

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 181

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft

Von

Moritz Meyer



Duncker & Humblot · Berlin

MORITZ MEYER

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat
der Aktiengesellschaft

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg
Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg
Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 181

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft

Von

Moritz Meyer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

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.

D6

Alle Rechte vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpau

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-18177-3 (Print)

ISBN 978-3-428-58177-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Die Gutachten haben Professor Dr. Ingo Saenger und Professor Dr. Johann Kindl erstellt. Für die Drucklegung konnten Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich August 2020 berücksichtigt werden. Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) und der Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16. Dezember 2019 waren bei der Entstehung der Arbeit bzw. im Zeitpunkt ihrer Abgabe bereits in der Diskussion bzw. verabschiedet und wurden voreiligend in die Überlegungen einbezogen. Ihrem zwischenzeitlichen Inkrafttreten wurde für die Veröffentlichung ebenfalls Rechnung getragen, ohne dass dies Auswirkungen auf die zuvor gewonnenen Erkenntnisse hatte.

Meinem Doktorvater Professor Dr. Ingo Saenger danke ich für die Betreuung dieser Dissertation, welche während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht und Gesellschaftsrecht am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht entstanden ist. Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl gebührt Dank für die Durchsicht des Manuskripts. Insbesondere Dr. Niklas Gustorff und Sebastian Kunzmann danke ich für bereichernde Diskussionen und Anregungen. Den Herausgebern der „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ bin ich für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Schriftenreihe verbunden.

Bei Dr. Andreas Austmann bedanke ich mich für wertvolle Gespräche und seine hilfreichen Anmerkungen zum Manuskript, vor allem aber für das anhaltende Interesse am Inhalt und am Fortgang der Arbeit. Meiner Partnerin Dr. Christina Austmann danke ich herzlich für ihre Hilfe, ihr Verständnis und ihren steten Zuspruch während der Entstehung der Dissertation. Meiner Großmutter Margret Hiegemann möchte ich für ihre Unterstützung in meiner gesamten Zeit in Münster danken. Mein größter Dank gilt meinen Eltern Margret und Matthias Meyer. Ihre Anteilnahme und der mir vermittelte bedingungslose Rückhalt auch während dieses Ausbildungs- und Lebensabschnitts bedeuten mir viel. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im April 2021

Moritz Meyer

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung	25
A. Gegenstand der Arbeit	26
B. Gang der Untersuchung	28
§ 2 Das Auftreten von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	30
A. Wirkungsbereich und Verhaltensmaxime des Aufsichtsrats	30
B. Anlage von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	44
C. Zu Begriff, Dogmatik und Typologie von Interessenkonflikten	57
D. Zum Begriff der „Pflichtenkollision“	85
§ 3 Vermeidung von Interessenkonflikten durch den präventiven Ausschluss bestimmter Personen von der Aufsichtsratstätigkeit	106
A. Inkompatibilitäten als Mittel zur Konfliktprävention	106
B. Kein Wettbewerbsverbot als Mittel zur Konfliktprävention	119
C. Unabhängigkeit als Mittel zur Konfliktprävention	120
D. Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2	136
§ 4 Maßnahmen zur Konfliktbewältigung: Der Pflichtenkatalog bei Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	143
A. Verpflichtende Offenlegung des Interessenkonflikts	145
B. Weitere Maßnahmen und Pflichten des Konfliktierten und der übrigen Aufsichtsratsmitglieder – eigenes Konzept	180
C. Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2 und aus § 3 ..	233
D. Die Änderung des Aktiengesetzes durch das ARUG II – ein die Behandlung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat prägendes Faktum? ..	246
§ 5 Die möglichen Konsequenzen pflichtwidrigen Verhaltens des Konfliktierten und der übrigen Aufsichtsratsmitglieder	256
A. Mögliche Auswirkungen auf Aufsichtsratsbeschlüsse	259
B. Haftung gegenüber der Gesellschaft wegen der Nichtbefolgung von Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten	272
C. (Nicht-)Anwendbarkeit der Business Judgment Rule aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	276
D. Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2 und aus § 4 ..	311
§ 6 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen	317
Literaturverzeichnis	330
Stichwortverzeichnis	349

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	25
A. Gegenstand der Arbeit	26
B. Gang der Untersuchung	28
§ 2 Das Auftreten von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	30
A. Wirkungsbereich und Verhaltensmaxime des Aufsichtsrats	30
I. Die Organe der AG und ihre Kompetenzen	31
1. Der Vorstand: Zentrales Organ der Geschäftsführung	31
2. Die Hauptversammlung: Willensbildungsorgan der Aktionäre	33
3. Der Aufsichtsrat: „Aufsicht“ und „Rat“	36
a) Laufende Überwachung des Vorstands	36
aa) Informations- und Einsichtsrechte	37
bb) Zustimmungsvorbehalte	38
cc) Sonstige Mittel der Überwachung	38
b) Einfluss auf die Unternehmenspolitik	39
c) Weitere Kompetenzen und Aufgaben	40
d) Verhaltensanforderungen und Verantwortlichkeit	41
II. Das von den Aufsichtsratsmitgliedern der AG zu wahrende Unternehmensinteresse	42
B. Anlage von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	44
I. Zusammensetzung und Organisation des Aufsichtsrats	45
1. Komposition des Gremiums	45
a) Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	46
b) Persönliche und gremiumsbezogene Voraussetzungen der Aufsichtsratstätigkeit	48
2. Innere Ordnung des Aufsichtsrats und Zustandekommen von Aufsichtsratsbeschlüssen	50
II. Konfliktpotenzial aufgrund pluralistischer Interessenvertretung	52
C. Zu Begriff, Dogmatik und Typologie von Interessenkonflikten	57
I. Begriff des Interessenkonflikts	59
1. Kumulation (teil-)inkompatibler Interessen in einer Person (Interessengegensatz)	61
2. „Relevanzschwelle“ im Sinne der Vernachlässigungsgefahr für eines der Interessen	63
3. Zwischenergebnis: Eigene Definition des Interessenkonflikts und deren Übertragung auf den Aufsichtsrat	66
II. Notwendigkeit der rechtlichen Behandlung	67

III.	Feststellung von Interessenkonflikten einschließlich ihrer rechtlichen Adressierung	70
1.	Formell-typisierter und entgrenzter Konfliktbegriff	70
2.	Perspektive zur Feststellung von „Interessenkonflikten“	71
IV.	Arten von Interessenkonflikten	74
1.	Einordnung anhand der Frequenz der aus einem Interessen-gegensatz entstehenden Interessenkonflikte	75
2.	Einordnung anhand des relativen Ausmaßes des Interessenkonflikts	77
3.	Abstufung: Reale und (nur) potenzielle Interessenkonflikte	79
4.	Unterscheidung: Interne und externe Interessenkonflikte	83
V.	Verhältnis der Begriffe „Interessenkonflikt“, „Interessenkolli-sion“ und „Interessenwiderstreit“ zueinander	84
D.	Zum Begriff der „Pflichtenkollision“	85
I.	Bestandsaufnahme: Gelegentliche Verwendung des Begriffs „Pflichtenkollision“ mit nur oberflächlichen Erläuterungen	87
II.	Prüfung und Stellungnahme: Überhöhung eines tatsächlich oft nicht existenten Phänomens	88
1.	Vermeidung von Pflichtenkollisionen durch den Grundsatz der Rollentrennung (Sphärendifferenzierung)	89
a)	Trennung nach Pflicht- bzw. Tätigkeitsbereichen	89
b)	Folgerung: Meist keine Pflichtenkollision zwischen mehreren Aufsichtsratsmandaten aufgrund der Konzen-tration auf den jeweiligen Pflichtenkreis	91
c)	Keine abweichenden Anforderungen aufgrund der <i>Schaffgotsch</i> -Rechtsprechung	92
2.	Pflichtenkollisionen aufgrund der auch außerhalb der Unter-nehmenssphäre bestehenden Verschwiegenheitspflicht?	94
3.	Zwischenergebnis: „Pflichtenkollision“ als mindestens partieller Phantombegriff im Zusammenhang mit Interessen-konflikten im Aufsichtsrat	97
a)	Keine wechselseitige Verbindung der Unterscheidung von „Interessenkonflikten“ und „Pflichtenkollisionen“ zur Frage der Herkunft des Interessenkonflikts	99
b)	Keine abweichende rechtliche Behandlung von Interes-senkonflikten und Pflichtenkollisionen	100
III.	Unabhängigkeit der Annahme von Interessenkonflikten vom (Nicht-)Vorliegen von Pflichtenkollisionen	102
§ 3	Vermeidung von Interessenkonflikten durch den präventiven Aus-schluss bestimmter Personen von der Aufsichtsratstätigkeit	106
A.	Inkompatibilitäten als Mittel zur Konfliktprävention	106
I.	Gesetzliche Hinderungsgründe für die Bestellung zum Auf-sichtsratsmitglied und der dahinterstehende Normzweck	108

II.	Ungeschriebene Bestellungshindernisse aufgrund von Interessenkonflikten in Analogie zu den gesetzlich geregelten Inkompatibilitäten?	111
1.	Keine planwidrige Regelungslücke	113
2.	Exkurs und eigener Ansatz: Zur vergleichbaren Interessenslage – Einpassung bestehender Inkompatibilitätsvorschriften in die Konfliktdogmatik	116
B.	Kein Wettbewerbsverbot als Mittel zur Konfliktprävention	119
C.	Unabhängigkeit als Mittel zur Konfliktprävention	120
I.	Keine Unabhängigkeitsvorgaben des Aktiengesetzes <i>de lege lata</i> und der bisherigen Rechtsprechung	121
II.	Anforderungen der Empfehlung der EU-Kommission vom 15. Februar 2005	122
1.	Inhalt der Empfehlung der EU-Kommission	122
2.	Bedeutung der Empfehlung der EU-Kommission als solche .	123
3.	Bedeutung der Empfehlung der EU-Kommission vermittels nationaler Rechtsnormen	125
III.	Empfehlungen des DCGK zur Unabhängigkeit	127
1.	Kein schlussendlich überzeugendes Verständnis der Merkmale von Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK a.F. sowie von Empfehlung C.7 Abs. 1 S. 2 DCGK und Empfehlung C.9 Abs. 2 DCGK im Schrifttum	131
2.	Eigener Ansatz: Übertragung des zu Empfehlung E.1 S. 3 DCGK (Ziff. 5.5.3 S. 2 DCGK a.F.) entwickelten Begriffsverständnisses	133
D.	Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2	136
I.	Verbindliche Ausschaltung konfliktträchtiger Personalia im Aufsichtsrat in nur überschaubarem Umfang	137
II.	Schaffung eines Querbezugs zwischen dem Unabhängigkeitspostulat im DCGK und Inkompatibilitäten im Aktiengesetz .	138
III.	Mögliche Folgerungen für das Verhältnis von Interessenkonflikten und Unabhängigkeit nach den Vorgaben des DCGK	139
§ 4	Maßnahmen zur Konfliktbewältigung: Der Pflichtenkatalog bei Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	143
A.	Verpflichtende Offenlegung des Interessenkonflikts	145
I.	Rechtliche Grundlage	146
II.	Bedeutung als notwendige Vorbedingung weiterer Maßnahmen und eigenständiger Beitrag zur Bewältigung des Konflikts .	147
III.	Empfänger	149
1.	Der Meinungsstand betreffend den Empfänger der Offenlegung vor der DCGK-Reform 2020	150
2.	Herleitung des richtigen Empfängers der Offenlegung aus der Kompetenzverteilung zwischen dem Gesamtaufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden	153

a)	Allgemeine Möglichkeit zur Begründung einer Zuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten	155
aa)	Grundlagen der Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratskollektiv	156
bb)	Überblick über die Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden	157
cc)	Lückenhaftigkeit der Kompetenzverteilung und deren Überbrückung in Theorie und Praxis	161
b)	Eigene Begründung der Empfangskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden und Beseitigung bestehender Unklarheiten im Zusammenhang mit der Behandlung von Interessenkonflikten	163
aa)	Grundsätzliche Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats	163
bb)	(Partielle) Zuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden für Interessenkonfliktmaßnahmen aus zeitlichen Gründen	164
cc)	Notwendigkeit der Information des Aufsichtsratsvorsitzenden	164
dd)	Keine unmittelbare Information des Aufsichtsratsplenums	166
ee)	Verpflichtende Information des Gesamtaufsichtsrats über Interessenkonflikte durch den Aufsichtsratsvorsitzenden	167
IV.	Umfang und Spannungsverhältnis zur Verschwiegenheitspflicht	167
1.	Drohende Verletzung der Verschwiegenheitspflicht etwa gegenüber einer anderen Gesellschaft	168
2.	Exkurs: Drohende Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der in der Konfliktbewältigung befindlichen Gesellschaft durch daneben bestehende Empfehlungen und Pflichten zur Offenlegung?	169
a)	Zur Konfliktoffenlegung nach Empfehlung E.1 S. 2 DCGK (Ziff. 5.5.3 S. 1 DCGK a.F.)	170
b)	Zur Reichweite der §§ 131, 171 Abs. 2 AktG	172
V.	Nähere Bestimmung der Schwelle der Offenlegungspflicht	174
1.	Offenlegung nur bei realen Interessenkonflikten	175
2.	Offenlegung jedes Interessenkonflikts als praktikable Regel	177
3.	Offenlegung in der Praxis auch beim bloßen Verdacht eines Interessenkonflikts	179
B.	Weitere Maßnahmen und Pflichten des Konfliktierten und der übrigen Aufsichtsratsmitglieder – eigenes Konzept	180
I.	Kompetenzen des Aufsichtsratsvorsitzenden und des Aufsichtsratsplenums – das zu erwartende weitere Verfahren im	

Anschluss an die Offenlegung des (vermeintlichen) Interessenkonflikts	183
1. Tätigwerden des Aufsichtsratsvorsitzenden	183
a) Beurteilung und Verhängung von Maßnahmen durch den Aufsichtsratsvorsitzenden	184
b) Informationsweitergabe an das Aufsichtsratsplenum ..	185
2. Tätigwerden des Aufsichtsratsplenums	186
a) Verhängung von Interessenkonfliktmaßnahmen bei erstmaliger Feststellung eines Interessenkonflikts	187
b) Zugrundelegung des durch den Aufsichtsratsvorsitzenden festgestellten Interessenkonflikts durch das Aufsichtsratsplenum	187
c) Prüfung durch das Gericht: Mögliche Revision nach vorheriger Beschlussfassung des Aufsichtsratskollektivs	189
II. Vorbemerkung: Verbindliches Handlungsprogramm anstelle eines von der Konfliktstärke abhängigen Stufensystems	190
1. Ohnehin bestehende Unsicherheiten bei der Beschränkung des Stimmrechts im Sinne einer Interessenkonfliktmaßnahme	190
a) Meinungsstand	190
aa) Kein allgemeines Stimmverbot	193
bb) Erweitertes Stimmverbot und Möglichkeit eines Stimmrechtsausschlusses neben der analogen Anwendung von § 34 BGB	194
b) Recht oder gar Pflicht zur Stimmenthaltung?	196
c) Bewertung	197
2. Eigener Ansatz: Erhöhte Rechtssicherheit und Praktikabilität durch den Verzicht auf die Konfliktstärke als Determinante ..	198
III. Teilnahmeausschluss	200
1. Rechtliche Grundlage	201
2. Modalitäten	203
3. Materielle Voraussetzung eines Teilnahmeausschlusses: Vorliegen eines Interessenkonflikts	207
a) Teilnahmeausschluss bei jedem Interessenkonflikt	208
b) Ausnahme bei der organinternen Entscheidungsfindung des Aufsichtsrats ohne Sanktionsnatur	210
4. Korrespondierende Pflicht des Konfigurierten zum Teilnahmeverzicht	212
IV. Ausschluss vom Informationsfluss	214
1. Rechtliche Grundlage	215
2. Modalitäten	215
3. Materielle Voraussetzung eines Ausschlusses vom Informationsfluss: Vorliegen eines Interessenkonflikts	217
4. Korrespondierende Pflicht des Konfigurierten zum Informationsverzicht	219

V.	Ruhenlassen des Mandats	219
VI.	Beendigung des Mandats	221
	1. Abberufung aus wichtigem Grund	222
	a) Rechtliche Grundlage	222
	b) Modalitäten	222
	c) „Wichtiger Grund“ in der Person des Abzuberufenden	224
	2. Mandatsniederlegung	227
	a) Pflicht zur Amtsniederlegung?	229
	b) Auslöser der Niederlegungspflicht	230
	3. Verhältnis von Abberufung und Mandatsniederlegung	231
C.	Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2 und aus § 3	233
	I. Schaffung eines klaren Systems zur Behandlung von Interessenkonflikten	233
	II. Schaffung begrifflicher Stringenz im Rahmen des Systems zur Behandlung von Interessenkonflikten	234
	III. Erleichterte Herausbildung einer Kasuistik mit Vorteilen für die Identifikation von Interessenkonflikten	235
	IV. Votum gegen die vorschnelle Annahme von Interessenkonflikten	236
	V. Bedrohung des Gleichgewichts in paritätisch mitbestimmten Aufsichtsräten	236
	VI. Kein illegitimer Eingriff in die Rechte des Konfilierten	238
	1. Keine kritikwürdige Pauschalität der vorgeschlagenen Lösung	240
	2. Notwendigkeit eines Teilnahmeausschlusses zur Beseitigung der Gefahr konfliktbeeinflussten Verhaltens	240
	3. Wahrung der Interessen der Beteiligten	242
	VII. Ausschussbildung statt Interessenkonfliktmaßnahmen?	244
	VIII. Resümee und Hinweise für die Praxis	245
D.	Die Änderung des Aktiengesetzes durch das ARUG II – ein die Behandlung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat prägendes Faktum?	246
	I. Kritik am Normtext	248
	II. Keine Hinweise bezüglich des Begriffsinhalts und der Dogmatik des Interessenkonflikts	251
	III. Keine allgemeine Vorgabe für die Auswahl von Interessenkonfliktmaßnahmen – Einpassung von § 111b Abs. 2 AktG in das herausgearbeitete System	252
§ 5	Die möglichen Konsequenzen pflichtwidrigen Verhaltens des Konfilierten und der übrigen Aufsichtsratsmitglieder	256
A.	Mögliche Auswirkungen auf Aufsichtsratsbeschlüsse	259
	I. Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse und ihre Rechtsfolgen	260
	II. Ungenügende Reaktion auf einen bestehenden Interessenkonflikt	264
	III. Überschießende Reaktion auf einen tatsächlich nicht bestehenden Interessenkonflikt (der nötigen Art)	267

B. Haftung gegenüber der Gesellschaft wegen der Nichtbefolgung von Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten	272
I. Haftung des (nicht) konfliktierten Aufsichtsratsmitglieds	273
II. Haftung der übrigen Aufsichtsratsmitglieder	275
C. (Nicht-)Anwendbarkeit der Business Judgment Rule aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	276
I. Keine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte zugunsten des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds im Konfliktfall	278
1. Kein nur potenzieller Interessenkonflikt	279
2. Vorliegen eines Interessenkonflikts nach allgemeinen Maßstäben	280
3. Neutralisierender Effekt einer Beachtung der Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten	284
a) Grundsätzliche Möglichkeit der Anwendung der Business Judgment Rule trotz des Vorliegens eines Interessenkonflikts	284
b) Rückgriff auf die Maßnahmen zur Konfliktbewältigung	286
c) Konkret: Die nötigen Maßnahmen zum Erhalt der Business Judgment Rule	287
II. Entfall der Haftungserleichterungen für die übrigen Gremiumsmitglieder wegen des Interessenkonflikts eines Aufsichtsratsmitglieds	290
1. Mehrheitsbetrachtung	291
2. Gesamtbetrachtung	292
3. Einzelbetrachtung	293
4. Stellungnahme: Individualvoraussetzung mit zusätzlichen Wertungsgesichtspunkten	295
a) Die Freiheit von Sonderinteressen als individuelles Kriterium bei grundsätzlicher Unabhängigkeit von der Offenlegung des Interessenkonflikts	296
b) Eigener Ansatz: Ausschluss von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei „vernünftigerweise“ fehlender Berechtigung zur Annahme eines Handelns auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft	298
aa) Keine Kenntnis der übrigen Aufsichtsratsmitglieder von dem Interessenkonflikt mangels Offenlegung und anderweitiger Informationsquellen	301
bb) Durch Offenlegung oder anderweitig erlangte Kenntnis der übrigen Aufsichtsratsmitglieder von dem Interessenkonflikt – die nötigen Maßnahmen zum Erhalt der Business Judgment Rule	304
D. Bewertung unter Rückgriff auf die Ergebnisse aus § 2 und aus § 4 ..	311
I. Erzielung einer verhaltenssteuernden Wirkung der Business Judgment Rule	312
II. Beseitigung dogmatischer Friktionen	313

III. Erneut: Schaffung begrifflicher Stringenz im Rahmen des Systems zur Behandlung von Interessenkonflikten	316
§ 6 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen	317
Literaturverzeichnis	330
Stichwortverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a. O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-, Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AIFM-UmsG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz)
AktG	Aktiengesetz
allg. A.	allgemeine(-r) Ansicht
a. M.	am Main
Anm.	Anmerkung
ArbHdbAR	Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder
AReG	Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüfungsreformgesetz)
Art.	Artikel (<i>auch im Plural</i>)
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BeckHdbAG	Beck'sches Handbuch der AG
BeckOGK-AktG	beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG
BeckOGK-SE-VO	beck-online.GROSSKOMMENTAR SE-VO

BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
Begr.	Begründer (<i>auch im Plural</i>)
BegrRefE	Begründung des Referentenentwurfs
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz)
BOARD	BOARD – Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CFL	Corporate Finance law
DAV	Deutscher Anwaltverein e. V.
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelnG	Gesetz über die Drittelnbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelnbeteiligungsgesetz)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaften
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
Empf.	Empfehlung
etc.	<i>et cetera</i>
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
f. ff.	folgende (<i>Singular, Plural</i>)

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GK-AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Grds.	Grundsatz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (<i>Zeitschrift</i>)
Habil.	Habilitationsschrift
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber (<i>auch im Plural</i>)
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
InvG	Investmentsgesetz
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	JuristenZeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KG	Kammergericht
KK-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
LG	Landgericht
lit.	<i>littera</i> (Buchstabe)
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)

MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
MüHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAO	Patentanwaltsordnung
PatAnwAPrV	Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Patentanwälte (Patentanwaltsausbildungs- und -prüfungsverordnung)
RefE	Referentententwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz; Seite
SE	Societas Europaea
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
sog.	sogenannt(-e, -er, -en)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)
u. a.	unter anderem; und andere
UAbs.	Unterabsatz
u. d. T.	unter dem Titel
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Univ.	Universität
US	United States (of America)

Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
vs.	versus
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WiPrO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung)
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist (Wertpapierprospektgesetz)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zugl.	zugleich
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§ 1 Einführung

„Unfassbar, das geht einfach nicht“, befindet *Marc Tüngler*, Hauptgeschäftsführer der DSW (Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.)¹, mit Blick auf die Gemengelage beim Industriedienstleister Bilfinger im Kontext der seinerzeit erwogenen Regressnahme bei einer ganzen Reihe von dessen Ex-Vorstandsmitgliedern. Zu diesen zählt *Roland Koch*, der im Zuge der drohenden Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen beim Aufbau eines wirksamen Compliance-Systems zur Korruptionsvermeidung jedenfalls bis zum 31. Dezember 2018 von der Kommunikationsagentur WMP EuroCom beraten wurde. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Bilfinger SE, *Eckhard Cordes*, war zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der WMP EuroCom AG.² Aus der Sicht von *Tüngler* hätte der Aufsichtsrat von Bilfinger darin einen „erheblichen Interessenkonflikt“ sehen müssen. Das ist aber nicht der Fall und, so wiederum *Tüngler*, „zeigt, dass hier etwas richtig falsch läuft“. Dass *Cordes* bei Entscheidungen über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die ehemaligen Vorstandsmitglieder befangen gewesen ist und die übrigen Aufsichtsratsmitglieder beeinflusst hat, sei keinesfalls auszuschließen.³

Dass sich Divergenzen zeigen oder begründetermaßen vermuten lassen zwischen den Anforderungen, die unternehmensseitig an die Aufsichtsratsmitglieder gestellt werden, sowie solchen Motiven, die außerhalb des Unter-

¹ Siehe die Homepage der DSW (Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.), <https://www.dsw-info.de/ueber-uns/gremien/geschaeftsfuehrung/> (zuletzt aufgerufen am 31.10.2020).

² Siehe die Vita auf der Homepage der Bilfinger SE, <https://www.bilfinger.com/unternehmen/vorstand-aufsichtsrat/aufsichtsrat/dr-eckhard-cordes/> (zuletzt aufgerufen am 31.10.2020). Über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG 2001 L 294, S. 1, gilt für die SE neben weiteren Rechtsquellen in einem nicht unerheblichen Umfang auch deutsches Aktienrecht; näher dazu *Casper*, in: BeckOGK-SE-VO, Stand: 01.07.2020, Art. 9 Rn. 6 ff., insbesondere Rn. 15. Die Organisationsverfassung der SE entspricht weitgehend den §§ 76 ff. AktG, vgl. *Saenger*, GesR, Rn. 835.

³ Zum ganzen Absatz, einschließlich der hier wiedergegebenen wörtlichen Zitate, *Eschbacher*, „Herr Cordes belastet Bilfinger“, Mannheimer Morgen online vom 03.04.2019. Die von der dortigen Darstellung abweichende Eigenschreibweise der WMP EuroCom AG ist deren Homepage zu entnehmen, <https://wmp-ag.de/ueber-uns-die-wmp-ag/> (zuletzt aufgerufen am 31.10.2020).

nehmens ihren Ursprung, aber für das einzelne Aufsichtsratsmitglied Bedeutung haben, ist jedoch beileibe keine Sache des Einzelfalls. Von Repräsentanten von Banken, konkurrierenden Unternehmen, Großaktionären und Konzernunternehmen über etwaige Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Wissenschaft und Politik sowie über Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter bis hin zu Personen, die Geschäftspartnern zuzuordnen sind – der Hintergrund der in deutschen Aktiengesellschaften aktiven Aufsichtsratsmitglieder ist ebenso vielfältig wie die ganz regelmäßig damit einhergehenden externen Bindungen, Einflüsse und Verpflichtungen, denen sie ausgesetzt sind, die sich aber nicht notwendigerweise mit dem Interesse der Gesellschaft vertragen. Nicht minder problematisch sind trotz der doch für gewöhnlich zu unterstellenden Charakterstärke, Erfahrung und Standhaftigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern solche Situationen, in denen das zugunsten der Gesellschaftsbelange angezeigte Verhalten im Rahmen der Aufsichtsratstätigkeit in einem Gegensatz zu den persönlichen Vorstellungen, Überzeugungen und Absichten des Aufsichtsratsmitglieds steht. Paradigmatisch ist der Fall, dass ein ehemaliges Vorstandsmitglied im Aufsichtsrat in die Verlegenheit gerät, mögliche Fehler aus der eigenen Amtszeit als Vorstandsmitglied als solche zu identifizieren und sachgerecht aufzuarbeiten oder aber aus Sorge um die eigene Reputation und eine etwaige Haftung zumindest teilweise davon abzusehen.

Für das einzelne Aufsichtsratsmitglied relevante Drittinteressen oder ausreichend starke persönliche Interessen können dazu führen, dass ein Aufsichtsratsmitglied zum Nachteil seines Unternehmens handelt. Parallel ausgeübte Funktionen in anderen Unternehmen, Körperschaften und Institutionen sowie die denkbare Erlangung persönlicher Vorteile bzw. Abwendung persönlicher Nachteile durch die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied verleihen der Situation abhängig vom Gegenstand einer zu treffenden Entscheidung mehr als nur einen Beigeschmack. Es ist dabei nur schwer zu sagen, ob die Zweifel an der Loyalität des betreffenden Amtsträgers im Einzelfall noch unbegründet sind oder ob diesbezüglich eine berechtigte Skepsis besteht. Das Aufsichtsratsmitglied befindet sich in allen Fällen in einem Interessenkonflikt, falls die vorstehende Überlegung zu dem Ergebnis führt, dass ein Handeln wider die Interessen des Unternehmens befürchtet werden muss – ein schon allein unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kritischer Zustand, der das grundlegende Bedürfnis nach Intervention, Organisation und Reaktion von (aktien-)rechtlicher Seite zeitigt.

A. Gegenstand der Arbeit

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bilden den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Zwar sind diese bereits in der Vergangenheit wiederholt themati-

siert worden.⁴ In Ansehung des gegenwärtigen Diskussionsstands muss jedoch festgestellt werden, dass gerade aus der Sicht des Rechtsanwenders keine einheitlichen Maßstäbe hinsichtlich der Behandlung von Interessenkonflikten zu ermitteln sind. Im Umgang mit Interessenkonflikten sind gewisse Tendenzen erkennbar,⁵ doch besteht auch wegen des nur sehr spärlichen Normmaterials kein belastbarer, klarer und praxistauglicher Konsens betreffend die zu ergreifenden Maßnahmen in Reaktion auf Interessenkonflikte und ihre Voraussetzungen. Schließlich wirkt die Adressierung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat in unterschiedlichen Zusammenhängen nicht kohärent und lässt einen ganzheitlichen Ansatz vermissen. Übereinstimmend werden in der Literatur das Fehlen eines „vollends stimmige[n] Gesamtkonzept[s]“ bei der Reaktion auf Interessenkonflikte⁶ und die lückenhafte Dogmatik bzw. Terminologie angemerkt: So findet sich die These, dass „die Konfliktdogmatik in der Gesamtschau aller Regelungsfelder [nicht mehr] stringent und in sich geschlossen ist“⁷. An anderer Stelle heißt es in Bezug auf Interessenkonflikte (und die „Unabhängigkeit“ von Aufsichtsratsmitgliedern), „dass die praktische Bedeutung der relevanten Fragen in einem auffälligen Missverhältnis zu ihrer dogmatischen Durchdringung steht“⁸. Noch grundlegender ist das Verdikt, einen einheitlichen Begriff des Interessenkonflikts gebe es nicht⁹.

Zu untersuchen ist, wie *de lege lata* mit Interessenkonflikten von Aufsichtsratsmitgliedern verfahren wird und werden muss. Es soll insofern ein schlüssiges System herausgearbeitet und entwickelt werden, das in erster Linie die zu ergreifenden Maßnahmen im Fall eines bestehenden Interessenkonflikts im Aufsichtsrat umfasst, des Weiteren aber auch die Rechtsfolgenseite berücksichtigt und alledem vorgelegerte, durch Interessenkonflikte bedingte Anforderungen und Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Auswahl und der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern mit einbezieht. In Wechselwirkung dazu muss hiermit angesichts des Status quo der Diskussion eine

⁴ Siehe monografisch Krebs, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten, *passim*; des Weiteren Berner, Offenlegung von Interessenkonflikten, *passim*; Matthießen, Stimmrecht, *passim*; Wardenbach, Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde, *passim*; daneben Seibt, in: FS Hopt, 2010, Bd. 1, S. 1363, *passim*.

⁵ Vgl. dem Grunde nach überstimmend, jedoch noch weitergehend Koch, ZGR 2014, 697, 698 f. („recht umfassende Dogmatik des Interessenkonflikts“ vorhanden).

⁶ Siehe T. Meyer, Der unabhängige Finanzexperte, S. 128.

⁷ Koch, ZGR 2014, 697, 700.

⁸ Löbbecke/Reichert, ZGR 2014, 693, 694.

⁹ Koch, ZGR 2014, 697, 706 und 730. Nach Martinek, WRP 2008, 51, 54, wird „[d]ie Grenzziehung zwischen tolerablen und sanktionsbedürftigen Interessenkonflikten [...] unterschiedlich vorgenommen [und] eine ausdifferenzierte und allgemein konsentierte Dogmatik hierzu hat sich noch nicht ausgeformt“, wobei sich letztere ihm zufolge „doch allmählich anzubahnen“ scheinen soll.