

# Aktuelle Themen der deutschen Corporate Governance

---

AmCham Corporate and Business Law Committee

Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner

Frankfurt am Main, 7. Dezember 2011

# Inhaltsverzeichnis

---

- I. Frauenquote
- II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen
- III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat

# I. Frauenquote

---

# I. Frauenquote

1/7

- Seit einiger Zeit Diskussion in Deutschland und in der EU um eine Erhöhung des Frauenanteils in den Führungspositionen der börsennotierten und der mitbestimmten Gesellschaften
- Deutliche Unterrepräsentation: rd. 3% Vorstand, 10% Aufsichtsrat, 18% sonstiges Management
- in einigen Ländern bereits gesetzliche Frauenquote, z.B. Norwegen (seit 2006 bis zu 50% Frauen im Aufsichtsrat), Frankreich (bis 2017 40% Frauen im AR), Spanien, Belgien, Island
- EU: Ankündigung einer Richtlinie, falls die Unternehmen den Frauenanteil in den Vorständen und Aufsichtsräten nicht von sich aus verbessern
  - Frau Viviane Reding, EU-Justizkommissarin: Selbstverpflichtung bis März 2012 zur Erhöhung des Frauenanteils in den Vorständen
  - Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6.7.2011 mit Forderung nach gesetzlicher Frauenquote in den Führungsgremien von 30% (2015) und 40% (2020)

# I. Frauenquote

2/7

---

## Diskussionsstand in Deutschland:

- Koalitionsvertrag (S. 74): Stufenplan für Vorstand/Aufsichtsrat mit Berichtspflichten und Selbstverpflichtungen auf der ersten Stufe
- Bündnis 90/Die Grünen, Gesetzentwurf vom 13.10.2010 (BT-Drs. 17/3296): bis 2015 30%, bis 2017 40% Frauen im AR
- SPD-Antrag vom 9.2.2011 (BT-Drs. 17/4683): 40% Frauen im AR und wichtigsten Ausschüssen; stufenweise auch im Vorstand; VV und stellv. VV geschlechtsverschieden
- Die Linke, Antrag vom 22.2.2011 (BT-Drs. 17/4842): in 5 Jahren 1/3, in 10 Jahren 50% Frauen in V und AR
- Land NRW, Gesetzentwurf vom 11.2.2011 (BR-Drs. 87/11): bis 2017 30%, bis 2022 40% Frauen im AR

# I. Frauenquote

3/7

---

- Frau Schröder (BMFSFJ): Ankündigung eines Gesetzentwurfs mit unternehmensspezifischer Frauenquote, sog. FlexiQuote (gegen Frau von der Leyen, BMAS, mit strikter Frauenquote von 30%)
- Treffen mit den Personalvorständen der DAX-Unternehmen am 30.3. und am 17.10. 2011
  - Selbstverpflichtung zur Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen (ohne Vorstand und Aufsichtsrat) auf 10 bis 35%
  - keine einheitliche Bestimmung der Führungsebene, unterschiedliche Zielquoten und unterschiedliche Fristen
- interner Gesetzentwurf des BMFSFJ: mindestens je eine Frau in Vorstand und Aufsichtsrat (Anteilseignerseite), gesetzliche Verpflichtung auf selbst festgelegte Zielquote in jährlicher „Gleichstellungserklärung“ – bei Abweichung: Unwirksamkeit/Anfechtbarkeit der Bestellung/Wahl und Bußgeld

# I. Frauenquote

4/7

---

- Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK):
  - Führungspositionen: Vorstand achtet bei der Besetzung auf Vielfalt (Diversity), angemessene Berücksichtigung von Frauen soll angestrebt werden (Ziff. 4.1.5 DCGK)
  - Vorstand: Aufsichtsrat achtet bei der Zusammensetzung des Vorstands auf Vielfalt (Diversity), angemessene Berücksichtigung von Frauen soll angestrebt werden (Ziff. 5.1.2 Satz 1 DCGK)
  - Aufsichtsrat: Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen, dabei u.a. Vielfalt (Diversity) berücksichtigen und angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen; Zielsetzung und Stand der Umsetzung sollen im jährlichen Corporate Governance Bericht veröffentlicht werden (Ziff. 5.4.1 Abs. 2 DCGK)

## I. Frauenquote

5/7

- Zielsetzungen zur Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsräten nach den bisherigen Corporate Governance Berichten unterschiedlich:
  - Ablehnung einer konkreten Zielsetzung (z.B. RWE und FMC)
  - allgemein gehaltene Absichtserklärung (z.B. Commerzbank)
  - überwiegend konkrete Zielsetzungen – meist zwischen 10 und 30% angestrebt, bezogen auf Gesamt-AR
  - unterschiedliche Zeitvorstellungen – überwiegend bezogen auf nächste reguläre Neuwahl in 2013
  
- Verstärkte Bemühungen der Unternehmen, den Frauenanteil in Führungsfunktionen und in den Vorständen zu erhöhen - z.B. Daimler/Frau Hohmann-Dennhardt; Continental/Frau Stratmann; Henkel/Frau Menges

# I. Frauenquote

6/7

---

Rechtsfolgen bei Nichterreichen des angestrebten Frauenanteils im AR:

- keine Selbstbindung des Aufsichtsrates
- nur Verpflichtung, sich um Erreichen der selbstgesteckten Ziele zu bemühen – keine Pflicht zum Erfolg, Annahme der Wahlvorschläge liegt im Ermessen der HV
- abweichende Wahlvorschläge (z.B. keine weitere Frau im AR) möglich, dann mit Bekanntgabe des Wahlvorschlags jedoch zugleich abweichende Entsprechenserklärung (OLG München ZIP 2009, 133)
- bei absehbarem Nichterreichen der Zielquote vorsorglich Anpassung der Entsprechenserklärung

# I. Frauenquote

7/7

---

- Frauenquote in erster Linie gesellschaftspolitische Forderung, weniger eine Frage der Corporate Governance
- Verbesserung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen für berufliche Entwicklungsmöglichkeiten von Frauen vorrangig
- gesetzlicher Eingriff in die Handlungsfreiheit der Unternehmen durch zwingende Mindestquoten unverhältnismäßig, insbesondere in Bezug auf die Besetzung des Vorstands
- bei gesetzlicher Förderung des Frauenanteils im Aufsichtsrat
  - flexible Quote einer starren Quote vorzuziehen
  - Ausnahmeregelungen nötig, wenn sich keine geeigneten Kandidatinnen finden
  - keine überzogenen Sanktionen bei Verfehlung der selbstgesteckten Ziele, insbesondere keine Unwirksamkeit/Anfechtbarkeit der Wahl

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen

---

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 1/7

---

- Deutscher Corporate Governance Kodex seit 2002
- Enthält 82 Empfehlungen („soll“) und 16 Anregungen („sollte“) an die börsennotierte Unternehmen zur Ausgestaltung einer guten Unternehmensführung
- Jährliche Überprüfung und ggf. Fortschreibung durch die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
- Gedacht als Orientierung für den Kapitalmarkt, um die Qualität der Unternehmensführung besser beurteilen zu können
- Inzwischen jedoch zunehmende Kritik am Kodex: zu viel und zu detaillierte Regulierung - Entscheidungsprozesse der Kodex-Kommission intransparent – zunehmende Verrechtlichung

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 2/7

---

- § 161 AktG verpflichtet Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft alljährlich zu erklären, ob und inwieweit die Empfehlungen des DCGK in der Vergangenheit befolgt wurden und in Zukunft weiter befolgt werden - etwaige Abweichungen sind dabei zu begründen (“comply or explain”) – sog. Entsprechenserklärung
- Empfehlungen des Kodex sind keine Rechtsnormen, über die Erklärungs-  
pflicht nach § 161 AktG aber Gefahr einer Aufwertung zu Quasi-Rechts-  
normen
- falls Unternehmen unterjährig die Befolgung einer Empfehlung ändert,  
muss Entsprechenserklärung umgehend angepasst werden, z.B. wenn eine  
bisherige Altersgrenze für Vorstand und/oder Aufsichtsrat nicht mehr gelten  
soll (Ziff. 5.1.2 Abs. 2, 5.4.1 Abs. 2 DCGK)

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 3/7

---

- Rechtsfolgen bei unterlassender Anpassung der Entsprechenserklärung
  - keine spezielle Sanktion des Kodex oder des AktG
- BGH: Anfechtbarkeit der Beschlüsse der nächsten Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, wenn
  - nicht unwesentlicher Punkt der Entsprechenserklärung betroffen ist,
  - die Organmitglieder die Unrichtigkeit der Erklärung kannten oder kennen mussten und
  - die richtige Information Voraussetzung für eine sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrechte ist;
  - Entlastung sonst nur bei einem schweren Verstoß gegen Gesetz oder Satzung anfechtbar

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 4/7

---

Bisher entschiedene Fälle:

- BGH NZG 2009, 342 Kirch/Deutsche Bank - HV 2003
  - Empfehlung in Ziff. 5.5.3 DCGK: Interessenkonflikte im Aufsichtsrat sollen im Bericht des AR an die Hauptversammlung offen gelegt werden
  - uneingeschränkte Entsprechenserklärung - AR-Bericht für 2002 enthielt jedoch keine Angaben zum Interessenkonflikt bei Herrn Dr. Breuer und dessen Behandlung im Aufsichtsrat
- BGH NZG 2009, 1270 Umschreibungsstopp/Springer - HV 2006
  - uneingeschränkte Entsprechenserklärung, AR-Bericht enthielt entgegen Ziff. 5.5.3 DCGK aber keine Ausführungen zum Interessenkonflikt eines AR-Mitglieds, dessen Gesellschaft Gegenstand einer möglichen Übernahme war

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 5/7

---

Bisher entschiedene Fälle (Fortsetzung):

- OLG Frankfurt NZG 2011, 1029 (Deutsche Bank) – HV 2009:
  - Bericht des AR an die HV gemäß Ziff. 5.5.3 DCGK über Interessenkonflikte bei einzelnen AR-Mitgliedern unvollständig; keine genaue Bezeichnung der aufgetretenen Konflikte und keine namentliche Benennung der betroffenen AR-Mitglieder
  - Empfehlung gem. Ziff. 5.5.3 DCGK wird über § 161 AktG wie eine verpflichtende Rechtsnorm angewandt
  - gesetzliche Verschwiegenheitspflicht (§§ 93 I 3, 116 AktG) über AR-Interna: keine Überlagerung durch Kodex-Empfehlungen
  - Erklärung einer Abweichung von der Ziff. 5.5.3 DCGK notwendig, um die gesetzlich geschützte Vertraulichkeit im AR zu wahren

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 6/7

---

Bisher entschiedene Fälle (Fortsetzung):

➤ OLG München ZIP 2009, 133 MAN / Piech

- Wahlvorschlag zur AR-Wahl nichtig, wenn im Widerspruch zur Entsprechenserklärung des AR – Widerspruch im konkreten Fall wegen Mehrdeutigkeit der Altersregelung (Altersgrenze 70 / Ziff. 5.4.1 Abs. 2 DCGK) allerdings verneint
- Selbstbindung des Aufsichtsrates durch die Entsprechenserklärung?

➤ LG Hannover ZIP 2010, 837 Continental / Koerfer

- Beschluss zur AR-Wahl unter Berufung auf Ziff. 5.4.2 DCGK anfechtbar, wenn Gefahr eines dauerhaften Interessenkonflikts des Kandidaten nicht offen gelegt wird

## II. Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärungen 7/7

---

- Unbehagen über die zunehmende Verrechtlichung des Kodex
  - ursprüngliche Idee: Sanktionierung von Kodex-Abweichungen allein durch Reaktionen der Anleger
  - korrekte Befolgung der Kodex-Empfehlungen inzwischen Problem für die Wirksamkeit der HV-Beschlüsse und damit ein neues Betätigungsfeld der beruflichen Anfechtungskläger
  - restriktive Auslegung des § 161 AktG? Ausschluss der Anfechtbarkeit? Einschränkung der Anfechtbarkeit von Wahlbeschlüssen (Nichtigerklärung nur ex nunc, keine Rückwirkung)?
  - Zweifel an der verfassungsrechtlichen Grundlage der Kodex-Kommission
  - Tendenz der EU-Kommission: stärkere Überprüfung der Begründungen bei der Abweichung von Kodex-Empfehlungen

## III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat

---

### III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 1/7

---

- Beschränkung eines Wechsels aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31.7.2009 (§ 100 II Nr. 4 AktG):
  - zweijährige Karenzzeit (cooling off-Periode) oder
  - Wahl aufgrund eines Vorschlags von Aktionären, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten
- Begründung des Rechtsausschusses:
  - Vermeidung systematischer Kontrolldefizite bei börsennotierter AG im Streubesitz: Wechsel könnte den neuen Vorstand behindern sowie die Bereinigung strategischer Fehler oder die Beseitigung von Unregelmäßigkeiten aus der eigenen Vorstandszeit unterbinden
  - Ausnahme bei Vorhandensein wesentlichen Eigentümer, z.B. Familienaktionäre oder Stiftung

### III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 2/7

---

- Ergänzende Empfehlungen des DCGK:
  - Wechsel in den Aufsichtsrat der HV gegenüber zu begründen (Ziff. 5.4.4 Satz 2)
  - nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat (Ziff. 5.4.2 Satz 3)
- EU-Empfehlung zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder börsennotierten Gesellschaften vom 15.2.2005 weniger strikt:
  - Option, den Wechsel eines Vorstandsvorsitzenden in den Aufsichtsratsvorsitz zu untersagen (Abschn. II 3.2.)
  - AR-Mitglied nicht unabhängig, wenn in den vergangenen fünf Jahren Vorstand der Gesellschaft oder verbundener Gesellschaft (Anhang II Nr. 1a)

## III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 3/7

---

- Argumente gegen die gesetzliche Zwangspause:
  - generelles Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber einem Rollenwechsel empirisch nicht begründet
  - Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat als einfaches Mitglied führt nicht zu einem „systematischen Kontrolldefizit“
  - Ausschluss eines unmittelbaren Wechsels in den Aufsichtsratsvorsitz hätte genügt
  - Verlust von know how und persönlichen Verbindungen
  - Nachfolgeprobleme im Bereich der regulierten Wirtschaft (Banken, Versicherungen) wegen der speziellen know-how-Anforderungen
  - Einschränkung der Autonomie der Aktionäre

### III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 4/7

---

- DAI-Kurzstudie vom Nov. 2011: im Zeitraum 2002 bis 2011 waren verhältnismäßig wenige Aufsichtsratsmitglieder früher einmal im Vorstand: nur 40 von 728 oder 5,5%
- seit VorstAG entsprechende Wechsel nur noch bei Gesellschaften mit einem Großaktionär mit mehr als 25% der Stimmrechte
  - z.B. Gerresheimer Glas AG (Axel Herberg), Hypoport AG (Thomas Kretschmar), Conergy AG (Dieter Ammer), ThyssenKrupp AG (Ekkehard Schulz)
  - für 2011 angekündigt bei Beiersdorf (Thomas Quaas)
- bei Gesellschaften mit Streubesitz wie z.B. der Deutschen Bank Wechsel ebenfalls zulässig, aber wesentlich schwieriger

## III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 5/7

---

### ➤ **Unmittelbarer Wahlvorschlag mehrerer Aktionäre**

- gemeinsames Vorgehen einer Aktionärsminderheit mit mehr als 25% der Stimmrechte (gesetzliches Quorum):
- Ergänzung der Tagesordnung (§ 122 II AktG) um den Vorschlag zur Wahl eines ehemaligen Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat als Nachfolger eines turnusmäßig oder aus anderen Gründen ausscheidenden Aufsichtsratsmitglieds oder
- Gegenantrag (§§ 127, 137 AktG) gegen einen Vorschlag des Aufsichtsrates mit dem Vorschlag zur Wahl eines ehemaligen Vorstandsmitglieds
- vor der Abstimmung in der HV Feststellung durch den Versammlungsleiter, dass das gesetzliche Quorum erfüllt ist; mehrheitliche Annahme des Vorschlags allein genügt nicht

## III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 6/7

---

### ➤ Mittelbarer Wahlvorschlag mehrerer Aktionäre

- im Vorfeld der Hauptversammlung Zustandekommen eines Wahlvorschlags von Aktionären mit mehr als 25% der Stimmrechte
- Aufsichtsrat macht sich den Aktionärsvorschlag bei der Einberufung der Hauptversammlung zu eigen (§ 124 III 1 AktG)
- Aufsichtsrat beschließt vorsorglich über einen Ersatzkandidaten für den Fall, dass der Aktionärsvorschlag nicht die erforderliche Mehrheit findet
- in der HV Feststellung, dass der vom Aufsichtsrat übernommene Wahlvorschlag von Aktionären mit mehr als 25% der Stimmrechte unterstützt wird
- Abstimmung über diesen Wahlvorschlag, bei Verfehlung der erforderlichen Mehrheit Abstimmung über den Alternativvorschlag des Aufsichtsrates

## III. Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat 7/7

---

- **Praktische Probleme bei einem Wahlvorschlag vieler Aktionäre**
  - rechtzeitige Sicherstellung der Unterstützung durch genügend (institutionelle) Investoren wichtig – hoher Zeitaufwand bei zersplitterter Aktionärsstruktur
  - nach den internen Abstimmungs-Richtlinien der angelsächsischen Investoren und Stimmrechtsberater (z.B. ISS) unmittelbarer Wechsel eines Vorstandsvorsitzenden (CEO) in den AR-Vorsitz (Chairman) meist ausgeschlossen - dann zu klären, ob Ausnahmeregelung greift (besonderes Interesse der Gesellschaft)
- Werbung bei Investoren vor allem durch persönliche Ansprache des Kandidaten, evtl. auch des Nominierungsausschusses, dagegen grundsätzlich nicht durch Vorstand und Investor Relations
- unterstützende Aktionärsminderheit muss vor und in der HV mehr als 25% der Stimmrechte halten, Zusammensetzung kann sich zwischendurch aber ändern