

## § 1 Einführung

„Unfassbar, das geht einfach nicht“, befindet *Marc Tüngler*, Hauptgeschäftsführer der DSW (Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.)<sup>1</sup>, 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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-

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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 vielgestaltig 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, Erfahrungheit und Standhaftigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern solche Situationen, in denen das zugunsten der Gesellschaftsbelange angezeigte Verhalten im Rahmen der Aufsichtsrats Tätigkeit 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.<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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 Interessenkonflikte<sup>6</sup> 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“<sup>7</sup>. 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“<sup>8</sup>. Noch grundlegender ist das Verdikt, einen einheitlichen Begriff des Interessenkonflikts gebe es nicht<sup>9</sup>.

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 Rechtsfolgen- seite berücksichtigt und alledem vorgelagerte, 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

---

<sup>4</sup> 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*.

<sup>5</sup> Vgl. dem Grunde nach übereinstimmend, jedoch noch weitergehend *Koch*, ZGR 2014, 697, 698 f. („recht umfassende Dogmatik des Interessenkonflikts“ vorhanden).

<sup>6</sup> Siehe *T. Meyer*, Der unabhängige Finanzexperte, S. 128.

<sup>7</sup> *Koch*, ZGR 2014, 697, 700.

<sup>8</sup> *Löbbel/Reichert*, ZGR 2014, 693, 694.

<sup>9</sup> *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 konsentrierte Dogmatik hierzu hat sich noch nicht ausgeformt“, wobei sich letztere ihm zufolge „doch allmählich anzubahnen“ scheinen soll.