

Abteilung Wirtschaftsrecht

Professor Dr. Thomas M.J. Möllers und Sabrina Hailer, Augsburg*

Möglichkeiten und Grenzen staatlicher und halbstaatlicher Eingriffe in die Unternehmensführung

I. Einleitung

Die Abteilung Wirtschaftsrecht des 69. DJT befasst sich am 19. und 20. September 2012 in München mit dem Thema „Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung“. Im Fachprogramm heißt es hierzu: „In den letzten Jahren sehen sich der deutsche und europäische Gesetzgeber und staatlich eingesetzte Kommissionen verstärkt berufen, Unternehmen und ihren Gesellschaftern zwingend oder fakultativ vorzugeben, wie sie ihre Unternehmen am besten zu führen haben. [...] Bedürfnis und Berechtigung für solche Eingriffe werden zum Teil in Frage gestellt“. ¹ Diskutiert werden sollen „die konzeptionellen Grundlagen der Corporate-Governance-Regulierung, die Effizienz der unterschiedlichen Eingriffsmittel und Sanktionen sowie die Legitimation und Zweckmäßigkeit konkreter Eingriffe“. ²

Im Vorfeld der Beratungen wurden ein Gutachten von *Habersack* sowie Referate von *Hemeling*, *Leyens* und *Weber-Rey* in Auftrag gegeben. Im vorliegenden Beitrag werden die Kernthesen des Gutachtens *Habersack* gewürdigt, aber auch darüber hinausgehende Diskussionsansätze aufgezeigt. Dabei wird ein Schwerpunkt auf den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) ³ gelegt, der in diesem Jahr sein zehnjähriges Bestehen feiert ⁴ und als „Paradebeispiel für ei-

nen (halbstaatlichen) Eingriff in die Unternehmensführung“ ⁵ gilt. Nach einem einführenden Überblick über die Rechtssetzungsaktivitäten im Bereich Corporate Governance (II.), erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gutachten *Habersack* (III.). Vertieft wird sodann die Frage der Legitimation und Systemkonformität von Eingriffen in die Unternehmensführung am Beispiel der viel diskutierten Frauenquote für den Aufsichtsrat (IV.). Ein weiterer Schwerpunkt wird auf die von *Habersack* nicht näher erörterte Frage der allgemeinen Bindungswirkung von Empfehlungen des DCGK gelegt (V.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die weitere Europäische Rechtsharmonisierung im Bereich Corporate Governance (VI.).

II. Überblick über die Rechtssetzungsaktivitäten

1. Unionsrechtliche Eingriffe in die Unternehmensführung

a) Der unionsrechtliche Regelungsrahmen

Während der 1970er und 1980er Jahre strebte die Kommission eine umfassende Angleichung des Rechtsrahmens für die Aktiengesellschaft an. ⁶ Dieses Vorhaben wurde mittlerweile zugunsten einer bloßen „Kernbereichsharmonisierung“ ⁷ durch punktuelle Maßnahmen aufgegeben. ⁸ In ihrem

* *Thomas M.J. Möllers* lehrt Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg und ist Inhaber eines Jean-Monnet-ad-personam-Lehrstuhls sowie geschäftsführender Direktor des Center for European Legal Studies (CELOS). *Sabrina Hailer* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

¹ Fachprogramm Abteilung Wirtschaftsrecht 69. DJT, abrufbar unter: <http://www.djt.de/69-deutscher-juristentag/fachprogramm/wirtschaftsrecht/> (Abruf 21. 6. 2012).

² Fachprogramm Abteilung Wirtschaftsrecht 69. DJT (Fn. 1).

³ Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung v. 15. 5. 2012, abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html> (Abruf 6. 8. 2012).

⁴ Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex wurde am 6. 9. 2001 durch die Bundesministerin der Justiz berufen und legte am 26. 2. 2002 den DCGK vor; siehe Vorwort vom Vorsitzenden der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex Dr. Gerhard Cromme zum DCGK v. 26. 2. 2002, abrufbar unter: <http://www.>

[corporate-governance-code.de/ger/download/DCG_K_D20020223.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/DCG_K_D20020223.pdf) (Abruf 21. 6. 2012).

⁵ Fachprogramm Abteilung Wirtschaftsrecht 69. DJT (Fn. 1).

⁶ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 4 Rn. 5, 10.

⁷ *Habersack/Verse* (Fn. 6), § 4 Rn. 17 mit Verweis auf *Hopt* ZHR 171 (2007), 199, 201.

⁸ *Habersack/Verse* (Fn. 6), § 4 Rn. 5, 14, 17f.; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 110; *Habersack* ZIP 2006, 445, 446f.; *ders.* NZG 2004, 1, 3; *Möllers*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 18 Rn. 1ff., 12ff.; siehe hierzu das nicht weiter verfolgte Vorhaben einer Strukturrichtlinie, Dritter geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie v. 20. 11. 1991, ABL. Nr. C 321/9, mit der die Regelungen zur Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft harmonisiert werden sollten.

Aktionsplan aus dem Jahr 2003⁹ legt die Europäische Kommission die Ziele dieser „Kernbereichsharmonisierung“ dar: Einerseits sollen die Aktionärsrechte gestärkt und Dritte besser geschützt, andererseits die Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen, unter anderem durch Verbesserung der Corporate Governance,¹⁰ gefördert werden. Die Maßnahmen beziehen sich dabei größtenteils auf börsennotierte Gesellschaften.¹¹

In Umsetzung des Aktionsplans wurde 2006 die Jahresabschluss-RiL¹² geändert¹³ und für Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind,¹⁴ die Pflicht eingefügt, eine Erklärung zur Unternehmensführung in ihren Lagebericht¹⁵ aufzunehmen.¹⁶ Diese Erklärung muss nach Art. 46a Abs. 1 lit. a) der Jahresabschluss-RiL auch Angaben dazu enthalten, welchem Unternehmensführungskodex die Gesellschaft unterliegt bzw. sich freiwillig unterworfen hat.¹⁷ Art. 46a Abs. 1 lit. b) verpflichtet die Gesellschaften schließlich dazu, die Gründe für ein etwaiges Abweichen von Kodexbestimmungen¹⁸ darzulegen (sog. „comply or explain“-Mechanismus).

Für die Überwachung und Durchsetzung dieser Vorgaben sind in erster Linie die Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gesellschaft zuständig. Die Mitgliedstaaten haben ihrerseits zu gewährleisten, „dass die Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gesellschaft kollektiv die Pflicht haben, sicherzustellen“, dass die Erklärung zur Unternehmensführung in Übereinstimmung mit den Richtlinienvorgaben erstellt und veröffentlicht wird (Art. 50b).¹⁹ Dementsprechend müssen nach Art. 50c diese Organe zumindest den nationalen Vorschriften zur Haftung gegenüber der Gesellschaft unterliegen.²⁰ Den Abschlussprüfer trifft hingegen lediglich die Pflicht zur for-

malen Prüfung, „ob die Erklärung zur Unternehmensführung erstellt worden ist“ (Art. 46a Abs. 2 Satz 4).

Ziel der Harmonisierungsmaßnahmen ist dabei nicht die substantielle Angleichung der verschiedenen nationalen Corporate Governance-Regelungen, sondern einen gemeinsamen und effektiven Rahmen zu schaffen, in dem sich die nationalen Regelungen entfalten können. Daher wurde einem unionsrechtlichen Transparenzregime, das die verschiedenen nationalen Corporate Governance-Regelungen und Kodizes integriert, der Vorzug gegeben und vom Erlass eines europäischen Corporate Governance Kodex abgesehen.²¹

b) Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen

Nachdem die Europäische Kommission im Jahre 2010 bereits Grünbücher zur Corporate Governance speziell bei Finanzinstituten²² und zum weiteren Vorgehen bei der Abschlussprüfung²³ zur Diskussion gestellt hatte, legte sie 2011 das Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen²⁴ vor, das sich allgemein mit weiteren unionsrechtlichen Maßnahmen im Bereich Corporate Governance börsennotierter Unternehmen beschäftigt. Diskutiert wird zunächst die Rolle des Verwaltungsrats bei der Corporate Governance, insbesondere seine Zusammensetzung, die Funktion des Verwaltungsratsvorsitzenden, die Förderung des Engagements der Verwaltungsratsmitglieder, die periodische Beurteilung der Leistungen des Verwaltungsrats, die Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder sowie die Rolle des Verwaltungsrats beim Risikomanagement.²⁵

In gleicher Weise geht die Kommission sodann auf die Rolle der Aktionäre bei der Corporate Governance ein. Dabei legt sie einen Fokus auf die Tätigkeit von Vermögensverwaltern institutioneller Anleger, stellt fest, dass diese aufgrund entsprechender Anreizstrukturen nach kurzfristigen Gewinnen streben und fragt, wie die Interessen von Anlegern und Verwaltern parallelisiert werden könnten.²⁶ Ein zweiter Fokus liegt auf der Tätigkeit von Stimmrechtsberatern (sog. proxy advisors), die institutionelle Anleger bei der Ausübung ihres Stimmrechts beraten und so einen nicht unerheblichen Einfluss ausüben. Hier wird auf Interessenkonflikte, mangelnde Transparenz bezüglich deren Analysemethoden und fehlenden Wettbewerb hingewiesen.²⁷ Insgesamt wird die Rolle der Aktionäre bei der Corporate Governance kritisch gewürdigt. Diskutiert werden Maßnahmen zur Erleichterung der Zusammenarbeit zwischen Aktionären, zur Identifikation von Aktionären durch die Emittenten, zum Schutz von Minderheitsaktionären im Falle eines beherrschenden Aktionärs sowie zur Förderung der Kapitalbeteiligung von Arbeitnehmern.²⁸

Schließlich werden Verbesserungsmöglichkeiten beim „comply or explain“-Mechanismus erörtert. Hierzu könnten konkrete Anforderungen an die Erklärungen formuliert sowie bei einem Abweichen von Kodexbestimmungen eine genaue Beschreibung der von dem Unternehmen präferierten

⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU – Aktionsplan v. 21. 5. 2003, KOM(2003) 284 endg. Aktuell führte die Europäische Kommission bis 14. 5. 2012 eine Konsultation über die Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts durch. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm (Abruf 5. 8. 2012).

¹⁰ Siehe hierzu Aktionsplan (Fn. 9), S. 12 ff.

¹¹ Habersack/Verse (Fn. 6), § 4 Rn. 18 spricht von der „Herausbildung eines Europäischen Börsengesellschaftsrechts“.

¹² Vierte RiL 78/660/EWG des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen v. 25. 7. 1978, ABl. Nr. L 222/11 (Jahresabschluss-RiL).

¹³ RiL 2006/46/EG zur Änderung der RiL 78/660/EWG, 83/635/EWG und 91/674/EWG v. 14. 6. 2006, ABl. Nr. L 224/1.

¹⁴ Die Mitgliedstaaten können den Kreis dieser Gesellschaften weiter einschränken; siehe Art. 46a Abs. 3 der Jahresabschluss-RiL (Fn. 12) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2006/46/EG (Fn. 13).

¹⁵ Dabei können die Mitgliedstaaten gestatten, „dass die nach diesem Artikel vorzulegenden Angaben in einem gesonderten Bericht enthalten sind, der zusammen mit dem Lagebericht nach Maßgabe des Artikels 47 offen gelegt wird, oder durch eine Bezugnahme im Lagebericht, falls dieses Dokument auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich ist“, Art. 46a Abs. 2 der Jahresabschluss-RiL (Fn. 12) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2006/46/EG (Fn. 13).

¹⁶ Art. 46a der Jahresabschluss-RiL (Fn. 12) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2006/46/EG (Fn. 13).

¹⁷ Sofern dies nicht der Fall ist, muss das Unternehmen Angaben zu ihren über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehenden Unternehmensführungspraktiken aufnehmen.

¹⁸ Bzw. die Nichtanwendung eines Unternehmensführungskodex.

¹⁹ Siehe auch Art. 36a Siebente RiL 83/349/EWG des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss v. 13. 6. 1983, ABl. Nr. L 193/1 (RiL über den konsolidierten Abschluss) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2006/46/EG (Fn. 13).

²⁰ Siehe auch Art. 36c der RiL über den konsolidierten Abschluss (Fn. 19) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2006/46/EG (Fn. 13).

²¹ Siehe Aktionsplan (Fn. 9), S. 13 f.

²² Europäische Kommission, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik v. 2. 6. 2010, KOM(2010) 284 endg.

²³ Europäische Kommission, Grünbuch Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung v. 13. 10. 2010, KOM(2010) 561 endg.

²⁴ Europäische Kommission, Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen v. 5. 4. 2011, KOM(2011) 164 endg.

²⁵ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 5 ff.

²⁶ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 14 ff.

²⁷ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 17 f.

²⁸ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 12 ff.

Alternativlösung gefordert werden.²⁹ Darüber hinaus hält die Europäische Kommission auch Verbesserungen bei der Überwachung der Informationsqualität von Corporate Governance-Erklärungen für geboten. Dabei lässt sie erkennen, dass sie weitergehende Befugnisse für Aufsichtsbehörden oder Börsen für ein gutes Mittel hält, um den „comply or explain“-Mechanismus zu effektivieren.³⁰

2. Der DCGK und seine gesetzliche Verankerung

Bereits im Mai 2000 beauftragte die Bundesregierung die Regierungskommission Corporate Governance (sog. Baums-Kommission) mit der kritischen Überprüfung des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle und der Erarbeitung konkreter Modernisierungsvorschläge.³¹ Diese sprach sich in ihrem Abschlussbericht für einen Corporate Governance Kodex aus³², der sodann durch die vom Bundesministerium der Justiz im September 2001 eingesetzte Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex erstellt wurde. Als standing commission überprüft diese seither den DCGK regelmäßig und entwickelt ihn fort.³³ Aktuell wurde am 15. 5. 2012 die mittlerweile 9. Kodexnovelle³⁴ beschlossen, die am 15. 6. 2012 mit der Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Kraft getreten ist.

Gesetzlich verankert wurde der DCGK in dem durch das TransPuG³⁵ eingeführten § 161 AktG, der Vorstand und Aufsichtsrat³⁶ zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nach dem sog. „comply or disclose“-Mechanismus verpflichtete. In Umsetzung des Art. 46a Abs. 1 lit. b) der Jahresabschluss-RiL wurde dieser Mechanismus durch das BilMoG³⁷ um eine Begründungspflicht bei Abweichen von Empfehlungen des DCGK erweitert, so dass nunmehr eine „comply or explain“-Verpflichtung besteht. § 285 Nr. 16 HGB³⁸ sieht zudem vor, dass im Anhang zum Jahresabschluss die Abgabe der Entsprechenserklärung erklärt und auf den Ort ihrer Veröffentlichung verwiesen werden muss.³⁹

Zusätzlich wurde in Umsetzung des Art. 46a der Jahresabschluss-RiL durch das BilMoG eine Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung zur Unternehmensführung eingeführt, in welche die Erklärung nach § 161 AktG aufzunehmen ist. Nach § 289a Abs. 1 HGB ist diese Erklärung in

einen gesonderten Abschnitt des Lageberichts aufzunehmen oder kann alternativ auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht werden. Hierauf hat der Lagebericht dann Bezug zu nehmen.

Nach § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB ist die Erklärung zur Unternehmensführung jedoch von der Abschlussprüfung ausgenommen. Da jedoch Art. 46a Abs. 2 Satz 4 der Jahresabschluss-RiL ausdrücklich vorseht, dass die Erstellung der Erklärung durch den Abschlussprüfer zu prüfen ist, muss § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB dahingehend ausgelegt werden, dass der Abschlussprüfer prüft, ob die Erklärung entsprechend § 289a HGB formal richtig und vollständig abgegeben wurde.⁴⁰ Eine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Erklärung erfolgt nicht.⁴¹ Allerdings kann eine unrichtige Erklärung zur Unternehmensführung seit Einführung des § 289a HGB zur Strafbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nach § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB führen.⁴²

Abgesehen davon wird die Informationsqualität bzw. inhaltliche Richtigkeit der Entsprechenserklärung de lege lata weder staatlicherseits noch im Rahmen der Abschlussprüfung geprüft. Jedoch kann eine unrichtige Entsprechenserklärung eine Innenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft begründen (§§ 93 Abs. 2 Satz 1 bzw. 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG). Ob dies einen hinreichenden Befolgungsdruck erzeugt, darf bezweifelt werden, da sich der Nachweis eines kausalen Schadens ausgesprochen schwierig gestalten dürfte.⁴³ Als deutlich wirkungsvoller hat sich die Möglichkeit erwiesen, Hauptversammlungsbeschlüsse bei Verletzung der Pflicht zur Abgabe und Aktualisierung einer Entsprechenserklärung anzufechten.⁴⁴

III. Überblick über das Gutachten von Habersack

Habersack hält sich in seinem Gutachten nahe an den Vorgaben des Fachprogramms der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 69. DJT. Er geht in einem Dreischritt zunächst auf die konzeptionellen Grundlagen der Corporate Governance-Regulierung ein, bevor er sich mit der Wirkweise des DCGK auseinandersetzt, um dann mit einer Betrachtung ausgewählter Felder der Corporate Governance-Regulierung zu schließen.

²⁹ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 21 f.

³⁰ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 22 f.

³¹ *Baums*, in: *ders.*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, S. 1.

³² Regierungskommission Corporate Governance, in: *Baums* (Fn. 31), Rn. 5 ff., 17.

³³ *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Kommentar zum DCGK, 4. Aufl. 2010, Rn. 39 f.

³⁴ Siehe Archiv Kodex (frühere Fassungen), abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/archiv/index.html> (Abruf 7. 8. 2012).

³⁵ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität v. 19. 7. 2002, BGBl. 2002 I, S. 2681 (TransPuG).

³⁶ *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 161 Rn. 6; *Semler*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 161 Rn. 66.

³⁷ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25. 5. 2009, BGBl. 2009 I, S. 1102 (BilMoG).

³⁸ Für den Konzernabschluss § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB.

³⁹ Nach überwiegender Meinung prüft der Abschlussprüfer dabei lediglich, ob die Entsprechenserklärung entsprechend der Angaben im Anhang abgegeben wurde und öffentlich zugänglich ist; siehe Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz) v. 11. 4. 2002, BT-Drucks. 14/8769, S. 25 rechte Spalte; *Hüffer* (Fn. 36), § 161 Rn. 24, 33; *Semler* (Fn. 36), § 161 Rn. 167; *Gelhausen/Hönsch* AG 2002, 529, 533 ff.; a. A. *Hommelhoff/Schwab*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 71, 75 ff.; *Kort* AG 2008, 137, 138; *Ulmer* ZHR 166 (2002), 150, 177.

⁴⁰ *Förschle/Almeling*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 317 Rn. 71.

⁴¹ *Förschle/Almeling*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar (Fn. 40), § 317 Rn. 72.

⁴² Als anerkanntes Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB können hierauf auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gestützt werden; siehe zum Ganzen *Sester*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 161 Rn. 75; *Semler/Schal*, in: MünchKommAktG (Fn. 36), § 161 Rn. 240 ff.

⁴³ *Hüffer* (Fn. 36), § 161 Rn. 25 m. w. Nachw.; *Sester*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 42), § 161 Rn. 82; *Semler* (Fn. 36), § 161 Rn. 202; *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, 2011, § 161 Rn. 48. Auch eine Außenhaftung der AG oder von Vorstand und Aufsichtsrat ist zwar prinzipiell denkbar, praktisch jedoch wenig relevant; *Hüffer* (Fn. 36), § 161 Rn. 28 ff.; *Sester*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 42), § 161 Rn. 72 ff.; *Spindler*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 161 Rn. 71 ff., Rn. 80 f. m. w. Nachw.; *Mülbelt/Wilhelm* ZHR 176 (2012), 286, 300.

⁴⁴ *Spindler* NZG 2011, 1007, 1010; *Mülbelt/Wilhelm* ZHR 176 (2012), 286, 289 ff. Konkret entschied der BGH in zwei Urteilen, dass Entlastungsbeschlüsse nach § 243 Abs. 4 AktG wegen einer Verletzung der unterjährigen Aktualisierungspflicht anfechtbar sind, wenn die Erklärung „in einem [...] nicht unwesentlichen Punkt nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft entspricht“, *BGHZ* 180, 9 Rn. 19 – Kirch/Deutsche Bank; siehe auch *BGHZ* 182, 272 Rn. 18 – Umschreibungsstopp. Wesentlichkeit eines Verstoßes liegt vor, „wenn die unterbliebene Information für einen objektiv urteilenden Aktionär für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte relevant ist“, *BGHZ* 182, 272 Rn. 18. In einem umstrittenen Urteil entschied das OLG München zudem, dass Hauptversammlungsbeschlüsse, die auf einem nichtigen, weil gegen die Entsprechenserklärung der Gesellschaft verstoßenden Abstimmungsvorschlag des Aufsichtsrats beruhen, wegen Gesetzesverstoßes nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar sind, *OLG München* ZIP 2009, 133, 134 f.; so auch *LG Hannover* NZG 2010, 744, 748; anders *LG München I* NZG 2008, 150, 151.

1. Konzeptionelle Grundlagen der Corporate Governance-Regulierung

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Einen Schwerpunkt seiner Betrachtung der konzeptionellen Grundlagen der Corporate Governance-Regulierung legt *Habersack* auf deren persönlichen Anwendungsbereich. Kritisch setzt er sich mit der Fokussierung auf börsennotierte bzw. kapitalmarktorientierte Gesellschaften auseinander, die ihren Ursprung im neuen Regulierungsansatz der EU habe. Diese strebt nicht mehr eine umfassende Harmonisierung des Gesellschaftsrechts an, sondern will die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gezielt durch punktuelle Maßnahmen stärken.⁴⁵ Für eine Schwerpunktsetzung auf börsennotierte bzw. kapitalmarktorientierte Gesellschaften spreche auch, dass bei geschlossenen Gesellschaften die principal agent-Problematik deutlich schwächer ausgeprägt sei, weil deren Gesellschafter ein größeres Interesse an der Wahrnehmung ihrer mitgliedschaftlichen Kontroll- und Einflussrechte hätten. Schließlich bestehe bei geschlossenen Gesellschaften auch kein Bedürfnis nach Schutz potentieller Anleger. Auf dieser Grundlage spricht er sich gegen weitergehende zwingende Corporate Governance-Regeln für geschlossene Gesellschaften aus (E 29 – E 30).⁴⁶

Habersack moniert insoweit jedoch das „Durcheinander unterschiedlicher Anknüpfungspunkte“, das in jüngeren Reformgesetzen gewählt wird (E 31). Solche Anknüpfungspunkte bilden etwa die Börsennotierung gemäß § 3 Abs. 2 AktG, die Kapitalmarktorientierung in § 264d HGB bzw. das „Mischmodell“ der § 161 AktG, § 289a HGB (E 99). *Habersack* plädiert für eine umfassende Einbeziehung „solcher Gesellschaften [...] deren Aktien mit ihrem Willen im Freiverkehr oder an einem nichtbörslichen multilateralen Handelssystem gehandelt werden“ in den Tatbestand der „börsennotierten Gesellschaft“ (E 32). Hierin erblickt er einen „einheitliche[n] und sachlich überzeugende[n] Anknüpfungspunkt für aktienrechtliche Sonderregelungen“ (E 100).

b) Indienstnahme der Aktiengesellschaft für gesellschaftspolitische Anliegen

Eindringlich spricht sich *Habersack* sodann gegen eine weitergehende „Indienstnahme der Aktiengesellschaft für gesellschaftspolitische Anliegen“ aus (E 33 – E 43). Während er eine solche Indienstnahme bereits in der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer erblicken will, die jedoch „gesellschaftsrechtlich“ noch nachvollziehbar sei, sieht er in den Bestrebungen, eine Frauenquote zu verankern, einen „bedenklichen Fremdkörper im Aktienrecht“ (E 36). Durch die Kumulation mit bereits bestehenden Einschränkungen der Wahlfreiheit der Aktionäre durch Mitbestimmungs- und Unabhängigkeitsregelungen stelle eine Quotenregelung eine schwerwiegende und verfassungsrechtlich bedenkliche⁴⁷ Beschränkung der Aktionärsrechte dar. Zudem weist seiner Meinung nach eine Frauenquote keine Verbindung zum Anliegen der Corporate Governance auf, die Unternehmensführung zu verbessern (E 37f., E 42).

Dem lässt sich entgegenhalten, dass durch eine Quotenregelung deutlich weniger stark in die Aktionärsrechte eingegriffen würde als etwa durch die unternehmerische Mit-

bestimmung. Während das unternehmerische Mitbestimmungsrecht die Auswahl eines großen Teils der Aufsichtsratsmitglieder den Aktionären völlig entzieht, würde eine Frauenquote das Auswahlrecht lediglich auf Angehörige eines bestimmten Geschlechts beschränken, das immerhin 50 % der Gesamtbevölkerung ausmacht. Insofern erscheint auch die sich durch die Kumulation der Bindungen ergebende Belastung hinnehmbar. Sie könnte zudem dadurch erleichtert werden, dass Abstriche beim europaweit einzigartigen Umfang des deutschen Mitbestimmungsrechts gemacht werden. Im Gegensatz zur deutschen Mitbestimmung sind Regelungen zur ausreichenden Vertretung von Frauen im Aufsichtsrat mittlerweile „europäischer Standard“,⁴⁸ hinter den Deutschland nicht dauerhaft zurückfallen sollte.

Hinzu kommt, dass das Anliegen einer stärkeren Präsenz von Frauen seit Jahren bekannt ist und entsprechende Selbstverpflichtungen⁴⁹ der von einer Quotenregelung potentiell betroffenen Unternehmen existieren. Wenn die Unternehmen ihre Selbstverpflichtung ernst genommen haben, kann erwartet werden, dass mittlerweile ein ausreichender Pool an entsprechend qualifizierten Frauen existiert. Geht man davon aus, dass das Geschlecht weder ausschlaggebend für Kompetenzen, Grundorientierungen noch Einsatzbereitschaft einer Person ist, so ist die Beschränkung des Auswahlrechts der Aktionäre als nur gering anzusehen.⁵⁰ Dies scheint *Habersack* jedoch zu bezweifeln, da er mehrfach betont, eine 60-80-Stunden-Woche stelle für weibliche Anwärter auf Aufsichtsrats- oder Vorstandsposten eine erhebliche Hürde dar, die mit dazu führe, dass „Frauen [...] auch aus aussichtsreichster Position heraus eine Entscheidung gegen ihre Karriere treffen“. ⁵¹

Zudem gibt es keinen ersichtlichen Grund, privatrechtlich verfasste Organisationen von sozialen Bindungen und der Verantwortung gegenüber der Gesamtgesellschaft kategorisch auszunehmen. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob derartige Regelungen systemkonform bei den Corporate Governance-Regelungen anzusetzen sind. Auf diese ganz wesentliche Unterscheidung soll unter IV. näher eingegangen und nachdrücklich für eine gesetzliche, auf Chancengleichheit abzielende Regelung plädiert werden.

2. Deutscher Corporate Governance Kodex

a) Grundlagen

Im vierten Teil seiner Untersuchung steht der DCGK und der auf diesen Bezug nehmende § 161 AktG im Zentrum (E 44 – E 69). § 161 AktG und die darin verankerte Verpflichtung zur Abgabe einer Entsprechenserklärung diene vorwiegend der Information des Kapitalmarkts über einen von jedem Unternehmen auf seine individuellen Verhältnisse abgestimmten Code of Best Practice.⁵² Diese Informationsfunktion gehe insbesondere dem Interesse des Gesetzgebers an

⁴⁸ Siehe hierzu die umfassenden Nachweise bei *Hopt* ZHR 175 (2011), 444, 470f. Fn. 125.

⁴⁹ Siehe etwa Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft v. 2. 7. 2001, abrufbar unter: www.dibk.de/ressourcen/downloads/chancengleichheit.pdf (Abruf 26. 6. 2012).

⁵⁰ So auch *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305, 323ff., die nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass eine starre gesetzliche Frauenquote, die das Geschlechterverhältnis innerhalb der Gesamtheit eines Unternehmens berücksichtigt, nicht verfassungswidrig wäre.

⁵¹ *Habersack* (Fn. 46), E 37, E 43.

⁵² Einhellig anerkannt; siehe Entwurf zum Transparenz- und Publizitätsgesetz (Fn. 39), S. 21; *Spindler* NZG 2011, 1007, 1008; *Sester*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 42), § 161 Rn. 8f.

⁴⁵ Siehe o. I. 1. a).

⁴⁶ Gänzlich abzusehen sei insbesondere von einer unionsrechtlichen Regelung der geschlossenen AG, *Habersack*, Möglichkeiten und Grenzen staatlicher und halbstaatlicher Eingriffe in die Unternehmensführung, Gutachten E zum 69. DJT, 2012, E 99.

⁴⁷ Anders *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305, 323ff.; siehe hierzu Fn. 50.

der Befolgung der als best practice anerkannten Empfehlungen des DCGK vor (E 51 f.).⁵³ Daher sei eine gewisse „Kultur des Abweichens“ funktionsgerecht und durch den Gesetzgeber hinzunehmen (E 52). Dementsprechend sei es auch nicht Aufgabe des Kodex, gesetzlichen Regelungen den Weg zu bereiten (E 52 f.).

In diesem Zusammenhang spricht sich *Habersack* auch für eine gesetzliche Fixierung der Zusammensetzung der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, der Amtsdauer der einzelnen Mitglieder sowie des Verfahrens bei Änderungen des Kodex aus und regt ein obligatorisches, ebenfalls gesetzlich fixiertes Konsultationsverfahren an (E 54). Er stellt sich damit gegen die verbreitete Ansicht, die durch eine Formalisierung und Fixierung des Novellierungsverfahrens eine noch weitergehende Annäherung der Kodexbestimmungen an Gesetzesrecht und in der Folge einen wachsenden Befolgungsdruck befürchtet.⁵⁴ Spricht man sich für eine derartige Formalisierung des Novellierungsverfahrens aus, so sollte insbesondere auch eine Pflicht zur Begründung der Kodexbestimmungen statuiert werden. Dies würde zu einer Verbesserung der Qualität der Kodexbestimmungen beitragen und es den Gesellschaften erleichtern, Abweichungen stichhaltig zu begründen.⁵⁵

Die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation des DCGK wird von *Habersack* nur kurz angerissen (E 53), ansonsten aber zusammen mit normtheoretischen Erwägungen aus der Betrachtung ausgeklammert (E 12). Dies ist insofern bedauerlich, als es sich dabei um Fragen von ganz grundsätzlicher Bedeutung handelt, auf die daher unter IV. und V. zurückgekommen wird.

b) Begründungstiefe der Entsprechenserklärung

Im Anschluss geht *Habersack* auf einzelne Reformfragen der Corporate Governance-Regulierung ein. Positiv hebt er die auf die Änderungs-RiL 2006/46/EG zurückgehende Begründungspflicht bei Abweichen von Kodexempfehlungen hervor, die die Informationsqualität der Erklärungen deutlich steigern (E 56 f.). Gleichermaßen befürwortet er den Vorschlag der Kommission⁵⁶, bei Abweichen von Kodexempfehlungen die vom Unternehmen stattdessen gewählte Alternativlösung offen zu legen (E 57). Das ist überzeugend, weil so der Kapitalmarkt den Lösungsvorschlag des Unternehmens mit der Regelung des DCGK vergleichen und die Alternativlösung fundiert bewerten kann.

c) Kodexbezogene Reformvorschläge

Überzeugend fordert *Habersack* „eine kritische Überprüfung des Bestandes“ an Empfehlungen (E 58). Die Wiedergabe des zwingenden deutschen Aktienrechts sollte angesichts der Ungenauigkeiten und Widersprüche⁵⁷ die dabei auftreten, dringend überdacht werden. Darüber hinaus hält *Habersack* auch die sich zahlreich im DCGK findenden Anregungen für verzichtbar und mahnt für Empfehlungen eine Konzentration auf das Wesentliche an (E 58 f.).⁵⁸ „Desiderata“ macht *Habersack* aber ebenso aus, unter anderem

wünscht er sich die Einbeziehung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) in den Kodex (E 59, E 101 f.).

d) Überprüfung der Entsprechenserklärung und Folgen unrichtiger Erklärungen

Ausführlich beschäftigt sich *Habersack* sodann mit der Überprüfung von Entsprechenserklärungen und dem Sanktionsregime, das die Erklärungspflicht absichert (E 61 – E 67). Danach ist im Hinblick auf die unionsrechtlichen Grundlagen der Erklärungspflicht und deren Vergleichbarkeit mit anderen Informationspflichten im deutschen Bilanz- und Kapitalmarktrecht eine Kontrolle der Entsprechenserklärung dringend geboten. Diese müsse sich auf die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung im Gegensatz zur Befolgung der Empfehlungen des DCGK beziehen (E 62). Nach einer übersichtlichen Darstellung des Diskussionsstandes bekundet *Habersack* Sympathie für eine Kontrolle der Entsprechenserklärung im Rahmen der Abschlussprüfung (E 64). Ausführlich diskutiert er die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärung sowie weitere Möglichkeiten eines private enforcement (E 64 ff.). Dabei lehnt er ein individuelles, auf Publizitätssicherung gerichtetes Klagerecht von Aktionären ab, mahnt aber gleichzeitig auch eine Reform des Beschlussmängelrechts an. Diese sei Voraussetzung für eine funktionierende private Rechtsdurchsetzung bei Verstößen gegen § 161 AktG (E 66). Trotz einiger Defizite möchte er die Kontrolle von Entsprechenserklärungen über die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen⁵⁹ beibehalten (E 102).

e) Konzentration der Transparenzpflichten

Abschließend befürwortet *Habersack* eine Aufhebung des § 161 AktG und eine gleichzeitige Präzisierung der Regelung des § 289a HGB (E 67 – E 69). Dies hätte den Vorteil, dass die Entsprechenserklärung dann eindeutig eine Erklärung der Gesellschaft und nicht des Vorstands und Aufsichtsrats wäre. Zudem würde die unterjährige Aktualisierungspflicht entfallen, was sowohl den Aufwand als auch das Anfechtungsrisiko für die erklärende Gesellschaft mindere (E 68). Schließlich spricht er sich für eine ersatzlose Streichung der Ziffer 3.10 des DCGK aus, welche einen jährlichen Corporate Governance-Bericht empfiehlt (E 68 f.). Dem ist zuzustimmen, da der Kapitalmarkt ohnehin an einer Informationsüberflutung (information overload) leidet.⁶⁰

3. Ausgewählte Felder der Corporate Governance-Regulierung

Im fünften Teil seines Gutachtens geht *Habersack* schwerpunktmäßig auf die Rolle des Aufsichtsrats und der Aktionäre bei der Corporate Governance ein (E 70 – E 98). Ziel ist es, insbesondere die Aktionäre stärker in die Unternehmensführung mit einzubeziehen. Im Einklang mit der Reflection Group⁶¹ mahnt er dabei jedoch zu „regulatorische[r] Zurückhaltung auf Unionsebene“ (E 70).

a) Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern

Als erste „zentrale Sachfrage“ (E 70) geht er die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und Bestellungshindernisse an.

⁵³ Dazu kommt die Information ausländischer Anleger über das deutsche Aktienrecht; *Habersack* (Fn. 46), E 52.

⁵⁴ *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder* (Fn. 33), Rn. 24 Fn. 83; *Bachmann AG* 2011, 181, 193.

⁵⁵ So auch *Spindler NZG* 2011, 1007, 1009; *Möllers/Fekonja ZGR* 2012 (im Erscheinen).

⁵⁶ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 22.

⁵⁷ *Habersack* (Fn. 46), E 58 nennt hier etwa die Ziffern 3.7 Abs. 2 und 5.4.1 DCGK (Fn. 3).

⁵⁸ Für verzichtbar hält er etwa die Ziffern 5.4.4 S. 2 und 3.10 DCGK, zu präzisieren seien die Empfehlungen zu Vorstandsvergütungen, problema-

tisch die Ziffern 5.4.3 S. 3 und 5.4.6 Abs. 2 DCGK (Fn. 3), *Habersack* (Fn. 46), E 59.

⁵⁹ Siehe o. II.2.

⁶⁰ Hierzu etwa *Möllers/Kernchen ZGR* 2011, 1 ff.

⁶¹ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law v. 5.4.2011, S. 10 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (Abruf 25.6.2012).

Habersack weist dabei auf den Widerspruch zwischen dem unionsrechtlichen Verständnis der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern und den Grundstrukturen des deutschen Konzern- und Mitbestimmungsrechts hin.

Nach Art. 41 Abs. 1 Satz 3 der Abschlussprüfer-RiL, der in §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 AktG umgesetzt wurde, muss dem Aufsichtsrat und dem Prüfungsausschuss ein unabhängiger Finanzexperte angehören. Die Europäische Kommission sieht laut Empfehlung 2005/162/EG⁶² Vertreter von Mehrheitsaktionären bzw. Aktionären mit Kontrollbeteiligung als nicht unabhängig an.⁶³ Dagegen war die frühere Definition von Unabhängigkeit im DCGK weiter. Unabhängig war ein Aufsichtsratsmitglied nach der Fassung des DCGK vom 26. 5. 2010, „wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet.“ Die Beziehung zu einem Mehrheitsaktionär oder Aktionär mit Kontrollbeteiligung beeinträchtigte die Unabhängigkeit danach nicht. Ziff. 5.4.2 Satz 2 wurde jedoch in der Fassung vom 15. 5. 2012 geändert und dem Verständnis der Europäischen Kommission angenähert, so dass nunmehr auch eine „persönliche [...] oder eine [...] geschäftliche [...] Beziehung zu einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen“ die Unabhängigkeit gefährdet. *Habersack* empfiehlt ein Festhalten an der alten Konzeption von Unabhängigkeit des DCGK vom 26. 5. 2010, da das deutsche AktG die Einflussnahme durch Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds als legitim ansieht und die Lösung von Interessenskonflikten in Unternehmensverbindungen dem Konzernrecht zuweist (E 75, E 79).⁶⁴ Darüber hinaus bestünden verfassungsrechtliche Bedenken, sollte die Unabhängigkeit von Aktionärsvertretern über § 100 Abs. 5 AktG hinaus in Frage gestellt werden (E 77). Schließlich lege auch die für die deutsche AG typische Aktionärsstruktur, mit wenig Streubesitz und einflussreichen Großaktionären, ein Festhalten an der bisherigen Konzeption nahe (E 78). Als Alternative schlägt *Habersack* eine Verbesserung des Minderheitenschutzes vor, etwa über eine Kodexempfehlung, die eine bestimmte Anzahl von Minderheitsvertretern im Aufsichtsrat vorsieht (E 79). Darüber hinaus spricht er sich für eine „de minimis“-Klausel in Ziff. 5.4.2 DCGK aus, die sicherstellen würde, dass nur „signifikante“ Interessenkonflikte eine Abhängigkeit begründen könnten. Zudem fordert er die Offenlegung der Einschätzungen des Aufsichtsrats zur Unabhängigkeit seiner Mitglieder (E 80).

b) Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat

Kritisch sieht *Habersack* auch die Regelungen zum Wechsel von ehemaligen Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat.⁶⁵ Insbesondere § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG, der ehemalige Vorstandsmitglieder grundsätzlich für zwei Jahre als Mitglieder des Aufsichtsrats ausschließt, halte Kandidaten vom Aufsichtsrat fern, die qualifiziert und mit der Gesellschaft zudem

besonders vertraut sind (E 82). Vorzugswürdig sei vielmehr eine gesetzliche Regelung, die ehemalige Vorstandsmitglieder nur vom Prüfungsausschuss sowie dem Aufsichtsratsvorsitz ausschließe (E 82).⁶⁶ In Bezug auf die Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten spricht sich *Habersack* für eine Verschärfung der gegenwärtigen Regelung in § 100 Abs. 2 AktG aus, insbesondere solle die Höchstzahl auf 6 Mandate reduziert werden (E 83). Auch solle § 100 AktG um dem § 76 Abs. 3 Sätze 2, 3 AktG vergleichbare Bestellungshindernisse für Aufsichtsratsmitglieder ergänzt werden (E 84). Von einer gesetzlichen Pflicht zur Bildung bestimmter Ausschüsse rät *Habersack* hingegen ab; hier genügten vielmehr die Empfehlungen in Ziff. 5.3.1, 5.3.2 und 5.3.3 DCKG (E 84f.). Dem Satzungsgeber müsse jedoch die Möglichkeit gegeben werden, die Bildung von Ausschüssen vorzugeben (E 85). Zurückhaltung sei auch bei der Selbst- bzw. Fremdevaluation des Aufsichtsrats geboten, vielmehr sollte diese weiter im Ermessen des Aufsichtsrats liegen (E 85f.).

c) Aktivierung von Aktionären

Anschließend thematisiert *Habersack* Bemühungen⁶⁷, Aktionäre verstärkt in die Unternehmensführung einzubeziehen (E 86 – E 98). Dabei hält er es grundsätzlich für sinnvoll, Aktionäre zu motivieren, ihr Teilnahme- und Stimmrecht auszuüben (E 89). Eine Abkehr von der weit verbreiteten „wall street rule“ hin zu einem langfristigen Engagement könnte etwa mit einem Dividendenaufschlag oder aber einem erweiterten Stimmrecht belohnt werden (E 90). Sinnvoll sei es auch, institutionelle Investoren zur Offenlegung ihres Stimmverhaltens anzuhalten, was technisch über eine dem § 161 AktG vergleichbare Regelung für Corporate Governance Kodizes für Asset Management-Gesellschaften⁶⁸ und entsprechende Kodexempfehlungen möglich sei (E 91).

Eine „nicht unerhebliche Präventiv- und Disziplinierungsfunktion“ schreibt *Habersack* der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihren Organwaltern zu (E 92). Für das deutsche Recht stellt er jedoch ernüchtert ein Versagen sämtlicher Verfolgungsmöglichkeiten fest (E 92f.). *Habersack* schlägt daher die Einführung einer allgemeinen actio pro socio vor, deren Voraussetzungen denen der §§ 309 Abs. 4, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4 AktG ähneln könnten (E 95, E 93). Aber selbst dann stelle der Zugang des Aktionärsklägers zu den für seine Klage erforderlichen Informationen ein erhebliches Klagehindernis dar und müsse jedenfalls das den Kläger treffende Prozesskostenrisiko abgemildert werden (E 95f.). Ein „regulatorisches Vakuum“⁶⁹ diagnostiziert *Habersack* im Einklang mit dem Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen⁷⁰ für die Tätigkeit von Stimmrechtsberatern (sog. proxy advisors) und regt insoweit Offenlegungspflichten für deren allgemeine Stimmrechtspolitik, Analysemethoden und Interessenkonflikte an (E 97f.).

Etwas verwundert, dass *Habersack* den Fokus seines Gutachtens sehr stark auf gesellschaftsrechtliche Einzelprobleme legt; umfassendere Strukturfragen, wie die Reichweite der Europäischen Rechtsharmonisierung, die Verfassungs-

⁶² Empfehlung 2005/162/EG zu den Aufgaben der nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats v. 15. 2. 2005, ABl. Nr. L 52/51.

⁶³ Ziff. 13.1 Empfehlung 2005/162/EG sowie Ziff. 1 lit. d) Anhang II zu Empfehlung 2005/162/EG (Fn. 62).

⁶⁴ So wäre nach dem Unabhängigkeitsverständnis der Europäischen Kommission kein einziges Mitglied des Aufsichtsrats der Porsche SE als unabhängig anzusehen; siehe *Ritter/Jahn* FAZ.net v. 14. 3. 2012, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/volkswagen-kein-unabhaenger-mehr-im-aufsichtsrat-11684344.html> (Abruf 7. 8. 2012).

⁶⁵ § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG; Ziff. 1 lit. a) Anhang II zu Empfehlung 2005/162/EG (Fn. 62); Ziff. 5.3.2 S. 3, Ziff. 5.4.2 Satz 3, Ziff. 5.4.4 DCGK (Fn. 3).

⁶⁶ Orientiert am Regelungsvorschlag zu § 107 Abs. 3 AktG im Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandvergütung v. 17. 3. 2009, BT-Drucks. 16/12278 (VorstAG).

⁶⁷ Siehe Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 12 ff.

⁶⁸ In Deutschland etwa den Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften v. 27. 4. 2005, abrufbar unter: http://www.dvfa.de/files/home/application/pdf/Kodex_CorpGov_AsetMmt.pdf (Abruf 26. 6. 2012).

⁶⁹ *Bachmann* WM 2011, 1301, 1307.

⁷⁰ Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 17.

mäßigkeit und die rechtstheoretische Einordnung des deutschen Corporate Governance-Regimes, die sich allesamt erheblich auch auf die diskutierten Einzelfragen auswirken, werden dagegen nur gestreift. Im Folgenden soll daher auf einzelne Bereiche der konzeptionellen Grundlagen der Corporate Governance-Regulierung näher eingegangen werden.

IV. Legitimation und Systemkonformität von Eingriffen in die Unternehmensführung am Beispiel der Frauenquote

1. Geschlechtergerechtigkeit als Frage der sozialen Verantwortung von Unternehmen

Im Fachprogramm der wirtschaftsrechtlichen Abteilung wird unter anderem die Frage aufgeworfen, ob ein Bedürfnis bzw. eine Berechtigung zu staatlichen und halbstaatlichen Eingriffen in die Unternehmensführung besteht, insbesondere wenn diese eher gesellschaftspolitischen Zielsetzungen als der Sicherstellung einer guten Unternehmensführung dienen.⁷¹ Kontrovers diskutiert wird diese Frage aktuell in Bezug auf eine Frauenquote in Aufsichtsräten. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur ist die Ansicht herrschend, es sei weder Aufgabe des DCGK noch des Aktienrechts als privatem Verbandsrecht, das als gesellschaftspolitisch eingestufte Ziel der Geschlechtergerechtigkeit umzusetzen.⁷² Dem ist insoweit zuzustimmen, als Regelungen zur Besetzung des Aufsichtsrats, die sich nicht auf das Ziel der Verbesserung der Unternehmensführung beschränken, bei den Corporate Governance-Regelungen Fremdkörper wären. Die berufliche Gleichstellung der Geschlechter ist vielmehr eine Frage der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen, die aktuell unter anderem unter dem Schlagwort Corporate Social Responsibility⁷³ (CSR)⁷⁴ diskutiert wird. Diese bildet einen eigenen Regelungsbereich, der von der Corporate Governance-Regulierung zu unterscheiden ist.⁷⁵ Mithin hat sich der Staat nicht kategorisch einer Regelung von Geschlechtergerechtigkeit in Führungspositionen zu enthalten. Im Gegenteil trifft ihn sogar eine verfassungsrechtliche Pflicht, die Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG).⁷⁶ Dies sollte jedoch mit einer klar

auf die Förderung von Chancengleichheit ausgerichteten Zielbestimmung und geeigneten Mitteln erfolgen.

2. Mögliche gesetzliche Maßnahmen zur Förderung der Geschlechtergerechtigkeit in der Privatwirtschaft

Ein im Auftrag des Bundesfamilienministeriums erarbeiteter Entwurf eines Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft aus dem Jahre 2001⁷⁷ wurde jedoch von den Spitzenverbänden der Wirtschaft durch eine Vereinbarung mit der Bundesregierung⁷⁸ abgewendet. Während diese Vereinbarung heute einhellig als gescheitert gilt,⁷⁹ forderten im Jahr 2010 die Bundestagsfraktionen von SPD⁸⁰ und Bündnis 90/Die Grünen⁸¹ erneut die Einführung eines Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft. Dies hätte den Vorteil, dass nicht nur singulär eine Veränderung in den Aufsichtsräten, sondern auch auf unteren Führungsebenen herbeigeführt werden könnte.⁸² Als erster Schritt in diese Richtung können aktienrechtliche Regelungen zur Besetzung von Aufsichtsräten angesehen werden, die ausdrücklich das Ziel verfolgen, die berufliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern.⁸³ Auch

⁷¹ Fachprogramm Abteilung Wirtschaftsrecht 69. DJT (Fn. 1); siehe auch oben III.1.b).

⁷² So insbesondere auch *Habersack* (Fn. 46), E 37; *Mülbert* ZHR 174 (2010), 375, 382, 384; *Hoffmann-Becking* ZIP 2011, 1173, 1176; *Peltzer* NZG 2011, 281, 283; *Schladebach/Stefanopoulou* BB 2010, 1042, 1046.

⁷³ Die Europäische Kommission beschreibt Corporate Social Responsibility in ihrer im Oktober 2011 neu gefassten Definition als „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“; Europäische Kommission, Mitteilung „Eine neue EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)“ v. 25.10.2011, KOM(2011) 681 endg., S. 7.

⁷⁴ Siehe Mitteilung (Fn. 73); daneben auch Europäische Kommission, Summary Report on the Responses received to the public consultation on disclosure of non-financial information by companies, April 2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/non-financial-reporting_en.htm (Abruf 1. 8. 2012); sowie, Grünbuch Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung von Unternehmen v. 18. 7. 2001, KOM(2001) 366 endg.; *Bachmann* WM 2011, 1301.

⁷⁵ Frequently Asked Questions: Consultation on the EU corporate governance framework v. 5. 4. 2011, MEMO/11/218, S. 4 beschreibt das Verhältnis von Corporate Governance und Corporate Social Responsibility so: „Both corporate governance and corporate social responsibility are important to companies. While corporate governance concentrates more on internal processes and the functioning of the company, corporate social responsibility focuses on its relations with the broad range of external stakeholders and its social and environmental responsibilities“.

⁷⁶ *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305, 315 „Art. 3 Abs. 2 Satz 2 enthält auch den staatlichen Auftrag, auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung und die Beseitigung bestehender Ungleichheiten im privaten Bereich hinzuwirken.“ Hierzu auch *Laskowski* ZRP 2001, 504, 505.

⁷⁷ Der Entwurf findet sich bei *Pfarr*, Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, Edition Hans-Böckler-Stiftung 57, 2001, S. 11 ff., abrufbar unter: www.boeckler.de/pdf/p_edition_057.pdf (Abruf 2. 8. 2012); siehe hierzu umfassend *Laskowski* ZRP 2001, 504 ff.

⁷⁸ Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Spitzenverbänden der Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Wirtschaft v. 2. 7. 2001, abrufbar unter: <http://www.dibk.de/themenfelder/standortpolitik/arbeitsmarkt-soziales/vereinbarkeit-familie-und-beruf/positionen/vereinbarung-zur-foerderung-der-chancengleichheit> (Abruf 1. 8. 2012).

⁷⁹ So bezeichnet der vom BMFSFJ in Auftrag gegebene Erste Gleichstellungsbericht den gegenwärtigen Zustand als „desaströs“. „Es ist zu konstatieren, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der deutschen Privatwirtschaft für eine Gleichstellung der Geschlechter aus dem Jahr 2001 nicht zu einer Steigerung des Anteils von Frauen in Führungspositionen geführt hat und diesbezüglich als gescheitert bewertet werden muss“; siehe Gutachten der Sachverständigenkommission an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Neue Wege – Gleiche Chancen – Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf, BT-Drucks. 17/6240, S. 137 rechte Spalte.

⁸⁰ SPD fordert Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft v. 2. 3. 2010, abrufbar unter: http://www.bundestag.de/presse/hib/2010_03/2010_059/02.html (Abruf 1. 8. 2012).

⁸¹ Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion, Für einen gerechten Lohn – für Frauen und Männer v. 26. 3. 2010, abrufbar unter: <http://www.gruene-bundestag.de/archiv/2010/maerz/fuer-einen-gerechten-lohn-fuer-frauen-und-maenner.html> (Abruf 1. 8. 2010).

⁸² Dies fordert auch der Erste Gleichstellungsbericht (Fn. 79), S. 137 rechte Spalte.

⁸³ So auch ausdrücklich die Zielsetzung diverser Vorschläge auf nationaler Ebene; siehe BMFSFJ, Flexi-Quote und Stufenplan „Frauen und Männer in Führungspositionen“ v. 24. 7. 2012, abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172756.html> (Abruf 2. 8. 2012); Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen v. 11. 2. 2011, BR-Drucks. 87/11, S. 15 f.; Entwurf eines Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten v. 13. 10. 2010, BT-Drucks. 17/3296, S. 6. Auch auf Unionsebene gibt es außerhalb des Grünbuchs Europäischer Corporate Governance-Rahmen (Fn. 24) auf Geschlechtergerechtigkeit abzielende Initiativen; siehe Mitteilung der Kommission „Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010–2015“, KOM(2010) 491 endg. und Commission Staff Working Paper „The Gender Balance in Business Leadership“, SEK(2011) 246 endg. In anderen europäischen Ländern wurden derartige Initiativen bereits umgesetzt, eine Vorreiterrolle nimmt dabei Norwegen ein, das in § 6–11a (1) des norwegischen Aktiengesetzes (AASL) eine gleichstellungspolitisch motivierte Quotenregelung für Anteilseignervertreter enthält; hierzu *Frost/Linnainmaa* AG 2007, 601, 603 f.

von diesen erhofft man sich eine „Sogwirkung“ auf den Frauenanteil in niedrigeren Führungsebenen.⁸⁴

Auf Unionsebene werden aktuell gesetzliche Transparenzpflichten in Bezug auf die Corporate Social Responsibility von Unternehmen diskutiert. Bereits jetzt finden sich dort Regelungen zur Veröffentlichung auch nichtfinanzieller Informationen im Lagebericht.⁸⁵ Diskutiert werden weitergehende Transparenzpflichten⁸⁶ sowie eine strengere Überwachung und Kontrolle der Richtigkeit⁸⁷ der gemachten Angaben.⁸⁸

Habersack kann folglich in seinem allgemeinen Petition nicht zugestimmt werden, dem Gesetzgeber sei „dringend anzuraten, von einer gesetzlichen Regelung abzusehen“ (E 40). Es kommt vielmehr auf deren Zielsetzung und konkrete Ausgestaltung an. Insofern bedarf es einer Regelung, die umfassend nicht nur in Aufsichtsräten, sondern vor allem auch in niedrigeren Führungsebenen darauf abzielt, Chancengleichheit für Frauen und Männer herzustellen.⁸⁹

3. Diversity im DCGK

a) Eignung zur Förderung der Geschlechtergerechtigkeit in der Privatwirtschaft

Das viel kritisierte⁹⁰ einseitige Vorpreschen der Regierungskommission durch die 2009 eingeführten und 2010 erweiterten Vorgaben zur angemessenen Berücksichtigung von Frauen bei der Besetzung des Aufsichtsrats⁹¹ ist hingegen abzulehnen. Vielmehr hätte sich diese auf Empfehlungen beschränken müssen, die Diversitätsvorgaben nur insofern machen, als damit wirklich und ausdrücklich eine Verbesserung der Unternehmensführung erreicht werden kann. Weitergehenden Empfehlungen stehen verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Die Regierungskommission ist nicht legitimiert, mit ihren Empfehlungen gesellschaftspolitische Zielsetzungen zu verfolgen. Insofern als § 161 AktG diese mit jedenfalls einer faktischen Bindungswirkung⁹² versieht, liegt ein Verstoß gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip vor.⁹³

⁸⁴ *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305, 320.

⁸⁵ Art. 46 Abs. 1 lit. b Jahresabschluss-RiL (Fn. 12) in der Fassung durch die Änderungs-RiL 2003/51/EG zur Änderung der RiL 78/660/EWG, 83/349/EWG, 86/635/EWG und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, von Banken und anderen Finanzinstituten sowie von Versicherungsunternehmen v. 18. 6. 2003, ABL Nr. L 178/16.

⁸⁶ Summary Report disclosure of non-financial information (Fn. 74), S. 9.

⁸⁷ Summary Report disclosure of non-financial information (Fn. 74), S. 15; siehe hierzu auch Grünbuch Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung (Fn. 23), S. 10.

⁸⁸ Zudem kündigte die Europäische Kommission in ihrem Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 2 an, „im Laufe des Jahres eine neue Rahmeninitiative zu lancieren, um Fragen anzugehen, die im Zusammenhang mit den gesellschaftlichen Herausforderungen der Unternehmen stehen“.

⁸⁹ So auch das Commission Staff Working Paper (Fn. 83), S. 6: „Getting more women into senior positions requires a bottom-up approach that ensures women have the same chance as men at every stage of the executive promotion process“.

⁹⁰ Siehe o. Fn. 72.

⁹¹ Insbesondere in Ziff. 5.4.1 DCGK (Fn. 3).

⁹² U.a. durch eine „fehlende Abweichungskultur“, s. *Habersack* (Fn. 46), E 24.

⁹³ Siehe hierzu die Ausführungen zur mangelnden Bindungswirkung von extra legem-Empfehlungen des DCGK wegen deren fehlender Gesetzesanbindung unter V.2. und in *Möllers/Fekonja* ZGR 2012 (im Erscheinen). Empfehlungen, die eine geschlechtergerechte Vertretung von Frauen in den Führungsgremien fordern, ergehen de lege lata mangels einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung nicht nur extra legem, sondern zudem außerhalb des der Regierungskommission durch das BMJ erteilten Auftrags, „auf der Basis des geltenden Rechts Verhaltensregeln für die Führung und Kon-

b) Eignung zur Verbesserung der Unternehmensführung

Denkbar ist hingegen eine dem UK Corporate Governance Code vergleichbare Regelung.⁹⁴ Dieser begreift Diversitätsvorgaben⁹⁵ ausschließlich und ausdrücklich als Mittel zur Verbesserung der Unternehmensführung.⁹⁶ Eine derartige Regelung sähe sich weder dem Vorwurf ausgesetzt, das Mandat der Regierungskommission zu überschreiten, noch müsste sie sich die Kritik der Systemfremdheit gefallen lassen. Zudem hebt sie nicht einseitig auf die Unterschiede zwischen Männern und Frauen ab, deren Überbetonung⁹⁷ einer Zementierung geschlechtsbezogener Stereotypen Vorschub leistet.⁹⁸ Vielmehr wird umfassend Diversität, das heißt eine möglichst große Vielfalt an unterschiedlichen Einflüssen, angestrebt.

V. Mittelbare Bindungswirkung der intralegem-Empfehlungen des DCGK⁹⁹

Zur Frage einer generellen, von der Entsprechenserklärung unabhängigen Bindungswirkung der Kodexempfehlungen nimmt *Habersack* nicht Stellung. Weitergehende Überlegungen zu dieser zentralen rechtstheoretischen und praktisch relevanten Frage sollen an dieser Stelle nachgeholt werden.

1. Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen

Es besteht weitgehendes Einvernehmen, dass die Kodexempfehlungen weder zu Gewohnheitsrecht erstarken können, noch Handelsbräuche i. S. des § 346 HGB darstellen.¹⁰⁰ Im Gegenteil werden die Empfehlungen des DCGK von einem

trolle börsennotierter Unternehmen in Deutschland aufzustellen“; *Hoffmann-Becking*, in: Festschrift für Hüffer, 2010, S. 337 mit Verweis auf BMJ, Pressemitteilung v. 6. 9. 2011; siehe auch *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder* (Fn. 33), Rn. 17, 20. Da auch diesen Empfehlungen wegen § 161 AktG eine jedenfalls faktische Bindungswirkung zukommt, ergeben sich erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken; so auch *Mülbert* ZHR 174 (2010), 375, 382. Siehe hierzu auch die Ausführungen bei *Hoffmann-Becking* a. a. O., S. 337, 341 f.

⁹⁴ Financial Reporting Council, UK Corporate Governance Code in der Fassung v. 29. 6. 2010, B.2 Supporting Principle, abrufbar unter: <http://www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Corporate-governance/UK-Corporate-Governance-Code.aspx> (Abruf 6. 8. 2012): „the search for board candidates should be conducted, and appointments made, on merit, against objective criteria and with due regard for the benefits of diversity on the board, including gender“.

⁹⁵ „Diversity bezieht sich auf all das, worin Menschen sich unterscheiden können, und dabei sowohl auf äußerlich wahrnehmbare als auch subjektive Unterschiede. Rasse, Geschlecht, Alter oder körperliche Behinderungen zählen zur ersten Kategorie; Erziehung, Religion und Lebensstil dagegen zur zweiten“, *Wagner/Sepehri* Personalführung 1999, 18.

⁹⁶ So auch Grünbuch Europäischer Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 6; für diese Lösung bekundet auch *Habersack* (Fn. 46), E 39 Sympathie; siehe hierzu auch *Mülbert* ZHR 174 (2010), 375, 381 f.

⁹⁷ Wie etwa im Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 7 f.

⁹⁸ Mögen Studien auch zu dem Ergebnis kommen, dass eine stärkere Präsenz von Frauen in Aufsichtsgremien die Unternehmensführung verbessert, so liegt einer derartigen Feststellung doch die aus gleichstellungspolitischen Gründen abzulehnende Annahme zugrunde, dass sich Frauen und Männer grundlegend unterscheiden. Mag hierin auch nicht ausdrücklich die Behauptung liegen, es bestünden grundlegende biologische Unterschiede, so wird jedenfalls von sozio-kulturell geprägten Unterschieden ausgegangen. Gerade aber in dieser Annahme liegen geschlechterspezifische Diskriminierungen häufig begründet.

⁹⁹ Siehe zum Ganzen vertieft *Möllers/Fekonja* ZGR 2012 (im Erscheinen).

¹⁰⁰ *Lutter*, in: *Kölner Kommentar (KK) AktG*, 3. Aufl. 2006, § 161 Rn. 11; *ders.*, in: Festschrift Goette, 2011, S. 1025, 1031 ff.; *Kort*, in: Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 945, 955 f.; *Spindler*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 43), § 161 Rn. 8; *Weber-Rey/Buckel* AG 2011, 845, 846; *Mülbert/Wilhelm* ZHR 176 (2012), 286, 314.

Teil der Literatur als rechtlich unverbindlich eingestuft.¹⁰¹ Ein anderer Teil sieht im DCGK zwar ebenfalls „soft law“, will ihm jedoch trotzdem eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit einräumen. So könne die Einhaltung der Kodexempfehlungen etwa eine Vermutung sorgfaltsgemäßen Handelns im Zusammenhang mit §§ 93, 116 AktG begründen.¹⁰²

Dieses normtheoretische Chaos zu lichten und eine saubere dogmatische Einordnung zu schaffen, versucht die Lehre von den sekundären Rechtsquellen.¹⁰³ Danach existiert neben verbindlichem staatlichem Recht und unverbindlichem „soft law“ eine dritte Kategorie, die sog. sekundären Rechtsquellen. Während sekundären Rechtsquellen die unmittelbare Verbindlichkeit staatlichen Rechts abgeht, unterscheiden sie sich von dem völlig unverbindlichen „soft law“ dadurch, dass sie eine Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht, mithin eine mittelbare Bindungswirkung, zu begründen vermögen.

Diese mittelbare Bindungswirkung ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die klassische Unterscheidung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung¹⁰⁴ vermag den Vorgang der Rechtskonkretisierung nicht hinreichend zu erfassen. Vielmehr stellt jede Rechtsanwendung, das heißt jede Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln, auch einen rechtsschöpferischen Akt dar.¹⁰⁵ Dieser rechtsschöpferische Akt erfolgt jedoch nicht völlig frei, vielmehr muss der Rechtsanwender unter anderem einschlägige Normen und allgemeine Rechtsprinzipien sowie höchstrichterliche Rechtsprechung auswerten.¹⁰⁶ Nach klassischer Auffassung kommt Rechtskenntnisquellen, wie Richterrecht¹⁰⁷, Verwaltungsvorschriften¹⁰⁸ oder privater Rechtssetzung¹⁰⁹, dennoch nur eine faktische Bindungswirkung zu. Für das Richterrecht haben namentlich *Kriele*, *Bydlinski* und *Alexy* jedoch eine weitergehende Bindungswirkung vertreten und nennen dieses daher eine sog. sekundäre Rechtsquelle.¹¹⁰ Die Gerichte treffe im Hinblick auf einschlägige höchstrichterliche Urteile eine Befassungs-¹¹¹ und subsidiäre Befolgungspflicht. Soll von einer früheren höchstrichterlichen Entscheidung abgewichen werden, muss dies besonders begründet werden.¹¹² Eine derartige Präjudizienvermutung nimmt mittlerweile wohl auch die h. M. an.¹¹³

101 Für eine Unverbindlichkeit sprechen sich aus *Hommelhoff/Schwab* (Fn. 39), S. 71, 77; *Hoffmann-Becking* (Fn. 93), S. 337, 343.

102 Mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung *Seibt* AG 2002, 249, 251; *Ulmer ZHR* 166 (2002), 150, 163; *Fleischer ZHR* 168 (2004), 673, 707; *Windbichler*, in: *Möllers*, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 19, 32; *Hanfland*, Haftungsrisiken im Zusammenhang mit § 161 AktG und dem DCGK, 2007, S. 93, 104; *Kort* (Fn. 100), S. 945, 959; *Weber-Rey/Buckel* AG 2011, 845, 848 ff.

103 *Möllers/Fekonja* ZGR 2012 (im Erscheinen); *Möllers*, in: *Festschrift Buchner*, 2009, S. 649, 654 ff.; *ders.*, in: *Möllers* (Fn. 102), S. 143 ff.

104 *von Bogdandy*, Gubernative Rechtssetzung, 2000, S. 156.

105 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 220; *Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 177 ff.; *Rötbel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 20 ff.

106 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 582 f.

107 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, S. 206; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 432; *Picker* JZ 1988, 62, 72 f.; *Köhler* JR 1984, 45, 48.

108 *BVerwGE* 75, 109, 115, 117 f.; 94, 335, 340; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 24 Rn. 3, 20. Für die Verlautbarungen der BaFin *Köndgen ZBB* 1996, 361; *Möllers/Ganten* ZGR 1998, 773, 801; *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, 6. Aufl. 2012, Einl. Rn. 67 ff.; *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 89.

109 *Wagner*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 280 ff.

110 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.; *Bydlinski* (Fn. 106), S. 506 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 4. Aufl. 2001, S. 339; hierzu bereits *Möllers*, in: *Festschrift für Buchner*, 2009, S. 649, 655; *ders.*, in: *Möllers* (Fn. 102), S. 143, 152.

111 *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 86.

112 *Kriele* (Fn. 110), S. 243 ff.; *Bydlinski* (Fn. 110), S. 506 ff.; *Alexy* (Fn. 110), S. 339.

113 *Fikentscher*, in: *Blawrock*, Die Bedeutung von Präjudizien im französischen und deutschen Recht, 1989, S. 11, 19; *Raisch*, Juristische Methoden, 1995, S. 192; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 6. Aufl. 2012, Rn. 239 ff.; *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 105 ff.; *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Ein-

Diese methodische Rechtsfigur lässt sich verallgemeinern, denn ähnliche Wirkmechanismen wie bei höchstrichterlichen Entscheidungen finden sich auch in anderen Bereichen. So verlangt etwa der *EuGH* von den Mitgliedstaaten, Empfehlungen der Europäischen Kommission nach Art. 288 Abs. 5 AEUV bei der Auslegung sowie Fortbildung nationalen Rechts, das auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht, ernsthaft zu prüfen und nur mit ausreichender Erklärung davon abzuweichen.¹¹⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht kann auch private Normsetzung unter bestimmten Voraussetzungen eine derartige mittelbare Bindungswirkung entfalten.¹¹⁵ Voraussetzung hierfür ist ein hoheitlicher Rezeptionsakt,¹¹⁶ der staatliche Autorität (sog. *auctoritas*) vermittelt.¹¹⁷ Ein solcher liegt für die Empfehlungen des DCGK zunächst in der gesetzlich¹¹⁸ angeordneten Veröffentlichung im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers durch das Bundesministerium der Justiz.¹¹⁹ Hinzu kommt die in § 161 Abs. 1 AktG gesetzlich fixierte Pflicht für börsennotierte oder diesen gleichgestellte Gesellschaften zur Abgabe einer Erklärung, ob die Empfehlungen des DCGK eingehalten werden. Auch hierin kann ein gesetzlicher Rezeptionsakt erblickt werden,¹²⁰ da die Regelung einen „Geltungsanspruch mit Ausstiegsklausel“¹²¹ begründet.

2. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht bei intra legem-Empfehlungen des DCGK

Dabei sind jedoch die Grenzen zu beachten, die das Rechtsstaats-¹²² und Demokratieprinzip¹²³ der Einbeziehung privater Regelwerke in staatliche Steuerungszusammenhänge zieht. Diese Grenzen werden bei Bestimmungen in privaten Regelwerken eingehalten, wenn ein starker Bezug zum geltenden Recht bestehen bleibt, mithin keine private Rechtssetzung contra oder extra legem, sondern intra legem erfolgt. Die wesentlichen politischen Entscheidungen bleiben in diesem Fall dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten, während sich die private Normsetzung auf eine Konkretisierung geltenden Rechts beschränkt. Durch die Bezugnahme auf private Regelwerke weist der Gesetzgeber die Konkreti-

tegration, 1999, S. 70; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 256 f.

114 *EuGH*, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407, Rn. 18 – Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles; Rs. C-188/91, Slg. 1993, I-363, Rn. 18 – Shell: „Wenn die Empfehlungen des Gemischten Ausschusses auch keine Rechte für den einzelnen begründen können, auf die dieser sich vor den nationalen Gerichten berufen könnte, so sind die nationalen Gerichte dennoch verpflichtet, sie bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, zumal wenn sie, wie beim Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, für die Auslegung der Bestimmungen des Übereinkommens von Nutzen sind.“

115 *Möllers*, in: *Festschrift für Buchner*, 2009, S. 649, 654 ff.; *ders.*, in: *Möllers* (Fn. 102), S. 143 ff.; ihm folgend *Spindler/Hupka* ebd., S. 117, 118; *Rötting/Lang* EuZW 2012, 8, 10 f.; *Blawrock* JZ 2012, 226 ff.

116 Ähnlich *Ruffert*, in: *Hoffman-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 89; *Köndgen* AcP 206 (2006), 477, 518 ff.

117 Hierzu *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 113), Rn. 317 f.

118 § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG.

119 Hierbei erfolgt eine eingeschränkte Überprüfung jedenfalls des ordnungsgemäßen Zustandekommens und der Gesetzmäßigkeit der Regelung; siehe *Ebke/Paal*, in: *MünchKommHGB*, 2. Aufl. 2008, § 342 Rn. 27; *Förschle*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar* (Fn. 40), § 342 Rn. 17; *Spindler*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 43), § 161 Rn. 7; *Lutter*, in: *KK-AktG* (Fn. 100), § 161 Rn. 10. S. dazu auch *Seibert* BB 2002, 581, 582.

120 *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, 2007, S. 37 ff.

121 *Hüffer* (Fn. 36), § 161 Rn. 3.

122 *BVerfGE* 98, 218, 251 – Rechtschreibreform.

123 *BVerfGE* 85, 386, 403 f. – Fangschaltung; *BVerfGE* 95, 267, 307 f. – Altschulden.

sierungsbefugnis bewusst neben den Gerichten auch dem privaten Normsetzer zu. Der Beitrag der privaten Normsetzung erfolgt auf einer ersten Konkretisierungsebene und wird später durch die letztentscheidungsbefugten Gerichte aufgegriffen, die den privaten Konkretisierungsbeitrag wertend in ihre Erwägungen mit einbeziehen.¹²⁴

Private Normsetzung *intra legem* liegt dabei vor, wenn sich die Regelung in dem durch das Gesetz selbst bzw. – bei nur unzureichender gesetzlicher Konkretisierung – durch Präjudizien, Lehrmeinung, allgemeine Rechtsprinzipien und internationale Standards gezogenen Rahmen bewegt. Kann eine Empfehlung des DCGK der privaten Normsetzung *intra legem* im Gegensatz zu *extra* oder *contra legem* zugeordnet werden, so entfaltet sie unabhängig von einer dahingehenden Entsprechenserklärung der Gesellschaft mittelbare Bindungswirkung im oben beschriebenen Sinne¹²⁵. Auch wenn sich die Gesellschaft mit entsprechender Begründung gegen eine Befolgung der Empfehlungen des DCGK ausspricht, entfalten die *intra legem* ergangenen Kodexempfehlungen mittelbare Bindungswirkung. Die Entsprechenserklärung dient ja gerade nicht dazu, die Konkretisierungsleistung des DCGK auszuhebeln, sondern vorwiegend der Information des Kapitalmarkts.¹²⁶ Es bleibt der Gesellschaft jedoch unbenommen, die bereits im Rahmen der Entsprechenserklärung vorgebrachten Gründe für ihr Abweichen auch zur Unterstützung ihrer Rechtsauffassung vor dem entscheidenden Gericht vorzubringen.

VI. Europäische Rechtsharmonisierung im Bereich Corporate Governance

1. Forderung nach Zurückhaltung auf Unionsebene

In den letzten Jahren ist die Aktivität der Europäischen Kommission im Bereich der Corporate Governance, zuletzt durch die Veröffentlichung von drei Grünbüchern¹²⁷, wieder stark angestiegen. Daher stellt sich mit neuer Vehemenz die Frage, in welchen Bereichen eine Rechtsharmonisierung durch Unionsrecht erfolgen sollte oder aber Regelungen auf nationaler Ebene oder durch private Regelsetzer vorzugswürdig sind.¹²⁸ Insgesamt wird in der deutschen Rechtsliteratur überwiegend kritisch und ablehnend auf eine weitergehende Harmonisierung auf Unionsebene reagiert.¹²⁹ Vorgetragen wird, dass viele der nun durch das Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen angeregten Maßnahmen in Deutschland bereits umgesetzt seien¹³⁰ bzw. „gleichermaßen gut oder besser“ auf nationaler Ebene verwirklicht werden könnten¹³¹. Abge-

lehnt werden insbesondere verbindliche Rechtsakte auf Unionsebene. Wenn überhaupt sei eine sanfte Rechtsharmonisierung durch Empfehlungen¹³² oder sogenannte Offene Methoden der Koordinierung¹³³ vorzugswürdig. Eine Ausnahme bilden insoweit die im Grünbuch diskutierten Maßnahmen für mehr Transparenz bei der Stimmrechtsberatung. Hier werden Regelungen auf Unionsebene befürwortet.¹³⁴ Auf vehemente Ablehnung gestoßen sind hingegen Unionsmaßnahmen zur Förderung geschlechterspezifischer Diversität etwa bei der Aufsichtsratsbesetzung.¹³⁵

2. Weitere Rechtsharmonisierung und Koordinierung nationaler Maßnahmen

Grundlage weitergehender Überlegungen zur Rechtsharmonisierung muss eine intensive Auseinandersetzung mit den Unionszuständigkeiten im Bereich Corporate Governance sein. Ausführlich beschäftigt sich *Fleischer*¹³⁶ mit dieser Frage und kommt zu dem Ergebnis, dass es durchaus noch Regelungsbereiche gibt, „welche die Problemlösungskapazität einzelner Mitgliedstaaten bei weitem übersteigen“ und bei denen daher auch bei der gebotenen strengen Beachtung der Einzelkompetenzen der EU sowie des diese weiter beschränkenden Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV) eine Regulierung auf Unionsebene gerechtfertigt wäre.¹³⁷ Konkret sind hier Maßnahmen gemeint, die grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen oder auf eine bessere Verzahnung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte gerichtet sind.¹³⁸ Im Bereich der Corporate Governance sollten insbesondere die Regelungen zu Transparenzpflichten auf Unionsebene angesiedelt werden, da hier die Vorteile zentraler Regelung überwiegen.¹³⁹ Dies ist bereits jetzt der

¹²⁴ Ähnlich aber in anderem Zusammenhang *Hohl* (Fn. 120), S. 314; *Helmermann* NZG 2000, 1097, 1099.

¹²⁵ D.h. eine Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht, s. V. 1.

¹²⁶ Siehe zur Informationsfunktion der Entsprechenserklärung *Habersack* (Fn. 46), E 51 f. m. w. Nachw.

¹²⁷ Siehe Fn. 22, 23 und 24.

¹²⁸ *Grundmann* (Fn. 8), § 5 Rn. 157; *Hopt*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werdner* (Fn. 39), S. 39, 49 m. w. Nachw. in Fn. 42; *Fleischer* ZGR 2012, 160, 174 f.

¹²⁹ So auch *Habersack* (Fn. 46), E 20 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 60, sowie E 70 f.; *Fleischer* ZGR 2012, 160, 176. Zurückhaltend aber auch Report of the Reflection Group (Fn. 61), S. 11: „It is unnecessarily simplistic to expect that one size would fit all and there is no reason to believe that harmonisation at a Union level can provide one or even a few generally acceptable systems of governance that can outperform what has been developed by practitioners over a span of generations to suit their individual needs and which has been refined by the test of time and tried in times of crisis.“ Die Reflection Group weist jedoch auch darauf hin, dass im Gegensatz dazu für die Corporate Governance von Finanzinstituten eine weitergehende Regulierung auf Unionsebene sinnvoll sein könnte.

¹³⁰ *Bachmann* WM 2011, 1301 ff., 1309.

¹³¹ Institut für Gesellschaftsrecht der Universität zu Köln NZG 2011, 975.

¹³² So auch *Bachmann* WM 2011, 1301, 1310; Institut für Gesellschaftsrecht der Universität zu Köln NZG 2011, 975, 976; *Hopt* EuZW 2011, 609, 610; siehe zum Ganzen auch *Fleischer* ZGR 2012, 160, 176 ff.

¹³³ *Fleischer* ZGR 2012, 160, 178 ff.

¹³⁴ Siehe hierzu die Zusammenfassung der Antworten im Rahmen des Konsultationsverfahrens zum Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen, Feedback Statement, Summary of Responses to the Commission Green Paper v. 15. 11. 2011, S. 14, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/corporate-governance-framework_en.htm (Abruf 5. 8. 2012). In diesem Bereich fällt die Begründung der Regelungszuständigkeit der Union zudem leicht; siehe *Fleischer* ZGR 2012, 160, 167, 172.

¹³⁵ Institut für Gesellschaftsrecht der Universität zu Köln NZG 2011, 975, 977; Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen v. 6. 7. 2011, BT-Drucks. 17/6506, III. 2., IV. 7.; siehe hierzu auch die Zusammenfassung der Antworten im Rahmen des Konsultationsverfahrens zum Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen (Fn. 134), S. 7 f. Die Stellungnahmen lehnten danach überwiegend eine Regelung auf Unionsebene ab bzw. bevorzugten Empfehlungen oder soft law. Auch *Fleischer* ZGR 2012, 160, 167, 173 kommt zu dem Ergebnis, dass eine Unionszuständigkeit für die Regelung der board-Zusammensetzung nur schwer begründbar ist; siehe hierzu auch *Habersack* (Fn. 46), E 37 Fn. 141 m. w. Nachw.

¹³⁶ *Fleischer* ZGR 2012, 160, 164 ff.

¹³⁷ *Fleischer* ZGR 2012, 160, 172.

¹³⁸ *Fleischer* ZGR 2012, 160, 172; siehe auch die hierauf gerichteten Fragen in der Konsultation der Europäischen Kommission über die Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm (Abruf 6. 8. 2012). Ähnlich auch *Bachmann* WM 2011, 1301, 1310; *Hopt* (Fn. 128), S. 49; Aktionsplan (Fn. 9), S. 10.

¹³⁹ So auch Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States v. 23. 9. 2009, S. 183, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/studies/comply-or-explain-090923_en.pdf (Abruf 27. 7. 2012): „the ultimate goal is to provide shareholders with an enhanced structure of comprehensive and qualitative disclosure enabling them to play their monitoring role and exercise their responsibilities as final beneficiaries of corporate governance disclosure“; siehe auch *Grundmann* (Fn. 8), § 5 Rn. 164 m. w. Nachw.

Fall und sollte auch für weitergehende Maßnahmen, wie die Pflicht zur Offenlegung des alternativ gewählten Konzepts bei Abweichen von Kodexempfehlungen, beibehalten werden. Zur Effektivierung dieser unionsrechtlichen Transparenzpflichten bedarf es geeigneter Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen.¹⁴⁰ Insbesondere sollte versucht werden, private Rechtsdurchsetzung zu erleichtern, indem durch eine individuelle Überprüfung der Informationsqualität der Entsprechenserklärung¹⁴¹ sichergestellt wird, dass Aktionären eine hinreichende Informationsgrundlage zur Verfügung steht. Sinnvoll ist es darüber hinaus, wenn die Kommission durch weiche Instrumente wie Empfehlungen oder Offene Methoden der Koordinierung nationale Regelungsbemühungen unterstützt und koordiniert und so langfristig zu einer Annäherung der mitgliedstaatlichen Regelungen im Bereich Corporate Governance beiträgt.¹⁴²

3. Ausblick

Wie wird es nun weitergehen? Mit der Vorlage eines Europäischen Corporate Governance Kodex ist jedenfalls mittelfristig nicht zu rechnen.¹⁴³ Dennoch sind zeitnah weitere Refor-

140 Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen (Fn. 24), S. 22 f.; Study on Monitoring and Enforcement (Fn. 139), S. 178 ff.

141 Etwa im Rahmen der Abschlussprüfung oder nach spanischem und portugiesischem Vorbild durch Aufsichtsbehörden, die für jedes Unternehmen individuell die Qualität der Informationen in der Entsprechenserklärung prüfen, s. Study on Monitoring and Enforcement (Fn. 139), S. 63, 179.

142 Fleischer ZGR 2012, 160, 176; Report of the Reflection Group (Fn. 61), S. 12.

143 Siehe bereits Aktionsplan (Fn. 9), S. 13 f. Einen Europäischen Kodex für Finanzinstitute ablehnend Beschluss Nr. 13 (b) der Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht des 68. DJT 2010, abrufbar unter:

men des europäischen Gesellschaftsrechts und insbesondere des Corporate Governance-Rahmens zu erwarten. Hierfür sprechen die intensiven Aktivitäten der Kommission in diesem Bereich, unter anderem durch Vorlage dreier Grünbücher¹⁴⁴ sowie der kürzlich abgeschlossenen Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts^{145, 146} Folgeinitiativen sollen in der zweiten Jahreshälfte 2012 gemeinsam angekündigt werden.¹⁴⁷ Spannend bleibt insbesondere die weitere Entwicklung bei der Förderung der geschlechterspezifischen Diversität in den Aufsichtsorganen. Die Vizepräsidentin der Kommission *Viviane Reding* schließt „Gesetzesinitiativen auf EU-Ebene [...] als ultima ratio nicht aus.“¹⁴⁸ Sollten die nationalen Bemühungen um eine Angleichung des Geschlechterverhältnisses in den Aufsichtsorganen nicht fruchten, ist trotz der umstrittenen Unionszuständigkeit mit EU-Maßnahmen zu rechnen.

www.djt.de/fileadmin/downloads/68/68_djt_beschluesse.pdf (Abruf 6. 8. 2012). Langfristig diese Option offen haltend hingegen Study on Monitoring and Enforcement (Fn. 139), S. 177 f. Ausführlich legt Fleischer ZGR 2012, 160, 182 ff. die Argumente gegen einen Europäischen Corporate Governance Kodex dar.

144 Siehe Fn. 22, 23 und 24.

145 Siehe hierzu Fn. 9 und Fn. 138.

146 Hopt NZG 2012, 619.

147 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 20. 2. 2012, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/149&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (Abruf 6. 8. 2012).

148 Reding ZRP 2011, 127. Siehe hierzu auch die bis 28. 5. 2012 laufende Konsultation „Gender imbalance in corporate boards in the EU“, Fragebogen abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/opinion/120528_en.htm (Abruf 6. 8. 2012), die das Commission Work Programme 2012 v. 15. 11. 2011, KOM(2011), 777 endg. Vol. 2 Nr. 100 umsetzt; siehe zudem Fn. 83.

Abteilung IT- und Kommunikationsrecht

Professor Dr. Karl-Nikolaus Peifer, RiOLG, Köln*

Persönlichkeitsschutz und Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung

I. Problemstellung

Das Internet stellt ein hohes Bedrohungspotential für den Daten-, Jugend-, Urheber- und Persönlichkeitsschutz dar.¹ Diese Bedrohung hat das Medienvilrecht im Bereich des Datenschutzes mit einer Flutwelle erreicht, welche die Veränderungen der massenmedialen Meinungsbildung in einer kommerzialisierten publizistischen Welt noch übertrifft² und die gestaltende Aufgabe des Rechts in besonderer Weise herausfordert.³ Aus heutiger Sicht nicht mehr angestaubt wirkt selbst die Debatte der 1990er Jahre über den Niedergang des Schutzes der Ehre,⁴ die in Internetsachverhalten schon deshalb neue Relevanz erhält, weil die Angriffe in

Blogs und sozialen Netzwerken schärfer, unfairer und intriganter („Cyberbullying“, „Cybermobbing“⁵) werden und damit Kernbereiche der Menschenwürde antasten, die das Zivilrecht nicht kalt lassen können.

Kommunikation mit anderen und über andere ist im Internet schneller („Twitter“⁶), streubreiter (soziale Netzwer-

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln und Richter am OLG Hamm.

1 So Gounalakis, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, S. C-76.

2 Dazu Stürmer, Gutachten zum 58. DJT 1990; ders. JZ 1994, 865.

3 Dazu im Medienpersönlichkeitsrecht Stürmer JZ 2004, 1018.

4 Insbesondere Kriele NJW 1994, 1897, 1905; Stark, Ehrenschtutz in Deutschland, 1996, S. 69 und passim.

5 Drastisch der „Megan Meier“-Case, *United States v. Lori Drew*, 259 F.R.D. 449 (C.D. Cal. 2009): Nachdem ihre minderjährige Tochter von der 16jährigen Megan Meier diffamiert worden sein soll, errichtet die Mutter der Betroffenen unter falschem Namen ein „MySpace“-Konto. Hier stellt sie Vertraulichkeit zu der Mitschülerin her und verschärft sukzessive den Ton der Konversation bis zu dem Punkt, dass sie der Betroffenen eröffnet, „die Welt sei ohne sie eine bessere“. Über Verlinkungen mit weiteren Teilnehmern an dem sozialen Netzwerk wird diese Kritik verstärkt. Die Betroffene erhängt sich. Hierzu und zu ähnlichen Fällen ausführlich Citron 108 Mich.L.Rev. 2009, 373; dies./Norton 91 Boston Univ.L.Rev. 2011, 1435.

6 OLG Bremen – 2 U 115/10 = MMR 2011, 337 (Veröffentlichung von Anlegerinformationen mit kreditgefährdenden Tatsachenbehauptungen durch eine Anwaltskanzlei mit „Twitter“-Verlinkung).