

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 8

Die Geschäftsleiterpflichten

**Eine rechtsvergleichende Abhandlung zum
deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht**

Von

Dorothea Bedkowski



Duncker & Humblot · Berlin

DOROTHEA BEDKOWSKI

Die Geschäftsleiterpflichten

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Bonn
Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg
Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 8

Die Geschäftsführerpflichten

Eine rechtsvergleichende Abhandlung zum
deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht

Von

Dorothea Bedkowski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2005 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D5

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 3-428-12052-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2005 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Januar 2006 überarbeitet. Berücksichtigung fand dabei vor allem der britische „Company Law Reform Bill“ vom 1. November 2005.

Dank gebührt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Holger Fleischer, der die Untersuchung angeregt, betreut und in vielfacher Hinsicht gefördert hat, nicht zuletzt durch die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe. Der von ihm vermittelte Forschungsaufenthalt am Institute of Advanced Legal Studies in London hat wesentlich zum Gelingen des britischen Länderberichts beigetragen. Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Marcus Lutter danke ich für das rasch erstellte und mit wertvollen Anregungen versehene Zweitgutachten. Gedankt sei auch Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt und Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler, den Mitherausgebern dieser Schriftenreihe.

Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft hat die Dissertation mit einem großzügigen Stipendium gefördert und insbesondere den Forschungsaufenthalt in London unterstützt. Dafür sowie für die vielen Anregungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft und Praxis bedanke ich mich herzlich. Mein Dank gilt ebenfalls der Georg-August-Universität Göttingen und dem Land Niedersachsen, die ein Promotionsstipendium nach dem Graduiertenförderungsgesetz gewährt haben.

Weiterhin wäre der Abschluss des Vorhabens ohne die liebevolle Unterstützung von Herrn Dr. Thomas Linke nicht möglich gewesen. Für die Aufmunterung, die zahlreichen Diskussionen, das unermüdliche Korrekturlesen und die technische Hilfe bedanke ich mich herzlich.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, Teresa und Jacek Bedkowski, die meine Ausbildung über viele Jahre umfassend unterstützt und gefördert haben.

Hamburg, im Januar 2006

Dorothea Bedkowski

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
A. Problemdarstellung.....	25
B. Gang der Untersuchung.....	34
<i>1. Kapitel</i>	
Vergleichbarkeit der Geschäftsleiterfunktionen	44
A. Einheitsmodell der Company	44
B. Rechtsquellen des Company Law.....	47
C. Board of Directors	50
D. Vorstand der AG	69
E. Geschäftsführer der GmbH.....	76
F. Aufsichtsrat der AG.....	82
G. Aufsichtsrat und Beirat der GmbH	93
H. Schlussfolgerungen zur Vergleichbarkeit der Geschäftsleiterfunktionen	96
<i>2. Kapitel</i>	
Verantwortungsrichtungen	105
A. Unternehmensziele im englischen Recht.....	105
B. Unternehmensziele im deutschen Recht.....	125
C. Rechtsvergleichende Betrachtung der Verantwortungsrichtungen	129

<i>3. Kapitel</i>	
Sorgfaltspflicht	135
A. Duties of Care and Skill im englischen Recht	135
B. Die Sorgfaltspflicht im deutschen Recht	165
C. Rechtsvergleich und Ergebnisse zur Sorgfaltspflicht	219
<i>4. Kapitel</i>	
Loyalitätspflichten	229
A. Fiduciary Duties im englischen Recht	229
B. Die Loyalitätspflichten im deutschen Recht	307
<i>5. Kapitel</i>	
Rechtsfolgen und Durchsetzung	407
A. Sanktionen im englischen Recht.....	407
B. Sanktionen im deutschen Recht.....	448
C. Rechtsvergleich zu den Rechtsfolgen und deren Durchsetzung	483
<i>6. Kapitel</i>	
Gesetzlicher Pflichtenkatalog	494
<i>7. Kapitel</i>	
Zusammenfassung und Ergebnisse	499
Literaturverzeichnis	502
Sachwortverzeichnis	521

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
A. Problemdarstellung.....	
I. Optimierung der Leitungsfunktion als Hauptziel der Corporate-Governance-Diskussion.....	25
II. Notwendigkeit der Management-Kontrolle: Das Principal-Agent-Problem....	28
III. Kontrollmechanismen: Das rechtliche Haftungssystem als Mittel der ex post Kontrolle und der ex ante Verhaltenssteuerung	30
B. Gang der Untersuchung	
I. Kapitalgesellschaften	34
II. Innen- und Außenhaftung.....	34
III. Problemschwerpunkte bei der Festlegung der Geschäftsleiterpflichten	35
IV. Britisches Gesellschaftsrecht: Gründe für einen Rechtsvergleich	36
1. Qualität der Corporate Governance	37
2. Perspektivenwechsel: duty-based controls	38
3. Company Law Review	39
a) „General Duties of Directors“ als abschließender gesetzlicher Pflichtenkatalog.....	41
b) Gesetzliche Fixierung der zu wahren Interessen.....	43
<i>1. Kapitel</i>	
Vergleichbarkeit der Geschäftsleiterfunktionen	
A. Einheitsmodell der Company	
B. Rechtsquellen des Company Law.....	
I. Gesetz	47

II. Soft Law und Selbstregulierung	48
III. Verfassung der Gesellschaft	48
IV. Richterrecht	49
 C. Board of Directors	50
I. Bestellung, Abberufung und Verfahren	50
II. Executive Directors, Non-Executive Directors und der Company Secretary ..	54
III. Rechtsstellung gegenüber dem General Meeting	57
IV. Der Board of Directors zwischen Leitung und Aufsicht	61
1. Cadbury Report 1992	61
2. Greenbury Report 1995 und Hampel Report 1998	63
3. Higgs Report und Combined Code 2003	65
a) Zahl und Unabhängigkeit der non-executive directors	66
b) Qualifikation und Bestellung der non-executive directors	67
c) Vergütung der non-executive directors	68
d) Verantwortlichkeit der non-executive directors	69
 D. Vorstand der AG	69
I. Das Aufsichtsratssystem im Wandel	69
II. Bestellung, Abberufung und Verfahren	70
III. Rechtsstellung	73
IV. Anstellungsvertrag	74
V. Leitung der Aktiengesellschaft gem. § 76 I AktG	75
 E. Geschäftsführer der GmbH	76
I. Die flexible Verfassung der GmbH	76
II. Bestellung, Abberufung und Verfahren	78
III. Rechtsstellung	80
IV. Anstellungsvertrag	81
 F. Aufsichtsrat der AG	82
I. Bestellung, Abberufung und Verfahren	82
II. Rechtsstellung und Funktionen	88
1. Überwachungsaufgabe und Beratungsfunktion	88

Inhaltsverzeichnis	13
2. Geschäftsführungsbefugnisse	92
III. Anstellungsverhältnis	92
G. Aufsichtsrat und Beirat der GmbH	93
H. Schlussfolgerungen zur Vergleichbarkeit der Geschäftsleiterfunktionen	96
<i>2. Kapitel</i>	
Verantwortungsrichtungen	105
A. Unternehmensziele im englischen Recht	105
I. Das Amt des <i>director</i> in seiner Entstehungsgeschichte	105
II. Die Direktoren als <i>fiduciaries</i> der Gesellschaft	106
III. Regelungsziele des Company Law.....	110
1. Shareholder-Modell.....	110
a) Gesellschaftsinteresse als Interesse der Gesellschaftergesamtheit.....	110
b) Interessen der einzelnen Gesellschafter.....	112
c) Interessen der anderen Konzerngesellschaften.....	114
d) Interessen der Gläubiger.....	114
e) Interessen der Arbeitnehmer.....	120
f) Berücksichtigung der <i>stakeholder</i> als Förderung des Gesellschaftsinteresses	122
2. Stakeholder-Modell: pluralist approach	122
3. Reform: enlightened shareholder value approach.....	123
B. Unternehmensziele im deutschen Recht	125
I. Die Geschäftsleiter als Treuhänder der Gesellschaft	125
II. Wertorientierte Unternehmensführung: „Shareholder Value“	126
III. Unternehmensinteresse: „Stakeholder-Modell“	127
IV. Rangordnung der Verantwortungsrichtungen?.....	128
C. Rechtsvergleichende Betrachtung der Verantwortungsrichtungen	129

<i>3. Kapitel</i>	
Sorgfaltspflicht	135
A. Duties of Care and Skill im englischen Recht	135
I. Rechtsgrundlage	135
II. Persönlicher Anwendungsbereich	138
III. Elementarpflicht: Rechtmäßiges Handeln (<i>compliance with the strict terms of the mandate</i>).....	140
1. Zuordnung zur Sorgfaltspflicht	140
2. Statutory Duties.....	142
3. Satzung.....	143
4. Vertragliche Verpflichtungen und freiwillige Verhaltensrichtlinien	144
IV. Tatbestandsmerkmale und Beurteilungsmaßstäbe der Sorgfaltspflicht	145
1. Maßstab der allgemeinen Sorgfalt (care): „an ordinary man in the same circumstances“ (objective test).....	145
2. Maßstab der fachspezifischen Sorgfalt (skill): „person of his knowledge and experience“ (subjective test).....	147
3. Objektiv-subjektiver Maßstab der Section 214 Insolvency Act 1986.....	150
4. Das Maß des geschuldeten Arbeitseinsatzes (diligence): „duties of intermittent nature“	153
5. Zulässigkeit und Grenzen der Aufgabendelegation: „justified reliance on a person whose honesty the director had no grounds to doubt“.....	155
6. Resümee zur Wende von den Duties of Care and Skill zur einheitlichen Duty of Care.....	158
V. Haftungsfreier Raum des unternehmerischen Ermessens („business judgment“, „commercial decisions“): Section 727 CA 1985	159
VI. Reform	164
B. Die Sorgfaltspflicht im deutschen Recht	165
I. Vorstand: § 93 I 1, II AktG	165
1. Systematik	165
2. Anwendungsbereich	167
3. Tatbestandsmerkmale	169
a) Elementarpflicht: Rechtmäßiges Handeln	169
aa) Gesetz	170

bb) Kompetenzordnung: Rechtmäßige Organisation der AG und ihrer Entscheidungsprozesse	173
cc) Satzung: Reichweite des Unternehmensgegenstandes, § 23 III Nr. 2 AktG	174
dd) Grenzen der Beteiligungspolitik	175
ee) Vertragliche Verpflichtungen	176
ff) Freiwillige Verhaltensrichtlinien: Deutscher Corporate Governance Kodex	176
b) Allgemeine Sorgfalt	178
aa) Gewissenhafte Aufgabenerfüllung	178
bb) Ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft und Verbot der Eingehung unangemessener Risiken	179
cc) Organisationspflichten	180
dd) Verbot der Verschwendung von Gesellschaftsmitteln	181
c) Fachspezifische Sorgfalt	182
d) Arbeitseinsatz	182
e) Aufgabendelegation	183
aa) Arbeitsteilung innerhalb des Vorstands	183
(1) Organisationsmodelle	183
(2) Überwachungs- und Interventionspflicht	184
(3) Informationspflicht und Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit	187
bb) Aufgabendelegation an Dritte und an nachgeordnete Ebenen	188
f) Die Sorgfaltspflicht im Konzern: § 93; §§ 309 II 1, 310 I, 311, 317 III, 318 I, 323 I 2 AktG	189
4. Verschulden und Sorgfaltsmäßigstab: § 93 I 1 AktG	191
5. Haftungsfreier Raum des unternehmerischen Ermessens: von der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH zu § 93 I 2 AktG n.F.	193
II. Geschäftsführer: § 43 I, II GmbHG	200
1. Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich	200
2. Tatbestandsmerkmale	201
a) Elementarpflicht: Rechtmäßiges Handeln	201
b) Allgemeine Sorgfalt	202
c) Fachspezifische Sorgfalt	204

d) Arbeitseinsatz	204
e) Aufgabendelegation	205
f) Die Sorgfaltspflicht im Konzern	207
3. Verschulden und Sorgfaltsmäßigstab: § 43 I GmbHG	207
4. Haftungsfreier Raum des unternehmerischen Ermessens	208
III. Aufsichtsrat: § 116 S. 1 i.V.m. § 93 I 1, II AktG	209
1. Rechtsgrundlage	209
2. Tatbestandsmerkmale	209
3. Verschulden und Sorgfaltsmäßigstab: § 116 S. 1 i.V.m. § 93 I 1 AktG	216
4. Haftungsfreier Raum des unternehmerischen Ermessens: § 116 S. 1 i.V.m. § 93 I 2 AktG	217
IV. Beirat: §§ 93 I 1, II, 116 S. 1, AktG, §§ 43 I, II, 52 GmbHG, §§ 34 I 1, II, 41 GenG analog	217
C. Rechtsvergleich und Ergebnisse zur Sorgfaltspflicht	219

4. Kapitel

Loyalitätspflichten	229
A. Fiduciary Duties im englischen Recht	229
I. Generelle Prinzipien	229
II. Tatbestände der Loyalitätspflichten: Fallgruppen des Common Law	231
1. Handeln in gutem Glauben (in good faith) im Interesse der Company	231
a) Maßstab des guten Glaubens	231
b) Interesse der Gesellschaft	234
c) Gleichbehandlung der Aktionäre (<i>acting fairly as between members</i>) ..	235
d) Ausnutzung des Amtes für eigene Zwecke	236
e) Berücksichtigung gesellschaftsfremder Interessen	236
f) Freiwillige Sozialleistungen und Unternehmensspenden: The Political Parties, Elections and Referendums Act 2000	237
g) Reform	239
2. Zweckgebundenes Handeln (proper-purpose-Test)	239
a) Handeln im eigenen Interesse	241

b) Befugnis zur Ausgabe und Zuteilung von Aktien (<i>power to issue and to allot shares</i>).....	241
aa) Bezugsrechtsausschluss	247
bb) Neutralitätspflicht bei Übernahmeangeboten: non-frustration rule des City Code on Takeovers and Mergers.....	248
(1) City Code on Takeovers and Mergers	248
(2) Ergänzende Funktion der proper-purpose-Doktrin	254
c) Reform	255
d) Resümee: Bedeutung für das deutsche Recht?	255
3. Verbot der Einschränkung des unternehmerischen Ermessens (no-fettering rule).....	258
4. Die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden (no-conflict rule).....	261
a) Konflikt zwischen Interesse und Pflicht (<i>conflict of interest and duty</i>)	262
aa) Freistellungsmöglichkeiten nach der equity-Rechtsprechung	265
bb) Offenlegung gegenüber dem Board gem. Section 317 CA 1985 ...	266
cc) Verhältnis von Section 317 CA 1985 zu der equity-Regel.....	270
dd) Offenlegung der Interessenkonflikte im Jahresabschluss.....	273
ee) Interessenkonflikte in börsennotierten Gesellschaften: Transactions with related parties.....	274
b) Transaktionen mit wesentlichen Vermögensgegenständen (<i>substantial property transactions</i>) zwischen dem <i>director</i> und der <i>company</i> gem. Sections 320-322 CA 1985.....	274
c) Darlehen der <i>company</i> an den <i>director</i> gem. Sections 330-344 CA 1985	276
d) Reform	278
5. Wettbewerbsverbot (no-competition rule).....	280
6. Verbot der Ausnutzung von Vermögen, Geschäftschancen und Informationen der Gesellschaft (no-profit rule; corporate opportunity doctrine)	283
a) Fallgruppen	283
b) Geschäftschancen, die die Gesellschaft nicht wahrnehmen kann	289
c) Aktuelle und potentielle Geschäftschancen.....	290
d) Freistellung im Einzelfall: Geschäftschancen, die von der Gesellschaft ausgeschlagen wurden	292
e) Generelle Freistellung durch Satzung.....	294

f) Bestechung (<i>bribe</i>) als Sonderfall des <i>secret profit</i>	294
g) Verbot der Verschwendug von Gesellschaftsmitteln (<i>misapplication of the company's property</i>).....	296
h) Reform	296
7. Vergütung der directors.....	297
a) Anstellungsverträge: Sections 318, 319 CA 1985	299
b) Abfindungszahlungen: Sections 312 ff. CA 1985	300
c) The Directors' Remuneration Report Regulations 2002 und der Combined Code 2003	301
8. Loyalitätspflichten im Konzern.....	306
 B. Die Loyalitätspflichten im deutschen Recht	307
I. Generelle Prinzipien: „Die Treuepflicht“ oder mehrere typisierte Tatbestände?.....	307
II. Tatbestände der Loyalitätspflichten: Fallgruppenbildung	310
1. Handeln im Interesse des Unternehmens.....	310
a) Vorstand	310
aa) Missbrauchsverbot oder Förderpflicht?	311
bb) Gleichbehandlung innerhalb der Gruppen der Aktionäre, Arbeitnehmer und Aufsichtsratsmitglieder	311
cc) Das Gebot, Privatinteressen zugunsten des Unternehmensinteresses zurückzustellen	312
dd) Freiwillige Sozialleistungen und Unternehmensspenden.....	314
b) Geschäftsführer	315
c) Aufsichtsrat	316
d) Beirat	317
e) Rechtsvergleich	318
2. Verhaltenspflichten bei Übernahmeangeboten	319
a) Vorstand: §§ 33, 27, 28 WpÜG.....	319
aa) Rechtslage vor In-Kraft-Treten	320
bb) Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen (WpÜG) ..	323
(1) Handlungen des Vorstands der Zielgesellschaft: § 33 WpÜG	323

Inhaltsverzeichnis	19
(2) Stellungnahme und Werbung: §§ 27, 28 WpÜG	332
(3) Rechtsfolgen.....	333
b) Aufsichtsrat	334
c) Rechtsvergleich	335
3. Pflicht zum eigenverantwortlichen Handeln.....	342
a) Vorstand: § 76 I AktG	342
b) Geschäftsführer: §§ 37 I, 45, 46 GmbHG.....	343
c) Aufsichtsrat	343
d) Beirat	344
e) Rechtsvergleich	344
4. Insichgeschäfte und Interessenkonflikte.....	346
a) Vorstand	346
aa) Insichgeschäfte: § 112 AktG, § 181 BGB.....	346
bb) Interessenkonflikte und Grenzen legitimer Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen: § 136 I AktG	346
cc) Kredite der AG an den Vorstand: § 89 AktG.....	350
b) Geschäftsführer: § 181 BGB, §§ 35 IV, 47 IV GmbHG.....	350
c) Aufsichtsrat	354
d) Beirat	359
e) Rechtsvergleich	360
5. Wettbewerbsverbot.....	368
a) Vorstand: § 88 AktG	368
b) Geschäftsführer	369
c) Aufsichtsrat	371
d) Beirat	372
e) Rechtsvergleich	372
6. Geschäftschancenlehre	373
a) Vorstand	373
aa) Ausnutzung von Geschäftschancen der Gesellschaft: Geschäftschancenlehre i.e.S.....	373
bb) Ausnutzung von Informationen der Gesellschaft: Verschwiegenheitspflicht des § 93 I 3 AktG.....	376
cc) Geschäftschancen, die die Gesellschaft nicht wahrnehmen kann...	378

dd) Geschäftschancen, die die Gesellschaft nicht wahrnehmen will: Freistellung im Einzelfall.....	380
ee) Bestechung der Vorstandsmitglieder	381
b) Geschäftsführer	381
c) Aufsichtsrat	384
d) Beirat	385
e) Rechtsvergleich	386
7. Vergütung der Organe	391
a) Vorstand: § 87 AktG	391
b) Geschäftsführer	395
c) Aufsichtsrat: §§ 113, 114 AktG.....	395
d) Beirat	398
e) Rechtsvergleich	398
8. Loyalitätspflichten im Konzern.....	401
a) Vorstand	401
aa) Modifizierung der Pflicht, im Interesse des Unternehmens zu handeln	401
bb) Modifizierung der Pflicht zum eigenverantwortlichen Handeln: §§ 308, 311, 323 AktG.....	402
cc) Besondere Interessenkonflikte	403
dd) Verschwiegenheitspflicht.....	403
b) Geschäftsführer	404
c) Aufsichtsrat	404
d) Rechtsvergleich	405
 <i>5. Kapitel</i>	
Rechtsfolgen und Durchsetzung	407
A. Sanktionen im englischen Recht.....	407
I. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung.....	407
1. Sanktionen des Common Law.....	407
a) Einstweilige Verfügung bzw. Anordnung (<i>injunction, declaration</i>)	408
b) Schadensersatz (<i>damages, compensation</i>).....	408
c) Abberufung (<i>removal from office</i>).....	409

d) Dinglicher Herausgabebeanspruch der <i>company</i> (<i>restoration of the company's property, constructive trust</i>)	410
e) Anfechtung des Vertrages (<i>rescission of the contract</i>)	411
f) Gewinnabschöpfung (<i>account for profits</i>)	412
2. Strafrechtliche Sanktionen (criminal liability)	413
3. Company Directors Disqualification Act 1986	413
4. Reform	417
II. Generelle Freistellung: Section 309A CA 1985	418
1. D&O-Versicherung (liability insurance)	418
2. Art. 85, 86 Table A	419
III. Entlastungsbeschlüsse im Einzelfall	421
IV. Prozessuale Durchsetzung der Sanktionen	425
1. Durchsetzung der eigenen Ansprüche durch die Gesellschaft (corporate action)	425
a) Die Aktivlegitimation nach der „Rule in Foss v. Harbottle“	425
b) Der Board als zuständiges Organ	427
c) Das General Meeting als zuständiges Organ	427
d) Der Insolvenzverwalter als zuständiges Organ	429
e) Klage des einzelnen Gesellschafters im Namen der Gesellschaft	430
2. Die abgeleitete Klagebefugnis des einzelnen Gesellschafters (derivative action)	431
a) Abgrenzung von der individuellen Klagebefugnis bei Verletzung von Mitgliedschaftsrechten (<i>personal/representative action</i>)	431
b) Rechtsnatur der <i>derivative action</i>	435
c) Die Kostenfrage	436
d) Zulässigkeitsvoraussetzungen der <i>derivative action</i> nach Foss v. Harbottle	437
aa) Nicht genehmigungsfähige Pflichtverletzung	437
bb) Kontrolle der Schädiger über die Organe der Gesellschaft	439
cc) Unterstützung der Klage durch die Mehrheit der unabhängigen Gesellschafter	440
3. Das Klagerecht der Minderheit aus Section 347I CA 1985	441
4. Section 459 Companies Act 1985: the unfair prejudice remedy	442

V. Reform	446
B. Sanktionen im deutschen Recht.....	448
I. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung.....	448
1. Vorstand.....	448
a) Schadensersatz: § 93 II, III AktG; §§ 117 II, 309 II, 310 I, 317 III, 318 I, 323 I 2 AktG	448
b) Eintrittsrecht und Gewinnabschöpfung	450
c) Einstweilige Verfügung (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Leistungsklagen)	451
d) Abberufung und Entlassung	453
e) Unwirksamkeit des Vertrages.....	453
f) Strafrechtliche Sanktionen.....	454
2. Geschäftsführer	454
3. Aufsichtsrat	456
4. Beirat	456
II. Generelle Freistellung	456
1. Aktienrecht.....	456
a) Generelle Freistellung durch Satzung, Hauptversammlungsbeschluss oder Anstellungsvertrag	456
b) Grundsätze der betrieblich veranlassten Tätigkeit.....	457
c) D&O-Versicherung	458
d) Freistellung für Aufsichtsratsmitglieder	459
2. GmbH-Recht	460
a) Generelle Freistellung durch Satzung, Gesellschafterbeschluss oder Anstellungsvertrag	460
b) Grundsätze der betrieblich veranlassten Tätigkeit.....	461
c) D&O-Versicherung	462
d) Freistellung für Beiratsmitglieder.....	462
III. Entlastungsbeschlüsse im Einzelfall.....	463
1. Aktienrecht: § 93 IV 1 AktG	463
a) Die Entlastungskompetenz im Vorfeld der Pflichtverletzung: Ausführung rechtmäßiger Gesellschafterbeschlüsse: § 93 IV 1, § 83 II AktG	463

b) Nachträgliche Entlastungs- und Verzichtsrechte der Gesellschaft: Das Enthaftungsverbot des § 93 IV 3, 4 AktG	465
c) Weisung im Vertragskonzern: § 310 III AktG	468
2. GmbH-Recht	468
a) Ausführung rechtmäßiger Gesellschafterbeschlüsse und Weisungen....	468
b) Nachträgliche Entlastungs- und Verzichtsrechte der Gesellschafter	470
IV. Prozessuale Durchsetzung der Sanktionen	472
1. Aktienrecht.....	472
a) Klagen der Gesellschaft im eigenen Namen.....	472
aa) Aufsichtsrat und Vorstand als zuständige Organe.....	472
bb) Hauptversammlung: § 147 I AktG	475
cc) Minderheitsaktionäre: § 148 AktG.....	475
b) Abgeleitete Klagebefugnisse zugunsten der Gesellschaft.....	476
aa) Aktionärsklage.....	476
(1) Abgrenzung zu Gesellschafterklagen bei Verletzung von Mitgliedschaftsrechten	476
(2) Der Spezialfall der Aktionärsklage in § 309 IV, II AktG	477
(3) Die allgemeine Aktionärsklage	478
(4) Unterlassungs- und Beseitigungsklagen der Aktionäre	478
bb) Verfolgungsrecht der Gläubiger: § 93 V AktG	479
cc) Insolvenzverwalter.....	481
2. GmbH-Recht	481
a) Klagen der Gesellschaft im eigenen Namen.....	481
aa) Aufsichtsrat: § 52 GmbHG i.V.m. § 112 AktG.....	481
bb) Gesellschafterversammlung: § 46 Nr. 8	481
cc) Geschäftsführer	482
b) Abgeleitete Klagebefugnisse im Namen der Gesellschaft	482
C. Rechtsvergleich zu den Rechtsfolgen und deren Durchsetzung	483

<i>6. Kapitel</i>	
Gesetzlicher Pflichtenkatalog	494
<i>7. Kapitel</i>	
Zusammenfassung und Ergebnisse	499
Literaturverzeichnis	502
Sachwortverzeichnis	521

Einleitung

A. Problemdarstellung

I. Optimierung der Leitungsfunktion als Hauptziel der Corporate-Governance-Diskussion

Die organschaftliche Leitungsmacht ist im Laufe der letzten Jahre wieder einmal in den Mittelpunkt des Interesses gerückt, was insbesondere auf ihre Position im Kernbereich der europaweit¹ entfachten Diskussion um *Corporate Governance*² zurückzuführen ist. Hinter diesem weiten, unpräzisen Begriff verbirgt sich ein breites Spektrum von Einzelproblemen, die sich jedoch allesamt um die „Leitung und Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit in einem marktwirtschaftlichen Umfeld“³ ranken. Inhaltlich gehören hierzu die Verhaltensmaßstäbe und -pflichten der Unternehmensorgane, die Fragen der Verbands-

¹ Vgl. den Schlussbericht der Hochrangigen Expertengruppe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts „Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“ vom 4. November 2002 und den darauf basierenden Aktionsplan der EU-Kommission „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan“ – 21. Mai 2003 (Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament), http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm; vgl. ferner die Sonderbeiträge zum Thema „European Company Law Review“ im Heft 2 der ZGR 2001. Als englische Beiträge zur allgemeinen Corporate Governance-Debatte sind zu erwähnen: *Stapledon, Institutional Shareholders and Corporate Governance; Sheikh/Rees, Corporate Governance and Corporate Control; Maw, Maw on Corporate Governance; Charkham, Keeping Good Company: A study of corporate governance in five countries; Parkinson, Corporate Power and Responsibility.*

² *Baums*, Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Bericht der Regierungskommission Corporate Governance; *Baums/Buxbaum/Hopt*, Institutional Investors and Corporate Governance; *Hopt/Teubner*, Corporate Governance and Directors' Liabilities; *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge*, Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research; mit Blick auf das amerikanische Recht *Feddersen/Hommelhoff/Schneider*, Corporate Governance; *Hopt/Wymeersch*, Comparative Corporate Governance.

³ Zu dieser Definition s. *Grundmann/Mülbert*, ZGR 2001, 215. Ein Beispiel für die englische Definition der „company governance“ ist: „*the central company law rules which govern the operation and control of companies, with the objective of ensuring optimal conditions for efficient operation of companies by directors*“; s. DTI: *Final Report*, 5.13 Fn. 69. Die EU-Kommission spricht vom „System der Leitung und der Überwachung von Gesellschaften“; s. EU-Aktionsplan (s. o. Fn. 1), 3.1.

struktur sowie das Verhältnis des Unternehmens zu seinen Anteilseignern und zu den übrigen von seiner Geschäftstätigkeit betroffenen Kreisen. Ziel der Diskussion ist die Optimierung des unternehmerischen Handelns durch Schaffung eines geeigneten rechtlichen Rahmens für mehr Effizienz bei Leistungsentscheidungen.⁴ Für die Unternehmen selbst schlägt sich das in niedrigeren Eigenkapitalkosten und einem höheren Umsatzwachstum nieder.⁵ Gesamtwirtschaftlich trägt gute Corporate Governance zur Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen bei und sorgt damit für mehr Arbeitsplätze und höheres Wachstum.⁶

Die ihr jetzt zukommende Beachtung und Aktualität verdankt die Corporate-Governance-Diskussion zum einen dem weltweiten Trend zur Globalisierung sowie zur Etablierung marktwirtschaftlicher und kapitalistischer Systeme. Zum anderen steht die Durchsetzung eines einheitlichen EU-Kapitalmarkts seit 1999 auf der Aufgabenliste der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.⁷ Als Hindernis gelten hierbei die gravierenden Unterschiede in der Ausgestaltung der Unternehmensverfassung in den einzelnen Mitgliedstaaten, deren Angleichung – unter Beachtung der Corporate Governance-Grundsätze – somit langfristig angestrebt wird. Die ersten Schritte hierzu wurden im Mai 2003 mit dem *EU-Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance* unternommen.⁸ In Deutschland schreitet zudem die Institutionalisierung des Anteilsbesitzes voran, während der Wettbewerb eine immer stärkere Ausrichtung an internationalen Corporate Governance-Standards fordert.⁹ Zu den Meilensteinen hierzulande zählen der *Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)*¹⁰ und das *Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG)*¹¹ aus dem Jahre 2002, gefolgt von dem *Anlegerschutz-*

⁴ *Grundmann/Mülbert*, ZGR 2001, 215; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 13 Rn. 28.

⁵ Studie der WHU – Otto-Beisheim-Hochschule in Kooperation mit der Deutschen Börse AG, in: FAZ vom 13.1.2003 S. 20.

⁶ EU-Aktionsplan (s. o. Fn. 1), Einleitung.

⁷ Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, Mitteilung der Kommission, KOM(1999) 232 vom 11.5.1999.

⁸ s. o. Fn. 1.

⁹ Studie der WHU – Otto-Beisheim-Hochschule in Kooperation mit der Deutschen Börse AG, in: FAZ vom 13.1.2003 S. 20.

¹⁰ Von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex am 26.02.2002 vorgelegt; in der ursprünglichen Fassung abgedruckt in AG 2002, 236; ZIP 2002, 452; NZG 2002, 273; in der aktuellen, dieser Arbeit zugrundegelegten Fassung vom 21. Mai 2003 abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de>. Dazu ausführlich *Ringeb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex.

¹¹ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität v. 19.7.2002 (BGBl. I S. 2681).

*verbesserungsgesetz (AnSVG)*¹² 2004 sowie dem Gesetz zur *Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)*¹³ und dem *Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (VorstOG)*¹⁴ im Herbst 2005. Den unmittelbaren Anstoß zu den genannten Initiativen mag aber vor allem die Serie von Skandalen und Unternehmensinsolvenzen diesseits und jenseits des Atlantik gegeben haben, die mit Enron und Worldcom bis dato unvorstellbare Dimensionen erreicht hat.¹⁵

Im Einzelnen lässt sich die Corporate Governance-Debatte zunächst einmal in zwei Problemschwerpunkte unterteilen. Zum einen muss der Inhalt der angestrebten Reformen und Einzelregelungen geklärt werden. Zum anderen ist für jede Regelung gesondert zu entscheiden, auf welcher Ebene diese stattfinden soll.¹⁶

Die *inhaltliche Diskussion* umfasst eine Vielzahl unterschiedlichster Sachfragen, wie die Ausgestaltung der Unternehmensverfassung (*board of directors* v. Aufsichtsrat), die Rolle des Abschlussprüfers oder die Bedeutung der Aktiöndemokratie und der Kapitalmärkte.¹⁷ Im Mittelpunkt steht jedoch die hier interessierende *Unternehmensleitung*, insbesondere der Vorstand der Aktiengesellschaft als „zentrale Figur im System der Corporate Governance“.¹⁸ Hier konzentriert man sich zum einen auf konkrete Themen wie z. B. Vergütung und Interessenkonflikte, zum anderen stellt sich aber die generelle Frage der Optimierung der Leitungsfunktion durch strukturelle und sonstige Maßnahmen. Seitens der Betriebswirtschaftslehre kommt beispielsweise der Entwurf der „Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung“.¹⁹ Zu beachten ist jedoch, dass die Corporate Governance nur dann verbessert werden kann und even-

¹² Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes v. 28.10.2004 (BGBl. I S. 2630).

¹³ Gesetz vom 22.09.2005 (BGBl. I S. 2802).

¹⁴ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen v. 3.8.2005 (BGBl. I S. 2267).

¹⁵ Hierzulande sei vor allem an die Auflösung des Neuen Marktes erinnert, zu der Unternehmen wie Infomatec, Comroad und EM.TV entscheidend beigetragen haben. Zu den politischen Zielen des EU-Aktionsplanes (s. o. Fn. 1) gehört daher eine angemessene Antwort auf den eingetretenen Vertrauensverlust, die den gleichen Schutz wie das am 30.7.2002 in den USA erlassene Sarbanes-Oxley-Gesetz bietet, aber dessen – vielerorts als unverhältnismäßig und für europäische Unternehmen inakzeptabel empfundene – Strenge vermeidet.

¹⁶ *Grundmann/Mülibert*, ZGR 2001, 215 (219).

¹⁷ Zu den Einzelheiten s. *Grundmann/Mülibert*, ZGR 2001, 215 (221-223).

¹⁸ *Grundmann/Mülibert*, ZGR 2001, 215 (221); *Mayson/French/Ryan*, Company Law, S. 455.

¹⁹ v. *Werder*, DB 1995, 2177; v. *Werder/Maly/Pohle/Wolff*, DB 1998, 1193; *Peltzer/v. Werder*, AG 2001, 1; *Theisen*, Die Überwachung der Unternehmensführung: Betriebswirtschaftliche Ansätze zur Entwicklung erster Grundsätze ordnungsgemäßer Überwachung.