

BERLINER SCHRIFTENREIHE ZUM STEUER- UND WIRTSCHAFTSRECHT

HERAUSGEGEBEN VON

PROF. DR. DIETER BIRK, PROF. DR. REINHARD PÖLLATH UND PROF. DR. INGO SAENGER

Caspar Conzen

**Unabhängigkeit und Diversity als
Eckpfeiler guter Corporate Governance
bei der Besetzung des Aufsichtsrats**

Unabhängigkeit und Diversity als Eckpfeiler guter Corporate Governance bei der Besetzung des Aufsichtsrates

von

Caspar Conzen

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Klicka

Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebecke

Datum der mündlichen Prüfung. 20.06.2017

D6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2017

Berliner Schriftenreihe zum Steuer- und Wirtschaftsrecht

Band 78

Caspar Conzen

**Unabhängigkeit und Diversity als Eckpfeiler
guter Corporate Governance bei der Besetzung
des Aufsichtsrats**

D 6 (Diss. Universität Münster (Westfalen))

Shaker Verlag
Aachen 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2017

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Klicka

Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebecke

Datum der mündlichen Prüfung. 20.06.2017

Copyright Shaker Verlag 2017

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-5563-4

ISSN 1619-8093

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Der Arbeit liegt der Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 5. Mai 2015 zugrunde; bis zur Drucklegung konnte die Literatur bis Juli 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger für die stets hilfreiche und unterstützende Betreuung und Begleitung der Arbeit während des gesamten Verfahrens sowie für die rasche Begutachtung der Arbeit. Außerdem danke ich ihm und den weiteren Herausgebern Herrn Prof. Dr. Dieter Birk und Herrn Prof. Dr. Reinhard Pöllath für die Aufnahme dieser Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Herrn Prof. Dr. Thomas Klicka danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der größte Dank gilt meinen Eltern Petra von Borstel-Conzen und Klaus Conzen, die mich während meiner gesamten Ausbildung stets bedingungslos unterstützt haben und deren Zuspruch zum Gelingen dieser Arbeit wesentlich beigetragen hat. Darüber hinaus danke ich ihnen für das Korrekturlesen der Arbeit und die damit verbundenen hilfreichen Ratschläge. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Hamburg, im September 2017

Caspar Conzen

Inhaltsübersicht:

§ 1	Einleitung.....	1
A.	Einführung in das Thema und Ziele der Arbeit.....	1
B.	Gang der Untersuchung.....	4
§ 2	Das Aufsichtsratsgremium und der Deutsche Corporate Governance Kodex	6
A.	Die Entwicklung des Aufsichtsrates und der Anforderungen an diesen sowie an seine Mitglieder	6
B.	Der Deutsche Corporate Governance Kodex und seine Stellung im Rechtssystem .	11
C.	Definitionsversuch für gute Corporate Governance im Aufsichtsrat	21
§ 3	Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	23
A.	Definitionsversuche und Bedeutungsgehalt von Unabhängigkeit	23
B.	Die Unabhängigkeit gegenüber dem Vorstand	49
C.	Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom kontrollierenden Aktionär	72
D.	Die Unabhängigkeit von externen Interessenträgern (Drittbeziehungen).....	139
E.	Fazit, Handlungsempfehlungen und Änderungsbedarf	157
§ 4	Diversity im Aufsichtsrat.....	171
A.	Ursprung und Bedeutung der Diversity-Forderung in der Corporate-Governance-Debatte	171
B.	Gender Diversity – Umgang mit der „Geschlechterquote“	176
C.	Internationalität	215
D.	Ergebnis und Änderungsvorschlag für den Kodex	246
§ 5	Schlussbetrachtung	249
A.	Allgemeine Schlussfolgerungen	249
B.	Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	254
	<u>Literaturverzeichnis:</u>	261

Inhaltsverzeichnis:

§ 1	Einleitung	1
A.	Einführung in das Thema und Ziele der Arbeit	1
B.	Gang der Untersuchung	4
§ 2	Das Aufsichtsratsgremium und der Deutsche Corporate Governance Kodex	6
A.	Die Entwicklung des Aufsichtsrates und der Anforderungen an diesen sowie an seine Mitglieder	6
I.	Veränderungsbedürfnis des Aufsichtsorgans.....	6
II.	Bedeutungszuwachs des Aufsichtsrates.....	7
III.	Professionalisierung des Aufsichtsrates.....	9
B.	Der Deutsche Corporate Governance Kodex und seine Stellung im Rechtssystem	11
I.	Rechtsnatur und Verfassungsmäßigkeit der Kodex-Empfehlungen	11
II.	Zweck des Kodex und Vorzüge von Kodex-Regelungen gegenüber gesetzlichen Regelungen	14
III.	Kritik an Kodex-Regelungen und Bewertung.....	16
IV.	Befolgungsquoten der Kodex-Empfehlungen im Allgemeinen und Speziellen	18
1.	Allgemeines zur Entsprechung	18
2.	Entsprechung der Empfehlungen zu Unabhängigkeit und Diversity	19
C.	Definitionsversuch für gute Corporate Governance im Aufsichtsrat	21
§ 3	Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	23
A.	Definitionsversuche und Bedeutungsgehalt von Unabhängigkeit	23
I.	Verschiedene Definitionsversuche.....	24
1.	EU-Kommission	24
2.	Aktiengesetz.....	25
3.	DCGK	26
II.	Aktueller Status der Forderung von Unabhängigkeit	27
1.	Forderung von Unabhängigkeit in deutschen Rechtsvorschriften	27
2.	Forderung von Unabhängigkeit seitens anderer Stellen	29
3.	Forderung von Unabhängigkeit in ausländischen Rechtsordnungen.....	30
III.	Interpretation der Vorgaben im DCGK zur Unabhängigkeit.....	31
1.	Veränderungen gegenüber vorheriger Kodex-Fassung	31
2.	Persönliche und geschäftliche Beziehungen der Aufsichtsratsmitglieder	31

a)	Persönliche Beziehungen	32
b)	Geschäftliche Beziehungen.....	34
3.	Wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte	35
a)	Potenzieller Interessenkonflikt.....	35
b)	Wesentlicher und nicht nur vorübergehender Interessenkonflikt	37
c)	Zwischenergebnis	38
4.	Die „angemessene Zahl“ unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder	39
a)	Allgemeines	39
b)	Einordnung der Arbeitnehmervertreter.....	40
aa)	Mögliche Abhängigkeit aufgrund der geschäftlichen Beziehung zur Gesellschaft.....	42
bb)	Mögliche Abhängigkeit aufgrund der Vertretung der Arbeitnehmerinteressen	43
c)	Angemessene Anzahl mit Blick auf Unternehmensmerkmale	46
5.	Zwischenergebnis	48
B.	Die Unabhängigkeit gegenüber dem Vorstand	49
I.	Rechtslage de lege lata.....	49
II.	Sinn und Zweck der Forderung von Vorstandsunabhängigkeit.....	52
III.	Mögliche Interessenkonflikte und deren Auswirkung auf die Einschätzung hinsichtlich der Unabhängigkeit	52
1.	Persönliche Beziehungen der AR-Mitglieder zum Vorstand.....	53
a)	Verwandtschaft	53
b)	Ehemalige Vorstandsmitgliedschaft	54
2.	Beraterverträge.....	55
a)	Regelungsgegenstand und Voraussetzungen für die Zulässigkeit.....	55
b)	Begründung eines Interessenkonflikts und Auswirkung auf die Unabhängigkeit	57
aa)	Konfliktpotenzial	57
bb)	Beeinträchtigung der Unabhängigkeit	60
3.	Aufsichtsratsvergütung	60
4.	Zwischenergebnis	63
IV.	Bewertung und Handlungsempfehlungen.....	63
1.	Bewertung.....	63
2.	Auswirkungen und Handlungsempfehlungen.....	65

a)	Folgen für die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder	65
b)	Auswirkungen auf die Unternehmen und deren Corporate Governance sowie Handlungsempfehlungen	66
aa)	Auswirkungen auf die Corporate Governance	66
bb)	Handlungsempfehlungen	68
V.	Vorschläge de lege ferenda	71
C.	Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom kontrollierenden Aktionär	72
I.	Bisherige Rechtslage und Rechtspraxis in Deutschland vor der Kodex-Änderung	73
II.	Definition des kontrollierenden Aktionärs und relevante Beziehungen	75
1.	Begriffsdefinition „kontrollierender Aktionär“ bzw. „Kontrolle“	75
2.	Relevante Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär	78
III.	Sinn und Zweck der Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär	81
IV.	Praktische Auswirkungen der Kodex-Änderung	82
V.	Kritik an der Kodex-Änderung und deren Bewertung	85
1.	Interessengleichlauf zwischen kontrollierendem Aktionär und Gesellschaft	86
a)	Bestehendes Konfliktpotenzial	87
aa)	Interessenkonflikte zwischen dem kontrollierenden Aktionär und der Gesellschaft	88
bb)	Interessenkonflikte zwischen dem kontrollierenden Aktionär und den übrigen Aktionären	89
b)	Steigende Interessenäquivalenz	90
c)	Zwischenergebnis	91
2.	Eigentumsgarantie und bereits ausreichende Schutzmechanismen de lege lata ..	92
a)	Grundlegendes zu den Kritikpunkten	92
b)	Interessenkonflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären bei der Besetzung des Aufsichtsrates	94
aa)	Ursprung Entwicklung und Aktualität des Konflikts	94
bb)	Behandlung des Konflikts im faktischen Konzern	98
(1)	Allgemeine Interessengewichtung	98
(2)	Bestehendes Schutzsystem für Minderheitsaktionäre (§§ 311 ff. AktG) 99	
(a)	Veranlassung durch das herrschende Unternehmen	101
(aa)	Grundsätzlicher Regelungsgehalt	101
(bb)	Beweiserleichterung für die Minderheitsaktionäre	102

(cc) Besonderheiten bei personellen Verflechtungen über den Aufsichtsrat	104
(b) Nachteil der abhängigen Gesellschaft	106
(c) Maßgeblicher Zeitpunkt und Abgrenzung von Nachteil und Schaden	108
(d) Schutz durch den Abhängigkeitsbericht gem. § 312 AktG	110
(e) Zwischenergebnis	111
(3) Bewertung und weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten	112
(a) Bewertung des Minderheitenschutzes im System der §§ 311 ff. AktG	112
(aa) Allgemeine Kritikpunkte am Schutzsystem der §§ 311 ff.	112
(bb) Autonom minderheitsschädigendes Verhalten des Vorstands zugunsten des herrschenden Unternehmens	113
(cc) Effektivität des Schutzes durch den Abhängigkeitsbericht	114
(dd) Zwischenergebnis	116
(b) Gestaltungsmöglichkeiten zur Verbesserung des Minderheitenschutzes	116
(aa) Prophylaktischer Konzerneingangsschutz	117
(bb) Verbesserung der nachträglichen Klagemöglichkeiten	117
(cc) Erweiterung des Schutzes durch den Abhängigkeitsbericht	118
(dd) Mehrheits- und Minderheitsinteressen ausgleichende Umsetzung des Unabhängigkeitspostulats	120
(4) Die widerstreitenden Interessen im Zusammenspiel mit der Eigentumsgarantie	123
cc) Vertragskonzern	124
dd) Besonderheiten bei Familienunternehmen	125
3. Besonderheiten des dualistischen Systems und Verfassungswidrigkeit	127
4. Qualitätsverlust	128
5. Zwischenergebnis	130
VI. Handlungsempfehlungen de lege lata und Vorschläge de lege ferenda	131
1. Handlungsempfehlungen hinsichtlich der aktuellen Rechtslage	131
2. Vorschläge de lege ferenda	134
a) Richtige Rechtsquelle für eine entsprechende Regelung	134
b) Möglichkeiten zur Ergänzung der bestehenden Kodex-Regelung sowie deren praktische Umsetzung	135

aa)	Anregung zur „angemessenen Zahl“ vom kontrollierenden Aktionär unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder	136
bb)	Offenlegung	138
D.	Die Unabhängigkeit von externen Interessenträgern (Drittbeziehungen).....	139
I.	Aktuelle Rechtslage und praktische Handhabung in den Unternehmen.....	139
II.	Schutzzweck	140
III.	Umgang mit und Bewertung von Interessenkonflikten aufgrund einer Beziehung zu Dritten	141
1.	Mögliche Interessenkonflikte.....	141
2.	Wettbewerber.....	143
a)	Wettbewerbsverbot de lege lata.....	143
b)	Konfliktlösung im Kodex	144
c)	Wettbewerbsverbot de lege ferenda.....	146
3.	Kunden, Lieferanten und Kreditgeber	147
a)	Mögliche Beziehungskonstellationen	147
b)	Beeinträchtigung der Unabhängigkeit	148
aa)	Herausragende Bedeutung der Geschäftsbeziehung	151
bb)	Dominante Rolle des Stakeholder-Unternehmens	152
cc)	Zwischenergebnis	154
IV.	Handlungsempfehlungen für Unternehmen.....	155
V.	Vorschläge für Kodex-Änderungen.....	156
E.	Fazit, Handlungsempfehlungen und Änderungsbedarf	157
I.	Die wesentlichen Abhängigkeitsbeziehungen	158
II.	Notwendigkeit und Vorteilhaftigkeit unabhängiger Aufsichtsratsstätigkeit	159
III.	Handlungsempfehlungen	161
1.	Allgemeines	161
2.	Einzelne Empfehlungen	163
a)	Beachtung des Interessenpluralismus	163
b)	Vermeidung gleicher Abhängigkeiten und Differenzierung nach der Auswirkung auf die Corporate Governance.....	164
c)	Angemessene Anzahl.....	166
d)	Transparenz.....	167
e)	Empfehlung für den Aufsichtsratsvorsitz	168
IV.	Mögliche Kodex-Anpassungen.....	168

§ 4	Diversity im Aufsichtsrat.....	171
A.	Ursprung und Bedeutung der Diversity-Forderung in der Corporate-Governance-Debatte	171
I.	Ursprung und Ziel von Diversity im Aufsichtsrat	171
II.	Definition von Diversity und Festlegung des Analyserahmens.....	173
B.	Gender Diversity – Umgang mit der „Geschlechterquote“	176
I.	Ausgangssituation	176
II.	Entwicklung und Rechtslage de lege lata	178
1.	Selbstverpflichtung und Soft Law	178
2.	Europäische Bestrebungen.....	180
3.	Die Quotenregelung des deutschen Gesetzgebers	181
III.	Aktuelle Situation der Frauenrepräsentanz in den Unternehmen	182
IV.	Umsetzung der „fixen/harten“ Quote.....	184
1.	Umsetzungsproblem: Mangel an geeigneten Frauen.....	184
a)	Ursachen und Konfliktlagen	184
aa)	Frauenrepräsentanz in Vorständen und obersten Führungsebenen.....	186
bb)	Problematik der Gesamt- und Getrennterfüllung.....	186
cc)	Branchenspezifische Besonderheiten und Konflikt mit der Branchenkenntnis.....	187
b)	Handlungsmöglichkeiten für die Unternehmen.....	189
aa)	Der „leere Stuhl“	189
(1)	Anteilseignerseite.....	189
(2)	Arbeitnehmerseite	190
bb)	Versuch der Erfüllung der Quotenvorgabe und der Grundsätze guter Corporate Governance im Unternehmensinteresse.....	192
c)	Besonderheiten bei der Neubesetzung einzelner Aufsichtsratsplätze.....	195
2.	Zwischenergebnis	196
V.	Die „flexible/weiche“ Quote in Form von verbindlichen Zielvorgaben.....	197
1.	Adressatenkreis	197
2.	Wesentliche Elemente der gesetzlichen Regelung bezüglich des Aufsichtsrates.....	197
a)	§ 111 Abs. 5 AktG	198
aa)	„Verschlechterungsverbot“	198
bb)	Frist	200
cc)	Rechtsfolge und Sanktionen	201

(1) Fehlende oder fehlerhafte Zielvorgabe	201
(2) Nichterreichen der Zielvorgabe	202
b) § 289a HGB	203
c) Exkurs: Zielvorgaben für den Vorstand und obere Führungsebenen	204
d) Zwischenfazit zur gesetzlichen Regelung.....	205
3. Möglicher Spielraum für Kodex-Regelungen einschließlich	
Handlungsempfehlungen für die Unternehmen.....	205
a) Bedürfnis für eine Kodex-Regelung	205
b) Transparente Verbesserung der Frauenförderung auf allen Unternehmensebenen	208
c) Transparenz und Orientierung an Branchenführern	209
d) Qualifikations- bzw. Eignungsvorbehalt	210
e) Keine Sanktionen oder Rechtsfolgen.....	210
f) Vorschlag möglicher Kodex-Regelungen.....	211
VI. Ausblick: Stagnation bei Erreichen der Quote?.....	211
VII. Ergebnis zu Gender-Diversity.....	214
C. Internationalität.....	215
I. Begriffsdefinition und Verständnis von „Internationalität“.....	215
II. Aktuelle Rechtslage und Entwicklung in den Unternehmen	217
1. Aktuelle Rechtslage	217
2. Entwicklung der Internationalität in den Aufsichtsräten der Unternehmen	218
III. Chancen und Probleme bei der Umsetzung stärkerer Internationalisierung.....	221
1. Chancen und Vorteile stärkerer Internationalität.....	221
a) Länderspezifische Kenntnisse und Kontakte zu Stakeholdern	222
b) Steigerung der Attraktivität des Unternehmens als Arbeitgeber	225
c) Potenzial der Internationalität auf Seiten der Arbeitnehmer.....	226
aa) Gründe für geringe Internationalität auf Arbeitnehmerseite.....	226
bb) Umsetzungsmöglichkeiten und Potenzial stärkerer Internationalität auf Seiten der Arbeitnehmervertreter.....	229
d) Steigerung der Attraktivität für (internationale) Investoren	230
e) Positive Auswirkungen auf die Corporate Governance.....	231
aa) Verbesserung der internen Corporate Governance	231
bb) Verbesserung der gesamtwirtschaftlichen Corporate-Governance- Grundsätze	232

2.	Risiken und Probleme stärkerer Internationalisierung.....	233
a)	Verfügbare Zeit.....	233
b)	Sprache.....	234
c)	Identitätsverlust.....	235
d)	Mangelnde Attraktivität für ausländische Kandidaten	236
aa)	Dualistisches System	236
bb)	Vergütung	237
cc)	Mitbestimmung	240
3.	Zwischenergebnis	242
IV.	Handlungsempfehlungen und Änderungsvorschläge für die Praxis.....	243
1.	Handlungsempfehlungen für die Unternehmen	243
2.	Änderungsvorschläge de lege ferenda	245
D.	Ergebnis und Änderungsvorschlag für den Kodex	246
§ 5	Schlussbetrachtung	249
A.	Allgemeine Schlussfolgerungen	249
I.	Professionalisierung des Auswahlprozesses.....	249
II.	Notwendigkeit der Erstellung eines Anforderungsprofils	249
III.	Unternehmensspezifische Besonderheiten ermöglichen.....	252
IV.	Transparenz gewährleisten.....	252
B.	Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	254
I.	Allgemeines zur Unabhängigkeit.....	254
II.	Unabhängigkeit vom Unternehmen und Vorstand	255
III.	Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär	256
IV.	Die Unabhängigkeit von externen Interessenträgern (Drittbeziehungen)	257
V.	Gender-Diversity.....	258
VI.	Internationalität	259
	<u>Literaturverzeichnis:</u>	261