



Kristen Ruth Huttner

# **Auslegung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und Rechtsfolgen einer „fehlerhaften“ Auslegung**

Unter besonderer Berücksichtigung  
der „Diversity“-Empfehlungen

# **Europäische Hochschulschriften**

European University Studies

Publications Universitaires Européennes

## **Reihe II            Rechtswissenschaft**

Series II            Law

Série II            Droit

Band/Volume    **5400**

Kristen Ruth Huttner

# **Auslegung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und Rechtsfolgen einer „fehlerhaften“ Auslegung**

Unter besonderer Berücksichtigung  
der „Diversity“-Empfehlungen

## **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.: Köln, Univ., Diss., 2012

D 38

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-631-62600-9 (Print)

ISBN 978-3-653-02587-3 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02587-3

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar.

Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

[www.peterlang.de](http://www.peterlang.de)

*Meinen Eltern und Maren.*



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln angenommen worden. Relevante aktuelle Entwicklungen, Rechtsprechung und Literatur konnten umfassend bis zum 31. März 2011 und weitgehend bis 31. Juli 2011 berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau *Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb*, die mich bei der Bearbeitung des Themas bestärkt, meine Arbeit betreut und mich bei dem erfolgreichen Abschluss der Promotion jederzeit unterstützt hat. Bedanken möchte ich mich bei ihr auch für die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn *Professor Dr. Christian Rolfs* möchte ich ebenso für die außerordentlich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und für die zeitliche Verfügbarkeit zu Zwecken der Disputation danken.

Herzlich danken möchte ich meiner Mutter, *Gisela Huttner* und meinem Vater, *Prof. Dr. Wieland Huttner*, meinem Freund, *Dr. Sebastian Kemper*, meiner Schwester, *Maren Fürniß*, für das zeitaufwendige Korrekturlesen der Arbeit, sowie für ihre jeweilige Unterstützung während der gesamten Dauer der Promotion.

Gewidmet ist diese Arbeit vor allem meinen Eltern, die mich nicht nur während meiner gesamten Ausbildungszeit, sondern auch in sämtlichen anderen Belangen immer großzügig unterstützt und gefördert haben. Hierdurch wurde die Anfertigung der vorliegenden Arbeit überhaupt erst ermöglicht und hierfür danke ich ihnen sehr. Ebenfalls widmen möchte ich die Arbeit meiner Schwester *Maren*, die mir während der gesamten Promotionszeit mit ihrem Rat zur Seite stand.

Düsseldorf, im Januar 2012

Kristen Ruth Huttner



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XV
A. Einführung .....	1
I. Problemaufriss .....	1
II. Erkenntnisinteresse und Fragestellungen .....	3
III. Themenabgrenzung .....	4
1. Gesetzliche Einführung einer Quotenregelung .....	6
2. Ergebnis .....	9
IV. Gang der Untersuchung .....	9
1. Erster Teil .....	10
2. Zweiter Teil .....	11
B. Teil 1: Auslegung und Anwendung „unbestimmter“ Rechtsbegriffe in den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK).....	13
Kapitel 1: Der deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK).....	13
I. Begriffliche Grundlagen.....	13
II. Die Entwicklung von Corporate Governance .....	15
1. Internationale Corporate Governance-Entwicklung .....	15
2. Die Corporate Governance-Entwicklung in Deutschland .....	16
III. Ziele des DCGK .....	19
IV. Rechtsqualität des Deutschen Corporate Governance Kodex .....	21
1. Kategorien von Regelungen im Kodex.....	22
2. „Soft law“ - Charakter des DCGK .....	23
3. Rechtsnormqualität des Kodex über § 161 AktG.....	25
a) Entsprechenserklärung nach § 161 AktG .....	25
b) Meinungsstand in der Literatur .....	25
c) Übersicht über ähnliche Regelungsinstrumente .....	27
aa) Inhalt der Kodex-Empfehlungen als (Handels-) Gewohnheitsrecht .....	27
bb) Inhalt der Kodex-Empfehlungen als Handelsbrauch.....	28
cc) Vergleich der Kodex-Empfehlungen mit den Rechnungslegungs- standards .....	29
dd) Vergleich der Kodex-Empfehlungen mit den DIN-Normen .....	31
ee) Einordnung des DCGK als Rechtsgeschäft.....	32
d) Faktische Bindungswirkung .....	33
aa) Faktische Bindungswirkung aufgrund Akzeptanz in der Praxis .....	34
bb) Faktische Bindungswirkung aufgrund der Reaktion des Kapitalmarktes .....	35
cc) Faktische Bindungswirkung aufgrund sonstiger Zwänge .....	36
e) Stellungnahme .....	37
V. Verfassungsrechtliche Bedenken .....	39
VI. Zusammenfassung und Endergebnis .....	42
Kapitel 2: Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in Gesetzen .....	45
I. „Unbestimmte“ Rechtsbegriffe .....	45
1. Begriffliche Grundlagen .....	46
2. Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe .....	48
3. Unbestimmter Rechtsbegriffe in verschiedenen Rechtsgebieten .....	49
a) Öffentliches Recht.....	49

b) Strafrecht .....	50
c) Zivilrecht .....	51
4. Ergebnis .....	52
II. Auslegung .....	52
1. Gesetzesauslegung.....	53
a) Ziele und Funktionen der Gesetzesauslegung .....	53
b) Auslegungsmethoden.....	55
aa) Wortlautauslegung.....	55
bb) Systematische Auslegung .....	56
cc) Teleologische Auslegung („ratio legis“) .....	57
dd) Historische Auslegung .....	57
ee) Verfassungskonforme Auslegung .....	58
ff) „Rangverhältnis“ der Auslegungsmethoden .....	59
c) Richterliche Rechtsfortbildung .....	60
2. Besondere Auslegungsregeln des Zivilrechts .....	61
3. Besondere Auslegungsregeln des europäischen Gemeinschaftsrechts.....	62
4. Ergebnis .....	64
III. Zusammenfassung und Endergebnis.....	64
Kapitel 3: Auslegung „unbestimmter“ Empfehlungen im DCGK .....	67
I. Unterschiedliche Arten von Empfehlungen im DCGK.....	67
1. Nicht auslegungsbedürftige Empfehlungen .....	67
2. Auslegungsbedürftige Empfehlungen.....	68
a) Abstrakte Verhaltensempfehlungen .....	68
b) Empfehlungen mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen .....	69
c) Bloße Auslegungsunklarheiten .....	71
3. Ergebnis .....	71
II. Auslegung des DCGK.....	72
1. Unterschiede zwischen den Regelungen des DCGK .....	72
a) Rechtsbeschreibende Kodex-Regelungen .....	73
b) Auslegungsbedürftige Kodex-Empfehlungen .....	74
aa) Auslegungsprärogative von Vorstand und Aufsichtsrat.....	74
bb) Interne Auslegungskompetenz und Verfahren .....	75
cc) Bezugspunkt der Auslegung .....	77
2. Auslegungsmethoden im DCGK.....	77
a) Anwendung der Methoden der Gesetzesauslegung .....	77
aa) Modifikationen bei der Wortlautauslegung .....	79
bb) Modifikationen bei der systematischen Auslegung.....	80
cc) Modifikationen bei der teleologischen Auslegung.....	80
dd) Modifikationen bei der historischen Auslegung .....	81
ee) Modifikationen bei der verfassungskonformen Auslegung.....	82
b) Anwendung der Auslegungsmethoden nach §§ 133, 157 BGB.....	82
c) Anwendung der Auslegungsmethoden des europäischen Gemeinschaftsrechts.....	83
3. Ergebnis .....	84
III. Zusammenfassung und Endergebnis.....	85
Kapitel 4: Auslegung und Anwendung relevanter Kodex-Empfehlungen .....	87
I. Unabhängigkeit.....	87

1. Hintergründe und Entwicklungen.....	87
2. Auslegung der Kodex-Empfehlungen zur Unabhängigkeit .....	89
a) Begriff der Unabhängigkeit im DCGK .....	89
b) Auswirkungen der EU-Empfehlung auf die „deutsche“ Unabhängigkeitsdefinition.....	90
c) Arbeitnehmervertreter.....	92
d) Auslegung der Empfehlung in Ziffer 5.4.2 Satz 1 DCGK.....	93
3. Ergebnis .....	94
II. Diversity und Qualifizierung.....	95
1. Hintergründe und Entwicklungen.....	95
a) Entwicklungen auf europäischer Ebene .....	96
aa) Verbesserung der Corporate Governance als Zielsetzung .....	96
bb) „Diversity“ als gleichstellungspolitische Zielsetzung .....	98
b) Entwicklungen in Deutschland.....	100
aa) Entwicklungen auf gesetzlicher Ebene .....	101
(1) Verbesserung der Corporate Governance als Zielsetzung.....	101
(2) „Diversity“ als gleichstellungspolitische Zielsetzung.....	102
bb) Entwicklungen auf Ebene des DCGK.....	105
c) Entwicklungen in anderen (europäischen) Ländern.....	107
aa) Entwicklungen auf gesetzlicher Ebene.....	107
bb) Entwicklungen auf Ebene nationaler Corporate Governance Kodizes .....	109
d) Weitere Gründe für die Einführung der Diversity-Empfehlungen .....	111
aa) Ursachen für die Unterrepräsentanz von Frauen .....	111
bb) Gründe für die Erhöhung des Frauenanteils („Business Case for Diversity“) .....	112
e) Ergebnis .....	114
2. Bisherige „Diversity“-Empfehlungen .....	115
a) Auslegung des Begriffs der „Vielfalt (Diversity)“.....	115
aa) Ursprünge von „Diversity“ im amerikanischen Raum .....	116
bb) Übertragbarkeit des Konzepts auf den DCGK.....	119
cc) „Vielfalt (Diversity)“ im DCGK .....	121
b) auf Vielfalt (Diversity) „achten“ .....	124
c) Ergebnis .....	125
3. Änderungen des DCGK in der Fassung vom 26. Mai 2010 .....	126
a) Darstellung und Auslegung der aktuellen Diversity-Empfehlungen .....	127
aa) Diversity auf der Ebene des Vorstands.....	127
(1) Konkretisierung des Begriffs der „Vielfalt (Diversity)“.....	127
(2) Anstreben einer angemessenen Berücksichtigung von Frauen.....	128
(a) Pflicht zur Festlegung einer unternehmensspezifischen Frauenquote .....	128
(b) Maßnahmen zur Umsetzung der Empfehlung .....	129
(c) Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	131
bb) Diversity auf der Ebene der „Führungsfunktionen“ .....	132
cc) Diversity auf der Ebene des Aufsichtsrats .....	135
(1) Zusammensetzung des Aufsichtsrats (Ziffer 5.4.1 Abs. 1 DCGK).....	135
(2) Empfehlungsadressat von Ziffer 5.4.1 Abs. 2 Satz 1 DCGK.....	136
(3) „Konkrete Ziele“ für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats.....	138

(4) Berücksichtigung sämtlicher Kriterien bei der Benennung von Zielvorgaben.....	142
(5) Internationale Tätigkeit.....	143
(6) Potenzielle Interessenkonflikte.....	145
(7) Altersgrenze.....	147
(8) Angemessene Beteiligung von Frauen.....	148
(a) Auslegung des „Angemessenheits“-Begriffs.....	149
(b) Pflicht zur Festlegung einer unternehmensspezifischen Frauenquote.....	150
(aa) Meinungsstand in der Literatur.....	151
(bb) Stellungnahme.....	152
(c) Zwischenergebnis.....	156
(9) Berücksichtigung der Ziele bei den Wahlvorschlägen.....	157
(10) Zuständige Wahlgremien.....	159
(11) Entscheidungszuständigkeit und Verfahren.....	160
(12) Transparenz durch Veröffentlichungspflichten.....	161
dd) Ergebnis.....	162
b) Unterstützung von Aus- und Fortbildungsmaßnahmen.....	163
aa) Eigenverantwortliche Aus- und Fortbildung.....	164
bb) „Angemessene Unterstützung“ durch die Gesellschaft.....	165
(1) Rechtliche Zulässigkeit von Unterstützungsmaßnahmen.....	166
(2) „Angemessenheit“ der Unterstützung.....	169
(3) Prüfungs- und Entscheidungskompetenz.....	171
cc) Ergebnis.....	172
c) Begrenzung der Zahl zulässiger Aufsichtsratsmandate.....	172
4. Ergebnis.....	175
III. Bewertung der neuen Kodex-Empfehlungen und Ausblick.....	176
IV. Zusammenfassung und Endergebnis.....	178
C. Teil 2: Mögliche Rechtsfolgen einer „fehlerhaften“ Auslegung.....	179
Kapitel 5: Spielräume und Regulative bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in unterschiedlichen Rechtsgebieten.....	181
I. Öffentliches Recht.....	181
1. Verwaltungsrecht.....	182
2. Staatshaftungsrecht.....	185
3. Kartellrecht.....	186
4. Ergebnis.....	189
II. Strafrecht.....	189
1. Beurteilungsspielraum.....	189
2. Verbotsirrtum.....	191
3. Ergebnis.....	192
III. Zivilrecht.....	193
1. Kapitalmarktrecht.....	193
2. Bilanz- und Rechnungslegungsrecht.....	194
3. Arbeitsrecht.....	196
4. Aktienrecht.....	196
5. Ergebnis.....	197
IV. Zusammenfassung und Endergebnis.....	197
Kapitel 6: Haftungsrechtliche Folgen für die Organmitglieder.....	201

I. Innenhaftung .....	201
1. Pflichtverletzung.....	202
a) Pflichtverletzung wegen Verstoßes gegen § 161 AktG.....	202
aa) Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung bei Auslegungsfehlern.....	204
bb) Beweislast .....	205
cc) Ausschluss der Pflichtverletzung bei Eingreifen der Business Judgment Rule.....	206
(1) Hintergrund für die Einführung der <i>Business Judgment Rule</i> und Herleitung .....	207
(2) Voraussetzungen der Business Judgment Rule.....	211
(a) Unternehmerische Entscheidung.....	211
(aa) Voraussetzungen einer unternehmerischen Ermessensentscheidung .....	211
(bb) Unternehmerisches Ermessen bei Entscheidungen unter Rechtsunsicherheit.....	214
α. Übersicht über die Rechtsprechung .....	214
β. Ermessen bei Beurteilung der „Angemessenheit“ der Vorstandsvergütung .....	217
γ. Meinungsstand in der Literatur .....	218
δ. Stellungnahme.....	220
(cc) Unternehmerisches Ermessen bei Auslegung und Anwendung der Empfehlungen .....	221
α. Rechtliche Bindungen im Bereich des § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG.....	222
β. Auslegungs- und Anwendungsspielräume bei den Empfehlungen des DCGK.....	225
(1.) Empfehlungen, die einen Auslegungsspielraum einräumen .....	225
(2.) Empfehlungen, die keinen Auslegungsspielraum einräumen .....	229
γ. Grenzen des Ermessensspielraums .....	230
δ. Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	232
(b) Handeln zum Wohle der Gesellschaft.....	232
(c) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse .....	233
(d) Auf der Grundlage angemessener Information.....	234
(aa) Allgemeine Anforderungen im Rahmen der Business Judgment Rule.....	234
(bb) Allgemeine Informationspflichten von Organmitgliedern.....	235
(cc) Allgemeine Anforderungen an rechtsberatende Berufe .....	236
(dd) Anforderungen an die Informationsbeschaffung bei Auslegungsfragen im Kodex .....	237
(e) Gutgläubigkeit.....	239
(3) Zwischenergebnis .....	239
dd) Anforderungen an die Pflichtverletzung (bei Nichteingreifen des § 93 Abs. 1 Satz 2).....	240
b) Pflichtverletzung unmittelbar wegen eines Kodex-Verstoßes .....	241
2. Schaden .....	244
3. Kausalität.....	247
4. Verschulden.....	249
5. Interne Haftungsvoraussetzungen .....	252
a) Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat .....	252
b) Verhältnis zwischen den Mitgliedern eines Kollegialorgans .....	253

6. Ergebnis .....	255
II. Außenhaftung.....	256
1. Deliktische Ansprüche.....	257
2. Ansprüche aus Vertrauens- oder Prospekthaftung.....	260
3. Aktienrechtlicher Schadensersatzanspruch nach § 117 AktG .....	262
III. Zusammenfassung und Endergebnis.....	263
Kapitel 7: Rechtsfolgen für Hauptversammlungsbeschlüsse und weitere Rechtsfolgen für die Organmitglieder.....	265
I. Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses .....	265
1. Allgemeine Anforderungen an die Anfechtbarkeit .....	265
2. Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses wegen eines Inhaltsfehlers .....	268
3. Eindeutiger und schwerwiegender Gesetzes- oder Satzungsverstoß .....	269
a) Eindeutige Erkennbarkeit des Verstoßes.....	270
b) Schwere des Verstoßes .....	271
c) Allgemeine Grundsätze zur Anfechtbarkeit.....	275
d) Kritik an der Rechtsprechung und Stellungnahme .....	277
e) Zwischenergebnis.....	279
4. Einschränkungen der Anfechtbarkeit bei Auslegungsunsicherheit.....	280
a) Übersicht über die Rechtsprechung .....	280
b) Grenzen der Anfechtbarkeit bei Auslegung und Anwendung der Empfehlungen .....	281
5. Ergebnis .....	282
II. Anfechtung eines Wahlbeschlusses der Hauptversammlung.....	283
1. Gesetzliche Grundlagen und Voraussetzungen der Anfechtbarkeit.....	284
2. Übersicht über die Rechtsprechung zu § 161 AktG.....	285
a) Entscheidungen in Sachen „MAN“.....	285
b) Entscheidung in Sachen „Continental/Schaeffler“ .....	287
3. Meinungsstand in der Literatur.....	288
4. Stellungnahme.....	291
a) Gesetzesverletzung wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG.....	291
b) Gesetzesverletzung wegen Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung .....	293
5. Einschränkungen der Anfechtbarkeit bei Auslegungsunsicherheit.....	295
6. Ergebnis .....	297
III. Weitere Rechtsfolgen für die Organmitglieder .....	298
1. Unwirksamkeit der Bestellung eines Vorstandsmitglieds.....	298
2. Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds bzw. Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds.....	300
IV. Zusammenfassung und Endergebnis .....	302
Kapitel 8: Zusammenfassung und Ergebnisse der Arbeit .....	305
Literaturverzeichnis .....	313

# Abkürzungsverzeichnis<sup>1</sup>

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Bzgl.	Bezüglich
DIN	Deutsches Institut für Normung
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung
EGV	Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ex.	ehemalig
ff.	folgende
Fn.	Fussnote
GastG	Gaststättengesetz
Ggfs.	gegebenenfalls
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
InvG	Investmentgesetz
JMSStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
OLG	Oberlandesgericht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

---

1 Das Abkürzungsverzeichnis gilt nur für Begriffe, die nicht bereits an anderer Stelle definiert worden sind.

WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seitenzahl
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
v.a.	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZPOEG	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung

# A. Einführung

## I. Problemaufriss

Das Thema der Dissertation betrifft aktuelle Fragestellungen aus dem Bereich der „Corporate Governance“, die mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex (nachfolgend „DCGK“ genannt) zusammenhängen. Gegenstand dieser Arbeit sind die an Vorstand und Aufsichtsrat börsennotierter und kapitalmarktorientierter<sup>2</sup> Gesellschaften zu stellenden Anforderungen an die Auslegung und Anwendung interpretationsbedürftiger Begriffe in den Empfehlungen des DCGK. Dazu zählen insbesondere die konkrete Auslegung und Umsetzung der aktuellen Kodex-Empfehlungen, sowie die mit einer – möglicherweise fehlerhaften – Auslegung verbundenen Rechtsfolgen. Gesteigerte Aufmerksamkeit hat diese Thematik dadurch erfahren, dass den Empfehlungen zur „Vielfalt (Diversity)“ in der Politik und in den Medien ein besonderer Stellenwert beigemessen wurde und die gesellschaftspolitischen Entwicklungen in diesem Bereich weiterhin im Fluss sind<sup>3</sup>. Hintergrund der aktuellen Empfehlungen war einerseits die starke Fokussierung in der politischen Diskussion, der Öffentlichkeit und den Medien auf die (Unter-)Repräsentanz von Frauen in Gesellschaftsorganen und Führungspositionen, sowie die zunehmende Forderung nach der Einführung einer gesetzlichen Quotenregelung für Frauen. Andererseits sind die „Diversity“-Empfehlungen vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzkrise in Zusammenhang mit dem Ziel einer grundsätzlichen Verbesserung der Qualifikation und Professionalisierung der Aufsichtsratsmitglieder zu sehen. Da beide Themen gemeinsame Schnittstellen haben, werden sie regelmäßig zusammen behandelt und sollen auch hier an gleicher Stelle diskutiert werden. Darüber hinaus ist die Thematik nicht auf den deutschen Rechtsraum begrenzt, so dass auch auf die europäischen Entwicklungen zur Verbesserung der Corporate Governance einschließlich einer stärkeren Berücksichtigung von Frauen in Gesellschaftsorganen eingegangen werden soll. Auf Rechtsfolgenseite ist aufgrund einer Reihe aktueller höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen<sup>4</sup> vor allem die Frage zu beleuchten, welche rechtlichen Folgen den Organmitgliedern in Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des DCGK drohen.

---

2 Die Erklärungspflicht aus § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG richtet sich an Vorstand und Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften. § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG erweitert den Anwendungsbereich zwar auf Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinn des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des Wertpapierhandelsgesetzes gehandelt werden. Diese haben aber in dem Kontext dieser Arbeit keine besondere Relevanz.

3 Vgl. zu den aktuellen Entwicklungen sogleich Ziffer III. und Kap. 4, II. 1.

4 Insbesondere BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07 („Kirch/Deutsche Bank“), ZIP 2009, S. 460ff.; BGH, Urt. v. 21.9.2009 – II ZR 174/08 („Umschreibungsstopp“), BB 2009, S. 2725ff.; OLG München, Urt. v. 6.8.2008 – 7 U 5628/07, („MAN“), ZIP 2009, S. 133ff.

Der DCGK wurde in den vergangenen Jahren mehrfach überarbeitet. Seit der Einführung des Kodex im Jahr 2002 wurde dieser fast jährlich neu gefasst<sup>5</sup>. Im Zuge dieser Neufassungen sind immer mehr bewusst oder unbewusst interpretationsoffen formulierte und dadurch auslegungsbedürftige Empfehlungen in den DCGK aufgenommen worden. Darunter finden sich unter anderem Begriffe wie der der „Angemessenheit“, der „Unabhängigkeit“ oder der „Nachhaltigkeit“. Mit Änderung des DCGK in der Fassung vom 18. Juni 2009 wurde ein weiterer auslegungsbedürftiger Begriff in den Kodex eingefügt, der Begriff der „Vielfalt (Diversity)“. Bereits die Einführung dieses Begriffs in den Kodex hat eine Reihe von Fragen in Bezug auf seine Auslegung und Umsetzung sowie mögliche Rechtsfolgen einer fehlerhaften Auslegung für die jährliche Entsprechenserklärung nach § 161 AktG aufgeworfen<sup>6</sup>. Durch die Neufassung des DCGK vom 26. Mai 2010 wurden die Kodex-Empfehlungen zur „Vielfalt (Diversity)“ überarbeitet und um weitere Empfehlungen ergänzt.

Obwohl die bisherigen Diversity-Empfehlungen durch die aktuellen Bestimmungen „konkretisiert“ wurden<sup>7</sup>, sind diese weiterhin in erheblichem Maße auslegungsbedürftig. Dies zeigt unter anderem die gewaltige Fülle an jüngst veröffentlichten Aufsätzen in diesem Zusammenhang<sup>8</sup>. Problematisch ist die bestehende Auslegungsunsicherheit für die Adressaten der Kodex-Empfehlungen, die regelmäßig vor der Frage stehen, welches Verständnis der Empfehlungen sie ihrer Entsprechenserklärung zugrunde legen, wenn mehrere mögliche Auslegungen in Betracht kommen. Denn Vorstand und Aufsichtsrat sind nach § 161 AktG verpflichtet, jährlich zu erklären, ob sie sich an die Empfehlungen des DCGK gehalten haben und halten werden, und welche Empfehlungen nicht angewendet wurden bzw. werden sollen und warum nicht. Daher stellt sich oftmals die Frage, ob sie auch bei Zweifelsfragen eine vollständige Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgeben können, gegebenenfalls mit dem Risiko einer nachträglich gerichtlich festgestellten, fehlerhaften Entsprechenserklärung, oder ob sie vorsichtshalber hinsichtlich der unbestimmten Empfehlung eine Nichtbefolgung, d.h. eine Abweichung, erklären sollten.

Insbesondere wenn sie eine Entsprechenserklärung abgeben, und dieser nicht die strengstmögliche Auslegung einer Empfehlung zugrunde legen, kann möglicherweise der Eintritt von Rechtsfolgen drohen. In diesem Zusammenhang geht es somit vor allem um die Problematik, welche Anforderungen an Organmitglieder bei der Auslegung und Umsetzung interpretationsoffener DCGK-Empfehlungen zu stellen sind, um nachteilige Rechtsfolgen zu vermeiden und ob Einschränkungen der drohenden

---

5 Zu den früheren Fassungen des DCGK siehe die Webseite der Regierungskommission, online abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/archiv/index.html>.

6 Vgl. dazu *Kocher*, BB 2010, S. 264 ff.

7 Pressemitteilung der Regierungskommission vom 27.05.2010, online abrufbar unter: [http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/PM\\_Plenarsitzung\\_20100526.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/PM_Plenarsitzung_20100526.pdf).

8 Vgl. dazu unter anderem: *Benner-Heinacher*, DB 2010, S. 47f.; *Dauner-Lieb*, DB 2010, S. 45f.; *Deilmann/Albrecht*, AG 2010, S. 727ff.; *Hecker/Peters*, BB 2010, S. 2251ff.; *Henze/Rosch*, ArbRAktuell 2010, 310339; *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, NZG 2010, S. 1161ff.; *Weber-Rey/Handt*, NZG 2011, S. 1 ff.

Rechtsfolgen aufgrund der Unbestimmtheit der Empfehlungen und der damit verbundenen Auslegungsunsicherheiten geboten sind.

## II. Erkenntnisinteresse und Fragestellungen

Die aufgeworfene Problematik der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Kodex-Empfehlungen und des Umgangs mit Auslegungsunsicherheiten ist von besonderem Interesse, weil die Frage in Zusammenhang mit dem DCGK noch nicht eingehend in der Forschung behandelt wurde. Bislang wurde vor allem dessen Rechtsnormqualität<sup>9</sup> sowie vielerorts die Frage untersucht, welche haftungsrechtlichen Folgen aus einem Verstoß gegen § 161 AktG wegen Fehlerhaftigkeit der Entsprechenserklärung resultieren<sup>10</sup>. Die zu den aktuellen Empfehlungen veröffentlichte Literatur behandelt darüber hinaus umfangreich die konkrete Auslegung der Kodex-Empfehlungen. Untersuchungsgegenstand ist häufig die Frage, wie der Begriff „Vielfalt (Diversity)“ konkret unternehmensseitig zu verstehen ist, und wie die geforderte „Berücksichtigung“ bzw. „angemessene Beteiligung“ von Frauen umzusetzen ist<sup>11</sup>.

Diese Fragen werden in der vorliegenden Arbeit zwar ebenfalls beleuchtet, aber in einen neuen Kontext gestellt und bislang noch kaum diskutierte Aspekte erörtert. So entbehrt es beispielsweise einer grundlegenden methodischen Untersuchung der Frage, auf welche Weise Kodex-Empfehlungen auszulegen sind und ob die für die Gesetzesauslegung entwickelten Methoden entsprechend zur Auslegung der Kodex-Empfehlungen angewendet werden können<sup>12</sup>. Zu diesem Zweck sind entsprechende Methoden zu entwickeln, auf deren Basis die aktuellen Empfehlungen auszulegen sind. Ein gesteigertes Interesse besteht dabei unter anderem darin, die Diversity-Thematik unter dem Aspekt der „Professionalisierung“ des Aufsichtsrats zu beleuchten.

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, inwiefern daraus Rückschlüsse für die Auslegung des Begriffs „Diversity“ und die Umsetzung der Empfehlungen in der Praxis gezogen werden können. Dazu wird die aktuelle Diskussion in der Fachliteratur aufgearbeitet und vertieft. Als eine relevante Frage wird untersucht, ob die Empfehlung für mehr Diversität im Vorstand und Aufsichtsrat die Festlegung einer unternehmensspezifischen Frauenquote verlangt. Die Auslegung der einzelnen Empfehlungen dient vor allem dazu, Aufschluss über das in der Literatur nur am Rande beleuchtete Problem zu gewinnen, ob im Wege der Auslegung tatsächlich Klarheit über den Bedeutungsinhalt der Empfehlungen gewonnen werden kann und ob zwischen den Emp-

---

9 Vgl. hierzu und zu den unterschiedlichen Ansichten in der Literatur unten Kap. 1, IV 3.

10 Vgl. unter anderem *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 ff.; *Kort*, FS Schmidt, S. 945ff; *Heck*, Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex gem. § 161 AktG; *Radke*, Die Entsprechenserklärung zum DCGK; *Hanfland*, Haftungsrisiken im Zusammenhang mit § 161 AktG und dem DCGK; *Knöringer-Fröhlich*, Die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex.

11 Vgl. hierzu ausführlich unten Kap. 4, II. 2. und 3.

12 Vgl. dazu nur *Seibt*, AG 2003, S. 465 ff., 471; ansatzweise auch *Bachmann*, AG 2011, S. 181ff., 192.

fehlungen Unterschiede in Hinblick auf ihre Auslegungsbedürftigkeit und –fähigkeit bestehen.

Weiter wird auf Rechtsfolgenseite die bislang kaum untersuchte Frage aufgeworfen, ob und in welchem Umfang den Mitgliedern von Vorstand bzw. Aufsichtsrat bei der Auslegung der Empfehlungen ein eigener Spielraum verbleibt. Dabei geht es um die Problematik, wie mit der Auslegungsunsicherheit umzugehen ist, die aus der Interpretationsoffenheit einiger Empfehlungen resultiert. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob, und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen, der Eintritt von Rechtsfolgen überhaupt sachgerecht ist. Diese Thematik wurde bislang – soweit ersichtlich – lediglich in Zusammenhang mit dem unternehmerischen Ermessen und dem Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen in Gesetzen behandelt, nicht dagegen im Rahmen des DCGK. Daher konzentriert sich die Untersuchung im Rahmen der Innenhaftung der Organe auf die Fragestellung, ob die Grundsätze der so genannten *Business Judgement Rule* gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend auf den Umgang mit Rechtsunsicherheiten im Kodex angewendet werden können.

Neben haftungsrechtlichen Folgen kann bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung auch die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen drohen. In diesem Kontext ist vor allem problematisch, wann im Fall einer fehlerhaften Auslegung und Umsetzung der Kodex-Empfehlungen eine „Unrichtigkeit“ der Entsprechenserklärung und in der Konsequenz die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat in Betracht kommt. Dabei sind vor allem die jüngsten BGH-Entscheidungen in „Kirch/Deutsche Bank“ und „Umschreibungsstopp“ zu berücksichtigen. Von besonderer Relevanz ist schließlich die Frage, inwieweit ein Hauptversammlungsbeschluss über die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds wegen Verstoßes gegen § 161 AktG anfechtbar ist. In diesem Zusammenhang werden die Entscheidungen des OLG München in Sachen „MAN“<sup>13</sup> und des LG Hannover in Sachen „Continental/Schaeffler“<sup>14</sup>, in denen die Anfechtung des Wahlbeschlusses jeweils für möglich gehalten wurde, dargestellt und untersucht, ob diese Rechtsfolge allgemein sowie im Fall bestehender Auslegungsunsicherheit sachgerecht ist.

Die dargestellten Problematiken sind sowohl aus rechtswissenschaftlicher Sicht, als auch aus praktischer Sicht vor allem für die Adressaten des DCGK interessant. Da diese regelmäßig versuchen, eine vollständige (positive) und richtige Entsprechenserklärung abzugeben, soll den aus der Praxis relevanten Fragestellungen nachgegangen und ein eigener Lösungsvorschlag für den Umgang mit Auslegungsunsicherheiten unterbreitet werden.

### III. Themenabgrenzung

Wie erläutert, wird im Rahmen dieser Arbeit vorrangig die Frage nach der konkreten Auslegung und Anwendung der Kodex-Empfehlungen, unter besonderer Berücksichtigung der Diversity-Empfehlungen des DCGK vom 18. Juni 2009 und vom 26. Mai

---

13 OLG München, Urt. v. 6.8.2008 – 7 U 5628/07 („MAN“), ZIP 2009, S. 135.

14 LG Hannover, Urt. v. 17.3.2010 – 23 O 124/09 („Continental/Schaeffler“), AG 2010, S. 459 ff.

2010, sowie nach möglichen Rechtsfolgen einer fehlerhaften Auslegung behandelt. Nicht im Mittelpunkt dieser Arbeit steht dagegen die in jüngster Zeit zunehmend diskutierte verfassungsrechtliche und europarechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Quotenregelung zur Erhöhung der Repräsentanz von Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten<sup>15</sup>. Die Diskussion wird vor allem durch die zunehmenden Forderungen nach Einführung einer gesetzlichen Quotenregelung bedingt. Auch die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex und Vertreter der Bundesregierung haben für den Fall, dass die Kodex-Empfehlungen nicht die bezweckte Wirkung zeigen sollten, eine gesetzliche Quotenregelung als „ultima ratio“ nicht ausgeschlossen<sup>16</sup>. Die jüngsten Gesetzesvorschläge der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des Landes Nordrhein-Westfalen sehen die Einführung einer gesetzlichen Quotenregelung von 30 bzw. 40 Prozent im Aufsichtsrat jeweils bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor<sup>17</sup>. Die Thematik der verfassungs- und europarechtlichen Zulässigkeit einer gesetzlichen Frauenquote soll nachfolgend aufgrund der thematischen Nähe und der aktuellen Entwicklungen nur im Rahmen dieser Einleitung kurz aufgezeigt werden, weil die Einführung einer gesetzlichen Regelung quasi als Art „Damoklesschwert“ über den aktuellen Diversity-Empfehlungen schwebt, sofern diese nicht „freiwillig“ in ausreichendem Maße umgesetzt werden. Eine umfassende Prüfung würde dagegen den Rahmen der Arbeit sprengen und unterbleibt daher.

- 
- 15 Vgl. hierzu unter anderem: *Pfarr/Fuchsloch*, NJW 1988, S. 2201ff.; *Pfarr*, NZA 1995, S. 809ff.; *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, S. 660ff.; *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 13 ff.; *Wieland*, NJW 2010, S. 2408ff.; *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1042ff.; *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, S. 450ff.; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, S. 401ff.
- 16 Familienministerin Frau Schröder hat eine gesetzliche Frauenquote nicht ausgeschlossen, siehe Handelsblatt, Nr. 111 vom 14.06.2010; allerdings bekräftigte sie, dass eine Quote auch immer „eine Kapitulation der Politik“ sei, vgl. „Ministerin Schröder rechnet mit Feminismus ab“, Spiegel vom 6.11.2010; zuletzt steht eine freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen in Rede, die gegebenenfalls durch eine gesetzliche Verpflichtung zur Selbstverpflichtung, die so genannte *flexible* Quote, eingeführt werden, *Faz* vom 4.02.2011, S. 1, 6; auch Klaus-Peter Müller, Vorsitzender der Regierungskommission, hat eine gesetzliche Quotenregelung als letztes Mittel nicht ausgeschlossen, sofern in den Aufsichtsräten deutscher Konzerne nicht bald mehr Frauen sitzen sollten, vgl. „Zögerlichen Konzernen droht die Frauenquote“, *Financial Times Deutschland* vom 2.9.2010; „Machen Sie sich jetzt unbeliebt, Herr Müller?“, *Euro-Aufmacherinterview* mit Klaus-Peter Müller, Vorsitzender der Corporate-Governance-Kommission, Ausgabe 5/2010; siehe Kap. 4, II.1.b) aa) (2).
- 17 Der Gesetzesantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen sieht einen Vorschlag für eine Quotenregelung im Aufsichtsrat vor, wonach eine („starre“) Mindestquote von 30 Prozent bis zum 1. Januar 2015, und eine Quote von 40 Prozent bis zum 1. Januar 2017 zu erreichen wäre (§ 409 AktG), vgl. BT-Drs. 17/3296, S. 3: danach ist „**bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung, soweit diese ohne Bindung an einen Wahlvorschlag erfolgt, eine Besetzung mit mindestens je 40 Prozent Frauen und Männern zu gewährleisten (Mindestquote)**. Dabei sind in den Aufsichtsrat entsandte Mitglieder auf diese Mindestquote anzurechnen.“; der Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen sieht in einer ersten Stufe eine Quote von 30 Prozent bis Anfang 2017 und von 40 Prozent bis Anfang des Jahres 2022 vor und stellt dabei auf die paritätische Teilhabe beider Geschlechter ab BT-Drs. 87/11 vom 11.02.2011, S. 19; siehe dazu auch unten Kap. 4, II.1.b) aa) (2).

# 1. Gesetzliche Einführung einer Quotenregelung

Im Rahmen der Diskussion um die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote wird zwischen „starren“ Geschlechterquoten, die sich dadurch auszeichnen, dass weiblichen Bewerberinnen bei Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen ein absoluter, d.h. automatischer Vorrang bis zur Erreichung eines bestimmten Prozentsatzes eingeräumt wird, und „weichen“ Quoten, die weibliche Bewerberinnen nur bei gleicher Qualifikation bevorzugen<sup>18</sup>, differenziert.

Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen starre Geschlechterquoten in Einstellungs- und Beförderungsverfahren für unzulässig erachtet.<sup>19</sup> Nach der Rechtsprechung sind gesetzliche Quotenregelungen nur dann zulässig, wenn die Qualifikationen der Bewerber (fast) gleichwertig sind, weiblichen Bewerbern nicht „absolut und unbedingt“ der Vorrang wegen ihres Geschlechts eingeräumt wird, alle Bewerbungen Gegenstand einer „objektiven Beurteilung“ im Einzelfall sind, und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird<sup>20</sup>. Die Entscheidungen betrafen allerdings Quotenregelungen in Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst im Rahmen der Besetzung einzelner Stellen, nicht die Besetzung von Positionen eines mehrköpfigen zu

---

18 *Scheinert*, Quotennormen im Arbeitsrecht, S. 13, 17; *Pfarr*, NZA 1995, S. 809; *Redenius-Hövermann/ Strenger*, Standpunkt „Frauen in den Aufsichtsrat durch Qualifikation statt Quote“, Fajob vom 16.11.2009.

19 In der Rechtssache „*Kalanke*“ hat der EuGH eine Regelung des Bremer Gleichstellungsgesetzes, nach der bei gleicher Qualifikation den weiblichen Bewerbern um eine Beförderung in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert waren, automatisch der Vorrang eingeräumt werden musste, als europarechtswidrig angesehen, weil die Regelung über die Förderung der Chancengleichheit hinausginge, so EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 („*Kalanke*“), Slg. 1995, I-3051ff., BeckRS 2004, 77327. Dagegen hielt der EuGH in der Sache „*Marschall*“ § 25 des nordrhein-westfälischen Beamtengesetzes für mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar, weil die Norm eine „Öffnungsklausel“ beinhaltete, die sicherstelle, dass die Bewerbung der männlichen Bewerber, welche die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber vorweisen könnten, in jedem Einzelfall einer objektiven Beurteilung unterzogen werde, und der den weiblichen Bewerberinnen prinzipiell eingeräumte Vorrang entfele, wenn eines oder mehrere Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 („*Marschall*“), Slg. 1997, I-6363ff., BeckEuRS 1997, 221915. Nach *Rolfs* stellt der EuGH somit faktisch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall an, vgl. *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 32. In Sachen „*Abrahamsson*“ verneinte der EuGH die Gemeinschaftskonformität einer Quotenregelung in einer schwedischen Verordnungsregelung, weil darin eine automatische, starre Vorrangregelung für Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts liegen würde, EuGH, Urt. v. 6.7.2000 – C-407/98 („*Abrahamsson*“), Slg. 2000, I-5539, BeckEuRS 2000, 242307: die Verordnung hatte festgelegt, dass ein Bewerber des anzahlmäßig weniger vertretenen Geschlechts um eine Stelle im Staatsdienst bei hinreichender Qualifikation Vorrang vor einem Bewerber des anderen Geschlechts habe, sofern dies erforderlich sei, damit der Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt werde (positive Diskriminierung); eine positive Diskriminierung sei nur abzulehnen, wenn der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber so groß sei, dass gegen das Erfordernis der *Sachgerechtigkeit* verletzt würde.

20 Ebenda; dazu *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 36f.

wählenden Organs in der Privatwirtschaft, so dass die Grundsätze nicht ohne Weiteres auf eine Quotenregelung für den Aufsichtsrat übertragen werden können<sup>21</sup>. Eine Ausnahme stellt die Rechtssache „Badeck“ dar, die unter anderem die Besetzung von Organpositionen betraf. In der Entscheidung hielt der EuGH verschiedene Quotenregelungen des hessischen Gleichbehandlungsgesetzes für gemeinschaftsrechtskonform, darunter auch eine Bestimmung, nach der bei der Besetzung von *Gremien* mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen seien sollte<sup>22</sup>.

In der Literatur ist umstritten, ob das europäische Gemeinschaftsrecht der Einführung einer Geschlechterquote bei der Besetzung von Aufsichtsratspositionen im deutschen Recht entgegensteht<sup>23</sup>. Als entgegenstehende Bestimmungen angeführt werden unter anderem eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechtes aus Art. 17 und des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 23 der EU-Grundrechtecharta<sup>24</sup>, Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG<sup>25</sup>, die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sowie die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV)<sup>26</sup>.

Neben der potenziellen Unvereinbarkeit mit Europarecht wird häufig gegen die Einführung einer gesetzlichen Quotenregelung ein Verstoß gegen nationales Verfassungsrecht angeführt. Zu bemerken ist vorab, dass dem deutschen Recht gesetzliche Quotenregelungen für im Wahlverfahren zu besetzende Gremien nicht grundsätzlich fremd sind. So sollen z.B. nach § 4 Abs. 4 DrittelbG unter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im

- 
- 21 *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 36.
- 22 EuGH, Urt. v. 28.03.2000 –C-158/97 („Badeck“), Slg. 2000, I-1875-1933, BeckEuRS 2000, 242005: während das Gericht die Mehrzahl der Regelungen deswegen nicht als unzulässige, starre Vorrangquotenregelungen einstufte, weil die nationalen Gerichte bei der Auslegung der Bestimmungen unter anderem die gleiche Qualifikation der Bewerber gefordert hatten, entschied es hinsichtlich der Regelung über die Besetzung von Gremien, dass dies keine zwingende, sondern eine Sollvorschrift sei, die auf Positionen, die durch Wahlen vergeben würden, nicht angewandt werden könne; vgl. *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 35; sofern es um Ausbildungs- oder Qualifizierungsstellen ging, in denen Frauen unterrepräsentiert seien, könnten auch starre Ergebnisquoten zulässig sein, vgl. *Hinrichs*, in: Däubler/Bertzbach, AGG-Kommentar, § 5, Rn. 33.
- 23 Vgl. dazu unter anderem *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 80ff.
- 24 Angeführt wird insbesondere, dass in einer Quotenregelung eine Beschränkung der Eigentumsrechte der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft liegen könne, die aber regelmäßig mit der in Art. 23 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta vorgesehenen Möglichkeit spezifischer Vergünstigungen gerechtfertigt werden könne („positive Diskriminierung“), vgl. dazu *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 15; zu Art. 23 der EU-Grundrechtecharta: *Wieland*, NJW 2010, S. 2410.
- 25 Richtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG Nr. L 204, S. 30; umstritten ist insbesondere, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist; vgl. dazu *Rolfs*, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten“, 8. Juli 2009, S. 18f, 21, 47ff (bejahend); *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1045 (ablehnend); *Pfarr*, NZA 1995, S. 809, 813.
- 26 *Windbichler*, S. 3; *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1045; ablehnend: BT-Drs. 87/11, S. 29f.

Unternehmen vertreten sein. Da es sich hierbei bislang um eine bloße Sollvorschrift handelt, hat die Regelung keine Diskussion über ihre verfassungsrechtliche Wirksamkeit ausgelöst<sup>27</sup>. Auch § 15 Abs. 2 BetrVG regelt eine „weiche“ Mindestquote im Betriebsrat für das Geschlecht, welches in der Belegschaft in der Minderheit ist, an Stelle der noch im Regierungsentwurf vorgesehenen „starken“ Geschlechterquote, und wurde vom BAG für zulässig erachtet<sup>28</sup>. Gegen eine vergleichbare gesetzliche Quotenregelung für die Besetzung des Aufsichtsrats, insbesondere in Bezug auf die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat, werden aber dennoch – unter Bezugnahme auf das Mitbestimmungsurteil des BVerfG<sup>29</sup> – vor allem Art. 14<sup>30</sup>, Art. 12 Abs. 1<sup>31</sup>, Art. 9 Abs. 1<sup>32</sup> und Art. 9 Abs. 3<sup>33</sup>, sowie Art. 2 Abs. 1 GG<sup>34</sup> ins Feld geführt<sup>35</sup>. Allerdings divergie-

---

27 *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, S. 602.

28 BT-Drucks. 14/6352, S. 10 sah noch vor: „Die Geschlechter müssen entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein“; nach dem BAG verstößt die Regelung weder gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Wahlgleichheit, noch gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, sondern ist durch Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt, BAG, Beschl. v. 16.03.2005 - 7 ABR 40/04, 32-52, NZA 2005, S. 1252 ff.

29 BVerfGE 50, 290ff.

30 Sofern ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie geltend gemacht wird, wird darauf abgestellt, dass das gesellschaftsrechtlich vermittelte Eigentum der Anteilseigner betroffen sei, deren Verfügungsbefugnis über ihre Anteile durch Quotenregelungen eingeschränkt werde. Eine Frauenquote könne zu einer „Strukturveränderung des Anteilseigentums“ führen. Umstritten ist, ob eine Quotenregelung wegen des geringen personalen Bezugs des gesellschaftsrechtlich vermittelten Anteilseignereigentums und der starken Sozialbindung eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung ist, oder ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt wird; *Wieland*, NJW 2010, S. 2409 (verneint Verstoß); *Windbichler*, S. 2; DIHK, Stellungnahme vom 28.04.2008, S. 3; *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 76f.

31 Teilweise wird auch ein Verstoß gegen die Berufsausübungsfreiheit der Gesellschaft und (sofern die Aufsichtsrats Tätigkeit eine (entgeltliche) Tätigkeit darstellt) auch der Aufsichtsratskandidaten angeführt; jedoch besteht ein nur geringer personaler Bezug, und eine Rechtfertigung des Eingriffs kommt über Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, vgl. *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 78.

32 Teilweise wird ein Verstoß gegen die individuelle Vereinigungsfreiheit der Aktionäre als Mitglieder der Vereinigung „Aktiengesellschaft“ geltend gemacht. Grundsätzlich schützt Art. 9 Abs. 1 GG auch für Mitglieder die Selbstbestimmung über die Organisation, das Verfahren der Willensbildung und die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, allerdings tritt bei großen börsennotierten Kapitalgesellschaften das personale Element zurück, so dass bereits die Anwendbarkeit des Grundrechts fraglich erscheint; vgl. hierzu BVerfGE 50, 290, 354ff.; *Schladebach/Stefanopoulos*, BB 2010, S. 1045f. Zur kollektiven Vereinigungsfreiheit der Gesellschaft selbst vgl. *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 72ff.; nach *François-Poncet/Deilmann/Otte* sei der Verstoß nicht durch Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt, NZG 2011, S. 454.

33 Auch ein Verstoß gegen die (kollektive und individuelle) Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG wird diskutiert; ein solcher wird abgelehnt, weil die Koalitionsfreiheit nur im Kernbereich geschützt sei und keinen unbegrenzten und unbegrenzten Handlungsspielraum einräumen würde (so BVerfGE 58, 233, 247), sofern sich die Quotenregelung an Art. 3 GG messen lassen könne, vgl. *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 75f.

ren die Ansichten in der Literatur darüber, ob eine gesetzliche Quotenregelung im Ergebnis gegen nationales Verfassungsrecht verstoßen würde<sup>36</sup>. Eine „weiche“, leistungs- bzw. qualifikationsabhängige Quote (von unter 50 Prozent) wird häufig als „Fördermaßnahme“ durch das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt angesehen<sup>37</sup>. Die überwiegende Literaturansicht sieht daher eine verfassungsgemäße und europarechtskonforme Einführung einer gesetzlichen Quotenregelung als nicht von vornherein ausgeschlossen an, auch wenn eine solche Regelung einfachgesetzlich schwierig auszugestalten wäre<sup>38</sup>.

## 2. Ergebnis

Weil eine umfassende Untersuchung der europa- und verfassungsrechtlichen Problematik nicht den Gegenstand dieser Arbeit bildet, wurde die Thematik vorstehend nur angedeutet, aber nicht abschließend behandelt. Dargestellt wurde lediglich, dass sowohl auf Ebene des Europarechts, als auch auf Ebene des Verfassungsrechts Bedenken gegen die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote bestehen. Im Ergebnis dürfte daher die Zulässigkeit einer gesetzlichen Quotenregelung von ihrer konkreten Ausgestaltung und ihrer Zielsetzung abhängen<sup>39</sup>.

## IV. Gang der Untersuchung

Die Arbeit lässt sich in zwei übergreifende Themenkomplexe einteilen. Der erste Teil der Arbeit befasst sich mit grundsätzlichen Untersuchungen zum DCGK, mit der Erar-

- 
- 34 Ein Verstoß gegen die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als ‚Auffanggrundrecht‘ dürfte selten in Betracht kommen, so *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 78.
- 35 Vgl. dazu unter anderem *Windbichler*, S. 2; *Wieland*, NJW 2010, S. 2409.
- 36 Für die Zulässigkeit einer Quotenregelung: *Wieland*, NJW 2010, S. 2409f.; *Pfarr/Fuchsloch*, NJW 1988, S. 2207; *Pfarr*, NZA 1995, S. 812; *Laskowski*, in: „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“, BMFSFJ/djb, S. 70ff., 84; *Dauner-Lieb*, DB 2010, S. 46; gegen die Zulässigkeit: *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1046f., DIHK, Stellungnahme vom 28. April 2008, S. 6; kritisch beurteilen *Windbichler*, S. 10, und *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, S. 666 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit.
- 37 *Osterloh*, in: Sachs GG-Kommentar, Art. 3, Rn. 286 ff., der allerdings leistungsabhängige 50%-Quoten für unzulässig erachtet, wenn sie „erkennbar das Ziel paritätischer Besetzung, nicht aber das des Schutzes vor Diskriminierung verfolgen“; *Wieland*, NJW 2010, S. 2409; *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1046. Dagegen wird oft eingewandt, dass nicht hinreichend viele qualifizierte weibliche Aufsichtsratskandidatinnen vorhanden seien, so *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, S. 1046; *Redenius-Hövermann*, ZIP 2012, S. 665.
- 38 *Dauner-Lieb*, DB 2010, S. 46; *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, S. 666; *Windbichler*, S. 10; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, S. 405. In diese Richtung auch Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, „Potenziale besser nutzen! Aufsichtsräte müssen professioneller und weiblicher werden!“, Rede bei der 9. Kodex-Konferenz der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex am 16.06.2010 in Berlin, online abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/>.
- 39 So schon *Pfarr*, NZA 1995, S. 812.

beutung von Auslegungsmethoden für interpretationsbedürftige Kodex-Empfehlungen sowie mit der konkreten Auslegung der aktuellen Kodex-Empfehlungen (1.). Im zweiten Teil der Arbeit werden die Rechtsfolgen einer möglicherweise unrichtigen Entsprechenserklärung wegen einer fehlerhaften Auslegung der Kodex-Empfehlungen und potenzielle Einschränkungen der Rechtsfolgen wegen bestehender Auslegungssicherheiten untersucht (2.).

## 1. Erster Teil

Zunächst werden in *Kapitel 1* die Hintergründe und die Entstehungsgeschichte des DCGK, seine Ziele und insbesondere die Rechtsqualität der Kodex-Empfehlungen untersucht. Dabei wird unter anderem der Frage nachgegangen, welche Wirkungen die gesetzliche Erklärungspflicht aus § 161 Abs. 1 AktG auf die Rechtsnormqualität der Empfehlungen hat, und ob diese zu einer „Verrechtlichung“ der Kodex-Empfehlungen führt. Dies ist zum einen für die Methoden der Auslegung des DCGK relevant, zum anderen für die im zweiten Teil zu untersuchende Frage, ob ein Verstoß gegen eine Kodex-Empfehlung Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Ebenfalls in diesen Kontext fallen die in jüngster Zeit verstärkt geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Einführung des DCGK selbst.

*Kapitel 2* widmet sich zunächst allgemein dem „unbestimmten Rechtsbegriff“, der Frage, wodurch sich solche Begriffe auszeichnen und unter welchen Voraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe in Gesetzen für zulässig erachtet werden. Anschließend werden die von der juristischen Methodenlehre entwickelten „klassischen“ Methoden der Gesetzesauslegung sowie deren Ziele und Funktionen dargestellt. Weiterhin werden besondere Auslegungsmethoden des Zivilrechts und des europäischen Gemeinschaftsrechts untersucht, die unter Umständen auch zur Auslegung des DCGK entsprechend herangezogen werden können.

Grundlegend behandelt *Kapitel 3* die Auslegung unbestimmter Kodex-Empfehlungen. In diesem Zusammenhang werden zunächst verschiedene Empfehlungen beispielhaft nach dem Grad ihrer Auslegungsbedürftigkeit unterschieden, bevor die Auslegung des DCGK näher untersucht wird. Dabei wird im Wesentlichen der Frage nachgegangen, ob die Methoden der Gesetzesauslegung, des Zivil- und des Europäischen Gemeinschaftsrechts auch auf die Auslegung der Empfehlungen des DCGK angewendet werden können, und ob, bzw. gegebenenfalls in welcher Form, Modifikationen wegen der Eigenart des Kodex geboten sind.

Der inhaltliche und auch umfangmäßige Schwerpunkt des ersten Teils der Arbeit bildet *Kapitel 4*. In diesem werden eine Reihe unbestimmter Kodex-Empfehlungen dargestellt und ausgelegt, wobei zunächst der Begriff der „Unabhängigkeit“ untersucht wird. Anschließend werden die aktuellen Kodex-Empfehlungen zur „Vielfalt (Diversity)“ und zur Professionalisierung und Qualifizierung des Aufsichtsrats analysiert, wobei zunächst die Hintergründe und die aktuellen Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene sowie in anderen Ländern dargestellt werden. Anschließend erfolgt die konkrete Auslegung der bisherigen „Diversity“-Empfehlungen in der Fassung vom 18. Juni 2009 unter besonderer, auch rechtsvergleichender Analyse des Begriffs „Diversity“. Schließlich werden die aktuellen Kodex-Empfehlungen in der Fassung vom

26. Mai 2010 im Einzelnen dargestellt und ausgelegt, wobei wiederum den Diversity-Empfehlungen eine besondere Relevanz zukommt. Als eine der wesentlichen Fragen in diesem Zusammenhang wird zu untersuchen sein, ob die Einhaltung der Diversity-Empfehlungen für den Aufsichtsrat (Ziffer 5.4.1 DCGK) die Festlegung einer unternehmensspezifischen Quotenregelung verlangt. Darüber hinaus wird im Rahmen der Auslegung ermittelt, inwiefern die konkrete Empfehlung jeweils einen Umsetzungsspielraum eröffnet. Dies soll Aufschluss darüber geben, ob im Wege der Auslegung ein eindeutiger Empfehlungsinhalt ermittelbar ist.

## 2. Zweiter Teil

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich der Rechtsfolgenrechtsseite und zunächst der allgemeinen Frage, welche Rechtsfolgen aus Verstößen gegen die Kodex-Empfehlungen und einer daraus folgenden Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung drohen können. Speziell wird dabei jeweils untersucht, ob Einschränkungen der Rechtsfolgen wegen der Unbestimmtheit des Kodex geboten sind. Als Kernthese wird erörtert, ob der Auslegungsunsicherheit dadurch begegnet werden kann, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein – eingeschränkt justiziables – Ermessen einzuräumen ist.

In *Kapitel 5* werden zunächst beispielhaft die in anderen Rechtsgebieten entwickelten Spielräume und Regulative für den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit behandelt. Insbesondere wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Einräumung eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums in Betracht kommen kann und welche Alternativen hierzu bestehen.

In *Kapitel 6* werden die möglichen haftungsrechtlichen Konsequenzen einer unrichtigen Entsprechenserklärung nach § 161 AktG untersucht, wobei vor allem die Innenhaftung der Organmitglieder nach §§ 93, 116 AktG gegenüber der Gesellschaft eine Rolle spielt. In diesem Kontext wird aufgrund der erheblichen Auslegungsbedürftigkeit einer Reihe von Kodex-Empfehlungen und der damit verbundenen Auslegungsunsicherheit insbesondere die Frage aufgeworfen, ob die Anforderungen der *Business Judgement Rule* auch bei Organentscheidungen gelten, die unter Rechtsunsicherheit getroffen werden, und unter welchen Voraussetzungen deren Grundsätze auf die Auslegung der aktuellen Kodex-Empfehlungen (entsprechend) angewendet werden können. Insofern geht es um die Frage der Reichweite der Justiziabilität der Richtigkeit der Entsprechenserklärung. Anschließend werden kurz die in Betracht kommenden Außenhaftungsansprüche dargestellt und aufgezeigt, ob bzw. welche Einschränkungen bei Rechtsunsicherheiten zur Anwendung kommen.

*Kapitel 7* behandelt schließlich die Möglichkeit der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund einer fehlerhaften Entsprechenserklärung und weitere denkbare Rechtsfolgen für die Organmitglieder. Zunächst wird auf die allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eines Entlastungsbeschlusses der Hauptversammlung eingegangen. Anschließend werden die vom BGH in den Entscheidungen „Kirch/Deutsche Bank“ und „Umschreibungsstopp“ entwickelten Grundsätze zur Anfechtung des Beschlusses wegen Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung dargestellt. Im Fortgang wird dann weiter untersucht, inwiefern Einschränkungen bezüglich der

Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses geboten sind, wenn Unsicherheiten in Bezug auf die Auslegung einzelner Kodex-Empfehlungen bestehen.

Als für die Praxis wahrscheinlich bedeutendste Rechtsfolge ist anschließend auf eine mögliche Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung wegen Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung einzugehen und ebenfalls die aktuelle Rechtsprechung in diesem Zusammenhang und der Meinungsstand in der Literatur zu analysieren. Dabei ist erneut die Frage aufzuwerfen, ob diese Rechtsfolge bei Rechtsunsicherheit über die Auslegung und Anwendung einer Kodex-Empfehlung sachgerecht erscheint. Nachfolgend wird, als weitere denkbare Rechtsfolgen einer fehlerhaften Entsprechenserklärung, auf die Voraussetzungen der Unwirksamkeit der Bestellung eines Vorstandsmitglieds, sowie die Möglichkeit des Widerrufs der Bestellung eines Vorstandsmitglieds bzw. der Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds eingegangen.

Abschließend fasst *Kapitel 8* die Ergebnisse der beiden Teile der Arbeit zusammen.

# B. Teil 1: Auslegung und Anwendung „unbestimmter“ Rechtsbegriffe in den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)

## Kapitel 1: Der deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)

In diesem Kapitel werden zunächst die begrifflichen Grundlagen geklärt (I.), bevor auf die internationale und nationale Entwicklung der Corporate Governance eingegangen wird (II.). Anschließend werden Ziele und Funktionen des DCGK erläutert (III.), um darauf aufbauend seine Rechtsnormqualität zu untersuchen (IV.). Daran schließt sich unmittelbar die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des DCGK an (V.). Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst (VI.).

### I. Begriffliche Grundlagen

Bevor auf die Entstehungsgeschichte des DCGK eingegangen wird, bedarf es zunächst einer Herleitung des aus dem angelsächsischen Sprachgebrauch stammenden und ins Deutsche übernommenen Begriffs „Corporate Governance“<sup>40</sup>. Eine einheitliche Begriffsdefinition existiert im Deutschen trotz zahlreicher Definitionsversuche nicht<sup>41</sup>. Teilweise wird der „juristisch nicht präzise greifbare“ Begriff „Corporate Governance“ als „Summe der für eine verantwortliche, auf langfristige Wertschöpfung zielende Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle und Transparenz geltenden Maximen“ verstanden<sup>42</sup>. Versucht man den Begriff „Corporate Governance“ ins Deutsche zu übersetzen, wird darunter die „Unternehmensverfassung“<sup>43</sup> oder die „Unternehmens-

---

40 Semler, in: MüKo AktG, § 161, Rn. 2; Plessis/Saenger, in: German Corporate Governance in International and European Context, S. 9.

41 Die OECD definiert Corporate Governance wie folgt: „Corporate governance involves a set of relationships between a company’s management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined“, Principles of Corporate Governance 2004, Präambel, online abrufbar unter: [www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf); andere definieren „Corporate Governance“ als Ordnungsrahmen für die Gewährleistung einer unabhängigen, wert- und erfolgsorientierten Unternehmensführung und -überwachung sowie für die Sicherung und Steigerung des Unternehmenswertes unter Berücksichtigung der Interessen der Kapitalmarktanleger, Fabisch, ZCG 2010, S. 119; Radke, Die Entsprechens-erklärung zum DCGK, S. 9 ff.; Roth/Büchtele, in: Corporate Governance in Deutschland und Österreich, S. 1 f.

42 Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 26 II 3 b, S. 767; Kort, FS Schmidt, S. 945.

43 v.Werder, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 1; Metten, Corporate Governance, S. 7.

leitung und -kontrolle“<sup>44</sup> bzw. die „Unternehmensregierung“<sup>45</sup> verstanden. Nach dem aus Anlass der Entstehung des DCGK erlassenen Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ („Baums-Bericht“), auf die noch näher einzugehen ist<sup>46</sup>, betrifft „Corporate Governance“ „vor allem die Funktionsweise der Leitungsorgane, ihre Zusammenarbeit und die Kontrolle ihres Verhaltens. Damit ist im deutschen Modell die Zweiteilung in Vorstand und Aufsichtsrat und, damit zusammenhängend, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer angesprochen“<sup>47</sup>. Während sich die deutsche Übersetzung des Begriffs vor allem auf die Binnenordnung des Unternehmens bezieht, geht der englische Terminus weiter und erfasst auch die rechtliche und faktische Einbindung des Unternehmens in sein Umfeld (insbesondere den Kapitalmarkt)<sup>48</sup>. Da sich kein einheitliches deutsches Verständnis durchgesetzt hat, wird nachfolgend der englische Terminus Corporate Governance als „German legal term“ beibehalten<sup>49</sup>.

Nicht nur begrifflich, sondern auch inhaltlich reicht das Verständnis auf das angelsächsische System zurück. Corporate Governance ist im anglo-amerikanischen Raum durch das „Shareholder-Value-Konzept“ gekennzeichnet, das auf *Berle* und *Means* zurückgeführt werden kann, und von *Alfred Rappaport* aus der Kapitalmarkttheorie in die Unternehmenspraxis übertragen wurde<sup>50</sup>; dahinter steht die Fokussierung auf die Interessen der Aktionäre als Eigentümer mit dem Ziel der Maximierung des Unternehmensmarktwertes<sup>51</sup>. Trotz dieses Ursprungs ist Corporate Governance im deutschen und kontinental-europäischen Raum durch ein weitergehendes Verständnis geprägt, wonach neben den Aktionärsinteressen auch die Interessen sonstiger Anspruchsgruppen („stakeholder“) bzw. der mit dem Unternehmen wirtschaftlich verbundenen Personenkreise Berücksichtigung finden<sup>52</sup>. Dabei spielen auch die Beziehungen zu den Mitarbeitern sowie unter anderem zu Kunden, Lieferanten und Behör-

---

44 *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 28.

45 So das Bundesministerium der Justiz (BMJ), „Corporate Governance – Was ist das?“, online abrufbar unter: [http://www.bmj.bund.de/enid/Handels-\\_und\\_Wirtschaftsrecht/Corporate\\_Governance\\_48.html](http://www.bmj.bund.de/enid/Handels-_und_Wirtschaftsrecht/Corporate_Governance_48.html).

46 Siehe dazu unten Ziffer II. 2.

47 BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Baums-Bericht) 2001, D.0.5.

48 *Metten*, Corporate Governance, S. 10; *v.Werder*, in: Gabler, Wirtschaftlexikon, Definition Corporate Governance, online abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/corporate-governance.html>.

49 *Plessis/Saenger*, in: German Corporate Governance in International and European Context, S. 10f.

50 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26 II 3 c, S. 768; *Damken*, Corporate Governance in mittelständischen Kapitalgesellschaften, S. 9 unter Verweis auf *Berle/Means*, Modern Corporation and Private Property; ebenso *Radke*, Entsprechenserklärung zum DCGK, S. 14.

51 Vgl. zum Begriffsverständnis *Mayer*: „Corporate Governance is concerned with ways of bringing the interests and objectives of investors and managers into line and ensuring that firms are run for the benefit of investors“, OECD Economic Studies, 1996, No. 27, S. 10.

52 *Fabisch*, ZCG 2010, S. 119; *Damken*, Corporate Governance in mittelständischen Kapitalgesellschaften, S. 10.

den eine Rolle<sup>53</sup>. Hintergrund dieses weiter reichenden Begriffsverständnisses ist der Gedanke, dass bei Berücksichtigung sämtlicher *stakeholder*-Interessen der größtmögliche Gewinn erwirtschaftet werden kann und damit Verschlechterungen der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen vermieden werden können<sup>54</sup>. Als „kleinster gemeinsamer Nenner“ beider Definitionen können unter Corporate Governance die Regeln der Unternehmensleitung und –überwachung verstanden werden<sup>55</sup>.

Ausdrücklich regelt der DCGK seit seiner Fassung vom 18. Juni 2009 das weitergehende Begriffsverständnis von Corporate Governance, indem er in Ziffer 4.1.1 DCGK von dem „Unternehmensinteresse“ spricht, welches nach dem Kodex neben den Belangen der Aktionäre auch die Belange der „Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder)“ zählen<sup>56</sup>. Diese weite Definition wird auch im Folgenden den Ausführungen zugrunde gelegt.

## II. Die Entwicklung von Corporate Governance

### 1. Internationale Corporate Governance-Entwicklung

Die Corporate Governance-Debatte entwickelte sich, ausgehend von den Vereinigten Staaten von Amerika<sup>57</sup>, vor allem seit den 1960er und 1970er Jahren, auch wenn ihre Ursprünge auf ökonomisch-wissenschaftliche Untersuchungen der 1930er Jahre zurückreichen<sup>58</sup>. Ausgangspunkt der internationalen Corporate Governance-Bewegung war der so genannte „*principle-agent*“-Konflikt, der auf die Trennung von Eigentum und Kontrolle im Unternehmen, der damit verbundenen, erforderlich werdenden Delegation von Entscheidungsbefugnissen und dem daraus resultierenden Interessenkonflikt zwischen Eigentümer und *Management* einer Kapitalgesellschaft zurückzuführen ist<sup>59</sup>. Um in einem fremdgeführten Unternehmen sicherzustellen, dass dieses im Interesse der Eigentümer geführt wird, musste insbesondere ein Anreizsystem und eine funktionierende Überwachung gewährleistet sein<sup>60</sup>.

- 
- 53 Töller, Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2009, S. 295; Roth/Büchele, in: Corporate Governance in Deutschland und Österreich, S. 2.
- 54 Schwalbach/Schwerk, „Corporate Governance und die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen“, Discussion Paper 2006, S. 3f.; Metten, Corporate Governance, S. 11.
- 55 Radke, Die Entsprechenserklärung zum DCGK, S. 10.
- 56 Siehe dazu Kap. 4, II. 1. b) bb).
- 57 Radke, Entsprechenserklärung zum DCGK, S. 21f.
- 58 Coase, *Economica*, 1937, Vol. 4, No. 16, S. 386ff.; Williamson, *The Journal of Finance*, 1988, Vol. 43, S. 567ff; Williamson, *The American Economic Review*, 1973, Vol. 63, S. 316ff; Fedke, Corporate Governance in international agierenden Konzernen, S. 16 ff.
- 59 Picot/Michaelis, *ZfB* 1984, S. 256f. (zur property rights-Theorie); Metten, Corporate Governance, S. 47; Mayer, *OECD Economic Studies*, 1996, No. 27, S. 10.
- 60 Grossman/Hart, *Econometrica*, 1983, Vol. 51, No. 1, Seite 7 formulieren dies wie folgt: „*Consider two individuals who operate in an uncertain environment and for whom risk sharing is desirable. Suppose that one of the individuals (known as principal) cannot observe. Assume that this action affects the total amount of consumption or money which is available to be divided between the two individuals. In general, the action which is optimal for the agent will*

Um diesen Problemen zu begegnen, entwickelte in den USA zunächst das *American Law Institute* „Principles of Corporate Governance“, denen vergleichbare Corporate Governance-Regelwerke in unterschiedlicher Gestalt in zahlreichen anderen Ländern folgten<sup>61</sup>. Eine Reihe von Unternehmensskandalen, wie z.B. von Enron oder Worldcom, trieben die Entwicklung von Verhaltensregeln für gute Unternehmensführung auf internationaler Ebene weiter voran<sup>62</sup>. Von besonderer Bedeutung war zudem der auf internationaler Ebene von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) im Jahr 1999 entwickelte Mindestkatalog von Grundsätzen guter Corporate Governance<sup>63</sup>, der jedoch vor allem für sich in der Entwicklung befindliche Märkte gedacht war, und weniger für westliche Industrieländer<sup>64</sup>. Im europäischen Raum war der in Großbritannien entwickelte „Cadbury Report“ von 1992 Ausgangspunkt für verbindliche Corporate Governance-Regeln<sup>65</sup>, dem ebenfalls eine Reihe vergleichbarer Reports folgten<sup>66</sup>; seit dem Jahre 2000 ist der sog. „Combined Code“ als Mindeststandard von den an der Londoner Börse gelisteten Unternehmen zu beachten<sup>67</sup>. Ein anfänglich diskutierter einheitlicher Kodex auf europäischer Ebene wurde im Ergebnis von der eingesetzten „Winter-Group“ abgelehnt, und stattdessen die Erarbeitung nationaler Kodizes befürwortet<sup>68</sup>.

## 2. Die Corporate Governance-Entwicklung in Deutschland

Die Entstehungsgeschichte des DCGK reicht auf diese internationale Corporate Governance-Debatte zurück, die auch in Deutschland seit dem Ende der 1990er Jahre geführt wurde<sup>69</sup>. Hintergrund für seine Entstehung waren – wie auf internationaler Ebene

---

*depend on the extent of risk sharing between the principal and the agent. The question is: What is the optimal degree of risk sharing, given this dependence? Particular applications of the principal-agent problem have been made (...) to the case of an owner of a firm who cannot observe the effort level of a manager or worker.“; siehe zur “agency theory” in Zusammenhang mit diversity: Kap. 4, II. 2. a) aa).*

61 v.Werder, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 3.

62 Hohl, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 29f.

63 Darin heißt es: “*The OECD Principles of Corporate Governance were endorsed by OECD Ministers in 1999 and have since become an international benchmark for policy makers, investors, corporations and other stake-holders worldwide. They have advanced the corporate governance agenda and provided specific guidance for legislative and regulatory initiatives in both OECD and non OECD countries*”, OECD, Principles of Corporate Governance (Fn. 41); Pfitzer/Oser/Orth, in: Handbuch Deutscher Corporate Governance Kodex, S. 17.

64 Hohl, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 31f.

65 Report of the Committee on the Financial Aspects on Corporate Governance, 1992, online abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/code.php?code\\_id=132](http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=132).

66 Vgl. insbesondere den *Greenbury Report* von 1995 und den *Hampel Report* von 1998, online abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php).

67 BT-Drs. 14/7515, S. 28; Financial Reporting Council, *The Combined Code on Corporate Governance*, Juni 2008, online abrufbar unter: <http://www.frc.org.uk/corporate/ukcgcode.cfm>.

68 Hueck/Windblicher, in: Windblicher, Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 40; Borges, ZGR 2003, S. 511; Töller, Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2009, S. 297.

69 Plessis/Saenger, in: German Corporate Governance in International and European Context, S. 9f.

– eine Reihe von Unternehmenskrisen, wie beispielsweise von AEG, Holzmann, ARAG, oder Mannesmann, die eine Diskussion über die Rolle von Vorständen, Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Geschäftsbanken auslösten<sup>70</sup>. Daneben sorgten in Deutschland auch die Forderungen großer institutioneller Kapitalmarktanleger nach einem deutschen Corporate Governance Kodex zum Schutz ihres angelegten Kapitals<sup>71</sup> sowie die im anglo-amerikanischen Raum entwickelten Grundsätze guter Corporate Governance dafür, dass die Notwendigkeit eines deutschen Kodex offenkundig wurde<sup>72</sup>. Vor Inkrafttreten des DCGK waren die Verhaltensmaßstäbe für die Unternehmensleitung und –überwachung vor allem im AktG, im HGB und dem Mitbestimmungsrecht geregelt und wurden – soweit innerhalb des gesetzlichen Rahmens zugelassen – durch Satzungen, Geschäftsordnungen, allgemeine Übung und Gerichtsentscheidungen fortentwickelt und konkretisiert<sup>73</sup>.

Auf gesetzlicher Ebene waren darüber hinaus die Aktienrechtsnovellen, insbesondere das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)<sup>74</sup> und das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität von 2002 (TransPuG)<sup>75</sup>, Wegbereiter für das (relativ späte<sup>76</sup>) Inkrafttreten des DCGK, weil sie auf eine Verbesserung der Corporate Governance abzielten<sup>77</sup>. Der DCGK ging dabei vor allem auf private Initiativen zurück, einerseits auf den vom *Frankfurter Initiativkreis* entwickelten „Code of Best Practice“, andererseits auf den vom *Berliner Initiativkreis* erarbeiteten „German Code of Corporate Governance“ (GCCG)<sup>78</sup>. Auf Letzterem aufbauend wurde von der *Deutschen Vereinigung für Finanzanalyse* die „Scorecard for German Corporate Governance“<sup>79</sup>, sowie von der *Grundsatzkommission Corporate Governance* Grundsätze für börsennotierte Gesell-

---

70 *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 1; BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Baums-Bericht), A.2. führt hierzu aus: „Die Kommission befaßt sich unter anderem mit der Arbeit von Vorstand, Aufsichtsrat, Abschlußprüfung und Hauptversammlung mit dem Ziel, eine adäquate Kontrolle der Unternehmensleitungen durch interne Vorkehrungen, Kapitalmärkte, Aktionärsrechte und wirksame Haftungsregelungen sicherzustellen.“

71 Die Anleger wollten vor allem die Frage klären, ob sich Investitionen in deutsche Unternehmen lohnten und welcher Schutz in Deutschland gegen Missbrauch und Misswirtschaft bestand, vgl. dazu *Roth/Büchtele*, in: Corporate Governance in Deutschland und Österreich, S. 3.

72 *Pfitzer/Oser/Orth*, in: Handbuch Deutscher Corporate Governance Kodex, S. 16; *Schiller*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex, S. 17.

73 BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Baums-Bericht) 2001, 1. Kapitel II.1., Rn. 5.

74 KonTraG, vom 27.04.1998, BGBl. I, S. 786.

75 TransPuG, vom 19.07.2002, BGBl. 2002 I, S. 2681.

76 *v.Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 6.

77 *Pfitzer/Oser/Orth*, in: Handbuch Deutscher Corporate Governance Kodex, S. 17 ff.

78 GCCG, vorgelegt vom Berliner Initiativkreis, 6.06.2000, online abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/code.php?code\\_id=47](http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=47); *v.Werder*: in Kommentar zum DCGK, Rn. 6.

79 DVFA, „Scorecard for German Corporate Governance“, 2000 und März 2002, beide online abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/code.php?code\\_id=46](http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=46).

schaften<sup>80</sup> entwickelt, die die Entstehung des DCGK beeinflussten. Um aus diesen unterschiedlichen Initiativen und Kodex-Entwürfen eine einheitliche Kodex-Fassung zu entwickeln, und vorangetrieben durch den (drohenden) Konkurs des Baukonzerns Holzmann im Jahr 1999<sup>81</sup>, wurde schließlich die Regierungskommission „Corporate Governance“ („Baums-Kommission“) eingerichtet. Diese sollte sich mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und –kontrolle befassen und Empfehlungen erarbeiten, „wie das deutsche System der Corporate Governance an die rasanten wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen angepasst werden kann“<sup>82</sup>. Die Baums-Kommission sprach sich für gesetzesergänzende, inhaltlich nicht verbindliche Regeln in einem deutschen Corporate Governance-Kodex aus, die nur den Charakter von Empfehlungen haben sollten; sie empfahl der Bundesregierung in ihrem Abschlussbericht die Einsetzung einer weiteren Kommission („Regierungskommission“), die den Auftrag haben sollte, einen entsprechenden Corporate Governance-Kodex zu entwickeln<sup>83</sup>. Entsprechend dieser Empfehlung wurde eine Reihe von Privatpersonen als Mitglieder der Regierungskommission vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) am 6. September 2001 für dieses Amt benannt, die weisungsfrei über den Kodexinhalt entscheiden sollten<sup>84</sup>.

Im Auftrag der Bundesregierung verabschiedete diese Kommission schließlich in ihrer Sitzung am 23. Januar 2002 die erste Fassung des DCGK und veröffentlichte diesen am 26. Februar auf ihrer Webseite<sup>85</sup>. Am 30. September 2002 wurde der Kodex im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht, wodurch das BMJ in gewisser Weise sein Einverständnis mit Inhalt und Zustandekommen des DCGK zum Ausdruck gebracht hat<sup>86</sup>. Der DCGK stellt nach seinem Wortlaut „wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“<sup>87</sup>. Seit seinem Inkrafttreten hat die Regierungskommission die Inhalte des DCGK regelmäßig überprüft und bislang sieben Mal Änderungen des Kodex beschlossen<sup>88</sup>. Allerdings hat die Regierungskommission jüngst ausdrücklich klargestellt, dass sie sich von dem Grundsatz leiten lässt,

---

80 „Corporate Governance-Grundsätze für börsennotierte Gesellschaften“, Juli 2000, online abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/code.php?code\\_id=46](http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=46).

81 Nach dem *Baums-Bericht* soll sich die Kommission „aufgrund der Erkenntnisse aus dem Fall Holzmann mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und –kontrolle befassen“, BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Baums-Bericht), A.1.

82 BT-Drs. 14/7515, S. 3, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Baums-Bericht), A.; v. *Werder*: in Kommentar zum DCGK, Rn. 6-8.

83 BT-Drs. 14/7515, S. 28, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ („Baums-Bericht“) 2001, Rn. 5-7, 16-17; v. *Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 6-8.

84 Statt vieler: *Hoffmann-Becking*, FS Hüffer, S. 337f.

85 Kodex-Fassung online abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/archiv/index.html>.

86 *Ringleb*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 37.

87 Präambel des DCGK in der Fassung vom 26. Februar 2002 bis heute.

88 Vgl. auch Präambel des DCGK; *Hoffmann-Becking*, FS Hüffer, S. 337.

„so wenig wie möglich und nur so viel wie nötig“ an dem Kodex zu ändern, und damit der Tatsache Rechnung getragen, dass Änderungen in der Regel mit einem gewissen Umsetzungsaufwand insbesondere für die Unternehmen verbunden sind<sup>89</sup>.

Neben dem DCGK wurden in Deutschland vergleichbare Kodizes auch in anderen Rechtsgebieten entwickelt, die teilweise auf dem DCGK aufbauen<sup>90</sup>. Zu erwähnen sind insbesondere der „Governance Kodex für Familienunternehmen“<sup>91</sup> sowie der „Public Corporate Governance Kodex des Bundes“<sup>92</sup>.

### III. Ziele des DCGK

Die auf nationaler und internationaler Ebene entwickelten Corporate Governance-Kodizes verfolgten generell als wesentliche Ziele die Verbesserung des innerbetrieblichen Unternehmensmanagements einschließlich der Unabhängigkeit des „boards“<sup>93</sup>, die Verbesserung der Transparenz sowie des Vertrauens in die Unternehmensführung<sup>94</sup>. In vergleichbarer Weise ging auch der DCGK auf diese Zielsetzungen zurück. Als Kritikpunkte an der deutschen Unternehmensverfassung und -führung, die durch den Kodex aufgegriffen werden sollten, wurden die „mangelhafte Ausrichtung auf Aktionärsinteressen“, die „duale Unternehmensverfassung mit Vorstand und Aufsichtsrat“, die „mangelnde Transparenz deutscher Unternehmensführung“, die „mangelnde Unabhängigkeit deutscher Aufsichtsräte“ sowie die „eingeschränkte Unabhängigkeit des Abschlussprüfers“ genannt.<sup>95</sup> Ziel des DCGK war es vor diesem Hintergrund zunächst, verhaltenssteuernde Regeln für die „gute und verantwortungsvolle“ Führung und Kontrolle börsennotierter Unternehmen in Deutschland aufzustellen sowie Regeln zur Vermeidung bzw. Offenlegung von Interessenkonflikten festzulegen (*Ordnungs-*

---

89 Pressemitteilung der Regierungskommission vom 16.12.2010, S. 2; Bericht der Regierungskommission DCGK an die Bundesregierung, November 2010, S. 5, 43; Rede vom 16.12.2010 Klaus-Peter Müller, Vorsitzender der Regierungskommission DCGK, S. 4, sämtliche Dokumente online abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/index.html>.

90 Bericht der Regierungskommission DCGK an die Bundesregierung, November 2010, S. 11 ff. (Fn. 89).

91 Governance Kodex für Familienunternehmen in der Fassung vom 19.06.2010, online abrufbar unter: <http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/>.

92 Dieser Kodex wurde am 1.07.2009 verabschiedet, online abrufbar unter: [http://www.bundesfinanzministerium.de/nm\\_39010/sid\\_CC38E8DC2377A62C04F18F479693593F/DE/Wirtschaft\\_und\\_Verwaltung/Bundesliegenschaften\\_und\\_Bundesbeteiligungen/Public\\_corporate\\_governance\\_Kodex/010709\\_publicGov.html?\\_nnn=true](http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_39010/sid_CC38E8DC2377A62C04F18F479693593F/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Bundesliegenschaften_und_Bundesbeteiligungen/Public_corporate_governance_Kodex/010709_publicGov.html?_nnn=true).

93 Im dualistischen (deutschen) System ist darunter der Aufsichtsrat zu verstehen, im monistischen System hat das so genannte „board of directors“ sowohl die Führungs-, als auch die Überwachungskompetenz.

94 Rucht, Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Erfolgreiche Selbstregulierung?, S. 135f.; Töller, Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2009, S. 296.

95 Ausführungen von Gerhard Cromme Ausführungen von Dr. Gerhard Cromme, Vorsitzender der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex anlässlich der Veröffentlichung des Entwurfs Deutscher Corporate Governance Kodex am 18.12.2001 in Düsseldorf, S. 2, online abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/rede-crommes.html>.

oder Steuerungsfunktion)<sup>96</sup>. Dieses Ziel der Verbesserung der Unternehmensleitung und -überwachung verfolgt der DCGK vor allem durch seine Verhaltensempfehlungen<sup>97</sup>.

Weiterhin bezweckt der Kodex, „die geltende Unternehmensverfassung für deutsche Aktiengesellschaften und die diesbezüglichen, im Wesentlichen im zwingenden Gesetzesrecht verankerten Verhaltensmaßstäbe für Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung in einer gerade auch für ausländische Investoren geeigneten Form darzustellen und die Besonderheiten und Vorzüge der dualistischen Unternehmensverfassung zu verdeutlichen“<sup>98</sup>. Durch den DCGK sollte somit eine größere Transparenz für die Anleger und damit zugleich eine Verbesserung des Vertrauens der Wirtschaft, der Medien, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Führung und Überwachung deutscher Unternehmen erreicht werden, indem insbesondere ausländischen Investoren das Aktienrecht und das duale Führungssystem von Vorstand und Aufsichtsrat verständlicher gemacht werden sollte (*Informations- oder Kommunikationsfunktion*)<sup>99</sup>. Diese Zielsetzung findet sich ausdrücklich im Kodex selbst<sup>100</sup>. Ihr sollte durch die *rechtsbeschreibenden* Regelungen Rechnung getragen werden<sup>101</sup>.

Neben diesen beiden Zielen ist zudem die „freiwillige Regulierungsform“ des DCGK, für die sich die Baums-Kommission in ihrem Abschlussbericht bewusst ausgesprochen hatte, von wesentlicher Bedeutung. Gegenüber zwingendem Gesetzesrecht sei ein Kodex aufgrund der Formulierung bloßer Empfehlungen, von denen bei Bedarf abgewichen werden könne („*comply or explain*“-Mechanismus), das flexiblere Regelungsinstrument<sup>102</sup>. Nach diesem Prinzip, das in § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG sowie in der Präambel des DCGK statuiert wird, steht den Unternehmen die Einhaltung der Empfehlungen grundsätzlich frei, die (Nicht-) Einhaltung muss aber offengelegt (und neu-

---

96 Präambel des Kodex; Bericht der Regierungskommission DCGK an die Bundesregierung, November 2010, S. 8 (Fn. 89); v. *Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 84; *Seidel*, ZIP 2004, S. 286; *Ederle*, NZG 2010, S. 656.

97 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 154; siehe zu den verschiedenen Kategorien von Kodex-Regelungen Ziffer IV. 1.

98 BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance („Baums-Bericht“), S. 7.

99 Begr. RegE, BT-Drs. 14/8769, S. 21, Bericht der Regierungskommission DCGK an die Bundesregierung, November 2010, S. 8 (Fn. 89); v. *Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 83, 88; *Seidel*, ZIP 2004, S. 286; *Ederle*, NZG 2010, 656; *Roth/Büchele*, in: Corporate Governance in Deutschland und Österreich, S. 7.

100 In der Präambel wird das Ziel statuiert, das „Deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar“ zu machen und „das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften“ zu fördern, vgl. dazu Präambel, DCGK in der Fassung vom 26.05.2010.

101 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 153; siehe zu den rechtsbeschreibenden Regelungen unten Ziffer IV. 1.

102 BT-Drs. 14/7515, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance („Baums-Bericht“), 1.Kap. I.4, II.1, Rn. 7; vgl. dazu auch v. *Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 86.

erdings auch begründet) werden<sup>103</sup>. Durch diese „Kombination aus Optionsrecht in der Sache und verbindlicher Informationspflicht“<sup>104</sup> sollte den Unternehmen ein größerer Spielraum für notwendige Differenzierungen oder Abweichungen von den Empfehlungen gegeben werden, sowie eine leichtere und schnellere Anpassungsfähigkeit des Regelwerks an sich ändernde Verhältnisse erreicht werden<sup>105</sup>; zudem wurden hierdurch gesetzliche Regelungen vermieden (Prinzip der „*Deregulierung und Flexibilisierung*“)<sup>106</sup>. Der Kodex selbst spricht davon, dass den Gesellschaften die „Berücksichtigung branchen- oder unternehmensspezifischer Bedürfnisse“ ermöglicht werden sollte sowie der Kodex zur „Flexibilisierung und Selbstregulierung der deutschen Unternehmensverfassung“ beitragen sollte. Er lässt somit ausdrücklich Raum für unternehmensindividuelle Lösungen und ermöglicht zugleich eine kontinuierliche Anpassung seiner Regelungen an die sich ständig ändernden „*best practices*“ im Bereich der Corporate Governance<sup>107</sup>. Dieser Zweck ist von Bedeutung, weil der Kodex zur Erreichung dieser Flexibilität häufig bewusst auf detaillierte Vorgaben verzichtet und den betreffenden Unternehmen durch interpretationsoffene Formulierungen einen Gestaltungsspielraum zur Umsetzung der Empfehlungen einräumt<sup>108</sup>. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Auslegung und Umsetzung der Empfehlungen und die Entsprechenserklärung sowie die Rechtsfolgen sind im Fortgang der Arbeit zu untersuchen.

## IV. Rechtsqualität des Deutschen Corporate Governance Kodex

Corporate Governance-Regelwerke wie der DCGK haben nicht den Rang formeller Gesetze, und damit von unmittelbar verbindlichem Recht, sondern komplettieren oftmals nur die gesetzlichen Regelungen oder präzisieren diese und werden im Wege einer (freiwilligen) Unterwerfung der Unternehmen wirksam<sup>109</sup>. Dennoch wird der Kodex über den „*comply or explain*“-Mechanismus des § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG, nach dem eine Befolgung der Empfehlungen nicht zwingend ist, Abweichungen aber erklärt und begründet werden müssen, mit dem Gesetzesrecht verknüpft. Eine klare Einordnung der Rechtsnatur des DCGK fällt daher schwer. Die Klärung des rechtlichen Cha-

---

103 Vgl. § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG; Präambel des DCGK; *Ringleb*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 121.

104 *v. Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 121.

105 BT-Drs. 14/7515, S. 26ff, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance („Baums-Bericht“), I. Kap. I.1. Rn. 1, II.1., Rn. 7.

106 *Lutter*, in: KölnKomm AktG, § 161, Rn. 8; *Töller*, Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2009, S. 298, 302; *Rucht*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Erfolgreiche Selbstregulierung?, S. 136, 138, 155; *Strenger*, NZG 2010, S. 1403.

107 Präambel des DCGK; Begr. RegE, BT-Drs. 14/8769, S. 21; *v. Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 86ff.

108 Bericht der Regierungskommission DCGK an die Bundesregierung, November 2010, S. 23 (Fn. 89); *v. Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 89.

109 *Roth/Büchtele*, in: Corporate Governance in Deutschland und Österreich, S. 4; *v. Werder*, in: Kommentar zum DCGK, Rn. 5.