

# Deutscher Corporate Governance Kodex

Kodex-Kommentar

Bearbeitet von

Von Dr. Thomas Kremer, Rechtsanwalt, Dr. jur. Gregor Bachmann, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Axel Werder, Mitbegründet und von der 1.-5. Auflage mitbearbeitet von Dr. Henrik-Michael Ringleb, Rechtsanwalt und Chefjustiziar i.R.

7. Auflage 2018. Buch. LVIII, 524 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71744 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Bisher nicht im Gesetz besonders aufgeführt ist die sog. **Compliance**.<sup>49</sup> Ihre praktische Bedeutung ist nach den Ereignissen bei Siemens gar nicht hoch genug einzuschätzen. Definiert ist der Begriff Compliance in Ziff. 4.1.3; auf die dortigen Erläuterungen wird verwiesen (→ Rn. 811 ff.). 535

Dass etwaige und vor allem negative Abweichungen zu begründen sind, versteht sich nahezu von selbst, ist jetzt aber auch in § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG ausdrücklich gesagt.<sup>50</sup> 536

## 7. Textform

Das Gesetz bestimmt in § 90 Abs. 4 und 5 AktG und der Kodex wiederholt es, dass alle Berichte in der Regel in Textform (§ 126b BGB), also – unförmlich gesprochen – schriftlich (E-Mail, Fax) zu erstatten sind.<sup>51</sup> Die Regel gilt nur dann nicht, wenn bestimmte Entwicklungen so zeitnah bei der betreffenden Aufsichtsratsitzung liegen, dass eine Information in Textform praktisch nicht mehr möglich ist. 537

Die Regel kann auch dann zugunsten einer nur mündlichen Information in der Sitzung durchbrochen werden, wenn die Vertraulichkeit der Information ungewöhnlich stark gesichert werden muss.<sup>52</sup> 538

## 8. Zeitpunkt der Information

Information ist nur sinnvoll, wenn sie auch bedacht, verarbeitet und analysiert werden kann. Abs. 3 Satz 2 von Ziff. 3.4 wiederholt daher nur eine – leider oft missachtete – Selbstverständlichkeit, dass nämlich die Berichte und Unterlagen den Aufsichtsratsmitgliedern in der Regel<sup>53</sup> rechtzeitig vor der Sitzung vorliegen müssen.<sup>54</sup> Geschieht das nicht und ist kein zwingender Grund vorhanden, so kann jedes Aufsichtsratsmitglied Vertagung in der Sitzung verlangen! 539

## 9. Information von Dritten

Im System der §§ 90, 111 AktG nicht angesprochen ist der Fall, dass ein **Aufsichtsratsmitglied informell vom Vorstand** oder **von dritter Seite** Informationen erhält, die den Überwachungsbereich (Legalität, Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit) betreffen. Hier hat das Landgericht Bielefeld im Balsam-Fall<sup>55</sup> deutlich und zutreffend gesagt, dass solche Informationen mindestens an den Aufsichtsratsvorsitzenden weitergegeben und von dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied im Auge behalten werden müssen, also mit in seiner Verantwortung bleiben. Eine Unterscheidung in „offiziell“ erlangtes und „sonstiges“ Wissen 540

<sup>49</sup> Vgl. dazu vor allem *Hauschka/Moosmayer/Lösler* (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, passim; *Kremer/Klahold* in *Krieger/Schneider HdB Managerhaftung* 613 ff. sowie speziell zur Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für *Corporate Compliance M. Winter* FS Hüffer, 2010, 1103.

<sup>50</sup> Ein solches „Follow-up“ (Soll-Ist-Vergleich) betrifft nur grundsätzliche Fragen der Geschäftspolitik und wesentliche Zielprojektionen, nicht alle jemals in Aufsichtsratsvorlagen oder mündlichen Erklärungen vorgestellten Planungen; vgl. *Baums* Bericht Rn. 24. Die gesetzliche Regelung ist gegenüber einer Empfehlung im Kodex vorzuzugwürdig, da Flexibilität in diesem Punkt nicht erforderlich ist. Zudem muss eine solche „Follow-up“-Berichterstattung auch in nichtbörsennotierten Gesellschaften erfolgen. Der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins kritisierte die gesetzliche Regelung dagegen als „Überregulierung“.

<sup>51</sup> „Aushändigung“ wurde durch „Zuleitung“ ersetzt, um moderne Kommunikationstechnologien nicht auszuschließen. Die Zuleitung soll gewährleisten, dass sich Aufsichtsratsmitglieder anhand der Berichte auf die Sitzungen vorbereiten können. Des Weiteren stellen die Berichte eine wichtige Informationsquelle für den Abschlussprüfer dar. Vgl. *Baums* Bericht Rn. 26.

<sup>52</sup> So auch *Johannsen-Roth* in *Wilsing* Ziff. 3.4 Rn. 19. Für § 90 AktG ebenso etwa *Krieger/Sailer-Cocconi* in *Schmidt/Lutter* AktG § 90 Rn. 58; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG § 90 Rn. 49.

<sup>53</sup> In Ausnahmefällen müssen Beschlüsse gefasst werden können, deren Notwendigkeit sich erst in oder so spät vor der Sitzung herausstellt, dass sie nicht mehr angekündigt werden können, die aber im Unternehmensinteresse auch nicht mehr verschiebbar sind; vgl. *Baums* Bericht Rn. 28.

<sup>54</sup> Bedenken hiergegen, da die gebotene Vertraulichkeit nicht gewahrt werden könne, sind aufgrund der strafrechtlich und durch Schadensersatzansprüche sanktionierten Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nicht überzeugend (vgl. insbes. § 116 Satz 2 AktG und Ziff. 3.5).

<sup>55</sup> LG Bielefeld BB 1999, 2630 = ZIP 2000, 20 mAnm *Westermann*.

gibt es also nicht.<sup>56</sup> Entscheidend ist allein die Frage, ob die Information den Überwachungsbereich des Aufsichtsrats betrifft oder nicht.

- 3.5 Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie in Vorstand und Aufsichtsrat voraus. Die umfassende Wahrung der Vertraulichkeit ist dafür von entscheidender Bedeutung.  
Alle Organmitglieder stellen sicher, dass die von ihnen zur Unterstützung einbezogenen Mitarbeiter die Verschwiegenheitspflicht in gleicher Weise einhalten.**

## V. Diskussion und Vertraulichkeit (Ziff. 3.5 Abs. 1)

### 1. Bedeutung der Diskussionskultur

- 541 Mit der Diskussionskultur in und zwischen den Führungsorganen spricht der Kodex einen Governanceaspekt an, der weder gesetzlich geregelt noch von der Baums-Kommission eingehender<sup>57</sup> erörtert worden ist. Offene Sachdiskussionen im Vorstand und Aufsichtsrat sowie zwischen beiden Gremien stellen gleichwohl einen der entscheidenden Faktoren guter Corporate Governance dar.<sup>58</sup> Ihre überragende Bedeutung für die Führungseffizienz liegt darin begründet, dass die Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat nur dann wohlfundiert erfüllt werden können, wenn sich die Organmitglieder engagiert mit den jeweils anstehenden Leitungs- und Überwachungsfragen auseinandersetzen. Die aktive Teilnahme aller Führungspersonen an den vorgesehenen Informations- und Entscheidungsprozessen in und zwischen den Organen ist daher essentiell für das Funktionieren der Corporate Governance. Nur durch offene und unvoreingenommene Sachdiskussionen, in denen die zu lösenden Managementprobleme ausführlich und ausgewogen erörtert werden, kann die vorhandene Expertise der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auch tatsächlich ausgeschöpft werden.<sup>59</sup> Die Güte der Diskussionskultur im Sinne eines konstruktiven Ringens um die jeweils beste Problemlösung durch Austausch von Argument und Gegenargument entscheidet somit letztlich darüber, inwieweit formale Governancebestimmungen (aus Gesetz und Kodex), welche die Kommunikations- und Entscheidungsaufgaben der Unternehmensführung regeln, effektiv mit Leben gefüllt werden.

### 2. Barrieren offener Sachdiskussionen

- 542 Die unzureichende Offenheit der Diskussionen vor allem im Aufsichtsrat sowie zwischen Aufsichtsrat und Vorstand wird vielfach als ein wesentliches Defizit der praktizierten Corporate Governance angesehen.<sup>60</sup> Dieses Manko ist zum Teil auf allgemeine gruppenpsychologische Mechanismen zurückzuführen, die in Gremien das Aufwerfen kritischer Fragen erschweren oder gar verhindern können. Zu denken ist beispielsweise an die bekannten

<sup>56</sup> Insofern unzut. *Emde* DB 1999, 1487.

<sup>57</sup> Vgl. *Baums* Bericht Rn. 49.

<sup>58</sup> Zur Diskussionskultur als wichtigem Erfolgsfaktor des Aufsichtsrats aus Sicht der Praxis v. *Werder* DB 2017, 977 (981 f.).

<sup>59</sup> Vgl. hierzu auch *Bernhardt/v. Werder* ZfB 2000, 1275; *Peltzer/v. Werder* AG 2001, 5 f.; ferner auch *Frenk* AG 1995, 213 f.; *Amason* Academy of Management Journal 1996, 124; *Amason/Sapienza* Journal of Management 1997, 511 f.; *Simons/Pelled/Smith* Academy of Management Journal 1999, 663 f., 670.

<sup>60</sup> So etwa der damalige Vorsitzende der Kodexkommission, *Cromme* Kreditwesen, 2002, 503. Vgl. ferner auch *Scheffler* ZGR 1993, 72; *Bernhardt* ZfB 1994, 1347; *Bernhardt* ZHR 1995, 312; *Hoffmann-Becking* FS Havermann, 1995, 241; *Lambsdorff* in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 227; *Breuer* in Hopt et al. CG 539; *Theisen* in Hopt et al. CG 261; *Theisen* in Dörner et al. Reform 435 f.; *Schilling* Corporate Governance – An International Review 2001, 149; *Barst/Halmer* in Fuhrmann/Linnerz/Pohlmann Ziff. 3 Rn. 105 f. Ganz in diesem Sinne allg. auch mit Hinweis auf das Problem des *groupthink* und die hierauf abzielenden Maßnahmen des Europäischen Aktionsplans Corporate Governance „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“, COM(2012), 740 final, 6.

Phänomene des „Groupthink“<sup>61</sup> und der „Undiscussability“.<sup>62</sup> Sie können – unter anderem aus Interessen- oder auch Loyalitätserwägungen – leicht die (vor-)schnelle Herausbildung einer (oft vom Vorsitzenden des Gremiums geprägten) Gruppenmeinung bewirken und die Artikulation diesbezüglicher Bedenken einzelner Gremienmitglieder tabuisieren.<sup>63</sup> Schon aus diesen Gründen bedarf die Etablierung und Pflege einer offenen Diskussionskultur im Vorstand und Aufsichtsrat sowie zwischen beiden Organen besonderer Anstrengungen. Hinzu kommen strukturell bedingte Diskussionsbarrieren, die in der geltenden deutschen Unternehmensverfassung angelegt sind. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang namentlich zum einen die übliche Größe der Aufsichtsräte. Da mit wachsender Zahl der Gruppenmitglieder die Möglichkeiten eines intensiven Meinungsaustausches sinken und zugleich die Wahrung der Vertraulichkeit der Diskussion problematischer wird, verhindern Sitzungen mit 30 und mehr Personen<sup>64</sup> nahezu zwangsläufig eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit den anstehenden Sachfragen.<sup>65</sup> Zum anderen wird häufig die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat als Hemmnis offener Diskussionen angeführt.<sup>66</sup> Sie erschwert der Anteilseigner-Seite im Aufsichtsrat die konsequente konstruktiv-kritische Hinterfragung des Vorstandshandelns, da und soweit sie hierdurch eine Untergrabung der Autorität des Vorstands vor den Augen der Arbeitnehmer-Vertreter befürchtet.<sup>67</sup>

### 3. Förderung der Diskussionskultur

In Anbetracht der großen Bedeutung und Barrieren offener Sachdiskussionen beschränkt sich der Kodex nicht nur darauf, mit Satz 1 der Ziff. 3.5 die Wichtigkeit dieses zentralen Erfolgsfaktors guter Unternehmensführung zu unterstreichen. Vielmehr finden sich an verschiedenen Stellen des Kodex weitere Bestimmungen, welche die Verbesserung der Diskussionskultur zum Ziel haben. Hierzu zählt zunächst der Hinweis auf die Wahrung der Vertraulichkeit als unabdingbare Voraussetzung offener Diskussionen. Das Vertraulichkeitsgebot ist ganz bewusst direkt im Folgesatz der Ziff. 3.5 platziert worden, um den unauflöselichen Zusammenhang von Offenheit und Vertraulichkeit der Verhandlungen in und zwischen den Gremien zum Ausdruck zu bringen (zum Vertraulichkeitsgebot → Rn. 544 ff.). Der Förderung der Diskussion sollen ferner institutionelle Vorschläge dienen. So wird dem Aufsichtsrat die Bildung von Ausschüssen empfohlen, die schon aufgrund ihrer geringen Größe im Vergleich zum Gesamtorgan intensivere Auseinandersetzungen mit komplexen Themen erlauben (Ziff. 5.3; → Rn. 1276 ff.). Daneben findet sich der Hinweis auf die Option, dass in mitbestimmten Aufsichtsräten die Vertreter der Aktionäre und der Arbeitnehmer die Aufsichtsratssitzungen jeweils gesondert (und ggf. mit Mitgliedern des Vorstands) vorbereiten (Ziff. 3.6 Abs. 1; → Rn. 565 ff.). Mit Hilfe dieser sog. getrennten Vorbesprechungen soll den Diskussionsbarrieren begegnet werden, die aus möglichen Frontstellungen im paritätisch besetzten Gesamtorgan resultieren können (→ Rn. 542, 568). Auf eine Belebung der Diskussionen im (Gesamt-)Aufsichtsrat zielt ferner die Empfehlung ab, bei Bedarf

<sup>61</sup> Janis Victims; s. auch Aktionsplan der EU, Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, COM(2012), 740 final, 6.

<sup>62</sup> Argyris Strategy 6, 17 und passim; Lorsch ZfbF 1996, Sonderheft 36, 210 f.

<sup>63</sup> Näher v. Werder Führungsorganisation 215 f.; Watzka AR 2009, 106 f.; Grundel/Graumann in Grundel/Zaumseil AR im System der Corporate Governance 298 f.

<sup>64</sup> Bei 20-köpfigem Aufsichtsrat, anwesendem 10-köpfigem Vorstand und eventuellen weiteren hinzugezogenen Experten.

<sup>65</sup> So auch Lutter AG 1994, 176; Lutter ZHR 1995, 297; Dörner/Oser DB 1995, 1087; Claussen AG 1996, 485 f.; Claussen DB 1998, 182 f.; Dreher in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 44; Lambsdorff in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 226; Breuer in Hopt et al. CG 539; Theisen in Hopt et al. CG 261; Theisen in Dörner et al. Reform 435 f.; Süner AG 2000, 496.

<sup>66</sup> Vgl. zB Lutter AG 1994, 176 f.; Baums ZIP 1995, 14; Lutter ZHR 1995, 297; Lambsdorff in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 227; Coenenberg/Reinhart/Schmitz DB 1997, 992; Schilling CG – An International Review 2001, 149 f.

<sup>67</sup> So Scheffler ZGR 1993, 72; Lutter AG 1994, 176 f.; Hoffmann-Becking FS Havermann, 1995, 241; Lambsdorff in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 226 f.

ohne den Vorstand zu tagen (Ziff. 3.6 Abs. 2; → Rn. 573). Solche Klausursitzungen des Aufsichtsrats können die diskussionshinderlichen Effekte des „Groupthink“ und der „Undiscussability“ (→ Rn. 542 mN) abmildern, da und soweit über Leitungsmaßnahmen ohne Gegenwart des Vorstands freier gesprochen werden kann. Nicht zuletzt ist schließlich auch die Kodexempfehlung an den Aufsichtsrat zu nennen, die Effizienz seiner Tätigkeit regelmäßig zu überprüfen (Ziff. 5.6; → Rn. 1493 ff.). Angesichts der großen Bedeutung einer engagierten Teilnahme aller Aufsichtsratsmitglieder an den organinternen wie organübergreifenden Erörterungen für die Überwachungseffizienz (→ Rn. 541 ff.) bildet der jeweilige Stand der Diskussionskultur einen wichtigen Prüfpunkt dieser Evaluation. Sofern die diesbezüglichen Evaluationsergebnisse unbefriedigend ausfallen, ergibt sich für den Aufsichtsrat und namentlich seinen Vorsitzenden ein entsprechender Handlungsbedarf.

## VI. Verschwiegenheitspflicht, inklusive eingeschalteter Mitarbeiter (Ziff. 3.5 Abs. 2)

### 1. Ziel

- 544 Die Regelung in Ziff. 3.5 Abs. 1 Satz 2 ist ungewöhnlich wortkarg und gibt im Grunde nur eine Teilbegründung für die sehr strenge Regelung des Gesetzes wieder, die lautet:
- § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG für den Vorstand: „Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.“
  - § 116 AktG für den Aufsichtsrat: „Für die Sorgfaltpflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 mit Ausnahme des Absatzes 2 Satz 3 über die Sorgfaltpflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet. Sie sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen (§ 87 Abs. 1).“
- 545 In Wirklichkeit geht es hier bei Geheimhaltung und Vertraulichkeit um ein zentrales Kapitel deutscher Corporate Governance, nämlich um die **Wahrung und Sicherung der Interessen der Gesellschaft und des Konzerns** vor allen Partikularinteressen einzelner Organmitglieder – von schlicht krimineller Verwertung ihrer Betriebsgeheimnisse ganz zu schweigen.

### 2. Geheimnis

- 546 Das Geheimnis setzt zweierlei voraus: (1.) eine relativ unbekannte Tatsache (inklusive Meinungsäußerungen!), (2.) deren Geheimhaltung im objektiven Interesse der Gesellschaft liegt.<sup>68</sup> Völlig unbekannt kann die Tatsache nicht sein, sonst wüsste niemand von ihr; es genügt also die relative, auf wenige Menschen beschränkte Unbekanntheit. Andererseits darf die Tatsache weder allgemein bekannt noch durch Recherche aus öffentlich zugänglichen Quellen ohne besonderen Aufwand leicht zu erfahren sein. Das objektive Interesse der Gesellschaft manifestiert sich am ehesten in der Gefahr eines anderweitig drohenden Schadens, wobei dieser auch immateriellen Charakter haben kann, also etwa bei einem Ansehensverlust anzunehmen ist.<sup>69</sup> Andererseits: Da es um ein Gebot zum Schutz der Gesellschaft geht, entfällt es naturgemäß, wenn diese – objektiv betrachtet – an der Geheimhaltung kein Interesse (mehr) hat.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Einzelheiten bei *Lutter* Information und Vertraulichkeit Rn. 408 ff.; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 30. Vgl. auch mit aA bezüglich des Erfordernisses eines objektiven Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283.

<sup>69</sup> *Lutter/Krieger/Vorse* Rechte und Pflichten Rn. 260; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283; *Spindler* in *MüKoAktG* § 93 Rn. 117.

<sup>70</sup> Zum Ganzen *Lutter* Information und Vertraulichkeit Rn. 408 ff.; zuständig für den Verzicht auf Geheimhaltung ist nur der Vorstand; vgl. auch *Drygala* in *Schmidt/Lutter* AktG § 116 Rn. 31.

### 3. Vertrauliche Angaben

Vertrauliche Angaben sind ebenfalls **objektiv** zu verstehen. Da sie nicht Geheimnisse sind, 547 kann es sich auch nicht um unbekannte Tatsachen handeln; entscheidend ist hier das objektive Interesse der Gesellschaft daran, dass die Information vertraulich behandelt wird.<sup>71</sup> Das gilt insbesondere dort, wo die Gesellschaft etwa einem Dritten Vertraulichkeit zugesagt hat.<sup>72</sup>

### 4. Vertrauensvolle Zusammenarbeit

Es ist evident, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Auf- 548 sichtsrat und im Aufsichtsrat selbst ausgeschlossen ist, wenn die Mitglieder ihre Anträge, Begründungen, Diskussionsbeiträge und ihr Abstimmungsverhalten am nächsten Tag in der Zeitung wiederfinden.<sup>73</sup> Das Gelingen einer verbesserten deutschen Corporate Governance hängt also ganz maßgeblich davon ab, dass die Vertraulichkeit und vor allem der wechselseitige Verlass auf sie wiederhergestellt werden.<sup>74</sup> Gelingt das nicht, sind wesentliche Ziele einer Verbesserung der deutschen Corporate Governance a priori gescheitert.

### 5. Vorstand und Aufsichtsrat

Das Gebot zur Verschwiegenheit gilt für die Mitglieder des Vorstands ebenso wie für die 549 des Aufsichtsrats.<sup>75</sup> Das wird in Bezug auf den Vorstand als problemlos und selbstverständlich angesehen, ist es aber keineswegs, wie man seit dem Wechsel eines Vorstandsmitglieds von Opel zu VW weiß. Auch für den Vorstand gilt allgemein und speziell: Die Interessen und der Schutz der Gesellschaft und des Konzerns haben unabdingbar Vorrang vor allen persönlichen Ambitionen.<sup>76</sup> Für die Mitglieder des Aufsichtsrats liegen die Dinge persönlich schwieriger, weil die Aufsichtsratsmitglieder gewählt werden und damit häufig in Abhängigkeits- und Loyalitätskonflikte zu ihren Wählern geraten. Das Gesetz macht mit § 394 AktG deutlich, dass mit Ausnahme der Aufsichtsräte der öffentlichen Hand, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft gewählt oder von einer solchen entsandt worden sind,<sup>77</sup> dieser Konflikt kompromisslos zugunsten der Gesellschaft und ihres Unternehmens gelöst werden muss.<sup>78</sup> Das bestätigt auch ebenso nachdrücklich die Rechtsprechung.<sup>79</sup>

<sup>71</sup> Vgl. *Johannsen-Roth* in *Wilsing* Ziff. 3.5 Rn. 17; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 30; *Spindler* in *MüKoAktG* § 93 Rn. 120.

<sup>72</sup> *Lutter* Information und Vertraulichkeit Rn. 451 ff.; *Spindler* in *MüKoAktG* § 93 Rn. 120; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 30; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 287; *Mertens/Cahn* *Kölner KommAktG* § 93 Rn. 113.

<sup>73</sup> Wer freiwillig ein Amt übernimmt, kann sich gegenüber dem Gebot der Amtsverschwiegenheit nicht auf die subjektiv-eigene Meinungsfreiheit berufen, *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 257, 258; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 116 Rn. 227; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 43; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 59. Vgl. auch *Säcker* NJW 1986, 803 (804); § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG ist ein einschränkendes Gesetz iSd Art. 5 Abs. 2 GG.

<sup>74</sup> *Oetker* in *Hommelhoff* HdB 296 ff.

<sup>75</sup> Zur geschichtlichen Entwicklung des Schutzes von Geheimnissen und vertraulichen Angaben im Aktienrecht s. v. *Stebut* Geheimnischutz 81 ff.

<sup>76</sup> BGH NJW 1980, 1629 (1630) für ein Aufsichtsratsmitglied; *Ulmer* NJW 1980, 1603 ff. Vgl. auch *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 307; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 93 Rn. 121; *Spindler* in *MüKoAktG* § 93 Rn. 133; *Spindler* in *Spindler/Stilz* AktG § 116 Rn. 116 sowie v. *Stebut* Geheimnischutz 81 ff., die ausnahmsweise eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht wegen Unzumutbarkeit annehmen, wenn der Verpflichtete nur durch Offenlegung des Geheimnisses eigene Interessen gegenüber dem Anvertrauenden durchsetzen kann. Dies sei etwa der Fall, wenn bei einer anstehenden Abberufung eines Vorstandsmitglieds durch Offenlegung eines Geheimnisses der Pflichtwidrigkeitsvorwurf entkräftet werden soll. Es entspreche dem allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz, dass die Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen sei.

<sup>77</sup> Vgl. zu dieser Ausnahme *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 1430 ff.; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 57; *Spindler* in *Spindler/Stilz* AktG § 116 Rn. 85; *Spindler* ZIP 2011, 689 (690 ff.).

<sup>78</sup> *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 265 ff.; *Lutter* Information und Vertraulichkeit Rn. 582 ff. Nach *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 59 erfährt auch die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds eine „sehr enge“ Ausnahme unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit.

<sup>79</sup> BGH NJW 1980, 1629; BAG ZIP 2009, 2018; OLG Stuttgart NZG 2007, 72; OLG Hamburg AG 1990, 218 = NJW-RR 1990, 673.

550 Aufsichtsräte sind also nicht berechtigt, ihre „Auftraggeber“ (Großaktionär, institutionelle Anleger, Gewerkschaft, Betriebsrat) über die Beratung des Aufsichtsrats und ihre Ergebnisse zu informieren.<sup>80</sup> Das gilt erst recht für Informationen, die gezielt zur „Stimmungsmache“ etwa vor einer Betriebsversammlung oder der Presse gegenüber gemacht werden.<sup>81</sup> All das ist iSd §§ 93, 116 AktG **pflichtwidrig** und führt zu **persönlichen Schadensersatzpflichten**.

### 6. Bayer-Entscheidung des BGH

- 551 Der BGH hat in der unglücklichen „Bayer“-Entscheidung von 1975<sup>82</sup> befunden, jedes Aufsichtsratsmitglied müsse autonom und selbstverantwortlich, dh **mit vollem persönlichen Risiko(!)** entscheiden, ob ein Geheimnis oder eine vertrauliche Angelegenheit vorliegt.<sup>83</sup>
- 552 Daher sind insoweit gewisse Fixpunkte von Bedeutung:
- Zum Schutze der Betroffenen unterliegen alle Personalsachen einer **strikten Vertraulichkeit**, soweit sie im Aufsichtsrat erörtert werden.<sup>84</sup>
  - Zur Sicherung einer „offenen Diskussion“, aber schon ganz einfach zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats überhaupt unterliegen alle Stellungnahmen und alle Wortbeiträge von Aufsichtsratsmitgliedern ebenfalls der **strikten Vertraulichkeit**. Das gilt auch für das eigene (näher → Rn. 637) Abstimmungsverhalten und das der anderen Aufsichtsratsmitglieder.<sup>85</sup>
  - Im Zweifel vertraulich zu behandeln sind alle Gegenstände, die der Vorstand als vertraulich bezeichnet hat.<sup>86</sup> Das ist, wie der BGH festgestellt hat,<sup>87</sup> nicht verbindlich, hat aber eine hohe Wahrscheinlichkeit für sich.<sup>88</sup>
  - Im Zweifel vertraulich sind aber auch **bestimmte Kenndaten** der Gesellschaft und des Konzerns, wie zB der Umsatz pro Verkaufsfläche, der Cashflow oder der Return on Investment.<sup>89</sup>

<sup>80</sup> BAG ZIP 2009; 2018; OLG Stuttgart NZG 2007, 72, jeweils zur Verschwiegenheitspflicht von Arbeitnehmersvertretern im Aufsichtsrat, die zugleich Mitglied des Betriebsrats sind, gegenüber dem Betriebsrat. Vgl. aus der Lit. nur *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 116 Rn. 219 ff.; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 60 f.; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 39; *Spindler* in *Spindler/Stilz AktG* § 116 Rn. 84.

<sup>81</sup> Dazu *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 268.

<sup>82</sup> BGHZ 64, 325 (331) = NJW 1975, 1412.

<sup>83</sup> OLG Stuttgart NZG 2007, 72 (74); *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 53; *Hüfner/Koch* AktG § 116 Rn. 11; *Spindler* in *Spindler/Stilz AktG* § 116 Rn. 107; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 116 Rn. 242; aA *Mertens AG* 1975, 235; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 50: „unternehmerischer Beurteilungsspielraum“.

<sup>84</sup> *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 48.

<sup>85</sup> *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 265 ff.; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 54; *Drygala* in *Schmidt/Lutter AktG* § 116 Rn. 35; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 53 f.; *Spindler* in *Spindler/Stilz AktG* § 116 Rn. 112; *Säcker* NJW 1986, 803 (806 ff.) mwN: Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist als „Magna Charta“ der Aufsichtsratsstätigkeit anzusehen; eine unbefangene Meinungsäußerung und -bildung sind für eine sachgerechte Tätigkeit des Aufsichtsrates unerlässlich.

<sup>86</sup> S. auch *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 261; *Johannsen-Roth* in *Wilsing Ziff.* 3.5 Rn. 16; *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG* § 93 Rn. 165; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283; *Drygala* in *Schmidt/Lutter AktG* § 116 Rn. 30; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 52; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 47.

<sup>87</sup> BGHZ 64, 325 (329) = NJW 1975, 1412: „wichtiger Hinweis“.

<sup>88</sup> Das deutet auch die Begr. des RegE des TransPuG an: „Das Gesetz ändert nichts daran, dass die Geheimhaltungsbedürftigkeit einer Tatsache keiner subjektiven Einstufung unterliegt, sondern objektiv zu bewerten ist. Wenn allerdings die Quelle der Information (sei es der Vorstand oder der Aufsichtsrat selbst) diese ausdrücklich als vertraulich bezeichnet, so besteht jedenfalls eine Vermutung, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht.“, BT-Drs. 14/8769, 18.

<sup>89</sup> Näher *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 269 ff.; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 283 und § 116 Rn. 249; *Drygala* in *Schmidt/Lutter AktG* § 116 Rn. 36; *Mertens/Cahn* in *Kölner KommAktG* § 116 Rn. 48. Vgl. auch *Hopt/Roth* Rn. 283: Die Geheimhaltungspflicht erstreckt sich auch auf Tatsachen, deren Offenbarung nur immaterielle Schäden der Gesellschaft, etwa Ansehensverlust oder Minderung des Goodwill, zur Folge haben kann. AA v. *Stebut* Geheimnischutz 52, der bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur ein vermögenswertes Interesse als Geheimhaltungsinteresse anerkennt will. Er weist allerdings darauf hin, dass es kaum vorstellbar sei, dass die Aktiengesellschaft in ihrem wirtschaftlichen Aufgabenbereich einen immateriellen Schaden erleidet, durch den ihr nicht mindestens gleichzeitig ein Vermögensnachteil entsteht.

## 7. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Wie schon erwähnt (→ Rn. 549) befreien die §§ 394, 395 AktG Aufsichtsräte, die auf 553  
Veranlassung einer Gebietskörperschaft (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) in  
den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, im Verhältnis zu ihrem Vorgesetzten  
(Minister, Bürgermeister) von der Verschwiegenheitspflicht. Diese geht dann aber auf den  
Repräsentanten/Vorgesetzten über.

Die **Befreiung gilt nicht** gegenüber Gremien wie dem Bundestag, Landtag oder Stadt- 554  
rat. Sie dürfen weder vom Aufsichtsratsmitglied selbst noch von dem Repräsentanten über  
Geheimnisse und vertrauliche Angaben informiert werden.<sup>90</sup>

Darüber hinaus haben bestimmte Behörden wie insbesondere die BaFin und das Statistische 555  
Bundesamt Ansprüche auf Informationen, die auch Geheimnisse der Gesellschaft  
betreffen können. Doch geht dann das Vertraulichkeitsgebot auf sie über.

Dasselbe gilt schließlich bei der Einholung von sachlichem Rat. Anwälte, Steuerberater, 556  
Wirtschaftsprüfer dürfen, soweit erforderlich, über Geheimnisse und vertrauliche Angaben  
informiert werden. Doch geht dann das Vertraulichkeitsgebot auf sie über.<sup>91</sup>

## 8. Vertraulichkeitsrichtlinie

Will ein Aufsichtsratsmitglied sich an die Vertraulichkeit nicht halten oder hält es diese 557  
für nicht gegeben, so geht es ein hohes persönliches Risiko der Pflichtwidrigkeit und der  
Schadensersatzpflicht ein, wenn es nicht zuvor Rat beim Aufsichtsratsvorsitzenden, beim  
Gesamtaufichtsrat oder schließlich bei einem außenstehenden Sachverständigen sucht.<sup>92</sup>  
Schon aus diesen Gründen empfiehlt sich eine Vertraulichkeitsrichtlinie in der Gesellschaft,  
die das Procedere in solchen Fällen festlegt.<sup>93</sup>

## 9. Folgen der Verletzung der Verpflichtung zu Vertraulichkeit

Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Pflicht zu Geheimhaltung und Vertraulichkeit in 558  
einer Weise, die eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihm in der Zukunft ausschließt,  
so ist das ein wichtiger Grund zu seiner Abberufung<sup>94</sup> und zur fristlosen Kündigung seines  
Anstellungsvertrages.<sup>95</sup>

Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied diese Pflicht, kann es aufgrund eines Beschlusses des 559  
Aufsichtsrats (wobei das betroffene Aufsichtsratsmitglied nicht stimmberechtigt ist) mit einfacher  
Mehrheit (§ 103 Abs. 3 Satz 2 AktG) und auf Antrag beim örtlich zuständigen Gericht  
von diesem abberufen werden (§ 103 Abs. 3 Satz 1 AktG).<sup>96</sup> Das ist in der Vergangenheit  
durchaus geschehen<sup>97</sup> und könnte in der Zukunft noch vermehrt vorkommen.

## 10. Persönliche Haftung

Entsteht der Gesellschaft aus solchen Pflichtverletzungen ein Schaden, so haftet das 560  
pflichtwidrig handelnde Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied fraglos persönlich auf den  
Ersatz dieses Schadens (§§ 93 Abs. 2 und 3, 116 AktG).

<sup>90</sup> Zum Ganzen *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 1430 ff. mZN.

<sup>91</sup> Vgl. erneut *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 298 ff. mN; sowie bezüglich der Einschaltung  
von Mitarbeitern → Rn. 563 f.

<sup>92</sup> Vgl. schon BGHZ 64, 325 = NJW 1975, 1412. Vgl. auch *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten  
Rn. 287; *Lutter* Information und Vertraulichkeit Rn. 521; *Mertens/Cahn* in *Köln*er KommAktG § 93 Rn. 115;  
*Spindler* in *MüKoAktG* § 93 Rn. 121, 142, jeweils für Vorstandsmitglieder.

<sup>93</sup> Dazu *Lutter* Information und Vertraulichkeit 307 ff.; vgl. auch *Drygala* in *Schmidt/Lutter* AktG § 116  
Rn. 29; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 65; *Spindler* in *Spindler/Stilz* AktG § 116 Rn. 107.

<sup>94</sup> Vgl. *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 324; *Krieger/Sailer-Cocconi* in *Schmidt/Lutter* AktG § 93  
Rn. 29; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 35; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG § 93 Rn. 172; *Säcker* NJW 1986,  
803 (810). Auf der anderen Seite sind die Vorstandsmitglieder den Aufsichtsratsmitgliedern „zu unbedingter  
Offenheit“ verpflichtet. Eine Pflichtverletzung hier stellt ebenfalls einen Grund dar, der zur Entziehung des  
Vertrauens und zur Abberufung aus dem Vorstandsamt berechtigt, BGHZ 20, 239 (246) = NJW 1956, 906.

<sup>95</sup> Vgl. *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG* § 93 Rn. 324; *Krieger/Sailer-Cocconi* in *Schmidt/Lutter* AktG § 93  
Rn. 29; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 35; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG § 93 Rn. 172.

<sup>96</sup> *Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten Rn. 288; *Habersack* in *MüKoAktG* § 116 Rn. 49 iVm § 103  
Rn. 41; vgl. auch *Säcker* NJW 1986, 803 (809 ff.).

<sup>97</sup> Vgl. etwa BAG ZIP 2009, 2018; OLG Stuttgart NZG 2007, 72.



### 11. Vertrauensbildende Maßnahmen

- 561 Die durchaus realistische Gefahr des Bruches der Vertraulichkeit hat den Vorstand deutscher Aktiengesellschaften in der Vergangenheit dazu veranlasst, sensible Probleme im Aufsichtsrat entweder überhaupt nicht anzusprechen oder die erforderliche Information erst so spät wie nur irgend möglich zu geben. Das hat eine wirkliche Beratung mit dem Aufsichtsrat über gerade besonders wesentliche Aspekte der Unternehmensführung verhindert.
- 562 Der Vorstand muss also durch vertrauensbildende Maßnahmen des Aufsichtsrats zur Überzeugung gebracht werden, dass hier allseits eine Änderung gewollt ist. Dazu gehört, dass sich gerade die „Freunde“ eines Verletzers dieser Regeln für dessen Abberufung einsetzen. Das würde als Zeichen einer künftig neuen „Politik“ verstanden und die dringend erforderliche Neuausrichtung ermöglichen.

### 12. Mitarbeiter

- 563 Vorstände und Aufsichtsräte brauchen Mitarbeiter nicht anders als Ärzte und Anwälte; und diese sind nur von Nutzen, wenn sie über vertrauliche Dinge informiert sind. Die Weitergabe vertraulicher Informationen an sie ist also keine Verletzung von §§ 93, 116 AktG.<sup>98</sup>
- 564 Aber:
- Das betreffende Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, den oder die Mitarbeiter auf ihre Pflicht zur Vertraulichkeit hinzuweisen und diesen Hinweis regelmäßig zu wiederholen, schriftlich zu dokumentieren und möglichst zu überprüfen.<sup>99</sup>
  - Vor allem aber trägt das betreffende Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied das volle finanzielle Risiko der Gesellschaft gegenüber dann, wenn der Mitarbeiter die Vertraulichkeit verletzt und der Gesellschaft daraus ein Schaden entsteht.<sup>100</sup> Das Risiko liegt also beim betreffenden Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied!

- 3.6 In mitbestimmten Aufsichtsräten können die Vertreter der Aktionäre und der Arbeitnehmer die Sitzungen des Aufsichtsrats jeweils gesondert, gegebenenfalls mit Mitgliedern des Vorstands, vorbereiten. Der Aufsichtsrat soll bei Bedarf ohne den Vorstand tagen.**

## VII. Vorbereitung der Aufsichtsratssitzungen und Sitzungen ohne Vorstand (Ziff. 3.6)

### 1. Getrennte Vorbesprechungen

- 565 Eine wesentliche Kritik an der Corporate Governance-Praxis in Deutschland lautet, dass in deutschen Aufsichtsräten letztlich keine hinreichend intensive Auseinandersetzung mit den anstehenden Führungsfragen stattfindet.<sup>101</sup> Aufsichtsratssitzungen werden vielmehr häufig als formale Veranstaltungen wahrgenommen, auf denen Entscheidungen bloß noch „abgenickt“ werden, die im Vorfeld der Sitzungen faktisch bereits beschlossen worden sind. Diese Kritik wird insbesondere auch von ausländischen Kapitalmarktteilnehmern und Managern (als potenziellen Aufsichtsratsmitgliedern) vorgetragen. Wenngleich der Vorwurf

<sup>98</sup> Lutter/Krieger DB 1995, 257; Hüffer/Koch AktG § 116 Rn. 10; Mertens/Cahn in Kölner KommAktG § 111 Rn. 123 und § 116 Rn. 59; Drygala in Schmidt/Lutter AktG § 116 Rn. 41; Habersack in MüKoAktG § 116 Rn. 58 und § 111 Rn. 134; Hopt/Roth in GroßkommAktG § 116 Rn. 269. Entsprechendes gilt für Vorstandsmitglieder, vgl. Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 302 f. Eine solche Weitergabe ist im Interesse der Gesellschaft erforderlich, um nachteilige Folgen zu vermeiden, da das Wissen auch nur eines Organmitglieds bereits als Wissen der Gesellschaft zu werten ist, vgl. v. Stebut Geheimnisschutz 90 f., 110.

<sup>99</sup> Vgl. Drygala in Schmidt/Lutter AktG § 116 Rn. 41; Habersack in MüKoAktG § 116 Rn. 58; Hüffer/Koch AktG § 116 Rn. 10; Hopt/Roth in GroßkommAktG § 116 Rn. 269; Johannsen-Roth in Wilsing Ziff. 3.5 Rn. 20.

<sup>100</sup> Lutter/Krieger/Verse Rechte und Pflichten Rn. 288.

<sup>101</sup> Nachweise in Lutter AG 1994, 176 f.; Hoffmann-Becking FS Havermann, 1995, 241; Lambsdorff in Feddersen/Hommelhoff/Schneider CG 226 f.; ferner → Rn. 542 mwN.