

HANS-JÖRG KRÄMER

**Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime
der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft
im Rahmen der Organhaftung –**

**in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und
unter Berücksichtigung US-amerikanischer
Rechtsprechung und Literatur**

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 18



TENEA

Das Unternehmensinteresse ist im Rahmen der Haftung der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft gem. §§ 93, 116 AktG von zentraler Bedeutung. Es soll als Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat fungieren. Die Begründung hierfür und die inhaltliche Ausfüllung des Begriffs sind jedoch äußerst umstritten.

Der Autor untersucht die verschiedenen Begründungsansätze zum Unternehmensinteresse und klärt die inhaltliche Bedeutung des Begriffs. Insbesondere geht er dabei auf die – in jüngerer Zeit vermehrt vertretene – Auffassung, die das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime favorisiert, und die Rolle des Shareholder Value-Ansatzes ein. Angesichts der Tatsache, daß die Organhaftung in Deutschland erst in jüngerer Zeit größeres Interesse gefunden hat und kaum Rechtsprechung zu diesem Thema existiert, greift er zudem auf Rechtsprechung und Literatur aus den Vereinigten Staaten zurück, wo die Gerichte seit vielen Jahren mit Fragen der Haftung des Managements für unternehmerische Maßnahmen beschäftigt sind. Im Anschluß daran wird auf die praktischen Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse eingegangen.

Dem Verfasser gelingt es, unter Aufarbeitung der verschiedenen Auffassungen zu einer überzeugenden Begründung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft zu gelangen. Die bisherige isolierte Betrachtung wird überwunden und ein sach- und interessengerechtes Gesamtkonzept gefunden. Mit einer Kombination von materiellen und prozeduralen Kriterien schafft der Autor einen verlässlichen Rahmen für die weitere Entwicklung des Unternehmensinteressebegriffs.

Hans-Jörg Krämer, geb. 26. 5. 1975 in Ravensburg; 1994 Abitur am Rupert-Neß-Gymnasium in Wangen im Allgäu; 1994–1999 Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München; 1996/97 Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Flinders University of South Australia, Adelaide; 1999/2000 Erste Juristische Staatsprüfung in München, anschließend Promotion an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth bei Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.; seit Oktober 2001 Rechtsreferendar in München.

TENEAE



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

HANS-JÖRG KRÄMER

Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime
der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft
im Rahmen der Organhaftung –
*in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und
unter Berücksichtigung US-amerikanischer
Rechtsprechung und Literatur*

TENEA



Hans-Jörg Franz Xaver Krämer:
Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime
der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft
im Rahmen der Organhaftung –
*in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und
unter Berücksichtigung US-amerikanischer
Rechtsprechung und Literatur*
(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 18)

Zugleich Universität Bayreuth
Dissertation 2002

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2002
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
Digital-Print-Service · 10119 Berlin (Mitte)
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-46-7

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis April 2002 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Peter Heermann für die wohlwollende Betreuung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Karl-Georg Loritz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern, Dr. Eugen und Brunhilde Krämer, danke ich für die nachhaltige Unterstützung während der Erstellung der Arbeit wie auch während meiner gesamten Ausbildung. Ferner möchte ich mich bei meinem Vater, meinem Bruder Matthias, Herrn Arne Hütte und Frau Susanne Habereder für die Hilfe bei der Themensuche, die inhaltlichen Anregungen, die "technische" Unterstützung und die Hilfe bei der Korrektur der Arbeit bedanken.

München, im Oktober 2002

Hans-Jörg Krämer

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der verwendeten US-amerikanischen Abkürzungen	X
A. EINLEITUNG	1
B. DIE HAFTUNG DER LEITUNGSORGANE DER AG	7
I. Die Vorstandshaftung.....	7
1. Pflichtverletzung	8
a) Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Organfunktion.....	9
b) Treuepflicht.....	12
c) Verschwiegenheitspflicht	13
2. Verschulden	14
3. Schaden	15
4. Beweislastverteilung	17
5. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs	20
II. Die Haftung des Aufsichtsrats.....	22
C. DAS UNTERNEHMENSINTERESSE.....	27
I. Der Begriff des Unternehmensinteresses	27
1. Der Interessebegriff	28
2. Das Unternehmen.....	30
a) Unternehmen und Unternehmensträger.....	30
b) Verselbständigung des Unternehmens	32
(1) Das "Unternehmen an sich"	33
(2) Die Sozialverbandstheorien	34
(3) Die Identifikation von Unternehmen und juristischer Person	36
(4) Das Unternehmen als Anstalt	39
3. Die Interessenkonstellation in bezug auf das Unternehmen.....	40
a) Anteilseignerinteressen.....	41
b) Arbeitnehmerinteressen	41

c) Allgemeininteressen.....	43
d) Interessen der Gläubiger und Geschäftspartner.....	43
II. Bedeutung des Unternehmensinteressebegriffs im Rahmen der Organhaftung.....	45
III. Begründungsansätze für die Berücksichtigung des Unternehmensinteresses im Rahmen der Organhaftung.....	46
1. Verhaltensmaxime "Gesellschaftsinteresse" als Ausgangspunkt.....	46
a) Gewinnerzielung: Gesellschaftszweck und Grundlage des Gesellschaftsinteresses.....	47
b) Gewinnmaximierung, Erzielung befriedigenden Gewinns oder Erzielung angemessenen Gewinns?.....	52
2. Fortgeltung des § 70 I AktG 1937.....	54
a) Inhalt des § 70 I AktG 1937.....	55
b) Weitergeltung nach Inkrafttreten des AktG 1965.....	58
3. Unternehmensinteresse kraft der unternehmerischen Mitbestimmung.....	62
4. Unternehmensinteresse kraft verfassungsrechtlicher Vorgaben.....	65
a) Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse kraft unmittelbarer Geltung des Art. 14 II GG.....	66
(1) Die Eigentumsbezogenheit des Art. 14 II GG und die daraus resultierenden Folgen für das Unternehmensinteresse.....	66
(2) Unmittelbare Wirkung des Art. 14 II GG.....	68
b) Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums in § 76 AktG....	72
(1) § 76 I AktG als organisationsrechtlicher Ansatzpunkt.....	72
(2) Inhaltliche Ausfüllung.....	74
(3) Kritik.....	76
5. Unternehmensrechtliche Begründung.....	78
IV. Inhaltliche Konzeptionen zum Unternehmensinteresse.....	87
1. Identität von Unternehmensinteresse und Gesellschaftsinteresse.....	87
2. Unternehmensinteresse als Generalklausel bzw. unbestimmter Rechtsbegriff.....	90
3. Unternehmensinteresse als prozessuale Kategorie.....	92

4. Unternehmensinteresse als Kombination inhaltlicher und prozeduraler Aspekte	97
a) Rentabilität.....	98
b) Bestandserhaltung.....	101
(1) Kapitalerhaltung.....	102
(2) Erhaltung der rechtlichen Selbständigkeit	103
(3) Wirtschaftliche Substanzerhaltung	104
5. Unternehmensinteresse als selbständiges Interesse	105
6. Einfluß des Shareholder Value-Ansatzes auf den Inhalt des Unternehmensinteresses.....	109
a) Die Grundzüge des Shareholder Value-Ansatzes	110
b) Der Shareholder Value-Ansatz und die aktienrechtliche Zielkonzeption	115
c) Der Shareholder Value-Ansatz und das Unternehmensinteresse	119
D. DIE RECHTSLAGE IN DEN USA.....	121
I. Das amerikanische Gesellschaftsrecht	121
II. Die <i>Public Corporation</i>	123
1. Grundlagen der Gesellschaft.....	123
2. Geschäftsführung und Vertretung.....	126
III. Die Haftung von <i>Directors</i> und <i>Officers</i>	128
1. Pflichtverletzung	129
a) <i>Duty of Care</i> und <i>Business Judgment Rule</i>	130
(1) Die <i>Duty of Care</i>	130
(2) Die <i>Business Judgment Rule</i>	131
(3) <i>Ultra Vires Conduct</i>	134
b) Die <i>Duty of Loyalty</i>	135
2. Verschulden	136
3. Schaden, Kausalität und Beweislastverteilung.....	136
4. Die <i>Derivative Suit</i>	137
IV. Das Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresse	139

1. Die Bedeutung des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresses im Rahmen der Organhaftung	139
2. Das Gesellschaftsinteresse in der Rechtsprechung.....	139
a) Dodge v. Ford Motor Co.	139
b) Die Abkehr vom <i>direct-benefit test</i> und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung.....	141
c) Einflüsse der Gesetzgebung.....	145
3. Die rechtstheoretische Entwicklung	148
E. PRAKTISCHE RELEVANZ DER VERSCHIEDENEN KONZEPTE ZUM UNTERNEHMENSINTERESSE IM RAHMEN DER ORGANHAFTUNG	153
I. Überobligatorische Aufwendungen für Arbeitnehmer.....	153
1. Fallgruppe	153
2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	154
3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse.....	155
II. Spenden für gemeinnützige Zwecke, Parteispenden und Zahlungen zur Entschädigung von Zwangsarbeitern	158
1. Fallgruppe	158
2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	160
3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse.....	162
III. Verhalten der Geschäftsleitung bei Übernahmeversuchen.....	168
1. Fallgruppe	168
2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	173
3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse.....	174
F. AUSWERTUNG UND STELLUNGNAHME.....	179
I. Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime.....	179
1. Kein Interessengleichlauf.....	179
2. Vergleich mit der Rechtslage in den USA.....	182

3.	Keine zwingende dogmatische Begründung im deutschen Recht....	186
4.	Keine befriedigenden praktischen Ergebnisse.....	187
II.	Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime.....	190
1.	Begründung im geltenden Recht.....	190
2.	Inhaltliche Bestimmung des Unternehmensinteresses.....	195
a)	Keine Verpflichtung zur Verfolgung von Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen	195
b)	Unternehmensinteresse als unbestimmter Rechtsbegriff	197
c)	Materieller Inhalt des Unternehmensinteresses.....	198
d)	Prozeduraler Inhalt des Unternehmensinteresses	201
G.	ERGEBNIS.....	205
	Bibliographie	209

Verzeichnis der verwendeten US-amerikanischen Abkürzungen

A.	[West's] Atlantic Reporter
ABA	American Bar Association
Ala.	Alabama Reports
ALI	American Law Institute
Bus.Law	Business Lawyer
CEO	Chief Executive Officer
Co.	Company
Colo.Rev.Stat.	Colorado Revised Statutes
Conn.	Connecticut
Corp.	Corporation
Del.	Delaware
Del.Gen.Cop.L.	Delaware General Corporation Law
ed.	edition
F.	[West's] Federal Reporter
Fla.Gen.Corp.Act	Florida General Corporation Act
Ga.App.	Georgia Appeals Reports
Ga.Bus.Corp.Code	Georgia Business Corporation Code
Gen.Corp.Law	General Corporation Law
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill.Bus.Corp.Act	Illinois Business Corporation Act
Inc.	Incorporated
Ind.Bus.Corp.Law	Indiana Business Corporation Law
Ky.Bus.Corp.Act	Kentucky Business Corporation Act
La.Bus.Corp.Law	Louisiana Business Corporation Law
L.J.	Law Journal
L.Rev.	Law Review
Mass.Bus.Corp.Law	Massachusetts Business Corporation Law
M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
Me.Bus.Corp.Act	Maine Business Corporation Act
Minn.Bus.Corp.Act	Minnesota Business Corporation Act

Mo.Gen. & Bus.Corp. Law.....	Missouri General and Business Corporation Law
M.S.C.C.S.....	Model Statutory Close Corporation Supplement
NCCUSL.....	National conference of commissioners on Uniform State Laws
N.E.....	[West's] Northeastern Reporter
Neb.....	Nebraska Reports
Neb.Bus.Corp.Act.....	Nebraska Business Corporation Act
N.J.....	New Jersey Reports
N.J.Bus.Corp.Act.....	New Jersey Business Corporation Act
N.M.Bus.Corp.Act.....	New Mexico Business Corporation Act
N.Y.Bus.Corp.Law.....	New York Business Corporation Law
N.W.....	[West's] Northwestern Reporter
N.Y.S.....	[West's] New York Supplement
Or.Bus.Corp.Act.....	Oregon Business Corporation Act
P.....	[West's] Pacific Reporter
Pa.....	Pennsylvania Reports
Pa.Bus.Corp.Law.....	Pennsylvania Business Corporation Law
Pt.....	Part
RLPA.....	Revised Limited Partnership Act
R.M.B.C.A.....	Revised Model Business Corporation Act
RUPA.....	Revised Uniform Partnership Act
S.E.....	[West's] Southeastern Reporter
So.....	[West's] Southern Reporter
Stan.L.Rev.....	Stanford Law Review
Tenn.Corp.....	Tennessee Corporation Act
UPA.....	Uniform Partnership Act
US.....	United States
U.S.....	United States Reports
v.....	versus
Va.L.Rev.....	Virginia Law Review
Vand.L.Rev.....	Vanderbilt Law Review
Wash.....	Washington

A. EINLEITUNG

Der Höhepunkt der Diskussion um das Unternehmensinteresse liegt inzwischen über zwanzig Jahre zurück.¹ Nach wie vor ist bezüglich des Begriffs und der dahinter stehenden Konzepte vieles umstritten, und Detailfragen sind kaum geklärt. Zwar hat sich manch neue Entwicklung ergeben, die wesentlichen Aspekte und die diesbezügliche Uneinigkeit sind aber geblieben. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die Diskussion in jüngerer Zeit abgeflaut ist.

Die Organhaftung ist hingegen ein Thema, das momentan in aller Munde ist.² Verschiedene Entwicklungen haben dazu geführt, daß diese Problematik sowohl in der Literatur als auch in der Praxis viel Aufmerksamkeit gefunden hat. Viel häufiger als früher werden gerichtliche Schritte gegen Organe eingeleitet, die im Falle des Erfolgs erhebliche Folgen für die betroffenen Personen haben können. Zwar ist die fristlose Kündigung wegen Pflichtverletzung gem. § 84 III AktG immer noch die wichtigste Sanktion³ gegenüber dem Vorstand, die Wirkung eines drohenden Schadensersatzanspruchs ist jedoch nicht zu gering zu schätzen. Neben der reaktiven Bedeutung – das Gesellschaftsvermögen wird nach Eintritt eines Schadens wieder aufgefüllt – kommt der Haftung vor allem – gewissermaßen als "fleet in being" – eine präventive Bedeutung zu, will doch niemand das im Laufe eines Managerlebens zusammengetragene Vermögen und die erdiente Versorgungszusage riskieren.⁴

¹ Vgl. z. B. Raisch, FS Hefermehl, 347 ff.; Raiser, FS R. Schmidt, 101 ff.; Junge, FS v. Caemmerer, 547 ff.; Laske, ZGR 1979, 173 ff.; W. Schilling, ZHR 144 [1980], 338 ff.; ders., ZHR 144 [1980], 338 ff. Diesen Aufsätzen folgten etwas später Dissertationen zum Thema Unternehmensinteresse: Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat; Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse; Salm, Das Unternehmensinteresse.

² Vgl. z. B. Hopt, FS Mestmäcker, 909 ff.; Horn, ZIP 1997, 1129 ff.; Götz, AG 1997, 219 ff.; Heermann, ZIP 1998, 761 ff.; ders., AG 1998, 201 ff.; Henze, NJW 1998, 3309 ff.; ders., BB 2000, 209 ff.; Kindler, ZHR 162 [1998], 101 ff.; Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49 ff.; Goette, 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123 ff.; Thümmel, DB 2000, 461 ff.; ders., Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten; Abeltshausen, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht.

³ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 89; eine gegenüber der Haftung geringere Bedeutung mißt der Abberufung hingegen zu Goette, 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123, 139.

⁴ So anschaulich Goette, 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123, 124.

Ein Grund für die steigende Zahl geltend gemachter Schadensersatzansprüche sind konjunkturell schwache Phasen. Ein deutliches Beispiel hierfür ist die Rezession Mitte der 90er Jahre, und auch mit dem Niedergang des Neuen Markts wurden die Rufe nach der Verantwortung der einstmals hochgelobten – und hochbezahlten – Manager der "New Economy" lauter. Aufgrund der schwerwiegenden Konsequenzen für das Vertrauensverhältnis zu den Organen wird das Instrument der Organhaftung zwar nur im äußersten Notfall genutzt. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten sind solche Ausnahmesituationen aber öfter gegeben als zu Zeiten prall gefüllter Auftragsbücher und Kassen. Zudem kommt die erhöhte Aufmerksamkeit in kritischen Situationen bei Anteilseignern, Wirtschaftspartnern und in der Öffentlichkeit.⁵

Daß Organe auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten oft nicht in Anspruch genommen werden, liegt mitunter an den persönlichen Verflechtungen von Leitungs- und Kontrollorganen.⁶ Kollegiale Verschonung und persönliche Solidarität verhindern die Inanspruchnahme einzelner Organe.⁷ Dies ändert sich im Falle der Insolvenz, wenn der Insolvenzverwalter als unabhängiger Dritter die Interessen der Gesellschaft wahrnimmt. Er entscheidet ohne Rücksichtnahme auf Dritte allein im Hinblick auf eine möglichst große Insolvenzmasse, ob Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder durchgesetzt werden sollen.⁸

Dazu kommt, daß Schadensersatzansprüche gegenüber dem Vorstand einer AG gem. § 112 AktG grundsätzlich vom Aufsichtsrat geltend gemacht werden müssen, abgesehen von den sehr restriktiven Möglichkeiten des § 147 AktG. Je offensichtlicher eine Pflichtverletzung ist, desto mehr gerät der Aufsichtsrat in den Verdacht, seiner Überwachungspflicht im Vorfeld des Rechtsstreits nicht genügt und sich daher selbst gem. § 116 AktG schadensersatzpflichtig gemacht zu haben. Der Aufsichtsrat wird daher

⁵ Heermann, ZIP 1998, 761.

⁶ Von entscheidender Bedeutung ist dabei die Ringverflechtung bedeutender deutscher Aktiengesellschaften, die sogenannte "Deutschland AG", auch wenn in jüngerer Zeit versucht wird, diese abzubauen.

⁷ Heermann, ZIP 1998, 761, 762; Götz, AG 1997, 219, 221; Hüffer, AktG, § 147 Rn. 1.

⁸ Folgenden Entscheidungen lagen Organhaftungsansprüche einer in Konkurs gefallenen, in Liquidation befindlichen oder wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Gesellschaft zugrunde: RGZ 13, 43; RG JW 1920, 1032; RGZ 161, 129; BGH WM 1982, 532; BGH ZIP 1992, 108; BGH ZIP 1994, 872; OLG München, AG 1997, 575.

eher wenig geneigt sein, Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen.⁹ Eine ähnliche Problematik ergibt sich bei Ansprüchen gegen den Aufsichtsrat, die gem. § 78 I AktG grundsätzlich vom Vorstand verfolgt werden. Ist ein Insolvenzverwalter eingesetzt, stellen sich auch diese Schwierigkeiten nicht. Insgesamt erhöht die steigende Zahl von Insolvenzen¹⁰ daher die Wahrscheinlichkeit, daß es zu entsprechenden Prozessen kommt.

Die Problematik der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist aber nur ein Teilaspekt der Haftung, der die Diskussion – vor allem im Zuge der Auseinandersetzung mit dem KonTraG¹¹ – in jüngerer Zeit vielleicht dominiert hat, demgegenüber die materiellen Probleme aber nicht vernachlässigt werden dürfen. Ausschlaggebend für den Erfolg einer Klage ist schließlich ein tragfähiger materieller Anspruch, und ein potentieller Kläger entscheidet sich immer noch vorwiegend anhand der Erfolgsaussichten einer Klage über deren Verfolgung. Auf der materiellen Seite stellt sich auch die schwierige Aufgabe – die letztlich das Kernproblem jeder Haftungsregelung im unternehmerischen Bereich darstellt – einen Ausgleich zu finden zwischen der erforderlichen Sanktion von Mißmanagement durch die persönliche Haftung und dem Bedürfnis nach unternehmerischem Wagnis und Risikobereitschaft in einer Wettbewerbsordnung. Den Leitungsorganen darf einerseits nicht das unternehmerische Risiko der Geschäftstätigkeit der AG aufgebürdet werden, andererseits ist eine wirksame Kontrolle und Sanktion bei einem Fehlverhalten erforderlich.

In diesem Spannungsfeld wird das Unternehmensinteresse relevant, denn Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat soll es – untechnisch gesprochen – sein, das Unternehmenswohl zu fördern und im Interesse des Unternehmens zu handeln. Verrichten sie diese Aufgabe nicht ordnungsgemäß,

⁹ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 90; Götz, AG 1997, 219, 221; vgl. dazu auch die Problematik der ARAG/Garmenbeck-Entscheidungen in BGH AG 1997, 377; OLG Düsseldorf, AG 1995, 416.

¹⁰ Die Zahl der Insolvenzen ist in den letzten Jahren stark angestiegen und für das Jahr 2002 wird ein weiterer Zuwachs erwartet, vgl. FAZ v. 06.02.2002, S. 13 (im Jahr 1999: ca. 34.000 Fälle in Deutschland; 2000: ca. 40.000; 2001: ca. 50.000; 2002: ca. 60.000; die Angaben beruhen auf Schätzungen des Verbandes der Vereine Creditreform e. V.).

¹¹ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998, BGBl. I, 786.

sollen die Organmitglieder haften. Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der Begriff des Unternehmensinteresses vielfach in der Funktion einer Richtschnur für die Unternehmensleiter verwandt. Das Thema Unternehmensinteresse gewinnt daher mit der Problematik der Organhaftung wieder an Aktualität, und eine Beschäftigung damit ist von umso größerem Interesse, als eine genaue Untersuchung, welche Bedeutung dem Begriff konkret in Zusammenhang mit der Organhaftung zukommt, bislang weitgehend unterblieben ist.

An dieser Schnittstelle der Diskussion um das Unternehmensinteresse und der Haftungsproblematik soll die Arbeit ansetzen. Aufgrund der einschneidenden Konsequenzen einer persönlichen Haftung für die Betroffenen und ihrer Auswirkungen auf die Unternehmenskultur ist eine genaue Untersuchung aller relevanten Elemente der Organhaftung dringend erforderlich. Das Unternehmensinteresse ist dabei von zentraler Bedeutung und seine Funktion, sein Inhalt und seine Rechtsgrundlage sollen hier näher beleuchtet werden. Es kann dabei nicht allein auf die allgemeine und zumeist sehr abstrakte bisherige Diskussion zum Unternehmensinteresse abgestellt werden, die zudem zu keiner wirklichen Klärung der Problematik geführt hat, sondern die Untersuchung muß sich konkret auf die Rolle des Unternehmensinteresses im Rahmen der Organhaftung beziehen.

Der Kernkonflikt, der hinter dem Begriff des Unternehmensinteresses steht, ist am besten mit der Frage nach den Interessen, die Vorstand und Aufsichtsrat verfolgen müssen oder aber dürfen, zu umschreiben. Sind es allein die Anteilseignerinteressen? Können deren Interessen in einem Gesellschaftsinteresse zusammengefaßt werden? Und vor allem, dürfen neben dem Anteilseigner- oder Gesellschaftsinteresse auch andere Interessen, wie z. B. Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen verfolgt werden? Bei diesen Fragen wird deutlich, daß das Unternehmensinteresse eine sehr starke rechtspolitische Dimension hat. In diesem Bereich spielte sich auch in der Vergangenheit ein großer Teil der rechtswissenschaftlichen Diskussion ab. Hingegen soll sich diese Arbeit allein mit der Frage beschäftigen, welche Antwort das geltende Recht gibt, immer die haftungsspezifische Rolle des Unternehmensinteresses im Blick haltend.

Um Bedeutung und Funktion des Unternehmensinteresses im Rahmen der Organhaftung zu klären, ist zunächst eine Untersuchung des Haftungstatbestandes mit Bezug auf diese Aufgabe erforderlich. Eine Beschränkung auf die Haftung der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft erscheint

angebracht, da in der AG alle wesentlichen Konfliktfelder zu Tage treten und gleichzeitig eine Verkomplizierung durch die Darstellung der Situation in bezug auf verschiedene Gesellschaftstypen vermieden wird.¹² Der Schwerpunkt der Untersuchung soll dabei auf der Vorstandshaftung liegen, weil die Unternehmensinteresseproblematik vor allem bei unternehmerischen Entscheidungen relevant wird, die vorwiegend vom Vorstand zu treffen sind. Die Haftung des Aufsichtsrats wird ergänzend behandelt, insbesondere sofern sich Besonderheiten ergeben.

Sodann soll nach der Klärung der Begrifflichkeiten auf die verschiedenen Begründungsansätze, die dem Unternehmensinteresse de lege lata die Aufgabe der Verhaltensmaxime einräumen, eingegangen werden, speziell in Abgrenzung zu dem Konzept, das im Gesellschaftsinteresse die für den Vorstand allein maßgebliche Richtschnur sieht. Gerade in diesem Bereich ist das Unternehmensinteresse in der Vergangenheit vielfacher Kritik begegnet, die bis hin zur Ideologiegefahr reicht.¹³

Neben dem zentralen Problem der Begründung im geltenden Recht ist die inhaltliche Ausfüllung des Unternehmensinteressebegriffs von großer Bedeutung. Hierbei soll insbesondere auf die Rolle des Shareholder Value-Ansatzes eingegangen werden, da eine Auseinandersetzung mit diesem Konzept im Rahmen der Diskussion um das Unternehmensinteresse bislang kaum erfolgt ist. Schon die Übersetzung des Begriffs Shareholder Value zeigt eine starke Orientierung des Konzepts an den Anteilseignerinteressen und damit dessen grundsätzliche Relevanz bei der Definition einer Verhaltensmaxime für die Leitungsorgane der AG. Inwieweit ein Einfluß auf das Unternehmensinteresse gegeben ist, bedarf der Klärung.

Da die Organhaftung in Deutschland erst in jüngerer Zeit größeres Interesse erfahren hat, wird auch auf Rechtsprechung und Literatur aus den Vereinigten Staaten zurückgegriffen werden, wo die Gerichte seit vielen Jahren mit Fragen der Haftung des Managements für unternehmerische Maßnahmen befaßt sind.¹⁴ Die dort gewonnenen Erfahrungen können so mit einbezogen werden. Dies soll weniger einer umfassenden Rechtsvergleichung als dazu dienen, die Arbeit auf eine breitere Basis zu stellen und Anregungen für die Diskussion im deutschen Recht zu gewinnen. Eine

¹² Vgl. zu dieser Einschränkung auch Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 47 f.

¹³ Vgl. Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 105 f.

¹⁴ Vgl. v. Werder/Feld, RIW 1996, 481.

Beschäftigung mit der Rechtslage in den USA erscheint insbesondere interessant, weil die amerikanische Haftungsregelung im Kapitalgesellschaftsrecht vielfach als vorbildlich empfunden wird.

Im Anschluß daran soll auf die praktische Relevanz der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse eingegangen werden, wobei auch das Fallmaterial aus den USA mit berücksichtigt wird. Anhand von Fallgruppen werden die praktischen Auswirkungen der einzelnen Auffassungen in bezug auf die Organhaftung untersucht. Angesichts der unter Umständen schwerwiegenden Konsequenzen einer persönlichen Haftung für die Betroffenen ist es unabläßlich, die praktischen Auswirkungen einer bestimmten Theorie zu einem Haftungstatbestandsmerkmal in die Bewertung mit einzubeziehen.

Schließlich soll aus den gewonnenen Erkenntnissen ein insbesondere für den Bereich der Organhaftung tragfähiges Konzept zum Unternehmensinteresse entwickelt werden. Es ist wichtig eine sowohl in ihrer Begründung im geltenden Recht als auch in ihrer inhaltlichen Ausfüllung und ihren praktischen Auswirkungen überzeugende Lösung zu finden, da nur so ein gewisses Maß an Rechtssicherheit geschaffen werden kann, die gerade im Bereich der Haftung unentbehrlich ist. Angesichts der bisherigen Uneinigkeit bezüglich des Unternehmensinteresses und der spärlichen Rechtsprechung wäre dadurch schon sehr viel gewonnen.

B. DIE HAFTUNG DER LEITUNGSORGANE DER AG

I. Die Vorstandshaftung

Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzpflicht des Vorstands gegenüber der Gesellschaft ist § 93 II 1 AktG.¹⁵ Daraus ergibt sich, daß Vorstandsmitglieder der AG zum Schadensersatz verpflichtet sind, wenn sie ihre Pflichten verletzen, und daraus der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Darüber hinaus folgt aus § 93 II 2 AktG, daß sie schuldhaft gehandelt haben müssen, bzw. den entsprechenden Entlastungsbeweis nicht führen können.¹⁶

Umstritten ist, ob es sich bei § 93 II AktG um den gesetzlichen Tatbestand der Organhaftung¹⁷, einen Anwendungsfall der positiven Vertragsverletzung¹⁸ des Anstellungsvertrags¹⁹ – bzw. der an die Stelle dieses Rechtsinstituts getretenen §§ 241 II, 280 I BGB – oder um beides²⁰ handelt. Die gedankliche Trennung zwischen korporationsrechtlicher und schuldvertraglicher Ebene (sogenannte Trennungstheorie) spricht dafür, § 93 II AktG als gesetzliche Haftung aufzufassen.²¹ Die dann verbleibende Frage, ob es neben § 93 II AktG einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung bzw. § 280 I BGB i. V. m. § 241 II BGB gibt, der aber den Sonderregeln des § 93 AktG unterliegt (Anspruchskonkurrenz)²², oder ob die Vorschrift zugleich die Vertragshaftung normiert, ist praktisch folgenlos.²³

¹⁵ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 11.

¹⁶ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 11.

¹⁷ Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 8; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 Rn. 20; Sonnenberger, GmbHR 1973, 25, 26 f.

¹⁸ Richtigerweise sollte von einer positiven Forderungsverletzung und nicht von einer positiven Vertragsverletzung gesprochen werden. Aufgrund der Gebräuchlichkeit wird hier dennoch der Begriff der positiven Vertragsverletzung verwandt.

¹⁹ Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag, 211 ff.; wohl auch BGHZ 41, 282, 287.

²⁰ KK-Mertens, § 93 Rn. 3.

²¹ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 11.

²² So Hüffer, AktG, § 93 Rn. 11.

²³ Hopt in Großkomm. AktG, § 93 Rn. 21.

1. Pflichtverletzung

Pflichten der Vorstandsmitglieder ergeben sich zunächst aus zahlreichen gesetzlichen Einzelschriften (z. B. §§ 57²⁴, 71 - 71 e, 80, 81, 83, 88, 90, 92, 131 AktG). Darüber hinaus können Satzung und Anstellungsvertrag Pflichten bestimmen.²⁵ Sofern Rechtfertigungsgründe nicht eingreifen, ist eine Verletzung dieser ausdrücklich normierten Pflichten rechtswidrig.²⁶

§ 93 I 1 AktG regelt seinem Wortlaut nach den Verschuldensmaßstab für Vorstandsmitglieder bei Verletzung dieser Pflichten und stellt demnach eine Konkretisierung von § 276 I BGB und § 347 I HGB dar. § 93 I AktG hat aber eine Doppelfunktion²⁷ und ist zusätzlich Ursprung konkreter Verhaltenspflichten, das heißt haftungsbegründender Rechtswidrigkeitstatbestand²⁸. Er schreibt nämlich dem Vorstand die Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vor, und die Verletzung dieser Pflicht wird in § 93 II AktG sanktioniert. § 93 I 1 AktG ist damit ein allgemeiner Auffangtatbestand.

Zum Teil wird angenommen, daß sich aus § 93 I 1 AktG keine Pflichten des Vorstands ergäben.²⁹ Diese erwachsen vielmehr aus der Geschäftsführungsaufgabe (§ 76 AktG), dem Treueverhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft und Sonderregelungen.

Hinsichtlich des Schadensersatzanspruches führt diese Ansicht aber zu keinen anderen Ergebnissen, denn auch die durch § 93 I 1 AktG begründeten Pflichten sind durch die Leitungsaufgabe des Vorstands und seine Treubindungen zu konkretisieren.³⁰ Im übrigen spricht für § 93 I 1 AktG als Pflichtenquelle, daß ein Auseinanderlaufen von § 93 I Satz 1 und Satz 2 vermieden wird, und so die Norm mit § 323 I 1 HGB, der als modernere Vorschrift Prüfungs- und Verschwiegenheitspflicht auf die gleiche Ebene stellt, parallel läuft.³¹

²⁴ Eine verbotene Einlagenrückgewähr lag zugrunde OLG Hamm, ZIP 1995, 1263, 1270.

²⁵ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 13.

²⁶ KK-Mertens, § 93 Rn. 3.

²⁷ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 62; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 9; KK-Mertens, § 93, Rn. 6; Hüffer, AktG, § 93 Rn. 3.

²⁸ KK-Mertens, § 93 Rn. 7.

²⁹ Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 11.

³⁰ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 3; Hopt, FS Mestmäcker, 909, 916.

Zur genaueren Untersuchung und Konkretisierung der Vorstandspflichten empfiehlt sich deren Strukturierung.³² Zunächst kann zwischen Sorgfalts- und Treuepflichten unterschieden werden.³³ Diese Differenzierung wird auch in der Literatur³⁴ vorgenommen, und sie ist insbesondere hier nützlich, da sie der Einteilung im US-amerikanischen Recht – *duty of care* auf der einen, *duty of loyalty* auf der anderen Seite – entspricht³⁵. Gesondert behandelt werden soll die ausdrücklich im Gesetz (§ 93 I 2 AktG) geregelte Verschwiegenheitspflicht. Es wird angenommen, daß es sich dabei um eine gesetzliche Präzisierung der organschaftlichen Treuepflicht handelt³⁶, zum Teil wird sie zusätzlich auf die Sorgfaltspflicht zurückgeführt³⁷.

a) Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Organfunktion

Die Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bedeutet zunächst, im Rahmen der Gesetze und der Satzung sowie der für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane den Unternehmenserfolg zu fördern und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.³⁸ Nicht jedes Verhalten, das der Gesellschaft möglicherweise zum Nachteil gereichen könnte, kann aber eine Pflichtverletzung des Vorstands darstellen. Um ein Unternehmen im Wettbewerb auf sich dynamisch entwickelnden Märkten erfolgreich führen zu können, muß der Vorstand schnelle Entscheidungen treffen, Ideen entwickeln, Impulse geben und damit zwangsläufig Risiken eingehen können; das

³¹ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 916

³² Zur Pflichtenlage in der Rechtsprechung mit zahlreichen Nachweisen in höchstrichterlichen Entscheidungen, allerdings mit einer anderen als der hier gewählten Strukturierung, Goette, 50 Jahre BGH, 123, 129 ff.

³³ Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 151.

³⁴ KK-Mertens, § 93 Rn. 27 ff; Hopt, FS Mestmäcker, 909, 917; ähnlich Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 62 ff.

³⁵ Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 149; zur Einteilung im amerikanischen Recht vgl. ALI, Principles of Corporate Governance, Pt. IV, Introductory Note, c.

³⁶ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 6; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 15; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 Rn. 167; Kittner, ZHR 136 [1972], 208, 220; Wiesner in MünchHb. GesR, § 25 Rn. 8.

³⁷ KK-Mertens, § 93 Rn. 75; v. Godin/Wilhelmi, AktG, § 93 Rn. 5; Spieker, NJW 1965, 1937.

³⁸ KK-Mertens, § 93 Rn. 29; RG Recht 1930, Nr. 823.

Eingehen von Risiken ist also typischerweise mit der Führung eines Unternehmens verbunden.³⁹ Es muß dem Vorstand daher ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum zustehen⁴⁰, "ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht möglich ist"⁴¹. Wie über die Zweckmäßigkeit einer Heilmaßnahme nur der Arzt entscheiden kann, kann über die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung nur der Vorstand entscheiden, und nicht etwa die Gerichte in einer Art "Wirtschaftsaufsicht".⁴² Pflichtwidrig wird das Verhalten erst dann, wenn der Vorstand nicht mehr im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens handelt und die Grenzen normaler unternehmerischer Wagnisse überschreitet.⁴³ Allein aus dem Umstand, daß ein Geschäft zum Nachteil der Gesellschaft ausschlägt, läßt sich noch keine Pflichtverletzung ableiten.

Dies ergibt sich nicht nur aus den oben genannten praktischen Erwägungen. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters muß sich an dessen Aufgaben orientieren,⁴⁴ und damit auch insbesondere an der Leitungsaufgabe gem. § 76 I AktG⁴⁵. Der unternehmerische Ermessensspielraum ist Teil und notwendiges Gegenstück der dem Vorstand obliegenden Führungsaufgabe,⁴⁶ denn Leitung im Sinne von § 76 I AktG impliziert Entscheidungen, und dies setzt die Einräumung von "Leitungsermessen" bezüglich mehrerer Handlungsmöglichkeiten voraus.⁴⁷

Sieht man die Leitungsaufgabe des Vorstands also als Grundlage des unternehmerischen Ermessens, lassen sich hieraus positive Vorgaben oder – wie Mertens formuliert – "ermessensleitende Gesichtspunkte" entwickeln. Insbesondere hat der Vorstand sein Handeln an den maßgeblichen

³⁹ Vgl. BGH AG 1978, 79, 81; RGZ 129, 272, 275.

⁴⁰ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 13a; RegBegr [KonTraG], BT-Drucks. 13/9712, 21.

⁴¹ BGHZ 135, 244, 253.

⁴² Schneider, AG 1983, 205, 214.

⁴³ KK-Mertens, § 93 Rn. 29; Bastuck, Enthaftung des Managements, 69; Geßler, NB 1972, 13, 16; Sonnenberger, GmbHR 1973, 25, 28; Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 171 m. w. N.; Hüffer, AktG, § 93 Rn. 13a; Henze, NJW 1998, 3309, 3311; Kindler, ZHR 162 [1998], 101, 103ff.; teilweise kritisch Götz, NJW 1997, 3275, 3276; evtl. auch Horn, ZIP 1997, 1129, 1134.

⁴⁴ Schilling in Großkomm. AktG (3. Aufl.), § 93 Anm. 9.

⁴⁵ Kindler, ZHR 162 [1998], 101, 105.

⁴⁶ BGH AG 1997, 377, 379; den Zusammenhang zwischen unternehmerischem Ermessen und Leitungsaufgabe hat der BGH bereits im "Deutsche Bank"-Urteil (BGHZ 125, 239, 248: Entscheidungsbefugnis des Vorstands als Ausfluß von dessen "Geschäftsführungsverantwortung") ausdrücklich anerkannt.

⁴⁷ KK-Mertens, § 76 Rn. 10 ff.; Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 168 ff.

Interessen auszurichten.⁴⁸ In Literatur und Rechtsprechung wird nun das Unternehmensinteresse – teilweise wird auch vom Unternehmenswohl gesprochen – als das von den Interessen, die in der Gesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffen, maßgebliche Interesse angesehen.⁴⁹ Der Begriff des Unternehmensinteresses wird allerdings inhaltlich oft nicht näher bestimmt und ist im übrigen äußerst umstritten.⁵⁰

Negative Vorgaben lassen sich zum einen aus der Kehrseite der positiven Vorgaben aus § 76 I AktG gewinnen⁵¹, zum anderen aus den sonstigen Pflichtenquellen.⁵² Treuwidriges Verhalten oder Verhalten, das gegen spezielle gesetzliche oder statuarische Pflichten verstößt, ist wegen der Gleichrangigkeit der einzelnen Pflichtenquellen auch sorgfaltswidrig.⁵³ Weitere Einschränkungen erfährt der unternehmerische Ermessensspielraum durch den Unternehmensgegenstand, die Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung sowie durch Beschlüsse der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats.⁵⁴

Das Maß der im Einzelfall anzuwendenden Sorgfalt hängt von den konkreten Umständen, vor allem von der Größe des Unternehmens, seinem Gegenstand, der Führungsorganisation, der Geschäfts- und Marktsituation,

⁴⁸ Hüffer, AktG, § 76 Rn. 12.

⁴⁹ KK-Mertens, § 76 Rn. 16 ff.; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 73; ders., FS Raisch, 291, 295 f.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 13; W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 143; ders., ZHR 144 [1980], 338, 339; Reich/Lewerez, AuR 1976, 353, 356; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 25 Rn. 94. Der BGH hat diesen Gesichtspunkt in BGH AG 1997, 377, 379 als unverzichtbares Erfordernis pflichtgemäßen Vorstandshandelns hervorgehoben. Von Aufsichtsratsmitgliedern hat sowohl der BGH in BGHZ 36, 296, 306 (hier wird allerdings noch von Interesse der Gesellschaft gesprochen), BGHZ 62, 193, 197 und BGHZ 64, 325, 330 f. als auch das BVerfG in BVerfGE 34, 103, 112 die Wahrnehmung des Unternehmensinteresses verlangt, was auf den Vorstand übertragen werden kann, da für Vorstand und Aufsichtsrat ein einheitlicher Verhaltensmaßstab gelten muß. Der Aufsichtsrat kann nicht nach Maßgabe des Unternehmensinteresses überwachen, wenn der Vorstand nicht auch daran gebunden ist (vgl. Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 50; ausführlich Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, 77 ff.).

⁵⁰ Vgl. zum Unternehmensinteresse unten C [27 ff.].

⁵¹ Aus dem Unternehmensinteresse ergibt sich also auch eine Beschränkung des unternehmerischen Ermessensspielraums, vgl. dazu Heermann, ZIP 1998, 761, 763.

⁵² Kindler, ZHR 162 [1998], 105, 106.

⁵³ Kindler, ZHR 162 [1998], 105.

⁵⁴ Heermann, ZIP 1998, 761, 763.

ab.⁵⁵ Entscheidend sind die Fähigkeiten und Kenntnisse, die die Leitung der jeweiligen individuellen Gesellschaft erfordert.⁵⁶

Mertens untergliedert die Pflicht des Vorstands zur sorgfältigen Wahrnehmung seiner Organfunktion in die folgenden Gebote⁵⁷:

- Sorge für Rechtmäßigkeit der Organisation und der Entscheidungsprozesse;
- Sorge für rechtmäßiges und anerkannten Grundsätzen der Geschäftsmoral entsprechendes Verhalten;
- Beachtung der den Vorstandsmitgliedern im Verhältnis zu Dritten persönlich auferlegten Pflichten;
- Kollegiale Zusammenarbeit;
- Beachtung der Regeln sorgfältiger Unternehmensleitung;
- Aufsichtspflicht bei Geschäftsverteilung;
- Eigenverantwortliche Mitwirkung an Vorstandsbeschlüssen.

b) Treuepflicht

Der Vorstand hat als Organ der AG eine treuhänderische Funktion und eine besondere Vertrauensstellung. Durch die Bestellung wird daher eine Treuepflicht begründet, die über § 242 BGB hinausgeht.⁵⁸ Ihre sachliche Rechtfertigung liegt im wesentlichen im Umgang mit fremden Vermögenswerten und Geschäftschancen, aber auch in der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit anderen Gesellschaftsorganen.⁵⁹ Über die bloße Einhaltung der sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten hinausgehend gebietet sie den Vorstandsmitgliedern allgemein und umfassend, der Gesellschaft loyal zu dienen.⁶⁰ Gesetzliche Einzelausprägungen dieser Loyalitätspflicht liegen im Wettbewerbsverbot gem. § 88 AktG und der

⁵⁵ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 76; KK-Mertens, § 93 Rn. 29; Bastuck, Enthftung des Managements, 69; Schilling in Großkomm. AktG (3. Aufl.), § 93 Anm. 9.

⁵⁶ Schilling in Großkomm. AktG (3. Aufl.), § 93, Anm. 9.

⁵⁷ KK-Mertens, § 93 Rn. 30 ff.

⁵⁸ KK-Mertens, § 93 Rn. 57; Hüffer, AktG, § 93 Rn. 5 u. § 84 Rn. 9; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Rn. 8; rechtsvergleichend Hopt, Corporate Governance and Directors' Liabilities, 285 ff.; auch in der Rechtsprechung findet die Treuepflicht eine Basis, die allerdings schmal und wenig deutlich bezeichnet ist, vgl. BGHZ 13, 188, 192; 20, 239, 246; 49, 30, 31.

⁵⁹ Hüffer, AktG, § 84 Rn. 9.

⁶⁰ KK-Mertens, § 93 Rn. 57.

Verschwiegenheitspflicht.^{61, 62} Zur Verdeutlichung untergliedert Mertens⁶³ auch die Treuepflicht in verschiedene Gebote und Verbote:

- Loyalereinsatz für die Gesellschaft;
- Verbot des Einsatzes gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse zugunsten eigennütziger Zwecke;
- Verbot eigennütziger Ausnutzung der Organstellung;
- Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen;
- Gebot zur Rücksichtnahme auf das Gesellschaftsinteresse bei eigener Interessenverfolgung;
- Pflicht zur Ermöglichung angemessener Kontrolle.

c) Verschwiegenheitspflicht

Gem. § 93 I 2 AktG haben die Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren.

Ein Geheimnis ist dadurch gekennzeichnet, daß es sich um eine nicht allgemein bekannte Tatsache handelt, für die ein objektives Bedürfnis der Geheimhaltung besteht.⁶⁴ Ein Bedürfnis für die Geheimhaltung besteht dann, wenn diese im Interesse des Unternehmens ist.⁶⁵ Vertrauliche Angaben sind für den Vorstand bestimmte Mitteilungen, die Vorgängen im persönlichen Lebensbereich oder im Organbereich von Vorstand und Aufsichtsrat oder im sonstigen Unternehmensbereich liegenden Vorkommnissen zuzuordnen sind.⁶⁶

Grenzen der Verschwiegenheitspflicht bilden das Unternehmensinteresse⁶⁷ und die Zumutbarkeit.⁶⁸ Das Unternehmensinteresse gebietet z. B. die

⁶¹ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 9.

⁶² Vgl. zur Verschwiegenheitspflicht auch unten B.I.1.c) [13 f.].

⁶³ KK-Mertens, § 93 Rn. 57 ff.

⁶⁴ Wiesner in MünchHb. GesR, § 25 Rn. 39; BGHZ 64, 325, 329; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 129 ff. mit zahlreichen Nachweisen zur Gegenansicht, die alles, was in Erwartung der Vertraulichkeit mitgeteilt werde, darunter fassen will.

⁶⁵ Wiesner in MünchHb. GesR, § 25 Rn. 39.

⁶⁶ Wiesner in MünchHb. GesR, § 25 Rn. 41; Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 100; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 16.

⁶⁷ Vgl. zum Unternehmensinteresse unten C [27 ff.].

Informierung von Personen, die ihrerseits einem Berufsgeheimnis unterliegen und über vertrauliche Angelegenheiten oder Geheimnisse der Gesellschaft aufgeklärt werden müssen, um für diese Rechte wahrzunehmen. Ferner kann dem Vorstand ein Stillschweigen unzumutbar sein. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Vorstandsmitglied zur Verteidigung eigener Interessen oder zur Anfechtung oder Geltendmachung der Nichtigkeit von Organbeschlüssen Interna der Gesellschaft zum Gegenstand eines Rechtsstreits machen muß, wobei es allerdings möglichst schonend vorgehen muß.⁶⁹

2. Verschulden

Bei der Haftung gem. § 93 II AktG handelt es sich – wie § 93 II 2 AktG zeigt⁷⁰ – um eine Verschuldenshaftung. Eine Schadensersatzpflicht tritt also nicht ein, wenn das Vorstandsmitglied dem in § 93 I 1 AktG festgelegten Sorgfaltsstandard gerecht geworden ist.

§ 93 I 1 AktG stellt letztlich nur eine konkretere Umschreibung des Verschuldensbegriffs in § 276 I BGB und § 347 I HGB dar⁷¹. Es gilt daher wie im allgemeinen Zivilrecht ein objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab.

Zum Teil wird vertreten, daß, um dem Vorstand den erforderlichen Handlungsspielraum zu geben, diese Norm teleologisch dahingehend zu berichtigen sei, daß nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet werde.⁷² Dem steht jedoch schon die Systematik des Gesetzes entgegen, das in § 93 V 2 AktG eine „gröbliche“ Pflichtverletzung für einen Ersatzanspruch der Gläubiger der AG gegenüber dem Vorstandsmitglied fordert. Eine allgemeine Einschränkung des Verschuldensmaßstabs ist daher abzulehnen; vielmehr ist der Ansatz, auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit einen Haftungsfreiraum zu gewähren, überzeugender.⁷³

Der Sorgfaltsmaßstab ist also objektiv und nach typischen Merkmalen zu bestimmen. Der Vorstand hat sich wie ein pflichtbewußter selbständiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art zu verhalten, der nicht mit

⁶⁸ KK-Mertens, § 93 Rn. 82.

⁶⁹ Schilling in Großkomm. AktG (3. Aufl.), § 93 Anm. 11; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 22.

⁷⁰ Kindler, ZHR 162 [1998], 101, 104.

⁷¹ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 4.

⁷² Vgl. Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920 m. w. N

⁷³ Kindler, ZHR 162 [1998], 101, 104.

eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist.⁷⁴ Es kommt auf das für die Leitung des Unternehmens in seinem typischen Zustand und seiner konkreten Lage erforderliche Maß an Kenntnissen und Einsatz an.⁷⁵ Besondere in der Person des betroffenen Vorstandsmitglieds liegende Umstände können dieses nicht entlasten.⁷⁶ Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist durchweg die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gem. § 347 I HGB.⁷⁷ Dies ergibt sich schon aus § 3 I AktG i. V. m. § 6 I HGB. Treuhandstellung und Bedeutung des Amtes können eine darüber hinausgehende äußerste Anspannung des Sorgfaltsmaßstabs rechtfertigen.⁷⁸ Ein Mitverschulden wegen mangelhafter Beaufsichtigung durch den Aufsichtsrat kann das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied der Gesellschaft nicht entgegenhalten.⁷⁹

3. Schaden

Weitere Voraussetzung für einen Ersatzanspruch gem. § 93 AktG ist ein Schaden. Es finden dabei die allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff. BGB Anwendung.⁸⁰ Ein Schaden kann also auch ein entgangener Vorteil sein, der der Gesellschaft bei pflichtgemäßem Handeln des Vorstands zugeflossen wäre.

Das pflichtwidrige Handeln des Vorstands muß für den eingetretenen Schaden kausal sein. Zur Feststellung des Schadens ist die reale mit der hypothetischen Vermögenslage zu vergleichen. Es ist dabei allein auf die Vermögenslage der Gesellschaft abzustellen. Inwieweit die Aktionäre davon betroffen sind, ist belanglos, denn allein entscheidend ist die Frage, welchen Schaden die Gesellschaft als juristische Person erlitten hat.⁸¹ Einem Vorteilsausgleich zwischen einem Nachteil für die Gesellschaft und einem Vorteil für ihre Aktionäre steht schon entgegen, daß nur eine

⁷⁴ OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 27, 32.

⁷⁵ BGH, WM 1971, 1548 f.; NJW 1983, 1856.

⁷⁶ BGH, WM 1981, 440; 1983, 725.

⁷⁷ KK-Mertens, § 93 Rn. 98.

⁷⁸ Baumbach/Hueck, AktG, § 93 Rn. 6; Geßler, JW 1937, 497, 501.

⁷⁹ Wiesner in MünchHb. GesR, § 26, Rn. 11; BGH WM 1983, 725; BGH WM 1982, 440, 442.

⁸⁰ KK-Mertens, § 93 Rn. 23.

⁸¹ KK-Mertens, § 93 Rn. 24; Horn, ZIP 1987, 1225, 1230.

Anrechnung von Vorteilen in Betracht kommt, die dem Geschädigten selbst zugute kommen⁸².

Gem. § 93 III AktG ist die Verwendung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen der genannten Tatbestände immer als Schaden für die Gesellschaft anzusehen, es sei denn, die Gesellschaft hat den Fehlbetrag endgültig wiedererlangt, oder er ist durch einen Wert ausgeglichen, der endgültig in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.⁸³

In der Literatur wird der Schadensbegriff im Rahmen von § 93 II AktG zum Teil eingeschränkt.⁸⁴ Nicht jede Vermögensminderung sei ein Vermögensschaden, dieser sei vielmehr als eine den Zwecken des Vermögenssubjekts nicht entsprechende Vermögensminderung zu verstehen.⁸⁵ Lediglich zweckwidrige Vermögensbeeinträchtigungen sollen daher einen Schaden darstellen,⁸⁶ nicht aber beispielsweise Aufwendungen für soziale, politische und kulturelle Zwecke. Der Ermessensspielraum der Verwaltung sei auch schadensrechtlich zu respektieren.⁸⁷ Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, die im Rahmen der Pflichtwidrigkeit unter dem Begriff Unternehmensinteresse diskutierten Aspekte⁸⁸ auf den Schadensbegriff anzuwenden. Einen Schaden würden so nämlich nur Vermögensbeeinträchtigungen darstellen, die nicht im Unternehmensinteresse erfolgten.

Diese Auffassung hat vor allem in Verbindung mit der Beweislastumkehr des § 93 II 2 AktG Auswirkungen und findet dort auch ihre Begründung. Eine genauere Erörterung dieser Frage soll daher unter 4. erfolgen. Aus schadensrechtlicher Sicht spricht auf jeden Fall gegen eine solche Auffassung, daß dem Anliegen (Aufwendungen, die im Unternehmensinteresse liegen, sollen keine Schadensersatzpflicht des Vorstands begründen) auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit Rechnung zu tragen ist, und daß der Begriff des Unternehmensinteresses und der zum Teil verwendete Begriff

⁸² KK-Mertens, § 93 Rn. 24; Mertens in Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 215.

⁸³ KK-Mertens, § 93 Rn. 96; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 93 Rn. 36; RGZ 159, 211, 230.

⁸⁴ KK-Mertens, § 93 Rn. 23 u. 103; Hopt, FS Mestmäcker, 921; Wiesner in MünchHb. GesR, § 26 Rn. 6; Reich/Lewerez, AuR 1976, 353, 357.

⁸⁵ Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 128 ff., 165 ff.

⁸⁶ KK-Mertens, § 93 Rn. 103; ihm folgend Reich/Lewerez, AuR 1976, 353, 357.

⁸⁷ KK-Mertens, § 93 Rn. 23.

⁸⁸ Siehe dazu unten C [27 ff.].

des Unternehmenszwecks zu unscharf für eine Strukturierung des Schadensbegriffs ist.⁸⁹

4. Beweislastverteilung

Wie sich gezeigt hat, ist dem Vorstand ein breiter unternehmerischer Ermessensspielraum zu gewähren, dessen Grenzen sich nur schwer bestimmen lassen. Da es an einschlägigen Vorgaben durch die Rechtsprechung mangelt, bleibt die Grenze zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Leitungshandeln oftmals unklar. Umso größere Bedeutung kommt daher prozessualen Aspekten zu, insbesondere der Verteilung der Beweislast.⁹⁰

Gem. § 93 II 2 AktG liegt die Beweislast für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei den Vorstandsmitgliedern. Es wird zugunsten der AG vom allgemeinen Grundsatz, daß jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen hat, abgewichen.

Die Gesellschaft hat zu beweisen, daß ihr ein Schaden entstanden ist und daß dieser kausal durch ein Tun oder Unterlassen des Vorstands verursacht wurde. Diesem obliegt der Beweis dafür, daß er weder schuldhaft noch pflichtwidrig gehandelt hat.⁹¹ In den Fällen des § 93 III AktG wird zudem vermutet, daß die Gesellschaft jedenfalls in Höhe der rechtswidrigen Leistung einen Schaden erlitten hat.⁹²

Die Beweislastumkehr erklärt sich vor allem durch die Beweisnähe der Vorstandsmitglieder. Sie sind "näher dran" am Geschehen. Dieser Gedanke läßt sich auch der allgemeinen Regel entnehmen, daß ein Vertragspartner, der zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet ist, die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Leistungen beweisen muß.⁹³ Dem steht entgegen, daß der vom Vorstand zu erbringende Beweis, nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft

⁸⁹ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 15; vgl. auch ausführlich Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 391 ff.

⁹⁰ Heermann, ZIP 1998, 761, 765.

⁹¹ OLG Hamm, ZIP 1995, 1263, 1265; RGZ 98, 98, 100; RG JW 1936, 2313; RG JW 1937, 2657, 2658; BGH WM 1962, 1286; BGH WM 1971, 1548, 1549; Hüffer, AktG, § 93 Rn. 16; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 16; v. Gerkan, ZHR 154 [1990], 39, 49 ff., 63.

⁹² KK-Mertens, § 93 Rn. 107.

⁹³ KK-Mertens, § 93 Rn. 100.

gehandelt zu haben, unter Umständen sehr kompliziert sein kann, insbesondere wenn ihm ein Unterlassen zur Last gelegt wird und/oder er zur Zeit des Prozesses nicht mehr im Amt ist, so daß er nur unter erschwerten Bedingungen Zugang zu den im Unternehmen befindlichen, vergangene Entscheidungsvorgänge dokumentierenden Unterlagen hat.⁹⁴

Eine Einschränkung der Beweislastumkehr würde die unter anderem von Mertens vertretene, unter 3. dargestellte Modifikation des Schadensbegriffs bedeuten, nach der lediglich zweckwidrige Vermögensbeeinträchtigungen einen Schaden darstellen sollen. Nur eine nicht durch das Unternehmensinteresse erklärbare und damit typischerweise auf eine Pflichtverletzung des Vorstands hindeutende Vermögensminderung soll demnach dem Vorstand die Beweislast aufbürden.⁹⁵ Neben den oben bereits geäußerten schadensrechtlichen Bedenken spricht gegen diese Auffassung, daß es letztlich zu einer "stillen" Abkehr der zwingenden gesetzlichen Regelung des § 93 II 2 AktG käme.⁹⁶

Teilweise wird auch vertreten, daß den Vorstand nur die Beweislast für fehlendes Verschulden, nicht aber für die fehlende Pflichtwidrigkeit des schadensursächlichen Handelns oder Unterlassens treffe.⁹⁷ Dagegen spricht jedoch, daß es sich bei den zur Untermauerung herangezogenen Ausführungen der Rechtsprechung⁹⁸ lediglich um obiter dicta handelt, und auch die Entstehungsgeschichte des § 93 II 2 AktG nicht darauf hindeutet.⁹⁹

Als weitere Modifikation der Beweislastumkehr wird vorgeschlagen, daß die Schadensersatz fordernde Gesellschaft neben dem Schadenseintritt darlegen und beweisen müsse, daß dieser mit einem zumindest möglicherweise pflichtwidrigen Verhalten des Vorstands in kausalem Zusammenhang stehe.¹⁰⁰ Es ist aber fraglich, ob dadurch in der Praxis überhaupt eine wesentliche Änderung erreicht wird,¹⁰¹ und wie sich eine solch pauschale

⁹⁴ Heermann, ZIP 1998, 761, 766.

⁹⁵ KK-Mertens, § 93 Rn. 103.

⁹⁶ Heermann, ZIP 1998, 761, 766; Schneider in Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 159 ff.; v. Gerkan, ZHR 154 [1990], 39, 43 f.

⁹⁷ Fleck, GmbHR 1974, 224; ders., GmbHR 1997, 237, 237 ff.; Heisse, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, 47 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 21.

⁹⁸ BGH ZIP 1980, 776; BGH ZIP 1985, 1135; BGH ZIP 1992, 108.

⁹⁹ Heermann, ZIP 1998, 761, 766; ausführlich und m. w. N Goette, ZGR 1995, 648, 649 ff.

¹⁰⁰ Goette, ZGR 1995, 648, 573; einschränkend Hüffer, AktG, § 93 Rn. 17.

¹⁰¹ Heermann, ZIP 1998, 761, 766 m. w. N

Teilkorrektur der gesetzlich angeordneten Beweislastverteilung begründen läßt.¹⁰²

Heermann vertritt daher eine differenzierende Auffassung, die zwar die grundsätzliche Beweislastumkehr aufrechterhält, ein statisches Festhalten an der gesetzlichen Ausgangsvorschrift des § 93 II 2 AktG aber ablehnt.¹⁰³

Vielmehr geht er davon aus, daß unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls allein durch Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Prozeßrechts insbesondere zur Darlegungs-, Substantiierungs- und schließlich zur Beweislast eine sachgerechte Verteilung der Beweislast erreicht werden kann. Dazu formuliert er folgende Thesen:¹⁰⁴

- Gesellschaften, die Organhaftungsansprüche geltend machen, müssen im Hinblick auf eine schlüssige Klage Tatsachen substantiiert darlegen, die eine Pflichtverletzung durch das Leitungsorgan begründen.
- Vom Ausmaß dieser klägerischen Substantiierung hängt das erforderliche Mindestmaß an Substantiierung für das Gegenvorbringen des Beklagten ab.
- Je weiter ein Leitungsorgan mit einer Entscheidung in den Grenzbereich des unternehmerischen Ermessensspielraums vordringt, desto höher sind die Anforderungen an eine Dokumentation des gesamten Entscheidungsprozesses, weil bei einem späteren Mißerfolg der Maßnahme auch der Rechtfertigungszwang entsprechend zunimmt.
- Je deutlicher sich eine Entscheidung innerhalb des begrenzten unternehmerischen Ermessensspielraums hält, desto geringer sind die Anforderungen an den gleichwohl bestehenden Rechtfertigungszwang.
- Soweit die beweis erheblichen Umstände zumindest überwiegend der Gefahrensphäre des klagenden Unternehmens zuzurechnen sind, kommt es zugunsten des beklagten Leitungsorgans zu Beweiserleichterungen. Wenn solche Umstände ausnahmsweise der alleinigen Einflußsphäre der Gesellschaft unterliegen, kommt eine Umkehr der in § 93 II 2 AktG angeordneten Beweislastverteilung in Betracht.

Diese Auffassung überzeugt insbesondere deshalb, weil zum einen grundsätzlich an der eindeutig durch das Gesetz vorgegebenen und wegen der in der Regel größeren Sachnähe des Leitungsorgans gerechtfertigten Beweis-

¹⁰² Goette, ZGR 1995, 648, 673 f..

¹⁰³ Heermann, ZIP 1998, 761, 767 ff.

¹⁰⁴ Heermann, ZIP 1998, 761, 769, zur Begründung vgl. *ibid.*, 767 f.

lastumkehr festgehalten wird, zum anderen eine flexible Regelung geschaffen wird, die eine Anpassung an den Einzelfall ermöglicht, und die Haftungsrisiken für das Leitungsorgan berechenbarer werden.

5. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs

Gem. § 112 AktG wird die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat vertreten. In dessen Aufgabenbereich fällt daher auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den Vorstand.¹⁰⁵

Daneben sieht § 147 AktG – nicht zuletzt aufgrund der beschriebenen Probleme bei dieser Konstellation – weitere Möglichkeiten der Geltendmachung von Ersatzansprüchen vor. Gem. § 147 I 1 AktG müssen entsprechende Ansprüche der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn es die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt (1. Alt.) oder wenn eine Minderheit von mindestens 10 % des Grundkapitals es verlangt (2. Alt.). An der Zuständigkeitsverteilung ändert eine solche Entscheidung nichts,¹⁰⁶ so daß grundsätzlich weiterhin der Aufsichtsrat für die Verfolgung der Ansprüche gegenüber Vorstandsmitgliedern zuständig ist.

Gem. § 147 II 1 AktG besteht jedoch die Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters durch die Hauptversammlung, der die Aufgabe hat, den jeweiligen Anspruch durchzusetzen. Darüber hinaus kann das gem. § 14 AktG zuständige Gericht einen besonderen Vertreter bestellen und damit den Aufsichtsrat und gegebenenfalls auch den durch Hauptversammlungsbeschluß eingesetzten Vertreter von der Verfolgung der Gesellschaftsansprüche ausschließen. Voraussetzung ist gem. § 147 II 2 AktG wiederum der Antrag einer Minderheit von mindestens 10 % des Grundkapitals oder aber von Aktionären, deren Aktienbesitz den anteiligen Betrag¹⁰⁷ von einer Million Euro erreicht.

¹⁰⁵ Die Frage, inwieweit den Aufsichtsrat eine Pflicht trifft, Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand zu verfolgen, behandelt der BGH in seiner "ARAG/Garmenbeck"-Entscheidung, AG 1997, 377 ff. Vgl. dazu Heermann, AG 1998, 201 ff.; Götz, NJW 1997, 3275 ff.

¹⁰⁶ Hüffer, AktG, § 147 Rn. 5.

¹⁰⁷ Bei Stückaktien ergibt sich der anteilige Betrag aus der Division des Grundkapitals durch die Aktienzahl, bei Nennbetragsaktien ist der Nennbetrag auch der anteilige Betrag, vgl. Hüffer, AktG, § 147 Rn. 7.

Wenn die Voraussetzungen des § 147 I 1 AktG nicht vorliegen, hat das Gericht gem. § 147 III 1 AktG einen besonderen Vertreter auf Antrag einer Minderheit zu bestellen, deren Aktienbesitz lediglich 5 % des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro erreicht, sofern Tatsachen den dringenden Verdacht einer groben Pflichtwidrigkeit rechtfertigen.¹⁰⁸ Dieser Vertreter verfolgt den Anspruch jedoch nur, soweit nach seiner pflichtgemäßen Beurteilung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht, vgl. § 147 III 3 AktG.

Weitere Möglichkeiten der Geltendmachung von Ersatzansprüchen bestehen nicht. § 147 AktG ist insoweit abschließend. Insbesondere besteht keine Individualklagebefugnis der Aktionäre. Die *actio pro socio* hat sich zwar zu einem Institut des allgemeinen Verbandsrechts entwickelt, die zwingend ausgestaltete innere Zuständigkeitsordnung des Aktienrechts läßt jedoch dort deren generelle Etablierung nicht zu.¹⁰⁹ Die §§ 309 IV, 317 IV, 318 IV AktG, die den Aktionären Klagerechte für bestimmte konzernrechtliche Ansprüche einräumen, stellen Sondervorschriften dar und können nicht analog angewendet werden.¹¹⁰

Insgesamt werden damit für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern sehr hohe Hürden aufgestellt. Die Anforderungen, die an die Geltendmachung auf Verlangen einer Minderheit gem. § 147 I und III AktG geknüpft werden, werden vielfach – insbesondere i. V. m. der Kostenregelung des § 147 IV AktG – als zu hoch empfunden, um eine wirksame Kontrolle des Managements zu garantieren.¹¹¹ Trotz einer intensiven Diskussion im Vorfeld der Verabschiedung des KonTraG konnte sich der Gesetzgeber jedoch zu keiner anderen Lösung durchringen.

¹⁰⁸ Vgl. Hüffer, AktG, § 147 Rn. 9; Süner, ZHR 163 [1999], 364, 369 f.

¹⁰⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 643; Krieger, ZHR 163 [1999], 343, 344.

¹¹⁰ Vgl. Süner, ZHR 163 [1999], 364, 372 m. w. N.

¹¹¹ Vgl. zur Kritik an der 1998 geschaffenen Neuregelung und zu rechtspolitischen Vorschlägen in Anlehnung an die *derivative suit* des US-amerikanischen Rechts Ulmer, ZHR 163 [1999], 290 ff.; Krieger, ZHR 163 [1999], 343 ff.; Süner, ZHR 163 [1999], 364 ff.

II. Die Haftung des Aufsichtsrats

Gem. § 116 AktG gilt § 93 AktG für die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder sinngemäß. Der Verweis bezieht sich insbesondere auch auf die Fälle des § 93 III AktG und die Beweislastumkehr des § 93 II 2 AktG.¹¹² Grundsätzlich kann daher auf die Ausführungen zur Vorstandshaftung verwiesen werden. Auf einige Punkte soll hier jedoch gesondert eingegangen werden.

Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder bezieht sich auf die Wahrung der ihnen in dieser Funktion obliegenden Pflichten. Ähnlich wie die Pflichten der Vorstandsmitglieder lassen sich diese in die Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Organfunktionen, die Treuepflicht sowie die in § 93 I 2 AktG ausdrücklich erwähnte Verschwiegenheitspflicht unterteilen.¹¹³

Gem. § 111 AktG liegt die Aufgabe des Aufsichtsrats im wesentlichen in der Überwachung des Vorstands.¹¹⁴ Die Kontrolle muß sich dabei nicht nur auf abgeschlossene Sachverhalte beziehen, sondern auch auf grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik, und wird durch die ständige Diskussion mit dem Vorstand und durch die laufende Beratung desselben ausgeübt.¹¹⁵ Bei einer gesteigerten Risikolage muß auch die Überwachungstätigkeit verstärkt werden.¹¹⁶

An dieser Aufgabe orientiert sich die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder. Soweit es um die rückblickende Kontrolle geht, unterliegt der Aufsichtsrat in seiner Tätigkeit einer uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfbarkeit, denn es geht um die Überprüfung abgeschlossener Sachverhalte im Hinblick auf deren Recht- und Zweckmäßigkeit.¹¹⁷ Bei der präventiven Kontrolle handelt es sich um eine unternehmerische Aufgabe, die dem Aufsichtsrat zukommt – z. B. im Rahmen der Berufung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, der Mitwirkung bei der strategischen Planung oder der Zustimmung zu bedeutenden Einzelent-

¹¹² KK-Mertens, § 116 Rn. 2.

¹¹³ Vgl. KK-Mertens, § 116 Rn. 4 ff.

¹¹⁴ Vgl. Hoffmann-Becking in MünchHb. GesR, § 33 Rn. 47; Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rn. 555.

¹¹⁵ Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rn. 555 m. w. N.

¹¹⁶ Vgl. zu den Abstufungen der Überwachungspflicht Hüffer, AktG, § 111 Rn. 7.

¹¹⁷ BGH AG 1997, 377, 379; Thümmel, DB 1999, 885, 886; vgl. zu diesem Ermessensspielraum oben B.I.1.a) [9 f.].

scheidungen aufgrund entsprechender Zustimmungsvorbehalte. Insoweit kommt dem Aufsichtsrat ähnlich dem Vorstand ein unternehmerischer Gestaltungsspielraum zugute.¹¹⁸ Erst wenn dessen Grenzen überschritten sind, liegt eine Pflichtverletzung vor. Leitender Gesichtspunkt für die sorgfältige Wahrnehmung der Überwachungsfunktion soll wie beim Vorstand das Unternehmensinteresse sein.¹¹⁹

Eine einheitliche Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat folgt zwingend aus der Tatsache, daß der Aufsichtsrat nur nach der Maßgabe die Tätigkeit des Vorstands überwachen kann, an der auch der Vorstand seine Entscheidungen auszurichten hat.¹²⁰ Eine Überwachung anhand einer Verhaltensmaxime, an die der Vorstand nicht gebunden wäre, wäre sinnlos. Bei der Bestimmung einzelner Sorgfaltspflichten ist zu beachten, daß ein Aufsichtsratsmandat nach der Konzeption des Gesetzes durch eine im Umfang begrenzte nebenamtliche Tätigkeit ausgefüllt werden kann und daß der Aufsichtsrat als Ganzes zwar leistungsfähig genug sein muß, seine gesetzlichen Aufgaben sachgerecht zu erfüllen, nicht aber jedes Aufsichtsratsmitglied allein.¹²¹ Ein arbeitsteiliges Vorgehen im Aufsichtsrat ist daher möglich. Das Gesamtorgan muß sich jedoch davon überzeugen, daß beispielsweise seine Ausschüsse, auf die Aufgaben delegiert wurden, sachgemäß arbeiten. Insofern trifft die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats eine Gesamtverantwortung.¹²²

Zu betonen ist, daß alle Aufsichtsratsmitglieder – auch die Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat – einer einheitlichen Sorgfaltspflicht unterliegen.¹²³ Die von § 116 AktG angeordnete und gem. § 25 I Nr. 1 MitbestG auch für den mitbestimmten Aufsichtsrat geltende sinn- gemäße Anwendung des § 93 AktG bezieht sich nicht auf einzelne, sondern

¹¹⁸ BGH AG 1997, 377, 379; vgl. auch Thümmel, DB 1999, 885, 885 f.

¹¹⁹ BGHZ 62, 193, 197; 64, 325, 330 f.; BVerfGE 34, 103, 112; KK-Mertens, § 116 Rn. 3; Hoffmann-Becking in MünchHb. GesR, § 29 Rn. 17 u. § 33 Rn. 48; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 97; ders., MitbestG, § 25 Rn. 109; Ulmer in Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 93; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 25, Rn. 94. Vgl. zum Unternehmensinteresse unten C [27 ff.].

¹²⁰ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 50; ausführlich Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, 77 ff.; vgl. auch oben Fn. 49.

¹²¹ KK-Mertens, § 116 Rn. 5.

¹²² Hüffer, AktG, § 111 Rn. 9 u. § 116 Rn. 9.

¹²³ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114 m. w. N.

auf alle Aufsichtsratsmitglieder.¹²⁴ Die konkreten Sorgfaltspflichten können nur gegenüber dem Vorstand abweichen, nicht aber innerhalb des Aufsichtsrats. Es gilt der Grundsatz gleicher Rechte und Pflichten der Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter.¹²⁵

Zur Veranschaulichung läßt sich die Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Organfunktion in die folgenden Einzelpflichten unterteilen:¹²⁶

- Pflicht zur Mitarbeit;
- Organisationspflicht;
- Informationspflicht;
- Pflicht zur persönlichen Urteilsbildung über die Eignung des Vorstands;
- Pflicht zum Einschreiten bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Geschäftsführungspflicht durch den Vorstand.

Wie die Vorstandsmitglieder unterliegen auch die Mitglieder des Aufsichtsrats kraft ihrer Bestellung organschaftlichen Treubindungen.¹²⁷ Eine pauschale Übernahme der für den Vorstand geltenden Grundsätze ist jedoch nicht sachgerecht, da insbesondere berücksichtigt werden muß, daß ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt typischerweise als Nebentätigkeit ausübt. Durch dessen anderweitige Bindungen können sich vielfältige Interessenkollisionen ergeben. Jedenfalls darf sich aber ein Mitglied des Aufsichtsrats nicht gesellschaftsschädlich verhalten oder seinen Einfluß dazu benutzen, dem Vorstand ein solches Verhalten nahezubringen. Auch insoweit dient das Unternehmensinteresse als vorrangiger Maßstab.¹²⁸

Für die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gelten grundsätzlich die gleichen Prinzipien wie für die Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder.¹²⁹ Sie richtet sich wie alle anderen Rechte und Pflichten in gleicher Weise an sämtliche Aufsichtsratsmitglieder und kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt relativiert werden, daß die Arbeitnehmervertreter sich um ihre Wahl bei einem relativ breiten Personenkreis bewerben müssen, für dessen Wahlverhalten die bisherige Tätigkeit des

¹²⁴ Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 54.

¹²⁵ BGH AG 1982, 218, 219; 223, 224.

¹²⁶ KK-Mertens, § 116 Rn. 9 ff.

¹²⁷ Vgl. Hüffer, AktG, § 116 Rn. 4.

¹²⁸ Hüffer, AktG, § 116 Rn. 5; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 121; Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 51. Vgl. zum Unternehmensinteresse unten C [27 ff.].

¹²⁹ Siehe oben B.I.1.c) [13 f.].

Aufsichtsratsmitglieds unter Umständen von Bedeutung ist.¹³⁰ Nur bei Einhaltung der Vertraulichkeit durch alle Aufsichtsratsmitglieder kann der Vorstand frühzeitig Probleme an den Aufsichtsrat herantragen und mit ihm erörtern. Insofern ist eine umfassende Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder notwendiges Gegenstück zur Pflicht des Vorstands, dem Aufsichtsrat in Gesellschaftsangelegenheiten in voller Offenheit zu begegnen.¹³¹

Soweit § 116 AktG i. V. m. § 93 I 1 AktG den Verschuldensmaßstab definiert, ist die Leitfigur des ordentlichen Geschäftsleiters gegen die des ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds auszutauschen.¹³² Der in diesem Sinne typisierte normative Verschuldensmaßstab gilt für alle Aufsichtsratsmitglieder in gleichem Maße, auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.¹³³ Trotz der aufgrund der heterogenen Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu einem gewissen Grad erforderlichen Differenzierung darf auf einen abstrakt definierten Mindeststandard nicht verzichtet werden. Die zum Verständnis und zur Beurteilung aller normalen Geschäftsvorgänge erforderlichen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten muß sich jedes Aufsichtsratsmitglied aneignen,¹³⁴ ansonsten trifft es ein Übernahmeverschulden.

Auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat kann auch nicht der Gedanke der arbeitsrechtlichen Haftungsmilderung unter Rückgriff auf die Grundsätze der betrieblich veranlaßten Tätigkeit herangezogen werden.¹³⁵ Die Arbeit im Aufsichtsrat ist keine betrieblich veranlaßte Tätigkeit im eigentlichen Sinn, sondern gehört zur Unternehmensebene. Die Arbeitnehmervertreter sind zwar durch ihre Arbeitnehmereigenschaft für ihr Amt legitimiert, die organbezogenen Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder gelten jedoch unabhängig vom Anstellungsverhältnis. Sie sind im Rahmen ihrer Amtstätigkeit nicht wirtschaftlich oder sozial abhängig, vielmehr unterliegen sie keinen Weisungen und beziehen eine zusätzliche Vergütung. Die Abhängigkeit der Arbeitnehmer ist aber gerade Anknüpfungspunkt für die Haftungsmilderung bei betrieblich veranlaßter Tätigkeit.

¹³⁰ KK-Mertens, § 116 Rn. 36; Hüffer, AktG, § 116 Rn. 7; Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 52.

¹³¹ Hüffer, AktG, § 116 Rn. 6.

¹³² Vgl. Hüffer, AktG, § 116 Rn. 2.

¹³³ BGHZ 85, 293, 295 f.; Hüffer, AktG, § 116 Rn. 2 m. w. N.

¹³⁴ Hüffer, AktG, § 116, Rn. 2; Thümmel, DB 1999, 885, 886.

Ebenso wie beim Schadensbegriff und der Beweislastverteilung ergeben sich bei der Verfolgung der Ersatzansprüche keine wesentlichen Unterschiede zur Vorstandshaftung. Die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat obliegt gem. § 78 I AktG dem Vorstand. Dieser kann daher auch Schadensersatzansprüche gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern geltend machen. Allerdings wird in den meisten Fällen der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats auch der Vorstand einer Haftung ausgesetzt sein, so daß dessen Motivation, gegen den Aufsichtsrat vorzugehen, in der Regel gering sein wird.¹³⁶ Allenfalls bei der Verletzung von Loyalitätspflichten durch den Aufsichtsrat erscheint es möglich, daß der Vorstand nicht beteiligt ist.

Neben der Kompetenz des Vorstands, gegen den Aufsichtsrat vorzugehen, hat die Hauptversammlung die Möglichkeit, gem. § 147 AktG Ansprüche gegen den Aufsichtsrat geltend zu machen. Die oben gemachten Ausführungen zu dieser Vorgehensweise gegenüber dem Vorstand und zur *actio pro socio* gelten dabei entsprechend.¹³⁷

¹³⁵ Vgl. dazu ausführlich Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 53 ff. m. w. N.

¹³⁶ Thümmel, DB 1999, 885, 887.

¹³⁷ Siehe oben B.I.5 [17 ff.].

C. DAS UNTERNEHMENSINTERESSE

I. Der Begriff des Unternehmensinteresses

Das Kapitalgesellschaftsrecht stellt letztlich wie jede rechtliche Regelung einen Versuch dar, unter kollidierenden Interessen einen brauchbaren Ausgleich zu finden.¹³⁸ In einem Unternehmen treffen eine Vielzahl von Interessen aufeinander, so z. B. die Interessen des Verbands, der Mitglieder, der Arbeitnehmer, der Gläubiger und der Allgemeinheit.¹³⁹ Fast überall, wo solche Interessen vorkommen, wird auch der Begriff des Unternehmensinteresses verwandt, allerdings für sehr unterschiedliche Inhalte. Ein einheitlicher Gebrauch des Begriffs findet nicht statt, was die Arbeit damit wesentlich erschwert und zu Mißverständnissen führt. An Stelle des Unternehmensinteresses wird zum Teil auch vom Unternehmenswohl gesprochen.

Teilweise wird der Begriff des Unternehmensinteresses dazu verwandt, die auf das Unternehmen gerichteten Interessen deskriptiv-analytisch zu erfassen, um festzustellen, inwieweit deren Ausgleich und Schutz gesellschaftsrechtlich verwirklicht ist.¹⁴⁰ Das Unternehmensinteresse dient dann allenfalls als Legitimationskriterium für rechtspolitische Forderungen.¹⁴¹

Sehr oft wird dem Begriff aber auch eine normative Bedeutung beigemessen. Diesbezüglich gehen die Auffassungen weit auseinander.¹⁴² Zum Teil wird der Begriff als neutrale Kennzeichnung von gemeinsamen Interessen verstanden, zum Teil als Ergebnis des Ausgleichs kollidierender Interessen. Wieder andere sehen das Unternehmensinteresse als ein von den Interessen der Beteiligten verschiedenes, originäres Interesse an, oder als Ergebnis eines Prozesses. Ein normativer Gehalt des Begriffs wird teilweise auch ausdrücklich abgelehnt.

In bezug auf die Organhaftung hat sich – wenn er denn gebraucht wird – eine etwas einheitlichere Verwendung des Begriffs abgezeichnet. Gemeint

¹³⁸ KK-Zöllner, Einl. E, Rn. 104.

¹³⁹ Siehe dazu unten C.I.3 [40 ff.].

¹⁴⁰ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 44, m. w. N

¹⁴¹ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 45.

¹⁴² Vgl. dazu KK-Zöllner, Einl. E, Rn. 130 ff.; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse 45.

sind in der Regel die bei Entscheidungen innerhalb des Unternehmens maßgeblichen Interessen. Welche das sind, das heißt wie der Begriff inhaltlich auszufüllen ist, ist hingegen wieder höchst umstritten.

Bevor diese Fragen geklärt werden können, ist zunächst einmal ein genauerer Blick auf die Bestandteile des Begriffs zu werfen, das "Unternehmen" und das "Interesse".

1. Der Interessebegriff

Der Begriff Interesse wird umgangssprachlich häufig verwendet und hat eine entsprechend weite Bedeutung. Es ist zu klären, was sich in einem rechtlichen Zusammenhang genau dahinter verbirgt, insbesondere inwieweit es sich um einen rechtlich definierten oder definierbaren Begriff handelt.¹⁴³

Vom "Interesse" wird im rechtlichen Bereich insbesondere im Schadensersatzrecht gesprochen. Der Begriff deckt sich dabei mit dem des Schadens, der vom Schädiger ersetzt werden muß. Eine eigenständige rechtliche Bedeutung wohnt dem Wort nicht inne. Eine solche wird erst dadurch erreicht, daß "Interesse" mit rechtlich konkretisierenden Begriffen oder Beschreibungen – wie z. B. beim positiven oder negativen Interesse – verbunden wird.¹⁴⁴ Es läßt sich daher auch keine allgemeine, über das Schadensersatzrecht hinaus reichende Bedeutung des Begriffs "Interesse" gewinnen.

Ähnlich verhält es sich bezüglich der Verwendung des Begriffs in gesetzlichen Regelungen. Er ist in einer Reihe von Bestimmungen enthalten,¹⁴⁵ dabei kommt ihm aber nur eine vage, allgemein untechnische Bedeutung zu.¹⁴⁶ Eine einheitliche Verwendung und ein einheitlicher Begriffsinhalt sind nicht erkennbar.

Auf rechtlicher Ebene eng mit dem Interessebegriff verbunden ist die vor allem von Heck entwickelte sogenannte Interessenjurisprudenz.¹⁴⁷ Im Gegensatz zur "Begriffsjurisprudenz", die die Rechtsordnung als ein ge-

¹⁴³ Vgl. zur Entwicklung des Interesses als Rechtsbegriff Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 115 ff.

¹⁴⁴ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 120.

¹⁴⁵ Vgl. z. B. §§ 122 I; 179 II; 241 II; 281 II 1; 323 V; 343 I 2; 677, 679; 683; 745 II; 809; 810; 824 II; 2081 I 2; 2010; 2146 II; 2194; 2228; 2384 II BGB.

¹⁴⁶ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 121.

¹⁴⁷ Vgl. dazu allgemein Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 518 ff.

schlossenes System hierarchischer Rechtsbegriffe verstand und den Richter darauf beschränkte, Sachverhalte unter die passenden Begriffe zu subsumieren, werden Rechtsnormen im Rahmen der Interessenjurisprudenz als normativ verfestigte, verbindlich gewordene Interessenbewertungen regelungsbedürftiger Lebensverhältnisse und Interessenkonflikte durch die Gesetzgebung aufgefaßt.¹⁴⁸ Auslegung von Vorschriften und Lückenfüllung müssen im Sinne dieser Bewertungen erfolgen.

Ins Zentrum der Rechtsanwendung tritt also die gesetzliche Interessenbewertung, weshalb teilweise auch vom Begriff "Interessenjurisprudenz" abgerückt und das Konzept zutreffend als "Wertungsjurisprudenz" bezeichnet wurde.¹⁴⁹ Dies macht deutlich, daß weniger der Interessebegriff, der nur als Ausgangspunkt dient, im Mittelpunkt steht, als die durch gesetzliche Vorschriften getroffenen Wertungen. Über den Interessebegriff bringt diese Theorie daher keinen weiteren Aufschluß, und es kann von einer vertieften Darstellung abgesehen werden.

In der Umgangssprache werden unter Interesse¹⁵⁰ die geistige Anteilnahme und Aufmerksamkeit verstanden, sowie die Vorlieben und Neigungen eines Menschen.¹⁵¹ Daneben tritt die Bedeutung von Vorteil, Nutzen, das heißt das, woran jemandem gelegen ist, und was jemandem oder etwas nützlich ist.¹⁵² Das Interesse wird also einem Subjekt zugeordnet, und es beschreibt dessen Beziehung zu einem Gegenstand.¹⁵³ In bezug auf das Recht erscheinen die Interessen dann als naturgegebenes, gesellschaftliches Element, "das der rechtlichen Regelung vorausgeht und an die Rechtsordnung fordernd herantritt".¹⁵⁴

Um die rechtlich relevanten Interessen zu konkretisieren, wird in der Literatur zum Teil zwischen subjektiven und objektiven Interessen differenziert.¹⁵⁵ Das subjektive, faktische Interesse hängt dabei allein von den

¹⁴⁸ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 526 f.

¹⁴⁹ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 532 m. w. N

¹⁵⁰ Lat.: interesse = dabei sein, dazwischen sein; interest = es ist wichtig, von Wichtigkeit, es ist daran gelegen.

¹⁵¹ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 136, m. w. N

¹⁵² Vgl. Duden, Fremdwörterbuch, Stichwort "Interesse"; Der große Brockhaus, Stichwort "Interesse"; zur sprachlichen Entwicklung und der Bedeutung des Wortes vgl. auch Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 121 ff.

¹⁵³ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 3 f.

¹⁵⁴ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 136.

¹⁵⁵ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 4; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 137 f., jeweils m. w. N

subjektiven Wertungen des Interessenträgers ab. Intensität und Umfang werden von der Veranlagung, dem Erlebnisbereich und dem Urteilsvermögen des Trägers bestimmt. Es ist die "positive Bezogenheit, die ein bestimmtes Subjekt zu bestimmten Gegenständen tatsächlich hat".¹⁵⁶ Das objektive und rechtlich bedeutsame Interesse hingegen ist unabhängig von tatsächlichen Empfindungen. Es wird ermittelt, indem der relevante Gegenstand durch eine Bezugnahme auf die Bedürfnisse, Zwecke und Ziele des jeweiligen Subjekts beurteilt wird, die ihrerseits wieder nach einem objektiven Maßstab, der der "Verwirklichung der wesensentsprechenden Möglichkeiten" dient, beurteilt werden müssen.¹⁵⁷ Dadurch werden die objektiven Interessen vom Subjekt abgelöst, so daß sie auch von anderen Subjekten im Wege der Erkenntnis erfaßt werden können.¹⁵⁸

Freilich fließen auch auf diese Weise Wertungen in die Feststellung der Interessen eines bestimmten Interessenträgers mit ein. Die Bedürfnisse, Zwecke und Ziele, die der Beurteilung nach einem objektiven Maßstab unterliegen sollen, können nicht ohne Wertungen ermittelt werden, denen wiederum subjektive Vorstellungen zugrunde liegen. Dies muß indessen hingenommen werden, denn "ohne Wertung ist auch schon in diesem Stadium rechtlicher Erkenntnis nicht auszukommen".¹⁵⁹

2. Das Unternehmen

a) Unternehmen und Unternehmensträger

Das Unternehmen ist als Rechtsbegriff umstritten. Zur Definition genügt es nicht, die rechtstechnische Abgrenzung des in bestimmten Gesetzen, z. B. in den §§ 15 ff., 291 ff. AktG gebrauchten Unternehmensbegriffs heranzuziehen, da der jeweilige Unternehmensbegriff aus den spezifischen Aufgaben des jeweiligen Rechtsgebiets abgeleitet werden muß.¹⁶⁰ Er ist

¹⁵⁶ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 4.

¹⁵⁷ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 4 m. w. N

¹⁵⁸ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 138.

¹⁵⁹ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 138; krit. zur objektiven Bedeutung des Interessebegriffs Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 122 f.

¹⁶⁰ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 6 Rn. 8.

insoweit teleologisch determiniert¹⁶¹. Vielmehr bedarf es eines funktionalen Grundbegriffs des Unternehmens.¹⁶²

Ansatzpunkt für eine allgemeine Unternehmensdefinition ist der handelsrechtliche Unternehmensbegriff. Am bekanntesten ist die Definition von Julius von Gierke. Demnach ist das Unternehmen "der durch Gewerbe (Betriebsstätigkeit) geschaffene Tätigkeitsbereich mit den ihm (regelmäßig) ein- und angegliederten Sachen und Rechten einschließlich der zu ihm gehörenden Schulden"¹⁶³. Roth definiert das Unternehmen als die organisatorische Zusammenfassung von Produktionsmitteln unter einheitlicher Leitung zum Zwecke wirtschaftlicher Betätigung und eines einheitlichen Auftretens im Rechtsverkehr.¹⁶⁴ Nach K. Schmidt sind die Merkmale Selbständigkeit, anbietende und entgeltliche rechtsgeschäftliche Tätigkeit am Markt, Planmäßigkeit und Ausrichtung auf Dauer entscheidend.¹⁶⁵

Bei diesen Definitionen wird das Unternehmen als Rechtsgegenstand gesehen, über das verfügt werden kann und das Gegenstand eines unter den Deliktsschutz fallenden absoluten Rechts ist. Diese Qualifikation als Rechtsobjekt (höherer Ordnung) führt dazu, den Unternehmensträger als das für das Unternehmen maßgebliche Rechtssubjekt vom Unternehmen zu trennen.¹⁶⁶ Das Unternehmen als Rechtsobjekt muß ein Rechtssubjekt als Träger haben, der darüber verfügen kann;¹⁶⁷ die Qualität eines Rechtsobjekts wird dem Unternehmen nicht zuerkannt.¹⁶⁸ Das Unternehmen wird also als Eigentumsobjekt seiner Inhaber gesehen. Dieser Auffassung entspricht die Verwendung des Unternehmensbegriffs als Objektbegriff, z. B. bei der Veräußerung eines Unternehmens. Während der Unternehmensträger "das Zuordnungssubjekt aller Rechte und Pflichten des Unter-

¹⁶¹ K. Schmidt, Handelsrecht, 64.

¹⁶² Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 494.

¹⁶³ v. Gierke, ZHR 111 [1947], 1, 6 ff., unterscheidet dabei noch zwei weitere selbständige rechtliche Ausstrahlungen, "die Betriebsstätigkeit" und die "personenrechtliche Betriebsgemeinschaft"; ebenso v. Gierke/Sankrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, 181 ff.

¹⁶⁴ Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 75.

¹⁶⁵ K. Schmidt, Handelsrecht, 67.

¹⁶⁶ Rittner, Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 14; ders., Die werdende juristische Person, 282 f.

¹⁶⁷ K. Schmidt, Handelsrecht, 57 ff., 81 ff., 126 ff.; Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 76.

¹⁶⁸ K. Schmidt, Handelsrecht, 71 ff.; Rittner, Wirtschaftsrecht, 124 ff.; Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 76.

nehmens" ist, stellt das Unternehmen "Anknüpfungspunkt dieser einheitlichen Zurechnung" dar.¹⁶⁹

Unternehmensträger kann eine einzelne natürliche Person sein oder eine Gesellschaft, wenn mehrere natürliche Personen sich zum Betrieb eines Unternehmens zusammenschließen. Die Gesellschaft kann wiederum als juristische Person eigene Rechtssubjektivität erlangen. Auch hier muß zwischen der Korporation als Rechtsträger und dem Unternehmen unterschieden werden.

b) Verselbständigung des Unternehmens

Die Auffassung der h. M.¹⁷⁰ vom Unternehmen als Rechtsobjekt mit einem Unternehmensträger wurde im Laufe der Zeit zunehmend angegriffen zugunsten einer Verselbständigung des Unternehmens zu einem Rechtsobjekt. Solche Tendenzen sind insbesondere hier von Bedeutung, denn der Begriff des Unternehmensinteresses setzt zumindest auf den ersten Blick einen Interessenträger und damit ein Rechtsobjekt "Unternehmen" voraus. Eine Verselbständigung des Unternehmens hin zur Rechtssubjektivität fügt sich in die auf ein konsolidiertes Unternehmensrecht zielenden Bestrebungen der Gegenwart gut ein: Die Verselbständigung gegenüber den Eignern wird unterstrichen.¹⁷¹ Eine Gesellschaft erscheint dann nicht mehr als Inhaberin des Unternehmens, sondern sie liefert nur den organisatorischen Rahmen. Anteilseigner und Arbeitnehmer werden als "Mitglieder des Unternehmens" zusammengefaßt.

Erste Versuche, dem Unternehmen selbst eine Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen, gab es bereits im 19. Jahrhundert.¹⁷² Diese Ansätze konnten sich jedoch nicht durchsetzen und sind lange Zeit in Vergessenheit geraten. Zu

¹⁶⁹ K. Schmidt, Handelsrecht, 81.

¹⁷⁰ Vgl. statt aller: K. Schmidt, Handelsrecht, 81; v. Gierke/Sandrock, Handels- und Gesellschaftsrecht, 172 ff; auch das UmwG hat sich diese Terminologie zu eigen gemacht, indem es durchgehend von "Rechtsträgern" spricht, die verschmolzen oder gespalten werden oder ihre Form wechseln. Weiter spricht auch das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil mehrfach von den Gesellschaften als "Unternehmensträgern" und von den "die Unternehmen tragenden Gesellschaften", BVerfGE 50, 290, 341, 351 f., 364 f. Zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 497 f.

¹⁷¹ K. Schmidt, Handelsrecht, 79.

¹⁷² Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 147 f.; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 131 f.

einer verstärkten Diskussion einer Verselbständigung kam es erst nach dem Ersten Weltkrieg.

(1) Das "Unternehmen an sich"

Walter Rathenau wurde oft – fälschlicherweise – als Urheber der vor allem in den zwanziger Jahren diskutierten "Theorie vom Unternehmen an sich" genannt. In Wirklichkeit hat er den Begriff nie gebraucht und auch keine Theorie entwickelt, nach der die AG etwa als eine frei schwebende Konstruktion, losgelöst von ihrem Personensubstrat, anzusehen wäre, und die deshalb das Attribut einer "Theorie vom Unternehmen an sich" verdient hätte.¹⁷³ Es gab eigentlich niemanden, der diese Lehre nachhaltig vertreten hat,¹⁷⁴ vielmehr wurde der Begriff von Haussmann in einer Schrift geprägt, in der er Rathenau kritisierte.¹⁷⁵ Inhaltlich läßt sich die so zustande gekommene "Lehre vom Unternehmen an sich" etwa in der Form zusammenfassen, daß ein Großunternehmen sich soweit verselbständigt hat, daß es sich schließlich mehr an seiner wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung auszurichten hat als an den Interessen der Aktionäre.¹⁷⁶ Die Lehre ging letztlich als "Phantom" in das Schrifttum ein, wo sie fast ausnahmslos Widerspruch erfuhr.¹⁷⁷ Konsequenz war dann auch nicht die Anerkennung einer Verselbständigung des Unternehmens. Vielmehr hat sich aus dem dieser Diskussion entsprungenen Gedanken der Beschränkung der Individualinteressen der Anteilseigner das Gesellschaftsinteresse herausgebildet, das als Gesamtinteresse der Gesellschafter am Unternehmen seinen Bezug zu den Gesellschaftern behielt, aber gleichwohl geeignet war und ist, mißbräuchliche Verfolgung von Individualinteressen zu verhindern.¹⁷⁸

¹⁷³ Vielmehr lehnte er eine solche Konstruktion ausdrücklich ab, vgl. Rathenau, Vom Aktienwesen, 31.

¹⁷⁴ Vgl. Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 69.

¹⁷⁵ Haussmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 14, 18, 23.

¹⁷⁶ Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer AG, 53.

¹⁷⁷ Vgl. Netter, FS Pinner, 507, 545 ff. Zur weiterhin ablehnenden Haltung nach dem 2. Weltkrieg vgl. Wiethölter, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, 40, Fn. 28.

¹⁷⁸ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 56 ff.

(2) Die Sozialverbandstheorien

Während bei Rathenau mehr die Außenwirkung der Gesellschaft, ihre volkswirtschaftliche Funktion im Mittelpunkt der Betrachtung stand, richtete Fechner¹⁷⁹ den Blick auf die im Unternehmen Tätigen. Er kritisiert die Gleichsetzung dieses "menschlichen Bestandes" mit den sachlichen und immateriellen Mitteln, die nach der herkömmlichen Auffassung das Unternehmen ausmachen würden. Vielmehr sei den "im Unternehmen stehenden Personen"¹⁸⁰ ein besonderer Eigenwert beizumessen, sie seien "Selbstzweck des Unternehmens, das allen in ihm Tätigen das wirtschaftliche Dasein ermöglichen und sichern soll"¹⁸¹. Der "menschliche Bestand" stehe im Mittelpunkt des Unternehmens; um ihn gruppierten sich die materiellen und immateriellen Mittel in ihrer ausschließlich dienenden Funktion.¹⁸² Aus diesen Vorgaben entwickelt er einen Unternehmensbegriff, nach dem das Unternehmen "die sozialrechtliche Einheit eines Personenverbandes [darstellt], der mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Erzeugungsmitteln [...] der [...] Bereitstellung von Gütern bzw. Dienstleistungen [...] zu dienen bestimmt ist".¹⁸³ Das Unternehmen wird als sozialer Verband gesehen, als "eine Form des Miteinanders von Menschen"¹⁸⁴.

Diese Ansicht ist auf vielfache Kritik gestoßen.¹⁸⁵ Insbesondere wird auf eine mangelnde Bestimmbarkeit des "menschlichen Bestandes"¹⁸⁶ und die mangelnde Verbandseigenschaft¹⁸⁷ desselben verwiesen.

Einen Schritt weiter als Fechner geht Raiser mit seinem Verständnis vom Unternehmen als Organisation.¹⁸⁸ Er schlägt vor – und damit geht er über

¹⁷⁹ Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, 62 ff.; ders., Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, 16.

¹⁸⁰ Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, 64 f.

¹⁸¹ Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, 64 f.

¹⁸² Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, 65.

¹⁸³ Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen, 16.

¹⁸⁴ Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, 68; ähnlich betont Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 102 f., daß es sich beim Unternehmen um "eine Veranstaltung" bzw. "ein Zusammenwirken von Menschen" handelt.

¹⁸⁵ Vgl. – jeweils m. w. N – Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung 137 ff.; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 151 ff.

¹⁸⁶ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 137 f.; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 152 f.

¹⁸⁷ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 139; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 151 f.

die Sozialverbandstheorie Fechners hinaus –, den Gedanken des Unternehmens als eines sozialen Verbandes "mit Hilfe der soziologischen Organisationstheorie auf eine höhere Stufe der wissenschaftlichen Reflexion und Differenziertheit zu heben"¹⁸⁹, mithin es zur juristischen Person zu erheben¹⁹⁰. Das Unternehmen wird von ihm definiert als eine "auf der organisatorischen Verbindung von personellen und sachlichen Mitteln beruhende rechtliche Einheit, die nach ökonomischen Methoden arbeitet und wirtschaftliche Werte hervorbringt, um über den Markt die Nachfrage der Allgemeinheit nach seinen Erzeugnissen und mit dem Erlös die Einkommenswünsche und sonstigen Bedürfnisse seiner Anteilseigner, Arbeitnehmer und Unternehmensleiter zu befriedigen".¹⁹¹

Neben der oben bereits erwähnten Kritik an der Sozialverbandstheorie wird an Raisers Unternehmensbegriff bemängelt, daß durch die Erhebung des Unternehmens zur juristischen Person die bisherigen Unternehmensträger letztlich nur durch einen neuen ersetzt würden, nämlich durch das Unternehmen als Organisation.¹⁹² Das würde aber nichts daran ändern, daß dieser neue Unternehmensträger ein Unternehmen betreibe. Das Unternehmen im engeren Sinne als ein Phänomen gegenständlicher Qualität könne auch bei Verwirklichung des Vorschlags Raisers nicht vom Objekt zum Subjekt erhoben werden.¹⁹³

¹⁸⁸ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 1 ff.; zust. Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 104.

¹⁸⁹ Raiser, FS Rob. Fischer, 561, 565.

¹⁹⁰ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 166 ff.

¹⁹¹ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 6 Rn. 8; ders., ZHR 144 [1980], 206, 231.

¹⁹² Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 157 f.; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 143. Der "schon aus Gründen der Logik abseitige Gedanke, das Unternehmen selbst zum Unternehmensträger zu erklären" (Rittner, Die werdende juristische Person, 288), wurde von Flume (Um ein neues Unternehmensrecht, 17; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 48) als "Münchhausen-Jurisprudenz" gekennzeichnet. Raiser bestreitet allerdings den Eindruck, seine Lehre liefe auf eine weitere juristische Person "Unternehmen" neben der Aktiengesellschaft hinaus (AcP 181 [1981], 245, 246). Er habe stets nur daran gedacht, die in § 1 AktG der Aktiengesellschaft zuerkannte Rechtsfähigkeit so zu interpretieren, daß sie dem Ganzen des Unternehmens zukomme. Die Teilverbände von Belegschaft und Anteilseignergesellschaft im übergreifenden Ganzen des Unternehmens sollen "sekundäre innere Gliederungen" sein. Auch in FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 502 ff., geht Raiser von der Identität von Unternehmen und Gesellschaft aus.

¹⁹³ Rittner, JZ 1979, 743, 745.

(3) Die Identifikation von Unternehmen und juristischer Person

Der von Flume vertretene Unternehmensbegriff, nach dem das Unternehmen Qualitäten eines Rechtssubjekts¹⁹⁴ wie auch eines Rechtsobjekts hat, sowie die von Schilling entwickelte Identitätstheorie¹⁹⁵, nach der sich die Aktiengesellschaft zum Unternehmen entwickelt hat, stellen einen mittleren Standpunkt zwischen der tradierten Auffassung¹⁹⁶ und den Ausformungen der Sozialverbandstheorie dar.¹⁹⁷

Flume schlägt eine Identifikation von Aktiengesellschaft und Unternehmen vor und begreift die Aktiengesellschaft als verfaßtes Unternehmen, wodurch die Antithese von Unternehmen und Unternehmensträger aufgehoben werde.¹⁹⁸ Unter Berufung auf Savigny¹⁹⁹ sieht er das Wesen aller Korporationen "in dem idealen Ganzen", "und zu der juristischen Person als dem 'idealen Ganzen' gehören bei den als juristische Person verfaßten Unternehmen sowohl das Unternehmen mit allem, was dazu gehört, den in den Unternehmen Tätigen und den Aktiven und Passiven, wie die Mitglieder der juristischen Person".²⁰⁰ Begreift man die juristische Person in diesem umfassenden Sinne, müßte das Unternehmen nicht – wie es die Sozialverbandstheorien bezwecken – verselbständigt werden, um eine unternehmensrechtliche Integration der Arbeitnehmer zu bewirken, denn auch die Arbeitnehmer gehörten zu dem "idealen Ganzen" des als juristische Person verfaßten Unternehmens.²⁰¹ Die Verfassung der juristischen Person, das heißt beim Aktienunternehmen das Recht der Aktiengesellschaft einschließlich ihrer mitbestimmungsrechtlichen Elemente, wäre

¹⁹⁴ Ausdrücklich Flume, Um ein neues Unternehmensrecht, 21.

¹⁹⁵ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136 ff.; ders., ZHR 144 [1980], 338 ff.

¹⁹⁶ Siehe oben C.I.2.a) [30 f.].

¹⁹⁷ Salm, Das Unternehmensinteresse, 8; ohne zwischen den Lehren Flumes und W. Schillings zu unterscheiden folgt W. U. Schilling, BB 1997, 373, 375 der Identitätstheorie.

¹⁹⁸ Flume, Um ein neues Unternehmensrecht, 17 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 48 ff; zustimmend KK-Mertens, § 76 Rn. 6.

¹⁹⁹ Zu dessen Lehre von der juristischen Person vgl. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II, 242 ff.

²⁰⁰ Flume, Um ein neues Unternehmensrecht, 18; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 49.

²⁰¹ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 148.

gestaltbildende und einheitsstiftende Struktur der sozialen Organisations- und Wirkungseinheit.²⁰²

Kritik erfährt Flumes Auffassung, weil er nicht die volle Kongruenz von Unternehmen und juristischer Person als Voraussetzung für deren Identität nachweisen könne, und diesbezüglich ein Widerspruch bestehe.²⁰³ Einerseits solle das Unternehmen mit der juristischen Person zwar identisch sein, andererseits führe Flume aus, daß das Unternehmen mit allem, was dazu gehört, neben den Mitgliedern der juristischen Person Teil des als juristische Person verfaßten Unternehmens sei.

Darüber hinaus tritt wieder das Problem der Abgrenzung auf. Es wird letztlich nicht geklärt, wie genau das "ideale Ganze" bestimmt wird, wer genau also zum Unternehmen gehört.²⁰⁴

Schließlich identifiziert Flume zwar Aktiengesellschaft und Unternehmen, beim Einzelkaufmann und den Personengesellschaften sieht er das Unternehmen aber weiterhin als deren Rechtsgegenstand an.²⁰⁵ Letztere seien als subjektive Wirkungseinheit Unternehmensträger des Unternehmens als objektiver Wirkungseinheit. Diese unterschiedliche Behandlung von Aktiengesellschaft und Personengesellschaften beruht bei Flume auf der Unterscheidung von Gesamthandsgesellschaften und juristischen Personen. Kritiker sehen darin eine unzulässige Verabsolutierung des Gegensatzes zwischen den juristischen Denkfiguren "juristische Person" und "Gesamthandsgemeinschaft".²⁰⁶

Schillings Lehre vom Aktienunternehmen liegt die These zugrunde, daß sich die Aktiengesellschaft durch die Entwicklung des Aktienrechts, insbesondere mit der Einfügung der Mitbestimmung in die aktienrechtliche Organisation, zum Aktienunternehmen entwickelt habe.²⁰⁷ Aktiengesellschaft und Unternehmen stünden nicht im Verhältnis von Subjekt und

²⁰² KK-Mertens, § 76 Rn. 6.

²⁰³ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 149; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 159.

²⁰⁴ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 159.

²⁰⁵ Flume, Um ein neues Unternehmensrecht, 17, ders., Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 48. Darüber hinaus schränkt Flume seine Lehre bezüglich der GmbH ein und sogar bezüglich der AG, sofern diese auch andere Aktivitäten als das Betreiben eines Unternehmens entfaltet.

²⁰⁶ Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 501; ders., Recht der Kapitalgesellschaften, § 6 Rn. 12.

²⁰⁷ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 162 f.

Objekt, sondern seien nunmehr identisch.²⁰⁸ Die Unterscheidung zwischen dem Rechtsobjekt Unternehmen als Inbegriff von Vermögensgegenständen und dem Rechtssubjekt Unternehmensträger sei angesichts des Unternehmens als Zusammenwirken von Menschen unzulässig.²⁰⁹ Die Organe der Gesellschaft sieht Schilling als Unternehmensorgane, wobei er neben die drei klassischen Organe der Aktiengesellschaft – Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung – die Belegschaft des Unternehmens als viertes Unternehmensorgan hinzufügt. Die Belegschaft sei aufgrund ihres aktiven Wahl- und Abberufungsrechts in bezug auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ein Kurationsorgan der Gesellschaft, die damit zum Unternehmen werde.²¹⁰

In Konsequenz dieser Auffassung definiert Schilling das Unternehmen als "die auf die Dauer angelegte Vereinigung von Kapital (Anteilseigner), Arbeit (Belegschaft) und unternehmerischem Willen (Geschäftsleitung) zur Erzielung einer [...] Wertschöpfung".²¹¹ Er verbildlicht seine Vorstellung von dieser Vereinigung, indem er das Aktienunternehmen als zwei sich schneidene Kreise darstellt, in dem die Hauptversammlung als Organ der Anteilseigner das obere Segment bildet, Vorstand und Aufsichtsrat bilden das mittlere Segment, in dem sich beide Kreise überlappen, während die Belegschaft das untere Segment darstellt.²¹²

Dieses Systembild zeigt den Vorteil Schillings Auffassung gegenüber oben beschriebenen Theorien: Es ermöglicht eine relativ klare Abgrenzung der Zugehörigkeit zum Unternehmen und macht diese nicht von beliebigen Argumentationen abhängig.²¹³ Das Bild offenbart aber auch die Schwächen der Theorie, denn wollte man Identität annehmen, so müssten sich die beiden Kreise vollständig und nicht nur teilweise decken.²¹⁴ Auch Schilling sieht dieses Problem, hofft jedoch, es könne sich in der Praxis bewähren, "wenn die Mitte stark genug ist, um oben und unten zu tragen"²¹⁵.

²⁰⁸ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 139 f.

²⁰⁹ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 338, 339.

²¹⁰ W. Schilling, FS Rob. Fischer, 679, 688; ders., ZHR 144 [1980], 136, 140.

²¹¹ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 137.

²¹² W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 140.

²¹³ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 163.

²¹⁴ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 145; Kunze, ZHR 147 [1983], 16, 24.

²¹⁵ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 141.

In der Literatur wird die Qualifizierung der Belegschaft als Organ angezweifelt, da deren einzige Funktion, die Wahl oder Abberufung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, dafür nicht ausreicht.²¹⁶ Abgesehen davon wird zumindest das Ungleichgewicht im Verhältnis zum Anteilseignerorgan kritisiert, wo man gleiche Rechte erwartet hätte.²¹⁷ Vor allem aber werde durch Schillings "Begriffsvertauschung"²¹⁸ nur ein neuer Unternehmensträgertyp geschaffen, der an die Stelle der Aktiengesellschaft treten soll.²¹⁹ Das Unternehmen, als Veranstaltung des Unternehmensträgers, bleibe als Objekt bestehen. Zudem sei unklar, welche Gesellschaften und auch welche Aktiengesellschaften die Entwicklung zum Unternehmen mitgemacht haben.²²⁰ Eine Zersplitterung des Gesellschaftsrechts wird befürchtet.²²¹

(4) Das Unternehmen als Anstalt

Auf Schillings Überlegungen aufbauend²²² will Semler das Unternehmen als Anstalt²²³ qualifizieren. Er sieht im Unternehmen nicht nur einen Inbegriff von Sachen, sondern fügt "weiche Faktoren" hinzu, die zumindest für eine gewisse Zeit dem Unternehmen unmittelbar anhaften würden.²²⁴ Das Unternehmen sei daher ein Rechtssubjekt.²²⁵ Da eine Einordnung dieses Rechtssubjekts weder als Verein noch als Gesellschaft möglich sei, qualifiziert Semler es als Anstalt, die er als eine "rechtlich subjekts-

²¹⁶ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 164; Semler, FS Raisch, 291, 305, der nicht die Belegschaft, sondern die Organe des Belegschaftsverbandes, den er als nichtrechtsfähigen Verein qualifiziert, als neben die Organe des Aktiengesetzes tretende Unternehmensorgane verstanden wissen will.

²¹⁷ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 146.

²¹⁸ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 331.

²¹⁹ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 331; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 165.

²²⁰ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 165; vgl. zu dieser Frage auch Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 147.

²²¹ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 147.

²²² Semler, FS Raisch, 291, 305.

²²³ Davon zu unterscheiden ist die Auffassung Jürgenmeyers, der das Unternehmen nicht als Anstalt qualifiziert, sondern insbesondere bei der AG anstaltliche Elemente erkennt (Das Unternehmensinteresse, 179 ff.), die Auswirkungen auf die Bildung des Unternehmensinteresses haben. Das Unternehmensinteresse ist nach seiner Ansicht das Interesse des Unternehmensträgers am Unternehmen (Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 134 ff.).

²²⁴ Semler, FS Raisch, 291, 306.

²²⁵ Semler, FS Raisch, 291, 306.

orientierte und institutionalisierte Person" definiert, "die ihre vom Träger (oder mehreren Trägern) auferlegten Aufgaben selbständig wahrnimmt".²²⁶ Träger des Unternehmens seien bei der Aktiengesellschaft zum einen diese selbst als Werte- und Haftungsträger, zum anderen die Belegschaft als Leitungsträger.²²⁷

Kritisch ist dieser Auffassung entgegenzuhalten, daß es nach der h. M. keine privatrechtlichen Anstalten gibt,²²⁸ wobei es Semler für möglich hält, durch Auslegung der Unternehmensordnung eine der öffentlich-rechtlichen Anstalt entsprechende zivilrechtliche Struktur zu entnehmen.²²⁹ Starke verfassungsrechtliche Bedenken²³⁰ im Hinblick auf Art. 14 I GG können dadurch allerdings nicht ausgeräumt werden. Daneben ergeben sich Zweifel an der Verbandseigenschaft der Belegschaft,²³¹ die Semler als nicht-rechtsfähigen Verein ansieht.²³²

3. Die Interessenkonstellation in bezug auf das Unternehmen

In bezug auf das Unternehmen ergibt sich – was die Untersuchung der einzelnen Auffassungen zum Unternehmensbegriff schon erwarten ließ – eine relativ komplexe Interessenkonstellation. Eine Analyse der Einzelinteressen in diesem Zusammenhang ist Grundlage für die weitere Auseinandersetzung mit dem Begriff des Unternehmensinteresses und seiner Bedeutung im Rahmen der Organhaftung. Allerdings kann dieser Versuch einer Analyse der tatsächlichen subjektiven Interessensituation nicht die rechtliche Beurteilung ersetzen, die den normativen Inhalt des Begriffs bestimmt. In der Diskussion um den Shareholder Value-Ansatz werden die neben den Aktionären (*Shareholders*) mit dem Unternehmen verbundenen Anspruchs- und Interessengruppen auch *Stakeholders* genannt.²³³

²²⁶ Semler, FS Raisch, 291, 306 f.

²²⁷ Semler, FS Raisch, 291, 307.

²²⁸ Vgl. Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 333.

²²⁹ Semler, FS Raisch, 291, 307, Fn. 53,

²³⁰ Vgl. Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 504 f.

²³¹ Siehe dazu schon oben C.I.2.b)(2) [34].

²³² Semler, FS Raisch, 291, 304.

²³³ Vgl. z. B. Hopt, ZGR 2000, 779, 798.

a) Anteilseignerinteressen

Die Interessen der Aktionäre können sehr verschieden sein.²³⁴ Manche haben lediglich ein Dividendeninteresse, das heißt ein Interesse an kräftigen Ausschüttungen, andere ein bloßes Kursinteresse. Mit diesen Erwerbsinteressen einher geht ein mehr oder weniger stark ausgeprägtes Interesse an der Sicherheit der Kapitalanlage. Einer dritten Kategorie wiederum geht es um das kontinuierliche Wachstum des Unternehmens, welches fortwährend durch Bildung von Eigenkapital innerlich gestärkt werden soll. Bei einem Großaktionär stehen unter Umständen weniger die Erwerbsinteressen im Vordergrund, sondern Kontroll- und Einflußmöglichkeiten. Jedoch versuchen auch sonstige Aktionäre in der Regel die Berücksichtigung ihrer Ziele bei der Entscheidungsfindung zu gewährleisten und haben ein entsprechendes Interesse an Mitsprache- und Einflußnahmerechten.

Die Spannweite der Aktionärsinteressen reicht also von der Gewinnmaximierung für den reinen Vermögensanleger bis zur Erhaltung des Unternehmens als Untergrenze der Rentabilität, oft kombiniert mit einem Interesse an entsprechenden Einflußnahmemöglichkeiten.

b) Arbeitnehmerinteressen

Bei den Arbeitnehmerinteressen wird zum Teil zwischen den Interessen der Arbeitnehmerschaft im allgemeinen, das heißt als Bevölkerungsgruppe, und den Interessen der Belegschaft des Unternehmens unterschieden.

Der Arbeitsvertrag begründet eine sehr enge Beziehung des einzelnen Arbeitnehmers zum Unternehmen. Es ist für ihn nicht nur Erwerbsgelegenheit, sondern ein wichtiger Sektor eines Lebensbereichs, in dem er einen großen Teil seiner Zeit lebt und wirkt. Aufgrund dieser Bedeutung des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer ist die "Existenzsicherung" für ihn von wesentlicher Bedeutung. Davon umfaßt ist vor allem der Wunsch nach ausreichendem Schutz vor Entlassungen sowie einem sozialen Netz zur Absicherung gegen Risiken des Arbeitslebens, wie z. B. Krankheit, Unfall oder Erwerbsunfähigkeit.²³⁵

²³⁴ Vgl. Kessler, AG 1993, 252, 260.

²³⁵ Kessler, AG 1993, 252, 260.

Darüber hinaus sind die Interessen der Belegschaft vorwiegend auf (höheren) Lohn und technische, menschliche und gesellschaftspolitische Ordnung ihres Arbeitsplatzes gerichtet.²³⁶ Das im Interesse nach höherem Lohn zur Geltung kommende Erwerbsinteresse erschöpft sich freilich nicht im Lohn, vielmehr gehören dazu auch die Gewährung von Nebenleistungen und Maßnahmen zur Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand.²³⁷ Die immateriellen Interessen der Arbeitnehmer umfassen ein sehr weites Spektrum. Es fallen darunter unter anderem die Förderung der beruflichen Aus- und Fortbildung sowie der Aufstiegsmöglichkeiten, eine vielseitige und interessante Tätigkeit, ein Entfaltungs- und Handlungsspielraum, der eine Selbstverwirklichung ermöglicht, Mitwirkung und Einflußnahme im Arbeitsprozeß, kürzere Arbeitszeit, Urlaub, Sicherheit am Arbeitsplatz und ein angenehmes Arbeitsumfeld.²³⁸

Um die Verwirklichung ihrer Interessen – insbesondere der materiellen – zu erreichen, sind die Arbeitnehmer auch an der Rentabilität des Unternehmens interessiert. Ein Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmern und Anteilseignern besteht also nicht in dem Streit um die Art der Erfolgsverwendung (Ausschüttung), sondern im Streit um die Erfolgsverteilung.²³⁹ Im Gutachten der Mitbestimmungskommission²⁴⁰ heißt es unter anderem: "Die Anhörungen der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten sowohl im Montan-Bereich als auch im Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes haben eindeutig gezeigt, daß weder bei den unternehmensinternen Arbeitnehmervertretern noch bei den Gewerkschaften die Absicht besteht, das Rentabilitätsprinzip aufzugeben. Die unternehmensinternen Arbeitnehmervertreter waren übereinstimmend daran interessiert, die Leistungsfähigkeit ihrer Unternehmen zu erhalten und zu verbessern. Diese Einstellung war eindeutig durch das Interesse an höheren Löhnen und sicheren Arbeitsplätzen motiviert." Eine sehr starke Berücksichtigung erfahren die Belegschaftsinteressen im Arbeitsrecht.

Die Interessen der Arbeitnehmerschaft im ganzen werden hauptsächlich durch den sozialpolitischen Kurs, den ein größeres Unternehmen einschlägt, berührt, ferner durch Massenentlassungen, die auf den Arbeits-

²³⁶ Boettcher u. a., Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 25.

²³⁷ Kessler, AG 1993, 252, 260.

²³⁸ Vgl. Kessler, AG 1993, 252, 260 f. m. w. N

²³⁹ Raisch, FS Hefermehl, 347, 351.

²⁴⁰ BT-Drucks. VI/334, 42.

markt zurückwirken. Insbesondere die Gewerkschaften sehen sich als Repräsentanten dieser Interessen. Insgesamt ist ein einheitliches subjektives Interesse der Arbeitnehmerschaft aber kaum bestimmbar und als solches wohl auch nicht vorhanden.

c) Allgemeininteressen

Die Begriffe Gemeinwohl, Allgemeininteresse und öffentliches Interesse gehören zu den unbestimmtesten und am schwierigsten bestimmbar.²⁴¹ In einem sehr weiten Sinne ist das Gemeinwohl jeder rechtlichen Regelung immanent.

Es ist jedoch offensichtlich, daß gerade an größeren Unternehmen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. So besteht beispielsweise ein Interesse an einem über die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hinausgehenden umweltfreundlichen und volkswirtschaftlich verantwortlichen Verhalten des Unternehmens, letzteres z. B. bei der Beschäftigungs- und Preispolitik.²⁴²

d) Interessen der Gläubiger und Geschäftspartner

Obwohl die Arbeitnehmer, die grundsätzlich auch in diese Gruppe fallen, bereits gesondert betrachtet wurden, handelt es sich bei den Gläubigern und Geschäftspartnern um eine höchst inhomogene Gruppe.²⁴³

Geschäftspartner sind in erster Linie an einer ordnungsgemäßen Abwicklung ihrer Vertragsbeziehung mit dem Unternehmen interessiert und im Rahmen ihrer Stellung als Gläubiger insbesondere daran, daß sie ihre Forderungen bei Fälligkeit einziehen können. Vor allem die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung dienen diesem Interesse. Neben diesen Sicherheitsinteressen haben sie natürlich auch ein Erwerbsinteresse an einem hohen Ertrag aus den Geschäften, und Verbraucher wollen insbesondere eine qualitativ hochstehende Marktleistung zu möglichst günstigen Preisen erhalten.

²⁴¹ Vgl. zum Begriff des öffentlichen Interesses Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 6 ff.

²⁴² Vgl. ausführlich zur sozialen Verantwortung der Unternehmen Europäische Kommission, Grünbuch, 8 ff.

Mit zunehmender Dauer und Bedeutung der Geschäftsbeziehung haben sowohl Lieferanten als auch Abnehmer ein Interesse am dauerhaften Bestand des Unternehmens.²⁴⁴ Die Lieferanten können so gewonne Marktanteile am leichtesten absichern, und auch für Abnehmer ist eine langfristige und verlässliche Zusammenarbeit oft sehr wichtig. Dazu tritt auf beiden Seiten ein Interesse an günstigen Liefer- oder Abnahmekonditionen. Eine besondere Rolle unter den Gläubigern spielen die Banken. Neben ihren Eigeninteressen als Kreditgeber, Depositenbank, Emissionshaus und Aktionär treten unter Umständen noch die von ihr wahrzunehmenden Fremdinteressen der Kleinaktionäre.²⁴⁵ Je größer die Kreditsumme desto größer ist grundsätzlich auch das Interesse der Banken am Unternehmen. Andererseits sind die Unternehmen auch oft von Krediten der Banken abhängig, so daß diese erheblichen Einfluß auf die Geschäftspolitik nehmen können. Zum Teil besteht auch ein originäres Interesse der Banken an einer solchen Einflußnahme.

Sieht man von solchen Sonderinteressen ab, besteht das Gläubigerinteresse hauptsächlich darin, daß die Gesellschaft in der Lage ist, die durch die Unternehmenstätigkeit entstandenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Insofern hat der Gesetzgeber zahlreiche Gläubigerschutzvorschriften geschaffen, die die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft sichern sollen. Der darüber hinaus bestehende Interessenkonflikt spielt sich überwiegend im Verhältnis zwischen Gläubigern und Gesellschaft ab und bezieht sich kaum auf die Unternehmenstätigkeit. Gegenüber den sonstigen Interessenkonflikten zwischen Anteilseignern, Arbeitnehmern und Allgemeinheit nimmt er daher eine Sonderrolle ein, und er ist im Hinblick auf ein vom Gesellschaftsinteresse abzugrenzendes Unternehmensinteresse von geringerer Bedeutung. Das klassische Gläubigerinteresse an der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft soll daher nicht weiter in die Untersuchung mit einbezogen werden. Darüber hinausgehende Gläubigerbelange wie z. B. Verbraucherschutzgesichtspunkte werden auch – und oftmals besser – unter dem Begriff Allgemeininteresse erfaßt, so daß auch insofern keine weitere gesonderte Betrachtung der Gläubigerinteressen erforderlich ist. Vielmehr

²⁴³ Kessler, AG 1993, 252, 262 differenziert nach Gläubigern, Lieferanten und Kunden und stellt die jeweiligen Interessen getrennt dar.

²⁴⁴ Boettcher u. a., Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 25.

²⁴⁵ Kessler, AG 1993, 252, 261; Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 242 ff.

soll sich die Untersuchung auf das Verhältnis von Anteilseigner-, Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen im Unternehmen konzentrieren.

II. Bedeutung des Unternehmensinteressebegriffs im Rahmen der Organhaftung

Bei der Untersuchung der Haftung der Leitungsorgane der Aktiengesellschaft hat sich gezeigt, daß Rechtsprechung und Literatur an mehreren Punkten den Begriff des Unternehmensinteresses verwenden.

Zunächst taucht er im Rahmen der Pflichtverletzung des Vorstands und des Aufsichtsrats auf. Die Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Organfunktion ergibt sich für den Vorstand aus § 93 I 1 AktG i. V. m. der Leitungsaufgabe gem. § 76 AktG, für den Aufsichtsrat aus den §§ 116, 93 I 1 AktG i. V. m. der Kontrollfunktion gem. § 111 I AktG. Sie stellt letztlich aber nur eine Umschreibung dar, die der weiteren Konkretisierung bedarf. Dazu soll unter anderem das Unternehmensinteresse dienen, als maßgebliches Interesse, das Richtschnur für das Handeln der Leitungsorgane sein soll. Der Begriff des Unternehmensinteresses wird also als Handlungsmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat sowie als Kriterium für die Einschränkung des ihnen zustehenden Ermessensspielraums verwendet.²⁴⁶

Auch im Rahmen der Treuepflicht ist das Unternehmensinteresse von Bedeutung. Hier gilt es wiederum die maßgeblichen Interessen zu bestimmen, an denen die Loyalität der Leitungsorgane gegenüber der Gesellschaft gemessen wird. Diese sind allerdings vor allem von den eigenen Interessen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder abzugrenzen, in deren Verfolgung sie eingeschränkt sind. Der genaue Inhalt der maßgeblichen Interessen auf seiten der Gesellschaft und des Unternehmens ist daher von geringerer Bedeutung und damit auch der Begriff des Unternehmensinteresses.

Bei der Verschwiegenheitspflicht hingegen ist das Unternehmensinteresse ähnlich relevant wie bei der Sorgfaltspflicht. Es soll Maßstab und Grenze der Verschwiegenheitspflicht sein. Es dient also wie bei der Sorgfaltspflicht als Verhaltensmaxime und soll die Interessen bestimmen, an denen das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied sich zu orientieren hat.

²⁴⁶ Vgl. dazu oben B.I.1.a) [9 ff.] und B.II [22 ff.].

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung, der hier aber nicht gefolgt wird,²⁴⁷ ist das Unternehmensinteresse auch bei der Feststellung des Schadens von Bedeutung. Danach soll ein Schaden im Sinne des § 93 II 1 AktG nur bei Vermögenminderungen vorliegen, die nicht im Unternehmensinteresse liegen. Dabei wird die Prüfung des Unternehmensinteresses aber nur von der Ebene der Pflichtverletzung auf die Schadensebene verlagert. Konsequenzen ergeben sich bei der Beweislastverteilung, ansonsten aber nicht, da derselbe Maßstab angewandt wird.

Hinter dem Begriff des Unternehmensinteresses mögen sich zwar die unterschiedlichsten Konzepte befinden, die Relevanz im Rahmen der Organhaftung wird jedoch relativ einheitlich beurteilt. Vom Unternehmensinteresse wird immer dann gesprochen, wenn die für das Handeln der Leitungsorgane maßgeblichen Interessen gemeint sind. Diese sollen Richtschnur für das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat sein und deren unternehmerischen Ermessensspielraum eingrenzen. Das Unternehmensinteresse dient also im Bereich der Organhaftung als Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat. Warum das Unternehmensinteresse überhaupt als Verhaltensmaxime heranzuziehen ist, inwieweit es vom Gesellschaftsinteresse abweicht und wie es inhaltlich genau auszufüllen ist, soll im folgenden untersucht werden.

III. Begründungsansätze für die Berücksichtigung des Unternehmensinteresses im Rahmen der Organhaftung

1. Verhaltensmaxime "Gesellschaftsinteresse" als Ausgangspunkt

Zunächst erscheint fraglich, warum sich Vorstand und Aufsichtsrat einer AG am Interesse des Unternehmens ausrichten sollen, ganz abgesehen von der Frage, was damit genau gemeint ist. Vorstand und Aufsichtsrat sind Organe der Gesellschaft, folglich liegt der Schluß nahe, daß sie sich an deren Interessen auszurichten haben.

²⁴⁷ Siehe oben B.I.3, [16].

a) Gewinnerzielung: Gesellschaftszweck und Grundlage des Gesellschaftsinteresses

Die Interessen der Gesellschaft bezeichnet man auch als Verbandsinteresse. In diesem Sinne verwendet auch die Rechtsprechung den Begriff.²⁴⁸ Was darunter verstanden werden soll, ist jedoch nicht ganz klar, denn der Verband als solcher kann keine Interessen im Sinne eines psychologischen Sachverhaltes haben.²⁴⁹ Das Verbandsinteresse ist auch nicht identisch mit dem Interesse der Mehrheit.²⁵⁰ Es umfaßt vielmehr alles, was den Bestand, die Funktionsfähigkeit und die Aufgabenerfüllung des Verbands im Hinblick auf den Zweck des Verbands begünstigt und gewährleistet.²⁵¹ Es stellt also genaugenommen einen durch den Zweck des Verbands umschriebenen Ausschnitt aus den Mitgliederinteressen dar.²⁵² Die Mitglieder schließen sich zur Verfolgung des Verbandszwecks zusammen, sie bündeln ihre zweckbezogenen Interessen und umschreiben mit dem Verbandszweck, welche ihrer oft vielfältigen Interessen sie als gemeinsame zur gemeinsamen Verfolgung deklarieren. Die AG stellt sich demnach als verfaßter Zweck eines Personenverbandes dar.²⁵³

Der Verbandszweck bzw. Gesellschaftszweck beschreibt also den finalen Sinn des Zusammenschlusses. Zum Teil wird hierfür der aus der Betriebswirtschaft stammende Begriff Formalziel verwandt.²⁵⁴ Gegenstand und Formalziel sollen dann gleichrangige Bestandteile des Gesellschaftszwecks sein.²⁵⁵ Diese Unterscheidung ist hier aber nicht von Bedeutung²⁵⁶ und auch wenig sinnvoll. Die Bindung der Leitungsorgane an den Unternehmens-

²⁴⁸ KK-Zöllner, Einl. Rn. 105, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

²⁴⁹ Ausführlich zu Personenvereinigungen und juristischen Personen als Interessenssubjekte Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 146 ff.; vgl. dazu auch Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 5.

²⁵⁰ KK-Zöllner, Einl. Rn. 106.

²⁵¹ KK-Zöllner, Einl. Rn. 107.

²⁵² Vgl. Hopt, ZGR 1993, 534, 535.

²⁵³ Mülbert, ZGR 1997, 129, 141; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 93.

²⁵⁴ Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 16 f.

²⁵⁵ Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 19 f.; Mülbert, ZGR 1997, 129, 141 bezeichnet das Formalziel als Kernelement des Gesellschaftszwecks.

²⁵⁶ Bedeutung entfaltet die begriffliche Unterscheidung vielmehr bei der Frage, ob Änderungen durch Mehrheitsbeschluß möglich sind, oder Einstimmigkeit erfordern.

gegenstand ist anerkannt und wurde oben bereits dargestellt. Der Begriff Gesellschaftszweck soll daher hier in seinem wörtlichen Sinn verwandt werden: als gemeinsames Ziel der Gesellschafter, als finaler Sinn des Gesellschafterzusammenschlusses, mithin als Formalziel.²⁵⁷

Teilweise wird diesbezüglich auch vom Unternehmensziel²⁵⁸ gesprochen. Der Begriff ist allerdings irreführend, denn man befindet sich noch auf der rein gesellschaftsrechtlichen Ebene. Sieht man das Unternehmen als reines Rechtsobjekt, kann man allenfalls sagen, die Gesellschaft betreibt das Unternehmen mit einem bestimmten Ziel, man kann aber nicht dem Unternehmen selbst ein Ziel unterstellen. Spricht man dem Unternehmen Rechtssubjektivität zu, kann dieses zwar Ziele haben, man kann dann aber nicht unbedingt von der gesellschaftsrechtlichen Ebene auf die unternehmensrechtliche Ebene schließen.²⁵⁹

Ergibt sich aus der Satzung nichts anderes, wird als Formalziel bzw. Gesellschaftszweck die Gewinnerzielung angenommen.²⁶⁰ Hieraus muß dann im Einzelfall das konkrete Gesellschaftsinteresse entwickelt werden.²⁶¹

Daß die Aktiengesellschaft im Zweifel auf Gewinnerzielung angelegt ist, ergibt sich aus zahlreichen Vorschriften des Aktiengesetzes. Schon die Berichtspflicht des § 90 I Nr. 2 AktG indiziert, daß der Vorstand für die Rentabilität der Gesellschaft zu sorgen hat.²⁶² Auch die Vorschriften über die Bildung einer gesetzlichen Rücklage (vgl. §§ 150, 300 AktG) sprechen dafür, daß die Gewinnerzielungsabsicht den Regelfall für die AG darstellt. Würde das Gesetz davon ausgehen, daß auch gewinnlose Gesellschaften den Regelfall darstellen, hätte es eine merkwürdige Konzeption zugrunde

Vgl. dazu Hüffer, AktG, § 23 Rn. 22 m. w. N; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 26 ff.

²⁵⁷ So z. B. auch Hüffer, AktG, § 23 Rn. 22, § 82 Rn. 9.

²⁵⁸ Z. B. Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 49 ff.; zur Rechtfertigung des Begriffes Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 29 ff.

²⁵⁹ Zu den Unternehmenszielen in einem unternehmensrechtlichen Sinn: Raiser, ZHR 144 [1980], 206.

²⁶⁰ Hüffer, AktG, § 82 Rn. 9; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 156; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 50 ff. m. w. N und Auseinandersetzung mit zu dieser Auffassung geäußelter Kritik.

²⁶¹ Mülbart, ZGR 1997, 129, 141.

²⁶² Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 34; Wiedemann, FS Barz, 561, 573.

gelegt: Gewinnbringende Gesellschaften müssen einen Teil ihrer Gewinne zur Risikovorsorge in die Rücklagen stellen, gewinnlose (und damit stärker gefährdete) Gesellschaften brauchen dies nicht zu tun.²⁶³ Die Vorschriften über die Gewinnverteilung (§§ 58, 174, 254 AktG) betreffen zwar weder Vorstand noch Aufsichtsrat unmittelbar, so daß sie auch nicht unbedingt als Begründung eines die Verwaltung bindenden, formalen Gesellschaftszwecks herangezogen werden können.²⁶⁴ Allerdings können die Vorschriften überhaupt nur angewendet werden, wenn die Verwaltung zunächst einen Gewinn erwirtschaftet.²⁶⁵ Insbesondere aus der Vorschrift des § 58 IV AktG, wonach die Aktionäre Anspruch auf den Bilanzgewinn haben, soweit dieser nicht von der Verteilung ausgeschlossen ist, geht hervor, daß die AG im Zweifel die Gewinnerzielung anstrebt.²⁶⁶

Darüber hinaus wäre, wenn nichts in der Satzung bestimmt ist und man nicht vom Regelfall der Aufgabe der Gewinnerzielung ausginge, die Entscheidung darüber, ob das Unternehmen Gewinn erzielen soll, in das Belieben des Vorstands gestellt. Es wäre aber widersinnig, daß der Satzungsgeber auf der einen Seite den Unternehmensgegenstand gem. § 23 III Nr. 2 AktG festlegen muß, während die sehr viel wichtigere Entscheidung, ob das Unternehmen Gewinne erzielen soll, dem Vorstand überlassen bliebe.²⁶⁷

Auch der Unternehmensgegenstand setzt die Gewinnerzielung der Aktiengesellschaft voraus. Ohne wirtschaftlichen Erfolg wird die Gesellschaft nämlich alsbald nicht mehr in der Lage sein, ihr Unternehmen selbständig

²⁶³ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 35.

²⁶⁴ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 91 ff.; vgl. auch Mertens, AG 2000, 157, 159 f.; ders., FS Goerdeler, 349, 355. Zu weit geht es daher, wenn insbesondere aus der Vorschrift des § 58 III 2 AktG geschlossen wird, daß allgemeine, das heißt nicht einem konkreten Zweck dienende Spenden an politische Parteien vom Vorstand nicht getätigt werden dürfen, sondern einen Hauptversammlungsbeschuß erfordern, vgl. Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 166; ähnlich Rittner, FS Knur, 205, 212 f. Philipp, AG 2000, 62, 64 f. geht sogar soweit, in Sozialaufwendungen ohne erwerbswirtschaftlichen Nutzen eine anderweitige Gewinnverwendung im Sinne des § 58 III 2 AktG zu sehen. Bei diesen Gedanken wird verkannt, daß § 58 AktG sich allein auf den Bilanzgewinn bezieht, aus dem aber weder die Mittel für Sozialaufwendungen noch für Parteispenden entnommen werden, vgl. ausführlich und mit weiteren Argumenten Mertens, AG 2000, 157, 159; Fleischer, AG 2001, 171, 177.

²⁶⁵ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 35; H. Westermann, FS Schnorr von Carolsfeld, 517, 523 f.

²⁶⁶ H. Westermann, FS Schnorr von Carolsfeld, 517, 524.

²⁶⁷ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 37.

zu betreiben²⁶⁸ und damit den Unternehmensgegenstand zu verfolgen. Die Gewinnerzielung ist Voraussetzung dafür, daß ein Unternehmen die Grundlagen seiner Tätigkeit erhalten kann, und sich auch angesichts des volkswirtschaftlichen Wachstums behaupten kann und wettbewerbsfähig bleibt.²⁶⁹ Schmidt-Leithoff sieht die Bestimmung des Unternehmensgegenstands sogar als "Haupterkennnisquelle" für den Gesellschaftszweck, denn die unternehmerische Tätigkeit, die auf die Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet sei, diene zumindest im Rahmen der Aktiengesellschaft üblicherweise wirtschaftlichen und nicht ideellen Zwecken.²⁷⁰

Nicht zuletzt legt auch die geltende Wirtschaftsordnung die Gewinnerzielung als Aufgabe für die Aktiengesellschaft nahe. Das ihr zugrunde liegende "erwerbswirtschaftliche Prinzip" schlägt gerade auch auf das Gesellschaftsrecht durch,²⁷¹ denn in der Wettbewerbswirtschaft ist das private Unternehmen auf Gewinnorientierung und wettbewerbliche Ansprechbarkeit angewiesen, um zu überleben.²⁷² Dem entspricht auch die Entstehungsgeschichte der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken zur Finanzierung großer wirtschaftlicher, über die Leistungskraft einzelner oder kleinerer Gesellschaften hinausgehender Vorhaben²⁷³, denn die Aktionäre dürfen als Kapitalgeber dann auch wenigstens grundsätzlich eine Renditeerwartung hegen, was bei altruistischer Zielsetzung von vornherein nicht zu erwarten ist.²⁷⁴ Mangels ausdrücklichen Ausschlusses in der Satzung ist eine AG also auf die Erzielung von Gewinn angelegt.²⁷⁵

Als Organe der Gesellschaft haben Vorstand und Aufsichtsrat dieses Ziel zu verfolgen; es wäre demnach Verhaltensmaxime und Sorgfaltsmaßstab

²⁶⁸ Eingehend Junge, FS von Caemmerer, 547, 554; Laske, ZGR 1979, 173, 193; Rittner, JZ 1980, 113, 115.

²⁶⁹ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 38.

²⁷⁰ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 165 m. w. N

²⁷¹ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 39.

²⁷² Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 627, der diese These am Beispiel des Rationalisierungszwangs erläutert; ders., BB 1978, 5, 11 m. w. N

²⁷³ Vgl. statt aller Reinhart/Schultz, Gesellschaftsrecht, Rn. 389.

²⁷⁴ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 165.

²⁷⁵ Anderes gilt, wenn z. B. ideale, genossenschaftliche, gemeinnützige oder gemeinwirtschaftliche Zwecke als Ausnahme vom üblichen Zweck in der Satzung festgehalten werden (vgl. Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, Rn. 455). Beispiele für

für Vorstand und Aufsichtsrat.²⁷⁶ Diese werden dabei als Treuhänder der Aktionäre gesehen, die mit der treuhänderischen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen betraut sind.²⁷⁷ Eine Abkehr von einem solchen Verhaltensmaßstab zugunsten anderer Interessengruppen bedeute die Auflösung des gesellschaftsrechtlichen Pflichten- und Haftungssystems, denn ohne den Maßstab der Gewinn- und Verlustrechnung ließe sich für fast jedes Verhalten eine plausible Begründung finden.²⁷⁸ Fleischer formuliert anschaulich: "Ein Diener *zweier* Herren ist am Ende *beider* ledig und *niemandem* mehr verantwortlich."²⁷⁹

Wiedemann sieht dieses Ergebnis durch Zweckrichtung des Aktiengesetzes bestätigt.²⁸⁰ Dieses sei auf die Publikumsgesellschaft und damit auf den Anlegerschutz zugeschnitten. Es berücksichtige in vielfacher Weise das Erhaltungs-, Nutznießungs- und Informationsinteresse der Kapitalanleger, um ihr Vertrauen in eine fremde Unternehmensbürokratie zu rechtfertigen. Die Berücksichtigung anderer Interessen durch die Verwaltung widerspräche der Zweckrichtung des Aktiengesetzes, das den Aktiensparer als wirtschaftlichen Eigentümer zur Richtschnur seiner Ausgestaltung nehme. Im übrigen werde der Arbeitnehmerschutz²⁸¹ in vielfältiger Weise im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht wahrgenommen, der Kapitalschutz hingegen nur durch eine entsprechende Verpflichtung der Geschäftsleitung.²⁸²

Immenga fügt hinzu, daß eine Verfolgung öffentlicher Interessen – wie z. B. in § 70 I AktG 1937 normiert – nur zu leicht in Konkurrenz zur staatlichen Tätigkeit geraten könnte, die der demokratischen Legitimation

Gesellschaften mit geistig-ideeller Zielsetzung sind die sogenannten Tendenzunternehmen.

²⁷⁶ Vgl. Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 40 ff., insbesondere zu der Frage, wie man vom Ziel der Gewinnerzielung zum Sorgfaltsmaßstab kommt; Mülbart, ZGR 1997, 129, 141; Schön, ZGR 1996, 429, 440; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 338 f. Auch Befürworter unternehmensrechtlicher Konzeptionen deuten (m. E. nicht ganz konsequent) die Bindung an den Verbandszweck an, z. B. Hüffer, AktG, § 82 Rn. 9; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 15 III 4. A), 186.

²⁷⁷ Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163; Rittner, JZ 1980, 113, 117.

²⁷⁸ Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163.

²⁷⁹ Fleischer, AG 2001, 171, 177.

²⁸⁰ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 338 ff.

²⁸¹ In gleicher Weise sind natürlich auch Allgemeinwohlbelange durch zahlreiche öffentlich-rechtliche Vorschriften verwirklicht.

²⁸² Wiedemann, BB 1978, 5, 11.

bedürfe, und folglich vom Staat sogar zu unterbinden sei.²⁸³ Entsprechende Wertentscheidungen sollten in einem parlamentarischen Verfahren getroffen werden.²⁸⁴

Darüber hinaus wird eine Gemeinwohlbindung oder ähnliches als im Widerspruch zur Wettbewerbswirtschaft stehend angesehen.²⁸⁵ In einem marktwirtschaftlichem System werde der soziale Bezug durch zwingende staatliche Rahmenbedingungen hergestellt, z. B. durch Arbeits-, Umwelt- und Verbraucherschutzgesetze.

b) Gewinnmaximierung, Erzielung befriedigenden Gewinns oder Erzielung angemessenen Gewinns?

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß im Regelfall der Gesellschaftszweck in der Gewinnerzielung liegt, wodurch die Gesellschaftsinteressen bestimmt werden. Noch nicht geklärt ist dadurch, in welchem Ausmaß Gewinn erzielt werden soll oder muß.

Andere Zwecke, die neben der Gewinnerzielung zu verfolgen sind, sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Demnach ist die Gewinnerzielung bei der normtypischen AG das alleinige Ziel. Besteht aber nur ein Ziel, kommt als Bestimmung des Ausmaßes der Zielverfolgung und Handlungsanleitung nur die möglichst weitgehende Verwirklichung desselben in Betracht, hier also die Gewinnmaximierung.²⁸⁶ Für jede andere Vorgabe müßten Angaben zu den sonstigen Zielen der Gesellschaft gemacht werden. Dies kann in der Satzung geschehen. Unterbleibt eine Festlegung jedoch – wie in den meisten Fällen – kann die Satzung nur so ausgelegt werden, daß die Gesellschaft mit dem Ziel der eigennützigen Gewinnmaximierung tätig wird.²⁸⁷ Zudem bietet nur die Gewinnmaximierung ein nachvollziehbares Kriterium zur Beurteilung unternehmerischer Tätigkeit, und jedes andere Ziel würde auch eine Gefährdung des Preissystems und damit der optimalen Verbindung der Produktionsfaktoren bedeuten.²⁸⁸ Bei der normtypischen AG besteht das Gesellschaftsinteresse, das Verhaltens-

²⁸³ Immenga, Aktiengesellschaft, Aktionärsinteresse und institutionelle Anleger, 19; ähnlich Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163.

²⁸⁴ Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163.

²⁸⁵ Wiedemann, ZGR 1980, 147, 164.

²⁸⁶ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 78.

²⁸⁷ Mülbart, FS Lutter, 535, 540.

²⁸⁸ Immenga, Aktiengesellschaft, Aktionärsinteressen und institutionelle Anleger, 19.

maxime der Leitungsorgane sein soll, demnach in der Gewinnmaximierung.²⁸⁹ Damit kann freilich nicht eine kurzfristige Gewinnmaximierung zu Lasten der langfristigen Aussichten der Gesellschaft gemeint sein. Die Gesellschaft kann zwar eine von vornherein begrenzte Dauer haben (vgl. § 262 I Nr. 1 AktG), in der Regel wird sie aber auf unbestimmte Zeit angelegt sein. Maßgeblich muß daher die langfristige Gewinnmaximierung sein.²⁹⁰

Auf empirischen Untersuchungen basierend wird zum Teil auch "befriedigender Gewinn" als Zielvorgabe angenommen.²⁹¹ Dem steht jedoch schon entgegen, daß bei einem solchen Satisfizierungsziel Angaben über sonstige Ziele gemacht werden müßten, um zu einer handhabbaren Größe zu kommen.²⁹² Darüber hinaus ist das Merkmal rein subjektiv bestimmt, was gegen seine rechtliche Bedeutsamkeit spricht.²⁹³

Semler²⁹⁴ sieht in der Gewinnmaximierung in Anbetracht ihrer Funktion als Verhaltensmaxime eine nicht ausreichend quantifizierbare Größe. Das Prinzip der Gewinnmaximierung könne allenfalls dazu dienen, "die Zulässigkeit solcher Handlungen, Maßnahmen und Aufwendungen in Frage zu stellen, die nicht dem Gewinnziel dienen, also Grenzen zulässiger Geschäftsführung deutlich machen, nicht aber ein meßbares Ziel aufzeigen". Er schlägt daher die Erzielung angemessenen Gewinns als Sorgfaltsmaßstab vor. Er orientiert sich dabei an der Vorstellung des Anlegers, daß sein Kapital im Unternehmen wertbeständig erhalten wird und daß ein Gewinn erzielt wird, der zumindest eine Realverzinsung sowie eine Risikoprämie umfaßt, die im Vergleich zum Darlehen wesentlich höher liegt. Hiervon ausgehend soll unter Berücksichtigung objektiver Umwelteinflüsse, Ausgangslage des Unternehmens und Veränderung der

²⁸⁹ Mülbart, ZGR 1997, 129, 141; ders., FS Lutter, 535, 540; ders., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 140; Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 244; H. P. Westermann, ZGR 1977, 219, 225; Immenga, Aktiengesellschaft, Aktionärsinteressen und institutionelle Anleger, 19.

²⁹⁰ Mülbart, ZGR 1997, 129, 141; ders., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 140; Junge, FS von Caemmerer, 547, 555; krit. Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 78 ff.

²⁹¹ Heinen, Das Zielsystem der Unternehmung, 28.

²⁹² Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 78.

²⁹³ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 41.

²⁹⁴ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 40 f.

Risikolage der "angemessene Gewinn" als Ziel der Geschäftstätigkeit der AG ermittelt werden.²⁹⁵

Auch diese Ansicht kann den Einwand nicht entkräften, daß, wenn denn das Ziel angemessener Gewinn erreicht ist, keine sonstigen Ziele ersichtlich sind. Das Handeln der Verwaltung wäre dann ziellos. Das Konzept macht daher nur Sinn, wenn man – wie Semler²⁹⁶ – den Gesellschaftszweck lediglich als ein Element der Handlungsmaxime für die Verwaltung sieht, nicht aber, wenn dieser bzw. das Gesellschaftsinteresse alleiniger Verhaltensmaßstab sein soll. Im übrigen zeigt schon der Begriff "angemessen", daß eine solche Größe nur sehr vage zu bestimmen ist.

Die Kritik am Ziel Gewinnmaximierung ist hingegen nicht ganz überzeugend. Die Funktion der Verhaltensmaxime ist gerade – zumindest im Rahmen der Organhaftung –, Grenzen zulässiger Geschäftsführung deutlich zu machen. Daß das "richtige" Verhalten immer positiv bestimmt werden kann, ist im Bereich der Organhaftung nicht erforderlich, denn es muß und soll dem Organ ein unternehmerischer Ermessensspielraum gewährt werden.²⁹⁷ Die Gewinnmaximierung wäre im Bereich der Organhaftung also durchaus eine handhabbare Verhaltensmaxime.

Es ist jedoch zu fragen, ob die Gewinnmaximierung stets das ausschließliche Ziel und damit die alleingültige Handlungsmaxime der Verwaltung sein kann. Daher sollen hier zunächst die verschiedenen Begründungsansätze für eine Berücksichtigung anderer Maßstäbe als dem der Gewinnerzielung untersucht werden, bevor auf die verschiedenen hierauf beruhenden inhaltlichen Konzepte zum Unternehmensinteresse eingegangen wird, die als Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat herangezogen werden.

2. Fortgeltung des § 70 I AktG 1937

Vielfach wird zur Begründung der Berücksichtigung anderer Interessen als dem des Gesellschaftsinteresses auf die implizite Fortgeltung des § 70 I AktG 1937 verwiesen.²⁹⁸

²⁹⁵ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 46.

²⁹⁶ Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 49 ff.

²⁹⁷ Siehe oben B.I.1.a) [9 f.].

²⁹⁸ Vgl. Raiser, ZHR 144 [1980], 211; Mülbart, ZGR 1997, 129, 147 m. w. N

a) Inhalt des § 70 I AktG 1937

§ 70 I AktG 1937 bestimmte, daß der "Vorstand [...] unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten [hat], wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeinsame Nutzen von Volk und Reich es erfordern". Zunächst gilt es zu berücksichtigen, daß die Vorschrift zur Zeit ihrer Entstehung Ausdruck der nationalsozialistischen Maxime "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" war. Diese Parole war nach damaliger Auffassung das "das gesamte Leben des Volkes beherrschende, alles überragende, alles umfassende und daher von der Staatsführung in den Vordergrund gestellte Glaubensbekenntnis des Nationalsozialismus".²⁹⁹ § 70 I AktG 1937 hatte also grundlegende ideologische Bedeutung – eine Erkenntnis, die angesichts der Tatsache, daß Gemeinwohlklauseln bereits früher im Recht gebräuchlich waren, leicht verwischt wird.³⁰⁰ Von einer maßvollen Weiterentwicklung aktienrechtlicher Traditionen³⁰¹ kann also nur bedingt gesprochen werden.

Zwar war die Norm mit keinen rechtlichen Sanktionen bewehrt, angesichts des starken ideologischen Drucks kann die Norm aber auch nicht isoliert betrachtet werden. Bedenkt man, daß die Gemeinwohlklausel für den Konfliktfall keine Rangordnung der Interessen anordnete, so bedeutet dies gerade in einem totalitären System mit seinen utilitaristischen Interpretationsgewohnheiten eine um so größere Gefahr.³⁰² Was Gemeinwohl ist, wurde nicht in einem rechtsstaatlichen Verfahren mit seinen Garantien der Meinungsbildung und der Entscheidungsüberprüfung erarbeitet, sondern durch die nationalsozialistische Führung, also letztlich den "Führer" doktrinär bestimmt.³⁰³ Zur Durchsetzung standen dem Regime, wenn auch keine rechtlichen Sanktionen – diese waren erst in Planung³⁰⁴ – so aber doch

²⁹⁹ Lammers, Die Justiz 96 [1934], 1296, 1297.

³⁰⁰ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 26 f.

³⁰¹ So Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 151; ähnlich Fischer, AcP 154 (1954), 85, 109.

³⁰² Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 28.

³⁰³ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 97; Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 5.

³⁰⁴ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 29, mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

genügend "Unrechtssanktionen" gegen die Ablehnung des staatlich proklamierten Willens zur Verfügung.³⁰⁵

Zudem handelte es sich bei der Bestimmung um eine strikte Verhaltensanweisung des Gesetzgebers. Rittner kennzeichnet sie als "hoheitliche Rahmenbestimmung für die Geschäftsleitung".³⁰⁶ Nicht mehr der Vorstand sollte Art und Umfang seiner unternehmerischen Maßnahmen festlegen, sondern letztlich der Staat aufgrund seiner möglichen direkten und indirekten Eingriffsrechte. Der Vorstand wäre bei strikter Anwendung dieser Vorschrift zum bloßen Befehlsempfänger geworden.³⁰⁷

Mit der Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verhältnissen 1945 verliert § 70 I AktG 1937 freilich seine hier beschriebene ideologische Gefährlichkeit. Im Rechtsstaat wird die Norm tatsächlich sanktionslos, und sie wurde dementsprechend auch in Rechtsprechung und Literatur nicht (mehr) als strikte Verhaltensanweisung des Gesetzgebers empfunden. Es war nicht mehr von der Inpflichtnahme des Vorstands die Rede, sondern von dessen Berechtigung zur Bewahrung der Interessen der Allgemeinheit.³⁰⁸ Genau in dieser Funktion käme der Vorschrift im Rahmen des Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand Bedeutung zu.

Die Interpretation der Vorschrift im Schrifttum war uneinheitlich. Zum Teil wurde der nationalsozialistische Grundsatz "Gemeinnutz vor Eigennutz" nur sprachlich umgeformt, und man sprach vom Vorrang des Gemeinwohls.³⁰⁹ Leo vertrat die Ansicht, das mit den Interessen der Aktionäre identische Gesellschaftsinteresse habe Vorrang.³¹⁰ Ebenso wurde der Vorrang der Arbeitnehmerinteressen vor den Aktionärsinteressen vertreten.³¹¹

³⁰⁵ Rittner, Planung V., 59, 88.

³⁰⁶ Rittner, Planung V., 59, 88.

³⁰⁷ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 29.

³⁰⁸ Vgl. z. B. OLG Hamburg, AG 1964, 45, 48: "Wegen der Zahlung an die staatsbürgerliche Vereinigung ist es an sich richtig, daß Spenden den Reingewinn schmälern. [...] Die Beklagte weist jedoch mit Recht darauf hin, daß der Vorstand über die Zahlung von Spenden an gemeinnützige Organisationen im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis nach § 70 Abs. 1 entscheiden darf. Nach dieser Bestimmung hat der Vorstand bei seiner Geschäftsführung nicht nur die Interessen der Gesellschaft, sondern auch die Interessen der Allgemeinheit zu wahren."

³⁰⁹ W. Schmidt in Großkomm. AktG (2. Aufl.), § 70 Anm. 11; Godin/Wilhelmi, 2. Aufl., § 70 Anm. 2; Henn, MDR 1957, 392, 393.

³¹⁰ Leo, AG 1857, 152, 156 f.; ders., AG 1960, 261, 262.

³¹¹ Henn, MDR 1957, 392, 393.

Der Wortlaut der Vorschrift legt nahe, daß § 70 AktG 1937 dem Vorstand materielle Aufgaben anvertraut, die die AG nicht hat, das heißt der Vorstand ist über das erwerbswirtschaftliche Ziel der AG hinaus an andere verbandsexterne Ziele (Gemeinwohl, Arbeitnehmerbelange) gebunden. Die Funktion, die der Vorstand dann ausüben würde, bezeichnet Westermann³¹² als "Interessenausgleichsstelle" und folgert weiter, die satzungsfeste Funktionsabgrenzung des § 70 I AktG 1937 sei dann nicht nur verständlich, sondern unentbehrlich. Könne der Vorstand auch gegen das erwerbswirtschaftliche Interesse der Gesellschafter handeln, so müsse er von diesen unabhängig sein.

Gegen dieses Verständnis von § 70 I AktG 1937 bringt Westermann jedoch einige Einwände vor. Mit der Konzeption des Vorstands als Interessenausgleichsstelle sei es kaum vereinbar, seine Wahl, wie im Aktiengesetz vorgesehen, ausschließlich dem Aufsichtsrat³¹³ und damit mittelbar den Aktionären zu überlassen. Entsprechendes gelte für die Regelung der Abberufung aus wichtigem Grund – das Mißtrauensvotum der Aktionäre war von der Rechtsprechung als wichtiger Grund im Sinne von § 75 III AktG 1937 anerkannt³¹⁴ – sowie das zwingende Erfordernis der Wiederwahl nach Ablauf von fünf Jahren. Darüber hinaus spreche das Fehlen von Sanktionen wie Schadensersatzansprüchen oder Abberufungsrechten bei der Verletzung von Gemeinwohl- und Arbeitnehmerbelangen gegen ein solches Konzept.³¹⁵

³¹² H. Westermann, *Freundesgabe der Wissenschaft für Helmut Vits*, 251, 260.

³¹³ Es geht hier noch um die Rechtslage vor Schaffung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976. Inwieweit diese Auswirkungen auf § 70 AktG 1937 hat, sollte dieser weiterhin gelten, muß gegebenenfalls unter 3. diskutiert werden.

³¹⁴ BGHZ 13, 188, 192, 196; in § 84 III 2 AktG ist dies heute ausdrücklich geregelt.

³¹⁵ H. Westermann, *Freundesgabe der Wissenschaft für Helmut Vits*, 251, 260 ff. Westermann bezieht diese Argumente jedoch nur auf das Gemeinwohl. Er sieht in der Arbeitnehmerklausel ein den Bereich der Kongruenz mit dem erwerbswirtschaftlichen Ziel überschreitendes "selbständiges Ziel der Unternehmensleitung" (S. 259). Wie dieses Ziel sich zum Gesellschaftszweck der AG verhalten soll, bleibt unklar. Es erscheint daher zweifelhaft, ob Westermann seine hinsichtlich der Gemeinwohlklausel geäußerte Überzeugung, der Vorstand könne nicht Aufgaben haben, die die AG nicht hat, auch auf die Arbeitnehmerklausel ausdehnen würde. Allerdings treffen Westermanns Überlegungen auf die Frage der Berücksichtigung von Arbeitnehmerbelangen ebenso zu wie auf die Gemeinwohlklausel (Paefgen, *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG*, 70), so daß hier von einer Unterscheidung dieser Punkte abgesehen wird.

Diese Argumente erscheinen jedoch keineswegs zwingend. Auch wenn der Vorstand wegen der Möglichkeit der Abberufung und der Nicht-Wiederbestellung nicht völlig unabhängig von den Aktionären ist, so macht die Anordnung der Berücksichtigung anderer Interessen in § 70 I AktG 1937 doch Sinn. Dem Vorstand wird so zumindest die Möglichkeit gegeben, andere Belange als die der Aktionäre zu berücksichtigen.³¹⁶ Das Fehlen von Sanktionen ist diesbezüglich von geringerer Bedeutung, viel wichtiger ist, daß der Vorstand keinen Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft ausgesetzt ist, wenn er z. B. Gemeinwohlaspekte auf Kosten der Gesellschaft berücksichtigt. In der ganzen bisherigen Diskussion ist dies der entscheidende Punkt.

§ 70 I AktG 1937 kommt also durchaus als Angelpunkt einer Unternehmensverfassung in Betracht, in der die Kompetenzen des Vorstands – und aufgrund der Einheitlichkeit des Verhaltensmaßstabes³¹⁷ auch die des Aufsichtsrats – von der auf Gewinnerzielung gerichteten Zielkonzeption der Gesellschaft abgelöst sind und die gleichberechtigte Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen und Arbeitnehmerinteressen umfassen.³¹⁸ Die Frage der Fortgeltung dieser Norm ist für die weitere Untersuchung daher sehr wohl von Bedeutung.

b) Weitergeltung nach Inkrafttreten des AktG 1965

Eine starke Meinung innerhalb der Literatur ist der Ansicht, daß § 70 I AktG 1937 auch nach Inkrafttreten des AktG 1965 weitergelte.³¹⁹ Die

³¹⁶ Diese Bedeutung der Gemeinwohlklausel erkennt auch Westermann an (Freundesgabe der Wissenschaft für Hellmut Vits, 251, 266) und verneint aufgrund obiger Argumentation lediglich eine Pflicht des Vorstands, Gemeinwohlbelange zu verfolgen; vgl. auch Vagts, 80 Harv.L.Rev. 23, 46 (1966).

³¹⁷ Vgl. oben B.II [23].

³¹⁸ Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 71; Hefermehl qualifiziert in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Rn. 19, die Regelung des § 70 I AktG 1937 als den Rahmen des Gesellschaftsrecht sprengende unternehmensrechtliche Richtlinie für die Ausübung der Leitung; dazu auch Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 34.

³¹⁹ Godin/Wilhelmi, AktG, § 76 Anm. 5-7; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG (3. Aufl.), § 76 Anm. 9-12; Baumbach/Hueck, AktG, § 76 Rn. 1; Raiser, ZHR 144 [1980], 211; Kunze ZHR 144 [1980], 120 f.; Raisch, FS Hefermehl, 347, 352; Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, 129; Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, 95; Roth, Das Treuhandmodell des Investmentrechts, 202; v. Falkenhausen, Verfassungsmäßige

Vertreter dieser Auffassung stützen sich dabei vor allem auf die Begründung zum Regierungsentwurf (RegE)³²⁰. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es zunächst einer genaueren Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 76 I AktG 1965.

Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (RefE) übernahm den alten § 70 I AktG 1937 "textlich entnazifiziert"³²¹ als § 71 I³²²: "Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens, seiner Arbeitnehmer und der Aktionäre sowie das Wohl der Allgemeinheit es fordern". Die Aufführung der Aktionärsinteressen war neu; sie sollte nach dem Referentenentwurf der Klarheit dienen.³²³ Der Regierungsentwurf enthielt dann als § 73 I nur noch eine Vorschrift mit dem Wortlaut des heutigen § 76 I AktG 1965. Begründet wurden die Änderungen gegenüber dem § 70 I AktG 1937 damit, daß die Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit selbstverständlich sei und deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt werden müsse. Im übrigen könne die Gesellschaft aufgelöst werden, wenn der Vorstand durch gesetzeswidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährde (§ 382 RegE = § 396 AktG 1965).³²⁴

In den Beratungen wurde der Wegfall des "Orientierungsrahmens" des § 70 I AktG 1937 kritisiert und ein Änderungsantrag eingebracht. Danach sollte ein § 72 a eingeführt werden mit dem Inhalt, daß die Gesellschaft – nicht der Vorstand – das Unternehmen unter Berücksichtigung des Wohls seiner Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu betreiben habe.³²⁵

Die Mehrheit im Rechts- und Wirtschaftsausschuß lehnte die Änderung allerdings ab und begründete dies mit der Selbstverständlichkeit der

Beschränkungen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, 68; Suhr, Eigentumsinstitut, 150; Ulmer, Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 33 ff.; Flume, Um ein neues Unternehmensrecht, 6 ff.; W. Schilling, FS Geßler, 159, 168 f.; ders., ZHR 144 [1980], 136, 138; Farthmann, BB 1968, 473, 475; Ballerstedt, JZ 1968, 397, 399; Hanau, BB 1969, 760, 761; Vagts, 80 Harv.L.Rev., 23, 40 (1966).

³²⁰ Erstmals vorgelegt in der 3. Wahlperiode, BT-Drucks. III/1915; neu einbracht in der 4. Wahlperiode, BT-Drucks. IV/171.

³²¹ So der Abgeordnete Heinemann im Deutschen Bundestag, BT-Protokolle, III, 134. Sitzung, 7655.

³²² Referentenentwurf 1958, 30.

³²³ Referentenentwurf 1958, Erläuterungen, 223.

³²⁴ BT-Drucks. IV/171, 121.

³²⁵ BT-Protokolle, IV, 184. Sitzung, 9276.

beantragten Vorschrift.³²⁶ Die Beachtung des Wohls der Arbeitnehmer ergebe sich aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften, die die Ausgestaltung dieses Grundsatzes im einzelnen näher regelten (Kündigungsschutzgesetz, Schwerbeschäftigtengesetz, Betriebsverfassungsgesetz, Unfallverhütungsvorschriften). Außerdem habe die beantragte Vorschrift keine selbständige Bedeutung. Bei ihrer Aufnahme in das Gesetz bestehe die Gefahr, daß ihr gleichwohl eine weitergehende Bedeutung beigemessen werde. Darüber hinaus könne aus der Reihenfolge der aufgeführten Interessen auf eine zu beachtende Rangfolge geschlossen werden.

Die Ergänzung wurde abgelehnt. § 73 I RegE wurde angenommen und ist als § 76 I AktG 1965 geltendes Recht geworden.

Zunächst liegt es nicht ganz fern, aus der Begründung des RegE und den Argumenten der Ausschlußmehrheit zu schließen, daß § 70 I AktG 1937 inhaltlich weiterhin als Handlungmaxime herangezogen werden kann. Schließlich wird von der Selbstverständlichkeit der Beachtung der dort genannten Belange gesprochen, eine ausdrückliche Regelung wurde für überflüssig gehalten. Befürworter einer Weitergeltung argumentieren, eine Richtlinienbestimmung sei nur deshalb nicht in das neue Recht aufgenommen worden, weil man durch die Reihenfolge der Aufzählung im Gesetz keine Rangfolge der zu berücksichtigenden Interessen habe präjudizieren wollen.³²⁷

Indes vermag schon letzterer Erklärungsversuch nicht zu überzeugen. Hätte der Gesetzgeber die gleichgewichtige Berücksichtigung der in § 70 I AktG 1937 genannten Interessen gewollt, oder hätte er die Gewichtung dieser Interessen im Einzelfall der Verwaltung überlassen wollen, so wäre es ohne Schwierigkeiten möglich gewesen, dies im Gesetzestext auszuformulieren.³²⁸ Den entscheidenden Punkt aber formuliert Rittner: "so deutlich wie mit dem ersatzlosen Streichen einer Rechtsnorm (oder eines Rechtsnormteils) kann der Gesetzgeber seinen Willen zur Änderung kaum manifestieren".³²⁹ Der "historische Gesetzgeber" hat sich gar nicht mehr

³²⁶ BT-Drucks. IV/Bericht zu 3296, 12 f.

³²⁷ Godin/Wilhelmi, AktG, § 76 Anm. 6.

³²⁸ Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 75; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 33.

³²⁹ Rittner, FS Gessler, 139, 142; zustimmend: Teichmann, ZHR 136 [1972], 166, 168; Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Anm. 19 f.; Geßler, FS Reinhardt,

mit der Richtlinienbestimmung des § 70 I AktG auseinandergesetzt, sondern in Plenum und Ausschuß ging es – wie oben gezeigt – um den beantragten § 72 a und dessen Selbstverständlichkeit. Der Unterschied zwischen den beiden Vorschriften ist zu groß, als daß man die Äußerungen zu § 72 a zugleich auf die Richtlinienbestimmung des § 70 I AktG 1937 beziehen und der Begründung zum Regierungsentwurf gleichsetzen könnte.³³⁰

Aber auch wenn man davon ausgeht, daß die Ausschußmehrheit entsprechend der Begründung zum Regierungsentwurf der Meinung war, daß die Beachtung der in § 70 I AktG 1937 ausgedrückten Vorgaben für den Vorstand selbstverständlich, eine Regelung mithin überflüssig sei, so spricht dies nicht für die Weitergeltung dieser Norm, als vielmehr dafür, daß man davon ausging, daß sich diese Selbstverständlichkeit aufgrund von anderen gesetzlichen Vorschriften oder Rechtsgrundsätzen ergibt.³³¹ Zur Begründung der Berücksichtigung der genannten Belange kann daher auf § 70 I AktG nicht mehr zurückgegriffen werden. Sofern vom Rechtsgedanken dieser Bestimmung etwas weitergelten sollte, kann es nur auf anderen Normen beruhen.³³²

Mülbert fügt dem hinzu, daß die entstehungsgeschichtliche Argumentation durch die Reform des Umwandlungsrechts im Jahre 1994 überholt sei.³³³ Nach dem UmwG kann eine AG identitätswahrend in eine Gesellschaft anderer Rechtsform umgewandelt werden (vgl. § 226 UmwG). Diese Möglichkeit bringe die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, daß die verschiedenen Gesellschaftstypen rechtlich äquivalente Formen der Unternehmensträgerschaft darstellen. Dem würde es widersprechen, wenn das Aktiengesetz besondere Vorgaben bestimme, an denen der Vorstand sein

237, 242; H. Westermann, FS Reinhart, 359, 365; Reinhart/Schultz, Gesellschaftsrecht, Rn. 477; Wiedemann, ZGR 1975, 385, 425; Würdinger, Aktienrecht, 122 f., Baas, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 65 ff.; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 72; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 32.

³³⁰ Rittner, FS Geßler, 139, 143.

³³¹ Die Äußerungen im Ausschuß treffen allerdings nicht den entscheidenden Aspekt. Wird nämlich die Selbstverständlichkeit der Beachtung von Arbeitnehmerbelangen z. B. mit den Rechtsvorschriften des Arbeitsrechts begründet, verkennt man, daß der Anwendungsbereich einer Richtlinienbestimmung erst beginnt, wo die Vorschriften des zwingenden Rechts enden. Vgl. dazu auch Rittner, FS Geßler, 139, 144.

³³² Rittner, FS Geßler, 139, 144.

³³³ Vgl. dazu Mülbert, ZGR 1997, 129, 148 f.

Handeln auszurichten habe, die durch einfachen Rechtsformwechsel etwa in eine GmbH aufgehoben werden könnten. Die Wertungen der §§ 190 ff., 226 UmwG sprächen also dagegen, daß der Gesetzgeber von einer speziellen, durch das Aktiengesetz bestimmten Handlungsmaxime für den Vorstand ausgegangen sei.

Es bleibt auf jeden Fall festzuhalten, daß § 70 I AktG 1937 nicht geeignet ist, eine Abweichung von der Handlungsmaxime Gesellschaftsinteresse hin zum Unternehmensinteresse zu begründen.³³⁴

3. Unternehmensinteresse kraft der unternehmerischen Mitbestimmung

Die intensivste Diskussion um das Unternehmensinteresse fand mit der Schaffung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 statt. Durch das Mitbestimmungsgesetz wurde die Frage aufgeworfen, ob die Institutionalisierung der quasiparitätischen Mitbestimmung auf Aufsichtsratsebene bei mitbestimmten Aktiengesellschaften sich auf die von Vorstand und Aufsichtsrat zu verfolgenden Ziele und Interessen ausgewirkt hat.

Zum Teil wird argumentiert, daß die Institutionalisierung der Arbeitnehmermitbestimmung auf Aufsichtsratsebene auch darauf abzielt, die Beachtung der Arbeitnehmerbelange durch inhaltliche Vorgaben für die Unternehmensleitung sicherzustellen.³³⁵ Die organisationrechtliche Regelung habe einen materiellen Gehalt, der in Form eines Auslegungsprinzips zu berücksichtigen sei.³³⁶ Eine Verpflichtung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf das Gesellschaftsinteresse wäre unsachgemäß und könne von diesen nicht verlangt werden. Nach der ganz h. M.³³⁷ muß für alle Aufsichtsratsmitglieder aber derselbe Verhaltensmaßstab angewandt werden, und darüber hinaus muß dieser auch für den Vorstand gelten.³³⁸ Um die Verantwortlichkeit der Organe nicht zu einer "inhaltlich nicht präzisierten Phrase" verkommen zu lassen, müsse daher die Lücke, die durch die Untauglichkeit des Gesellschaftsinteresses als Verhaltensmaßstab entstan-

³³⁴ So faßt die Diskussion auch Fleischer, AG 2001, 171, 175 zusammen.

³³⁵ Hopt, ZGR 1993, 534, 536; im folgend U. H. Schneider, ZIP 1996, 1769, 1772; Semler, FS Raisch, 291, 296 f.; Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114 f; W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 143; Reich/Lewerez, AuR 1976, 261, 263; dies., AuR 1976, 353, 356; Reuter, AcP 179 [1979], 509, 510.

³³⁶ Reich/Lewerez, AuR 1976, 261, 263.

³³⁷ Vgl. oben B.II [23].

³³⁸ Siehe oben B.II [23] und Fn. 49.

den ist, mit der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse geschlossen werden.³³⁹ Nur so könne eine "erfolgsversprechende Integration und Kooperation" zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gelingen.³⁴⁰

Eine ausdrückliche Vorschrift, die die verbandsrechtliche Zielkonzeption des Aktiengesetzes ändern würde, gibt es im Mitbestimmungsgesetz von 1976 allerdings nicht. Allenfalls wäre an eine konkludente Umformung der AG und der die Verwaltungstätigkeit leitenden Formalzielsetzung zu denken, doch läßt sich dies aus dem organisatorisch-prozeduralen Zuschnitt des Mitbestimmungsgesetzes kaum ableiten.³⁴¹ Der Gesetzgeber wollte mit dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 die Partizipation der Arbeitnehmer kraft Verfahrens regeln³⁴², eine inhaltliche Neubestimmung der Vorstandsfunktion stand nicht zur Debatte.³⁴³

Weitere Bedenken ergeben sich beim Versuch, aus dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 konkrete inhaltliche Vorgaben für das Unternehmensinteresse abzuleiten. Z. B. sind gem. § 5 I 1 MitbestG 1976 auch die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften an der Wahl der Arbeitnehmervertreter bei der Konzernobergesellschaft beteiligt, so daß für das Unternehmensinteresse auch deren Belange von Bedeutung sein müßten. Mülbert³⁴⁴ sieht insofern einen Widerspruch, da mitbestimmungsrechtlich ein Konzernunternehmensinteresse kreiert würde, obwohl konzerngesellschaftsrechtlich für die Konzernobergesellschaft lediglich ein auf diese Gesellschaft bezogenes Gesellschaftsinteresse bestehe und kein Konzerninteresse. Ähnlich problematisch sieht er, daß Arbeitnehmer ausländischer Zweigbetriebe und Tochtergesellschaften nicht stimmberechtigt sind, und somit deren Interessen in ein über das Mitbestimmungsgesetz begründetes Unternehmensinteresse nicht einfließen würden.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus § 7 II MitbestG, wonach dem Aufsichtsrat mindestens zwei Gewerkschaftsmitglieder als Arbeitnehmervertreter angehören müssen. Diese dürfen auch Belange von in anderen Unternehmen beschäftigten oder nichtbeschäftigten Arbeitnehmern vertre-

³³⁹ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114.

³⁴⁰ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114.

³⁴¹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 151; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 115 f.; Martens, AG 1976, 112, 118.

³⁴² BegrRegE v. 18.1.1973, BT-Drucks, VII/2172, 17.

³⁴³ Mülbert, ZGR 1997, 129, 151.

ten.³⁴⁵ Begründet man ein materielles Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab mit den mitbestimmungsrechtlichen Organisationsregeln, wären diesem Unternehmensinteresse auch die Belange betriebsfremder, aber branchenzugehöriger Arbeitnehmer zu berücksichtigen – letztlich würde dem Vorstand die Rücksichtnahme auf Konkurrenzunternehmen abverlangt.³⁴⁶

Dazu kommt ein grundsätzliches Problem. Die §§ 27 II, 29 II 1 MitbestG 1976 sichern der Anteilseignerseite organisationsrechtlich ein leichtes Übergewicht. Die Anteilseigner können letztlich ihre Interessen durchsetzen. Ein Unternehmensinteresse, bei dem Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen gleichberechtigt zu berücksichtigen sind, läßt sich durch eine Übertragung der mitbestimmungsrechtlichen Grundsätze also nicht begründen,³⁴⁷ vielmehr müßte sich das Anteilseignerinteresse auch materiell im Konfliktfall durchsetzen.

Darüber hinaus würde eine auf das Mitbestimmungsgesetz gestützte Verhaltensmaxime zu einer Differenzierung von Unternehmen mit und ohne Mitbestimmung bedeuten, ohne daß dafür eine einleuchtende Erklärung bestünde. Zudem bedeutet der Rückgriff auf das Mitbestimmungsgesetz zwangsläufig eine inhaltliche Beschränkung auf Anteilseigner und Arbeitnehmerinteressen, während im Unternehmen eine Vielzahl weiterer Interessen wirken.³⁴⁸

Es bleibt daher festzustellen, daß eine Verhaltensmaxime, bei der Arbeitnehmerbelange gleichberechtigt miteinzubeziehen sind, zwar zur organisationsrechtlichen Konzeption des Mitbestimmungsgesetzes passen würde, sich durch dieses eine bestimmte Verhaltensmaxime für Vorstand oder Aufsichtsrat aber nicht begründen läßt. Dennoch spricht das Mitbestimmungsgesetz gegen die Ausrichtung rein am Gesellschaftsinteresse, denn es käme zum Widerspruch zwischen materiellen Vorgaben und prozessualer Ausgestaltung der Willensbildung. Besonders deutlich würde dieser Konflikt in der Person der von der Arbeitnehmerseite entsandten Aufsichtsratsmitglieder zu Tage treten.

³⁴⁴ Mülbert, ZGR 1997, 129, 152.

³⁴⁵ Kübler, Gesellschaftsrecht, 391 f.; ders., Corporate Governance and Director's Liabilities, 429, 433.

³⁴⁶ Mülbert, ZGR 1997, 129, 152.

³⁴⁷ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 77; Mülbert, ZGR 1997, 129, 153.

4. Unternehmensinteresse kraft verfassungsrechtlicher Vorgaben

Beim Stichwort "Gewinnmaximierung" ist man geneigt, an Kapitalismus und Marktwirtschaft in ihrer Extremform zu denken. Eine Relativierung dieses Prinzips, die Einschränkung der Marktmacht aufgrund sozialer Erwägungen führt einen zur Idee der "Sozialen Marktwirtschaft", die inzwischen als Wirtschaftssystem der Bundesrepublik anerkannt ist. Allein ein Hinweis darauf, daß es sich beim Wirtschaftssystem Deutschlands um eine soziale Marktwirtschaft handle³⁴⁹, genügt aber nicht, um eine Bindung von Vorstand oder Aufsichtsrat an das Unternehmensinteresse zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schreibt das Grundgesetz keine bestimmte Wirtschaftsordnung vor, es ist vielmehr "wirtschaftspolitisch neutral".³⁵⁰ Die Wirtschaftspolitik ist dem gesetzgeberischen Ermessen überlassen. Dem Hinweis auf die soziale Marktwirtschaft kann daher lediglich deskriptiver Charakter zukommen. Normative Ableitungen lassen sich daraus nicht entnehmen.³⁵¹

Vielfach wird die Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses mit der verfassungsrechtlich verankerten Sozialpflichtigkeit³⁵² des Eigentums (Art. 14 II GG) begründet.³⁵³ Diese begrenze zum einen die Handlungsfreiheit der Leitungsorgane, zum anderen könne sie deren Maßnahmen gegenüber Aktionären und Arbeitnehmern rechtfertigen. Schon Ballerstedt³⁵⁴ sieht im Unternehmen "ein in der Wirtschaftsverfassung wurzelndes rechtliches Gebilde", mit dessen Eigentumsgegenständen unternehmerisch zu verfahren nicht nur eine privatrechtliche Befugnis sei; vielmehr werde eine ihrem rechtlichen Gehalt und ihrer Funktion nach auf die Wirtschaftsverfassung zu beziehende Tätigkeit wahrgenommen. Damit sei der öffent-

³⁴⁸ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 78.

³⁴⁹ So wohl Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 13; ders., ZHR 144 [1980], 206, 225; auch Würdinger, Aktienrecht, 123 f.

³⁵⁰ BVerfGE 4, 7, 17 f.; 50, 290, 337 ff.; vgl. auch R. Schmidt in Handbuch des Staatsrechts, § 83 Rn. 15 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II Rn. 814.

³⁵¹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 149.

³⁵² Anstelle dieses Begriffes werden auch die Ausdrücke "Sozialbindung" und "Sozialverpflichtung" verwendet. Sozialpflichtigkeit und Inhalts- und Schrankenbestimmungen werden zum Teil unter dem Oberbegriff "Eigentumsbindungen" zusammengefaßt. Vgl. zur Terminologie Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 151.

³⁵³ KK-Mertens, § 76 Rn. 32; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 14; Kübler, Gesellschaftsrecht, 169 f.; Ensich, Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß, 25; Semler, FS Raisch, 291, 295; Henze, BB 2000, 209, 212.

³⁵⁴ Ballerstedt, JZ 1951, 486, 490 f.

liche (aber nicht öffentlich-rechtliche) Charakter der Unternehmerrolle klargestellt. Mit dem unternehmerischen Einsatz vollziehe der Eigentümer einen Akt der Veränderung seines Eigentums, indem er es aus der bisherigen Privat- in die "öffentliche Sphäre" überführe. Der Eigentümer konkretisiere den abstrakten Eigentumsgehalt unter Inanspruchnahme von Wirtschaftskräften der Gesamtheit. Die dem Eigentum innewohnende Rechtsmacht bleibe zwar immer noch "Herrschaftsbefugnis aus eigenem Recht", sei aber nun in Recht und Pflicht wirtschaftsverfassungsmäßig gebunden und habe damit die Ausschließlichkeit eingebüßt, die ihr als reines Privatrecht an der Sachsubstanz zukommen könne.

- a) Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse kraft unmittelbarer Geltung des Art. 14 II GG
- (1) Die Eigentumsbezogenheit des Art. 14 II GG und die daraus resultierenden Folgen für das Unternehmensinteresse

Im Hinblick auf das Unternehmensinteresse ergeben sich schon bei genauerer Betrachtung des Wortlauts des Art. 14 II GG Probleme. Art. 14 II GG bezieht sich auf das Eigentum und richtet sich damit zunächst an den Eigentümer. Eigentümer des Unternehmens ist die Gesellschaft als Unternehmensträger³⁵⁵ und mittelbar sind es die Aktionäre über ihr gesellschaftsrechtliches Anteilseigentum. Rechtspflichten, die aus Art. 14 II GG resultieren, würden sich also an die Gesellschaft als solche richten,³⁵⁶ auch wenn diese Pflichten nicht mit Machtmitteln des Staates erzwungen werden können,³⁵⁷ nicht aber an den Vorstand oder Aufsichtsrat als Repräsentanten der Gesellschaft. Dennoch gilt eine Begrenzung der Autonomie der Gesellschaft durch Art. 14 II GG auch für Vorstand und Aufsichtsrat, die – wie generell die Organe einer Gesellschaft – für die Einhaltung der Pflichten der Gesellschaft aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung

³⁵⁵ Diese unternehmensrechtliche Sicht vom Unternehmen als Rechtsobjekt soll hier zugrunde gelegt werden. Die Auseinandersetzung mit anderen unternehmensrechtlichen Auffassungen erfolgt unter C.III.5 [78 ff.].

³⁵⁶ Mülbart, ZGR 1997, 129, 150; vgl. auch Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Rn. 21.

³⁵⁷ Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Rn. 25.

zu sorgen haben.³⁵⁸ Es bleibt gleichwohl eine Pflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung auch in ihrem Interesse liegen muß. Eine Maßnahme, die nicht das Gewinnmaximierungsziel verfolgt, aber gem. Art. 14 II GG geboten ist, läge demnach im Gesellschaftsinteresse. Man könnte es also bei der Verpflichtung der Leitungsorgane auf das Gesellschaftsinteresse belassen. Mülbert sieht daher keinen Raum für ein besonderes Unternehmensinteresse als eine allein an Vorstand und Aufsichtsrat gerichtete Handlungsmaxime.³⁵⁹

Diese Ablehnung des Begriffs Unternehmensinteresse als aus Art. 14 II GG resultierende Verhaltensmaxime ist aber keineswegs zwingend. Es geht zwar nach der in diesem Abschnitt dargelegten Auffassung nicht um die Interessen des Unternehmens im Sinne eines eigenen Interessenträgers – insofern ist der Kritik zuzustimmen –, gleichwohl ist abzusehen, auch wenn die aus Art. 14 II GG resultierenden Pflichten hier noch nicht genau dargestellt werden, daß es um die Einbeziehung der neben den Anteilseignerinteressen auf das Unternehmen gerichteten Interessen geht. Das Unternehmensinteresse wäre dann das durch Art. 14 II GG modifizierte Gesellschaftsinteresse. Der Einfluß des Art. 14 II GG auf das Gesellschaftsinteresse käme aber ohne die Verwendung eines besonderen Begriffs nicht hinreichend zur Geltung, so daß dessen Verwendung durchaus gerechtfertigt ist. Nicht zuletzt spricht für den Begriff, daß ihn auch die Rechtsprechung³⁶⁰ benutzt.

Der Kritik muß aber zugestanden werden, daß der Begriff nicht – wie es sein Wortlaut nahelegt – das Unternehmen selbst als Interessenträger bezeichnet, sondern letztlich nur eine sprachliche Abkürzung³⁶¹ des oben beschriebenen Sachverhalts darstellt.³⁶²

³⁵⁸ Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76 Rn. 21; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 157.

³⁵⁹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 150.

³⁶⁰ BGHZ 64, 325, 329; BVerfGE 34, 103, 112.

³⁶¹ So auch Hüffer, AktG, § 76 Rn. 15; Goette, 50 Jahre Bundesgerichtshof, 123, 127. Bei den oben unter 2. und 3. diskutierten Begründungsansätzen hätte man den Begriff ebenfalls auf diese Bedeutung reduzieren müssen, denn es ging auch dort nur um die Einbeziehung von Allgemein- und Arbeitnehmerinteressen, nicht aber um das Interesse eines Interessenträgers "Unternehmen".

³⁶² Angesichts der geäußerten Kritik zum Begriff Unternehmensziel, ist diese Auffassung nicht ganz konsequent. Allerdings macht die Rechtsprechung beim Unternehmensinteresse entsprechende Vorgaben, während bei den Unternehmenszielen keine Notwendigkeit für die Verwendung des Begriffs besteht. Eine strikte Trennung des

(2) Unmittelbare Wirkung des Art. 14 II GG

Als Grundaussage des Art. 14 II GG wird angeführt, daß das Eigentum neben seiner "Privatnützigkeit" zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll.³⁶³ Diese Sozialbindung soll die Pflichten und Beschränkungen umschreiben, die der Gesetzgeber im Rahmen des ihm nach Art. 14 I 2 GG obliegenden Regelungsauftrags generell und abstrakt zu bestimmen hat.³⁶⁴ Mit Blick auf den Gesetzgeber kennzeichnet Ipsen Art. 14 II GG als "Ermächtigung und Direktive [...] zur Entfaltung der Sozialstaatlichkeit".³⁶⁵ Es scheint also, daß sich Art. 14 II nur an den Gesetzgeber richtet, nicht aber dem Eigentümer unmittelbar Pflichten auferlegt.

Sollen Vorstand und Aufsichtsrat andere Interessen als das Gesellschaftsinteresse verfolgen, das ja das Eigentümerinteresse darstellt, bedeutet dies eine Beschränkung der Freiheit des Eigentümers, mit seinem Eigentum nach seinem Willen zu verfahren, für die hier bislang keine gesetzliche Regelung ersichtlich ist. Um diese Beschränkung begründen zu können, müßte also entweder nach der oben dargestellten Auffassung der Gesetzgeber tätig werden, oder aber Art. 14 II GG unmittelbare Wirkung gegenüber dem Eigentümer entfalten.

Als einer der ersten hat sich E. R. Huber für die Einbeziehung des Eigentümers als Adressat in den rechtlichen Wirkungskreis des Art. 14 II GG ausgesprochen.³⁶⁶ Angesichts des durch Art. 14 II GG konkretisierten Sozialstaatsprinzips warnte er davor, "die Sozialverpflichtung, die Art. 14 II GG dem Eigentümer auferlegt, zu ignorieren oder zu eskamotieren". Art. 14 II GG sei für den Eigentümer nicht lediglich ein Programm, sondern diese Bestimmung habe vielmehr die Bedeutung eines aktuellen Rechtssatzes, der dem Eigentümer "unmittelbar existente soziale Verpflichtungen auferlegt". Art. 14 II schreibe "also dem Eigentümer bindend vor,

Unternehmensinteresses und des durch Art. 14 II GG modifizierten Gesellschaftsinteresses vollzieht Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 154 ff.

³⁶³ BVerfGE 18, 121, 131 f.; 34, 139, 146 ff.; 42, 263, 294 f.; 50, 290, 340 f.; 52, 1, 29; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 14 Rn. 7a.

³⁶⁴ BVerfGE 91, 294, 308; 89, 1, 5.; 52, 1, 29.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG Art. 14 Rn. 7a.

³⁶⁵ Ipsen, VVDStRL 10 [1952], 74, 85.

³⁶⁶ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 13 f.

seine Rechte in einer Weise wahrzunehmen, die den Allgemeininteressen Rechnung trägt".

Als entscheidendes Argument für die unmittelbare Geltung führt Huber die durch Art. 1 III GG angeordnete Bindungswirkung der Grundrechte an, denn "nicht nur die in dem Grundrechtskatalog statuierten Rechte, sondern auch die in ihm statuierten Pflichten [stellen] für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung 'unmittelbar geltendes Recht' [dar]".³⁶⁷

Die Bedenken gegen diese Argumentation ergeben sich jedoch schon aus Hubers Ausführungen selbst. Zwar ist es richtig, daß Art. 14 II GG nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz wie noch Art. 153 III WRV darstellt, sondern eine bindende Norm³⁶⁸. Doch aus dem Wortlaut des Art. 1 III GG ergibt sich klar, daß dieser unmittelbar nur die öffentliche Gewalt, nicht aber die Bürger untereinander bindet. Schmidt-Leithoff sieht zwar die Möglichkeit, daß die Bürger unter dem Aspekt dieser Bestimmung bei Nichtvorliegen sozial bindender Gesetze zu entsprechendem Verhalten über die Gerichte angehalten werden können, und somit eine indirekte Sanktion bestünde.³⁶⁹ Diese Ansicht erscheint jedoch schon aufgrund von Rechtsstaatsgesichtspunkten unhaltbar, so daß Art. 1 III GG nicht als Grundlage für die Unmittelbarkeit der Geltung des Art. 14 II GG in Betracht kommt.

Überzeugender erscheint es vielmehr, die unmittelbare Bindung der Bürger durch Art. 14 II GG mit der Immanenz der Sozialbindung des Eigentums zu begründen.³⁷⁰ Kimminich führt dazu aus:³⁷¹ "Jedes Eigentum verpflichtet. Der Gebrauch eines jeden Eigentums soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Diese Pflichtigkeit besteht unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sie durch im Range unter der Verfassung stehende Rechtsnormen konkretisiert hat oder nicht." Daneben wende sich Art. 14 II GG auch an den Gesetzgeber, der bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken im Sinne von Art. 14 I 2 GG auch die Sozialbindung des Eigentums zu berücksichtigen habe. Daß die Sozialbindung als dem Eigentum immanent

³⁶⁷ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 14.

³⁶⁸ Vgl. Bryde in v. Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn. 68; Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 152.

³⁶⁹ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 175.

³⁷⁰ Vgl. Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 154, 165 f., 175; Bryde in v. Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn. 69 f.; Badura in Handbuch des Verfassungsrechts, § 10 Rn. 24; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 175 f.

³⁷¹ Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 154.

anzusehen sei und Art. 14 II GG deshalb nicht lediglich als Richtlinie oder Direktive an den Gesetzgeber interpretiert werden könne, begründet er damit, daß die Sozialbindung unabhängig von einfachgesetzlichen Regelungen bestehe und positivrechtlich durch Art. 14 II GG geregelt sei.³⁷² Gestützt sieht er seine Auffassung durch ihre überpositive Begründung: "Diese eigentumsrechtliche Sozialpflichtigkeit entspricht der christlichen Eigentumsethik und ist von der Sozialnatur der Menschen her begründet. [... Sie] gehört zum Wesen des Eigentums und ist ihm nicht erst nachträglich von außen her aufgebürdet".³⁷³

Diese Auffassung übersieht jedoch, daß der Vorbehalt des Gesetzes auch im Rahmen des Art. 14 GG uneingeschränkt gilt. Er darf nicht über angebliche verfassungsunmittelbare Eigentümerpflichten aus Art. 14 II GG letztlich zugunsten eines Richtervorbehalts derogiert werden.³⁷⁴ Ein weiteres Argument gegen die Direktwirkung ist die Weite der Formel "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.", die sie für die Ableitung spezieller Einzelpflichten nahezu untauglich macht. "Je nach politischer und weltanschaulicher Sicht und persönlichem oder wirtschaftlichem Interesse [könnte man] bei fast jedem 'sozialen Belang' darüber streiten, ob er gemeinwohlrelevant ist und ob, inwieweit und wie er geschützt werden soll."³⁷⁵ Rechtsstaatsgesichtspunkte sprechen deshalb dafür, daß es einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf, und Art. 14 II GG "keinen subsumptionsfähigen verfassungsgesetzlichen Tatbestand, wohl aber grundlegende Leitlinien an den Gesetzgeber zur verfassungsrechtlichen Eigentumsausgestaltung" beinhaltet.³⁷⁶ Für den Bürger bedeutet Art. 14 II GG allenfalls eine moralische Verpflichtung. Dieser Weg garantiert die allgemeine Erkennbarkeit von Rechtspflichten, die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots und eine

³⁷² Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 166.

³⁷³ Erklärung des Kommissariats der Deutschen Bischöfe 1971, zit. nach Kimminich in Bonner Komm., Art. 14 Rn. 166.

³⁷⁴ Papier in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 299.

³⁷⁵ Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 16; ähnlich Farke, Öffentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, 56 ff. m. w. N

³⁷⁶ v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 14 Rn. 223 ff.; a. A. Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 160 ff. m. w. N

ausreichende öffentliche Abwägung und Begründung, ob und wie Art. 14 II verwirklicht werden soll.³⁷⁷

Die Sozialpflichtigkeit muß daher über Schranken realisiert werden und nicht über eine unmittelbare Geltung des Art. 14 II GG.³⁷⁸ In diesem Sinne bilden die "Regelung" in Art. 14 I 2 GG und die inhaltliche Orientierung in Art. 14 II GG einen einheitlichen Regelungsvorbehalt.³⁷⁹ Bei Art. 14 II GG handelt es sich also nicht um eine neben Art. 14 I 2 GG stehende Beschränkungsmöglichkeit, sondern um eine Direktive an den Gesetzgeber, im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung das Ziel der Sozialpflichtigkeit allen Eigentums zu verfolgen.³⁸⁰

Beide Auffassungen nehmen die Rechtsprechung des BVerfG für sich in Anspruch. In BVerfGE 21, 73, 83 führt das Gericht aus: "Das Gebot sozialgerechter Nutzung ist [...] nicht nur eine Anweisung für das konkrete Verhalten des Eigentümers, sondern in erster Linie eine Richtschnur für den Gesetzgeber [...]". Während die eine Auffassung sich nun auf den ersten Halbsatz stützt ("... nicht nur ..."),³⁸¹ betont die andere den zweiten Halbsatz und mißt dem ersten keine weitere Bedeutung zu,³⁸² zumal es in der Entscheidung nicht um die unmittelbare Wirkung des Art. 14 II GG, sondern um die Verfassungsmäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung ging. In einer weiteren, von beiden Auffassungen zitierten Entscheidung³⁸³ ist nur noch vom Regulationauftrag an den Gesetzgeber die Rede, eine unmittelbare Wirkung wird aber auch nicht explizit ausgeschlossen.

³⁷⁷ H. Westermann, *Freundesgabe der Wissenschaft für Hellmut Vits*, 251, 264.

³⁷⁸ Eine vermittelnde Ansicht vertritt insoweit Gassner, *NVwZ* 1982, 165, 167, der die unmittelbare Rechtsgeltung des Art. 14 II GG auf die Abwehr sozialer Mißbräuche beschränkt.

³⁷⁹ Leisner, *Sozialbindung des Eigentums*, 44; ders. in *Handbuch des Staatsrechts*, § 149 Rn. 136; Papier in *Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 299*; vgl. auch v. Brünneck, *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, 396, der Art. 14 I 2 als formelle und Art. 14 II als materiellrechtliche Verfassungsnorm deutet.

³⁸⁰ Papier in *Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 299*; Rittstieg in *Alternativkommentar, GG, Art. 14 Rn. 153*; Leisner, *Sozialbindung des Eigentums*, 44; ders. in *Handbuch des Staatsrechts*, § 149 Rn. 136; *Vorderwülbecke, BB* 1989, 505, 507.

³⁸¹ Kimminich in *Bonner Komm.*, Art. 14 Rn. 175.

³⁸² Papier in *Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 299*. Für diese Auffassung spricht auch, daß das Bundesverfassungsgericht sich in folgenden Entscheidungen (BVerfGE 25, 112, 117; 37, 132, 140) zwar auf das Urteil beruft, zugleich ist aber nur noch von einer Richtschnur für den Gesetzgeber die Rede.

³⁸³ BVerfGE 56, 249, 260.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt also keine eindeutige Lösung vor. Letztendlich muß eine unmittelbare Wirkung gegenüber der Gesellschaft als "Bürgerin" wegen der überzeugenderen Argumente abgelehnt werden. Die Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses kann also nicht auf Art. 14 II GG gestützt werden. Auf die inhaltlichen Konsequenzen dieser Ansicht braucht daher hier nicht näher eingegangen zu werden.³⁸⁴

b) Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums in § 76 AktG

(1) § 76 I AktG als organisationsrechtlicher Ansatzpunkt

Kommt man zum Schluß, daß Art. 14 II GG unmittelbar keine geeignete Grundlage für die Berücksichtigung anderer Belange als dem Gesellschaftsinteresse ist, bedeutet das nicht, daß verfassungsrechtliche Vorgaben in diesem Bereich ausgeschlossen sind. Ansatzpunkt für weitere Überlegungen ist in bezug auf den Vorstand § 76 I AktG. Dieser überträgt dem Vorstand die Leitungsbefugnis mit zwingender Wirkung, entsprechend werden Hauptversammlung und Aufsichtsrat von dieser Funktion ausgeschlossen.³⁸⁵ Gem. § 111 IV 1 AktG können dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden. Es ist allenfalls ein Zustimmungsvorbehalt gem. S. 2-4 dieser Vorschrift möglich. Die Hauptversammlung kann gem. § 119 II AktG über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn es der Vorstand verlangt.³⁸⁶ Aus diesen Regelungen ergibt sich, daß der Vorstand weisungsunabhängig ist.³⁸⁷ Gegenüber dem Aufsichtsrat besteht nur eine Pflicht zu Unterstützung der Kontrolltätigkeit, insbesondere zur Informationsbeschaffung gem. §§ 90 und 111 II AktG, und Weisungen der Hauptversammlung hat er nur zu befolgen, sofern er diese über § 119 II AktG herbeigeführt hat oder es um die Vorbereitung

³⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 176 ff., der das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime zwar ablehnt, Art. 14 II GG gleichwohl als Rechtsgrundlage für die Verantwortung der Unternehmensleitung ansieht.

³⁸⁵ KK-Mertens, § 76 Rn. 40; Hüffer, AktG, § 76 Rn. 2.

³⁸⁶ KK-Mertens, § 76 Rn. 41, der auch zu der aus der "Holzmüller"-Entscheidung (BGHZ 83, 122, 131) entstandenen Problematik Stellung nimmt.

³⁸⁷ KK-Mertens, § 76 Rn. 42.

von Maßnahmen geht, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen (vgl. § 83 AktG).

Diese organisationsrechtliche Funktionentrennung der §§ 76 I, 119 II, 23 V AktG stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 I 2 GG dar.³⁸⁸ Sie ist nicht lediglich die zweckmäßigste Organisation der AG zur Verfolgung des Gesellschaftsinteresses. Insbesondere die mangelnde Sachkunde der Aktionäre – gerade bei Publikumsgesellschaften – bezüglich der Geschäftsführung spricht zwar dafür, daß diese Regelung auch insoweit sinnvoll ist. Die Ausgestaltung als zwingende Norm, die nicht im Einzelfall – z. B. bei wenigen Großaktionären – angepaßt werden kann, zeigt aber, daß die Vorschriften auch im öffentlichen Interesse geschaffen wurden.³⁸⁹ Die Eigentümerbefugnisse der Anteilseigner am Unternehmen, vermittelt durch die Gesellschaft, werden näher bestimmt und vermindert. In dieser Inhalts- und Schrankenbestimmung findet die Sozialbindung der AG ihren "organisationsrechtlichen Ansatzpunkt".³⁹⁰

Dabei bedarf es keiner gesetzlich fixierten Leitmaxime entsprechend der Gemeinwohlformel des § 70 AktG 1937.³⁹¹ Vielmehr würde eine derartige Vorschrift unter der Geltung des GG und einem als reines Organisationsrecht gestalteten Aktienrecht als Fremdkörper erscheinen.³⁹² Das Aktiengesetz schreibt demnach weder eine feste Rangfolge zu beachtender Belange noch eine inhaltlich zu fixierende Verpflichtung von Vorstand oder Gesellschaft zur Wahrung von Drittinteressen vor.³⁹³ Vielmehr hat der Gesetzgeber durch § 76 I AktG die Sozialpflichtigkeit des Eigentums – über Art. 14 I 2 GG – auf organisationsrechtlicher Ebene dergestalt konkretisiert, daß der Vorstand gegenüber der Gesellschaft berechtigt ist, andere

³⁸⁸ Enschedé, Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß; 25, Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 161.

³⁸⁹ H. Westermann, Freundesgabe der Wissenschaft für Hellmut Vits, 251, 257.

³⁹⁰ Mertens, NJW 1970, 1718, 1719.

³⁹¹ KK-Mertens, § 76 Rn. 32; Enschedé, Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß, 25; Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 161 f.; a. A. Raisch, FS Hefermehl, 347352 f., der die Bindung an die in § 70 AktG 1937 genannten Interessen als der Regelung des § 76 I AktG immanent ansieht; ferner Wiedemann, FS Barz, 477; krit. auch Duden, FS Kunze, 127, 133.

³⁹² Vgl. dazu die vom Mißtrauen gegen Gemeinwohlformeln geprägten Vorbehalte im Gesetzgebungsverfahren zum Aktiengesetz von 1965: Baas, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 62 f.; Enschedé, Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß, 25 m. w. N

³⁹³ Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG § 76 Rn. 25; Enschedé, Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß, 26.

Interessen als das Gesellschaftsinteresse – z. B. Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen – zu berücksichtigen.

Daß es möglich ist, Sozialbindung über organisationsrechtliche Regelungen zu verwirklichen, zeigt deutlich die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes. Es ist dort anerkannt, daß schon in der Gestaltung der Organisation, unabhängig von der materiellen Ausfüllung des organisationsrechtlichen Rahmens, der – mögliche – Eingriff in das Eigentum der Aktionäre liegt, dessen verfassungsmäßige Rechtfertigung zu prüfen ist.³⁹⁴ Gleich verhält es sich bei § 76 AktG und der Funktionentrennung,³⁹⁵ wobei die Verfassungsmäßigkeit schon aufgrund des milderen Eingriffs gegenüber dem Mitbestimmungsgesetz unproblematisch ist.

(2) Inhaltliche Ausfüllung

Es wäre allerdings falsch, an dieser Stelle stehenzubleiben, und jegliche materielle Ausfüllung des organisationsrechtlichen Rahmens durch gesetzliche Vorgaben abzulehnen. Dies wäre quasi ein Freibrief für den Vorstand. Er könnte nach Belieben bestimmte Interessen verfolgen, ohne einer Verantwortung zu unterliegen. Dagegen spricht aber schon der Wortlaut des § 76 I AktG, nach dem der Vorstand "unter eigener Verantwortung" zu leiten hat. Daraus geht zum einen hervor, daß er nicht weisungsgebunden ist, zum anderen – auch als Gegengewicht – daß er sich verantworten muß. Diese Selbstverantwortung des Vorstands bedeutet, daß er, soweit er sich frei entscheiden kann, die Folgen seines Tuns zu tragen hat. Die Freiheit zieht Verantwortung nach sich, wie Verantwortung nicht ohne Freiheit möglich ist.³⁹⁶ Fraglich ist, nach welchem Maßstab sich die Verantwortung richtet. Eine Beschränkung auf die Aussage, der organisationsrechtliche Rahmen überlasse es komplett dem Vorstand, welche Interessen er verfolgen will, würde in der Diskussion um das Unternehmensinteresse nicht weiter helfen, denn dieses soll ja gerade als Verhaltensmaxime innerhalb dieses Rahmens dienen.

³⁹⁴ BVerfGE 50, 290, 351 f.: "Denn Organisation und Verfahren haben in aller Regel materielle Wirkungen, oft sind sie sogar um dieser Wirkungen willen geschaffen. Demgemäß ist in der Rechtsprechung seit jeher anerkannt, daß auch Organisations- und Verfahrensrecht unter den Geboten der materiellen Grundrechte steht und daß seine Gestaltung gegen diese verstoßen kann."

³⁹⁵ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 162.

³⁹⁶ H. Westermann, Freundesgabe für Hellmut Vits, 251, 254.

Autoren, die eine Ausrichtung am Gesellschaftsinteresse befürworten, rücken die Organstellung des Vorstands in den Mittelpunkt. Als Treuhänder der Gesellschaft habe dieser deren Interessen wahrzunehmen.³⁹⁷

Mit der Charakterisierung des § 76 I AktG als Inhalts- und Schrankenbestimmung und der Betonung dieser Eigenschaft ergibt sich aber ein weiterer Ansatzpunkt zur Ausfüllung des geschaffenen Handlungsrahmens. Obwohl eine direkte Anwendbarkeit von Art. 14 II GG oben bereits abgelehnt wurde, ist auf diese Vorschrift abzustellen.

Die klassische Bedeutung der Grundrechte liegt in ihrer Funktion als Abwehrrechten gegenüber dem Staat. Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht mißt den Grundrechten über diese Funktion hinaus aber weitere Bedeutung zu, indem es in den einzelnen Grundrechten objektive Wertentscheidungen und in der Gesamtheit der Grundrechte eine objektive Wertordnung verkörpert sieht.³⁹⁸ Aus dieser objektiven Komponente wurden neue Wirkungen der Grundrechte entwickelt, die über deren klassische Rechtsfolgen hinausgehen. Insbesondere müssen sich die durch die Grundrechte bestimmten Wertmaßstäbe bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, gerade auch des Privatrechts, niederschlagen.³⁹⁹ Aus der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte ergibt sich also das Gebot der grundrechtskonformen Auslegung, man spricht auch von der Ausstrahlungs- oder Drittwirkung der Grundrechte.⁴⁰⁰ Medium für die Ausstrahlung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht sind vor allem dessen Generalklauseln, die deshalb als "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet werden.⁴⁰¹

In diesem Sinne ist auch § 76 I AktG auszufüllen.⁴⁰² Dieser stellt zwar keine Generalklausel im klassischen Sinne dar, jedoch läßt er – wie sich ja auch in der bisherigen Diskussion gezeigt hat – einen breiten Interpretationsspielraum, was die materiellen Anforderungen an das Handeln des Vorstands angeht. Die mangelnden inhaltlichen Vorgaben der rein organisationsrechtlichen Regelung des § 76 I AktG sind daher mit der durch die Grundrechte vorgegebenen Wertordnung auszufüllen. Unter der Geltung

³⁹⁷ Siehe oben C.III.1 [46 ff.].

³⁹⁸ BVerfGE 7, 198.

³⁹⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 76.

⁴⁰⁰ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 81.

⁴⁰¹ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 181.

⁴⁰² Vgl. Henze, BB 2000, 209, 212.

des Grundgesetzes bedarf es keiner Gemeinwohlformeln wie § 70 I AktG 1937, vielmehr treten an diese Stelle die Grundsätze der Verfassung. Maßgeblich ist hier, da es um das durch die Gesellschaft vermittelte Eigentum der Anteilseigner am Unternehmen geht, zunächst Art. 14 I 1 GG. Die Eigentümerrechte dürfen also nicht unverhältnismäßig verkürzt werden. Auf der anderen Seite steht die Sozialbindung des Art. 14 II GG. Weder die Eigentumsfreiheit darf mehr als verhältnismäßig verkürzt werden, noch darf die Sozialbindung unverhältnismäßig vernachlässigt werden, vielmehr sind die Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.⁴⁰³

Welche genauen inhaltlichen Anforderungen daraus abzuleiten sind, und ob die einzelnen Konzeptionen zum Unternehmensinteresse diesen entsprechen, bleibt zu untersuchen.⁴⁰⁴ Jedenfalls ergibt sich aus der Auslegung des § 76 I AktG im Lichte von Art. 14 II GG, daß der Vorstand durchaus andere Gesichtspunkte als allein das Gesellschaftsinteresse beachten kann. Art. 14 II GG kommt daher – wenn auch indirekt – als Begründungsansatz für das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Organe der AG in Betracht. Das Unternehmensinteresse wäre – wiederum gewissermaßen als sprachliche Abkürzung – Ausdruck für den sich aus einem Ausgleich von Eigentumsfreiheit und Sozialbindung ergebenden Verhaltensmaßstab, der über § 76 I AktG ins Aktienrecht einfließt.

(3) Kritik

Kritik erfährt diese Auffassung insoweit, als sie mit § 76 I AktG als organisationsrechtlichem Ausgangspunkt für das Unternehmensinteresse zu kurz greife.⁴⁰⁵ Schon aufgrund der funktionellen Austauschbarkeit der Organfunktionen (vgl. §§ 111 IV 3, 4; 119 II AktG) müsse sich eine das Gewinnmaximierungsziel modifizierende verfassungsrechtlich abgeleitete Verpflichtung an die AG als solche und nicht lediglich an zwei ihrer drei Organe wenden.

⁴⁰³ BVerfGE 21, 150, 155; st. Rspr., vgl. aus jüngerer Zeit BVerfGE 87, 114, 138 und BVerfG, EuGRZ 1999, 705, 711.

⁴⁰⁴ Siehe dazu unten C.IV [87 ff.].

⁴⁰⁵ Mülbart, ZGR 1997, 129, 150; ausführlich Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 81 ff.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß – wie oben bereits festgestellt – für Vorstand und Aufsichtsrat ein einheitlicher Verhaltensmaßstab gelten muß.⁴⁰⁶ Ein aus § 76 I AktG und verfassungsrechtlichen Vorgaben gewonnener Verhaltensmaßstab ist daher auch auf den Aufsichtsrat anzuwenden. Dafür spricht aus haftungsrechtlicher Sicht ohnehin § 116 AktG, der bezüglich der Aufsichtsratshaftung lediglich auf die Regelung für den Vorstand verweist.

Daß auch die Hauptversammlung an diesen Maßstab gebunden wäre, läßt sich hingegen nicht begründen, ist aber auch nicht erforderlich. Zwar kann die Hauptversammlung in den Fällen des § 111 IV 3, 4 AktG und des § 119 II AktG über Geschäftsführungsmaßnahmen entscheiden. Der Gesetzgeber bindet sie dabei aber eben nicht an den Verhaltensmaßstab von Vorstand und Aufsichtsrat und verzichtet in diesen Fällen auf eine Konkretisierung der Sozialbindung. Daß ein einheitlicher Maßstab nicht erforderlich ist, zeigt schon die Tatsache, daß, wenn es einen solchen gäbe, dies keine Auswirkungen auf die Praxis hätte, da Sanktionen gegen die Hauptversammlung nicht bestehen. Sie bräuchte sich ohnehin nicht nach bestimmten Vorgaben zu richten. Die Fälle, in denen die Hauptversammlung entscheidet, sind auch klar abgegrenzt, so daß es zu keinen Überschneidungen kommt, wo ein einheitlicher Verhaltensmaßstab erforderlich wäre.

Des weiteren stellt sich die Frage, ob nicht eine aus verfassungsrechtlichen Normen hergeleitete Verhaltensmaxime für die Geschäftsführung unterschiedslos für alle Unternehmen, gleich welcher Rechtsform, gelten muß.⁴⁰⁷ Eine auf § 76 I AktG beruhende Argumentation beschränkt sich nun einmal auf die Aktiengesellschaft. Als Argument für einen einheitlichen Maßstab könnte auch, wie schon bei der Diskussion zur Weitergeltung von § 70 I AktG 1937, das Umwandlungsgesetz herangezogen werden.⁴⁰⁸ Durch die Möglichkeit, die AG identitätswahrend z. B. in eine GmbH umzuwandeln, komme im Umwandlungsgesetz die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, daß die verschiedenen Gesellschaftstypen rechtlich äquivalente Formen der Unternehmensträgerschaft darstellen.

⁴⁰⁶ Siehe oben B.II [23].

⁴⁰⁷ Auf die Allgemeingültigkeit ihres Konzepts weisen Vertreter der Auffassung hin, die Art. 14 II GG unmittelbar anwenden, so z. B. Rittner, FS Geßler, 139, 145 ff.; ders. JZ 1980, 113, 117; Schön ZGR 1996, 429, 439; Ballerstedt, JZ 1951, 486, 493.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu oben C.III.2.b) [61].

Zunächst ist eine Übertragung der hier entwickelten Grundsätze auf die GmbH nicht ausgeschlossen, so daß zumindest insoweit ein einheitliches Konzept verfolgt werden könnte. Das GmbHG trifft keine direkte Regelung, an welchen Maßstäben sich die Geschäftsführung ausrichten muß. Eine Verpflichtung der Geschäftsführer auf das Unternehmensinteresse entsprechend der hier dargelegten Grundsätze wäre also durchaus möglich. Allerdings ergibt sich aus § 37 I GmbHG, daß die Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt sind.⁴⁰⁹ Insoweit könnten die nicht an eine Verhaltensmaxime gebundenen Gesellschafter sich durchsetzen und die Geschäftsführung entsprechend gestalten. Die Vorgaben der Gesellschafter würden einer Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse vorgehen, und so die Wirksamkeit der Verhaltensmaxime einschränken. Bei der GmbH wäre also die Sozialbindung in einem erheblich geringeren Maße verwirklicht.

Ein solcher Unterschied zwischen AG und GmbH ist aber, wie auch die Unterschiede zu anderen Gesellschaften, kein Grund, von der hier vertretenen Auffassung abzurücken. Die Sozialbindung und damit die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse ist bei den einzelnen Gesellschaftstypen durch den Gesetzgeber in unterschiedlicher Weise ausgestaltet.⁴¹⁰ Alles weitere ist eine Frage der Rechtspolitik, nicht aber des geltenden Rechts. Das Umwandlungsgesetz als Argument anzuführen, kann nicht überzeugen, denn mit der Umwandlung kann nicht die Nivellierung der Gesellschaftstypen gewollt sein, würde so doch auch jeder Grund für eine Umwandlung entfallen.

5. Unternehmensrechtliche Begründung

Den bisherigen Begründungsansätzen lag die Vorstellung vom Unternehmen als Rechtsobjekt mit dem Unternehmensträger als dazugehörigem Rechtssubjekt zugrunde, bzw. lassen sich diese mit dieser Vorstellung vereinbaren; sie sind also unabhängig von einem bestimmten Unternehmensmodell. Ein grundlegend anderer Standpunkt ergibt sich, wenn man den Bestrebungen zur Verselbständigung des Unternehmens folgt, und es

⁴⁰⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 17 ff. m. w. N

⁴¹⁰ v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 14 Rn. 146.

als Rechtssubjekt ansieht oder mit der Aktiengesellschaft identifiziert, insbesondere weil das Unternehmen dann erst Interessenträger sein kann.

Sieht man das Unternehmen als Sozialverband oder als soziale Organisation an,⁴¹¹ stellt das Unternehmen gegenüber der Gesellschaft den umfassenderen Verband dar, dessen Leitung dem Vorstand und dem Aufsichtsrat obliegt. Die Verantwortlichkeit der Organe muß daher "infolge eines notwendigen Akts logischer Konsequenz" auf das Unternehmen und nicht nur auf die Gesellschaft bezogen werden.⁴¹² Das Unternehmensrecht überlagert bei diesem Modell das Gesellschaftsrecht, was auch bei der Verhaltensmaxime für die Organe zu berücksichtigen ist. Das Gesellschaftsinteresse als Richtschnur für das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat wird durch das Unternehmensinteresse ersetzt.

Flume identifiziert Unternehmen und Aktiengesellschaft, da das Unternehmen Teil des "idealen Ganzen" juristische Person sei.⁴¹³ Geht man von dieser Identifikation aus, muß Bezugspunkt für das Handeln von Vorstand und Aufsichtsrat nicht die Gesellschaft als Anteilseignerverband im Sinne des herkömmlichen Gesellschaftsrechts, sondern die juristische Person als das "ideale Ganze" sein.⁴¹⁴ Zum idealen Ganzen gehören nach Flume neben den Aktionären auch die in dem als juristische Person verfaßten Unternehmen Tätigen.⁴¹⁵ Verhaltensmaßstab für Vorstand und Aufsichtsrat ist daher nicht mehr das Gesellschaftsinteresse, wie bisher verstanden als durch den Gesellschaftszweck umschriebenes gemeinsames Interesse der Anteilseigner, sondern das Unternehmensinteresse, denn die Leitungsorgane sind nicht gegenüber den Aktionären verantwortlich, sondern gegenüber dem als Aktiengesellschaft verfaßten Unternehmen.⁴¹⁶ Freilich sind in Flumes Modell Unternehmensinteresse und Gesellschaftsinteresse identisch,⁴¹⁷ wobei dem Gesellschaftsinteresse gegenüber dem bisherigen Gebrauch eine umfassendere Bedeutung zukommt.

Mertens stützt diese Auffassung mit dem Argument, daß mit Gesellschaft im Sinne von § 76 I AktG, auf die sich die Leitungsaufgabe bezieht, nicht

⁴¹¹ Siehe oben C.I.2.b)(2) [34 ff.].

⁴¹² Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114.

⁴¹³ Siehe oben C.I.2.b)(3) [36 ff.].

⁴¹⁴ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 54.

⁴¹⁵ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 49.

⁴¹⁶ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 54.

der Gesellschafterverband gemeint sein könne, denn über die im Verband zusammengeschlossenen Gesellschafter könne der Vorstand überhaupt keine Leitungsmacht ausüben. Vielmehr beziehe sich die Leitung auf die wirtschaftliche und soziale Organisations- und Wirkungseinheit, deren rechtliche und soziale Identität durch die Rechtsfigur der juristischen Person begründet werde, mithin auf das Aktienunternehmen.⁴¹⁸ Entsprechend müsse sich die Verantwortlichkeit des Vorstands auch an der Maxime des Unternehmensinteresses ausrichten,⁴¹⁹ denn die Pflichten des Vorstands ergeben sich aus dessen Aufgabe.

Ähnlich wie Flume argumentiert Schilling, der ebenfalls von einem Aktienunternehmen ausgeht.⁴²⁰ Das Aktiengesetz sei als Organisationsrecht des Aktienunternehmens "nicht (nur) gesellschaftsrechtlich, sondern (auch) unternehmensrechtlich auszulegen".⁴²¹ In seiner unternehmensrechtlichen Konzeption sieht er das Integrationsprinzip durch den Gesetzgeber verwirklicht, sowohl organisatorisch als auch materiellrechtlich. Aus dieser materiellrechtlichen Integration erwachse eine Verhaltensmaxime, die von einem gemeinsamen⁴²² Interesse, nämlich dem Unternehmensinteresse geleitet werde.⁴²³ Bestätigt sieht er diese Auffassung im Mitbestimmungs-urteil des BVerfG⁴²⁴, in dem von der Kooperation und Integration aller im Unternehmen tätigen Kräfte die Rede sei, deren Kapitaleinsatz und Arbeit Voraussetzung der Existenz und der Wirksamkeit des Unternehmens sei.

Semler identifiziert nicht Aktiengesellschaft und Unternehmen sondern, lediglich die Organe derselben.⁴²⁵ Vorstand und Aufsichtsrat seien nicht nur Organe der Aktiengesellschaft, sondern auch Organe des Unternehmens,⁴²⁶ das er als Anstalt qualifiziert.⁴²⁷ Vorstand und Aufsichtsrat als Führungsträger hätten ihr Verhalten weder dem Interesse des Leitungsträgers (Belegschaft) noch dem des Werte- und Haftungsträgers allein zu

⁴¹⁷ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 59.

⁴¹⁸ KK-Mertens, § 76 Rn. 6.

⁴¹⁹ KK-Mertnes, § 76 Rn. 16 ff.

⁴²⁰ Siehe oben C.I.2.b)(3) [36 ff.].

⁴²¹ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 143.

⁴²² "gemeinsam" bezieht Schilling auf die Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

⁴²³ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 142 f.

⁴²⁴ BVerfGE 50, 290, 365 f.

⁴²⁵ Semler, FS Raisch, 291, 306, Fn. 51.

⁴²⁶ Semler, FS Raisch, 291, 306.

⁴²⁷ Siehe oben C.I.2.b)(4) [39 ff.].

unterwerfen. Ihre Handlungsmaxime werde durch das Interesse ihres Verbandes, durch das Unternehmensinteresse bestimmt.⁴²⁸

Letztlich beruhen die diskutierten Begründungsansätze für das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime auf den gleichen Grundgedanken. Ausgehend von den jeweiligen Vorgaben, was die Qualifizierung des Unternehmens angeht, sind sie auch konsequent und überzeugend. Das Unternehmen wird als gegenüber der Gesellschaft umfassenderer Verband gesehen, oder es werden beide identifiziert. Das daraus entstehende Unternehmensrecht überlagert das Gesellschaftsrecht bzw. ergänzt es. Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime wird im Zuge dieses Prozesses durch das Unternehmensinteresse ersetzt.

Die Kritik an den einzelnen Modellen selbst wurde schon oben bei der Diskussion des Unternehmensbegriffs angeführt und soll daher hier nicht noch einmal behandelt werden. Entscheidend und besonders problematisch ist bei der Begründung einer Verhaltensmaxime, die im Rahmen der Haftung von Bedeutung ist, ob sie dem geltenden Recht entspricht. Das Modell, das das Unternehmensinteresse als Richtschnur für das Handeln der Organe stützt, darf nicht nur rechtspolitische Forderung oder wünschenswertes Konstrukt sein, sondern muß im Gesetz verwirklicht sein. Autoren, die das Unternehmen als Rechtsobjekt sehen und vom Unternehmensträger trennen, weisen darauf hin, daß nur dieses Modell mit dem geltenden Recht vereinbar sei.

Raiser verweist zur Begründung seiner Auffassung vor allem auf die Entwicklung in der Terminologie der wirtschaftsrechtlichen Gesetze. Zwar gelte im klassischen Handelsrecht noch heute die Gesetzessystematik der Jahrhundertwende, in der durchweg Kaufleute und Handelsgesellschaften als die maßgeblichen Rechtsträger fungieren. In allen anderen Gesetzen sei jedoch im Lauf der Zeit der Begriff des Unternehmens an deren Stelle getreten. Das Unternehmen sei der Normadressat namentlich wirtschaftsrechtlicher Vorschriften aller Art und werde in diesen auch als selbständiger Träger privatrechtlicher Rechte und Pflichten angesprochen.⁴²⁹ Er folgert daraus, "daß sich das geltende Recht in Deutschland auf dem Weg

⁴²⁸ Semler, FS Raisch, 291, 307.

⁴²⁹ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 35 u. 167; ders., FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 503.

vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht sowie zur Anerkennung des Unternehmens als juristischer Person befunde und auf diesem Weg schon ein gutes Stück fortgeschritten sei, aber ein einheitlicher, widerspruchsfreier Zustand noch nicht wieder erreicht werden konnte".⁴³⁰ Die für seinen neuen juristischen Unternehmensbegriff herangezogene Organisationssoziologie sage zwar über die Frage einer juristischen Personifikation des Unternehmens unmittelbar nichts aus, aber sie lege doch die Behauptung nahe, "daß eine Organisation als einheitliches und integriertes soziales Gebilde, das als solches mit der Umwelt in Kontakt steht, [...] geradezu dahin drängt, durch die Anerkennung als juristische Person in seiner Einheit und sozialen Wirksamkeit bestätigt zu werden".⁴³¹

Bestätigt sieht er seine Auffassung darin, daß sich das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime im Rahmen der §§ 93, 116 AktG nicht nur aus seinem Unternehmensmodell, sondern auch aus dem geltenden Recht ergebe,⁴³² nämlich aus der durch das Mitbestimmungsgesetz geschaffenen Problematik, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht auf das Unternehmensinteresse verpflichtet werden könnten.

Daß das Mitbestimmungsgesetz allein nicht als Begründungsansatz für das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime und erst recht nicht für ein neues Unternehmensrecht ausreicht, wurde bereits oben dargelegt.⁴³³ Sicher ist es ein wichtiges Argument im Rahmen der Diskussion und die Problematik der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat macht dies deutlich. Angesichts des Kompromißcharakters des Mitbestimmungsgesetzes dürfen die Folgerungen daraus aber nicht überzogen werden. Als Stütze eines auf einem breiteren Fundament ruhenden Konzepts ist das Mitbestimmungsgesetz hingegen durchaus denkbar.

Auch das Argument der Verwendung des Begriffs "Unternehmen" durch den Gesetzgeber wird kritisiert.⁴³⁴ "Unternehmen" sei als Ausdruck der Gesetzessprache ein zweckbezogener Begriff und habe nicht nur nach dem jeweiligen Rechtsgebiet, in dem er verwendet werde, einen unterschied-

⁴³⁰ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 166.

⁴³¹ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 167; über die normative Kraft soziologischer Modelle vgl. 94 ff.

⁴³² Raiser, FS R. Schmidt, 101, 114 f.

⁴³³ Siehe oben C.III.3 [62 ff.].

⁴³⁴ Vgl. zur Kritik auch Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 103 f.

lichen Inhalt.⁴³⁵ Vielfach handele es sich lediglich um einen vereinfachen-
den und zusammenfassenden Oberbegriff der jeweiligen Normen.

Bei Raiser selbst lassen sich Zweifel erkennen, ob sein Unternehmens-
modell der *lex lata* entspricht. Einerseits, so stellt er fest, bestehe vom
Standpunkt der Rechtstheorie und Rechtsdogmatik aller Grund, die Per-
sonifikation des Unternehmens anzuerkennen; andererseits wäre es ver-
früht, so zu tun, als sei im geltenden Recht dieser Schritt schon endgültig
vollzogen.⁴³⁶ Auch in jüngeren Publikationen bleibt offen, inwieweit das
Unternehmen als Rechtssubjekt, das er inzwischen in Fortentwicklung von
Flumes Lehre mit der Gesellschaft identifiziert, Eingang ins geltende Recht
gefunden hat.⁴³⁷

Flume setzt bei seinem Modell vor allem an der Savignyschen Wesens-
bestimmung der juristischen Person als "dem idealen Ganzen" an.⁴³⁸ Er
stützt seine Auffassung aber auch mit Bestimmungen des geltenden Rechts.
Die gesamten Vorschriften über die Rechnungslegung der Aktiengesell-
schaft gingen von der Identifikation der Aktiengesellschaft und des
Unternehmens der Aktiengesellschaft aus.⁴³⁹ Die Rechnungslegung als
solche sei die Rechnungslegung der Aktiengesellschaft, während alle Daten
der Rechnungslegung das Unternehmen betreffen.

In Betracht käme darüber hinaus, die Identität von Gesellschaft und Unter-
nehmen mit § 76 I AktG zu untermauern. Geht man mit Mertens davon aus,
daß Bezugspunkt der Leitung in § 76 I AktG nur das Unternehmen im
Sinne Flumes sein kann,⁴⁴⁰ das Gesetz aber von Leitung der Gesellschaft
spricht, würde dies die Identität nahelegen. Diese Argumentation setzt aber
voraus, daß man bereits von einem entsprechenden Unternehmensbegriff
ausgeht. Die Begründung desselben damit wäre ein Zirkelschluß. Eine
schlüssige Interpretation des § 76 I AktG ist auch bei der Trennung von
Unternehmen und Unternehmensträger möglich. Leitung der Gesellschaft
bedeutet dann Geschäftsführung für die AG.⁴⁴¹ Fungiert die AG als Träger
eines Unternehmens, umfaßt die Geschäftsführung zwar auch die Leitung

⁴³⁵ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 48 m. w. N

⁴³⁶ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 171.

⁴³⁷ Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 502 ff.

⁴³⁸ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 49.

⁴³⁹ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 50.

⁴⁴⁰ KK-Mertens, § 76 Rn. 6.

⁴⁴¹ Mülbart, ZGR 1997, 129, 155; Hüffer, AktG § 76, Rn. 7 m. w. N, der die Leitung
als einen Teilbereich der Geschäftsführung ansieht.

des Unternehmens, dennoch ist es möglich, § 76 I AktG so aufzufassen, daß er die Geschäftsführung der AG meint⁴⁴², die die Unternehmensleitung eben mit umfaßt. § 76 I AktG spricht daher nicht unbedingt für die These vom Aktienunternehmen.⁴⁴³

Grundlage dieser These ist letztlich die Savignysche Wesensbestimmung der juristischen Person. Bei der Auslegung des geltenden Rechts hilft diese Begründung aber nicht viel weiter. Es fehlt vielmehr der entscheidende Punkt, nämlich der Nachweis, daß die Savignysche Wesensbestimmung der juristischen Person derjenigen des geltenden Rechts entspricht.⁴⁴⁴ Flumes Lehre wird daher vielfach in den Bereich des Rechtssoziologischen und Rechtspolitischen eingeordnet.⁴⁴⁵

Am deutlichsten beruft sich Schilling auf das geltende Recht.⁴⁴⁶ Daß die Aktiengesellschaft seinem Unternehmensbild entspricht, sieht er darin bestätigt, daß "der Arbeiter nicht mehr rechtlos in dem 'Kapitalverein' [... ist], der Betrieb als Teil des Unternehmens im BetrVerfG rechtlich verfaßt [ist], die Belegschaft durch von ihr gewählte Mitglieder im Aufsichtsrat vertreten [ist], [und] eine Organisation geschaffen [wurde], die unter der eigenverantwortlichen Leitung des Vorstands steht, auf Gewaltenteilung ihrer Organe gestützt [ist], in ihrer Satzungsgestaltung durch die zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes vorgeprägt [ist], aber in der Zwecksetzung, in der Gestaltung des unternehmerischen Willens und in der Bewegung auf dem Markt autonom [ist]".⁴⁴⁷

Kritiker sehen in Schillings Aktienunternehmen nur einen neuen Unternehmensträgertyp, der sich nicht in das geltende Recht einfügen läßt.⁴⁴⁸ Vielmehr sei er mit seinen zwei Basisorganen Hauptversammlung und Belegschaft dem modernen Privatrecht unbekannt und allenfalls als Anstalt

⁴⁴² Rittner, FS Geßler, 139, 150 f.

⁴⁴³ Mülbert, ZGR 1997, 129, 155.

⁴⁴⁴ Mülbert, ZGR 1997, 129, 155 m. w. N

⁴⁴⁵ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 335; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 161 f.; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 151.

⁴⁴⁶ Vgl. W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, wo er seinen Aufsatz als "Bestandsaufnahme des geltenden Rechts" einordnet. Die h. M., die zwischen Unternehmensträger als Rechtssubjekt und Unternehmen als Rechtsobjekt unterscheidet, hält er für *contra legem* (ibid., 140).

⁴⁴⁷ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 138 f.; vgl. auch ders., ZHR 144 [1980], 338.

⁴⁴⁸ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 333; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 165; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 147; ablehnend auch Hanau, ZGR 1979, 524, 542.

zu qualifizieren, die es aber im Privatrecht nicht gebe.⁴⁴⁹ Zwar könne der Gesetzgeber eine solche schaffen, dennoch wäre die Zwangsmitgliedschaft der Arbeitnehmer rechtlich höchst problematisch und die Konstruktion illusionär, da die Mitgliedschaft der Belegschaft angesichts ihrer Mediativierung wirkungslos wäre. Zudem widerspräche die Umgestaltung der AG zu einer Anstalt dem Aktiengesetz, das den Aktionären innerhalb und außerhalb der Hauptversammlung eine Vielzahl von Rechten gebe, die dann größtenteils ihren Sinn verlieren würden.⁴⁵⁰ Vor allem aber wird die von Schilling behauptete Entwicklung vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht und damit die Entwicklung von der Aktiengesellschaft zum Aktienunternehmen bestritten. Die Vorschriften, die Schilling dafür zitiere, seien außer wichtigen arbeitsrechtlichen Verbesserungen lediglich "die bekannten Wellen gemeinwirtschaftlicher Ideen, die in Abständen das (rechts-) politische Denken in Deutschland erfassen".⁴⁵¹ Es geht letztlich also wiederum um die Frage, inwieweit beispielsweise dem Mitbestimmungsgesetz über seine unmittelbare Aussage hinaus Bedeutung zugemessen wird.

Semler schließlich qualifiziert das Unternehmen ausdrücklich als Anstalt. Er selbst sieht in seinen Ausführungen weniger eine umfassende Abhandlung, als einen Diskussionsbeitrag.⁴⁵² Entsprechend sind manche Argumentationsstränge nur angedeutet. Ausgangspunkt ist für Semler, daß er dem Unternehmen auch subjektive Eigenschaften wie Image, Betriebsklima, Motivierung, Einsatzbereitschaft beimißt. Diese seien zumindest für eine gewisse Zeit von den Menschen an der Spitze des Unternehmens unabhängig und damit Eigenschaften des Unternehmens. Ordne man dem Unternehmen allerdings subjektive Eigenschaften zu, lasse es sich nicht mehr allein als Objekt, das heißt als Inbegriff von Sachen und Rechten, von Rechtsbeziehungen zu den Beteiligten, begreifen. Die Anstalt sieht er dann als geeignete Subjektform an, die das Unternehmen erfaßt. Daß es nach der h. M. keine privatrechtlichen Anstalten gibt, ist für ihn kein Hindernis, denn "wenn eine exegetische Untersuchung der Unternehmensordnung eine privatrechtliche Struktur erscheinen läßt, die wir im öffentlichen Recht

⁴⁴⁹ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 333.

⁴⁵⁰ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 337; vgl. zu den oben bereits geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 504 f.

⁴⁵¹ Rittner, ZHR 144 [1980], 330, 333.

⁴⁵² Semler, FS Raisch, 291, 304.

'Anstalt' nennen, dann hat der Gesetzgeber eine solche Institution eben geschaffen".⁴⁵³

Da Semler ausdrücklich von einer Anstalt spricht, kann ihm neben den bereits angeführten verfassungsrechtlichen Bedenken⁴⁵⁴ freilich die Kritik an Schillings Auffassung entgegengesetzt werden, sofern diese davon ausging, daß dessen Aktienunternehmen anstaltlichen Charakter habe.⁴⁵⁵ Ansonsten ist für die Frage, ob die Auffassung dem geltenden Recht entspricht, wiederum die "exegetische Untersuchung der Unternehmensordnung" entscheidend, die eben unterschiedlich bewertet wird. Insoweit kann auch Semler den Streit nicht entscheidend beeinflussen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Theorien, die vom Unternehmen als Rechtssubjekt oder von einer Identifikation von Unternehmen und Aktiengesellschaft ausgehen, eine gute Begründung für die Berücksichtigung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat bieten. Äußerst problematisch ist aber, ob nach dem geltenden Recht diese Theorien bzw. eine von ihnen der Interpretation der haftungsrechtlichen Vorschriften im Aktienrecht zugrunde gelegt werden können. Nicht umsonst schreibt Ballerstedt, das Verhältnis zwischen einem als Anknüpfungspunkt eines rechtswissenschaftlichen Systems verstandenen Unternehmensrecht und dem Gesellschaftsrecht "bildet das Feld von Auseinandersetzungen, deren Schärfe den Schulenstreit zwischen Romanisten und Germanisten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vermutlich noch übertrifft".⁴⁵⁶ Am besten bringt vielleicht Raiser die Situation auf den Punkt, wenn er davon spricht, "daß sich das geltende Recht in Deutschland auf dem Weg vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht sowie zur Anerkennung des Unternehmens als juristischer Person befinde und auf diesem Weg schon ein gutes Stück fortgeschritten sei, aber ein einheitlicher, widerspruchsfreier Zustand noch nicht wieder erreicht werden konnte".⁴⁵⁷ Eine eindeutige Klärung der Frage hat jedenfalls die Diskussion während der seit diesem Zitat vergangenen 30 Jahre nicht gebracht.

⁴⁵³ Semler, FS Raisch, 291, 307, Fn. 53.

⁴⁵⁴ Vgl. oben C.I.2.b)(4) [39].

⁴⁵⁵ Siehe oben C.I.2.b)(3) [38 f.].

⁴⁵⁶ Ballerstedt, FS Duden, 15, 16.

⁴⁵⁷ Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 166.

IV. Inhaltliche Konzeptionen zum Unternehmensinteresse

Die Funktion des Unternehmensinteresses innerhalb der Organhaftung ist – wie oben bereits dargestellt – die einer Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat. Vorstand und Aufsichtsrat haben ihre Leitungstätigkeit am Unternehmensinteresse auszurichten. Geht man von der Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses im geltenden Recht aus, ist die entscheidende Frage, was sich inhaltlich hinter dem Begriff Unternehmensinteresse verbirgt. Die inhaltliche Ausfüllung des Begriffs bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Im wesentlichen werden folgende Lösungsansätze vertreten.

1. Identität von Unternehmensinteresse und Gesellschaftsinteresse

Eine Reihe von Autoren sieht bei der Konkretisierung des Unternehmensinteresses im Gesellschaftszweck der Gewinnerzielung die über alle Einzelaspekte der konkreten Entscheidungssituation erhobene Richtschnur.⁴⁵⁸ Das Unternehmensinteresse ist dann lediglich ein anderer Begriff für das Gesellschaftsinteresse als normative Leitlinie für die Organe. Im Ergebnis ergibt sich dasselbe Bild, wie wenn man das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime komplett ablehnt und direkt auf das Gesellschaftsinteresse zurückgreift. Oftmals machen die Autoren diese Unterscheidung ohnehin nicht oder sehen das Unternehmensinteresse als Begriff ohne eigentliche Bedeutung, der die Zusammenhänge nur verdunkelt.⁴⁵⁹ Die oben angeführten Begründungsansätze für die Berücksichtigung anderer Interessen werden jedenfalls abgelehnt. Die Gewinnerzielung wird vielmehr zur alleinigen Richtschnur bei der Konkretisierung des Unterneh-

⁴⁵⁸ Vgl. Wiedemann, BB 1978, 5, 10 f.; ders., ZGR 1977, 160, 165; ders., ZGR 1975, 385, 424 ff.; ders. FS Barz, 561, 573 ff.; Rittner FS Hefermehl, 368 f.; ders., FS Geßler, 139, 150 ff.; ders., JZ 1980, 113, 117; ders. ZHR 144 [1980], 336 f.; Junge, FS von Caemmerer, 547, 554; H. P. Westermann, ZGR 1977, 219, 225f.; ders., FS H. Westermann, 563, 571 ff.; Baudisch/Götz, AG 2001, 251, 252 f.; Schlechtriem, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 9, 38 u. 41; Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 244; wohl auch Werner, ZGR 1977, 237, 241, zumindest aber wurden in der an das Referat anschließenden Diskussion eine entsprechende Auffassung vertreten, vgl. ZGR 1977, 245; ausführlich Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 77 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. z. B. Fleischer, AG 2001, 171, 177.

mens- bzw. Gesellschaftsinteresses.⁴⁶⁰ Die inhaltliche Ausfüllung der Verhaltensmaxime wird dadurch erheblich erleichtert.

Die Frage des Ausmaßes der zu verfolgenden Gewinnerzielung wird zwar unterschiedlich beantwortet oder nicht behandelt. Entsprechend den Ausführungen unter III.1.b)⁴⁶¹ muß aber die Maximierung maßgebend sein. Verhaltensmaxime wäre demnach die Gewinnmaximierung. Folgt man dieser Auffassung konsequent, darf der Vorstand nur Entscheidungen treffen, die durch eine mögliche Gewinnmaximierung gerechtfertigt sind. Maßnahmen, die auf den ersten Blick anderen Interessen, z. B. Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen dienen, müssen zumindest indirekt Gewinn für die Gesellschaft erwarten lassen.

Daß dies freilich oft der Fall ist, ergibt sich aus der Bedeutung des Unternehmens für die Gesellschaft. Es stellt für die Gesellschaft in der Regel den maßgeblichen Wert dar und mit ihm erwirtschaftet die Gesellschaft erst Gewinne. Auch wenn man das Unternehmen rechtlich als Objekt ansieht, ist es faktisch ein Ort sozialen Zusammenwirkens. Die auf das Unternehmen gerichteten Interessen, vor allem die der Arbeitnehmer, sind für dieses Zusammenwirken und damit den Erfolg des Unternehmens von erheblicher Bedeutung. Entsprechend müssen diese Interessen bei unternehmerischen Entscheidungen, auch und gerade wenn diese mit dem Ziele der maximalen Gewinnerzielung erfolgen, berücksichtigt werden.⁴⁶²

Sehr deutlich ergibt sich die Bedeutung und gegebenenfalls eine Rechtfertigung entsprechender Maßnahmen bei freiwilligen Sozialleistungen zugunsten der Arbeitnehmer. Diese sind geeignet, das Betriebsklima zu verbessern, das Interesse der Arbeitnehmer für das Unternehmen zu beleben, der Fluktuation von für das Unternehmen wertvollen Mitarbeitern inklusive deren Know-how vorzubeugen und Anreize für qualifizierte Bewerber zu schaffen.⁴⁶³ All diese Faktoren können von essentieller Bedeutung für das erfolgreiche Auftreten des Unternehmens am Markt und letztlich für die Gewinnerzielung sein. Insbesondere bei Dienstleistungs-

⁴⁶⁰ So z. B. auch H. P. Westermann, ZGR 1977, 219, 225.

⁴⁶¹ Siehe oben 52 ff.

⁴⁶² Vgl. Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 108. Auch in dem von der Europäischen Kommission verfolgten Konzept der sozialen Verantwortung der Unternehmen wird immer wieder auf solche Erwägungen abgestellt, vgl. Europäische Kommission, Grünbuch, 4 ff.

⁴⁶³ Vgl. auch Rittner, FS Geßler, 139, 154; Schlechtriem, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 9, 40.

unternehmen, die eine immer größere Bedeutung gewinnen, hängt der Unternehmenserfolg wesentlich von den Mitarbeitern ab.

Ähnlich verhält es sich auch mit Aufwendungen, die der Allgemeinheit zugute kommen. Das Image eines Unternehmens ist für den Absatz von Produkten und als Entscheidungskriterium für qualifizierte Bewerber von enormer Bedeutung. Dies zeigt nicht zuletzt die zunehmende Imagewerbung vieler Unternehmen, die nicht ein bestimmtes Produkt bewirbt, sondern versucht, ein positives Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit herzustellen. Maßnahmen wie Spenden für karitative Zwecke und Sportförderung oder Umweltschutz-Maßnahmen können also auch im Hinblick auf Gewinnerzielung gerechtfertigt sein.⁴⁶⁴ Noch deutlicher wird dieser Zusammenhang bei der Unterstützung wissenschaftlicher Projekte oder der Vergabe von Stipendien. Unter Umständen besteht ein Interesse des Unternehmens an bestimmten Forschungsergebnissen und erfolgreichen Absolventen, da diese für eine erfolgreiche und gewinnbringende Tätigkeit benötigt werden.

Vielfach wird davon ausgegangen, daß sich in der Praxis Maßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer oder öffentlicher Belange in der Regel mit dem Gesellschaftsinteresse rechtfertigen lassen, zumindest in Zusammenhang mit dem dem Vorstand zu gewährenden Ermessensspielraum im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit.⁴⁶⁵

Grundgedanke der Auffassung, die die Gewinnerzielung zum entscheidenden Kriterium macht, ist letztlich, daß Wirtschaftlichkeit im Sinne von Gewinnmaximierung am Ende auch den Arbeitnehmerinteressen und den Belangen der Öffentlichkeit am besten gerecht wird.⁴⁶⁶ Wegen des Zusammenwirkens verschiedener Kräfte im Unternehmen kann ein solches nur dann erfolgreich arbeiten und Gewinn erwirtschaften, wenn alle auf das Unternehmen gerichteten Interessen in ausreichendem Maße befriedigt werden. Eine Geschäftsleitung allein mit dem Ziel der Gewinnmaximierung werde daher auch für die bestmögliche Befriedigung der Interessen z. B. der Arbeitnehmer sorgen. Darüber hinaus führe eine strikte

⁴⁶⁴ Vgl. Rittner, FS Geßler, 139, 154 f.

⁴⁶⁵ Vgl. z. B. Hopt, ZGR 2000, 779, 799.

⁴⁶⁶ H. P. Westermann, ZGR 1977, 219, 224; Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, 164.

Ausrichtung an der Gewinnmaximierung volkswirtschaftlich zur effektivsten Nutzung der vorhandenen Ressourcen.

2. Unternehmensinteresse als Generalklausel bzw. unbestimmter Rechtsbegriff

Will man der These der Priorität des Gesellschaftsinteresses nicht folgen, das Unternehmensinteresse aber gleichwohl nicht zur "Leerformel" verkommen lassen, gestaltet sich dessen inhaltliche Ausfüllung sehr schwierig. Diese Schwierigkeiten bei der Konkretisierung des Unternehmensinteressebegriffs veranlassen einige Autoren, das Unternehmensinteresse als unbestimmten Rechtsbegriff oder Generalklausel⁴⁶⁷ zu verstehen.⁴⁶⁸ Deren Flexibilität ermögliche es, in einer für diese Klauselart typischen einzelfallbezogenen Weise die richtige Entscheidung zu treffen. Ulmer folgt diesem Gedankengang.⁴⁶⁹ Er sieht das Problem, daß eine abstrakte Inhaltsbestimmung des Unternehmensinteresses nicht möglich ist und ordnet das Unternehmensinteresse daher als unbestimmten Rechtsbegriff ein, der im Einzelfall auszufüllen sei. Zu berücksichtigen seien dabei nicht nur die Interessen der im Unternehmen zusammenwirkenden Anteilseigner und Arbeitnehmer, sondern auch die Interessen der sonstigen durch die Unternehmenstätigkeit berührten Gruppen wie Geschäftspartner, Gläubiger und Öffentlichkeit, so daß unter Umständen selbst das überein-

⁴⁶⁷ Zumindest was die Unbestimmtheit angeht unterscheidet sich eine Generalklausel nicht vom unbestimmten Rechtsbegriff. Vgl. zur Abgrenzung Salm, Das Unternehmensinteresse, 130, Fn. 2.

⁴⁶⁸ Salm, Das Unternehmensinteresse, 134; Ulmer in Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 94; Junge, FS Caemmerer, 547 ff.; Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat, 17; W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 144. Mülbart, ZGR 1997, 129, 142, versteht die Ausführungen in BGHZ 64, 325, 330 f. dahingehend, daß dort von einem entsprechenden Verständnis des Unternehmensinteresses ausgegangen wird, vgl. auch Raisch, FS Hefermehl 347, 348. Vielfach wird auch eine Auffassung vertreten, die eine teilweise inhaltliche Ausfüllung ermöglicht und das Unternehmensinteresse nur darüber hinaus als unbestimmten Rechtsbegriff und Generalklausel qualifiziert, so z. B. Raisch, FS Hefermehl, 347, 364; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitgestG, § 25 Rn. 97. Diese Ansätze sollen aber an der durch die Inhaltsbestimmung vorgegebenen Stelle untersucht werden, während hier auf die Autoren eingegangen wird, die keine weitere Konkretisierung vornehmen.

⁴⁶⁹ Ulmer in Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 94; vgl. zur Unmöglichkeit einer abstrakten Inhaltsbestimmung auch Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 116.

stimmende Interesse von Anteilseignern und Arbeitnehmern nicht dem Unternehmensinteresse entsprechen muß.⁴⁷⁰

Noch deutlicher betont Salm die Notwendigkeit der Unbestimmtheit des Begriffs Unternehmensinteresse.⁴⁷¹ Er hält keine der in der Literatur vorgeschlagenen Inhaltsbestimmungen⁴⁷² für überzeugend und geeignet den Anforderungen zu entsprechen.⁴⁷³ Ebenso lehnt er eine Verwerfung des Begriffs ab, denn die – allein durch dessen Gebrauch in der juristisch-wissenschaftlichen Sprache entstandenen – Erklärungs- und Konkretisierungsprobleme würden durch die Ablehnung des Begriffs nicht beseitigt. Vielmehr bestehe – nachgewiesen durch die Vielzahl der Verwendungen – ein Bedürfnis für den Begriff.⁴⁷⁴ Den entscheidenden Vorteil des Typus unbestimmter Rechtsbegriff sieht Salm bezüglich des Unternehmensinteresses in der Offenheit für Entwicklungen. Er greift die in der Diskussion um das Unternehmen und das Unternehmensrecht zu Tage getretene Entwicklung auf, die noch nicht abgeschlossen ist und auch nicht widerspruchsfrei verläuft.⁴⁷⁵ In diese Situation füge sich ausschließlich ein unbestimmter Rechtsbegriff Unternehmensinteresse ein, "frei von unternehmensrechtlichen Vorbedingungen, was zugleich Flexibilität und Kompatibilität in bezug auf zukünftige konzeptionelle Entwicklungen bedeutet".⁴⁷⁶

Unbestimmte Rechtsbegriffe haben sich immer wieder als sehr leistungsfähig erwiesen. Eine starre Grenzziehung wird vermieden, und doch sind sie richterlich voll nachprüfbar. Im Rahmen der Haftung wären also auch unvorhergesehene Situationen erfaßt und justitiabel, die Effektivität der Haftung gesteigert. Gleichwohl ruft das Merkmal "unbestimmt" bei der Haftung Bedenken hervor. Vielfach bezieht sich auch die in der allgemeinen Diskussion über das Unternehmensinteresse geäußerte Kritik gerade auf die Unbestimmtheit des Phänomens. Mit der Einordnung als

⁴⁷⁰ Ulmer in Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 94; ähnlich W. Schilling, ZHG 144 [1980], 136, 144.

⁴⁷¹ Salm, Das Unternehmensinteresse, 127 ff.

⁴⁷² Vgl. dazu insbesondere unten C.IV.4 [97 ff.].

⁴⁷³ Salm, Das Unternehmensinteresse, 123.

⁴⁷⁴ Salm, Das Unternehmensinteresse, 124 f.

⁴⁷⁵ Siehe oben C.III.5 [86].

⁴⁷⁶ Salm, Das Unternehmensinteresse, 132 f.

unbestimmter Rechtsbegriff wird zwar eine "formale Klammer"⁴⁷⁷ geschaffen, die materielle Problematik bleibt aber dieselbe.

Es wird vorgebracht, das Unternehmensinteresse biete aufgrund seiner Unbestimmtheit keine "nachvollziehbar begründete, operationale Inhaltsbestimmung"⁴⁷⁸ und sei somit als Handlungsmaßstab ungeeignet. Vielmehr bestehe angesichts der "Offenheit" des Begriffs die Gefahr, daß dieser "zur Kurzbezeichnung für eine rechtspolitische Auseinandersetzung [wird], für deren juristische Bewältigung das Gesetz keine Kriterien zur Verfügung stellt"⁴⁷⁹. Großmann geht weiter, und sieht durch die dem Unternehmensinteresse zugeschriebene normative Bedeutung rechtspolitische Wertungen und Ziele unerkennbar in die Auslegung des geltenden Rechts einfließen, wodurch es zu einer Ideologiesierung des Rechts kommen könnte.⁴⁸⁰ Das Unternehmensinteresse werde zur rechtspolitischen Ideologie, die eine bestimmte Auslegung des Rechts gegen Argumente immunisiere und die hinter dieser Auslegung stehenden Wertungen verstecke.

Die Diskussion macht deutlich, daß in der Offenheit eines unbestimmten Rechtsbegriffs Vorteil und Gefahr zugleich liegt; ein Problem, auf das bei der Untersuchung konkreter Fallgruppen noch näher einzugehen ist.⁴⁸¹ Unbestreitbar ist sicher, daß mit einem unbestimmten Rechtsbegriff, der bislang durch die Rechtsprechung noch so gut wie keinerlei Konkretisierung erfahren hat, ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit einhergeht.⁴⁸² Inwieweit dies hingenommen werden muß, kann erst nach der Erörterung der übrigen Versuche einer Inhaltsbestimmung entschieden werden.

3. Unternehmensinteresse als prozessuale Kategorie

Einige Autoren kommen zum Ergebnis, daß eine materielle Fixierung des Unternehmensinteresses nicht möglich ist.⁴⁸³ Dennoch wollen sie auf den

⁴⁷⁷ Vgl. Salm, Das Unternehmensinteresse, 127.

⁴⁷⁸ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 103.

⁴⁷⁹ Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 76; vgl. auch Laske, ZGR 1979, 173, 179 ff.

⁴⁸⁰ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 105 f.

⁴⁸¹ Siehe dazu unten E [153 ff.].

⁴⁸² Vgl. Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 76 f.

⁴⁸³ Vgl. Laske, ZGR 1979, 173, 195; Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 36 ff.; Reuter, AcP 179 [1979], 509, 518.

Begriff nicht verzichten. Vielmehr wenden sie sich ab von der Vorstellung, das Unternehmensinteresse müsse einen bestimmten Inhalt haben – was der Wortlaut nahe legt – und versuchen, ein Verfahren zu seiner Bestimmung zu finden. Das Unternehmensinteresse sei nicht materiell faßbar, sondern werde durch das Zusammenwirken der Organe im rechtlich verfaßten Unternehmen verwirklicht und geschützt. Inhalt der Verhaltensmaxime Unternehmensinteresse wäre demnach ein bestimmter Prozeß.⁴⁸⁴ Diese Auffassung kann auf die Gemeinwohldiskussion im öffentlichen Recht zurückgreifen, wo man zu einer ähnlichen Bestimmung des Gemeinwohls gelangt.⁴⁸⁵ Eine rein prozessuale Auffassung, die nicht einmal einen minimalen materiellen Kern bejaht, wird allerdings selten vertreten.

Insbesondere Laske versucht diesen Weg zu gehen und sucht nach einem Verfahren zur Bestimmung des Unternehmensinteresses.⁴⁸⁶ Er sieht das Unternehmen als interessenpluralistischen Sozialverband,⁴⁸⁷ was dagegen spreche, "den am Unternehmen beteiligten Interessengruppen ein homogenes Unternehmensinteresse als generelle Verhaltensmaxime vorzugeben"⁴⁸⁸. Den Konflikten der verschiedenartigen Interessen im Unternehmen dürfe die Anerkennung nicht versagt werden; es müsse vielmehr mit ihnen umgegangen werden, damit dem Unternehmen die Handlungsfähigkeit erhalten bleibe. Ein Verfahren zur Bewältigung der Interessenkonflikte gelange damit ins Interesse des gemeinsamen Tuns der Unternehmensbeteiligten.⁴⁸⁹ Mit Suhr formuliert er daher einen Wechsel in der Aufgabenstellung: "Man sucht nicht mehr nach (Einzel-)Zielen, sondern 'Ziel' der Sache ist, ein Zielsuch- und -entscheidungsverfahren zu finden."⁴⁹⁰ Entsprechend müsse man nicht nach Unternehmensinteressen suchen, sondern nach einem Verfahren zu deren Bestimmung. Dieses Verfahren der Interessenvergemeinschaftung geschehe aber nicht in einem Akt der Zielbestimmung, sondern der Prozeß der Zielbestimmung muß immer erneut, aber

⁴⁸⁴ Vgl. Hopt, ZGR 1993, 534, 537 m. w. N

⁴⁸⁵ Hopt, ZGR 1993, 534, 537.

⁴⁸⁶ Laske, ZGR 1979, 173, 199.

⁴⁸⁷ Laske geht dabei von den tatsächlichen Verhältnissen aus und sieht von einer rechtlichen Beurteilung des Unternehmens ab. Dies hängt auch damit zusammen, daß er sein Unternehmensbild nicht zur Begründung der Bedeutsamkeit des Begriffs Unternehmensinteresse heranzieht, sondern lediglich zu dessen Ausfüllung.

⁴⁸⁸ Laske, ZGR 1979, 173, 197.

⁴⁸⁹ Laske, ZGR 1979, 173, 198.

⁴⁹⁰ Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 152.

nach der gleichen "Verfassung" ablaufen. In dieser "Verfassung" des Interessenvergemeinschaftungsprozesses manifestiere sich das Unternehmensinteresse.⁴⁹¹

Laske skizziert den Inhalt dieser "Verfassung" grob mit den von der kritischen Theorie (Diskursmodell) bzw. der konstruktiven Philosophie (Dialogmodell) entwickelten Regeln für ein vernünftiges Argumentieren in gesellschaftlichen Prozessen⁴⁹², die er zusammenfaßt in der Forderung nach wechselseitiger Mit-Bestimmung "im Sinne des Hegel'schen Herr-Knecht-Paradigmas und dessen Verfassung im Bewußtsein der Ausübungsgemeinschaft"⁴⁹³. Eine weitere Konkretisierung erfolgt nicht.

In dieser Konzeption hat das Unternehmensinteresse nicht nur einen prozessualen Aspekt, sondern es ist eine prozessuale Kategorie. Die Verknüpfung dieser Kategorie mit dem geltenden Recht, der Vorgang, wie der Prozeß konkret auf die Realität des Unternehmens übertragen werden soll, bleibt aber offen.⁴⁹⁴ Nicht zuletzt deshalb begegnet das Konzept Laskes erheblichen Bedenken.

Zunächst wird die Anknüpfung an das Hegel'sche Herr-Knecht-Paradigma angegriffen. In Hegels Gesamtsystem der menschlichen Bewußtseinsentwicklung stellt die Herr-Knecht-Situation eine Entwicklungsstufe dar. Das Bewußtsein entwickelt sich nach Hegel nämlich vom rein Naturhaften, der einfachen Objektbetrachtung, hin bis zum absoluten Wissen, in dem sich der Geist als Geist erfaßt. Mit dem Herr-Knecht-Paradigma beschreibt Hegel die Situation, in welcher sich der Mensch seiner Abhängigkeit gegenüber dem Herrn bewußt wird und beginnt, sich aus der Position frei zu arbeiten und nach Anerkennung zu streben. Indem der Knecht sich seiner Situation bewußt wird und sich bemüht, sie zu überwinden, gewinnt er an geistiger Kraft und erhält die Möglichkeit, zur höheren Stufe geistiger Verfassung, der Vernunft, zu gelangen. Kritiker meinen, es komme daher einer Manipulation gleich, die Phase der Herr-Knecht-Situation herauszulösen und diese unfertige Situation, die einem Durchgangsstadium entspricht, als

⁴⁹¹ Laske, ZGR 1979, 173, 199.

⁴⁹² Laske, ZGR 1979, 173, 199 f.; kritisch dazu, Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtstruktur, 219 m. w. N

⁴⁹³ Laske, ZGR 1979, 173, 200.

⁴⁹⁴ Salm, Das Unternehmensinteresse, 70.

Basis für weiterführende Lehren heranzuziehen, wozu sie aufgrund ihrer Vorläufigkeit nicht geeignet sei.⁴⁹⁵

Gegen Dialog- und Diskursmodelle werden schon ganz praktische Einwände vorgebracht.⁴⁹⁶ Die Art und Weise der Ergebniserzielung sei höchst unökonomisch, und die Frage, was zu geschehen habe, wenn die Beteiligten nicht zu einer Übereinstimmung gelangen, könne nicht beantwortet werden. Im Gegensatz zur Realität werde unterstellt, daß Konflikte unter stets einsichtigen Menschen ausgetragen werden.

Am problematischsten erscheint jedoch, wie diese Modelle auf die Organe der AG übertragen werden sollen. Es wird von einer Konfliktlösung zwischen allen Unternehmensbeteiligten ausgegangen, während die Entscheidungsgewalt in der AG den Organen übertragen ist. Wäre im mitbestimmten Aufsichtsrat eine dialektische Entscheidungsfindung noch denkbar, so fehlt es bei der Entscheidungssituation des Vorstands völlig an einer vergleichbaren Lage. Die von Laske vorgeschlagene "Verfassung" des Interessenvergemeinschaftungsprozesses erscheint mit der Verfassung der Aktiengesellschaft nicht vereinbar.

Einen weiteren prozessualen Ansatz versucht Brinkmann, indem er auf der Grundlage einer interdisziplinären "Analyse des Verhältnisses von Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur" zu einer Neubestimmung der "möglichen normativen Geltung des rechtlichen Unternehmensinteressebegriffs" gelangen will.⁴⁹⁷

Aufgrund dieser Untersuchung gelangt Brinkmann zu einem "prozessuale[n] Unternehmensinteresse als regulative[m] Prinzip der integrierten Unternehmensverfassung".⁴⁹⁸ Er vollzieht einen "Perspektivenwechsel von einem unterstellten materialen Verhaltensmaßstab zu einer Verhaltensordnung, die nach dem normativen Leitbild die Bedingungen der Möglichkeit integrierter Interessenabstimmung gewährleisten soll"⁴⁹⁹ und nimmt die Unternehmensinteresseformel "aus der 'vordersten Reihe' quasidogma-

⁴⁹⁵ Schmidt-Leithoff, die Verantwortung der Unternehmensleitung, 79. Schmidt-Leithoff geht noch weiter, und bestreitet die grundsätzliche Anwendbarkeit Hegels Bewußtseinsphilosophie auf Institutionen wie ein Unternehmen.

⁴⁹⁶ Vgl. Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 81.

⁴⁹⁷ Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 15, vgl. zusammenfassend Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 117 ff.

⁴⁹⁸ Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 216.

⁴⁹⁹ Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 223.

tischer, unternehmensrechtlicher Kriterien in die Reihe normativ-theoretischer Konstrukte zur Orientierung der Verhaltensordnung" zurück⁵⁰⁰. Der normative Unternehmensinteressebegriff beinhalte das "Postulat einer jeweils gelingenden, integrierten Gesamtinteressebildung", das systematisch "als regulatives Prinzip 'oberhalb' konkreter Verhaltensprogramme anzusiedeln ist, da es sich [...] auf die Regeln der Verhaltensordnung und erst über sie vermittelt auf die Interessen und Entscheidungen der Organmitglieder zu beziehen hat"⁵⁰¹. Er sei als eine "Metaregel für die fraglichen Verhaltenspflichten und Kompetenzabgrenzungen des Unternehmensrechts" zu verstehen.⁵⁰² Brinkmann versucht dann, eine Konkretisierung seiner "Metaregel" zu erreichen. Dabei betont er aber, daß die jeweiligen Stellungnahmen – unter anderem zu den Verhaltenspflichten, die hier von wesentlicher Bedeutung sind – rechtspolitisch ausgerichtet bleiben.

Indem sich Brinkmann selbst bei der Konkretisierung seiner "Metaregel" auf eine rechtspolitische Aussage beschränkt, offenbart er die Schwäche seines Ansatzes, zumindest für den Bereich dieser Arbeit. Die Transformation seiner durch den interdisziplinären Ansatz gewonnenen außerrechtlichen Unternehmensinteresseformel auf die rechtliche Ebene gelingt nicht in überzeugender Weise. Vielmehr fallen, um mit Jürgenmeyer zu sprechen, "seine eingehenden Ausführungen zu der Problematik der methodischen Bezugsebenen gleichsam auf ihn selbst zurück".⁵⁰³ Die gründliche Untersuchung der Unternehmensrealität mit ihren ausdifferenzierten Interessen- und Zielstrukturen untermauert zwar in überzeugender Weise die prozessuale Dimension des Unternehmensinteresses. Daraus resultierende Verhaltenspflichten, die nach geltendem Recht bestehen, müssen aber noch nachgewiesen werden.

Die Ausführungen Laskes und Brinkmanns machen deutlich, daß einiges für einen prozessualen Ansatz spricht, gleichzeitig verbleiben sie an der entscheidenden Stelle der Konkretisierung aber im philosophischen und rechtspolitischen Bereich. Inwieweit zumindest ein prozessualer Aspekt in

⁵⁰⁰ Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 226.

⁵⁰¹ Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 226 f.

⁵⁰² Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 227; vgl. auch Brinkmann, AG 1982, 122, 128, wo er vom "Unternehmensinteresse als einer Metaregel des Unternehmensrechts" spricht.

die Verhaltensmaxime der lex lata aufgenommen werden kann, muß daher noch untersucht werden.

4. Unternehmensinteresse als Kombination inhaltlicher und prozeduraler Aspekte

Die heute vermutlich am stärksten verbreitete Auffassung kombiniert inhaltliche und prozedurale Aspekte. Im Detail ergeben sich dabei sehr viele Unterschiede. Grundsätzlich stünden die Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen neben den im Gesellschaftsinteresse zum Ausdruck kommenden Anteilseignerinteressen als gleichwertig zu berücksichtigende Entscheidungsfaktoren. Die im Einzelfall erforderliche Ausformung des Unternehmensinteresses im Wege des Abgleichs dieser gleichrangigen Belange bleibe in das weite Ermessen des Vorstands gestellt. Es sei also Aufgabe und Recht des Vorstands, divergierende Interessen gegeneinander abzuwägen und danach zu einer Entscheidung zu gelangen.⁵⁰⁴ Hopt spricht vom Gebot praktischer Konkordanz.⁵⁰⁵ Inwieweit sich im Rahmen dieses Prozesses konkrete Verhaltenspflichten ergeben, wird in der Regel nicht näher untersucht. Lediglich Reich/Lerwerez führen aus, daß die Ausformung des Unternehmensinteresses in einem "dialektischen Diskussionsprozeß" zu erfolgen habe.⁵⁰⁶ Daß mit dieser Maßgabe gerade für den Vorstand nur wenig gewonnen ist, wurde oben bereits festgestellt.

Bezüglich der materiellen Seite werden verschiedene Lösungswege vorgeschlagen und auch ausführlich diskutiert. Auf dem genannten prozeduralen Aspekt aufbauend wird zum Teil betont, daß es sich beim Unternehmensinteresse gleichwohl um einen Rechtsbegriff mit einem – wie auch immer zu bestimmenden – materialen Gehalt handele. Insoweit führt Kunze⁵⁰⁷ die Rechtsprechung des BGH⁵⁰⁸ an, in der das Unternehmensinteresse als "objektives Merkmal" bezeichnet wird, unterläßt aber eine weitere Konkretisierung. Im übrigen lassen sich die Vorschläge für

⁵⁰³ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 123; vgl. dort auch zu weitergehender Kritik am Ansatz Brinkmanns.

⁵⁰⁴ Hüffer, AktG, § 76, Rn. 12; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 814; Raisch, FS Hefermehl, 347, 363.

⁵⁰⁵ Hopt, ZGR 1993, 534, 536.

⁵⁰⁶ Reich/Lewerenz, AuR 1976, 353, 356.

⁵⁰⁷ Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 124.

⁵⁰⁸ BGHZ, 64, 325, 329.

einen materiellen (Mindest-) Gehalt in zwei Gruppen einteilen: Rentabilität und Bestand des Unternehmens.

a) Rentabilität

Überwiegend wird als Schranke der Ermessensausübung die Pflicht der Leitungsorgane gesehen, für die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens zu sorgen.⁵⁰⁹ Nur diese gewährleiste den Bestand des Unternehmens und entspreche damit nicht nur dem Interesse der Aktionäre als Kapitalgeber, sondern auch dem Interesse der Arbeitnehmer. Ebenso diene die dauerhafte Rentabilität dem Gemeinwohl, denn ein öffentliches Interesse an dauerhaft unrentabel arbeitenden Wirtschaftseinheiten könne nicht bestehen.

Eine Orientierung an der Rentabilität liegt zunächst nahe. Es ist für das Unternehmen von existentieller Notwendigkeit, daß nachhaltig Gewinne erarbeitet werden. Ohne Erträge ist es nicht möglich, substanzerhaltende Aufwendungen zu tätigen, geschweige denn zur Erhaltung einer langfristigen Konkurrenzfähigkeit am Markt notwendige Investitionen und Innovationen vorzunehmen, sei es in Gestalt einer rationalisierten und somit kostengünstigeren Leistungserstellung, sei es in der Entwicklung neuer Absatzwege usw.⁵¹⁰ Die Orientierung an der Rentabilität fördert daher eine schnelle und flexible Reaktion auf Veränderungen am Markt.

Aufgrund dieser existentiellen Notwendigkeit ist die Rentabilität nicht nur für die Anteilseigner von wesentlicher Bedeutung, sondern auch für alle anderen am Unternehmen Beteiligten: Die Arbeitsplätze der Arbeitnehmer sind nur in rentablen Unternehmen längerfristig gesichert, und für die Geschäftspartner ist ebenfalls das Gedeihen des Unternehmens von großer Bedeutung.

Gesamtwirtschaftlich gesehen sichert die Orientierung an der Rentabilität eine optimale Lenkung des Kapitals hin zu seiner besten und somit auch volkswirtschaftlich effizientesten Verwendung.⁵¹¹ Sie gewährleistet die Ausrichtung von Produkten und Dienstleistungen an den Bedürfnissen der Verbraucher sowie die quantitative Anpassung an die Nachfrage; schlechte Produkte oder Überangebote bringen Verluste, während eine gesteigerte

⁵⁰⁹ Vgl. nur Hüffer, AktG, § 76 Rn. 13 m. w. N

⁵¹⁰ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 100.

⁵¹¹ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 101; Rittner, Wirtschaftsrecht, 131; Junge, FS v. Caemmerer, 547, 555.

Nachfrage höhere Gewinne erwarten läßt. Die bestmögliche Anpassung von Angebot und Nachfrage wird durch die Rentabilitätsorientierung der Unternehmen gewährleistet, und sie stellt auch die beste Motivation zur Schließung von Marktlücken dar.

Selbst in nicht marktwirtschaftlichen Volkswirtschaften ist die Rentabilität der Wirtschaftsunternehmen unerläßlich, wenn man von der grundlegenden Bedeutung des Begriffs ausgeht, daß der Nutzen höher ist als der Aufwand. Eine dauerhaft unwirtschaftlich arbeitende Volkswirtschaft gerät – was sich auch in den Ländern des ehemaligen Ostblocks gezeigt hat – infolge des ständigen Wertverzehrs immer mehr ins Hintertreffen und verarmt.⁵¹² Rittner spricht daher auch von einer systemindifferenten Komponente die zum Wesen eines Wirtschaftsbetriebes schlechthin gehöre,⁵¹³ er sieht die Rentabilität also als ein Grundprinzip wirtschaftlicher Betätigung überhaupt.

Mit der Notwendigkeit der Orientierung an der Rentabilität ist aber noch nichts über den Umfang der zu erzielenden Gewinne ausgesagt. Lediglich wenn die Gewinnerzielung alleinige Maßgabe ist, folgt daraus die Maxime der Gewinnmaximierung.⁵¹⁴ Hier soll die Rentabilität aber als ein Mindestanforderung fungieren, neben dem, wenn es in ausreichendem Maß gewahrt ist, auch andere Belange berücksichtigt werden können. Diese Unterscheidung wird in der Literatur oft nicht deutlich genug gemacht, so daß zum Teil vielleicht fälschlicherweise der Eindruck entsteht, es werde auf die Gewinnmaximierung abgestellt. Nach der hier dargestellten Auffassung sagt die Maßgabe der Rentabilität jedenfalls nichts über die Höhe des zu erzielenden Gewinns aus.

Es bestehen jedoch auch Bedenken, die Rentabilität als verbindliche Verhaltensmaxime festzulegen. Fraglich ist insbesondere, ob der Begriff so präzise definiert werden kann, daß er als Verhaltensmaßstab von Nutzen ist.

⁵¹² Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 88; Junge, FS v. Caemmerer, 547, 555, stellt hingegen allein auf die volkswirtschaftliche Funktion der Rentabilität in der Marktwirtschaft ab.

⁵¹³ Rittner, JZ 1980, 113, 115; ihm folgend Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 88.

⁵¹⁴ Siehe oben C.III.1.b) [52 ff.].

Rentabilität kann als wirtschaftlicher Erfolg im betriebswirtschaftlichen Sinne definiert werden, das heißt als die Differenz aus bewertetem Ertrag und bewertetem Einsatz der Produktionsfaktoren.⁵¹⁵ Es läßt sich dann mit Hilfe der Zahlen aus dem betrieblichen Rechnungswesen ermitteln, ob und in welchem Ausmaß die jeweilige unternehmerische Maßnahme "rentabel" ist. So werden jedoch zum einen nur quantifizierbare Erträge in die Rentabilitätsberechnung einbezogen, während alle qualitativen Veränderungen, die nicht oder nur sehr schwer zu quantifizieren sind, nicht erfaßt werden, zum anderen nur die Kosten und Leistungen, die aus der Sicht der Gesellschaft relevant sind. Beeinträchtigungen, die nicht quantifizierbar sind oder sich nur bei anderen auswirken, z. B. bei den Arbeitnehmern oder der Allgemeinheit, bleiben außer Betracht. Qualitative Beeinträchtigungen der Arbeitssituation der Arbeitnehmer oder umweltbelastende Emissionen bleiben beispielsweise unberücksichtigt. Von der Ertragsseite her betrachtet gehen z. B. weder die Verbesserung der Arbeitsbedingungen noch die Erhöhung der Freizeit für die Arbeitnehmer in die Rentabilitätsberechnung ein.⁵¹⁶ Eine umfassendere Definition im Sinne einer "sozialen" oder "gesellschaftlichen Rentabilität" erscheint mangels Quantifizierbarkeit der zusätzlich einzubringenden Komponenten nicht möglich.⁵¹⁷

Soweit sich die Kritik gegen die mangelnde Einbeziehung anderer als erwerbswirtschaftlicher Interessen richtet,⁵¹⁸ kann sie allerdings nicht überzeugen, wenn Rentabilität wie hier als materieller Mindestgehalt des Unternehmensinteresses gesehen wird. Denn darüber hinaus können andere Interessen ja gerade berücksichtigt werden.⁵¹⁹ Sehr problematisch ist aber bei einer Definition der Rentabilität als "wirtschaftlicher Erfolg", wie er sich aus dem Zahlenwerk des betrieblichen Rechnungswesens ablesen läßt, daß nicht quantifizierbare Vorteile nicht mit einbezogen werden, obwohl sie für den wirtschaftlichen Erfolg auf lange Sicht gerade von entscheidender Bedeutung sein können (z. B. Image des Unternehmens, Motivation der Arbeitnehmer, usw.).

⁵¹⁵ Näher dazu Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 101 f; Laske, ZGR 1979, 173, 193 f.

⁵¹⁶ Laske, ZGR 1979, 173, 193 ff. m. w. N; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 102.

⁵¹⁷ Junge, FS v. Caemmerer, 547, 555; vgl. auch Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 102 f., m. w. N zum Konzept einer solchen "erweiterten" Rentabilität.

⁵¹⁸ So z. B. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 103.

⁵¹⁹ Vgl. dazu auch oben C.III.1.b) [52 ff.].

Letztlich ist keine überzeugende Definition der Rentabilität ersichtlich, die alle relevanten Faktoren erfassen würde. Dazu kommt, daß das Maß der Rentabilität völlig ungeklärt bleibt. Beschränkt man es auf einen minimalen Gewinn, wird das Rentabilitätserfordernis ausgehöhlt; eine maximale Gewinnerzielung ist ebenso nicht gewollt, um die Einbeziehung anderer Belange zu ermöglichen. Konkretisierungen wie die Erzielung "angemessenen" Gewinns helfen auch kaum weiter.⁵²⁰ Die nähere Bestimmung der Rentabilität als Verhaltensmaßstab erweist sich also in zweierlei Hinsicht als sehr problematisch.

Dazu kommt, daß viele Auswirkungen einer bestimmten Maßnahme auf die Rentabilität erst mit einer erheblichen Verzögerung eintreten. Eine Beurteilung des Verhaltens von Organen anhand der Rentabilität wird also zusätzlich erschwert. Diese Schwierigkeiten veranlassen Jürgenmeyer zu der Frage, ob "mit dem Rentabilitätspostulat nicht eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt wird, deren Trivialität bei der inhaltlichen Bestimmung des Unternehmensinteresses kaum einen Schritt weiterhilft".⁵²¹

b) Bestandserhaltung

Nicht zuletzt aufgrund dieser Bedenken wird die Erhaltung des Unternehmens zum Teil als besser handhabbare Größe verstanden und als materielle Schranke innerhalb eines prozeduralen Unternehmensinteresses gesehen.⁵²²

Die Erhaltung des Unternehmens entspreche dem gemeinsamen Grund- oder Mindestinteresse aller am Unternehmen Beteiligten, denn vom Fortbestand des Unternehmens hänge, zumindest auf Dauer, auch die Befriedigung deren eigener Interessen ab.⁵²³

Raisch begrenzt das Entscheidungsermessen dergestalt, daß das Unternehmensinteresse selbst die Kapitalerhaltung als Minimum der erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung gebiete,⁵²⁴ erwägt aber darüber hinaus, daß das Unternehmensinteresse auch die Erhaltung der Selbständigkeit des Unternehmens gebiete.⁵²⁵ Es zeigt sich also schon hier, daß allein das Kriterium

⁵²⁰ Siehe dazu auch oben C.III.1.b) [52 ff.].

⁵²¹ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 104.

⁵²² Raisch, FS Hefermehl, 347, 361.

⁵²³ Vgl. Raisch, FS Hefermehl, 347, 349; Raiser, FS R. Schmidt, 101, 109; Mertens, AG 1977, 306, 308 f.; ders., ZGR 1977, 249, 276 ff.

⁵²⁴ Raisch, FS Hefermehl, 347, 361.

⁵²⁵ Raisch, FS Hefermehl, 347, 362.

der Bestandserhaltung noch nicht viel weiter hilft. Vielmehr bedarf auch dieses einer Konkretisierung. Im wesentlichen werden die folgenden, zum Teil schon angedeuteten, Auffassungen vertreten.

(1) Kapitalerhaltung

Teilweise wird unter Bestandserhaltung die langfristige Kapitalerhaltung als Minimum des Rentabilitätszieles verstanden.⁵²⁶ Darin liege eine betriebswirtschaftlich und juristisch operationale Größe, die sich zudem aus § 93 III AktG ergebe⁵²⁷.

Doch auch hier zeigen sich erhebliche Probleme. Zunächst ist nicht klar, was genau mit Kapitalerhaltung gemeint ist. Es stellt sich die Frage, ob auf die nominelle oder materielle Kapitalerhaltung abgestellt werden soll, das heißt ob die Inflation mit einzubeziehen ist, und ob mit Kapital nur das Nominalkapital oder das gesamte Eigenkapital einschließlich der Rücklagen gemeint ist.⁵²⁸

Zwar ist die Verpflichtung, so wirtschaftlich zu arbeiten, daß das Kapital nicht verloren geht, konkreter und eindeutiger als die Verpflichtung rentabel zu arbeiten, denn die Frage nach der Höhe eines "angemessenen" Gewinns kann außer Betracht bleiben. Dennoch ist eine Konkretisierung im Hinblick auf einzelne Maßnahmen ähnlich schwierig wie bei der Rentabilität. Die langfristigen Auswirkungen einer Maßnahme auf das Kapital sind unter Umständen nicht abzusehen. Es muß eine Bewertung stattfinden, bei der sich dann die selben Probleme ergeben, wie wenn man die Rentabilität einer Maßnahme feststellen will.⁵²⁹

Insbesondere als Kriterium für Sorgfaltspflichtverletzungen erscheint die Kapitalerhaltung ungeeignet. Extrem gesellschaftsschädigende Maßnahmen könnten unter Umständen nicht beanstandet werden, soweit den dadurch entstandenen Verlusten ausreichende Gewinne aus anderen Geschäftsvorfällen gegenüberstünden und infolge dessen keine Minderung des Kapital eingetreten wäre.⁵³⁰ Weniger Gewinn in einem "guten" Jahr kann

⁵²⁶ Raisch, FS Hefermehl, 347, 361; Fitting/Wlotzke/Wissmann, MitbestG, § 25 Rn. 95; Vollmer, BB 1977, 818, 821.

⁵²⁷ Raisch, FS Hefermehl, 347, 364.

⁵²⁸ Näher dazu Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 106 f.

⁵²⁹ Siehe dazu C.IV.4.a) [99 ff.].

⁵³⁰ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 107.

aber ebenso zu einer Kapitalminderung in einem folgenden "schlechten" Jahr führen wie ein Verlust in letzterem, so daß der Schaden für die Gesellschaft derselbe ist. Darüber hinaus muß eine effektive Unternehmensführung angesichts der Dynamik des Wettbewerbsprozesses nicht in negativen ("Verluste vermeiden"), sondern in positiven Zielen ("Gewinne erarbeiten") denken.⁵³¹

(2) Erhaltung der rechtlichen Selbständigkeit

Zum Teil wird auch die Erhaltung der rechtlichen Selbständigkeit des Unternehmens als Mindestmaßgabe für Vorstand und Aufsichtsrat vorgegeben. Gemeint ist damit nicht die Erhaltung einer bestimmten Rechtsform, sondern die Sicherung des Bestandes des Unternehmens als rechtlich selbständige Leistungseinheit, insbesondere die Verhinderung einer Abhängigkeit im Sinne der §§ 15 ff. AktG.⁵³² Nur wenn das Unternehmen anders nachweislich nicht mehr erhalten werden kann, sollen entsprechende Maßnahmen zulässig sein.

Bedenklich erscheint diese Ansicht, wenn man zu ihrer Begründung das allen Beteiligten gemeinsame Grund- oder Mindestinteresse heranzieht, denn die verkaufswilligen Gesellschafter haben ja gerade kein Interesse mehr an der rechtlichen Selbständigkeit.⁵³³ Selbst die Arbeitnehmer können durchaus ein Interesse an der Übernahme des Unternehmens haben.

Aber auch wenn man sich nicht auf diesen Begründungsansatz stützt, erscheint diese Auffassung nicht überzeugend, denn es ist nicht Aufgabe des Vorstands, über die Zusammensetzung des Aktionärskreises zu entscheiden.⁵³⁴ Die rechtliche Selbständigkeit ist kein Eigenwert per se. Vielmehr ist z. B. bei Unternehmen mit einer geringen Kapitaldecke in Zeiten schlechter Ertragslage oder gefährdeter Arbeitsplätze anzunehmen, daß es sowohl im Interesse der Anteilseigner, der Arbeitnehmer und auch der Gläubiger ist, wenn die rechtliche Selbständigkeit aufgegeben wird, um dadurch die Situation des Unternehmens zu verbessern und eine Sanierung zu erreichen.⁵³⁵ Ebenso kann eine veränderte Marktsituation unter Umstän-

⁵³¹ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 626 ff.

⁵³² Raisch, FS Hefermehl, 347, 362.

⁵³³ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 108; Laske, ZGR 1979, 173, 191.

⁵³⁴ Hopt, ZGR 1993, 534, 551.

⁵³⁵ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 108; Hopt, ZGR 1993, 534, 551.

den nur in einem größeren Unternehmensverbund bewältigt werden, was sich gerade in jüngerer Zeit angesichts zunehmender Globalisierung in vielen Industriezweigen zeigt.

In bestimmten Fällen können die Gesellschaftsorgane zwar durchaus verpflichtet sein, Maßnahmen gegen eine schädliche Überfremdung zu ergreifen, als generelle Verhaltensmaxime erscheint die rechtliche Selbständigkeit jedoch ungeeignet. Sie würde allenfalls zu einer Verstärkung der Machtposition der Verwaltung führen,⁵³⁶ und es bestünde die Gefahr, daß der Vorstand sein Handeln von seiner eigenen Zukunft abhängig macht.⁵³⁷

(3) Wirtschaftliche Substanzerhaltung

Angesichts dieser Bedenken wird teilweise das Erhaltungsstreben nicht auf die Sicherung des Bestands der rechtlich selbständigen Leitungseinheit bezogen, sondern auf die wirtschaftliche Substanzerhaltung im Sinne der Aufrechterhaltung der Produktionskapazität des Betriebs pro Zeiteinheit.⁵³⁸

Wiederum spricht jedoch die mangelnde Bestimmbarkeit des Begriffs gegen die Verwendung als Verhaltensmaxime.⁵³⁹ Es ist z. B. nicht einmal klar, welche der verschiedenen in der Betriebswirtschaftslehre vorkommenden Formen der Substanzerhaltung gemeint ist.⁵⁴⁰ Dazu kommt, daß angesichts der Abhängigkeit des Erfolgs von unbeherrschbaren Faktoren überhaupt nicht vorausberechnet werden kann, welche unternehmerischen Maßnahmen die Substanzerhaltung, wie auch immer man sie definieren mag, am besten gewährleisten.⁵⁴¹

Vor allem kann es aber durchaus ein Interesse am Untergang eines Unternehmens oder Unternehmensteils geben. Man denke nur an eine unrentabel arbeitende Konzerntochter, die das Überleben anderer Konzern-töchter oder auch des gesamten Konzerns gefährdet.⁵⁴² Ebenso kann die Stilllegung eines Betriebes oder die Einstellung der Produktion eines

⁵³⁶ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 108, Fn. 96.

⁵³⁷ Hopt, ZGR 1993, 534, 551.

⁵³⁸ Vgl. Lakse, ZGR 1979, 173, 191, m. w. N zum Begriff der Substanzerhaltung; Raiser, FS R. Schmidt, 101, 109.

⁵³⁹ Vgl. Laske, ZGR 1979, 173, 191 ff.

⁵⁴⁰ Vgl. Laske, ZGR 1979, 173, 191.

⁵⁴¹ Reuter, AcP 179 [1979], 509, 518; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 109.

⁵⁴² Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 109 f.

bestimmten Artikels z. B. aus Kostengründen oder Gründen des Marketings geboten sein. Die Erhaltung des Status quo ist nicht generell im Unternehmensinteresse. Dies zeigen auch die gesetzlichen Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsänderungen (vgl. z. B. §§ 112 ff. BetrVG). Der Gesetzgeber knüpft zwar bestimmte Pflichten an Betriebsänderungen, zeigt damit aber auch, daß Betriebsänderungen nicht generell der Kompetenz des Managements entzogen sind, weil sie gegen das Gebot der wirtschaftlichen Substanzerhaltung verstoßen.⁵⁴³

5. Unternehmensinteresse als selbständiges Interesse

Die bisherigen Ausführungen zum Inhalt des Unternehmensinteresses erfolgten weitgehend unabhängig von einem bestimmten Unternehmensmodell. Das Unternehmensinteresse wurde aus den Interessen der Beteiligten abgeleitet. Besonderheiten könnten sich ergeben, wenn man im Unternehmen nicht ein Rechtsobjekt sieht⁵⁴⁴, auf das verschiedene Interessen gerichtet sind, sondern ein Rechtssubjekt, das ein eigenständiges Interesse haben kann, oder Aktiengesellschaft und Unternehmen identifiziert, das heißt darin ein Aktienunternehmen erblickt. Das Unternehmensinteresse ist dann ein gegenüber den Interessen der verschiedenen Unternehmensbeteiligten zu unterscheidendes, selbständiges Interesse.

Die Selbständigkeit des Unternehmensinteresses wirkt sich zunächst funktional aus. Das Unternehmensinteresse ist nicht mehr lediglich dasjenige Interesse der Beteiligten, das jeweils zur Geltung kommt, sondern als eigenständiges Interesse der Organisation entscheidet es darüber, inwieweit die gegebenenfalls divergierenden Interessen der verschiedenen Beteiligten zur Geltung kommen können,⁵⁴⁵ oder es fließt jedenfalls als eigenständiger Belang neben den Belangen der Unternehmensbeteiligten in die Abwägung mit ein⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 110.

⁵⁴⁴ Dies soll nicht bedeuten, das den bisherigen Auffassungen notwendigerweise dieses Unternehmensmodell zugrunde liegt. Vielmehr gehen eine Reihe der zitierten Autoren von der Subjektivität des Unternehmens aus.

⁵⁴⁵ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 58; KK-Mertens, § 76 Rn. 16 f., Vorb. § 95 Rn. 10.

⁵⁴⁶ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 13; ders., MitbestG, § 25 Rn. 112 f.; wohl auch Würdinger, Aktienrecht, 123.

Diese Unterscheidung erscheint allerdings rein theoretischer Natur. Praktische Fälle, in der sie relevant werden könnte, sind der Literatur jedenfalls nicht zu entnehmen. Letztlich läßt sich diese Frage aber nur beantworten, wenn geklärt ist, wie sich die Eigenständigkeit des Interesses auf den Inhalt auswirkt und ob sich das so ermittelte Unternehmensinteresse von dem aus den Interessen der Beteiligten abgeleiteten Unternehmensinteresse unterscheidet.

Aus der Subjektivität des Unternehmens ergibt sich die Möglichkeit, diesem selbst Interessen zuzusprechen und diese zu ermitteln. Die Konkretisierung scheint daher erheblich einfacher zu sein. Dennoch werden in der Literatur nur sehr vage Inhaltsbestimmungen gemacht.

Aus der Eigenständigkeit des Unternehmensinteresses wird gefolgert, daß dieses in erster Linie auf die Sicherung des Bestands des Unternehmens gerichtet sei.⁵⁴⁷ Darauf aufbauend wird argumentiert, daß auf Dauer die Erhaltung des Unternehmens nur gewährleistet sei, wenn es rentabel arbeitet, so daß auch die Rentabilität im Unternehmensinteresse liege.⁵⁴⁸ Im übrigen wird den Organen ein breiter Ermessensspielraum zugestanden.⁵⁴⁹

Trotz der Eigenständigkeit des Unternehmensinteresses wird es nicht losgelöst von den Interessen der Beteiligten gesehen.⁵⁵⁰ Dem liegt zugrunde, daß das Unternehmen – in Abgrenzung zur Lehre vom Unternehmen "an sich" – nicht als eine von ihren Mitgliedern losgelöste abstrakte Institution aufgefaßt wird, sondern als Verband kooperierender Menschen.⁵⁵¹ Das Unternehmensinteresse gebiete daher gerade die Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten. Flume betont, daß im als Aktiengesellschaft verfaßten Unternehmen die Respektierung der vermögensmäßigen Eigenberechtigung der Aktionäre im Unternehmensinteresse

⁵⁴⁷ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 58; Raiser, FS R. Schmidt, 101, 107.

⁵⁴⁸ KK-Mertens, § 76 Rn. 22.

⁵⁴⁹ KK-Mertens, § 76 Rn. 10 ff.

⁵⁵⁰ Mertens betont z. B., daß es kein Eigeninteresse des Handlungssystems Unternehmen gäbe (KK-Mertens, § 76, Rn. 7).

⁵⁵¹ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 119. Bei einer Identifikation von Unternehmen und Gesellschaft erübrigen sich Befürchtungen einer Verabsolutierung des Unternehmens ohnehin. Auch Semler, der mit der Qualifizierung der Unternehmens als Anstalt am weitesten geht, betont die Einflußnahme der Träger (Anteilseigner und Belegschaft) auf die Anstalt, durch die das Entstehen eines "Unternehmens an sich" verhindert werde, vgl. Semler, FS Raiser, 291, 307, Fn. 54.

geboten sei.⁵⁵² Des weiteren werde das Unternehmensinteresse zwar nicht aus den beteiligten Einzelinteressen abgeleitet, der Bestand des Unternehmens – und damit auch das Unternehmensinteresse – sei jedoch in der Regel nur zu wahren, wenn alle beteiligten Interessen beachtet werden.⁵⁵³ Schilling lehnt sogar – trotz der von ihm angenommenen Identifikation von Unternehmen und Gesellschaft – einen eigenständigen materiellen Gehalt des Unternehmensinteresses ganz ab.⁵⁵⁴ Vielmehr ergebe sich das Unternehmensinteresse "aus der Abwägung der beteiligten Interessen, nämlich der Anteilseigner an der Gewinnerzielung und Substanzerhaltung, der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze, an angemessener Entlohnung und humanen Arbeitsbedingungen sowie der Allgemeinheit an der Wertschöpfung im Unternehmen und an dessen Autonomie in der marktwirtschaftlichen Ordnung".⁵⁵⁵

Allein Raiser versucht über die Definition des Unternehmensinteresses als Erhaltungsinteresse hinauszugehen. Er knüpft dazu an eine soziologische Betrachtung des Unternehmens als Organisation an.⁵⁵⁶ Das Unternehmen habe, wie jede andere soziale Organisation vier Aufgaben zu bewältigen, wenn es sich auf Dauer behaupten wolle: Zielverwirklichung, Integration, Anpassung und Selbsterhaltung.⁵⁵⁷ Zielverwirklichung konkretisiert er dahingehend, unter Einsatz rationeller Methoden wirtschaftlich wertvolle Güter oder Dienstleistungen zu produzieren und an andere abzugeben, bei der Integration komme es insbesondere darauf an, die Wünsche und Bedürfnisse der Beteiligten in ausreichendem Maße zu befriedigen, zur Erhaltung des Unternehmens gehöre nicht zuletzt die wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit und Anpassung erfordere einen ausreichenden Grad von Wandlungsfähigkeit und Flexibilität des Unternehmens.⁵⁵⁸ Er kommt dann auch zum Ergebnis, daß es sich beim Unternehmensinteresse um eine "multidimensionale und außerordentlich komplexe Größe"⁵⁵⁹

⁵⁵² Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 56, 62.

⁵⁵³ Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 58.

⁵⁵⁴ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 143.

⁵⁵⁵ W. Schilling, ZHR 144 [1980], 136, 144.

⁵⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 93 ff.

⁵⁵⁷ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 105. Den Begriff "Selbsterhaltung" gewinnt Raiser dabei aus der Übersetzung von "pattern maintenance". Um der Gefahr einer Tautologie vorzubeugen schlägt Laske, ZGR 1979, 186, Rn. 51, die Übersetzung "Strukturerhaltung" vor; ein Ergebnis, dem zuzustimmen ist.

⁵⁵⁸ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 106 ff.

⁵⁵⁹ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 108.

handle, die von den Unternehmensorganen im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit definiert werde,⁵⁶⁰ leitet jedoch auch konkrete Vorgaben daraus ab, die über das bislang erörterte Erhaltungs- und Rentabilitätsinteresse hinausgehen. So gebiete das Unternehmensinteresse z. B., die Individualinteressen der Beteiligten und ihrer Gruppierungen aufzugreifen und "gegeneinander auszubalancieren",⁵⁶¹ sowie die Aufklärung aller für eine Entscheidung relevanter Umstände, soweit dies möglich ist.⁵⁶²

In der Literatur wird kritisiert, daß es den organisationssoziologischen Kriterien Raisers an Aussagekraft und Eindeutigkeit mangle, und der Unternehmensinteressebegriff auch mit ihrer Hilfe keinen festen Boden gewinne.⁵⁶³ Ob eine bestimmte Maßnahme beispielsweise der Integration diene, lasse sich angesichts einer äußerst komplexen Wirklichkeit kaum feststellen, zumal sich die Anforderungen an ein Unternehmen ständig änderten.⁵⁶⁴ Zudem könnten Raisers Systemfunktionen in Konflikt geraten. Wenn z. B. im Zuge der "Anpassung" aufgrund "widriger Umstände" es erforderlich ist, "Produktionsstätten zu verlagern oder zu schließen, Arbeitnehmer zu entlassen [...]"⁵⁶⁵, diene dies sicher nicht der Integration. Gleichwohl müsse diese Anpassung nach Raiser im Unternehmensinteresse erfolgen, so daß durch das Erkennen einer Maßnahme als integrationsbegünstigend letztlich nichts gewonnen sei.⁵⁶⁶ Darüber hinaus habe man erwartet, daß aus Raisers Verständnis des Unternehmens als eines sozialen Verbandes die Wahrung der rechtlichen Selbständigkeit keine Rolle spiele, solange nur das Unternehmen als sozialer Verband erhalten bliebe, was die Interpretationsfähigkeit der Kriterien Raisers zeige.⁵⁶⁷

⁵⁶⁰ Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 111; ders., FS R. Schmidt, 108.

⁵⁶¹ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 108; im Konfliktfall bleibt es jedoch beim Vorrang des Unternehmensinteresses, vgl. Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 112 f.

⁵⁶² Raiser, FS R. Schmidt, 101, 108.

⁵⁶³ Ballerstedt, ZHR 134 [1970], 251, 258 f.; Wiedemann, FS Rob. Fischer, 883, 889; Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat, 13; Salm, Das Unternehmensinteresse, 55; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 89 f.; Laske, ZGR 1979, 173, 187.

⁵⁶⁴ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 90.

⁵⁶⁵ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 107 f.

⁵⁶⁶ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 90.

⁵⁶⁷ Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 91.

Die Kriterien Bestandserhaltung, Rentabilität und Selbständigkeit wurden bereits oben diskutiert,⁵⁶⁸ so daß auch bezüglich der Kritik auf obige Ausführungen verwiesen werden kann. Die durch die Subjektivierung des Unternehmens gewonnene Eigenständigkeit des Unternehmensinteresses allein kann also über die Probleme, insbesondere bei der inhaltlichen Bestimmbarkeit, nicht hinweghelfen. Vielmehr treten bei genauerer Betrachtung weitere Probleme auf. Beschränkt man das Unternehmensinteresse auf Bestandserhaltung oder Rentabilität und stellt es als selbständiges Interesse neben die Interessen der Beteiligten, lassen sich aus ihm keine Vorgaben für den verbleibenden Freiraum mehr gewinnen. Ist der Bestand bzw. die Rentabilität erst einmal gesichert, fällt das Unternehmensinteresse als ermessenleitender Gesichtspunkt weg.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Interessen der Vorstand überhaupt verfolgen darf. Bislang war immer von den Unternehmensbeteiligten die Rede. Eine genaue Abgrenzung, wer zu diesem Kreis gehört, ist aber äußerst problematisch.⁵⁶⁹ Können Anteilseigner und Arbeitnehmer noch relativ eindeutig als Unternehmensbeteiligte eingeordnet werden, ist dies bei Gläubigern schon höchst zweifelhaft. Zum Teil wird daher unter der Maßgabe eines selbständigen Unternehmensinteresses die unmittelbare Berücksichtigung von Dritt- oder Allgemeininteressen abgelehnt.⁵⁷⁰

6. Einfluß des Shareholder Value-Ansatzes auf den Inhalt des Unternehmensinteresses

Anfang der 90er Jahre hat der Begriff des Shareholder Values in Deutschland Eingang in die Diskussion über die Ziele moderner Unternehmensführung gefunden,⁵⁷¹ nachdem er in den USA schon Ende der 80er Jahre Einzug in die obersten Etagen der Konzerne hielt.⁵⁷² Wenn er auch einerseits in Wissenschaft und Wirtschaft begeistert aufgenommen wurde,⁵⁷³ so ist er andererseits, insbesondere von Gewerkschaftsseite, auf vehemente Kritik gestoßen und hat teilweise einen heftigen Streit

⁵⁶⁸ Siehe oben C.IV.4 [97 ff.].

⁵⁶⁹ Vgl. dazu oben C.I.2.b) [34 und 37].

⁵⁷⁰ Vgl. Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 121 f.

⁵⁷¹ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69 m. w. N

⁵⁷² AG 1996, R 357.

⁵⁷³ Mülbart, ZGR 1997, 129, bezeichnet den Begriff beispielsweise als Modewort der Hauptversammlungssaison 1996; vgl. auch Ballwieser, FS Moxter, 1379.

entfacht.⁵⁷⁴ Es wird insbesondere befürchtet, daß eine Orientierung der Unternehmensführung am Shareholder Value zu Lasten der Arbeitnehmer geht, deren Interessen dann nicht ausreichend berücksichtigt würden.⁵⁷⁵ Der Ansatz scheint daher durchaus von Bedeutung für den Inhalt des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat zu sein. Schilling bestätigt einen starken unternehmensrechtlichen Bezug, da das Thema Shareholder Value das Verhältnis der Interessen der mit dem Unternehmen verbundenen Gruppen der *shareholders* und *stakeholders* zueinander betreffe,⁵⁷⁶ und schon dem Namen nach scheint der Shareholder Value-Ansatz eine eindeutige Entscheidung zugunsten der Anteilseigner zu treffen.

a) Die Grundzüge des Shareholder Value-Ansatzes

Der Shareholder Value-Ansatz ist in Deutschland auch unter den Begriffen Value-Management, Wertmanagement oder Wertsteigerungsmanagement bekannt.⁵⁷⁷ Dabei wird als oberstes Ziel der Unternehmensführung – wie schon die wörtliche Überetzung des Begriffs als "Aktionärsvermögen"⁵⁷⁸ nahelegt – die Wohlstandsmaximierung der Aktionäre zugrunde gelegt, so daß neben der Dividende der Marktwert des Unternehmens in den Blickpunkt rückt. Auf börsennotierte Aktiengesellschaften übertragen bedeutet dieses Ziel daher auch, einen möglichst hohen Aktienkurs zu erreichen.⁵⁷⁹ Grundgedanke des Shareholder Value-Ansatzes ist, daß der zur Verwirklichung dieses Ziels erforderliche Unternehmenserfolg nicht verlässlich mit dem Gewinn pro Aktie verbunden ist, sondern an dem "ökonomischen Wert" gemessen werden sollte, der für den Anteilseigner als Eigenkapitalgeber geschaffen wird.⁵⁸⁰ Als Shareholder Value wird dabei der Marktwert des Eigenkapitals bezeichnet,⁵⁸¹ genauer gesagt der finanzielle Wert des

⁵⁷⁴ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 69 ff.

⁵⁷⁵ Besonders drastisch formulierte dies Hermann Franz, seinerzeit Vorsitzender des Aufsichtsrats von Siemens (Manager Magazin 8/1996, 85): "Sie brauchen heute doch nur zu veröffentlichen, daß Sie 20 000 Mitarbeiter raussetzen, und schon geht der Aktienkurs hoch. Das ist pervers."

⁵⁷⁶ W. U. Schilling, BB 1997, 373, 377.

⁵⁷⁷ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 70 f. m. w. N

⁵⁷⁸ So übersetzt zumindest v. Werder, ZGR 1998, 69 den Begriff.

⁵⁷⁹ Mülbart, ZGR 1997, 129, 132; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 274.

⁵⁸⁰ Rappaport, Shareholder Value, XIII ff.

⁵⁸¹ Rappaport, Shareholder Value, 14 ff.

Eigenkapitals eines Unternehmens für die Eigentümer. Da sich ganz allgemein im ökonomischen Sinne der Wert eines Gutes aus den erwarteten künftigen finanziellen Erfolgen seiner Verwendung ableitet, kann man den Shareholder Value auch als den Ertragswert des Eigenkapitals bezeichnen.⁵⁸²

Aus der buchhalterischen Perspektive stellt der Shareholder Value mithin eine Rechengröße zur Ermittlung des Wertes eines Unternehmens oder seiner Teilbereiche dar. Die Bewertungsergebnisse sollen bei unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere im Rahmen der Investitions- und Desinvestitionspolitik, herangezogen werden.⁵⁸³

Bei sehr vielen Unterschieden im Detail geht es im Kern darum, daß zukünftige finanzwirtschaftliche Zahlungsströme⁵⁸⁴ ermittelt und der resultierende Einzahlungsüberschuß mit dem gewichteten Mittelwert der Kapitalkostensätze für Fremd- und Eigenkapital auf den Gegenwarts- oder Kapitalwert diskontiert wird (Discounted Cash-Flows⁵⁸⁵ = DCS).⁵⁸⁶ Von diesem so als Barwert künftiger Überschüsse ermittelten Gesamtwert des Unternehmens kommt man nach Abzug des Marktwertes des Fremdkapitals zum Shareholder Value als Marktwert des Eigenkapitals.⁵⁸⁷ Vergrößert sich dieser Wert, spricht man von "geschaffenem Shareholder Value". Aber erst wenn auch die Eigenkapitalkosten gedeckt sind, wurde im Gegensatz zum herkömmlichen handelsrechtlichen Gewinnbegriff auch ein sogenannter "ökonomischer Gewinn" im Sinne des Shareholder Value-Ansatzes erzielt.⁵⁸⁸ Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, daß auch Eigenkapital "etwas kostet". Ein Unternehmen sollte daher nur in Projekte investieren, deren Rendite über den Eigenkapitalkosten liegen. Nur so wird ausreichend Shareholder Value geschaffen.

⁵⁸² Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 272.

⁵⁸³ Vgl. Mülbart, ZGR 1997, 129, 132; v. Werder, ZGR 1998, 69, 70.

⁵⁸⁴ Vgl. Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 274 ff.

⁵⁸⁵ Zum Teil wird auch der Cash-Flow Return on Investment (CFROI) verwendet. Vgl. dazu m. w. N Mülbart, ZGR 1997, 129, 133 und ausführlich Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 287 f.

⁵⁸⁶ Mülbart, ZGR 1997, 129, 133; W. U. Schilling, BB 1997, 373; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 278 f.

⁵⁸⁷ W. U. Schilling, BB 1997, 373; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 281; vgl. auch Rappaport, Shareholder Value, 53 ff.; Bühner, Das Management-Wert-Konzept, 35 ff.

⁵⁸⁸ Rappaport, Shareholder Value, 33 ff.

Im Gegensatz zu den Fremdkapitalkosten, die sich aus den jeweiligen Vertragskonditionen ergeben, sind die Eigenkapitalkosten nur sehr schwer zu bestimmen. Der Shareholder Value-Ansatz benützt dazu das Capital Asset Pricing Model (CAPM)⁵⁸⁹ – dem auch heute noch populärsten Kapitalmarktgleichgewichtsmodell – und stellt so die Verbindung zur Finanzierungs- und Kapitalmarkttheorie her.⁵⁹⁰ Dem CAPM liegt die sogenannte Portfolio-Theorie zugrunde.⁵⁹¹ Diese geht davon aus, daß jeder Anleger unter alleiniger Bewertung von zukünftigem Ertrag und Risiko zur Maximierung des Endvermögenswertes seiner Investitionen durch eine geschickte Mischung mehrerer Aktien ein individuell risikoeffizientes Wertpapierportefeuille zusammenstellt, um bei niedrigerem Schwankungsrisiko den gleichen Ertrag zu erhalten. Man spricht vom optimal risikodiversivierten Anleger. Im Rahmen des CAPM besteht das individuell risikoeffiziente Portefeuille für alle Anleger gleichermaßen in einem Anteil am gesamten Aktienmarkt; jeder Anleger hält also einen Bruchteil des gesamten Marktportefeuilles.⁵⁹² Auf dieser Basis ist es möglich, die Eigenkapitalkosten zu berechnen. Zu ihrer Ermittlung wird zum Zinssatz für (fast) risikofreie Kapitalanlagen, wie z. B. langfristige Bundesanleihen, eine Prämie für das aktientypische Risiko addiert.⁵⁹³ Diese Risikoprämie ergibt sich aus dem durchschnittlichen Risikozuschlag des Aktienmarktes multipliziert mit einem β -Faktor für das unternehmungsspezifische Risiko.⁵⁹⁴ Der durchschnittliche Risikozuschlag des Aktienmarktes ist dabei die Differenz zwischen der durchschnittlichen Performance (Dividenden zuzüglich Kurssteigerungen) von Aktien, die anhand eines Index wie z. B. Dow Jones oder Dax ermittelt wird, und der Rendite quasi-risikoloser Anlagen.⁵⁹⁵ Der β -Faktor, der die relative Volatilität der Aktienkurse des Unternehmens darstellt, wird geschätzt.^{596, 597}

⁵⁸⁹ Zu Nachweisen zur Herleitung des ursprünglichen CAPM und zu den verschiedenen Weiterentwicklungen vgl. Mülbert, ZGR 1997, 129, 136, Fn. 24 und 25; ders., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 126 ff.

⁵⁹⁰ v. Werder, ZGR 1998, 69, 72 m. w. N.; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 278.

⁵⁹¹ Vgl. dazu Mülbert, ZGR 1997, 129, 135 f. m. w. N.; ders. Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 126 f.

⁵⁹² Mülbert, ZGR 197, 129, 136.

⁵⁹³ Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 278.

⁵⁹⁴ Vgl. Bühner, Das Management-Wert-Konzept, 42 ff.; v. Werder, ZGR 1998, 69, 72.

⁵⁹⁵ v. Werder, ZGR 1998, 69, 72; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 278 f.

⁵⁹⁶ Für große Börsengesellschaften werden die β -Werte von der Wirtschaftspresse notiert. Für Unternehmen ohne Börsennotierung und für die Geschäftsbereiche

In die bisherigen Überlegungen ist nun noch der Börsenwert eines Unternehmens mit einzubeziehen. In der gegenwärtigen Börsenkapitalisierung ist bereits die erwartete Veränderung des Shareholder Value durch neue Investitionen enthalten. Daraus folgt, daß, wenn die Börsenkapitalisierung größer ist als der Shareholder Value, der Investor erwartet, daß das Unternehmen in Projekte investiert, deren Rendite oberhalb der Eigenkapitalkosten liegt. Die Schaffung von Shareholder Value allein reicht also nicht aus, daß die Aktie sich besser entwickelt als der gesamte Markt, sondern die Erfüllung und vor allem das Übertreffen der Erwartungen erhöhen die unmittelbare Aktienrendite.⁵⁹⁸ Langfristig wird jedoch auch ein Unternehmen, das zwar die Erwartungen nicht ganz erfüllt, aber kontinuierlich Shareholder Value kreiert, den Anleger sicher überdurchschnittlich entschädigen.⁵⁹⁹

Aus diesen Überlegungen lassen sich nun bestimmte praktische Handlungsanweisungen ableiten. Wie bereits erwähnt, sollte – egal ob beim Ausbau vorhandener oder der Erschließung neuer Geschäftsfelder – nur in solche Vorhaben investiert werden, deren zu erwartende Rendite zumindest den Eigenkapitalkosten entspricht. Ist dies nicht möglich, sollte – soweit gesetzlich erlaubt – der Rückkauf eigener Aktien als Investitionsmöglichkeit erwogen werden. Die damit zu erzielende Rendite entspricht unter im übrigen gleichbleibenden Bedingungen den Eigenkapitalkosten. Verfügt ein Unternehmen dann immer noch über freie Mittel, sind diese an die Aktionäre auszuschütten.⁶⁰⁰

Ist das Unternehmen auf mehreren Geschäftsfeldern tätig, muß eine nach Sparten getrennte Berechnung der zu erwartenden Rendite mit einem dem Risiko der jeweiligen Sparte angepaßten Diskontierungszinssatz erfolgen. Liegt die zu erwartende Rendite eines Geschäftsbereichs unter den durchschnittlichen Eigenkapitalkosten des Unternehmens, ist dieser abzustoßen

diversifizierter Unternehmen werden ihre β -Werte aus der Volatilität der Aktien branchengleicher Unternehmen abgeleitet.

⁵⁹⁷ Der Shareholder Value-Ansatz und die ihm zugrunde liegenden Modelle begegnen natürlich auch Kritik. Soweit sie fachlich-technischer Natur ist, soll hier nicht näher darauf eingegangen werden. Vgl. dazu v. Werder, ZGR 1998, 69, 73; Mülbart, ZGR 1997, 129, 137 f.; ders., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 134 ff.

⁵⁹⁸ Vgl. Mülbart, ZGR 1997, 129, 136 f.

⁵⁹⁹ AG 1996, R 357, 358.

⁶⁰⁰ Mülbart, ZGR 1997, 129, 132.

oder aufzugeben.⁶⁰¹ Eine der wichtigsten Strategien ist damit die Konzentration auf eigene Stärken, auf die Kernkompetenzen des Unternehmens. Ein breit diversifizierter Konzern zur Verminderung der Gewinnschwankungen macht unter diesen Prämissen keinen Sinn, denn der Anleger kann eine Risikominimierung viel einfacher und billiger durch die Diversifizierung seines Portefeuilles erreichen. Vielmehr sollte in den verbleibenden Geschäftseinheiten eine führende Marktposition angestrebt werden. "Economics of Scale" und mehr Mittel für die Forschung und Entwicklung sind Vorteile, die dem Unternehmen dann zugute kommen, um die notwendigen Eigenkapitalkosten verdienen zu können.⁶⁰²

An diese Empfehlungen zur (Des-)Investitionspolitik werden flankierende Maßnahmen geknüpft, die zum einen die Umsetzung sicherstellen, zum anderen eine möglichst große Wirkung der Geschäftspolitik garantieren sollen.⁶⁰³ Dazu gehören die Erweiterung der Rechnungslegungspublizität um die Segementsberichtserstattung, das heißt auch über die Entwicklung der einzelnen Unternehmensbereiche wird berichtet, und verstärkte Investor-Relations-Maßnahmen, um die Verpflichtung auf das Marktwertmaximierungsziel gegenüber Aktionären, potentiellen Investoren und Analysten zu kommunizieren.⁶⁰⁴

Hier von besonderer Bedeutung sind die Maßnahmen, die in bezug auf das Management empfohlen werden und damit auch in der Haftungsdiskussion von Bedeutung sind. Es besteht grundsätzlich die Gefahr, daß Manager, die keine Aktien am Unternehmen halten, nicht im Sinne des Shareholder Value-Ansatzes agieren. Ein Manager hat gegenüber einem Investor den Nachteil, daß er sein Risiko nicht diversifizieren kann. Er ist grundsätzlich abhängig vom Erfolg eines einzigen Unternehmens, und scheut daher das Risiko. Aussichtsreiche Investitionen werden so möglicherweise nicht getätigt. Durch eine Kompensation in Form von Aktienanteilen oder eine sonstige Anbindung der Vergütung an die Börsenkursentwicklung kann die Risikobereitschaft und ein Shareholder-Value orientiertes Handeln gefördert werden, denn auch der Manager profitiert dann davon. Die Prämisse, daß sich die Eigenkapitalrendite langfristig in der Marktbewertung niederschlägt, ermöglicht es, daß der Börsenkurs als Maßstab für die Leistung der

⁶⁰¹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 132.

⁶⁰² AG 1996, R 357, 358.

⁶⁰³ Vgl. Mülbert, ZGR 1997, 133.

⁶⁰⁴ W. U. Schilling, BB 1997, 373, 375; vgl. auch AG 1996, R 357, 360.

Führungskräfte herangezogen werden kann.⁶⁰⁵ Aktienoptionsprogramme und ähnliches spielen daher im Rahmen des Shareholder Value-Ansatzes eine wichtige Rolle.⁶⁰⁶

Es sollte allerdings darauf geachtet werden, daß die Bemessungsgrundlage um Einflüsse bereinigt wird, die sich aus Änderungen des Kapitalmarktzinses, der allgemeinen oder Branchenkonjunktur oder anderen volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen ergeben. Soweit ein Vergütungsbestandteil an die Börsenkursentwicklung geknüpft ist, erscheint dies nur gerechtfertigt, wenn die Aktienrendite über dem Durchschnitt vergleichbarer Unternehmen liegt.⁶⁰⁷ Des weiteren muß vermieden werden, daß sich die Leistungen oder Fehlleistungen des Vorgängers auf die Vergütung eines Unternehmensleiters auswirken. Schließlich ist darauf zu achten, daß die Geschäftspolitik nicht an einer kurzfristigen Ergebnisverbesserung zur Beeinflussung des Börsenkurses ausgerichtet wird, da dann ein Manager die erhaltenen Anteile schnell wieder verkauft und die übrigen Aktionäre die auf lange Sicht negativen Auswirkungen zu tragen haben.⁶⁰⁸

b) Der Shareholder Value-Ansatz und die aktienrechtliche Zielkonzeption

Bevor auf das Verhältnis des Shareholder Value-Ansatzes zum Unternehmensinteresse eingegangen wird, muß geklärt werden, inwieweit das Konzept überhaupt mit dem aktienrechtlichen Gesellschaftszweck vereinbar ist. Es wird also zunächst allein die Seite der Anteilseignerinteressen beleuchtet.

Ausgehend vom Ziel der Maximierung des Wohlstands der Aktionäre orientiert sich der Shareholder Value-Ansatz am diversifizierten Anleger. Das heißt es wird davon ausgegangen, daß jeder Aktionär ein persönlich

⁶⁰⁵ Hüffer, ZHR 161 [1997], 214, 215.

⁶⁰⁶ W. U. Schilling, BB 1997, 373, 375; ausführlich zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit von Aktienbezugsrechten sowie zu sonstigen gesellschaftsrechtlichen Fragen in bezug auf Aktienbezugsrechte Hüffer, ZHR 161 [1997], 214 ff.

⁶⁰⁷ Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 288; Rappaport, Shareholder Value, 179 ff.

⁶⁰⁸ Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 288. Am Shareholder Value-Ansatz wird auch grundsätzlich bemängelt, daß er eine kurzfristige Unternehmenspolitik fördere. Ob dies zutrifft, hängt insbesondere davon ab, inwieweit der Kapitalmarkt die Vernachlässigung von Investitionen in "weiche" und langfristige Faktoren des Unternehmenserfolgs – wie z. B. Humankapital und "Forschung und Entwicklung" – durch Kurssteigerungen belohnt. Vgl. dazu Mülbart, ZGR 1997, 129, 139 f. m. w. N

risikoeffizientes Portefeuille im Sinne der Portfolio-Theorie hält und daher nicht an einzelnen Aktien, sondern lediglich am Gesamtertrag des Portefeuilles interessiert ist. Die Unternehmenspolitik orientiert sich also weniger an der Gesellschaft selbst als am diversifizierten Anleger.⁶⁰⁹

Das Aktiengesetz bezieht sich weniger auf den einzelnen Aktionär. Vielmehr ist es verbandsrechtlich konzipiert. Die Gesellschaft steht im Vordergrund und für die normtypische AG besteht der Gesellschaftszweck bzw. das Formalziel darin, den von der Gesellschaft erzielten Gewinn langfristig zu maximieren.⁶¹⁰ Die Ertragsmaximierung erfolgt zwar im Vermögensinteresse der vorhandenen Aktionäre, der Gesellschaftszweck meint als überindividuelle Maximierungsvorschrift aber nicht den Wohlstand der einzelnen Aktionäre, sondern den von der Gesellschaft selbst mit ihrer Tätigkeit erzielten Ertrag.⁶¹¹ Dem liegt die verbandsrechtliche Vorstellung zugrunde, daß die Gewinnmaximierung durch die Gesellschaft im übereinstimmenden Interesse der Gesellschafter liege.⁶¹² Auch für die Konzepte zum Unternehmensinteresse ist das der Ausgangspunkt, den das Aktiengesetz gibt.

Der Shareholder Value-Ansatz und das aktienrechtliche Formalziel unterscheiden sich also durch eine grundsätzlich unterschiedliche Perspektive: Zum einen die der Portfoliotheorie mit der Wohlstandmaximierung des einzelnen diversifizierten Investors im Blick, zum anderen die überindividuelle Sicht des Verbandsrechts mit der Gesellschaft als verfaßtem Zweck, in der die Vermögensinteressen des einzelnen Aktionärs nur reflexiv Berücksichtigung finden, unter der Annahme, daß die Gewinnmaximierung der Gesellschaft dem übereinstimmenden Vermögensinteresse aller Aktionäre entspricht.

Eine Rolle kann dieser unterschiedliche Ausgangspunkt insbesondere bei Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen spielen. Stellt sich bei-

⁶⁰⁹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 157.

⁶¹⁰ Siehe oben C.III.1 [46 ff.]. Ausführlich zu den Unterschieden des verbandsrechtlich ausgestalteten Gesellschaftsrechts gegenüber Gesellschaftsrechtskonzeptionen, die sich am Anleger orientieren, Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 141 ff.

⁶¹¹ Mülbert, ZGR 1997, 129, 158; a. A. Kessler, AG 1993, 252, 272, wenn er die Individualziele der Aktionäre für den Vorstand über §§ 76, 93 AktG für verbindlich erklären will.

⁶¹² Ökonomisch ist diese Vorstellung sicher berechtigt, wenn ein Gesellschafter eine höhere Beteiligungsquote hält, und daher kaum oder nur wenig diversifizieren kann, in der Regel also bei nicht börsennotierten Gesellschaften.

spielsweise die Frage, ob der Vorstand freie Investitionsmittel zum Ausbau vorhandener Geschäftsfelder oder zur Diversifizierung verwenden soll, wenn beide Varianten den selben Ertrag erwarten lassen, so ist nach dem aus dem Verbandszweck abgeleiteten Gesellschaftsinteresse die Diversifizierungsentscheidung vorzuziehen, da bei gleicher Ertragshöhe ein geringeres Risiko besteht. Nach dem Shareholder Value-Ansatz ist hingegen der Ausbau der vorhandenen Geschäftsfelder vorzuziehen. Die Streuung des Risikos ist den Anlegern zu geringeren Kosten möglich, während die Konzentration auf die vorhandenen Geschäftsfelder z. B. auf dem Gebiet Forschung und Entwicklung Vorteile mit sich bringt.⁶¹³ Eine ähnliche Situation besteht, wenn es darum geht, Geschäftsbereiche abzustoßen oder das Unternehmen aufzuspalten.⁶¹⁴

Schließlich wird auch die Frage anders beurteilt, wann freie Mittel ausgeschüttet sind.⁶¹⁵ Folgt man dem Shareholder Value-Ansatz, ist eine Ausschüttung bereits dann geboten, wenn die Rendite der gegebenen Investitionsmöglichkeiten nicht mindestens den Eigenkapitalkosten entspricht. Ist allein die Gewinnmaximierung das Ziel, sollte eine Investitionsmöglichkeit schon wahrgenommen werden, wenn die Rendite den Marktzins für quasi risikofreie Kapitalanlagen übersteigt.

Diese Beispiele erwecken den Eindruck, daß der Shareholder Value-Ansatz in wesentlichen Punkten nicht mit den Prämissen des Aktiengesetzes vereinbar ist – und das schon, wenn man allein die Anteilseignerseite betrachtet. Bei genauerer Betrachtung ist dieser Eindruck aber zu pauschal und es muß differenziert werden. Genau genommen bedeutet Gewinnmaximierung die Maximierung des auf die einzelne Aktie entfallenden, zur Verteilung an die Aktionäre zur Verfügung stehenden künftigen Einzahlungsüberschusses.⁶¹⁶ Der Vorstand kann sich daher nicht darauf beschränken, nur das vorhandene Kapital möglichst gewinnbringend einzusetzen. Vielmehr kann unter Umständen gerade durch Wachstum ein höherer Gewinn pro Aktie erzielt werden. Damit eine solche Strategie erfolgreich ist, muß der wachstumsbedingte Kapitalbedarf zu möglichst günstigen Konditionen am Kapitalmarkt gedeckt werden, nicht zuletzt durch die Zuführung von Eigenkapital. Der Gewinn pro Aktie kann

⁶¹³ AG 1996, R 357, 358.

⁶¹⁴ Vgl. Mülbart, ZGR 1997, 129, 160.

⁶¹⁵ Vgl. Mülbart, ZGR 1997, 129, 160 f.

⁶¹⁶ Mülbart, ZGR 1997, 129, 157 f.

nämlich nicht nur durch einen besonders hohen Ertrag einer Investition bei durchschnittlichen Finanzierungskosten vergrößert werden, sondern auch mit einer durchschnittlichen Rendite, dann allerdings bei besonders günstigen Finanzierungskosten. Unter diesen Umständen ist auch der Shareholder Value-Ansatz von Bedeutung, denn eine an ihm ausgerichtete Unternehmenspolitik kann – wie oben dargestellt – die Finanzierungsmöglichkeiten der Gesellschaft erheblich verbessern.⁶¹⁷ Gerade international tätige Investoren, aber auch nationale Anleger richten ihre Anlagestrategie an der Portfoliotheorie aus und bewerten den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens anhand des Shareholder Value-Ansatzes.⁶¹⁸ Kurz gesagt, der Vorstand muß sich an der Realität des Kapitalmarkts orientieren.⁶¹⁹ Insbesondere bei börsennotierten Publikumsgesellschaften kann daher eine marktwertorientierte Strategie geboten, zumindest aber zulässig sein. Hingegen ist bei nicht börsennotierten Gesellschaften bzw. Gesellschaften ohne liquiden Börsenhandel und/oder Gesellschaften mit Paketaktionär kaum zu erwarten, daß eine am Shareholder Value orientierte Unternehmenspolitik die Finanzierungsmöglichkeiten wesentlich verbessert.⁶²⁰

Letztlich hängt vieles vom Einzelfall ab, und der Unternehmensleitung muß für die Beurteilung der Frage, ob eine marktwertmaximierende Unternehmenspolitik im Hinblick auf die Gewinnmaximierung zweckmäßig ist, sicher ein weiter Ermessensspielraum zugestanden werden.⁶²¹ Festzuhalten ist aber, daß der Shareholder Value-Ansatz grundsätzlich

⁶¹⁷ Mülbert, ZGR 1997, 129, 162.

⁶¹⁸ Wie weit diese Strategie tatsächlich verbreitet ist, bedarf sicher einer genaueren Analyse. Entsprechende Verweise finden sich bei Mülbert, ZGR 1997, 129, 162 Fn. 119. Jedenfalls sollten bei einem Finanzierungskonzept diese Möglichkeiten bedacht werden.

⁶¹⁹ Unter welchem Druck seitens des Kapitalmarkts gerade internationale Konzerne stehen, verdeutlicht v. Werder, ZGR 1998, 69, 80 ff. mit dem von ihm angeführten Beispiel. Gleichzeitig relativiert er aber auch die determinierende Kraft des Kapitalmarkts. Vgl. auch W. U. Schilling, BB 1997, 373, 374.

⁶²⁰ Insbesondere wenn ein nicht diversifizierter Großaktionär an der Gesellschaft beteiligt ist, kann eine am Shareholder Value-Ansatz orientierte Strategie kontraproduktiv sein. Diese kann nämlich aufgrund des höheren Risikos von ihm als nachteilig empfunden werden, so daß er seine Beteiligung niedriger bewertet als hinreichend diversifizierte Aktionäre und künftige Kapitalerhöhungen nicht mitträgt oder sogar blockiert.

⁶²¹ Vgl. Mülbert, ZGR 1997, 129, 163.

nicht der verbandsrechtlichen Zielkonzeption des Aktiengesetzes entspricht.

c) Der Shareholder Value-Ansatz und das Unternehmensinteresse

Die entscheidene Frage ist nun, wie die bisherigen Überlegungen zum Shareholder Value-Ansatz die Konzeptionen zum Unternehmensinteresse beeinflussen. Schon der Begriff legt nahe, daß die Interessen anderer Gruppen als der der Anteilseigner – in diesem Kontext *stakeholder* genannt – keine Berücksichtigung finden. Auch bei genauerer Betrachtung bestätigt sich dieses Bild, denn mit der Steigerung des Marktwerts des Eigenkapitals wird primär ein Ziel verfolgt, das vor allem im Vermögensinteresse der Anteilseigner liegt.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß der Shareholder Value-Ansatz nur eine betriebswirtschaftliche Methode ist, das zugrunde gelegte Ziel zu erreichen, nämlich den Wohlstand der Aktionäre zu mehren. Eine Begründung dafür, daß dieses Ziel zu verfolgen ist, liefert er aus sich heraus nicht, allenfalls durch wirtschaftliche Notwendigkeiten.⁶²² Vielmehr hat sich schon in obigen Ausführungen in bezug auf die Anteilseignerinteressen gezeigt, daß der Shareholder Value-Ansatz nur insoweit verfolgt werden darf, als er dem durch den verbandsrechtlichen Gesellschaftszweck definierten Gesellschaftsinteresse dient. Wird vom Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime aufgrund der oben genannten Gründe⁶²³ hin zum Unternehmensinteresse abgewichen, ändert der Shareholder Value-Ansatz daran grundsätzlich nichts.⁶²⁴ Nur soweit im jeweiligen Unternehmensinteressekonzept das Gesellschaftsinteresse zum Tragen kommt, muß, wenn wirtschaftliche Zwänge dies im Sinne des Gesellschaftsinteresses gebieten,⁶²⁵ der Shareholder Value-Ansatz verfolgt werden. Selbst wenn man das Gesellschaftsinteresse entgegen der hier vertretenen Ansicht mit den Maßgaben des Shareholder Value-Ansatzes ersetzt, hat dies keine Auswirkungen auf die Berücksichtigung anderer Interessen. Lediglich soweit die Anteilseignerinteressen in das Unternehmensinteresse einfließen, tun sie

⁶²² Semler, FS Raisch, 291, 298.

⁶²³ Siehe oben C.III [46 ff.].

⁶²⁴ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 79; Semler, FS Raisch, 291, 298.

⁶²⁵ Siehe oben C.IV.6.b) [117 f.].

dies nicht mehr in Form des Gesellschaftsinteresses, sondern im Sinne des Shareholder Value-Ansatzes.⁶²⁶

Rein rechtlich gesehen hat der Shareholder Value-Ansatz daher keine Auswirkungen auf das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime. Seine Wirkungen entfalten sich vielmehr auf der faktischen Ebene. Die Zwänge des Kapitalmarkts üben, wie bereits oben dargestellt, auf eine Reihe von Gesellschaften einen enormen Druck aus, den Maximen des Shareholder Value-Ansatzes nachzukommen. Dabei können einige der Marktwertmaximierung dienende Maßnahmen insbesondere für die Arbeitnehmer erhebliche negative Konsequenzen mit sich bringen.⁶²⁷ Dadurch, daß der Shareholder Value-Ansatz allein die Anteilseignerinteressen in den Mittelpunkt rückt, insoweit eine messerscharfe Analyse der Unternehmensstrategie ermöglicht und gleichzeitig seine Implementierung über den Kapitalmarkt durchsetzt, kann er also sicher zu einer Verschärfung des Interessenkonflikts im Unternehmen beitragen. Ein Übriges tut die zunehmende Umsetzung von Aktienoptionsprogrammen, die das Management für das Marktwertmaximierungsziel einnimmt. So sieht dann auch Hüffer im Shareholder Value-Ansatz eine Verschiebung im Spannungsverhältnis von Kapital, Arbeit und Gemeinwohl zugunsten der Kapitalinteressen.⁶²⁸ Ob dem auf rechtlicher Ebene über eine Verhaltensmaxime "Unternehmensinteresse" hinaus – diese ist wie gesagt unabhängig vom Shareholder Value-Gedanken – begegnet werden muß, ist eine Frage rechtspolitischer Natur und bedarf daher hier keiner näheren Erörterung. Gleichsam nimmt der Shareholder Value-Ansatz denen den Wind aus den Segeln, die in der Unternehmensinteressediskussion einen Interessenkonflikt leugnen.⁶²⁹

⁶²⁶ Vgl. Semler, FS Raisch, 291, 298.

⁶²⁷ Ein Beispiel dafür nennt v. Werder, ZGR 1998, 69, 86: In einem mit 12 % Rendite beachtlich profitablen Geschäftsbereich kann es nach dem Shareholder Value-Ansatz geboten sein, Arbeitsplätze drastisch abzubauen, allein um die Eigenkapitalrendite auf 15 % zu steigern. Freilich begegnen einseitig zu Lasten der Arbeitnehmer gehende Maßnahmen aber auch ökonomischer Kritik, vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 88.

⁶²⁸ Hüffer, ZHR 161 [1997], 214, 217; vgl. auch W. U. Schilling, BB 1997, 373, 377.

⁶²⁹ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 74.

D. DIE RECHTSLAGE IN DEN USA

I. Das amerikanische Gesellschaftsrecht

Streng genommen gibt es kein US-amerikanisches Gesellschaftsrecht. Die Gesetzgebungskompetenz liegt nämlich nicht beim Bund, sondern bei den Einzelstaaten. Das ergibt sich im Umkehrschluß aus dem *interstate commerce clause* des Art. I Sec. 8 cl. 3 US Constitution, welcher die Bundeskompetenz auf dem Gebiet des einzelstaatübergreifenden Wirtschaftsrechts festlegt.⁶³⁰ Das Gesellschaftsrecht ist daher in den Einzelstaaten unterschiedlich geregelt.

Die am stärksten verbreiteten Gesellschaftsformen des US-amerikanischen Rechts sind auf Seiten der Personengesellschaften die *general partnership* und die *limited partnership*, welche der deutschen OHG (und zum Teil der deutschen GbR) bzw. der KG funktional entsprechen, sowie auf Seiten der Kapitalgesellschaften die *public corporation* und die *private corporation*.⁶³¹ Letztere ist dabei das Äquivalent zur deutschen GmbH, während erstere der AG entspricht.⁶³²

Auf verschiedenen Gebieten des Gesellschaftsrechts formulierte die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) ein einheitliches *uniform law*, das von den Einzelstaaten – zum Teil mit kleinen Abweichungen – einheitlich angenommen wurde und so zu einer relativen Rechtseinheit führte.⁶³³ Für das Personengesellschaftsrecht existiert der nach diesem Konzept entwickelte *Uniform Partnership Act* (UPA), der 1994 durch den *Revised Uniform Partnership Act* (RUPA) ersetzt wurde. Voraussichtlich wird der RUPA den UPA bald in allen Einzelstaaten ablösen.⁶³⁴ Für die *limited partnership* gibt es darüber hinaus den *Revised Limited Partnership Act* (RLPA).

Im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es kein solches *uniform law*, was hauptsächlich am starken Wettbewerb unter den Einzelstaaten um eine möglichst große Zahl von Inkorporierungen liegt. Diese garantieren zum einen durch

⁶³⁰ Vgl. Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 1.

⁶³¹ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 1.

⁶³² Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 1, 27.

⁶³³ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 1.

⁶³⁴ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 2.

Steuern und Registrierungsgebühren ein gewisses direktes Staatseinkommen, zum anderen indirekte Einkünfte durch Folgeinvestitionen und Sekundäreffekte,⁶³⁵ auch wenn die meisten Gesellschaften nur ihren Satzungssitz im Inkorporierungsstaat haben, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aber anderswo.⁶³⁶ Als Folge wird häufig ein "*race for laxity*"⁶³⁷ oder "*race to the bottom*"⁶³⁸ beklagt, während Anhänger der sogenannten "*corporate federalist theory*" in Delaware, dem erfolgreichsten Staat in diesem "Rennen", gerade den Staat erblicken, in dem sich der Wettkampf als zum Wohle der Aktionäre und nicht zu deren Nachteil gereichend herausstellte.⁶³⁹

Die *American Bar Association* (ABA) hat allerdings ein Modellgesetz geschaffen, den *Model Business Corporation Act* (M.B.C.A.) für die *public corporation*. 1984 wurde eine revidierte Fassung vorgestellt – der *Revised Model Business Corporation Act* (R.M.B.C.A.). Diese Modellgesetze wurden von vielen Einzelstaaten mit einzelnen Änderungen übernommen.⁶⁴⁰ Für die *private corporation*, die auch *close corporation* genannt wird, wurde von der ABA eine Ergänzung zum M.B.C.A. und R.M.B.C.A. veröffentlicht, das *Model Statutory Close Corporation Supplement* (M.S.C.C.S.). Darin sind Sonderregelungen zu bestimmten Regelungskomplexen enthalten, die in den Einzelstaaten in unterschiedlicher Weise in Gesetzesform umgesetzt wurden.⁶⁴¹

Die geschilderten Vereinheitlichungsbemühungen führten trotz der einzelstaatlichen Gesetzgebungskompetenz zu einer großen Ähnlichkeit der gesetzlichen Regelungen in den Einzelstaaten, so daß eine einheitliche Untersuchung in der Regel möglich ist. Die Darstellung wird im folgenden

⁶³⁵ In Delaware stammen z. B. rund 20 % aller Staatseinkünfte aus Gebühren und Steuern im Zusammenhang mit Delaware-Gesellschaften (zit. nach Hatzis-Schoch, RIW 1992, 539, 542). Eine Übersicht über die Entwicklung der Einkünfte Delawares aus Inkorporierungen findet sich bei Romano, *Comparative Corporate Governance*, 143, 175, Table 1.

⁶³⁶ Vgl. Bungert, *Gesellschaftsrecht in den USA*, 2.

⁶³⁷ Der Ausdruck geht zurück auf Associate Justice Louis D. Brandeis in seiner abweichenden Meinung in *Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933).

⁶³⁸ Urheber dieses Begriffs ist wohl Cary, 83 *Yale L.J.* 663, 666 (1974).

⁶³⁹ Schaefer, *Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis*, 3; vgl. auch Romano, *Comparative Corporate Governance*, 143, 216; Fischel, 35 *Vand.L.Rev.* 1259, 1286 f. (1982).

⁶⁴⁰ Vgl. Bungert, *Gesellschaftsrecht in den USA*, 2 f.

⁶⁴¹ Näher zum Inhalt des M.S.C.C.S. und zu den Umsetzungsmethoden der Einzelstaaten, Bungert, *Gesellschaftsrecht in den USA*, 3 f.

überwiegend auf das jeweilige Modellgesetz gestützt, wobei im Einzelfall wichtige Einzelstaatengesetze, insbesondere das *Delaware General Corporation Law* (Del.Gen.Cop.L.)⁶⁴², mit einbezogen werden.

II. Die *Public Corporation*

Die einzelstaatlichen Gesetze gehen von der *public corporation*, die auch *publicly held corporation* genannt wird, als dem Grundmodell einer Kapitalgesellschaft aus.⁶⁴³ Sie ist nach ihrer zivilrechtlichen Definition eine gewerblich tätige juristische Person, die im eigenen Namen Rechte und Pflichten haben und unter eigenem Namen klagen und verklagt werden kann.⁶⁴⁴ Sie haftet für ihre vertraglichen und deliktischen Verpflichtungen nur mit dem Gesellschaftsvermögen, die Anteilseigner sind nicht persönlich haftbar. Der Bestand der *corporation* ist unabhängig vom Bestand der Gesellschafter. Die Anteile der Gesellschaft sind im Prinzip frei übertragbar. Das *American Law Institute* (ALI) definiert die *public corporation* unter Zuhilfenahme von kapitalmarktrechtlichen Vorschriften als "a corporation that as of the record data for its most recent annual shareholders' meeting had both 500 or more record holders of its equity securities and \$ 5 million or more of total assets; [...]".⁶⁴⁵

1. Grundlagen der Gesellschaft

Die Gründer – in moderneren Gesetzen genügt eine einzige natürliche oder juristische Person (vgl. R.M.B.C.A. § 2.01) – konzipieren und unterzeichnen die sogenannten *articles of incorporation*, die von einem *notary public* beglaubigt werden ("*acknowledgement*"). Diese Gesellschaftssatzung wird beim *Secretary of State* des Gründungsstaates oder der entsprechenden Behörde eingereicht (sogenanntes *filing*). Dort wird der notwendige Inhalt

⁶⁴² Zur Bedeutung von Delaware für das US-amerikanische Gesellschaftsrecht und den Gründen dafür vgl. Hatzis-Schoch, RIW 1992, 539 ff.

⁶⁴³ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 27; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 35.

⁶⁴⁴ R.M.B.C.A. § 3.02.

⁶⁴⁵ ALI, Principles of Corporate Governance, § 1.31; vgl. auch Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 34 ff.

der Satzung überprüft und nach Begleichung der Gründungsgebühren das sogenannte *certificate of incorporation* ausgestellt.

Als Mindestinhalt der Satzung verlangen die meisten Einzelstaaten die Angabe der Firma, der Zahl der zur Begebung autorisierten Anteile (*shares*), häufig noch deren Nennwert oder den Hinweis, daß es sich um nennwertlose Anteile handelt (*no par value shares*), gegebenenfalls der Rechte und Vorzugsrechte der Aktien bzw. Aktiengattungen, des eingetragenen Sitzes (*registered office*), des Namens und der Adresse des ersten Zustellungsbevollmächtigten (*registered agent*) sowie einiger Daten bezüglich der Gründer und unter Umständen der ersten *directors*.⁶⁴⁶ Häufig wird noch die Angabe des Gesellschaftszwecks (*corporate purpose*)⁶⁴⁷ gefordert, was allerdings dadurch aufgeweicht wird, daß auch eine Bestimmung ausreicht, die der Gesellschaft die Verfolgung jedes gesetzlich erlaubten Zwecks erlaubt ("*any lawful activity clause*"). Nach dem traditionellen Konzept hatte die Satzung bestimmte *coporate purposes* sowie die zu deren Erreichung der *corporation* verliehenen Befugnisse ("*corporate powers*") abschließend festzulegen. Diese Befugnisse umrissen quasi die Rechtsfähigkeit (im untechnischen Sinne) der Gesellschaft.⁶⁴⁸ Nach der *ultra vires*-Doktrin waren diese Befugnisse überschreitende rechtsgeschäftliche Handlungen der *corporation* nichtig ("*void*") oder zumindest vernichtbar.⁶⁴⁹ Die *ultra vires*-Doktrin besitzt aber heute kaum mehr ein

⁶⁴⁶ R.M.B.C.A. § 2.02. (a); Del.Gen.Cop.L. § 102 (a); vgl. auch Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 29.

⁶⁴⁷ In der Regel wird nicht zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand unterschieden. Bei den *corporate puposes* in Satzungen oder gesetzlichen Bestimmungen geht es genau genommen um den Unternehmensgegenstand. Den Gesellschaftszweck im engen Sinne bzw. das Formalziel (Gewinnerzielung etc.) ermittelt die Rechtsprechung durch Auslegung, faßt ihn aber dennoch als Teil des *corporate purpose* auf, so daß ein Handeln, das nicht vom Gesellschaftszweck im engen Sinne gedeckt ist, von der *ultra vires*-Doktrin umfaßt wird. *Corporate purpose* gewinnt damit die Bedeutung, die ein Teil der deutschen Literatur auch dem Begriff Gesellschaftszweck beimißt (siehe oben C.III.1.a) [47 ff.]), nämlich die eines Oberbegriffs der Unternehmensgegenstand und Formalziel bzw. Gesellschaftszweck im engen Sinne umfaßt. Angesichts der inzwischen bei fast allen Gesellschaften sehr weiten Fassung des *business purpose* beschränkt sich dessen Bedeutung in der Praxis auf die des Gesellschaftszwecks im engen Sinne. Die oben gewählte Terminologie, das heißt Gesellschaftszweck gleichbedeutend mit Formalziel, kann daher beibehalten werden.

⁶⁴⁸ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 7 Rn. 6.

⁶⁴⁹ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 31 m. w. N.; ausführlich Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 254.

Anwendungsfeld, da zum einen die meisten Satzungen – inzwischen zulässigerweise⁶⁵⁰ – eine "*any lawful purpose*"-Klausel enthalten, zum anderen der Gesellschaft nach der "*implied powers*"-Lehre alle zur Verfolgung der Gesellschaftszwecke notwendigen Befugnisse zustehen, auch wenn sie nicht in der Satzung oder im Gesetz aufgeführt sind (vgl. R.M.B.C.A. § 3.02).⁶⁵¹ Gem. § 3.04 (a) R.M.B.C.A.⁶⁵² ist der *ultra vires*-Einwand grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahmen gelten, wenn ein Gesellschafter die Vornahme eines Geschäfts verhindern will, die *corporation* gegen ein gegenwärtiges oder ausgeschiedenes Mitglied des Managements oder einen sonstigen Angestellten⁶⁵³ oder der *attorney general* im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtsbefugnis gegen die *corporation* vorgehen will.⁶⁵⁴

In manchen Einzelstaaten entsteht die *corporation* als juristische Person in dem Moment, in dem der *Secretary of State* die Gesellschaftssatzung mit dem Vermerk "*filed*" versieht, in manchen erst geringfügig später, wenn die autorisierte Gesellschaftssatzung den Gründern ausgehändigt wird, soweit in dieser kein späterer Zeitpunkt vorgesehen ist.⁶⁵⁵ Eine bestimmte Kapitalaufbringung ist also in der Regel keine Voraussetzung für die Entstehung der Rechtspersönlichkeit.

In der formellen Gründungsversammlung wird die erste Generation der *directors*⁶⁵⁶ ernannt. Diese kann aber auch schon in den *articles of incorporation* bestimmt sein, so daß die erste Versammlung der *directors* anstelle der Gründungsversammlung tritt (vgl. R.M.B.C.A. § 2.05 (a)). In der jeweiligen Versammlung werden die nach dem Gesetz erforderlichen *officers*⁶⁵⁷ ernannt und die *bylaws* erlassen. Letztere ähneln in gewisser Weise der Geschäftsordnung des Vorstands (und Aufsichtsrats) einer deutschen AG, während die *articles of incorporation* der Satzung ent-

⁶⁵⁰ Vgl. zur historischen Entwicklung Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 246.

⁶⁵¹ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 31; Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 250; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 7 Rn. 5; Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 38.

⁶⁵² Ganz ähnlich ist die Rechtslage in Delaware, vgl. Del.Gen.Corp.L. § 124.

⁶⁵³ Diese Ausnahme ist also hier von Bedeutung, da sie sich im Rahmen der Haftung von *directors* und *officers* auswirkt (vgl. dazu unten D.III.1.a)(3) [134 f.]).

⁶⁵⁴ R.M.B.C.A. § 3.04 (b); Del.Gen.Corp.L. § 124 (1)-(3).

⁶⁵⁵ Vgl. R.M.B.C.A. § 2.03 (a) einerseits und Colo.Rev.Stat. § 7-2-104 (1998) andererseits.

⁶⁵⁶ Vgl. dazu auch unten D.II.2 [126 ff.].

sprechen. Die *bylaws* sind meist ausführlicher als die *articles of incorporation*, nicht zuletzt weil sie viel einfacher zu ändern sind als diese und nicht beim *Secretary of State* eingereicht zu werden brauchen.⁶⁵⁸ Im Konfliktfall stehen die *articles of incorporation* über den *bylaws*.⁶⁵⁹

2. Geschäftsführung und Vertretung

Das Organ, das die *corporation* verwaltet, ist das "*board of directors*". Nach modernen Gesetzen ist keine Mindestzahl von *directors* mehr vorgesehen, vielmehr können die Anteilseigner deren Zahl in der Satzung oder den *bylaws* festlegen.⁶⁶⁰ Die Direktoren müssen nicht Aktionäre der Gesellschaft sein. Das *board of directors* trifft die Leitentscheidungen für die Geschäftspolitik der Gesellschaft.⁶⁶¹ Welche Aufgaben und Verpflichtungen dem *board* im Bereich der Leitung der *corporation* genau zukommen, wird unterschiedlich gesehen und kann auch nicht einheitlich beantwortet werden – schon angesichts Größe und Gegenstand der *corporation* müssen Unterschiede gemacht werden.⁶⁶² Von einer genaueren Untersuchung wird daher an dieser Stelle abgesehen, sie soll gegebenenfalls dort erfolgen, wo die entsprechenden Punkte für das hier behandelte Thema relevant werden.

Das *board* tritt nur wenige Male im Geschäftsjahr zusammen.⁶⁶³ Häufig sind auch Entscheidungen im schriftlichen Verfahren oder in Telefonkonferenzen erlaubt. Einzelheiten werden in den *bylaws* geregelt.⁶⁶⁴ Grundsätzlich werden Entscheidungen mit einfacher Mehrheit gefaßt.⁶⁶⁵ Die *bylaws* können allerdings für bestimmte Fälle eine qualifizierte Mehrheit (sogenannte *supermajority*) bestimmen. Grundlegende Entscheidungen wie z. B. Satzungsänderungen, Verschmelzung, Veräußerung des gesamten Geschäftsbetriebs oder Auflösung der Gesellschaft bedürfen der Entschei-

⁶⁵⁷ Vgl. dazu auch unten D.II.2 [126 ff.].

⁶⁵⁸ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 28.

⁶⁵⁹ Näher zu *articles of corporation* und *bylaws* Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 37 ff.

⁶⁶⁰ R.M.B.C.A. § 8.03 (a); Del.Gen.Corp.L. § 141 (b).

⁶⁶¹ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 35.

⁶⁶² Ausführlich Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 65 ff.; ALI, Principles of Corporate Governance, § 3.02.

⁶⁶³ Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 56.

⁶⁶⁴ R.M.B.C.A. § 8.20 (b) und § 8.21; Del.Gen.Corp.L. § 141 (f) und (i).

⁶⁶⁵ R.M.B.C.A. § 8.24 (c).

dung bzw. Zustimmung der Anteilseigner.⁶⁶⁶ Eine Abberufung von *directors* ist – im Gegensatz zu früher, als ein besonderer Grund vorliegen mußte – heute meistens auch ohne besonderen Grund ("*without cause*") möglich, soweit in der Satzung nichts anderes geregelt ist.⁶⁶⁷ Eine Vergütung der *directors* sieht das *common law* nicht vor, allerdings gewähren die modernen *Corporation*-Gesetze eine solche oder gestatten entsprechende Klauseln in der Satzung.⁶⁶⁸

Die täglichen Geschäfte der *corporation* werden von den *officers*⁶⁶⁹, einer Art leitender Angestellter, erledigt.⁶⁷⁰ An deren Spitze steht der *chief executive officer* (*CEO* oder auch *president* genannt), daneben gibt es in der Regel einen *vice-president*, einen *secretary*, der wichtige Dokumente gegenzeichnet und Protokolle der Sitzungen erstellt, sowie einen *treasurer*, der für die Finanzen zuständig ist.⁶⁷¹

Die Darstellung zeigt, daß es bei der *public corporation* keine Funktionentrennung wie zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in der deutschen AG gibt. An deren Stelle steht vielmehr allein das *board of directors*. Es handelt sich also um ein zweigliedriges System aus *board* und Anteilseignerversammlung im Gegensatz zum deutschen dreigliedrigen System mit Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Die Managementkonzeptionen im deutschen und US-amerikanischen Recht können daher grundsätzlich nicht gleichgesetzt werden.⁶⁷² In der Praxis hat sich allerdings eine Funktionenteilung zwischen den hauptamtlichen Mitgliedern des *boards*, die zugleich *officers* sind (*inside* oder *full-time directors*), und den nebenamtlichen Mitgliedern (*outside* oder *part-time* bzw. *independent*

⁶⁶⁶ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 35.

⁶⁶⁷ Z. B. Del.Gen.Corp.L. § 141 (k); vgl. auch Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 55.

⁶⁶⁸ Gerade in der deutschen Diskussion eine wichtige Rolle spielt dabei die weit verbreitete US-amerikanische Praxis, die Vergütung teilweise in Form von Optionsrechten zum Erwerb von Aktien der *corporation* zu leisten. Vgl. näher dazu und m. w. N Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 36 f., speziell zur deutschen Diskussion Fn. 94; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 92.

⁶⁶⁹ Deren Vergütung ist auch im traditionellen System des *common law* unproblematisch.

⁶⁷⁰ Vgl. zu Stellung und Funktion der *officers* Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 72 ff; ALI, Principles of Corporate Governance, § 3.01.

⁶⁷¹ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 35; ausführlicher zu den einzelnen *officers* Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 74 f..

⁶⁷² Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 35.

directors) herausgebildet,⁶⁷³ die Ähnlichkeit mit dem deutschen Aufsichtsratssystem erkennen läßt, ohne es institutionell festzuschreiben.⁶⁷⁴ Die Unternehmensleitung liegt in den Händen der hauptamtlichen Direktoren, die nicht selten eine ähnliche Unabhängigkeit erlangen wie im deutschen Recht, während sich die nebenamtlichen Direktoren mehr oder weniger auf die Überwachung der Geschäftspolitik beschränken. Letztlich hängt jedoch vieles von der Ausgestaltung im Einzelfall ab.

Vertreten wird die *corporation* durch die *directors* gemeinschaftlich (Gesamtvertretung). Deren Vertretungsmacht ist durch Beschränkungen in der Satzung und implizit auf die dem Gesellschaftszweck förderlichen Geschäfte beschränkt.⁶⁷⁵

In der Praxis werden Geschäfte mit Außenwirkung überwiegend durch die *officers* getätigt. Die *officers* sind Vertreter ("*agents*") der *corporation* kraft Amtes (sogenannter *inherent authority*), deren Vertretungsmacht sich dogmatisch aus der Einsetzung durch das *board* ableitet oder sich auf in den *bylaws* explizit übertragene Befugnisse gründet.⁶⁷⁶ Regelmäßig haben die einzelnen *officers* Einzelvertretungsmacht für bestimmte thematische Bereiche, während der *CEO* bezüglich des gesamten täglichen Geschäftsablaufs einzelvertretungsberechtigt ist.

III. Die Haftung von *Directors* und *Officers*

Im Unterschied zu der Situation in Deutschland sind in den USA die Gerichte seit vielen Jahren und in zahlreichen Entscheidungen mit Fragen der Haftung des Managements für unternehmerische Maßnahmen befaßt.⁶⁷⁷ Die Entwicklung ist dabei gekennzeichnet durch eine zunehmende Verschärfung der Managerhaftung, was zum Teil sogar dazu führte, daß

⁶⁷³ Genauer zu Abgrenzung und Terminologie Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 80 ff.

⁶⁷⁴ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 7 Rn. 7; Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 92; ders., ZfRV 1996, 1, 6.

⁶⁷⁵ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 35 f.

⁶⁷⁶ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 36; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 73, der auch der Frage nachgeht, inwieweit insbesondere dem *CEO* eine Anscheinsvollmacht zukommt.

⁶⁷⁷ Vgl. v. Werder/Feld, RIW 1996, 481.

angesprochene Kandidaten wegen der Haftungsrisiken die Übernahme eines Amtes in der Unternehmensleitung ablehnten.⁶⁷⁸

Die grundsätzlichen Voraussetzungen einer Haftung der *directors* und *officers* sind im US-amerikanischen Recht ähnlich wie die Voraussetzungen der Vorstands- und Aufsichtsratschaftung im deutschen Recht. Erforderlich ist eine Pflichtverletzung (*breach of duty*), ein Verschulden (*culpability*), ein Schaden der *corporation* (*damage*) und Kausalität (*causation, proximate cause*), wobei der Schwerpunkt der Diskussion eindeutig bei der Pflichtverletzung und dem Verschulden liegt.⁶⁷⁹

1. Pflichtverletzung

Directors und *officers* haften grundsätzlich für jede schuldhafte Pflichtverletzung. Pflichtenquellen sind dabei neben den gesetzlichen Vorschriften der Einzelstaaten⁶⁸⁰ und des Bundes⁶⁸¹ (*statutory standards*) die Prinzipien des *common law*.⁶⁸² Insbesondere im *common law* wird davon ausgegangen, daß *directors* und *officers* sowohl gegenüber der *corporation* als auch gegenüber den Anteilseignern in einem fiduziarischen Rechtsverhältnis stehen.⁶⁸³ Aus diesem Rechtsverhältnis – der klassische Fall eines solchen ist im anglo-amerikanischen Recht der *trust* – erwachsen die sogenannten *fiduciary duties*.⁶⁸⁴ In Rechtsprechung und Literatur wird hinsichtlich den die Organmitglieder treffenden Pflichten hauptsächlich zwischen der *duty of care* (Sorgfaltspflicht) und der *duty of loyalty* (Treuepflicht) unterschieden.⁶⁸⁵

⁶⁷⁸ v. Werder/Feld, RIW 1996, 481 m. w. N

⁶⁷⁹ Grass, Business Judgment Rule, 21.

⁶⁸⁰ Z. B. §§ 172 und 174 Del.Gen.Corp.L.

⁶⁸¹ Besondere Pflichten ergeben sich insbesondere aus den bundesrechtlichen Steuer-, Sozialversicherungs- und Wertpapiergesetzen.

⁶⁸² Grass, Business Judgment Rule, 22.

⁶⁸³ Knepper/Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, 1.06; Allen, Comparative Corporate Governance, 307, 314; Grass, Business Judgment Rule, 22; in der Rechtsprechung werden *directors* und *officers* zum Teil auch als "*quasi-trustees*" bezeichnet, vgl. z. B. Schildbert Rock Products Cl. v. Brooks, 140 N.W.2d 132 (Iowa 1966).

⁶⁸⁴ Allen, Comparative Corporate Governance, 307, 314.

⁶⁸⁵ ALI, Principles of Corporate Governance, Pt. IV, Introductory Note, c. Diese Unterscheidung wurde nicht zuletzt deshalb hier auch für das deutsche Recht gewählt (siehe oben B.I.1 [9 f.]).

a) *Duty of Care* und *Business Judgment Rule*

(1) Die *Duty of Care*

Die *duty of care* spielt bei der Haftung des Managements eine zentrale Rolle. Sie hat ihren Ursprung im *common law*, ist jedoch aufgrund ihrer Wichtigkeit in vielen der einzelstaatlichen *corporation*-Gesetze explizit aufgenommen worden.⁶⁸⁶ Auch wenn die Regelungen der einzelnen Staaten im Detail Unterschiede aufweisen, so beinhalten sie im wesentlichen doch die selben Elemente.⁶⁸⁷ Grundlegende Aussage ist, daß *directors* und *officers* die ihnen gegenüber der Gesellschaft obliegenden Aufgaben mit gehöriger Sorgfalt (*due care and diligence*) zu erfüllen haben.⁶⁸⁸ § 8.30 des R.M.B.C.A. lautet: "A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee: (1) in good faith; (2) with the care of an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interest of the corporation. Es werden also objektive und subjektive Anforderungen verbunden: objektiv die Sorgfalt eines ordentlich vorsichtigen *directors* und subjektiv der gute Glaube, im besten Interesse der *corporation* zu handeln.⁶⁸⁹ In § 8.42 R.M.B.C.A. ist die gleiche Haftungsvorschrift auch für die *officers* festgehalten. Für beide gilt insoweit, auch wenn die meisten Rechtsvorschriften der Einzelstaaten sowie Gerichtsentscheidungen ausschließlich die Haftung der *directors* behandeln, grundsätzlich ein einheitlicher Sorgfaltsmaßstab.⁶⁹⁰ Es wird keine strukturelle Unterscheidung zwischen *directors* und *officers* getroffen, vielmehr wird der Sorgfaltsmaßstab funktionell in Verbindung mit der jeweils übernommenen Leitungs- oder Überwachungsaufgabe bestimmt.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ Grass, Business Judgment Rule, 24; zu den Staaten, in denen die duty of care nicht kodifiziert ist, zählt insbesondere Delaware.

⁶⁸⁷ Vgl. zu den Unterschieden der einzelstaatlichen Regelungen Grass, Business Judgment Rule, 24, Fn. 72.

⁶⁸⁸ New Haven Trust Co. v. Doherty, 54 A. 209 (1903); Bowerman v. Namer, 250 U.S. 504 (1920); North Hudson Mut. Bldg. & Loan Ass'n v. Childs, 52 N.W. 600 (1892).

⁶⁸⁹ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920.

⁶⁹⁰ ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01, Comment a.

⁶⁹¹ Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht.

Ausfüllung und Konkretisierung der *duty of care* insbesondere durch die Rechtsprechung würden den Rahmen dieser Ausarbeitung sprengen.⁶⁹² Es soll daher hier nur insoweit darauf eingegangen werden, als es für die Diskussion des Unternehmensinteresses relevant ist. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß die *duty of care* verlangt, daß *directors* und *officers* die Interessen der *corporation* in bestmöglicher Weise wahren und das Gesellschaftsvermögen nicht für Dinge verbrauchen, die nicht in diesem Interesse liegen.⁶⁹³ Die genaue Definition dieses Maßstabs bleibt aber oft unklar. Zum Teil wird allein auf die Anteilseigner und deren Vermögensinteressen abgestellt, zum Teil wird auch die Möglichkeit der Berücksichtigung einer "*social responsibility*" der Gesellschaft und der Interessen von sogenannten "*other constituencies*", wie z. B. Arbeitnehmern, Gläubigern oder Kommunen, vertreten.⁶⁹⁴ Daß die Diskussion dabei in Richtung der deutschen Diskussion um Gesellschafts- und Unternehmensinteresse geht, zeigt schon die unterschiedliche Übersetzung von "*interests of the corporation*" in deutschen Abhandlungen als Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse.⁶⁹⁵ Eine ausführliche Darstellung der Problematik erfolgt unten.⁶⁹⁶ Festzuhalten bleibt an dieser Stelle jedenfalls, daß die Unternehmensleiter nach der *duty of care* ihr Handeln an den relevanten Interessen der *corporation* auszurichten haben.

(2) Die *Business Judgment Rule*

Die Rechtsprechung hat die richterliche Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen deutlich eingeschränkt, indem sie die sogenannte *business judgment rule* quasi als Eingangstest der Prüfung der *duty of care doctrine* voranstellt. Das bedeutet, eine richterliche Überprüfung des Sorgfalts-

⁶⁹² Ausführliche Darstellungen der Prinzipien der *duty of care* finden sich z. B. bei ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01; Abeltshauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 111 ff.

⁶⁹³ Grass, Business Judgment Rule, 24; Abeltshauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 112.

⁶⁹⁴ Vgl. Abeltshauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 112.

⁶⁹⁵ Mit "Interesse des Unternehmens" übersetzt den Ausdruck "*interest of the corporation*" z. B. Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920 und v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 492 sprechen vom "Unternehmensinteresse". Von den "Interessen der Gesellschaft" spricht hingegen Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 26.

⁶⁹⁶ Siehe unten D.IV [139 ff.].

pflichtverstoßes wird erst durchgeführt, wenn die Grenzen der *business judgment rule* überschritten sind.⁶⁹⁷ Die *business judgment rule* wird daher auch als eine *safe harbor rule*⁶⁹⁸ bezeichnet, denn wenn der *director* oder *officer* ihre Voraussetzungen bei einer Entscheidung erfüllt, ist er im "sicheren Hafen" und braucht keine Haftung mehr zu befürchten. So soll dem Unternehmensleiter ein haftungsfreier Handlungsspielraum gegeben werden, um die für den Marktwettbewerb notwendige Risikobereitschaft nicht zu stark zu beschneiden.⁶⁹⁹ Die Gerichte werden als schlecht geeignet angesehen, komplexe Management-Entscheidungen zu treffen,⁷⁰⁰ und in einer ex-post Kontrolle kann die ursprüngliche Situation, in der sich der Unternehmensleiter bei seiner Entscheidung befand, nicht nachvollzogen werden.⁷⁰¹ Dogmatisch stellt die *business judgment rule* eine Verbindung von tatsächlicher Vermutung, Beweislastreglung und materiellem Sorgfaltsmaßstab dar,⁷⁰² und der aus ihr resultierende Haftungsfreiraum wird vor allem mit der Leitungsfunktion der *officers* und *directors* begründet.⁷⁰³ Die *business judgment rule* greift ein, sofern bei einer unternehmerischen Entscheidung die folgenden drei Bedingungen gewahrt sind: Der Unternehmensleiter darf kein eigenes relevantes Vermögensinteresse an der Sache haben, er muß sich hinreichend über die Sache informiert haben und er muß nachvollziehbar, in nicht vernunftswidriger Weise im besten Interesse

⁶⁹⁷ Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 130.

⁶⁹⁸ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920.

⁶⁹⁹ Näher zu Zielsetzung und Gründen der *business judgment rule* Grass, Business Judgment Rule, 35 ff; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 122 f..

⁷⁰⁰ Es entspricht der herrschenden Ansicht in den USA, daß sich Richter nicht eignen, Geschäftsentscheide zu beurteilen (vgl. Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, N 683), wobei einerseits mangelnde Sachkenntnis (vgl. J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation, 542 A.2d 780 (Del.1988); Heller v. Boylan, 29 N.Y.S.2d 653, 680), andererseits der fehlende Marktdruck (Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 683 (iv)) als Gründe genannt werden. Kritisch zum ersten Argument Fischel, Bus. Law. 40 (1985), 1437, 1439 f., der die Frage aufwirft, weshalb es Richtern, denen zugemutet wird, andere (z. B. vertragsrechtliche) Handelsstreitigkeiten zu beurteilen, abgesprochen wird, zu entscheiden, ob eine Geschäftsentscheidung richtig oder falsch war. Die Grundlage der *business judgment rule* liege vielmehr darin, daß die Pflichten von Unternehmensleitern äußerst schwer definierbar seien und komplexe Marktmechanismen auf Gerichte keinen Einfluß hätten.

⁷⁰¹ Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 122.

⁷⁰² Heermann, AG 1998, 201, 205; Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920 betont besonders den Aspekt der tatsächlichen Vermutung.

⁷⁰³ Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 131.

der *corporation* zu handeln geglaubt haben.⁷⁰⁴ Trifft eine der drei Voraussetzungen nicht zu, verbleibt es beim allgemeinen, strengeren Maßstab der *duty of care*, im Rahmen dessen das Gericht insbesondere auch die Richtigkeit von Geschäftsentscheidungen in Frage stellen kann, während bei der *business judgment rule* nur der Prozeß, der zu der Entscheidung geführt hat, überprüft wird – abgesehen von den seltenen Fällen eines evident vernunftswidrigen Ermessensgebrauchs.⁷⁰⁵ In der Sache bedeutet das, wenn die Anforderungen an Uneigennützigkeit und Information erfüllt sind, einen Haftungsfreiraum für Unternehmensleiter bis in den Bereich der groben Fahrlässigkeit hinein.⁷⁰⁶ Auf diese Weise soll die Risikobereitschaft und Entscheidungsfreudigkeit der Manager gefördert werden, während die einschränkenden Kriterien der *business judgment rule* die Gefahr von Beschlüssen mit negativen Folgen für Gesellschaft, Aktionäre oder Gläubiger weitestgehend ausschalten sollen.⁷⁰⁷ Das Kriterium der Unbefangenheit soll Interessenkollisionen vorbeugen, das Erfordernis einer umfassenden und dem Beschlußgegenstand angemessenen Informationsgrundlage unüberlegte Entscheidungen vermeiden. Die an allgemeinen Vernunftsmaßstäben auszurichtende Schlüssigkeitskontrolle soll schließlich krasse und evidente Fehlentscheidungen ausschließen.

Das Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse wird im Rahmen der *business judgment rule* in ähnlicher Weise relevant wie bei der *duty of care*. Die Leitungsentscheidung muß nach Überzeugung der Unternehmensleiter im besten Interesse der *corporation* liegen.⁷⁰⁸ Ein Unterschied besteht dahingehend, daß im Rahmen der *business judgment rule* die

⁷⁰⁴ ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01 (c): "A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director or officer: (1) is not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation."; vgl. auch Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 39; ders., AG 1994, 297, 301; Heermann, AG 1998, 201, 205; v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 482; Grass, Business Judgment Rule, 34; zur Kritik an der Definition des ALI vgl. Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 138 f.

⁷⁰⁵ Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 128; Heermann, AG 1998, 201, 205; vgl. auch Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 874.

⁷⁰⁶ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920.

⁷⁰⁷ Vgl. Heermann, AG 1998, 201, 205.

⁷⁰⁸ Abeltshausen, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 132; Heermann, AG 1998, 201, 205.

Entscheidung "*rational*" gewesen sein muß, was gegenüber "*reasonable*" im Rahmen der *duty of care* als schwächeres Erfordernis angesehen wird.⁷⁰⁹ Bezüglich des Merkmals "*interest of the corporation*" besteht jedoch kein Unterschied.⁷¹⁰

(3) *Ultra Vires Conduct*

Wenn auch die *ultra vires*-Doktrin bezüglich der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäft ihre Bedeutung weitgehend verloren hat,⁷¹¹ kommt ihr im Rahmen der Haftung insoweit Bedeutung zu, als Rechtsprechung und Literatur davon ausgehen, daß ein Unternehmensleiter bei Handlungen *ultra vires*, das heißt Handlungen die vom Gesellschaftszweck (*business purpose*)⁷¹² nicht mehr gedeckt sind, haftet, ohne daß die Regeln der *business judgment rule* anwendbar sind.⁷¹³ Dies scheint mit obigen Ausführungen nicht in Einklang zu stehen, da dort das Gesellschaftsinteresse, das ja im wesentlichen vom Gesellschaftszweck bestimmt wird, als auch im Rahmen der *business judgment rule* von Bedeutung angesehen wurde. Es ist jedoch zu beachten, daß sowohl bei der Formulierung der *duty of care* als auch der *business judgment rule* das Interesse der *corporation* ein objektives Merkmal darstellt. Der Spielraum, den gerade auch die *business judgment rule* gibt, bezieht sich lediglich auf die Beurteilung, ob eine bestimmte Maßnahme dem Gesellschaftsinteresse dient und nicht auf die Definition des Gesellschaftsinteresses. Auch nach obiger Definition ist daher die *business judgment rule* bei einem Handeln *ultra vires* nicht anwendbar, weil ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist; ein Widerspruch besteht mithin nicht. Vielmehr stellt sich dieselbe Frage, nämlich welche

⁷⁰⁹ ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01, Comment to § 4.01 (c), f.; Cary/Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, 541; ihnen folgend Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 31.

⁷¹⁰ Vgl. ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01, Comment to § 4.01 (c), f.

⁷¹¹ Siehe oben D.II.1 [124].

⁷¹² Angesichts der inzwischen diesbezüglich sehr weiten Satzungenfassungen geht es beim *business purpose* regelmäßig nicht mehr um den Unternehmensgegenstand sondern allein um den Gesellschaftszweck im Sinne des Formalziels der Gesellschaft (z. B. Gewinnerzielung), vgl. dazu auch oben, Fn. 647 und Coffee, 63 Va.L.Rev. 1099, 1168 (1977).

⁷¹³ Adams v. Smith, 153 So.2d 221; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 127; Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 34 u. 38 f.; Grass, Business Judgment Rule, 44.

Handlungen noch vom Gesellschaftsinteresse bzw. -zweck gedeckt sind und ob es gerechtfertigt ist vom Unternehmensinteresse zu sprechen.

b) Die *Duty of Loyalty*

Neben der Sorgfaltspflicht trifft die *directors* und *officers* – aber auch den Mehrheitsgesellschafter gegenüber der *corporation* – eine Treuepflicht, die sogenannte *duty of loyalty* oder *duty of fair dealing*.⁷¹⁴ Sie hat eine lange Tradition im *case law* und ist heute in den meisten Einzelstaaten gesetzlich geregelt.⁷¹⁵ Ihre grundlegende Aussage ist, daß der *director* oder *officer* seine Stellung in der Gesellschaft nicht ausnutzen soll, um einen persönlichen Vorteil zu erlangen.⁷¹⁶ Bungert führt zur Konkretisierung folgende, von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen an, in denen ein Verstoß gegen die Treuepflicht angenommen wird:⁷¹⁷

- unzulässiger Wettbewerb mit der Gesellschaft;
- Ausnutzung einer der Gesellschaft zustehenden Gelegenheit zum Geschäftsabschluß (sogenannte *corporate opportunity*);⁷¹⁸
- Interessenkollisionen der Managerinteressen mit den Interessen der Gesellschaft, insbesondere bei Fällen von Insichgeschäften (*self-dealing*);
- *Insider trading*, das heißt Transaktionen mit Gesellschaftsbeteiligungen aufgrund von ausschlaggebenden, der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Informationen;
- mißbräuchliche Veranlassung von Transaktionen der Gesellschaft, die zu einer Unterdrückung der Minderheitsanteilseigner führt (sogenannte *oppression*);
- Kauf und Verkauf der Kontrolle über die Gesellschaft.

⁷¹⁴ Die Mehrzahl der veröffentlichten Entscheidungen, die die Haftung der *directors* zum Gegenstand haben, befassen sich mit der Verletzung der Treuepflicht, zit. nach Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 40.

⁷¹⁵ Vgl. zu den gesetzlichen Regelungen Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 108 f.

⁷¹⁶ Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 107.

⁷¹⁷ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 40; ausführlich ALI, Principles of Corporate Governance, § 5.01, speziell zur Treuepflicht der *directors* und *officers* § 5.02; Schaefer, Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 40 ff.

⁷¹⁸ Vgl. *Barkan v. Amsted Indus., Inc.*, 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989); *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1280 (Del. 1988).

Schon anhand dieser groben Einteilung zeigt sich, daß es bei der *duty of loyalty* – ähnlich wie im deutschen Recht⁷¹⁹ – weniger um die Problematik Gesellschafts-/Unternehmensinteresse bzw. Berücksichtigung sogenannter "*other constituencies*" geht, als um die Abgrenzung des Gesellschaftsinteresses vom Eigeninteresse des Managers. Die *duty of loyalty* ist hier daher weniger von Bedeutung, so daß von über diesen Überblick hinausgehenden Ausführungen abgesehen wird.

2. Verschulden

Verschulden und Pflichtverletzung sind insbesondere bei der *duty of care* ähnlich stark miteinander verknüpft wie im deutschen Recht in § 93 I 1 AktG. Entsprechend wurde oben darauf eingegangen, so daß eine gesonderte Darstellung hier nicht erforderlich ist.⁷²⁰

3. Schaden, Kausalität und Beweislastverteilung

Bezüglich Schaden und Kausalität bestehen im Prinzip zum deutschen Recht keine Unterschiede. Der Unternehmensleiter haftet für die durch seine Pflichtverletzung kausal entstandenen Schäden, wobei auch der entgangene Gewinn mit umfaßt ist.⁷²¹ Problematisch kann die Kausalität oft bei einem pflichtwidrigem Unterlassen sein.⁷²² Insoweit ist festzustellen, daß auch diesbezüglich den Kläger die Beweislast trifft.⁷²³ Darüber hinaus muß die geschädigte Gesellschaft nicht nur das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Business-Judgment-Freistellung beweisen,⁷²⁴ sondern, wenn ihr das gelingt, auch noch die Sorgfaltspflichtverletzung selbst.⁷²⁵ Die US-amerikanische Haftungsregel geht also davon aus, daß der

⁷¹⁹ Vgl. dazu oben C.II [45].

⁷²⁰ Vgl. Abeltshauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 120. Getrennt auf das Verschulden ein geht Grass, Business Judgment Rule, 28 ff.

⁷²¹ Grass, Business Judgment Rule, 21 f.; zum entgangenen Gewinn Irving Trust Co. v. Deutsch, 73 F.2d 121.

⁷²² Vgl. z. B. Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814.

⁷²³ Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 131 f.

⁷²⁴ Bungert, AG 1994, 297, 303; Steindl, US-Board und Aufsichtsrat, 131.

⁷²⁵ ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01, Comment g.; Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920; bezüglich der Sorgfaltspflichtverletzung a. A. Grass, Business Judgment Rule, 47 m. w. N

director oder *officer* grundsätzlich ordnungsgemäß handelt.⁷²⁶ Gegenüber der Beweislastverteilung des deutschen Rechts (§ 93 II 2 AktG)⁷²⁷ besteht damit ein diametraler Unterschied.⁷²⁸

Eine Beweislastumkehr bezüglich der Voraussetzungen der *business judgment rule* haben amerikanische Gerichte in Übernahmesituationen vorgenommen.⁷²⁹ Hier bestünde eine besondere Gefahr, daß ein *director* nicht im Interesse der Gesellschaft und der Anteilseigner, sondern im eigenen Interesse handle, da es um das Überleben des *boards* selbst gehe.⁷³⁰ In Fällen, in denen es um die Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen des Managements gegen eine feindliche Übernahme geht, müssen daher die *directors* nachweisen, daß sie vernünftige Gründe hatten anzunehmen, daß eine Gefahr für den wirtschaftlichen Kurs und die Effektivität der *corporation* bestand und daß die von den Klägern angegriffene Verteidigungsmaßnahme im Verhältnis zu der damit abgewehrten Bedrohung angemessen war.⁷³¹ Gelingt dies dem *board*, greifen die allgemeinen Prinzipien wieder ein.⁷³²

4. Die *Derivative Suit*

Ein entscheidender Unterschied zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht liegt in der nach US-Recht bestehenden Möglichkeit der *derivative suit*. Es handelt sich dabei um eine *actio pro socio*, mittels derer ein Anteilseigner im eigenen Namen Rechte der Gesellschaft und der Gesamtheit der Anteilseigner geltend machen kann.⁷³³ Ein Gesellschafter hat auf diese Weise die Möglichkeit, einen Anspruch gegen einen Manager wegen einer Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft oder den Anteilseignern einzuklagen, unter Umständen sogar einen Anspruch gegen einen Dritten, dessen Geltendmachung die Manager verweigert haben.

⁷²⁶ v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 482.

⁷²⁷ Vgl. dazu oben B.I.4 [17 ff.].

⁷²⁸ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920; Heermann, AG 1998, 201, 206.

⁷²⁹ Vgl. Bungert, AG 1994, 297, 303.

⁷³⁰ Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 954 (Del. 1985).

⁷³¹ Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

⁷³² Bungert, AG 1994, 297, 303.

⁷³³ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 40; Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 303 f. Abzugrenzen ist die *derivative suit* von der *direct action*, mit der die Aktionäre aus eigenem Recht einen ihnen unmittelbar zugefügten Schaden, insbesondere den Wertverlust ihrer Aktien, geltend machen können.

Um Mißbrauch zu verhindern, verlangen die meisten Einzelstaatengesetze, daß der Kläger zum Zeitpunkt der Schädigung bereits seine Anteile an der Gesellschaft besaß und sie während des gesamten Verfahrens behält (*contemporaneous ownership*) und daß gesellschaftsinterne Abhilfemöglichkeiten erschöpft wurden, insbesondere das *board* oder ein von ihm eingesetztes *independent litigation committee* aufgefordert wurde, selbst im Namen der Gesellschaft die Klage zu verfolgen (*demand*⁷³⁴). In einer Minderheit von Staaten⁷³⁵ muß der Kläger auf Anforderung der Gesellschaft Sicherheit für die Prozeßkosten leisten.⁷³⁶

Daß die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Organmitgliedern in den USA viel häufiger⁷³⁷ ist als in Deutschland, liegt zu einem guten Teil an dieser Möglichkeit der *derivative suit*.⁷³⁸ Für die Diskussion um das Gesellschafts- und Unternehmensinteresse hat sie aber – außer der Tatsache, daß sich mehr Rechtsprechung zu dem Thema finden läßt⁷³⁹ – keine weitere Bedeutung, so daß hier von einer genaueren Darstellung abgesehen wird.⁷⁴⁰

⁷³⁴ Vgl. genauer dazu und zu den Folgen einer ablehnenden board- oder Ausschußentscheidung Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 311 ff.

⁷³⁵ Entsprechende Regelungen bestehen nur in etwa einem Drittel der Einzelstaaten. Vgl. dazu ALI, Principles of Corporate Governance, § 7.04, Comment f.

⁷³⁶ Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA, 41 m. w. N.; genauer zu den verschärften prozessualen Anforderungen als Vorkehrung gegen Mißbrauchsgefahren Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 309 ff.

⁷³⁷ Ein Überblick über die rechtstatsächlichen Feststellungen zur Häufigkeit von Aktionärsklagen in den USA und deren Erfolg findet sich bei Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 313 ff.

⁷³⁸ Ein wesentlicher Grund für die relativ häufige Wahrnehmung dieser Möglichkeit liegt im amerikanischen Kostenrecht, das die klagenden Aktionäre – im Gegensatz zur Regelung des § 147 IV AktG im deutschen Recht – vom Kostenrisiko entlastet. Vgl. dazu Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 307 m. w. N.

⁷³⁹ Dies war nicht zuletzt ein Grund, das amerikanische Recht in diese Arbeit mit einzubeziehen.

⁷⁴⁰ Ausführlichere Abhandlungen zu diesem Thema finden sich bei Ulmer, ZHR 163 [1999], 290, 302 ff.; Abeltshauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 408 ff.; ALI, Principles of Corporate Governance, Pt. VII, Chapter 1.

IV. Das Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresse

1. Die Bedeutung des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresses im Rahmen der Organhaftung

Die Bedeutung des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresses für die Haftung der *directors* und *officers* einer *corporation* wurde in obigen Ausführungen bereits deutlich und soll hier lediglich zusammenfassend nochmals dargestellt werden. In der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur wird durchweg von "*interest of the corporation*" gesprochen, was hier zunächst wörtlich mit "Gesellschaftsinteresse" übersetzt werden soll. Inwieweit eine Übersetzung als "Unternehmensinteresse" angebracht ist, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

Die bisherige Betrachtung des US-amerikanischen Rechts hat gezeigt, daß sich *directors* und *officers* bei ihren Entscheidungen vom Interesse der Gesellschaft leiten zu lassen haben. Sowohl bei der *duty of care* als auch bei der *business judgment rule* wird dies deutlich. Das Gesellschaftsinteresse fungiert insoweit als objektives Kriterium. Dem entspricht es auch, wenn aufgrund der *ultra vires*-Doktrin eine Haftung für Schäden angenommen wird, die der Gesellschaft durch nicht vom Gesellschaftszweck gedeckte Handlungen entstehen. Das Gesellschaftsinteresse fungiert damit als Beurteilungs- und Verhaltensmaxime für *directors* und *officers*, die deren Ermessensspielraum verbindlich abgrenzt.⁷⁴¹

2. Das Gesellschaftsinteresse in der Rechtsprechung

a) Dodge v. Ford Motor Co.⁷⁴²

Dodge v. Ford markiert einen klaren Ausgangspunkt der Rechtsprechung. Zweck der Gesellschaft und Maßgabe für das Handeln der Direktoren ist demnach allein die Gewinnmaximierung. Das Gericht führt aus: "A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to

⁷⁴¹ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01, Comment c.; v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 492.

attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes."⁷⁴³

Die Möglichkeit von Spenden oder sonstigen Aufwendungen für humanitäre, erzieherische, philanthropische oder sozialstaatliche Zwecke wurde abgelehnt.⁷⁴⁴ Ein möglicherweise altruistisches Motiv sei unbeachtlich, vielmehr läge der alleinige Zweck der Gesellschaft in der Gewinnmaximierung.⁷⁴⁵ Lediglich wenn solche Aufwendungen der Gesellschaft einen unmittelbaren geldwerten Vorteil ("*direct benefit*") brachten, waren sie nach der Rechtsprechung zulässig.⁷⁴⁶ Dem Fall lag zugrunde, daß Henry Ford die sprunghaft gestiegenen Gewinne abgesehen von einer festen Dividende von 5 % nicht an die Anteilseigner – neben ihm als Mehrheitsaktionär die klagenden Dodge-Brüder als Minderheitsaktionäre – ausschütten, sondern dazu verwenden wollte, mehr Arbeitsplätze zu schaffen, die sozialen Leistungen an die Arbeitnehmer zu erhöhen und eine über mehrere Jahre verteilte Senkung der Endabnehmerpreise seiner Fahrzeuge zu finanzieren.⁷⁴⁷ Die Klage auf Ausschüttung einer Sonderdividende hatte Erfolg.

⁷⁴² Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (1919).

⁷⁴³ Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 684 (1919). Das Gericht führt weiter aus: "[...] it is not within the lawful powers of a board of directors to shape and conduct the affairs of a corporation for the merely incidental benefit of shareholders and for the primary purpose of benefiting others [...]". Vgl. auch Hutton v. West Cork Ry., 23 Ch. D. 654 (C.A. 1883).

⁷⁴⁴ Vgl. z. B. Brinson Ry. Co. v. Exchange Bank, 16 Ga.App. 425, 85 S.E. 634 (1915); McCory v. Chambers, 48 Ill.App. 445 (1892); In re Banksea Island Co., 1 Meg. Company Cases 12 (C.A. 1888). In Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 684 (1919) sieht das Gericht hierin die wahren Motive von Henry Ford für dessen von den Klägern angegriffenen Geschäftspolitik: "We have no doubt that certain sentiments, philanthropic and altruistic, creditable to Mr. Ford, had large influence in determining the policy of the Ford Motor Company [...]".

⁷⁴⁵ Vgl. Vagts, 80 Harv.L.Rev. 23, 36 f. (1966).

⁷⁴⁶ Corning Glass Works v. Lucas, 37 F.2d 798, 799, cert. denied, 281 U.S. 742 (1930); Virgil v. Virgil Practice Clavier Co., 68 N.Y.S. 335 (1900); Steinway v. Steinway & Sons, 40 N.Y.S. 718 (1896); Hutton v. West Cork Ry., 23 Ch. D. 654 (C.A. 1883).

⁷⁴⁷ Zugespißt wurde der Fall sicherlich dadurch, daß Henry Ford sich öffentlich ausdrücklich darauf berief, diese Politik zum Wohle der Arbeitnehmer und Konsumenten zu betreiben (vgl. Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 683 f. (1919)). Die Argumentation – die wie sich im folgenden zeigen wird auch die weitere Rechtsprechung prägte – daß die angegriffenen Entscheidungen langfristig auch dem Interesse der Anteilseigner dienen würden, erscheint hier – nicht zuletzt aufgrund der geschichtlichen Entwicklung – gut möglich, vgl. dazu auch Fleischer, AG 2001, 171, 173.

Die strikte Ausrichtung am Anteilseignerinteresse entspricht der traditionellen Sicht, die im Verhältnis zwischen *directors* und *officers* und den Anteilseignern ein fiduziarisches Rechtsverhältnis erblickt und die Pflichten der Unternehmensleiter aus deren treuhänderischen Stellung – gleich einem *trustee* – ableitet.⁷⁴⁸ Mit der Übernahme ihres Amtes verpflichten sich diese demnach zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Anteilseigner, das heißt zur Gewinnmaximierung.⁷⁴⁹

b) Die Abkehr vom *direct-benefit test* und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung

Der *direct-benefit test* wurde in jüngeren Entscheidungen fallengelassen. Dies hing nicht zuletzt damit zusammen, daß das rechtmäßige Handeln der *officers* und *directors* nicht mehr streng auf einen satzungsmäßig eng umschriebenen Unternehmensgegenstand bezogen (*ultra vires*-Doktrin), sondern zunehmend breiter und wesentlich flexibler definiert wurde,⁷⁵⁰ denn es war somit egal, mit welchen Tätigkeiten genau die Gesellschaft Gewinne erwirtschaftete und ob direkt oder indirekt.

Ein Ansatz stellt daher darauf ab, ob die nicht unmittelbar ökonomisch ausgerichteten Entscheidungen nicht zumindest mittelbar mit dem Gewinnmaximierungsziel der Gesellschaft in Einklang stehen ("*indirect benefit*").⁷⁵¹ Ein zweiter Ansatz geht darüber hinaus und anerkennt, daß die Verfolgung sozialpolitischer Ziele an sich in bestimmten Fällen ein legitimes Ziel der Gesellschaft sein kann.⁷⁵² Zur Begründung wird aber zugleich die ökonomische Langzeitperspektive der Gesellschaft angeführt⁷⁵³ – diese kann nur in einem funktionierenden Gemeinwesen erfolg-

⁷⁴⁸ Vgl. Allen, *Comparative Corporate Governance*, 307, 314 ff.; Kirchner, BB 2000, 105, 112.

⁷⁴⁹ Krit. Stone, *Where the Law Ends*, 80 ff.

⁷⁵⁰ Abeltshausen, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht*, 77; siehe dazu auch oben D.II.1 [123 f.].

⁷⁵¹ *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (1968); *Union Pacific R.R. v. Trustees, Inc.*, 329 P.2d 398, 401 f. (1958); *Kelly v. Bell*, 266 A.2d 878 (Del. 1970). Vgl. auch Abeltshausen, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht*, 77.

⁷⁵² *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398 (Del. 1969); *State ex rel. Sorensen v. Chicago, B. & Q. Ry.*, 112 Neb. 248, 199 N.W. 534 (1924); *A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953); *Union Pacific R.R. v. Trustees, Inc.*, 8 Utah 2d 101, 104 ff., 329 P.2d 398, 400 f. (1958).

⁷⁵³ *Z. B. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 98 A.2d 581, 586 (1953).

reich wirtschaften, das bei einer freien Marktwirtschaft in ihrer heutigen Ausprägung gemeinnützige Aufwendungen von Gesellschaften erfordert⁷⁵⁴ – so daß die beiden Ansätze letztlich auf derselben Linie liegen.⁷⁵⁵ Zum Teil wird in den Ausführungen der Gerichte – vor allem in *A. P. Smith Mfg. Co. v. Barlow* – auch die Anerkennung der Ausweitung der treuhänderischen Pflichten der Unternehmensleiter auf die Allgemeinheit und Arbeitnehmer gesehen.⁷⁵⁶ Dies kann jedoch nicht überzeugen, da die Zulässigkeit der in Frage stehenden Spenden letztlich doch mit den langfristigen Vorteilen für die Gesellschaft begründet wird⁷⁵⁷ und sich eine derartige Auslegung nicht in die sonstigen, mitunter jüngeren Entscheidungen zu dieser Frage einfügen würde.

Im Ergebnis wird auch ohne eine solch extensive Auslegung ein sehr breiter Handlungsspielraum für *directors* und *officers* geschaffen, denn bei der Beurteilung, ob sich eine bestimmte Entscheidung mittelbar gewinnbringend auswirkt, sind die Unternehmensleiter zudem – schon das Erfordernis der Mittelbarkeit eröffnet weite Argumentationsmöglichkeiten – durch die *business judgment rule* geschützt.⁷⁵⁸ In der Praxis kommt es daher vor allem darauf an, eine Entscheidung – im Gegensatz zu Henry Ford – so zu begründen, daß sie vom Gesellschaftszweck Gewinnmaximierung gedeckt ist.⁷⁵⁹

Die Rechtsprechung formuliert aber – nicht zuletzt deshalb – einschränkende Kriterien für entsprechende Aufwendungen, die freilich auch aus dem Mittelbarkeitserfordernis und den Anforderungen der *business judgment rule* hergeleitet werden können. So dürfen z. B. Spenden an gemeinnützige

⁷⁵⁴ Vgl. z. B. *Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 98 A.2d 581, 590 (1953).

⁷⁵⁵ ALI, *Principles of Corporate Governance*, § 2.01, Reporters Note, 2.; Abeltshauer, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht*, 78.

⁷⁵⁶ Teubner, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 149, 153.

⁷⁵⁷ *Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 98 A.2d 581, 586 u. 590 (1953).

⁷⁵⁸ Vgl. Engel, 32 *Stan.L.Rev.* 1, 16; Teubner, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 149, 152 f. Hier sei nochmals auf oben beschriebene Unterscheidung hingewiesen: Nur wenn sich der Unternehmensleiter darauf beruft, zur Gewinnerzielung gehandelt zu haben, greift die *business judgment rule* ein, und gibt ihm einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Mittel. Gibt er aber – wie Henry Ford – an, andere Zwecke zu verfolgen, ist die *business judgment rule* nicht einschlägig.

⁷⁵⁹ Vgl. Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 697; Chazen, 86 *Yale L.J.* 185, 194 (1976); ein Beispiel in der Rechtsprechung findet sich bei *Shlensky v. Wrigley*, 95 *Ill.App.2d* 173, 237 *N.E.2d* 776 (1978).

Institutionen nur in angemessenem Umfang vergeben werden,⁷⁶⁰ und es muß sich um Spendenaktivitäten handeln, die in voraussehbarer Weise der Gesellschaft in Zukunft dienen können.⁷⁶¹ Zentrale Bedeutung kommt dabei der Angemessenheit⁷⁶² zu. Zwar findet sich in der Rechtsprechung keine ausdrückliche Definition des Begriffs, aufgrund seiner Verwendung wird jedoch davon ausgegangen, daß die allgemein übliche Höhe gemeinnütziger Aufwendungen und der Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand wesentliche Faktoren sind.⁷⁶³

Es gibt auch Fälle, in denen die Rechtsprechung bestimmte "sozial" motivierte Aufwendungen einer Gesellschaft prinzipiell und nicht nur wegen ihrer Unangemessenheit als unzulässig eingestuft und eine Haftung der Unternehmensleiter bejaht hat. Beispiele dafür sind zwei Urteile, in denen die Gesellschaft jeweils der Witwe eines *CEO* in Anerkennung dessen Leistungen Zuwendungen machte, ohne dazu verpflichtet zu sein.⁷⁶⁴

Neben den bisher genannten Beispielen, in den es hauptsächlich um Spenden und andere gemeinnützige Aufwendungen ging, beschäftigt sich die Rechtsprechung im Kontext mit Unternehmensübernahmen mit der

⁷⁶⁰ Vgl. z. B. *Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953); *State ex rel. Sorensen v. Chicago, B. & Q. Ry.*, 112 Neb. 248, 251, 199 N.W. 534, 537 (1924).

⁷⁶¹ *Union Pacific R. R. v. Trustees, Inc.*, 8 Utah 2d 101, 106, 329 P.2d 398, 401 (1958). Das Gericht führt aus, daß "[...] in the light of present day industrial and business exigencies, common sense dictates that [...] corporations have authority to make] contributions of reasonable amounts to selectet charitable, scientific, religious or educational institutions, if they appear reasonably designed to assure a present or a forseeable future benefit to the corporation".

⁷⁶² In der Rechtsprechung findet sich überwiegend der Begriff "*reasonable*", der hier mit "angemessen" übersetzt wird.

⁷⁶³ ALI, *Principles of Corporate Governance*, § 2.01, Reporters Note, 2; in *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398 (Del. 1969) hielt das Gericht eine steuerlich begünstigte Spende an eine gemeinnützige Firmenstiftung in Höhe von US \$ 528.000 bei einem Gewinn der Gesellschaft von ca. US \$ 19 Mio. für angemessen.

⁷⁶⁴ *Adams v. Smith*, 275 Ala. 142, 153 So.2d 221 (1963); *Moore v. Keystone Macaroni Mfg. Co.*, 370 Pa. 172, 87 A.2d 295 (1952). *Moore v. Keystone* ist allerdings überholt, da Pa.Bus.Corp.Law § 1316 inzwischen bestimmt, daß "[e]very business corporation may, by resolution of its board of directors, grant allowances or pensions to its directors, officers and employees and, after their death, to their dependents or beneficiaries, whether or not such a grant was made during their lifetime." Darüber hinaus fehlte es in beiden Fällen am Nachweis, daß die Witwen in irgendeiner Weise bedürftig waren oder daß dem Verstorbenen keine angemessene Anerkennung für seine Dienste zugekommen ist, so daß eine Pflichtverletzung auch aus anderen Gründen hätte bejaht werden können; vgl. ALI, *Principles of Corporate Governance*, § 2.01, reporters note, 5.

Berücksichtigung anderer Interessen als der der Anteilseigner durch das Management. In *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* führt das Gericht aus, daß das *board* bei Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft auch die Interessen sogenannter *other constituencies* berücksichtigen könne.⁷⁶⁵ Es stellt sich die Frage, ob damit gemeint ist, daß diese Interessen zu berücksichtigen sind, weil sich deren Befriedigung auf die langfristigen Gewinnaussichten der Gesellschaft auswirkt, oder ob sie organär beachtet werden dürfen, auch wenn dies für die Gesellschaft kurz- und langfristig wirtschaftliche Nachteile mit sich bringt. Die Antwort gibt *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*⁷⁶⁶ Im Gegensatz zum *Unocal*-Fall, in dem es um den Erhalt der Selbständigkeit ging, wurde hier eine Übernahme als unvermeidbar angesehen. Das Gericht hielt Verteidigungsmaßnahmen durch das Management für unzulässig und drückte insbesondere die Auffassung aus, daß ein *director* seine Pflichten verletze, wenn er zu diesem Zeitpunkt die Interessen anderer Interessengruppen im Auge behalte. Diese dürften in einer solchen Situation grundsätzlich nicht beachtet werden, sondern nur, wenn damit in vernünftiger Weise Vorteile für die Anteilseigner verbunden sind.⁷⁶⁷ In einem Fall, in dem die langfristigen Perspektiven der Gesellschaft für die gegenwärtigen Anteilseigner keine Bedeutung mehr haben, wird also direkt auf deren Interessen als Schranke für die Berücksichtigung anderer Interessen verwiesen. Dies zeigt, daß in anderen Konstellationen die Berücksichtigung von anderen Interessengruppen zumindest langfristig dem ökonomischen Erfolg der Gesellschaft

⁷⁶⁵ *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

⁷⁶⁶ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986).

⁷⁶⁷ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986). Wörtlich führt das Gericht aus, daß "[a]lthough such considerations may be permissible, there are fundamental limitations upon that prerogative. A board may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, provided there are rationally related benefits accruing to the shareholders. However such concern for non-shareholder interests is inappropriate when an auction among active bidders is in progress, and the object no longer is to protect or maintain the corporate enterprise but to sell it to the highest bidder."

dienen muß.⁷⁶⁸ Diese Rechtsprechung wurde in einer Reihe von Fällen bestätigt.⁷⁶⁹

Insgesamt läßt sich die Rechtslage am besten zusammenfassen mit den Worten des *Committee on Corporate Laws*⁷⁷⁰: "Directors have fiduciary responsibilities to shareholders which, while allowing directors to give consideration to the interests of others, compel them to find some reasonable relationship to the long-term interests of shareholders when so doing."⁷⁷¹

c) Einflüsse der Gesetzgebung

Im Laufe der Zeit kam es auf zwei Schienen zu Regelungen durch den Gesetzgeber zu diesem Problemkreis. Zum einen wurden in beinahe allen Staaten Vorschriften erlassen, die es der Gesellschaft erlauben, Spenden für wohltätige, wissenschaftliche und erzieherische Zwecke zu machen.⁷⁷²

Zum anderen erließen einzelstaatliche Gesetzgeber vor dem Hintergrund feindlicher Übernahmeveruche insbesondere während der 80er Jahre zum Teil Regelungen, die die Berücksichtigung sogenannter "*other*

⁷⁶⁸ Vgl. Kirchner, BB 2000, 105, 112; Gouvin, 47 Hastings L.J. 287, 311 (1996), hingegen sieht Revlon als Ausnahme vom Unocal-Grundsatz, der die Berücksichtigung von *other constituencies*-Interessen unabhängig vom Anteilseignerinteresse erlaube.

⁷⁶⁹ *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp.*, 535 A.2d 1334, 1341 f. (Del. 1987); *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1280 ff. (Del. 1989); *Paramount Communications Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, 1153 (Del. 1989); *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34, 46 ff. (Del. 1993).

⁷⁷⁰ *Committee on Corporate Laws*, 45 Bus.Law. 2253, 2269 (1990); vgl. auch ALI, *Principles of Corporate Governance*, § 6.02, Reporters Note, 2.; v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 492 f.

⁷⁷¹ Freilich ist die Darstellung hier etwas verkürzt und umfaßt nicht alle Aspekte der Diskussion. Eine Ausnahme von dem hier entwickelten Grundsatz hat die Rechtsprechung z. B. in Fällen gemacht, in denen die Gesellschaft insolvent war oder die Insolvenz drohte. Hier wurde eine Pflichtenbindung der *directors* insbesondere auch gegenüber Gläubigern angenommen. Vgl. dazu mit den entsprechenden Rechtsprechungsnachweisen Gouvin, 47 Hastings L.J. 287, 307 ff. (1996). Diese Ausnahme ergibt sich aber aus der besonderen Situation der insolventen Gesellschaft und läßt keine Rückschlüsse auf andere Bereiche zu. Ein weiterer Aspekt, der hier nicht aufgegriffen werden kann, ist, inwieweit sich aus gerichtlichen Äußerungen ergibt, daß auch "*public policy*" als Maßstab für das Handeln von Unternehmensleitern heranzuziehen ist. Vgl. dazu Coffee, 63 Va.L.Rev. 1099, 1190 ff. (1977), der diese Auffassung mit überzeugenden Argumenten ablehnt.

⁷⁷² Vgl. R.M.B.C.A. § 3.02 (13); Del.Gen.Corp.L. § 122 (9).

constituencies" (z. B. Arbeitnehmer, staatliches Interesse) bei der Aufnahme von Verteidigungsmaßnahmen gegen ein feindliches Übernahmeangebot (*hostile tender offer*) bestimmen.⁷⁷³

Bezüglich letzterer ist eine einheitliche Beschreibung der Rechtslage schon deshalb schwierig, weil nur in einem Teil der Einzelstaaten solche Vorschriften bestehen. Darüber hinaus weisen die einzelnen Regelungen auch inhaltliche Unterschiede auf. Das *American Law Institute* führt insoweit zusammenfassend aus, daß das *board* neben dem Gesellschafts- und dem Anteilseignerinteresse die Interessen anderer Gruppen, die für die Gesellschaft berechtigterweise von Bedeutung sind, berücksichtigen kann, sofern dies die langfristigen Interessen der Anteilseigner nicht wesentlich beeinträchtigt.⁷⁷⁴ Es fügt allerdings hinzu, daß einige Einzelstaatengesetze dem *board* einen weiteren Ermessensspielraum gäben.⁷⁷⁵ Zum Teil wird aber auch vertreten, daß die Vorschriften in Übereinstimmung mit den von der Rechtsprechung bis dato entwickelten Grundsätzen ausgelegt werden könnten.⁷⁷⁶ Letztlich ist die Frage aber nur von geringerer Bedeutung, da insbesondere Delaware keine entsprechende Regelung erlassen hat. Die

⁷⁷³ Conn.Stock Corp.Act § 33-313 (e); Fla.Gen.Corp.Act § 607.111 (9); Ga.Bus.Corp.Code § 14-2-202 (b) (5); Idaho Code §§ 30-1602, 30-1702; Ill.Bus.Corp.Act § 8.85; Ind.Bus.Corp.Law § 12:92G; Ky.Bus.Corp.Act § 271B.12-210 (4); La.Bus.Corp.Law § 12.92G; Me.Bus.Corp.Act § 716; Mass.Bus.Corp.Law § 65; Minn.Bus.Corp.Act § 302A.251, subd. 5; Mo.Gen. & Bus.Corp.Law § 351.347; Neb.Bus.Corp.Act § 21-2035; N.J.Bus.Corp.Act § 14A:6-1 (2); N.M.Bus.Corp.Act § 53-11-35(D); N.Y.Bus.Corp.Law § 717 (b); Ohio Gen.Corp.Law § 1701.59 (E); Or.Bus.Corp.Act § 60.357 (5); Pa.Bus.Corp.Law § 511 (b); Tenn.Corp. Takeovers § 48-35-202.

§ 717 (b) N.Y.Bus.Corp.Law z. B. lautet in den hier entscheidenden Passagen: "[...] a director shall be entitled to consider [...] (2) the effects that the corporation's actions may have in the short-term or in the long-term upon [...] (ii) the corporation's current employees; (iii) the corporations's retired employees and other beneficiaries [...]; (iv) the corporation's customers and creditors; and (v) the ability of the corporation to provide, as a going concern, goods, services, employment opportunities and employment benefits and otherwise to contribute to the communities in which it does business." Teilweise sind die Vorschriften allerdings nicht auf den Kontext einer feindlichen Übernahme beschränkt, vgl. z. B. Ill.Bus.Corp.Act § 8.85.

⁷⁷⁴ ALI, Principles of Corporate Governance, § 6.02 (b) (2).

⁷⁷⁵ Z. B. Ind.Bus.Corp.Law § 23-1-35-1 (f); vgl. auch ALI, Principles of Corporate Governance, § 6.02, Comment, a.

⁷⁷⁶ Committee on Corporate Laws, 45 Bus.Law. 2253, 2269 (1990).

dort von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze⁷⁷⁷ gelten unverändert fort.

Bei den Vorschriften zur Zulässigkeit von Spenden stellt sich die Frage, ob diese lediglich deklaratorisch die durch die Rechtsprechung geprägte Rechtslage wiedergeben oder ob sie darüber hinaus konstitutiv den Handlungsspielraum der Unternehmensleiter erweitern. Das *American Law Institute* kommt zu dem Ergebnis, daß eine Gesellschaft auch Spenden machen könne, die nicht mehr vom langfristigen Gesellschaftsinteresse gedeckt sind, sofern diese nur angemessen seien.⁷⁷⁸ Ein Beispiel, in dem diese Ausweitung zur Geltung kommt, ist eine Gesellschaft, die Aufwendungen zu Wohltätigkeitszwecken tätigt, obwohl die Liquidation kurz bevorsteht.⁷⁷⁹ Dasselbe soll für die Berücksichtigung ethischer Belange bei sonstigen Geschäftsentscheidungen gelten, auch wenn dies der Gesellschaft finanzielle Nachteile bringt.⁷⁸⁰ Die Ausweitung auf die Berücksichtigung ethischer Belange begründet das *American Law Institute* – durchaus überzeugend – mit den gesetzlichen Regelungen zur Spendenvergabe. Es macht keinen Sinn, daß Gesetzesvorschriften Spenden erlauben, während bei sonstigen Entscheidungen die Berücksichtigung ethischer Belange – die ja auf den selben Erwägungen beruht wie die Spendenvergabe – unzulässig sein soll.⁷⁸¹ Nicht überzeugend ist hingegen die Abkehr vom Erfordernis, daß sämtliche Entscheidungen zumindest indirekt und langfristig der Gewinnerzielung dienen müssen. Die gesetzlichen Vorschriften geben der Gesellschaft nur die Befugnis (*corporate power*), Spenden zu tätigen.⁷⁸² Gleichwohl müssen *directors* und *officers* diese Befugnis im Interesse der Gesellschaft wahrnehmen.⁷⁸³ Daran ändern diese Bestimmungen nichts,

⁷⁷⁷ Die Urteile, die diesen Bereich in der Rechtsprechung prägten und oben zitiert wurden, ergingen allesamt in Delaware (siehe oben D.IV.2 [141 ff.]).

⁷⁷⁸ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01 (b) (3) und § 2.01, Comment, i.

⁷⁷⁹ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01, Illustrations, 13.

⁷⁸⁰ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01 (b) (2) und § 2.01, Comment, h, ein entsprechendes Beispiel wird in § 2.01, Illustrations, 11.

⁷⁸¹ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01, Reporter's Note, 5.

⁷⁸² Vgl. Del.Gen.Corp.L. § 122 (9): Every Corporation created under this chapter shall have power to: [...] (9) Make donations for the public welfare or for charitable, scientific or educational purposes, and in time of war or other national emergency in aid thereof; [...].

⁷⁸³ Prunty, 46 Va.L.Rev. 467 (1960); *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398 (Del. 1969).

vielmehr müssen sie im Lichte der bisherigen Rechtsprechung ausgelegt werden.

Dementsprechend ist weiterhin das Kriterium der Angemessenheit in seiner am langfristigen Gesellschaftsinteresse orientierten Bedeutung relevant. Auch wenn die meisten gesetzlichen Vorschriften dies nicht ausdrücklich bestimmen, wird eine Beschränkung auf angemessene Aufwendungen als ihnen implizit angesehen.⁷⁸⁴

3. Die rechtstheoretische Entwicklung

In der rechtstheoretischen Diskussion hat sich in den USA abgesehen von einigen früheren Stimmen⁷⁸⁵, die in der Auseinandersetzung um den "Managerialism" etwas untergingen, vor allem in den 70er Jahren eine Debatte entwickelt, in der viele Aspekte der Unternehmensinteresse-Problematik auftauchen. Die aufgegriffenen Ansätze sind aber weitestgehend rechtspolitischer Natur und wurden von der Rechtsprechung nicht aufgegriffen. Entsprechend ihrem rechtspolitischen und rechtstheoretischen Charakter⁷⁸⁶ enthalten sie zudem neben der Bestimmung der "richtigen" Verhaltensmaxime breite Ausführungen zu Maßnahmen zu deren Durchsetzung, die vielfach die Diskussion bestimmen.⁷⁸⁷ Es soll daher hier von einer ausführlichen Darstellung abgesehen und nur ein kurzer Überblick gegeben werden.

Erörtert wird die Frage neben zahlreichen anderen Punkten unter dem Stichwort *corporate governance*, und bei den Befürwortern einer Reform des Gesellschaftsrechts und des Rechts der Unternehmensverfassung wird

⁷⁸⁴ ALI, Principles of Corporate Governance, § 2.01, Reporter's Note, 4.; Garrett, Corporate Donations, 22 Bus. Law, 297 (1967); Theodora Holding Corp. v. Henderson, 257 A.2d 398 (Del. 1969), wo das Gericht eine Spende, die steuerlich begünstigt ist, in Höhe von 5 % der Gesamteinkünfte der Gesellschaft als angemessen ansah.

⁷⁸⁵ Es geht hier vor allem um die sogenannte Berle-Dodd-Debatte, in deren Verlauf Dodd, 45 Harv.L.Rev. 1145 (1932) die Problematik schon im Titel seines Aufsatzes aufgreift: "For Whom Are Corporate Managers Trustees?"; vgl. dazu auch Berle, 44 Harv.L.Rev. 1049 (1931); ders., 45 Harv.L.Rev. 1365 (1932); Vagts, 80 Harv.L.Rev. 23, 37 (1966); Fleischer, AG 2001, 171, 176 jeweils m. w. N

⁷⁸⁶ Vgl. z. B. Coleman, Corporate Governance and Directors Liabilities, 69; Mashaw, Corporate Governance and Directors Liabilities, 55; rechtsvergleichend Teubner, Corporate Governance and Directors' Liabilities, 149, 156 ff.

⁷⁸⁷ Vgl. z. B. Stone, Corporate Governance and Directors Liabilities, 122.

allgemein vom *corporate governance movement* gesprochen.⁷⁸⁸ Ganz überwiegend ist die Diskussion allerdings im Verhältnis von Management und Anteilseignern angesiedelt. Bei diesen sogenannten binnenstrukuralen Lösungsversuchen bleibt es bei der Prämisse, daß der zentrale Zweck der *corporation* ausschließlich in der Steigerung des Kapitalertrags liegt, dessen Verfolgung einzige Aufgabe des Managements ist.⁷⁸⁹ Nur eine relativ kleine Gruppe von Autoren vertritt hingegen sogenannte außenstrukurale Ansätze, das heißt sie beziehen Interessengruppen, die in einem engeren oder weniger engen Verhältnis zur *corporation* stehen, mit ein (sogenannte *interest group participation*). Es wird also vom Gewinnmaximierungsziel abgerückt und ein Ausgleich der Interessen der Anteilseigner mit den Interessen anderer von den Entscheidungen des Managements betroffener Gruppen – z. B. Arbeitnehmer, Zulieferer, Verbraucher und auch die Allgemeinheit – angestrebt. Diese Ansätze sind mit den unternehmensrechtlichen Konzepten zum Unternehmensinteresse in der deutschen Literatur⁷⁹⁰ vergleichbar.

Daß solche Modelle in den USA einen schweren Stand haben, wird deutlich, wenn die Berücksichtigung anderer Interessen als der der Anteilseigner in der Literatur zum Teil als "genuin unamerikanisch" bezeichnet wird.⁷⁹¹ Es herrscht die Ansicht vor, die Gesellschaft komme ihrer sozialen Verantwortung am besten darin nach, ihre Erträge zu steigern.⁷⁹² Der Markt garantiere die effektivste und richtige Verteilung der Mittel. Andere Ansätze werden überwiegend mit europäischen, namentlich deutschen Regelungen in Verbindung gebracht.⁷⁹³ Entsprechend beeinflußt die europäische Diskussion die amerikanische auf diesem Gebiet sicher mehr als umgekehrt. Ein häufig genanntes Argument für die Ablehnung außenstrukuraler Ansätze sind die Transaktionskosten: Die Internalisierung des Interessenausgleichs zwischen Anteilseignern, Arbeitnehmern, Allgemeinheit und anderen könne das *corporation law* nur zu Transaktionskosten

⁷⁸⁸ Vgl. Fischel, *The Corporate Governance Movement*, 35 *Vand.L.Rev* 1259 (1982).

⁷⁸⁹ Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 44.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu oben C.III.5 [78 ff.].

⁷⁹¹ Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 84.

⁷⁹² Vgl. Milton Friedmans berühmten Aufsatz mit dem Titel "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits", *The New York Times*, 13.9.1970, Magazine Section, 32; vgl. auch Friedman, *Capitalism and Freedom*, 133; Stone, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 122, 135.

⁷⁹³ Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 84 m. w. N

bewerkstelligen, die deutlich über den Kosten eines externalisierten Interessenausgleichs liegen.⁷⁹⁴ Das *corporation law* soll sich demgemäß auf das beschränken, was es besser als andere Institutionen bewältigen kann, nämlich die Gewährleistung eines normativen Rahmens, welcher der einzelnen *corporation* eine Steigerung des Kapitalertrags ermöglicht.⁷⁹⁵ Diese Auffassung hat sich in der Rechtsprechung niedergeschlagen.⁷⁹⁶

Im Rahmen der außenstrukturalen Modelle werden die Interessen anderer Gruppen als der der Anteilseigner als ebenso schutzwürdig angesehen.⁷⁹⁷

Es soll nicht nur der Profit maximiert werden, sondern die Qualität der Lösung des Konflikts zwischen den Interessen der unterschiedlichen *constituencies*, wie Arbeitnehmer, Verbraucher usw.

Ein Konzept zur Verwirklichung der *interest group participation* ist zunächst die Arbeitnehmermitbestimmung (*labor participation*), auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Daneben steht vor allem das Konzept einer sozialen Verantwortung der Gesellschaft gegenüber der Allgemeinheit (*corporate social responsibility*), wobei eine klare Unterscheidung freilich nicht immer möglich ist.⁷⁹⁸ Schon der Ausdruck "*corporate social responsibility*" zeigt, daß von der Maxime der alleinigen Verantwortlichkeit gegenüber den Anteilseignern abgerückt werden soll, um andere Interessen mit einzubeziehen.⁷⁹⁹ Innerhalb dieser "Theorie" können zwei Hauptströmungen unterschieden werden: zum einen der Ansatz, der auf Nader⁸⁰⁰ zurück geht, zum anderen der Ansatz von Stone⁸⁰¹. Naders Konzept koppelt eine interne und eine externe Managementkontrolle. Zusätzlich zur jeweiligen einzelstaatlichen *charter* soll jede *corporation* nach Bundesrecht verpflichtet sein, eine Bundes-Konzession zu beantragen, um der einzelstaatlichen Deregulierung entgegenzuwirken.⁸⁰² Die interne Kontrolle soll hauptsächlich durch ein *board* erfolgen, das aus neun *independent outside directors* besteht, die zusätzlich zu den

⁷⁹⁴ Vgl. z. B. Fischel, 35 Vand.L.Rev. 1259, 1262 ff. (1982); Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 84 m. w. N

⁷⁹⁵ Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 84 m. w. N

⁷⁹⁶ Siehe oben D.IV.2.b) [141 ff.].

⁷⁹⁷ Vgl. z. B. Nader/Green/Seligman, Taming the Giant Corporation, 118 ff.

⁷⁹⁸ Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 85.

⁷⁹⁹ Krit. zum Ganzen Engel, 32 Stan.L.Rev. 1 ff. (1979).

⁸⁰⁰ Nader/Green/Seligman, Taming the Giant Corporation, 1 ff.

⁸⁰¹ Stone, Where the Law Ends, 1 ff; ders., Corporate Governance and Directors' Liabilities, 122 ff.

⁸⁰² Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 95.

allgemeinen Aufgaben jeweils einen Aufgabenbereich zugewiesen bekommen, der dem Interessenbereich einer *interest group* entspricht.⁸⁰³ Da jedem Mitglied des *board* ein besonderer Aufgabenbereich zugewiesen ist, werden nach Auffassung von Nader alle relevanten Belange repräsentiert, und es kann nicht dazu kommen, daß einzelne *directors* aufgrund ihres besonderen Status' in eine Außenseiterrolle abgedrängt und von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen werden.⁸⁰⁴

Stone legt auf die Internalisierung externer Interessen – er spricht von *voluntarism* – deutlich stärkeren Akzent als auf Eingriffe von außen (*interventionism*).⁸⁰⁵ Eine Zuweisung von Pflichtaufgaben und sonstige organisatorische Anpassungen bleiben auf Situationen beschränkt, in denen besondere Risiken für die betroffene Interessengruppe bestehen (*generic industry problems*)⁸⁰⁶, und wenn eine corporation zum wiederholten Male in gravierender Weise gegen gesetzliche Regelungen verstoßen hat (*demonstrated delinquency situations*).⁸⁰⁷ Ansonsten soll das öffentliche Interesse internalisiert und in den Rang eines Unternehmensziels erhoben werden, das selbst dann verfolgt zu werden verdient, wenn es mit gewinnbezogenen Interessen kollidiert. Zur Verwirklichung schlägt Stone unter anderem haftungsrechtliche Maßnahmen vor, die zu einer Einschränkung der Verantwortlichkeit der Unternehmensleiter im Bereich der gewinnbezogenen Interessen führen bei gleichzeitiger Verschärfung der Haftung im Bereich der nicht gewinnbezogenen Interessen unter Androhung von unter Umständen weniger einschneidenderen, dafür aber realistischeren Sanktionen.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Die einzelnen Bereiche sind: Arbeitnehmerschutz, Verbraucherschutz, Umweltschutz und öffentliche Belange, Rechte der Anteilseigner, Einhaltung von Bundes- und Einzelstaatenrecht, Finanzen, Einkauf und Marketing, Leistungsfähigkeit des Managements, Planung und Forschung.

⁸⁰⁴ Nader/Green/Seligman, *Taming the Giant Corporation*, 125 ff.; zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Engel, 32 *Stan.L.Rev.* 1, 85 ff.; Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 96 m. w. N sowie grundsätzlich Fischel, 35 *Vand.L.Rev.* 1259, 1268 ff. (1982).

⁸⁰⁵ Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 97.

⁸⁰⁶ Beispielsweise Situationen im Zusammenhang mit der Einführung neuer Technologien, im Bereich der Betriebssicherheit, im Bereich des Umweltschutzes oder bei grenzüberschreitenden Aktivitäten.

⁸⁰⁷ Stone, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 122, 131 ff.; vgl. Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 98.

⁸⁰⁸ Stone, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 122, 140; Merkt, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, Rn. 99; zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Engel, 32

In der Rechtsprechung hat das Konzept der *social responsibility* kaum Niederschlag gefunden.⁸⁰⁹ In *Smith Mfg. Co. v. Barlow* scheint das Gericht zwar die Verfolgung sozialpolitischer Zwecke als legitimes Ziel der Gesellschaft anzuerkennen, tragender Gedanke des Urteils ist aber doch, daß die getätigte Spende letztlich – wenn auch langfristig und indirekt – der Gewinnerzielung dient.⁸¹⁰ So geht dann auch aus den einzelnen Konzepten hervor, daß sie als Reformansatz und nicht etwa als Beschreibung der Rechtslage gemeint sind.

Entspringt die Debatte um die *corporate social responsibility* hauptsächlich den 70er Jahren, kamen später – auf den *other constituencies statutes* aufbauend – die sogenannten *communitarian theories of the corporation* hinzu.^{811, 812} Die "*corporation*" wird dort sehr viel weiter definiert und beinhaltet alle Interessengruppen, die im Unternehmen der Gesellschaft zusammenwirken.⁸¹³ Der Ansatz zeigt damit sehr viel Ähnlichkeit mit den unternehmensrechtlichen Konzepten im deutschen Recht.⁸¹⁴ Die *other constituencies statutes* sollen dabei die Funktion haben, den *directors* die Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber einer so verstandenen *corporation* zu ermöglichen.⁸¹⁵ Ob diese Sicht Eingang in die Rechtsprechung finden wird, ist fraglich. Bislang ist hierfür nichts ersichtlich. Ein Grund dafür ist sicher, daß in Delaware keine entsprechende gesetzliche Vorschrift als "Kristallisationspunkt" für diese Auffassung besteht und die Gerichte in Delaware aus den genannten Gründen die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet hauptsächlich bestimmen.

Stan.L.Rev. 1, 92 ff. (1979); Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 100 m. w. N sowie grundsätzlich Fischel, 35 Vand.L.Rev. 1259, 1268 ff. (1982).

⁸⁰⁹ Siehe oben D.IV.2.b) [141 ff.].

⁸¹⁰ *A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953); vgl. auch Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 101; a. A. Teubner, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 429 ff.

⁸¹¹ Vgl. Allen, 50 Wash. & Lee L.Rev. 1395 (1995); Millon, 50 Wash. & Lee L.Rev. 1373, 1391 ff. (1993) m. w. N

⁸¹² Zur Entwicklung der Diskussion in jüngerer Zeit, vor allem in bezug auf korporative Freigiebigkeit, vgl. Fleischer AG 2001, 171, 172 m. w. N

⁸¹³ Vgl. Gouvin, 47 Hastings L.Rev. 287, 311 (1996).

⁸¹⁴ Vgl. dazu oben C.III.5 [78 ff.].

⁸¹⁵ Gouvin, 47 Hastings L.Rev. 287, 311 (1996).

E. PRAKTISCHE RELEVANZ DER VERSCHIEDENEN KONZEPTE ZUM UNTERNEHMENSINTERESSE IM RAHMEN DER ORGANHAFTUNG

Die bisherigen Ausführungen sind weitgehend im Abstrakten verblieben, wengleich bei der Diskussion bereits zahlreiche Konsequenzen der einzelnen Auffassungen zu Tage getreten sind. Im folgenden sollen die Auswirkungen der verschiedenen Konzepte zum Unternehmensinteresse insbesondere auf die Organhaftung aufgezeigt und verglichen werden. Dabei sollen Fallgruppen betrachtet werden, in denen die Unterschiede besonders deutlich werden.

I. Überobligatorische Aufwendungen für Arbeitnehmer

1. Fallgruppe

Die Frage, inwieweit bei unternehmerischen Entscheidungen Arbeitnehmerbelange berücksichtigt werden dürfen, spielt in der theoretischen Diskussion in Deutschland eine große Rolle, sitzen doch seit der Einführung des Mitbestimmungsgesetzes auch Arbeitnehmervertreter in vielen Aufsichtsräten. In der Praxis spielt die Problematik eine kleinere Rolle. Zahlreiche Maßnahmen, die im Interesse der Arbeitnehmer erfolgen, sind gesetzlich vorgeschrieben, und freiwillige Leistungen werden oft nicht aus altruistischen Motiven vorgenommen, sondern um langfristig eine leistungsfähige und motivierte Arbeitnehmerschaft zu garantieren, die in vielen Branchen der entscheidende Schlüssel für den Erfolg des Unternehmens ist.⁸¹⁶ Es sind jedoch auch Entscheidungen im Arbeitnehmerinteresse denkbar, die weder gesetzlich vorgeschrieben sind, noch – auch nicht langfristig – der Gewinnerzielung dienen. Ob ein solches Verhalten der Leitungsorgane im Hinblick auf Schadensersatzansprüche gerechtfertigt ist, hängt von der Verhaltensmaxime ab, die man für sie aufstellt.

In der Praxis spitzt sich die Situation besonders im Falle eines Streiks zu. Vor allem die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat befinden sich dann in einer schwierigen Lage, weswegen sich auch die Literatur relativ ausführ-

⁸¹⁶ Vgl. Rittner, FS Geßler, 139, 154.

lich mit diesem Thema beschäftigt hat.⁸¹⁷ Es handelt sich aber um eine Sonderkonstellation, die mit der allgemeinen Problematik nicht vergleichbar ist, und für den Vorstand ist diese Situation ohnehin weit weniger konfliktreich. Es braucht daher hier nicht näher darauf eingegangen zu werden.

Im Rahmen der Vorstandshaftung sind vor allem Fälle relevant, in denen die Geschäftsleitung überobligatorische Aufwendungen zugunsten der Arbeitnehmer veranlaßt, die nicht zur Gewinnerzielung beitragen. Mögliche Beispiele sind übertarifliche Entlohnung, Senkung der Arbeitszeit, freiwillige Maßnahmen zur Verbesserung der Bedingungen am Arbeitsplatz, betriebliche Angebote wie Kantine oder Betriebskindergarten usw. Der Vorstand kann Arbeitnehmerinteressen auch zu Lasten der Gewinnerzielung berücksichtigen, indem er bestimmte Maßnahmen unterläßt, z. B. wenn eine aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten gebotene Sanierung wegen des damit verbundenen Abbaus von Arbeitsplätzen unterlassen wird – für die Betroffenen und in der allgemeinen politischen Diskussion sicherlich die bedeutendste Fallgruppe.

2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

Die Gerichte mußten sich zumindest in Deutschland bislang kaum mit dieser Problematik befassen, auch nicht in bezug auf Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In den USA hingegen finden sich einige Entscheidungen, in denen es um Zulässigkeit der Berücksichtigung von Arbeitnehmerbelangen geht. Die schillerndste ist sicher *Dodge v. Ford Motor Co.*⁸¹⁸, die oben bereits behandelt wurde. Gleichsam geht es in diesem Fall weniger um die zum Zeitpunkt der strittigen Entscheidung beschäftigten Arbeitnehmer als um die in Zukunft einzustellenden. Sehr intensiv befaßte sich das Gericht mit Aufwendungen für Arbeitnehmer in *Steinway v. Steinway & Sons.*⁸¹⁹ Es rechtfertigt die Entscheidung damit, daß sie auch der Gesellschaft einen unmittelbaren Nutzen bringe, und zeigt dabei, daß mit dieser Begründung die Aufwendung erheblicher Mittel gedeckt werden kann. In jüngerer Zeit kam es auch in den USA kaum mehr zu Urteilen in diesem Bereich. Lediglich in den 50er und 60er Jahren erklärten die Gerichte in

⁸¹⁷ Vgl. z. B. Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 51 f. m. w. N

⁸¹⁸ *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 459; 170 N.W. 668 (1919).

zwei Fällen freiwillige Zahlungen der jeweiligen Gesellschaft an die Witwe eines früheren Geschäftsleiters für unzulässig.⁸²⁰ Freilich handelt es sich bei den Witwen nicht um Arbeitnehmer, doch erfolgten die Zuwendungen aufgrund der moralischen Verpflichtung der Geschäftsleitung gegenüber den früheren Angestellten.

Die Kommentarliteratur ist in bezug auf konkrete Aussagen, inwieweit Arbeitnehmerinteressen zu Lasten der Gewinnerzielung berücksichtigt werden dürfen, nicht sehr ergiebig. So verbleibt es bei der Aussage, daß soziale Aufwendungen in einem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Unternehmenserfolg stehen und darüber hinaus möglichst effektiv sein müssen und nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen dürfen.⁸²¹

3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse

Die Beispiele aus der US-amerikanischen Rechtsprechung verdeutlichen die Folgen der Auffassung, im Gesellschaftsinteresse die alleinige Maxime für das Handeln der Unternehmensleitung zu sehen, oder darin den Aspekt des Unternehmensinteresses zu erblicken, der in Konfliktfällen vorgeht. Wie sich oben gezeigt hat, muß nach der US-Rechtsprechung eine Aufwendung im Arbeitnehmerinteresse zumindest indirekt der Gesellschaft zugute kommen. Auf diese Weise können zwar auch sehr umfangreiche Maßnahmen gerechtfertigt werden,⁸²² was an der geringen Zahl von Fällen deutlich wird, die in jüngerer Zeit in den USA zu dieser Frage vor Gericht kamen. Ist ein Vorteil für die Gesellschaft allerdings auch mittelbar nicht erkennbar, hat das jeweilige Leitungsorgan gegen seine Pflichten verstoßen und ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet.⁸²³

⁸¹⁹ Steinway v. Steinway & Sons, 40 N.Y.S. 718 (1896).

⁸²⁰ Adams v. Smith, 275 Ala. 142, 153 So.2d 221 (1963); Moore v. Keystone Macaroni Mfg. Co., 370 Pa. 172, 87 A.2d 295 (1952).

⁸²¹ KK-Mertens, § 93 Rn. 50; noch vager Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, § 76, Rn. 26.

⁸²² Vgl. z. B. Steinway v. Steinway & Sons, 40 N.Y.S. 718 (1896), wo das Gericht sogar noch am Unmittelbarkeitserfordernis festhielt. Vgl. zu weiteren theoretischen Beispielen und Argumentationsmustern oben D.IV.2.b) [141 ff.].

⁸²³ Ein Beispiel hierfür liefern Adams v. Smith, 275 Ala. 142, 153 So.2d 221 (1963) und Moore v. Keystone Macaroni Mfg. Co., 370 Pa. 172, 87 A.2d 295 (1952). Vgl. auch Schlechtriem, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 9, 40 f.

Von entscheidender Bedeutung ist bei dieser Auffassung, welcher Beurteilungsspielraum den Leitungsorganen bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme hinsichtlich des Gesellschaftsinteresses eingeräumt wird. Die mittelbaren Vorteile werden regelmäßig von vielen Unsicherheitsfaktoren bestimmt und sehr schwer nachzuweisen sein, während theoretisch aus nahezu jeder dem Arbeitnehmerinteresse dienenden Maßnahme ein indirekter Nutzen für die Gesellschaft abgeleitet werden kann.

Den verschiedenen Ansätzen zum Unternehmensinteresse ist gemein, daß sie Aufwendungen im Arbeitnehmerinteresse bis zu einem gewissen Maße als zulässig erachten, auch wenn diese unter keinen Umständen der Gewinnerzielung dienen. Vorstand oder Aufsichtsrat werden also nicht auf einen unter Umständen schwierigen Nachweis verwiesen, sondern können das Arbeitnehmerinteresse originär berücksichtigen. Leistungen, die Arbeitnehmern zugute kommen, müssen nicht notwendigerweise langfristig positive finanzielle Auswirkungen für die Gesellschaft haben. Die beiden "Witwen-Fälle"⁸²⁴ hätten auf dieser Grundlage durchaus anders entschieden werden können.

Keine Rolle spielt dabei, welchen Begründungsansatz man für das Unternehmensinteresse wählt. § 70 I AktG 1937 erwähnt Arbeitnehmerbelange direkt, und wenn man dem Mitbestimmungsgesetz eine materielle Bedeutung zukommen lassen will, dann die, daß Arbeitnehmerinteressen berücksichtigt werden dürfen. Auch unternehmensrechtlich begründet schließt das Unternehmensinteresse Arbeitnehmerinteressen mit ein, denn bei allen Unterschieden im Detail werden nach allen Theorien die Arbeitnehmer als Angehörige des Unternehmens gesehen, mithin ihre Belange als Teil des Unternehmensinteresses. Wenn man auf Art. 14 II GG als Anknüpfungspunkt abstellt, werden dort Arbeitnehmerbelange zwar nicht ausdrücklich erwähnt, es ist jedoch unstrittig, daß die Sozialpflichtigkeit auch und gerade im Hinblick auf Arbeitnehmer gilt. Diese Einmütigkeit liegt sicher auch daran, daß sich aufgrund des Mitbestimmungsgesetzes die Diskussion in erster Linie um die Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen gedreht hat.

⁸²⁴ Adams v. Smith, 275 Ala. 142, 153 So.2d 221 (1963); Moore v. Keystone Macaroni Mfg. Co., 370 Pa. 172, 87 A.2d 295 (1952).

Unterschiede ergeben sich bei den inhaltlichen Beschränkungen. Aus den rein prozessualen Konzepten lassen sich außer der grundsätzlichen Möglichkeit einer Berücksichtigung keine Vorgaben entwickeln. Spricht man von überobligatorischen Leistungen an Arbeitnehmer, sagt dies nichts über die Entscheidungsfindung aus. Allein daran werden aber die prozessualen Vorgaben geknüpft, die zudem kaum konkretisiert und kaum konkretisierbar sind.

Das Unternehmensinteresse als unbestimmter Rechtsbegriff läßt sich angesichts der fehlenden Rechtsprechung in bezug auf diese Fallgruppe nicht näher konkretisieren. Auch diese Auffassung liefert daher keine weiteren Kriterien zur Beurteilung von Aufwendungen im Arbeitnehmerinteresse.

Bei den übrigen Konzepten bleibt es bei den genannten Problemen, die anhand der Beispiele deutlich werden. Zieht man die Rentabilität als Grenze, ist nichts darüber ausgesagt, welcher Grad von Rentabilität erreicht werden muß,⁸²⁵ ganz abgesehen von der schon beim Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime aufgetretenen Frage, wie sich einzelne Maßnahmen langfristig auf die Gewinnerzielung auswirken. Dieser Punkt bleibt auch offen bei der Bestandserhaltung als einschränkendem Kriterium, egal ob als Kapitalerhaltung, Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz oder Erhaltung der rechtlichen Selbständigkeit aufgefaßt, ganz abgesehen von der konzeptionellen Kritik an diesen Ansätzen.⁸²⁶

Insgesamt gibt die Untersuchung der praktischen Behandlung von überobligatorischen Leistungen zugunsten von Arbeitnehmern kaum weiteren Aufschluß über die Tauglichkeit der einzelnen Konzeptionen. Vielmehr lag dieses Beispiel oft der theoretischen Diskussion zugrunde und hat entsprechend die Argumentation beeinflusst.

⁸²⁵ Sofern in der Kommentarliteratur das Kriterium der Angemessenheit aufgegriffen wurde, hilft dies ohne eine weitere Konkretisierung – vor allem durch die Rechtsprechung – hier kaum weiter.

⁸²⁶ Vgl. dazu oben C.IV.4 [97 ff.].

II. Spenden für gemeinnützige Zwecke, Parteispenden und Zahlungen zur Entschädigung von Zwangsarbeitern

1. Fallgruppe

Neben den Arbeitnehmerinteressen spielt vor allem die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen eine große Rolle in der Diskussion um das Unternehmensinteresse. Die Möglichkeit dazu besteht in vielfacher Weise.⁸²⁷ Der Vorstand muß z. B. entscheiden, ob ein Betrieb in einer sturkturschwachen Region aufrechterhalten werden soll, obwohl betriebswirtschaftliche Gründe dagegen sprechen. Es stellt sich die Frage, ob er sich unbedingt für Subventionen einer Gebietskörperschaft einsetzen soll, die unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu mißbilligen sind, und es kann – bei einem Unternehmen mit einem für die Preisentwicklung bedeutsamen Produkt – dem Vorstand angebracht erscheinen, auf eine Preiserhöhung zu verzichten, um eine volkswirtschaftlich schädliche Inflation einzudämmen.⁸²⁸ Weitere Beispiele sind freiwillige Maßnahmen zur Verbesserung des Umweltschutzes, ein Lehrstellenangebot über den eigenen Bedarf mit Rücksicht auf die Jugendarbeitslosigkeit und der Verzicht auf den Absatz gemeinwohlschädlicher Produkte⁸²⁹.

Besonders klar tritt die Problematik zu Tage bei Spenden für gemeinnützige Zwecke⁸³⁰ – daher wird diese Fallgruppe hier als Beispiel herangezogen. Spenden wirken sich für die Gesellschaft unmittelbar vermögens-

⁸²⁷ Vgl. KK-Mertens, § 76 Rn. 32; Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, 103; Schlechtriem, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 9, 37 ff.

⁸²⁸ Letzteres Beispiel wurde in der Praxis bedeutsam, als 1962 der Bundeswirtschaftsminister den Vorstand des Volkswagenwerkes aufforderte, eine geplante Preiserhöhung zu unterlassen, vgl. Rittner, FS Geßler, 139, 141.

⁸²⁹ So hat z. B. die Bekleidungskette Hennes & Mauritz nach Aussage des Unternehmenschefs Eriksen auf den "Camouflage" genannten Modetrend, Militärjacken und Tarnmuster zu tragen, aus ethischen Gründen verzichtet, und dadurch hohe Umsatzeinbußen hingenommen, vgl. FAZ v. 05.06. 2001, S. 11. Als weiteres Beispiel kommt in Betracht, wenn ein Hersteller von Computerspielen auf zwar gewinnbringende, aber gewaltverherrlichende Spiele verzichtet. Vielfach wird aber umstritten sein, ob der Verzicht auf ein bestimmtes Produkt im Allgemeininteresse liegt oder nicht, so z. B. bei Kriegswaffen oder einer "Abtreibungspille" (zu letzterem vgl. KK-Mertens, § 76 Rn. 33).

⁸³⁰ Vgl. zu dieser Fallgruppe allgemein KK-Mertens, § 76 Rn. 32 ff.; Vorderwühlbecke, BB 1989, 505 ff.; H.-P. Westermann, ZIP 1990, 771 ff.; Schneider, AG 1983, 205, 211 ff; Rittner, FS Geßler, 131, 154 ff..

mindernd aus und sollen auf der anderen Seite das Gemeinwohl fördern. Sie sind in vielfältiger Weise denkbar, vor allem für soziale, politische und kulturelle Zwecke, und Mäzenatentum und "Sponsoring" werden seit jeher in großem Umfang praktiziert. Von besonderer Problematik – vor allem in der politischen Diskussion – sind gerade in jüngerer Zeit Spenden an politische Parteien,⁸³¹ nicht zuletzt weil wegen unterschiedlicher parteipolitischer Präferenzen scharfe Konflikte zwischen Vorstand und Aktionären und unter den Aktionären entstehen können.⁸³² Unter Umständen ist daher bei entsprechenden Konstellationen die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wahrscheinlicher als in anderen Fällen. Grundsätzlich werden gesetzlich erlaubte Parteispenden aber wegen der besonderen Bedeutung der Parteien im parlamentarischen System des Grundgesetzes als dem gemeinen Wohl dienend anerkannt.⁸³³

Einen weiteren, nicht unumstrittenen Sonderfall bieten Zahlungen von Unternehmen an die "Stiftungsinitiative"⁸³⁴ zur Entschädigung von Zwangsarbeitern im Dritten Reich.⁸³⁵ Gerade bei diesem Fall sind Beispiele denkbar, in denen die Zahlung aus Werbe- und Imagegründen nicht zu rechtfertigen ist – z. B. bei kleineren und mittleren Unternehmen die keine große Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erfahren und deren Kundschaft auf ein entsprechendes Verhalten keinen Wert legt – und nur aus moralischen Motiven erfolgt. Die in der Diskussion über das

⁸³¹ In der rechtswissenschaftlichen Literatur liegt der Schwerpunkt der Auseinandersetzung in erster Linie auf dem Gebiet des Verfassungs- und Steuerrechts. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht beschäftigen sich mit Parteispenden KK-Mertens, § 76 Rn. 35 ff.; Kind, NZG 2000, 567 ff.; Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 151 ff.; Vorderwühlbecke, BB 1989, 505 ff.; Kohlmann/Felix, DB 1983, 1059, 1060; Rittner, FS Geßler, 139, 156; ders. FS Knur, 205, 227 ff.; Mertens, FS Goerdeler, 349 ff.; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 421 ff.; H.-P. Westermann, ZIP 1990, 771 ff.

⁸³² Presseberichten zufolge wurden z. B. Spenden des Siemens-Konzerns an die CDU von Aktionären, die einer anderen politischen Richtung zuneigen, angegriffen, und es wurde von der Geschäftsführung verlangt, zukünftig eine Hauptversammlungsbeschluss über etwaige Parteispenden einzuholen, vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 172.

⁸³³ Mertens, FS Goerdeler, 349, 354 m. w. N.; KK-Mertens, § 76 Rn. 37; Kind, NZG 2000, 567, 568; Kohlmann/Felix, DB 1983, 1059, 1060; a. A. Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 166 f.

⁸³⁴ Genauer gesagt geht es um die Stiftungsinitiative der Deutschen Wirtschaft "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft", die inzwischen durch Bundesgesetz als rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet wurde.

⁸³⁵ Vgl. Philipp, AG 2000, 62 ff.; Mertens, AG 2000, 157 ff.

Unternehmensinteresse aufgeworfenen Fragen werden hier also relevant.⁸³⁶ Darüber hinaus sind solche Zahlungen in Aktionärskreisen nicht unumstritten, was die Wahrscheinlichkeit von Schadensersatzklagen erhöht.⁸³⁷

2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

Die deutsche Rechtsprechung nimmt zu dieser Fallgruppe kaum Stellung. In einem obiter dictum führt der BGH aus, daß "[...] sozialpolitische und gemeinnützige Zuwendungen in den Aufgabenbereich des Vorstands [fallen]",⁸³⁸ und ein Strafsenat des BGH stellt in einem Untreueverfahren fest, daß sich – auf gesellschaftsrechtlicher Ebene – der weite Handlungsspielraum des Vorstands auch auf Zuwendungen zur Förderung von Kunst,

⁸³⁶ Freilich sind Entschädigungszahlungen nicht nur in Hinblick auf die Frage, welche Interessen der Vorstand berücksichtigen darf, problematisch. Es ergibt sich vielmehr eine sehr komplexe Problematik, und Pflichtverletzungen des Vorstands kommen in bezug auf eine Reihe von Punkten der konkreten Ausgestaltung der "Stiftungsinitiativie" in Betracht. So erscheint z. B. die Legitimation der Opfervertreter und die Rechnungslegung der Stiftung problematisch, vgl. Philipp, AG 2000, 62, 67 f. Hier soll allerdings nur auf die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit im Hinblick auf das Unternehmensinteresse eingegangen werden.

⁸³⁷ Man denke nur an jüdische oder andere amerikanische Chrysler-Aktionäre, die im Zuge der Fusion mit Daimler-Benz für ihre Aktien Daimler-Chrysler-Aktien erhalten haben und zu deren Lasten unter anderen die Entschädigungszahlungen letztendlich gehen. Aber auch weniger konstruierte Beispiele legen ein großes Konfliktpotential nahe. Darüber hinaus werfen solche Beispiele die Frage auf, ob es zulässig oder auch nur "moralisch" ist, die Fiktion der juristischen Person zum Vorwand zu nehmen, um nach dem Zufallsprinzip letztlich zahllose in- und ausländische Aktionäre in Anspruch zu nehmen, welche selbst kein moralischer Vorwurf trifft, vgl. Philipp, AG 2000, 62, 63 f.

⁸³⁸ BGHZ 23, 157. Rittner, FS Geßler, 139, 141, Fn. 11 verweist darüber hinaus auf ein Urteil des BGH (NJW 1967, 1462), in dem das Gericht in einer nicht abgedruckten Passage ausführt, "daß die (beklagte) Aktiengesellschaft darin recht habe, daß sie 'an die staatsbürgerliche Vereinigung Spenden leisten dürfte'". Nicht überzeugen kann in diesem Zusammenhang, wenn Stimmen in der Literatur insbesondere aus der Vorschrift des § 58 III 2 AktG schließen, daß allgemeine, das heißt nicht einem konkreten Zweck dienende Spenden an politische Parteien vom Vorstand nicht getätigt werden dürfen, sondern einen Hauptversammlungsbeschuß erfordern, vgl. Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 166; ähnlich Rittner, FS Knur, 205, 212 f. Philipp, AG 2000, 62, 64 f. geht sogar soweit, in Sozialaufwendungen ohne erwerbswirtschaftlichen Nutzen eine anderweitige Gewinnverwendung im Sinne des § 58 III 2 AktG zu sehen. Bei diesen Gedanken wird verkannt, daß § 58 AktG sich allein auf den Bilanzgewinn bezieht, aus dem aber weder die Mittel für Sozialaufwendungen noch für Parteispenden entnommen werden, vgl. ausführlich und mit weiteren Argumenten Mertens, AG 2000, 157, 159, Fleischer AG 2001, 171, 177.

Wissenschaft, Sozialwesen und Sport erstrecke.⁸³⁹ Weiter heißt es in dem strafrechtlichen Urteil, die "korporative Freigiebigkeit muß sich insgesamt im Rahmen dessen halten, was nach Größenordnung und finanzieller Situation des Unternehmens als angemessen angesehen werden kann", wobei der Zuschnitt und die Ertragslage der Gesellschaft wichtige Anhaltspunkte darstellten.⁸⁴⁰ Hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit einzelner Zuwendungen, insbesondere in Abgrenzung zu einer pflichtwidrigen Verfolgung von Eigeninteressen, stellt das Gericht sehr stark auf auf deren Auswirkungen auf die "soziale Akzeptanz" der Gesellschaft und den damit verbundenen wirtschaftlichen Nutzen ab, ohne allerdings das Unternehmensinteresse inhaltlich zu definieren.⁸⁴¹

In der amerikanischen Rechtsprechung gibt es einige Urteile, die sich mit dem Thema gemeinnütziger Zuwendungen beschäftigen.⁸⁴² Als einschränkendes Kriterium fungiert vor allem die Angemessenheit.⁸⁴³ In *Theodora Holding Corporation v. Henderson* wird das Gericht konkreter und hält eine Spende in Höhe von US \$ 528.000 bei einem Gewinn von ca. US \$ 19 Mio. unter der Voraussetzung der steuerlichen Absetzbarkeit für angemessen, wobei es insbesondere die Grenze der steuerlichen Begünstigung von 5 % des Gewinns als Anhaltspunkt nahm.⁸⁴⁴

Auch in der deutschen Literatur wird zum Teil auf die steuerliche Absetzbarkeit abgestellt, und diese als absolute Obergrenze für Spenden herangezogen.⁸⁴⁵ Solche Parallelen zum Steuerrecht sind aber als Abgrenzungskriterium ungeeignet, weil das Steuerrecht ganz andere staatspolitische Ziele verfolgt als das Gesellschaftsrecht und daher keine Aussage über die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Spenden geben kann.⁸⁴⁶ Kind

⁸³⁹ BGH StV 2002, 137, 138.

⁸⁴⁰ BGH StV 2002, 137, 139.

⁸⁴¹ BGH StV 2002, 137, 140.

⁸⁴² Vgl. z. B. *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (1968); *Union Pacific R.R. v. Trustees, Inc.*, 329 P.2d 398, 401 f. (1958); *Kelly v. Bell*, 266 A.2d 878 (Del. 1970); *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398 (Del. 1969); *State ex rel. Sorensen v. Chicago, B. & Q. Ry.*, 112 Neb. 248, 199 N.W. 534 (1924); *A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953).

⁸⁴³ Siehe oben D.IV.2.b) [143 f.].

⁸⁴⁴ *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398, 405 (Del. 1969).

⁸⁴⁵ Phillip, AG 2000, 62, 65 in Zusammenhang mit Entschädigungszahlungen einer AG an ehemalige Zwangsarbeiter; Baas, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 211 f. in bezug auf Parteispenden, als diese noch abzugsfähig waren.

⁸⁴⁶ KK-Mertens, § 76 Rn. 33; ders., FS Goerdeler, 349, 354; Fleischer, AG 2001, 171, 178; Kind, NZG 2000, 567, 569; Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der

schlägt ganz konkret einen maximalen Betrag für Spenden von 1 % des Bilanzgewinns vor.⁸⁴⁷ Wie sie gerade auf diesen Prozentsatz kommt, wird allerdings nicht klar, die Grenzziehung erscheint willkürlich.⁸⁴⁸ Ansonsten verbleibt es bei relativ vagen Beschränkungen. Der Vorstand dürfe Spenden "in angemessenem Umfang"⁸⁴⁹ tätigen, bzw. Spenden, die "der Höhe nach, bezogen auf die Unternehmensverhältnisse, vertretbar"⁸⁵⁰ sind oder die dem "üblichen Rahmen" bei einer AG entsprechen⁸⁵¹. Auf etwas konkretere Vergleichskriterien greift die Auffassung zurück, nach der Spenden im Verhältnis zum Gewinn, zur Kapitalausstattung, zur Finanzierung und Ertragslage sowie den Zukunftsaussichten des Unternehmens vertretbar sein müssen⁸⁵² oder in einem vernünftigen Verhältnis zu den Gesamtaufwendungen der Gesellschaft stehen müssen⁸⁵³.

3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse

Stellt man auf das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime ab, kommt es wiederum darauf an, inwieweit die jeweilige Maßnahme für die Gesellschaft zumindest langfristig von finanziellem Nutzen ist. Bei Spenden ist dabei insbesondere deren Werbeeffect zu beachten. Spenden für wohltätige Zwecke können das soziale Prestige der Gesellschaft erheblich verbessern.⁸⁵⁴ Die AG ist Bestandteil des Sozialgefüges und als derartiger Teilnehmer am Rechts- und Sozialleben auf die Erhaltung ihres sozialen Ansehens angewiesen und muß als "*good corporate citizen*"

Unternehmensleitung, 426; Vorderwühlbecke, BB 1989, 505, 507 f.; Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 160; Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 122 f. Schneider, AG 1983, 205, 214 legt allerdings überzeugend dar, daß die Zulässigkeit einer Spende dann besonders genau geprüft werden muß, wenn sie steuerlich nicht absetzbar ist.

⁸⁴⁷ Kind, AG 2000, 567, 569; ähnlich zuvor Schneider in Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 67: "2 % des Bilanzgewinns sind in der Regel unbedenklich".

⁸⁴⁸ Die verbindliche Festschreibung "gegriffener Größen" sollte vielmehr dem Gesetzgeber überlassen werden, vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 178 m. w. N Die Schwierigkeiten bei einer quantitativen Grenzziehung speziell bezüglich Spenden greift Vorderwühlbecke, BB 1989, 505, 508 auf, und stützt damit seine Auffassung, wonach die Geschäftsführung keine Kompetenz zur Vergabe von Spenden habe.

⁸⁴⁹ Hefermehl in Geßler/Hefermehl, § 58 Rn. 86.

⁸⁵⁰ Kohlmann/Felix, DB 1982, 1059, 1060.

⁸⁵¹ Marsch, Die rechtliche Problematik der Verwendung von Jahresüberschüssen, 54.

⁸⁵² Schneider, AG 1983, 205, 213 f.; ähnlich KK-Mertens, § 76 Rn. 33.

⁸⁵³ Barz in Großkomm. AktG, § 58 Anm. 24 f.

⁸⁵⁴ Kind, AG 2000, 567, 568.

aufzutreten.⁸⁵⁵ Wie wichtig das Image eines Unternehmens für den Umsatz, aber auch für die Gewinnung von Mitarbeitern sein kann, zeigt sich schon an dem enormen Aufwand, den viele Unternehmen für ihre Imagewerbung z. B. im Fernsehen oder den Printmedien – frei von jeglicher sozialen Motivation – betreiben. Ohne soziale Akzeptanz ist eine erfolgreiche Verfolgung des Unternehmensgegenstandes auf Dauer nicht möglich.⁸⁵⁶

Darüber hinaus ist die Gesellschaft auf ein funktionierendes Gemeinwesen angewiesen. Stabile soziale und rechtliche Verhältnisse sind oft ein entscheidender Standortfaktor. Die politischen und gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen haben wesentlichen Einfluß auf den Erfolg eines Unternehmens. Gerade wenn ein größeres Unternehmen als einziges von solcher Größe in einer Kommune angesiedelt ist, haben dessen Aufwendungen erheblichen Einfluß auf die Situation, zumindest im kommunalen Bereich.^{857, 858}

Haben Spenden allerdings keinen Werbeeffect oder sonstigen langfristigen Nutzen für die Gesellschaft – zum Teil wird in der Literatur von "echten" Spenden gesprochen⁸⁵⁹ – darf nach dieser Auffassung der Vorstand sie nicht tätigen.⁸⁶⁰ Das wirkt sich insbesondere dann aus, wenn sich ein Unternehmensleiter ausdrücklich darauf beruft, nicht zum Nutzen der Gesellschaft zu handeln, sondern aus ethischen, moralischen oder ähnlichen Gründen.⁸⁶¹ Eine gegenteilige Aussage später in einem Schadensersatzprozeß ist unter Umständen wenig glaubwürdig. Hier offenbart sich die Zwiespältigkeit einer Orientierung allein am Gesellschaftsinteresse, denn einerseits schneidet sich der Manager mit der Berufung auf seine Motivation die haftungsrechtliche Rechtfertigung ab,

⁸⁵⁵ KK-Mertens, § 76 Rn. 32; Kohlmann/Felix, DB 1983, 1059, 1060.

⁸⁵⁶ KK-Mertens, § 76 Rn. 32; ders., FS Goerdeler, 349, 353.

⁸⁵⁷ Zu einem möglichen Nutzen für die Gesellschaft bei Aufwendungen auf nationaler Ebene vgl. Mertens, AG 2000, 157, 159.

⁸⁵⁸ Freilich lassen sich gemeinnützige Aufwendungen und Aufwendungen für die Arbeitnehmer des Unternehmens auf kommunaler Ebene kaum trennen.

⁸⁵⁹ Vgl. Kind, AG 2000, 567, 569; Vorderwülbecke, BB 1989, 505, 509 f.

⁸⁶⁰ Vorderwülbecke, BB 1989, 505, 509. Zahlreiche Beispiele für Zuwendungen mit fraglichem Nutzen liefert H.-P. Westermann, ZIP 1990, 771, 774.

⁸⁶¹ Vgl. z. B. Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (1919). In diese Kategorie einzuordnen ist ebenso das erwähnte Beispiel von Hennes & Mauritz, wo die Bekleidungskette auf einen bestimmten Kleidungstrend und damit auf Umsatz aus ethischen Gründen verzichtete, vgl. oben Fn. 829.

andererseits kann er den Sympathie- und Werbeeffect durch entsprechende Äußerungen gerade erhöhen.

Besonders problematisch im Hinblick auf das Gesellschaftsinteresse sind Parteispenden, denn inwieweit diese in weiten Teilen der Bevölkerung noch einen Werbeeffect haben, ist fraglich. Angesichts der Affären in diesem Bereich ist sogar eine umgekehrte Wirkung denkbar. Zum Teil wird daher unterschieden zwischen politischen Spenden aus konkret betriebsbezogenen Gründen, die dem Unternehmen in bestimmter Weise nutzen sollen, und solchen zur allgemeinen Förderung einer Partei.⁸⁶² Bei Ersteren ist der Nutzen für die Gesellschaft sicher deutlicher erkennbar, was einige Autoren dazu veranlaßt, nur diese als zulässig zu erachten.⁸⁶³ Allerdings ist die Skepsis in der Öffentlichkeit umso größer, je konkreter der mit einer Parteispende verfolgte Zweck ist, denn es drängt sich der Eindruck des "Erkaufens" politischer Entscheidungen eher auf als bei allgemeinen Parteispenden zur Unterstützung des Programms einer Partei.⁸⁶⁴ Unter dem Aspekt der sozialen Anerkennung erscheinen daher Spenden zur allgemeinen Förderung eher eine positive Wirkung für die Gesellschaft zu entfalten als Spenden in Erwartung einer konkreten "Gegenleistung".

Ein weiteres Problem bei der Beurteilung des Nutzens von Parteispenden für die Gesellschaft ist, daß eine Spende an eine politische Partei in der Regel nur bei deren Anhängern zu einem positiven Image beiträgt, bei den Anhängern anderer Parteien hingegen eher Abneigung verursacht. Eine zu einseitige Einflußnahme wird als für die soziale Akzeptanz schädlich angesehen.⁸⁶⁵ Es wird daher empfohlen, das für Parteispenden zur Verfügung stehende Geld auf verschiedene Parteien entsprechend deren politischem Gewicht auf der jeweils maßgeblichen Ebene zu verteilen.⁸⁶⁶ In gewisser Weise werden Parteispenden so aber ad absurdum geführt, fehlt ihnen doch jegliche inhaltliche Ausrichtung.

Insgesamt sind Parteispenden aus der Perspektive des Gesellschaftsinteresses sehr problematisch. Hat der Vorstand sein Verhalten allein am

⁸⁶² Vgl. Kind, AG 2000, 567, 569; Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 160 u. 167; Rittner, FS Knur, 205, 227.

⁸⁶³ Kulitz, Unternehmensspenden an politische Parteien, 160 u. 167; in bezug auf allgemeine Spenden zumindest sehr restriktiv Rittner, FS Knur, 205, 229; krit. Schmidt-Leithoff, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 430 ff.

⁸⁶⁴ Kind, AG 2000, 567, 569.

⁸⁶⁵ KK-Mertens, § 76 Rn. 39.

⁸⁶⁶ Kind, AG 2000, 567, 570.

Gewinnmaximierungsziel auszurichten, begibt er sich mit Spenden an politische Parteien auf gefährliches Terrain.

Ähnlich problematisch können Entschädigungszahlungen an ehemalige Zwangsarbeiter werden, wenn die Entscheidung der Leitungsorgane allein nach dem Maßstab Gesellschaftsinteresse beurteilt wird. Bei großen und bekannten Aktiengesellschaften – insbesondere, wenn diese eine bedeutendes Amerika-Geschäft haben – erscheint die Zulässigkeit solcher Zahlungen relativ unproblematisch. Zwar läßt sich eine rechtliche Verpflichtung der Gesellschaft kaum herleiten,⁸⁶⁷ und die Unternehmensrepräsentanten selbst sprechen in der öffentlichen Diskussion in der Regel von einer moralischen Verpflichtung⁸⁶⁸. Eine Weigerung zu zahlen würde jedoch eine dermaßen negative Publicity – insbesondere in den USA – mit sich bringen, daß die Bereitstellung entsprechender Mittel für die Gesellschaft immer noch die günstigere Variante ist.⁸⁶⁹

Ganz anders ist hingegen die Situation bei einem mittelständischen Unternehmen, das beispielsweise überwiegend in der Investitionsgüterindustrie tätig ist. Hier ist in viel geringerem Maße anzunehmen, daß Kunden ihre Geschäftsbeziehungen wegen einer Nichtbeteiligung am Entschädigungsfonds abbrechen, wenn eine solche Nichtbeteiligung eines kleineren Unternehmens denn überhaupt bekannt wird. Mögliche schädliche Auswirkungen für die deutsche Wirtschaft insgesamt, die sich auf das Unternehmen mittelbar auswirken, werden kaum in einem Maße auftreten, das den Kosten entspricht, zumal die Nichtbeteiligung einiger kleiner Unternehmen noch lange nicht das Scheitern des gesamten Projekts bedeutet. Bei Unternehmen, die tatsächlich gar keine Zwangsarbeiter beschäftigt haben, kommt hinzu, daß sie letztlich für die "Schuld" anderer in Anspruch genommen werden.⁸⁷⁰ In solchen Fällen könnten die Leitungsorgane aus der Sicht des Gesellschaftsinteresses verpflichtet sein, diese Umstände

⁸⁶⁷ Vgl. Philipp, AG 2000, 62, 63 f. Darüber hinaus sieht Philipp, *ibid.*, 67 f. in Boykottandrohungen den Tatbestand der Nötigung im Sinne des § 240 StGB erfüllt und hält daher bei einem Wegfall der Zwangslage unter Umständen eine Anfechtung der Zahlungszusagen gem. §§ 123, 124 BGB für geboten.

⁸⁶⁸ Der Charakter einer moralischen Verpflichtung zeigt sich auch deutlich daran, daß auch Unternehmen, die keine Zwangsarbeiter beschäftigt haben, in den Fonds einzahlen sollen, vgl. Philipp, AG 2000, 62, 64.

⁸⁶⁹ Vgl. Mertens, AG 2000, 157, 159.

⁸⁷⁰ Philipp, AG 2000, 62, 67 läßt schon allein diesen Umstand zur Begründung einer Pflichtverletzung genügen.

klarzustellen, um negative Auswirkungen zu verhindern, anstatt für fremde Unternehmen oder gar den Staat Zahlungen zu leisten, zu denen die Gesellschaft rechtlich nicht verpflichtet ist.⁸⁷¹

Letztlich hängt die Beurteilung der Frage stark vom Einzelfall ab. In einigen Fällen wird aber das Gesellschaftsinteresse Beiträge der Gesellschaft in den Fonds nicht zulassen, und bei noch mehr Gesellschaften wird eine angesichts der vielen unbeantworteten Fragen erhebliche Unsicherheit bezüglich der Zulässigkeit von Zahlungen bestehen.⁸⁷²

Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime gibt den Leitungsorganen hinsichtlich dem Gemeinwohl dienender Aufwendungen grundsätzlich einen größeren Spielraum. Es erlaubt die originäre Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen. Der Gemeinwohlbezug ist nicht bloßer Reflex der Verfolgung des Gewinnmaximierungsziels. Daß Spenden dem Gemeinwohl dienen, ist in der Regel unproblematisch und auch in bezug auf Parteispenden von der h. M. anerkannt.⁸⁷³ Bei Entschädigungszahlungen für Zwangsarbeiter drängt sich diese Ansicht ebenfalls auf. Zwar ist fraglich, ob eine vermeintliche moralische Verpflichtung allein für die Bejahung des Gemeinwohlbezugs genügt. Angesichts der unbestreitbaren negativen Auswirkungen eines Scheiterns der "Stiftungsinitiative" für die deutsche Wirtschaft als Ganzes ist dies aber auf jeden Fall anzunehmen. Spenden für gemeinnützige Zwecke, Parteispenden und Entschädigungszahlungen für Zwangsarbeiter sind also vom Unternehmensinteresse grundsätzlich umfaßt und lediglich dem Umfang nach beschränkt oder bezüglich des Entscheidungsfindungsprozesses.

Die Auswirkungen der einzelnen Auffassungen zum Unternehmensinteresse sind ähnlich wie bei der Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen. Stellt man allein auf prozedurale Gesichtspunkte ab, läßt sich

⁸⁷¹ Mertens, AG 2000, 157, 159 sieht einen wirtschaftlichen Nutzen auch für Gesellschaften, die nicht in die historische Problematik verwickelt sind.

⁸⁷² Daß für den Vorstand in gewisser Weise eine "Zwickmühle" besteht, wird auch daran deutlich, daß er einerseits das Bestehen von Rechtsansprüchen bestreiten sollte mit dem Ziel, "nach außen" keine Zahlungen leisten zu müssen, und er sich andererseits "nach innen" gegenüber den Aktionären zur Rechtfertigung von Zahlungen zumindest beim Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime zur Behauptung des Bestehens von Rechtsansprüchen genötigt sieht, vgl. Philipp, AG 2000, 62, 68.

⁸⁷³ Siehe oben E.II.1 [159] mit Nachweisen in Fn. 833.

wiederum keine Aussage treffen, denn die Beispiele geben nur inhaltliche Vorgaben. Sieht man das Unternehmensinteresse als unbestimmten Rechtsbegriff, offenbart sich auch hier die mangelnde Konkretisierung durch die Rechtsprechung, und auch in der Literatur werden nur sehr vage Vorgaben gemacht, oder es erscheint die gezogene Grenze als willkürlich. Soweit in der Rentabilität oder der Bestandhaltung in ihren verschiedenen Formen der materielle Mindestgehalt des Unternehmensinteresses gesehen wird, gilt das bezüglich der Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen ausgeführt entsprechend.

Besondere Aussagekraft scheint die Rentabilität als Schranke zu haben, wenn – was nicht selten vorkommt – Unternehmen auch in Verlustjahren spenden⁸⁷⁴, da dann der materielle Mindestgehalt des Unternehmensinteresses berührt ist. Der zusätzliche Spielraum, den das Unternehmensinteresse gibt, ist in diesem Fall erschöpft. Wenn es sich allerdings um Spenden handelt, die zumindest langfristig der Gewinnerzielung dienen, sind sie dennoch gerechtfertigt. Daß dies der Fall ist, ist in schwierigen Zeiten für das Unternehmen nicht unwahrscheinlich, denn gerade in kurzfristigen Krisenzeiten kann Werbung mehr denn je geboten sein, und sich eine drastische Kürzung des Etats als Kardinalfehler erweisen.⁸⁷⁵ Je länger die Ertragsschwäche andauert, desto fragwürdiger werden allerdings die Spenden.

Relevant ist bei dieser Fallgruppe ein Problem, das sich beim unternehmensrechtlichen Ansatz ergibt. Stützt man das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime auf die Subjektivierung des Unternehmens, ist von entscheidender Bedeutung, wer dem Unternehmen angehört, denn nur die Belange der Unternehmensangehörigen fließen in das Unternehmensinteresse mit ein. Ist die Unternehmenszugehörigkeit bei den Arbeitnehmern noch unproblematisch, ergeben sich bei allen anderen Gruppen Zweifel, insbesondere bei der "Allgemeinheit". Einige Autoren vertreten die Auffassung, daß im Rahmen des Unternehmensinteresses ausschließlich die im Gesellschaftsinteresse zusammengefaßten Anteilseignerinteressen und Arbeitnehmerinteressen berücksichtigt werden könnten.⁸⁷⁶ Gemeinwohlbelange, die hinter Spenden stehen, seien lediglich insoweit berücksichti-

⁸⁷⁴ Vgl. mit Beispielen zu solchen Fällen Fleischer, AG 2001, 171, 178.

⁸⁷⁵ Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 178.

⁸⁷⁶ Kunze, ZHR 144 [1980], 100, 121 f.

gungsfähig, als die entsprechenden Maßnahmen auch im Gesellschafts- oder Arbeitnehmerinteresse lägen. Nur ein weiter gefaßter unternehmensrechtlicher Ansatz erlaubt hingegen die Berücksichtigung von Allgemeininteressen.

III. Verhalten der Geschäftsleitung bei Übernahmeversuchen

1. Fallgruppe

In der Praxis sehr wahrscheinlich sind Interessenkonflikte der Unternehmensangehörigen in Übernahmesituationen. Ein für die Aktionäre finanziell attraktives Übernahmeangebot kann z. B. Stellenabbau und Standortverlagerung ins Ausland bedeuten, weil der Übernehmer so Synergieeffekte nutzen will.⁸⁷⁷ Es können sich nachteilige Folgen für Arbeitnehmer, Zulieferer und Abnehmer, den Industriestandort, den Fiskus (Steueraufkommen) bis hin zu den Empfängern von Unternehmensspenden⁸⁷⁸ ergeben.⁸⁷⁹ Das Management der Zielgesellschaft steht dann möglicherweise zwischen den Interessengruppen und muß entscheiden, ob es die Übernahme unterstützt oder Maßnahmen dagegen ergreift.⁸⁸⁰ In letzterem Fall einer sogenannten feindlichen Übernahme hängt die Zulässigkeit der Abwehrmaßnahmen dann entscheidend von der Verhaltensmaxime ab, die man für die Leitungsorgane der Zielgesellschaft ansetzt. Die Palette möglicher Abwehrmaßnahmen ist breit,⁸⁸¹ wobei eine Reihe davon nur durch eine Hauptversammlungsentscheidung zu verwirklichen sind.⁸⁸² Maßnahmen, die der Vorstand grundsätzlich aus eigener Kompetenz

⁸⁷⁷ Vgl. zu möglichen Interessenkonflikten auch Hommelhoff/Witt, RIW 2001, 561, 565.

⁸⁷⁸ In mehrstufigen Konzernen werden Spenden in der Regel durch die Holding gewährt. Das Spendenaufkommen, das Mannesmann in großem Umfang überwiegend im regionalen Bereich geleistet hat, ist aus diesem Grund durch die Übernahme durch Vodafone z. B. weggefallen, vgl. Schneider/Burgard, DB 2001, 963, 965.

⁸⁷⁹ Vgl. Schneider/Burgard, DB 2001, 963, 965; Mülbert/Birke, WM 2001, 705, 707; vgl. auch die Argumentation von Arbeitnehmerseite zur Übernahme FAG Kugelfischer/INA, FAZ v. 17.09.2001, S. 22.

⁸⁸⁰ In der Praxis regelmäßig von größerer Bedeutung, hier aber nicht relevant ist der Interessenkonflikt zwischen den Interessen der Zielgesellschaft und den Eigeninteressen des Managements, in dem sich das Management der Zielgesellschaft befindet.

⁸⁸¹ Vgl. z. B. Schneider/Burgard, DB 2001, 963, 966 ff.

⁸⁸² Vgl. dazu Schneider/Burgard, DB 2001, 963, 968.

ergreifen kann,⁸⁸³ sind vor allem der Erwerb eigener Aktien durch die Zielgesellschaft, eine Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital unter Ausschluß von Bezugsrechten oder die Veräußerung der für den Bieter interessanten Vermögensgegenstände.⁸⁸⁴ Zudem kommen faktische Maßnahmen wie die Aufforderung an befreundete Unternehmen, Aktien der Zielgesellschaft zu erwerben ("*white knights*") und nicht zuletzt Werbekampagnen⁸⁸⁵ zur Beeinflussung der Aktionäre.

Daß nach Unternehmensübernahmen häufig die Gerichte zur Beurteilung des Verhaltens des Managements bemüht werden, zeigen die zahlreichen Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte zu diesem Thema, nachdem die USA bereits in den 80er Jahren von einer Übernahmewelle erfaßt wurden.⁸⁸⁶ Angesichts der im Zuge der Globalisierung in Deutschland und Europa stetig zunehmenden Übernahmen,⁸⁸⁷ ist auch hier mit einer steigenden Zahl von Schadensersatzprozessen zu rechnen.

Ein Schaden kann der Zielgesellschaft z. B. entstehen, weil eine "Abwehrschlacht" insbesondere mit großem Werbeinsatz sehr kostspielig sein kann und so den Unternehmenserfolg belastet.⁸⁸⁸ Bei einer gelungenen Abwehr kommt darüber hinaus der Wegfall von Geschäftschancen der Zielgesellschaft in Betracht, die nur auf der nach der Fusion verbreiterten Basis hätten wahrgenommen werden können.⁸⁸⁹

Wesentlich eingeschränkt⁸⁹⁰ wurde die Relevanz dieser Fallgruppe in bezug auf den Vorstand mit Inkrafttreten des deutschen Wertpapiererwerbs- und

⁸⁸³ Zur Einschränkung der Kompetenz des Vorstands durch das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz siehe unten.

⁸⁸⁴ Vgl. Thümmel, DB 2000, 461; Schneider/Burgard, DB 2001, 963, 967 f.

⁸⁸⁵ Bekanntestes Beispiel für solche "Werbefeldzüge" sind die während der Mannesmann/Vodafone-Übernahme erfolgten Kampagnen, aber auch der Vorstand der FAG Kugelfischer hat zunächst ganzseitige Anzeigen geschaltet, um die Aktionäre von den nachteiligen Wirkungen einer Übernahme durch die INA-Holding Schaeffler KG zu überzeugen.

⁸⁸⁶ Ausführlich dazu Bungert, AG 1994, 297 ff.

⁸⁸⁷ Spektakuläre Beispiele für Übernahmeveruche in den letzten Jahren in Deutschland sind Pirelli/Continental, Hochtief/Holzmann, Krupp/Thyssen, FAG Kugelfischer/INA und vor allem Vodafone/Mannesmann.

⁸⁸⁸ Im Falle der Mannesmann-Übernahme ist von Kosten in Höhe von 400 Mio. DM die Rede, vgl. Handelsblatt v. 11.01.2000, S. 10; FAZ v. 09.02.2000, S. 13.

⁸⁸⁹ Thümmel, DB 2000, 461.

⁸⁹⁰ Von einer Einschränkung kann nur bedingt gesprochen werden, da nach der Regierungsbegründung davon ausgegangen wird, daß die Verhaltenspflichten des Vorstands nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz der bis dato geltenden Rechtslage in der Auslegung der h. M. entsprechen. Allerdings wird die Rechtslage

Übernahmegesetzes (WpÜG). Nachdem die Verabschiedung einer europäischen Übernahmerichtlinie zuvor gescheitert war,⁸⁹¹ konnte der deutsche Gesetzgeber frei von europäischen Vorgaben in diesem Gesetz unter anderem die Verhaltenspflichten⁸⁹² des Vorstands im Fall einer Übernahme regeln. § 33 I 1 WpÜG bestimmt, daß der Vorstand der Zielgesellschaft grundsätzlich keine Handlungen vornehmen darf, durch die der Erfolg eines Übernahmeangebots verhindert werden könnte. Ausnahmen gelten gem. § 33 I 2 WpÜG für Handlungen, die auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer Gesellschaft, die nicht von einem Übernahmeangebot betroffen ist, vorgenommen hätte, für die Suche nach einem konkurrierenden Angebot sowie für Handlungen, denen der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zugestimmt hat. Dieses sogenannte Behinderungsverbot⁸⁹³ soll den Aktionären die Entscheidung über eine Übernahme vorbehalten und dem Management die Möglichkeit nehmen, vollendete Tatsachen zu schaffen.⁸⁹⁴

klargestellt, und es ist anzunehmen, daß in der Praxis den Vorgaben eher gefolgt wird, als es bislang üblich war.

⁸⁹¹ Das Europäische Parlament lehnte den gemeinsamen Entwurf denkbar knapp mit 273 zu 273 Stimmen bei 22 Enthaltungen ab, vgl. FAZ v. 05.07.2001, S. 13. Damit gilt die Richtlinie gem. Art. 252 V EGV als nicht erlassen. Vgl. zur Entwicklung auf europäischer Ebene Möller/Pötzsch, ZIP 2001, 1256, 1257; Hommelhoff/Witt, RIW 2001, 561 f.

⁸⁹² Genaugenommen ist die betreffende Vorschrift des § 33 WpÜG nicht als Verhaltenspflicht, sondern als Kompetenznorm ausgestaltet, vgl. Möller/Pötzsch, ZIP 2001, 1256, 1259.

⁸⁹³ Dieser Begriff erscheint dem in diesem Zusammenhang oft verwendeten Schlagwort "Neutralitätspflicht" vorzuzugswürdig, da Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft keine Pflicht trifft, sich neutral zu verhalten. Vielmehr kann das Management gegen ein Angebot durchaus Position beziehen und zur Abwehr bspw. eine Hauptversammlung einberufen, vgl. Möller/Pötzsch, ZIP 2001, 1256, 1259, Fn. 20 m. w. N Hommelhoff/Witt, RIW 2001, 561, 565 sprechen auch von der "Passivitätspflicht".

⁸⁹⁴ Nachdem entgegen der ursprünglichen Fassung des § 33 WpÜG im Regierungsentwurf kurz vor Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens dem Vorstand die Möglichkeit gegeben wurde, lediglich mit Zustimmung des Aufsichtsrats Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, kann nur noch von einem "regelungstechnischen Grundsatz" (Winter/Harbarth, ZIP 2002, 1, 3) gesprochen werden, denn faktisch wird der Vorstand nun ohne größere Probleme Abwehrmaßnahmen durchsetzen können. Dies liegt auch darin begründet, daß der Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften regelmäßig keinen Aktionärsausschuß darstellt, sondern qualifiziert mitbestimmt ist. Vgl. zu den ökonomischen und rechtspolitischen Aspekten der Diskussion um das Behinderungsverbot Mülbert/Birke, WM 2001, 705 ff.

Zunächst stellt sich die Frage, ob diese Regelung überhaupt noch Raum läßt für Maßnahmen des Vorstands der Zielgesellschaft zur Abwehr eines Übernahmeangebots, die am allgemeinen Verhaltensmaßstab Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse zu messen sind. Ziel der Vorschrift ist es, Maßnahmen ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung zu unterbinden, die objektiv geeignet sind, den Erfolg eines Übernahmeangebots zu verhindern (z. B. Ausgabe von Aktien, Erwerb eigener Aktien, Verkauf von für den Bieter bedeutsamem Gesellschaftsvermögen oder Schaffung kartellrechtlicher Probleme).⁸⁹⁵

Einen Spielraum eröffnen könnte § 33 I 2 WpÜG, indem die Vorschrift die Formulierung des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers aufgreift. Diese Regelung soll insbesondere sicherstellen, daß die Zielgesellschaft während des Angebots nicht unangemessen in ihrer Geschäftstätigkeit behindert wird, und dem Management neben der Fortführung des Tagesgeschäfts ermöglichen, bereits eingeschlagene Unternehmensstrategien zu verfolgen.⁸⁹⁶ Auf Abwehrmaßnahmen ist sie daher kaum anwendbar.⁸⁹⁷

Darüber hinaus ist die Suche nach einem konkurrierenden Übernahmeangebot ("*white knight*") zulässig.⁸⁹⁸ Zwar entsteht der Gesellschaft dadurch zunächst kein Schaden, weil mit einem solchen Vorgehen regelmäßig keine besonderen Aufwendungen einhergehen. Im Falle des Erfolgs könnten der Zielgesellschaft jedoch Geschäftschancen entgehen, wodurch ihr möglicherweise ein Schaden entstünde.

Im übrigen sind auch Werbekampagnen⁸⁹⁹ durch § 33 I 1 WpÜG nicht ausgeschlossen. Es soll den Aktionären ja gerade ermöglicht werden, in Kenntnis der Sachlage selbst über ein Übernahmeangebot zu entschei-

⁸⁹⁵ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 I 1 WpÜG, ZIP 2001, 1262, 1286, i. V. m. der Begründung des BT-Finanzausschusses zu § 33 WpÜG, ZIP 2001, 2102, 2104.

⁸⁹⁶ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 I 2 WpÜG, ZIP 2001, 1262, 1286.

⁸⁹⁷ Winter/Harbarth, ZIP 2002, 1, 6, messen dieser Ausnahmegesetzgebung auch in Übernahmesituationen eine erhebliche Bedeutung zu, da Maßnahmen außergewöhnlichen Charakters zulässig sein sollen, wenn sie im Rahmen der bereits eingeschlagenen Unternehmensstrategie liegen, und solche Maßnahmen unter Umständen zur Verhinderung eines Übernahmeangebots geeignet sein könnten. Ihnen folgend Thoma, NZG 2002, 105, 110.

⁸⁹⁸ Vgl. dazu Winter/Harbarth, ZIP 2002, 1, 4 f. m. w. N.

⁸⁹⁹ Vgl. dazu auch Hopt, FS Lutter, 1361, 1382 f.

den,⁹⁰⁰ wozu eine entsprechende Werbekampagne des Managements durchaus dienlich sein kann. Vor allem aber wird in § 28 WpÜG davon ausgegangen, daß Werbung grundsätzlich zulässig ist, und dem Bundesaufsichtsamt nur für den Fall von Mißständen die Befugnis eingeräumt, bestimmte Arten von Werbung zu untersagen. Die Pflichtwidrigkeit von Werbemaßnahmen richtet sich daher nach der allgemeinen Verhaltensmaxime für den Vorstand.

Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz läßt also durchaus noch Raum für konfliktrträgliche Abwehrmaßnahmen allein durch den Vorstand der Zielgesellschaft. Vor allem aber wird die Kompetenz des Aufsichtsrats in diesem Bereich erheblich ausgeweitet. Er kann zwar nicht auf eigene Initiative Abwehrmaßnahmen ergreifen, doch für Maßnahmen des Vorstands genügt seine Zustimmung,⁹⁰¹ die regelmäßig wesentlich leichter und unkomplizierter zu erreichen sein wird als die der Hauptversammlung. § 33 I 2 WpÜG erlaubt es dem Aufsichtsrat letztlich, unternehmerische Entscheidungen auf einem äußerst wichtigen und sensiblen Gebiet zu treffen. Angaben über den Maßstab, an dem der Aufsichtsrat seine Entscheidung auszurichten hat, macht das Gesetz nicht. Es ist daher die allgemeine Verhaltensmaxime anzuwenden. Dies ist von erheblicher Bedeutung, da der Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften regelmäßig keinen "Aktionärsausschuß" darstellt, so daß die Entscheidung über das Übernahmeangebot zumindest indirekt bei den Aktionären verbleibe, sondern nach Maßgabe des Mitbestimmungsgesetzes qualifiziert mitbestimmt ist.⁹⁰²

Inwieweit nach den allgemeinen Verhaltensanforderungen an die Leitungsorgane Abwehrmaßnahmen zulässig sind und wie sich dabei die verschiedenen Auffassungen zum Unternehmensinteresse auswirken, soll daher hier näher untersucht werden, zumal noch einige Zeit Fälle zu entscheiden sein werden, die nach der alten Rechtslage zu beurteilen sind.

⁹⁰⁰ Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf zu § 33 I 1 WpÜG, ZIP 2001, 1262, 1286.

⁹⁰¹ Vgl. zum genauen Anwendungsbereich der Vorschrift des § 33 I 2, 3. Fall WpÜG Winter/Harbarth, ZIP 2002, 1, 8 f.

⁹⁰² Winter/Harbarth, ZIP 2002, 1, 8. Sie stellen aus diesem Grund auch die Vereinbarkeit von § 33 I 2, 3. Fall WpÜG mit Art. 14 GG in Frage.

2. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

Auch bezüglich dieser Fallgruppe gibt eine Untersuchung der deutschen Rechtsprechung keinen weiteren Aufschluß.⁹⁰³ Sehr intensiv haben sich jedoch die amerikanischen Gerichte mit den bei Übernahmen auftretenden Problemen beschäftigt, was sich auch bei der Untersuchung der Rechtslage in den USA⁹⁰⁴ gezeigt hat. Die Leitentscheidung *Unocal v. Mesa Petroleum Co.* stellt dabei ausdrücklich klar, daß das *board* einer Zielgesellschaft grundsätzlich nicht zur Neutralität gegenüber einem Übernahmeangebot verpflichtet ist.⁹⁰⁵ Soweit es im langfristigen Gesellschaftsinteresse liegt, können auch andere Interessengruppen als die Anteilseigner bei der Entscheidung über die Abwehr oder Annahme des Angebots berücksichtigt werden.⁹⁰⁶ Nach der sogenannten *Revlon-Doktrin* ändert sich dies aber, wenn es darum geht, welchem von mehreren Bietern für die Anteile der Zielgesellschaft der Vorzug zu geben ist; in diesem Fall habe die Unternehmensleitung der Zielgesellschaft sich allein nach dem für die Anteilseigner günstigsten Preis zu richten.⁹⁰⁷ Entscheidungen in den USA kreisen daher oft um die Frage, ob die – sehr restriktive – *Revlon-Doktrin* im konkreten Fall Anwendung findet oder die eher großzügige *Unocal-Doktrin*.^{908, 909}

In der deutschen Literatur fordert die überwiegende Auffassung – unabhängig vom Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – die strikte Neutralität⁹¹⁰ der Geschäftsleitung sobald ein Übernahmeangebot öffentlich abgegeben ist.⁹¹¹ Dies liegt nahe, weil ein Übernahmeangebot lediglich die

⁹⁰³ Das LG Düsseldorf, AG 2000, 233 mußte sich im Fall Mannesmann/Vodafone nur mit der Frage von Unterlassungsansprüchen und eines Anspruchs auf Einberufung der Hauptversammlung auseinandersetzen.

⁹⁰⁴ Vgl. dazu oben D.IV.2.b) [141 ff.].

⁹⁰⁵ *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

⁹⁰⁶ Siehe oben D.IV.2.b) [144 f.].

⁹⁰⁷ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986).

⁹⁰⁸ Vgl. *Kirchner*, BB 2000, 105, 108.

⁹⁰⁹ Genauer zur Rechtslage in den USA und m. w. N *Hopt*, FS *Lutter*, 1361, 1370 ff.; *Kirchner*, BB 2000, 105, 108 u. 112.

⁹¹⁰ Auch hier wäre der Begriff des Behinderungsverbots vorzuziehen (vgl. oben, Fn. 893). Bislang wurde in der Literatur allerdings überwiegend von der Neutralitätspflicht gesprochen.

⁹¹¹ Statt vieler *Altmeyen*, ZIP 2001, 1073, 1075; *Dimke/Heiser*, NZG 2001, 241 ff.; *Hopt*, FS *Lutter*, 1361, 1375 jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen; a. A. *Thümmel*, DB 2000, 461, 462; *Schneider/Burgard*, DB 2001, 963, 967.

Aktionäre als die "Eigentümer" des Unternehmens betrifft, die als Ausfluß ihrer Privatautonomie allein über seine Annahme oder Ablehnung zu entscheiden haben.⁹¹² Die Funktion der Leitungsorgane als Verwalter fremden Vermögens wird in den Mittelpunkt gerückt. Darüber hinaus spricht für diese Auffassung, daß sich das Management in Übernahmesituationen von vornherein in einer latenten Interessenkollisionslage befindet. Schließlich geht es um das eigene Schicksal, denn regelmäßig wird nach Übernahmen das Management ausgewechselt.⁹¹³ Insbesondere der Vorstand soll nicht in eigener Sache in den Markt für Unternehmenskontrolle eingreifen können.⁹¹⁴ Ebenso entspricht ein striktes Neutralitätsgebot dem Shareholder Value-Gedanken, der das finanzielle Wohlergehen der Anteilseigner in den Mittelpunkt unternehmerischen Tuns rückt.⁹¹⁵

Dementsprechend wird zum Teil auch die Zulässigkeit einer über die rein sachliche Information hinausgehenden Werbekampagne zur Verhinderung einer Übernahme abgelehnt und der Vorstand in solchen Fällen für schadenersatzpflichtig gehalten.⁹¹⁶ Überzeugender ist aber die Auffassung, die – obwohl grundsätzlich für eine Neutralitätspflicht eintretend – die Frage differenzierter betrachtet und angesichts der Tatsache, daß Werbung auch der Meinungsbildung und damit der Entschließungsfreiheit der Aktionäre dienen kann, nur unrichtige oder exzessive Werbung für generell unzulässig hält.⁹¹⁷ Weitgehend als unproblematisch wird die Suche nach einem "weißen Ritter" angesehen.⁹¹⁸

3. Auswirkungen der einzelnen Konzepte zum Unternehmensinteresse

Genauer zu untersuchen ist nun, welche Vorgaben Gesellschaftsinteresse oder Unternehmensinteresse in ihrer jeweiligen Ausformung für das Verhalten der Geschäftsleitung bei Übernahmeversuchen machen.

Daß Abwehrmaßnahmen meistens schon problematisch sind, weil insbesondere der Vorstand möglicherweise pflichtwidrig seine Eigeninteressen

⁹¹² Hopt, FS Lutter, 1361, 1376; ders., ZGR 1993, 534, 545 f.

⁹¹³ Altmeppen, ZIP 2001, 1073, 1075.

⁹¹⁴ Vgl. Hopt, ZGR 1993, 534, 542 ff.; Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 253 ff.

⁹¹⁵ Krit. Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 256.

⁹¹⁶ Altmeppen, ZIP 2001, 1073, 1075.

⁹¹⁷ Vgl. Hopt, FS Lutter, 1361, 1382 f.; ders., ZGR 1993, 534, 556; Krause, AG 2000, 217, 220.

⁹¹⁸ Vgl. Hopt, FS Lutter, 1361, 1383; ders., ZGR 1993, 534, 557.

verfolgt und den Verlust seiner Stellung vermeiden will, soll hier nicht weiter in Betracht gezogen werden.⁹¹⁹ Es geht dabei weniger um den Unterschied von Gesellschafts- und Unternehmensinteresse und deren Inhalt, als um die Abgrenzung der maßgeblichen Interessen von den Eigeninteressen des Vorstands.⁹²⁰ Räumt der Vorstand letzteren gegenüber dem Gesellschafts- bzw. Unternehmeninteresse den Vorrang ein, liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor, der zu einer Schadensersatzpflicht führt.

Ebenso soll auf die kapitalmarktrechtliche Argumentation nicht näher eingegangen werden.⁹²¹ Sie ist zwar für eine Beurteilung von Abwehrmaßnahmen gegen Übernahmeversuche sicher von wesentlicher Bedeutung, hier soll aber die gesellschafts- bzw. unternehmensrechtliche Verhaltensmaxime für die Leitungsorgane der AG im Mittelpunkt stehen.

Am wenigsten Spielraum läßt Vorstand und Aufsichtsrat eine Orientierung am Gesellschaftsinteresse wegen der engen Verbundenheit mit den Anteilseignerinteressen. Das Gesellschaftsinteresse ist der durch den Gesellschaftszweck umschriebene Ausschnitt aus den Gesellschafterinteressen, das heißt die Konkretisierung des Ziels der langfristigen Gewinnmaximierung.⁹²² Bei einer Übernahme besteht die Besonderheit, daß die Aktionäre ihre Interessen bei der Entscheidung, ob sie ihre Anteile verkaufen oder nicht, selbst ausüben können. Es stellt sich daher die Frage, ob es in dieser Situation überhaupt ein von den Einzelinteressen divergierendes Gesamtinteresse der Gesellschaft geben kann, das Vorstand und Aufsichtsrat zu berücksichtigen haben.⁹²³

Dies ist zu bejahen.⁹²⁴ Während selbst der Mehrheit der Aktionäre nur an einer kurzfristigen Gewinnmitnahme gelegen sein kann, die durch die Annahme des Angebots zu verwirklichen ist, kann die Geschäftspolitik der

⁹¹⁹ In diesem Bereich liegt auch der Schwerpunkt der Vorwürfe im Fall Mannesmann. Die Mannesmann-Führung sei nur durch die hohen Abfindungen zur Zustimmung gebracht worden. Die Staatsanwaltschaft ermittelt in diesem Fall wegen des Verdachts der Untreue und Bestechlichkeit, vgl. FAZ v. 16.08.2001, S. 13 und v. 21.08.2001, S. 16.

⁹²⁰ Vgl. dazu auch oben C.II [45].

⁹²¹ Vgl. dazu z. B. Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 252 ff. m. w. N

⁹²² Siehe oben C.III.1 [46 ff.].

⁹²³ Vgl. Hopt, FS Lutter, 1361, 1377, der ein solches Gesellschaftsinteresse zumindest als problematisch ansieht.

⁹²⁴ Ausführlich zu einem möglichen Konflikt zwischen Gesellschafts- und Anteilseignerinteresse und im Ergebnis a. A. Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 245 ff.

bisherigen Geschäftsleitung, die auf der Unabhängigkeit der Gesellschaft basiert und nach einer Übernahme nicht weitergeführt würde oder – z. B. aus kartellrechtlichen Gründen – nicht weitergeführt werden kann, auf lange Sicht höhere Gewinne versprechen. Zu berücksichtigen sind beispielsweise die Auswirkungen einer Übernahme auf Entwicklungsmöglichkeiten, Geschäftschancen, Synergien, die Konkurrenzsituation sowie entstehende Transaktionskosten, z. B. im Zusammenhang mit einer notwendig werdenden Aufgabe von Geschäftsfeldern und Standorten.⁹²⁵ Ergibt sich ohne Übernahme eine günstigere Prognose, läge es im Gesellschaftsinteresse, wenn der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats Abwehrmaßnahmen ergreift, durch Werbung⁹²⁶ versucht, die Aktionäre von den Vorteilen seiner Geschäftspolitik zu überzeugen oder einen "weißen Ritter" sucht. Entscheidend ist – wie auch in den anderen Fallgruppen – welchen Spielraum man den Leitungsorganen bei der Einschätzung der durch den Bieter und das bisherige Management verfolgten Konzepte und ihrer Wirkungen auf den langfristigen wirtschaftlichen Erfolg und damit auf das Gesellschaftsinteresse läßt.⁹²⁷

Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime eröffnet hingegen schon aus sich heraus einen Spielraum, da Vorstand und Aufsichtsrat neben dem Gesellschaftsinteresse auch andere Interessen berücksichtigen können.⁹²⁸ Abgesehen von dem Fall, in dem es das Gesellschaftsinteresse bereits gebietet, kann die Geschäftsleitung daher auch versuchen, eine Übernahme zu verhindern, weil das Angebot und die damit verbundene zukünftige Geschäftspolitik Arbeitnehmerinteressen oder Gemeinwohlbelange nicht

⁹²⁵ Thümmel, DB 2000, 461, 463; vgl. dazu auch die Argumentation des Vorstands der FAG Kugelfischer AG zum Übernahmeangebot der INA Holding, FAZ v. 15.09.2001, S. 19.

⁹²⁶ Bedenklich erscheint es insbesondere bei dieser Begründung, wenn bei der Werbung auf die Emotion der Anleger gezielt wird ("Ein deutsches Unternehmen darf nicht von einem ausländischen Konzern beherrscht werden!"), denn dies unterstellt entweder, daß der Aktionär zu einer rationalen, auf wirtschaftlichen Gesichtspunkten beruhenden Abwägung nicht in der Lage ist, oder es bestehen Bedenken, daß die rationalen Argumente nicht ausreichend sind, vgl. Thümmel, DB 2000, 461, 463; Krause, AG 2000, 217, 220.

⁹²⁷ Vgl. zu den sich diesbezüglich ergebenden prozeduralen Verhaltensanforderungen an den Vorstand Thümmel, DB 2000, 461, 463.

⁹²⁸ Vgl. Thümmel, DB 2000, 461, 462 f.

ausreichend berücksichtigt.⁹²⁹ Ob dies ein Vorstand in der Praxis tun würde, erscheint fraglich. Ganz abgesehen von den faktischen Bindungen des Vorstands an die Anteilseigner und seiner persönlichen Motivation, die zunehmend auch durch Aktienoptionsprogramme oder ähnliches hin zu den Anteilseignerinteressen gesteuert wird, muß er nämlich berücksichtigen, daß die Verkaufsentscheidung letztlich durch die Aktionäre getroffen wird. Eine erfolgreiche Abwehrstrategie wird daher in erster Linie auf deren Interessen zielen. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß Aktionäre, insbesondere bei ähnlichen wirtschaftlichen Aussichten der unterschiedlichen Strategien, sich bei ihrer Entscheidung auch von anderen Interessen leiten lassen.⁹³⁰ Ein Spielraum bei der Verhaltensmaxime würde es dann Vorstand und Aufsichtsrat ermöglichen, sich für das ausgewogenere Konzept einzusetzen. Letztlich hängt viel vom Einzelfall ab, insbesondere von der jeweiligen Aktionärsstruktur.

Zu den Auswirkungen der einzelnen Auffassungen zum Unternehmensinteresse gilt das zu den übrigen Fallgruppen gesagte.⁹³¹ Lediglich wenn man im Bestandsinteresse den materiellen Mindestgehalt des Unternehmensinteresses sieht und dieses Bestandsinteresse als Erhalt der rechtlichen Selbständigkeit auffaßt,⁹³² kommt es zu – wenngleich gravierenden – Besonderheiten. Dann würde nämlich das Unternehmensinteresse gebieten, eine Übernahme, die praktisch immer mit der Eingliederung in einen Konzern verbunden ist, zu verhindern. Der Vorstand müßte grundsätzlich alle zulässigen und zweckmäßigen Abwehrmaßnahmen ergreifen. Daß eine solche Rechtsauffassung schwerwiegende Auswirkungen auf die bisherige Praxis der Unternehmensübernahmen haben würde, liegt auf der Hand. Unternehmenssanierungen mit Hilfe eines neuen Mehrheitsaktionärs, die in der Regel im Interesse aller Beteiligten sind, würden oftmals unmöglich.⁹³³ Die Auffassung widerspricht aber auch der Ratio des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, das Übernahmen grundsätzlich weder positiv noch

⁹²⁹ Thümmel, DB 2000, 461, 462 f.; krit., insbesondere zur Berücksichtigung von Gemeinwohlinteressen, Hopt, FS Lutter, 1361, 1377; gänzlich ablehnend ders., ZGR 1993, 534, 552.

⁹³⁰ Das dies nicht für ausgeschlossen gehalten wird, zeigt der Appell der IG Metall und des Betriebsrats an die Aktionäre im Fall FAG Kugelfischer/INA, die Aktien nicht abzugeben (vgl. FAZ v. 17.09.2001, S. 22).

⁹³¹ Siehe oben E.I.3 [155 ff.].

⁹³² Vgl. dazu oben C.IV.4.b)(2) [103 f.].

⁹³³ Hopt, ZGR 1993, 534, 550 f.

negativ bewertet.⁹³⁴ Schon aufgrund dieser konkreten Betrachtung ergeben sich also erhebliche Bedenken gegen diese Auffassung vom Unternehmensinteresse.^{935, 936}

⁹³⁴ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Allgemeiner Teil, I. 5.

⁹³⁵ So auch Thümmel, DB 2000, 461, 463.

⁹³⁶ Vgl. zu weiteren Einwänden und Argumenten auch die allgemeinen Ausführungen zu dieser Auffassung, oben C.IV.4.b)(2) [103 f.].

F. AUSWERTUNG UND STELLUNGNAHME

I. Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime

Zunächst gilt es sich mit den Thesen auseinanderzusetzen, daß allein das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime für die Leitungsorgane der AG heranzuziehen ist oder daß der Begriff des Unternehmensinteresses letztlich nur eine Umschreibung für die sich aus einer langfristigen Perspektive ergebenden Konsequenzen des Gesellschaftsinteresses ist.⁹³⁷ Diese Maßgabe wurde anfangs schon als Grundthese aufgestellt, und gerade in der jüngeren Literatur wird sie zunehmend gegenüber dem Unternehmensinteresse bevorzugt.⁹³⁸ Sie hat insbesondere den Vorteil, daß sie sich mit einer schlüssigen Auslegung des Aktiengesetzes erklären läßt.⁹³⁹ Gleichwohl ergeben sich Bedenken.

1. Kein Interessengleichlauf

Zunächst gilt es eine Annahme auszuräumen, die immer wieder von Vertretern des Gesellschaftsinteresses als Verhaltensmaxime vorgebracht wird. Demnach würden, um das Ziel der Gewinnmaximierung gegebenenfalls i. V. m. dem Shareholder Value-Gedanken zu erreichen, zwangsweise Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen ausreichend berücksichtigt.⁹⁴⁰ Umgekehrt ausgedrückt liege die Gewinnmaximierung auch im Arbeitnehmer- und Allgemeininteresse. Es bestünde langfristig eine Interessenharmonie unter den beteiligten Gruppen.⁹⁴¹ Gestützt wird diese Annahme durch die These, daß nur bei entsprechender Gewinnerzielung die Interessen egal

⁹³⁷ Vgl. dazu oben C.III.1 [46 ff.] und C.IV.1 [87 ff.].

⁹³⁸ Vgl. z. B. Baudisch/Götz, AG 2001, 251, 252 f.; Dimke/Heiser, NZG 2001, 241, 244; Mülbart, ZGR 1997, 129 ff.; Schlechtriem, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 9, 38 u. 41.

⁹³⁹ Siehe oben C.III.1.a) [47 ff.].

⁹⁴⁰ Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 177 m. w. N

⁹⁴¹ Baudisch/Götz, AG 2001, 251, 252 f.; in bezug auf den Shareholder Value-Ansatz Ballwieser, FS Moxter, 1377, 1390; Busse von Colbe, ZGR 1997, 271, 289; vgl. auch v. Werder, ZGR 1998, 69, 74; Mülbart, ZGR 1997, 129, 138 jeweils m. w. N

welcher Gruppen bedient werden könnten.⁹⁴² Nach dieser Ansicht bestünde schon überhaupt kein Bedarf für eine Abweichung von der Verhaltensmaxime des Gesellschaftsinteresses, entsprechende Konstruktionen würden ihre Überzeugungskraft vollends verlieren.

Ökonomischen Langfristbetrachtungen, die dieser Auffassung zugrunde liegen, sind allerdings mit Vorsicht zu genießen. Es besteht die Gefahr der systematischen Verdeckung massiver Interessenkonflikte. Sehr anschaulich hat sich schon Keynes gegen derartige Annahmen gestellt, indem er feststellte, "in the long run we are all dead".⁹⁴³

Zudem wird übersehen, daß das Niveau der zu befriedigenden Interessen – selbst wenn man langfristig eine Interessenharmonie annimmt – keineswegs exogen vorgegeben und starr ist.⁹⁴⁴ Vielmehr hat die Unternehmensleitung faktisch einen mehr oder weniger großen Spielraum, im Rahmen dessen sich ein Interessenkonflikt entwickeln kann und der durch die Verhaltensmaxime für die Leitungsorgane entschieden wird. Es ist zwar anerkannt, daß alle Interessen in gewisser Weise berücksichtigt werden müssen, um das Unternehmen erfolgreich zu betreiben, da der wirtschaftliche Erfolg auf dem Zusammenwirken all derer beruht, deren Interessen sich auf das Unternehmen beziehen.⁹⁴⁵ In bezug auf die Frage, in welchem Maße eine Berücksichtigung zu erfolgen hat, besteht aber bestimmt keine Harmonie unter den Beteiligten.

Darüber hinaus spricht eine praktische Betrachtung gegen einen Interessengleichlauf. Ein Arbeitnehmer, der mit 50 Jahren seinen Arbeitsplatz verliert und in existentielle Schwierigkeiten gerät, wird sich kaum damit trösten lassen, daß das Unternehmen langfristig an Wettbewerbskraft und Zukunftsfähigkeit gewonnen hat.⁹⁴⁶ Ebensowenig kann die unwiederkehrbare Zerstörung der Umwelt mit ökonomischem Gewinn aufgewogen werden. Gerade die im vorigen Kapitel untersuchten Fallgruppen haben gezeigt, daß Interessenkonflikte bestehen und eine unterschiedliche Verhaltensmaxime zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Überobligatorische Aufwendungen an Arbeitnehmer, Spenden – insbesondere Parteispenden und

⁹⁴² H. P. Westermann, ZGR 1977, 219, 224; Koch, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, 164.

⁹⁴³ Keynes, A Tract on Monetary Reform, 65.

⁹⁴⁴ v. Werder, ZGR 1998, 69, 74 f.

⁹⁴⁵ Siehe oben C.IV.1 [88 f.].

Entschädigungszahlungen an Zwangsarbeiter – und das Verhalten des Managements bei Übernahmeversuchen sind Beispiele, an denen sich der Interessenkonflikt zwischen Anteilseigner-, Arbeitnehmer- und Gemeinwohlinteressen manifestiert.⁹⁴⁷ Besonders offensichtlich tritt dieser Konflikt zu Tage, wenn über das gesetzliche Maß hinaus Leistungen an Mitarbeiter gewährt werden, die kurz vor dem Ausscheiden aus dem Unternehmen stehen oder bereits ausgeschieden sind, bzw. die Gesellschaft kurz vor der Auflösung steht.⁹⁴⁸

Zu einer Verschärfung des Interessenkonflikts führt der Shareholder Value-Ansatz.⁹⁴⁹ Hier liegt dessen eigentliche Bedeutung in bezug auf das Unternehmensinteresse. Zwar hat der Shareholder Value-Ansatz aus rein rechtlicher Perspektive keine Auswirkungen auf die Verhaltenmaxime für Unternehmensleiter,⁹⁵⁰ er setzt diese aber gewissen Sachzwängen aus. Insbesondere wenn ein Unternehmen über die Börse Kapital aufnehmen will oder muß, wird es von potentiellen Investoren anhand des Shareholder Value-Ansatzes beurteilt. Eine Orientierung der Geschäftspolitik an diesem Konzept, das allein die Anteilseignerinteressen in den Mittelpunkt rückt, ist dann unvermeidlich.⁹⁵¹ Es ist damit zu rechnen, daß sich Unternehmen im Zuge der Globalisierung immer weniger diesen Anforderungen entziehen können.⁹⁵² Die internationalen Kapitalmärkte zwingen das Management dazu, sich nach den Maßgaben des Shareholder Value-Konzepts an den Anteilseignerinteressen auszurichten.

Eine Berücksichtigung von Arbeitnehmer- und Anteilseignerinteressen erfolgt dann im Zweifel nur noch, soweit dies unvermeidlich ist. Oben genannter Spielraum wird nicht mehr in Anspruch genommen. Aufwendungen im Arbeitnehmerinteresse über das gesetzlich vorgeschriebene hinaus werden unwahrscheinlicher, und Spenden werden in erster Linie nur noch getätigt, wenn dies einen wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Vor allem aber werden Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen nach den Vorgaben des Shareholder Value-Ansatzes getroffen, was für Arbeit-

⁹⁴⁶ v. Werder, ZGR 1998, 69, 75.

⁹⁴⁷ Siehe jeweils oben E [153 ff.].

⁹⁴⁸ Fleischer, AG 2001, 171, 172 mit Beispielen aus der englischen Rechtsprechung.

⁹⁴⁹ Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 74.

⁹⁵⁰ Siehe oben C.IV.6.c) [119 ff.].

⁹⁵¹ Siehe oben C.IV.6.b) [115 ff.].

⁹⁵² Vgl. v. Werder, ZGR 1998, 69, 80 f.

nehmer und Kommunen⁹⁵³ unter Umständen einschneidende Konsequenzen hat.⁹⁵⁴ Beispiele für konkrete Handlungsanweisungen des Shareholder Value-Konzepts bezüglich solcher (Des-) Investitionsentscheidungen, die nicht ohne weiteres im Interesse der übrigen "Stakeholders" liegen, sind die Empfehlung, bei Fehlen geeigneter Investitionsmöglichkeiten die Mittel an die Aktionäre auszuschütten, und die allein an der Maximierung des Shareholder Value ausgerichtete Entscheidung, Unternehmenstätigkeiten ins Ausland zu verlagern.⁹⁵⁵ Hinzu kommt, daß mit Aktienoptionsprogrammen und ähnlichen Maßnahmen für das Management Anreize geschaffen werden, eine Geschäftspolitik im Sinne des Shareholder Value-Ansatzes zu betreiben. Unter Umständen besteht auch die Gefahr, daß zu Lasten der langfristigen Geschäftsentwicklung auf kurzfristige Kursgewinne gesetzt wird. Zwar folgt eine einseitige Interessenausrichtung nicht zwingend aus dem Shareholder Value-Konzept,⁹⁵⁶ es macht sie aber doch wahrscheinlicher und verschärft daher die bestehenden Differenzen.

Festzustellen bleibt, daß ein Interessenkonflikt besteht. Mag auch in einer Vielzahl der Fälle ein Interessengleichlauf vorliegen, bleiben – bedingt durch den Shareholder Value-Ansatz in zunehmendem Maße – Situationen, in denen gegensätzliche Interessen bestehen. Gerade in Haftungsfragen dürfen auch seltene Fälle nicht vernachlässigt werden, so daß das Gesellschaftsinteresse mit dem Argument der Interessenharmonie nicht als Verhaltensmaxime begründet werden kann.

2. Vergleich mit der Rechtslage in den USA

Zunächst scheint die Rechtslage in den USA, die auch in der deutschen Literatur als praxisnah und ökonomisch vernünftig angesehen wird,⁹⁵⁷ für das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime zu sprechen. Die Rechtsprechung erreicht dort mit dieser Richtschnur praktikable Ergebnisse und die Berücksichtigung von Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen ist der

⁹⁵³ Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen größerer Unternehmen können durchaus auch Auswirkungen auf regionaler und nationaler Ebene haben, man denke nur an die Schließung bedeutender Werke oder die Verlagerung der Konzernverwaltung ins Ausland.

⁹⁵⁴ Siehe oben C.IV.6.a) [113 f.].

⁹⁵⁵ Mülbart, ZGR 1997, 129, 138.

⁹⁵⁶ Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 176.

⁹⁵⁷ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920.

Unternehmensleitung durchaus möglich.⁹⁵⁸ Gleichzeitig wird eine ausufernde Handhabung dieser Möglichkeit unterbunden. Ermöglicht wird dies vor allem in Zusammenhang mit dem Ermessensspielraum, den ein Unternehmensleiter bei unternehmerischen Entscheidungen hat. Da ein solcher Ermessensspielraum auch nach deutschem Recht den Leitungsorganen einer AG zukommt, besteht grundsätzlich eine vergleichbare Lage. Diese Einschätzung entspricht einer weit verbreiteten Ansicht, die die *business judgment rule* zum Vorbild für die Ausgestaltung der deutschen Haftungsregelung nimmt.⁹⁵⁹ Es wird davon ausgegangen, daß so ein angemessener Ausgleich zwischen einem bei unternehmerischen Entscheidungen erforderlichen Gestaltungsspielraum einerseits und der Eingrenzung von Mißmanagement durch Haftung bei sorgfaltswidrigem Verhalten andererseits geschaffen wird. Während in Deutschland Rechtsprechung auf dem Gebiet der Organhaftung weitgehend fehlt, haben sich die US-amerikanischen Verhaltensanforderungen in der Praxis in zahlreichen Fällen bewährt. Es erscheint nur konsequent, wenn man, nachdem die *business judgment rule* als Vorbild für den Ermessensspielraum der Leitungsorgane im deutschen Recht dient, auch deren Verhaltensmaxime als ermessensleitenden Gesichtspunkt übernimmt.

Eine solche Sicht verkennt aber die unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen in den USA und Deutschland. Schon die stark unterschiedlichen Möglichkeiten der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen schaffen eine völlig unterschiedliche rechtstatsächliche Situation. Diese spricht zwar noch nicht unmittelbar gegen einen Vergleich beider Verhaltensmaximen – der Schluß, die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ist bei der Verhaltensmaxime zu berücksichtigen, ist nicht unbedingt zwingend. Die Unterschiede in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit und der Beweislastverteilung tun dies jedoch umso mehr. Bei der *business judgment rule* handelt es sich um eine sogenannte *safe harbor rule*, das heißt dem Unternehmensleiter wird die Möglichkeit gegeben, durch die Einhaltung bestimmter Bedingungen eine Haftung für sein Verhalten auszuschließen.⁹⁶⁰ Einen solchen "sicheren Hafen" gibt das deut-

⁹⁵⁸ Siehe oben D.IV.2.b) [141 ff.].

⁹⁵⁹ Vgl. z. B. Horn, ZIP 1997, 1129, 1134 f.; Kindler, ZHR 162 [1998], 101, 107; Abeltschauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 173.

⁹⁶⁰ Vgl. dazu oben D.III.1.a)(2) [131 ff.].

sche Recht den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern hingegen nicht.⁹⁶¹ Es wird ihnen bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme in bezug auf die maßgeblichen Interessen zwar ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum eingeräumt, und dies ist auch durch die Rechtsprechung bestätigt.⁹⁶² Konkrete Voraussetzungen, die zu wahren sind, um den gegebenen Spielraum definitiv einzuhalten, werden aber nicht aufgestellt. Vielmehr bleibt die Feststellung der Grenzen des unternehmerischen Ermessens der bislang nur in Ansätzen erfolgten Konkretisierung durch die Rechtsprechung vorbehalten. Auch wenn der BGH in seinem "ARAG/Garmenbeck"-Urteil die Grundsätze der *business judgment rule* deutlich anklingen läßt,⁹⁶³ ist nicht zu erkennen, daß damit der Beurteilungs- und Handlungsspielraum mit einem feststehenden Haftungsausnahmetatbestand umschrieben werden soll.

Das amerikanische Recht gibt dem Manager also eine größere Rechtssicherheit bezüglich der Sorgfaltspflichtwidrigkeit seines Verhaltens als das deutsche, was unter Umständen eine strengere Verhaltensmaxime rechtfertigt, denn die Einhaltung von klaren, wenn auch strengen Vorgaben ist besser möglich als die von relativ unbestimmten Anforderungen.

Der zweite entscheidende Unterschied ist die Beweislastverteilung.⁹⁶⁴ Das amerikanische Recht auferlegt grundsätzlich dem Kläger die Beweislast sowohl für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der *business judgment rule* als auch für das Vorliegen eines Sorgfaltspflichtverstoßes.⁹⁶⁵ Im deutschen Recht hingegen findet gem. § 93 II 2 AktG eine Beweislastumkehr statt. Das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied muß im Zweifel beweisen, daß es sich pflichtgemäß verhalten hat.⁹⁶⁶ Der deutsche Unternehmensleiter ist also einem weitaus größeren Rechtfertigungszwang ausgesetzt als sein amerikanischer Kollege, eine Tatsache, die durchaus für eine Verhaltensmaxime spricht, die den Leitungsorganen einen größeren Spielraum einräumt.

So kommt es dann auch zu unterschiedlichen Auswirkungen derselben Verhaltensmaxime in den beiden Rechtsordnungen. In den USA liegt bei

⁹⁶¹ Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920.

⁹⁶² Siehe oben B.I.1.a) [9 ff.].

⁹⁶³ BGH, AG 1997, 377, 379. Henze, NJW 1998, 3309, 3311 sieht die *business judgment rule* durch die Rechtsprechung des BGH um zwei weitere Elemente ergänzt.

⁹⁶⁴ Vgl. Heermann, AG 1998, 201, 206; Hopt, FS Mestmäcker, 909, 920 f.

⁹⁶⁵ Siehe oben D.III.3 [136 ff.].

Aufwendungen, die im Arbeitnehmer- oder Allgemeininteresse erfolgen, kein Sorfaltspflichtverstoß vor, sobald der Unternehmensleiter behauptet, ebenso im Gesellschaftsinteresse gehandelt, keine Eigeninteressen verfolgt und sich hinreichend informiert zu haben, und die Klägerseite nicht das Gegenteil belegen kann. In Deutschland muß das Organmitglied hingegen grundsätzlich nachweisen, daß die Maßnahme zumindest langfristig kausal der Gewinnerzielung gedient hat, wobei ihm zwar bezüglich der Beurteilung der Zweckmäßigkeit ein Ermessensspielraum zugebilligt wird, dessen Grenzen aber nur sehr vage und vor allem nicht durch einen Ausschlußtatbestand bestimmt sind. Es ließe sich also durchaus argumentieren, daß diese für den Unternehmensleiter nachteiligen Umstände eine weniger "strenge" Verhaltensmaxime rechtfertigen würden. Eine schlichte Übernahme der amerikanischen Verhaltensmaxime im deutschen Recht kann jedenfalls nicht überzeugen.

Im übrigen fehlt es im US-amerikanischen Recht im Unterschied zum deutschen Recht schon an Begründungsansätzen für die Berücksichtigung anderer Interessen als dem Gesellschaftsinteresse. Alle Punkte, an die die deutsche Diskussion im geltenden Recht anknüpft, haben im amerikanischen Recht kein Pendant. Weder zu § 70 I AktG 1937 gab oder gibt es eine vergleichbare Regelung noch gibt es in den USA verfassungsrechtliche Ansätze, die eine entsprechende Auffassung rechtfertigen könnten. Die Einführung eines Mitbestimmungsgesetzes ist jenseits des Atlantiks schlichtweg undenkbar. Damit fehlt auch den unternehmensrechtlichen Ansätzen eine wichtige Stütze, und soweit entsprechende Theorien auf die sogenannten *other constituencies statutes* gegründet werden, besteht das Problem, daß in dem die Rechtslage prägenden Staat Delaware ein solches Gesetz schon gar nicht besteht.⁹⁶⁷ Aus dogmatischer Sicht lassen sich daher aus dem Vergleich mit dem amerikanischen Recht keine Rückschlüsse auf die Rechtslage in Deutschland ziehen. Insgesamt kann also die Tatsache, daß in den USA das Gesellschaftsinteresse die Verhaltensmaxime für Unternehmensleiter darstellt, nicht als Argument für eine entsprechende Verhaltensmaxime im deutschen Recht herangezogen werden.

⁹⁶⁶ Vgl. oben B.I.4 [17 ff.].

⁹⁶⁷ Siehe oben D.IV.2.c) [152 f.].

3. Keine zwingende dogmatische Begründung im deutschen Recht

Die Vertreter der Auffassung, daß allein das Gesellschaftsinteresse Verhaltensmaxime für den Vorstand einer AG sei, führen zu deren Begründung zwar eine Reihe überzeugender Argumente an.⁹⁶⁸ Es gelingt ihnen allerdings nicht der Nachweis, daß auch aus dogmatischer Sicht daneben bis zu einem gewissen Grad nicht auch andere Interessen berücksichtigt werden können.

Zunächst bezieht sich die Argumentation schon ausschließlich auf das Aktiengesetz. Daß möglicherweise andere Gesetze und insbesondere das Grundgesetz Auswirkungen auf die Auslegung des Aktiengesetzes haben könnten, wird nicht berücksichtigt.

Dieser zu enge Blickwinkel manifestiert sich an der widersprüchlichen Rechtslage, die beim Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime in bezug auf das Mitbestimmungsgesetz besteht. Dieses ist zwar richtigerweise als rein organisationsrechtliche Vorschrift zu begreifen, aus der sich unmittelbar keine materiellen Vorgaben für die Unternehmensleitung ableiten lassen.⁹⁶⁹ Dennoch vermag eine Verhaltensmaxime, die sich nicht mit der organisationsrechtlichen Ausgangslage in Einklang bringen läßt, nicht zu überzeugen. Schon weil für Vorstand und Aufsichtsrat und innerhalb des Aufsichtsrats eine einheitliche Verhaltensmaxime gelten muß,⁹⁷⁰ wären auch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat an das Gesellschaftsinteresse gebunden, mithin zur Gewinnmaximierung verpflichtet. Arbeitnehmerinteressen könnten sie nur insoweit vertreten, als dies zumindest mittelbar zu einer Maximierung der Gewinne beiträgt. Tatsächliche Bindungen und rechtliche Vorgaben der Arbeitnehmervertreter würden auseinanderklaffen. Konsequenterweise würde diese Ansicht Haftungsfälle geradezu provozieren. Sie ließe sich allenfalls unter der Prämisse der Interessenharmonie rechtfertigen, die wie gesehen aber nicht zu halten ist.⁹⁷¹

Daß die Verhaltensmaxime Gesellschaftsinteresse nicht vollständig zu befriedigen vermag, zeigt auch die mangelnde Konsequenz einiger Vertreter dieser Auffassung bei der Ausfüllung der Maxime. Wird diese nämlich aus dem Gesellschaftszweck der Gewinnerzielung hergeleitet, muß bei der

⁹⁶⁸ Vgl. dazu oben C.III.1 [46 ff.] und C.IV.1 [87 ff.].

⁹⁶⁹ Siehe oben C.III.3 [62 ff.].

⁹⁷⁰ Siehe oben B.II [23 f.].

⁹⁷¹ Vgl. oben F.I.1 [179 ff.].

Abwesenheit von anderen Zielvorgaben das Gesellschaftsinteresse in der Gewinnmaximierung liegen, genauer gesagt – aufgrund der Tatsache, daß Gesellschaften in der Regel auf unbestimmte Zeit eingegangen werden – in der langfristigen Gewinnmaximierung.⁹⁷² In dieser Eindeutigkeit wird das aber kaum erwähnt, vielmehr wird auf "harmloser" erscheinende Begriffe wie Rentabilität oder angemessene Gewinnerzielung abgestellt. Dies zeigt, daß eine Maximierung nicht unbedingt gewollt ist, gleichzeitig scheut man sich aber, andere Interessen, mit denen das verbleibende "Vakuum" aufgefüllt werden soll, zu benennen.

Überzeugend und zwingend ist die Argumentation daher nur soweit die Gewinnerzielung Ziel der Geschäftstätigkeit sein soll. Erfolgreiches Wirtschaften ist nur bei Erzielung von ausreichendem Gewinn möglich. Eine unbedingte Maximierung des Gewinns ist hingegen nicht erforderlich, und es bleibt durchaus Raum für die Berücksichtigung anderer Interessen. Grundlage einer jeden Verhaltensmaxime muß also die Gewinnerzielung sein, während das Ziel der Maximierung sich nur mangels anderer Vorgaben rechtfertigen läßt und nicht mit dem durch das Mitbestimmungsgesetz geschaffenen organisationsrechtlichen Rahmen in Einklang steht.

Im übrigen scheint auch die Rechtsprechung nicht (mehr) vom Gesellschaftsinteresse als alleiniger Verhaltensmaxime auszugehen, vielmehr sprechen die Gerichte vom Unternehmensinteresse.⁹⁷³ Fehlt es auch an einer Begründung für diese Wortwahl, so kann sie dennoch nicht einfach ignoriert werden. Gerade angesichts der inzwischen nahezu 30 Jahre andauernden Diskussion zu diesem Thema ist nicht anzunehmen, daß die Rechtsprechung die Terminologie ohne Bedacht gewählt hat.

4. Keine befriedigenden praktischen Ergebnisse

Nicht zuletzt können auch die praktischen Ergebnisse, die bei einer konsequenten Umsetzung der Verhaltensmaxime Gesellschaftsinteresse entstehen würden, nicht überzeugen, und sie gehen an der wirtschaftlichen und

⁹⁷² Siehe oben C.III.1.b) [52 ff.].

⁹⁷³ Vgl. z. B. BGHZ 62, 193, 197; BGHZ 64, 325, 330 f.; BVerfGE 34, 103, 112 und aus der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung BGH, ZIP 2001, 412, 413; ZIP 2001, 199, 200, wo der Begriff allerdings in einem etwas anderen Zusammenhang gebraucht wird.

sozialen Realität vorbei.⁹⁷⁴ Wie bereits beim Vergleich mit der amerikanischen Rechtslage angedeutet, müssen die jeweiligen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder im Fall eines Schadensersatzprozesses nachweisen, daß ihr jeweiliges Verhalten der Gewinnmaximierung gedient hat. Auch bei den hier besprochenen Fallgruppen ist dies – wie sich gezeigt hat – in vielen Fällen zwar durchaus möglich, die diesbezüglichen Auswirkungen einer Maßnahme sind grundsätzlich aber kaum vorhersehbar und faßbar. Es bestehen äußerst komplexe Kausalzusammenhänge, die nur sehr schwer nachzuvollziehen sind. Vielfach befinden sich die Leitungsorgane also, wenn Maßnahmen, die im Arbeitnehmer- oder Allgemeininteresse liegen, angegriffen werden, in einer sehr schwierigen Situation.

Dem wird entgegengehalten, daß Vorstand und Aufsichtsrat ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum zukomme und insofern eine inhaltliche Kontrolle einer Entscheidung durch die Gerichte nicht stattfindet. Dadurch wird die Situation sicherlich in einem Großteil der Fälle entschärft. Es darf aber nicht übersehen werden, daß der unternehmerische Ermessensspielraum nicht grenzenlos ist und – anders als in den USA – ein Haftungsausnahmetatbestand nicht besteht. Daß es durchaus praxisrelevante Fallkonstellationen gibt, in denen bestimmte Maßnahmen nur sehr schwer mit dem Gesellschaftsinteresse zu vereinbaren sind, haben die untersuchten Fallgruppen gezeigt.⁹⁷⁵ Unter Umständen wird dann auch bei einer entsprechenden Verhaltensmaxime das weite unternehmerische Ermessen überschritten.

Vor allem aber bezieht sich der unternehmerische Ermessensspielraum nur auf die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer bestimmten Maßnahme. Die Verhaltensmaxime hingegen soll diesen Spielraum als "ermessensleitender Gesichtspunkt" gerade einschränken und steht selbst nicht zur Disposition. Dies macht sich bemerkbar, wenn beispielsweise der Vorstand sich ausdrücklich darauf beruft, eine bestimmte Maßnahme zur Wahrung von

⁹⁷⁴ Hopt, ZGR 1993, 534, 540.

⁹⁷⁵ Mülbart, ZGR 1997, 129, 158, Fn. 107, nennt zwei konkrete Beispiele, wo er stark daran zweifelt, ob die Ausgaben im Hinblick auf das Gesellschaftsinteresse durch ein positives Image oder ähnliches noch gerechtfertigt sind: die Allianz-Umweltstiftung (anlässlich des 100-jährigen Bestehens der Allianz AG ins Leben gerufen) und die "Hoechst-Foundation" zur Förderung kultureller Aufgaben mit einem Dotationskapital von jeweils 100 Mio. DM.

Arbeitnehmer- oder Gemeinwohlinteressen ergriffen zu haben.⁹⁷⁶ Der unternehmerische Ermessensspielraum hilft dann nicht weiter, denn dieser bezieht sich nur auf die Frage, ob die Maßnahme dem Gesellschaftsinteresse dient, nicht aber darauf, welche Interessen berücksichtigt werden dürfen. Daß ein solches Verhalten des Vorstands nicht unwahrscheinlich ist, wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß gerade um eine Förderung des Gesellschaftsinteresses zu erreichen – beispielsweise durch ein besseres Image oder eine stärkere Identifikation der Arbeitnehmer mit dem Unternehmen – sich die Geschäftsleitung darauf berufen muß, im Gemeinwohl- oder Arbeitnehmerinteresse gehandelt zu haben. Würde eine entsprechende Maßnahme mit der Begründung ergriffen, damit langfristig die Gewinnmaximierung zu fördern, wäre der Effekt unter Umständen wesentlich geringer, oder es würde gar eine umgekehrte Wirkung eintreten. Der Vorstand befindet sich so in einer Zwickmühle, die nicht Sinn einer Haftungsregelung sein kann.

Eine weitere Situation, in der sich bemerkbar macht, daß auch bei einem noch so großen unternehmerischen Ermessensspielraum die Verhaltensmaxime von Bedeutung ist, ist die bevorstehende Auflösung der Gesellschaft. Aufwendungen im Arbeitnehmer- oder Allgemeininteresse wären dann definitiv pflichtwidrig, denn dem langfristigen Gesellschaftsinteresse können sie nicht mehr dienen. Die Möglichkeit einer Abfederung der Konsequenzen der Auflösung für Arbeitnehmer und Kommune über das gesetzlich vorgeschriebene Maß bliebe den Leitungsorganen versagt. Eine Konsequenz, die zwar hinnehmbar, aber nicht unbedingt wünschenswert erscheint. Eine ähnliche Situation ist vorstellbar, wenn beispielsweise nach einer Übernahme die Zerschlagung des Unternehmens bevorsteht.

Insgesamt ist das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime weit weniger überzeugend, als ein erster Blick dies vermuten läßt. Es gibt keine zwingende Begründung dafür, eine widersprüchliche Rechtslage entsteht, und die praktischen Konsequenzen sprechen nicht dafür, daß die Verhaltensmaxime zu einer angemessenen Lösung im Spannungsfeld von Verhin-

⁹⁷⁶ Vgl. z. B. *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668 (1919), und das erwähnte Beispiel von *Hennes & Mauritz*, wo die Bekleidungskette auf einen bestimmten Kleidungstrend und damit auf Umsatz verzichtete und sich die Unternehmensleitung ausdrücklich auf ethische Gründen berief, vgl. oben Fn. 829.

derung von Mißwirtschaft und der Förderung des unternehmerischen Wagnisses beiträgt.

II. Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime

Es hat sich gezeigt, daß trotz der Argumente für das Gesellschaftsinteresse, die keinesfalls ignoriert werden dürfen, ein Argumentationsspielraum besteht, der – bei ausreichender Berücksichtigung des Gesellschaftsinteresses – Raum für das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime läßt. Dazu bedarf es aber einer tragfähigen Begründung und einer überzeugenden inhaltlichen Ausfüllung.

1. Begründung im geltenden Recht

Der meisten Kritik sieht sich das Unternehmensinteresse ausgesetzt, weil es keine Begründung im geltenden Recht fände. Weder die Berücksichtigung anderer Interessen als dem Gesellschaftsinteresse durch die Leitungsorgane noch die dem unternehmensrechtlichen Ansatz zugrunde liegenden Unternehmensmodelle seien mit der *lex lata* zu vereinbaren.⁹⁷⁷ Dementsprechend käme dem Unternehmensinteresse nur eine rechtspolitische Dimension zu, bzw. würde es allein als sprachliche Abkürzung für ein umfassend verstandenes Gesellschaftsinteresse dienen.

Der zunächst am weitesten verbreitete Begründungsansatz, die vermeintliche Weitergeltung des § 70 I AktG 1937, wurde oben bereits verworfen.⁹⁷⁸ Ebenso kann wegen des organisationsrechtlichen Charakters des Mitbestimmungsgesetzes allein aus diesem keine Verhaltensmaxime gewonnen werden.⁹⁷⁹ Auf die Sozialpflichtigkeit des Eigentums gem. Art. 14 II GG kann mangels unmittelbarer Wirkung dieser Vorschrift eine Einbeziehung von Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen zumindest nicht direkt gestützt werden.⁹⁸⁰ Was bleibt, sind eine an Art. 14 GG orientierte Auslegung von § 76 I AktG und die verschiedenen unternehmensrechtlichen Konzepte.

⁹⁷⁷ Siehe oben C.III [46 ff.].

⁹⁷⁸ Siehe oben C.III.2.b) [58 ff.].

⁹⁷⁹ Siehe oben C.III.3 [62 ff.].

⁹⁸⁰ Vgl. dazu oben C.III.4.a)(2) [68].

Aber auch bei diesen Begründungsansätzen blieben problematische Punkte offen. Knüpft man an § 76 I AktG, bleibt das Konzept punktuell. Ist eine Übertragung der daraus gewonnenen Verhaltensmaxime auf den Aufsichtsrat noch möglich, bleibt die Hauptversammlung davon unberührt. Vor allem aber bleibt der Ansatz grundsätzlich auf die Aktiengesellschaft beschränkt.⁹⁸¹ Im übrigen begegnet die Praxis, aus der Verfassung Einzelösungen für einfachgesetzliche Interessenkonflikte abzuleiten, einer prinzipiellen Skepsis,⁹⁸² und die Terminologie, die ein Interesse des Unternehmens selbst nahelegt, macht keinen Sinn.

Die unternehmensrechtlichen Modelle haben das Problem, daß der unterstellte Wandel vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht nur teilweise und bruchstückhaft vollzogen wurde.⁹⁸³ Dies führt auch dazu, daß kein einheitliches Konzept besteht und sich bei den einzelnen Theorien im Verhältnis zum geltenden Recht Unstimmigkeiten ergeben. Nicht zuletzt kann die Frage, wie weit der Kreis der Unternehmensbeteiligten zu ziehen ist, nicht eindeutig beantwortet werden.

Ein überzeugenderes Bild ergibt sich in Fortsetzung der bereits oben dargestellten Argumentation,⁹⁸⁴ wenn man die beiden Ansätzen zugrunde liegenden Gesichtspunkte genauer betrachtet. Hinter der auf § 76 I AktG aufbauenden Argumentation steht der Gedanke, daß das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte neben ihrer eigentlichen Funktion als Abwehrrechte gegenüber dem Staat eine objektive Wertordnung vorgeben, die bei der Auslegung sämtlichen Rechts zu berücksichtigen ist.⁹⁸⁵ Die unternehmensrechtlichen Ansätze haben gemein, daß die isolierte Betrachtung des Gesellschaftsrechts als zu kurz greifend erachtet wird und mit dem Unternehmen als Bezugspunkt ein umfassenderer Blickwinkel erreicht wird. Bestätigt wird dies, wenn auch der Gesetzgeber an das Unternehmen anknüpft und die dort auftretenden Interessenkonflikte in den Mittelpunkt rückt. In diesem Bezug auf das Unternehmen liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums durch den Gesetzgeber. Vor allem das Mitbestimmungsgesetz schränkt die Eigentümer der Gesellschaft in erheblicher, aber nach dem Bundesverfassungsgericht zulässiger Weise ein.

⁹⁸¹ Siehe dazu auch oben C.III.4.b)(3) [76 f.].

⁹⁸² Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 175.

⁹⁸³ Vgl. oben C.III.5 [81 ff.].

⁹⁸⁴ Siehe oben C.III.4.b) [72 ff.] und C.III.5 [78 ff.].

⁹⁸⁵ Vgl. dazu oben C.III.4.b)(2) [75 f.].

Der Gesetzgeber verwirklicht damit den Regelungsauftrag⁹⁸⁶ des Art. 14 II GG, indem er die Sozialpflichtigkeit bezüglich Unternehmen auf organisationsrechtlicher Ebene konkretisiert hat. Gleichzeitig bleibt diese Konkretisierung unvollständig und punktuell, es wurde kein in sich schlüssiges Unternehmensrecht geschaffen.

Die unternehmensrechtlichen Ansätze versuchen diese Lücke zu schließen, indem sie eine Unternehmensdefinition schaffen, die eine schlüssige und widerspruchsfreie Einbeziehung des Mitbestimmungsgesetzes und anderer Vorschriften, die sich auf das Unternehmen beziehen,⁹⁸⁷ erlaubt. Das Unternehmen rückt in den Mittelpunkt und mit ihm das Unternehmensinteresse.⁹⁸⁸ Dadurch wird das durch den Gesetzgeber nur ansatzweise geschaffene Unternehmensrecht fortgebildet, indem die im Bereich der Verhaltensmaxime bestehende Regelungslücke ausgefüllt wird. Die Orientierung am Interesse des Unternehmens bedeutet damit auch – in Fortsetzung der gesetzlichen Regelungen – die Umsetzung der Sozialpflichtigkeit auf der Ebene der Verhaltensmaxime. Dasselbe Ergebnis – aber auf einer wesentlich schmäleren Basis – wird über § 76 I AktG als "Einbruchsstelle" für die Wertungen des Art. 14 GG erreicht. Entscheidend ist, daß bei beiden Ansätzen derselbe Grundgedanke zum Tragen kommt: der von Art. 14 GG beabsichtigte Ausgleich von Privatnützigkeit und Sozialbindung.

Auf diese Weise entsteht eine überzeugende Begründung für das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime. Der umfassendere und daher grundsätzlich vorzugswürdige unternehmensrechtliche Ansatz bildet ein Modell, das eine widerspruchsfreie Auslegung des geltenden Rechts erlaubt, und wird durch eine an Art. 14 GG orientierte Auslegung des § 76 I AktG gestützt. Gleichzeitig beantwortet sich auch die Frage der mit einzubeziehenden Interessen. Art. 14 II GG beschränkt sich keineswegs auf Arbeitnehmerinteressen, vielmehr fließen diese als Teil des Gemeinwohls in die Sozialbindung ein. Die Sozialbindung wiederum wurde vom Gesetzgeber nur teilweise in einem bruchstückhaften Unternehmensrecht ausgeformt. Die dadurch notwendig gewordene Fortentwicklung des Unternehmensrechts muß sich mangels anderer Vorgaben des Gesetzgebers an den

⁹⁸⁶ Vgl. oben C.III.4.a)(2) [68 ff.].

⁹⁸⁷ Vgl. z. B. die Vorschriften über Buchführung, Rechnungslegung und Gewinnermittlung, das Gesetz über das Kreditwesen (§ 1 KWG) und das GWB.

⁹⁸⁸ Siehe oben C.III.5 [78 ff.].

zu Art. 14 GG entwickelten Grundsätzen ausrichten. Daher muß das Unternehmensinteresse als Ausdruck des Ausgleichs zwischen Privatnützigkeit und Sozialbindung neben dem Gesellschaftsinteresse auch Gemeinwohlbelange umfassen, von denen die Arbeitnehmerinteressen lediglich einen Ausschnitt darstellen. Eine Beschränkung auf die Einbeziehung von Interessen der Arbeitnehmer als unmittelbar Unternehmensangehörige könnte vor diesem Hintergrund nicht überzeugen.

Es bleibt die Frage nach dem genauen Unternehmensbegriff. Gemein ist den unternehmensrechtlichen Ansätzen, daß das Unternehmen nicht mehr als bloßes Rechtsobjekt, sondern als Rechtssubjekt aufgefaßt wird. Gerade dadurch wird der zu enge Blickwinkel des Gesellschaftsrechts überwunden und eine widerspruchsfreie Einbeziehung des Mitbestimmungsgesetzes erreicht. Darüber hinaus erscheint die Identifikation von Unternehmen und Gesellschaft⁹⁸⁹ überzeugend, weil diese Ansicht sich am besten in das geltende Gesellschaftsrecht einfügt. Bei Unternehmen und Gesellschaft handelt es sich demnach nicht um zwei verschiedene Verbände, sondern um verschiedene Seiten derselben Einheit, des als Aktiengesellschaft verfaßten Unternehmens. Das Unternehmen ist Rechtssubjekt und Rechtsobjekt zugleich. Das Gesellschaftsrecht wird auf diese Weise in das Unternehmensrecht integriert, und nicht das Unternehmensrecht über das Gesellschaftsrecht "gestülpt". Dies hat zur Folge, daß die durch das Gesellschaftsrecht vorgegebene Verfassung der Aktiengesellschaft grundsätzlich bestehen bleibt, bei deren Auslegung aber auf das Unternehmen⁹⁹⁰ abgestellt wird, und so das Unternehmensinteresse an Stelle des Gesellschaftsinteresses als Verhaltensmaxime tritt.⁹⁹¹

Inwieweit es gerechtfertigt ist, eine solche Identifikation von Gesellschaft und Unternehmen auch bei anderen Gesellschaftsformen anzunehmen – insbesondere Flume beschränkt seine These auf die Aktiengesellschaft⁹⁹² –

⁹⁸⁹ Vgl. oben C.I.2.b)(3) [36 ff.].

⁹⁹⁰ Soweit hier vom Unternehmen gesprochen wird, ist dieses nach dieser Auffassung freilich identisch mit der Gesellschaft. Dem Begriff der Gesellschaft kommt insofern eine weitere Bedeutung zu als nach der herkömmlichen Auffassung. Daher ist auch die Kritik an der Identitätsthese, zwischen Gesellschaft und Unternehmen fehle es an der vollständigen Kongruenz (siehe oben C.I.2.b)(3) [37 f.]), nicht berechtigt.

⁹⁹¹ Siehe oben C.III.5 [78 ff.].

⁹⁹² Flume, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts I/2, 48 f. Genau genommen differenziert Flume nur zwischen juristischen Personen und Personengesellschaften. Auch bei der GmbH geht er daher grundsätzlich von der Verselbständigung des Unternehmens in der GmbH als juristischer Person aus, behandelt sie wegen der

soll im Rahmen dieser auf die Aktiengesellschaft beschränkten Ausarbeitung nicht von zentraler Bedeutung sein. Raisers Einwände gegen eine Beschränkung sind durchaus überzeugend. Eine unterschiedliche Behandlung des Unternehmens bei Gesamthandsgesellschaften, denen im Außenverhältnis die Rechtsfähigkeit zukommt, und juristischen Personen erscheint konstruiert.⁹⁹³ Vielmehr treffen die zur Begründung der Identitätsthese gemachten Überlegungen auch auf andere Gesellschaftsformen zu, eine Unterscheidung wäre widersprüchlich.⁹⁹⁴

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime durchaus überzeugend mit dem geltenden Recht begründet werden kann. Die oben nach ausführlicher Betrachtung der Literatur zu dieser Frage von Raiser übernommene Feststellung, daß ein Übergang vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht, von dem auch die Begründung des hier vertretenen Ansatzes wesentlich abhängt, ein gutes Stück fortgeschritten sei, ein einheitlicher, widerspruchsfreier Zustand aber noch nicht erreicht werden konnte,⁹⁹⁵ muß zwar nach wie vor aufrechterhalten werden. Es hat sich aber gezeigt, daß die allein auf einer Auslegung des Gesellschaftsrechts beruhende Verhaltensmaxime des Gesellschaftsinteresses keineswegs so überzeugend ist, wie das deren Anhänger vorgeben, und durchaus zu Widersprüchen führt.⁹⁹⁶ Das auf einem unternehmensrechtlichen Ansatz fußende Unternehmensinteresse hingegen fügt sich in das geltende Recht ein, und ist somit, auch wenn der Gesetzgeber keinen eindeutigen Rechtszustand geschaffen hat, vorzugswürdig. Es überwindet insbesondere die Widersprüche, die zwischen der organisationsrechtlichen Regelung des Mitbestimmungsgesetzes und der materiellen Verhaltensmaxime Gesellschaftsinteresse bestehen würden, und stellt damit nicht nur eine rechtspolitische Forderung dar, sondern eine angesichts der geänderten Rahmenbedingungen erforderliche Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts.

Weisungsbefugnis der Gesellschafter materiell aber als Personengesellschaft und lehnt eine Bindung an das Unternehmensinteresse ab, vgl. *ibid.*, 61 f.

⁹⁹³ Vgl. Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 501.

⁹⁹⁴ Raiser, FG Zivilrechtslehrer 1934/35, 489, 502 ff.

⁹⁹⁵ Siehe oben C.III.5 [86].

⁹⁹⁶ Siehe oben F.I [179 ff].

2. Inhaltliche Bestimmung des Unternehmensinteresses

Neben dem Vorwurf der mangelnden Verwurzelung im geltenden Recht gilt es der Kritik der "Leerformelhaftigkeit" des Begriffes Unternehmensinteresse entgegenzutreten, die bis zum Vorwurf der Ideologiegefahr reicht.⁹⁹⁷ Die oben dargestellten Ansätze zur inhaltlichen Ausfüllung des Unternehmensinteresses begegneten alle mehr oder weniger großen Bedenken.

a) Keine Verpflichtung zur Verfolgung von Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen

Zunächst gilt es klarzustellen, daß die Leitungsorgane keine Verpflichtung zur Berücksichtigung von Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen treffen kann. Betrachtet man die Diskussion um die Begründungsansätze für eine Einbeziehung dieser Interessen, erscheint dies zumindest nicht abwegig. Bei § 70 I AktG 1937 legt sogar der Wortlaut eine solche Ansicht nahe, und angesichts der faktischen Zwänge, die Vorstand und Aufsichtsrat zur alleinigen Berücksichtigung der Anteilseignerinteressen drängen,⁹⁹⁸ käme eine Verpflichtung zur Beachtung anderer Interessen als Gegengewicht in Betracht. Es sprechen aber gewichtige Gründe dagegen, und auch in der Literatur ist keine Stimme ersichtlich, die eine solche Auffassung vertritt.

§ 93 II 1 AktG gewährt nur der Gesellschaft einen Ersatzanspruch, und das auch nur bezüglich eines Schadens, der der Gesellschaft entstanden ist. Vorschriften, die die mangelnde Berücksichtigung von Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen sanktionieren würden, existieren nicht. Dieses Fehlen jeglicher Sanktion spricht dafür, daß der Gesetzgeber, auch wenn er von der Möglichkeit einer Berücksichtigung dieser Interessen im Rahmen des Unternehmensinteresses ausging, keine entsprechende Verpflichtung schaffen wollte. Im übrigen wäre eine solche Verpflichtung in der Praxis ohne eine Sanktion weitgehend wirkungslos.

Das Mitbestimmungsgesetz zeigt, daß der Gesetzgeber einen anderen Weg als die Verpflichtung der Leitungsorgane gewählt hat, um eine ausreichen-

⁹⁹⁷ Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 105 f.; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 76; vgl. auch Laske, ZGR 1979, 173, 179 ff.

⁹⁹⁸ Siehe oben F.I.1 [181].

de Berücksichtigung insbesondere der Arbeitnehmerbelange zu gewährleisten. Diese sollen durch die Repräsentanz der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gesichert werden.⁹⁹⁹ Angesichts der Tatsache, daß das Mitbestimmungsgesetz heftig umstritten war und den verfassungsrechtlichen Spielraum weitgehend ausschöpft, wäre die Annahme einer Verpflichtung des Vorstands und des Aufsichtsrats, die erheblich weiter ginge, äußerst bedenklich.

Darüber hinaus sind weder Arbeitnehmer- noch Allgemeininteressen ausreichend feststellbar, um eine Privatperson zu deren Berücksichtigung zu verpflichten. Läßt die Auslegung des Aktiengesetzes die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses im Sinne der Konkretisierung des Gewinnmaximierungsziels zu, erscheint dies bei Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen kaum möglich.¹⁰⁰⁰ Auch wenn man davon ausgeht, daß es neben dem rein faktischen Interesse ein objektiv bestimmbares, rechtlich relevantes Interesse gibt,¹⁰⁰¹ begegnet dessen Feststellung in diesen Fällen doch erheblichen Schwierigkeiten. Die Objektivität hilft nicht über die Komplexität der betroffenen Personengruppen und der Interessenkonstellationen im Einzelfall hinweg. Völlig unklar bliebe auch, in welchem Maße diese Interessen zu berücksichtigen sind.

Die Berücksichtigung von Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen im Rahmen des Unternehmensinteresses kann daher nur in der Weise erfolgen, daß den Leitungsorganen die Möglichkeit eingeräumt wird, diese zu beachten. Es trifft Vorstand und Aufsichtsrat keine Pflicht zur Heranziehung dieser Belange, sondern sie haben einen Spielraum, im dessen Rahmen die Mitglieder keine Haftung trifft.

⁹⁹⁹ Daß sich die Mitbestimmung durchaus auch auf Entscheidungen auswirken kann, die allein der Vorstand trifft, zeigt die Praxis, daß ein oder mehrere Vorstandsmitglieder von der Arbeitnehmerseite durchgesetzt werden.

¹⁰⁰⁰ Vgl. Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163, der in bezug auf die Allgemeininteressen etwas überspitzt formuliert: "[D]as gemeine Wohl ist das, was die zuständige Stelle dafür erklärt. Eine solche Wetterfahne taugt schlecht zur Ausbildung rechtlicher Verhaltensmaßstäbe." Vgl. zum Begriff des öffentlichen Interesses auch Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 6 ff.

¹⁰⁰¹ Siehe oben C.I.1 [30 f.].

b) Unternehmensinteresse als unbestimmter Rechtsbegriff

Mehr oder weniger elegant überwunden werden die Schwierigkeiten der inhaltlichen Bestimmung, wenn man das Unternehmensinteresse als unbestimmten Rechtsbegriff einordnet. Die dadurch gewährte Offenheit des Begriffes für die unternehmensrechtliche Entwicklung wurde in der Diskussion als der große Vorteil dieser Kategorie gegenüber einer inhaltlichen Festlegung angesehen.¹⁰⁰²

Schon die Untersuchung der einzelnen Fallgruppen hat aber die Schwächen dieser Ansicht deutlich offenbart.¹⁰⁰³ Mangels Vorgaben der Rechtsprechung ließen sich schlichtweg keine Aussagen über die Behandlung der jeweiligen Fragen machen. Auch in der Literatur wurden kaum Vorschläge gemacht, wie bestimmte Fälle behandelt werden könnten. Wurden beispielsweise bezüglich Unternehmensspenden konkrete Zahlen genannt, erschienen diese willkürlich gewählt.

Bezüglich der Haftung hat daher das Unternehmensinteresse als unbestimmter Rechtsbegriff eine große Unsicherheit zur Folge, die das Konzept äußerst unbefriedigend macht. Angesichts der weitreichenden Konsequenzen einer Schadensersatzpflicht für die Organmitglieder ist die Rechtsicherheit von großer Bedeutung. Jegliche Unsicherheit in dieser Hinsicht lähmt die Unternehmensleitung und verhindert Entscheidungsfreudigkeit und unternehmerische Risikobereitschaft. Im Ergebnis würde eine Berücksichtigung von Arbeitnehmer- oder Allgemeininteressen unterbunden, soweit diese sich nicht mit dem Gesellschaftsinteresse rechtfertigen läßt, da die Unsicherheit bezüglich der Haftung einem Verbot gleichkäme.

Eine gewisse Unbestimmtheit einer Verhaltensmaxime läßt sich nicht vermeiden und ist angesichts der daraus resultierenden Entwicklungsfähigkeit auch von Vorteil. Sich auf die Aussage der Unbestimmtheit zu beschränken, kann im Fall des Unternehmensinteresses aber nicht überzeugen. Die "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" im Sinne von § 93 I 1 AktG – zu deren Konkretisierung das Unternehmensinteresse als "ermessensleitender Gesichtspunkt dienen soll – wäre in keiner Weise näher bestimmt. Das Unternehmensinteresse käme tatsächlich einer "Leer-

¹⁰⁰² Siehe oben C.IV.2 [90 ff.].

¹⁰⁰³ Vgl. oben E.I.3 [157]. Auch bezüglich der übrigen Fallgruppen wird auf diese Ausführungen verwiesen.

formel" gleich, und man könnte es bei der Aussage des § 93 I 1 AktG belassen.

c) Materieller Inhalt des Unternehmensinteresses

Die diskutierten materiellen Vorgaben für das Unternehmensinteresse konzentrieren sich auf die Begriffe Rentabilität und Bestandserhaltung. Beide haben gemein, daß sie – anders als die Gewinnmaximierung – dem Vorstand einen Spielraum belassen, sobald die Rentabilität des Unternehmens oder der Erhalt dessen Bestands gewährleistet ist. Neben dem Ermessen bezüglich der Zweckmäßigkeit, das heißt der Frage, ob eine bestimmte Maßnahme dem Unternehmensinteresse dient, wird dem Vorstand also auch ein Ermessen eingeräumt, welche Interessen er berücksichtigen will.

Nicht überzeugen konnte im Verlauf der Untersuchung die Bestandserhaltung, verstanden als Wahrung der rechtlichen Selbständigkeit des Unternehmens. Schon die bisherige Diskussion in der Literatur hat gezeigt, daß die rechtliche Selbständigkeit kein Eigenwert per se ist.¹⁰⁰⁴ Darüber hinaus stünden die Konsequenzen dieser Auffassung in Übernahmesituationen in Widerspruch zu den Wertungen des Übernahmegesetzes und den sonstigen in diesem Zusammenhang gemachten Überlegungen.¹⁰⁰⁵ Die rechtliche Selbständigkeit ist daher als Maßgabe für unternehmerische Entscheidungen nicht geeignet.

Neben der rechtlichen Selbständigkeit wird die Bestandserhaltung in der Literatur als Kapitalerhaltung und als Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz verstanden.¹⁰⁰⁶ Neben der bereits geäußerten Kritik¹⁰⁰⁷ ist ein wesentlicher Einwand zu beachten, der deutlich macht, daß eine entsprechende Verhaltensmaxime, auch wenn man über die jeweiligen Probleme hinwegsieht, kaum nützt. Sowohl die Kapitalerhaltung – erst recht wenn man sie sinnvollerweise als materielle Kapitalerhaltung auffaßt – als auch die Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz lassen sich nämlich nur gewährleisten, wenn das Unternehmen rentabel arbeitet. Dies wird letztlich auch von Autoren so gesehen, die in der Bestandserhaltung die

¹⁰⁰⁴ Siehe oben C.IV.4.b)(2) [103 f.].

¹⁰⁰⁵ Vgl. oben E.III.3 [177].

¹⁰⁰⁶ Siehe oben C.IV.4.b) [101 ff.].

¹⁰⁰⁷ Siehe oben C.IV.4.b)(1) [102 f.] und (3) [104 f.].

richtige Verhaltensmaxime sehen.¹⁰⁰⁸ Die Rentabilität ist damit die Voraussetzung der Bestandserhaltung, und es macht keinen Sinn, auf Letztere abzustellen, wenn es letztlich doch auf die Rentabilität ankommt.

Auch zur Bestimmung des Maßes an Rentabilität, das mindestens zu erzielen ist, ist das Kriterium der Bestandserhaltung nicht geeignet.¹⁰⁰⁹ Der Zusammenhang zwischen beiden Größen ist äußerst komplex und erfordert eine sehr langfristige Betrachtung. Für die Beurteilung einzelner Maßnahmen wäre kaum etwas gewonnen, vielmehr ließe sich beinahe jedes Ergebnis vertreten.

Scheidet die Bestandserhaltung als geeignetes Kriterium aus, verbleibt nur noch die Rentabilität als materieller Kern der Verhaltensmaxime. Diese garantiert angesichts des Gesellschaftszwecks der Gewinnerzielung vor dem Hintergrund des Art. 14 GG eine ausreichende Privatnützigkeit des Eigentums der Anteilseigner.

Soweit daran Kritik geäußert wurde, weil nur quantifizierbare wirtschaftliche Vorteile – nicht aber z. B. das Image des Unternehmens oder die Motivation der Arbeitnehmer – einbezogen werden, wenn man die Ermittlung der Rentabilität auf die Zahlen des betrieblichen Rechnungswesens stützt, und Auswirkungen einer Maßnahme oft erst nach langer Zeit auftreten,¹⁰¹⁰ kann diese nicht überzeugen. Bei der Beurteilung der Rentabilität müssen selbstverständlich sämtliche Wirkungen mit einbezogen werden. Daß dies unter Umständen sehr schwierig ist, steht außer Frage. Diese Schwierigkeiten treten aber auch bei allen anderen materiellen Verhaltensmaximen auf, insbesondere beim Gesellschaftsinteresse im Sinne einer langfristigen Gewinnmaximierung, und es wird ihnen mit der Einräumung eines weiten Ermessensspielraums bezüglich der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme im Hinblick auf das Unternehmensinteresse Rechnung getragen.¹⁰¹¹

Nicht ausgeräumt werden kann hingegen der Einwand, daß das erforderliche Maß an Rentabilität nicht bestimmt werden kann. Lediglich das Erfordernis der Angemessenheit kann aufgestellt werden. Eine genauere Richtschnur ist nicht ersichtlich, und eine weitere Konkretisierung muß der Rechtsprechung überlassen bleiben. Dem entspricht es, wenn in der

¹⁰⁰⁸ Vgl. Raisch, FS Hefermehl, 347, 361.

¹⁰⁰⁹ So aber Raisch, FS Hefermehl, 347, 361.

¹⁰¹⁰ Siehe oben C.IV.4.a) [99 f.].

¹⁰¹¹ Siehe oben B.I.1.a) [9 ff.].

Kommentarliteratur ausgeführt wird, daß die Geschäftsführung "auf die Erzielung eines angemessenen, zur substantiellen Erhaltung von Kapital- und Ertragskraft ausreichenden Gewinns gerichtet sein [muß]"¹⁰¹² und Aufwendungen für soziale, politische und kulturelle Zwecke sich "im Rahmen dessen halten [müssen], was nach Größenordnung und finanzieller Situation des Unternehmens als angemessen angesehen werden kann"¹⁰¹³.

Die verbleibende Unbestimmtheit des Begriffs der angemessenen Rentabilität ist zwar unbefriedigend, letztendlich aber nicht zu vermeiden. Es wird zu prüfen sein, ob dem im Rahmen des prozeduralen Aspekts des Unternehmensinteresses Rechnung zu tragen ist. Zudem bringt eine gewisse Offenheit eines Rechtsbegriffs auch positive Aspekte mit sich.¹⁰¹⁴ Im Ergebnis wird zumindest der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet, einer besonders krassen Mißachtung von Rentabilitäts Gesichtspunkten im Namen von Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen zu begegnen und genauere Leitlinien herauszuarbeiten.

Eine ganz ähnliche Situation ergibt sich im übrigen in den USA. Eine Voraussetzung der *business judgment rule* ist nämlich, daß der *director* "rationally", das heißt in nicht vernunftswidriger Weise, annehmen durfte, seine Entscheidung läge im Gesellschaftsinteresse.¹⁰¹⁵ Gegenüber dem *reasonable*-Standard der *duty of care* handelt es sich dabei um eine weniger strenge Voraussetzung, und es entspricht dem, wenn die Gerichte bei Unternehmensspenden nur verlangen, daß diese im Verhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens angemessen sind.¹⁰¹⁶ Ermöglicht wird dadurch einerseits ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Unternehmensleiter, andererseits eine an Vernunftsmaßstäben orientierte Schlüssigkeitsprüfung, um krasse und offensichtliche Fehlentscheidungen auszuschalten.¹⁰¹⁷ Insofern ergibt sich in bezug auf arbeitnehmer- und gemeinwohlorientierte Aufwendungen eine mit der deutschen vergleichbare Rechtslage, die in den USA aber über entsprechende Kriterien eines Haftungsausschlußtatbestands erreicht wird und hier durch eine gegenüber dem Gesellschaftsinteresse weiterentwickelte Verhaltensmaxime.

¹⁰¹² KK-Mertens, § 76 Rn. 22.

¹⁰¹³ KK-Mertens, § 76 Rn. 33.

¹⁰¹⁴ Siehe oben C.IV.2 [90 ff.].

¹⁰¹⁵ ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01 (c) (3).

¹⁰¹⁶ Siehe dazu oben D.IV.2.b) [143].

¹⁰¹⁷ Heermann, AG 1998, 201, 205.

d) Prozeduraler Inhalt des Unternehmensinteresses

Es hat sich gezeigt, daß es sehr schwierig ist, einen Maßstab zu finden, an dem sich die inhaltliche Richtigkeit einer unternehmerischen Entscheidung messen läßt. Die Rentabilität als einzig taugliche Größe bildet zusammen mit dem Angemessenheitskriterium nur ein sehr grobes Raster. Lassen sich insoweit keine wesentlichen Fortschritte erzielen, gilt es, sich statt dem Ergebnis mehr der Entscheidungsfindung zuzuwenden.

Die Untersuchung der in der Literatur vertretenen rein prozessualen Ansätze¹⁰¹⁸ hat deutlich gemacht, daß das Unternehmensinteresse als ein bestimmter Prozeß der Entscheidungsfindung begriffen grundsätzlich sehr überzeugend,¹⁰¹⁹ eine in bezug auf den Haftungstatbestand taugliche Konkretisierung aber sehr schwierig ist. Ein vollständiger Verzicht auf eine materielle Fixierung erscheint hingegen nicht geboten. Erlaubt die Rentabilität auch nur eine sehr grobe Prüfung, so kann doch besonders krassen Fällen begegnet werden. Vor allem aber kollidiert dieser Maßstab nicht mit evtl. prozeduralen Verhaltensanforderungen, sondern ergänzt diese vielmehr. Auf dem Kriterium der Rentabilität aufbauend ist daher nach einer prozessualen Richtschnur zu suchen.

Die Bedeutung prozessualer Aspekte zeigt sich auch bei einem Blick auf die amerikanische Rechtsprechung. Die *business judgment rule* überzeugt gerade deshalb, weil sie die Entscheidungsfindung in den Mittelpunkt rückt.¹⁰²⁰ Zwar handelt es sich dabei um einen Haftungsausschlußtatbestand, während die Verhaltensmaxime im amerikanischen Recht kein prozedurales Element enthält. Da es im deutschen Recht aber keinen vergleichbaren Ausschlußtatbestand gibt, spricht die *business judgment rule* dennoch dafür, ein solches Element in die Verhaltensmaxime einzubauen, um eine ausgeglichene Haftungsregelung zu erreichen.

Die einzelnen Voraussetzungen der *business judgment rule* sind für die Überlegungen im deutschen Recht nur zum Teil fruchtbar. Die oben bereits angesprochene an Vernunftsmaßstäben orientierte Schlüssigkeitsprüfung ist dem materiellen Bereich zuzuordnen und hier nicht weiter aufschlußreich. Das Erfordernis des fehlenden Eigeninteresses¹⁰²¹ schließt die Awend-

¹⁰¹⁸ Siehe oben C.IV.3 [92 ff.].

¹⁰¹⁹ Vgl. auch Teubner, *Corporate Governance and Directors Liabilities*, 149, 166 f.

¹⁰²⁰ Vgl. oben D.III.1.a)(2) [131 ff.].

¹⁰²¹ ALI, *Principles of Corporate Governance*, § 4.01 (c) (1).

barkeit der *business judgment rule* auf Treuepflichtverletzungen aus und ist im deutschen Recht aufgrund der anderen Konstellation nicht erforderlich. Es bleibt das – umso bedeutendere – Erfordernis der hinreichenden Information.¹⁰²² Wie weit diese Informationspflicht im konkreten Fall reicht, hängt sehr stark vom Einzelfall ab. Maßgebliche Faktoren sind z. B. die Bedeutung der Entscheidung, die zur Informationsgewinnung zur Verfügung stehende Zeit und die damit verbundenen Kosten, die Glaubwürdigkeit von Vorinformationen und die gegenwärtige Situation des Unternehmens.¹⁰²³

Eine entsprechende Pflicht besteht auch im deutschen Recht, und sie entspringt dem Unternehmensinteresse. Grundsätzlich läßt sie sich zwar auch direkt unter die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters fassen.¹⁰²⁴

Begreift man sie aber als prozedurales Element des Unternehmensinteresses,¹⁰²⁵ wird deutlich, daß sich Vorstand und Aufsichtsrat in bezug auf alle für das Unternehmensinteresse relevanten Belange informieren müssen. Es sind also nicht nur die Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Erfolg, sondern auch auf Arbeitnehmer- und Gemeinwohlbelange zu untersuchen. Die Informationspflicht des Vorstands ist daher umfangreicher als beim Gesellschaftsinteresse als alleiniger Verhaltensmaxime.

Aufgrund der Tatsache, daß nur ein Schaden der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand geltend gemacht werden kann, ließe sich argumentieren, daß der Erweiterung der Informationspflicht keine praktische Bedeutung zukomme. Es hat sich aber gezeigt, daß auch die Vernachlässigung von Arbeitnehmer- und Gemeinwohlinteressen für die Gesellschaft nachteilig sein kann. In diesen Fällen wird der Nachweis der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens der Leitungsorgane erleichtert, denn sie müssen sich über die Auswirkungen ihres Verhaltens in diesem Bereich informieren, auch wenn zunächst aus wirtschaftlicher Sicht kein Anlaß dazu bestand.

Ein weiteres prozedurales Element des Unternehmensinteresses tritt zu Tage, wenn davon gesprochen wird, den Vorstand treffe die Pflicht, die

¹⁰²² ALI, Principles of Corporate Governance, § 4.01 (c) (2).

¹⁰²³ ALI, Principles of Corporate Governance, Comment to § 4.01 (c), e.

¹⁰²⁴ Vgl. z. B. KK-Mertens, § 93 Rn. 29. Auch der BGH setzt das Erfordernis der "sorgfältige[n] Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen" neben die Orientierung am Unternehmenswohl, und folgert das eine nicht aus dem anderen, vgl. BGH, AG 1997, 377, 379.

¹⁰²⁵ Im Ergebnis ähnlich Teubner, Corporate Governance and Directors' Liabilities, 149, 169.

verschiedenen Interessen "aufzugreifen, [und] gegeneinander auszubalancieren"¹⁰²⁶, und ein Gebot der "praktischen Konkordanz"¹⁰²⁷ formuliert wird. Erkennt man die Relevanz unterschiedlicher Interessen im Unternehmen an, muß der Ausgleich dieser Interessen im Unternehmensinteresse liegen. Eine Konkretisierung dieser Pflicht gestaltet sich jedoch schwierig, da ein erfolgreicher Interessenausgleich sehr stark vom Einzelfall abhängt. Im Grunde geht es um die organisatorische Verwirklichung der Einbeziehung der betroffenen Gruppen und der Auseinandersetzung mit deren Belangen.¹⁰²⁸ Denkbar ist beispielsweise, daß der Vorstand in Konfliktsituationen das Gespräch mit den Arbeitnehmern und deren Vertretern oder Vertretern des öffentlichen Interesses suchen und sich mit deren Standpunkten auseinandersetzen muß. Unter Umständen kommt auch die Hinzuziehung eines "Schlichters" oder sonstigen kompetenten und möglichst neutralen Beraters in Betracht. Der Übergang zur "Informationspflicht" ist dabei freilich fließend.

Es zeigt sich hier sehr deutlich, daß auch die prozedurale Seite des Unternehmensinteresses in weiten Teilen unbestimmt bleiben muß und einer Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedarf. Je enger eine Fallgruppe umrissen ist, desto leichter können prozedurale Pflichten aufgestellt werden.¹⁰²⁹ Eine allgemeine Bestimmung ist hingegen über das gesagte hinaus sehr schwierig.

Trotz dieser Schwierigkeiten haben prozedurale Verhaltensanforderungen gerade für den Bereich der Haftung gegenüber materiellen Maßgaben einen entscheidenden Vorteil: Es sind keine langfristigen und höchst unsicheren Zukunftsprognosen erforderlich, die bei materiellen Anforderungen selbst nach einer umfassenden Konkretisierung nicht entfallen. Das Gericht bemängelt nicht im Nachhinein "besserwisserisch" den mangelnden Erfolg einer bestimmten unternehmerischen Entscheidung, sondern überprüft den Prozeß der Entscheidungsfindung. Auf diese Weise wird einerseits respektiert, daß eine erfolgreiche unternehmerische Tätigkeit auch ein entsprechendes Risiko in sich trägt, andererseits kann "Schlamperei" in den

¹⁰²⁶ Raiser, FS R. Schmidt, 101, 108.

¹⁰²⁷ Hopt, ZGR 1993, 534, 536.

¹⁰²⁸ Vgl. auch Teubner, Corporate Governance and Directors' Liabilities, 170 f.

¹⁰²⁹ Hopt, ZGR 1993, 534, 548 ff., entwickelt bspw. eine Reihe prozeduraler Verhaltenspflichten des Vorstands für die Zeit nach Abgabe eines Übernahmeangebots,

Vorstandsetagen begegnet werden. Entwicklungen auf der prozeduralen Ebene machen die Rechtslage daher insgesamt berechenbarer, während auf materieller Seite auch eine breite Kasuistik kaum eine verlässliche Richtschnur bildet.

allerdings ohne dabei das Unternehmensinteresse in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zu rücken.

G. ERGEBNIS

Zunächst hat die Untersuchung ergeben, daß das Gesellschaftsinteresse im Sinne einer langfristigen Gewinnmaximierung keine geeignete Verhaltensmaxime für die Leitungsorgane einer AG im Rahmen der Organhaftung ist. Der durch den Gesellschaftszweck umschriebene Teil der Anteilseignerinteressen erscheint zwar zunächst als überzeugende Maßgabe für das Handeln der Unternehmensleiter, nach einer genaueren Überprüfung kann diese Verhaltensmaxime aber weder dogmatisch noch in ihren praktischen Ergebnissen überzeugen.

Beim Vergleich mit der US-amerikanischen Rechtslage hat sich gezeigt, daß eine schlichte Übernahme von Teilen der oft als vorbildlich empfundenen amerikanischen Haftungsregelung nicht sinnvoll ist und auch nicht zu den gewünschten Ergebnissen führt. Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime mag in der Rechtspraxis der USA in Zusammenhang mit der *business judgment rule* zu angemessenen Resultaten führen und auch dogmatisch überzeugend sein. In Deutschland bestehen jedoch ein unterschiedliches Haftungssystem und ganz andere unternehmens- und verfassungsrechtliche Vorgaben, was dazu führt, daß dieselbe Verhaltensmaxime in den beiden Rechtssystemen unterschiedliche Konsequenzen hat. Um Rückschlüsse von der amerikanischen Rechtslage auf die Problematik im deutschen Recht ziehen zu können, ist daher eine sehr differenzierte Betrachtung erforderlich.

Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime läßt sich dogmatisch am besten mit einer unternehmensrechtlichen Argumentation begründen. Diese und das ihr zugrunde liegende Unternehmensmodell ist mit dem geltenden Recht vereinbar und angesichts der Defizite beim Gesellschaftsinteresse die einzig mögliche Verhaltensmaxime für Vorstand und Aufsichtsrat. Inhaltlich geht es aus einer gleichberechtigten Heranziehung von Anteilseigner-, Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen hervor, wobei – trotz der relativen Unbestimmtheit des Begriffs – die angemessene Rentabilität den materiellen Mindestgehalt darstellt. Neben diese materielle Komponente tritt ein prozedurales Element des Unternehmensinteresses, das an den Prozeß der Entscheidungsfindung anknüpft. Hierauf ist bei der Prüfung von Haftungsfragen besonderer Wert zu legen, und im Rahmen der zukünftigen Entwicklung muß diese Komponente der Verhaltensmaxime im Mittel-

punkt stehen, da so den Anforderungen an eine ausgewogene Haftungsregelung am besten Rechnung getragen wird. Jedoch gestaltet sich auch die genauere Bestimmung der prozeduralen Pflichten schwierig.

Angesichts der Unbestimmtheit sowohl der materiellen als auch der prozeduralen Komponente ist das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime in gewisser Weise unbefriedigend. Allerdings hat die Untersuchung gezeigt, daß in dieser Problematik auch ein Vorteil liegt. Der Begriff bleibt flexibel und entwicklungsfähig, und es kann den Anforderungen des Einzelfalls Rechnung getragen werden. Unternehmerische Entscheidungen sind häufig äußerst komplex, und das Wirtschaftsleben ist einem laufenden Wandel unterworfen. Eine zu starre Fixierung des Verhaltensmaßstabs für Unternehmensleiter würde dem nicht gerecht werden. Vielmehr muß die Rechtsprechung durch eine Konkretisierung im Einzelfall diesen laufend weiterentwickeln.

Bei oberflächlicher Betrachtung erscheint dieses Ergebnis wenig spektakulär und für die Praxis nicht besonders hilfreich. Angesichts der Uneinigkeit in der bisherigen Diskussion um das Unternehmensinteresse und der gerade in jüngerer Zeit häufiger anzutreffenden Hinwendung zum Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime galt es jedoch unter Aufarbeitung der verschiedenen Auffassungen zu einer überzeugenden Begründung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime für den Vorstand zu gelangen und die praktische Relevanz der einzelnen Konzepte zu beleuchten, was in seiner Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte. Die bisherige isolierte Betrachtung der einzelnen Ansätze wurde überwunden und ein sach- und interessengerechtes Gesamtkonzept gefunden. Entgegen der verschiedentlich anzutreffenden Praxis, die *business judgment rule* mehr oder weniger unreflektiert als Vorbild heranzuziehen, wurde versucht, Unterschiede und Gemeinsamkeiten der deutschen und amerikanischen Rechtslage herauszuarbeiten, ein Vergleich, der sich als durchaus aufschlußreich erwiesen hat. Die differenzierte Betrachtung hat zum Teil genau das Gegenteil dessen ergeben, was auf den ersten Blick nahe liegt. Schließlich ist es gelungen, Ordnung ins Wirrwarr der Meinungen zu bringen, in dem der Begriff des Unternehmensinteresses oft unreflektiert verwandt wurde, und inhaltlich mit einer Kombination von materiellen und prozeduralen Kriterien einen verlässlichen Rahmen zu schaffen für die

zukünftige Entwicklung und die zweifellos notwendige Konkretisierung des Begriffs durch die Rechtsprechung.

Bibliographie

- Abeltshauser, Thomas E. Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998
- Allen, William T. Contracts and Communities; in: Corporation Law, 50 Wash. & Lee L.Rev. 1395 (1993)
- Ders. The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule Under U.S. Corporate Law; in: Comparative Corporate Governance, Hrsg.: Klaus J. Hopt, 1998, S. 307
- Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1989
- Altmeppen, Holger Neutralitätspflicht und Pflichtangebot nach dem neuen Übernahmerecht; in: ZIP 2001, S. 1073
- Baas, Dieter Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 1976
- Ballerstedt, Kurt Unternehmen und Wirtschaftsverfassung; in: JZ 1951, S. 486
- Ders. Besprechung von Godin-Wilhelmi: Aktiengesetz vom 6.9.1965, Kommentar; in: JZ 1968, S. 399
- Ders. Rezension über Thomas Raiser: Das Unternehmen als Organisation; in: ZHR 134 [1970], S. 251
- Ders. Was ist Unternehmensrecht?; in: Festschrift für Duden, 1977, S. 15
- Ballwieser, Wolfgang Moxter und der Shareholder-Ansatz; in: Festschrift für Adolf Moxter, Bilanzrecht und Kapitalmarkt, 1994, S. 1379
- Bastuck, Burkhard Enthftung des Managements: Corporate indemnification im amerikanischen und deutschen Recht, 1986
- Baudisch, Matthias / Götz, Alexander Nochmals: Neutralitätspflicht des Vorstands und Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung im Übernahmerecht; in: AG 2001, S. 251

- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968
- Baums, Theodor Der Geschäftsleitervertrag, 1987
- Benda, Ernst / Maihofer, Werner / Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994
- Berle, Adolf A. Corporate Powers as Powers in Trust, 44 Harv.L.Rev. 1049, (1931)
- Ders. For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note, 45 Harv.L.Rev. 1365 (1932)
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 93. Lief., Dezember 1999
- Boettcher, Erik / Hax, Karl / Kunze, Otto / Nell-Breuning, Oswald / Ortlieb, Heinz-D. / Preller, Ludwig Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968
- Brinkmann, Tomas Unternehmensziele im Aktienrecht; in: AG 1982, S. 122
- Ders. Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 1983
- Brockhaus Enzyklopädie ("Der große Brockhaus"), Bd. 10, 19. Aufl., 1989
- v. Brünneck, Alexander Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984
- Bühner, Rolf Das Management-Wert-Konzept, 1990
- Bungert, Hartwin Gesellschaftsrecht in den USA, 2. Aufl., 1999
- Busse von Colbe, Walter Was ist und was bedeutet Shareholder Value aus betriebswirtschaftlicher Sicht?; in: ZGR 1997, S. 271
- Cary, William L. Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware; in: 83 Yale L.J. 663 (1974)
- Cary, William L. / Eisenberg, Melvin A. Cases and Materials on Corporations, 6. Aufl., 1988 sowie Cumulative Supplement 1992

- Chazen, Leonard Greening the Grey Flannel Suit, 86 Yale L.J. 185 (1976)
- Coffee, John C. Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response, 63 Va.L.Rev. 1099 (1977)
- Coleman, James S. Responsibility in Corporate Action: A Sociologist's View; in: Corporate Governance and Directors' Liabilities, Hrsg.: Klaus J. Hopt und Gunther Teubner, 1985, S. 69
- Committee on Corporate Laws Other Constituencies Statutes: Potential for Confusion, 45, Bus.Law. 2253 (1990)
- Dimke, Andreas W. / Heiser, Kristian J. Neutralitätspflicht, Übernahmegesetz und Richtlinienvorschlag 2000; in: NZG 2001, S. 241
- Dodd, E. Merrick For Whom Are Corporate Managers Trustees?, 45 Harv.L.Rev. 1145 (1932)
- Duden Fremdwörterbuch, Duden Bd. 5, 7. Aufl., 2001
- Duden, Konrad Über Unternehmensziele; in: Festgabe für Otto Kunze, Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, S. 127
- Edenfeld, Stefan / Neufang, Stefan Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; in: AG 1999, S. 49
- Eisenhardt, Ulrich Zum Problem der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaft und GmbH gegenüber der Gesellschaft; in: Jura 1982, S. 289
- Ders. Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., 1999
- Engel, David L. An Approach to Corporate Social Responsibility, 32 Stan.L.Rev. 1 (1979)
- Ensch, Jürgen Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluß, 1989

- Europäische Kommission (Hrsg.) Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen, Grünbuch, 2001 (zit. Grünbuch)
- v. Falkenhausen, Bernhard Verfassungsmäßige Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH), 1967
- Farke, Wolfgang Öffentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums – ein Beitrag zur Neuordnung des Steinkohlenbergbaus an der Ruhr, 1973
- Farthmann, Friedhelm Publikumsaktionär und Mitbestimmung; in: BB 1968, S. 473
- Fechner, Erich Die Treubindungen des Aktionärs (Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue), 1942
- Ders. Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, Antrittsvorlesungen der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn, Heft 7, 1942
- Fischel, Daniel R. The Corporate Governance Movement, 35 Vand.L.Rev. 1259 (1982)
- Ders. The Business Judgment Rule and the Trans Union Case, 40 Bus.Law. 1437 (1985)
- Fischer, Curt Eduard Rechtsschein und Rechtswirklichkeit – rechtspolitische Betrachtungen zur Reform des Aktiengesetzes; in: AcP 154 [1954], S. 85
- Fitting, Karl / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen, Kommentar, 1978
- Fleck, Hans-Joachim Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers; in: GmbHR 1974, S. 224
- Ders. Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln; in: GmbHR 1997, S. 237

- Fleischer, Holger Unternehmensspenden und Leitungsermessen des
Vorstands im Aktienrecht; in: AG 2001, S. 171
- Flume, Werner Mitbestimmung – Ideologie und Recht; in: ZGR
1978, S. 678
- Ders. Um ein neues Unternehmensrecht, 1980
- Ders. Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts, Erster
Band, Zweiter Teil, Die juristische Person, 1983
- Friedman, Milton Capitalism and Freedom, 1962
- Ders. The Social Responsibility of Business Is to
Increase Its Profits; in: New York Times v.
13.09.1970 (Magazine), S. 32
- Garett, Ray Corporate Donations, 22 Bus.Law. 297 (1967)
- Gassner, Erich Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums
und das Gesetz; in: NVwZ 1982, S. 165
- Geßler, Ernst Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz;
in: JW 1937, S. 497
- Ders. Zur künftigen Verfassung der Genossenschaft; in:
Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70.
Geburtstag, 1972, S. 237
- Geßler, Ernst /
Hefermehl, Wolfgang /
Eckardt, Ulrich / Kropff,
Bruno Aktiengesetz (Kommentar), Bd. 2, 1974
(zit. *Bearbeiter* in Geßler/Hefermehl)
- v. Gerkan, Hartwin Die Beweislastverteilung beim
Schadensersatzanspruch der GmbH gegen ihren
Geschäftsführer; in: ZHR 154 [1990], S. 39
- v. Gierke, Julius Das Handelsunternehmen; in: ZHR 111 [1947],
S. 1
- v. Gierke, Julius /
Sandrock, Otto Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl., 1975
- v. Godin, Reinhard /
Wilhelmi, Hans Aktiengesetz, 4. Aufl., 1971; 2. Aufl., 1950

- Goette, Wulf Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung; in: ZGR 1995, S. 648
- Ders. Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung; in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft am Bundesgerichtshof, 2000, S. 123
(zit. 50 Jahre Bundesgerichtshof)
- Götz, Heinrich Organpflichtprozesse in der Aktiengesellschaft; in: AG 1997, S. 219
- Ders. Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Haftbarmachung von Vorstandsmitgliedern; in: NJW 1997, S. 3275
- Gouvin, Eric. J. Resolving the Subsidiary Director's Dilemma, 47 Hastings L.J. 287 (1996)
- Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 1992; 3. Aufl., 1973; 2. Aufl., 1961
- Großmann, Adolf Unternehmensziele im Aktienrecht, 1980
- Hanau, Peter Was bedeutet paritätische Mitbestimmung für das kollektive Arbeitsrecht?; in: ZGR 1977, S. 397
- Ders. Was bedeutet paritätische Mitbestimmung für das kollektive Arbeitsrecht?; in: BB 1969, S. 760
- Ders. Mitbestimmungsurteil und Arbeitsrecht; in: ZGR 1979, S. 524
- Hanau, Peter / Ulmer, Peter Mitbestimmungsgesetz (Kommentar), 1981
- Hausmann, Fritz Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 1928
- Hatzis-Schoch, Brent Die Bedeutung von Delaware für das amerikanische Gesellschaftsrecht; in: RIW 1992, S. 539

- Heinen, Edmund Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen – Das Zielsystem der Unternehmung, 2. Aufl., 1971
- Henn, Günther Die Rechtsstellung des Vorstands nach §§ 70, 71 AktG; in: MDR 1957, S. 392
- Ders. Handbuch des Aktienrechts, 5. Aufl., 1994
- Heermann, Peter W. Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung; in: ZIP 1998, S. 761
- Ders. Wie weit reicht die Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands?; in: AG 1998, S. 201
- Heisse, Matthias Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, 1988
- Henze, Hartwig Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft; in: NJW 1998, S. 3309
- Ders. Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats; in: BB 2000, S. 209
- Hommelhoff, Peter Die Konzernleitungspflicht, 1988
- Hommelhoff, Peter / Witt, Carl-Heinz Bemerkungen zum deutschen Übernahmegesetz nach dem Scheitern der Richtlinie; in: RIW 2001, S. 561
- Hopt, Klaus J. Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest; in: Corporate Governance and Directors' Liability, Hrsg.: Klaus J. Hopt und Gunther Teubner, 1985, S. 280
- Ders. Aktionärskreis und Vorstandsneutralität; in: ZGR 1993, S. 534
- Ders. Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat; in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 909

- Ders. Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa?; in: ZGR 2000, S. 779
- Ders. Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen; in: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 1361
- Horn, Norbert Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats; in: ZIP 1997, S. 1129
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I, 1953; Bd. II 1954
- Hüffer, Uwe Aktienbezugsrechte als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern – gesellschaftsrechtliche Analyse; in: ZHR 161 [1997], S. 214
- Ders. Aktiengesetz (Kommentar), 4. Aufl., 1999
- Immenga, Ulrich Aktiengesellschaft, Aktionärsinteressen und institutionelle Anleger, 1971
- Ipsen, Hans Peter Enteignung und Sozialisierung; in: VVDStRL 10 [1952], S. 74
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI Freiheitsrechte, 1989
- Junge, Werner Das Unternehmensinteresse; in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978, S. 547
- Jürgenmeyer, Michael Das Unternehmensinteresse, 1984
- Kessler, Manfred H. Interessen- und Kompetenzkonflikte in einer Aktiengesellschaft aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht; in: AG 1993, S. 252
- Keynes, John Maynard A Tract on Monetary Reform, 1923
- Kind, Sandra Darf der Vorstand einer AG Spenden an politische Parteien vergeben?; in: NZG 2000, S. 567
- Kindler, Peter Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung; in: ZHR 162 [1998], S. 101

- Kirchner, Christian Szenarien einer "feindlichen"
Unternehmensübernahme: Alternative rechtliche
Regelungen im Anwendungstest; in: BB 2000,
S. 105
- Kittner, Michael Unternehmensverfassung und Information – Die
Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern; in:
ZHR 136 [1972], 208, 220
- Knepper, William E. /
Bailey, Dan A. Liability of Corporate Officers and Directors, 4th
ed., 1988
- Koch, Wolfgang Das Unternehmensinteresse als
Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im
mitbestimmten Aufsichtsrat, 1983
- Kohlmann, Günter /
Felix, Günther Zur Zulässigkeit der Förderung politischer
Parteien durch Kapitalgesellschaften; in: DB
1983, S. 1059
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Bd. 2, 1996;
Einleitungs-Bd. 1984
(zit. *KK-Bearbeiter*)
- Krause, Hartmut Zur "Pool- und Frontenbildung" im
Übernahmekampf und zur Organzuständigkeit für
Abwehrmaßnahmen gegen "feindliche"
Übernahmeangebote; in: AG 2000, S. 217
- Krieger, Gerd Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands- und
Aufsichtsratshandelns, in: ZHR 163 [1999],
S. 343
- Kropf, Bruno Aktiengesetz, 1965
- Kübler, Friedrich K. Dual Loyalty of Labor Representatives; in:
Corporate Governance and Directors' Liabilities,
Hrsg.: Klaus J. Hopt und Gunther Teubner, 1985,
S. 429
- Ders. Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1998
- Kulitz, Peter Unternehmensspenden an politische Parteien,
1983

- Ders. Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts; in: ZfRV 1996, S. 1
- Mertens, Hans-Joachim Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967
- Ders. Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft?, NJW 1970, S. 1780
- Ders. Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrates, Korreferat; in: ZGR 1977, S. 270
- Ders. Zur Auslegung und zum Verhältnis von § 76 Abs. 1 und § 58 AktG im Hinblick auf uneigennütige soziale Aktivitäten der Aktiengesellschaft; in: Festschrift für Reinhard Goerdeler, Bilanz- und Konzernrecht, 1987, S. 349
- Ders. Der Vorstand darf zahlen; in: AG 2000, S. 157
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958
- Million, David Communitarians, Contractarians, and the Crisis in Corporate Law, 50 Wash. & Lee L.Rev. 1373
- Möller, Andreas / Pöttsch, Thorsten Das neue Übernahmerecht – Der Regierungsentwurf vom 11. Juli 2001; in: ZIP 2001, S. 1256
- Mülbert, Peter O. Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl., 1996
- Ders. Shareholder Value aus rechtlicher Sicht; in: ZGR 1997, S. 129
- Ders. Kapitalschutz und Gesellschaftszweck bei der Aktiengesellschaft; in: Festschrift für Marcus Lutter, Deutsches und europäisches Gesellschafts-Konzern- und Kapitalmarktrecht, 2000, S. 535
- Mülbert, Peter O. / Birke, Max Das übernahmerechtliche Behinderungsverbot; in: WM 2001, S. 705

- v. Münch Ingo / Kunig, Philip Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., 2000
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Aktiengesellschaft, Bd. 4, 2. Aufl., Hrsg.: Michael Hoffmann-Becking, 1999
(zit. *Bearbeiter* in MünchHb. GesR)
- Nader, Ralph / Green, Mark / Seligman, Joel Taming the Giant Corporation, 1976
- Netter, Oskar Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich"; in: Festschrift für Albert Pinner, 1932, S. 507
- Ott, Claus Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person, 1977
- Paefgen, Thomas Ch. Eine Morphologie des US-amerikanischen Rechts der Aktiengesellschaft, Teil I; in: AG 1992, S. 133
- Ders. Eine Morphologie des US-amerikanischen Rechts der Aktiengesellschaft, Teil II; in: AG 1992, S. 169
- Paefgen, Walter Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982
- Philipp, Wolfgang Darf der Vorstand zahlen?, AG 2000, S. 62
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard Grundrechte Staatsrecht II, 16. Aufl., 2000
- Prunty, William J. Love and the Business Corporation, 46 Va.L.Rev. 467 (1960)
- Raisch, Peter Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstand- und Aufsichtsratsmitgliedern; in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, 1976, S. 347
- Raiser, Thomas Das Unternehmen als Organisation, 1969

- Ders. Das Unternehmensinteresse; in: Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 101
- Ders. Die Zukunft des Unternehmensrechts; in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 561
- Ders. Unternehmensziele und Unternehmensbegriff; in: ZHR 144 [1980], S. 206
- Ders. Rezension über Werner Flume: Um ein neues Unternehmensrecht, 1980; in: AcP 181 [1981], S. 245
- Ders. Mitbestimmungsgesetz (Kommentar), 3. Aufl., 1998
- Ders. Unternehmen und juristische Person; in: Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35, 1999, S. 489
- Ders. Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., 2001
- Rappaport, Alfred Shareholder Value – Wertsteigerung als Maßstab für die Unternehmensführung, 1995
- Rathenau, Walter Vom Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung, 1917
- Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, 1958
- Reich, Norbert / Lewerenz, Karl-Jochen Das neue Mitbestimmungsgesetz – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht; in: AuR 1976, S. 261
- Dies. Das neue Mitbestimmungsgesetz – Zur Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und des Arbeitsdirektors; in: AuR 1976, S. 353
- Reinhardt, Rudolf / Schultz, Dietrich Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1981
- Reuter, Dieter Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht; in: AcP 179 [1979], S. 509 ff

- Rittner, Fritz Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965; in: Festschrift für Ernst Geßler, 1971, S. 139
- Ders. Öffentlich-rechtliche Elemente in der Unternehmensverfassung; in: Planung V. Öffentlich-rechtliche Grundlagen der Unternehmensverfassung, Hrsg.: Helmut Coing und Josef H. Kaiser, 1971 (zit. Planung V.)
- Ders. Unternehmensspenden an politische Parteien; in: Festschrift für Alexander Knur, 1971, S. 205
- Ders. Die werdende juristische Person, 1973
- Ders. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nach BGHZ 64, 325; in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1976, S. 365
- Ders. Begründungsdefizite im Mibestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts? Bemerkungen zum Aufsatz von Thomas Raiser, JZ 1979, 489 ff.; in: JZ 1979, S. 743
- Ders. Aktiengesellschaft oder Aktienunternehmen?; in: ZHR 144 [1980], S. 330
- Ders. Zur Verantwortung der Unternehmensleitung; in: JZ 1980, S. 113
- Ders. Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987
- Romano, Roberta Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation; in: Comparative Corporate Governance, 1998, Hrsg.: Klaus J. Hopt, S. 143
- Roth, Günter H. Das Treuhandmodell des Investmentrechts, 1972
- Ders. Handels- und Gesellschaftsrecht, Das Recht des kaufmännischen Unternehmens, 6. Aufl., 2001
- Rüthers, Bernd Rechtstheorie, 1999
- Salm, Eberhard Das Unternehmensinteresse – ein Beitrag zur Auseinandersetzung um den Begriff, 1986

- v. Samson-Himmelstjerna, Marc Persönliche Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften; in: ZvglRWiss 89 [1990], S. 288
- v. Savigny, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts, 1840
- Schaefer, Gudrun Die Haftung der Organwalter und der Gesellschafter von US-amerikanischen Corporations im Innenverhältnis, 1994
- Schilling, Wolf Ulrich Shareholder Value und Aktiengesetz; in: BB 1997, S. 373
- Schilling, Wolfgang Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit); in: Festschrift für Ernst Geßler, 1971, S. 159
- Ders. Die Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitglieds in unternehmensrechtlicher Sicht; in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 679
- Ders. Das Aktienunternehmen; in: ZHR 144 [1980], S. 338
- Ders. Erwiderung; in: ZGR 144 [1980], S. 338
- Schlechtriem, Peter Schadensersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften; in: Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 1991, S. 9
- Schneider, Uwe H. Unentgeltliche Zuwendungen durch Unternehmen; in: AG 1983, S. 205
- Ders. Aktienoptionen als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern; in: ZIP 1996, S. 1769
- Schneider, Uwe H. / Burgard, Ulrich Übernahmeangebote und Konzerngründung – Zum Verhältnis von Übernahmerecht, Gesellschaftsrecht und Konzernrecht; in: DB 2001, S. 963
- Schmidt, Karsten Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1998

- Ders. Handelsrecht, 5. Aufl., 1999
- Schmidt-Bleibtreu,
Bruno / Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., 1999
- Schmidt-Leithoff,
Christian Die Verantwortung der Unternehmensleitung,
1989
- Schön, Wolfgang Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzung auf
das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften
der öffentlichen Hand: – Gesellschaftsrechtliche
Analyse –; in: ZGR 1996, S. 429
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Aufl., 2000
- Schwerdtfeger, Gunther Unternehmerische Mitbestimmung der
Arbeitnehmer und Grundgesetz, 1972
- Ders. Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie;
in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft
Berlin, Heft 77, 1983
- Semler, Johannes Vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht;
in: Festschrift für Peter Raisch, 1995, S. 291
- Ders. Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft,
2. Aufl., 1996
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar),
Schuldrecht I, Band 2, 12. Aufl., 1990
- Sonnenberger, Hans Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit
geschäftsführender Organe von
Kapitalgesellschaften; in: GmbHR 1973, S. 25
- Spieker, Wolfgang Die Verschwiegenheitspflicht der
Aufsichtsratsmitglieder; in: NJW 1965, S. 1937
- Steindl, Martin US-Board und Aufsichtsrat, 1999
- Stolleis, Michael Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen
Recht, 1974
- Stone, Christopher D. Where the Law Ends, 1976

- Ders. Public Interest Representation: Economic and Social Policy Inside the Enterprise; in: Corporate Governance and Directors' Liabilities, 1985, S. 122
- Sünner, Eckart Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, in: ZHR 163 [1999], S. 364
- Suhr, Dieter Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966
- Ders. Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976
- Teichmann, Arndt Rezension über die Festschrift für Ernst Geßler zum 65. Geburtstag; in: ZHR 136 [1972], S. 166
- Teubner, Gunther Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries; in: Corporate Governance and Directors' Liabilities, Hrsg.: Klaus J. Hopt und Gunther Teubner, 1985, S. 14
- Ders. Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens "an sich"?; in: ZHR 149 [1985], S. 470
- Thoma, Georg F. Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz im Überblick, in: NZG 2002, S. 105
- Thümmel, Roderich C. Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 2. Aufl., 1998
- Ders. Aufsichtsräte in der Pflicht? – Die Aufsichtsratshaftung gewinnt Konturen, in DB 1999, S 885
- Ders. Haftungsrisiken von Vorständen und Aufsichtsräten bei der Abwehr von Übernahmeversuchen; in: DB 2000, S. 461
- Timm, Wolfram Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei unternehmensstrukturellen Entscheidungen; in: DB 1980, S. 1201
- Ulmer, Peter Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 1979

- Ders. Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns; in: ZHR 163 [1999], S. 290
- Vagts, Detlef F. Reforming the "Modern" Corporation: Perspectives from the German, 80 Harv.L.Rev. 23 (1966)
- Vollmer, Lothar Die Rechts- und Pflichtenstellung der "Vertreter der Gewerkschaften" in den Aufsichtsräten mitbestimmter Großunternehmen; in: BB 1977, S. 818
- Vorderwühlbecke, Martin Die Spendenkompetenz der Geschäftsführung; in: BB 1989, S. 505
- v. Werder, Axel Shareholder Value-Ansatz als (einzige) Richtschnur des Vorstandshandelns?; in: ZGR 1998, S. 69
- v. Werder, Axel / Feld, Christa Sorfaltsanforderungen der US-amerikanischen Rechtsprechung an das Top Management; in: RIW 1996, S. 481
- Werner, Winfried Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, Koreferat, ZGR 1977, S. 219
- Westermann, Harm Peter Unternehmensverfassung und Gesellschaftsrecht; in: Festschrift für Harry Westermann, 1974, S. 563
- Ders. Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder; in: ZGR 1977, S. 219
- Ders. Gesellschaftliche Verantwortung des Unternehmens als Gesellschaftsrechtsproblem; in: ZIP 1990, S. 771
- Westermann, Harry Die Verantwortung des Vorstands der AG; in: Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Hellmut Vits, 1963, S. 251

- Ders. Die unternehmerische Leitungsmacht des Vorstands der Genossenschaft nach geltendem und zukünftigem Genossenschaftsrecht im Vergleich zur Leitungsmacht des Vorstands der AG; in: Festschrift für Rudolf Reinhardt, 1971, S. 359
- Ders. Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht; in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 517
- Wiedemann, Herbert Unternehmerische Verantwortlichkeit und formale Unternehmensziele in einer zukünftigen Unternehmensverfassung; in: Festschrift für Carl Hans Barz, 1974, S. 561
- Ders. Grundfragen der Unternehmensverfassung; in: ZGR 1977, S. 160
- Ders. Das Mitbestimmungsrecht zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, Koreferat; in: ZGR 1977, S. 160
- Ders. Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer; in: BB 1978, S. 5
- Ders. Die Zukunft des Gesellschaftsrechts; in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 883
- Ders. Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980
- Ders. Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht; in: ZGR 1980, S. 147
- Wiethölter, Rudolf Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961
- Winter, Martin / Harbarth, Stephan Verhaltenspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmeangeboten nach dem WpÜG, in: ZIP 2002, S. 1

- Wolff, Hans J. / Bachof, Otto / Stober, Rolf Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999
- Würdinger, Hans Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., 1981
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963