

Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern

Thomas M. J. Möllers*

- A. Einleitung
- B. Grundlagen
 - I. Die Rolle von Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft
 - II. Die dogmatische Begründung der Treuepflicht
- C. Fallgruppen der Treuepflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern
 - I. Interessenkonflikte in Ausübung der Organtätigkeit
 - II. Interessenkonflikte außerhalb der Organtätigkeit
- D. Rechtsfolgen bei Verletzung der Treuepflicht
 - I. Ungültigkeit von Stimme oder Beschluss
 - II. Gültigkeit des konkreten Rechtsgeschäfts
 - III. Schadensersatzanspruch
 - IV. Pflicht zur Amtsniederlegung und Abberufung des Organmitglieds

Literatur

* Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers, Managing Director des Center for European Legal Studies (CELOS), Universität Augsburg.

A. Einleitung

Fälle von Missmanagement und Fehlverhalten durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Unternehmen scheinen nicht abzureißen. In den Schlagzeilen waren in den letzten Jahren die hohe Abfindung des Vorstandsvorsitzenden der Mannesmann AG Klaus Esser, das Verhalten von Frank Bsirske bei der Bestreikung der Flughäfen München und Frankfurt a. M. oder die Skandale bei Volkswagen¹ und Siemens.² Nicht selten entsteht bei den Anlegern der Eindruck, Vorstand und Aufsichtsrat handelten nicht ausschließlich im Interesse der Gesellschaft.³ Vor diesem Hintergrund wird verstärkt diskutiert, ob Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder mit bestimmten Handlungen gegen die ihnen obliegende Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verstoßen haben. Inzwischen wurde von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex ein Verhaltenskodex⁴ vorgelegt, der die Treuepflicht näher konkretisiert. Auf den Kodex wird im Einzelnen einzugehen sein.

Im Folgenden werden deshalb in einem ersten Schritt die Grundlagen dieser Treuepflicht aufgezeigt (B). Im Zusammenhang damit ist auch eine Abgrenzung zur Sorgfaltspflicht der Organe zu suchen. Sodann werden einzelne Fallgruppen der Treuepflichten der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder umschrieben (C.). In diesem Kontext ist auch auf die einzelnen Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Treuepflicht einzugehen (D.).

B. Grundlagen

I. Die Rolle von Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft

1. Vorstand

Der Vorstand ist neben dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung eines der drei gesetzlich vorgeschriebenen Organe der Aktiengesellschaft. Ihm obliegt gemäß § 76 Abs. 1 AktG die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft.⁵ Die Zuordnung von Leitungsmacht

1 http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,48861_5,00.html.

2 <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/970/110860>.

3 Nach einer neuen Studie von Handelsblatt und der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) ist die Mehrheit der Befragten der Meinung, dass Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder vorrangig eigene Interessen verfolgen, siehe www.handelsblatt.com v. 17.6.2002 und www.gfk.de v. 17.6.2002.

4 Erste Fassung veröffentlicht u. a. in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg. 2002, S. 236 ff. und im Internet mit den verschiedenen Fassungen unter www.corporate-governance-kodex.de; www.bmg.de.

5 Zu der Frage, ob die Unternehmensleitung einen besonderen Teilausschnitt der in § 77 AktG näher ausgestalteten Geschäftsführungsbefugnis darstellt, beide Begriffe synonym verwendet werden müssen oder die Leitung ein Mehr zur Geschäftsführung und Vertretung ist: *Mertens*, KölnKomm AktG, § 76 Rdnr. 4; *Semler*, Leitung, S. 6, mit einer ausführlichen Darstellung der neueren Literatur; *Kort*, Großkomm AktG, § 76 vor Rdnr. 1; ausführlich zum Streitstand: *Henze*, Leitungsverantwortung, S. 209.

dient vor allem der internen Abgrenzung zu den Rechten der anderen Organe.⁶ Er muss Grundsatzentscheidungen treffen und längerfristige Pläne für die Koordinierung der einzelnen Unternehmensaufgaben erstellen.⁷ In dieser Funktion handelt er »unter eigener Verantwortung«, d. h. ohne an Weisungen anderer Organe gebunden zu sein.⁸ Damit können weder Hauptversammlung noch Aufsichtsrat die Leitung des Unternehmens übernehmen.⁹

Die Aktiengesellschaft ist als juristische Person selbst nicht handlungsfähig. Sie benötigt mindestens eine natürliche Person, die für sie tätig wird. Während die Geschäftsführungsbefugnis das Innenverhältnis der Organe zueinander regelt, betrifft die Vertretung das Handeln für die Gesellschaft nach außen. Zur Erfüllung der Leitungsaufgabe stehen dem Vorstand nach innen die Geschäftsführung (§ 77 AktG) und nach außen die Vertretungsmacht (§ 78 AktG) zu. Sowohl die Geschäftsführung (§ 77 AktG und §§ 111 Abs. 4, 119 Abs. 2 AktG) als auch die Vertretungsmacht (§ 78 Abs. 1 AktG) obliegt alleine dem Vorstand. Der Aufsichtsrat kann die Gesellschaft nur in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen der §§ 111 Abs. 4 Satz 2, 3, 112 AktG nach außen vertreten. Die Hauptversammlung hat keinerlei Vertretungsmacht.¹⁰

Die grundlegende Rolle des Vorstandes als Organ ist es also, das Unternehmen sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis zu führen und damit die Unternehmensleitung, -planung und -koordinierung wahrzunehmen.¹¹

2. Die Rolle des Aufsichtsrats

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats lässt sich bereits aus der Bezeichnung Aufsichtsrat ableiten und ist in § 111 Abs. 1 AktG normiert. Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen, d. h. er hat dafür zu sorgen, dass der Vorstand seine Befugnisse gemäß seiner Pflichten aus §§ 76, 77, 93 Abs. 1 AktG ausübt.¹² Dabei handelt er ähnlich wie der Vorstand unabhängig und eigenverantwortlich.¹³ Der Aufsichtsrat ist seinem Wesen nach überwiegend ein reines Überwachungsorgan, das von der Hauptversammlung beauftragt wird, im Interesse der Gesellschaft die Geschäftsführung des Vorstands zu kontrollieren. Er hat weder die Aufgabe noch die Befugnis als »Oberleitung« der Gesellschaft zu fungieren und ist auch kein dem Vorstand übergeordnetes Organ.¹⁴

6 *Mertens, KölnKomm AktG, § 76 Rdnr. 4; Dose, Rechtsstellung, S. 40.*

7 *Dose, Rechtsstellung, S. 40.*

8 *Mertens, KölnKomm AktG, § 76 Rdnr. 42; Hefermehl, Komm AktG, § 76 Rdnr. 12.*

9 Nur nach § 111 Abs. 4 Satz 1, 2 AktG n. F. muss die Satzung einschränkend bestimmen, dass für bestimmte Arten von Geschäften die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist. Ziffer 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (Fn. 4) verlangt dies für Geschäfte von grundlegender Bedeutung.

10 Die gesetzlich festgeschriebenen Zustimmungserfordernisse der §§ 50 Satz 1, 52 Abs. 1, 53 Satz 1, 93 Abs. 4 Satz 3 AktG schränken die Vertretungsmacht des Vorstandes ein, ohne eine eigene der Hauptversammlung zu begründen.

11 *Mertens, KölnKomm AktG, § 76 Rdnr. 5; Hüffer, AktG, § 76 Rdnr. 8.*

12 *Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 2; Mertens, KölnKomm AktG, § 111 Rdnr. 11.*

13 BGH v. 29.1.1962, BGHZ 36, 296, 306; *Mülberr, Aufsichtsratsmitglieder, S. 104 ff.; Lutter/Krieger, Aufsichtsrat, S. 193.*

14 Vgl. Fn. 13.

Mit der Überwachung sollen Mängel aufgedeckt und unternehmerische »Katastrophen« frühzeitig entdeckt und verhindert werden.¹⁵ Das Zusammenspiel der beiden Organe soll eine erfolgreiche Entwicklung der Gesellschaft garantieren.¹⁶ Die Kontrolle durch den Aufsichtsrat beschränkt sich nicht auf die Rechtmäßigkeit, sondern umfasst auch die Zweckmäßigkeit des Vorstandshandelns.¹⁷ Die Überwachungsaufgabe des § 111 Abs. 1 AktG ist damit ein notwendiges Gegenstück zur Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands nach § 77 AktG.¹⁸

Der Gesetzgeber gibt dem Aufsichtsrat eine Reihe von Befugnissen an die Hand, um seine Überwachungsaufgabe effektiv durchführen zu können. Als wichtigstes Instrument steht dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 AktG das Recht zu, Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einzusehen. Zudem ist jedes Aufsichtsratsmitglied berechtigt und zur effektiven Überwachung auch verpflichtet, die obligatorischen Berichte des Vorstands zur Kenntnis zu nehmen (§ 90 Abs. 5 Satz 1 AktG) oder gegebenenfalls anzufordern (§ 90 Abs. 5 Satz 2 AktG). Der Aufsichtsrat erteilt den Prüfungsauftrag für den Jahresabschluss an den externen Wirtschaftsprüfer (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG) und prüft und billigt im Anschluss daran nach §§ 171, 172 AktG den Jahresabschluss selbst.

Das Aufsichtsratsmitglied muss an den gem. § 110 Abs. 3 AktG mindestens zweimal jährlich stattfindenden Aufsichtsratsitzungen teilnehmen. Jeder Aufsichtsrat kann bis zu zehn Mandate in unabhängigen Gesellschaften wahrnehmen (§ 100 Abs. 2 AktG). Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass das Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen wird. Im Gegensatz zum Amt des Vorstands ist das Amt des Aufsichtsrats als nebenberufliche Tätigkeit ausgestaltet worden.¹⁹

Das Fehlen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses, die beschränkte Mitwirkung des Aufsichtsrats an der Unternehmenspolitik und der nebenberufliche Charakter der Aufsichtsrats Tätigkeit sind wesentliche Gründe dafür, dass sich die konkrete Ausgestaltung der Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von derjenigen der Vorstandsmitglieder unterscheidet.

II. Die dogmatische Begründung der Treuepflicht von Aufsichtsrat und Vorstand

1. Die treuhänderische Tätigkeit der Leitungsorgane

a) Die Rechtsprechung zur Treuepflicht der Aktionäre

Spätestens seit der Entscheidung des BGH vom 5.6.1975²⁰ gilt es in der Rechtsprechung²¹ als festgelegt, dass der Mehrheitsgesellschafter einer GmbH bei seinen Entscheidungen eine

¹⁵ So auch *Mertens*, KölnKomm AktG, § 111 Rdnr. 25 ff.

¹⁶ *Semler*, Leitung, S. 53.

¹⁷ BGH v. 25.3.1991, BGHZ 114, 127, 129 f.; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 111 Rdnr. 11; *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 6.

¹⁸ *Mertens*, KölnKomm AktG, § 111 Rdnr. 11.

¹⁹ *Lutter*, Bankenvertreter, S. 235; *Mülbart*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 103; *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, S. 149; *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 897.

²⁰ BGH v. 5.6.1975, BGHZ 65, 15 (zum Stimmverhalten einer GmbH-Gesellschafterin).

²¹ Zu der Entwicklung dieser Rechtsprechung: *Flume*, Rechtsprechung, S. 161 ff.

Treuepflicht gegenüber dem Minderheitsgesellschafter zu beachten hat. Zunächst weitete der BGH²² diese Pflicht auf die Mehrheitsgesellschafter einer AG aus, bevor er in einem letzten Schritt feststellte, dass auch die Minderheitsaktionäre einer horizontalen Treuepflicht unterliegen.²³

Die Gesellschafter können über die Hauptversammlung über das Gesellschaftsvermögen der AG verfügen. Die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Gesellschaftsvermögen verlangt als Gegengewicht die Pflicht, auf das gesellschaftsbezogene Interesse Rücksicht zu nehmen.²⁴ Diese vertikale Treuepflicht ist damit Korrelat zur Rechtsmacht der Gesellschafter und begrenzt deren Einwirkungsmöglichkeiten.²⁵

b) Herleitung der Treuepflicht von Vorstand und Aufsichtsrat

Über diese gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zwischen Gesellschafter und Gesellschaft hinaus ist in Rechtsprechung²⁶ und Literatur²⁷ seit längerem anerkannt, dass auch den Organmitgliedern neben der Sorgfaltspflicht nach §§ 93, 116 AktG eine allgemeine Treuepflicht bei Ausübung der Organtätigkeit obliegt. Die genaue dogmatische Herleitung, der Umfang dieser organschaftlichen Treuepflicht und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen bedürfen aber noch weitergehender Klärung.

Vorherrschend ist die Ansicht, die eine gesteigerte Treuepflicht der Organe einer AG aus deren besonderer Verfügungsmacht über fremde Vermögensinteressen ableitet.²⁸ Den Organen wird über die §§ 77 ff., 111 ff. AktG die Möglichkeit eingeräumt, in großem Umfang Einfluss auf die Gesellschaft und deren Vermögen auszuüben. Als Gegengewicht zu diesen Rechten muss eine Pflicht entstehen, die fremden Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren. Einflussmöglichkeit und Verantwortung müssen sich entsprechen.²⁹

In den USA ist schon früh die treuhänderische Rechtsstellung und Aufgabe der Organe betont worden. Sie wird mit der anglo-amerikanischen Rechtsfigur des trust verglichen.³⁰ Die Organmitglieder stehen aufgrund ihrer Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen in einer besonderen Beziehung zur Gesellschaft. In Anlehnung an den anglo-amerikanischen trust wird diese Beziehung auch in Deutschland als eine Art Prinzipal-Agent-Verhältnis

22 BGH v. 1.2.1988, BGHZ 103, 184 ff., v. a. 195 – Linotype.

23 BGH v. 20.3.1995, ZIP 1995, 819 ff. – Girmes.

24 BGH v. 5.6.1975, BGHZ 65, 15, 19.

25 Lutter, Treuepflicht, S. 455; Cahn, Treuepflicht, S. 76.

26 U. a. BGH v. 21.12.1979, NJW 1980, 1629; BGH v. 11.7.1953, BGHZ 10, 187, 192; BGH v. 9.11.1967, BGHZ 49, 30, 31 (zu den Pflichten des GmbH-Geschäftsführers). Für die Interessenkollision BGH v. 5.6.1975, BGHZ 64, 325 ff.

27 U. a. Ulmer, Aufsichtsratsmandat, S. 1604; Wiedemann, Treuepflichten, S. 950 ff.; Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 144; Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 27.

28 U. a. Mestmäcker, Verwaltung, S. 214; Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, S. 84, 170 f.; Weisser, Corporate Opportunities, S. 133; Wiedemann, Treuepflichten, S. 950 f.

29 U. a. Mestmäcker, Verwaltung, S. 214; Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, S. 84; Weisser, Corporate Opportunities, S. 133; Wiedemann, Treuepflichten, S. 951.

30 North Confidence Mining & Dev.Co. v. Fitch, 208 P. 328 (Cal. Ct. App. 1922); Stack v. Welder, 31 P 2d 426 (Cal. Ct. App. 1934); Gates v. Plainfield Trust Co., 191 A. 304, 318 (N.J. CH 1937) aff d, 194 A. 65 (N.J. 1937); Cox et al., Corporations, B. § 10.12, S. 205. Der Gedanke wurde jetzt für das deutsche Recht fruchtbar gemacht: siehe Grundmann, Der Treuhandvertrag, S. 166 ff., 421 ff.; Cahn, Treuepflicht, S. 76 f.

bezeichnet.³¹ Der Agent (das Organmitglied) nimmt die Vermögensinteressen des Prinzipals (der Gesellschaft) wahr. Im Rahmen dieser treuhänderischen Beziehung handeln die Organe fremdnützig, denn sie verwalten das Gesellschaftsvermögen für die AG. Sie müssen ausschließlich zum Wohle der Gesellschaft handeln.³²

2. Abgrenzung zu anderen Treuepflichten

a) Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB

Teilweise wird in der Literatur behauptet, dass die besondere Treuepflicht der Organmitglieder »über das von § 242 BGB Bestimmte hinausgeht«.³³ Diese Aussage kann leicht missverstanden werden, denn die besondere Treuepflicht ist keine Ausgestaltung des § 242 BGB. Bei der Treuepflicht des § 242 BGB geht es darum, im Zuge eines Austauschverhältnisses die gegenläufigen Interessen der Parteien zum Ausgleich zu bringen. § 242 BGB verbietet es grundsätzlich nicht, eigene Interessen zu verfolgen. Ein solches Verbot wäre bei Austauschverträgen mit von Natur aus widerstrebenden Interessen auch verfehlt. Gesteigerte Anforderungen sind lediglich bei Dauerschuldverhältnissen oder dauernden Geschäftsbeziehungen denkbar.³⁴

Bei der Treuepflicht, der die Organmitglieder unterworfen sind, ist die Situation dagegen eine andere. Das Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft ist kein Austauschverhältnis, sondern, ähnlich wie die Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB, als Interessenwahrungsvertrag zugunsten der Gesellschaft zu charakterisieren.³⁵ Anders als bei Austauschverhältnissen verfolgen die Gesellschaft und das fremdnützig handelnde Organmitglied ein gleichlaufendes Interesse, nämlich das Unternehmensinteresse.³⁶ Im Unterschied zur allgemeinen Treuepflicht nach § 242 BGB ist es nicht vorrangiger Zweck der besonderen organschaftlichen Treuepflicht, die Grenzen der legitimen Verfolgung eigener Interessen zu regeln, sondern die Unterordnung eigener Interessen zu gebieten und die Wahrnehmung fremder Interessen zu sichern.

31 Hopt, Aktionärskreis, S. 540 f.; für die Geschäftsleitung: Grundmann, Der Treuhandvertrag, S. 421 f.; Weisser, Corporate Opportunities, S. 133; Wiedemann, Treuepflichten, S. 951 f.

32 Nur beispielhaft Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 57, § 116 Rdnr. 27; Krebs, Interessenkonflikte, S. 22 ff.; Hopt, Aktionärskreis, S. 540.

33 Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 9, 145; entsprechend auch Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 9, § 93 Rdnr. 5, § 116 Rdnr. 4; Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 57; Mestmäcker, Verwaltung, S. 214. Schwintowski, Verschwiegenheitspflicht, S. 1012 nennt die Pflicht ohne weitere Begründung eine »ungeschriebene, das Gesellschaftsrecht beherrschende, allgemeine Treuepflicht«.

34 Roth, MünchKomm-BGB, § 242 Rdnr. 158.

35 Zu der Einteilung der verschiedenen Vertragstypen Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, § 8 Abs. 3 Satz 1 a) aa); zum Interessenwahrungsvertrag beispielsweise: Staudinger, Staudinger/Martinek, § 675 Rdnr. A 41; Sprau, BGB, § 675 Rdnr. 3.

36 Die Situation ist vergleichbar mit dem in § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WpHG enthaltenen Verbot des *scalping*, wonach es einem Wertpapierhändler untersagt ist, im Vorfeld einer Kundenempfehlung oder Research-Veröffentlichung Eigengeschäfte zu tätigen. Der Händler ist gezwungen, allein das Kundeninteresse zu verfolgen.

b) Arbeitsrechtliche Treuepflicht

Bei Vorstandsmitgliedern entsteht mit dem Anstellungsvertrag zwar eine mit Arbeitnehmern vergleichbare rechtliche Situation. Grundlage der gesteigerten organschaftlichen Treuepflicht ist aber nicht dieses Anstellungsverhältnis und eine soziale Abhängigkeit oder Fürsorgepflicht, sondern das treuhänderische Verhältnis, welches mit der Bestellung zum Organmitglied entsteht. Grundsätzlich haben daher die organschaftlichen Treuepflichten einen anderen Ursprung. Sie weichen im konkreten Einzelfall in Inhalt und Intensität von der Treuepflicht des Arbeitnehmers ab.³⁷

c) Aktienrechtliche Sorgfaltspflichten nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG

aa) Umschreibung der Sorgfaltspflichten

Die Vorstandsmitglieder sind nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Für die Aufsichtsratsmitglieder gilt Ähnliches über die Verweisungsnorm des § 116 Satz 1 AktG. In einer Doppelfunktion³⁸ werden die allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten und Verschuldensmaßstäbe (z. B. aus § 347 Abs. 1 HGB bzw. § 276 Abs. 2 BGB) näher konkretisiert.³⁹

Bei Verletzung der Sorgfaltspflicht entsteht unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 bis 4 AktG eine unmittelbare persönliche Haftung des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft auf Schadenersatz.⁴⁰

Bei der Bestimmung der Reichweite der Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG ist zu berücksichtigen, dass die Organmitglieder wirtschaftliche und unternehmerische Entscheidungen treffen müssen. Sie sind häufig gezwungen, Prognosen für die Zukunft anzustellen und aus mehreren Entscheidungsalternativen eine auszuwählen. Dabei müssen gewisse Risiken eingegangen werden.⁴¹ Aus diesem Grund ist den einzelnen Vorstandsmitgliedern grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen, um der Unternehmensleitung bei diesen »Entscheidungen unter Unsicherheit« keine zu engen Grenzen zu setzen.⁴² Diese sog. Business Judgement Rule hat nun der Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aufgenommen.⁴³ Sie findet sich auch im DCGK.⁴⁴ Diese Neuregelung kann auch als Ausgleich zu dem durch 148 n. F. AktG erleichterten Verfolgungsrecht der Aktionäre gedeutet werden.⁴⁵

37 So kann den Vorstand etwa die Pflicht treffen, den Urlaub zum Wohle der Gesellschaft abzubrechen, vgl. *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 58.

38 So die h.M., z.B. *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 7; *Hefermehl*, Komm AktG, § 93 Rdnr. 9.

39 *Hüffer*, AktG, § 93 Rdnr. 4; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 7.

40 Zum umstrittenen Klagerecht der Aktionäre *Kreuzer*, Haftung, S. 64 ff.

41 BGH v. 4.7.1977, BGHZ 69, 207, 213 (für eine KG); *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 82.

42 BGH v. 21.4.1997, BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck; *Hopt*, Haftung, S. 921 ff; *ders.*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 81 ff.; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 29, 47.

43 Siehe RegE UMAG BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Hopt/Roth*, Großkomm AktG, Nachtrag zu § 93 Abs. 1, Satz 2, 4 n.F. AktG, Rdnr. 1 ff. mit umfangreichen Nachweisen; siehe hierzu ausführlich *Binder*, Geschäftsleiterhaftung, S. 274 ff.

44 Ziffer 3.8 Satz 2 DCGK (Fn. 4).

45 *Hüffer*, AktG, § 93 Rdnr. 4a.

Für die Aufsichtsratsmitglieder gilt nach § 116 Satz 1 AktG der Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nur sinngemäß, da der Aufsichtsrat nicht wie der Vorstand das Unternehmen leitet, sondern hauptsächlich Überwachungsaufgaben wahrnimmt. Aufgrund dieser unterschiedlichen Aufgaben und Funktionen können auch Sorgfaltspflicht und Haftung nicht identisch sein.⁴⁶ Anstelle des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist auf den ordentlichen und gewissenhaften Überwacher abzustellen.⁴⁷ Ein Ermessensspielraum des Aufsichtsrats nach den Regeln der Business Judgement Rule ist jedenfalls ausgeschlossen bei der Pflicht zur Überprüfung, ob ein Vorstandsmitglied seine organschaftlichen Pflichten verletzt hat.⁴⁸

bb) Abgrenzung der Sorgfalts- von der Treuepflicht

In der Literatur wird die Treuepflicht zum Teil als das übergeordnete Rechtsinstitut bezeichnet, das auch die Sorgfaltspflicht umfasse.⁴⁹ Setzt man diesen Gedankengang konsequent fort, wäre die Treuepflicht im Ergebnis eine Grenze bzw. Einschränkung des Ermessensspielraums, welcher den Organmitgliedern im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht zusteht.

Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen. Eine Sorgfaltspflicht ist jedoch auch ohne Treuepflicht denkbar.⁵⁰ Folglich geht auch der Gesetzgeber nicht von einem weiten Verständnis der Treuepflicht aus, welche die Sorgfaltspflicht umfasst. Ansonsten hätte er nicht in den §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Sorgfaltspflicht generell geregelt und die Treuepflicht nur in vereinzelte Tatbestände aufgenommen,⁵¹ sondern umgekehrt die Treuepflicht allgemein normiert und einzelne Fallgruppen der Sorgfaltspflicht genannt. Die Treuepflicht ist deshalb im Vergleich zur Sorgfaltspflicht als aliud zu bezeichnen.⁵² Sie stellt eine eigenständige Pflicht mit eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen dar.⁵³ Die organschaftliche Treuepflicht setzt dem Handeln der Organmitglieder zusätzliche Grenzen unabhängig von der Sorgfaltspflicht. Diese Einordnung entspricht den unterschiedlichen Ansatzpunkten der beiden Pflichten. Auch aus rechtsvergleichender Sicht lassen sich Sorgfaltspflicht (duty of care) und Treuepflicht (duty of loyalty) unterscheiden und in ein aliud-Verhältnis stellen.⁵⁴

46 Hüffer, AktG, § 116 Rdnr. 1; Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 2 f.

47 Hüffer, AktG, § 116 Rdnr. 2; Schwark, Haftungsmaßstab, S. 841 ff. zu Fällen, in denen der Aufsichtsrat unternehmerische Entscheidungen trifft.

48 Siehe hierzu Paefgen, Ermessensentscheidung, S. 761.

49 Wiedemann, Treuepflichten, S. 950, der die Treuepflicht unterteilt in die Sorgfaltspflicht und die Pflicht zur Loyalität.

50 Thalmann, Die Treuepflicht der Verwaltung, 1975, S. 5.

51 Wie das Wettbewerbsverbot für die Vorstandsmitglieder (§ 88 AktG) und die Verschwiegenheitspflicht, §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

52 So Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 72; und wohl auch Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 57, § 116 Rdnr. 4; Mülbart, Aufsichtsratsmitglieder, S. 116; auch Hüffer, AktG, § 116 Rdnr. 3 f., § 93 Rdnr. 4 ff., führt in seiner Gliederung der Kommentierung die Treuepflicht als zur Sorgfaltspflicht gleichberechtigte Pflicht an.

53 Hopt etwa vergleicht in Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 72 für den Vorstand das Verhältnis zwischen der Sorgfaltspflicht und der Treuepflicht im Ansatz mit dem zwischen §§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB, 347 Abs. 1 HGB auf der einen und § 242 BGB auf der anderen Seite.

54 Cox et al., Corporations, A. § 10.1, S. 180; Clark, Corporate Law, S. 105 ff. mit jeweils w. Nachw.; zum Verhältnis zwischen *duty of care* und *duty of loyalty* im U.S.-amerikanischen Recht aus der deutschen Literatur siehe z. B. Hopt, Haftung, S. 929; ders., Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 72.

3. Begriffliche Umschreibung der Treuepflicht

Die Sorgfaltspflichten der §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verpflichten die Organmitglieder, im Rahmen eines gewissen unternehmerischen Ermessensspielraums sorgfältig vorzugehen, sobald sie kraft ihrer Organbefugnisse auf das Gesellschaftsvermögen einwirken. Die Treuepflicht verpflichtet die Organe hingegen dazu, im Rahmen der treuhänderischen und fremdnützigen Beziehung alles zu unterlassen, was sich nachteilig auf das Unternehmen auswirken kann, und eigene Interessen hinter diejenigen der Gesellschaft zurück zu stellen. Die organschaftliche Treuepflicht stellt damit, ähnlich wie die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Aktionäre⁵⁵, eine allgemeine Schranke bei der Ausübung der Rechte dar. Sie ist immanenter Bestandteil der rechtlichen Beziehung zwischen dem Organmitglied und der Gesellschaft. Die Treuepflicht verpflichtet die Organmitglieder dazu, im Rahmen der treuhänderischen Beziehung alles zu unterlassen, was sich nachteilig auf das Unternehmen auswirken kann.⁵⁶ Sie verlangt, dass das Organmitglied der Gesellschaft loyal dient.⁵⁷ Dazu gehört es, Interessenkonflikte zu vermeiden und die Interessen der Gesellschaft eventuell kollidierenden eigenen Interessen vorzuziehen.⁵⁸ Sie verpflichtet ferner dazu, mit den anderen Organen der Gesellschaft effektiv und vertrauensvoll zusammenzuarbeiten.⁵⁹ Organmitglieder dürfen ihre Stellung weder zum eigenen noch zum Vorteil Dritter ausnützen.⁶⁰ Insoweit besteht ein allgemeines Schädigungsverbot. Die Organe haben Interessenkonflikte unverzüglich offen zu legen.⁶¹ Die Gesellschaft bringt den Organen ein besonderes Vertrauen entgegen und hat deshalb ein Recht darauf, Kenntnis zu erhalten, falls ihre Interessen gefährdet sind. Unterschiede zwischen Vorstand und Aufsichtsrat betreffen nicht die Grundlagen, sondern nur die konkrete Ausgestaltung der Treuepflicht.⁶² Die weite Umschreibung der Treuepflicht verlangt zur Präzisierung eine Fallgruppenbildung.⁶³ Die verschiedenen Fälle der Treuepflicht wurden entweder vom Gesetzgeber gesetzlich umschrieben oder von Rechtsprechung und Literatur entwickelt. Als Orientierung dienen dabei die beiden Prinzipien, dass die Lösung von Interessenkonflikten zum Nachteil des Unternehmens unzulässig ist und dass das Unternehmen nicht geschädigt werden darf.⁶⁴

55 Dazu BGH v. 20.3.1995, BGHZ 129, 136, 143; Zöllner, KölnKomm AktG, Einl. Rdnr. 169; Lutter, Treuepflicht, S. 454 f.; Timm, Anmerkungen, S. 1582, 1583.

56 Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 145; Mertens, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 27, § 93 Rdnr. 57; Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, S. 170; Dreher, Interessenkonflikte, S. 897.

57 Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 57; Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 145.

58 Ziffern 4.3.3, 5.5.1 des Kodex (Fn. 4); BGH v. 21.12.1979, NJW 1980, 1629, 1639 (für den Aufsichtsrat); Ulmer, Aufsichtsratsmandat, S. 1605 f.; Lutter/Krieger, Aufsichtsrat, S. 203 f. Für das US-amerikanische Recht Cox et al., Corporations, A. § 10.1, S. 180.

59 Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, S. 78 ff.

60 Wiedemann, Organverantwortung, S. 7 f.

61 Vgl. Ziffern 4.3.4 Satz 1, 5.5.2 und 5.5.3 Satz 1 des Kodex (Fn. 4).

62 So auch Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 147.

63 Zur Notwendigkeit der Fallgruppengruppenbildung aus rechtsstaatlichen Gründen im Rahmen des § 1 UWG: BVerfG v. 11.12.2000, BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 – Verfassungsmäßigkeit der Schockwerbung von Benetton, hierzu Möllers, WuB V B. § 1 UWG 3.01, 2001.

64 Vgl. Fn. 56 f.

C. Fallgruppen der Treuepflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern

I. Interessenkonflikte in Ausübung der Organtätigkeit

1. Rechtsgeschäfte der Gesellschaft

Schließt die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft ab, können für die Organmitglieder Konfliktsituationen entstehen. Zu denken ist etwa an einen Vertragsschluss mit einem dem Vorstandsmitglied nahe stehenden Dritten zu für die Gesellschaft ungünstigen Bedingungen, die Annahme von Geschenken oder der Einfluss des Aufsichtsrats auf den Vorstand. Die Mitglieder beider Organe sind, wenn sie über ihre Organstellung Einfluss auf einen Vertrag nehmen können, strikt an die Treuepflicht gebunden. Droht der Gesellschaft durch eine Handlung eines Organmitglieds ein Nachteil oder entsteht eine Interessenkollision zwischen den Gesellschaftsinteressen und den Eigeninteressen des Organmitglieds bzw. von ihm verfolgten Drittinteressen, ist das betroffene Mitglied verpflichtet, die konkrete Handlung zu unterlassen.

Beim Vorstand bedeutet dies als Ausgestaltung des allgemeinen Schädigungsverbots⁶⁵, dass er keinen Vertrag mit nahestehenden Dritten abschließen darf, der die Gesellschaftsinteressen benachteiligt.⁶⁶

Dasselbe gilt für Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie in den Fällen der §§ 87, 89, 112 AktG für die Gesellschaft handeln. Ansonsten hat es der Aufsichtsrat nur zu unterlassen, den Vorstand zu einer für die Gesellschaft negativen Entscheidung zu veranlassen, damit dem Unternehmen kein Nachteil entsteht.⁶⁷

Alle Handlungen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung fallen bereits in den Tätigkeitsbereich des Vorstandes und sind damit von der Vorstandsvergütung abgedeckt.⁶⁸ Im Rahmen von Geschäftsbeziehungen dürfen Vorstände deshalb keine Geschenke annehmen.⁶⁹ Zudem besteht mit der Annahme von Geschenken die Gefahr der Beeinträchtigung von Interessen der Gesellschaft, weil Provisionen oder Schmiergelder in das konkrete Geschäft eingepreist werden.⁷⁰

Bei Aufsichtsratsmitgliedern liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht nur dann vor, wenn die Annahme unter Ausnutzung ihrer Organstellung erfolgt (beispielsweise bei einem Versprechen an den Schenker, in dessen Interesse auf die Willensbildung von Organen der Gesellschaft einzuwirken).⁷¹

65 Vgl. oben Fn. 55.

66 Vgl. Ziffer 4.3.2 des Kodex (Fn. 4).

67 *Strasser*, Treuepflicht, S. 68; *Fleck*, Eigengeschäfte, S. 92 ff.

68 Allgemein ohne Bezug auf den Kodex: *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 181; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 62. Zum U.S.-amerikanischen Recht *Cox et al.*, Corporations, B. § 11.8, S. 246.

69 Vgl. Ziffer 4.3.2 des Kodex (Fn. 4). Aus Praktikabilitätsgründen dürfte aber die Überschreitung einer Bagatellgrenze erforderlich sein. Mit dem Verbot werden die für Amtspersonen geltenden Grundsätze der §§ 331, 332 StGB auf das Zivilrecht übertragen. Die Lauterkeit von Personen, die Entscheidungen treffen müssen, soll gewahrt bleiben.

70 *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 181.

71 *Strasser*, Treuepflicht, S. 71 f.; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 29; mit der Frage, ob die Provisionsannahme ein Eigengeschäft sei: *Fleck*, Eigengeschäfte, S. 107 ff.

2. Unternehmensübernahmen

Bei Unternehmensübernahmen besteht die Gefahr, dass ein Mitglied eines Organs der Zielgesellschaft (auch) Eigeninteressen verfolgt, wenn es beispielsweise das Übernahmeangebot bekämpft.⁷² Vorstandsmitglieder wollen in der Praxis häufig höhere Abfindungen durchsetzen oder ihren Vorstandsposten sichern.

Um die Verfolgung von Eigeninteressen zu verhindern, müssen Vorstand und Aufsichtsrat nach § 3 Abs. 3 WpÜG im Interesse der Zielgesellschaft handeln. In Erweiterung dieses Grundsatzes verbietet die Neutralitätspflicht des § 33 WpÜG dem Vorstand, Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, die nicht durch die Hauptversammlung beschlossen wurden. Bei den sog. »Vorratsbeschlüssen« des § 33 Abs. 2 Satz 1 WpÜG kann die Ermächtigung auch schon vor der Angebotsabgabe erteilt werden.

Geht es um die Entscheidung, ob ein Übernahmeangebot zu empfehlen oder abzulehnen ist (§ 27 Abs. 1 WpÜG), wird das Organmitglied in seiner Aufgabe als Organ der Zielgesellschaft tätig. In diesem Bereich hat es ausschließlich die Interessen der Zielgesellschaft zu wahren. Eigene Interessen oder die Interessen Dritter haben immer zurückzustehen.⁷³ Die Organmitglieder dürfen also beispielsweise nicht eine Übernahme bekämpfen, nur um dadurch ihre persönliche Situation zu verbessern.

Der Vorrang der Interessen der Zielgesellschaft gilt auch, wenn beispielsweise ein Aufsichtsratsmitglied zugleich Mitglied eines Organs einer Bietergesellschaft, einer die Übernahme unterstützenden Bank⁷⁴ oder eines konkurrierenden Unternehmens ist.

3. Mehrfachmandate

a) Pflichtenstellung

Bei Mehrfachmandaten entstehen nicht selten Interessenkonflikte zwischen verschiedenen Pflichtenstellungen. Vorstandsmitglieder sind in der Praxis häufig im Aufsichtsrat von anderen Gesellschaften vertreten⁷⁵ und Aufsichtsratsmitglieder haben oft Mandate in mehreren Gesellschaften gleichzeitig inne. Vorstandsmitglieder von Banken⁷⁶ sind in Deutschland aufgrund des Einflusses der Kreditinstitute und deren vielfältigen Beteiligungen oft in den Aufsichtsräten von Unternehmen vertreten.⁷⁷ In Konzernen ebenfalls häufig anzutreffen sind Doppelmandate in Tochtergesellschaft und Konzernmutter.⁷⁸ Interessenkonflikte ent-

72 Speziell zu dieser Problemstellung *Winter/Harbarth*, Verhaltenspflichten, S. 3 ff.; *Altmeyen*, Neutralitätspflicht, S. 1073 ff.; *Maier-Reimer*, Verhaltenspflichten, S. 258 ff.

73 *Altmeyen*, Neutralitätspflicht, S. 1077.

74 Ausführlich dazu *Heermann*, Interessenkonflikte, S. 1693 ff.; *Herkenroth*, Bankenvertreter, S. 35 ff., 39 f.; *Möllers*, Interessenkonflikte S. 1615 ff. mit Hinweis auf die Übernahme der BHW-Holding AG durch die Post AG.

75 Beachte dazu Ziffer 4.3.5 des Kodex (s. Fn. 4).

76 Speziell dazu *Lutter*, Bankenvertreter, S. 226 ff.; *Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 256 ff.; *Wiedemann*, Organverantwortung, S. 23 ff.

77 Hierzu *Mülbart*, Gutachten E, S. 119.

78 *Passarge*, Vorstands-Doppelmandate, S. 441 ff.; *Vetter*, Interessenkonflikte im Konzern, S. 342 ff.; *Altmeyen*, Interessenkonflikte im Konzern, S. 320 ff.

stehen aber auch bei der Entsendungen von Repräsentanten der öffentlichen Hand und der Gewerkschaft in Aufsichtsräte von verschiedenen Gesellschaften.⁷⁹

Bei Mehrfachmandaten zwingt die Treuepflicht die Mitglieder zu einer strikten Abgrenzung der Pflichtenkreise.⁸⁰ Die Treuepflicht aus derjenigen Organstellung, die ein Vorstandsmitglied gerade ausübt, hat immer Vorrang.⁸¹ Im Rahmen der Pflichterfüllung dürfen die Interessen der anderen Gesellschaft nicht berücksichtigt werden.⁸² Die Pflichterfüllung gegenüber einer anderen Gesellschaft kann einen Treuepflichtverstoß nicht rechtfertigen.⁸³ Erfährt also beispielsweise ein Vorstandsmitglied einer Bank von einer Entscheidung, die sich nachteilig auf eine Gesellschaft auswirkt, in der er ein Aufsichtsratsmandat inne hat, verbietet ihm § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die Weitergabe der Information an diese Gesellschaft.⁸⁴

b) Konkretisierung der Unterlassungspflicht – der Stimmrechtsausschluss

Wie bei allen Fällen der Interessenkollision ist bei den Mehrfachmandaten zu prüfen, ob das betroffene Organmitglied an Beschlüssen mitwirken darf.

Nach einer Ansicht in der Literatur lässt sich aus den gesetzlichen Normierungen der typischen Konfliktsituationen in §§ 34 BGB, 136 Abs. 1 AktG, 47 Abs. 4 GmbHG, 43 Abs. 6 GenG, 25 Abs. 5 WEG eine allgemeine Regelung zur Lösung »erheblicher« Interessenkonflikte ableiten.⁸⁵ Danach hätte das betroffene Organmitglied kein Stimmrecht mehr, sobald eigene oder relevante Drittinteressen tangiert werden. Dieser allgemeine Stimmrechtsausschluss wird teilweise auch aus dem Rechtsgedanken des § 181 BGB abgeleitet, wonach keine Person gleichzeitig zwei entgegen gesetzten Interessen dienen kann.⁸⁶

Die herrschende Ansicht hingegen lehnt solch eine Ausdehnung des Stimmrechtsverbotes ab.⁸⁷ Ein genereller Stimmrechtsausschluss für alle erheblichen Interessenkollisionen wäre wenig praktikabel und würde zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, weil nicht sicher wäre, wann ein »erheblicher« Interessenkonflikt bestehen soll. In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Regelungen der §§ 34 BGB, 136 Abs. 1 AktG, 47 Abs. 4 GmbHG, 43 Abs. 6 GenG, 25 Abs. 5 WEG soll das Stimmrechtsverbot deshalb nur dann greifen, wenn ein

79 OLG Hamburg v. 31.1.1990, ZIP 1990, 311 ff.; ausführlich zur ersten Fallgruppe: *Decher*, Loyalitätskonflikte, S. 280 ff.; *Säcker*, Behördenvertreter, S. 781 ff.; *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 116 ff. Zum Interessenkonflikt bei den Abnehmervertretern: *Möllers*, Streikbeteiligung, S. 697 ff.

80 Zum Stand der Diskussion ausführlich *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 63 ff.

81 *Gefler*, Komm AktG, § 96 Rdnr. 61; für den Aufsichtsrat: *Ulmer*, Aufsichtsratsmandat, S. 1605, danach findet bei der Ausübung des Hauptamtes (der Vorstandstätigkeit) lediglich eine Willkür- und Missbrauchskontrolle statt; *Heermann*, Interessenkonflikte, S. 1693; mit Fallbeispielen: *Lutter*, Bankenvertreter, S. 230 ff.

82 *Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 258.

83 BGH v. 21.12. 1979, NJW 1980, 1629 ff.

84 *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 150.

85 Ausführlich dazu: *Engfer*, Interessenkollision, S. 112 ff.; ohne Begründung: *Mayer-Landrut*, Großkomm AktG, § 108 Rdnr. 5.

86 *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 123.

87 Jeweils nur zum Aufsichtsrat *Mertens*, KölnKomm AktG, § 108 Rdnr. 49; *Gefler*, Komm AktG, § 108 Rdnr. 29; *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 901; *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 250; *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 117 ff. Völlig gegen ein Stimmrechtsverbot *Behr*, Teilnahmerecht, S. 285.

Rechtsgeschäft mit dem Organmitglied oder die Einleitung bzw. Erledigung eines Rechtsstreites mit ihm Bestandteil des Beschlusses ist.⁸⁸

In der Beratungsphase kann das betroffene Organmitglied, falls es den Interessenkonflikt offengelegt hat, noch mitwirken, da davon auszugehen ist, dass die übrigen Organmitglieder bei Kenntnis des Interessenkonflikts den Beitrag ihres Kollegen entsprechend beurteilen können.⁸⁹

4. Wettbewerbsverbot

Nach § 88 Abs. 1 Satz 1 AktG ist es den Vorstandsmitgliedern generell untersagt, ohne Einwilligung des Aufsichtsrates ein Handelsgewerbe zu betreiben oder im Geschäftszweig der Gesellschaft auf eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu tätigen.⁹⁰ Damit ist bezweckt, der Gesellschaft die volle Arbeitskraft der Vorstandsmitglieder zu sichern⁹¹ und die Gesellschaft vor für sie nachteiligen Konkurrenzgeschäften zu schützen.⁹² Das Wettbewerbsverbot ist ein gesetzlich geregelter Fall der Treuepflicht.⁹³

Die Aufsichtsratsmitglieder üben im Hauptberuf in der Praxis normalerweise eine andere Tätigkeit aus. Aufgrund des nebenberuflichen Charakters der Aufsichtsrats Tätigkeit müssen und können die Mitglieder nicht ihre gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen. Ein generelles Wettbewerbsverbot würde die hauptberufliche Tätigkeit in zu starkem Maße tangieren. Für die Aufsichtsratsmitglieder ist deshalb ein allgemeines Wettbewerbsverbot nicht gesetzlich normiert.⁹⁴ Es kann auch nicht aus der Treuepflicht abgeleitet werden.⁹⁵ Ein Wettbewerbsverbot kann sich nur im Einzelfall aus der speziellen Inkompatibilität ergeben⁹⁶, aus dem Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft wahrzunehmen oder sonstige eigene Vorteile aus dem Mandat zu ziehen.⁹⁷

88 Sehr ausführlich *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 127 ff.; nach *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 901 seien damit ohnehin schon alle wirklich relevanten Interessenskollisionen abgedeckt. Auch der Kodex (Fn. 4) bietet zum Stimmrechtsausschluss keine neue Regelung.

89 Gegen ein Teilnahmeverbot: *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 901; *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 166; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 108 Rdnr. 55.

90 Vgl. das ausdrückliche, weit gefasste allgemeine Wettbewerbsverbot in Ziffer 4.3.1 des Kodex (Fn. 4).

91 *Hefermehl*, Komm AktG, § 88 Rdnr. 1; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 88 Rdnr. 2; *Freudenberg*, Nebentätigkeitsrecht, S. 20 ff.

92 *Hüffer*, AktG, § 88 Rdnr. 1; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 88 Rdnr. 2; *Freudenberg*, Nebentätigkeitsrecht, S. 25 ff.

93 *Mertens*, KölnKomm AktG, § 88 Rdnr. 3; *Hüffer*, AktG, § 88 Rdnr. 1. Zur vergleichbaren Pflicht in den USA: *Cox et al.*, Corporations, B. § 11.9, S. 247.

94 Folglich fehlen im AktG und im Kodex dem § 88 AktG und der Ziffer 4.3.1 des Kodex (Fn. 4) entsprechende Regelungen für den Aufsichtsrat.

95 *Schneider*, Wettbewerbsverbot, S. 367 ff.; *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 899.

96 Dazu s.u. D. IV; *Lutter*, Unwirksamkeit, S. 517; *Reichert/Schlitt*, Konkurrenzverbot, S. 244 ff.; mit einer Differenzierung je nach Situation *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 99 f.

97 *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 71 f.

II. Interessenkonflikte außerhalb der Organtätigkeit

1. Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft

a) Gesetzlich geregelte Interessenkonflikte

Bei Rechtsgeschäften, die zwischen der Gesellschaft und einem Organmitglied, bzw. mit diesem nahe stehenden Dritten abgeschlossen werden, ist es offensichtlich, dass die Interessen des Organmitglieds und der Gesellschaft kollidieren können.⁹⁸ Deshalb hat der Gesetzgeber einzelne Fälle normiert. Die Bezüge des Vorstands werden beispielsweise vom Aufsichtsrat festgelegt (§ 87 AktG⁹⁹), der Aufsichtsrat bestimmt über die Kreditgewährung an die Vorstandsmitglieder (§ 89 AktG)¹⁰⁰ und vertritt die Gesellschaft ihm gegenüber (§ 112 AktG). Über Aktienoptionsprogramme beschließt die Hauptversammlung (§§ 87 Abs. 1 AktG, 192 Abs. 2 Nr. 3, 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG).¹⁰¹ Auf diesem Wege soll verhindert werden, dass der Vorstand als Vertreter der Gesellschaft auf beiden Seiten des Vertrages steht und für ihn besonders günstige In-sich-Geschäfte abschließt. Für Geschäfte mit dem Aufsichtsrat existieren ähnliche Schranken in den §§ 114¹⁰², 115 AktG.

b) Unterlassungspflicht

Auch in gesetzlich nicht geregelten Fällen, in denen ein Organmitglied mit der eigenen Gesellschaft Geschäfte abschließt, ist es im Rahmen seiner Organtätigkeit strikt an die Treuepflicht und das Unternehmensinteresse gebunden. Droht der Gesellschaft durch eine Handlung ein Nachteil oder entsteht eine Interessenkollision zwischen den Gesellschaftsinteressen und den Interessen des Organmitglieds, sind Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit verpflichtet, die konkrete Handlung zu unterlassen.

Ein Eigengeschäft kann vom Vorstand nur abgeschlossen werden, wenn es at arm's length erfolgt, d. h. wenn die Vertragsbedingungen marktüblichen Konditionen entsprechen, zu welchen die Gesellschaft auch mit außen stehenden Dritten kontrahieren würde.¹⁰³ Wesentliche Geschäfte bedürfen zur Kontrolle der Zustimmung des Aufsichtsrates.¹⁰⁴

98 Wiedemann, Organverantwortung, S. 16 ff. mit den Lücken des deutschen AktG.

99 Nach Ziffer 4.2.4 des Kodex (Fn. 4) sollen die Bezüge im Anhang des Konzernabschlusses veröffentlicht werden; zu den Grenzen u. a. Lutter, Vorstandsvergütung, S. 737 ff.; siehe hierzu auch LG München I v. 23.8.2007, AG 2008, 133, 134f.; zur Vertiefung lesenswert: Waldhausen, Vergütung, S. 179, 180.

100 Witte/Hrubesch, Haftung bei Kreditvergaben, S. 725.

101 Hüffer, AktG, § 87 Rdnr. 6, § 193 Rdnr. 5 ff. In den USA sind überhöhte Bezüge von Vorständen von Gerichten überprüft worden. Zum Problem der richtigen Berechnung der *executive compensation* siehe Cox et al., Corporations, A. § 11.5, S. 225 ff.

102 Zu den Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern: Mertens, Beratungsverträge, S. 175 ff.

103 Vgl. Ziffer 4.3.4 Satz 2 des Kodex (Fn. 4); Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 159; unter Verweis auf den anglo-amerikanischen Fairness-Test ders., Self-Dealing, S. 289; Weisser, Corporate Opportunities, S. 24 f. Für die Ausnahme beim Anstellungsvertrag: Mertens, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 70; Hopt, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 160.

104 Ziffer 4.3.4 Satz 3 des Kodex (Fn. 4).

Wenn hingegen ein Aufsichtsratsmitglied mit der zu beaufsichtigenden Gesellschaft einen Vertrag abschließt, trifft es nur die Pflicht, den Vorstand nicht so zu beeinflussen, dass dieser eine für die Gesellschaft nachteilige Entscheidung trifft.¹⁰⁵

2. Wahrnehmung von Geschäftschancen (Corporate Opportunities)

a) Die Pflichtenstellung im Allgemeinen

Die Vorstandsmitglieder erhalten im Rahmen ihrer Organtätigkeit umfangreiche Fachkenntnisse über den Markt und die Branche. Die Gesellschaft überlässt ihnen die Geschäftsführung im Vertrauen darauf, dass sie ihre volle Arbeitskraft und die vertraulichen Informationen ausschließlich zum Nutzen der Gesellschaft verwenden. Aus dem fremdnützigen und treuhänderischen Charakter der Organstellung folgt das Verbot, aus Geschäftschancen der Gesellschaft einen eigenen Vorteil zu ziehen.¹⁰⁶

b) Die einzelnen Pflichten im Besonderen: aktive und passive Förderungspflicht

Bei Vorstandsmitgliedern ist zu beachten, dass sie der Gesellschaft ihre gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellen müssen. Die Vorstandsmitglieder unterliegen dem Wettbewerbsverbot des § 88 AktG und dürfen einer guten Corporate Governance wegen ohne Einwilligung des Aufsichtsrates außerhalb ihrer Organtätigkeit keine Aufsichtsratsmandate antreten.¹⁰⁷ Daraus wird gefolgert, dass die Vorstandsmitglieder auch außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit entdeckte Geschäftschancen an die Gesellschaft weiterleiten müssen. Vorstandsmitgliedern obliegt eine aktive Förderungspflicht.¹⁰⁸

Aufsichtsratsmitglieder hingegen müssen aufgrund des nebenberuflichen Charakters ihres Amtes außerhalb ihrer Organtätigkeit das Gesellschaftsinteresse nicht aktiv, sondern lediglich passiv fördern.¹⁰⁹ Geschäftschancen müssen sie nicht weiterleiten. Außerhalb ihrer Organtätigkeit dürfen sie Geschäftschancen an sich ziehen, auch wenn der zu beaufsichtigenden Gesellschaft dadurch möglicherweise ein Nachteil entsteht. Die Grenze des Erlaubten bildet hierbei das allgemeine Schädigungs- und Willkürverbot.

105 *Strasser*, Treuepflicht, S. 68; *Fleck*, Eigengeschäfte, S. 92 ff.; Ziffer 5.5.4 des Kodex (Fn. 4) nennt einzelne Verträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft, für die eine Genehmigung des Aufsichtsrates erforderlich ist. S. auch *Leuering/Simon*, Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern S. 171 f.

106 So z. B. *Mertens*, KölnKomm AktG, § 88 Rdnr. 3; jetzt auch in den Ziffern 4.3.3 Satz 2 und 5.5.1 Satz 2 des Kodex (Fn. 4), wonach die Organmitglieder Geschäftschancen der Gesellschaft nicht nutzen dürfen.

107 Vgl. Ziffer 4.3.5 des Kodex (Fn. 4).

108 *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 67; *Weisser*, Corporate Opportunities, S. 180; zu den Begriffen aktive und passive Förderungspflicht: *Lutter*, Theorie, S. 108, 110.

109 *Strasser*, Treuepflicht, S. 66 f.; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 29; *Weisser*, Corporate Opportunities, S. 138.

3. Mitteilungsverbote als Ausdruck des Schädigungsverbotes

a) Geschäftsgeheimnisse und die gesetzlich normierte Verschwiegenheitspflicht

Die Vorstandsmitglieder erhalten bei ihrer Organ Tätigkeit zwangsläufig vertrauliche Informationen, vor deren missbräuchlicher Verwendung die Gesellschaft geschützt werden muss.¹¹⁰

§ 93 Abs. 1 Satz 3 n. F. AktG verpflichtet jedes Vorstandsmitglied, über vertrauliche Angaben oder Geheimnisse der Gesellschaft, die ihm durch die Organ Tätigkeit bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei der Verschwiegenheitspflicht um eine gesetzliche Ausprägung der organschaftlichen Treuepflicht.¹¹¹ § 93 Abs. 1 Satz 3 n. F. AktG normiert eine strikte Unterlassungspflicht. Das Gesetz sieht hierbei keinen Ermessensspielraum vor.

Die Gefahr, dass Geschäftsgeheimnisse an unbefugte Dritte gelangen, ist bei der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern größer als bei Vorstandsmitgliedern.¹¹² Diese sind oft in anderen Gesellschaften tätig, die an diesen Geschäftsgeheimnissen ein eigenes Interesse haben können.¹¹³ Mit der nun ausdrücklich geregelten Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder in § 116 Satz 2 AktG wollte der Gesetzgeber ein Gegengewicht zu dem durch das Kontroll- und Transparenzgesetz (KonTraG)¹¹⁴ verstärkten Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat schaffen.¹¹⁵ Nach § 116 Satz 2 AktG ist der Aufsichtsrat nun ausdrücklich zur Verschwiegenheit über vertrauliche Berichte und Beratungen verpflichtet.¹¹⁶

Der konkrete Inhalt der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern kann sich aber aufgrund der unterschiedlichen Aufgaben und Informationen von dem der Vorstandsmitglieder unterscheiden.¹¹⁷ Einem Aufsichtsratsmitglied ist es beispielsweise verwehrt, Geschäftsgeheimnisse an eine dritte Gesellschaft weiter zu geben, in der es Mitglied des Vorstands ist.¹¹⁸ Die Pflichten als Aufsichtsratsmitglied sind den Pflichten als Vorstandsmitglied nicht untergeordnet, sondern gleichrangig.¹¹⁹

- 110 Zum Umfang der Verschwiegenheitspflicht: *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 75 ff.; *Hefermehl*, Komm AktG, § 93 Rdnr. 15 ff.
- 111 BGH v. 5.6.1975, BGHZ 64, 325, 327; *Hefermehl*, Komm AktG, § 93 Rdnr. 15; *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 167; *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 75, der die Pflicht gleichzeitig dem § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zuordnet.
- 112 Vgl. auch Begr. RegE TransPuG zu § 116 AktG, BT-Drucks. 14/8769, S. 18.
- 113 Zu denken ist dabei beispielsweise an Bankenvorstände, die in Aufsichtsräten von Gesellschaften sitzen, die Kredite dieser Banken in Anspruch genommen haben. Um die Absicherung dieser Kredite abzuschätzen, wären interne Informationen für die Banken sehr wertvoll.
- 114 BGBl. 1998, Teil I, S. 786 ff.
- 115 Begr. RegE TransPuG zu § 116 AktG, BT-Drucks. 14/8769, S. 18.
- 116 Die Änderung des § 116 AktG erfolgte durch Art. 1 Nr. 10 des Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) v. 19.7.2002, BGBl. I, S. 2681 ff.
- 117 Zum Inhalt der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds: *Mertens*, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 36 ff.; *Hüffer*, AktG, § 116 Rdnr. 6 ff.
- 118 *Weisser*, Corporate Opportunities, S. 188 ff.; *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 150.
- 119 *Anders Merkt*, Unternehmensleitung, S. 437, wenn eine Information außerhalb jeder Tätigkeit erworben wird. Dann soll die Stellung als Vorstand vorgehen.

b) Das Unterlassen sonstiger geschäftsschädigender Äußerungen

Ein Organmitglied kann außerhalb seines Aufgabenbereichs Äußerungen tätigen, die zwar die Gesellschaft in irgendeiner Weise betreffen, aber keine Geschäftsgeheimnisse darstellen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich ein Organmitglied in einem Interview abwertend über den Markt oder die Branche äußert, in dem die Gesellschaft tätig ist. Die Verschwiegenheitspflicht der §§ 93 Abs. 1 Satz 2, 116 Satz 2 AktG n. F. ist damit nicht verletzt. Allerdings ergeben sich hier Grenzen aus der organschaftlichen Treuepflicht.

aa) Vorstand

Beim Vorstand bereitet es keine Probleme, eine Pflicht zum Unterlassen dieser Äußerung auch außerhalb der Organtätigkeit zu begründen.¹²⁰ Aufgrund des besonders engen Treueverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft hat das Vorstandsmitglied stets alles zu unterlassen, was dem Unternehmen schaden könnte (allgemeines Schädigungsverbot). Sobald der Gesellschaft ein Nachteil droht, hat das Vorstandsmitglied von Äußerungen abzusehen, auch wenn es keine vertraulichen Kenntnisse aus seinem Bereich bekannt gibt.

bb) Aufsichtsrat

Bei Aufsichtsratsmitgliedern ist die Situation differenzierter zu beurteilen. Aufgrund des Nebentätigkeitscharakters der Aufsichtsratsratstätigkeit besteht keine der Stellung der Vorstandsmitglieder vergleichbare enge Verbindung zum Unternehmen. Gibt das betreffende Aufsichtsratsmitglied nur allgemeine Informationen wieder und bezieht es diese Äußerungen nicht auf die konkrete Gesellschaft, ist die organschaftliche Treuepflicht grundsätzlich nicht verletzt. Eine Pflichtverletzung kann nur angenommen werden, wenn das Mitglied die Gesellschaft willkürlich schädigt.¹²¹

4. Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Die passive Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wird aufgrund der vom Gesetzgeber vorgegebenen Mitbestimmung allgemein als zulässig erachtet.¹²² In den Fällen eines rechtswidrigen Streiks, des Ausnutzens von Insiderwissen zur effektiven Streikführung und der Herbeiführung eines unverhältnismäßig hohen Schadens durch die aktive Streikunterstützung kann wegen einer Verletzung der Treuepflicht allerdings gegen das Aufsichtsratsmitglied rechtlich vorgegangen werden.¹²³

Dagegen ist höchst umstritten, ob eine aktive Streikunterstützung durch die Arbeitnehmervertreter darüber hinaus zulässig ist. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur ist die Ansicht vorherrschend, eine aktive Beteiligung an einem Streik sei den Aufsichtsratsmitgliedern verwehrt. Ein Streik sei mit dem Unternehmensinteresse nicht vereinbar und der

120 *Hopt*, Großkomm AktG, § 93 Rdnr. 157, *Mertens*, KölnKomm AktG, § 93 Rdnr. 60.

121 *Ulmer*, Aufsichtsratsmandat, S. 1606; *Fleck*, Eigengeschäfte, S. 91 spricht von einem Gebot des geschäftlichen Anstandes und der Fairness.

122 Beispielsweise *Naendrup*, GemeinschaftsKom MitbestG, § 25 Rdnr. 216; *Köstler/Kinner/Zachert*, Aufsichtsratspraxis, Rdnr. 633; *Hopt/Roth*, Großkomm AktG, § 116 Rdnr. 205 ff.

123 *Möllers*, Streikbeteiligung, S. 697 ff.

Konflikt müsse zugunsten des Unternehmensinteresses gelöst werden. Nehme das Aufsichtsratsmitglied dennoch am Streik teil, müsse sein Mandat derweil ruhen.¹²⁴

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird der Interessenkonflikt dagegen ganz überwiegend zugunsten der Mitbestimmung gelöst. Eine aktive Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter sei zulässig.¹²⁵ Der Gesetzgeber habe es den Gewerkschaftsvertretern bewusst ermöglicht, Aufsichtsratsmandate zu übernehmen. Eine Beschränkung des Streikrechts sei eine unzulässige Einengung der Tarifautonomie und eine Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter.¹²⁶ Lediglich bei punktuellen Interessenkonflikten habe das Aufsichtsratsmitglied diese offen zu legen und sich bei Abstimmungen ggf. der Stimme zu enthalten. Insbesondere sei aber auf eine Gleichbehandlung der Arbeitnehmervertreter mit den Anteilseignern bei Interessenkollisionen zu achten.¹²⁷

Ziffer 5.5.2 des Corporate Governance Kodex bietet auch keine zufriedenstellende Lösung der Konfliktsituation.¹²⁸ De lege ferenda sollte geprüft werden, ob unser nationales Mitbestimmungsmodell nicht auf den Prüfstand gehört.

D. Rechtsfolgen bei Verletzung der Treuepflicht

I. Ungültigkeit von Stimme oder Beschluss

Ein Verstoß gegen ein Stimmrechtsverbot führt zur Nichtigkeit der Einzelstimme.¹²⁹ Ändert sich infolge der Nichtigkeit der Einzelstimme das Abstimmungsergebnis, d. h. wurde ohne die nichtige Stimme die erforderliche Mehrheit nicht erreicht, schlägt dies auf den gesamten Beschluss durch.¹³⁰

Die Treuepflicht schützt die Gesellschaft. Daher haftet dem fehlerhaften Beschluss ein inhaltlicher Mangel an, der nicht zur Disposition des Aufsichtsratsgremiums steht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein Beschluss, der ohne die erforderliche Mehrheit zustande gekommen ist, nichtig und nicht lediglich anfechtbar ist.¹³¹ Die beabsichtigte Rechtswirkung des Beschlusses kann damit nicht eintreten.¹³²

124 OLG München v. 20.1.1956, BB 1956, 995; *Mertens*, KölnKomm AktG § 96, Rdnr. 303; *Edenfeld/Neufang*, Arbeitnehmervertreter, S. 51 f.; *Martens*, Mitbestimmungsgesetz, S. 429; *Müller*, Mitbestimmungsgesetz, S. 253.

125 *Fitting/Wlotzke/Wissmann*, MitbestG, § 25 Rdnr. 119 f.; *Naendrup*, GemeinschaftKomm MitbestG, § 25, Rdnr. 215 f.; *Köstler/Kinner/Zachert*, Aufsichtsratspraxis, Rdnr. 634 f.; *Gaumann/Schafft*, Arbeitskampf, S. 1517 f.; *Hanau/Wackerbarth*, Mitbestimmung 5/2004, 66 f.

126 *Fitting/Wlotzke/Wissmann*, MitbestG, § 25 Rdnr. 120 ziehen § 74 Abs. 3 BetrVG entsprechend heran, nach dem Betriebsratsmitgliedern die Streikbeteiligung erlaubt ist; s. auch, jedoch mit sorgfältiger Abwägung: *Hanau/Wackerbarth*, Mitbestimmung 5/2004, 66 ff.

127 *Hanau/Wackerbarth*, Mitbestimmung 5/2004, 66, 68 f.

128 Ausführlich dazu: *Möllers*, Streikbeteiligung, S. 697 ff.

129 *Engfer*, Interessenkollision, S. 164; *Hüffer*, AktG, § 108 Rdnr. 17.

130 *Mertens*, KölnKomm AktG, § 108 Rdnr. 74 f.; *Hüffer*, AktG, § 108 Rdnr. 17 f.

131 Zur Abgrenzung ausführlich *Mertens*, KölnKomm AktG, § 108 Rdnr. 83 f.

132 *Hüffer*, AktG, § 108 Rdnr. 18.

II. Gültigkeit des konkreten Rechtsgeschäfts

Problematisch ist die Rechtsfolge für Verträge, die unter Verletzung der Treuepflicht oder aufgrund von nichtigen Beschlüssen abgeschlossen wurden. Die Treuepflicht regelt nur das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Organmitglied und wirkt sich grundsätzlich nicht auf das Außenverhältnis aus.

Nach § 82 Abs. 1 AktG kann die dem Vorstand im Rahmen des § 78 AktG verliehene gesetzliche Vertretungsmacht nicht über die in den §§ 78, 84 Abs. 1 und 3, 112 AktG vorgesehenen Grenzen hinaus beschränkt werden.¹³³ Vertragliche und satzungsmäßige Sonderregelungen über die Vertretungsmacht der Vorstände wirken nicht gegenüber Dritten sondern nach § 82 Abs. 2 AktG nur im Verhältnis zur Gesellschaft.¹³⁴ Die aus der besonderen Treuepflicht oder der Nichtigkeit von Beschlüssen erwachsende Unterlassungspflicht hat ihren Ursprung in der treuhänderischen und fremdnützigen Beziehung zwischen Organmitglied und Gesellschaft und ist keine gesetzlich festgelegte Begrenzung der Vertretungsmacht. Schließt ein Vorstandsmitglied einen Vertrag mit einem Dritten unter Verstoß gegen die Treuepflicht, wirkt dieses Rechtsgeschäft für und gegen die Gesellschaft.

Hingegen kann die Wirksamkeit von Verträgen gegenüber Dritten in zwei Ausnahmefällen, in denen der Dritte nicht schutzwürdig ist, nicht angenommen werden.

Zum einen ist das der Fall bei der sog. Kollusion, d. h. wenn der Dritte mit dem Organmitglied bewusst und willentlich zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirkt. Solche Verträge sind gemäß § 138 BGB nichtig.¹³⁵ Ist der Dritte ein Aufsichtsratsmitglied, sind besonders die Fälle relevant, in denen das Aufsichtsratsmitglied seinen Einfluss auf den Vorstand ausnutzt, um ein Geschäft zum Nachteil der Gesellschaft abzuschließen.¹³⁶

Zum anderen entfällt die Schutzbedürftigkeit des Dritten und mit ihr die Wirksamkeit des Vertrages, wenn ein evidenter Missbrauch seitens des Vorstandsmitglieds vorliegt und der Geschäftspartner diesen erkennen musste.¹³⁷

Dieselben Grundsätze gelten, wenn anstelle des Dritten die Gesellschaft mit einem ihrer Organmitglieder kontrahiert. Steht das Organmitglied dabei auf beiden Seiten des Vertrages, wird meist ein Fall der Kollusion oder Evidenz gegeben sein. Ist keine Kollusion oder Evidenz gegeben, hat die Gesellschaft gegenüber ihren pflichtwidrig handelnden Organmitgliedern im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages (s.D. III).

Im Ergebnis ist die Treuepflicht nur für die Frage der Schadensersatzpflicht der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft relevant und wirkt sich mit Ausnahme der eben genannten Fälle nicht auf das Außenverhältnis aus.

133 Näheres bei Hüffer, AktG, § 82 Rdnr. 4; Mertens, KölnKomm AktG, § 83 Rdnr. 3.

134 Mertens, KölnKomm AktG, § 82 Rdnr. 5.

135 BGH v. 25.3.1968, BGHZ 50, 113, 114; Hüffer, AktG, § 82 Rdnr. 6; Mertens, KölnKomm AktG, § 82 Rdnr. 39.

136 Zu diesem Sonderfall Fleck, Eigengeschäfte, S. 93 f.

137 BGH v. 25.3.1968, BGHZ 50, 113, 114; Hüffer, AktG, § 82 Rdnr. 7 mit Darstellung des Streitstands, ob auf der Rechtsfolgenseite ein Einwand nach § 242 BGB besteht oder §§ 177 ff. BGB analog anzuwenden sind; Mertens, KölnKomm AktG, § 82 Rdnr. 39 mit dem Problem, ob Fahrlässigkeit des Dritten ausreicht.

III. Schadensersatzanspruch

In den gesetzlich geregelten Fällen der Treuepflichtverletzung sind in den §§ 88 Abs. 2 AktG, 93 Abs. 2 AktG Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder ausdrücklich vorgesehen.

In den gesetzlich nicht geregelten Fällen besteht bei einer Treuepflichtverletzung eine verschuldensabhängige Schadensersatzpflicht in entsprechender Anwendung der §§ 88 Abs. 2, 93 Abs. 2 Satz 1, 116 Satz 1 AktG.¹³⁸ Die Ersatzpflicht tritt jedoch in entsprechender Anwendung des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht ein, wenn der Interessenkonflikt oder das betreffende Rechtsgeschäft von einem Organ der Gesellschaft wirksam genehmigt wurde.¹³⁹

Schließt ein Vorstandsmitglied einen Vertrag unter Verletzung seiner Treuepflicht, hat es nach § 249 Satz 1 BGB grundsätzlich Naturalrestitution zu leisten und der Vertrag ist rückgängig zu machen.

Zieht ein Vorstandsmitglied eine Geschäftschance des Unternehmens widerrechtlich an sich, muss diese an die Gesellschaft weitergeleitet werden, indem beispielsweise die Ware gegen Zahlung des ursprünglichen Kaufpreises an das Unternehmen weiter verkauft wird.¹⁴⁰ Der Gesellschaft ist jedoch kein Schaden entstanden, wenn sie die Geschäftschance nicht hätte wahrnehmen können oder wollen.¹⁴¹ § 148 Abs. 1 AktG will nun das Klagezulassungsverfahren erleichtern.¹⁴²

IV. Pflicht zur Amtsniederlegung und Abberufung des Organmitglieds

Für die Aufsichtsratsmitglieder ist umstritten, ob eine nachhaltige erhebliche Interessenkollision eine Pflicht zur Amtsniederlegung begründen kann. Grundsätzlich ist eine solche Pflicht abzulehnen, weil das Gesetz abgesehen von den §§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3, 105 AktG keine allgemeine Inkompatibilitätsregelung kennt.¹⁴³ In Situationen, in denen auf Dauer ein nachhaltiger Interessenkonflikt besteht, ist es dem Aufsichtsratsmitglied aller-

138 *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 903; *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 78 ff., 186; *Wiedemann*, Organverantwortung, S. 40 ff.

139 Erfolgt die Zustimmung bereits vor der fraglichen Handlung, fehlt es wohl schon an einem Vertrauen, das verletzt werden kann, so dass schon kein Treuepflichtverstoß vorliegt, vgl. auch die Ziffern 4.3.4 Satz 3, 4.3.5, 5.5.4 des Kodex (Fn. 4).

140 BGH v. 8.5.1989, ZIP 1989, 986, 987 f.; *Kübler/Waltermann*, Geschäftschancen, S. 172.

141 BGH v. 8.5.1989, ZIP 1989, 986, 987 f.

142 S. zu den durch das UMAG kodifizierten Erleichterungen: *Hopt/Roth*, Großkomm AktG, § 116 Rdnr. 304-307 ff.

143 *Mertens*, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 32; *Lutter*, Bankenvertreter, S. 251; *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 902, der lediglich die Möglichkeit der Abberufung nach § 103 AktG als Lösungsweg zulassen will; *Ulmer*, Aufsichtsratsmandat, S. 1604; zu beachten ist jedoch der Gesetzesentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen vom 9. 3. 2009 (BR-Drs. 211/09), wonach Mitglieder des Vorstands einer börsennotierten Gesellschaft innerhalb einer Frist von zwei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nicht zum Mitglied des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft bestellt werden können, abrufbar unter: http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche-gesetzgebungsgeschichte/gesetz_staerkung-aufsichts_und_kontrollrechte_ag/.

dings nicht mehr möglich, seine Aufgaben pflichtgemäß zu erfüllen.¹⁴⁴ Es ist deswegen nur folgerichtig, dass sich das Stimmrechtsverbot in solchen Ausnahmefällen zu einer speziellen Inkompatibilität¹⁴⁵ verdichtet.¹⁴⁶ Das Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, sein Amt niederzulegen.¹⁴⁷ Legt es trotz spezieller Inkompatibilität sein Mandat nicht nieder, ist der Tatbestand der Treuepflichtverletzung erfüllt. In diesem Fall kann das betroffene Organmitglied nach § 103 Abs. 3 AktG außerordentlich abberufen werden.¹⁴⁸

Bei Vorstandsmitgliedern sind die praxisrelevanten Konfliktfelder durch das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG zum Großteil abgedeckt. Sollten darüber hinaus noch weitere ernsthafte Konfliktsituationen auftreten, die nicht durch Aufgabe des entgegenstehenden Interesses zu lösen sind, ist auch für Vorstandsmitglieder eine Pflicht zum Amtsverzicht denkbar. Allerdings muss diese Pflicht ultima ratio sein, da die Vorstandsmitglieder ihren Tätigkeitsschwerpunkt in der Gesellschaft haben und damit andere Nebentätigkeiten zurückzustehen haben.¹⁴⁹ Nur wenn der Treuepflichtverstoß einer groben Pflichtverletzung i.S.d. § 84 Abs. 3 Satz 2 AktG gleich kommt,¹⁵⁰ durch welche das Vertrauen der Gesellschaft zerrüttet worden ist und die weitere Amtsführung unmöglich wird, kann eine Pflicht zur Amtsniederlegung angenommen werden.

Literatur

- Altmeyden, H.* (Neutralitätspflicht): Neutralitätspflicht und Pflichtangebot nach dem neuen Übernahmerecht. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 22. Jg. 2001, S. 1073–1084.
- Altmeyden, H.* (Interessenkonflikte im Konzern): Interessenkonflikte im Konzern. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 171. Jg. 2007, S. 320–341.
- Behr, V.* (Teilnahmerecht): Teilnahmerecht und Mitwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsrates bei der Aufsichtsratsitzung. In: Die Aktiengesellschaft, 38. Jg. 1984, S. 281–287.
- Binder, J.-H.* (Geschäftsleiterhaftung): Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat. In: Die Aktiengesellschaft, 52. Jg. 2008, S. 274–287.
- Cahn, A.* (Treuepflicht): Zur Treuepflicht im Arbeits- und Gesellschaftsrecht. In: *Hanau, P./Lorenz, E./Matthes, H.-C.* (Hrsg.): Festschrift für Günter Wiese zum 70. Geburtstag. Neuwied/Kriftel 1998, S. 71–85.

- 144 *Lutter*, Unwirksamkeit, S. 517; *Reichert/Schlitt*, Konkurrenzverbot, S. 244 ff.
- 145 OLG Hamburg v. 23.1.1990, ZIP 1990, 311 ff.; *Lutter*, Unwirksamkeit, S. 511 ff.; ausführlich zur dogmatischen Grundlage *Reichert/Schlitt*, Konkurrenzverbot, S. 247 ff.; *Wiedemann*, Organverantwortung, S. 9; *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 45 f.; mit Beispielfällen: *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 175 ff.
- 146 Ausführlich zu diesem Problem beim Aufsichtsrat: *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 178.
- 147 Zum Aufsichtsrat: *Mertens*, KölnKomm AktG, § 116 Rdnr. 32; *Decher*, Loyalitätskonflikte, S. 279; *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 180 ff.; speziell zu Bankenvertretern in Aufsichtsräten: *Lutter*, Bankenvertreter, S. 234 ff.; *Reichert/Schlitt*, Konkurrenzverbot, S. 244 ff. Vgl. auch Ziffer 5.5.3 Satz 2 des Kodex (Fn. 4).
- 148 *Dreher*, Interessenkonflikte, S. 903; a. A. *Lutter*, Unwirksamkeit, S. 520 ff., wonach schon keine wirksame Wahl, bzw. Annahme besteht, so dass die entsprechende Person nicht Mitglied des Organs geworden ist; ebenso *Krebs*, Interessenkonflikte, 2001, S. 181; *Schneider*, Wettbewerbsverbot, S. 370.
- 149 Es fehlt auch an einer der Ziffer 5.5.3 des Kodex (Fn. 4) entsprechenden Regelung für den Vorstand.
- 150 Zu den Voraussetzungen des § 83 Abs. 3 AktG: *Mertens*, KölnKomm AktG, § 84 Rdnr. 102 ff.

- Clark, R. C.* (Corporate Law): Corporate Law. Boston 1986.
- Cox, J. D./Hazen, T. L./O'Neal, F. H.* (Corporations): Corporations. New York 1997.
- Decher, C.* (Loyalitätskonflikte): Loyalitätskonflikte des Repräsentanten der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 11. Jg. 1990, S. 277–288.
- Dose, S.* (Rechtsstellung): Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Köln 1975.
- Dreher, M.* (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften. In: Juristenzeitung, 45. Jg. 1990, S. 896–904.
- Edenfeld, S./Neufang, S.* (Arbeitnehmervertreter): Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In: Die Aktiengesellschaft, 44. Jg. 1999, S. 49–57.
- Engfer, K.* (Interessenkollision): Der Ausschluss des organschaftlichen Stimmrechts bei Interessenkollision. Frankfurt am Main 1970.
- Fleck, H.-J.* (Eigengeschäfte): Eigengeschäfte eines Aufsichtsratsmitglieds. In: *Kübler, F./Mertens, H. J./Werner, W.* (Hrsg.): Festschrift für Theodor Heinsius. Berlin/New York 1991, S. 89–110.
- Flume, W.* (Rechtsprechung): Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treupflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 16. Jg. 1995, S. 161–167.
- Freudenberg, H.* (Nebentätigkeitsrecht): Das Nebentätigkeitsrecht der Vorstandsmitglieder nach § 88 AktG. Frankfurt am Main 1989.
- Gaumann, R./Schaff, M.* (Arbeitskampf): Auswirkungen eines Arbeitskampfs auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In: Der Betrieb, 53. Jg. 2000, S. 1514–1518.
- Gefler, E./Hefermehl, W./Eckhardt, U./Kropff, B.* (Hrsg.) (Komm AktG): Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2 (§§ 76–147). München 1974.
- Grundmann, S.* (Treuhandvertrag): Der Treuhandvertrag. München 1997.
- Hanau, P./Wackerbarth, U.* (Aufsichtsratsmitglieder): Aufsichtsratsmitglieder mit gleichem Maß messen. In: Die Mitbestimmung, Bd. 5, 50. Jg. 2004, S. 66–69.
- Heermann, P. W.* (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte von Bankenvertretern in Aufsichtsräten bei (geplanten) Unternehmensübernahmen. In: Wertpapier-Mitteilungen, 51. Jg. 1997, S. 1689–1696.
- Hefermehl, W.* (Komm AktG). In: *Gefler, E./Hefermehl, W./Eckhardt, U./Kropff, B.*: Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2 (§§ 76–147). München 1974.
- Henze, H.* (Leistungsverantwortung): Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. In: Betriebs-Berater, 55. Jg. 2000, S. 209–216.
- Herkenroth, K. E.* (Bankenvertreter): Bankenvertreter als Aufsichtsratsmitglieder von Zielgesellschaften: Zur beschränkten Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Lösung von Interessenkonflikten anlässlich der Finanzierung von Übernahmen. In: Die Aktiengesellschaft, 46. Jg. 2001, S. 33–40.
- Hopt, K. J.* (Self-Dealing): Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest. In: *Hopt, K. J./Teubner, G.* (Hrsg.): Corporate Governance and Directors' Liabilities. Berlin/New York 1985, S. 285–326.
- Hopt, K. J.* (Aktionärskreis): Aktionärskreis und Vorstandsneutralität. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 22. Jg. 1993, S. 534–566.
- Hopt, K. J.* (Haftung): Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte. In: *Immenga, U./Möschel, W./Reuther, D.* (Hrsg.): Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag. Baden-Baden 1996, S. 909–931.
- Hopt, K. J./Wiedemann, H.* (Hrsg.) (Großkomm AktG): Großkommentar zum Aktiengesetz, 11. Lfrg. (§§ 92–94). 4. Aufl., Berlin 1999. 19. Lfrg. (§§ 76–83). 4. Aufl., Berlin 2003. 24. Lfrg. (§§ 95–117). 4. Aufl., Berlin 2005.
- Hüffer, U.* (AktG): Aktiengesetz. 8. Aufl., München 2008.
- Köstler, R./Zachert, U./Müller, M.* (Hrsg.) (Aufsichtsratspraxis): Aufsichtsratspraxis: Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. 8. Aufl., Frankfurt a. M. 2006.
- Krebs, K.* (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft. Köln 2001.

- Kreuzer, K.* (Haftung): Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften. Baden-Baden 1991.
- Kübler, F./Waltermann, J.* (Geschäftschancen): Geschäftschancen der Kommanditgesellschaft – Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 1989, 986 ff. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 20. Jg. 1991, S. 162–174.
- Leuring, D./Simon, S.* (Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern): Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, In: Neue Juristische Wochenschrift Spezial, 59. Jg. 2006, S. 171–172.
- Lutter, M.* (Theorie): Theorie der Mitgliedschaft. In: Archiv für die civilistische Praxis, 180. Jg. 1980, S. 84–159.
- Lutter, M.* (Bankenvertreter): Bankenvertreter im Aufsichtsrat. In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 145. Jg. 1981, S. 224–251.
- Lutter, M./Krieger, G.* (Aufsichtsrat): Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 2. Aufl., Freiburg 1989.
- Lutter, M.* (Treuepflicht): Die Treuepflicht des Aktionärs. Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH. In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 153. Jg. 1989, S. 446–471.
- Lutter, M.* (Unwirksamkeit): Die Unwirksamkeit von Mehrfachmandaten in den Aufsichtsräten von Konkurrenzunternehmen. In: *Beisse, H./Lutter, M./Närger, H.* (Hrsg.): Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag. Berlin/New York 1993, S. 509–527.
- Lutter, M.* (Vorstandsvergütung): Corporate Governance und die aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 24. Jg. 2003, S. 737–743.
- Maier-Reimer, G.* (Verhaltenspflichten): Verhaltenspflichten des Vorstandes der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen. In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 165. Jg. 2001, S. 258–279.
- Martens, K.-P.* (Mitbestimmungsgesetz): Korreferat: Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 6. Jg. 1977, S. 422–433.
- Merkt, H.* (Unternehmensleitung): Unternehmensleitung und Interessenkollision. In: Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht, 159. Jg. 1995, S. 423–455.
- Mertens, H. J.* (KölnKomm AktG): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. 2. Aufl., Köln/Berlin u. a. 1986 ff.
- Mertens, H. J.* (Beratungsverträge): Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern. In: *Bauer J. F./Hopt, K. J./Mailänder, K. P.* (Hrsg.): Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag. Berlin/New York 1990, S. 173–186.
- Mestmäcker, E.-J.* (Verwaltung): Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre. Karlsruhe 1958.
- Möllers, T. M. J.* (Streikbeteiligung): Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung. In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 6. Jg. 2003, S. 697–700.
- Möllers, T. M. J.* (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte von Vertretern des Bieters bei Übernahme eines Aufsichtsratsmandats in der Zielgesellschaft. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 27. Jg. 2006, S. 1615–1622.
- Mülbart, P. O.* (Gutachten E): Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur Einschränkung des Einflusses der Kreditinstitute auf Aktiengesellschaften? Gutachten E zum 61. Deutschen Juristentag 1996. München 1996.
- Mülbart, P. O.* (Aufsichtsratsmitglieder): Die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder. In: *Feddersen, D./Hommelhoff, P./Schneider, U. H.* (Hrsg.): Corporate Governance. Köln 1996, S. 99–128.
- Müller, G.* (Mitbestimmungsgesetz): Gedanken zum Entwurf des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) (II). In: Der Betrieb, 29. Jg. 1975, S. 253–259.
- Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2 (§§ 241–432 BGB). 5. Aufl., München 2007.
- Paefgen, W. G.* (Ermessensentscheidung): Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats. In: Die Aktiengesellschaft, 52. Jg. 2008, S. 761–769.
- Palandt*, Kommentar zum BGB. 68. Aufl., München 2009.

- Passarge, M.* (Vorstands-Doppelmandate): Vorstands-Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema! In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 10. Jg. 2007, S. 441–444.
- Pothhoff, E./Trescher, K.* (Aufsichtsratsmitglied): Das Aufsichtsratsmitglied – Ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten. 5. Aufl., Stuttgart 2001.
- Reichert, J./Schlitt, M.* (Konkurrenzverbot): Konkurrenzverbot für Aufsichtsratsmitglieder. In: *Die Aktiengesellschaft*, 40. Jg. 1995, S. 241–254.
- Roth, G. H.* (MünchKomm BGB): Münchener Kommentar zum BGB. 5. Aufl., München 2006.
- Säcker, F. J.* (Behördenvertreter): Behördenvertreter im Aufsichtsrat. In: *Eyrich, H./Odersky, W./Säcker, F.* (Hrsg.): *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*. München 1989, S. 781–805.
- Schneider, U. H.* (Wettbewerbsverbot): Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft? In: *Betriebs-Berater*, 50. Jg. 1995, S. 365–370.
- Schwark, E.* (Haftungsmaßstab): Zum Haftungsmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder einer AG. In: *Hadding, W./Immenga, U./Mertens, H. J./Klemens, P./Schneider, U. H.* (Hrsg.): *Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis*. Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag. Berlin u. a. 1984, S. 841–854.
- Schwintowski, H.-P.* (Verschwiegenheitspflicht): Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 43. Jg. 1990, S. 1009–1015.
- Semler, J.* (Leitung): Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft. 2. Aufl., Köln 1996.
- Sprau, H.* (BGB): In: *Palandt: Kommentar zum BGB*. 61. Aufl., München 2002.
- Staudinger, J. von* (Staudinger/Bearbeiter): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. Bearb., Berlin 1995.
- Strasser, M.* (Treuepflicht): Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft. Wien 1998.
- Timm, W.* (Anmerkungen): Anmerkungen zu BGHZ 103, 184. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 41. Jg. 1988, S. 1582–1583.
- Ulmer, P.* (Aufsichtsratsmandat): Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 33. Jg. 1980, S. 1603–1608.
- Vetter, E.* (Interessenkonflikte im Konzern) Interessenkonflikte im Konzern – vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 171. Jg. 2007, S. 342–375.
- Waldhausen, S.* (Vergütung): Variable Vergütung von Vorständen und weiteren Führungskräften im AG-Konzern. In: *Die Aktiengesellschaft*, 53. Jg. 2009, S. 179–186.
- Wardenbach, F.* (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungs-hindernisse zum Aufsichtsrat der AG. Köln 1996.
- Weisser, J.* (Corporate Opportunities): *Corporate Opportunities*. Köln 1991.
- Werner, W.* (Aufsichtsrats-tätigkeit): Aufsichtsrats-tätigkeit von Bankenvertretern. In: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 145. Jg. 1981, S. 252–270.
- Wiedemann, H.* (Organverantwortung): *Organverantwortung und Gesellschafterklage in der Aktiengesellschaft*. Kleve 1989.
- Wiedemann, H.* (Treuepflichten): Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht. In: *Kübler, f./Mertens, H. J./Werner, W.* (Hrsg.): *Festschrift für Theodor Heinsius*. Berlin/New York 1991, S. 949–966.
- Winter, M./Harbarth, S.* (Verhaltenspflichten): Verhaltenspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmeangeboten nach dem WpÜG. In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg. 2002, S. 1–18.
- Witte, J./Hrubesch, B.* (Haftung bei Kreditvergaben): Die persönliche Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats einer AG – unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei Kreditvergaben. In: *Betriebs-Berater*, 59. Jg. 2004, S. 725–731.
- Zöllner, W.* (Hrsg.) (KölnKomm AktG): *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 1, 2. Lfrg. (§§ 23–53). 2. Aufl., Köln 1986. Bd. 2, 1. Lfrg. (§§ 76–94). 2. Aufl., Köln 1988. Bd. 2, 2. Lfrg. (Anh. § 94, §§ 95–117, Anh. § 117). 2. Aufl., Köln 1995.