Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 124 (2005)

Artikel: Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Aktionären

Autor: Lutter, Marcus

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895773

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlußprüfern und Aktionären

Marcus Lutter*

Übersicht

I. Einleitung
1. Haftung und ihre Bedeutung
2. Das Programm dieser Abteilung
3. Sorgfaltspflicht und Treupflicht
4. Das Pflichtenprogramm für Direktoren im englischen Reform-Entwurf

II. Das konkrete Pflichtenprogramm für das aktive Management
1. Pflicht zur Einhaltung von Recht, Gesetz und Satzung
2. Pflicht zur Organisation des Unternehmens und zur Überwachung der Mitarbeiter
3. Pflicht zur laufenden Überwachung der finanziellen Situation der Gesellschaft
4. Delegation von Aufgaben innerhalb des Vorstands/Boards/Verwaltungsrats als Änderung des Pflichtenstandards
5. Unternehmerische Entscheidungen: Die Business Judgment Rule
6. Duty of Loyalty
7. Interessenkonflikte
8. Pflicht zu sorgfältiger Amtsführung
9. Pflicht, sich an der Verwaltung der Gesellschaft aktiv zu beteiligen
10. Pflichten des Managements im Konzern

III. Schaden der Gesellschaft, Haftung und Verschulden
1. Schaden und Kausalität
2. Verschulden

---

* Prof. Dr. Dres. h. c., Universität Bonn. – Generalbericht zum 3. Europäischen Juristentag 2005 in Genf. Die Vortragsform wurde beibehalten. – Der Verfasser dankt seinen wiss. Mitarbeitern Felix Steffek, LL. M. (Cambridge) und Martin Wittmann sehr für die mühevolle Aufbereitung des Materials und die sorgfältige Betreuung des Manuskripts.

IV. Enthaftung des Managements
1. Manager-freundliche Lösungen
2. Strenge Lösung
3. Vermittelnde Lösungen
4. Entlastung, Verzicht und Vergleich
V. Überwachung
1. Überblick
2. Besonders wichtige Pflichten
3. Haftung
VI. Exkurs: Innen- und Außenhaftung des Managements
1. Haftung aus Delikt
2. Ausdrückliche Regelung in Gesellschaftsrechts-Gesetzen
3. Insolvenz-Haftung des Managements
4. Wachsende Bedeutung der Außenhaftung
VII. Haftung des Abschlußprüfers
1. Überblick
2. Besonderheiten
3. Fazit
VIII. Haftung der Aktionäre
1. Haftung der Konzern-Obergesellschaft
2. Allgemeine Aktionärs-Haftung
IX. Haftung von Aufsichtsbehörden
1. Überblick
2. Die Rechtslage speziell in Deutschland
X. Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Gesellschaft
1. Überblick
2. Einzelheiten
3. Erleichterungen im Verfahren
4. Aktionärsklage
IX. Schluß
Anhang 1 – Gesetzestexte
Anhang 2 – Company Law Reform Bill, Part B (Directors), Chapter 1 (General Duties)
Anhang 3 – Gesetzliche Formulierungen der Business Judgment Rule

I. Einleitung

1. Haftung und ihre Bedeutung

Haftung ist kein schönes Wort. Niemand auf der Welt freut sich, wenn er wegen eines Schadens, der einem Dritten entstanden ist, mit seinem privaten

Vermögen dafür geradestehen soll. Und doch ist diese Haftung im Bereich der Unternehmen – und davon wollen wir handeln – von ganz und gar zentraler Bedeutung, und das aus mehrfachen Gründen:

(1) Der unerhörte wirtschaftliche und industrielle Erfolg der letzten 150 Jahre ist ganz wesentlich darin begründet, daß sich nicht mehr nur wenige einzelne Menschen als Kaufleute und Unternehmer betätigen, sondern viele Menschen daran teilhaben wollen und können, indem sie diesen Unternehmern einen Teil ihres Vermögens für deren unternehmerische Zwecke zur Verfügung stellen. Diese Unternehmer werden so zu Treuhändern vieler Menschen. Und wenn sie deren Vertrauen verletzen, ist das besonders schädlich – für den Einzelnen ebenso wie für das System – wir haben das in den vergangenen Jahren nachdrücklich und bitter erlebt. Die Rechtsordnung muß hier also energisch sein, ohne doch den Unternehmern, also den Managern, wie man heute sagt, das Handwerk zu verleiden.

(2) Andererseits müssen die Manager um ihre Schranken, ihre Pflichten und Risiken wissen. Haftung hat also auch eine Steuerungsfunktion, ist Teil der – um modern zu reden – Corporate Governance. Das ist keine Neuigkeit; denn das hat schon vor drei Jahren Jean Nicolas Druey auf einer Schweizer Tagung zur Manager-Haftung gesagt.[1] Auch unter diesem Aspekt hat man abzuwägen: der Anspruch auf strenge Pflichterfüllung sollte die unternehmerische Freude und den unternehmerischen Mut nicht erdrücken.

(3) Und schließlich muß man trennen zwischen Haftung und unternehmerischem Risiko. Dieses Risiko trägt der Investor, der Gesellschafter, Aktionär; er ist zusammen mit anderen der Träger des Unternehmens, nicht das Management. Haftung übernimmt also nicht das unternehmerische Risiko, sondern gleicht Schäden aus, die auf Pflichtverletzungen beruhen. Diesen Grundsatz hat erst kürzlich die belgische Cour de Cassation in einem Urteil vom 16. Februar 2001 sehr schön formuliert:

> «Lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négotiations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant.»

1 Jean Nicolas Druey, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste? – Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern etc. 2003.

2. *Das Programm dieser Abteilung*

Wir haben uns in dieser Abteilung nicht darauf beschränkt, nur die Haftung des Managements, der Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder und Mitglieder des Verwaltungsrats zu erörtern, sondern wir entwerfen ein Gesamttableau von Haftungstatbeständen im Kontext der Gesellschaften. Daher reden wir hier *auch* über Aufsichtsräte und Wirtschaftsprüfer, ja selbst über Aktionäre und Aufsichtsbehörden.

Dennoch: die Haftung des Managements steht ganz natürlich im Zentrum. Sie wird daher auch in nahezu allen Gesellschaftsrechts-Ordnungen ausdrücklich angesprochen, meist mit den Worten, das betreffende Organmitglied hafte der Gesellschaft für einen Schaden, den es sorgfaltswidrig veranlaßt habe.[2] Die Sorgfalt der Amtsführung und ihre Verletzung stehen also bei den Gesetzestexten und anders entstandenen Normen ganz im Vordergrund. Wir können das als *Pflicht zu sorgfältiger Amtsführung* (duty of care) bezeichnen.[3]

Es geht aber nicht nur um die eigentliche Amtsführung, sondern auch um das persönliche Verhalten des einzelnen Managers. Immer wieder treffen wir auf Fälle, in denen sich Manager persönlich in Geschäftschancen ihrer Gesellschaft drängen, Interessenkonflikte aufbauen, indem sie etwa persönlich Zulieferer-Firmen gründen oder sich unvertretbar hohe Gehälter bewilligen. Das hat mit Sorgfalt der eigentlichen Amtsführung nur am Rande zu tun. Und deshalb hat sich in Lehre und Rechtsprechung neben der Sorgfaltspflicht, der duty of care, die *Treupflicht* oder duty of loyalty des Managements herausgebildet.[4]

3. *Sorgfaltspflicht und Treuepflicht*

Mit diesen beiden Pflichten – Sorgfaltspflicht und Treupflicht –, die wir in allen mir bekannten Rechtsordnungen finden[5], wollen wir uns in unseren bei-

---

2 Zum Wortlaut der einzelnen Gesetze siehe *Anhang 1*. Die große Arbeit von Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, ist erst nach Fertigstellung dieses Manuskripts erschienen und konnte daher leider nicht mehr berücksichtigt werden.

3 So die USA, vgl. hierzu RMBCA (Revised Model Business Corporation Act), § 8.30(a) (1)–(3); Sheinfeld/Pippitt, Fiduciary Duties of Directors of a Corporation in the Vicinity of Insolvency and After Initiation of a Bankruptcy Case, in: The Business Lawyer; Vol. 60, November 2004, S. 79 f., und Großbritannien, vgl. hierzu Gower/Davies, Principles of Modern Company Law, 7. Aufl., 2003, S. 432 ff.

4 Cary/Eisenberg, Corporations, New York 1998, Chapter VIII; Sheinfeld/Pippitt (FN 3), S. 79, 80 f.; Hopt, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. (1999), § 93, Rn. 72; Mertens, in: Kölner-Komm, 2. Aufl. (1996), § 93, Rn. 57 ff.

5 Ausdrücklich in der Schweiz, Art. 717 OR.

den ersten Abschnitten beschäftigen, wobei wir von diesen Pflichten ausgehen, also einer gewissermaßen idealtypischen Situation, und erst in einem zweiten Schritt erörtern, welches Maß der Abweichung zur Haftung führt.

Damit haben wir einen Rahmen gezimmert, der nun der Ausfüllung bedarf. Da aber macht es keinen Sinn, sich in Kasuistik zu verlieren, vielmehr muß man versuchen, einzelne Bereiche, einzelne Schwerpunkte solcher Pflichten festzustellen.

4. Das Pflichtenprogramm für Direktoren im englischen Reform-Entwurf

Ein solches Pflichtenprogramm für Direktoren von Gesellschaften findet sich bislang in keiner der europäischen geschriebenen Rechtsordnungen.[6] Um so überraschender ist es, daß ausgerechnet der englische Entwurf einer Company Law Reform Bill[7] in seinem Part B Chapter 1 unter der Überschrift «General Duties» genau ein solches Pflichtenprogramm enthält[8], dessen wesentliche Aspekte die folgenden sind:

(1) Pflicht, nur innerhalb der verliehenen Befugnisse zu handeln («Duty to act within powers»);
(2) Pflicht, den Erfolg der Gesellschaft zum Wohle ihrer Gesellschafter zu fördern («Duty to promote the success of the company for the benefit of its members»);
(3) Pflicht, unabhängig zu entscheiden («Duty to exercise independent judgment»);
(4) Pflicht, mit Sorgfalt, Sachkunde und Fleiß zu handeln («Duty to exercise reasonable care, skill and diligence»);
(5) Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten («Duty to avoid conflicts of interest»);
(6) Pflicht, keine Vergünstigungen von Dritten anzunehmen («Duty not to accept benefits from third parties») und
(7) Pflicht zur Offenlegung etwaiger Interessenkonflikte bei geplanten Geschäften mit der Gesellschaft («Duty to declare interest in proposed transaction with the company»).

Dieses Programm ist sehr allgemein gehalten; es wird daher auch zu Recht mit «General Duties» überschrieben, ist aber in einzelnen Punkten bei der

---

6 § 93 Abs. 3 des deutschen AktG und § 84 Abs. 3 des österreichischen AktG listet einige Tatbestände auf, die – über das Gesetz hinweg verstreut – von den Direktoren *nicht erfüllt* werden dürfen.

7 Der Entwurf kann unter *http://www.dti.gov.uk/cld/review.htm* heruntergeladen werden.

8 Wegen seiner Bedeutung für die Arbeit in dieser Abteilung ist dieses Chapter 1 im *Anhang 2* zu dieser Abhandlung abgedruckt.

Konkretisierung der Pflichten des Managements durchaus hilfreich. Wir werden darauf zurückkommen.

II. Das konkrete Pflichtenprogramm für das aktive Management

«Die Pflichtverletzung ist es, was zur Haftung führt», sagt BÖCKLI ganz zu Recht.[9] Wollen wir uns mit Haftung beschäftigen, müssen wir uns also vor allem mit den Pflichten der Vorstände, der board-Mitglieder und der Verwaltungsräte beschäftigen.

1. Pflicht zur Einhaltung von Recht, Gesetz und Satzung

Die nationalen Gesetze Europas erwähnen gelegentlich die selbstverständliche Pflicht des Managements, die Gesetze und die Satzung der Gesellschaft einzuhalten[10] und besondere gesetzliche Pflichten zu erfüllen.[11] Diese Pflicht ist selbstverständlich[12], wird aber keineswegs stets beachtet; ich brauche nur an Kartellverstöße, an Bestechungen und an die nicht abgeführten Steuern zu erinnern. Dem berühmten deutschen ARAG-Fall lag ein solcher Gesetzesverstoß zu Grunde.[13] Und als vor zehn Jahren bei uns in Deutschland die Zinsabschlagssteuer eingeführt wurde, haben ganz viele Leute ihr Geld mit Hilfe ihrer Banken nach Luxemburg und in die Schweiz verbracht. Das war Beihilfe zur Steuerhinterziehung.[14] Und als VW einmal zu viel Geld in der Kasse hatte, hat das Management eine Schreibmaschinenfabrik gekauft, obwohl das nach der Satzung nicht zulässig war.[15]

Also: Die Pflicht ist klar und selbstverständlich, wird aber keineswegs ebenso selbstverständlich auch stets eingehalten.[16]

Diese Pflicht ist aber auch unendlich weit. Denn die Gesetze sind Legion und viele von ihnen betreffen gerade unternehmerische, industrielle und finanzielle (Banken, Versicherungen) Tätigkeiten: man denke nur an die vielen

---

9 BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. 2004, § 18, N 5.

10 So etwa Belgien und Frankreich, vgl. Anh. 1.

11 Deutschland in § 93 Abs. 3 AktG; Frankreich in Art. L. 225–251; Niederlande in Art. 129 f. 2. Buch BW; Österreich in § 83 Abs. 3 öAktG; Schweiz in Art. 716a OR; Spanien in Art. 129 Abs. 1, 133 Abs. 1 LSA.

12 Und führt nach Art. 528 LS in Belgien quasi automatisch zur Haftung des Managements, auch gegenüber Dritten(!).

13 BGH vom 21.4.1997, BGHZ 135, S. 244.

14 BGH vom 1.8.2000, BGHSt 46, S. 107.

15 Mehr zu den wirtschaftlichen Hintergründen des 1979 durchgeführten Erwerbs kann unter *http://www.manager-magazin.de/unternehmen/missmanagement/0,2828,149 044,00.html* nachgelesen werden.

16 Dazu vgl. auch FLEISCHER, ZIP 2005, S. 141.

Gesetze zum Schutze von Luft und Wasser, zum Schutz der Sicherheit am Arbeitsplatz, zur Information des Publikums über die Produkteigenschaften und zur Information von Behörden und Öffentlichkeit über bestimmte Ereignisse, etc. etc.[17]

In diesen Bereich gehört aber auch die Pflicht zur Einhaltung der mit der Gesellschaft bestehenden Verträge, der Anstellungsverträge, die das Management mit der Gesellschaft selbst schließt. In diesen Verträgen werden nicht nur Gehalt und Urlaub festgelegt, sondern häufig auch bestimmte Schranken der Geschäftsführungsbefugnis des betreffenden Vorstands festgelegt, etwa «Kredite nur bis zu 100.000 Euro» abschließen zu dürfen, anderenfalls die Zustimmung des ganzen Board oder eines etwaigen Aufsichtsrats erforderlich wird[18] – wie überhaupt solche gesetzlichen[19] oder statuarischen[20] Zustimmungspflichten vor allem im dualen System eine große Rolle spielen und immer wieder zu Pflichtverletzungen führen.

2. *Pflicht zur Organisation des Unternehmens und zur Überwachung der Mitarbeiter*

Die anderen Pflichten des Managements sind sehr viel schwieriger zu beschreiben. So muß die Gesellschaft klar und überschaubar organisiert sein.[21] Das ist Voraussetzung für eine funktionierende Delegation von Aufgaben an Mitarbeiter. Dieser Organisationspflicht folgt dann aber die Pflicht zur Überwachung der Mitarbeiter.[22] Viele Verletzungen von Rechtspflichten in Unternehmen und durch Unternehmen geschehen heute auf der Ebene der Mitarbeiter. Dort wird bestochen, dort werden Kartellabreden getroffen etc. Die Pflichtverletzung des Managements besteht dann nicht im eigenen Tun, sondern möglicherweise in der unzureichenden Überwachung der Mitarbeiter, also einem Unterlassen. Die Pflichten der Organmitglieder gerade in diesem Zusammenhang werden derzeit immer ernster genommen.[23]

---

17 Man denke auch an die europaweite Pflicht zur ad-hoc-Information aufgrund der Art. 68 und 81 der Börsenzulassungsrichtlinie vom 28.5.2001, ABl. EG Nr. L 184 vom 6.7.2001, S. 1.

18 Vgl. Ziff. 1 der englischen «General Duties»: Duty to act within powers.

19 Niederlande: Art. 164 2. Buch BW; Österreich: § 95 Abs. 5 öAktG.

20 Deutschland: § 111 Abs. 4 dAktG.

21 Vgl. LUTTER, GmbH-Rundschau 2000, S. 301, 304: Gebot zu ordnungsgemäßer Organisation der Gesellschaft und zur Kontrolle der Organisation; SEMLER, AG 2005, S. 321, 325.

22 Eingehend dazu unter Auswertung auch der englischen und amerikanischen Erfahrungen FLEISCHER, AG 2003, S. 291, 292; HOPT (FN 4), § 93, Rn. 55; HÜFFER, AktG, 6. Auflage (2004), § 93, Rn. 14; MERTENS (FN 4), § 93, Rn. 18.

23 Plastisch dazu die bei FLEISCHER (FN 22), S. 295, zitierte Entscheidung des *Supreme Court of New South Wales* von 1995 «to take reasonable steps to place themselves in a position to guide and monitor the management of the company» (Daniels v. Anderson [1995] 13 ACLC 614, 664). Vgl. auch FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 1987, N. 1127–1129, S. 793 ff.

3. *Pflicht zur laufenden Überwachung der finanziellen Situation der Gesellschaft*

Die Finanz- und Liquiditäts-Planung in der Gesellschaft und im Konzern gehört heute zu den ebenso selbstverständlichen wie zentralen Instrumenten der Unternehmensführung.[24] Sie zu beachten ist Pflicht des Managements und dann natürlich auch die regelmäßige, meist monatliche und mindestens vierteljährliche Kontrolle des Ist der finanziellen Situation im Verhältnis zum Soll der Planung. Wird die Gesellschaft plötzlich von roten Zahlen oder Liquiditätsproblemen überrascht, liegt der Gedanke an eine Pflichtverletzung des Managements nahe.

4. *Delegation von Aufgaben innerhalb des Vorstands/Boards/ Verwaltungsrats als Änderung des Pflichtenstandards*

a) Im dualen System gilt wie im System von Board und Verwaltungsrat das Prinzip der *Gesamtverantwortung* aller Vorstandsmitglieder für die Leitung der Gesellschaft.[25] Aber im Gegensatz zu Board und Verwaltungsrat ist der Vorstand im dualen System zwingend auch für die Tagesgeschäfte zuständig.[26] Während also strategische Entscheidungen und solche von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft von allen Vorstands-, Board- und Verwaltungsrats-Mitgliedern gemeinsam getroffen werden müssen, muß es zwangsläufig dort, wo das Leitungsorgan auch für das Tagesgeschäft verantwortlich ist, eine Verteilung der Aufgaben unter den Vorstandsmitglieder geben: für Finanzen, Forschung, Einkauf, Verkauf und die Tochtergesellschaften sind jeweils ein oder zwei der Vorstandsmitglieder zuständig. Das bedeutet nicht, daß sich die anderen Vorstandsmitglieder nicht auch dafür interessieren und entsprechend nachfragen müßten. Aber sie müssen eben die Verhandlungen mit den Banken nicht führen, sind nicht verantwortlich für den Verkauf der Produkte, nicht für die Tochtergesellschaften in den USA etc. Das ist ganz wichtig für den Pflichtenstandard; denn bei den Nicht-Zuständigen sinkt dieser Standard auf Informations- und Kontrollpflichten[27], während sich dieser

---

24 § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG: Pflicht zur Finanzplanung; siehe auch Fleischer, DB 2005, S. 759, 764.

25 Deutschland: § 77 dAktG, Österreich: § 71 öAktG; Belgien und Frankreich: vgl. Anh. 1 sowie für Belgien Goffin, Responsabilité des Dirigeants de Sociétés, 2. Aufl., Brüssel 2004, N. 42 ff.

26 Für Deutschland: Mertens (FN 4), § 76, Rn. 4 ff., § 77, Rn. 18; Hüffer (FN 22), § 76, Rn. 7 ff. Für Österreich: Pichler/Weninger, Der Vorstand der AG (2004), S. 23; Strasser, in: Jabornegg/Strasser – Kommentar zum AktG, Teil II, 4. Auflage (2001), § 70, Rn. 5.

27 Für Deutschland: Kort, GroßKomm AktG, 4. Aufl. (2003), § 77, Rn. 37 ff.; Mertens (FN 4), § 77, Rn. 20; Für Österreich: Pichler/Weninger (FN 26), S. 23, 129; Strasser (FN 26), § 70, Rn. 41.

Standard in der Person der Zuständigen noch einmal verdichtet. Während also die zuständigen Vorstandsmitglieder verantwortlich sind für die Sorgfalt bei Kreditverhandlungen, für die Sorgfalt der Liquiditätsplanung, für die Sorgfalt bei Erfüllung der gesetzlichen Pflichten gegenüber Finanzamt und Sozialversicherung[28], haben die anderen Vorstandsmitglieder nur die Pflicht, sich regelmäßig kritisch zu informieren.

Erlaubte Delegation führt also zu einer Veränderung der Pflichten und einer Veränderung der Sorgfaltsstandards unter den einzelnen Vorstandsmitgliedern.

b) Aber auch im monistischen System von Board und Verwaltungsrat spielt diese Frage eine gewichtige Rolle. Denn hier wird das Tagesgeschäft häufig auf Direktoren delegiert[29]; außerdem werden regelmäßig Ausschüsse – Committees – gebildet; ich muß nur an das Audit Committee erinnern, das für Börsengesellschaften künftig Pflicht sein soll[30], an das Remuneration Committee etc. Auch das führt zu einer Änderung der Pflichtenstandards unter den verschiedenen Mitgliedern: während sich die Mitglieder des Audit Committee energisch und mit aller Sorgfalt um die Fragen der Rechnungslegung und Finanzierung kümmern müssen, können sich die anderen auf kritische Fragen zu den neuralgischen Punkten zurückziehen, solange sich ihnen nicht der Verdacht von Ungereimtheiten aufdrängen muß – dann allerdings werden sie wieder selbst verantwortlich. Und das gilt nicht anders für das Remuneration Committee. Hier sind alle Mitglieder des Board und des Verwaltungsrates für die Grundsätze und die Struktur der Vergütung zuständig[31], für die Realisierung im einzelnen Vertrag aber nur die Mitglieder des Committee.

Auch die Einrichtung von Committees führt also zu einer Veränderung der Pflichten unter den Board- und Verwaltungsrats-Mitgliedern.[32]

5. *Unternehmerische Entscheidungen: Die Business Judgment Rule (BJR)*

a) Aufgabe des Managements ist es, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Eine Pflicht, das in bestimmter Weise zu tun, also die neue Fabrik in

---

28 Für Deutschland: Hüffer (FN 22), § 77, Rn. 15; Kort (FN 27), § 77, Rn. 23; Semler, Leitung und Überwachung der AG (1996), Rn. 26. Für Österreich: Strasser (FN 26), § 70, Rn. 40.

29 Wobei die Grenzen dieser Delegation heute häufig in den Gesetzen festgelegt sind; vgl. etwa Art. 524bis CS (Belgien) und Art. 716 OR (Schweiz).

30 Vgl. Art. 39 des Entwurfs zur Änderung der 8. Richtlinie vom 16. März 2004. Das Europäische Parlament ist diesem Vorschlag *nicht* gefolgt.

31 Vgl. die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2004 (Abl. L 385/55).

32 Siehe nur Frey, DStR 1995, S. 1320, 1322 f.

Südamerika zu bauen und nicht in Polen, den Kredit bei A und nicht bei B aufzunehmen etc., gibt es normalerweise nicht – es sei denn, einzelne Rechtsordnungen erlauben es, daß die Gesellschafter das Management zu bestimmten geschäftlichen Maßnahmen anweisen – wie das im deutschen, schweizerischen und österreichischen GmbH-Recht der Fall ist[33], nicht aber im Aktienrecht.[34] Wo das erlaubt ist und davon Gebrauch gemacht wird, hat das Management zu folgen; tut es das nicht, handelt es per se pflichtwidrig; folgt es, geht die Verantwortung für die Maßnahme auf die Gesellschafter über.[35]

b) Aber der Normalfall ist: das Management ist frei in der Art und Weise der Geschäftsführung. Dafür wird es schließlich angestellt und bezahlt. Dann aber entsteht sofort die Frage, wer denn das Risiko aus diesen Maßnahmen und insbesondere das Risiko von Fehlentscheidungen und Fehlschlägen trägt: das Management qua Haftung oder die Aktionäre, also die Eigentümer.

Die Antwort auf der ganzen Welt lautet: die Aktionäre als die Eigentümer der Gesellschaft.[36] Aber hier kommt nun die schon oben angesprochene *Sorgfaltspflicht* des Managements zum Tragen: der Aktionär trägt zwar das unternehmerische Risiko des finanziellen Fehlschlags der betreffenden Maßnahme des Managements – aber nur, wenn diese Maßnahme sorgfältig – with due care – und unabhängig vorbereitet war.[37] Trifft das zu, so ist die betreffende Maßnahme schon *nicht pflichtwidrig*[38]*;* es handelt sich also *nicht* um eine Frage des Verschuldens.

---

33 §§ 37, 45 dGmbHG und dazu LUTTER/HOMMELHOFF, Kommentar zum GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 37, Rn. 1, 17 ff.; § 20 öGmbHG und dazu KOPPENSTEINER, Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., § 20, Rn. 9; für die Schweiz vgl. Art. 812, 814 OR.

34 §§ 76, 119 Abs. 2 dAktG und dazu HÜFFER (FN 22), § 119, Rn. 11; § 103 Abs. 2 öAktG und dazu DORALT/NOWOTNY/KALSS, Kommentar zum AktG, § 103, Rn. 19; für die Schweiz vgl. Art. 716 OR.

35 Vgl. etwa § 93 Abs. 4 S. 1 dAktG; § 84 Abs. 4 S. 1 öAktG; ZIEMONS, Die Haftung des Gesellschafters für die Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, Köln 1996; Spanien: vgl. Art. 133 Abs. 4 LSA; FORSTMOSER (FN 23), N 262 ff.

36 Urteil des BUNDESGERICHTSHOFS vom 21.04.1997, BGHZ 135, S. 244, 253, – ARAG. So kürzlich auch die belgische Cour de Cassation in dem bereits erwähnten Urteil vom 16. Februar 2001 (oben sub I.1).

37 Der australische und der deutsche Gesetzgeber haben es jüngst unternommen, diese von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Rechtsfigur als Norm zu verabschieden: siehe Anhang 3.

38 Vgl. etwa LUTTER, GmbH-Rundschau 2000, S. 301, 307; LUTTER, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, 1991, S. 37 ff.; HOPT (FN 4), § 93, Rn. 86 ff.; KINDLER, ZHR 162 (1998), S. 101, 118, spricht daher plastisch von einer «nicht pflichtwidrigen unternehmerischen Fehlentscheidung».

Diese sogenannte Business Judgment Rule[39] gilt ausdrücklich oder der Sache nach in nahezu allen mir bekannten Rechtsordnungen.[40] Sie reduziert das unternehmerische Risiko des Aktionärs für Fehlentscheidungen des Managements durch dessen Pflicht zu sorgfältiger Vorbereitung und unabhängiger Entscheidung der betreffenden unternehmerischen, also freien, durch keine spezielle Rechtspflicht vorgeprägte Maßnahme.[41]

In den mir bekannten Jurisdiktionen ist weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Regel, daß die Entscheidung nicht belastet durch Interessenkonflikte getroffen wird.[42] Und sie muß natürlich im Interesse der Gesellschaft vorgenommen worden sein, nicht etwa um anderen damit zu nutzen, etwa einer Obergesellschaft im Konzern oder der Ehefrau des Managers.[43]

Viel wird in der Literatur darüber nachgedacht, *wie* sorgfältig die Vorbereitung der betreffenden unternehmerischen Maßnahme nun eigentlich sein muß.[44] Aber auch hier herrscht weitgehend Übereinstimmung, daß es auf die Bedeutung der betreffenden Maßnahme für die Gesellschaft ankommt. Es macht einfach einen Unterschied – auch im Kosten-/Nutzen- bzw. Risiko-

---

39 Vgl. dazu FLEISCHER, Die «Business Judgment Rule» im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, FS Wiedemann, 2002, S. 827 ff. = La «Business Judgment Rule» a la luz de la comparación juridica y de la economía del Derecho, Revista de Derecho Mercantil 2002, S. 1727, 1742 f.; OLTMANNS, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, 2001, S. 230 ff., KINDLER (FN 38), S. 101, 105 ff. USA: Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985); MERKT, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 682 ff.; S. H. SCHNEIDER, DB 2005, S. 707 ff. Australien: s. 180 (2) Corporate Law Economic Reform Program (CLERP) Act 1999 (Anhang 3).

40 Vgl. dazu den soeben zitierten rechtsvergleichenden Überblick bei FLEISCHER (FN 39). Großbritannien macht davon bis heute eine Ausnahme, kommt aber durch eine sehr großzügige Handhabung der Sorgfalt zu gleichen Ergebnissen; vgl. FLEISCHER (FN 39), S. 1736 f. Ähnliches gilt für die SCHWEIZ, wo die Gerichte unternehmerische Entscheidungen im Zweifel nicht überprüfen; vgl. TORGGLER, ZfRV 2002, S. 133 ff.

41 So ausdrücklich der deutsche BUNDESGERICHTSHOF in der ARAG-Entscheidung vom 21. April 1997, BGHZ 135, S. 244, 253.

42 Deutschland: HOPT (FN 4), § 93, Rn. 83; HENZE, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, NJW 1998, S. 3309, 3311, und DERS., Entscheidungen und Kompetenzen der Organe in der AG: Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung, BB 2001, S. 53, 57. USA: MERKT (FN 39); AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) § 1.12, § 4.01.c. Großbritannien: dort spricht man von der notwendigen Zurückhaltung der Gerichte, meint in der Sache aber das gleiche: PARKINSON, Corporate Power and Responsibility, 1993, S. 109; GOWER/DAVIES (FN 3), S. 437. Australien: siehe Anhang 3. Schweiz: GRASS, SZW 2000, S. 1 ff.

43 ULMER, ZHR 163 (1999), S. 290, 298.

44 BASTUK, Enthaftung des Managements, 1986, S. 69; FLEISCHER, ZIP 2005, S. 685, 690 f.; DERS., in: FS Wiedemann, S. 827 ff.; KOCK/DINKEL, NZG 2004, S. 441, 444; PAEFGEN, AG 2004, S. 245, 153 f.

Verhältnis – ob es um die Bestellung von Büropapier für EUR 10 000.– oder um den Kauf einer Tochtergesellschaft in den USA für $ 10 Mio. geht.[45]

c) Im Übrigen hat diese Business Judgment Rule einen zusätzlichen Effekt: sie befreit die Gerichte von der Notwendigkeit, ihrerseits über die Vernunft oder Unvernunft unternehmerischer Entscheidungen zu befinden. Das sollte tunlichst vermieden werden; auch darüber besteht in den verschiedenen Jurisdiktionen große Übereinstimmung.[46] Genau diese Befassung der Gerichte mit unternehmerischen Entscheidungen aber läßt sich nicht mehr vermeiden, wenn die Voraussetzungen der Business Judgment Rule, nämlich

- es um eine unternehmerische Entscheidung ging (also insbes. nicht um die Erfüllung einer rechtlich festgelegten Pflicht),
- die nicht gegen zwingendes Recht verstieß,
- kein Interessenkonflikt bei den an der Entscheidung beteiligten Organmitgliedern vorlag,
- und die Entscheidung sorgfältig vorbereitet worden ist

nicht vorliegen. Dann müssen die Gerichte die fragliche Entscheidung des Managements auch inhaltlich überprüfen.[47]

d) Ein letzter und gewichtiger Aspekt betrifft schließlich die Frage, ob die Business Judgment Rule nur förmlich zu verstehen ist[48] oder dem Gericht im Streit doch die Möglichkeit bleibt, die Entscheidung sachlich nachzuprüfen.[49]

Beide Alternativen treffen so nicht zu. Der Bundesgerichtshof formuliert in der ARAG-Entscheidung[50] wie folgt:

> «Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes ... kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Ent-

---

45 Vgl. Semler, AG 2005, S. 321, 325; ders. in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 116, Rn. 279. Das amerikanische Recht stellt mehr auf die vernünftige Sicht des directors ab («reasonably believes to be appropriate»); vgl. Merkt (FN 39), Rn. 688 ff.; Bedkowski, Geschäftsleiterpflichten und Geschäftsleiterverantwortung, Diss. Bonn 2005, S. 168 ff. In der Sache ist das kein großer Unterschied zu der hier formulierten objektiven Anforderung.

46 Davies, in: Gower/Davies (FN 3), S. 644, hat es plastisch formuliert: «avoiding the luxury of substituting the court's ... sight for the directors' foresight».

47 Vgl. die Kasuistik bei Forstmoser (FN 23), Rn. 782 ff., bei Druey, in: Guhl, Das Schweizer Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, § 72, N. 31, bei Forstmoser/Sprecher/Töndury, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, 2005, N. 95 sowie die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21.04.1997, BGHZ 135, S. 244, 253 – ARAG, und vom 17.09.2001, BGHZ 149, S. 10 = NJW 2001, S. 3622 (Bremer Vulkan).

48 So vor allem Andrea Grass, Business Judgment Rule, Zürich 1998.

49 Dafür nachdrücklich Böckli (FN 9), § 13, N. 584 ff.

50 Urteil vom 21. April 1997, BGHZ 135, S. 244, 253. Für Österreich vgl. die Entscheidung des OGH vom 24.6.1998, RdW 1998, S. 671.

scheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind ...»

Positiv gewendet bedeutet das: Erscheint die Entscheidung ganz und gar unvernünftig[51], ist sie ganz ungewöhnlich und sind keinerlei Gründe aus den Interessen der Gesellschaft für sie ersichtlich, so sind die vom BUNDESGERICHTSHOF erwähnten Grenzen überschritten.

Insgesamt bedeutet das: Im Normalfall besteht *kein* richterliches Prüfungsrecht, im ganz außergewöhnlichen Fall aber doch.[52]

6. *Duty of Loyalty*

Neben diesem, auf die Leitung und geschäftliche Führung der Gesellschaft ausgerichteten Pflichtenprogramm aus Legalität, Ordnungsmäßigkeit der Organisation und ihrer Überwachung, Sorgfalt der finanziellen Planung und Aufsicht, sowie sorgfältiger strategischer und unternehmerischer Führung und Entscheidung, gibt es einen zweiten Bereich mit Verhaltenspflichten des Managements, die wir gerne im Begriff der Pflicht zu persönlicher Loyalität gegenüber der Gesellschaft, der Duty of Loyalty[53] oder Treupflicht[54] zusammenfassen. Hier geht es darum, daß die Mitglieder des Managements die ihnen anvertrauten Ressourcen der Gesellschaft nicht zur persönlichen Bereicherung benutzen, sondern ausschließlich die Interessen der Gesellschaft mit

---

51 Anschaulich dafür ist das Urteil des BUNDESGERICHTSHOFS vom 21. März 2005, ZIP 2005, S. 992, wo ein Bankdirektor für mehr als eine halbe Mio. DM ungesicherten Kredit gegeben hatte, ohne daß Interessen der Bank an diesem unwöhnlichen Vorgehen erkennbar waren. Ähnlich das Urteil des BUNDESGERICHTSHOFS vom 4. November 2002, BGHZ 152, S. 280, wo ein Geschäftsführer trotz ständig wachsender Verluste einfach untätig blieb. Vgl. auch BLOCK/BARTON/RADIN, The Business Judgment Rule, 1993, S. 36: «... the decision is so beyond the bounds of reasonble judgment, that it seems essentially inexplicable on any ground». Ähnlich *Cramer v. General Telephone & Electronics Corp.*, 582 F. 2d 259, 275 (1987): «... so unwise or unreasonable as to fall outside the permissible bounds of the director's sound discretion». Ähnlich auch PAEFGEN, AG 2004, S. 245, 255.

52 Die amerikanischen Gerichte würden in solchen Fällen wahrscheinlich sagen: Hier konnte der Direktor nicht mehr annehmen, im besten Interesse der Gesellschaft und zu deren Wohl zu handeln; zum Ganzen vgl. TORGGLER, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, S. 133 ff.; für ähnliche Formulierung des neuen deutschen Rechts (unten Anhang 3) vgl. LANGENBUCHER, GesRZ, 2005, Sonderheft, S. 1, 7 ff.

53 Auch «Fiduciary Duties» genannt; vgl. MAW, Maw on Corporate Governance, 1994, S. 16; SHEINFELD/PIPPITT (FN 3), S. 79 ff.; GOWER/DAVIES (FN 3), S. 380 ff.; HANNIGAN, Company Law, 2003, S. 245.

54 BUNDESGERICHTSHOF, Entscheidung vom 21. April 1997, BGHZ 135, S. 244, 253; HOPT (FN 4), § 93, Rn. 72; HÜFFER (FN 22), § 84, Rn. 9; § 93, Rn. 5; MERTENS (FN 4), § 93, Rn. 57 ff.; ROTH, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001, S. 58 ff.; vgl. für die Schweiz auch BÖCKLI (FN 9), § 13, N 596 ff.

klarem Vorrang vor den persönlichen Interessen im Auge haben.[55] Zu denken ist hier an das Verbot der Ausnutzung von Chancen, die der Gesellschaft gebühren[56], bis zum Verbot der Annahme von Vorteilen und Geschenken von dritter Seite, etwa Geschäftspartnern.[57] Hierher gehört aber auch die Frage, ob das Management bei der Verhandlung über seine persönlichen Bezüge *auch* die Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen hat – gewissermaßen als äußerste Bremse gegenüber den eigenen Wünschen nach besonders hoher Vergütung. Ich neige dazu, die Frage zu bejahen. Aber mir ist keine Entscheidung dazu bekannt geworden.[58]

7. *Interessenkonflikte*

Unmittelbar in den Bereich der soeben behandelten Treupflichten des Managements gehören auch die Fragen zu den Interessenkonflikten zwischen seinen Mitgliedern und der Gesellschaft. Das Thema ist kürzlich von Holger Fleischer rechtsvergleichend ganz vorzüglich aufgearbeitet worden[59] und Raffaele Lener berichtet uns dazu aus der Sicht des italienischen Rechts. Ich kann mich daher hier auf die zentralen Aspekte konzentrieren:

a) Der oben bereits zitierte englische Reform-Entwurf formuliert dazu unter seiner Ziff. 5 eine Pflicht der Mitglieder des Board, Interessenkonflikte mit der Gesellschaft zu vermeiden (duty to avoid conflicts of interest).[60] Das entspricht so nicht dem internationalen Standard, geht über diesen vielmehr deutlich hinaus. Recht und Praxis akzeptieren heute, daß sich Interessenkonflikte – auch im Interesse der Gesellschaft selbst, die etwa ein Grundstück oder eine Beteiligung von ihrem Vorstand erwerben will – nicht vermeiden

55 Hopt (FN 4), § 93, Rn. 148.; Lutter, ZHR 162 (1998), S. 164 ff.; Mertens (FN 4), § 93, Rn. 58; Bedkowski (FN 45), S. 170 ff.; Böckli (FN 9); Fleischer, WM 2003, 1045 ff.

56 Vgl. dazu etwa Weisser, Corporate Opportunities, 1991; für Großbritannien vgl. den Fall Bishops Gate Investment Management Ltd. v. Maxwell, (1993) BCLC 1282.

57 Siehe die oben zitierte Pflicht (6) aus dem englischen Reformprogramm. Ebenso Ziff. 4.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK).

58 Hierzu Peltzer, Wider den «greed» – Betrachtungen zu §§ 86 und 87 AktG, in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 571 ff. sowie demnächst Semler, in: Liber Amicorum Wilhelm Happ, 2006 und Ziemons, in: Festschrift für Ulrich Huber, 2006.

59 Holger Fleischer, The Responsability of the Management and of the Board and Its Enforcement, in: Ferrarrini/Hopt/Winter/Wymeersch (Hrsg.), Reforming Company and Take-over Law in Europe, 2004, S. 373 ff.; ders., WM 2003, S. 1045, 1049 f.; für *Frankreich* vgl. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la Société Anonyme, Paris 2000; für die Niederlande Lennarts, GesRZ 2005, 41 ff.; allgemein Hansmann/Kraakman, in: Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law, 2004, S. 21 ff.

60 Ähnlich der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance vom 1. Juli 2002 («möglichst vermieden werden»); zum ganzen Böckli (FN 9), § 13, N 633 ff.

lassen. Das früher häufig geltende Verbot solcher Geschäfte[61] wurde ersetzt durch das *Fairness-Gebot* und die *at arms lengths-Regel.*

b) Entscheidend sind daher die Instrumente, die von den verschiedenen Jurisdiktionen erfunden wurden, um diese Fairness zu gewährleisten:

(1) Erinnert sei daran, daß dem Management bei Interessenkonflikten das Privileg der *Business Judgment Rule* nicht zusteht, das Gericht im Streitfall also die Fairness des Geschäftes voll nachprüfen und ggf. auf Schadensersatz für die Gesellschaft erkennen muß.

(2) Im dualen System des deutschen und österreichischen Rechts hat man eine gute und wirksame Lösung dadurch gefunden, daß die Gesellschaft bei solchen Geschäften nicht durch ein anderes Vorstandsmitglied, sondern durch den Aufsichtsrat vertreten wird[62]: diesen also trifft die Verantwortung für den fairen Inhalt des Geschäftes und er macht sich seinerseits schadensersatzpflichtig, wenn er dieses Gebot verletzt. Geht es um Geschäfte mit Dritten im Konflikt mit den Interessen der Gesellschaft, so bedürfen sie der Zustimmung des Aufsichtsrats.[63]

(3) Darüber hinaus besteht Einigkeit, daß jedenfalls der Aufsichtsrat im dualen System, im Übrigen die anderen Board-Mitglieder über den Interessenkonflikt zu informieren sind.[64]

(4) Und schließlich verlangen manche Jurisdiktionen sogar die Zustimmung der Gesellschafter zu einem solchen Geschäft.[65]

c) Werden diese Regeln nicht beachtet, so handelt es sich um *Pflichtverletzungen*, die, entsteht der Gesellschaft ein Schaden daraus, zur Haftung des betreffenden Vorstandsmitglieds führen.

d) Trotz der viele Jahrzehnte währenden Diskussion um dieses Thema sind zwei Aspekte überraschend wenig erörtert: wie steht es um *Interessenkonflikte mit Tochtergesellschaften* und wie um *Interessenkonflikte mit nahen Angehörigen*?

Bei Tochtergesellschaften vertrete ich seit langem die These, daß die entsprechenden Regeln zur Muttergesellschaft – soweit wie möglich[66] – auf die

---

61 Vgl. Fleischer (FN 59), S. 382 ff., und Lener (unten) zum früheren italienischen Recht.

62 § 112 dAktG, § 97 Abs. 1 öAktG; vgl. dazu Werner, ZGR 1989, S. 369; Fischer, ZNotP 2002, S. 297.

63 §§ 88 und 89 dAktG, §§ 79 und 80 öAktG.

64 Vgl. etwa Ziff. 4.3 des DCGK; Swiss Code (FN 60); Böckli (FN 9).

65 Zum englischen Recht vgl. *Aberdeen Railway v Blaikie* [1854] 1 Macq. H. L. 461; *Hely-Hutchinson v Brayhead Ltd.* [1968] 1 Q. B. 549; Gower/Davies (FN 3), S. 393 ff.

66 So kann man etwa die Regel des § 112 dAktG, wonach der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertritt, nicht auf die Tochtergesellschaft ausdehnen.

Konflikte mit den Interessen von Tochtergesellschaften angewandt werden müssen.[67] Bei Geschäften oder Interessenkonflikten von Mitgliedern des Board, Vorstands oder Verwaltungsrats mit denen einer Tochtergesellschaft müssen also das eigene Gremium und ein etwaiger Aufsichtsrat informiert werden und zustimmen.

Bei nahen Angehörigen ist es schwierig. Wir hatten in Deutschland dazu einen interessanten Fall:

Die Frau des Vorstandsvorsitzenden einer großen Publikums-AG war Inhaberin eines mittelständischen Unternehmens. Dieses tätigte über viele Jahre hin umfangreiche Liefergeschäfte mit der AG. Der Aufsichtsrat der AG wußte davon nichts, der Vorstandsvorsitzende hatte ihn nicht informiert.

Hatte er seine Pflichten verletzt? Ich meine: ja, mit der Folge, daß die Business Judgment Rule nicht hätte angewendet werden können, wenn es zum gerichtlichen Streit um die Fairness der Preisgestaltung gekommen wäre: das Gericht hätte voll nachprüfen müssen.

8. *Pflicht zu sorgfältiger Amtsführung*

a) Bei aller Euphorie über die Business Judgment Rule und ihrer Entlastung des Managements vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit darf doch die *Grundpflicht* des Managements zu *Sorgfalt bei der Führung des Amtes* von der Gesellschaft nicht aus dem Auge verloren werden. Diese Pflicht steht im Zentrum – übrigens auch vieler gesetzlicher Formulierungen[68] – und gilt uneingeschränkt auch da, wo die Entscheidung selbst vom Risiko des Managements freigestellt ist. PETER BÖCKLI[69] weist sehr zu Recht darauf hin, daß die Business Judgment Rule das Management nicht von der Pflicht zur Sorgfalt bei der *Durchführung* der unternehmerischen Entscheidung entlastet. Die einstige Entscheidung des Vorstands von Daimler, sich beim Flugzeughersteller *Fokker* in den Niederlanden zu beteiligen, war gewiß eine unternehmerische Ermessensentscheidung, deren Folgen die Aktionäre und nicht das Management zu tragen hatten. Ob aber die nötige Sorgfalt bei der Durchführung und Abwicklung dieser Entscheidung gewaltet hat, ist eine andere Frage.

b) Über die Pflicht zu sorgfältiger Organisation der Gesellschaft, zur sorgfältigen Überwachung des Personals[70] und der finanziellen Lage der Gesell-

---

67 Vgl. etwa LUTTER, in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 419 ff. Auch der DCGK tut das in Ziff. 4.3.4 hinsichtlich der Informationspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat (vgl. Kodex-Kommentar/RINGLEB, Rn. 823 ff.)

68 § 93 Abs. 1 dAktG, § 84 Abs. 1 öAktG, Art. 717 OR.

69 Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., § 13, N. 594.

70 Eingehend dazu FLEISCHER, AG 2003, S. 291 ff.

schaft sowie zur Sorgfalt bei der Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen haben wir schon gesprochen. Es bleibt der Hinweis auf die Pflicht zur Sorgfalt bei der *Einstellung* von Personal, insbesondere des leitenden Personals und die Pflicht zu sorgfältiger *Überwachung des Geschehens in Tochtergesellschaften*, insbesondere ausländischen Tochtergesellschaften. Wirtschaftliche Katastrophen werden häufig durch Geschehnisse in Tochtergesellschaften ausgelöst – ich erinnere an die Barings-Bank in London und die Metallgesellschaft in Frankfurt. Die Pflicht des Managements in Bezug auf Tochtergesellschaften unterscheidet sich allenfalls graduell von der Pflicht, die bestünde, wäre die Tochter ein unselbständiger Teil der Mutter.

c) Der *Sorgfaltsmaßstab* wird weit überwiegend *objektiv* gesehen[71]; davon macht nur das bisherige englische Recht eine Ausnahme, indem es (noch) auf die subjektiven Fähigkeiten des betroffenen Managers abstellt.[72] Aber das ändert sich derzeit, wie die oben zitierten und geplanten neuen Regelungen in Großbritannien ausweisen.

9. Pflicht, sich an der Verwaltung der Gesellschaft aktiv zu beteiligen

Diese Pflicht erscheint uns heute ganz selbstverständlich und kaum der Erwähnung wert. Aber das war nicht immer so. Aus Großbritannien wird der Fall berichtet von einem Mann, der jahrzehntelang Mitglied des Board war, ohne je an einer Sitzung teilgenommen zu haben und ohne daß das Gericht das als Pflichtverletzung angesehen hätte.[73] Und auch in Belgien haben die Gerichte erst in jüngerer Zeit aufgehört, den «Absentismus» als Entschuldigungsgrund zu akzeptieren.[74]

10. Pflichten des Managements im Konzern

Ehe wir diesen langen Abschnitt über Pflichten und Haftung des Managements verlassen, muß ich noch einen letzten Punkt ansprechen. Wie ist dieses

---

71 Schweiz: Böckli (FN 9), § 13, N. 575 ff. und Forstmoser (FN 23), N. 292 ff., je mit Nachweisen. Deutschland: Hopt (FN 4), § 93, Rn. 79 mit Nachweisen. Österreich: Doralt/Nowotny/Kalss (FN 34), § 84, Rn. 4 ff. mit Nachweisen.

72 Rohmer J., in: Re Equitable Fire Insurance Co., (1925) 1 Ch 407, 427: «A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience». Vgl. auch Bedkowski (FN 45), S. 102 ff.; ähnlich Homburger, in: Züricher Kommentar zum OR, Art. 717, N. 821.

73 Vgl. Re Cardiff Savings Bank [1992] 2 Ch 100.

74 Vgl. das Urteil des Tribunal Commercial Termonde vom 6. Dezember 1999, R. W. (Belgien) 2001/2, S. 128.

ganze Gebiet eigentlich im Konzern zu verstehen?[75] Bitte glauben Sie jetzt nicht, ich wollte Sie mit einem typisch germanischen Thema langweilen. Denn es entspricht einfach der Realität, daß die meisten wirtschaftlichen Unglücke von Unternehmen bei deren Tochtergesellschaften passieren:

- die deutsche Metallgesellschaft AG gäbe es in Folge der Spekulationsverluste ihrer amerikanischen Tochter ohne die Hilfe ihrer Eigentümer heute nicht mehr;
- die englische Barings-Bank ist an den Spekulationsverlusten ihrer Tochter in Singapur untergegangen;
- General Motors in den USA mußte große Sanierungsanstrengungen machen und das vor allem bei ihren Töchtern wie der deutschen Adam Opel AG und
- das Engagement bei seiner Tochter Rover in Großbritannien hat BMW 6 Mrd. DM = 3 Mrd. Euro gekostet.

Um nicht uferlos zu werden, wollen wir hier nur über die Pflichten des Managements der Obergesellschaft sprechen. Allein das könnte die Arbeit eines ganzen Kongresses tragen.

a) Solche besonderen Pflichten des Managements der Obergesellschaft bestehen fraglos; das wird schon deutlich, wenn man sich vor Augen stellt, daß die Beteiligungen an den Töchtern zum Vermögen der Mutter gehören und daß eine Holding als Obergesellschaft überhaupt nur durch ihre Töchter unternehmerisch tätig wird.[76]

b) Aber welche Pflichten sind das im Einzelnen? Gewiß nicht die Geschäftsführung der Töchter. Das ist Aufgabe ihres eigenen Managements. Ja, *muß* die Obergesellschaft ihre Töchter überhaupt in einen Konzern mit einheitlicher Leitung einbinden oder kann sie sich auch auf die Haltung eines normalen Aktionärs und Gesellschafters zurückziehen?[77] Diese ganz zentrale Frage ist trotz einer 20-jährigen Diskussion selbst in Deutschland noch immer ungeklärt.

c) Aber *wenn* die Obergesellschaft leitet, dann muß sie das natürlich mit aller Sorgfalt tun:

- muß selbst dabei rechtmäßig handeln und ist für die Einhaltung von Gesetz und Recht bei den Töchtern mit verantwortlich, darf diese insbesondere

75 Vgl. dazu nur ALTMEPPEN, Die Haftung des Managers im Konzern, 1998, sowie SCHNEIDER/SCHNEIDER, AG 2005, S. 57 ff. und FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Ch. M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern etc. 2000, S. 89–144.

76 Vgl. LUTTER/TRÖLITZSCH, in: Lutter, Holding-Handbuch, 4. Aufl., 2004, § 7.

77 Dazu HOMMELHOFF, Die Konzernleitungspflicht, 1982; FLEISCHER, DB 2005, S. 759 ff.

nicht als Dummy für selbst gewünschte Rechtsverstöße etwa im Kartellrecht benutzen;
- ist verantwortlich für eine Konzernplanung und Konzernorganisation sowie deren Überwachung und
- für die Konzernfinanzierung und deren laufende Kontrolle sowie
- die sorgfältige Auswahl des Managements der Töchter und vor allem für
- ihre sorgfältig geplante Information durch die Töchter und Kommunikation mit den Töchtern, was
- zwangsläufig zur Pflicht eines Konzern-Controllings führt.

d) Das sind alles Pflichten des Managements der Obergesellschaft gegenüber *ihrer* eigenen Gesellschaft, also der Obergesellschaft. Und daher ist der Aufsichtsrat im dualen System ebenso wie die nicht geschäftsführenden Mitglieder des Board im monistischen System zur Kontrolle des Managements insoweit seinerseits verpflichtet[78] – ja es ist geradezu seine zentrale Pflicht in einem modernen Holding-Konzern.

Das mag hier genügen.

III. Schaden der Gesellschaft, Haftung und Verschulden

1. Schaden und Kausalität

Eine Haftung des Managements kommt nur in Betracht, wenn der Gesellschaft aus der Verletzung des hier erarbeiteten Pflichtenprogramms, also kausal ein materieller Schaden entstanden ist.[79] Insoweit stimmen alle mir bekannten Rechtsordnungen überein.

2. Verschulden

Darüber hinaus herrscht auf dem europäischen Kontinent und nicht minder in Großbritannien das Verschuldensprinzip: die Pflichtwidrigkeit muß also vorsätzlich oder fahrlässig geschehen sein.[80]

---

78 Dazu SEMLER, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996; GILLARD, in: Dessemontet/Oberson/Thévenaz/Blanc, Aspects actuels du droit de la société anonyme, 2005, S. 474 ff.

79 § 95 Abs. 1 öAktG und dazu DORALT/NOWOTNY/KALSS (FN 34), § 95, Rn. 9 ff.; § 93 Abs. 2 Satz 1 dAktG und dazu HOPT (FN 4), § 93, Rn. 261 ff., sowie MüKo/HEFERMEHL/SPINDLER, § 93, Rn. 79–81; siehe aber GOWER/DAVIES (FN 3), S. 417 ff., 427, zum Verzicht auf den Schadensnachweis beim Rechtsbehelf «*accounting for profits*».

80 Vgl. HOPT (FN 4), § 93, Rn. 252 ff.; KÖLNER KOMM/MERTENS, § 93, Rn. 98; MüKo/HEFERMEHL/SPINDLER, § 93, Rn. 82 ff.; BEDKOWSKI (FN 45), S. 100; Niederlande: Art. 9, 2. Buch BW; Belgien: Art. 528 CS von 2001; Italien: Art. 2392–2394 c. c.; Spanien: Art. 133 LSA.

Ein solches Verschulden ist bei allen Verstößen gegen Rechtspflichten per se gegeben. Bei der Verletzung von Organisationspflichten, der finanziellen Aufsicht und der unsorgfältigen Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen sowie illoyalen Verhaltens kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, wobei auch die Arbeitsteilung im Management eine Rolle spielt: der Finanzchef des Unternehmens handelt fahrlässig, wenn er die Liquidität der Gesellschaft nicht sorgfältiger beobachtet; das gilt so nicht für den Personalchef, der seinerseits zur Sorgfalt bei Einhaltung der Spielregeln mit den Arbeitnehmern verpflichtet ist.

In der Praxis spielt das Verschulden keine große Rolle. Liegt eine Pflichtverletzung vor, so kann sich das betreffende Board-, Verwaltungsrats- oder Vorstandsmitglied weder auf Unkenntnis noch auf mangelnde Befähigung berufen.[81] Und außerdem haben manche Rechtsordnungen hierfür sogar faktisch eine *Umkehr der Beweislast* eingeführt[82]; das betreffende Mitglied muß also seinerseits nachweisen, daß ihn *kein* Verschulden trifft. Das ist praktisch kaum möglich.

IV. Enthaftung des Managements – statutarische und vertragliche Haftungsreduzierung und Verzicht auf Schadensersatz

Haftung ist das eine, Enthaftung der Manager das andere. Selbstverständlich versuchen diese, die Haftung jedenfalls für fahrlässiges Handeln vertraglich abzubedingen oder sie nach Eintritt des Schadensfalles zu beseitigen. Ja, einige Gesellschaften gehen so weit, die Enthaftung in ihrer Satzung festzulegen – offenbar als Lockmittel für die Gewinnung von Managern. Hier, in diesem Fragenkreis, könnten die Unterschiede unter den Rechtsordnungen kaum größer sein. Und auch hier kann ich auf eine kürzlich erschienene Arbeit meines Kollegen Fleischer[83] verweisen.

1. Manager-freundliche Lösungen

Auf der einen Seite der Skala stehen die USA – aber nicht, wie man meinen könnte, auf der besonders strengen, sondern – im Gegenteil – auf der beson-

81 Vgl. insbes. Hopt (FN 4), § 93, Rn. 255. In Großbritannien war das über lange Zeiten hin anders; Kenntnisse und Befähigung eines Board-Mitglieds wurden nicht nach objektiven Standards gemessen, sondern nach den subjektiven Gegebenheiten beim betreffenden Board-Mitglied; es galt also eine Art diligentia quam in suis. Vgl. oben FN 72.

82 § 93 Abs. 2 Satz 2 dAktG; § 84 Abs. 2 Satz 2 öAktG; hierzu ausführlich Goette, ZGR 1995, S. 648 ff.

83 Fleischer, WM 2005, S. 909 ff.

ders liberalen Seite. Es gilt, kurz gesagt, in hohem Maße Vertragsfreiheit. Dementsprechend kann die Satzung die Haftung einschränken oder gar ausschließen.[84] Naturgemäß sind davon vorsätzliches Handeln und Handeln im Eigeninteresse ausgenommen.

2. *Strenge Lösung*

Demgegenüber verbieten viele europäische Rechte solche Lösungen. Das ist im englischen (sec. 310 CA 1985) und deutschen Recht (§ 23 Abs. 5 AktG) ausdrücklich gesagt, in der Schweiz nicht geregelt, aber seit langem herrschende Meinung.[85]

3. *Vermittelnde Lösungen*

Sie sind in der Literatur vielfach erörtert, bislang aber nicht erprobt worden. Sie reichen von Haftungs-Obergrenzen (Cap) bis zur Begrenzung auf Vorsatz und *grobe* Fahrlässigkeit.

Auch an die Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses ist hier zu denken. Im englischen Gesellschaftsrecht ist dessen Zulässigkeit wegen des generellen Freistellungsverbots der sec. 310 (1) CA 1985 umstritten, wird allerdings von verschiedenen Reformkommissionen unter bestimmten Voraussetzungen empfohlen.[86] Im Schweizer Recht wird ein Prozesskostenvorschuss überwiegend als zulässig angesehen.[87] Auch im deutschen Recht erscheint ein Prozesskostenvorschuss wegen der Regelung des § 670 BGB als zulässig. Die endgültige Übernahme der Prozesskosten ist allerdings in allen angesprochenen Rechtsordnungen jedenfalls dann unzulässig, wenn ein rechtswidriges Handeln des Organs gerichtlich festgestellt wird.

4. *Entlastung, Verzicht und Vergleich*

Auch in diesem Zusammenhang ist das deutsche Aktienrecht[88] besonders streng: Die jährlich von der Hauptversammlung zu beschließende Entlastung

---

84 § 103 (b) (7) Delaware General Corporation Law.

85 Forstmoser (FN 23), N. 593.

86 Siehe hierzu *Gesellschaftsrechts-Reformkommission*: DTI, Modern Company Law for a Competitive Economy, Final Report (2001), Rn. 6.3., und Higgs-Report, Review of the Role and Effectiveness of Nonexecutive Directors (2003), Rn. 14.16.

87 Vgl. Böckli (FN 9), § 13, N. 858 m.w.N.

88 Das gilt so nicht für das deutsche GmbH-Recht, vgl. nur Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 16. Aufl., § 43, Rn. 37 ff.

(§ 120 AktG) hat keinerlei Wirkung in Bezug auf Haftungsansprüche (§ 120 Abs. 2 Satz 2 AktG), während Verzicht und Vergleich[89] erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung möglich sind und auch das nur, wenn nicht eine Minderheit von mindestens 10% der Aktionäre widerspricht.

Im englischen Gesellschaftsrecht besteht hingegen die Möglichkeit, durch einen mit einfacher Mehrheit erlangten Hauptversammlungsbeschluss auch noch nachträglich einer pflichtwidrigen Handlung zuzustimmen[90] und dadurch das betroffene Verwaltungsratsmitglied von seiner Haftung zu befreien. Derartige Beschlüsse sieht das Schweizer Recht nicht vor. Allerdings sind dort Mandatsverträge mit Enthaftungsklauseln weit verbreitet. Diese sehen zulässigerweise vor, dass der Allein- oder Mehrheitsaktionär die finanziellen Folgen eines Verantwortlichkeitsurteils gegen ein Organmitglied trägt.[91]

V. Überwachung

Ein zweiter, sehr weit reichender Problembereich betrifft die Überwachung des Managements und die Fehler und Mängel in diesem Zusammenhang. Man könnte nun meinen, daß es sich dabei um ein Problem nur der Rechtsordnungen mit dualer Unternehmensverfassung handelt, also Rechtsordnungen mit einem Aufsichtsrat, der zur Überwachung des Vorstands ex lege verpflichtet ist – wie insbesondere in den Niederlanden[92], in Österreich[93] und Deutschland[94] sowie wahlweise in Frankreich[95] und Italien[96]. Aber das wäre, wie Herr Habersack näher darlegen wird, ein Fehlschluß. Denn auch im monistischen System haben sich heute spezielle Überwachungspflichten entwickelt; ich brauche nur an die Outside Directors und die Audit Committees zu erinnern.

---

89 Dazu eingehend Cahn, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht, Köln 1998.

90 Vgl. Gower/Davies (FN 3), S. 437 ff.

91 Hierzu Böckli (FN 9), § 13, N. 875.

92 Art. 140 Abs. 2, 158 Abs. 1 BW; dazu Thomas (Hrsg.), Company Law in Europe, Bd. 1, J [324] ff.

93 § 95 Abs. 1 öAktG.

94 § 111 Abs. 1 dAktG; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rn. 7 und 61 ff.; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996, Rn. 85 ff.

95 Art. L. 225–68, L. 225–57.

96 Art. 2397 ff., 2409^{duodecies} ff. C. c.; zur jüngeren Reform der Organe der S. p. A. Magelli/Masotto, RIW 2004, S. 903 ff.

1. Überblick

Keiner besonderen Erörterung bedarf, daß die betreffenden Aufsichtsrats- oder Board-Mitglieder ihre Überwachungsaufgaben mit Engagement und Sorgfalt zu erfüllen haben. Aber welches sind diese Aufgaben und Pflichten im Einzelnen? Auch hier – und hier vielleicht noch mehr als beim eigentlichen Management – zeigt sich, daß entscheidend die einzelnen Pflichten dieser Personen sind; das Maß der erforderlichen Sorgfalt für die Erfüllung dieser Pflichten läßt sich dann vergleichsweise leicht feststellen. Dieser Beobachtung folgt auch das Referat von Herrn HABERSACK, das ganz zentral über die Pflichten der Aufsichtsräte und Outside Board Members sprechen wird.

2. Besonders wichtige Pflichten

a) Information

Ohne Kenntnis von den Vorgängen im Unternehmen kann niemand überwachen. Eine erste Pflicht lautet also, daß die Aufsichtsräte und Mitglieder eines Audit Committee dafür sorgen müssen, daß sie regelmäßig und ausreichend informiert werden. Natürlich sagen alle Gesetze im dualen System, daß der Vorstand den Aufsichtsrat entsprechend zu informieren habe[97] und dieser berechtigt ist, zusätzliche Informationen vom Vorstand zu verlangen[98] oder gar selbst die Unterlagen der Gesellschaft inspizieren darf.[99] Und natürlich nehmen die outside board members an den regulären Board-Sitzungen teil und erfahren auf diesem Wege Vieles. Aber das reicht nicht. Die betreffenden Aufsichtsräte, Outside Board Members und Mitglieder eines Audit Committee müssen sich auch selbst darüber klar werden, welche Informationen sie benötigen und müssen ihrerseits dann dem aktiven Management entsprechende Vorgaben machen.[100] Anders gewendet: Die Information der Aufsichtsräte und Outside Board Members sowie der Mitglieder eines Audit Committee ist nicht nur eine Bring-Schuld des aktiven Managements, sondern auch eine

97 § 90 dAktG; Deutscher Corporate Governance Kodex, Ziff. 3.4.; § 81 öAktG; Art. 141, 251 BW; Art. 2403 Abs. 3 und 4 C. c.

98 § 90 Abs. 3 dAktG; § 95 Abs. 2 öAktG; LUTTER/KRIEGER (FN 94).

99 § 111 Abs. 2 dAktG; § 95 Abs. 2 öAktG; Art. 2403bis Abs. 2 C. c.

100 Ziff. 3.4 DCGK in der Fassung vom 2. Juni 2005 sagt dazu: «Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. [...] Der Aufsichtsrat soll die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen.» Näher LUTTER, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006.

Hol-Schuld der zur Aufsicht verpflichteten Personen.[101] Versagt deren Aufsicht, weil sie nicht informiert waren, so kann das nicht nur eine Pflichtverletzung des aktiven Managements, sondern eben auch eine der zur Aufsicht verpflichteten Personen selbst sein[102], nicht ihrerseits durch Nachfragen etc. für eine ausreichende Information ihrer selbst gesorgt zu haben.[103]

b) Persönliche Fähigkeiten der Überwacher

Ohne Kenntnis und ohne Können ist Überwachung nicht möglich. Das wird besonders deutlich für die Mitglieder des Audit Committee. Finanzierung von Unternehmen und Rechnungslegung sind heute so schwierige und spezielle Management-Aufgaben, daß niemand das so nebenbei überwachen kann.[104] Der Deutsche Corporate Governance Kodex[105] sagt daher auch

> «Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen.»

Es gehört mithin zu den Pflichten dieser Personen, Überwachungsaufgaben nur zu übernehmen, wenn sie dem zeitlich und fachlich auch gewachsen sind.[106] Geschieht ein Fehler, so können sie sich nicht mit dem Hinweis auf mangelnde fachliche Kenntnis und mangelnde persönliche Leistungsfähigkeit entschuldigen (sog. Eingehungs- oder Übernahme-Verschulden).[107]

---

101 Vgl. dazu Lutter/Krieger (FN 94), Rn. 848; Hüffer (FN 22), § 116 Rn. 3. Für die Schweiz vgl. Böckli (FN 9), § 15 N. 140, 141 zu Art. 728 Abs. 3 OR betreffend die Revisionsstelle und Druey, SZW/RSDA 2/93, S. 49, 50 f. zu Art. 715a OR.

102 Lutter/Krieger (FN 94), Rn. 828; für das englische Recht vgl. *Re Barings plc* [1991] 1 BCLC 433, 486 ff.

103 Im spektakulären Balsam-Fall (LG Bielefeld, Urteil vom 16. November 1999, Wertpapier-Mitteilungen 1999, S. 2457) lag die Pflichtverletzung des auf Schadensersatz verklagten Aufsichtsratsmitglieds gerade darin, trotz gewisser Verdachtsmomente, nicht auf weitere Informationen gedrungen zu haben.

104 Für Deutschland Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl., Rn. 996 ff.; für England Hannigan (FN 53), S. 156 f.; für die Schweiz Böckli (FN 9), § 13, N. 391.

105 Ziff. 5.3.2., in der Fassung vom 2. Juni 2005.

106 Das bedeutet zunächst einmal, daß alle Mitglieder gleiche Mindest-Kenntnisse von Unternehmen und Fähigkeiten zu ihrer Überwachung haben (Doralt/Nowotny/Kalss, FN 34, § 99, Rn. 5–7; Lutter/Krieger, FN 94, Rn. 849); andererseits haben Spezialisten bei entsprechenden Spezialfragen einen *höheren* Pflichtenstandard (Mertens, FN 4, § 116, Rn. 57; Lutter/Krieger, FN 94; Doralt, in: Semler [Hrsg.], Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., M 44; Kalss, a. a. O., § 99, Rn. 8; Böckli, FN 9, § 13, N. 564 unter Verweis auf BGE 122 III 200; Homburger, Züricher Kommentar, Art. 717, N. 818).

107 Im Enron-Fall war die hohe Verschuldung der Gesellschaft durch die Auslagerung der Schulden verschleiert worden. Ein Mitglied im Audit Committee einer solchen Gesellschaft muß in der Lage sein, das zu erkennen und zu werten.

c) Legalität der Unternehmensführung

Ein besonderes Augenmerk von Aufsichtsräten und Outside Board Members muß der Legalität der Führung des Unternehmens gelten.[108] Im berühmten deutschen ARAG-Fall[109] hatte der Vorstand klar gegen geltendes Recht verstoßen und der Aufsichtsrat hatte es in seiner Mehrheit toleriert. Der Gesellschaft war daraus ein Schaden von über 40 Mio. Euro entstanden. Die Pflichtverletzung nicht nur des Vorstands, sondern eben auch des Aufsichtsrats ist evident, eben weil er nicht eingeschritten ist und die Rechtsverletzung verhindert hat.

d) Umfang der Überwachungspflicht

Aufsicht ist zu führen tel quel; man kann es nicht tun oder auch lassen. Es gibt da also kein Ermessen, sondern nur die Frage nach der Intensität der Überwachung und dem Maß der erforderlichen Sorgfalt bei der Überwachung. Denn theoretisch tendiert die Möglichkeit zur Überwachung gegen unendlich. Das ist natürlich von der Rechtsordnung so nicht gemeint. Man nähert sich dieser Frage nach dem Umfang, der Intensität und dem Ausmaß der geschuldeten Überwachung daher am ehesten von den zeitlichen Vorgaben der Rechtsordnung für die zur Aufsicht verpflichteten Personen. Und diese zeitlichen Vorgaben schwanken um vier Sitzungen des Gesamtgremiums Aufsichtsrat pro Jahr[110] sowie weiterer drei bis vier Sitzungen eines Audit Committee[111], während mir solche gesetzlichen Vorgaben für den Board oder den Verwaltungsrat nicht bekannt sind.[112] Sieht man diesen Zeitrahmen für die Überwachung, so kann diese durchaus intensiv und ziemlich weit in die Tiefe gehend sein – vorausgesetzt, diese Sitzungen werden sorgfältig vorbereitet und effizient gestaltet.

In der Diskussion hat Jean Nicolas Druey die Ansicht vertreten, dem Aufsichtsrat stehe ein *unternehmerisches Ermessen* auch hinsichtlich der Frage zu, wie er seine Überwachung führt und organisiert. Ich kann das so nicht sehen. Würde man das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrats hier bejahen, so könnte er weitestgehend unkontrolliert handeln. Das ist vom Gesetz nicht gewollt. Es geht vielmehr um die Frage der *Sorgfalt* bei der Ausübung der Überwachungspflicht, wie sie von den Gesetzen (§ 116 mit § 93 dAktG, § 99 mit § 84 öAktG) betont wird. Diese Ausübung der Überwachung

108 Ausdrücklich erwähnt in Art. 716a Ziff. 5 OR.

109 Bundesgerichtshof vom 21.4.1997, BGHZ 135, S. 244.

110 § 110 Abs. 3 dAktG; § 94 Abs. 3 öAktG; instruktiv zu weiteren Einzelheiten Scheffler, Der Aufsichtsrat, 09.2005, S. 7 f.

111 Combined Code 2003, S. 48, 2.7 (mindestens drei Sitzungen des Audit Committee); Böckli (FN 9), § 13, N. 391: «drei bis vier Mal pro Jahr unerlässlich».

112 Vgl. Palmer's Company Law, Loseblattsammlung, 8.303 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 31, N. 8.

kann in sehr unterschiedlicher Weise geschehen – viele kürzere Sitzungen oder weniger, dafür längere und intensivere Sitzungen etc. –, muss aber dem Sorgfalts-Standard entsprechen und im Streit eines Haftungsfalles entscheiden darüber die Gerichte.

Gleiches gilt für den Board und den Verwaltungsrat und seine Mitglieder dort, wo sie nicht unternehmerisch handeln und entscheiden, sondern überwachen.

Überwachung, hatte ich soeben gesagt, unterliegt keinem Ermessen. Das ist richtig. Es gilt naturgemäß aber nicht, soweit der Board nicht überwacht, sondern geschäftliche und unternehmerische Entscheidungen trifft.[113] Und es gilt auch nicht für Aufsichtsräte, wenn sie nicht überwachen, sondern unternehmerische Entscheidungen treffen; das betrifft vor allem die Auswahl und Bestellung oder Abberufung der Vorstandsmitglieder. Es gilt aber auch nicht, wo Aufsichtsräte unternehmerisch mitentscheiden; dieser Aspekt betrifft vor allem die heute in vielen Gesetzen (z. B. Österreich[114], Niederlande[115] und Deutschland[116]) angeordneten Zustimmungspflichten des Aufsichtsrats zu wichtigen Maßnahmen des Vorstands. Das sind unternehmerische Entscheidungen; und dafür steht den betreffenden Personen auch als Aufsichtsräten das Privileg der Business Judgment Rule zu.[117]

Besonders schwierig und gefährlich für Outside Board-Mitglieder und Aufsichtsräte sind Mit-Entscheidungen, die rechtlich vorgeprägt sind. Das gilt vor allem für die Einzel- und Konzernbilanzen. Ihre Feststellung obliegt dem gesamten Board bzw. Verwaltungsrat. Aber auch im dualen System bedarf es der Mitwirkung des Aufsichtsrats.[118] Dieser hat die Bilanzen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu *prüfen*; insoweit gibt es kein Ermessen. Und für die Sorgfalt bei dieser Prüfung haften die Mitglieder des Aufsichtsrats.[119]

---

113 Vgl. Gower/Davies (FN 3), S. 436 f. für die englische Rechtsordnung und Markus Roth, GesRZ 2005, Sonderheft, S. 12, 14 ff. für das deutsche Recht sowie oben unter II.5.

114 § 95 Abs. 5 öAktG.

115 Art. 164 Abs. 1 BW.

116 § 111 Abs. 4 dAktG.

117 Lutter/Krieger (FN 94), Rn. 827; Mutter, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, S. 116 ff., 176 ff., 263 f.; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl., Rn. 242 ff.; zum österreichischen Recht Doralt/Nowotny/Kalss (FN 34), § 84, Rn. 8; Temmel, Der Aufsichtsrat, S. 132 f.; zum niederländischen Recht Art. 261 BW und Schuit, Corporate Law and Practice of the Netherlands, S. 117 ff. (funktional äquivalent); vgl. im übrigen oben unter II.5 sowie Markus Roth, GesRZ 2005, Sonderheft, S. 12, 14 ff.

118 §§ 170–172 dAktG; §§ 125 ff. öAktG; Art. 150 BW.

119 Insofern trifft Art. 36a des Richtlinien-Vorschlags zur Änderung der 4. und 7. EU-Richtlinie vom 27.10.2004 (KOM [2004] 725) auf offene Türen, wenn dort die Haftung der Board-, Vorstands- und Aufsichtsrats-Mitglieder für die Korrektheit der konsolidierten Abschlüsse angeordnet wird.

Aber die Bilanzregeln enthalten ihrerseits Wahlrechte; wie diese ausgeübt werden, unterliegt dann wieder dem unternehmerischen Ermessen von Vorstand und Aufsichtsrat.

3. *Haftung*

a) Auch hier gilt, daß Mängel der Überwachung nur zur Haftung führen, wenn sie kausal zu einem Schaden der Gesellschaft geführt haben und die Pflichtverletzung schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig vom jeweiligen Aufsichtsrats- oder Board-Mitglied begangen worden ist.[120]

Die Pflichtverletzungen[121] bestehen hier vor allem in Sorglosigkeit[122] und Unterlassungen[123], also in mangelndem Engagement und mangelnder Sorgfalt der Amtsführung.

b) Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage nach der *Delegation von Überwachungs-Aufgaben*. Davon war im Zusammenhang mit dem Vorstand schon die Rede. Ähnliches gilt aber auch für den Aufsichtsrat und den Board oder Verwaltungsrat dort, wo sie Aufsichtspflichten wahrnehmen. Diese können *teilweise* auf Ausschüsse delegiert werden. So kann etwa dem Prüfungs-Ausschuß (Audit Committee) die Kontrolle der Liquidität, aber nur die Vorprüfung der Bilanz zu eigener Erledigung übertragen werden.[124]

Da, wo eine solche Delegation in rechtlich zulässiger Weise stattgefunden hat, verändert sich die Pflichtenlage. Während die Mitglieder eines solchen Ausschusses jetzt zu erhöhter Sorgfalt verpflichtet sind und daher auch die erforderliche persönliche Kompetenz mitbringen müssen[125], *sinkt* der *Pflichtenstandard* der anderen Mitglieder. Sie müssen jetzt nur für regelmäßige Berichte des Ausschusses an das Plenum sorgen und diese nur auf Vollständig-

---

120 Forstmoser (FN 23), S. 73 ff., S. 97 ff.; Hüffer (FN 22), § 116, Rn. 1 i.V.m. § 93, Rn. 14 f.; Hannigan (FN 53), S. 311.

121 Für Board-, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gilt das Prinzip der *Gesamtverantwortung*; vgl. oben unter II.4 sowie Peter Nobel, Solidarität und Unsolidarität, in: Ch. M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 2000, S. 99, 105 ff.

122 Untätigkeit gegenüber ungewöhnlich leichtfertigen Maßnahmen des Vorstands: Bundesgerichtshof vom 4.7.1977, BGHZ 69, S. 207, 214; Nicht-Unterbinden einer unvertretbaren Geschäftsführungshandlung: Landgericht Stuttgart vom 29.10.1999, DB 1999, S. 2462.

123 Der Aufsichtsrat erfährt von Unregelmäßigkeiten bei Geschäften der Gesellschaft, unternimmt aber nichts: Landgericht Bielefeld vom 16.11.1999, WM 1999, S. 2457; Landgericht Dortmund vom 1.8.2001, DB 2001, S. 2591.

124 § 107 Abs. 3 dAktG; § 92 Abs. 4 öAktG; vgl. zu England Hannigan (FN 53), S. 306 ff.; zur Schweiz Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 112), S. 327 ff.

125 Dazu schon oben FN 106.

keit und Plausibilität überprüfen, nicht mehr aber selbst die Liquidität oder das Risikomanagement des Vorstands überprüfen.[126]

c) Allerdings verbleibt ein wesentlicher Bereich an undelegierbaren Überwachungspflichten beim Aufsichtsgremium als Kollegialorgan.[127] Vor allem kann der Aufsichtsrat bzw. der Board seine *allgemeine Überwachungsaufgabe nicht delegieren.*[128] Stets verbleibt außerdem die kollektive Pflicht, sich über die Arbeit der Ausschüsse zu informieren.[129] Schließt also ein Mitglied des Überwachungsorgans völlig die Augen hinsichtlich der Finanzlage der Gesellschaft, begeht es eine Pflichtverletzung.[130]

d) Am Rande sei erwähnt, daß die Europäische Kommission in Brüssel in ihrem Vorschlag zur Änderung der 4. und 7. Richtlinie vom 27. 10. 2004 für eine solidarische Haftung aller Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgans einer börsennotierten Gesellschaft sorgen will, also der Board-, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für die Korrektheit der Einzel- und der Konzernbilanz.[131] Die Kommission folgt damit dem Sarbanes-Oxley-Act. Aber sie rennt damit viele offene Türen ein. In Deutschland[132] und Österreich[133] ist das seit langem Gesetz, in der Schweiz[134], in Frankreich[135] und in Großbritannien[136] gilt nichts anderes.

---

126 Vgl. LUTTER/KRIEGER (FN 94), Rn. 839 ff.; für Österreich STRASSER (FN 26), §§ 98, 99, Rn. 35; für England HANNIGAN (FN 53), S. 306 ff.

127 Das deutsche Recht hat diesen Bereich in § 107 Abs. 3 dAktG ausdrücklich festgeschrieben; ähnlich die Schweiz in Art. 716a OR für den Verwaltungsrat. Auch im österreichischen Recht ist anerkannt, daß bestimmte Aufgaben beim Gremium verbleiben müssen; STRASSER (FN 26), §§ 92–94, Rn. 75. Vgl. im übrigen LUTTER/KRIEGER (FN 94), Rn. 622 ff.; *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433, 486 ff.

128 MERTENS (FN 4), § 107, Rn. 130; OLG HAMBURG vom 15. 9. 1995, ZIP 1995, S. 1673, 1675; *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433, 486 ff.

129 HANNIGAN (FN 53), S. 308.

130 Vgl. *Re Continental Assurance Co of London plc* [2001] BPIR 733, Rn. 287 f., 399 ff. und die Verweise oben in FN 127.

131 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Abänderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG hinsichtlich der Jahresabschlüsse bestimmter Arten von Unternehmen und konsolidierter Abschlüsse vom 27. 10. 2004; KOM (2004), S. 725.

132 §§ 170, 171, 93, 116 dAktG.

133 § 222 Abs. 1 öHGB; §§ 84, 96, 99 öAktG.

134 OR 716a I Ziff. 6, 754, 728 ff., 755; dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 112), S. 343, 375 ff., 392 f., 441 ff., 445 ff.

135 Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés Commerciales, 1998, Rn. 1347 ff., 1400 ff., 1582, 1685 ff.; COZIAN, Droit des Sociétés, 10 Aufl., S. 271 f., 288; GUYON, Droit des Affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés, 8. Aufl., S. 418 ff., 473 ff.

136 GOWER/DAVIES (FN 3), S. 425, 432 ff., 542 f.; HANNIGAN (FN 53), S. 299 ff.

Das kann natürlich nicht bedeuten, daß diese Organmitglieder die Bilanzen selbst aufstellen müßten – sie wären full time damit beschäftigt. Aber es bedeutet, daß die angesprochenen Organmitglieder diese Bilanzen untereinander und mit dem Abschlußprüfer mit besonderer Sorgfalt und mit vielen kritischen Fragen erörtern müssen. Auch das ist schon heute geltendes Recht. Aber ein warnender Finger aus Brüssel ist nach den Katastrophen von Enron, WorldCom und Parmalat gewiß nicht verfehlt.

VI. Exkurs: Innen- und Außenhaftung des Managements

Ohne es bisher ausdrücklich gesagt zu haben, betrafen meine Ausführungen die Haftung des Managements *gegenüber der Gesellschaft* aus Pflichtverletzung wegen eines *Schadens der Gesellschaft*. Wir haben uns in Deutschland angewöhnt, insoweit von einer *Innenhaftung* zu sprechen. Aber selbstverständlich gibt es auch Fälle, in denen Mitglieder des Managements aus einer Pflichtverletzung auch *Dritten gegenüber* haften *(Außenhaftung)*.

1. Haftung aus Delikt

Eine solche Haftung des Managements gilt ganz allgemein, wenn die fragliche Handlung zugleich ein *Delikt* gegenüber dem Dritten darstellt. Das ist etwa im oben zitierten Urteil der belgischen Cour de Cassation[137] ausdrücklich gesagt, ist aber auch sonst nicht bestritten.[138] Interessant sind hier aber auch drei kürzlich ergangene Urteile des Bundesgerichtshofs vom 19.7. 2004[139], in denen das Management wegen falscher Information des Kapitalmarkts aus Delikt (§ 826 BGB – sittenwidrige Schädigung) zum Schadensersatz gegenüber getäuschten Investoren verurteilt wurde.

Und der deutsche Gesetzgeber hatte für solche Fälle sogar ein «Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz» vorbereitet, das aber – jedenfalls bisher – nicht Gesetz geworden ist.[140]

---

137 Oben sub I.1.(3).

138 Vgl. dazu die Diskussion zwischen Grunewald (ZHR 157, 1993, S. 451) und Lutter (ZHR 157, 1993, S. 464).

139 AG 2004, S. 543 und 546, sowie ZIP 2004, S. 1604, und dazu Kort, AG 2005, S. 21.

140 Dazu Hopt/Voigt (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, Tübingen 2005; dies., WM 2004, S. 1801 ff.; Carsten Schäfer, GesRZ 2005, Sonderheft, S. 25 ff. Weiter Fleischer, RIW 2002, S. 729; ders., ZGR 2004, S. 437 ff.

2. *Ausdrückliche Regelung in Gesellschaftsrechts-Gesetzen*

Auf einer anderen Linie liegen gesetzliche Vorschriften, die eine solche Außenhaftung des Managements aus Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft dann ausdrücklich vorsehen, wenn dadurch ein Aktionär geschädigt wurde. Dazu gehören etwa *Belgien* mit seinem Art. 528 CS und Spanien mit Art. 133 Abs. 1 LSA, die eine solche Außenhaftung bei der Verletzung von Gesetz oder Satzung ausdrücklich vorsehen. Erfaßt hiervon wären falsche Bilanzen oder falsche Erklärungen des Managements. Zwar verletzen sie damit ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft, der dadurch aber in der Regel kein Schaden entsteht, während der Aktionär bei seiner Investitions- oder Desinvestitions-Entscheidung durchaus darauf vertraut haben kann und geschädigt wird: das Management haftet nach diesen Rechten dafür.

3. *Insolvenz-Haftung des Managements*

In der Mitte zwischen Innen- und Außenhaftung liegen die Regeln des *französischen*[141] und *belgischen*[142] Rechts zur Haftung des Managements bei schwerer Pflichtverletzung in der *Insolvenz* der Gesellschaft «tout ou partie des dettes sociales» in die Insolvenzkasse zu zahlen mit dem Ziel, jedenfalls die Gläubiger sicherzustellen.

4. *Wachsende Bedeutung der Außenhaftung*

Mit der steigenden Bedeutung der Kapitalmärkte in Europa und den wachsenden Informationspflichten des Managements gegenüber Anlegern und Öffentlichkeit wächst auch die Bedeutung der Außenhaftung des Managements gegenüber geschädigten Anlegern. Im Gegensatz zur eher zögerlichen Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft (dazu unten X.) werden Aktionäre mehr und mehr versuchen, ihre Investitions-Fehlentscheidungen auf das Management zu verlagern; die deutschen Verfahren EM-TV[143], Comroad[144] und Telekom mit 17 000 Klagen (!)[145] sind dafür symptomatisch. Daher ist hier

141 Art. L 624–3 cc.

142 Art. 530 CS.

143 BGH vom 9.5.2005, ZIP 2005, S. 1270.

144 OLG Frankfurt vom 17.3.2005, ZIP 2005, S. 710 – Comroad I; OLG München vom 20.4.2005, ZIP 2005, S. 901 – Comroad II.

145 Dazu Pressemitteilung des LG Frankfurt am Main Nr. 1/2004; abrufbar unter *www.rws-verlag.de/presse-2004/04lgfrankfurt01.htm*; vgl. auch BVerfG vom 27.7.2004, WM 2004, S. 1777.

von großer Bedeutung die Frage, ob auch die Gesellschaft mit ihren deep pockets für diese Fehler des Managements einzustehen hat. Die Regeln zur sogenannten Prospekthaftung sehen das ausdrücklich vor[146]; aber auch in den anderen Fällen hat der deutsche BUNDESGERICHTSHOF das angenommen.[147] Damit werden diese Ansprüche aus Außenhaftung des Managements noch viel interessanter für die Aktionäre. Ich bin darüber nicht glücklich; denn de facto tragen dann die *anderen Aktionäre* den Schaden.

VII. Haftung des Abschlußprüfers

1. Überblick

Der Abschlußprüfer wird heute weit überwiegend als unabhängiger Vertragspartner der Gesellschaft angesehen und nicht als deren Organ. In jedem Fall ist er zu sorgfältiger Erfüllung seiner gesetzlichen und ggf. vertraglich erweiterten Prüfaufgaben verpflichtet. Und verletzt er diese Pflichten, so haftet er der Gesellschaft aus der Verletzung von Gesetz[148] oder des Prüf-Vertrages. Das ist in allen europäischen Rechtsordnungen so.[149] Die 8. Richtlinie hat hier zu einer beachtlichen Standardisierung der fachlichen Qualität und der Kompetenzen des Abschlußprüfers in Europa geführt.

2. Besonderheiten

Zwei wichtige Besonderheiten sind hier jedoch zu vermelden:

a) Einige Rechtsordnungen begrenzen die Haftung des Abschlußprüfers der Höhe nach, so Österreich und Deutschland[150], während anderen Rechtsordnungen wie z. B. Großbritannien[151] oder Frankreich[152] dieser Gedanke ganz und gar fremd ist.

---

146 Dazu HOPT/VOIGT (FN 140).

147 Vgl. BGH vom 9.5.2005, ZIP 2005, S. 1270, und dazu HUTTER/STÜRWALD, NJW 2005, S. 2428 ff.; KORT, NZG 2005, S. 708.

148 Siehe z. B. § 323 dHGB.

149 Rechtsvergleichend zum deutschen, englischen und französischen Recht WÖLBER, Die Abschlussprüferhaftung im Europäischen Binnenmarkt, S. 51 ff.

150 Vgl. §§ 275 Abs. 2, 4; 906 Abs. 6 öHGB, § 323 Abs. 2, 4 dHGB; zu beiden Rechtsordnungen WALTER DORALT, Haftung der Abschlussprüfer, Wien 2005, S. 98 ff.

151 GOWER/DAVIES (FN 3), S. 581 ff.; WÖLBER (FN 149), S. 160 ff.; zu den jüngsten Reformvorschlägen DTI, Company Law Reform, 2005, Cm. 6456, S. 25 ff.

152 WÖLBER (FN 149), S. 161 f.

In den Ländern, die eine solche Begrenzung kennen, ist sie in der Literatur stark umstritten.[153] Das Problem liegt bei der Frage, ob das Risiko zu noch vertretbaren Kosten versichert werden kann. Denn Schäden wie bei Enron, WorldCom und Parmalat stehen außer jedem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit eines Abschlußprüfers. Sinnvoll ist seine Haftung nur, wenn eine Versicherungsgesellschaft dahinter steht. Hier sind die Dinge ganz und gar im Fluß.[154] URS BERTSCHINGER wird uns die ganze Fülle der Diskussion dazu vortragen.

b) Ein ganz zentrales Problem im Zusammenhang mit der Haftung des Abschlußprüfers aber betrifft die Frage, ob er ggf. für Mängel seiner Arbeit auch *Dritten gegenüber* haftet, also etwa Aktionären oder Kreditgebern, die auf die Richtigkeit seiner Prüfung und seines Testates vertraut haben. Diese Frage wird in keiner mir bekannten Rechtsordnung gesetzlich ausdrücklich entschieden[155] und wird deshalb in Literatur und Rechtsprechung außerordentlich kontrovers behandelt. Dennoch läßt sich eine kleine gemeinsame Linie erkennen. Der Abschlußprüfer haftet für schuldhafte Pflichtverletzungen auch einem Dritten gegenüber, wenn er weiß, daß seine Erklärungen für diesen konkreten Dritten bestimmt sind und der Dritte auf die Aussagen vertraut hat und vertrauen durfte.[156] Andererseits greift die Haftung für fahrlässige Pflichtverletzungen dann nicht, wenn dem Abschlußprüfer nur abstrakt erkennbar ist, daß sich irgendein Dritter möglicherweise auf seine Erklärung stützen könnte.[157] Dahinter steht die Sorge, der «liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class»[158]. Dazwischen liegt die Grauzone derjenigen Fälle, in denen dem Abschlußprüfer erkennbar

153 Vgl. WALTER DORALT (FN 150), S. 103 ff. zur Debatte in Österreich; zur Diskussion und rechtsgeschichtlichen Entwicklung in Deutschland EBKE, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 323, Rn. 4 ff.; aus Sicht der ökonomischen Analyse GELTER, WPg 2005, S. 486.

154 Vgl. zum Reformprozeß in England DTI, Company Law Reform, 2005, Cm. 6456, S. 25 ff.; zur Reform in Österreich WALTER DORALT (FN 150), S. 249 ff.; zum kürzlich in Deutschland in Kraft getretenen Abschlussprüferaufsichtsgesetz MARTEN/KÖHLER, WPg 2005, S. 145; zu Reformbestrebungen der Europäischen Kommission LANFERMAN, DB 2004, S. 609; rechtsvergleichend WÖLBER (FN 149), S. 158 ff.

155 Vgl. BAUMBACH/HOPT/MERKT, HGB, 31. Aufl., § 323, Rn. 8; HANNIGAN (FN 53), S. 520; WALTER DORALT (FN 150), S. 147, 150.

156 Vgl. BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 2.4.1998, BGHZ 138, S. 257; OLG DÜSSELDORF vom 15. Dezember 1998, Wirtschaftsprüfer-Mitteilungen 1999, S. 262 (Anmerkung EBKE); GRUNEWALD, ZGR 1999, S. 583, 597 f.; *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1963] 2 All ER 575; *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 1 All ER 568; WALTER DORALT (FN 150), S. 148 ff.; WÖLBER (FN 149), S. 147 f. sowie FLÜHMANN, Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, Bern etc. 2004, insbes. S. 115 ff., 141 ff.

157 Vgl. die Nachweise in der vorangehenden Fußnote.

158 *Ultramares Corp. v Touche* (1931) 255 NY 170, 179.

ist, daß sich ein konkreter Dritter auf das Prüfungsergebnis, sei es für eine Investitionsentscheidung, sei es für eine Kreditvergabe, verlassen wird.

Mit solchen Fällen hatten sich die obersten Gerichte in England[159], Österreich[160] und Deutschland[161] zu beschäftigen. Aus allen drei Urteilen spricht das Bemühen, die im Grundsatz anerkannte Fahrlässigkeitshaftung der Abschlußprüfer für die Qualität und Sorgfalt ihrer Prüfung auch gegenüber Dritten, vor allem Aktionären einerseits auf ein für den Berufsstand erträgliches Maß zu begrenzen und andererseits Dritte in ihrem berechtigten Vertrauen zu schützen. Das gelingt den drei Rechtsordnungen durch folgende, die Fahrlässigkeitshaftung begrenzende Schlüsselelemente: Dem Abschlußprüfer muß ersichtlich sein, daß seine Erklärung dem Dritten, entweder konkret individualisiert oder als Mitglied einer bestimmbaren Gruppe, mitgeteilt werden wird, eine gewisse Nähe zwischen der Leistungserbringung an die Gesellschaft und dem Dritten besteht und dieser auf Grundlage des Prüfungsergebnisses finanziell relevante Entscheidungen treffen wird.[162]

c) Von dieser trotz aller Unsicherheiten einheitlichen und zurückhaltenden Linie machen *Frankreich*[163] und *Italien*[164] für den Abschlussprüfer und die *Schweiz* bezüglich der Revisionsstelle eine Ausnahme. In diesen Ländern und vor allem hier in der Schweiz ist die Klage enttäuschter Investoren oder Gläubiger gegen den Abschlussprüfer bzw. die Revisionsstelle jedenfalls außerhalb des Konkurses der Gesellschaft[165] nicht ausgeschlossen[166], da «die Revisionsstelle ihre Aufgaben auch *zugunsten der Allgemeinheit* zu erfüllen habe, daß also diesem Institut *Schutzfunktion auch zugunsten Dritter* zukomme»[167]. Das ist die klare Gegenposition zur Haltung der soeben behandelten Länder – und das trotz teilweise lebhaften Widerspruchs der Litera-

159 *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 1 All ER 568; analysiert von Hannigan (FN 53), S. 520 ff.; ausführlich zum englischen Recht Wölber (FN 149), S. 110 ff.

160 OGH vom 27.11.2001, ÖZW 2002/3, 88 (Riegerbank); dazu Walter Doralt (FN 150), S. 148 ff.

161 BGH vom 2. April 1998, BGHZ 138, S. 257, besprochen von Grunewald, ZGR 1999, S. 583.

162 Vgl. oben FN 156; nachdrücklich für eine Ausweitung der Dritthaftung des Prüfers Heppe, WM 2003, S. 714 ff. und 753 ff.

163 Art. 234 loi 66–537 erwähnt ausdrücklich die Dritten («... tant à l'égard de la société que des tiers»); zur forensischen Praxis instruktiv Wölber (FN 149), S. 153 ff.

164 Art. 164 des Gesetzes 58/98 erwähnt ebenfalls die Dritten («... e nei confronti dei terzi danneggiati»).

165 BGE 122 III 176 ff.

166 So schon der Text von Art. 755 OR: «... sind sowohl der Gesellschaft als auch den Einzelaktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich ...». Vgl. weiter BGE 117 II 432; 122 III 166, 176 und 195; Forstmoser, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, 1997, N. 268 ff. und N. 286 ff.

167 So Forstmoser (FN 166), N. 276 als Interpretation des Gesetzes und der Gerichtspraxis; zum französischen Recht Wölber (FN 149), S. 150 ff.

tur.[168] Allerdings bleibt dem frustrierten Investor der höchst schwierige Nachweis, daß er *wegen* des (falschen) Berichts und des (falschen) Testats gekauft habe.[169]

d) Zahlreiche andere Fragen harren der Klärung, etwa die Sperrwirkung einer gesetzlichen Haftungsanordnung zugunsten der Gesellschaft, die Rechtsnatur der Haftung gegenüber Dritten (vertraglich oder deliktisch?), Kausalitätszusammenhänge zwischen Testat und Vermögensschaden des Dritten, Anwendbarkeit gesetzlicher Haftungsbeschränkungen, Relevanz anderer Haftungsgrundlagen (Auskunftsvertrag, Berufsrecht) und die Gehilfenhaftung.[170] In der Praxis jedenfalls haften Abschlußprüfer Dritten für fahrlässige Falschtestate eher selten, während ihnen Vorsatz kaum je nachzuweisen ist.[171]

3. Fazit

Ich persönlich neige zu einer kontrollierten Ausweitung der Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten und vor allem gegenüber dem Anleger am Kapitalmarkt. Denn in einem modernen Verständnis ist der Abschlußprüfer auch Garant gegenüber Markt und Öffentlichkeit. Verläßt sich der Anleger auf den Jahres- oder Konzernabschluß der Gesellschaft – und zu diesem Zwecke wird er mit hohen Kosten publiziert –, ist dieser aber falsch, so sollte der Prüfer dafür einstehen müssen. Es wird sein eigenes Interesse an Qualität gewiß heben.

Unter «kontrollierter Ausweitung» sollte man aber auch die Versicherbarkeit dieser Haftung verstehen; denn nur dann ist sie auch in ihren Ergebnissen für den Anleger sinnvoll.

---

168 Druey, SAG 1981, S. 77, 80 ff.; Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, 1994, S. 35 f. Ders., Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Ch. M. Baer (Hrsg.), (FN 1), S. 27, 64 ff. Zustimmend aber Forstmoser (FN 166).

169 Zum Ganzen vgl. Gutachten für die Europäische Kommission «A Study on Systems of Civil Liability of Statutory Auditors in the Context of a Single Market for Auditing Services in the European Union»; zum französischen Recht Wölber (FN 149), S. 153 ff. Zum schweizerischen Abschlussprüfer und im Gegensatz zur Haftung der Revisionsstelle vgl. Flühmann (FN 156).

170 Vgl. die Kommentierung von Ebke, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 323, Rn. 14 ff.; Walter Doralt (FN 150), S. 147 ff.; Hannigan (FN 53), S. 520 ff.; Flühmann (FN 156), S. 47 ff.

171 Es sei denn, man weicht die Vorsatzerfordernisse in Richtung grober Fahrlässigkeit auf, dazu Grunewald, ZGR 1999, S. 583, 590 f.

VIII. Haftung der Aktionäre

1. Haftung der Konzern-Obergesellschaft

Eine Haftung von Aktionären kommt vor allem im Konzern als Haftung der Obergesellschaft vor. Die Frage nach einer Haftung der Muttergesellschaft für die Schulden ihrer Tochter ist vielfach erörtert und entschieden worden.[172] Aber genau dieser konzernrechtliche Aspekt sollte nach den Vorgaben der Sitzungsleitung hier nicht angesprochen werden – wir hätten anderenfalls eine weitere Abteilung eröffnen müssen. Fragen zu Haftung aus Herrschaft, Abhängigkeit und Konzern sind und bleiben hier also ausgeklammert.

2. Allgemeine Aktionärs-Haftung

Dann also geht es hier nur um die Frage, ob und aus welchen Gründen ein Aktionär als solcher – nicht also als ein beliebiger Dritter, sondern eben als Aktionär – die Gesellschaft schädigen und ihr gegenüber haftbar werden kann. Dabei handelt es sich gewiß um Sondersituationen, in aller Regel nicht eines einfachen, sondern eines einflußreichen Aktionärs. Im französischen und belgischen Recht kann man an die schlechte Geschäftsführung eines Aktionärs als faktischer Geschäftsführer denken und die daraus fließende Pflicht zu gänzlicher oder teilweiser Deckung der Schulden in der Insolvenz[173], im deutschen Recht an die Haftung wegen Existenzvernichtung[174], im englischen Recht an die Haftung wegen faktischer Geschäftsführung (shadow director).

Kurz: Es geht um ausgesprochene Sondersituationen.

Im Übrigen kann ich auf das Referat von Herrn GRABLOWITZ verweisen.

---

172 WIMMER-LEONHARDT, Konzernhaftungsrecht, 2004; DRÜKE, Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft, 1989; MUSCAT, The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiaries, 1996; DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, S. 59 ff., 341 ff.; WOLF, Konzernhaftung in Frankreich und England, 1994; zur Rechtsprechung vgl. nur *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Ch 433; BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 17.9.2001, ZIP 2001, S. 1874 = BGHZ 149, S. 10 (Bremer Vulkan).

173 Schon oben bei FN 141 sowie Art. L. 624–3 cc (Frankreich); Art. 530 cs. (Belgien); COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, Droit des Sociétés, 12. Aufl., S. 164 ff.; LEGEAIS, Droit commercial, 12. Aufl., S. 405; HABERSACK/VERSE, ZHR 168 (2004), S. 174, 202 ff.; FALCKE, Konzernrecht in Frankreich, 1996, S. 123 ff; MARQUARDT/HAU, RIW 1998, S. 441 ff.

174 BGH vom 17.9.2001, ZIP 2001, S. 1874 = BGHZ 149, S. 10 (Bremer Vulkan); vom 25.2.2002, ZIP 2002, S. 848; vom 24.6.2002, ZIP 2002, S. 1578 (KBV); vom 13.12.2004, ZIP 2005, S. 250; OLG ROSTOCK vom 10.12.2003, ZIP 2004, S. 118; SCHÖN, ZHR 168 (2004), S. 268; LUTTER/BANERJEA, ZGR 2003, S. 402.

IX. Haftung von Aufsichtsbehörden

1. Überblick

In der Nachfolge der berühmten Securities and Exchange Commission (SEC) in den USA sind in ganz Europa in den letzten 20 Jahren staatliche Behörden zur Überwachung von Börsen und Börsenhandel entstanden, deren Befugnisse heute auch weit in die Börsengesellschaften selbst hineinreichen. Und natürlich machen auch die nicht immer alles richtig, so daß mancher geschädigte Aktionär auf den Gedanken kommen mag, seinen Schaden dort zu liquidieren. Es ist nun geradezu spannend zu sehen, wie sorgfältig die Staaten das zu verhindern wissen. THOMAS WERLEN und PHILIP WOOD werden darüber genauestens berichten.

2. Die Rechtslage speziell in Deutschland

Weil aber diese beiden Herren naturgemäß nur am Rande über Deutschland vortragen können, will ich Ihnen einen kurzen Überblick geben:

Die Haftung von Aufsichtsbehörden setzt einen sogenannten *Amtshaftungsanspruch* nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 des Grundgesetzes voraus. Dieser § 839 BGB verlangt die Verletzung einer Rechtsnorm, die nicht nur öffentliche, sondern zumindest *auch individuelle Interessen schützen soll.*[175] Der BUNDESGERICHTSHOF hat in den 70er-Jahren bei den Verfahren «Wetterstein»[176] und «Herstatt»[177] diese individualschützende Qualität von bankaufsichtsrechtlichen Normen für möglich gehalten.

Zur Vermeidung solcher Haftungsansprüche gegen das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen – und mithin den Bundesfiskus – wurde § 6 Abs. 4 KWG a. F. geschaffen, wonach die aufsichtsbehördlichen Aufgaben ausschließlich im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden.[178] Die neu geschaffene und neben der Aufsicht über das Kreditwesen auch für das Versicherungswesen und den Wertpapierhandel zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) wird durch § 4 Abs. 4 FinDAG entsprechend geschützt.

Der in der Literatur entstandene Streit, ob § 6 Abs. 4 KWG a. F. bzw. nunmehr § 4 Abs. 4 FinDAG gegen Verfassungs- und europäisches Gemein-

175 Ständige Rechtsprechung, vgl. BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 6.5.1993, BGHZ 122, S. 317, 320 f.; vom 16.2.1995, BGHZ 129, S. 23, 25.

176 BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 15.2.1979, BGHZ 74, S. 144.

177 BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 12.7.1979, BGHZ 75, S. 120.

178 Parallelvorschriften: § 81 Abs. 1 S. 3 VAG a. F.; § 4 Abs. 2 WpHG a. F.; § 1 Abs. 6 BörsG.

schaftsrecht verstoßen[179], ist mittlerweile höchstrichterlich geklärt[180]: Nach Einholung einer Vorabentscheidung[181] des EuGH, in der die Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht bejaht wurde, hat der BUNDESGERICHTSHOF[182] nunmehr entschieden, daß der Bereich der Bankenaufsicht, soweit es nicht um Eingriffsbefugnisse gegenüber den beaufsichtigten Kreditinstituten und anderen Personen nach dem Kreditwesengesetz geht, Ansprüchen aus Amtshaftung entzogen ist. Das gilt in ganz der gleichen Weise für die BaFin, so daß Aktionäre keine Haftungsansprüche aus fehlerhafter Kapitalmarktaufsicht geltend machen können.

X. Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Gesellschaft

1. Überblick

Stehen einer Gesellschaft Ansprüche zu, dann ist deren Durchsetzung gegen den Schuldner eine reine Normalität und ohne jede Besonderheit, bedürfte hier also kaum der Erörterung. Bei Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder ist das aber keineswegs so, wie wir von Frau KALSS erfahren werden. Denn man muß sich die faktische Situation vorstellen: im monistischen System muß der Board selbst gegen eines seiner Mitglieder, im dualistischen System der Aufsichtsrat gegen ein Vorstandsmitglied bzw. der Vorstand gegen ein Aufsichtsratsmitglied klagen.[183] Das kommt im normalen Gang des Lebens und der Dinge praktisch nicht vor, auch wenn kein Zweifel besteht, daß die betreffenden Organe zur Geltendmachung der Forderung verpflichtet sind[184]; sie können dabei aber die oft geringe Leistungsfähigkeit des schuldigen Organmitglieds gemessen an der Höhe des Schadens berücksichtigen.[185] Verfahren dieser Art finden daher vor allem statt, wenn

- das betreffende Organmitglied die Gesellschaft im Streit verlassen hat;
- das herrschende Unternehmen gegen das Management einer Tochtergesellschaft vorgeht;

---

179 So die h. L.; vgl. zum Streitstand GRATIAS, Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt, 1999, S. 65 ff., 89 ff., 107 ff.

180 Vgl. nur BUNDESGERICHTSHOF, Urteil vom 20. 1. 2005, NJW 2005, S. 742.

181 EuGH, Rs. C-222/02, NJW 2004, S. 3479.

182 NJW 2005, S. 742 ff.

183 Vgl. GOWER/DAVIES (FN 3), S. 444, für Großbritannien; GLANZMANN, ZSR 2000 I, S. 139, 170, für die Schweiz; HÜFFER (FN 22), § 111, Rn. 4a für Deutschland; DORALT/NOWOTNY/KALSS (FN 34), § 97, Rn. 7, 14, für Österreich.

184 BUNDESGERICHTSHOF vom 21. 4. 1997, BGHZ 135, S. 244 – ARAG; THÜMMEL, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl., Rn. 260 f.

185 BUNDESGERICHTSHOF (FN 184).

- ein neuer Großaktionär nach Möglichkeiten sucht, den von ihm gezahlten Kaufpreis für die Aktien zu reduzieren oder – und das vor allem –
- die Gesellschaft insolvent ist und der Insolvenzverwalter Chancen sieht, auf diesem Wege die Insolvenzmasse anzureichern.

Immerhin: das sind schon Fälle genug. Dennoch sind die faktischen Unterschiede hier groß: in der Schweiz gibt es eine reiche Rechtsprechung zur Haftung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle[186], während man in Deutschland die dazu veröffentlichten Urteile an einer Hand abzählen kann.[187] Im Hinblick auf die heute üblich gewordene D+O Versicherung mag sich das allerdings in der Zukunft ändern; denn dann richtet sich die Forderung de facto an die zahlungskräftige Versicherung und nicht an das eher zahlungsschwache Organmitglied. In England schließlich ist eine eigentümliche Diskrepanz zwischen der Durchsetzung der Pflichten der Directors in zivilrechtlichen Haftungsprozessen und öffentlich rechtlichen Disqualifizierungsverfahren festzustellen, in denen der jeweiligen Person die «Lizenz» zur Direktorenschaft entzogen wird. Während erstere kaum vorkommen[188], sind die Disqualifizierungsverfahren zahlenmäßig häufig und haben in den letzten 20 Jahren die gerichtliche Weiterentwicklung der Sorgfaltspflichten von Directors maßgeblich mitbestimmt.[189]

2. *Einzelheiten*

Zwei Fragen interessieren hier besonders:

(1) Gibt es im Haftungsprozeß Erleichterungen für die Gesellschaft?

(2) Können Aktionäre den Board/Vorstand/Aufsichtsrat zwingen, gegen das betreffende Mitglied zu klagen oder können sie es gar selbst für die Gesellschaft tun?

3. *Erleichterungen im Verfahren*

a) Will eine Gesellschaft von einem ihrer Organmitglieder die Erstattung eines ihr – angeblich – entstandenen Schadens, so muß sie nach allen mir bekannten Rechtsordnungen vortragen und ggf. auch beweisen:

---

186 Vgl. Forstmoser (FN 166); Forstmoser/Sprecher/Töndury (FN 47) und Hütte, ZGR 1986, S. 1 ff. Walter (in: Ch. M. Baer, FN 121), S. 75, berichtet von 20 Entscheiden des Schweizerischen Bundesgerichts dazu in nur 15 Jahren.

187 Vgl. die Nachweise bei Lutter/Krieger (FN 94), Rn. 834, und Hüffer (FN 22), § 116, Rn. 9.

188 Gower/Davies (FN 3), S. 443 ff.

189 Hannigan (FN 53), S. 302, 312, 335 f.; vgl. z. B. *Re Barings Plc (No 5) Secretary of State for Trade and Industry v Baker* [1999] 1 BCLC 433, 486 (einem Beschluss von 170 Druckseiten!), bestätigt vom Court of Appeal [2000] 1 BCLC 523, 535.

- die fragliche Handlung oder Unterlassung des Betroffenen,
- deren Pflichtwidrigkeit,
- den ihr daraus erwachsenen Schaden,
- die Kausalität zwischen der pflichtwidrigen Handlung/Unterlassung und dem ihr erwachsenen Schaden und
- das persönliche Verschulden des Organmitglieds.

b) In diese normale Struktur des Verfahrens greifen nun das *deutsche* und das *österreichische* Recht ein, indem diese Rechte dem betreffenden Organmitglied auferlegen

- darzutun und ggf. zu beweisen, daß die fragliche Handlung/Unterlassung *nicht pflichtwidrig* war und
- daß ihn *kein persönliches Verschulden* getroffen hat.[190]

Die Gesellschaft ist nach deutschem und österreichischem Recht also in einer sehr komfortablen Situation: sie muß nur die fragliche Handlung bzw. Unterlassung dartun und ggf. beweisen sowie den ihr daraus kausal erwachsenen Schaden, während das Organmitglied dartun muß, daß die fragliche Handlung/Unterlassung *nicht pflichtwidrig* war und es *jedenfalls kein Verschulden* trifft.

c) In diese Struktur des gerichtlichen Verfahrens greift jetzt aber auch die Business Judgment Rule ein und zwar *zugunsten* des Organmitglieds. Denn kommt sie in concreto zur Anwendung, dann ist die fragliche Handlung/Unterlassung *nicht pflichtwidrig*, dann entfällt die behauptete Haftung per se. Kann also das betreffende Organmitglied dartun, daß

- es um eine unternehmerische Entscheidung ging (also insbes. nicht um die Erfüllung einer rechtlich festgelegten Pflicht),
- die nicht gegen zwingendes Recht verstieß,
- kein Interessenkonflikt bei den an der Entscheidung beteiligten Organmitgliedern vorlag,
- die Entscheidung sorgfältig vorbereitet worden ist und
- nicht völlig unvertretbar war,

so liegt schon eine Pflichtwidrigkeit nicht vor – mag der Gesellschaft aus der fraglichen Entscheidung auch ein noch so großer Schaden entstanden sein.[191]

Es ist leicht zu erkennen, dass diese Regel auch grosse *prozessuale Bedeutung* hat. Denn greift sie ein, so verbietet sie dem Gericht die sachliche Auseinandersetzung mit und Entscheidung über die betreffende Massnahme des Managements: Es hat also weder darüber zu verhandeln noch zu entscheiden,

190 Vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 dAktG; § 84 Abs. 2 S. 2 öAktG; dazu Hüffer (FN 22), § 93, Rn. 16.

191 Die Fehlinvestition von BMW bei Rover kostete rund 6 Mrd. DM = 3 Mrd. Euro.

ob der Erwerb von Rover durch BMW oder die Beteiligung von Daimler an Fokker richtig und vernünftig war.

d) Die soeben dargestellte Haftungserleichterung für das Management mit Hilfe der Business Judgment Rule ist offenbar allen Rechtsordnungen gemeinsam, nicht aber die Erleichterung für die Gesellschaft im deutschen und österreichischen Recht. Das ist offenbar eine Spezialität dieser beiden Rechtsordnungen. Einzelheiten erfahren wir dazu von Frau KALSS.

4. *Aktionärsklage*

a) Wie schon bemerkt, sind die zuständigen Organe der Gesellschaft in der Regel nicht bereit, Haftungsklagen gegen Kollegen oder frühere Kollegen anzustrengen. Auch dem schon mehrfach erwähnten deutschen ARAG-Fall des BUNDESGERICHTSHOFS[192] lag die Klage einer Aufsichtsrats-*Minderheit* gegen die unwillige Mehrheit auf Durchführung einer Haftungsklage gegen ein aktives Vorstandsmitglied zugrunde. Auf diesem Hintergrund hat die *derivative suit* in den USA ihren Siegeszug angetreten, die Klage also eines Aktionärs gegen das Organmitglied auf Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft.[193] Wie steht es darum in Europa? Die Situation könnte nicht unterschiedlicher sein, wie uns Frau KALSS dartun wird:

b) Einigen Rechtsordnungen ist die Klagebefugnis eines Aktionärs für die Gesellschaft ganz selbstverständlich. Dazu gehören etwa die Schweiz[194] und Frankreich[195]. Interessanterweise sind solche Klagen sowohl in der Schweiz als auch in Frankreich ausgesprochen selten: Das Kostenrisiko ist sehr hoch und der persönliche Vorteil minimal.

Diese Klagebefugnis des Aktionärs steht teilweise unbeschwert neben der fortbestehenden Klagebefugnis der Gesellschaft – so etwa in der Schweiz[196]. Demgegenüber ist die *derivative suit* in den USA erst zulässig,

---

192 BGHZ 135, S. 244.

193 *Dodge v Woolsey*, 59 U. S. (18 How.) 331; *Ross v Bernhard*, 396 U. S. 531 (1970); *Eisenberg v Flying Tiger Line, Inc.*, 451 F.2d 267 (1971); CARY/EISENBERG, Corporations, 6. Aufl., 1992, S. 938 ff.; HENN, Corporations, 2. Aufl., S. 980 ff.; MERKT (FN 39), S. 473 ff.; COFFEE, Columbia Law Review 86 (1986), S. 669 ff.

194 Art. 756 OR und dazu BÖCKLI (FN 9), § 18, N. 225 ff.; DRUEY (FN 47), § 72, N. 34 ff.; GILLARD (FN 78), S. 490 f., 493 f.

195 PLANCK, Aktionärsklagen im französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung der neueren Rechtsentwicklung in Belgien, 1995, S. 10 ff.

196 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 112), S. 422; BANERJEA, Die Gesellschafterklage im GmbH- und Aktienrecht, 2000, S. 30 ff.; zur Rechtsprechung vgl. die Entscheidungen des Bundesgerichts in BGE 82 II 48; 111 II 373; 117 II 432; 122 III 166.

wenn die Gesellschaft vom Aktionär aufgefordert wurde, die Klage einzureichen und der Board das abgelehnt hat.[197]

Am anderen Ende der Skala steht Deutschland, das die Aktionärsklage seit 150 Jahren ausdrücklich ablehnt. Die Gründe dafür haben gewechselt. Zuletzt war es die Sorge vor erpresserischen Aktionären. Denn natürlich ist ein solches Verfahren auch für die Gesellschaft selbst belastend, wenn sich die Klage gegen ein aktives Organmitglied richtet – es liegt dann ein von der Gesellschaft angestrebter Vergleich mit dem Kläger nahe. Darauf spekulieren die Räuber, die alles, nur keine Altruisten sind und nicht etwa an die Kasse der Gesellschaft, sondern an ihre eigene persönliche Kasse denken. Daher hat etwa der Deutsche Juristentag – und gegen mein ausdrückliches Votum – vor einigen Jahren die Aktionärsklage erneut ausdrücklich abgelehnt.[198]

c) Deutschland[199] und andere Rechtsordnungen[200] kennen aber das Klagerecht einer Minderheit als Kompromiß gegenüber der Aktionärsklage. Diese Minderheiten-Klage ist aber in aller Regel so schwerfällig und mit so hohen Hürden geregelt, daß sie keinerlei praktische Rolle spielt. In einem lange Jahre beratenen Gesetzentwurf wurde dieses Minderheitenrecht in *Deutschland* jetzt etwas erleichtert[201]; das Gesetz ist erst wenige Wochen alt, es fehlt mithin jede Erfahrung über seine Wirkungen.

Die Tendenzen in den europäischen Rechtsordnungen sind in diesem Kontext ganz außerordentlich unterschiedlich; auch hier werden die Einzelheiten von Frau Kalss vorgetragen.

d) Auf die geringe Bedeutung der Haftungsklage in den meisten europäischen Rechtsordnungen habe ich schon hingewiesen. Das gleiche gilt aber auch für die Aktionärsklage und die Klage einer Minderheit. Insbesondere die Kostenrisiken beider Verfahren sind, wie Frau Kalss darlegt, so gewichtig, die persönlichen Vorteile der Kläger bzw. der Minderheit so gering, daß sich kaum jemand zu einer solchen Klage entschließt. Dann bleibt natürlich die Frage: warum ist das in den USA so anders, warum spielt da die *derivative*

---

197 *Barr v Wackman*, 36 N. Y.2d 371, 329 N. E.2d 180 (1975); *Papilsky v Berndt*, 59 F. R. D. 95 (S. D. N. Y. 1973); Rule 23.1 Federal Rules of Civil Procedure; Cary/Eisenberg (FN 193), S. 964 ff.; DeMott, Shareholder Derivative Actions – Law and Practice, Loseblattausgabe 1986 ff., § 5.02 ff.; Ulmer, ZHR 163 (1999), S. 290, 310 ff.

198 Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Leipzig 2000, Band II/1, O 79 f.

199 § 147 dAktG.

200 §§ 122 f. öAktG; Art. 2393bis ital. c. c. und Art. 129 ital. Testo Unico; zum italienischen Recht siehe auch Sangiovanni, RIW 2003, S. 248; Art. 134.4 span. LSA; Gesetzentwurf schwed. Aktiengesetz, Prop 2004/05:85 s. 897.

201 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.09.2005, BGBl. 2005, Teil I, Nr. 60, § 147 dAktG (neu).

suit eine so große Rolle, ja eine geradezu übergroße Rolle. Die Antwort ist klar: in den USA gibt es das Erfolgshonorar für Anwälte, in Europa nicht. Dort übernehmen also die Anwälte das gesamte Prozeßrisiko und machen, wie man mir versichert, selbst beim Scheitern zweier von drei Verfahren noch immer ein gutes Geschäft.

XI. Schluß

Damit bin ich am Schluß. Was hat uns dieser große Aufwand von 10 Referaten allein für diese Abteilung gebracht?

1. Der *Pflichtenstandard* von Verwaltungsräten, Vorständen und Aufsichtsräten in Europa ist ganz allgemein sehr hoch. Und er wächst laufend mit den ständig neuen Anforderungen der Gesetzgeber an die Unternehmen und ihre Leitungen. Pflichtverletzungen sind also «vorprogrammiert». Dennoch werden Haftungsklagen auch in Zukunft eher selten sein. Zum einen wegen der im Prinzip überall geltenden Business Judgment Rule. Vor allem aber, weil die Unternehmen ihre internen Konflikte ungern vor der Öffentlichkeit ausbreiten und die persönliche Fähigkeit der Organpersonen zur Leistung von Schadensersatz nicht überschätzt werden darf. Das mag sich in Zukunft und im Hinblick auf die üblich gewordene D+O-Versicherung etwas ändern. Zunehmen werden aber Haftungsklagen von Insolvenzverwaltern zur Anreicherung der Masse; das ist jedenfalls unsere deutsche Erfahrung im GmbH-Recht.

2. Wachsende praktische Bedeutung wird die *Außenhaftung* des Managements gegenüber Anlegern und Aktionären künftig haben, insbesondere dann, wenn – wie in Deutschland – auch die Gesellschaft für die Fehler ihrer Manager einstehen muß.

3. Sehr hoch sind in Europa die *Hürden*, die einem Verzicht auf einen entstandenen Haftungsanspruch oder einem Vergleich entgegenstehen.

4. Klagen gegen Aufsichtsbehörden wegen unzureichender Überwachung sind in allen europäischen Ländern aussichtslos.

5. Ungeklärt ist die Haftungs-Situation des gesetzlichen Abschlußprüfers in Europa – nicht in Bezug auf einen Ersatzanspruch der Gesellschaft, da er für deren Schäden aus Fehlern seiner Prüfung fraglos haftet – wenn auch keineswegs immer unbeschränkt. Ungeklärt ist hingegen seine Lage gegenüber Aktionären und Dritten, die sich auf sein Testat verlassen haben. Hier sind die Unterschiede in den Rechtsordnungen Europas groß.

6. Die wissenschaftliche Befassung mit unserem Thema war und ist in allen europäischen Ländern intensiv und wird intensiv bleiben. Ihr Nutzen liegt weniger in der Förderung von Haftungsklagen als in der Klärung von Pflichten des Managements – und nicht zuletzt der Pflichten des Managements im Konzern. Die Literatur diskutiert und formuliert diese Pflichten vielfältig und hebt auf diese Weise unter dem Stichwort der Haftung in Wirklichkeit den Standard guter Unternehmensführung, ist also Teil der breiten Diskussion um gute Corporate Governance.

Anhang 1
Gesetzestexte

Deutschland: «Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.» – § 93 Abs. 2 S. 1 AktG (Über § 116 AktG gilt sinngemäß gleiches auch für Mitglieder des Aufsichtsrats);

Österreich: «Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.» – § 84 Abs. 2 S. 1 öAktG (Über § 99 öAktG gilt dies auch für den Aufsichtsrat);

Frankreich: «Les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.» – Art. L. 225–251;

Großbritannien: dort basiert dieser Grundsatz auf dem nicht kodifizierten common law. Näher Gower/Davies, Principles of Modern Company Law, 7. Aufl. 2003, S. 424 ff.;

Schweiz: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.» – Art. 754 OR;

Niederlande: «Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem ist e wijten en hij niet nala-

tig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.» – Art. 9, 2. Buch BW;

Belgien: «Les adminisstrateurs et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.»
»Les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux.
Ils ne seront déchargés de cette responsibilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.» – Art. 527, 528 Code de sociétés (CS) von 2001;

Spanien: «1. Los administrados responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omnisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.
2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores des daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatuos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.
3. Responderán soidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieren expresamente a aquél.
4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.» – Art. 133 LSA;

Italien: «I promotori sono solidalmente responsabili (1292 e seguenti, 2691) verso la società e verso i terzi: per l'integrale sottoscrizione del capitale sociale e per i versamenti richiesti per la costituzione della società; per l'esistenza dei conferimenti in natura in conformità della relazione giurata indicata nell'art. 2343; per la veridicità delle comunicazioni da essi fatte al pubblico per la costituzione della società (2621).
Sono del pari solidalmente responsabili verso la società e verso i terzi coloro per conto dei quali i promotori hanno agito.» – Art. 2339 c. c.

Luxemburg: «Les administratuers sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.» – Art. 59 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Anhang 2
Company Law Reform Bill, Part B (Directors), Chapter 1 (General Duties)

Introductory provisions

B1 Scope and application of general duties

(1) The general duties specified in sections B2 to B8 are owed by a director of a company to the company.
(2) The duties apply to shadow directors as they apply to directors, subject to any necessary adaptations.
(3) A person who ceases to be a director continues to be subject –
  (a) to the duty in section B6 (duty to avoid conflicts of interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director, and
  (b) to the duty in section B7 (duty not to accept benefits from third parties) as regards things done or omitted by him before he ceased to be a director.

  To that extent those duties apply to a former director as to a director, subject to any necessary adaptations.

The general duties

B2 Duty to act within powers

As a director of a company you must –
(a) act in accordance with the company's constitution, and
(b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.

B3 Duty to promote the success of the company for the benefit of its members

(1) As a director of a company you must act in the way you consider, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole.

(2) Where or to the extent that the company is established for purposes other than the benefit of its members, your duty is to act in the way you consider, in good faith, would be most likely to achieve those purposes.

(3) In fulfilling the duty imposed by this section you must take account (where relevant and so far as reasonably practicable) of –
   (a) the likely consequences of any decision in both the long and the short term,
   (b) any need of the company –
      (i) to have regard to the interests of its employees,
      (ii) to foster its business relationships with suppliers, customers and others,
      (iii) to consider the impact of its operations on the community and the environment, and
      (iv) to maintain a reputation for high standards of business conduct, and
   (c) the need to act fairly as between members of the company who have different interests.

(4) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.

B4 Duty to exercise independent judgment

(1) As a director of a company you must exercise independent judgment.

(2) This duty is not infringed by your acting –
   (a) in accordance with an agreement duly entered into by the company that restricts the future exercise of discretion by its directors, or
   (b) in a way authorised by the company's constitution.

B5 Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

(1) As a director of a company you must exercise reasonable care, skill and diligence.

(2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with –
   (a) the knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a director in your position, and
   (b) any additional knowledge, skill or experience that you in fact have.

B6 Duty to avoid conflicts of interest

(1) As a director of a company you must avoid a situation in which you have, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.

(2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).

(3) This duty is not infringed –
   (a) if there is no real possibility of a conflict of interest;
   (b) if the conflict of interest arises in relation to a proposed transaction or arrangement with the company (but see section B8 (duty to declare interest in proposed transaction with company));
   (c) if the conflict of interest arises in relation to a transaction or arrangement duly entered into by the company;
   (d) if authorisation has been given by the company in accordance with subsection (4).

(4) Authorisation by the company may be given –
   (a) by the matter being proposed to the members of the company and authorised by them; or
   (b) where the company is a private company and nothing in the company's constitution invalidates such authorisation, by the matter being proposed to and authorised by the directors; or
   (c) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution.

(5) If you or any other interested director participate in the proceedings required by subsection (4)(b) or (c), the authorisation is effective only if it would have been effectively agreed to without the participation of any interested director.

(6) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

B7 Duty not to accept benefits from third parties

(1) As a director of a company you must not accept a benefit from a third party conferred by reason of –
   (a) your being a director, or
   (b) your doing (or not doing) anything as director.

(2) A «third party» means a person other than the company, an associated company or a person acting on behalf of the company or an associated company.

(3) Benefits received by you from a person by whom your services (as a director or otherwise) are provided to the company are not regarded as conferred by a third party.
(4) This duty is not infringed –
  (a) if there is no real possibility of a conflict of interest;
  (b) if the matter has been proposed to the members of the company and authorised by them.
(5) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

B8 Duty to declare interest in proposed transaction with the company

(1) As a director of a company you must declare the nature and extent of any interest, direct or indirect, you have in a proposed transaction or arrangement with the company.
(2) If an earlier declaration of interest proves to be, or becomes, inaccurate or incomplete (for instance, because of subsequent changes in the matters to which it relates) you must make a further declaration.
(3) Any declaration required by this section –
  (a) may be made to the other directors or to the members of the company, and
  (b) must be made before the company enters into the transaction or arrangement.
(4) You will be regarded as failing to comply with the duty imposed by this section if you fail to make a declaration, or fail to declare fully the nature and extent of your interest, because you are unaware of matters of which you ought reasonably to be aware.
(5) In Chapter 2 (declaration of interest: further provisions) –
  sections B12 to B15 impose other requirements that you must comply with, but they are not part of the duty imposed by this section; and
  sections B16 to B19 contain supplementary provisions, including provisions about exceptions, notices and sole directors, that apply both in relation to those requirements and in relation to the duty imposed by this section.

Anhang 3
Gesetzliche Formulierungen der Business Judgment Rule

Corporate Law Economic Reform Program Act (Australien) von 1999, Schedule 1, Chapter 2D, Part 2D.1, Division 1:

180 Care and diligence – civil obligation only

Care and diligence – directors and other officers

(1) A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties with the degree of care and diligence that a reasonable person would exercise if they:
   (a) were a director or officer of a corporation in the corporation's circumstances; and
   (b) occupied the office held by, and had the same responsibilities within the corporation as, the director or officer.

Business judgment rule

(2) A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they:
   (a) make the judgment in good faith for a proper purpose; and
   (b) do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and
   (c) inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and
   (d) rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation.

The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.

(3) In this section: business judgment means any decision to take or not take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation.

§ 93 Abs. 1 Satz 2 dAktG in der Fassung von 2005:

«Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.»