

# Betriebs Berater

10 | 2020

M&A ... GwG ... Wegzugsbesteuerung ... Corporate Governance ... Arbeitszeiterfassung ...

2.3.2020 | 75. Jg.  
Seiten 513–576

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Stefan Müller**

Deutscher Public Corporate Governance-Musterkodex (D-PCGM) –  
ein neuer Kompass im Gestrüpp von Legitimität und Legalität

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Stephan R. Göthel**, LL.M., RA, und **Dennis Graminsky**

Trügerische Sicherheit – die Grenzen der Rechtswahl bei internationalen M&A-Verträgen | 514

**Dr. Ulrike Suendorf-Bischof**, RAin

Die persönliche Haftung des Geldwäschebeauftragten nach dem Geldwäschegesetz | 522

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Jan F. Bron**, LL.M. oec., StB

Übermaßbesteuerung durch neue Verrechnungsbeschränkungen für Verluste aus Kapitalanlagen  
(§ 20 Abs. 6 EStG) | 535

**Prof. Dr. Jens Escher**, LL.M., RA/StB/FAStR, und **Patrick Grzella**, RA

Aktuelles zur Wegzugsbesteuerung gem. § 6 AStG | 540

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Christopher Koch**, **Melanie Großastroth**, M.Sc., und **Ann-Kristin Guth**, M.Sc.

Unabhängigkeitsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder nach dem neuen DCGK:  
Implikationen für Unternehmen | 555

## ARBEITSRECHT

**Dr. Philipp Wiesenecker**, RA/FAArbR

Arbeitszeiterfassung im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes | 564

Prof. Dr. Christopher Koch, Melanie Großastroth, M.Sc., und Ann-Kristin Guth, M.Sc.

# Unabhängigkeitsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder nach dem neuen DCGK: Implikationen für Unternehmen

Die geänderte Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) sieht neue Unabhängigkeitsanforderungen für Aufsichtsratsmitglieder vor. Der nachfolgende Beitrag behandelt die Frage, wie Unternehmen mit diesen neuen Anforderungen umgehen können. Hierzu wird aufgezeigt, welche Ermessensspielräume bei der Beurteilung der Unabhängigkeit verbleiben und wie diese konkretisiert werden können. Als ein relevanter Maßstab werden die Vorschriften des DCGK mit den Kriterien der Stimmrechtsberater ISS und Glass Lewis (GL) verglichen. Außerdem wird im Rahmen einer eigenen Erhebung geprüft, ob sich aus den neuen DCGK-Empfehlungen für DAX30-Unternehmen die Notwendigkeit der Anpassung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats ergibt.

## I. Problemstellung

Am 23.1.2020 wurde der geänderte DCGK durch die Regierungskommission an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) weitergeleitet. Sobald der DCGK durch das BMJV veröffentlicht sein wird, haben die börsennotierten Unternehmen in ihrer jährlichen Entsprechenserklärung zur Beachtung der teilweise geänderten Empfehlungen des DCGK Stellung zu nehmen.<sup>1</sup>

Im Vordergrund der DCGK-Änderungen stand neben der Vorstandsvergütung die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder.<sup>2</sup> Ziel der Änderungen war sowohl die Konkretisierung der Unabhängigkeitsdefinition als auch die Schärfung der Mindestanforderungen an die Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder. Anlass war u. a. die zunehmende Bedeutung der Stimmrechtsberater, die in ihren Richtlinien konkretere und weitergehende Anforderungen an die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern stellen als die bisherige Fassung des DCGK.<sup>3</sup> Außerdem ergab sich der Bedarf zur Konkretisierung der Unabhängigkeitsdefinition zur Entschärfung der Diskussion innerhalb des Aufsichtsrats, welche der Mitglieder als nicht unabhängig anzusehen sind und daher nach einer 2017 eingeführten Empfehlung namentlich als solche zu benennen sind (5.4.1 DCGK i. d. F. vom 7.2.2017).<sup>4</sup> Zuletzt wurde die Notwendigkeit zur Konkretisierung der Unabhängigkeitsdefinition durch ein Urteil des OLG Celle deutlich, in dem die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärung mit der Begründung abgewiesen wurde, dass die Definition der Unabhängigkeit im DCGK nicht hinreichend bestimmt ist.<sup>5</sup>

Als eine wesentliche Neuerung wird nun zwischen der Unabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand einerseits und der Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär andererseits unterschieden. Für jede dieser beiden Teilunabhängigkeiten werden konkrete Anforderungen an die Mindestanzahl von Aufsichtsratsmitgliedern gestellt, die die jeweilige Definition erfüllen sollen. Daneben wird auch die bisherige Unabhängigkeitsdefinition fortgeführt, die sich

sowohl auf die Unabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand als auch auf die Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär bezieht. Im Gegensatz zu bisher erstrecken sich die Unabhängigkeitsanforderungen im neuen DCGK ausschließlich auf die Anteilseignersseite.

## II. Erste Teilunabhängigkeit: Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder von der Gesellschaft und deren Vorstand

### 1. Regelungen des DCGK

Als erste Teilunabhängigkeit behandelt der DCGK die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder von der Gesellschaft und deren Vorstand. In diesem Sinne sollen mehr als die Hälfte der Anteilseignervertreter unabhängig sein (C.7 DCGK). Zusätzlich soll der Vorsitzende des Aufsichtsrats, des Prüfungsausschusses und des Vergütungsausschusses diese Unabhängigkeitsanforderung erfüllen (C.10 DCGK).

In Anlehnung an die bisherige Definition ist ein Aufsichtsratsmitglied „unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand, wenn es in keiner persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann“ (C.7 DCGK).

Diese Definition wird neu anhand von vier Indikatoren konkretisiert, die sich sowohl auf das Aufsichtsratsmitglied selbst als auch auf nahe Familienangehörige des Aufsichtsratsmitglieds beziehen (C.7 DCGK). Sofern zumindest einer der Indikatoren erfüllt ist, weist dies auf eine fehlende Unabhängigkeit hin. Dies bedeutet aber nicht, dass zwingend eine Einstufung als nicht unabhängig erfolgen muss. Erfolgt keine solche Einstufung, soll dies allerdings in der Erklärung zur Unternehmensführung begründet werden (C.8 DCGK). Umgekehrt kann ein Aufsichtsratsmitglied auch ohne Erfüllung eines Indikators als nicht unabhängig eingestuft werden.

Der erste Indikator ist erfüllt, wenn in den zwei Jahren vor Ernennung als Aufsichtsratsmitglied eine Mitgliedschaft im Vorstand der Gesellschaft bestand. Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit der gesetzlichen Cooling-Off-Regelung für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat zu sehen (§ 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG). Sachgerecht ist diese Einordnung, wenn die aktive Vorstandstätigkeit weniger als zwei

<sup>1</sup> Vgl. Koch, Corporate Governance case by case, 2. Aufl. 2019, S. 62 f.

<sup>2</sup> Vgl. Regierungskommission DCGK, PM vom 23.1.2020, abrufbar unter <https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2019/DCGK%202019/190522%20Pressemitteilung%20DCGK%202019.pdf> (Abruf: 6.2.2020), S. 2.

<sup>3</sup> Vgl. Nonnenmacher, WPg 2018, 709, 710.

<sup>4</sup> Vgl. Regierungskommission DCGK, PM vom 14.2.2017, abrufbar unter <https://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2017-beschlossen-vorsitzwechsel-zum-1-maerz.html> (Abruf: 6.2.2020), S. 3.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Celle, 27.6.2018 – 9 U 78/17, NZG 2018, 904, 905, CB 2019, 453.

Jahre zurückliegt. Es erscheint aber sehr weitgehend, dass Aufsichtsratsmitglieder anscheinend über ihre gesamte Amtszeit als nicht unabhängig eingestuft werden sollen, sofern die gesetzliche Cooling-Off-Regelung am Anfang ihrer Amtszeit nicht beachtet wurde.

Der zweite Indikator bezieht sich auf wesentliche geschäftliche Beziehungen zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft. Konkretisiert wird hierbei der Zeitpunkt der geschäftlichen Beziehung (aktuell oder in dem Jahr bis zur Ernennung als Aufsichtsratsmitglieder), die Rolle des Aufsichtsratsmitglieds in einer solchen Beziehung (Gesellschafter oder in verantwortlicher Funktion eines konzernfremden Unternehmens) und die Abgrenzung der Gesellschaft (neben der Gesellschaft auch von dieser abhängige Unternehmen). Beispielhaft wird zudem aufgeführt, dass solche Beziehungen als Kunde, Lieferant, Kreditgeber oder Berater bestehen können. Eine Konkretisierung des Begriffs der Wesentlichkeit erfolgt nicht.

Der dritte Indikator betrifft die persönlichen Beziehungen zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und einem der Vorstandsmitglieder. Der DCGK beschränkt den Indikator hierbei auf nahe Familienangehörige. In den Erläuterungen der Kodexkommission wird zur Konkretisierung dieses Begriffs auf IAS 24.9 verwiesen, wonach Familienangehörige gemeint sind, die bei Transaktionen des Unternehmens das Aufsichtsratsmitglied beeinflussen oder von diesem beeinflusst werden können. Darunter fallen Kinder, Ehegatten oder Lebenspartner sowie abhängige Angehörige dieser Personen.<sup>6</sup>

Der vierte Indikator betrifft die bisherige Amtsdauer des Aufsichtsratsmitglieds. Im Gegensatz zu den übrigen Indikatoren wurde dieser bisher nicht von den Regelungen des DCGK aufgegriffen und stellt somit eine inhaltliche Neuerung dar.<sup>7</sup> Sehr konkret wird davon ausgegangen, dass eine Amtszeit von mehr als zwölf Jahren einen Hinweis auf fehlende Unabhängigkeit gibt. Diese Zeitperiode ist nicht mit der regelmäßig genutzten maximalen Amtsperiode von fünf Jahren abgestimmt. Implizit ergibt sich aus dem Indikator daher die Aufforderung zu einer Verkürzung der Länge einer Amtsperiode, wie dies auch im Entwurf zur DCGK-Änderung noch als Empfehlung vorgesehen war.<sup>8</sup>

## 2. Vergleich mit den Kriterien von Stimmrechtsberatern

Ein Ziel der DCGK-Reform war auch die Annäherung der Regelungen an internationale Best Practice. Ein Maßstab für internationale Best Practice bilden die Richtlinien der Stimmrechtsberater.<sup>9</sup> Stimmrechtsberater unterstützen institutionelle Investoren gegen Entgelt bei der Ausübung ihrer Stimmrechte, indem sie basierend auf den Richtlinien die Stimmrechtsempfehlungen für die einzelnen Tagesordnungspunkte auf der Hauptversammlung entwickeln.<sup>10</sup> Im Folgenden sollen daher die neu eingeführten Indikatoren des DCGK mit den Kriterien der (europäischen) Richtlinien der führenden Stimmrechtsberater ISS und GL verglichen werden.

Vergleichbar mit dem ersten Indikator des DCGK stuft ISS frühere Vorstandsmitglieder als nicht unabhängig ein, die während der Cooling-Off-Periode in den Aufsichtsrat gewechselt sind.<sup>11</sup> ISS definiert allerdings die Cooling-Off-Periode mit fünf Jahren deutlich länger als das deutsche Aktiengesetz. Außerdem stuft ISS ehemalige Vorstandsmitglieder nach Ablauf der fünf Jahre Cooling-Off-Periode nicht zwingend als nicht unabhängig ein.<sup>12</sup> Hinsichtlich des zweiten Indikators des DCGK zur geschäftlichen Beziehung legt ISS spezifische Grenzen fest, ab wann diese als wesentlich einzustufen sind. Die Wesentlichkeitsgren-

ze liegt hierbei grundsätzlich bei 1 % des Umsatzes der Gesellschaft bzw. der Gesellschaft, für die der Aufsichtsrat tätig ist.<sup>13</sup> Eine schärfere Wesentlichkeitsgrenze von 10000 US-Dollar gilt für Beratungsdienstleistungen, die das Aufsichtsratsmitglied oder ein Verwandter für die Gesellschaft erbringt.<sup>14</sup> Im Unterschied zum DCGK werden nur aktuell bestehende geschäftliche Beziehungen berücksichtigt und nicht auch solche, die im Jahr vor der Ernennung bestanden. Ähnlich wie der dritte DCGK-Indikator orientiert sich ISS zur Feststellung persönlicher Beziehungen an dem Kriterium der Verwandtschaft, wobei nicht nur geprüft wird, ob das Aufsichtsratsmitglied Verwandtschaftsverhältnisse zu aktuellen Vorstandsmitgliedern aufweist, sondern auch zu früheren Vorstandsmitgliedern.<sup>15</sup> Identisch zum vierten DCGK-Indikator sieht ISS ebenfalls eine Amtsdauer von mehr als zwölf Jahren als Kriterium für fehlende Unabhängigkeit vor.<sup>16</sup>

Die Kriterien von GL sind mit denen von ISS vergleichbar. Ein Unterschied besteht darin, dass<sup>17</sup> GL höhere Wesentlichkeitsgrenzen von 50000 Euro für persönlich erbrachte Dienstleistungen vorsieht.<sup>18</sup>

## 3. Konkretisierungserfordernisse für Unternehmen

Die Indikatoren zur Einschätzung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder durch die Anteilseignerseite tragen zur Konkretisierung bei, verwenden allerdings selbst wiederum neue unscharfe Begrifflichkeiten. Die Anwendung der Indikatoren macht es daher erforderlich, dass sich der Aufsichtsrat mit der Konkretisierung dieser Begrifflichkeiten beschäftigt.

Der erste Indikator zur Klassifikation von ehemaligen Vorstandsmitgliedern, die innerhalb der gesetzlichen Cooling-Off-Periode in den Aufsichtsrat gewechselt sind, erscheint zunächst eindeutig. Nicht ganz eindeutig wird allerdings, ob diese Aufsichtsratsmitglieder zumindest im Einzelfall nach Ablauf der Cooling-Off-Periode wieder als unabhängig eingestuft werden können. Da eine solche Vorgehensweise der Anwendung des vergleichbaren Kriteriums durch ISS und GL entsprechen würde, wäre diese durchaus denkbar.

Beim zweiten Indikator, der wesentlichen geschäftlichen Beziehung, lässt der DCGK offen, ab wann eine solche Beziehung als wesentlich einzustufen ist. Hier könnte die von ISS und GL festgelegte Wesentlichkeitsgrenze von 1 % des Umsatzes eine sinnvolle Konkretisierung sein. Für Beratungsverträge zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und

6 Vgl. Regierungskommission DCGK, Deutscher Corporate Governance Kodex 2020, abrufbar unter <https://www.dcgk.de/de/kodex/dcgk-2020.html> (Abruf: 6.2.2020).

7 Vgl. v. Werder, DB 2019, 41, 46.

8 Vgl. Regierungskommission DCGK, Entwurf eines geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex, 2018, abrufbar unter <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/archiv/konsultation-2019.html> (Abruf: 6.2.2020), S. 8.

9 Vgl. *Nonnenmacher* (Fn. 3), 710.

10 Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 217; *Heinen/Koch*, BB 2018, 2731, 2731.

11 Vgl. ISS, Continental Europe – Proxy Voting Guidelines – Benchmark Policy Recommendations, 2020, abrufbar unter <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf> (Abruf: 6.2.2020), S. 13.

12 Die europäischen Richtlinien von ISS halten hierzu nur fest „former executive (five-year cooling off period)“, so dass nicht deutlich wird, ob ehemalige Aufsichtsratsmitglieder nach Ablauf der Cooling-Off-Phase wieder als unabhängig eingestuft werden können, vgl. ISS (Fn. 11). Dass dies durchaus der Fall sein kann, legen aber bspw. die kanadischen ISS-Richtlinien nahe, die ehemalige Vorstandsvorsitzende nach Ablauf der Cooling-Off-Phase auf „case-by-case basis“ hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit beurteilen, vgl. ISS, Canada Proxy Voting Guidelines for TSX-Listed Companies, 2020, abrufbar unter <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/americas/Canada-TSX-Voting-Guidelines.pdf> (Abruf: 6.2.2020), S. 9.

13 Vgl. ISS (Fn. 11).

14 Vgl. ISS (Fn. 11).

15 Vgl. ISS (Fn. 11).

16 Vgl. ISS (Fn. 11).

17 Vgl. GL, Guidelines Germany 2020, abrufbar unter <https://www.glasslewis.com/guidelines/> (Abruf: 6.2.2020), S. 4.

18 Vgl. GL (Fn. 17), S. 5.

der Gesellschaft sollte eine schärfere Wesentlichkeitsgrenze festgelegt werden, die in Anlehnung an die Kriterien von ISS bzw. GL bei ca. 10000 Euro bzw. 50000 Euro gezogen werden kann.

Hinsichtlich des dritten Indikators, der persönlichen Beziehung, könnten Unternehmen den Begriff der nahen familiären Beziehung durch die Festlegung der zu prüfenden Verwandtschaftsverhältnisse konkretisieren. Hierbei kann man sich sowohl an IAS 24.9 orientieren als auch an den von ISS und GL genannten Verwandtschaftsverhältnissen.

Der vierte Indikator einer bisherigen Amtsdauer von zwölf Jahren ist eindeutig festgelegt. Allerdings existiert keine eindeutige Best Practice im internationalen Kontext. Dies wird auch dadurch deutlich, dass GL bisher eine Amtsdauer von bis zu 15 Jahren akzeptiert hat.<sup>19</sup> Es kann daher durchaus sachgerecht sein, intern eine längere Amtsdauer von beispielsweise 15 Jahren festzulegen.<sup>20</sup> Für Aufsichtsratsmitglieder mit mehr als zwölf Jahren Amtsdauer könnte dann mit Verweis auf die firmenspezifische Grenze begründet werden, weshalb diese weiterhin als unabhängig eingestuft werden.

Die Unternehmen sollten sowohl ihre gewählten Konkretisierungen der Indikatoren als auch deren Anwendung auf die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder nach außen transparent kommunizieren. Ansonsten ist die Einschätzung insbesondere hinsichtlich der Indikatoren der wesentlichen geschäftlichen und der persönlichen Beziehung für Externe nur schwierig nachvollziehbar. Offengelegt werden sollten bspw. bestehende Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern (wie nach 5.4.6 DCGK i. d. F. vom 7.2.2017 noch gefordert)<sup>21</sup> und der Grenzwert, ab dem diese zu einer Einstufung als nicht unabhängig führen. Dies ist auch im Interesse der Aufsichtsratsmitglieder, da ISS eine Einstufung als nicht unabhängig vornimmt, sofern die Prüfung der Kriterien aufgrund unzureichender Informationen nicht möglich ist.<sup>22</sup>

#### 4. Anpassungsbedarf für Unternehmen

Der geänderte DCGK legt neu fest, dass mehr als die Hälfte der Anteilseignervertreter der Unternehmen unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand sein sollen. Die Unternehmen müssen daher bei der nächsten Erstellung einer Entsprechenserklärung prüfen, ob diese neue Empfehlung beachtet wird.

Zur Einschätzung des Anpassungsbedarfs für die Unternehmen haben die Verf. in einer eigenen empirischen Analyse untersucht, ob bereits heute die DAX30-Unternehmen diese neue DCGK-Vorschrift erfüllen.<sup>23</sup> Hierbei hat sich zunächst gezeigt, dass die Einschätzung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder anhand der DCGK-Indikatoren mit Hilfe öffentlich verfügbarer Informationen zum jetzigen Zeitpunkt häufig schwierig ist. Sofern man im Zweifel von der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds ausgeht, verbleiben vier Unternehmen, die zum jetzigen Zeitpunkt die Anforderungen noch nicht erfüllen. In allen diesen Fällen ist dies darauf zurückzuführen, dass Aufsichtsratsmitglieder zwar vom Unternehmen als unabhängig eingestuft werden, allerdings künftig aufgrund einer zu langen Amtsdauer als nicht unabhängig einzustufen sind.

### III. Zweite Teilunabhängigkeit: Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom kontrollierenden Aktionär

#### 1. Regelungen des DCGK

Als zweite Teilunabhängigkeit geht der DCGK auf die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom kontrollierenden Aktionär ein. So-

fern die Gesellschaft einen kontrollierenden Aktionär hat, soll mindestens ein Anteilseignervertreter unabhängig von diesem sein (C.9 DCGK). Wenn der Aufsichtsrat aus mehr als sechs Mitgliedern besteht, erhöht sich diese Mindestanzahl auf zwei (C.9 DCGK). Außerdem soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig vom kontrollierenden Aktionär sein (C.10 DCGK). Ein Aufsichtsratsmitglied ist in diesem Sinne als unabhängig einzustufen,

„wenn es selbst oder ein naher Familienangehöriger weder kontrollierender Aktionär ist noch dem geschäftsführenden Organ des kontrollierenden Aktionärs angehört oder in einer persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zum kontrollierenden Aktionär steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann.“ (C.9 DCGK).

Als kontrollierender Aktionär ist zumindest der Mehrheitsaktionär anzusehen. Für die Klassifikation ist es allerdings bereits ausreichend, wenn der Aktionär davon ausgehen kann, dass er nachhaltig die Mehrheit der auf der Hauptversammlung präsenten Stimmrechte erreichen kann.<sup>24</sup>

Eine Offenlegung von Beziehungen zu einem an der Gesellschaft beteiligten Aktionär soll bereits dann erfolgen, wenn die Beteiligung als wesentlich anzusehen ist (C.13 DCGK). Dies ist der Fall, wenn der Aktionär direkt oder indirekt mehr als 10% der Stimmrechte besitzt (C.13 DCGK).

#### 2. Vergleich mit den Kriterien von Stimmrechtsberatern

Der Stimmrechtsberater ISS sieht vergleichbar mit dem DCGK die Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds als nicht gegeben an, sofern es eine Beziehung zu einem kontrollierenden Aktionär hat. In den europäischen Richtlinien verwendet ISS für den kontrollierenden Aktionär den dort nicht näher definierten Begriff des „significant shareholders“.<sup>25</sup> Wie sich aus den US-amerikanischen Richtlinien von ISS ergibt, sind dies Aktionäre mit mehr als 50% „voting power“.<sup>26</sup> Der ISS-Begriff des „significant shareholders“ ist somit mit dem DCGK-Begriff des kontrollierenden Aktionärs vergleichbar.

Ein Aufsichtsratsmitglied ist nach ISS als nicht unabhängig einzustufen, sofern es vom kontrollierenden Aktionär als Vertreter ernannt wurde, ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder es als Geschäftsführer für den kontrollierenden Aktionär tätig ist.<sup>27</sup> Auch nach dem DCGK wird ein Aufsichtsratsmitglied bei Vorliegen solcher Beziehungen grundsätzlich als nicht unabhängig einzustufen sein. Der DCGK ist an dieser Stelle sogar strenger als ISS, da der allgemeinere Verweis auf persönliche und geschäftliche Beziehung auch noch weitere Beziehungen abdecken kann. Strengere Kriterien als der DCGK sieht der Stimmrechtsberater ISS hinsichtlich des persönlichen Anteilsbesitzes des Aufsichtsratsmitglieds vor. Während der DCGK hier ebenfalls das Kontrollkriterium verwendet, sieht ISS bereits einen Anteilsbesitz von 10% bzw. einen verpflichtend offenzulegenden Anteilsbesitz als die Unabhängigkeit

19 Vgl. GL (Fn. 17), S. 4.

20 Die firmenspezifische Grenze kann auch eine kürzere Amtsdauer als zwölf Jahre für die Einstufung als nicht unabhängig vorsehen. *Redenius-Hövermann/Schmidt*, Working Paper Nr. 154, 2018, S. 11, empfehlen bspw. eine Grenze von nicht mehr als zehn Jahren.

21 Kritisch zu der Streichung dieser Empfehlung *Redenius-Hövermann*, AR 2019, 144, 144.

22 Vgl. ISS (Fn. 11), S. 8.

23 Datenquellen waren die 2018er-Geschäftsberichte und die Internetseite der Unternehmen. Ergänzend wurde eine Internetrecherche durchgeführt.

24 Vgl. Regierungskommission DCGK (Fn. 6), S. 15. Vgl. auch *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), AktG, 13. Aufl. 2018, § 100 AktG, Rn. 4.

25 Vgl. ISS (Fn. 11).

26 Vgl. ISS „United States Proxy Voting Guidelines“, 2018, abrufbar unter <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/americas/US-Voting-Guidelines.pdf> (Abruf: 6.2.2020), S. 10.

27 Vgl. ISS (Fn. 11).

gefährdend an.<sup>28</sup> Zusätzlich sind nach ISS auch Aufsichtsratsmitglieder unabhängig von der Beteiligungshöhe als nicht unabhängig einzustufen, die das Unternehmen (mit)gegründet haben.<sup>29</sup>

Der Stimmrechtsberater GL erwähnt in seinen deutschen Richtlinien Beziehungen zu einem kontrollierenden Aktionär nicht als eigenes Kriterium für die Einstufung als nicht unabhängig.

### 3. Konkretisierungserfordernisse für Unternehmen

Auch nach der Reform behält der DCGK die recht vagen Kriterien einer bestehenden persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu einem kontrollierenden Aktionär bei (C.8 DCGK). Als eine Möglichkeit der Konkretisierung dieser Begriffe könnte auf die oben besprochenen Indizien zur Unabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand zurückgegriffen werden.<sup>30</sup> Die persönliche Beziehung könnte insbesondere dann angenommen werden, wenn das Aufsichtsratsmitglied ein naher Familienangehöriger der Geschäftsführung des kontrollierenden Aktionärs ist. Für die geschäftliche Beziehung könnte ein ähnlicher Wesentlichkeitsmaßstab wie für das oben besprochene Indiz verwendet werden.

Der DCGK sieht auch weiterhin die Einschränkung vor, dass eine Einordnung als nicht unabhängig nur dann erfolgt, sofern die Beziehungen einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen (C.8 DCGK). Zur Konkretisierung dieser Einschränkung könnte sich an den ISS-Kriterien orientiert werden, so dass insbesondere dann von einem nicht wesentlichen Interessenkonflikt ausgegangen wird, wenn nach den ISS-Kriterien keine relevante Beziehung zu einem kontrollierenden Aktionär festgestellt werden kann.

Die Unternehmen sollten transparent mit dem Kriterium der Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär umgehen. Explizit sollte benannt werden, welche Aufsichtsratsmitglieder als nicht unabhängig von dem kontrollierenden Aktionär einzustufen sind. Außerdem sollten eventuell bestehende persönliche oder geschäftliche Beziehungen zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und dem kontrollierenden Aktionär offengelegt werden, um den übrigen Aktionären eine eigenständige Beurteilung der Wesentlichkeit der Beziehung zu erlauben.

### 4. Anpassungsbedarf für Unternehmen

Der geänderte DCGK legt neu eine Mindestanzahl von Anteilseignervertretern fest, die von dem kontrollierenden Aktionär unabhängig sein sollen. In der bereits weiter oben angesprochenen eigenen Erhebung der Verf. hat sich gezeigt, dass alle DAX30-Unternehmen, die einen kontrollierenden Aktionär besitzen, bereits jetzt über die erforderliche Mindestanzahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern verfügen. Zumindest für die großen börsennotierten Unternehmen dürfte daher der Anpassungsbedarf gering sein.

Allerdings konnte im Rahmen der Erhebung auch festgestellt werden, dass sich die Einschätzung der Unabhängigkeit vom kontrollierenden Aktionär in vielen Fällen aufgrund von nicht öffentlich verfügbaren Informationen als schwierig gestaltet. Für die obige Einschätzung des Anpassungsbedarfs wurde im Zweifelsfall davon ausgegangen, dass das jeweilige Aufsichtsratsmitglied unabhängig ist. Stimmrechtsberater hingegen gehen strenger vor und stufen ein Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich als nicht unabhängig ein, wenn die öffentlich verfügbaren Informationen zur Beurteilung der Kriterien nicht ausreichend sind. Auch aus diesem Grund sollten Unternehmen eine höhere

Transparenz anstreben und bspw. im Fall von fehlenden persönlichen und geschäftlichen Beziehungen explizit eine Fehlanzeige vermerken.

## IV. Allgemeine Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds

### 1. Regelungen des DCGK

Allgemein spricht der DCGK von einem unabhängigen Aufsichtsratsmitglied, wenn es die Definition beider Teilunabhängigkeiten erfüllt. Ein Aufsichtsratsmitglied ist somit unabhängig, wenn es unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand und unabhängig von einem kontrollierenden Aktionär ist (C.6 DCGK).

Die Unternehmen sollen wie bisher eine angemessene Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf der Anteilseignerseite festlegen, die in diesem Sinne unabhängig sind (C.6 DCGK). Aus dem Zusammenspiel mit den Anforderungen an die Teilunabhängigkeiten ergeben sich allerdings implizit neue Mindestanforderungen. Für Unternehmen ohne kontrollierenden Aktionär ist die allgemeine Unabhängigkeitsdefinition deckungsgleich mit der Teilunabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand, so dass sich implizit eine angemessene Anzahl von mehr als der Hälfte der Anteilseignervertreter ergibt. Für Unternehmen mit kontrollierendem Aktionär ist hingegen die allgemeine Unabhängigkeitsdefinition schärfer als die Teilunabhängigkeiten. So ist ein Aufsichtsratsmitglied bspw. als nicht unabhängig einzustufen, wenn dieses zwar unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand, aber nicht unabhängig vom kontrollierenden Aktionär ist. Aus diesem Grund muss die angemessene Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder nicht zwingend bei mehr als der Hälfte der Anteilseignervertreter liegen, um die DCGK-Empfehlungen zu erfüllen. Die Möglichkeit einer geringeren Anzahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern bei Unternehmen mit kontrollierendem Aktionär ist auch im Sinne der DCGK-Empfehlung, die Eigentümerstruktur bei der Festlegung dieser Anzahl zu berücksichtigen (C.6 DCGK).

Der DCGK empfiehlt, die angemessene Anzahl und die Namen der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder offenzulegen (C.1 DCGK). Bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern sollen außerdem deren Beziehungen veröffentlicht werden, soweit diese für objektiv urteilende Aktionäre im Hinblick auf deren Wahlentscheidung maßgebend sind (C.13 DCGK). Solche maßgebenden Beziehungen sind breiter zu definieren als die wesentlichen Beziehungen, die zu einer fehlenden Unabhängigkeit beitragen können.

### 2. Vergleich mit den Kriterien von Stimmrechtsberatern

Der Stimmrechtsberater ISS legt eine Mindestanzahl für unabhängige Aufsichtsratsmitglieder fest, bei deren Überschreiten empfohlen wird, gegen die (Wieder-)wahl nicht unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder zu stimmen.<sup>31</sup>

Für Unternehmen ohne kontrollierenden Aktionär werden zwei Grenzen definiert:<sup>32</sup> Als erste Grenze wird eingefordert, dass mindes-

<sup>28</sup> Vgl. ISS (Fn. 11).

<sup>29</sup> Vgl. ISS (Fn. 11).

<sup>30</sup> Vgl. v. d. Linden, DStR 2019, 1528, 1530.

<sup>31</sup> Vgl. ISS (Fn. 11), S. 8.

<sup>32</sup> Diese Grenzen beziehen sich auf „widely-held companies“, die entweder in einem wichtigen Index vertreten sind oder deren Aktien von einer Vielzahl von ISS-Kunden gehalten werden. Für „non-widely held companies“ gilt nur die zweite Grenze. Vgl. ISS (Fn. 11), S. 8.

tens 50 % der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat unabhängig sind. Diese Grenze ist weniger streng als die des DCGK, der für diese Unternehmen implizit die Unabhängigkeit von *mehr* als 50 % der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat verlangt. Als zweite Grenze soll zudem mindestens ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder unabhängig sein. Diese Grenze ist für Unternehmen mit paritätischer Mitbestimmung von Bedeutung. Da Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat von ISS als nicht unabhängig eingestuft werden,<sup>33</sup> müssen zur Erfüllung der Anforderung mindestens zwei Drittel der Anteilseignervertreter in diesen Unternehmen unabhängig sein.

Für Unternehmen mit kontrollierendem Aktionär gilt nur die zweite Grenze. Auch ISS berücksichtigt somit die Eigentümerstruktur bei der Festlegung der angemessenen Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder. Allerdings ergibt sich für mitbestimmte Unternehmen aufgrund der Einschätzung von Arbeitnehmervertretern als nicht unabhängig die Anforderung, dass mindestens die Hälfte (bei Dritteteiligung) bzw. zwei Drittel (bei Parität) der Anteilseignervertreter unabhängig sein müssen.

Der Stimmrechtsberater GL sieht ähnliche Grenzen wie der DCGK vor. So sollen grundsätzlich mehr als die Hälfte der Anteilseignervertreter unabhängig sein. Bei Unternehmen mit einem „significant shareholder“ akzeptiert GL diese, sofern deren Anteil im Aufsichtsrat nicht den Beteiligungsanteil des „significant shareholders“ übersteigt.

### 3. Konkretisierungserfordernisse für Unternehmen

Der Aufsichtsrat sollte bei der Festlegung der angemessenen Anzahl unabhängiger Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat prüfen, ob sich aus den neuen Empfehlungen zu den Teilunabhängigkeiten Implikationen ergeben. Für nicht kontrollierte Unternehmen ist die Grenze sinnvollerweise bei mehr als der Hälfte der Anteilseignervertreter festzusetzen, wenn die Empfehlungen zu der Teilunabhängigkeit von der Gesellschaft und deren Vorstand beachtet wird. Für kontrollierte Unternehmen ist die sich aus den Teilunabhängigkeiten ergebende Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder abhängig von der Verteilung der Teilunabhängigkeit auf die Mitglieder, so dass keine allgemeingültige Aussage möglich ist. Aufsichtsräte von mitbestimmten Unternehmen sollten zudem überlegen, ob sie sich an den strengeren Vorgaben des Stimmrechtsberater ISS orientieren möchten.

### 4. Anpassungsbedarf für Unternehmen

In einer bereits oben angesprochenen eigenen Erhebung der Verf. wurde untersucht, ob die von den Aufsichtsräten der DAX30-Unternehmen festgelegte angemessene Anzahl unabhängiger Anteilseignervertreter schon mit der neuen DCGK-Empfehlung konform ist. Für 21 der DAX30-Unternehmen war die Angabe zur angemessenen Anzahl verfügbar. Hierbei zeigte sich, dass von den Unternehmen ohne kontrollierenden Aktionär bis auf eines alle die angemessene Anzahl bereits bei mehr als der Hälfte der Anteilseignervertreter festlegen.

## V. Zusammenfassung

1. Am 23.1.2020 wurde die geänderte Fassung des DCGK an das BMJV zur Veröffentlichung weitergeleitet. Als eine wesentliche Neuerung wurden die Vorschriften zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern überarbeitet. Ziele der Änderungen waren

eine Konkretisierung der Unabhängigkeitsdefinition und eine stärkere Berücksichtigung internationaler Best Practice. Neben dem Begriff der Unabhängigkeit wurden neu zwei Ausprägungen von Teilunabhängigkeit definiert.

- Die erste Teilunabhängigkeit ist die von der Gesellschaft und deren Vorstand. Diese wird durch vier Indikatoren spezifiziert, wobei diese ihrerseits teilweise eine Konkretisierung erfordern. Aufsichtsräte können die Konkretisierung durch den Rückgriff auf die von Stimmrechtsberatern wie ISS und GL entwickelten Kriterien vornehmen. Aus der neuen Mindestanzahl von mehr als der Hälfte der Anteilseignervertreter wird sich bei einzelnen Unternehmen ein Anpassungsbedarf in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats ergeben.
- Die zweite Teilunabhängigkeit ist die vom kontrollierenden Aktionär. Aufsichtsräte sollten sich überlegen, wie sie die Begriffe der persönlichen und geschäftlichen Beziehung zum kontrollierenden Aktionär näher konkretisieren. Neben dem Rückgriff auf die Indizien zur ersten Teilunabhängigkeit kann auch ein Rückgriff auf die Kriterien der Stimmrechtsberater hilfreich sein, die sich insbesondere an einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis oder der Stellung als Geschäftsführer beim kontrollierenden Aktionär orientieren. Die neue Mindestanzahl von zumindest einem bzw. zwei in diesem Sinne unabhängigen Anteilseignervertrettern im Aufsichtsrat erfüllen die großen börsennotierten Unternehmen bereits heute zum großen Teil. Allerdings sollten Unternehmen durch entsprechende Angaben sicherstellen, dass Außenstehende die Einstufung als unabhängig in diesem Sinne nachvollziehen können.
- In der allgemeinen Unabhängigkeitsdefinition werden die beiden Teilunabhängigkeiten kombiniert. Der Aufsichtsrat hat wie bisher eine angemessene Anzahl von in diesem Sinne unabhängigen Anteilseignervertrettern festzulegen. Aufsichtsräte von Unternehmen ohne kontrollierenden Aktionär sollten prüfen, ob die angemessene Anzahl unabhängiger Aufsichtsräte bei mehr als der Hälfte liegt, um die Konsistenz mit den Anforderungen an die Teilunabhängigkeiten zu wahren.

**Prof. Dr. Christopher Koch** ist Inhaber des Lehrstuhls für Corporate Governance und Wirtschaftsprüfung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Er ist Mitglied im Arbeitskreis „Corporate Governance Reporting“ der Schmalenbach-Gesellschaft e. V.



**Melanie Großastroth, M.Sc.**, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Corporate Governance und Wirtschaftsprüfung der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.



**Ann-Kristin Guth, M.Sc.**, ist Mitarbeiterin der PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Frankfurt a. M.



<sup>33</sup> Vgl. ISS (Fn. 11).