerehaelter_dgb_stellungnahme.pdf.

7 *Huber, Berthold* (2012) in: *Financial Times* v. 22.7.12 »A German union of dogma and pragmatism«.

8 *Wilke, Priessner, Schmid, Schütze, Wolff* (2011) Kriterien für die Vorstandsvergütung in dt. UN nach Einführung des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, Arbeitspapier 239 der Hans Böckler Stiftung (HBS).

9 Ebenda S. 39/40 mit Beispielen.

10 Vgl. dazu grundlegend: *Eckardstein, Dudo von/Konlechner, Stefan* (2008): Vorstandsvergütung und gesellschaftliche Verantwortung der UN, München u. Mehring, S. 59 ff. sowie *Chahed, Yasmine/Müller, Hans-Erich* (2006): Unternehmenserfolg und Managervergütung: Ein internat. Vergleich, München u. Mehring.

11 Vgl. *Seyboth, Marie/Thannisch, Rainald* (2009): Empfehlungen für eine angemessene Vorstandsvergütung, in: *Arbeitshilfe für Aufsichtsräte* Nr. 14 der HBS, Düsseldorf, S. 18/19 und <http://www.dgb-index-gute-arbeit.de/>.

12 Vgl. zu den empirischen Daten: *Schmitt, Reinhard, Schwalbach, Joachim* (2007): Zur Höhe und Dynamik der Vorstandsvergütung in Dt., *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, Special Issue, Jan. 2007, 111-122 sowie die »Studien zur Vergütung der Vorstände in den DAX und MDAX-Unternehmen im Geschäftsjahr 2009 und 2010« der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. zusammen mit der TU München Einige Angaben beruhen zusätzlich auf eigenen Berechnungen.

13 Prof. *Dr. Dres. h. c. Theodor Baums* (2012) in: *Börsen-Zeitung* v. 20.7.12, S. 11.

14 Tische des Bundestagspräsidenten Prof. *Dr. Norbert Lammert* am Anlass des 10-jährigen Bestehens der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex; abrufbar auf der Homepage der Regierungskommission.

15 FAZ v. 13.6.12, Gehaltsgrenze für Spitzenmanager.

und die Gesellschaft weiter spalten. Während tausende von AN während der Krise Angst um ihren Arbeitsplatz haben, halten die Manager in denselben UN ihr Gehaltsniveau – und steigern es sogar in Einzelfällen. Eine Vergütungspolitik, die den angestellten Managern das gewohnte Einkommen garantiert und gleichzeitig zu Einbußen bei AN führt, gefährdet das Vertrauen in die soziale Marktwirtschaft. Außerdem darf befürchtet werden, dass die Entwicklung der Vorstandsvergütung nach der Krise an die exorbitanten Steigerungsraten vor der Krise anknüpft. Die Krise mahnt zu Demut und Mäßigung an. Es fehlt immer noch an einem freiwilligen Bsp. von Bescheidenheit wichtiger Manager. Vergleichbare Benchmarks sind die jeweilige Branche (horizontaler Vergleich) und vor allem die Bezahlung der AN im eigenen UN (vertikaler Vergleich), wie es das Gesetz fordert.

Es muss verstärkt darauf hingewiesen werden, dass »der Manager ein Diener ist« (Peter F. Drucker).¹⁶ Natürlich müssen Manager angemessen bezahlt werden – doch für Leistung und Verantwortung. Vorstandschefs in UN über 1.000 Beschäftigte erhalten 570 T€, Manager mit 328 T€ pro Jahr das zehnfache eines durchschnittlichen AN. Sie liegen damit in Europa an 2. Stelle und haben keinerlei Grund zur Klage.¹⁷ Auch internat. ist nichts zu befürchten. Für die ständig wiederholte Behauptung eines internat. Wettbewerbs für gute Leute gibt es keinen Beweis. Ein internationaler Arbeitsmarkt für Manager existiert schlicht nicht.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass sowohl durch die gesetzlichen Vorschriften als auch durch die begleitenden Empfehlungen des DCGK zwar langfristige Vergütungsparameter erreicht werden konnten, es aber nicht gelungen ist, die Steigerung der absoluten Höhe der Vorstandsvergütungen zu begrenzen. Auch aus diesem Grund hat die Kodexkommission das Thema »Vorstandsvergütung« zu einem Schwerpunkt ihrer zukünftigen Arbeit gemacht und hat dazu eigens eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Besser wäre allerdings eine weise Änderung im Kodex 2012 gewesen, wie sie gewerkschaftlicherseits rechtzeitig vor der letzten Sitzung der Kommission im Juni 2012 vorgeschlagen wurde.

1. Dynamischen Deckel in das Vergütungssystem einbeziehen

Soweit hier erneut eine Modifizierung des Kodex von der Mehrheit der Mitglieder befürwortet wird, habe ich dazu vorgeschlagen, im DCGK eine Regelung aufzunehmen, nach der die jeweilige max. Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder pro Jahr eine bestimmte Relation zum durchschnittlichen Arbeitnehmereinkommen nicht überschreiten darf. Dieser Faktor (CEO to worker pay ratio) muss in jedem AR vor dem Hintergrund der jeweiligen unternehmens- und branchenpolitischen Entwicklung sowohl für den Vorsitzenden als auch für die anderen Vorstandsmitglieder festgelegt werden. Die Festlegung kann auch einen Korridor umfassen. Wichtig ist, dass die Entscheidung über die Höhe – der für die bessere Verständlichkeit in Dt. »Arbeitnehmer-Management-Einkommen-Relation (AMR)« genannte Kennziffer – beim jeweiligen AR liegen soll, was Spielräume für eine Berücksichtigung unternehmens- und branchenpolitischer Besonderheiten schafft.

Eine solche Kodex Regelung würde ein weiteres, gesellschaftlich nicht akzeptiertes abkoppeln der Vorstandsvergütung von den im jeweiligen UN gezahlten Arbeitsentgelten effektiv verhindern und gleichzeitig Spielraum für flexible branchen- und unternehmensbezogene Lösungen schaffen. Die Alt. ist eine gesetzliche Regelung.

2. Altersvorsorge für Vorstandsmitglieder streichen

Weiterer Regulierungsbedarf besteht in der Altersvorsorge für Vorstandsmitglieder, zumindest der größeren UN. Vorhandene Regelungen entstammen einer Zeit »karger« Vergütungen, sodass eine »standesgemäße« Versorgung von ehemaligen Vorständen nach ihrer Pensionierung ratsam erschien. Einer akt. Studie des Vergütungsexperten Dr. Heinz Evers für die Hans-Böckler-Stiftung zur Folge ist die betriebliche Altersvorsorge für Vorstandsmitglieder zumindest in den DAX 30 UN »absoluter Vergütungsstandard«.¹⁸

Seinen Ergebnissen zufolge belaufen sich die Pensionsrückstellungen aller DAX 30 UN zusammen auf den schwindelerregenden Betrag von 2,3 Mrd. €. Der DGB unterstützt und befürwortet die betriebliche Altersvorsorge! Dieser Grundsatz erstreckt sich jedoch nicht auf die Altersvorsorge von Managern, die in einem Jahr ein Vielfaches von dem verdienen, was durchschnittliche AN in ihrem ganzen Leben als Lohn erhalten. Hier kann die Sicherung des Lebensstandards im Alter keine Aufgabe der UN sein. Derart gut verdienende Manager sollten in der Lage sein, ausschließlich aus ihren laufenden Bezügen heraus eine private Altersvorsorge aufzubauen. Ich stimme Herrn Dr. Evers daher ausdrücklich zu, wenn er ausführt:

»Bei der inzwischen erreichten Höhe des monetären Vergütungsniveaus der Vorstände stellt sich für die AR in den DAX 30-UN zunehmend die grundsätzliche Frage nach der künftigen Berechtigung und Sinnhaftigkeit der Versorgungsleistungen oder zumindest nach ihrer wertmäßigen Begrenzung.«¹⁹

Ich schlage daher vor, eine entspr. Empfehlung in den DCGK einzufügen, der zufolge die Altersvorsorge der Manager nicht von einem Vorstandsvergütungssystem erfasst werden soll – oder bestenfalls auf die bestehenden betrieblichen Regelungen für alle AN begrenzt wird.

III. Unternehmensinteresse an nachhaltiger Unternehmenspolitik messen

Die Herausforderungen der Zukunft erfordern Vorstände, die alle Stakeholder des UN, seine Beschäftigten und vor allem das Gemeinwohl in den Mittelpunkt ihres Handelns stellen. Was früher die »Ökonomie des guten Hauses« genannt wurde, ist längst nicht mehr im Mainstream vertreten. Auch wenn der Siegeszug des Shareholder-Values vorerst nicht mehr »in« ist, so überwiegen in vielen UN doch immer noch die Fragen:

Wie befriedigen wir die Finanzmärkte? Wie kann der Aktionär eine möglichst hohe Rendite erhalten? Eine rasche Gewinn- und Aktienwertsteigerung bestimmt dann unternehmerisches Handeln – nicht die eigentliche Wertsteigerung.

Doch die dramatischen Auswirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise zeigen in aller Deutlichkeit, dass die vorrangige Ausrich-

¹⁶ Vgl. Drucker, Peter F. (2009): Management, Band 1, Frankfurt/M, S. 307.

¹⁷ Vgl. Kienbaum/European Compensation Network, FAZ 6.5.10, S. 10.

¹⁸ Evers, (2012) Betriebliche Altersversorgung von Vorständen in DAX 30-Unternehmen (pdf) Empirische Erhebung im Auftrag der HBS.

¹⁹ PM der HBS zur empirischen Erhebung von Evers, Fn. 13.

tung vieler börsennotierter UN auf den kurzfristigen Shareholder Value ein Irrweg ist. Statt nachhaltigem Wachstum zugunsten der Kunden und UN werden insbes. im Finanzsektor kurzfristige Gewinnmaximierung und zweistellige Gewinnmargen als Unternehmensziel verfolgt.

Die Debatte um eine nachhaltige Unternehmenspolitik wurde auch in der Kodexkommission geführt; nicht zuletzt getrieben durch die Wirtschafts- und Finanzkrise. Bis zur Kodexänderung in 2009 bestimmte der Kodex in der Präambel:

»Der Kodex verdeutlicht die Rechte der Aktionäre, die der Gesellschaft das erforderliche Eigenkapital zur Verfügung stellen und das unternehmerische Risiko tragen.«

Diese Formulierung kann man gewissermaßen als »Shareholder Value pur« bezeichnen. Sie stellt klar, dass der Kodex auf die Aktionäre fokussiert war und AN sowie weitere Stakeholder an den Rand drängt. Der Zweck des UN wurde erkennbar mit dem Zweck der Aktionäre verwechselt. Der Zweck eines privatwirtschaftlich organisierten UN besteht jedoch nicht darin, Aktionäre oder Manager reich zu machen. Der Zweck eines UN besteht darin, gute Leistungen für die Kunden und die Zivilgesellschaft zu erbringen – dabei profitabel zu sein und so den Wert des UN zu steigern.

Die gegenteilige, einseitige Definition der Shareholder Value Doktrin widerspricht den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft und dem gängigen kontinentaleuropäischen Verständnis von Corporate Governance, wonach unter diesem Begriff auch die Berücksichtigung der Interessen aller relevanten Anspruchsgruppen an ein UN verstanden wird.²⁰ Die Präambel des DCGK wurde – auf Antrag des DGB in der Kodex-Kommission – im Sommer 2009 wie folgt geändert, sie gibt nun eine andere Orientierung:

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

Dieses Unternehmensinteresse wird in der ebenfalls ergänzten Ziff. 4.1.1 neu definiert (Änderungen fett):

»Der Vorstand leitet das UN **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).**«

Der Vorsitzende der Regierungskommission DCGK *Klaus-Peter Müller* führte anlässlich der 8. Konferenz Deutscher Corporate Governance Kodex am 19.6.09 in Berlin dazu aus: »Wir müssen die berechtigten Interessen aller Anspruchsgruppen, der Stakeholder des UN, angemessen und ausgewogen berücksichtigen. Eigentümern, Kunden und Mitarbeitern ist ebenso wie der Gesellschaft insgesamt gleichermaßen gerecht zu werden. Das macht erst gute Corporate Governance aus.«

Dieses Bekenntnis der Regierungskommission DCGK, gesellschaftliche und soziale Verantwortung in den Unternehmenszielen zu verankern, ist aus meiner Sicht der größte Erfolg der Kommission und ein Beitrag für eine weitere politische, rechtliche und wissenschaftliche Diskussion zum nachhaltigen Wirtschaften.

IV. Unabhängigkeit im dualistischem System

Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat in jüngster Zeit vermehrt die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern in das Zentrum ihrer Überlegungen gestellt. Nur unabhängige Aufsichtsratsmitglieder garantieren eine gute Unternehmensführung, lautet das Credo einiger Kommissionsmitglieder. Die sehr kontrovers geführte Debatte gipfelte in einem von der Kommission vorgelegten Negativkatalog mit sechs Fallgruppen.

Diese sahen ua. vor, dass Aufsichtsratsmitglieder nicht als unabhängig gelten, wenn sie neben ihrer Vergütung als AR eine wesentliche zusätzliche Vergütung erhalten. Damit wären die Arbeitnehmervertreter/innen, die neben ihrer Aufsichtsratsvergütung auch ein Gehalt vom UN beziehen, keine unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder mehr. Auch Vertreter der Anteilseigner waren von dem Katalog betroffen und hätten bei einer 10 %igen Beteiligung am UN nicht mehr als unabhängig gegolten.

Die Regierungskommission hat in diesem Jahr erstmals zu dieser und anderen geplanten Kodexänderungen ein schriftliches Anhörungsverfahren durchgeführt. Es gingen insg. 70 Stellungnahmen von Institutionen und Personen ein. Der überwiegende Teil hat sich eindeutig gegen eine Definition des Begriffs Unabhängigkeit im Kodex ausgesprochen, da das dt. Recht eine »gänzlich andere Denkweise« hat.²¹ Aus den Gewerkschaften und von der Arbeitnehmerseite kam ebenfalls massive Kritik. Letztendlich führte die öffentliche Reaktion zur Streichung des Negativkatalogs. Ich begrüße ausdrücklich, dass es nun keinen Kriterienkatalog zur Unabhängigkeit gibt. Die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder ist grundsätzlich – anders als im angelsächsischen System – bereits durch das duale System mit Vorstand und AR gewährleistet. Die Diskussion um die Unabhängigkeit von Organmitgliedern hat ihren Ursprung im anglo-amerikanischen Recht. Die Begriffsdefinition zur Unabhängigkeit tauchte zunächst 2002 bei der Einführung des Sarbanes-Oxley-Act auf, der auch für die dt. UN, die an der New Yorker Börse gelistet sind, gilt. Diese Überlegungen zur Unabhängigkeit wurden 2005 von einer Empfehlung der EU-Kommission zu den Aufgaben von nichtgeschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats aufgegriffen, die ebenfalls eine Begriffsdefinition für die Unabhängigkeit von AR enthält. Diese Begriffsdefinition zur Unabhängigkeit ist auf das monistische System der Unternehmensverfassung ausgerichtet und kann nicht ohne weiteres auf das dualistische System – so wie wir es in Dt. kennen – übernommen werden. Dies wurde auch anerkannt, indem das dt. System der Arbeitnehmermitbestimmung inzwischen die ausdrückliche Anerkennung im Sarbanes-Oxley-Act findet und auch im Anhang 2 der EU-Kommissionsempfehlung zur Unabhängigkeit berücksichtigt wurde. Dort heißt es: »es sei denn, er (gemeint ist das Aufsichtsratsmitglied, Anm. des Verf.) ist im Rahmen eines gesetzlich anerkannten Systems der Arbeitnehmervertretung, das einen angemessenen Schutz vor missbräuchlicher Entlassung oder

²⁰ Vgl. *Spindler* (2008): Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der HBS.

²¹ *Habersack*, (2012) Gutachten E für den 69.DJT, Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung, S. 76.

sonstiger ungerechter Behandlung bietet, in den AR gewählt worden«. Im Klartext: Auch nach dem Sarbanes-Oxley-Act sind gewählte Arbeitnehmervertreter in AR oder Boards unabhängig. Bei dem im angloamerikanischen Rechtssystem verbreiteten monistischen Führungssystem spielt die Unabhängigkeit der nicht geschäftsführenden Mitglieder sicherlich eine besondere Rolle, anders als im dualistischen System mit seiner institutionellen Trennung der Unternehmensführung in 2 eigenständige von einander unabhängige Gesellschaftsorgane. Mit dem dualen System der Unternehmensverfassung steht bereits ein etabliertes Kontrollsystem zur Verfügung. Das dt. dualistische Modell ist gerade gekennzeichnet durch eine strikte Trennung zwischen dem Vorstand als Leitungsorgan und dem AR als Aufsichtsorgan. Außerdem bietet das deutsche Konzernrecht einen in anderen Ländern so nicht vorkommenden Schutz. Darüber hinaus werden die Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter im AR von der Belegschaft gewählt und sind damit besonders demokratisch legitimiert. Der Kodex wäre nicht befugt festzulegen, dass die unternehmensangehörigen AN abhängig sind, so wie es nach dem Negativkatalog hätte subsumiert werden können. Der Kodex hätte damit erheblich seine Kompetenzen überschritten und in das bewährte System der Arbeitnehmermitbestimmung eingegriffen. Letztendlich hätte die vorgeschlagene Kodexänderung in die Richtung von »Berufsaufsichtsräten« geführt. Eine solche Entwicklung, die mit einer Distanz des AR zu dem UN verbunden ist, ist für die Unternehmensperformance eher schädlich.

Die jetzt gefundene neue Formulierung im Kodex regelt, dass dem AR eine seiner Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll. Ein Aufsichtsratsmitglied ist i.S. dieser Kodexempfehlung insbes. nicht als unabhängig anzusehen, wenn es in einer persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen UN steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenskonflikt begründen kann (Ziff. 5.4.2).

Der Gutachter der Abteilung Wirtschaftsrecht zum 69. DJT befürwortet insbes. die Flexibilität der nun gefundenen Unabhängigkeitsformulierung im Kodex. In den zusammenfassenden Empfehlungen heißt es: »Insbes. der flexible, ganz auf die Verhältnisse der Gesellschaft und die Einschätzung des AR abstellende Ansatz der Ziff. 5.4.2 S.1 DCGK, ..., ist starren Quoten schon deshalb überlegen, weil nur über einen flexiblen Ansatz dem Charakter der jeweiligen Gesellschaft Rechnung getragen werden kann.«²² Darüber hinaus empfiehlt der Gutachter eine Verpflichtung an den AR seine »Einschätzung zur Unabhängigkeit seiner Mitglieder offenzulegen.«²³ Das Ziel nach mehr Transparenz wird damit nicht erreicht. Eindeutig fest steht, dass die Arbeitnehmervertreter, die aufgrund der gesetzlichen Mitbestimmung in den AR gewählt werden, als unabhängig gelten. Ihr Vergütungsanspruch begründet jedenfalls keinen Interessenkonflikt. Somit verbleibt eine Beurteilung der Kapitaleseite. Soll hier für jedes einzelne Mitglied die Unabhängigkeit definiert und veröffentlicht werden? Dies erscheint abwegig und trägt vor allen Dingen die Auseinandersetzung um die Unabhängigkeit in die AR hinein.

V. Ausblick

Der Kodex darf nicht überbewertet und vor allen Dingen nicht weiter überfrachtet werden. Die Regierungskommission muss sich davor hü-

ten in eine Art Regulierungswut zu verfallen. Ich plädiere für einen schlanken Kodex. Zweck des Kodex ist es, die wesentlichen gesetzlichen Vorschriften zur Leitung und Überwachung dt. börsennotierter Gesellschaften, d.h. das dt. Corporate Governance System, darzustellen. Nicht mehr und nicht weniger. Der Kodex ist auch kein Ersatzgesetz. Eine Änderung des Kodex im Jahresrhythmus ist nicht wirklich zweckdienlich. Die Regierungskommission sollte genauestens darauf achten, sich nicht vor einen politischen Karren spannen zu lassen. »Die politischen Entscheidungsträger haben den Deutschen Corporate Governance Kodex als Transportmittel «entdeckt» und z. T. recht offen Vorgaben formuliert.²⁴

Auch der Gutachter des DJT Prof. *Habersack* kann es nicht unterlassen unter der Überschrift »Ausgewählte Felder der Corporate Governance-Regulierung« zu beklagen: »..., ist de lege ferenda eine grundsätzliche Abkehr von dem dt. Mitbestimmungsmodell nicht zu erwarten. Systemimmanente Reformen wie namentlich die Einführung eines Verhandlungsmodells, die Anerkennung von Wahlrechten ausländischer AN und die Herabsetzung der ... Aufsichtsratsgrößen sind freilich längst überfällig ...«²⁵

Dies sind alles keine Themen für die Regierungskommission und ruft verstärkt die Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation der Kommission hervor. Der Kodex hat das dt. Modell der Unternehmensverfassung einer internat. Öffentlichkeit vorzustellen und sollte dies möglichst positiv tun, anstatt über die Größe, Besetzung und Abhängigkeit des AR zu lamentieren.

Die *BGH* Urteile, nach der die Entsprechenserklärungen richtig und vollständig abgeben werden müssen, um die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen zu vermeiden, haben für die UN eine nicht zu unterschätzende Bedeutung und verlangen einen knappen Kodex. »Werden sie (gemeint sind die Erklärungs- und Publikationspflichten des § 161 AktG, Anm. Verf.) nicht ordnungsgemäß erfüllt, kann sich eine Vielzahl von Angriffspunkten gegen Entlastungsbeschlüssen ergeben. Je nach Lage des Einzelfalls kommt auch in Frage, dass darüber hinaus eine Wahl zum AR Anfechtungsrisiken ausgesetzt ist.«²⁶

Der Kodex darf sich nicht zu einer Belastung der UN entwickeln, sondern er hat die Aufgabe die dt. Regelungen der Unternehmensverfassung knapp und klar vorzustellen. Eine Regelungsflut führt nicht zu guter Unternehmensführung. Der Kodex enthält internat. und national anerkannte Standards guter und verantwortlicher Unternehmensführung und stellt das dt. Corporate Governance System in einer auch für ausländische Investoren geeigneten Form dar, so *Dr. Gerhard Cromme*, ehemaliger Vorsitzender der Regierungskommission anlässlich der Veröffentlichung des 1. Kodex. Freilich: Der Kodex braucht in Zukunft noch mehr Ausrichtung auf den eigentlichen Zweck von UN. Ziel des Wirtschaftens ist es, das Leben aller Menschen angenehmer zu gestalten – ohne Mensch und Natur zerstörerisch auszubeuten.

²² Ebenda S. 104.

²³ Ebenda.

²⁴ *Gehling*, Deutscher Corporate Governance Kodex – Was spricht für eine Atempause, DB 2011, H. 31, 51 ff.

²⁵ S. Fn 18, S. 104.

²⁶ *Goslar/von der Linden*, Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2009, H. 32, 1691 ff. mwN.