Die Verantwortlichkeit der Mitglieder von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen im Innenverhältnis

Eine vergleichende Studie des Gesellschaftsrechts Deutschlands, Frankreichs und England zur Herausarbeitung gemeineuropäischer Prinzipen

Vorgelegt von:
Matthias Einmahl
August-Bebel-Str. 51
04275 Leipzig
Tel.: 0341 / 3069745
E-Mail: matthias1x@hotmail.com

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Behrens

Zweitgutachter: Prof. Dr. Klaus Moritz

Datum der mündlichen Prüfung: 28.1.2004

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 8

1. Teil Einleitung 11
A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung
B. Zulässigkeit und Nutzen einer Angleichung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union 12
C. Methodik der Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 14
I. Funktionale Rechtsvergleichung als Untersuchungsmethode 14
II. Gemeinsame Prinzipien als Untersuchungsergebnis 15
D. Untersuchte Gesellschaftsformen und Organe 17
I. Deutschland 18
1. Kapitalgesellschaften 18
a) Aktiengesellschaft (AG) 18
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) 19
2. Personengesellschaften 20
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) 20
b) Offene Handelsgesellschaft (OHG) 20
c) Kommanditgesellschaft (KG) 21
II. Frankreich 22
1. Kapitalgesellschaften 22
a) *Société anonyme (SA)* 22
aa) Allgemeines 22
bb) Organe der *SA* klassischen Typs 23
cc) Organe der *SA* neuen Typs 24
b) *Société à responsabilité limitée (SARL)* 25
2. Personengesellschaften 26
a) *Société civile* 26
b) *Société en nom collectif (SNC)* 26
c) *Société en commandite simple* 27
III. England 28
1. Kapitalgesellschaften 28
2. Personengesellschaften 30
a) *Partnership* 30
b) *Limited Partnership* 31
IV. Bestimmung von Vergleichsgruppen zur Prinzipienbildung 32
1. Vergleichsgruppenbildung in Bezug auf Gesellschaften 32
2. Vergleichsgruppenbildung in Bezug auf Organmitglieder 33
E. Gang der Darstellung 35

2. Teil Verpflichtung und Berechtigung 37
A. Verpflichtung 37
I. Organstellung als Pflichtengrundlage 37
II. Vertrag als Pflichtengrundlage 39
B. Berechtigung 41
I. Berechtigung der Gesellschaft 41
1. Kapitalgesellschaften 41
2. Personengesellschaften 42
II. Berechtigung der Gesellschafter 44

1. Kapitalgesellschaften 44
2. Personengesellschaften 48
3. Prinzipienbildung 48
3. Teil Organpflichten 50
A. Sorgfaltspflichten 50
I. Allgemeines 50
1. Existenz und Rechtsgrundlage 50
2. Inhalt 52
a) Sorgfaltsmaßstab 52
aa) Deutsches Recht 52
bb) Französische Recht 52
cc) Englisches Recht 53
dd) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 55
b) Sorgfalt im Einzelfall 56
3. Unternehmerisches Ermessen 57
II. Aufsichtspflichten 59
1. Adressaten und Gegenstand der Aufsichtspflicht 60
a) Aufsichtsführer 60
b) Geschäftsleiter 62
2. Inhalt der Aufsichtspflicht 63
a) Tatsächliche Aufgabenwahrnehmung 63
b) Schaffung effizienter Überwachungsstrukturen 64
c) Beaufsichtigung im Einzelfall 65
aa) Grundsatz 66
bb) Konkretisierung 66
d) Besonderheiten bei Aufsichtsführern 68
3. Aufsicht und Ermessen 70
B. Treuepflichten 71
I. Allgemeines 71
1. Existenz und Rechtsgrundlage 71
2. Inhalt 73
II. Fallgruppen 74
1. Verbot zweckwidriger Vermögensverwendung 75
a) Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter 75
b) Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter 76
aa) Kapitalgesellschaften 76
bb) Personengesellschaften 78
2. Verbot eigennütziger Geschäftschancenverwertung 79
a) Existenz und Rechtsgrundlage 79
b) Inhalt 80
aa) Inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft 80
bb) Fehlende inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft 81
cc) Unfähigkeit der Gesellschaft zur eigenen Verwertung 82
dd) Prinzipienbildung 83
c) Gestattung der Geschäftschancenverwertung 83
d) Verwertungsverbot nach Ende der Organstellung 86
3. Wettbewerbsverbot 87
a) Existenz und Rechtsgrundlage 87
aa) Deutsches und französisches Recht 87
bb) Englisches Recht 88
cc) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 90

(1) Geschäftsleiter 90
(2) Aufsichtsführer 91
b) Inhalt 92
c) Befreiung vom Wettbewerbsverbot 94
d) Wettbewerbsverbot nach Ende der Organstellung 95
4. Pflichten bei persönlichem Interesse an Verträgen der Gesellschaft 98
a) Deutsches Recht 99
aa) Verbotene Kreditgewährung bei der GmbH 99
bb) Zuständigkeitsverlagerung 99
cc) Zustimmungsbedürftige Verträge bei der AG 100
b) Französisches Recht 101
aa) Verbotene Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften 102
bb) Zustimmungsbedürftige Verträge bei Kapitalgesellschaften 102
(1) *SA* 102
(2) *SARL* 104
c) Englisches Recht 104
aa) Verbotene Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften 104
bb) Offenlegungsgebot und zustimmungsbedürftige Verträge 105
(1) Allgemeines 105
(2) Gesetzliche Konkretisierung bei Kapitalgesellschaften 106
d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 107
aa) Verbot und Zustimmungserfordernis bei Kreditgewährung 107
bb) Zustimmungserfordernis und Zuständigkeitsverlagerung bei sonstigen Verträgen 108
cc) Offenlegungsgebot 111
5. Schweigepflicht 112
a) Existenz und Rechtsgrundlage 112
b) Inhalt und Dauer 114
6. Vermögenserhaltung in der Insolvenz 115
C. Sonstige Pflichten 117
I. Beachtung von Kompetenzbeschränkungen durch Geschäftsleiter 117
II. Pflicht zur Gegenwehr 118

4. Teil Zivilrechtliche Folgen einer Pflichtverletzung 120
A. Verpflichtung zum Schadensersatz 120
I. Haftungsgrundlagen 120
1. Allgemeine Haftung 120
a) Deutsches Recht 120
aa) Haftung nach Gesellschaftsrecht 120
bb) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht 122
(1) Vertragsrecht 122
(2) Deliktsrecht 122
b) Französisches Recht 123
aa) Haftung nach Gesellschaftsrecht 123
bb) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht 124
(1) Vertragsrecht *(contrats)* 124
(2) Deliktsrecht *(délits et quasi-délits)* 125
c) Englisches Recht 126
aa) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht *(law of contract)* 127
(1) Vertragsrecht *(law of contract)* 127
(2) Deliktsrecht *(law of tort)* 127

(3) Recht der Treueverpflichtung 129
bb) Haftungstatbestände im *Companies Act 1985* 129
d) Rechtsvergleichung 129
2. Besondere Haftung bei Insolvenz der Gesellschaft 131
a) Deutsches Recht 131
b) Französisches Recht 131
aa) Insolvenzhaftung 132
bb) Erweiterte Insolvenzhaftung 133
c) Englisches Recht 135
d) Rechtsvergleichung 136
II. Haftungsvoraussetzungen 137
1.Pflichtverletzung 137
2. Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung 137
a) Deutsches Recht 137
b) Französisches Recht 138
c) Englisches Recht 140
d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 141
III. Umfang der Haftung 144
1. Grundsatz 144
a) Kompensationsgedanke 144
b) Kausalität und Zurechenbarkeit des Schadens 146
2. Ausnahmen 149
IV. Wegfall der Haftung 152
1. Billigung und Verzicht 152
a) Deutsches Recht 152
aa) Entlastung 152
bb) Verzicht 153
b) Französisches Recht 154
c) Englisches Recht 154
d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 156
2. Zeitablauf 158
a) Verjährung und Verwirkung 158
b) Voraussetzungen der Verjährung 160
aa) Länge der Verjährungsfrist 160
(1) Deutsches Recht 160
(2) Französisches Recht 161
(3) Englisches Recht 162
(4) Rechtsvergleichung 162
bb) Laufzeitbeginn der Verjährungsfrist 163
(1) Pflichtverletzung 164
(2) Eintritt des Schadens 165
(3) Erkennbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen 165
(4) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen 167
(5) Prinzipienbildung 167
c) Voraussetzungen der Verwirkung im englischen Recht 168
d) Wirkungen der Verjährung und der Verwirkung 169
V. Beweislast 170
1. Pflichtverletzung und Vorwerfbarkeit 171
2. Kausalität und Schaden 174
3. Billigung, Verzicht und Verjährung 175
VI. Haftung mehrerer Organmitglieder 176

1. Grundlagen der Haftung 176
2. Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft 179
3. Ausgleich im Innenverhältnis 180
VII. Haftungsmodifikation 181
1. Haftungsmodifizierende Klauseln 182
a) Haftungsausschließende oder -mildernde Klauseln 182
b) Haftungsverschärfende Klauseln 183
2. Haftpflichtversicherungen 184
VII. Anspruchsdurchsetzung 184
1. Verrechnungsverfahren bei englischen Personengesellschaften 185
2. Anspruchsdurchsetzung durch das Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsorgan 186
3. Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschafter 187
a) Deutsches Recht 188
aa) GmbH und Personengesellschaften 188
bb) AG 190
b) Französisches Recht 191
c) Englisches Recht 192
aa) Kapitalgesellschaften 192
(1) *Common law* 192
(2) Kodifiziertes Recht 195
bb) Personengesellschaften 196
d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 196
B. Verpflichtung zur Gewinnherausgabe 199
I. Verpflichtung zur Herausgabe entgangenen Gewinns 200
II. Selbständige Herausgabeverpflichtung 201
1. Deutsches Recht 201
a) Eintrittsrecht 201
b) Herausgabeanspruch aus allgemeinem Auftragsrecht 202
2. Französisches Recht 203
3. Englisches Recht 203
a) Treuepflichten 203
b) Sonstige Pflichten 205
III. Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 206
1. Existenz eines Herausgabeanspruchs 206
2. Haftungsregime 209
C. Unwirksamkeit eines pflichtwidrig geschlossenen Vertrags 209
I. Voraussetzungen 209
1. Deutsches Recht 209
a) GmbH und Personengesellschaften 209
b) AG 210
2. Französisches Recht 211
a) Unzulässige Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften 211
b) Genehmigungsbedürftige Verträge 211
3. Englisches Recht 213
4. Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung 214
a) Unzulässige Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften 214
b) Sonstige Verträge 214
aa) Offene Kapitalgesellschaften 214
bb) Geschlossene Kapitalgesellschaften 216
cc) Personengesellschaften 217
II. Rechtsfolgen 217

III. Wirksamkeit des Vertrags durch Zeitablauf 219
D. Entlassung 220
I. Voraussetzungen für die Entlassung 220
1. Gesetzliche Regelungen 220
2. Abweichende Vereinbarungen 222
II. Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Entlassung 224
III. Pflichtverletzung und Ausgleichsansprüche des Organmitglieds 226
1. Kapitalgesellschaften 226
a) Geschäftsleiter 226
aa) Gesetzliche Regelungen 226
(1) Rechtliche Grundlagen eines Ausgleichsanspruchs 226
(2) Anspruchsausschluss durch Pflichtverletzung 228
(3) Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Kündigung 231
bb) Abweichende Vereinbarungen 232
b) Aufsichtsführer 234
2. Personengesellschaften 235

5. Teil Sonstige Folgen einer Pflichtverletzung 236
A. Strafrechtliche Ahndung 236
I. Zweckwidrige Vermögensverwendung 236
1. Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter 236
2. Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter 237
a) Kapitalgesellschaften 237
b) Personengesellschaften 239
II. Sonstige Fälle 239
B. Tätigkeitsverbot 240
I. Französisches Recht 240
II. Englisches Recht 241
III. Rechtsvergleichung 243

6. Teil Sonderfälle 245
A. Juristische Personen als Organmitglieder 245
B. Drittverpflichtete Organmitglieder 246
C. Stellvertretende Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft 248
D. Faktische Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft 249
I. Voraussetzungen und Formen faktischer Geschäftsleitung 250
II. Rechtsfolgen faktischer Geschäftsleitung 251
III. Prinzipienbildung 254

7. Teil Zusammenfassende Bewertung 256
A. Unterschiede zwischen den Gesellschaftstypen 256
B. Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen 257
C. Erforderlichkeit der Rechtsangleichung 260

Literaturverzeichnis 262

Anhang: Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsvergleichung 287

Lebenslauf 325

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AC	Appeal Cases
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
al.	alinéa
All ER	All England Law Reports
art.	article
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BCC	British Company Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Bd.	Band
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz von 1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation - chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation - chambre criminelle
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
CA	Court of Appeal / Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
ChD	Chancery Division
Chron.	Chronique
CJQ	Civil Justice Quarterly
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	The Criminal Law Review
CoLa	The Company Lawyer
com.	commercial
Comm.	Commentaires
D.	Recueil Dalloz Sirey
DB	Der Betrieb
DLR (2d)	Dominion Law Reports (Second Series)
DLR (4th)	Dominion Law Reports (Fourth Series)
Doc.	Doctrine
Dr. patr.	Droit et patrimoine
Dr. Soc.	Droit des Sociétés
Dr. social.	Droit social

DTI	Department of Trade and Industry
EGV	Vertrag über die europäische Gemeinschaft
ER	English Reports
Ét.	Études et chroniques
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Fasc.	Fascicule
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HC	High Court
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
ICR	Industrial Cases Reports
Inf. rap.	Informations rapides
InsO	Insolvenzordnung
JBL	The Journal of Business Law
JCP E	Jurisclasseur Périodique, Édition Entreprise et Affaires
JCP G	Jurisclasseur Périodique, Édition Générale
JOANQ	Journal Officiel Assemblée Nationale – Questions
Jur.	Jurisprudence
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench
KG	Kommanditgesellschaft
L.	Loi
lit.	Buchstabe
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LQR	The Law Quarterly Review
LR Ch App	Law Reports Chancery Appeals
LR Eq	Law Reports Equity
MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
MitBestErG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MLR	The Modern Law Review
MontanMitBestG	Montanmitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NLJ	New Law Journal
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Pan.	Panorama
Pan. civ.	Panorama civil
PC	Privy Council
Pet. aff.	Petites affiches
QB	Queen's Bench
r.	rule
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. soc.	Revue des sociétés
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
Rn.	Randnummer
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	section / siehe
S.	Seite
SA	société anonyme
SARL	société à responsabilité limitée
SLT	Scots Law Times
SNC	société en nom collectif
Som.	Sommaires
ss.	sections
StV	Strafverteidiger
Suppl Rev. Lamy Dr. aff.	Supplement - Revue Lamy Droit des affaires
TLR	The Times Law Reports
Tul. Civ.	The Tulane Civil Law Forum
VR	Victorian Reports
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WN	Weekly Notes
YLJ	The Yale Law Journal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Teil Einleitung

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind die Pflichten, die Mitglieder von Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorganen (fortan „Organmitglieder“[1] genannt) gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern haben und die Folgen, die eine Verletzung dieser Pflichten nach sich ziehen kann. Anhand einer rechtsvergleichenden Analyse des deutschen, des französischen und des englischen Rechts sollen hierzu Prinzipien herausgearbeitet werden, die den drei genannten Rechtsordnungen gemeinsam sind. Ziel ist die Klärung der Frage, ob es zulässig wäre, die zur Verantwortlichkeit von Organmitgliedern existierenden Regeln im Rahmen der Europäischen Union (EU) anzugleichen. Auf eine Bewertung der für die einzelnen Rechtsordnungen ermittelten Lösungsansätze soll verzichtet werden. Hierzu sind diejenigen berufen, in deren Händen die Ausarbeitung konkreter Rechtsangleichungsvorschläge liegt. Die vorliegende Untersuchung soll ihnen als Entscheidungsgrundlage dienen.

Naturgemäß muss sich diese Untersuchung auf ausgewählte Mitgliedsstaaten der EU beschränken. Die Wahl ist auf das deutsche, das französische und das englische[2] Recht gefallen, weil es sich bei ihnen um die drei großen europäischen Mutterrechtsordnungen handelt, die die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedsstaaten entscheidend geprägt haben.

---

[1] Im juristischen Sprachgebrauch werden Organmitglieder häufig als „Organ“ oder „Gesellschaftsorgan“ bezeichnet (s. hierzu Schmidt, § 14 III 1 b). Diese Begriffe bezeichnen jedoch streng genommen nur die Funktion und nicht die Person, die die Funktion wahrnimmt. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird in dieser Untersuchung daher der Begriff „Organmitglied“ verwendet, wenn die Person selbst bezeichnet werden soll.

[2] Diese Untersuchung beschränkt sich auf die Rechtslage in England und Wales. Schottland und Nordirland haben eigene Rechtsordnungen, deren Einbeziehung den Rahmen sprengen würde.

B. Zulässigkeit und Nutzen einer Angleichung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union

Die Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten durch Maßnahmen der EU setzt eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage voraus. Art. 44 II, I lit. g EGV bestimmt, dass die EU -soweit erforderlich- Richtlinien erlassen kann, um nationale Schutzbestimmungen, die den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, gleichwertig zu gestalten. Systematisch ist diese Vorschrift im Kapitel des Niederlassungsrechts angesiedelt[3]. Es ist jedoch anerkannt, dass sie über die bloße Beseitigung von Niederlassungsbeschränkungen hinaus grundsätzliche Bedeutung für die Verwirklichung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes[4] hat und daher auch zum Erlass von Richtlinien ermächtigt, die in ihrer Wirkung über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit hinausreichen[5]. Art. 44 II, I lit. g EGV ist die Rechtsgrundlage für zahlreiche Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts[6] und wäre auch für eine Richtlinie, die die Verantwortlichkeit der Organmitglieder zum Gegenstand hat, die geeignete Ermächtigungsgrundlage[7]. Die eigentlich problematische Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Erforderlichkeit. Eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Organmitgliedsverantwortlichkeit wäre nur erforderlich, wenn sie die Bereitschaft von Unternehmen zur gemeinschaftsweiten Tätigkeit in einer Weise fördern würde, die durch Maßnahmen der Einzelstaaten nicht erreichbar wäre. Das würde zweierlei voraussetzen. Zum einen müssten sich die in den untersuchten Rechts-

[3] Vgl. die diesbezügliche Bezugnahme in art. 44 I EGV.
[4] Zum Begriff Oppermann, Rn. 1267 ff.
[5] Grabitz/Hilf/*Randelzhofer & Forsthoff*, art. 44, Rn. 16; Schwarze/*Müller-Huschke*, art. 44, Rn. 18 ff; Calliess/Ruffert/*Bröhmer*, art. 44, Rn. 12; Geiger, art. 44, Rn. 12; vgl. auch art. 3 lit. h EGV.
[6] Überblick bei Calliess/Ruffert/*Bröhmer*, art. 44, Rn. 12.
[7] Dem steht nicht entgegen, dass der Adressat der anzugleichenden Vorschriften die Gesellschaft selbst sein muss. Das ist nicht in einem streng juristischen Sinne zu verstehen. Erforderlich ist nur, dass der Adressat bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einen gesellschaftsrechtsspezifischen Bezug zur Gesellschaft hat, was beim Organmitglied zu bejahen ist. So existieren etwa Richtlinien, die den Gesellschafter oder den Bilanzprüfer treffende Vorschriften harmonisieren sollen (s. hierzu die zweite, die achte und die zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Nachweise bei Calliess/Ruffert/*Bröhmer*, art. 44, Rn. 12).

ordnungen existierenden Regeln unterscheiden. Ob das der Fall ist, wird Gegenstand der rechtsvergleichenden Analyse im weiteren Verlauf dieser Untersuchung sein. Zum anderen müssten die festgestellten Unterschiede die Bereitschaft von Unternehmen zum gemeinschaftsweiten Engagement hemmen. Sofern diese Unterschiede ein gewisses Gewicht aufweisen, ist dies grundsätzlich zu bejahen. Dauerhafte Geschäftstätigkeit in einem anderen Land geht in der Regel mit der Gründung einer Tochtergesellschaft in diesem Land einher. Das Unternehmen steht dann vor der Notwendigkeit, sich mit fremdem Gesellschaftsrecht auseinandersetzen zu müssen. Je größer die Unterschiede zwischen der fremden und der eigenen Rechtsordnung sind, desto größer ist der Beratungs- und Verwaltungsaufwand, der mit der Existenz der Tochtergesellschaft einhergeht. Dieser Aufwand schlägt sich in höheren Kosten nieder. Nötig ist dann insbesondere eine kostenträchtige juristische Betreuung, um die Transparenz der Investitionsbedingungen und die Kalkulierbarkeit der eingegangenen Risiken zu gewährleisten[8]. Dies gilt nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für potenzielle Gläubiger und Investoren, für die ein finanzielles Engagement damit an Attraktivität verliert. Für das Unternehmen kann dies ein weiterer Grund dafür sein, von der Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft abzusehen.

Die Feststellung, dass eine Rechtsangleichung zulässig wäre, liefert keine abschließende Antwort auf die Frage, ob sie auch sinnvoll wäre. Es muss im Einzelfall immer abgewogen werden, ob die Vorteile einer Rechtsangleichung höher wiegen als die Nachteile oder ob man es nicht bei einem Wettbewerb der Rechtsordnungen belässt. Einerseits trägt Rechtsangleichung zur Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraums bei, was aus volkswirtschaftlicher Sicht vorteilhaft ist. Auch wirkt sie dem Trend entgegen, eine Gesellschaft in einem Mitgliedsstaat der EU zu gründen, dessen Rechtsordnung nur geringe Anforderungen an die Gründung und den Betrieb einer Gesellschaft stellt, die Gesellschaft aber faktisch nur in einem anderen Mitgliedsstaat tätig werden zu lassen[9]. Die Existenz solcher

[8] Vgl. Dauses/*Behrens*, E III, Rn. 3.
[9] Näher hierzu Schmidt, § 1 II 8 a; zur neuesten Entwicklung auch EuGH, NJW 2002, 3614 „Überseering“; BGH, NJW 2003, 1461; Hirte, NJW 2003, 1090, 1091.

„Briefkastengesellschaften“ verkompliziert die Rechts lage und schafft damit ineffiziente Strukturen. Andererseits trägt eine Rechtsangleichung zur Unbeweglichkeit der nationalen Rechtsordnungen bei. Eine einmal erlassene Richtlinie entfaltet eine dauerhafte Sperrwirkung. Sie verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht nur zur Rechtsanpassung, sondern verwehrt ihnen auch nachträgliche Änderungen, die der Richtlinie zuwiderlaufen[10]. Diese Sperrwirkung kann nur auf EU-Ebene, etwa durch Änderung der Richtlinie, beseitigt werden. Ob die EU mit fünfundzwanzig und bald mehr Mitgliedsstaaten immer zur nötigen Flexibilität in ihrer Richtlinienpolitik fähig sein wird, ist zumindest zweifelhaft.

C. Methodik der Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

I. Funktionale Rechtsvergleichung als Untersuchungsmethode

Diese Untersuchung folgt in methodischer Hinsicht dem Konzept der funktionalen Rechtsvergleichung[11]. Die funktionale Rechtsvergleichung geht von der Überlegung aus, dass Recht ein Mittel der sozialen Organisation und Steuerung ist und eine rechtsvergleichende Betrachtung sich auf die Steuerungsfunktion der zu vergleichenden Regeln konzentrieren muss[12]. Die Ansatzpunkte dieser Untersuchung sind daher nicht juristische Strukturelemente, sondern konkrete Problemstellungen, für die das Recht eine Lösung finden muss. So wird beispielsweise dem für die Organmitgliedsverantwortlichkeit wichtigen „Verschulden“ i m deutschen Recht kein eigener Abschnitt gewidmet. Vielmehr finden sich Ausführungen zum Verschulden da, wo dieses Strukturelement einen konkreten Beitrag zur Lösung einer Problemstellung bieten kann[13].

---

[10] Schwarze/*Hernfeld*, art. 94, Rn. 66; Oppermann, Rn. 554.
[11] Näher hierzu Zweigert/Kötz, S. 33 ff.; Esser, S. 30 f., 348 f; Rheinstein, S. 25 ff.
[12] Rheinstein, S. 25; Zweigert/Kötz, S. 33 ff.
[13] Zum Verschulden finden sich Ausführungen im Zusammenhang mit der näheren Bestimmung der Sorgfaltspflicht (s. 3. Teil, A I 2 a aa) und mit der Frage, ob ein Schadensersatzanspruch voraussetzt, dass die Pflichtverletzung vorwerfbar war (s. 4. Teil A II 2 a).

II. Gemeinsame Prinzipien als Untersuchungsergebnis

Die im Wege der Rechtsvergleichung herausgearbeiteten Gemeinsamkeiten sollen in Form gemeinsamer Prinzipien dargestellt werden. Unter „Prinzip“ soll hier ein normativer Satz verstanden werden, der eine Rechtsfolge an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen knüpft und in seiner Struktur damit einer gesetzlichen Vorschrift gleichkommt. Mithilfe dieser Prinzipien sollen die Gemeinsamkeiten der hinter den nationalen Regeln verborgenen Grundstrukturen freigelegt werden.

Der Vorteil einer Darstellung der ermittelten Gemeinsamkeiten in Form von Prinzipien liegt im Wesentlichen darin, dass die Gemeinsamkeiten auf diese Weise in knapper und prägnanter Form auf den Punkt gebracht werden können. Der Leser kann sich auf einen Blick über das Maß an Gemeinsamkeiten bei der Lösung eines bestimmten Problems informieren. Dadurch werden die Prinzipien zur leicht handhabbaren Arbeitsgrundlage für die Ausarbeitung etwaiger Rechtsangleichungsvorschläge. Im Idealfall können sie sogar als unmittelbare Vorlage für Rechtsangleichungsmaßnahmen bei verwandten Problemen dienen, für die keine Gemeinsamkeiten ermittelt werden konnten. Nützlich ist die Prinzipienbildung schließlich auch im Hinblick auf den von einer Gruppe europäischer Juristen gemachten Vorschlag zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft[14]. Ein in diesem Rahmen erstellter Entwurf für eine EU-Verordnung sieht gemeinsame Prinzipien der nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen als subsidiäre Rechtsquelle ausdrücklich vor[15]. Wenn dieser Vorschlag umgesetzt werden sollte, könnten die hier zusammengefassten Prinzipien dazu beitragen, den Inhalt dieser Rechtsquelle für jedermann kenntlich zu machen.

Eine Ergebnisdarstellung in Form von Prinzipien wird allerdings fast immer unvollständig sein, da sich mithilfe von Prinzipien nur die

[14] Hierzu Boucourechliev/Hommelhoff, Vorschläge für eine europäische Privatgesellschaft.
[15] Verordnungsentwurf art. 12 Nr. 2 (abgedruckt bei Boucourechliev/Hommelhoff, S. 297).

Gemeinsamkeiten, nicht aber die Unterschiede aufzeigen lassen. Hier muss es bei der bloßen Rechtsvergleichung bleiben. Es ist aber zu erwarten, dass die zu untersuchenden Rechtsordnungen in weiten Teilen im Ergebnis übereinstimmende Lösungsansätze aufweisen. Deutschland, Frankreich und England verfügen über ähnliche sozioökonomische Rahmenbedingungen, die vergleichbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs hervorbringen. Wo sich diese Bedürfnisse ähneln, existieren in der Regel auch vergleichbare rechtliche Lösungsansätze[16].

Eine juristisch ergiebige Prinzipienbildung setzt voraus, dass Klarheit darüber besteht, welcher Grad an Übereinstimmung zwischen den untersuchten Rechtsordnungen vorhanden sein muss, um ein gemeinsames Prinzip bilden zu können. Dabei sind drei Problemkreise zu unterscheiden. Die Frage nach dem notwendigen Maß der Übereinstimmung stellt sich zum einen in den Fällen, in denen eine Rechtsordnung höhere tatbestandliche Anforderungen an den Eintritt einer Rechtsfolge stellt als eine andere Rechtsordnung. Hier ist eine Prinzipienbildung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner möglich. Ist etwa in einer Rechtsordnung Fahrlässigkeit Haftungsvoraussetzung, während die andere Rechtsordnung sie nicht verlangt, gilt als gemeinsames Prinzip, dass eine Haftung zumindest bei Fahrlässigkeit in Betracht kommt. Am Schlüsselwort „zumindest" lässt sich diese Variante des gemeinsamen Prinzips erkennen. Die Problematik des Übereinstimmungsgrades wird ferner in den Fällen akut, in denen die Rechtslage in mindestens einer der drei Rechtsordnungen nicht eindeutig ist. Eine bestimmte Rechtsfrage kann in einer Rechtsordnung umstritten, ungeklärt, nicht Gegenstand näherer Betrachtung oder nicht relevant sein. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Prinzipienbildung in solchen Fällen möglich ist, muss im Einzelfall anhand einer wertenden Gesamtschau entschieden werden. Die Frage des Übereinstimmungsgrades stellt sich schließlich in den Fällen, in denen sich Gemeinsamkeiten nur für einzelne Gesellschaftsformen oder Organmitglieder finden lassen. Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit sind drei Gesellschaftsformen im englischen Recht sowie jeweils fünf Gesell-

[16] Zweigert/Kötz, S. 33 ff, 39; vgl. hierzu auch Rheinstein, S. 13, 26.

schaftsformen im deutschen und im französischen Recht (s. nachfolgend D). Sie decken die gesamte Bandbreite vom Kleinunternehmertum bis zur großen Publikumsgesellschaft ab. Aufgrund der Breite des untersuchten Spektrums ist es nicht sinnvoll, ein übereinstimmendes Ergebnis für alle Gesellschaftsformen und alle Organmitglieder zur Voraussetzung für ein gemeinsames Prinzip zu machen. Ein übereinstimmendes Ergebnis bei vergleichbaren Gesellschaften oder Organmitgliedern ist ein Erkenntnisgewinn, der ebenfalls eine Prinzipienbildung rechtfertigt. Voraussetzung hierfür ist die Bildung von Vergleichsgruppen, in denen Gesellschaften und Organmitglieder mit gleicher Ausrichtung zusammengefasst werden können[17]. Diese Vergleichsgruppen werden immer dann relevant, wenn eine Prinzipienbildung für alle untersuchten Gesellschaften oder Organmitglieder nicht möglich ist.

D. Untersuchte Gesellschaftsformen und -organe

Für den Vergleich sollen die Grundtypen der Personen- und Kapitalgesellschaften in den untersuchten Rechtsordnungen herangezogen werden[18]. Eine Rechtsvergleichung findet in diesem Abschnitt noch nicht statt. Die hier gemachten Ausführungen dienen nur der Verdeutlichung, in welchem Rahmen sich die Rechtsvergleichung in den folgenden Teilen der Untersuchung bewegt.

[17] Sie wird nach Vorstellung der einzelnen Gesellschaften und Organmitglieder im nächsten Abschnitt unter D IV vorgenommen.

[18] Art. 44 EGV ist gemäß art. 48 EGV für sämtliche Kapital- und Personengesellschaften in den untersuchten Rechtsordnungen einschlägig, sofern sie einen Erwerbszweck verfolgen (näher hierzu Schwarze/*Müller-Huschke,* art. 48, Rn. 2 ff.).

I. Deutschland

1. Kapitalgesellschaften

a) Aktiengesellschaft (AG)

Die AG ist der Gesellschaftstyp, der börsenfähig[19] und damit für große Publikumsgesellschaften geeignet ist. Ihr Nominalkapital[20] muss mindestens 50.000 € betragen[21]. Für die Verbindlichkeiten der AG haftet nur ihr Vermögen[22].

Leitungsorgan der AG ist der Vorstand[23]. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, müssen die Vorstandsmitglieder ihre Geschäftsführungsbefugnis gemeinsam ausüben[24]. Die Satzung der AG oder die Geschäftsordnung des Vorstands kann Abweichendes bestimmen[25]. Insbesondere kann die Satzung für die Fassung von Kollegialbeschlüssen das Mehrheitsprinzip vorsehen[26]. Die Praxis macht von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch. Der Vorstand ist gesetzlicher Vertreter der AG[27]. Sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, sind die Vorstandsmitglieder gesamtvertretungsbefugt[28].

Daneben verfügt die AG über einen Aufsichtsrat, dessen wichtigste Aufgabe die Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand ist[29]. Zur Geschäftsführung selbst ist er grundsätzlich nicht befugt[30]. Allerdings ist der Aufsichtsrat für einige Aufgaben zuständig, die zumindest zum

---

[19] Vgl. nur § 3 II AktG.
[20] Das AktG bezeichnet das Nominalkapital als „Grundkapital". In dieser Unte rsuchung soll zum Zwecke der sprachlichen Vereinheitlichung der Begriff Nominalkapital durchgängig Verwendung finden.
[21] § 7 AktG.
[22] § 1 I 2 AktG.
[23] § 76 I AktG.
[24] § 77 I 1 AktG; vgl. auch § 76 II 1 AktG.
[25] § 77 I 2 AktG; näher hierzu Hüffer, § 77 AktG, Rn. 10 ff.
[26] Hüffer, § 77 AktG, Rn. 11.
[27] § 78 I AktG.
[28] § 78 II 1 AktG.
[29] § 111 I AktG.
[30] § 111 IV 1 AktG.

Teil Geschäftsführungscharakter haben[31]. Daneben kann sich der Aufsichtsrat für bestimmte Arten von Geschäften einen Zustimmungsvorbehalt einräumen und sich dadurch für diese Angelegenheiten faktisch ein Vetorecht sichern[32]. Vertretungsbefugnis für die AG hat der Aufsichtsrat nur gegenüber den Vorstandsmitgliedern[33]. Der Aufsichtsrat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit[34].

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist ein Gesellschaftstyp, der auf kleinere Unternehmen ausgerichtet ist. Ihr Mindestnominalkapital[35] beträgt 25.000 €[36]. Die Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[37].

Die Geschäftsführung und Vertretung der GmbH obliegt ihren Geschäftsführern[38]. Das Gesetz sieht Gesamtvertretung vor[39]. Entsprechendes gilt für die Geschäftsführung[40]. Die GmbH kann in Bezug auf Geschäftsführung und Vertretung Abweichendes bestimmen[41]. Häufig ist insbesondere Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder die Geltung des Mehrheitsprinzips für gemeinsame Entscheidungen. Eine GmbH muss ab einer bestimmten Größe über einen Aufsichtsrat verfügen[42]. Dieser Sonderfall soll in dieser Untersuchung keine Rolle spielen. Erwähnt sei nur, dass das zum Aufsichtsrat der AG Gesagte im Wesentlichen auch für

---

[31] Z.B. Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern (§ 84 I, III AktG), Erteilung des Prüfungsauftrag für den Jahresabschluss (§ 111 II 3 AktG).
[32] § 111 IV 1 AktG.
[33] § 112 AktG.
[34] § 29 I MitBestG für AG, die der Mitbestimmung unterliegen. Das Mehrheitsprinzip gilt aber auch für alle anderen AG (Hüffer, § 108, Rn. 6; Kölner Kommentar zum AktG/*Mertens*, § 108, Rn. 41).
[35] Das GmbHG bezeichnet das Nominalkapital als „Stammkapital".
[36] § 5 I GmbHG.
[37] § 13 II GmbHG.
[38] § 35 I GmbHG (für Vertretung); Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 37, Rn. 2 (für Geschäftsführung).
[39] § 35 II 1 GmbHG.
[40] Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 37, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 37, Rn. 16; Baumbach/Hueck/*Zöllner*, § 37, Rn. 16; Scholz/*Schneider*, § 37, Rn. 21.
[41] § 35 II 1 GmbHG (für Vertretung), Scholz/*Schneider*, § 37, Rn. 24 f (für Geschäftsführung).
[42] Dies hängt damit zusammen, dass die GmbH dann der Mitbestimmung unterliegt (näher hierzu Scholz/*Schmidt*, § 52, Rn. 8ff). Unterhalb dieser Schwelle kann der Gesellschaftsvertrag einen Aufsichtsrat vorsehen (s. § 52 I GmbHG).

den Aufsichtsrat der GmbH gilt[43].

2. Personengesellschaften

a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Die GbR ist die Grundform der deutschen Personengesellschaft. Zu ihr schließen sich Personen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zusammen[44]. Die Gesellschafter haften gemeinschaftlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[45].

Die Führung der Geschäfte einer GbR steht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[46]. Im Zweifel sind alle Gesellschafter auch gesamtvertretungsbefugt[47]. Diese Regeln sind abdingbar[48]. So kann der Gesellschaftsvertrag die Geltung des Mehrheitsprinzips vorsehen[49]. Auch kann Einzelgeschäftsführung vereinbart werden[50] oder ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden[51].

b) Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Die OHG ist eine auf kaufmännische Tätigkeit ausgerichtete Gesellschaft[52]. Die Gesellschafter haften gemeinschaftlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[53].

Die Geschäftsführung liegt in den Händen der Gesellschafter[54]. Das Gesetz weist den Gesellschaftern für alle Geschäfte, die der gewöhnliche

---

[43] Vgl. § 52 I GmbHG und Scholz/*Schneider*, § 52, Rn. 328 ff.
[44] § 705 BGB.
[45] BGHZ 142, 315, 318; Palandt/*Sprau*, § 714, Rn. 12.
[46] § 709 I BGB.
[47] § 714 BGB; Münchener Kommentar/*Ulmer*, § 714, Rn. 18 f.
[48] Sudhoff/*Glahs*, 2. Teil, Kap. E, Rn. 8.
[49] § 709 II BGB.
[50] Vgl. § 711 BGB.
[51] Vgl. § 710, S. 1 BGB.
[52] §§ 105 II, 1 HGB.
[53] § 128, S. 1 HGB.
[54] § 114 I HGB.

Betrieb einer OHG mit sich bringt, Einzelgeschäftsführungsbefugnis zu[55]. Für außergewöhnliche Geschäfte gilt Gesamtgeschäftsführungsbefugnis[56]. Wie für die GbR gilt, dass die gesetzlichen Vorschriften abdingbar sind, so dass insbesondere einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden können oder das Mehrheitsprinzip vereinbart werden kann[57]. Die Gesellschafter einer OHG verfügen über umfassende Vertretungsmacht, sofern dies nicht ausdrücklich durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist[58].

c) Kommanditgesellschaft (KG)

Die KG ist eine Variante der OHG, die über mindestens einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementär) und einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditisten) verfügt[59].

Auf die KG finden die Vorschriften über die OHG Anwendung, wenn nichts anderes bestimmt ist[60]. Das bedeutet, dass die zum Gesellschafter einer OHG gemachten Aussagen auch für den Komplementär einer KG gelten. Der Kommanditist einer KG ist dagegen von der Geschäftsführung ausgeschlossen[61]. Er ist daher im Rahmen dieser Untersuchung nicht relevant. Im Übrigen unterscheidet sich das rechtliche Verhältnis zwischen Komplementär und KG kaum vom Verhältnis zwischen Gesellschafter und OHG. Sämtliche in dieser Untersuchung zum Gesellschafter einer OHG gemachten Aussagen gelten auch für den Komplementär einer KG. Die KG wird daher im weiteren Verlauf der Ausführungen grundsätzlich nicht mehr gesondert erwähnt.

---

[55] §§ 115 I, 1. HS, 116 I HGB.
[56] § 116 II HGB.
[57] Röhricht/v. Westfalen/*von Gerkan*, § 115, Rn. 8; vgl. auch § 114 II HGB.
[58] §§ 125 I, 126 I HGB.
[59] § 161 I HGB.
[60] § 161 II HGB.
[61] § 164, S. 1, 1. HS HGB. Er kann allerdings einer außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahme widersprechen (§ 164, S. 1, 2. HS HGB).

II. Frankreich

1. Kapitalgesellschaften

a) *Société anonyme (SA)*

aa) Allgemeines

Das französische Recht kennt verschiedene Formen der *SA*. Es unterscheidet zum einen zwischen der *SA*, die öffentlich zur Zeichnung von Anteilen auffordern darf *(appel public à l'épargne)* und damit auch börsenfähig ist[62], und der *SA*, der dies verwehrt ist. Die erstgenannte Variante ist die geeignete Gesellschaftsform für Publikumsgesellschaften, was sich auch am hohen Mindestnominalkapital (225.000 €)[63] offenbart. Bei der anderen Variante muss das Nominalkapital mindestens 37.000 € betragen[64]. Rechtlich sind die weiteren Unterschiede zwischen diesen beiden Formen der *SA* für die in dieser Arbeit behandelten Fragen kaum von Bedeutung[65]. Soweit sie in dieser Arbeit eine Rolle spielen, werden sie erwähnt[66]. Ansonsten ist davon auszugehen, dass sämtliche Aussagen zur *SA* für beide Formen gelten.

Für die Organverantwortung von größerer Bedeutung ist dagegen das Wahlrecht, das der Gesetzgeber in Bezug auf die Organisationsstruktur der *SA* einräumt. Die *SA* verfügt nach traditionellem Recht über einen Verwaltungsrat *(conseil d'aministration)*, der Leitungs- und Aufsichtsfunktionen in sich vereint. In Anlehnung an das deutsche Aktienrecht kann die *SA* aber seit 1966 auch mit einem Direktorium *(directoire)* und einem Aufsichtsrat *(conseil de surveillance)* versehen werden, was zu ei-

[62] Vgl. art. L. 411-1 Code monétaire et financier; näher hierzu Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 605, 1101, 1109.
[63] Art. L. 224-1 al. 1 Code de commerce.
[64] Art. L. 224-1 al. 1 Code de commerce.
[65] Sie betreffen vor allen Dingen das Gründungsverfahren. Überblick bei Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 605; näher Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1398 ff.
[66] Das ist nur einmal der Fall (s. 4. Teil, A VIII 3 b).

ner klaren organisatorischen Trennung von Leitung und Aufsicht führt. Über diese Organisationsstruktur verfügen rund 4 % aller *SA*[67]. Im Rahmen dieser Untersuchung wird die *SA* mit Verwaltungsrat als *SA* klassischen Typs, die *SA* mit Direktorium und Aufsichtsrat als *SA* neuen Typs bezeichnet. Für die Verbindlichkeiten der *SA* haftet nur das Gesellschaftsvermögen[68].

bb) Organe der *SA* klassischen Typs

Die *SA* klassischen Typs weist zwei Pflichtorgane auf: den Verwaltungsrat *(conseil d'administration)* und den Generaldirektor *(directeur général)*. Daneben räumt das Gesetz der *SA* die Möglichkeit ein, bis zu fünf nachgeordnete Generaldirektoren *(directeurs géneraux delegués)* zu ernennen[69].

Zentrales Leitungsorgan ist der Generaldirektor. Er verfügt über eine umfassende Geschäftsführungsbefugnis[70] und vertritt die Gesellschaft nach außen[71]. Die nachgeordneten Generaldirektoren haben die Aufgabe, den Generaldirektor zu unterstützen[72]. Der Generaldirektor legt Art und Umfang ihrer Befugnisse fest[73]. Ihre Vertretungskompetenz im Außenverhältnis entspricht derjenigen des Generaldirektors[74].

Die Funktion des Verwaltungsrats ist dagegen vielschichtiger. Er ist einerseits Leitungsorgan und bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik[75]. Zu diesem Zweck kann er jeden Geschäftsgegenstand an sich ziehen und diesbezüglich geschäftsführend tätig werden[76]. Er verfügt damit über

[67] Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 780. Unter den Gesellschaften, die den Börsenindex *CAC 40* bilden, beträgt der Anteil der *SA* mit Direktorium und Aufsichtsrat allerdings 20 % (Cozian/Viandier/Deboissy, a.a.O.).
[68] Art. 225-1, Satz 1 Code de commerce.
[69] Art. L. 225-53 Code de commerce.
[70] Art. L. 225-56 Nr. I al 1, Satz 1 Code de commerce; zu Ausnahmen siehe nächster Absatz.
[71] Art. L. 225-56 Nr. I al 2, Satz 1 Code de commerce.
[72] Art. L. 225-53 al. 1 Code de commerce.
[73] Art. L. 225-56 Nr. 2 al 2, Satz 1 Code de commerce.
[74] Art. L. 225-56 Nr. 2 al 2, Satz 2 Code de commerce.
[75] Art. L. 225-35 al. 1, Satz 1 Code de commerce.
[76] Art. L. 225-35 al. 2, Satz 2 Code de commerce.

eine parallele Leitungskompetenz zu der des Generaldirektors[77]. Für bestimmte Einzelgeschäfte ist der Verwaltungsrat allein geschäftsführungsbefugt[78]. Andererseits ist er mit einer umfassenden Überwachungskompetenz ausgestattet. Er kann jede Überprüfungsmaßnahme ergreifen, die ihm angemessen erscheint[79]. In der Praxis liegt der Tätigkeitsschwerpunkt des Verwaltungsrats auf der Überwachung[80]. Dennoch ist er formalgesetzlich auch Geschäftsleitungsorgan, seine Mitglieder folglich Geschäftsleiter *(dirigeants sociaux)*[81].

Der Verwaltungsrat übt seine Kompetenzen immer als Gesamtgremium aus. Er entscheidet mit einfacher Mehrheit der anwesenden Mitglieder, sofern die Satzung keine höheren Anforderungen an das Mehrheitserfordernis stellt[82]. Das einzelne Verwaltungsratsmitglied hat keine eigenen Befugnisse[83]. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats *(président du conseil d'administration)* kann in Personalunion auch Generaldirektor sein[84].

cc) Organe der *SA* neuen Typs

Die *SA* neuen Typs verfügt über zwei Organe: das Direktorium *(directoire)* und den Aufsichtsrat *(conseil de surveillance)*. Leitungsorgan der *SA* neuen Typs ist das Direktorium. Dabei geht das Gesetz davon aus, dass ein Direktorium mehrere Mitglieder hat. Hat die Gesellschaft ein

---

[77] Mestre/Velardocchio, Suppl. Rev. Lamy Dr. aff. Juli 2001, 49, 50; näher hierzu Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Conseil d'administration, Rn. 98 ff., 107 f.

[78] Z.B. Ernennung und Entlassung von Generaldirektoren und nachgeordneten Generaldirektoren sowie Festlegung ihrer Vergütung (L. 225-47 al. 1, L. 225-51-1, L. 225-53 al. 1, al. 3, L. 225-55 al. 1 Code de commerce); Bürgschafts- und Garantieerklärungen (art. L. 225-35 al. 4 Code de commerce); Billigung von Verträgen zwischen der *SA* und einem Verwaltungsratsmitglied oder Generaldirektor (art. L. 225-38 al. 1 Code de commerce); näher Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 704 *bis* f.

[79] Art. L. 225-35 al. 3, Satz 1 Code de commerce.

[80] Die Verwaltungsräte sind dem Vorwurf ausgesetzt, dieser Aufgabe nur unzureichend nachzukommen (näher Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Conseil d'administration, Rn. 7 m.w.N.; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 650).

[81] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 2; Jurisclasseur/*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 9.

[82] Art. L. 225-37 al. 2 Code de commerce; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Conseil d'administration, Rn. 56; Dictionaire Permanent Dr. Aff., Conseil d'administration, Rn. 128.

[83] Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Conseil d'administration, Rn. 3; Dictionaire Permanent Dr. Aff., Conseil d'administration, Rn. 5, 74.

[84] Art. L. 225-51-1 al. 1 Code de commerce; er wird dann landläufig *„PDG" (président directeur général)* genannt.

Nominalkapital von weniger als 150.000 €, kann sie sich mit der Ernennung eines Direktors *(directeur général unique)* begnügen[85]. Das Direktorium als Ganzes verfügt über eine umfassende Leitungsbefugnis[86]. Der Modus der Entscheidungsfindung wird durch die Satzung festgelegt[87].

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Geschäftsführung durch das Direktorium zu überwachen[88]. Für bestimmte Einzelgeschäfte weist das Gesetz dem Aufsichtsrat die Geschäftsführungskompetenz zu[89]. Das Aufsichtsratsmitglied ist nach französischem Rechtsverständnis anders als das Verwaltungsratsmitglied der *SA* klassischen Typs kein Geschäftsleiter[90].

Die Gesellschaft wird durch den Präsidenten des Direktoriums vertreten[91]. Der Aufsichtsrat kann weitere Mitglieder des Direktoriums mit Vertretungsmacht ausstatten[92].

b) *Société à responsabilité limitée (SARL)*

Die *SARL* ist ein Gesellschaftstyp, der für kleinere Gesellschaften geeignet ist. Eine Mindestsumme für das Nominalkapital verlangt das Gesetz nicht[93]. Die Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[94].

Organ der *SARL* ist der Geschäftsführer *(gérant)*. Er führt die Geschäfte

---

[85] Art. L. 225-58 al. 2, L. 225-59 al. 2 Code de commerce.
[86] Art. L. 225-64 al. 1 Code de commerce; Jurisclasseur soc./*Caussain*, Fasc. 133-50, Rn. 118; zu Ausnahmen s. nächster Absatz.
[87] Art. L. 225-64 al. 4 Code de commerce; Jurisclasseur soc./*Caussain*, Fasc. 133-50, Rn. 109 f; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Direction de la SA, Rn. 94.
[88] Art. L. 225-68 al. 1 Code de commerce.
[89] Z.B. Ernennung und Entlassung von Direktoriumsmitgliedern sowie Festlegung ihrer Vergütung (art. L. 225-59 al. 1, L. 225-61 al. 1; L. 225-63 Code de commerce); Bürgschafts- und Garantieerklärungen (art. L. 225-68 al. 2 Code de commerce); Billigung von Verträgen zwischen der *SA* und einem Direktoriums- oder Aufsichtsratsmitglied (art. L. 225-86 al. 1 Code de commerce).
[90] Jurisclasseur/*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 9; Lefebvre dirigeants, Rn. 323.
[91] Art. L. 225-66 al. 1 Code de commerce.
[92] Art. L. 225-66 al. 2 Code de commerce.
[93] So neuerdings art. L. 223-2 Code de commerce (geändert durch Gesetz vom 1.8.2003).
[94] Art. L. 223-1 al. 1 Code de commerce.

und ist gesetzlicher Vertreter der *SARL*[95]. Eine *SARL* kann mehrere Geschäftsführer haben[96]. In diesem Fall hat jeder Geschäftsführer Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis[97].

2. Personengesellschaften

a) *Société civile*

Die *société civile* ist die Grundform der französischen Personengesellschaft. Sie ist auf eine erwerbsorientierte, nichtkaufmännische Tätigkeit ausgerichtet[98]. Die Gesellschafter haften im Außenverhältnis für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Verhältnis ihres Anteils[99].

Organ der *société civile* ist der Geschäftsführer *(gérant)*. Er verfügt im Rahmen des Unternehmensgegenstands *(objet social)* der *société civile* über eine umfassende Leitungs- und Vertretungsbefugnis[100]. Die Gesellschafter sind nicht ohne weiteres Geschäftsführer. Der Geschäftsführer einer *société civile* muss vielmehr ausdrücklich bestimmt werden[101]. Eine *société civile* kann auch mehrere Geschäftsführer haben[102]. Sie haben dann Einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis[103].

b) *Société en nom collectif (SNC)*

Die *SNC* ist eine auf kaufmännische Tätigkeit ausgerichtete Gesellschaft[104]. Die Gesellschafter haften gemeinschaftlich und unbeschränkt

---

[95] Art. L. 223-18 al. 5 Code de commerce.
[96] Art. L. 223-18 al. 1 Code de commerce.
[97] Art. L. 223-18 al. 7, Satz 1 Code de commerce.
[98] Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 279, 1490; Le Cannu, Rn. 1324 f; vgl. auch art. 1832 al. 1 Code civil.
[99] Art. 1857 al. 1 Code civil. Der Gläubiger muss vorher vergeblich versucht haben, gegen die Gesellschaft selbst vorzugehen (art. 1858 Code civil, näher hierzu Lefebvre sociétés civiles, Rn. 20420 ff.).
[100] Art. 1848 al. 1, 1849 al. 1, al. 3 Code civil.
[101] S. hierzu art. 1846 al. 1 bis al. 3, 1846-1 Code civil; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7120 ff.
[102] Art. 1846 al. 1 Code civil.
[103] Art. 1849 al. 2, Satz 1 Code civil.
[104] Unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand ist sie immer Handelsgesellschaft (art. L. 210-1 al. 2 Code de commerce).

für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[105].

Die *SNC* wird durch einen oder mehrere Geschäftsführer *(gérants)* geleitet. Der Geschäftsführer verfügt im Rahmen des Unternehmensgegenstands der *SNC* über eine umfassende Leitungs- und Vertretungsbefugnis[106]. Alle Gesellschafter sind Geschäftsführer, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt[107]. Existieren mehrere Geschäftsführer, hat jeder Geschäftsführer Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis[108].

c) *Société en commandite simple*

Die *société en commandite simple* ist eine Variante der *SNC*, die über mindestens einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter *(associé commandité)* und einen beschränkt haftenden Gesellschafter *(associé commanditaire)* verfügt[109]. Die Vorschriften für die *SNC* gelten entsprechend, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt[110]. Der unbeschränkt haftende Gesellschafter steht dabei dem Gesellschafter einer *SNC* gleich[111]. Der beschränkt haftende Gesellschafter ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen[112] und spielt daher im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle. Im Übrigen unterscheiden sich der Geschäftsführer einer *SNC* und der Geschäftsführer einer *société en commandite simple* in ihrer Verantwortung gegenüber der Gesellschaft kaum. Sämtliche in dieser Arbeit zum Geschäftsführer einer *SNC* gemachten Aussagen gelten auch für den Geschäftsführer einer *société en commandite simple*[113]. Die *société en commandite simple* wird daher im weiteren Verlauf der Ausführungen

[105] Art. L. 221-1 al. 1 Code de commerce. Der Gläubiger muss die Gesellschaft zuvor vergeblich durch außergerichtliche Mahnung zur Zahlung aufgefordert haben (art. L. 221-1 al. 2 Code de commerce).
[106] Art. L. 221-4 al. 1, L. 221-5 al. 1 Code de commerce.
[107] Art. L. 221-3 al. 1 Code de commerce.
[108] Art. L. 221-5 al. 2, Satz 1 Code de commerce.
[109] Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1212; Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 4700; zur beschränkten Haftung des *associé commanditaire* art. 222-1 al. 2 Code de commerce.
[110] Art. L. 222-2 Code de commerce.
[111] Art. L. 222-1 al. 1 Code de commerce.
[112] Art. L. 222-6 al. 1 Code de commerce. Wird er dennoch geschäftsführend tätig, haftet er für die hierdurch begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt, unter Umständen auch darüber hinaus (näher art. L. 222-6 al. 2 code de commerce).
[113] Vgl. auch Jurisclasseur soc./*Bougnoux*, Fasc. 62-50, Rn. 16.

grundsätzlich nicht mehr gesondert erwähnt.

III. England

1. Kapitalgesellschaften

Das englische Recht kennt mit der *company* nur eine Form der Kapitalgesellschaft, unterscheidet aber zwischen der *private* und der *public company*. Im Unterschied zur *public company* darf die *private company* nicht öffentlich zur Zeichnung von Anteilen auffordern[114]. Das Nominalkapital einer *public company* muss mindestens 50.000 £ betragen, während für die *private company* keine Mindestsumme vorgegeben ist[115]. Die *public company* ist börsenfähig[116] und damit die Gesellschaftsform für größere Publikumsgesellschaften, während die *private company* der geeignete rechtliche Rahmen für kleinere Kapitalgesellschaften mit geschlossenem Gesellschafterkreis ist. Die weiteren Unterschiede zwischen diesen beiden Formen der *company* sind recht gering[117]. Die in dieser Untersuchung gemachten Aussagen gelten für beide Formen der *company*, sofern nicht ausdrücklich auf eine Form Bezug genommen wird[118]. Für die Verbindlichkeiten der *company* haftet nur das Gesellschaftsvermögen[119].

Das Recht der *company* ist im *Companies Act 1985* geregelt. Das Gesetz weist als Anhang eine Mustersatzung *(Companies Act 1985 Table A)* auf, die Anwendung findet, soweit die Gesellschaftssatzung nicht von ihr abweicht[120]. Diese Mustersatzung ist damit faktisch dispositives Recht. Die Organpflichten und die Folgen ihrer Verletzung fußen allerdings ganz überwiegend auf Richterrecht. Derzeit existieren Überlegungen, das Recht der *company* umfassend zu reformieren. Das hierfür zuständige

[114] Companies Act 1985, s. 81; Mayson/French/Ryan, Kap. 1.3.3.1.
[115] Companies Act 1985, ss. 2 (5), 11, 118 (1). Nicht selten haben *private companies* ein Nominalkapital von nur einem £.
[116] Lowry/Watston, Rn. 1.18
[117] Übersicht bei Pettet, S.17 f.
[118] Das ist nur einmal der Fall (s. 3. Teil, B II 4 c aa)
[119] Salomon v Salomon Co [1897] AC, 22, 30 f, 51, HL.
[120] Companies Act 1985, s. 8 (2).

Wirtschaftsministerium *(Department of Trade and Industry)* hat im Juli 2001 einen Abschlussbericht[121] mit umfangreichen Reformvorschlägen erstellt und im Juli 2002 einen Gesetzesentwurf[122] in das Parlament eingebracht. Er sieht unter anderem eine Kodifizierung der Organpflichten vor, ohne sie in der Substanz wesentlich zu verändern[123]. Soweit die einzelnen Reformvorschläge Fragen betreffen, die in dieser Untersuchung aufgeworfen werden, geht diese Arbeit bei der Behandlung der jeweiligen Frage auf den entsprechenden Vorschlag ein.

Die Geschäftsführung der *company* liegt in den Händen eines oder mehrerer Direktoren *(directors)*[124]. Zum Umfang der Kompetenzen eines Direktors trifft das Gesetz keine Bestimmungen[125]. Die Gesellschaft selbst bestimmt in ihrer Satzung Art und Umfang der Befugnisse ihrer Direktoren[126]. Die Mustersatzung weist den Direktoren ein umfassendes Geschäftsführungsrecht zu[127]. Dieses Recht liegt in den Händen des Direktoriums *(board of directors)* als Ganzes[128]. Wenn nichts anderes bestimmt ist, gilt für Entscheidungen des Direktoriums das Mehrheitsprinzip[129]. Die Vertretung der *company* obliegt ebenfalls dem Direktorium[130]. Mangels abweichender Bestimmung handelt es sich dabei um eine Gesamtvertretungsbefugnis[131].

Die Mustersatzung sieht vor, dass die Direktoren einen oder mehrere aus ihrer Mitte zu geschäftsführenden Direktoren *(managing directors)* er-

---

[121] Modern Company Law -For a Competitive Economy- Final Report, fortan „Modern Company Law Final Report" zitiert.
[122] Modernising Company Law - Draft Clauses.
[123] Modernising Company Law Draft Clauses, s. 19 und schedule 2; nähere Begründung hierzu im Abschlussbericht Modern Company Law Final Report, Rn. 3.5 ff.
[124] Gemäß Companies Act 1985, s. 282 muss eine *public company* mindestens zwei Direktoren haben, während sich eine *private company* mit einem Direktor begnügen kann.
[125] Das Gesetz weist lediglich ausgewählte Entscheidungen dem Kompetenzbereich der Gesellschafter zu, woraus im Umkehrschluss für diese Fälle eine Zuständigkeit der Direktoren zu verneinen ist. Näher Loose/Griffiths/Impey, Kap. 3.2; Mayson/French/ Ryan, Kap. 14.4.2.
[126] Loose/Griffiths/Impey, Kap. 3.1; Charlesworth/Morse, S. 249.
[127] Table A, art. 70, Satz 1.
[128] Mitchell & Hobbs (UK) Ltd v Mill [1996] 2 BCLC, 102, 107 f, HC; Charlesworth/ Morse, S. 250.
[129] Table A, art. 88, Satz 4.
[130] Companies Act 1985, s. 35A.
[131] Loose/Griffiths/Impey, Kap. 3.10; Mayson/French/Ryan, Kap. 19.5.6; Charlesworth/ Morse, S. 82.

nennen kann[132]. Die übrigen Direktoren *(non-executive directors)* üben ihr Amt in der Regel nur nebenberuflich aus und beschränken sich daher im Normalfall auf eine begleitende und beratende Überwachung der Geschäftsführungsaktivitäten[133]. Eine solche Aufteilung des Direktoriums ist gerade in größeren Gesellschaften üblich. Bei den nichtgeschäftsführenden Direktoren handelt es sich häufig um Führungskräfte aus anderen Unternehmen[134]. Für börsennotierte Gesellschaften empfiehlt der nicht bindende *Combined Code*[135], dass die Hälfte aller Direktoren nichtgeschäftsführend sein sollte[136].

2. Personengesellschaften

a) *Partnership*

Das englische Recht kennt keine Unterscheidung zwischen Personengesellschaften des allgemeinen Zivilrechts und des Handelsrechts. Einheits- und Grundform der Personengesellschaft ist die *partnership*. Der Gesellschafter einer *partnership (partner)* haftet persönlich für die gesamten Verbindlichkeiten der Gesellschaft[137].

Jeder Gesellschafter hat laut Gesetz Einzelgeschäftsführungsbefugnis im Hinblick auf gewöhnliche Angelegenheiten der Gesellschaft[138]. Uneinigkeiten in diesen Angelegenheiten sind durch Mehrheitsentscheid zu klären[139]. Die gesetzlichen Regeln sind in vollem Umfang abdingbar, so dass Geschäftsführungskompetenzen der einzelnen Gesellschafter beliebig

[132] Table A, art. 72, 84, Satz 1.
[133] Zur Rolle der nichtgeschäftsführen Direktoren allgemein Ferran, S. 217 ff.
[134] Ferran, S. 220.
[135] Näher hierzu 3. Teil, A II 2 b.
[136] Code of Best Practice, Section 1, A.3.2. Abweichend hiervon sollen kleinere börsennotierte Unternehmen über wenigstens zwei nichtgeschäftsführende Direktoren verfügen.
[137] Partnership Act 1890, ss. 9, 12.
[138] Partnership Act 1890, s. 24 (5); Blackett-Ord, Rn. 11.7. Für außergewöhnliche Angelegenheiten wie die Änderung des Gesellschaftsvertrags, den Wechsel des Unternehmensgegenstands u.a. gilt dagegen das Einstimmigkeitsprinzip. Näher hierzu Blackett-Ord, Rn. 11.3, 11.6.
[139] Partnership Act 1890, s. 24 (8).

modifiziert werden können[140]. Insbesondere können einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden[141].

Die Gesellschafter haben Einzelvertretungsbefugnis für alle Rechtshandlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eines Unternehmens mit einem derartigem Unternehmensgegenstand mit sich bringt[142].

b) *Limited Partnership*

Im Unterschied zur *partnership* verfügt die *limited partnership* über mindestens einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter *(general partner)* und einen beschränkt haftenden Gesellschafter *(limited partner)*[143]. Auf die *limited partnership* sind die Vorschriften über die *partnership* anwendbar, es sei denn, dass das Gesetz hiervon abweicht[144]. Der beschränkt haftende Gesellschafter ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen und spielt daher im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle[145]. Im Übrigen ist das rechtliche Verhältnis zwischen unbeschränkt haftendem Gesellschafter und *limited partnership* mit dem Verhältnis zwischen Gesellschafter und *partnership* nahezu identisch. Sämtliche in dieser Arbeit zum Gesellschafter einer *partnership* gemachten Aussagen gelten auch für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer *partnership*. Die *limited partnership* wird daher im weiteren Verlauf der Ausführungen grundsätzlich nicht mehr gesondert erwähnt.

[140] Partnership Act 1890, s. 24, 1. Absatz; vgl. Blackett-Ord, Rn. 11.12.
[141] Blackett-Ord, Rn. 11.12; Lindley/Banks Rn. 15-03.
[142] Partnership Act 1890, s. 5; Blackett-Ord, Rn. 11.1.
[143] Limited Partnership 1907 Act, s. 4 (2).
[144] Limited Partnership Act 1907, s. 7.
[145] Limited Partnership Act 1907, ss. 6 (1), (5) (a). Wird er dennoch geschäftsführend tätig, haftet er für die hierdurch begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt (s. 6 (1), Satz 3).

IV. Bestimmung von Vergleichsgruppen zur Prinzipienbildung

1. Vergleichsgruppenbildung in Bezug auf Gesellschaften

Auf einer ersten Stufe lassen sich die untersuchten Gesellschaftsformen in Kapital- und Personengesellschaften unterteilen. Gemeinsam ist allen Kapitalgesellschaften, dass der Kapitaleinsatz im Vordergrund steht und sich die Haftung der Gesellschafter hierauf beschränkt. Bei den Personengesellschaften steht dagegen der persönliche Einsatz der Gesellschafter im Vordergrund. Flexibilität und geringer Aufwand bei Gründung und Betreiben der Gesellschaft steht eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber. Diese Unterscheidungsmerkmale weisen genügend Substanz auf, um eine Trennung vornehmen und zwei Vergleichsgruppen erster Ordnung bilden zu können. In die Gruppe der Kapitalgesellschaften fallen die AG, die GmbH, sämtliche Formen der *SA*, die *SARL*, die *private company* und die *public company*. In die Gruppe der Personengesellschaften fallen die OHG, die KG, die GbR, die *SNC*, die *société en commandite simple,* die *partnership* und die *limited partnership*.

Innerhalb der Kapitalgesellschaften ist zwischen offenen und geschlossenen Kapitalgesellschaften zu unterscheiden. Offene Kapitalgesellschaften sind auf eine größere Zahl von Gesellschaftern ausgerichtet. Kennzeichnend sind hier eine hohe Flexibilität in Bezug auf Änderungen der Gesellschafterstruktur und die Geeignetheit zur Einbindung in öffentliche Kapitalmärkte. Geschlossene Kapitalgesellschaften sind dagegen für überschaubare Gesellschafterstrukturen konzipiert. Sie sind nicht kapitalmarktfähig. Diese Unterschiede weisen das erforderliche Gewicht auf, um die Kapitalgesellschaften in offene und geschlossene Kapitalgesellschaften als Vergleichsgruppen zweiter Ordnung unterteilen zu können. Diese Vergleichsgruppen können in den Fällen zur Prinzipienbildung herangezogen werden, in denen keine gemeinsamen Prinzipien für alle Kapitalgesellschaften existieren. Zu den offenen Kapitalgesellschaften

zählen die AG, die *SA*, die öffentlich zur Zeichnung von Anteilen aufrufen darf, und die *public company*. Geschlossene Kapitalgesellschaften sind die GmbH, die *SA*, die nicht öffentlich zur Zeichnung von Anteilen aufrufen darf, die *SARL* und die *private company*. Die *SA* soll bei der Prinzipienbildung in der Gruppe der geschlossenen Kapitalgesellschaften aber keine Rolle spielen, da sie auch in die Gruppe der offenen Kapitalgesellschaften fällt und sich offene und geschlossene *SA* bezüglich der Verantwortlichkeit des Organmitglieds kaum unterscheiden[146]. Das natürliche Pendant zur GmbH und zur *private company* ist die *SARL*. Eine zusätzliche Einbindung der *SA* in diese Kategorie würde die Prinzipienbildung nur unnötig erschweren.

Bei den Personengesellschaften unterscheiden das französische und das deutsche Recht zwischen Handelsgesellschaften und Gesellschaften nach bürgerlichem Recht. Unterscheidungsmerkmal ist die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften[147]. Auch hier sind daher zwei Vergleichsgruppen zweiter Ordnung zu bilden[148]. In die Gruppe der Personenhandelsgesellschaften fallen die OHG, die KG, die *SNC* und die *société en commandite*, in die Gruppe der Personengesellschaften die GbR und die *société civile*. Die englische *partnership* ist als Vergleichsgesellschaft für das englische Recht beiden Gruppen zuzuordnen[149]. Eine weitere Vergleichsgruppenbildung innerhalb der Personengesellschaften ist für die Zwecke dieser Untersuchung nicht erforderlich.

---

[146] Zwar weisen auch die *public* und die *private company* diesbezüglich kaum Unterschiede auf, doch ist hier eine nochmalige Berücksichtigung der *company* nötig, um eine Vergleichsgesellschaft im englischen Recht zu erhalten.

[147] Im deutschen Recht und bei der *société civile* bestimmt sich die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften danach, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt (§ 105 I HGB; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 830 f; Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 281). Bei der *SNC* die Wahl der Rechtsform entscheidend (art. L. 210 al. 2).

[148] Im Laufe dieser Untersuchung kommen sie nur einmal zur Geltung (s. 3. Teil, B II 1 b bb).

[149] Die *limited partnership* wäre wohl eher ausschließlich der Gruppe der Personenhandelsgesellschaften zuzuordnen. Ihre genaue Einordnung ist aber belanglos, da sich *partnership* und *limited partnership* im Rahmen dieser Untersuchung nicht unterscheiden.

2. Vergleichsgruppenbildung in Bezug auf Organmitglieder

Die Organmitglieder können in Geschäftsleiter und Aufsichtsführer unterteilt werden. Als Geschäftsleiter soll im Rahmen dieser Arbeit derjenige bezeichnet werden, der die Geschäfte der Gesellschaft führt. Aufsichtsführer ist derjenige, dessen Hauptaufgabe die Überwachung der Geschäftsleiter ist. Zweifelsfrei umfasst die Gruppe der Geschäftsleiter das Vorstandmitglied einer AG, den Geschäftsführer der GmbH, der *SARL*, der *SNC*, der *société en commandite simple* und der *société civile*, den geschäftsführenden Direktor der *company*, den Generaldirektor und den nachgeordneten Generaldirektor der *SA* klassischen Typs und das Direktoriumsmitglied der *SA* neuen Typs. Das Aufsichtsratsmitglied der AG und der *SA* neuen Typs fallen dagegen eindeutig in die Gruppe der Aufsichtsführer. Keiner der Gruppen eindeutig zuzuordnen ist das Verwaltungsratsmitglied der *SA* klassischen Typs und der nichtgeschäftsführende Direktor einer *company*. Formal sind sie Geschäftsleiter, in der Praxis liegt der Tätigkeitsschwerpunkt wie beim Aufsichtsratsmitglied aber auf der Überwachung der Geschäftsführung. Von den ihnen gesetzlich zugewiesenen wenigen Geschäftsführungsaufgaben abgesehen sind sie nur hierzu rechtlich verpflichtet[150]. Denn von einem gewöhnlich nebenberuflich tätigen nichtgeschäftsführenden Direktor bzw. Verwaltungsratsmitglied kann nicht der gleiche zeitliche Einsatz verlangt werden wie von einem gechäftsführenden Direktor einer *company* oder von einem Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs[151]. Bei funktionaler Betrachtungsweise sind sie somit als Aufsichtsführer zu qualifizieren. Für den Zweck dieser Untersuchung werden sie daher auch so behandelt.

Ein besonderes Problem besteht im Hinblick auf die Geschäftsleiter einer deutschen oder englischen Personengesellschaft. Bei diesen Gesellschaften sind Geschäftsleiter- und Gesellschafterstellung eng miteinander verwoben. Das deutsche Personengesellschaftsrecht bestimmt, dass die

[150] Die Rechtsprechung in beiden Ländern hat noch keinen nicht geschäftsführenden Direktor bzw. kein Verwaltungsratsmitglied wegen unterlassener Vollgeschäftsführung zur Verantwortung gezogen.
[151] Näher 3.Teil, A II 2 d.

Geschäftsführung natürlicher Ausfluss der Gesellschafterstellung ist und nur ein Gesellschafter Geschäftsleiter sein kann (Grundsatz der Selbstorganschaft)[152]. Im englischen Recht ist es zwar theoretisch möglich, einen Nichtgesellschafter zum Geschäftsleiter zu bestellen[153]. Aber anders als in Frankreich, wo wie in England die Berufung eines Nichtgesellschafters zum Geschäftsleiter einer Personengesellschaft möglich ist[154], trennen in England weder Gesetz noch Rechtsprechung oder Literatur zwischen Geschäftsleiter- und Gesellschafterstellung. Aus diesem Grunde leuchtet eine Abgrenzung zwischen Geschäftsleitungs- und Gesellschafterebene für die deutschen und für die englischen Personengesellschaften nicht ohne weiteres ein. Um eine möglichst umfassende Prinzipienbildung vornehmen zu können, ist sie jedoch unverzichtbar. Methodisch ist es daher geboten, die geschäftsführenden Gesellschafter einer OHG, einer KG, einer GbR, einer *partnership* und einer *limited partnership* auf ihre Geschäftsleiterfunktion zu beschränken und sie auf diese Weise den Geschäftsleitern im französischen Recht sowie im deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht gleichzustellen.

E. Gang der Darstellung

Der zweite Teil dieser Untersuchung wird sich mit der Frage beschäftigen, wem genau das Organmitglied verpflichtet ist und welches rechtliche Fundament diese Pflichtenstellung hat. Der dritte Teil ist den Pflichten selbst gewidmet. Gegenstand des vierten Teils sind die zivilrechtlichen Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung. Im Mittelpunkt steht dabei die Schadensersatzhaftung. Im fünften Teil wird kurz auf strafrechtliche und öffentlich-rechtliche Folgen einer Pflichtverletzung eingegangen. Der

[152] BGHZ 36; 292, 295 (OHG); näher Staub/*Ulmer*, § 114 HGB, Rn. 9; ders. in Münchener Kommentar BGB, § 709, Rn. 5; Röhricht/v. Westfalen/*von Gerkan*, § 114 HGB, Rn. 3.

[153] Tolley's Partnership, Rn. 7.5. Auf einen solches Geschäft sführungsverhältnis, das in der Praxis äußerst selten sein dürfte, findet Auftragsrecht Anwendung (Blackett-Ord, Rn. 11-15). Wegen der geringen praktischen Relevanz wird diese Fallkonstellation in der vorliegenden Untersuchung ausgeklammert. Zu erwähnen ist lediglich, dass der Beauftragte wie der geschäftsführende Gesellschafter Sorgfalts- und Treuepflichten unterliegt, sodass hier ganz überwiegend übereinstimmende Regeln existieren (s. Law of Contract, Rn. 6.173, 6.179).

[154] Art. L. 221-3 al. 1 Code de commerce *(SNC)*, 1846 al. 1 Code civil *(société civile).*

sechste Teil behandelt einige Sonderfälle, der siebente Teil nimmt eine zusammenfassende Gesamtbewertung vor und beantwortet die Frage nach der Erforderlichkeit einer Rechtsangleichung für die Verwirk-lichung des Gemeinsamen Marktes. Im Anhang werden die Ergebnisse der Rechtsvergleichung noch einmal zusammengefasst. Mithilfe des Anhangs ist ein rascher Überblick über den wesentlichen Inhalt dieser Arbeit möglich.

Diese Untersuchung verzichtet auf zusammenhängende Länderberichte. Stattdessen folgt die Darstellung einer problembezogenen Gliederung, die sich an den mit der Organmitgliedsverantwortung verbundenen Fragestellungen orientiert. Für jeden behandelten Problemkreis werden die jeweiligen nationalen Lösungsansätze vorgestellt, verglichen und auf gemeinsame Prinzipien hin untersucht. Um Wiederholungen zu vermeiden, werden die einzelnen nationalen, rechtsform- und organmitgliedsspezifischen Lösungsansätze dabei von vornherein soweit möglich in einer integrierten Darstellung zusammengefasst. Hiervon wird nur abgesehen, wenn die Unterschiede zwischen den einzelnen Lösungsansätzen so groß sind, dass eine integrierte Darstellung zu Lasten der Verständlichkeit gehen würde.

2. Teil Verpflichtung und Berechtigung

In diesem Teil soll untersucht werden, worauf die Organpflichten beruhen (s. nachfolgend I) und wer aus ihnen berechtigt ist (s. nachfolgend II). Dabei interessiert hier nur das Innenverhältnis. Die Verantwortlichkeit des Organmitglieds im Außenverhältnis, die insbesondere gegenüber den Gläubigern bestehen kann, liegt außerhalb des Gegenstands dieser Untersuchung[155].

A. Verpflichtung

I. Organstellung als Pflichtengrundlage

Grundlage für die Verpflichtung des Organmitglieds ist in erster Linie die Organstellung selbst. Eine gesonderte Vereinbarung ist daneben nicht erforderlich. Allein die Organstellung ist der Anknüpfungspunkt für die einschlägigen Haftungsvorschriften im deutschen und französischen Recht[156]. Auch die englische Rechtsprechung begnügt sich durchgehend mit der Organstellung, um Pflichten und eine etwaige Haftung zu bejahen[157]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Organmitglied einer Gesellschaft tritt mit Ernennung in das Pflichtenverhältnis gegenüber der Gesellschaft ein, ohne dass es hierzu einer weiteren Vereinbarung bedarf.

Die Frage, wie diese Organstellung dogmatisch zu qualifizieren ist, hat in

[155] Ausführliche Behandlung bei Nohe, Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht Deutschlands, Englands und Frankreichs (erscheint demnächst). Die Grenzziehung zwischen Pflichten im Innen- und im Außenverhältnis ist allerdings nicht immer einfach (s. hierzu 3. Teil, B II 6).

[156] S. §§ 93 II 1 AktG, 43 II GmbHG; art. L. 225-251 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-251 al. iV.m. L. 225-256 al. 1, L. 225-257 al. 1, Satz 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 1 Code de commerce *(SARL)*; art. 1850 Code civil *(société civile)*; näher zu diesen Vorschriften 4. Teil, A I.

[157] S. z.B. Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 149, HL und Industrial Development v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 171, HC (jeweils *company*); Thomas v Atherton (1878) 10 ChD, 185, 202, CA *(partnership)*.

den untersuchten Rechtsordnungen unterschiedliche Aufmerksamkeit erfahren. Im deutschen Recht war dies nie Gegenstand einer breiteren Diskussion[158]. Die französische Literatur begnügt sich mit der Feststellung, dass die Organmitglieder eine Stellung *sui generis* haben, für die das Nebeneinander von Leitungs- und Vertretungskompetenzen kennzeichnend ist[159].

Am intensivsten hat sich das englische Kapitalgesellschaftsrecht mit dieser Frage auseinandergesetzt. Zur Konkretisierung der Organstellung arbeitet es mit Analogien zum Recht der *agency* und des *trusts*. *Agent* ist derjenige, der für einen anderen in dessen Auftrag tätig wird und ihn vertritt[160]. Insbesondere um das Wirken der Direktoren einer *company* im Außenverhältnis zu beschreiben, werden sie als *agents* der Gesellschaft angesehen[161]. Das Institut des *trusts* ist ein komplexes Rechtsgebilde mit langer Tradition im angelsächsischen Rechtsraum. In vereinfachter Form versteht man hierunter die Verpflichtung einer Person mit Verfügungsmacht über fremdes Vermögen *(trustee)*, dieses Vermögen zugunsten eines Begünstigten *(beneficiary)* zu verwenden und zu verwalten[162]. Zur Beschreibung des Verhältnisses zwischen dem Direktor und der Gesellschaft und insbesondere des Verhältnisses des Direktors zum Gesellschaftsvermögen weist die Rechtsprechung dem Direktor weitgehend die Rolle eines *trustee* zu[163]. Da gesetzliche Vorschriften zur Pflichtenstellung des Direktors einer *company* bislang weitgehend nicht vorhanden sind, bilden das Recht der *agency* und des *trust* gleichzeitig auch Grund-

---

[158] Dieses Thema ist allenfalls mittelbar in der Anfangszeit des modernen deutschen Privatrechts im Zusammenhang mit der Frage diskutiert worden, ob eine juristische Person durch ihre Organmitglieder selbst handlungsfähig ist oder ob die Organmitglieder selbst als Vertreter Handlungsträger sind (näher zu diesem Streit zwischen „Organtheorie“ und „Vertretungstheorie“ Schmidt, § 10 I 2; Staudinger/ *Weick*, § 31, Rn. 2 f).

[159] Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1149; Bulle, Rn. 21; Hadji-Artinian, Rn. 27; Lefebvre dirigeants, Rn. 40; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 29.

[160] Law of Contract, Rn. 6.75; Birks/*Reynolds*, Rn. 9.01.

[161] G.E. Rye v Turner (1872) 8 LR Ch App, 149, 152; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 582 ; Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.402, 8404; vgl. auch Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 16.2.

[162] Marshall's Will Trusts [1945] ChD, 217, 219, HC; Snell/ *McGhee*, Rn. 6.01.

[163] Re Lands Alltoment Co [1894] 1 ChD, 616, 631, CA; Re Duckwari plc [1999] ChD, 253, 262, CA; Palmer's Company Law/*Worthington*, Rn. 8.404.1; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.6; zu den Unterschieden zwischen Direktor und *trustee* Re Faure Electric Accumulator Co (1889) ChD, 141, 150 f, HC, Pettet S. 178; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3003 und Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 16.2.

lage und Rechtsquelle für einen Großteil der Direktorenpflichten. Insbesondere qualifizieren sie den Direktor als Treueverpflichteten *(fiduciary)*[164]. Auch die geschäftsführenden Gesellschafter einer *partnership* sind untereinander Treueverpflichtete[165]. Die Wurzel der Treuepflicht erblickt die Rechtsprechung hier im Wesentlichen in dem Umstand, dass die Partner innerhalb der *partnership* als *agents G*eschäftsführungsaufgaben füreinander wahrnehmen[166].

Die Tatsache, dass das Organmitglied nach englischem Recht Treueverpflichteter ist, hat weitreichende Folgen für das Pflichtenverhältnis und die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung[167]. Die Treueverpflichtung wird im Verlauf dieser Arbeit immer wieder eine Rolle spielen und Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen begründen.

II. Vertrag als Pflichtengrundlage

Im deutschen und im englischen Recht kann der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft einen Dienstvertrag *(service contract)* schließen, der seine Organtätigkeit zum Gegenstand hat[168]. In beiden Rechtsordnungen regeln diese Verträge üblicherweise Fragen der Vergütung und anderer gegenseitiger Rechte und Pflichten[169]. Die gesetzlichen Pflichten des Geschäftsleiters können durch diesen Vertrag konkretisiert oder ergänzt werden[170]. Erst durch ihn wird der Direktor einer *company* üblicherweise

---

[164] Bairstow v Queens Moat Houses plc [2001] 2 BCLC, 531, 548, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.3; Clerk/Lindsell/*Sprince*, Rn. 28-06.

[165] Thompson's Tru stee in Bankruptcy v Heaton [1974] 1 All ER, 1239, 1249, HC; Floyd v Cheney [1970] ChD, 602, 608, HC; Morse, S. 10, 134; Prime/Scanlan, S. 170; Blackett-Ord, Rn. 10.2.

[166] Cassels v Stewart (1881) 6 AC, 64, 79, HL; Blackett-Ord, Rn. 10.1, 10.6. Ein erkennbarer Grund, bei den Personengesellschaften auf eine Analogie zum *trust* zu verzichten, findet sich nicht.

[167] Näher hierzu insbesondere 4. Teil, A III 1 b, B II 3.

[168] BGHZ 36, 142, 143 (AG); Schmidt, § 14 III 2b; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 35, Rn. 78; Mayson/French/Ryan, Kap. 15.9.1.5; Griffin, Company Law, S. 239 f; vgl. auch Companies Act 1985, s. 318.

[169] Raiser, § 14, Rn. 49 und § 32, Rn. 47 f; Tolley's Company Law/ *Dierden*, Rn. D5001, D5003.

[170] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 227; Michalski//*Haas*, § 43, Rn. 5; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Wiesner*, Bd. 4, § 21, Rn. 63; Hirte, Rn. 202; Coleman Taymar Ltd v Oakes [2001] 2 BCLC, 749, 768, HC; Palmer's Company Law/*Worthington*, Rn. 8.208.1; vgl. auch Table A, art. 84, Satz 1.

zum geschäftsführenden Direktor[171].

Anders stellt sich die Situation bei den Aufsichtsführern im deutschen und im englischen Recht dar. Das Aufsichtsratsmitglied soll nach heute herrschender Meinung keinen Anstellungsvertrag mit der AG schließen können[172]. Ein derartiges Verbot existiert für die nichtgeschäftsführenden Direktoren einer *company* zwar nicht. Ein Dienstvertrag ist hier jedoch unüblich. Es kennzeichnet den nichtgeschäftsführenden Direktor gerade, dass er keinen Dienstvertrag mit der Gesellschaft abschließt. Nichtgeschäftsführende Direktoren werden in der Praxis durch ein Berufungsschreiben *(letter of appointment)* ernannt[173].

Bei den deutschen und englischen Personengesellschaften ist ein Dienstvertrag zwischen Gesellschaft und Organmitglied prinzipiell ebenfalls möglich[174]. In der Praxis dürfte ein solcher Vertrag aber selten sein, da eine direkte Regelung im Gesellschaftsvertrag wesentlich näher liegt.

Das französische Recht wählt dagegen einen völlig anderen Ansatz. Vom Verwaltungsratsmitglied einer *SA* klassischen Typs abgesehen[175] darf das Organmitglied zwar einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft schließen. Gegenstand dieses Vertrags kann aber nicht die Tätigkeit als Organmitglied selbst, sondern nur eine hiervon deutlich unterscheidbare Arbeitnehmertätigkeit sein[176]. Ein gegen dieses Verbot verstoßender Vertrag ist

---

[171] Tolley's Company Law/ *Dierden*, Rn. D5001.

[172] BGHZ 114, 127, 129; Hüffer, § 101, Rn. 2 mit Nachweisen zu früher herrschenden Gegenmeinung; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 101, Rn. 5; Hirte, Rn. 337; vgl. aber § 114 AktG.

[173] Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.24

[174] Heymann/*Emmerich*, § 114, Rn. 8 und § 110 Rn. 22; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 6; wohl auch Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 24; a.A. Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 20. Die englische Literatur äußert sich zu dieser Frage nicht, so dass nicht davon auszugehen ist, dass diesbezüglich ein Verbot existiert.

[175] Cas. com. 16.5.1995, Bull. Joly 1995, § 260; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 647; Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-30, Rn. 137 ff. Umgekehrt darf ein Arbeitnehmer aber Verwaltungsratsmitglied werden (art. L. 225-22 al. 1, Satz 1 Code de commerce). Der Abschluss des Arbeitsvertrags muss der Ernennung zum Verwaltungsratsmitglied also zeitlich vorgehen.

[176] Art. L. 225-22 al. 1, Satz 1 (für Verwaltungsratsmitglied); Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 32 f; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-10, Rn. 52 ff ; Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-30, Rn. 97 ff; Jurisclasseur soc./*Bézard & Bougnoux*, Fasc. 48-30, Rn. 15.

nichtig[177]. Damit soll vor allen Dingen vermieden werden, dass das Recht der Gesellschaft, ein Organmitglied jederzeit ohne Angabe von Gründen entlassen zu können[178], untergraben wird[179].

Für die vertragliche Grundlage der Geschäftsleiterpflichten ist die Bildung eines gemeinsamen Prinzips damit nicht möglich. Während ein Vertrag, der die Geschäftsleitertätigkeit zum Gegenstand hat, im deutschen Recht und im englischen Recht zulässig ist, ist er im französischen Recht unzulässig. Bei den Aufsichtsführern kommen das deutsche und das französische Recht dagegen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass ein solcher Vertrag unzulässig ist. Im englischen Recht ist er für Aufsichtsführer kaum praxisrelevant. Seine theoretische Zulässigkeit soll daher folgendem gemeinsamen Prinzip nicht entgegenstehen:

Die Tätigkeit des Aufsichtsführers kann nicht Gegenstand eines Vertrags zwischen ihm und der Gesellschaft sein.

B. Berechtigung

I. Berechtigung der Gesellschaft

1. Kapitalgesellschaften

Alle Kapitalgesellschaften in den untersuchten Rechtsordnungen verfügen über eigene Rechtspersönlichkeit *(personnalité morale, legal personality)* und können Träger von Rechten und Pflichten sein[180]. Sie sind damit prinzipiell fähig, Rechte gegenüber ihren Organmitgliedern zu haben. Organmitglieder können ihnen gegenüber wiederum unmittelbar ver-

[177] Cass. com., 2.6.1987, Bull. civ. IV, Nr. 131 *(SARL)*; Cass. com., 1.7.1987, Bull. civ. IV, Nr. 194 *(SA)*; Lefebvre dirigeants, Rn. 5170, 5200.
[178] Näher hierzu 4. Teil, D I.
[179] Enc. Dalloz soc./*Petit*, Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Rn. 7; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 31; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-10, Rn. 51.
[180] §§ 1 I AktG, 13 I GmbHG; art. 1842 al. 1 i.V.m. 1834 Code civil; Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 1700; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 6005; Le Cannu, Rn. 445 f; Salomon v Salomon Co [1897] AC 22, 30 f, 51, HL; Mayson/French/Ryan, Kap. 5.2.1.

pflichtet sein. Das verdeutlichen auch eine Reihe von Rechtsvorschriften in den untersuchten Rechtsordnungen, die der Gesellschaft bei Verletzung von Organpflichten einen Anspruch gegenüber dem Organmitglied einräumen[181]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die Kapitalgesellschaft ist als juristische Person Trägerin der Rechte gegenüber ihrem eigenen Organmitglied.

2. Personengesellschaften

Für die französischen Personengesellschaften gilt das zu den Kapitalgesellschaften Gesagte. Sie verfügen über eine eigene Rechtspersönlichkeit[182], so dass die Organmitglieder ihnen gegenüber unmittelbar verpflichtet sind. Nach deutschem Recht besitzen Personengesellschaften dagegen keine eigene Rechtspersönlichkeit[183]. Dennoch kann die OHG Trägerin von Rechten und Pflichten sein[184]. Nach neuerer Rechtsprechung gilt dies auch für die GbR, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet[185]. Die Fähigkeit, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein, besteht auch gegenüber den eigenen Organmitgliedern[186]. Im Ergebnis unterscheiden sich das deutsche und das französische Recht damit nicht.

Wie im deutschen Recht verfügen die Personengesellschaften auch im

---

[181] §§ 93 II AktG, 43 II GmbHG; art. L. 225-251 (*SA* klassischen Typs), L. 225-251 i.V.m. L. 225-256 al. 1, L. 225-257 al. 1, Satz 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-19 al. 4 *(SARL)* Code de commerce; Companies Act 1985, ss. 322 (3) (b), 322A (3) (b), 341 (2) (b); näher zu diesen Vorschriften 4. Teil, A I.

[182] Art. 1842 al. 1, 1834 Code civil.

[183] BGHZ 34, 293, 296 (KG); BGHZ 146, 342, 343 (GbR); Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 105, Rn. 6; Staub/*Ulmer*, § 105, Rn. 39; ders. in Münchener Kommentar BGB, vor § 705, Rn. 8; Palandt/*Sprau*, § 705, Rn. 24.

[184] § 124 I HGB.

[185] BGHZ 146, 341,344 ff; BGH, NJW 2003, 1445, 1446; Palandt/*Sprau*, § 705, Rn. 24; Schmidt, § 8 III 4 d.

[186] Für Anspruch gegen Gesellschafter auf Leistung der vereinbarten Einlage Röhricht/v. Westfalen/*Gerkan*, § 124, Rn. 2; Schlegelberger/*Schmidt*, § 124, Rn. 10. Die Formulierung des BGH, die GbR sei rechtfähig, soweit sie am Rechtsverkehr teilnehme, ist wohl nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Rechtsfähigkeit nur im Außenverhältnis besteht. Sie dürfte vielmehr so zu verstehen sein, dass das Gesagte nicht für die reine BGB-Innengesellschaft gilt (s hierzu auch Leitsatz a. der Entscheidung BGHZ 146, 341).

englischen Recht nicht über eine eigenständige Rechtspersönlichkeit[187]. Ein diesbezüglicher Änderungsvorschlag der *Law Commission*[188] ist bislang nicht verwirklicht worden. Nur vereinzelt werden Personengesellschaften aus Gründen der Praktikabilität wie eine juristische Person behandelt[189]. Das Gesellschaftsvermögen *(partnership property)* steht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[190]. Auf seinen fiktiven Anteil an einzelnen Vermögenswerten hat der einzelne Gesellschafter dabei kein Zugriffsrecht[191]. Der Begriff des Gesellschaftsvermögens ist weit zu verstehen. Insbesondere fallen darunter nichtkörperliche Vermögensgegenstände und damit auch Forderungen[192]. Forderungen gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter stehen demnach der Gesamtheit der Gesellschafter zu.

Als Gemeinsamkeit lässt sich festhalten, dass das Organmitglied bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise immer der Gesamtheit der Gesellschafter verpflichtet ist. Denn wirtschaftlich gesehen ist die Gesellschaft nichts anderes als die Summe ihrer Gesellschafter. Es ist eine eher rechtstechnische Frage, wem genau der Anspruch zugewiesen wird. Entscheidend ist, dass der einzelne Gesellschafter in keiner Rechtsordnung berechtigt ist, seinen Anteil am Anspruch gesondert einzufordern. Die Gesellschafter müssen immer als Gesamtheit auftreten. Es gelten die gemeinsamen Prinzipien:

---

[187] Sadler v Whiteman [1910] 1 KB, 868, 889, CA; Blackett-Ord, Rn. 1.1; Lindley/Banks, Rn. 3-04.

[188] Law Commission, Partnership Law, Rn. 4.1 ff. Die Law Commission ist ein ständiges Gremium, das von der Regierung regelmäßig mit der Ausarbeitung von Reformvorschlägen beauftragt wird.

[189] Insbesondere ist eine *partnership* unter ihrem Namen prozessfähig. Näher Lindley/Banks, Rn. 3-04, 23-03; Blackett-Ord, Rn. 12.9.

[190] Blackett-Ord, Rn. 8.1; Lindley/Banks, Rn. 18-06; vgl. hierzu Partnership Act 1890, s. 4.

[191] Popat v Schlonchhatra [1997] 3 All ER, 800, 804, CA; Morse, S. 179 f; Blackett-Ord, Rn. 8.1.

[192] Lindley/Banks, Rn. 18.18; Blackett-Ord, Rn. 8.11.

Die Gesamtheit der Gesellschafter einer Personengesellschaft ist Trägerin der Rechte gegenüber dem Organmitglied. Ein einzelner Gesellschafter kann seinen Anteil an einem Recht gegenüber dem Organmitglied nicht gesondert geltend machen.

II. Berechtigung der Gesellschafter

Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen dem Organmitglied und einem Gesellschafter beleuchtet.

1. Kapitalgesellschaften

Nach deutschem und nach englischem Recht sind die Organmitglieder grundsätzlich nicht den Gesellschaftern, sondern nur der Gesellschaft verpflichtet[193]. In beiden Rechtsordnungen ist dies die Konsequenz aus der Tatsache, dass die Kapitalgesellschaft über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Die Gesellschaft bündelt in ihrer Person das Interesse, das die einzelnen Gesellschafter an einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung haben. Eine direkte Pflichtenstellung des Organmitglieds gegenüber einzelnen Gesellschaftern kann sich aber aus allgemeinem Recht ergeben[194]. In erster Linie kommen Pflichten aus allgemeinem Delikts- oder Vertragsrecht in Betracht[195]. Pflichtengrundlage ist dann ein besonderes Näheverhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschafter, das rechtlich geschützte Interessen des Gesellschafters in den Einflussbereich des Organmitglieds geraten lässt[196]. Ergänzend hierzu räumt § 117 I 2 AktG dem Aktionär einer AG einen direkten deliktischen Anspruch ge-

[193] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 469; Hüffer, § 93, Rn. 19; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 267; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 211; Percival v Wright [1902] 2 ChD, 421, 425 f, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 13.5; Pennington, Company Law, S. 741 ff; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3002, Pettet, S. 174; vgl. auch Companies Act 1985 s. 309 (2).

[194] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 469; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 268, 274; Pennington, Company Law, S. 742; wohl auch Company Law Guide/*Hannigan*, Rn. 7.53 und Arsalidou (2002) CoLa, 61, 63.

[195] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 469; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 214; Allen v Hyatt [1914] 30 TLR 444, 445 f, PC (Auftragsverhältnis); Pennington, Company Law, S. 742.

[196] Arsalidou (2002) CoLa, 61, 63.

gen ein Organmitglied ein, wenn dieses seinen Einfluss benutzt, um die Gesellschaft bewusst zu schädigen[197].

Ersatzfähig kann nach deutschem und nach englischem Recht immer nur der Schaden sein, der nicht bloßer Reflex eines durch die Gesellschaft erlittenen Schadens ist[198]. Ansonsten wäre eine doppelte Liquidierung des Schadens die Folge. Ein bloßer Reflexschaden ist insbesondere ein Wertverlust der Gesellschaftsanteile als Folge einer Schädigung der Gesellschaft. Dieser Wertverlust ist nicht ersatzfähig[199], die Gefahr seines Eintritts begründet daher kein unmittelbares Pflichtenverhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschafter.

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage im französischen Recht anders zu sein. Den Gesellschaftern steht es frei, ein Organmitglied in Anspruch zu nehmen, wenn sein Fehlverhalten ihnen einen individuellen Schaden zugefügt hat[200]. Das scheint den Rückschluss auf ein allgemeines Pflichtenverhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschafter zu erlauben. In einem neueren Urteil hat die *Cour de cassation* zudem dem Verwaltungsratspräsidenten einer *SA* ausdrücklich eine Treuepflicht gegenüber dem Gesellschafter auferlegt[201]. Im Anschluss an diese Entscheidung geht die Literatur einhellig davon aus, dass ein Organmitglied ganz allgemein eine Treuepflicht gegenüber dem Gesellschafter habe[202].

---

[197] Zur deliktschen Natur des Anspruchs BGH, WM 1992, 1812, 1819; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 117, Rn. 9; zur Tätertauglichkeit eines Organmitglieds Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 117, Rn. 13.

[198] § 117 I 2 AktG; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 282; Großkommentar/*Hopt*, § 93, Rn. 484; Stein v Blake [1998] 1 All ER, 724, 727 f, CA.

[199] RGZ 158, 248, 255 (AG); Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 278; Münchener Kommentar BGB/*Mertens*, § 823, Rn. 152; 117 I 2 AktG; Prudential Asurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (Nr. 2) [1982] ChD, 204, 222 f, CA; Stein v Blake [1998] 1 All ER, 724, 727 f, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.6.

[200] Umkehrschluss aus art. L. 225-252, Satz 1 (*SA* klassischen Typs); art. L. 225- 252, Satz 1 i.V.m. L. 225-256 (*SA* neuen Typs); art. L. 223-22 al. 3 Code de commerce *(SARL)*; 1843-5 al. i.V.m. 1834 Code civil (Personengesellschaften). Dort heißt es jeweils: „ Neben einem individuellen Schaden können die Gesellschafter auch...geltend machen."

[201] Cass. com., 27.2.1996, JCP G 1996, II, Nr. 22665.

[202] Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 629; Hadji-Artinian, Rn. 661; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 387; Schmidt/Dion, JCP E 1996, Jur., Nr. 838; Caussain, Gaz. Pal. 2000, Doc., 2152, 2153; Daille-Duclos, JCP E 1998, Ét., 1486, 1487 f.

Eine nähere Analyse zeigt jedoch, dass sich die untersuchten Rechtsordnungen im Ergebnis nicht unterscheiden. Das französische Recht verlangt, dass der vom Gesellschafter geltend gemachte Schaden von einem etwaigen Schaden der Gesellschaft klar abgrenzbar sein muss[203]. Faktisch wird ein abgrenzbarer Schaden nur dann auftreten, wenn zwischen Organmitglied und Gesellschafter ein besonderes Näheverhältnis bestand, das auch nach deutschem und nach englischem Recht direkte Pflichten des Organmitglieds gegenüber dem Gesellschafter begründen kann. Das bestätigt auch ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung, die bislang -soweit ersichtlich- nur in solchen Fällen Ansprüche bejaht hat[204]. Wie im deutschen und im englischen Recht ist auch im französischen Recht der Wertverlust eines Anteils als Folge einer Schädigung der Gesellschaft als bloßer Reflexschaden nicht erstattungsfähig[205].

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem oben erwähnten Urteil der *Cour de cassation*. Im entschiedenen Fall hatte ein Aktionär einer *SA* den Verwaltungsratspräsidenten der *SA* beauftragt, ihm einen Käufer für seine Anteile zu vermitteln. Zur gleichen Zeit verhandelte der Verwaltungsratspräsident mit einem großen Konzern über die Übernahme der *SA*. In der Folgezeit kaufte der Präsident dem Aktionär seine Aktien ab, verschwieg ihm dabei jedoch die Übernahmeverhandlungen. Im Zuge der Übernahme verkaufte er die Aktien mit hohem Gewinn weiter. Das Gericht stellte fest, dass der Präsident verpflichtet gewesen wäre, den Aktionär über die Übernahmeverhandlungen zu informieren. Diese Entscheidung weicht nicht von dem für alle drei Rechtordnungen geltenden Grundsatz ab, dass eine direkte Verpflichtung ein besonderes Näheverhältnis voraussetzt. Im entschiedenen Fall begründet der Kaufvertrag dieses Näheverhältnis. Auch die englische Rechtsprechung erlegt dem Or-

---

[203] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 89; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 79 ; Dupichot, Rn. 51 f; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 365.

[204] Beispiele: Cass., 1e civ., 1.2.1984, RTD com. 1984, 685 (Geschäftsführer einer *société civile* verkauft ein Gebäude, auf das Gesellschafter Anspruch hatte); Cass. com., 15.3.1971, Bull. civ., IV, Nr. 81 (Organmitglied zwingt einen Gesellschafter zu Warenlieferung, zu der er nicht verpflichtet war); weitere Beispiele bei Jurisclasseur/*Guyon & Le Bars,* Fasc. 132-10, Rn. 89.

[205] Cass. com., 26.1.1970, JCP G 1970, II, Nr. 16385; Cass. com., 15.1.2002, Bull. Joly 2002, § 155; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 90; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 660.

ganmitglied, das Anteile von einem Gesellschafter erwirbt, ausdrücklich die Pflicht auf, alle kaufpreisrelevanten Umstände zu offenbaren[206]. In Deutschland ist die Rechtslage ebenfalls nicht anders[207].

Es ist daher sehr fragwürdig, wenn die französische Literatur aus dem Urteil die Schlussfolgerung zieht, das Organmitglied habe eine allgemeine Treuepflicht gegenüber dem Gesellschafter. Ihr Verhältnis zur Treuepflicht des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft[208] wäre völlig unklar[209]. Sie würde zudem die juristische Eigenständigkeit der Gesellschaft in Frage stellen. Wie sich im Laufe der Untersuchung noch zeigen wird, legt aber gerade das französische Recht hierauf einen besonders großen Wert[210]. Es verwundert daher nicht, dass die von der Literatur als weitere Beispiele genannten Pflichten entweder ein Näheverhältnis zwischen Gesellschafter und Organmitglied voraussetzen[211] oder dies gleichzeitig auch Pflichten gegenüber der Gesellschaft sind[212]. Für die Zwecke dieser Untersuchung sollen daher die weitreichenden Schlussfolgerungen der französischen Literatur nicht als Grundlage dienen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die *Cour de cassation* ihre Urteile immer nur sehr knapp begründet. Ganz im Geist dieser Tradition findet sich im hier interessierenden Urteil nur die Feststellung, dass der Verwaltungsratspräsident durch sein Verhalten seine Treuepflicht gegenüber dem Gesellschafter verletzt habe. Die Interpretation französischer höchstrichterlicher Rechtsprechung ist daher manchmal schwierig.

---

[206] Platt v Platt [1999] 2 BCLC, 745, 755 f, HC; Peskin v Anderson [2000] 2 BCLC, 1, 14, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 13.5; Drury, Rn. 14; a.A. noch Percival v Wright [1902] 2 ChD, 421, 426, HC.
[207] Koppensteiner, ZHR 1991, 102, 110; Hung, S. 53 ff; Rhein, S. 51 ff.
[208] S. hierzu 3. Teil, B I.
[209] Dieses Problem sieht auch Daille-Duclos, JCP E 1998, Ét., 1486, 1490.
[210] So können die Gesellschafter beispielsweise anders als in Deutschland und in England nicht auf Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder verzichten. Näher hierzu 4. Teil, A IV 1 b.
[211] Le Nabasque, RTD com. 1999, 273, 283 (allgemeines Verbot, den Gesellschafter zu täuschen).
[212] Schmidt/Dion, JCP E 1996, Jur., Nr. 838 (Pflicht zur Offenlegung jedes Interessenkonflikts und zur Enthaltung bei einer etwaigen Abstimmung).

2. Personengesellschaften

Für die französischen Personengesellschaften gilt das zu den Kapitalgesellschaften Gesagte[213].

Das deutsche Recht wählt für die Personengesellschaften einen etwas anderen Ansatz als für die Kapitalgesellschaften. Es gewährt dem Gesellschafter einer Personengesellschaft einen Anspruch aufgrund einer Pflichtverletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters, sofern er einen individuellen Schaden erlitten hat, der über eine etwaige Schädigung der Gesellschaft hinausgeht[214]. Das entspricht dem Ansatz im französischen Recht.

Im englischen Personengesellschaftsrecht wird diese Frage nicht erörtert. Doch kann im Ergebnis auch hier nichts anderes gelten. Allein der vom deutschen und vom französischen Recht aufgezeigte Lösungsansatz ist geeignet, eine doppelte Schadensliquidierung zu vermeiden, den Einzelgesellschafter bei individueller Schädigung aber gleichwohl zu seinem Recht kommen zu lassen.

3. Prinzipienbildung

Zusammenfassend kann für Kapital- und Personengesellschaften festgehalten werden, dass das Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschafter keinen Besonderheiten unterliegt. Das Organmitglied hat gegenüber den Gesellschaftern die Verpflichtungen, die ihm die Rechtsordnung unabhängig von seiner Funktion gegenüber jedermann auferlegt. Eine solche Verpflichtung setzt ein Näheverhältnis voraus, das nicht schon allein kraft Organ- und Gesellschafterstellung besteht. Das gilt auch für das französische Recht, das deutsche Personengesellschaftsrecht und §

[213] Vgl. art. 1843-5 al. 1 i.V.m. art. 1834 Code civil; Cozian/Viandier/Deboisssy, Rn. 365, 387; Hadji-Artinian, Rn. 661; Dupichot, Rn. 51; Caussain, Gaz. Pal. 2000, Doc., 2152, 2153; Daille-Duclos, JCP E 1998, Ét., 1486, 1488.

[214] BGH NJW 1962, 859 (GbR); Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 50; Michalski OHG, § 114, Rn. 36.

117 I 2 AktG. Zwar besteht hier formal ein direktes Pflichtenverhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschafter. Da ein Reflexschaden aber nicht ersatzfähig ist, begründet es faktisch nur dann Pflichten, wenn ein besonderes Näheverhältnis existiert. Nur wenn ein solches Näheverhältnis besteht, kann ein Organmitglied eine Pflichtverletzung begehen, die ausschließlich den Gesellschafter schädigt. Im Ergebnis gelten daher folgende gemeinsamen Prinzipien:

Der Gesellschafter genießt gegenüber dem Organmitglied nur den Schutz, den das allgemeine Recht jedermann gewährt. Das Organmitglied kann ihm gegenüber nur aus einem besonderen Näheverhältnis verpflichtet sein, das nicht schon allein kraft Organ- und Gesellschafterstellung besteht. Bei Verletzung einer solchen Pflicht kann der Gesellschafter nur den Ersatz des Schadens fordern, der nicht bloßer Reflex eines durch die Gesellschaft erlittenen Schadens ist. Er kann insbesondere keinen Ausgleich des Wertverlusts seiner Anteile verlangen, der Folge einer Schädigung der Gesellschaft ist.

Da sich das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Organmitglied im Ergebnis ausschließlich nach allgemeinem Recht bestimmt, soll es im Laufe dieser Untersuchung keine Rolle mehr spielen.

3.Teil Organpflichten

In diesem Teil können nicht alle Organpflichten gegenüber der Gesellschaft untersucht werden. Insbesondere die Organmitglieder einer offenen Kapitalgesellschaft unterliegen einer Fülle von gesetzlich fixierten Einzelpflichten, deren Erörterung den Rahmen sprengen würde. Diese Untersuchung beschränkt sich daher auf Pflichten, die nicht nur für einen Gesellschaftstyp relevant sind und die eine gewisse praktische Bedeutung haben.

A. Sorgfaltspflichten

I. Allgemeines

1. Existenz und Rechtsgrundlage

Eine gesetzliche Regelung zur Sorgfaltspflicht findet sich nur für die deutschen Kapitalgesellschaften. Der Gesetzgeber bestimmt, dass das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft bei seiner Amtsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds anzuwenden hat[215]. Für die übrigen Gesellschaften in den untersuchten Rechtsordnungen fehlen vergleichbare Vorschriften[216]. Für die englischen Kapitalgesellschaften ist eine entsprechende Regelung erst in Planung[217]. Es ist jedoch anerkannt, dass ein Organmitglied auch ohne gesetzliche Regelung einer Sorgfaltspflicht *(devoir de diligence, duty of care and skill)* unterliegt[218]. Die französische Rechtsprechung hat diesen Begriff allerdings

[215] §§ 93 I 1, 116 S. 1 AktG, 43 I GmbHG.
[216] § 708 BGB, der auf deutsche Personengesellschaften Anwendung findet, betrifft nur den Haftungsmaßstab.
[217] Modernising Company Law - Draft Clauses, Schedule 2, Nr. 4.
[218] Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 50; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 15; Staudinger/*Kessler*, § 713, Rn. 5; Peltier JCP E 1997, Ét., Nr. 660, Rn. 11; Dion, Dr. Soc. 1995, Chron. 8, S. 2ff; Rausch, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 30, 31 ff; Gandur, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 15, 20 ff ; Guyon, Rn. 324; Hadji-Artinian, Rn. 655 ff; Grossi, Rn. 53; Chamy, Pet. aff., 9.6.1997, 4, 6 f; Re City Equitable Fire Insurance Co [1925] ChD, 407, 427 und Bairstow v Queens Moat Houses plc [2000] 1 BCLC,

bisher erst vereinzelt aufgegriffen[219]. Sie beschränkt sich in aller Regel darauf, die mangelnde Sorgfalt eines Organmitglieds als haftungsbegründenden Geschäftsführungsfehler *(faute de gestion)* zu qualifizieren[220]. Grund hierfür sind die französischen Haftungsvorschriften, die den Geschäftsführungsfehler als Tatbestandsvoraussetzung aufweisen[221]. Das prägt das Denken der französischen Juristen. Sie richten ihre Gedanken eher auf die Pflichtverletzung als auf die Pflicht selbst[222]. In der Sache begründet es aber keinen Unterschied, ob ein Gericht eine Sorgfaltspflicht explizit bejaht oder dadurch implizit unterstellt, dass es eine Haftung in Fällen der Sorgfaltspflichtverletzung annimmt. Im Ergebnis erkennt somit auch die französische Rechtsprechung die Existenz einer Sorgfaltspflicht eindeutig an[223].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die drei Rechtsordnungen einheitlich eine Sorgfaltspflicht des Organmitglieds festschreiben. Sie ist Ausdruck des fundamentalen Gebots, dass jeder Beteiligte eines Rechtsverhältnisses in angemessener Weise Rücksicht auf die Rechtsgüter der anderen Beteiligten nehmen muss. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Organmitglied unterliegt einer Sorgfaltspflicht.

549, 560, HC (jeweils *company*); Winsor v Schroeder [1979] NLJ, 1266 *(partnership)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.2.1; Griffin, Directors' Liability, Kap. 1.3.3; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson* 3.63 ff; Morse, S. 137; Blackett-Ord, Rn. 12.96.

[219] S. z.B. CA Versailles, 11.6.1998, Bull. Joly 1998, § 358, S. 1169 *(SA)*; vgl. auch Cass. com., 30.10.2000, Bull. Joly 2001, § 5, die für die *SA* einen *administrateur diligent* fordert.

[220] S. z.B. Cass. com. 18.6.1973, Bull. Civ. IV, Nr. 212 *(SARL)*; Cass. com. 14.12.1993, Bull. Civ. IV, Nr. 473.
Cass. com., 31.1.95, Bull. Civ. IV, Nr. 29 *(SA)*.

[221] S. hierzu 4. Teil, A I 1 b aa.

[222] Das macht sich auch in der Literatur bemerkbar. Während die französische Literatur Fragen der Organmitgliedspflichten und -haftung meist unter dem Stichwort *responsabilité* (Verantwortung) abhandelt, wählt z.B. die englische Literatur in aller Regel den Titel *directors' duties* (Direktorenpflichten).

[223] Rausch, Rev. Jur. com., Sonderband 9/2000, 30, 31.

2. Inhalt

a) Sorgfaltsmaßstab

aa) Deutsches Recht

Das deutsche Recht differenziert zwischen Kapital- und Personengesellschaften. Für den Geschäftsleiter der AG und der GmbH bestimmt das Gesetz, dass sie bei ihrer Amtsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben[224]. Für den Aufsichtsrat ist der Maßstab entsprechend die Sorgfalt eines gewissenhaften Aufsichtsführers[225].

Für die Personengesellschaften gilt, dass jeder Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[226]. Dies gilt auch in Bezug auf die Geschäftsführung des Gesellschafters[227]. Anders als bei den Kapitalgesellschaften gilt damit grundsätzlich ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab. Er befreit das Organmitglied aber nicht von der Pflicht, grob sorgfaltswidriges Verhalten zu unterlassen[228].

bb) Französisches Recht

Im französischen Recht fehlen spezielle Vorschriften für Organmitglieder. Für Kapital- und Personengesellschaften ist daher auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze zurückzugreifen[229]. Anwendung findet *art. 1137 Code civil*, der den Schuldner einer Sache verpflichtet, sie bis zur Über-

---

[224] §§ 93 I 1 AktG; 43 I GmbHG.
[225] § 116, S. 1 AktG; Hüffer, § 116, Rn. 2; Henn, Rn. 680.
[226] § 708 BGB.
[227] Sudhoff/*Glahs*, 2. Teil, Kap. E, Rn. 49 f; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 58 und § 47, Rn. 27, Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 19. Eine Ausnahme gilt nur für Publikumsgesellschaften, die üblicherweise in Form einer KG organisiert sind (näher Beck'sches Handbuch Personengesellschaften/*Watermeyer*, § 16, Rn. 37 m.w.N.). Das soll hier aber ausgeklammert werden.
[228] § 277 BGB.
[229] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 69.

gabe an den Gläubiger „wie ein guter Familienvater" zu schützen und zu pflegen *(y apporter tous les soins d'un bon père de famille).* Gemeint ist damit, dass der Schuldner bei der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten die gebotene Sorgfalt an den Tag legen muss[230]. Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung auf alle vertraglichen Verpflichtungen ausgedehnt, bei denen der Schuldner keinen Erfolg, sondern nur eine Tätigkeit schuldet *(obligation de moyens)*[231]. Darunter fällt auch die Sorgfaltspflicht des Organmitglieds[232].

Der durch *art. 1137 Code civil* begründete Sorgfaltsmaßstab ist objektiv: Der Verpflichtete hat die Sorgfalt eines umsichtigen Schuldners in der gleichen sozialen Rolle und in der gleichen konkreten Situation an den Tag zu legen[233]. Das ist auch für die Organpflichten anerkannt, auch wenn die Rechtsprechung dies so bislang nicht eindeutig ausgesprochen hat[234].

cc) Englisches Recht

Im englischen Recht ist wie im deutschen Recht zwischen Kapital- und Personengesellschaften zu differenzieren. Bei den Kapitelgesellschaften hat sich im vergangenen Jahrzehnt ein Wechsel von einem subjektiven zu einem objektiven Sorgfaltsmaßstab vollzogen. Die ältere Rechtsprechung verlangte vom Direktor einer *company* in Ausübung seiner Funktion nur das Maß an Fähigkeit und Umsicht, das von ihm als individueller Person erwartet werden konnte[235]. Der Sorgfaltsmaßstab war damit subjektiv. Hintergrund dieser zurückhaltenden Rechtsprechung war der Umstand,

---

[230] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 10, 35; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2868.

[231] Cass. 3e civ., 7.2.1978, Bull. civ. III; Nr. 46; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2718 ff; Enc. Dalloz civ./*Picod*, Obligations, Rn. 40 f; Terré/Simler/Lequette, Rn. 6, 552.

[232] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 32; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 69; Jurisclasseur soc./*Daigre & Roussille*, Fasc. 82-10, Rn. 56; Schmidt, Dr. patr. Mai 1995, 45, 46; Hadji-Artinian, Rn. 970.

[233] Cass. 1e civ., 22.3.1977, Bull. civ. I, Nr. 143; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2870.

[234] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars* , Fasc. 132-10, Rn. 35; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Fasc. 48-40, Rn. 51; Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 483-21; Hadji-Artinian, Rn. 893 f, 896 f ; Guyon, Rn. 459; Merle, Rn. 405.

[235] Lagunas Nitrate Co v. Lagunas Syndicate [1899] 2 ChD, 392, 435, CA; Re City Equitable Fire Insurance Co [1925] ChD, 407, 428, CA; näher hierzu, Worthington, S. 188 ff.

dass es in den entschiedenen Fällen meist um nebenberuflich oder sogar ehrenamtlich agierende nichtgeschäftsführende Direktoren ging[236]. Die Rechtsprechung orientierte sich hier stark am Auftragsrecht *(agency law)*[237]. Bis heute haftet der unbezahlte Beauftragte im Regelfall nur für die eigenübliche Sorgfalt[238].

Diese Rechtsprechung ist jedoch inzwischen überholt. Es war der Gesetzgeber, der die Trendwende einleitete, indem er für die Haftung wegen Insolvenzverschleppung *(wrongful trading)* einen objektiven Maßstab einführte. Ein Direktor haftet für eine Insolvenzverschleppung schon dann, wenn er nicht die Sorgfalt an den Tag legt, die vernünftigerweise von einer Person in seiner Position erwartet werden kann[239]. Die neuere Rechtsprechung hat diesen Grundsatz inzwischen für den gesamten Bereich der Direktorenpflichten übernommen[240]. In der Praxis ist es darüber hinaus üblich, dass die Dienstverträge der geschäftsführenden Direktoren eine Klausel enthalten, die einen objektiven Sorgfaltsmaßstab festschreibt[241]. Schlusspunkt dieser Entwicklung ist derzeit der aktuelle Gesetzesentwurf zur Reform des Kapitalgesellschaftsrechts. Er sieht vor, hinsichtlich aller Direktorenpflichten einen objektiven Maßstab gesetzlich vorzugeben[242].

Bei den Personengesellschaften ist die Frage des Sorgfaltsmaßstabs dagegen noch weitgehend ungeklärt[243]. Die hier sehr spärliche Rechtsprechung gibt darauf keine eindeutige Antwort. Zum einen ist unklar, ob das Organmitglied nur zur Vermeidung grober Sorgfaltswidrigkeit *(gross/culpable negligence)* verpflichtet ist oder ob auch gewöhnliche

---

[236] Vgl. aber Re Rubber Plantations & Estates Ltd [1911] 1 ChD, 425, 437, HC.
[237] Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.406.
[238] Law of Contract, Rn. 6.180 mit Rechtsprechungsnachweisen.
[239] Insolvency Act 1986, s. 214 (4) (a).
[240] Norman v Theodore Goddard [1991] BCLC, 1028, 1030 f, HC; Re D'Jan Ltd [1994] 1 BCLC, 561, 563, HC; Re Westlove Storage and Distribution Ltd [2000] BCC, 851, 870, HC; Bairstow v Queen Moat Houses plc [2000] 1 BCLC, 549, 559, HC; näher hierzu Pettet, S. 176; Griffin, Company Law, S. 261; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.2.2; a.A. offenbar Arsalidou (2003) CoLa, 228, 229, die die zitierte Rechtsprechung nicht aufgreift.
[241] Arsalidou (2002) CoLa, 107 f.
[242] Modernising Company Law - Draft Clauses, schedule 2, Nr. 4.
[243] Ausführlich hierzu Law Commission, Partnership Law, Rn. 14.19 ff.

Sorgfaltswidrigkeit eine Haftung begründen kann[244]. Die Schwierigkeit liegt hier darin, dass das englische Recht einen klar abgegrenzten und definierten Begriff der groben Sorgfaltswidrigkeit bzw. Fahrlässigkeit nicht kennt[245]. Zum anderen ist fraglich, ob die objektiv gebotene Sorgfalt oder die individuellen Fähigkeiten des Organmitglieds als Vergleichsmaßstab dienen sollen[246]. Die *Law Commission* favorisiert in einem Reformvorschlag als Maßstab die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten[247].

dd) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

Für das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft gilt in den untersuchten Rechtsordnungen übereinstimmend ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Es ist zur Erbringung der Sorgfalt verpflichtet, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied im konkreten Einzelfall erwartet werden kann. Jedes Organmitglied steht folglich in der Pflicht, sich die hierzu benötigten Kenntnisse und Fertigkeiten anzueignen, sofern es nicht bereits über sie verfügt[248]. Gläubiger und Gesellschafter sollen sich darauf verlassen können, dass qualifiziertes Personal das Unternehmen führt. Es gelten folgende Prinzipien:

---

[244] Für grobe Fahrlässigkeit Bury v Allen (1845) 1 Collyer, 589, 604 (abgedruckt in 63 ER, 563); Lindley/Banks, Rn. 20-10; für gewöhnliche Fahrlässigkeit Mc Ilreath v Margetson (1785) 4 Douglas 278, 279 (abgedruckt in 99 ER, 880); Blackett-Ord, Rn. 11.38, 12.96; offen Morse, S. 137 f; unklar Thomas v Atherton (1878) 10 ChD 185, 199, 202, CA und Winston v Schroeder [1979] NLJ 1979, 1266, HC.

[245] S. schon Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd [1925] ChD 407, 427 f, CA; näher Charlesworth/Percy/*Walton u.a.*, Rn. 1-11 und Law Commission, Partnership Law, Rn. 14.25.

[246] Für objektiven Ansatz Winsor v Schroeder [1979] NLJ, 1266; Ross Harper & Murphy v Banks [2000] SLT, 699, 703 ff (schottisches Berufungsgericht); hierzu Law Commission, Partnership Law, Rn. 14.20 ff.

[247] Law Commission, Partnership Law, Rn. 14.31; kritisch hierzu Deards (2001) JBL, 357, 368.

[248] BGHZ 85, 293, 295 f (AG); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 79; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 190; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 51, 78; Rausch, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 30, 33; Re Barings plc (Nr. 5) [1999] 1 BCLC, 433, 435, HC *(company)*; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.70.

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft ist zur Erbringung der Sorgfalt verpflichtet, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten Situation erwartet werden kann. Es muss die hierzu nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten mitbringen.

Bei den Personengesellschaften weisen die untersuchten Rechtsordnungen nur ein geringes Maß an Übereinstimmung auf. Im französischen Recht gilt wie bei den Kapitalgesellschaften ein objektiver Sorgfaltsmaßstab, im deutschen Recht dagegen grundsätzlich nur ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab. Unklar ist die Rechtslage im englischen Recht. Das betrifft nicht nur die Frage, ob der Sorgfaltsmaßstab objektiv oder subjektiv sein soll. Vielmehr ist auch ungeklärt, ob das Organmitglied überhaupt zu mehr als der Vermeidung grober Sorgfaltswidrigkeit verpflichtet ist. Unter Berücksichtigung dieser Unsicherheiten kann daher nur folgendes Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft ist zumindest zur Erbringung der Sorgfalt verpflichtet, die unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten als Minimalanforderung zu qualifizieren ist.

b) Sorgfalt im Einzelfall

Bei der Frage, wozu die Sorgfaltspflicht konkret verpflichtet, üben die Juristen in den untersuchten Rechtsordnungen eine erstaunliche Zurückhaltung. Sie begnügen sich überwiegend mit der Feststellung, dass dies eine Frage des Einzelfalls sei[249]. Zum Teil konkretisieren die deutsche Rechtsprechung und Literatur die Sorgfaltspflicht in der Weise, dass das Organmitglied verpflichtet sei, im Rahmen des Gesetzes und gesellschaftsinterner Vorgaben Schäden für die Gesellschaft zu vermeiden[250].

[249] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 80; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 29; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 40; Hicks (1994) LQR 390, 393; vgl. auch Re Produce Marketing Consortium Ltd (Nr. 2) [1989] BCLC, 520, 550, HC und Re City Equitable Fire Insurance Co [1925] ChD, 407, 427, CA (jeweils *company*).

[250] OLG Zweibrücken, NZG 1999, 506, 507 (GmbH); Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 29; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 42; vgl. auch BGHZ 21; 354, 357 (AG).

Viel gewonnen ist mit dieser sehr allgemeinen Formulierung allerdings nicht.

Der Verzicht auf eine ergiebige Konkretisierung mag seinen Grund darin haben, dass sie sich weitgehend juristischen Kategorien entzieht. Ob im konkreten Fall eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist nach gesundem Menschenverstand zu entscheiden. Dabei spielen insbesondere betriebswirtschaftliche Überlegungen eine zentrale Rolle. Die Sorgfaltspflicht verpflichtet den Betroffenen zu einer Kosten-Nutzen-Analyse. Er muss unter Einbeziehung der Erfolgsaussichten die Wichtigkeit des Ziels gegen den zu leistenden Aufwand abwägen. So wird der Geschäftsleiter eines Einzelhandelsunternehmens beim Geld- oder Kreditkarteneinsatz der Kunden die Vorlage eines Personalausweises nur dann zur Norm machen, wenn die Größe des Missbrauchsrisikos den höheren Personalaufwand und die mögliche Verärgerung der Kunden rechtfertigt. Die geschuldete Sorgfalt ist kein Selbstzweck, sondern Instrument der wirtschaftlichen Optimierung im Unternehmen. In diesem Sinne ist das Organmitglied dazu verpflichtet, im Rahmen des Rechts alles betriebswirtschaftlich Vernünftige zu tun, um Schäden für die Gesellschaft zu vermeiden. Nur mit diesem Ansatz lassen sich betriebswirtschaftliche und rechtliche Anforderungen an das Organmitglied sinnvoll miteinander in Einklang bringen. Daher kann es einer Prinzipienbildung nicht entgegenstehen, dass es in den untersuchten Rechtsordnungen an einer vertieften Auseinandersetzung zu dieser Frage fehlt. Es gelten folgende Prinzipien:

Die Sorgfaltspflicht verpflichtet das Organmitglied zu einer Kosten-Nutzen-Analyse. Es muss unter Einbeziehung der Erfolgsaussichten die Wichtigkeit des Ziels gegen den zu leistenden Aufwand abwägen und im Rahmen des Rechts alles betriebswirtschaftlich Vernünftige tun, um Schäden für die Gesellschaft zu vermeiden.

3. Unternehmerisches Ermessen

Unternehmerische Tätigkeit ist ohne das Eingehen gewisser Risiken nicht

denkbar. Die in diesem Zusammenhang notwendigen Entscheidungen müssen häufig vor einem sehr komplexen Hintergrund getroffen werden. In der Regel stehen einem gewissenhaften Organmitglied mehrere unternehmerisch vertretbare Handlungsalternativen zur Auswahl. Die Richtigkeit einer Entscheidung ist häufig nur im Rückblick zu beurteilen. Diesem Umstand muss das Recht Rechnung tragen. Das deutsche und das englische Recht räumen dem Organmitglied für seine Entscheidungen daher ein weites unternehmerisches Ermessen ein[251]. Es darf bewusst geschäftliche Risiken eingehen[252].

Das französische Recht nimmt zur Handhabung dieses Problems einen etwas anderen Blickwinkel ein. Die Literatur unterscheidet zwischen einem haftungsbegründenden Geschäftsführungsfehler *(faute de géstion)* und einer gewöhnlichen Fehleinschätzung *(erreur)*, die nicht zur Haftung führt. Eine Fehleinschätzung ist dann kein Geschäftsführungsfehler, wenn das Organmitglied alle Regeln beachtet hat, die im Rahmen der Entscheidungsfindung vernünftigerweise zu beachten waren[253]. Ist dies der Fall, steht „ein Recht zur Fehleinschätzung" (*droit à l'erreur*) einer Haftung im Wege[254]. Die Rechtsprechung sieht dies genau so, ohne die Problematik mit den gleichen Worten auf den Punkt zu bringen[255].

Wie allgemein bei Organpflichten richtet sich der Blick der meisten französischen Juristen auf die Haftung als Folge einer Pflichtverletzung[256].

---

[251] BGHZ 64; 325, 327 und BGHZ 135, 244, 253 (jeweils AG); Horn, ZIP 1997, 1129, 1137; Heermann, ZIP 1998, 761, 762; Götte, FS 50 Jahre BGH, 123, 129; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 45a ff; Röhricht/v. Westfalen/*von Gerkan*, § 114, Rn. 15; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 40, 55; Re Faure Electric Accumulator Co (1889) ChD, 141, 150 f, HC, Re New Mashonaland Exploration Co (1892) ChD, 577, 582 f, HC, und Dorchester Finance Co Ltd v Stebbing [1989] BCLC 498, 501, HC (jeweils *company*); Sugarman (2000) CoLa, 162, 173.

[252] BGHZ 135; 244, 253 (AG); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 82 m.w.N.; Sinclair/Vogel/ Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.69, Griffin, Directors' Liability, Kap. 1.3.3; wohl auch Re New Mashonaland Exploration Co (1892) ChD 577, 583, HC *(company)*.

[253] Vidal, Rn. 438, Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 46.

[254] Gandur, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 15, 22 f; Rausch, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 30, 34; Schmidt, Dr. patr. Mai 1995, 45,46; Cherchouly-Sicard, S. 106 ff.

[255] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 46; Rausch, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 30, 34. Beispiele aus der Rechtsprechung: Cass. com., 29.10.2002, Dr. Soc. 2003, Nr. 46 *(SARL)*; CA Versailles, 11.6.1998, Bull. Joly 1998, § 358, S. 1173 *(SA)*.

[256] Vgl. schon 3. Teil, A I 1.

Die von ihnen getroffene Differenzierung zwischen bloßer Fehleinschätzung und Geschäftsführungsfehler läuft im Ergebnis jedoch auf die Anerkennung eines Ermessensspielraums hinaus. Eine Fehleinschätzung bewegt sich innerhalb dieses Spielraums, ein Fehler verlässt ihn. Deutlich wird die Übereinstimmung mit dem deutschen und dem englischen Recht auch daran, dass die Literatur in allen drei Ländern die in der eigenen Rechtsordnung geltenden Regeln mit der *business judgement rule* aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht gleichsetzt[257].

Die Existenz eines Ermessensspielraums hat zur Folge, dass die Verwirklichung eines Risikos nicht automatisch bedeutet, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt[258]. Entspricht das Handeln des Organmitglieds dem Verhalten eines redlichen, gewissenhaften und kompetenten Organmitglieds, kann ihm im Nachhinein nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass eine bestimmte Entscheidung nachteilig für die Gesellschaft war[259]. Festzuhalten sind folgende gemeinsame Prinzipien:

Dem Organmitglied steht beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen ein Ermessenspielraum zu. Es darf bewusst vertretbare geschäftliche Risiken eingehen. Die bloße Verwirklichung eines kalkulierten Risikos begründet keine Sorgfaltspflichtverletzung, wenn das Organmitglied seine Entscheidung redlich und gewissenhaft vorbereitet hat.

II. Aufsichtspflichten

In der Praxis gewinnt die Sorgfaltspflicht wohl am häufigsten im Zusammenhang mit Aufsichtsaufgaben an Bedeutung. Bei der Aufsichtstätigkeit wird besonders deutlich, dass Sorgfalt die Bereitschaft ist, ein ge-

[257] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 81, 83; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 45a; Hirte, Rn. 231; Gandur, Rev. Jur. Com. Sonderband 9/2000 15, 22; Sugarman (1999) CoLa, 162, 173; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.69; a.A. offenbar Arsalidou (2003) CoLa, 228, 233.

[258] Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 80; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 55; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Rn. 132-10, Rn. 46; Lefebvre SARL Rn. 39973.

[259] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 86; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 68; CA Versailles, 11.6.1998, Bull. Joly 1998, § 358, S. 1173 *(SA)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 46; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio* Rn. 650.

wisses Maß an Zeit in die Aufgabenerfüllung zu investieren. Aufsicht ist nicht kreativ. Gerade das macht sie für viele zu einer lästigen Pflichtübung, was die Gefahr von Nachlässigkeit mit sich bringt. Das spiegelt sich auch in der Rechtsprechung in den drei untersuchten Ländern wider. Entschiedenen Fällen zur Sorgfaltspflicht liegt meist ein Sachverhalt zugrunde, in dem es um unzureichende Aufsicht geht.

1. Adressaten und Gegenstand der Aufsichtspflicht

a) Aufsichtsführer

In allen drei Rechtsordnungen ist der Aufsichtsführer zur Überwachung der Geschäftsleitung verpflichtet. Das betrifft Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft und einer *SA* neuen Typs. Ihre Hauptaufgabe und damit -pflicht besteht darin, die Geschäftsleitung des Unternehmens zu überwachen[260]. Auch den Verwaltungsratsmitgliedern einer *SA* klassischen Typs obliegt die Beaufsichtigung der Geschäftsführung[261]. Für die nichtgeschäftsführenden Direktoren einer *company* gilt schließlich, dass sie zur Überwachung der geschäftsführenden Direktoren verpflichtet sind, auf die sie die Geschäftsführung delegiert haben[262]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Der Aufsichtsführer ist zur Überwachung der Geschäftsleitung verpflichtet.

Gegenstand der Aufsichtspflicht kann jede beliebige Geschäftsführungsmaßnahme sein. Für die nichtgeschäftsführenden Direktoren einer *company* ergibt sich dies daraus, dass sie als Direktoren kraft Gesetzes geschäftsführungsbefugt sind und ihre Befugnisse lediglich delegiert haben. Der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat einer *SA* hat die gesetzliche

[260] S. § 111 I AktG; art. L. 225-68 al. 1 Code de commerce.
[261] Art. L. 225-35 al. 1, Satz 1 Code de commerce.
[262] Re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC, 351, 425, CA; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7 (1), Rn. 587.

Pflicht, jede Überprüfung vorzunehmen, die ihm angemessen erscheint[263]. Daraus ist zu schließen, dass sein Aufsichtsauftrag umfassend ist. Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kann alle Sachverhalte überwachen, die Gegenstand eines Vorstandsberichts an den Aufsichtsrat sein können[264]. Hierunter fällt allgemein jede Angelegenheit der Gesellschaft[265].

Die Aufsicht erstreckt sich auf die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Geschäftsführungshandelns. Für die nichtgeschäftsführenden Direktoren ergibt sich dies wiederum daraus, dass die Beschränkung auf reine Aufsichtsführung lediglich Folge einer Delegation ist. Der Verwaltungsrat einer *SA* klassischen Typs kann jeden Gegenstand der Geschäftsführung aufgreifen und selbst tätig werden[266]. Die Zweckmäßigkeitsüberprüfung einer Maßnahme ist als wesensgleiches Minus hiervon erfasst. Auch für den Aufsichtsrat einer *SA* neuen Typs oder einer AG ist anerkannt, dass die Aufsicht Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung umfasst[267].

In allen drei Rechtsordnungen gibt es damit keine aufsichtsfreien Räume. Das Aufsichtsorgan kann jede beliebige Angelegenheit umfassend prüfen. Nur mit diesem weiten Kompetenzrahmen kann es seinem Auftrag gerecht werden, die Interessen der Gesellschafter zu wahren. Festzuhalten sind folgende gemeinsame Prinzipien:

Gegenstand der Aufsichtspflicht kann jede beliebige Geschäftsführungsmaßnahme sein. Die Aufsicht erstreckt sich auf die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit der Maßnahme.

[263] Art. L. 225-35 al. 3, Satz 1 (Verwaltungsrat), L. 225-68 al. 3 Code de commerce (Aufsichtsrat).
[264] Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 29, Rn. 23; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 111, Rn. 14; Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 103 ff.
[265] § 90 III AktG, vgl. auch § 90 I Nr. 3 AktG.
[266] Art. L. 225-35 al. 1, Satz 2 Code de commerce.
[267] BGHZ 114, 127, 129 f; Hirte, Rn. 344; Hüffer, § 111 AktG, Rn. 6; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 29, Rn. 26; Raiser, § 15, Rn. 108 f; Semler, Leitungs und Überwachung, Rn. 191 ff; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Conseil de surveillance, Rn. 51, Jurisclasseur soc./*Caussain*, Fasc. 133-60, Rn. 119.

b) Geschäftsleiter

Wenn Geschäftsleiter die anfallenden Aufgaben im Rahmen einer Geschäftsverteilung unter sich aufteilen, trifft jeden einzelnen Geschäftsleiter die Pflicht, die anderen Geschäftsleiter zu überwachen[268]. Die Geschäftsleitung ist ferner zur Überwachung der Mitarbeiter des Unternehmens verpflichtet[269]. Das betrifft insbesondere Mitarbeiter, auf die sie direkt Aufgaben delegiert hat[270].

Die hier genannten Überwachungspflichten sind lediglich eine stringente Fortentwicklung der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Ein Organmitglied soll sich seiner Verantwortung durch Übertragung seiner Aufgaben auf andere nicht vollständig entledigen können. Der Verbleib einer Überwachungspflicht ist der ökonomisch sinnvolle Mittelweg zwischen Ressourcenschonung und Sicherheit. Es gelten folgende gemeinsame Prinzipien:

Wenn Geschäftsleiter die anfallenden Aufgaben im Rahmen einer Geschäftsverteilung unter sich aufteilen, trifft jeden einzelnen Geschäftsleiter die Pflicht, die anderen Geschäftsleiter zu überwachen.

Der Geschäftsleiter ist zur Überwachung der Mitarbeiter des Unternehmens verpflichtet.

[268] BGHZ 133, 370, 377 f und BGH, NJW 1995, 2850, 2851 (jeweils GmbH); Hüffer, § 93 AktG, Rn. 13b; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 62; Scholz/*Schneider*, § 43 GmbHG, Rn. 35, 37a; Staub/*Ulmer*, § 114 HGB, Rn. 44; Staudinger/*Kessler*, § 713 BGB, Rn. 14; Cass. com., 9.12.1957, Bull. civ. III, Nr. 338 *(SARL)*; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 24; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Fasc. 48-40, Rn. 57; allgemein für Überwachung nach Delegation Re Barings plc (Nr. 5) [1999] 1 BCLC, 433, 436, HC.

[269] BGHZ 127, 336, 347 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 107; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 92; Raiser, § 32, Rn. 85; Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 12; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 650; Re Barings plc (Nr. 5) [2000] 2 BCLC, 523, 524, CA *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.2.3.

[270] BGHZ 127, 336, 347 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 59; Scholz/*Schneider*; § 43, Rn. 38; Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 12; Cass. com., 6.2.1962, Bull. civ. III, Nr. 80 *(SARL)*; Hadji-Artinian, Rn. 214; Re Barings plc No. 5 [1999] 1 BCLC, 433, 436, HC *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.2.3; Company Law Guide/*Hannigan*, Rn. 6.64.

2. Inhalt der Aufsichtspflicht

a) Tatsächliche Aufgabenwahrnehmung

Es erscheint auf dem ersten Blick selbstverständlich, dass ein aufsichtsverpflichtetes Organmitglied seine Aufgabe auch tatsächlich wahrnehmen muss. Die Praxis sieht jedoch gerade bei Aufsichtsführern nicht selten anders aus. Insbesondere die französischen Gerichte betonen in ständiger Rechtsprechung, dass ein Organmitglied seine Aufsichtsaufgaben ernst nehmen muss[271]. Es hat sie in voller Unabhängigkeit wahrzunehmen. Der Verweis auf die faktische Abhängigkeit von den Personen, die überwacht werden sollen, entlastet nicht[272]. Ein Organmitglied kann sich auch nicht darauf berufen, seine Passivität sei darauf zurückzuführen, dass es das Mandat aus bloßer Gefälligkeit übernommen habe[273].

Im englischen Recht war dies zumindest für die nichtgeschäftsführenden Direktoren einer *company* lange Zeit anders. In einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 1925[274] hatte der *Court of Appeal* in Zusammenfassung der bis dahin ergangenen Rechtsprechung noch festgestellt, dass ein Direktor nicht verpflichtet sei, den Angelegenheiten der *company* seine regelmäßige Aufmerksamkeit zu widmen. An Sitzungen des Direktoriums solle er teilnehmen, soweit ihm dies möglich sei. Diese sehr allgemein gehaltene Formulierung gab dem nichtgeschäftsführenden Direktor ein sehr weites Ermessen, welches Maß an Aufmerksamkeit und Zeit er den Geschäften der Gesellschaft widmen wollte. Ein krasses Beispiel bietet der „Marquis of Bute's Case", in dem die Haftung des Vorsitze nden des Direktoriums verneint wurde, obwohl dieser in 38 Jahren nur an einer Sitzung teilgenommen hatte[275]. Von dieser Haltung ist die neuere Recht-

[271] Cass. com., 25.3.1997, JCP E 1997, Pan., Nr. 531 und Cass. com., 20.6.2000, Bull. Joly, 2000, § 231 (jeweils *SA*); Hadji-Artinian, Rn. 205.
[272] Cass. com., 25.3.1997, JCP E 1997, Pan., Nr. 531 *(SA)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 79.
[273] Cass. com., 31.1.1995, Bull. civ. IV, Nr. 29 *(SA)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 51.
[274] Re City Equitable Fire Insurance Co [1925] ChD, 407, 429.
[275] Re Cardiff Savings Bank (1892) 2 ChD, 100, 108 f, HC.

sprechung abgerückt. Sie verlangt jetzt, dass der Direktor einer *company* seine Aufsichtsaufgaben tatsächlich wahrnimmt[276]. In dieser Entwicklung spiegelt sich der Wechsel von einem subjektiven zu einem objektiven Sorgfaltsmaßstab wider[277]. Ein objektiver Sorgfaltsmaßstab ist ohne die Pflicht zur tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung nicht denkbar.

Für die deutschen Juristen ist die Pflicht zur tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung dagegen eine Selbstverständlichkeit. Selbst in umfangreichen Abhandlungen über die Aufsichtspflichten wird dies nicht besonders betont[278]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Organmitglied ist verpflichtet, seine Aufsichtsaufgaben tatsächlich zu erfüllen.

b) Schaffung effizienter Überwachungsstrukturen

Sinnvolle Aufsicht erschöpft sich nicht in der Überprüfung einzelner Sachverhalte. Je größer ein Unternehmen ist, desto mehr schließt die Überwachungspflicht die Schaffung von Strukturen mit ein, die eine durchorganisierte Überwachung auf allen Ebenen des Unternehmens ermöglichen. Von besonderer Bedeutung ist dies für die offenen Kapitalgesellschaften, die meist eine beträchtliche Größe haben und bei denen ein besonderes Interesse an einer erfolgreichen Unternehmensführung besteht. Der deutsche Gesetzgeber trägt dem Rechnung und schreibt dem Vorstand einer AG die Einrichtung eines Überwachungssystems vor, das Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, frühzeitig zu Tage fördern kann[279]. Ganz ähnlich empfiehlt der *Combined Code* börsennotierten englischen Kapitalgesellschaften die Schaffung eines internen Kontrollsystems, um die Investitionen der Gesellschafter und das

[276] Re Westmid Packing Services Ltd [1998] 2 BCLC, 646, 653, 654, CA; Re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC 351, 425, CA.
[277] S. weiter oben in diesem Kapitel unter I 2 a cc.
[278] Vgl. etwa Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 85 ff.; Semler/*v. Schenck*, Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, Rn. E1 ff.
[279] § 91 II AktG.

Vermögen der Gesellschaft zu schützen[280]. Dieser *Combined Code* ist ein Verhaltenskodex für gute Unternehmensführung[281]. Er ist zwar nicht verbindlich. Börsennotierte Unternehmen müssen jedoch angeben, ob sie sich an den Kodex halten und widrigenfalls begründen, warum sie es nicht tun[282]. Die französische Rechtsprechung hat schließlich wiederholt festgestellt, dass die Sorgfaltspflicht die Schaffung von Strukturen gebiete, die einen ordentlichen Geschäftsbetrieb gewährleisteten[283]. Das schließt die Organisation einer effizienten Überwachungsstruktur mit ein. Deutlich wird dies auch daran, dass der französische Gesetzgeber dem Präsidenten des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats einer *SA* vorschreibt, regelmäßig über die Existenz interner Kontrollmaßnahmen Bericht zu erstatten[284].

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass alle drei untersuchten Rechtsordnungen Forderungen nach effizienter Unternehmensorganisation aufstellen. Dass das englische und das deutsche Recht ihr besonderes Augenmerk dabei auf offene Kapitalgesellschaften richten, bedeutet nicht, dass die anderen Gesellschaften hiervon nicht betroffen wären. Die Pflicht zur Schaffung einer effizienten Überwachungsstruktur trifft jedes Unternehmen[285]. Wie jede erfolgreiche Geschäftstätigkeit, muss auch Überwachung organisiert sein. Nur die Anforderungen variieren je nach Größe des Unternehmens. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

---

[280] Code of Best Practice, Section 1, C.2.
[281] Näher zum *Combined Code* und seinen Hintergründen Mayson/French/Ryan, Kap. 15.2.2. Er wurde im Juli 2003 aktualisiert und ist unter http://www.frc.org.uk/combined.cfm abrufbar.
[282] Listing Rules Nr. 12.43A, abrufbar unter www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/chapt12-3.pdf.
[283] Cass. com., 14.12.1993, Bull. civ. IV, Nr. 473; Cass. com., 3.10.2000, Bull. Joly 2001, § 4 *(SA)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 51.
[284] Art. L. 225-37 al. 5, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-68 al. 7 (*SA* neuen Typs) Code de Commerce.
[285] S. z.B. BGH, WM 1995, 709, 710 (GmbH); Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 78.

Das Organmitglied ist zur Schaffung von Strukturen verpflichtet, die eine effiziente Überwachung ermöglichen.

c) Beaufsichtigung im Einzelfall

Wie die Aufsichtspflicht im Einzelnen konkretisiert werden kann, wird insbesondere im französischen und im englischen Recht kaum diskutiert. Dies soll einer Prinzipienbildung jedoch nicht entgegenstehen, wenn der gesunde Menschenverstand die Geltung eines gemeinsamen Prinzips mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit nahe legt.

aa) Grundsatz

Sorgfältige Überwachung ist, wie jede sorgfältige Tätigkeit, Aufwand und damit ein Kostenfaktor. Auch hier muss das Organmitglied eine Kosten-Nutzen-Analyse anstellen. Das Maß der wirtschaftlich sinnvollen und damit rechtlich gebotenen Überwachungstätigkeit orientiert sich an der jeweiligen Risikolage im konkreten Einzelfall[286]. Sie muss in einem angemessenen Verhältnis zu den Gefahren stehen, die Anlass für die Überwachung sind[287]. Als konsequente Fortentwicklung des Kosten-Nutzen-Prinzips bei der allgemeinen Sorgfaltspflicht gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Maß der rechtlich gebotenen Überwachungstätigkeit orientiert sich an der jeweiligen Risikolage im konkreten Einzelfall.

bb) Konkretisierung

Ein Organmitglied wird sich bei der Überwachung im Regelfall mit Stich-

[286] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 62; Hüffer, § 93, Rn. 13b; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 29, Rn. 27; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 37b, 78a; ähnlich Dovey v Cory [1901] AC, 477, 488, HL *(company)* und Palmer's Company Law/*Worthington*, Rn. 8.411.
[287] Großkommentar zum AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 89.

proben begnügen können[288]. Sie sind Ausdruck der richtigen Balance zwischen Ressourcenschonung und effektiver Aufsicht. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Bei der Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben darf sich das Organmitglied mit Stichproben begnügen.

Liegen Anhaltspunkte für eine Fehlentwicklung vor, muss das Organmitglied je nach Einzelfall seine Überwachung intensivieren, nähere Aufklärung betreiben oder konkret eingreifen[289]. Das höhere Risikopotenzial rechtfertigt und fordert dann einen erhöhten Ressourceneinsatz. Ein typischer Anhaltspunkt für eine Fehlentwicklung ist insbesondere die wirtschaftliche Krise des Unternehmens. In dieser Situation unterliegt das Organmitglied daher einer erhöhten Überwachungspflicht[290]. Diese besondere Verantwortung lässt sich auch an der Tatsache ablesen, dass die untersuchten Rechtsordnungen den Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft (das französische Recht daneben auch den Geschäftsleiter einer Personengesellschaft) dazu verpflichten, einen rechtzeitigen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen[291]. Der Aufsichtsführer ist verpflichtet, auf eine solche Antragstellung hinzuwirken[292]. Die Erfüllung

---

[288] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 59. In der deutschen Literatur ist diesbezüglich das genaue Maß der zu erbringenden Aufsicht eines Geschäftsleiters gegenüber einem anderen Geschäftsleiter umstritten. Näher hierzu Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 62; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 54; Schneider, DB 1993, 1909, 1912.

[289] BGH, WM 1985, 1293, 1294 und BGHZ 133, 370, 378 (jeweils GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 62, 107, 133; Hüffer, § 93, Rn. 13b; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 92; Staudinger/*Kessler*, § 713, Rn. 14; in diese Richtung auch Scholastique, Rn. 415 ff, Dovey v Cory [1901] AC, 477, 485, 492, HL *(company)*, Palmer's Company Law/*Worthington*, Rn. 8.410, Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.71 f und Arsalidou (2002) CoLa, 107, 110.

[290] Kölner Kommentar zum AktG/*Mertens*, § 116, Rn. 18; Hüffer, § 111, Rn. 7; Lutter/Krieger, Rn. 87; Semler, Rn. 233; Raiser, § 15, Rn. 3; Basdevant/Charvériat/Monod, Rn. 69; ähnlich Secretary of State and Industry v Stephenson [2000] 2 BCLC, 614, 625, HC.

[291] §§ 92 II AktG, 64 I GmbHG; art. L. 621-1 al. 2, L. 620 al. 1 Code de commerce; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 28056. Im englischen Recht ergibt sich diese Verpflichtung indirekt daraus, dass das Unterlassen einer rechtzeitigen Antragsstellung zu einer zivilrechtlichen Haftung und zu einem Tätigkeitsverbot führen kann (Insolvency Act 1986, s. 214; Company Directors Disqualification Act 1986, ss. 6, 9, schedule 1, part 2, Nr. 7; näher zum Tätigkeitsverbot 5. Teil, B II).

[292] RGZ 161, 129, 133 (GmbH); Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 92, Rn. 21, 48; Cass. com. 25.3.1997, RJDA 7/97, Nr. 966; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 112. Der englische Gesetzgeber differenziert im Hinblick auf die Antrags-

dieser Verpflichtungen ist ohne erhöhte Überwachungstätigkeit in der wirtschaftlichen Krise nicht möglich. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Wenn es Anhaltspunkte für Fehlentwicklungen gibt, insbesondere wenn sich das Unternehmen in der wirtschaftlichen Krise befindet, muss das Organmitglied seine Überwachungstätigkeit intensivieren.

d) Besonderheiten bei Aufsichtsführern

Im Allgemeinen findet Kontrolle des Aufsichtsorgans in Gestalt regelmäßiger Sitzungen und eines Informationsaustauschs mit der Geschäftsleitung statt. Für den Aufsichtsführer bedeutet dies, dass er grundsätzlich nur verpflichtet ist, an den Sitzungen des Aufsichtsorgans teilzunehmen und sich inhaltlich auf sie vorzubereiten[293]. Mehr kann von einem nebenamtlich Tätigen in aller Regel nicht verlangt werden. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Der Aufsichtsführer ist im Allgemeinen nur verpflichtet, an den Sitzungen des Aufsichtsorgans teilzunehmen und sich inhaltlich auf sie vorzubereiten.

Für den Aufsichtsrat einer AG und einer *SA* neuen Typs schreibt das Gesetz einen regelmäßigen Sitzungsturnus vor[294]. Hier muss der Aufsichtsführer nur dafür sorgen, dass die gesetzlichen Bestimmungen auch eingehalten werden. Für den Verwaltungsrat der *SA* klassischen Typs und das Direktorium einer *company* existieren keine Vorschriften über die

---

stellung nicht zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Direktoren. Ist der nichtgeschäftsführende Direktor nicht oder nicht allein vertretungsbefugt, was der Regelfall sein dürfte, trifft ihn a maiore ad minus eine Pflicht, auf die Antragsstellung hinzuwirken. Ansonsten muss er sogar selbst den Antrag stellen.

[293] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 116, Rn. 18; Semler, Leitung und Übewachung, Rn. 140, 232; Rausch, Rev. Jur. com. Sonderband 9/2000, 30, 33; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Conseil d'administration, Rn. 77; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, 3.72; in diesem Sinne auch Secretary of State and Industry v Stephenson [2000] 2 BCLC, 614, 625, HC.

[294] S. § 110 III AktG; art. L. 225-68 al. 4 Code de commerce.

Häufigkeit der Zusammenkünfte[295]. In Anwendung des Grundsatzes, dass Aufsichtsaufgaben auch tatsächlich wahrzunehmen sind, müssen die Mitglieder dieser Organe dafür sorgen, dass diese Sitzungen so häufig und regelmäßig stattfinden, dass eine effektive Überwachung möglich ist[296]. Es gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Existieren gesetzliche Vorschriften darüber, wie häufig das Aufsichtsorgan zu tagen hat, muss der einzelne Aufsichtsführer im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, dass diese Vorschriften eingehalten werden. Existieren sie nicht, muss er im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, dass Zusammenkünfte so häufig stattfinden, dass eine effektive Überwachung möglich ist.

Damit ein Aufsichtsorgan seiner Überwachungsaufgabe wirkungsvoll gerecht werden kann, muss es die nötigen Informationen erhalten. Im englischen Recht trägt der unverbindliche *Combined Code* dem Rechnung und hält die Geschäftsleitung einer börsennotierten *company* an, das gesamte Direktorium mit den nötigen Informationen zu versorgen[297]. Bei der AG und der *SA* neuen Typs schreibt das Gesetz eine regelmäßige Berichterstattung durch die Geschäftsleitung vor[298]. Daneben hat der Aufsichtsrat in diesen Gesellschaften das Recht, sich jederzeit einen umfassenden Einblick in die Geschäftsunterlagen des Unternehmens zu verschaffen[299]. Der Aufsichtsrat der AG kann darüber hinaus jederzeit einen Bericht anfordern[300]. Das Gesetz gibt schließlich dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied der *SA* klassischen Typs einen direkten Anspruch auf Übermittlung aller Informationen und Herausgabe aller Unterlagen, die es aus seiner Sicht zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt[301]. Hier erfährt der Informationsfluss als Grundvoraussetzung für effektive Überwachung

[295] Der *Combined Code* empfiehlt für börsennotierte Gesellschaften ganz allgemein einen regelmäßigen Sitzungsturnus (Code of Best Practice, section 1, A.1.1).
[296] CA Agen, 19.1.1998, JCP E 1998, 1692, 1694 *(SA)*; in diesem Sinne auch Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 51; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, 3.72.
[297] Code of Best Practice, Section 1, A.5.1.
[298] § 90 I AktG; art. L. 225-68 al. 4 Code de commerce.
[299] § 111 II 1 AktG; art. L. 225-68 al. 3 Code de commerce.
[300] § 90 III AktG.
[301] Art. L. 225-35 al. 3, Satz 2 Code de commerce.

seinen stärksten rechtlichen Schutz.

Zusammenfassend stellen die untersuchten Rechtsordnungen, wenn auch in unterschiedlicher Deutlichkeit, einen Zusammenhang zwischen Informationsbeschaffung und Überwachung her. Für den Aufsichtsführer bedeutet dies gleichzeitig, dass er verpflichtet ist, sich die notwendigen Informationen im Rahmen seiner Möglichkeiten zu beschaffen[302]. Nur so kann er dem Anspruch gerecht werden, seine Aufgabe tatsächlich wahrzunehmen. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Der Aufsichtsführer ist im Rahmen seiner Möglichkeiten verpflichtet, sich die zur Erfüllung seiner Tätigkeit erforderlichen Informationen zu beschaffen.

3. Aufsicht und Ermessen

Das Organmitglied hat auch bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Überwachungspflicht einen unternehmerischen Ermessensspielraum. Eindeutige Stellungnahmen in diesem Sinne finden sich nur im deutschen Recht[303]. Dies muss jedoch auch für das französische und das englische Recht gelten. Beide Rechtsordnungen bejahen ebenfalls die Existenz eines Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen[304]. Die Abwägungsentscheidungen, die die Organisation eines Überwachungsregimes und die Durchführung der Überwachung begleiten, sind unternehmerischer Natur[305]. Das Finden der richtigen Balance zwischen Ressourceneinsatz und Effektivität unterliegt keinen klaren Lösungsmustern. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

[302] Für den Geschäftsleiter gilt dies selbstverständlich auch. Anders als der Aufsichtsführer hat der Geschäftsleiter jedoch in aller Regel einen direkten Zugriff auf alle Informationen, so dass diesbezüglich keine Probleme auftauchen.
[303] BGH, ZIP 1993, 1862, 1867 für Zustimmungsvorbehalt nach § 111 IV 2 AktG; Horn, ZIP 1997, 1129, 1137; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 29, Rn. 27.
[304] S. weiter oben in diesem Kapitel unter I 3.
[305] Goette, FS 50 Jahre BGH, 123, 129.

Das Organmitglied verfügt für die Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben über unternehmerisches Ermessen.

B. Treuepflichten

I. Allgemeines

1. Existenz und Rechtsgrundlage

Die Existenz einer Treuepflicht des Organmitglieds *(devoir de loyauté, fiduciary duty)* ist in den untersuchten Rechtsordnungen gesetzlich nicht festgeschrieben, aber allgemein anerkannt. Die Aufmerksamkeit, die diese Frage erfährt, weist jedoch deutliche Unterschiede auf. Das englische Recht räumt Treuepflichten ganz allgemein ein sehr starkes Gewicht ein und widmet sich ihnen intensiv. Die Treuepflicht des Organmitglieds ist dort Teil eines einheitlichen Gesamtkonzepts der Treueverpflichtung[306]. Einer Treuepflicht unterliegt nach englischem Recht derjenige, der sich verpflichtet hat, für einen anderen in seinem Sinne zu handeln[307]. Wichtige Beispiele sind der *trustee*[308], der Beauftragte *(agent)*, der Direktor einer *company* und der Gesellschafter einer *partnership*[309]. Ihre Wurzeln haben die Treuepflichten im Recht der *equity*[310]. *Equity* ist ein eigenständiges Rechtsgebiet, das im Deutschen am ehesten als „Billigkeitsrecht" bezeichnet werden könnte[311]. Es ist seit dem Mittelalter als Gegenstück zum stark formalistischen *common law*[312], dem traditionellen

[306] Grundlegend hierzu Clerk/Lindsell/*Sprince*, Rn. 28-01 ff; s. auch Snell/*McGhee*, Rn. 6-05.
[307] Bristol and West Buildung Society v Mothew [1998] ChD, 1, 18, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.3.
[308] Zum Begriff 2. Teil, A I.
[309] Bairstow v Queens Moat Houses plc [2001] 2 BCLC, 531, 548, CA (Direktor); Thompson's Trustee in Bankruptcy v Heaton [1974] 1 All ER, 1239, 1249, HC und Floyd v Cheney (1970) ChD, 602, 608, HC (jeweils Gesellschafter einer *partnership)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.3; Clerk/Lindsell/*Sprince*, Rn. 28-06; Morse, S. 10, 134; Prime/Scanlan, S. 170; Blackett-Ord, Rn. 10.2. Rechtsprechung und Literatur differenzieren beim Gesellschafter einer *partnership* nicht zwischen der Treuepflicht aus der Gesellschafterstellung und der Treuepflicht aus der Geschäftsführerfunktion.
[310] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.3; Clerk/Lindsell/*Sprince*, Rn. 28-01.
[311] Einführend Snell/*McGhee*, Rn. 1-01 ff.
[312] Der Begriff *common law* kann je nach Zusammenhang eine verschiedene Bedeutung haben. Näher hierzu Birks/*Bell*, Rn. 1.22 ff.

Recht, entwickelt worden[313].

Im Gegensatz hierzu spielen grundsätzliche Fragen zur Treuepflicht im deutschen und im französischen Recht eine viel geringere Rolle. Die deutsche Rechtsprechung spricht nur selten explizit aus, dass das Organmitglied einer Treuepflicht unterliegt[314]. In Frankreich hat die höchstrichterliche Rechtsprechung sogar erst 1998 ausdrücklich festgestellt, dass das Organmitglied gegenüber der Gesellschaft treueverpflichtet sei[315]. Übereinstimmend sieht die Literatur in beiden Ländern die Treuepflicht des Organmitglieds als Konkretisierung eines allgemeinen Treuegedankens, der seinen gesetzlichen Niederschlag in § 242 BGB bzw. *art. 1134 al. 2 Code civil* gefunden hat[316].

Es mag auf den ersten Blick erstaunen, dass die englischen Juristen, die gewöhnlich einen pragmatischen Umgang mit dogmatischen Fragen pflegen, Grundsatzfragen zur Treuepflicht eine hohe Aufmerksamkeit widmen. Der Grund hierfür ist die praktische Relevanz der Frage. Im deutschen und französischen Recht spielt es für die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung keine Rolle, ob die Pflicht als Treuepflicht zur qualifizieren ist. Im englischen Recht ist die Haftung bei der Verletzung einer Treuepflicht dagegen strenger als bei der Verletzung gewöhnlicher Pflichten. Hervorzuheben ist hier insbesondere eine sehr weitreichende Verpflichtung zur Herausgabe von Gewinnen[317]. An der Gemeinsamkeit des folgenden Prinzips ändern diese Unterschiede jedoch nichts:

---

[313] Zur Geschichte von *equity* Snell/*McGhee*, Rn. 1-07 ff.

[314] So BGH, WM 1964, 1320, 1321 und BGHZ 49, 30, 31 (jeweils GmbH); aus der Literatur: Hüffer, § 84, Rn. 9; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 144; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 121; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 45; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 15 und § 47, Rn. 11.

[315] Cass. com., 24.2.1998, Bull. Joly 1998, § 266, S. 814 *(SA)*; inzwischen auch Cass. com., 12.2.2002, Dr. Soc. 2002, Comm. Nr. 146 *(SARL)*; aus der Literatur: Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio* Rn. 629; Cozian/Viander/Deboissy Rn. 387; Hadji-Artinian Rn. 659 ff. Hierzu dürfte die lebhafte Rezeption des angelsächsischen Rechts in der französischen Literatur beigetragen haben.

[316] Caussain, Gaz. Pal. 2000, Doc., 2152; Daille-Duclos, JCP E 1998, Ét., 1486, 1487; Lathelize-Bonnemaizon, Pet. aff., 23.6.2000, 6, 7 f. Die Treueverpflichtung des Organmitglieds geht dabei über den allgemeinen Standard des § 242 BGB hinaus (Großkommentar zum AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 145; Hüffer, § 84 AktG, Rn. 9; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 86).

[317] Näher hierzu 4. Teil, B II 3 a.

Das Organmitglied unterliegt einer Treuepflicht.

2. Inhalt

Die Treuepflicht soll im Wesentlichen vermeiden, dass das Organmitglied seinen Handlungsspielraum nutzt, um sich Vorteile zu Lasten der Gesellschaft zu verschaffen. Sie verpflichtet das Organmitglied, bei Ausübung seiner Tätigkeit seine persönlichen Interessen hinter das Wohl der Gesellschaft zurückzustellen[318]. Dieser Grundsatz erfasst die ganz überwiegende Anzahl der möglichen Treuepflichtverletzungen. Die englische Rechtsprechung hat ihn für die *company* in zwei Varianten konkretisiert, die sie je nach Fallgestaltung heranzieht. Direktoren sind zum einen verpflichtet, *bona fide* (im guten Glauben) im Interesse der Gesellschaft zu handeln[319]. Sie sind zum anderen verpflichtet, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur zulässige Zwecke *(proper purposes)* zu verfolgen[320]. Diese Konkretisierungen modifizieren die grundlegende inhaltliche Ausrichtung der Treuepflicht allerdings nicht. Von größerem Interesse ist dagegen eine andere Ausprägung der Treuepflicht, die das englische Recht allgemein für alle Treueverhältnisse kennt und die damit auch auf das Organmitglied Anwendung findet: Der Treueverpflichtete ist gehalten, jede Situation zu vermeiden, die seine persönlichen Interessen in Konflikt mit seinen Pflichten gegenüber dem Treueberechtigten bringt *(conflict of*

[318] BGH, WM 1985, 1443 (GmbH); BGH, WM 1985, 1444, 1445 (OHG); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 145; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 15; Hadji-Artinian, Rn. 659; Caussain, Gaz. Pal. 2000, 2152; Le Nabasque, RTD com. 1999, 273, 283 f; ähnlich Schmidt, Conflits d'intérêts, Rn. 317 ff; DB Rare Books Ltd v Antiqbooks [1995] 2 BCLC, 306, 324 f, CA (Fall erging zu einer *limited partnership*, einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung).

[319] Grundsatzentscheidung Re Smith and Fawcett Ltd [1942] ChD, 304, 306, CA (Direktoren lehnen in Ausübung ihres ihnen durch Satzung eingeräumten Ermessens Übernahme von Anteilen durch Erben eines verstorbenen Gesellschafters ab); weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung: Charterbridge Corporation Ltd v Lloyds Bank Ltd [1970] ChD, 62, 74, HC (Bürgschaftsübernahme für andere Gesellschaft im Konzerverbund auch im Interesse der bürgenden Gesellschaft); Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.3; Worthington, S. 184 f; Farrar/*Hannigan*, S. 380 f; Griffin, Company Law, S. 248 f.

[320] Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum [1974] AC, 821, 835, PC; Griffin, Company Law, S. 250; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.10; Farrar/*Hannigan*, S. 387 f. Die Frage des zulässigen Zwecks hat die Rechtsprechung vor allen Dingen in Fällen beschäftigt, in denen Direktoren neue Gesellschaftsanteile herausgaben, um die Mehrheitsverhältnisse in ihrem Sinne zu beeinflussen (Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.11). Diese Fälle werden nun weitgehend von Companies Act 1985, ss. 80, 89-96 erfasst (näher hierzu Mayson/French/Ryan, Kap. 6.2.5, 6.2.6).

interest and duty)[321]. Das gibt der Treuepflicht einen präventiven Charakter. Mit diesem Ansatz kann eine Treuepflichtverletzung schon dann vorliegen, wenn lediglich der „böse Schein" hervorger ufen wird, das Organmitglied verschaffe sich Vorteile zu Lasten der Gesellschaft. Im deutschen und im französischen Recht gilt im Ergebnis das Gleiche. Zwar wird dieser Aspekt nur selten wie in England in Form eines Rechtsgrundsatzes auf den Punkt gebracht[322], doch richten Gesetzgeber sowie Rechtsprechung in Deutschland und in Frankreich ihre Lösungsansätze in den relevanten Fallgestaltungen durchgängig am Präventivgedanken aus. So erlegen sie dem Geschäftsleiter ein Wettbewerbsverbot unabhängig davon auf, ob die Wettbewerbshandlung konkrete Nachteile für die Gesellschaft hervorrufen würde[323]. Verträge zwischen dem Organmitglied und der Gesellschaft unterliegen unabhängig von ihrem Inhalt Restriktionen[324]. In beiden Fällen wirkt der bloße Interessenkonflikt pflichtbegründend. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die Treuepflicht gebietet dem Organmitglied, das Wohl der Gesellschaft stets vor die eigenen Interessen oder die Interessen Dritter zu stellen und Interessenkonflikte nach Möglichkeit zu vermeiden.

II. Fallgruppen

Die Konkretisierung der Treuepflicht für typische Fallgestaltungen eröffnet einen wesentlich größeren juristischen Gestaltungsspielraum, als dies bei der Sorgfaltspflicht der Fall ist. Bei der Sorgfaltspflicht beschränkt sich die Rechtsordnung im Wesentlichen darauf, rechtlich zu untermauern, was betriebswirtschaftlich vernünftig ist. Die Treuepflicht lässt sich

[321] Bray v Ford [1896] AC, 44, 51 f, HL; Boardman v Phipps [1967] 2 AC, 46, 123, HL; Movitex Ltd V Bulfield [1988] BCLC, 104, 120, HC *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.5.1; Lowry/Watson, Rn. 9.15 ff; Gower/Davies, S. 391 f.
[322] Eindeutig in diesem Sinne etwa Hadji-Artinian, Rn. 659; ähnlich Le Nabasque, RTD com. 1999, 273, 284 und Schmidt, Conflits d'intérêts, Rn. 16 ff, die aus der Treuepflicht eine Pflicht zur Offenlegung eines Interessenkonflikts ableiten; ähnlich auch Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 145; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 57 mit dem Hinweis, das Organmitglied müsse jeden Eindruck vermeiden, dass sich sein Handeln unzulässigerweise an eigenen Interessen orientiere.
[323] S. 3. Teil, B II 3.
[324] S. 3. Teil, B II 4.

dagegen juristisch viel besser mit Leben füllen. Insbesondere die gewünschte Prävention lässt sich auf ganz unterschiedliche Weise bewirken. Aus diesem Grund setzten sich die untersuchten Rechtsordnungen intensiver mit den verschiedenen Facetten der Treuepflicht auseinander, obwohl Sorgfaltspflichtverletzungen in der Praxis nicht seltener sein dürften als Treuepflichtverletzungen.

Die Einordnung der nachfolgend besprochenen Pflichten als Treuepflichten orientiert sich am englischen Recht, da dies nur dort auch praktische Bedeutung hat.

1. Verbot zweckwidriger Vermögensverwendung

Eine Gesellschaft verfolgt einen bestimmten Gesellschaftszweck *(but social, purpose)*[325]. Wenn eine Verwendung von Vermögen diesem Ziel nicht dient, ist sie zweck- und damit auch pflichtwidrig.

a) Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter

Der offensichtlichste Fall einer zweckwidrigen Vermögensverwendung ist die unmittelbare Aneignung von Geld- oder Sachvermögen für eigene Zwecke[326]. Rechtlich werfen diese Fälle nur selten Probleme auf. Der tatsächliche Nachweis ist jedoch häufig schwierig, weil die Aneignung nicht selten durch Scheinverträge verschleiert wird. Auch die Begünstigung nahe stehender Dritter durch zweckwidrige Zuwendungen ist in allen drei Rechtsordnungen eindeutig pflichtwidrig[327]. Es gilt das gemeinsame

[325] Vgl. §§ 705 BGB, 1 GmbHG, art. 1832 al. 1 Code civil; Companies Act, s. 1 (1); näher Michalski/*Michalski*, § 1, Rn. 4; Le Cannu, Rn. 232 ff.

[326] BGH, WM 1966, 448 (KG); Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 62; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 142,; Cass. crim., 8.3.1967, Bull. crim., Nr. 94 *(SARL)*; Cass. crim., 27.1.1992, Bull. Joly 1992, § 240; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 48; Joint Stock Discount Co v Brown (1869) 8 LR Eq., 381, 382 *(company)*; R v Bonner [1970] 2 All ER, 97, 98 f *(partnership)*, CA; Farrar/*Hannigan*, S. 357.

[327] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn.182; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 62; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 142; Cass. com., 14.12.1993, Rev. soc. 1994, S. 778 f und Cass. com., 11.7.1995, JCP G 1995, II, Nr. 22549 (jeweils *SA*); Re Stephenson Cobbold Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Stephenson [2000] 2 BCLC, 614, 626, HC *(company)*.

Prinzip:

Dem Organmitglied ist es untersagt, sich in zweckwidriger Weise Gesellschaftsvermögen anzueignen oder einem Dritten zukommen zu lassen.

b) Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter

Eine Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter kann dem Gesellschaftszweck widersprechen. Das leuchtet unmittelbar für den Fall ein, dass nicht alle Gesellschafter bedacht werden. Aber auch die ordnungsgemäße Beteiligung aller Gesellschafter steht einer Pflichtverletzung nicht notwendigerweise entgegen.

aa) Kapitalgesellschaften

Das Wohlergehen einer Kapitalgesellschaft liegt im Interesse der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger gleichermaßen. Zur Begleichung ihrer Forderungen steht den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Die untersuchten Rechtsordnungen verfügen daher über ein komplexes Regelwerk, das der Erhaltung des Nominalkapitals und des Vermögens von Kapitalgesellschaften dienen soll. So unterliegen die Kapitalherabsetzung und der Rückerwerb von Gesellschaftsanteilen durch die Gesellschaft strengen Regeln. Von einer näheren Erörterung dieser Vorschriften soll aber abgesehen werden, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde und ein offener Verstoß eines Organmitglieds gegen diese Kapitalerhaltungsvorschriften überdies sehr selten ist[328].

Von größerer Bedeutung sind dagegen mehr oder weniger verdeckte Vermögensverschiebungen, die insbesondere in Gesellschaften nicht selten sind, in denen die Organmitglieder zugleich maßgeblich an der

[328] Ausführlich zur dieser Frage Jansen, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung im deutschen, englischen und französischen Recht (erscheint demnächst).

Gesellschaft beteiligt sind[329]. Das englische und das französische Recht wirken solchen Vermögensverschiebungen durch das Gebot entgegen, dass nur verteilbare Gewinne an die Gesellschafter ausgekehrt werden dürfen. Der englische Gesetzgeber bringt dies unmissverständlich zum Ausdruck[330]. Der französische Gesetzgeber bestimmt, dass neben den verteilbaren Gewinnen auch Mittel aus Rücklagen für eine Ausschüttung verwendet werden können, auf die die Gesellschaft zugreifen kann[331]. Da die Gesellschaft aber nur auf Rücklagen zugreifen kann, die aus verteilbaren Gewinnen gebildet worden sind[332], besteht im Ergebnis kein Unterschied zum englischen Recht.

Das deutsche Recht differenziert dagegen zwischen AG und GmbH. Für die AG gilt das zum französischen und zum englischen Recht Gesagte. Das AktG bestimmt, dass den Aktionären Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen[333]. Das ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Einlagenrückgewähr umfasst jede Leistung, die keine Ausschüttung von Bilanzgewinn ist[334]. Bei der GmbH ist der Schutz dagegen enger. Hier fällt nur das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen unter das Auszahlungsverbot[335]. Im Unterschied zu der AG besteht kein Schutz des gesamten Vermögens vor dem Zugriff der Gesellschafter[336].

---

[329] Solche Vermögensverschiebungen sind auch steuerrechtlich problematisch, was hier aber nicht näher vertieft werden kann. Einführend zum deutschen Recht Hirte, Rn. 675 ff.

[330] Companies Act 1985, s. 263 (1), (2).

[331] Art. 232-11 al. 1 - al. 3 Code de commerce.

[332] Eine Rücklage wird aus Gewinnen gebildet (Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2130; Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 25102). Sofern sie nicht aus verteilbaren Gewinnen gebildet wird, darf sie nicht angetastet werden (Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 25122 und Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2137 für gesetzliche Rücklage nach art. L. 232-10 Code de commerce; art. 232-11 al. 4 für Bewertungsrücklage nach art. L. 123-18 al. 4 Code de Commerce; s. auch Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 25125 und Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2146 zur Unverteilbarkeit einer stillen Reserve, dh. eines Buchgewinns).

[333] § 57 I 1 AktG.

[334] BGH, NJW 1992, 2821; Großkommentar AktG/*Henze*, § 57, Rn. 9; Hüffer, § 57, Rn. 3; Kölner Kommentar AktG/*Lutter*, § 57, Rn. 5. In diesem Sinne stellt das Gesetz klar, dass vor Auflösung der Gesellschaft nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf und den Aktionären Zinsen weder zugesagt noch ausgezahlt werden dürfen (§ 57 II, III AktG). Dabei handelt es sich nur um Konkretisierungen ohne eigenständigen Regelungsgehalt (Hüffer, § 93 AktG, Rn. 21 f; Großkommentar AktG/*Henze*, § 57, Rn. 162, 181).

[335] § 30 I GmbHG.

[336] Hirte, Rn. 674; Kölner Kommentar AktG/*Lutter*, § 57, Rn. 6; vgl. auch Großkommentar/*Henze*, § 57, Rn. 10.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass für die offenen Kapitalgesellschaften in den untersuchten Rechtsordnungen folgendes gemeinsames Prinzip gilt:

Das Organmitglied einer offenen Kapitalgesellschaft darf kein Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren, das nicht aus verteilbaren Gewinnen stammt.

Für die geschlossenen Kapitalgesellschaften kann unter Berücksichtigung der Einschränkungen im deutschen Recht folgendes Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied einer geschlossenen Kapitalgesellschaft darf zumindest nicht das Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren, das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderlich ist.

bb) Personengesellschaften

Für die *SNC* gilt das zu den französischen Kapitalgesellschaften Gesagte[337]. Im Gegensatz hierzu legitimiert bei der *société civile* eine Billigung der Gesellschafter jede Art der Vermögensverwendung. Die letztgemachte Aussage trifft insgesamt auch auf die deutschen und die englischen Personengesellschaften zu. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft des bürgerlichen Rechts darf Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren.

[337] S. den systematischen Zusammenhang des art. 232-11 Code de commerce.

2. Verbot eigennütziger Geschäftschancenverwertung

a) Existenz und Rechtsgrundlage

Die Geschäftschancen der Gesellschaft sind die Grundlage für ihre zukünftige wirtschaftliche Entwicklung. Die untersuchten Rechtsordnungen verbieten dem Organmitglied daher übereinstimmend, sie für sich gewinnbringend zu verwerten[338]. Insbesondere Geschäftsleiter haben häufig einen direkten Zugriff auf diese Geschäftschancen. Entsprechend groß ist gerade hier die Missbrauchsgefahr. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Dem Organmitglied ist es untersagt, Geschäftschancen der Gesellschaft gewinnbringend für sich zu verwerten.

Die deutschen und die englischen Juristen sehen im Verbot eigennütziger Geschäftschancenverwertung einen klassischen Anwendungsfall der Treuepflicht des Organmitglieds[339]. Im Gegensatz hierzu hat sich im französischen Recht noch kein einheitlicher dogmatischer Ansatz für diese Problematik entwickelt. Teilweise hat die Rechtsprechung die eigennützige Verwertung von Geschäftschancen als Geschäftsführungsfehler qualifiziert[340]. Das ist im Sinne einer rechtlichen Verwurzelung des Verwertungsverbots in der allgemeinen Treuepflicht zu deuten. Die zitierten Entscheidungen erwähnen die Treuepflicht zwar nicht ausdrücklich. Sie sind jedoch zu einer Zeit ergangen, in der die Treuepflicht

---

[338] BGH, WM 1985, 1444, 1445 (OHG); BGH, WM 1989, 1335, 1339 (GmbH); KG Berlin, NZG 2001, 129 (GmbH), Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 166; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 144; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 46; Cass. 3e civ, 12.10.1971, Bull. civ. III, Nr. 486 *(SNC)*; Cass. com., 16.2.1976, Bull. civ. IV, Nr. 49; Cass. com., 7.5.1980, Bull. civ. IV, Nr. 179; Cass. com., 6.10.1992, Bull. civ. IV, Nr. 287; Cass. com., 27.2.1996, D. 1997, Som. 99; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 47; Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 149, HL *(company)*; Bentley v Craven (1853) 18 Beavan, 75 (abgedruckt in ER, Bd. 52, S. 29) *(partnership)*; Ferran, S. 188; Mitchell, S. 176 ff; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3011; Blackett-Ord, Rn. 10.32; vgl. auch Lindley/Banks, Rn. 16-29. Diese Pflicht soll im neuen *Companies Act* ausdrücklich festgeschrieben werden (Modernising Company Law - Draft Clauses, Schedule 2, Nr. 6).

[339] S. nur Michalski/*Haas*, § 93, Rn. 116; Gower/Davies, S. 416.

[340] Cass. com., 3.4.1979, Bull. civ. IV, Nr. 127 *(SNC)*; Cass. com., 6.10.1992, Bull. civ. IV, Nr. 287; vgl. auch Cass. 3e civ, 12.10.1971, Bull. civ. III, Nr. 486 *(SNC)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bar*s, Fasc. 132-10, Rn. 47; zum Geschäftsleitungsfehler s. 4. Teil, A I 1 b aa.

des Organmitglieds in der Rechtsprechung noch keine Rolle spielte[341]. Wie auch bei der Sorgfaltspflicht richtet sich der Blick der französischen Juristen hier eher auf die Pflichtverletzung als auf die Pflicht selbst[342]. Überwiegend löst die Rechtsprechung diese Fälle aber über das Wettbewerbsrecht. Eigennützige Geschäftschancenverwertung ist unlauterer Wettbewerb *(concurrence déloyale)* und daher untersagt[343]. In neueren Entscheidungen findet sich schließlich auch die Feststellung, dass unlauterer Wettbewerb und zugleich eine Treuepflichtverletzung vorliege[344]. Das zeigt deutlich, dass das Verhältnis zwischen diesen beiden rechtlichen Ansätzen noch nicht geklärt ist[345].

b) Inhalt

Die Essenz einer Geschäftschance sind Informationen. An erster Stelle ist das Wissen um die Möglichkeit eines für die Gesellschaft günstigen Vertragsschlusses *(corporate opportunity)* zu nennen. Hierzu gibt es die meiste Rechtsprechung. Ein weiteres Beispiel sind gewinnbringende technische Informationen.

aa) Inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft

In allen drei Rechtsordnungen ist anerkannt, dass das Verwertungsverbot jede Chance auf einen günstigen Vertrag erfasst, der eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft aufweist[346]. Auch

[341] S. 3. Teil, B I 1.
[342] S. 3. Teil, A I 1.
[343] Cas. com., 16.2.1976, Bull. civ. IV, Nr. 49; Cass. com., 7.5.1980, Bull. civ. IV, Nr. 179; Cass. com., 27.2.1996, D. 1997, Som. 99; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 631; Buy, Dr. patr. März 1999, 48, 53 f; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 42; Ripert/Roblot/*Vogel*, Rn. 758 f; näher zu dieser Form der *concurrence déloyale* Ripert/Roblot/*Vogel*, Rn. 757 ff.
[344] So z.B. Cass. com., 7.6.1994, Rev. soc. 1995, 275, 276 f *(SARL)*; vgl. auch Cass. com. 24.2.1998, Bull. Joly 1998, § 266, S. 814 *(SA)*.
[345] Näher Vatinet, Rev. soc. 1995, 277, 278 f; Saintourens, Bull. Joly 1998, 28 f; vgl. auch Bonneau, Dr. Soc. 2002, Nr. 146.
[346] BGH, WM 1985, 1443 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 168; Scholz/*Schneider*; § 43, Rn. 144a; Cass. com., 7.5.1980, Bull. civ. IV, Nr. 179; Cass. com., 7.6.1994, Rev. soc. 1995, 275, 276 f *(SARL)*; Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 149, HL *(company)*; Bentley v Craven (1853), 18 Beavan, 75 (abgedruckt in ER, Bd. 52, S. 29) *(partnership)*; Gower/Davies, S. 416 f; Griffin, Company

gewinnbringende technische Informationen, die das Organmitglied im Zuge seiner Tätigkeit erhält und die dem Unternehmensgegenstand inhaltlich nahe stehen, sind durch das Verwertungsverbot geschützt[347].

bb) Fehlende inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft

Einer Geschäftschance der Gesellschaft kann auch die inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand fehlen. Ein Beispiel sind hier Geschäftschancen in Bezug auf Betriebsmittel, wie etwa ein Grundstück. Für das deutsche Recht gilt, dass auch für solche Geschäftschancen ein Verwertungsverbot existiert[348]. In England hat das *House of Lords* in einem Fall, in dem es um einen *trust*[349] ging, festgestellt, dass der *trustee* ohne Differenzierung jede Information, die er im Zuge seiner Tätigkeit erhält, für den *trust* verwenden müsse[350]. Diese Entscheidung ist anerkanntermaßen auf den Direktor einer *company* übertragbar[351], so dass diesbezüglich Übereinstimmung mit dem deutschen Recht besteht. Nicht ganz eindeutig ist die Rechtslage dagegen bei der *partnership*. In einer vor dem Urteil des *House of Lords* ergangenen Entscheidung hatte der *Court of Appeal* nur solche Erwerbschancen als geschützt angesehen, die eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft aufweisen[352]. Da das *House of Lords* dieser älteren Entscheidung nicht ausdrücklich widersprochen hat, wird in der Literatur zum Teil die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung des *Court of Appeal* für die *partnership*

Law, S. 252 f ; Tolleys Company Law/*Clogg*, Rn. D3011; Lindley/Banks, Rn. 16-11; Morse, S. 144; Blackett-Ord, Rn. 10.32.

[347] BGH, WM 1985, 1443 (GmbH); Cass. com., 6.5.1986, Bull. civ. IV, Nr. 79; Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 16.8.1; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.54; Mitchell, S. 186.

[348] BGH, GmbHR 1968, 141, 142 für GmbH und BGH, WM 1985, 1444, 1445 für OHG (jeweils Erwerb eines Betriebsgrundstücks); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 168 f; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 144a f.

[349] Zum Begriff 2. Teil, A I.

[350] Boardman v Phipps [1967] 2 AC, 46, 114, 115.

[351] Industrial Development Consultants Ltd v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 171, 173 f, HC; Gower/Davies, S. 420; Pettet, S. 182; Butcher, S. 312; Penningon, Directors' Liability, S. 53 f; Mitchell, S. 177 f; vgl. zu den unterschiedlichen Formulierungen in der Rechtsprechung auch Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3011.

[352] Aas v Benham [1891] 2 ChD, 244, 258.

auch weiterhin Bestand habe[353]. Das führt allerdings zu einer wenig überzeugenden Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften. Der Prinzipienbildung soll daher die Auffassung zugrunde gelegt werden, dass die neuere Entscheidung des *House of Lords* auch für die *partnership* maßgebend sei.

In Frankreich wird die Problematik nicht diskutiert. Als ziemlich sicher kann gelten, dass die Verwertung einer solchen Geschäftschance kein unlauterer Wettbewerb wäre. Unlauterer Wettbewerb kann sich nur auf den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft beziehen, da diese nur dort im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht. Es liegt allerdings nahe, dass die französische Rechtsprechung einen solchen Fall im Zuge ihrer dogmatischen Öffnung gegenüber dem Treuepflichtgedanken als Treuepflichtverletzung qualifizieren würde. Auch dies soll der Prinzipienbildung zugrunde gelegt werden.

cc) Unfähigkeit der Gesellschaft zur eigenen Verwertung

Nach englischem und nach deutschem Recht gilt das Verwertungsverbot auch dann, wenn die Gesellschaft zu einer eigenen Verwertung nicht in der Lage gewesen wäre[354]. Mit diesem strengen Ansatz können insbesondere Beweisschwierigkeiten in den Fällen vermieden werden, in denen sich die Entscheidung des betroffenen Organmitglieds, für die Gesellschaft auf das Geschäft zu verzichten, noch im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums bewegt[355]. In Frankreich wird diese Problematik nicht diskutiert. Es spricht aber vieles dafür, dass die

[353] So Lindley/Banks, Rn. 16-29; Blackett-Ord, Rn. 10.32; zweifelnd dagegen Morse, S. 147, 149; Prime/Scanlan, S. 176.
[354] In Deutschland h.M, in England unumstritten: Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 171; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 67; § Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 145; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43, Rn. 21; für den Fall fehlender liquider Mittel auch BGH, WM 1985, 1444, 1445 (OHG) mit dem überzeugenden Hinweis, dass das Organmitglied in einem solchen Fall die Pflicht habe, sich um die Beschaffung der erforderlichen Mittel zu bemühen; dem BGH zustimmend Staub/*Ulmer* § 114, Rn. 46; differenzierend Merkt, ZHR 1995, 423, 443 und Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 124; Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 149, HL und Industrial Development Consultants v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 175 f (jeweils *company*); Pettet, S. 181 f; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7 (1), Rn. 592; Morse, S. 144 f.
[355] Pettet, S. 182.

Rechtslage dort anders ist. Denn im französischen Recht steht der Gesellschaft bei einer Pflichtverletzung nur ein reiner Schadensersatzanspruch zu. Zwar ist auch der entgangene Gewinn ein ersatzfähiger Schaden, doch muss eine echte Chance auf Gewinnerzielung bestanden haben[356]. Daran fehlt es, wenn die Gesellschaft selbst keine Verwertungsmöglichkeit hatte. Im englischen und wohl auch im deutschen Recht existiert dieses Problem nicht, da die Gesellschaft vom Organmitglied die Herausgabe des Gewinns auch ohne Chance auf eigene Gewinnerzielung verlangen kann[357].

dd) Prinzipienbildung

Insgesamt kann festgehalten werden, dass unter Geschäftschance jede Chance auf einen günstigen Vertrag und jede gewinnbringende technische Information zu verstehen ist. Bei Geschäftschancen, die eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft aufweisen, ist die Übereinstimmung der untersuchten Rechtsordnungen diesbezüglich eindeutig. Bei Geschäftschancen, denen die inhaltliche Nähe fehlt, kann diese Übereinstimmung mit hinreichender Sicherheit angenommen werden. Keine Übereinstimmung besteht im Hinblick auf die Frage, ob das Verwertungsverbot auch für Geschäftschancen gilt, die die Gesellschaft nicht hätte selbst verwerten können. Zusammenfassend gilt folgendes Prinzip:

Unter Geschäftschance ist jede Chance auf einen günstigen Vertrag und jede gewinnbringende technische Information zu verstehen.

c) Gestattung der Geschäftschancenverwertung

Nach deutschem und nach englischem Recht kann die Gesellschaft dem

[356] Näher 4. Teil, B I.
[357] Zum englischen Recht 4. Teil, B II 3. Im deutschen Recht ist dies dann der Fall, wenn man mit der h.L. die analoge Anwendung der Vorschriften über das Eintrittsrecht auf die pflichtwidrige Geschäftschancenverwertung bejaht oder wenn zugleich ein Verstoß gegen das Wettbewerbverbot vorliegt (näher 4. Teil, B II 1 a).

Organmitglied die Wahrnehmung der Geschäftschance gestatten[358]. Nicht ganz klar ist dagegen die Rechtslage im französischen Recht. Soweit ersichtlich haben sich bislang weder Rechtsprechung noch Literatur mit dieser Frage beschäftigt[359]. Sicher ist allerdings, dass Haftungsausschlüsse oder -milderungen in Bezug auf Pflichtverletzungen der Organmitglieder generell unwirksam sind[360]. Es spricht vieles dafür, dass dies auch für eine Pflichtenmodifikation gelten muss, die wie hier faktisch zum gleichen Ergebnis führt[361]. Dies soll der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden.

Bei der Bestimmung der Zuständigkeit für die Gestattung taucht die Frage auf, ob dem betroffenen Organmitglied die Mitwirkung an der Entscheidung über die Befreiung gestattet werden soll. Wer in eigener Sache abstimmt, steht ganz automatisch in einem Interessenkonflikt, eine Situation, die durch die Existenz der Treuepflicht möglichst vermieden werden soll. Am einfachsten lässt sich dieses Problem bei der AG lösen. Hier muss der Aufsichtsrat eine Geschäftschancenverwertung durch ein Vorstandsmitglied genehmigen[362]. Da die anderen Gesellschaften nicht über ein vom Leitungsorgan getrenntes Aufsichtsorgan verfügen, wird die Zuständigkeit für diese Gesellschaften auf die Gesellschafterebene verlagert[363]. Wenn das betroffene Organmitglied zugleich Gesellschafter ist,

---

[358] BGH, WM 1989, 1216, 1217 (KG); Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 67; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 167 m.w.N.; Merkt, ZHR 1995, 423, 444; Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 150, HL *(company)*; Thompon's Trustee v Heaton [1974] 1 WLR, 605, 613 *(partnership)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.1; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 592; Prime/Scanlan, S. 172 f; Lindley/Banks, Rn. 16-15.

[359] Das liegt an der einschlägigen Kodifizierung, die nicht die Pflicht, sondern die Haftung aus Pflichtverletzung zum Ausgangspunkt hat (s. 4. Teil, A I 1 b aa; vgl. schon weiter oben in diesem Kapitel unter a)).

[360] Näher 4. Teil, A VII 1 a.

[361] Im englischen Kapitalgesellschaftsrecht wird dagegen zwischen zulässiger Pflichtenmodifikation und unzulässigem Haftungsausschluss ausdrücklich unterschieden (Movitex Ltd v Bulfield [1988] BCLC, 104, 120, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.7).

[362] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 167; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 67; Merkt, ZHR 1995, 423, 445. Für den seltenen Fall der Geschäftschancenverwertung durch ein Aufsichtsratsmitglied dürfte in analoger Anwendung des § 112 AktG der Vorstand zuständig sein.

[363] BGH, GmbHR 1977, 129, 130 (GmbH); BGH, WM 1989, 1216, 1217 (KG); Merkt, ZHR 1995, 423, 445; Schießl, GmbHR 1988, 53, 55; weitergehend Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 147 (auch Zustimmung durch Mitgeschäftsführer möglich); Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 150, HL *(company)*; Thompon's Trustee v Heaton [1974] 1 WLR, 605, 613 *(partnership)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.2; Blackett-Ord, Rn. 10.12.

stellt sich die weitere Frage, ob es in seiner Eigenschaft als Gesellschafter an der Abstimmung teilnehmen kann. Das deutsche Recht verwehrt ihm eine Teilnahme[364]. Nach englischem Recht darf der Betroffene dagegen an der Abstimmung grundsätzlich teilnehmen[365]. Vor dem Hintergrund der großen Bedeutung, die das englische Recht der Vermeidung von Interessenkonflikten beimisst, mag dies überraschen. Zu erklären ist dieser scheinbare Wertungswiderspruch mit der hohen Bedeutung, die die englischen Juristen dem Mehrheitsprinzip *(majority rule)* im Gesellschaftsrecht einräumen[366]. Dem Betroffenen ist bei der *company* eine Teilnahme an der Abstimmung nur dann verwehrt, wenn die Gestattung zu einer treuwidrigen Benachteiligung der überstimmten Gesellschafterminderheit *(fraud on the minority)* führen würde und seine Stimme bei der Abstimmung den Ausschlag geben würde[367]. Ein einzelner Gesellschafter, der vom wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft profitiert, wird automatisch benachteiligt, wenn die Gesellschaft auf eine gewinnträchtige Geschäftschance zugunsten eines anderen Gesellschafters verzichtet. Ob diese Benachteiligung dann treuwidrig ist, ist eine Frage des Einzelfalls[368]. Bei der *partnership* ist die Rechtslage dagegen ungeklärt. Es spricht allerdings vieles dafür, dass auch hier von einem Minderheitenschutz auszugehen ist, wie er für die *company* gilt. Im ganz ähnlich gelagerten Fall der Entscheidung über die Anspruchsdurchsetzung ist die Gleichsetzung von *company* und *partnership* jedenfalls wohl anerkannt[369]. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung soll diese Gleichsetzung daher in allen Fällen zum Maßstab gemacht werden, in denen es um die Frage geht, ob das Organmitglied in seiner Eigenschaft als Gesellschafter in eigener Sache abstimmen darf. Die Annahme eines so gewährleisteten Minderheitenschutzes würde sich auch mit einer Rechtsprechung decken, die in anderen Fällen der Gesellschaftermehrheit

[364] Kübler/Waltermann, ZGR 1991, 162, 171 (analog § 113 II HGB und § 47 IV GmbHG); ebenso Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 147; Merkt, ZHR 1995, 423, 446.
[365] Burland v Earle [1902] AC, 83, 94, PC und Pavlides v Jensen [1956] 1 ChD, 565, 576, HC (jeweils *company*); Gore-Brown, Rn. 28.4.2. Für die *partnership* wird dieses Problem -soweit ersichtlich- nicht erörtert, so dass auch hier von einem Teilnahmerecht als allgemeine Regel auszugehen ist.
[366] Näher Charlesworth/Morse, S. 302 ff; s. hierzu auch 4. Teil, A VIII 3 c.
[367] Cook v Deeks [1916] 1 AC, 554, 564, PC *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.5; Charlesworth/Morse, S. 303.
[368] Näher 4. Teil, A VIII 3 c aa (1).
[369] S. 4. Teil, A VIII 3 c bb.

einer *partnership* eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschafterminderheit zugewiesen hat[370].

Während das deutsche Recht den Betroffenen hier von der Abstimmung in eigener Sache also ausschließt, ist ein solcher Ausschluss im englischen Recht nur in Einzelfällen aus Gründen der Billigkeit möglich. Von diesem Punkt abgesehen stimmen das deutsche und das englische Recht in Fragen der Gestattung überein. Im Gegensatz hierzu steht das französische Recht, das die Möglichkeit einer Gestattung wohl nicht kennt. Eine Prinzipienbildung ist daher nicht möglich.

d) Verwertungsverbot nach Ende der Organstellung

Ein einmal begründetes Chancenverwertungsverbot besteht auch nach Beendigung der Organstellung fort[371]. Es ist gerade der Regelfall, dass das Organmitglied sein Amt aufgibt, um eine bestehende Geschäftschance pflichtwidrig zu nutzen oder aber seine Entlassung zum Anlass nimmt, eine Geschäftschance an sich zu ziehen. Deutlich wird dies auch an der wettbewerbsrechtlich geprägten Ausrichtung der französischen Rechtsprechung. Solange der Betroffene noch Organmitglied ist, liegt die Qualifizierung einer Geschäftschancenverwertung als Organpflichtverletzung gedanklich sehr nahe. Wenn der Betroffene aber aus dem Amt geschieden ist und nunmehr als echter Wettbewerber auftritt, lässt sich sein Verhalten zwanglos auch als unlauterer Wettbewerb deuten[372]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

---

[370] Const v Harris (1823) bei Turner & Russell 496, 525 (abgedruckt in ER, Bd. 37, S. 1202), wo es um eine Entscheidung über die Verwendung von Gewinnen ging; i.E. ebenso Blisset v Daniel (1853) bei 10 Hare 493, 523 f (abgedruckt in ER, Bd. 68, S. 1035), wo es um den Ausschluss eines Gesellschafters ging; ähnlich The Great Western Railway Company v Rushout (1852) bei 5 DeGex & Smale 290, 310 (abgedruckt in ER, Bd. 64, S. 1120), wo der Minderheit ein Anhörungsrecht eingeräumt wird; Lindley/Banks, Rn. 15-08; Blackett-Ord, Rn. 11.11.

[371] BGH, GmbHR 1977, 43, 44 und BGH, WM 1985, 1443, 1444 (jeweils GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 184; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 141; Cass. com., 7.5.1980, Bull. civ. IV, Nr. 179; Cass. com., 7.6.1994, Rev. soc. 1995, 275, 276 f *(SARL)*; Industrial Development Consultants Ltd v Cooley [1972] 2 All ER, 162, HC und Island Export Finance Ltd v Umunna [1986] BCLC, 460, 480, HC (jeweils *company*); Faccenda Chicken Ltd v Fowler [1987] ChD, 117, 136, CA; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 592; Chitty/*Prentice*, Bd.1, Rn. 17-105.

[372] In diesem Sinne weiterhin Saintourens, Bull. Joly 2002, § 137, S. 621, während Bonneau, Dr. Soc. 2002, Nr. 146 wohl ein Fortwirken der Treuepflicht annimmt.

Ein einmal begründetes Chancenverwertungsverbot besteht auch nach Beendigung der Organstellung fort.

3. Wettbewerbsverbot

In diesem Abschnitt geht es um die Frage, ob ein Organmitglied in Wettbewerb zu seiner Gesellschaft treten darf, ohne unmittelbar auf Wissen zurückzugreifen, das es im Zuge seiner Organtätigkeit gewonnen hat. Es liegt in der Natur einer Wettbewerbstätigkeit, dass sich wahrscheinlich irgendwann eine Situation ergeben wird, in der das Organmitglied Insiderwissen zu seinem Vorteil und zu Lasten der Gesellschaft nutzen könnte. Anders als im vorigen Abschnitt geht es somit nicht um das Verbot einer konkreten Nutzung, sondern um das Verbot einer Tätigkeit, die die Gefahr einer Nutzung in sich trägt[373]. Das Wettbewerbsverbot ist als Konkretisierung der Treuepflicht ein klassisches Beispiel für ihren Präventivcharakter[374].

a) Existenz und Rechtsgrundlage

aa) Deutsches und französisches Recht

Der Gesetzgeber erlegt dem Geschäftsleiter einer AG und einer OHG ein Wettbewerbsverbot auf[375]. Die Geschäftsleiter einer GmbH und der untersuchten französischen Gesellschaften unterliegen trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung ebenfalls einem Wettbewerbsverbot[376]. Gleiches gilt schließlich auch für den Geschäftsleiter einer erwerbsorientierten

[373] Im Falle einer konkreten Nutzung kann natürlich neben einer Geschäftschancenverwertung zugleich auch ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vorliegen. Insofern kann es Überschneidungen geben (näher Großkommentar/*Hopt*, § 93, Rn. 168 ff; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 117 f).
[374] Zum Präventivcharakter der Treuepflicht 3. Teil, B I 2.
[375] §§ 88 I 1 AktG, 112 I HGB.
[376] BGH, WM 1964, 1320, 1321; BGHZ 49, 30, 31; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 126; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 19; Cass. com., 7.6.1994, Rev. soc. 1995, 275, 276 f und Cass. com., 12.2.2002, Dr. Soc. 2002, Comm., Nr. 146 (jeweils *SARL*); Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 628; Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 1; Buy, Dr. patr. März 1999, 48, 49.

GbR[377].

Bei den Aufsichtsführern, für die jede gesetzliche Regelung fehlt, ist die Rechtslage dagegen unsicher. Nach wohl überwiegender Auffassung in der deutschen Literatur ist das Aufsichtsratsmitglied einer AG befugt, als Organmitglied eines konkurrierenden Unternehmens tätig zu werden[378]. In Frankreich wird die Problematik nur von wenigen Autoren in knappen Worten aufgegriffen. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, ein solches Wettbewerbsverbot bestehe bei Aufsichts- und Verwaltungsratsmitgliedern einer *SA* nur, wenn das Interesse der Gesellschaft an einem Wettbewerbsverbot das Interesse des Aufsichtsführers an seiner beruflichen Freiheit überwiege[379]. Diese Ansicht scheint auch die *Cour de cassation* zu vertreten[380]. Sie soll daher zur Grundlage der weiteren Analyse gemacht werden.

bb) Englisches Recht

Der Gesetzgeber verpflichtet den Gesellschafter einer Personengesellschaft, der ohne Zustimmung der anderen Partner privat gleichartige Geschäfte betreibt wie die Gesellschaft und dadurch in Wettbewerb mit ihr tritt, zur Herausgabe der hierdurch erzielten Gewinne[381]. Im Umkehrschluss folgt daraus eine Pflicht, ein solches Verhalten zu unterlassen[382].

---

[377] Erman/*Westermann*, § 705, Rn. 48; Münchener Kommentar BGB/*Ulmer*, § 705, Rn. 194; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 15; wohl auch BGH, WM 1990, 2121, 2123; zum Begriff der erwerbsorientierten GbR Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Schücking*, Bd. 1, § 2, Rn. 26.

[378] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 116, Rn. 32 und § 100, Rn. 11 m.w.N.; Dreher, JZ 1990, 896, 898 f; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1271; a.A. Lutter, ZHR 1995, 287, 303; Reichert/Schlitt, AG 1995, 241, 244 ff.

[379] Joly sociétés/*Buttet & Lepeltier*, Conseil d'administration et direction générale, Nomination et statut des administrateurs, Rn. 116 ; Joly sociétés/*Le Cannu*, Directoire et conseil de surveillance, Rn. 174; Dirigeant de société, Rn. 050-05; für umfassendes Wettbewerbsverbot des Verwaltungsratsmitglieds einer *SA* klassischen Typs dagegen Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 202; Guyon, Rn. 324; ein Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs wiederum verneinend Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 3 und Buy, Dr. patr. März 1999, 48, 49.

[380] S. hierzu Cass. com., 26.11.1996, Bull. Joly 1997, § 45 *(SA)*; vgl. auch Cass soc., 25.2.1988, Bull. civ. V, Nr. 136 mit dem Hinweis, dass die Verwaltungsratstätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen der Existenz eines Arbeitsvertrags nicht entgegenstehe, da es keine rechtliche Inkompatibilität zwischen beiden Rechtsverhältnissen gebe.

[381] Partnership Act 1890, s. 30.

[382] Blackett-Ord, Rn. 10-35; Lindley/Banks, Rn. 16-34.

Bei den Kapitalgesellschaften ist die Rechtslage dagegen nicht ganz eindeutig. Der *High Court* hat in einem älteren Urteil festgestellt, dass ein Direktor keinem Wettbewerbsverbot unterliege[383]. Obwohl dieses zu einem nichtgeschäftsführenden Direktor ergangene Urteil sehr kurz ist, gilt es diesbezüglich als Grundsatzentscheidung[384]. Das *House of Lords* hat seine Geltung später -allerdings als *obiter dictum*- auch für geschäftsführende Direktoren bestätigt[385]. Das steht in einem gewissen Widerspruch zur hohen Bedeutung, die die englischen Juristen der Treuepflicht und speziell dem Gebot, jeden Interessenkonflikt zu vermeiden, beimessen. Aus diesem Grund vertreten Teile der Literatur die Ansicht, dass es dem Direktor in der Praxis kaum möglich sei, mit einer Nebentätigkeit in Konkurrenz zu seiner Gesellschaft zu treten, ohne nicht früher oder später seine Treuepflichten zu verletzen[386]. Es lässt sich sogar die Auffassung finden, dass die ein Wettbewerbsverbot verneinende Rechtsprechung mit der allgemeinen Rechtsprechung zu den Treuepflichten unvereinbar und daher falsch oder zumindest überholt sei[387]. Auch in der Rechtsprechung finden sich zweifelnde Stimmen[388]. In einer neuen Entscheidung hat der *Court of Appeal* die umstrittene Rechtsprechung im Grundsatz bestätigt, zugleich jedoch festgestellt, dass die allgemeine Treuepflicht des Direktors seine Freiheit, in Wettbewerb mit der Gesellschaft zu treten, praktisch stark einschränke[389]. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war der betroffene Direktor aufgrund von Meinungsverschiedenheiten faktisch aus der Geschäftsführung des Unternehmens herausgedrängt worden. Aus diesem Grund hat der *Court of Appeal* die Existenz eines Wettbewerbsverbots hier verneint.

Der Direktor und die *company* können ein Wettbewerbsverbot vertraglich

---

[383] London & Mashonaland Exploration Co Ltd v New Mashonaland Exploration Co Ltd (1891) WN, 165.
[384] S. Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 16.22; ders. in Gore-Brown, Rn. 27.17.1; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.56.
[385] Bell v Lever Brothers Ltd [1932] AC, 161, 195. Im Kern ging es im entschiedenen Fall um die Anfechtbarkeit einer Abfindungsvereinbarung und die Problematik der Auswirkung eines beiderseitigen Irrtums.
[386] Gurry, S. 192; Sinclair/Vogel/Snowden/*Thornton & Thompson*, Rn. 3.57.
[387] So Christie (1992) MLR, 506 ff; ähnlich Grantham (2003) MLR, 109, 113.
[388] Scottish Co-Operative Wholesale Society Ltd v Meyer [1959] AC, 324, 368, HL (obiter dictum).
[389] Plus Group v Pyke [2002] 2 BCLC, 201, 224, 226.

vereinbaren[390]. Bei geschäftsführenden Direktoren wird dies in aller Regel der Fall sein[391]. Ist ein Wettbewerbsverbot für den Direktor mit Geschäftsführungsaufgaben nicht ausdrücklich festgeschrieben, kann die Auslegung des Vertrags ergeben, dass ein solches Verbot konkludent vereinbart worden ist[392]. Ein wichtiges Kriterium, das die Bejahung eines konkludenten Wettbewerbsverbots nahe legt, ist die Gefahr, dass die Wettbewerbstätigkeit zu einer Übermittlung vertraulicher Informationen oder Kenntnisse an den Konkurrenten führt[393]. Das vertragliche Wettbewerbsverbot hat allerdings keinen Treuepflichtcharakter, so dass seine Verletzung nicht die strenge Treuepflichthaftung, sondern nur die gewöhnliche Vertragshaftung auslöst.

cc) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

(1) Geschäftsleiter

Die Geschäftsleiter unterliegen im deutschen Recht, im französischen Recht und im englischen Personengesellschaftsrecht einem Wettbewerbsverbot. Eine Ausnahme bildet die nicht erwerbsorientierte GbR. Sie ist aber zu vernachlässigen, da es sich bei diesen Gesellschaften meist um vergleichsweise lose und zeitlich befristete Zusammenschlüsse handelt, die mit den anderen hier untersuchten Gesellschaften wenig gemein haben[394].

Der Geschäftsleiter einer englischen Kapitalgesellschaft unterliegt dagegen formal keinem Wettbewerbsverbot. Allerdings hat der *Court of Ap-*

[390] Gore-Brown/*Birds*, 27.17.1; Farrar/*Hannigan*, S. 414; Lowry/Watson, Rn. 9.31.
[391] Vgl. Tolley's Company Law/ *Dierden*, Rn. D5003.
[392] So Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] ChD, 169, 180, CA für einfache Arbeiter. Es ist anerkannt, dass dies erst recht für den Direktor gelten muss (Boros (1990) CoLa, 6; Gower/Davies, S. 415 in Fn. 67; Gurry, S. 184; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.17.1; Farrar/*Hannigan*, S. 414).
[393] Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] ChD, 169, 173, 180 ff, CA; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.17.1; Gurry, S. 191; Boros (1990) CoLa, 6.
[394] Im Übrigen ist sehr zweifelhaft, ob eine Rechtsangleichung auf diesem Gebiet für die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes von Relevanz wäre (s. hierzu 1. Teil, B). Auf art. 44 EGV könnte eine Richtlinie gemäß art. 48 II EGV jedenfalls nicht gestützt werden. Hier wäre allenfalls ein Rückgriff auf die allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen art. 94, 95 möglich.

peal in seiner neuesten Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbsfreiheit wegen der Treuepflicht nur sehr beschränkt zur Anwendung kommen könne. Konkrete Abgrenzungskriterien hat das Gericht zwar nicht genannt, doch liegt eine Differenzierung zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Direktoren nahe. Die Wettbewerbstätigkeit eines geschäftsführenden Direktors birgt ein deutlich höheres Interessenkonfliktpotenzial als die Wettbewerbstätigkeit eines nichtgeschäftsführenden Direktors. Die Entscheidung des *House of Lords*, die ein Wettbewerbsverbot auch bei geschäftsführenden Direktoren verneint, steht einer solchen Differenzierung zumindest nicht zwingend entgegen, weil die hier interessierende Feststellung als *obiter dictum* erfolgte. Hinzu kommt, dass geschäftsführende Direktoren in der Praxis meist ohnehin einem vertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegen und die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang keine Scheu hat, ein Wettbewerbsverbot im Wege der Auslegung zu begründen. Zusammenfassend lassen sich alle diese Aspekte zu der Feststellung verdichten, dass der geschäftsführende Direktor faktisch fast immer einem Wettbewerbsverbot unterliegt. So sehen es auch weite Teile der englischen Literatur. Für eine Prinzipienbildung soll dies ausreichend sein. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Der Geschäftsleiter unterliegt einem Wettbewerbsverbot.

(2) Aufsichtsführer

Beim Aufsichtsführer fehlt es in allen drei Rechtsordnungen an Eindeutigkeit. In Deutschland hängt dies in erster Linie damit zusammen, dass es hierzu keine Rechtsprechung gibt. Offenbar besitzt das Problem keine große praktische Relevanz. Zwar handelt es sich bei Aufsichtsführern meist um Personen, die einer anderen Gesellschaft verbunden sind. Bei dieser Gesellschaft dürfte es sich aber nur selten um ein Konkurrenzunternehmen handeln. In Deutschland lässt sich immerhin ein gewisses Übergewicht der Stimmen ausmachen, die ein Wettbewerbsverbot für den Aufsichtsführer verneinen. Eindeutiger ist dagegen die Rechtslage in

England. Hier ist davon auszugehen, dass den Aufsichtsführer kein Wettbewerbsverbot trifft. Das entspricht der umstrittenen, jedoch jüngst bestätigten Rechtsprechung zum Wettbewerbsverbot. An ihr ist, anders als bei den Geschäftsleitern, nicht vorbeizukommen, weil die getroffenen Feststellungen nicht als *obiter dictum* erfolgten. Hinzu kommt, dass Aufsichtsführer anders als Geschäftsleiter in aller Regel keinem vertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegen. Insgesamt besteht somit Übereinstimmung zwischen dem englischen Recht und einer wohl herrschenden Literaturmeinung in Deutschland, dass der Aufsichtsführer keinem Wettbewerbsverbot unterliegt. Nach französischem Recht unterliegt er jedenfalls dann keinem Wettbewerbsverbot, wenn sein berufliches Interesse an einer Wettbewerbstätigkeit schwerer wiegt als das Interesse der Gesellschaft, dass er die Tätigkeit unterlässt. Auf dieser eingeschränkten Basis besteht folgendes gemeinsames Prinzip:

Der Aufsichtsführer unterliegt zumindest dann keinem Wettbewerbsverbot, wenn sein berufliches Interesse an einer Wettbewerbstätigkeit schwerer wiegt als das Interesse der Gesellschaft, dass er die Tätigkeit unterlässt.

b) Inhalt

Das Wettbewerbsverbot soll der Gefahr entgegenwirken, dass sich eine Nebentätigkeit des Organmitglieds negativ auf die Gesellschaft auswirkt. Eine solche Gefahr besteht unter zwei Voraussetzungen: Die Tätigkeit muss eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft haben. Sie muss ferner ein gewisses Gewicht aufweisen.

Die deutschen Juristen umschreiben das Kriterium der inhaltlichen Nähe mit den Worten, das Wettbewerbsverbot verbiete es dem Organmitglied, im Geschäfts- bzw. Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte zu machen[395]. Die französischen Juristen drücken dies etwas anders aus, indem

[395] §§ 112 I HGB; 88 I 1 2. Alt. AktG; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 128; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 19; Armbrüster, ZIP 1997, 261, 272.

sie feststellen, das Wettbewerbsverbot verbiete jede Tätigkeit, die der eigenen Gesellschaft Konkurrenz machen könne[396]. Damit ist jedoch das Gleiche gemeint. Eine Konkurrenzsituation kann nur bei inhaltlicher Nähe entstehen[397]. In England fehlen hierzu ausdrückliche Stellungnahmen. In den einschlägigen Entscheidungen war die inhaltliche Nähe jedoch immer unausgesprochene Voraussetzung für die weitere rechtliche Erörterung bzw. ihr Fehlen Grund für das Verneinen einer Wettbewerbshandlung[398]. Im Ergebnis besteht somit zwischen den Rechtsordnungen diesbezüglich Übereinstimmung.

Das zur Qualifizierung als Wettbewerbstätigkeit nötige Gewicht wird zweifelsfrei dann erreicht, wenn das Organmitglied als Einzelperson aktiv tätig wird. Es reicht jedoch aus, dass das Organmitglied in einer konkurrierenden Gesellschaft ebenfalls Organfunktionen wahrnimmt oder faktisch bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann. Das ist jedenfalls für das deutsche Recht anerkannt[399]. In Frankreich hat die Rechtsprechung die gleiche Überlegung dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie die bloße Gesellschafterstellung in einem Konkurrenzunternehmen nicht als Wettbewerbshandlung eingestuft hat[400]. In England

---

Dem Vorstandsmitglied einer AG untersagt das Gesetz darüber hinaus jede Ausübung eines Handelsgewerbes oder Wahrnehmung von Organfunktionen in einer anderen Handelsgesellschaft (§ 88 I 1 1. Alt., I 2 AktG). Dieses weitergehende Nebentätigkeitsverbot soll die Gesellschaft jedoch nicht vor Wettbewerb schützen, sondern ihr nur die Arbeitskraft des Vorstandsmitglieds sichern (Hüffer, § 88, Rn. 1, 4; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1269 f). Es ist in diesem Zusammenhang daher nicht weiter relevant und stellt insbesondere das Kriterium der sachlichen Nähe nicht in Frage.

[396] Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 4; Buy, Dr. patr. März 1999, 48, 50; Serra, Rn. 151; Dirigeant de société, Rn. 050-03.

[397] S. Sachverhaltsschilderungen der Entscheidungen Cass. com., 7.6.1994, Rev. soc. 1995, 275 und Cass. com., 11.2.1964, Bull. civ. III, Nr. 67 (jeweils *SARL*).

[398] S. Sachverhaltsschilderungen der Entscheidungen London & Mashonaland Exploration Co Ltd v New Mashonaland Exploration Co Ltd (1891) WN, 165, HC, Bell v Lever Brothers Ltd [1932] AC, 161, HL und Plus Group Ltd v Pyke [2002] 2 BCLC, 201, CA (jeweils *company*); Trimble v Goldberg [1906] AC, 494, PC *(partnership)*; Beispiel für fehlende Nähe Aas v Benham [1891] 2 ChD, 244, 255, CA (Schiffsbautätigkeit einerseits, Reedertätigkeit einer *partnership* andererseits); weitere Nachweise mit Fallschilderungen bei Blackett-Ord, Rn. 10-37; vgl. auch Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] ChD, 169, CA.

[399] Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1270; Hüffer, § 88, Rn. 4; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 129. Das gilt trotz abweichenden Wortlauts (vgl. § 112 I 1 2. Alt.) auch für die OHG (hierzu Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 112, Rn. 6; Staub/*Ulmer*, § 112, Rn. 24; ausführlich Armbrüster, ZIP 1997, 261, 262 f.).

[400] Cass. soc., 8.11.1989, RJS 1/90, Nr. 6. Das Urteil betraf zwar einen Arbeitnehmer, ist jedoch auf das Organmitglied übertragbar (Buy, Dr. patr. März 1999, 48, 49, 50; s. auch Dirigeant de société, Rn. 050-03).

ist das Wettbewerbsverbot nur in den Fällen problematisiert worden, in denen das Organmitglied entweder eigenständig tätig geworden ist oder Organmitglied eines Konkurrenzunternehmens war[401]. Daraus lässt sich mit hinreichender Sicherheit schließen, dass nur eine Tätigkeit von gewissem Gewicht als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren ist. Zusammenfassend gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Wettbewerbsverbot verbietet eine Nebentätigkeit, die eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft aufweist und über ein gewisses Gewicht verfügt.

c) Befreiung vom Wettbewerbsverbot

Nach deutschem und nach englischem Recht kann die Gesellschaft das Organmitglied vom Wettbewerbsverbot befreien[402]. Nach französischem Recht dürfte eine Befreiung nicht in Betracht kommen[403]. Eine Prinzipienbildung ist daher nicht möglich.

Hinsichtlich der Zuständigkeit für die Befreiung gilt im Wesentlichen das zur Geschäftschancenverwertung Gesagte[404]. Bei der AG liegt die Zuständigkeit für die Befreiung eines Vorstandsmitglieds vom Wettbe-

[401] S. Sachverhaltsschilderungen der Entscheidungen London & Mashonaland Exploration Co Ltd v New Mashonaland Exploration Co Ltd (1891) WN, 165, HC, Bell v Lever Brothers Ltd [1932] AC, 161, HL und Plus Group Ltd v Pyke [2002] 2 BCLC, 201, CA (jeweils *company*); Aas v Benham [1891] 2 ChD, 244, 255, CA und Trimble v Goldberg [1906] AC, 494, PC (jeweils *partnership*); weitere Nachweise mit Fallschilderungen bei Blackett-Ord, Rn. 10-37; vgl. auch Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] ChD, 169, CA.

[402] Jeweils Umkehrschluss aus § 88 I 1 AktG, § 112 I HGB und Partnership Act, s. 30; BGHZ 80, 69 (GmbH); Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 136; Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 5; Christie (1992) MLR, 506. Für die *company* ergibt sich eine Befreiungsmöglichkeit auch schon daraus, dass ein umfassendes Wettbewerbsverbot in aller Regel vertraglich unterlegt sein muss, eine Befreiung also zwanglos durch Verzicht auf eine entsprechende vertragliche Ausgestaltung möglich ist. In der Praxis dürfte eine Befreiung allerdings in aller Regel nicht pauschal, sondern nur von Fall zu Fall erteilt werden. A maiore ad minus ist muss auch dies zulässig sein.

[403] Zur Argumentation 3. Teil, B II 2 c; abweichend wohl Buy, Dr. patr. März 1995, 48, 49, der beiläufig ein Wettbewerbsverbot für den Fall bejaht, dass die Satzung Wettbewerbshandlungen von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig macht, was im Umkehrschluss bedeuten würde, dass Wettbewerbshandlungen mit Zustimmung der Gesellschafter möglich wären. Da Buy seinen Gedanken nicht konkretisiert, soll seine Auffassung hier unberücksichtigt bleiben.

[404] Hierzu 3. Teil, B II 2 c.

werbsverbot beim Aufsichtsrat[405]. Bei den übrigen Gesellschaften sind die Gesellschafter zuständig, wobei dem Organmitglied die Teilnahme an der Abstimmung in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nach englischem Recht grundsätzlich gestattet[406], nach deutschem Recht dagegen verwehrt ist[407]. Nur für die *company* ist auf eine Besonderheit hinzuweisen: Soweit das Wettbewerbsverbot lediglich auf dem Dienstvertrag beruht, liegt die Zuständigkeit für die Befreiung in der Regel beim Direktorium, da es bei Anwendung der Mustersatzung insgesamt für die Dienstverträge der geschäftsführenden Direktoren zuständig ist[408]. Der betroffene Direktor ist dann von der Teilnahme an der Abstimmung ausgeschlossen[409]. Im Unterschied zur Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung gibt das englische Recht hier der Vermeidung eines Interessenkonflikts den Vorzug vor dem Mehrheitsprinzip.

d) Wettbewerbsverbot nach Ende der Organstellung

Das Wettbewerbsverbot endet grundsätzlich mit Beendigung der Organstellung[410]. Das Gefährdungspotenzial einer Wettbewerbstätigkeit fällt dann zwar nicht vollständig weg, geht im Laufe der Zeit jedoch mehr und mehr zurück. Gleichzeitig ist das frühere Organmitglied auf seine berufliche Freiheit angewiesen, um seinen Lebensunterhalt durch Aufnahme einer neuen Tätigkeit bestreiten zu können. Im Rahmen einer Abwägung der Interessen der Gesellschaft und des Organmitglieds verschieben sich die Gewichte zugunsten des Organmitglieds. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

---

[405] § 88 I 1 AktG.
[406] Burland v Earle [1902] AC, 83, 94, PC und Pavlides v Jensen [1956] 1 ChD, 565, 576 (jeweils *company*).
[407] § 112 I HGB („…ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter…"); BGHZ 80, 69, 71 (GmbH); Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 138 b; Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 5.
[408] Table A, art. 84, Satz 1 und 2.
[409] Table A, art. 94, 1. HS.
[410] BGH, GmbHR 1977, 43, 44 (GmbH); BGH, WM 1990, 2121, 2123 (GbR); Hüffer, § 88 AktG, Rn. 2; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 134; Röhricht/v. Westfalen/*von Gerkan*, § 112, Rn. 2; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 42; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 631; Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 12; Lindley/Banks, Rn. 10-204, 10-217; vgl. auch Davies v Hodgson (1858) 25 Beavan, 177 für *partnership* (abgedruckt in ER, Band 53, S. 604).

Das Wettbewerbsverbot endet mit Beendigung der Organstellung.

In der Praxis versuchen sich Gesellschaften vor dem verbleibenden Gefährdungspotenzial einer Wettbewerbstätigkeit sehr häufig dadurch zu schützen, dass sie mit dem Organmitglied eine Geltung des Wettbewerbsverbots über das Ende der Organstellung hinaus vereinbaren. Die Rechtsprechung in allen drei Ländern begegnet dieser Art von Vereinbarung, fortan nachvertragliches Wettbewerbsverbot genannt, zu Recht mit Skepsis. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote beschränken nicht nur die persönliche Freiheit des Betroffenen, sondern beeinträchtigen insgesamt das System der freien Marktwirtschaft, das ganz wesentlich über Wettbewerb funktioniert[411]. Die englischen Juristen bringen dies besonders deutlich auf den Punkt, indem sie die Problematik unter dem Schlagwort *restraint of trade* abhandeln[412].

Die Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist in allen Rechtsordnungen davon abhängig, dass eine objektive Interessenabwägung im konkreten Fall zugunsten der Gesellschaft ausfällt. In Frankreich heißt es hierzu, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Interessen der Gesellschaft und die berufliche Freiheit des ehemaligen Organmitglieds in angemessenen Ausgleich bringen müsse[413]. In Deutschland wird gemeinhin gefordert, dass die Vereinbarung dem Schutz berechtigter Interessen des Unternehmens dienen müsse und die Berufsausübung und wirtschaftliche Betätigung des Organmitglieds nicht unbillig erschweren dürfe[414]. In England wird schließlich verlangt, dass die Vereinbarung unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragsparteien als vernünftig

[411] Nordenfeldt v Maxim Nordenfeldt Ltd [1894] AC, 535, 565, HL. Eine derartige Vereinbarung kann daher auch kartellrechtlich problematisch sein, was hier aber nicht näher vertieft werden soll; zum deutschen Recht s. hierzu Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1, Rn. 282 ff; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 112, Rn. 15 ff.
[412] Vgl. Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-075 ff.
[413] Cass. com., 4.1.1994, D. 1995, Jur., 205; Cass. com., 16.12.1997, Bull. Joly 1998, § 118 *(SA)*; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 43; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 631.
[414] BGHZ 91, 1, 5 (GmbH); Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 88, Rn. 27; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 135; Michalski/*Michalski*, § 13, Rn. 212; ähnlich BGH WM 1990, 2121, 2122 (OHG) und Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 112 HGB, Rn. 13.

angesehen werden könne *(test of reasonableness)*[415]. In der Sache begründen die unterschiedlichen Formulierungen jedoch keine Unterschiede[416].

Die Abwägung selbst ist einzelfallabhängig, die untersuchten Rechtsordnungen geben jedoch Abwägungskriterien vor. Das deutsche und das französische Recht messen die Vereinbarung an ihrer sachlichen, räumlichen und zeitlichen Reichweite[417]. Nach französischem Recht ist die Vereinbarung einer Karenzentschädigung keine Voraussetzung für die Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots[418], während diese Frage im deutschen Recht umstritten ist[419]. Das englische Recht konzentriert sich vor allen Dingen auf die sachliche Reichweite und rückt dabei die individuelle Situation der betroffenen Gesellschaft in den Mittelpunkt. Das Wettbewerbsverbot muss auf die Unterbindung eines konkreten Zugriffs auf Kundenstamm, Geschäftschancen oder anderes nützliches Wissen der Gesellschaft gerichtet sein[420]. Diesbezüglich gewährt das englische Recht der Gesellschaft aber auch ohne konkrete Vereinbarung einen starken Schutz[421], so dass es hier erhebliche Überschneidungen gibt[422]. Ein vertragliches Wettbewerbsverbot dient im englischen Recht somit im Wesentlichen der Konkretisierung; es kann zudem die

---

[415] Nordenfeldt v Maxim Nordenfeldt Ltd [1894] AC, 535, 565, HL; näher Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-90 f; Blackett-Ord, Rn. 15.66.

[416] Vgl. als Beispiel Esso Petroleum Ltd v Harpers Garage Ltd [1968] AC, 269, 300, HL, wo festgestellt wird, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot die berechtigten Interessen des Begünstigten nur in erforderlichem Maße schützen darf, ohne die Interessen des Betroffenen dabei unbillig zu beeinträchtigen. Das entspricht genau der in Deutschland üblichen Formel.

[417] BGH, NJW 1994, 384, 385 (allgemein für Kapitalgesellschaften); BGH, NJW 1997, 3089 und NJW 2000, 2584, 2585 (jeweils GbR); Hirte, Rn. 212a; Hüffer, § 88, Rn. 10; Michalski/*Haas*, § 13, Rn. 217 ff; Cass. civ., 18.6.1945, D. 1945, 332; Cass. com., 4.1.1994, D. 1994, Inf. rap., 27; Cass. com., 16.12.1997, Bull. Joly 1998, § 118 *(SA)*; Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 24; Enc. Dalloz com./*Serra*, concurrence (obligation de non-concurrence), Rn. 91 ff; Lamy économique, Rn. 1646; Jurisclasseur com. conc.-cons./*Malaurie-Vignal*, Fasc. 110, Rn. 112 ff.

[418] Cass. com., 9.10.1985, D. 1986, Jur., 420 (für Arbeitnehmer); Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 31.

[419] Bejahend Hirte, Rn. 211; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Wiesner*, Bd. 4, § 21, Rn. 67; wohl auch OLG Düsseldorf, DB 1990, 1960 (GmbH); a.A. OLG Koblenz, WM 1985, 1484, 1485 (GmbH); differenzierend Michalski/*Michalski*, § 13, Rn. 228 ff.

[420] Herbert Morris Ltd v Saxelby [1916] 1 AC, 688, 712, HL; vgl. auch Attwood v Lamont [1920] 3 KB, 571, 589, CA; Chitty/*Prenctice*, Bd.1, Rn. 17-104, 17-106; Blackett-Ord, Rn. 15.68; Birks/*Treitel*, Rn. 8.236.

[421] Vgl. 3. Teil, B II 2.

[422] Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-105.

Beweislage für die Gesellschaft im Streitfall verbessern[423]. Neben der sachlichen Reichweite können auch der zeitliche oder der räumliche Geltungsbereich des Wettbewerbsverbots eine Rolle spielen[424], doch sind diese Kriterien zweitrangig[425]. Wie im französischen Recht ist die Vereinbarung einer Karenzentschädigung keine Zulässigkeitsvoraussetzung[426]. Insgesamt verfolgt das englische Recht einen materiell-individualisierten Ansatz. Im deutschen und im französischen Recht stehen dagegen Dauer und räumliche Weite als formale Kriterien gleichwertig neben der sachlichen Nähe. Als Gemeinsamkeit kann daher nur die allgemeine Feststellung festgehalten werden, dass die sachliche, räumliche und zeitliche Reichweite des Wettbewerbsverbots im Einzelfall Abwägungskriterien sein können. Zusammenfassend gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist nur zulässig, wenn es die Interessen der Gesellschaft und die Interessen des Organmitglieds in vernünftiger Weise zum Ausgleich bringt. Abwägungskriterien können die sachliche, räumliche und zeitliche Reichweite des Verbots sein.

Ansprüche aus nachvertraglichem Wettbewerbsverbot sind rein vertragliche Ansprüche. Sie beruhen insbesondere nach englischem Recht nicht auf der Treuepflicht des Organmitglieds[427].

4. Pflichten bei persönlichem Interesse an Verträgen der Gesellschaft

Ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Organmitglied ist der

[423] Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-105.
[424] Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-086, 17-111; Birks/*Treitel*, Rn. 8.237; Bowers, Kap. 6.7.1.1; Blackett-Ord, Rn. 15.67.
[425] Birks/*Treitel*, Rn. 8.237; Blackett-Ord, Rn. 15.67.
[426] Ob die Höhe einer vereinbarten Karenzzahlung bei der Abwägung zu berücksichtigen ist, ist umstritten (bejahend Bridge v Deacons [1984] AC, 705, 718, PC *(partnership)*; Birks/*Treitel*, Rn. 8.238; a.A. Lindley/Banks, Rn. 10-230 mit Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung; Chitty/*Prentice*, Bd. 1, Rn. 17-090).
[427] Zur Treuepflicht 3. Teil, B I 1. Das bedeutet insbesondere, dass eine Verletzung des Verbots keinen eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch begründet (näher 4. Teil, B II 3 b).

wichtigste Fall, in dem das Organmitglied ein Interesse an einem Vertrag der Gesellschaft hat. Hierauf wird das Hauptgewicht der nachfolgenden Darstellung liegen. Es sind allerdings auch Fälle denkbar, in denen das Organmitglied nur ein indirektes Interesse an einem Vertrag der Gesellschaft hat, so etwa wenn der Vertragspartner der Gesellschaft dem Organmitglied nahe steht oder wenn das Organmitglied für den Vertrag eine Vermittlungsprovision bekommt.

Das persönliche Interesse des Organmitglieds an einem Vertrag der Gesellschaft begründet in geradezu klassischer Weise einen Interessenkonflikt. Alle drei Rechtsordnungen haben dies als Problem erkannt und zum Teil sehr ausführlich gesetzlich geregelt[428]. Diese um ungeschriebene Rechtsgrundsätze ergänzten Regeln weichen erheblich voneinander ab.

a) Deutsches Recht

aa) Verbotene Kreditgewährung bei der GmbH

Das Gesetz bestimmt, dass Geschäftsführern einer GmbH kein Kredit aus dem zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderlichen Vermögen gewährt werden darf[429]. Diese Regel konkretisiert allerdings nicht die Treuepflicht des Geschäftsführers, sondern dient nur der Kapitalerhaltung[430]. Als Kreditgewährung gilt auch die Bestellung einer Sicherheit[431].

bb) Zuständigkeitsverlagerung

Im deutschen Recht ist die Zuständigkeitsverlagerung das Hauptinstrument zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Am deutlichsten wird dies bei der AG. Hier bestimmt das Gesetz, dass die Vertretung der Ge-

[428] Diese Regeln können hier nur in den absoluten Grundzügen vorgestellt werden. Eine vertiefende Darstellung findet sich bei Wendt, Die Kontrolle der Geschäftsführung in Personen- und Kapitalgesellschaften in Deutschland, Frankreich und England.
[429] § 43a S. 1 GmbHG. Die genannte Vorschrift erstreckt dieses Verbot auch auf Prokuristen und Handlungsbevollmächtige.
[430] Näher Scholz/*Schneider*, § 43a, Rn. 8 ff.
[431] Michalski/*Michalski*, § 43a, Rn. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43a, Rn. 5.

sellschaft gegenüber einem Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrat obliegt[432]. Umgekehrt vertritt der Vorstand die AG als gesetzlicher Vertreter gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied[433]. Da niemand zugleich Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Gesellschaft sein kann[434], wird auf diese Weise sichergestellt, dass der Betroffene nicht in eigener Sache tätig werden kann und darf.

Für die übrigen Gesellschaften fehlt eine spezialgesetzliche Regelung. Bei der GmbH weist die Rechtsprechung den Gesellschaftern aber in analoger Anwendung des § 46 Nr. 5 GmbHG[435] die Vertretungsbefugnis für den Dienstvertrag zwischen Geschäftsführer und GmbH zu[436]. Der Geschäftsführer darf in seiner Eigenschaft als Gesellschafter mitstimmen[437]. Die Zuständigkeit wird hier somit von der Geschäftsführungs- auf die Gesellschafterebene verlagert. Von diesem Fall abgesehen ist für die GmbH und die Personengesellschaften auf § 181 BGB als allgemeine Vorschrift zurückzugreifen[438]. Danach darf ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich kein Rechtsgeschäft (Insichgeschäft) vornehmen, es sei denn, dass ihm dies gestattet worden ist. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass ein Geschäftsleiter grundsätzlich keinen Vertrag zwischen sich und der Gesellschaft abschließen darf. Das müssen die anderen Geschäftsleiter übernehmen[439]. Die Kompetenzverlagerung vollzieht sich hier damit auf der Geschäftsführungsebene.

cc) Zustimmungsbedürftige Verträge bei der AG

In einigen ausgewählten Fällen, in denen die Vertretungskompetenz beim

[432] § 112 AktG; zum Regelungszweck dieser Vorschrift vgl. nur BGHZ 130, 108, 112.
[433] § 78 I AktG.
[434] § 105 I AktG.
[435] Diese Vorschrift bestimmt, dass die Gesellschafter für die Bestellung des Geschäftsführers zuständig sind.
[436] BGH, NJW 1991, 1680, 1681; BGH, BB 2000, 1751; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 35, Rn. 17.
[437] BGHZ 18; 205, 210; Michalski/*Römermann*, § 47, Rn. 248.
[438] BGHZ 56, 97, 101 (GmbH); Michalski/*Lenz* § 35, Rn. 79; Münchener Kommentar BGB/*Schramm*, § 181, Rn. 21; Sudhoff/*Glahs*, 2. Teil, Kap. E, Rn. 62; vgl. auch § 35 IV 1 GmbHG. Für die AG ist diese Vorschrift wegen der getrennten Zuständigkeiten von Vorstand und Aufsichtsrat ohne Bedeutung (Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 78, Rn. 69; Hüffer, § 78, Rn. 6).
[439] Vgl. Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 30.

Vorstand liegt, bestimmt das AktG, dass der Aufsichtsrat dem beabsichtigten Geschäft zustimmen muss. Das betrifft Dienst- oder Werkverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern[440]. Typischerweise geht es dabei um Beratungsverträge[441]. Zustimmungsbedürftig ist ferner die Kreditgewährung an ein Aufsichtsratsmitglied[442], einen Ehegatten, Lebenspartner, Strohmann oder an ein minderjähriges Kind eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds[443], an eine juristische Person, für die ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied als Organmitglied tätig ist[444] sowie an eine Personenhandelsgesellschaft, an der ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied als Gesellschafter beteiligt ist[445]. Als Kreditgewährung gilt auch das Stellen einer Sicherheit, etwa einer Bürgschaft[446]. Sofern die Zustimmung einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Aufsichtsratsmitglied betrifft, darf das betroffene Aufsichtsratsmitglied an der Entscheidung des Aufsichtsrats nicht mitwirken[447].

b) Französisches Recht

Verträge zwischen Personengesellschaften und ihren Organmitgliedern sind keinen besonderen Beschränkungen unterworfen[448]. Hier gilt nur, dass der Vertrag dem Interesse der Gesellschaft nicht zuwiderlaufen darf[449]. Bei Kapitalgesellschaften verbietet der Gesetzgeber bestimmte Verträge (s. nachfolgend aa)) und unterwirft andere einem Zustimmungserfordernis (s. nachfolgend bb)).

---

[440] § 114 I AktG.
[441] Henn, Rn. 678; Hirte, Rn. 338; Hüffer, § 114, Rn. 1.
[442] § 115 I AktG.
[443] § 89 III, 115 II AktG.
[444] §§ 89 IV 1, 115 III 1 AktG, jeweils mit Ausnahme in S. 2.
[445] §§ 89 IV 1, 115 III 1 AktG, jeweils mit Ausnahme in S. 2.
[446] Hüffer, § 89, Rn. 2; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 89, Rn. 11.
[447] Hüffer, § 108, Rn. 9; Kölner Kommentar/*Mertens*, § 108, Rn. 49; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 31, Rn. 59.
[448] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de société en nom collectif, Rn. 18; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Sociétés civiles, Rn. 28.
[449] Cass. com., 28.3.2000, Bull. Joly, 2000, § 105 *(société civile)*; Cass. com., 18.3.2003, JCP E 2003, Pan., Nr. 688; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de société en nom collectif, Rn. 18.

aa) Verbotene Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften

Es ist dem Organmitglied einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich untersagt, sich ein Darlehen oder eine Sicherheit von der Gesellschaft gewähren zu lassen[450]. Dieses Verbot gilt auch für Verträge mit Strohleuten, Ehegatten und mit Verwandten in aufsteigender oder absteigender gerader Linie[451].

bb) Zustimmungsbedürftige Verträge bei Kapitalgesellschaften

(1) *SA*

Für die *SA* sieht das Gesetz ein Zustimmungserfordernis für Verträge zwischen der Gesellschaft und einem Organmitglied vor[452]. Dies gilt auch für die Fälle, in denen ein Strohmann zwischengeschaltet ist[453]. Die Notwendigkeit einer Zustimmung besteht ferner, wenn das Organmitglied am Vertrag nur ein indirektes Interesse hat[454]. Ein gesetzlich geregelter Beispielsfall hierfür ist ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Unternehmen, in dem das betroffene Organmitglied persönlich haftender Gesellschafter ist oder als Organmitglied fungiert[455]. Ein weiteres Beispiel ist der Fall, dass der Vertragspartner dem Organmitglied nahe steht[456]. Das Zustimmungserfordernis gilt nicht für gewöhnliche Geschäfte, die zu normalen Bedingungen abgeschlossen werden[457]. Diese Geschäfte sind allerdings offenzulegen, sofern sie nicht unbedeutend

[450] Art. L. 225-43 al. 1 und 3, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-91 al.1 (*SA* neuen Typs), L. 223-21 al. 1 Code de commerce *(SARL)*.
[451] Näher art. L. 225-43 al 3, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-91 al 2, Satz 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-21 al. 2 Code de commerce *(SARL)*.
[452] Art. L. 225-38 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-86 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[453] Art. L. 225-38 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-86 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[454] Art. L. 225-38 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-86 al. 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[455] Art. L. 225-38 al. 3 (*SA* klassischen Typs), L. 225-86 al. 3 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[456] Cass. com., 23.1.1968, Bull. civ. IV, Nr. 38 *(SA)*; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 229.
[457] Art. L. 225-39 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-87 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).

sind[458].

Besonderheiten gelten für Rechtsakte, die die Grundlage für die Vergütung des Organmitglieds bilden. Über die gewöhnliche Vergütung der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratsmitglieder *(jetons de présence)* entscheidet die Gesellschafterversammlung durch Beschluss[459]. Ein besonderes Zustimmungsverfahren ist hier schon deswegen entbehrlich, weil die Entscheidung von vornherein in die Hände der Gesellschafter gelegt wird. Die Zuständigkeit für den Abschluss von Vergütungsvereinbarungen mit den Generaldirektoren bei der *SA* klassischen Typs oder den Direktoriumsmitgliedern bei der *SA* neuen Typs liegt hingegen beim Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat[460]. Diese Entscheidung hat jedoch keinen vertraglichen, sondern einen institutionellen Charakter, so dass für das gesetzliche Zustimmungsverfahren kein Raum ist[461].

Sobald das betroffene Organmitglied von einem zustimmungsbedürftigen Vertrag erfährt, muss es den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat hiervon in Kenntnis setzen[462]. Dieser muss dem Vertrag vorab zustimmen[463]. An der Abstimmung darf der Betroffene nicht teilnehmen[464]. Nach erfolgter Zustimmung darf der Vertrag geschlossen werden. Er muss im Nachgang jedoch noch von der Gesellschafterversammlung genehmigt werden[465]. Auch an dieser Abstimmung darf der Betroffene nicht teilnehmen[466].

---

[458] Art. L. 225-39 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-87 al. 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[459] Art. L. 225-45, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-83, Satz 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[460] Art. L. 225-53 al. 3 (*SA* klassischen Typs), L. 225-59 al. 1, L. 225-63 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[461] Cass. com. 3.3. 1987, Rev. Sociétés 1987, 266; Jurisclasseur soc./*Viandier & Mansuy*, Fasc. 133-10, Rn. 33; Jurisclasseur soc./*Viandier & Durand-Lepine*, Fasc. 133-20, Rn. 14; Jurisclasseur soc./*Caussain*, Fasc. 133-50, Rn. 87; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2840.
[462] Art. L. 225-40 al. 1, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-88 al 1, Satz 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[463] Art. L. 225-38 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-86 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[464] Art. L. 225-40 al. 1, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-88 al. 2, Satz 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[465] Näher zum Vorlageverfahren art. L. 225-40 al. 2, al. 3 (*SA* klassischen Typs), L. 225-88 al. 2, al. 3 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[466] Art. L. 225-40 al. 4 (*SA* klassischen Typs), L. 225-88 al. 4 Code de commerce (*SA* neuen Typs).

(2) *SARL*

Bei der *SARL* begnügt sich das Gesetz mit einem einstufigen Zustimmungsverfahren. Die Gesellschafterversammlung muss einem Vertrag zwischen einem Geschäftsführer und der Gesellschaft zustimmen. Die Zustimmung ist im Regelfall nach Abschluss des Vertrags zu erteilen[467]. Der betroffene Geschäftsführer darf an der Abstimmung nicht teilnehmen[468].

Das Zustimmungserfordernis umfasst auch Verträge zwischen der *SARL* und einem Strohmann des Geschäftsführers[469]. Es gilt ferner für Verträge zwischen der *SARL* und einer anderen Gesellschaft, an der der Geschäftsführer als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist oder für die er als Organmitglied fungiert[470]. Ausgenommen sind dagegen generell gewöhnliche Geschäfte, die zu normalen Bedingungen abgeschlossen werden[471]. Ob das Zustimmungserfordernis auch auf die Entscheidung der Gesellschaft über die Vergütung des Geschäftsführers Anwendung findet, ist dagegen noch nicht abschließend geklärt[472].

c) Englisches Recht

aa) Verbotene Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften

Der *Companies Act 1985* hat die Zulässigkeit einer Kreditgewährung sehr

[467] Art. L. 223-19 al. 1 Code de commerce. Nur wenn der Geschäftsführer nicht zugleich Gesellschafter ist und die Gesellschaft keinen ständigen Wirtschaftsprüfer (*commissaire aux comptes*, näher hierzu Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1719 ff) hat, muss die Gesellschafterversammlung vorab zustimmen (art. L. 223-19 al. 2 Code de commerce).
[468] Art. L. 223-19 al 1, Satz 3 Code de commerce.
[469] Art. L. 223-19 al. 1 Code de commerce.
[470] Art. L. 223-19 al. 5 Code de commerce.
[471] Art. L. 223-20 Code de commerce.
[472] Obiter dictum verneinend Cass. com., 30.5.1989, JCP G 1990, II, Nr. 21405; Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 1306; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de SARL, Rn. 35a f; a.A. das französische Justizministerium, JOANQ, 10.11.1980, S. 4766; ausführlich zur Problematik Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 3078, 2840. Maßgebliches Argument für eine Nichtanwendbarkeit des Zustimmungserfordernisses ist wie bei der *SA*, dass die Entscheidung keinen vertraglichen Charakter hat (Cozian/Viandier/Deboissy, Rn. 1306; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2840).

ausführlich geregelt[473]. Im Grundsatz darf ein Direktor von der Gesellschaft kein Darlehen und keine Sicherheit mit einem Volumen von mehr als 5.000 £ in Anspruch nehmen[474]. Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine *public company*, gilt das Verbot auch für eine Kreditgewährung an den Ehegatten des Direktors, an seine Kinder oder an eine Gesellschaft, von der er mindestens 20 % der Anteile kontrolliert[475]. Die einschlägigen Vorschriften enthalten zahlreiche Konkretisierungen und Ausnahmen.

bb) Offenlegungsgebot und zustimmungsbedürftige Verträge

(1) Allgemeines

Jeder Treueverpflichtete ist nach ständiger Rechtsprechung gehalten, seine konfliktträchtigen Interessen umfassend offenzulegen und sie nur weiterzuverfolgen, wenn der Treueberechtigte dem zustimmt[476]. Wichtigster Anwendungsfall dieser auch das Organmitglied bindenden Regel ist das Verbot, Verträge mit dem Treueberechtigten abzuschließen, sofern dieser dem Vertragsschluss nicht nach umfassender und wahrheitsgetreuer Aufklärung zugestimmt hat *(self dealing rule)*[477]. Die Zuständigkeit für die Zustimmung liegt bei den Gesellschaftern[478]. An der Abstimmung darf der Betroffene in seiner Eigenschaft als Gesellschafter teil-

[473] Vgl. ss. 330-340.
[474] Companies Act 1985, ss. 330 (2), 334.
[475] Companies Act 1985, ss., 330 (3), (4), (6) (a), 346 (2) (a), (b), (4). Die Regelung ist im Detail komplex und gilt auch für die *private company*, die in einer Konzernstruktur eingebunden ist, in der sich auch eine *public company* befindet (Companies Act, s. 330 (6) (b) - (d)).
[476] N.Z. Netherlands Society v Kuys [1973] 1 WLR, 1126, 1129, PC; Bristol and West Building Society v Mothew [1998] ChD, 1, 18, CA; Bowstead/*Reynolds*, Rn. 6-056 f; vgl. auch Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 596. Es handelt sich um eine Konkretisierung der allgemeinen Regel, dass ein Treueverpflichteter seine persönlichen Interessen nicht in Konflikt mit seinen Treuepflichten geraten lassen darf (hierzu 4. Teil, B I 2).
[477] North-West Transportation Co Ltd v Beatty (1887) 12 AC, 589, 593 f, PC *(company)*; Tito v Waddell [1977] ChD, 106, 248 f, HC; Bowstead/*Reynolds*, Rn. 6-63 ff; Birks/*Reynolds*, Rn. 9.138; Gower/Davies, S. 393; Blackett-Ord, Rn. 10.15; 10.24 f; Lindley/Banks, Rn. 16-11, 16-13 ff; implizit auch Partnership Act 1890 s. 29, der Gesellschaft ein Gewinnabschöpfungsrecht einräumt, wenn ein Gesellschafter in irgendeiner Weise von einer Transaktion der Gesellschaft ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter profitiert.
[478] Gower/Davies, S. 395; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Rn. 596; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.3; implizit Partnership Act 1890, s. 30; Blackett-Ord, Rn. 10-24.

nehmen[479], es sei denn, dass dies zu einer treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung führen würde[480].

(2) Gesetzliche Konkretisierung für Kapitalgesellschaften

Der Gesetzgeber hat die unter (1) dargelegten Grundsätze aufgegriffen und sie für die *company* in ausführlicher Weise konkretisiert[481]. *Companies Act 1985, s. 317 (1)* verpflichtet den Direktor, dem Direktorium jedes direkte oder indirekte Interesse offenzulegen, das er an einem geplanten oder bereits abgeschlossenen Vertrag der Gesellschaft hat. Diese Mitteilung befreit den Direktor nicht von seiner allgemeinen Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten, die ihm eine Weiterverfolgung seiner Interessen nur bei Zustimmung der Gesellschafter gestattet[482]. Findet die Mustersatzung Anwendung, gilt diese Zustimmung jedoch als erteilt[483]. Die Offenlegungspflicht gibt dem Direktorium die Gelegenheit, einen geplanten Vertragsschluss zu verhindern. An einer entsprechenden Beschlussfassung darf sich der betroffene Direktor bei Anwendbarkeit der Mustersatzung grundsätzlich nicht beteiligen[484].

Der Gesetzgeber hat daneben einige Verträge unter den Vorbehalt einer Zustimmung durch die Gesellschafter gestellt. Das betrifft zum einen Verträge zwischen Direktoren und der Gesellschaft, die mit einer Vermögensübertragung einhergehen. Das Gesetz bestimmt, dass diese Verträge ab einem Volumen in Höhe von 10 % des Vermögens der Gesellschaft, in jedem Fall aber ab 100.000 £, jedoch nicht unter 2.000 £, der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen [485]. Gleiches gilt für Verträge zwischen der Gesellschaft und dem Ehegatten des Direktors, seinen Kindern oder einer Gesellschaft, von der er mindestens 20 % der Anteile

[479] North-West Transportation Co v Beatty (1887), 12 AC, 589, 600, PC und Burland v Earle [1902] AC, 82, 94, PC (jeweils *company*); Gore-Brown, Rn. 28.4.2.
[480] Cook v Deeks [1916] 1 AC, 554, 564, PC *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.5; näher hierzu 3. Teil, B II 2 c.
[481] Vgl. Gower/Davies, S. 395.
[482] Companies Act 1985, s. 317 (9); Mayson/French/Ryan, Kap. 16.6.5.
[483] Table A, art. 85 (a), (b).
[484] Table A, art. 94, 96. Die Mustersatzung schafft damit einen gewissen Ausgleich dafür, dass bei ihrer Geltung die Zustimmung der Gesellschafter als erteilt gilt.
[485] Companies Act, s. 320 (1), (2); zu Ausnahmefällen, in denen s. 320 nicht gilt, siehe s. 321.

kontrolliert[486]. Hauptanwendungsfall dieser Regelung sind Kaufverträge. Bei Geltung der Mustersatzung gilt die notwendige Zustimmung der Gesellschafter als erteilt[487]. Zum anderen bedürfen Dienstverträge[488] des Direktors, die eine Laufzeit von mehr als 5 Jahren haben und die von der Gesellschaft in dieser Zeit nicht folgenlos aufgelöst werden können, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung[489]. Das Zustimmungserfordernis ist nicht abschließend, sondern lässt die allgemeine Offenlegungspflicht aus *Companies Act 1985, s. 317 (1)* unberührt[490].

d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

Die untersuchten Rechtsordnungen verwenden vier Instrumente, um Interessenkonflikten der Organmitglieder im Zusammenhang mit Verträgen der Gesellschaft vorzubeugen: das Verbot eines Vertrags zwischen Gesellschaft und Organmitglied (s. nachfolgend aa)), das Zustimmungserfordernis für einen solchen Vertrag, die Zuständigkeitsverlagerung bezüglich eines solchen Vertrags (s. jeweils nachfolgend bb)) und ein allgemeines Gebot zur Offenlegung von Interessenkonflikten (s. nachfolgend cc)).

aa) Verbot und Zustimmungserfordernis bei Kreditgewährung

Das Instrument mit der größten Schlagkraft ist das Verbot. Im englischen und im französischen Recht gilt es übereinstimmend für Bürgschafts- oder Darlehensverpflichtungen einer Kapitalgesellschaft zugunsten eines Organmitglieds oder einer ihm nahe stehenden Person bzw. Gesellschaft. Die Gefahr eines Missbrauchs ist hier besonders groß, weil das Organmitglied zu keiner bzw. nur zu einer in die Zukunft verlagerten Gegenleis-

[486] Companies Act 1985, ss. 320 (1) (a), 346 (2) (a), (b), (4).
[487] Table A, art. 85 (a), (b), 86; näher zu art. 86 (a); Mayson/French/Ryan, Kap. 16.6.2.
[488] Das Gesetz spricht nicht von *service contract*, sondern von *employment contract*, was in der Sache aber keine Unterschiede begründet (vgl. Employment Rights Act 1996, s. 230 (2) als Beispiel einer Gleichstellung beider Begriffe durch den Gesetzgeber).
[489] Companies Act 1985, s. 319 (1), (3). Für den Vertragsschluss selbst ist bei Anwendbarkeit der Mustersatzung das Direktorium zuständig (Table A art. 84, Satz 1 und 2).
[490] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.6.5.

tung verpflichtet ist. Im deutschen Recht findet sich ein derartiges Verbot nur für die geschlossene Kapitalgesellschaft und beschränkt auf den Fall, dass die Verpflichtung das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen tangiert. Dass die Regelung nicht der Vermeidung eines Interessenkonflikts, sondern der Nominalkapitalerhaltung dient, steht einer Prinzipienbildung nicht entgegen. Entscheidend ist nicht die Intention, sondern das Ergebnis. Auch die in England existierende Bagatellgrenze von 5.000 £ stellt das folgende Prinzip im Grundsatz nicht in Frage:

Dem Organmitglied einer geschlossenen Kapitalgesellschaft ist es zumindest dann untersagt, sich einen Kredit von der Gesellschaft gewähren zu lassen, wenn die Kreditverpflichtung das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen tangieren würde.

Bei der offenen Kapitalgesellschaft unterwirft das deutsche Recht die Kreditgewährung an einen Aufsichtsführer oder an eine einem Organmitglied nahe stehende Person bzw. Gesellschaft der Zustimmung des Aufsichtsorgans. Hier können folgende Prinzipien gebildet werden:

Dem Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft ist es zumindest dann untersagt, sich einen Kredit von der Gesellschaft gewähren zu lassen, wenn keine Genehmigung des Aufsichtsorgans vorliegt.

Das Organmitglied einer offenen Kapitalgesellschaft darf zumindest dann nicht auf eine Kreditgewährung an eine ihm nahe stehende Person oder Gesellschaft hinwirken, wenn keine Genehmigung des Aufsichtsorgans vorliegt.

bb) Zustimmungserfordernis und Zuständigkeitsverlagerung bei sonstigen Verträgen

Das deutsche Recht arbeitet vornehmlich mit dem Instrument der Zuständigkeitsverlagerung und kennt das Zustimmungserfordernis nur für den Dienst- oder Werkvertrag zwischen Aufsichtsführer und offener

Kapitalgesellschaft. Im Gegensatz hierzu spielt im französischen und im englischen Recht das Zustimmungserfordernis eine zentrale Rolle, während die Zuständigkeitsverlagerung keine Anwendung findet. Das Zustimmungserfordernis begründet ein Mehr-Augen-Prinzip. Neben den eigentlich zuständigen Personen sollen Dritte in die Entscheidungsfindung eingebunden werden. Bei der Zuständigkeitsverlagerung werden die eigentlich zuständigen Personen dagegen durch Dritte ersetzt. Gemeinsam ist beiden Instrumenten aber das Ziel, den Vertragsschluss vom Willen Dritter abhängig zu machen, die kein direktes Interesse am Vertrag haben. In beiden Fällen ergibt sich für das betroffene Organmitglied die Pflicht, diese Dritten über einen beabsichtigten Vertragsschluss zu informieren und ihnen die Angelegenheit zur Entscheidung zu überlassen. Das ist der Ansatzpunkt für das Suchen nach Gemeinsamkeiten.

Das geringste Maß an Übereinstimmung weisen die untersuchten Rechtsordnungen bei den Personengesellschaften auf. Das französische Recht kennt hier keine besonderen Regeln, so dass eine Prinzipienbildung schon aus diesem Grund nicht möglich ist. Das englische Recht verpflichtet den betroffenen Geschäftsleiter, die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen, das deutsche Recht verpflichtet ihn zur Abgabe der Sache auf Geschäftleitungsebene. Gemeinsam ist beiden Rechtsordnungen damit die Pflicht zur Einbeziehung unbeteiligter Dritter. Diese Dritten sind im englischen Recht die Gesellschafter, im deutschen Recht dagegen je nach Vertretungsbefugnis ein oder mehrere Geschäftsleiter.

Etwas mehr Übereinstimmung findet sich bei den geschlossenen Kapitalgesellschaften. Im Unterschied zu den Personengesellschaften verpflichtet das französische Recht den betroffenen Gesellschafter, die Zustimmung der Gesellschafter zum Vertrag einzuholen. Damit liegt es hier auf einer Linie mit dem deutschen Recht, das wie bei den Personengesellschaften eine Zuständigkeitsverlagerung kennt. Im englischen Recht verpflichten allgemeine Rechtsgrundsätze den Betroffenen dazu, die Gesellschafter um Zustimmung zum Vertrag zu bitten, was der Rechtslage in Frankreich entspricht. Diese Rechtsgrundsätze werden in England jedoch durch die

Mustersatzung überlagert, die sich im Verbund mit dem Gesetz mit einer bloßen Offenlegung der Interessen gegenüber den Geschäftsleitern und den Aufsichtsführern begnügt. Wegen der fehlenden Einheitlichkeit im englischen Recht ist daher auch für die geschlossenen Kapitalgesellschaften keine Bildung gemeinsamer Prinzipien möglich. Auch im Detail finden sich selbst bei Ausklammerung der englischen Mustersatzung nur wenige Übereinstimmungen zwischen allen untersuchten Rechtsordnungen. Das französische Recht sieht im Gegensatz zum deutschen und zum englischen Recht (unter Ausklammerung der Mustersatzung) eine Konsultation der Dritten im Nachhinein vor. Dritte in diesem Sinne sind im deutschen Recht die anderen Geschäftsleiter, im französischen Recht und im englischen Recht (unter Ausklammerung der Mustersatzung) dagegen die Gesellschafter. Nur bei Dienstverträgen sind auch im deutschen Recht die Gesellschafter die einzuschaltenden Dritten. An der Abstimmung im Gesellschafterkreis darf das betroffene Organmitglied im englischen Recht grundsätzlich teilnehmen, im französischen Recht dagegen nicht. Bei Vergütungsvereinbarungen ist dies im französischen Recht allerdings umstritten. Damit nähert sich das französische Recht auch dem deutschen Recht, wo der betroffene Geschäftsführer ebenfalls an der Abstimmung über seinen eigenen Dienstvertrag teilnehmen darf. Im französischen Recht ist eine Zustimmung bei gewöhnlichen Geschäften entbehrlich. Ähnliches gilt im englischen Recht (unter Ausklammerung der Mustersatzung) für Verträge, die mit einer Vermögensübertragung einhergehen: Sie sind erst ab einem bestimmten Volumen zustimmungsbedürftig. Eine derartige Bagatellgrenzenregelung kennt das deutsche Recht nicht. Das französische und das englische Recht (unter Ausklammerung der Mustersatzung) dehnen das Zustimmungserfordernis auf Verträge mit Strohleuten und nahen Angehörigen der Organmitglieder aus[491].

Vergleichsweise am höchsten ist das Maß der Übereinstimmung bei den

[491] Im englischen Recht folgt dies daraus, dass ein Treueverpflichteter nach ständiger Rechtsprechung jeden Interessenkonflikt und damit auch jedes indirekte Interesse an einem Vertrag offenbaren muss. Zur insoweit anderen Rechtslage bei § 181 BGB Staudinger/*Schilken*, § 181, Rn. 6, 8; Münchener Kommentar BGB/*Schramm*, § 181, Rn. 6 ff.

offenen Kapitalgesellschaften. Auch hier scheitert eine Prinzipienbildung aber wieder an der fehlenden Einheitlichkeit im englischen Recht. Unter Ausklammerung der Mustersatzung finden sich im Detail aber mehr Übereinstimmungen als bei den geschlossenen Kapitalgesellschaften. Im deutschen Recht verlagert sich die Zuständigkeit nicht wie bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft und den Personengesellschaften auf die anderen Geschäftsleiter, sondern auf ein anderes Organ (den Aufsichtsrat). Insoweit besteht eine Parallele zum französischen und zum englischen Recht (unter Ausklammerung der Mustersatzung), die ebenfalls die Zustimmung von Dritten außerhalb der Geschäftsleiterebene, und zwar der Gesellschafter, fordern. Anders als für die geschlossene Kapitalgesellschaft sieht das französische Recht ein zweistufiges Zustimmungsverfahren vor. In Übereinstimmung mit den beiden anderen Rechtsordnungen muss der Betroffene hier auch im französischen Recht die Dritten bereits vorab einbinden.

cc) Offenlegungsgebot

Das vergleichsweise schwächste Instrument zur Vermeidung von Interessenkonflikten eines Organmitglieds im Zusammenhang mit Verträgen der Gesellschaft ist das Gebot, diesen Interessenkonflikt offenzulegen. Die Empfänger der Information müssen aktiv werden, wenn sie der Auffassung sind, dass der Vertrag wegen des Interessenkonflikts nicht zustande kommen sollte.

Im englischen Recht ist die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten eine fundamentale Grundregel für jeden Treueverpflichteten. Sie ist von der Rechtsprechung über zwei Jahrhunderte entwickelt worden und hat für die Kapitalgesellschaften ihre Berücksichtigung durch den Gesetzgeber gefunden. Im deutschen und im französischen Recht ist dies anders. Zwar lässt sich auch dort aus der Treuepflicht die Verpflichtung ableiten, jedes Interesse am Abschluss eines Vertrags offenzulegen[492]. Es

[492] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 185; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 72; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 90; Le Nabasque, RTD com. 1999, 273, 284, Schmidt, Conflits d'intérêts, Rn. 19. Für die AG fordert dies auch der Deutsche Corpo-

darf jedoch nicht verkannt werden, dass dieses Gebot im englischen Recht aufgrund seiner teilweisen Kodifizierung und vor dem Hintergrund einer gefestigten Rechtsprechung eine deutlich größere Durchschlagskraft besitzt als im deutschen und im französischen Recht. Im konkreten Einzelfall wird ein englisches Gericht diesen Grundsatz mit Sicherheit anwenden, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Ob ein deutsches oder ein französisches Gericht außerhalb der gesetzgeberischen Vorgaben ebenso verfahren würde, muss offen bleiben. Die Tatsache, dass es hier anders als in England an einschlägiger veröffentlichter Rechtsprechung fehlt, lässt jedenfalls auf eine größere Zurückhaltung schließen. Dennoch soll im Sinne einer stringenten Weiterentwicklung des Treuepflichtgedankens in Deutschland und in Frankreich folgendes gemeinsame Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied ist verpflichtet, ein persönliches Interesse an Verträgen der Gesellschaft offenzulegen.

5. Schweigepflicht

Die Gesellschaft hat ein Interesse daran, dass vertrauliche Informationen nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Anders als im Abschnitt zur Geschäftschancenverwertung geht es hier um Fälle, in denen Informationen lediglich offenbart, nicht aber genutzt werden.

a) Existenz und Rechtsgrundlage

Das Gesetz verpflichtet die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG sowie die Verwaltungs- oder Aufsichtsratsmitglieder einer *SA* zur Verschwiegenheit[493]. Für die übrigen Gesellschaften fehlt eine gesetzliche Regelung. In Anlehnung an die AG geht die deutsche Literatur davon aus, dass auch die Organmitglieder einer GmbH oder einer Personengesell-

rate Governance Kodex, Nr. 4.3.4 und 5.5.2 (abgedruckt in ZIP 2002, 434 ff.). Dieser Kodex ist zwar nicht verbindlich. Börsennotierte Gesellschaften müssen jedoch angeben, inwieweit sie ihn befolgen (§ 161, S. 1 AktG).

[493] §§ 93 I 2 (Vorstand), 116 S. 2 AktG (Aufsichtsrat); Art. L. 225-37 al. 4 (Verwaltungsrat), L. 225-92 Code de commerce (Aufsichtsrat).

schaft einer Schweigepflicht unterliegen[494]. Gleiches gilt wohl auch für die übrigen französischen Gesellschaften, auch wenn sich hierzu nur spärliche Stellungnahmen finden lassen[495]. Die Pflichtenstellung des französischen Organmitglieds dürfte sich von der des Arbeitnehmers nicht unterscheiden, der einer Schweigepflicht in Bezug auf vertrauliche Informationen unterliegt[496]. Das Organmitglied, das im Vergleich zum Arbeitnehmer eine höhere Verantwortung hat und viel eher mit sensiblen Informationen in Berührung kommt, kann keine geringere Verantwortung haben als der gewöhnliche Angestellte. Gestützt wird diese Analyse durch den Umstand, dass die Rechtsprechung, wenn auch in allgemeinen Worten, den Schutz des Geschäftsgeheimnisses *(secret des affaires)* grundsätzlich anerkennt, ohne dabei den Kreis der Adressaten einzuschränken[497]. Im englischen Recht kommt das allgemeine Verbot der Verletzung der Vertraulichkeit *(breach of confidence)* zur Anwendung. Es trifft jeden, der vertrauliche Informationen erhält, und damit auch das Organmitglied einer Gesellschaft[498]. Seine praktisch größte Bedeutung hat dieser Grundsatz in Bezug auf die Verwertung werthaltiger Informationen im gewerblichen Bereich[499]. Das Verbot erfasst jedoch auch die bloße Verbreitung vertraulicher Informationen[500]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

---

[494] Scholz/*Schneider* § 43, Rn. 115; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 21; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 38; Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 29.

[495] So z.B. Enc. Dalloz trav./*Bouloc*, Secret professionel, Rn. 48; allgemein auch Lefrancois, S. 52 und Malaurie-Vignal, D. 1997, Chron., 206.

[496] Zur Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers Jurisclasseur trav./*Buy & Saint-Didier*, Fasc. 18-1, Rn. 176; Enc. Dalloz trav./*Mazeaud*, contrat de travail (execution), Rn. 63; Chénedé/Jourdan, Rn. 1322. Eine Parallele zwischen Organmitglied und Arbeitnehmer wird zum Beispiel auch beim Wettbewerbsverbot gezogen (s. 3. Teil, B II 3 b, Fußnote 400).

[497] S. z.B. Cass. com., 5.1.1988, D. 1989, Jur., 354; hierzu Paclot, Dr. patr., März 2002, 71, 72.

[498] Clerk/Lindsell/*Alexander*, Rn. 27-12.

[499] Gatley/*Rogers*, Rn. 21.16.

[500] Birks/*Cornish*, Rn. 6.49; Clerk/Lindsell/*Alexander*, Rn. 27-22; Gurry, S. 256; vgl. auch Chitty/*Freedland*, Bd. 2, Rn. 39-59.

Das Organmitglied unterliegt einer Schweigepflicht.

b) Inhalt und Dauer

Im deutschen Recht erstreckt sich die Schweigepflicht auf alle Informationen, an deren Vertraulichkeit die Gesellschaft ein objektives Interesse hat[501]. Die englischen Juristen fordern Stillschweigen über alle Informationen, die aus Sicht des Empfängers vernünftigerweise als vertraulich angesehen werden müssen[502]. Im deutschen und im englischen Recht kommt es somit nicht darauf an, ob die Gesellschaft oder das Organmitglied eine Information tatsächlich als vertrauenswürdig ansehen. Die Vertraulichkeit ist vielmehr in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich an objektiven Kriterien zu messen[503]. Im französischen Recht gibt es hierzu kaum Stellungnahmen. Doch kann auch hier nichts anderes gelten[504]. Nur eine an objektiven Kriterien orientierte Bestimmung der Vertraulichkeit gewährleistet eine vernünftige Balance zwischen den Interessen der Beteiligten. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die Schweigepflicht umfasst alle Tatsachen, an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein objektives Interesse hat.

Die Schweigepflicht besteht auch nach Beendigung der Organstellung fort[505]. Die Vertraulichkeit einer Information wird nicht dadurch berührt, dass der Geheimnisträger das Unternehmen verlässt. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

[501] BGHZ 64, 325, 329 (AG); BGH, ZIP 1996, 1341, 1342 (GmbH); Schmidt, § 28 III 1 c; Hüffer, § 93, Rn. 7; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 128; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 138.
[502] Birks/*Cornish*, Rn. 6.46; Clerk/Lindsell/*Alexander*, Rn. 27-08; Gatley/*Rogers*, Rn. 21.17; vgl. auch Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.30.
[503] Auf die bei den meisten Gesellschaften zulässige Ausdehnung der Schweigepflicht auf andere Vorgänge soll hier nicht näher eingegangen werden.
[504] In diese Richtung Jurisclasseur trav./*Buy & Saint-Didier*, Fasc. 18-1, Rn. 176 und Savatier, Dr. social 1990, 49, 54, die darauf hinweisen, dass die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers die Verbreitung von Informationen mit vertraulichem Charakter verbiete.
[505] Hüffer, § 93, Rn. 7; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 136; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 157; Ray, Dr. social 1991, 376, 380; Gurry, S. 241; Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.30. Das gilt natürlich nur für Tatsachen, die während der Ausübung der Organfunktionen bekannt geworden sind.

Die Schweigepflicht wirkt über das Ende der Organstellung hinaus.

6. Vermögenserhaltung in der Insolvenz

In diesem Abschnitt geht es um Zahlungen der insolventen Gesellschaft, die an sich gerechtfertigt wären (z.B. Begleichung einer Verbindlichkeit), die aber problematisch sind, weil sie zur Bevorzugung eines Gläubigers führen[506]. Die Pflicht, solche Zahlungen zu unterlassen, dient in erster Linie dem Gläubigerschutz. Da das deutsche und das englische Recht sie jedoch rechtstechnisch als Pflicht gegenüber der Gesellschaft ausgestalten, soll sie hier erörtert werden.

Der deutsche Gesetzgeber verpflichtet das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft, keine Zahlungen mehr zu leisten, wenn die Gesellschaft insolvenzreif ist[507]. Unter Zahlung ist jede Handlung zu verstehen, die das Gesellschaftsvermögen mindert[508]. Das Verbot gilt nicht für Zahlungen, die auch nach Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Organmitglieds vereinbar sind[509]. Darunter fallen insbesondere Zahlungen mit wertdeckender Gegenleistung[510] und Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zur Durchführung eines berechtigten Sanierungsversuchs dienen[511].

Im französischen Recht ist die Problematik indirekt über die Androhung einer nachteiligen Rechtsfolge geregelt. Dem Organmitglied droht ein Tätigkeitsverbot, wenn es in Kenntnis der Insolvenzreife Zahlungen zugunsten eines Gläubigers veranlasst und dadurch die anderen Gläubiger

[506] Häufiger sind die Fälle, in denen die Geschäftsleitung mit oder ohne Zustimmung der Gesellschafter Vermögenswerte beiseite schafft; s. hierzu näher 3. Teil, B II 1.
[507] § 92 III AktG; 64 III GmbHG; vgl. auch §§ 17 I 2, 19 II 1 InsO. Die Regelungen zur GmbH und zur AG unterscheiden sich trotz etwas anderen Wortlauts inhaltlich nicht (vgl. Hirte, Rn. 244 ff). Zur Erstreckung dieser Pflicht auch auf Aufsichtsratsmitglieder §§ 116, S. 1, 93 III Nr. 6 AktG; Hüffer, § 116, Rn. 8.
[508] Hüffer, § 93, Rn. 14a; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 64, Rn. 27 ff; Hirte, Rn. 244; Beispiel aus der Rechtsprechung: BGHZ 143, 184, 186 f (Einreichung eines Kundenschecks auf ein im Soll befindliches Girokonto der GmbH).
[509] §§ 92 III 2 AktG; 64 II 2 GmbHG.
[510] BGH, WM 1986, 237, 239 (GmbH); Hüffer, § 93, Rn. 14b; Michalski/*Nerlich*, § 64, Rn. 46.
[511] OLG Düsseldorf, NZG 1999, 1066, 1068 (GmbH); Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 64, Rn. 30; Hüffer, § 92, Rn. 14b.

schädigt [512]. Daneben kann es im Rahmen der Insolvenzhaftung[513] zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden[514]. Nur das Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs ist von diesen Sanktionsmöglichkeiten nicht betroffen[515]. An seiner Pflicht zur Vermögenserhaltung in der Insolvenz dürfte das aber nichts ändern. Dass der Gesetzgeber diese Verfügungen unabhängig davon missbilligt, wer sie vornimmt, zeigt der Umstand, dass sie für ungültig erklärt werden können, wenn der Gläubiger Kenntnis von der Insolvenzreife hatte[516].

Die englische Rechtsprechung verpflichtet das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft, die sich in einer wirtschaftlichen Krise befindet, die Interessen der Gläubiger bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen[517]. Eine unzureichende Berücksichtigung der Gläubigerinteressen begründet eine Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft[518]. So handelt das Organmitglied in der Regel pflichtwidrig, wenn es einen Gläubiger durch Begleichung einer Verbindlichkeit zu Lasten der anderen Gläubiger privilegiert[519]. Das gilt insbesondere dann, wenn das Motiv unlauter ist[520]. Nicht pflichtwidrig sind dagegen Verfügungen, die von der ehrlichen Absicht getragen sind, das Unternehmen zu retten[521].

Den untersuchten Rechtsordnungen ist der Gedanke der Vermögenserhaltung in der Insolvenz gemeinsam. Für die Abwicklung oder Sanierung des Unternehmens soll ein möglichst großes Aktivvermögen zur Verfügung stehen. Im Falle einer Abwicklung soll die Vermögensaufteilung

---

[512] Art. L. 625-5 al. 4 Code de commerce; näher 5. Teil, B I.
[513] Näher hierzu 4. Teil, A I 2 b aa.
[514] Cass. com., 11.6.1996, BRDA 1996, Nr. 14, S. 7; Cass. com., 23.6.1998, unveröffentlicht, zitiert bei Lefebvre dirigeants, Rn. 17052 *(SA)*.
[515] Näher 4. Teil, A I 2 b aa und 5. Teil, B I.
[516] Art. L. 621-108 Code de commerce.
[517] West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC, 250, 252 f, CA; Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investment Corp. of Liberia (Nr.2) [1998] 2 BCLC, 485, 503, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.6.1; Farrar/*Hannigan*, S. 382 ff; zur Entwicklung dieser Rechtsprechung Keay (2002) JBL, 379 ff.
[518] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.6.1; Farrar/*Hannigan*, S. 382 f; Keay (2002) JBL, 379, 385.
[519] West Marcia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC, 250, 252 f, CA; Mayson/French /Ryan, Kap. 16.4.6.1.
[520] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.4.6.1; Totty/Moss/*Simmons & Bristoll*, Rn. B1-39.
[521] Totty/Moss/*Simmons & Bristoll*, Rn. B1-39; vgl. hierzu Welfab Engineers Ltd [1990] BCLC, 833, 838, HC.

unter den Gläubigern nach insolvenzrechtlichen Vorgaben vollzogen werden. Die Gesellschaft soll nicht im Vorfeld durch die Privilegierung einzelner Gläubiger Fakten schaffen können. Andererseits soll die Geschäftstätigkeit mit Eintritt der Insolvenzreife nicht vollständig zum Erliegen kommen. Daher verlangen das französische und das englische Recht zusätzlich, dass die Verfügung gläubigerschädigend sein muss. Der Ansatz im deutschen Recht, dass die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Organmitglieds vereinbar sein müsse, läuft im Ergebnis auf das Gleiche hinaus. Deutlich wird dies daran, dass das deutsche Recht Verfügungen mit wertdeckender Gegenleistung für zulässig erklärt. In einem solchen Fall werden die Gläubiger nicht geschädigt, so dass eine Pflichtverletzung auch nach französischem und nach englischem Recht ausscheidet. Einziger wesentlicher Unterschied ist die Tatsache, dass das deutsche und das englische Recht im Gegensatz zum französischen Recht die Geltung dieser Grundsätze auf die Organmitglieder von Kapitalgesellschaften beschränken. Es gelten folgende Prinzipien:

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft darf keine gläubigerschädigende Vermögensverfügung vornehmen, wenn die Gesellschaft insolvent ist. Eine gläubigerschädigende Verfügung ist insbesondere die Begleichung einer einzelnen Verbindlichkeit ohne Erhalt einer wertdeckenden Gegenleistung.

C. Sonstige Pflichten

I. Beachtung von Kompetenzbeschränkungen durch Geschäftsleiter

Die Gesellschaft kann die Kompetenzen ihrer Geschäftsleiter einschränken. Mit Ausnahme der AG[522] hat sie dabei einen weiten

[522] Vgl. jeweils Hüffer, § 76 AktG, Rn. 10; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*; § 76, Rn. 42; § 119 II AktG.

Gestaltungsspielraum[523]. Vom Fall der GbR abgesehen[524] entfalten diese Beschränkungen im Außenverhältnis aus Gründen des Verkehrsschutzes zwar grundsätzlich keine Wirkung[525]. Sie begründen jedoch im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft die Pflicht, die gesetzten Grenzen nicht zu überschreiten. Für die AG und die GmbH stellt das Gesetz dies ausdrücklich klar[526]. Für die übrigen hier untersuchten Gesellschaften fehlt zwar eine entsprechende gesetzliche Regelung[527]. Doch gilt auch hier nichts anderes[528]. Festzuhalten ist das gemeinsame Prinzip:

Der Geschäftsleiter ist verpflichtet, die Kompetenzbeschränkungen zu beachten, die ihm die Gesellschaft zulässigerweise auferlegt hat.

II. Pflicht zur Gegenwehr

Ein Organmitglied, das Mitglied eines Kollektivorgans[529] ist, kann mit der Situation konfrontiert werden, dass das Organ gegen seinen Willen einen pflichtwidrigen Mehrheitsbeschluss fasst. Die untersuchten Rechtsordnungen verpflichten den Betroffenen in solchen Fällen zur Gegenwehr und stimmen dabei in den Details durchweg überein. Der Betroffene ist

---

[523] Vgl. jeweils § 37 I, 45 I GmbHG; Michalski/*Römermann*, § 45, Rn. 2; Roth/Altmeppen/*Roth*, § 45, Rn. 2; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, 114 HGB, Rn. 6; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 8; Lefebvre dirigeants, Rn. 351; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 61 (s. jedoch die Einschränkungen bei der *SA*: hierzu Cass. civ., 4.6.1946, JCP G 1947, II, Nr. 3518, Jurisclasseur/*Mansuy*, Fasc. 136-40, Rn. 77 und Lefebvre dirigeants, Rn. 352 ff); Loose/Griffiths/Impey, Kap. 3.1; Charlesworth/Morse, S. 249; Partnership Act 1890, s. 19, 24; Blackett-Ord, Rn. 7.1.

[524] Erman/*Westermann*, § 714, Rn. 9; Münchener Kommentar BGB/*Ulmer*, § 714, Rn. 16.

[525] §§ 82 I, II AktG, 37 II 1 GmbHG, 126 II HGB (OHG); art. L. 225-56 I al. 3 (*SA* klassischen Typs), L. 225-64 al. 3 (*SA* neuen Typs), L. 223-18 al. 6 *(SARL)*, L. 221-5 al. 1 Code de commerce *(SNC)*; art. 1849 al. 1 Code civil *(société civile)*; Companies Act 1985 s. 35A (1); Partnership Act 1890, s. 5.

[526] §§ 82 II AktG; 37 II 1 GmbHG.

[527] S. allerdings Companies Act 1985 s. 35 (3), der eine Pflicht zur Beachtung von Beschränkungen normiert, die aus dem *memorandum* (einem Teil der Satzung) der Gesellschaft hervorgehen.

[528] Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 16; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 57; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 47 Rn. 28; Umkehrschluss aus art. L. 225-251 al. 1, L. 225-56 al. 1, L. 223-22 al. 1 Code de commerce und art. 1850 al. 1 Code civil, die für die Geschäftsleiter einer *SA,* einer *SARL* und einer *société civile* eine Haftung bei Kompetenzüberschreitung anordnen; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 584; Charlesworth/Morse, S. 83; implizit auch Companies Act 1985 s. 35A (5); Lindley/Banks, Rn. 10-80.

[529] Beispiele: Vorstand einer AG oder Verwaltungsrats einer *SA*.

zunächst gehalten, seinen Widerstand im Entscheidungsgremium deutlich zu artikulieren[530]. Wenn dies keinen Erfolg hat, muss er sich auf sonstige Weise um interne Abhilfe bemühen, etwa durch Anrufung der Gesellschafter[531] oder, falls vorhanden, des Aufsichtsorgans[532]. Die Informierung staatlicher Stellen oder gar der Öffentlichkeit ist nur bei besonders schweren Rechtsbrüchen geboten, wenn ein interner Widerstand erfolglos war oder offensichtlich keinen Erfolg verspricht[533]. Ansonsten liegt ein Verstoß gegen die Schweigepflicht vor[534]. Es gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Das Organmitglied ist zur Gegenwehr verpflichtet, wenn eine Mehrheitsentscheidung pflichtwidrig ist. Es muss sich dabei in erster Linie um interne Abhilfe bemühen. Nur in Extremfällen darf es auswärtige Institutionen einschalten.

[530] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 77, Rn. 38 und § 93, Rn. 17; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 135; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 37; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 76; Lefebvre dirigeants, Rn. 14396, Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, fasc. 48-40, Rn. 55 ; Jurisclasseur soc./*Dereu*, fasc. 55-30, Rn. 25; Arsalidou, CoLa 2002, 107, 110 f; Bruce Rn. 2.30.; Loose/Griffiths/Impey, Kap. 8.3.1 f.

[531] Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 37a; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 13; Scholastique, Rn. 576; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 76; Bruce Rn. 2.30; Loose/Griffiths/Impey, Kap. 8.3.1 f.

[532] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 135; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 77, Rn. 38.

[533] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 54; Kölner Kommentar zum AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 17 und § 116, Rn. 17; Hoffmann/Preu, Rn. 520; ähnlich Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner* § 43, Rn. 13; etwas allgemeiner formuliert, aber im Ergebnis wohl ebenso: Scholastique, Rn. 576; 591 ff; 600 ff, Loose/Griffiths/Impey, Kap. 8.3.4 und Bruce, Rn. 2.30.

[534] Zur Schweigepflicht 3. Teil, B II 5.

4. Teil Zivilrechtliche Folgen einer Pflichtverletzung

Die zivilrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung bestimmen sich in den untersuchten Rechtsordnungen in starkem Maße nach allgemeinem Recht. Allgemeines Zivilrecht spielt in diesem Teil daher eine wesentlich größere Rolle als im vorigen Teil. Um den Rahmen nicht zu sprengen, werden allgemeine prozessrechtliche Aspekte grundsätzlich ausgespart.

A. Verpflichtung zum Schadensersatz

I. Haftungsgrundlagen

Grundlage der Haftung sind Normen oder allgemeine Rechtsgrundsätze, die eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründen. Sie werden im Rahmen dieser Untersuchung ausführlich erörtert, weil sich die einzelnen Haftungsgrundlagen teilweise in ihren Rechtsfolgen unterscheiden. Um genau abschätzen zu können, welche Rechtsfolgen eine Pflichtverletzung nach sich ziehen kann, muss man wissen, welche Haftungsgrundlage für welche Pflichtverletzung einschlägig ist. Eine Prinzipienbildung ist in diesem Abschnitt nicht möglich, da nur die Rechtsgrundlagen der Haftung vorgestellt werden[535].

1. Allgemeine Haftung

a) Deutsches Recht

aa) Haftung nach Gesellschaftsrecht

Spezielle Haftungsnormen finden sich nur für die Kapitalgesellschaften. Nach § 93 II 1 AktG ist das Vorstandsmitglied, das seine Pflichten ver-

[535] S. 1. Teil, C II.

letzt, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Dies gilt per Verweisungsvorschrift auch für ein Mitglied des Aufsichtsrats[536]. § 43 II GmbHG bestimmt, dass Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft für den entstandenen Schaden haften.

Neben diesen Generalklauseln existieren noch etliche Spezialtatbestände. In § 93 III AktG nennt das Gesetz 9 Fälle, die eine Haftung nach § 93 II 1 AktG begründen[537]. Es handelt sich durchweg um Pflichtverletzungen, die die Kapitalgrundlage der Gesellschaft schmälern[538]. Hervorzuheben ist hier die Haftung bei zweckwidriger Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter[539], bei unzulässiger Kreditgewährung[540] und bei einem unzulässigen Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied[541]. Parallelvorschrift zu § 93 III AktG ist § 43 III GmbHG. Diese Vorschrift begründet eine Haftung für den Fall, dass eine Auszahlung an einen Gesellschafter das Nominalkapital angreift. Gegenüber § 93 II 1 AktG, 43 II GmbH gelten für alle diese Spezialtatbestände Beweiserleichterungen im Hinblick auf den Schaden[542].

§ 88 II 1 AktG gewährt der AG als Spezialvorschrift gegenüber § 93 II 1 AktG einen Schadensersatzanspruch, wenn ein Vorstandsmitglied gegen das Wettbewerbsverbot verstößt. Für diesen Anspruch gilt eine sehr kurze Verjährungsfrist[543].

Nach § 117 I 1 AktG ist jeder, der vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln, gegenüber der AG

[536] § 116, S. 1 AktG.
[537] Auch insoweit gilt für die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds die Verweisungsvorschrift des § 116, S. 1 (Hüffer, § 116, Rn. 8).
[538] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 234; zur Rechtsnatur dieser Vorschrift ebd., Rn. 239 ff.
[539] § 93 III Nr. 1, 2, 5. Diese Einzelregelungen überschneiden sich zum Teil (näher Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 243 f, 247); zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 1 b.
[540] § 93 III Nr. 8 AktG; zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 4 a aa.
[541] § 93 III Nr. 7 AktG, s. 3. Teil, B II 4 a cc.
[542] Näher 4. Teil, A V 2; zu Besonderheiten im Hinblick auf die Verzichtsmöglichkeit bei der GmbH 4. Teil, A IV 1 a bb.
[543] Näher 4. Teil, A IV 2 b aa (1).

zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Täter kann auch ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied sein[544]. Zu § 93 II AktG besteht Anspruchskonkurrenz[545]. Sie ist ohne praktische Bedeutung, da das Haftungsregime für beide Ansprüche gleich ist[546]. § 117 I 1 AktG wird im weiteren Verlauf der Untersuchung daher nicht mehr erwähnt.

bb) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht

(1) Vertragsrecht

Die Haftung des Organmitglieds einer Personengesellschaft wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrags und ggf. eines parallelen Dienstvertrags stützt sich auf § 280 I 1 BGB, da das Gesellschaftsrecht keine speziellen Regelungen bereitstellt[547]. Die unter aa) vorgestellten Haftungstatbestände für die AG und die GmbH sind dagegen gegenüber den allgemeinen vertraglichen Haftungsnormen abschließende Spezialvorschriften[548]. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Bestreben, die Haftungsansprüche aus einem Dienstvertrag des Geschäftsleiters den Verjährungsvorschriften aus AktG und GmbHG zu unterwerfen[549].

(2) Deliktsrecht

Soweit die Pflichtverletzung des Organmitglieds zugleich einen deliktischen Tatbestand erfüllt, tritt die Haftung aus Deliktsrecht in Anspruchskonkurrenz neben die Haftung aus Vertrag bzw. Organstellung[550]. Nennenswerte praktische Bedeutung hat dies nur für Kapitalgesellschaften im Hinblick auf die Verjährung[551]. In Betracht kommt in erster Linie eine Haftung aus § 823 II BGB, der einen Schadensersatzanspruch bei

[544] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 117, Rn. 13.
[545] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 117, Rn. 13; Hüffer, § 117, Rn. 10.
[546] Vgl. § 117 II 2 - 5, IV - VI und § 93 II 2, IV – VI.
[547] Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 50, 54; Sudhoff/*Glahs*, 2.Teil, Kap. E, Rn. 49 f.
[548] BGH, ZIP 1997, 199, 200 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 226; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 3; Hirte, Rn. 202; kritisch Schmidt, § 36 II 3 c.
[549] Vgl. BGH, ZIP 1989, 1390, 1392 (GmbH); hierzu Merkt, ZHR 1995, 425, 430.
[550] BGH, GmbHR 1992, 303 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 467; Raiser, § 32, Rn. 78 und § 15, Rn. 98.
[551] Näher 4. Teil, A IV 2 b.

Verletzung eines Schutzgesetzes begründet. Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft ist insbesondere der Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB)[552].

b) Französisches Recht

aa) Haftung nach Gesellschaftsrecht

Das französische Recht hat die Organmitgliedshaftung für die untersuchten Gesellschaftsformen zum großen Teil spezialgesetzlich geregelt. Die spezialgesetzliche Organmitgliedshaftung gegenüber der Gesellschaft ist vertraglicher Natur[553]. Für die Verwaltungsratsmitglieder und den Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs, für die Direktoriumsmitglieder einer *SA* neuen Typs, den Geschäftsführer einer *SARL* und den Geschäftsführer einer *société civile* existieren inhaltsgleiche Vorschriften[554]. Diese Vorschriften zählen drei Fälle auf, die eine Organmitgliedshaftung begründen. Zum einen ist dies der Verstoß gegen geschriebenes Recht *(infraction aux dispositions législatives ou réglementaires),* zum anderen der Verstoß gegen die Satzung der Gesellschaft *(violation des statuts)*. Haftungsbegründend ist schließlich der Geschäftsführungsfehler *(faute de gestion)*. Unter diese bei weitem wichtigste Fallgruppe fallen alle sonstigen Pflichtverletzungen. Der Begriff Geschäftsführungsfehler ist damit in weitem Sinne zu verstehen und erfasst auch Verhalten, das nicht unmittelbar mit der Leitung der Gesellschaft zusammenhängt[555].

Für das Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs begnügt sich das Ge-

[552] Vgl. BGHZ 100, 190, 192; näher zur Untreue, 5. Teil, A.
[553] Cass. com., 4.10.1976, Bull. civ. IV, Nr. 245; näher hierzu Hadji-Artinian, Rn. 898 ff; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 647; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 5; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Rn. 46. Die in den gleichen Vorschriften geregelte Außenhaftung ist dagegen deliktischer Natur. S. hierzu Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 647 m.w.N.
[554] Art. L. 225-251 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-251 al. 1 i.V.m. L. 225-256 al. 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 1 Code de commerce *(SARL)*; art. 1850 Code civil *(société civile)*.
[555] Vgl. Cass. com., 7.10.1997, JCP E 1997, Ét., Nr. 710, S. 500 *(SARL)* und Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 33 (Verletzung eines Wettbewerbsverbots); Cass. com., 31.1.1995, Bull. civ. IV, Nr. 29 (mangelnde Aufsicht durch Verwaltungsrat einer *SA* klassischen Typs); weitere zahlreiche Beispiele bei Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 51.

setz mit der allgemeinen Formulierung, dass Fehler in der Amtsführung eine Haftung begründen[556]. Das bedeutet insbesondere, dass Aufsichtsratsmitglieder für eine fehlerhafte Überwachungstätigkeit haften[557]. Das Gesetz umschreibt dies mit der Formulierung, dass sie nicht für die Geschäftsführungsfehler selbst haften, jedoch zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie ihre Kenntnisse über Pflichtverlet-zungen der Direktoriumsmitglieder nicht an die Aktionärsversammlung weitergeben[558].

Besondere Haftungstatbestände greifen für den Fall, dass ein Vertrag zwischen einer Kapitalgesellschaft und einem Organmitglied nicht die nachträgliche Billigung der Gesellschafter findet[559]. Abweichend von den übrigen Haftungstatbeständen ist die Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung hier keine Haftungsvoraussetzung[560].

bb) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht

(1) Vertragsrecht *(contrats)*

Die Haftung des nachgeordneten Generaldirektors der *SA* und des Geschäftsführers einer *SNC* bestimmt sich nach allgemeinem Vertragsrecht. Hier finden die Regeln über die Haftung des Beauftragten im Mandatsverhältnis Anwendung[561]. In Bezug auf die haftungsbegründenden Pflichtverletzungen stehen diese Regeln der oben geschilderten spezial-

[556] Art. L. 225-257 al. 1, Satz 1 Code de commerce.
[557] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 11; Caussain, Rn. 347; vgl. auch Cass. com., 6.2.1979, Rev. soc. 1979, 539, 546 ff.
[558] Art. L. 225-257 al. 1, Satz 2 und 3 Code de commerce; hierzu Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 11.
[559] Art. L. 225-41 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-89 al. 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-19 al. 4 Code de commerce *(SARL)*; zur Notwendigkeit einer solchen Billigung 3. Teil, B II 4 b bb.
[560] Näher 4. Teil, A II 2 b.
[561] Joly sociétés/*Baranger & Moulin*, Conseil d'administration et direction générale, Présidence du conseil et direction générale, Rn. 72; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2621; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 12; zur Verantwortung aus dem Mandatsverhältnis selbst s. Art. 1992 Code civil und näher Enc. Dalloz civ./*Le Tourneau*, Mandat, Rn. 284 ff.

gesetzlichen Organmitgliedshaftung gleich[562]. Gleiches gilt überwiegend für die Rechtsfolgen, da auch die spezialgesetzliche Organmitgliedshaftung vertraglichen Charakter hat. Eine wichtige Ausnahme ist allerdings die Verjährung[563]

(2) Deliktsrecht *(délits et quasi-délits*[564]*)*

Zentrale Haftungsvorschrift des Deliktsrechts ist *art.1382 Code civil*: Sie erlegt jedem, der durch Fehlverhalten *(faute)* einen Schaden verursacht, eine Ersatzpflicht auf. Die Vorschrift passt vom Wortlaut her auf alle Fälle vertraglicher Pflichtverletzung. Um zu vermeiden, dass diese weite Generalklausel das differenzierte vertragsrechtliche Haftungsregime überlagert, geht der vertragliche Anspruch dem deliktischen Anspruch grundsätzlich vor *(règle du non-cumul)*[565]. Das gilt auch für die Organmitgliedshaftung[566]. Eine Ausnahme gilt, wenn der Geschädigte seine Ansprüche als zivilrechtlicher Nebenkläger *(partie civile)* in einem Strafverfahren geltend macht[567]. Da die Strafgerichte im Rahmen der zivilrechtlichen Nebenklage nur deliktische Ansprüche prüfen, kann ein zivilrechtlicher Nebenkläger seinen Anspruch im Strafprozess auf Deliktsrecht stützen, ohne den Vorrang des Vertragsrechts beachten zu müssen[568]. Allerdings ist der Nebenkläger dann auf die Ansprüche beschränkt, die ihren Ursprung in der Straftat haben[569]. Vereinzelt hat die

---

[562] Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 3462; Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1759; Joly sociétés/*Baranger & Moulin*, Conseil d'administration et direction générale, Présidence du conseil et direction générale, Rn. 72; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 12; Lemeunier, Rn. 923.

[563] Näher hierzu 4. Teil, A IV 2 b.

[564] Zur hier nicht weiter relevanten Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffen Le Tourneau/Cadiet/*Cadiet*, Rn. 5704 f.

[565] Ständige Rechtsprechung: s. z.B. Cass. com., 4.10.1976, Bull. civ. IV, Nr. 245; Cass. 3e civ., 9.6.1993, Bull. civ. III, Nr. 204; hierzu Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsablité civile, Rn. 43; Flour/Aubert, Rn. 185 f; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 995 f.

[566] Lefebvre SARL, Rn. 39411; Lefebvre dirigeants, Rn. 13661; Piniot, RJDA 1995, 639, Rn. 12 ; i.E. auch Cass. com., 23.10.1990, Bull. Joly 1990, § 335 und CA Paris, 9.12.1994, RJDA 5/95, Nr. 589 (jeweils *SA*), die den deliktischen Anspruch der kurzen gesellschaftsrechtlichen Verjährungsfrist unterwerfen.

[567] Die zivilrechtliche Nebenklage hat in Frankreich im Unterschied zum deutschen Adhäsionsverfahren eine hohe praktische Bedeutung.

[568] Jurisclasseur civ./*Espagnon*, Art. 1146-1155, Fasc. 16-1, Rn. 70; Viney, Rn. 223; vgl. z.B. Cass. crim., 4.1.1996, Bull. Crim., Nr. 6.

[569] Cass. 1e civ., 16.1.1985, Bull. civ. I, Nr. 25; Jurisclasseur civ./*Espagnon*, Art. 1146-155, Fasc. 16-1, Rn. 70.

Rechtsprechung darüber hinaus Deliktsrecht bei einer vorsätzlichen Pflichtverletzung generell für anwendbar erklärt[570]. Ob diese in der Literatur überwiegend abgelehnte Rechtsprechung noch heute Bestand hat, ist noch nicht abschließend geklärt[571]. Deliktisch ist schließlich auch die Haftung wegen unlauteren Wettbewerbs[572].

Da der deliktische Grundtatbestand als Generalklausel ausgestaltet ist, gibt es in Bezug auf die haftungsbegründenden Pflichtverletzungen keine Unterschiede zur spezialgesetzlichen Haftung[573]. Unterschiede zwischen Delikts- und Vertragsrecht finden sich dagegen bei der Vorwerfbarkeit, der Verjährung, dem Umfang des zu ersetzenden Schadens und bei der Beweislast. Sie werden in den entsprechenden Kapiteln näher erörtert[574].

c) Englisches Recht

Die Schadensersatzhaftung für Pflichtverletzungen beruht in England weitgehend auf ungeschriebenem Recht. Die einschlägigen Regeln sind das Produkt einer langen historischen Entwicklung und für den deutschen Juristen nicht leicht zu durchschauen. Sie sind von der Dualität des englischen Zivilrechts geprägt, das seine Wurzeln im *common law* und in *equity* hat[575]. Bei Personengesellschaften ist in vollem Umfang auf diese allgemeinen Regeln zurückzugreifen, während das Kapitalgesellschaftsrecht einige spezielle Haftungsvorschriften enthält. Eine Kodifizierung der Haftungsgrundlagen ist im Zuge der Reform des *company law* nicht vorgesehen.

Zwischen verschiedenen Haftungsgrundlagen besteht grundsätzlich ein

[570] Cass. 3e civ., 18.12.1972, D. 1973, Jur., 272; Cass. com., 17.11.1981, Bull. civ. IV, Nr. 398.
[571] Näher hierzu Viney, Rn. 222; Jurisclasseur civ./*Espagnon*, Art. 1146-155, Fasc. 16-1, Rn. 69; Enc. Dalloz civ./*Légier*, Responsabilité contractuelle, Rn. 40.
[572] Cass. com., 16.2.1976, Bull. civ. IV, Nr. 49; Lefebvre dirigeants, Rn. 3722; Buy, Dr. patr. März 1999, 49, 53; s. zur Bedeutung des unlauteren Wettbewerbs im Rahmen dieser Untersuchung 3. Teil, B II 2 a.
[573] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 27.
[574] Näher hierzu 4. Teil, A II 2 b, III 1 b, IV 2 b und V 1.
[575] Vgl. schon 3. Teil, B I 1.

Wahlrecht[576]. Bedeutung kann dieses Wahlrecht im Hinblick auf die Verjährung gewinnen[577].

aa) Haftung nach allgemeinem Zivilrecht

(1) Vertragsrecht *(law of contract)*

Eine vertragliche Haftung kommt in Betracht, wenn eine *company* mit ihrem Direktor einen Dienstvertrag geschlossen hat. Die Personengesellschaft wird in aller Regel eine vertragliche Grundlage haben, so dass auch hier vertragliche Bindungen zwischen den Gesellschaftern entstehen[578].

(2) Deliktsrecht *(law of tort)*

Dem englischen Deliktsrecht liegt kein einheitliches Gesamtkonzept zugrunde. Vielmehr gibt es eine Fülle von deliktischen Tatbeständen *(torts)*, die zum Teil sehr alte historische Wurzeln haben[579]. Überragende Bedeutung hat der Tatbestand der *negligence*. Er verpflichtet zur Rücksichtnahme gegenüber Dritten, die bei vernünftiger Betrachtungsweise durch nachlässiges Handeln des Betroffenen geschädigt werden könnten, und begründet eine Haftung bei Verletzung dieser Pflicht[580]. Dabei gewährt *negligence* auch den Ersatz von reinen Vermögensschäden, wenn der Betroffene gegenüber dem Geschädigten eine besondere Verantwortung übernommen hat, über besondere Fähigkeiten verfügt oder sich ihrer

[576] Wahlrecht zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung: Henderson v Merret Syndicates Ltd [1995] 2 AC, 145, 193 f, HL; Birks/*Burrows*, Rn. 14.237 f; Chitty/*Whittaker*, Bd. 1, Rn. 1-079; Cooke, S. 86 ff. Vor diesem Urteil war die Rechtslage diesbezüglich unklar. Näher hierzu Chitty/ *Whittaker*, Bd. 1, Rn. 1-069 ff; Law of Contract, Rn. 1.149 ff. Für Wahlrecht zwischen deliktischer Haftung und Haftung aus Treueverhältnis implizit Henderson v Merret Syndicates Ltd [1995] 2 AC, 145, 196 f, HL; für Wahlrecht zwischen vertraglicher Haftung und Haftung aus Treuepflichtverletzung implizit Bairstow v Queen Moat Houses plc [2000] 1 BCLC, 549, 566, 569, HC *(company)*.

[577] S. 4. Teil, A IV 2 b.

[578] Ein Vertrag setzt nach englischem Recht voraus, dass sich alle Vertragspartner zu einer Leistung *(consideration)* verpflichten. Fehlt diese, hat die Gesellschaft keine vertragliche Grundlage (näher Prime/Scanlan, Partnership, S. 43).

[579] Rudden, Tul. Civ. 1991/92, 105, 111 ff zählt 72.

[580] Donoghue v Stevenson [1932] AC, 562, 580, HL. Dies ist die Präzendenzentscheidung dieser noch recht jungen Rechtsfigur. Näher hierzu Birks/*Davies*, Rn. 14.25 ff.

berühmt hat und wenn der Geschädigte sich darauf verlassen hat[581]. Die aus *negligence* abgeleitete Sorgfaltspflicht, die Sorgfaltspflicht des Direktors einer *company* und die Sorgfaltspflicht des Beauftragten *(agent)* haben alle die gleiche rechtliche Grundlage[582]. Die Haftung des Direktors einer *company* aus Sorgfaltspflichtverletzung gehorcht daher den gleichen Regeln wie die Haftung aus *negligence*[583]. Gleiches gilt für den Partner einer *partnership* als Beauftragter der Gesellschaft und seiner Mitgesellschafter[584]. Unklar ist allerdings, ob die Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen direkt auf *negligence* gestützt werden kann[585] oder ob nur die gleichen Grundsätze anwendbar sind[586]. Praktische Auswirkungen hat diese Meinungsverschiedenheit allerdings nicht.

Eine deliktische Haftung kann auch auf andere Tatbestände gestützt werden. Bei einem Verstoß gegen geschriebenes Recht ist auf den deliktischen Tatbestand *breach of statuory duty* zurückzugreifen[587]. Zu nennen sind weiterhin die Haftung wegen Betrugs *(deceit)*[588], Verschwörung *(conspiracy)*[589] oder Vertrauensbruch *(breach of confidence)*[590], wobei in diesen Fällen allerdings in aller Regel auch eine Treuepflichtverletzung vorliegt[591].

---

[581] Henderson v Merret Syndicates Ltd [1995] 2 AC, 145, 180, HL; White v Jones [1995], 2 AC 207, 273 f, HL; Chitty/ *Whittaker*, Bd.1, Rn. 1-081; vgl. schon Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] 2 AC, 465, 502 f, HL. Bis 1995 war es unter Berufung auf die Entscheidung *Hedley Byrne* allgemein üblich, den Ersatz von Vermögensschäden auf den Fall von Falschauskünften zu beschränken (hierzu Clerk/Lindsell/*Dugdale*, Rn. 7.86 ff).

[582] Henderson v Merret Syndicates Ltd [1995] 2 AC, 145, 205, HL.

[583] Bristol and West Building Society v Mothew [1996] ChD, 1, 16 f, CA; Worthington, S. 185; Gower/Davies, S. 432; Blackett-Ord, Rn. 12.96.

[584] Blackett-Ord, Rn. 12.96.

[585] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.2.1; Worthington, S. 187 f; wohl auch Law Commission, Conflicts of Interests, Rn. 12.1.

[586] Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.24; wohl auch Bristol and West Building Society v Mothew [1996] ChD, 1, 16 f, CA.

[587] Näher hierzu Clerk/Lindsell/*Jones*, Rn. 11-01 ff.

[588] Blackett-Ord, Rn. 12.97; näher Law of Tort/*Howarth*, Rn. 12.224 ff; Clerk/Lindsell/*Carty*, Rn. 15-01 ff.

[589] Näher Clerk/Lindsell/*Wedderburn*, Rn. 24-116 ff; Beispiel aus der Rechtsprechung Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp. of Liberia (Nr. 2) [1998] 2 BCLC, 485, 502 ff, HC (*company*, dort verneint).

[590] Näher Clerk/Lindsell/*Alexander*, Rn. 27-01 ff.

[591] Insoweit liegt dann Anspruchskonkurrenz vor.

(3) Recht der Treueverpflichtung

Die Verletzung der Treuepflicht aus der Organstellung verpflichtet zum Ersatz des entstandenen Schadens[592]. Bei der *company* stützt die Rechtsprechung die Haftung teilweise auf die Rechtsfigur des *breach of trust*, die ursprünglich zur Erfassung der Treuepflichtverletzung des *trustee* entwickelt worden ist[593]. In der Sache begründet dies aber keine Unterschiede[594].

bb) Haftungstatbestände im *Companies Act 1985*

Das Gesetz schreibt für einige Fälle, in denen der Direktor unzulässigerweise einen Vertrag mit der Gesellschaft schließt[595], eine Verpflichtung zum Schadensersatz ausdrücklich fest. Das betrifft Verträge, die mit einer Vermögensübertragung einhergehen[596], Kreditgewährungen[597] und Verträge, für die der Direktor keine Kompetenz hatte[598].

d) Rechtsvergleichung

Ein wichtiger Unterschied zwischen den untersuchten Rechtsordnungen ist der Kodifizierungsgrad. Das französische Recht stellt für die meisten Organmitglieder spezielle gesetzliche Haftungstatbestände zur Verfügung, die inhaltsgleich sind. Im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht findet sich das gleiche Bild. Dagegen hat das englische Recht die Organmitgliedshaftung nur für einige Spezialfälle geregelt. Für den größten Teil der Fälle ist auf allgemeines Haftungsrecht zurückzugreifen, das von der

[592] Re Sharpe (1892) 1 ChD, 154, 165 f, HC und West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC, 250, 252 f, CA (jeweils *company*); Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.6.1; Lindley/Banks, Rn. 16-08; allgemein zum Treueverhältnis 3. Teil, B I 1.
[593] Re National Funds Assurance Co (1878) 10 ChD, 118, 128, HC; Bairstow v Queen Moat Houses plc [2000] 1 BCLC, 549, 557, HC; Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.404.1; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 617; vgl. auch Companies Act 1985, ss. 310 (1), 727 (1).
[594] Mayson/French/Ryan, Kap. 15.11 plädieren daher generell für die Verwendung des Begriffs *breach of fiduciary duty*.
[595] Hierzu 3. Teil, B II 4 c.
[596] Companies Act 1985, s. 322 (3) (b).
[597] Companies Act 1985, s. 341 (2) (b).
[598] Companies Act 1985, s. 322A (3) (b); vgl. allgemein auch Companies Act 1985, s. 35A (5).

Rechtsprechung über Jahrhunderte entwickelt worden ist und bis heute weitgehend nicht kodifiziert ist. Für den kontinental geprägten Juristen ist dies gewöhnungsbedürftig. Zwar findet sich wohl in jeder Rechtsordnung ungeschriebenes Recht. Aber seine überragende Bedeutung gerade auch in Kernbereichen des englischen Zivilrechts verlangt doch eine gewisse Anpassungsleistung. Hinzu kommt, dass die englischen Juristen dogmatischen Fragen häufig nicht das gleiche Gewicht beimessen wie etwa deutsche Juristen. So war zum Beispiel lange nicht klar, auf welcher Rechtsgrundlage die Haftung des Organmitglieds aus Sorgfaltspflichtverletzung überhaupt beruht[599]. Bis heute wird sie in den meisten Darstellungen nicht erwähnt.

Ein weiterer Unterschied ist die Bedeutung, die das Recht der Treueverpflichtung für die Organmitgliedshaftung in England spielt. Für dieses Rechtsgebiet findet sich weder im deutschen noch im französischen Recht eine Entsprechung. Der deutsche und wohl auch der französische Jurist sind instinktiv geneigt, die Treueverpflichtung als Bestandteil des Vertragsrechts zu sehen. Voraussetzung für ein richtiges Verständnis der Organmitgliedshaftung im englischen Recht ist jedoch die Erkenntnis, dass zwischen Treueverpflichtung und vertraglicher Bindung strikt zu trennen ist. Eine Treueverpflichtung kann auch ohne Vertrag existieren, so etwa beim nichtgeschäftsführenden Direktor. Eine Treueverpflichtung bietet dem Gläubiger zudem einen stärkeren Schutz als das gewöhnliche Vertragsrecht.

Die untersuchten Rechtsordnungen weisen auch Parallelen auf. So spielen in allen Rechtsordnungen bei der Organmitgliedshaftung sowohl Vertrags- wie auch Deliktsrecht eine Rolle. Im Einzelnen sind die Unterschiede aber wieder erheblich. Das französische Recht ordnet die Organmitgliedshaftung im Wesentlichen dem Vertragsrecht zu und lässt

[599] So z.B. Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 ChD, 392, 435, CA *(company)* und Pennington, Company Law, S. 709, 731 jeweils mit dem Hinweis, dass die Sorgfaltspflicht auf *common law* und *equity* beruhe. Gemeint ist damit, dass sich das rechtliche Fundament der Sorgfaltspflicht aus dem Deliktsrecht, das dem *common law* zuzurechnen ist, und dem Recht der Treueverpflichtung, das Teil von *equity* ist, zusammensetzt. Die Frage ist inzwischen zugunsten des Deliktsrecht entschieden (s. weiter oben in diesem Kapitel unter c aa (2)).

nur in einigen Teilbereichen deliktische Haftung zum Zuge kommen. Bis auf wenige Ausnahmen verwehrt es dem Gläubiger zudem ein Wahlrecht zwischen Delikts- und Vertragsrecht. Nach englischem Recht ist die Organmitgliedshaftung dagegen weitgehend delikts- und treuepflichtrechtlicher Natur. Vertragsrecht kommt hier nur zur Anwendung, wenn das Organmitglied und die Gesellschaft einen Vertrag geschlossen haben, der ihr Verhältnis näher ausgestaltet. Dann tritt die vertragliche Haftung selbständig neben die Haftung aus Treuepflicht und Delikt. Die Gesellschaft hat die Wahl, auf welchen Rechtsgrund sie etwaige Ansprüche stützen will. Im deutschen Recht ist die Organmitgliedshaftung bei den Personengesellschaften Teil des Vertragsrechts. Die deliktische Haftung steht selbständig neben dieser vertraglichen Haftung und der gesetzlichen Haftung im Kapitalgesellschaftsrecht, so dass wie im englischen Recht ein Wahlrecht besteht.

2. Besondere Haftung bei Insolvenz der Gesellschaft

a) Deutsches Recht

Für die Haftung bei Verstoß gegen das Verbot masseminderner Zahlungen nach Insolvenzreife sind §§ 93 III Nr. 6 AktG, 64 II 2 GmbHG als spezielle Tatbestände einschlägig. Gegenüber § 93 II 1 AktG, 43 II GmbHG gelten Beweiserleichterungen für die Schadensbestimmung[600].

b) Französisches Recht

Im Insolvenzverfahren[601] kann das zuständige Gericht eine Insolvenzhaftung *(action en comblement du passif)* oder eine erweiterte Insolvenzhaftung *(mise personnelle en redressement ou liquidation judiciaire)* anordnen.

---

[600] Näher 4. Teil, A V 2; zu Besonderheiten im Hinblick auf die Verzichtsmöglichkeit bei der GmbH 4. Teil, A IV 1 a bb.

[601] Zu dem vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffspaar *redressement judiciaire* und *liquidation judiciaire* Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 28610 f; Jacquemont, Rn. 135.

aa) Insolvenzhaftung

Gemäß *art. L. 624-3 al. 1 Code de commerce* kommt eine Insolvenzhaftung in Betracht, wenn ein Organmitglied einen Geschäftsführungsfehler begangen hat, der zu dem Fehlbetrag der Aktiva gegenüber den Passiva der Gesellschaft *(insuffisance d'actif)* beigetragen hat. Hiervon ausgenommen ist nur das Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs[602]. Dagegen kann die Verwaltungsratsmitglieder einer *SA* klassischen Typs eine Insolvenzhaftung auch dann treffen, wenn sie sich -wie es der Regelfall ist- auf Überwachungsaufgaben beschränkt haben[603]. Der Grund für diese Differenzierung liegt darin, dass das Verwaltungsratsmitglied nach französischem Rechtsverständnis anders als das Aufsichtsratsmitglied und abweichend von der Systematik dieser Untersuchung Geschäftsleiter ist[604] und die Insolvenzhaftung nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Geschäftsleiter Anwendung findet.

Der Anwendungsbereich der Insolvenzhaftung beschränkt sich nicht auf Geschäftsführungsfehler, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft stehen, wie etwa eine unzulässige Verfügung in der Insolvenz. Vielmehr kann jede Art von Geschäftsführungsfehler in jeder Lage des Unternehmens eine Insolvenzhaftung begründen, wenn das Unternehmen später in Insolvenz gerät[605]. Geschäftsführungsfehler sind insbesondere auch Gesetzes- oder Satzungsverstöße, die in den Vorschriften zur gewöhnlichen Organmitgliedshaftung gesondert genannt werden[606]. Gegenüber der gewöhnlichen Haftung besteht die Besonderheit, dass die Höhe des Haftungsbetrags im Ermessen des Ge-

[602] CA Paris, 9.6.1995, Dr. Soc. 1995, Nr. 214; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2420; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 106; Lefebvre dirigeants, Rn. 16565.
[603] Cass. Com., 23.5.1973, Rev. soc. 1974, 544; Cass. com., 14.5.2002, Dr. Soc. 2003, Nr. 104; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2420; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 106.
[604] S. 1. Teil, D II 1 a bb und IV 2.
[605] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 110; Beispiele: Cass. com., 18.2.1992, RJDA 5/92, Nr. 521 (unternehmerische Fehlentscheidungen); Cass. com., 14.12.1993, Rev. soc. 1994, 778 (zweckwidrige Vermögensverwendung bei *SA*); Cass. com. 31.1.1995, Bull. civ. IV, Nr. 29 (mangelnde Aufsicht durch Verwaltungsratsmiglied); weitere zahlreiche Beispiele bei Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2430.
[606] Jurisclasseur soc./*Martin-Serf*, Fasc. 41-52, Rn. 29 m.w.N.; Soinne, Rn. 2596, 2599.

richts liegt[607]. Die Zahlungen aufgrund der Insolvenzhaftung fließen in das Vermögen der insolventen Gesellschaft[608].

Die Insolvenzhaftung hat in der Praxis eine große Bedeutung. Sie trägt zu ca. 75 % der gerichtlich entschiedenen Organmitgliedshaftungsfälle bei[609]. Gegenüber dem gewöhnlichen Verfahren hat es für die Gesellschaft und ihre Gläubiger entscheidende Vorteile. Das Gericht kann von Amts wegen tätig werden[610], besondere Verfahrenskosten für die Insolvenzmasse fallen nicht an[611].

Die Eröffnung eines Insolvenzhaftungsverfahrens schließt die Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen der gewöhnlichen Organmitgliedshaftung aus[612]. Die Insolvenzhaftung gehorcht eigenen Regeln, die nicht durch eine parallel laufende Inanspruchnahme nach allgemeinem Gesellschaftsrecht untergraben werden sollen[613]. Die Rechtsprechung hat noch nicht geklärt, ob diese Ansprüche nach Abschluss des Insolvenzhaftungsverfahrens weiter verfolgt werden können[614].

bb) Erweiterte Insolvenzhaftung

In besonders schwerwiegenden Fällen kann das Gericht auch eine erweiterte Insolvenzhaftung nach *art. L. 624-5 Code de commerce* anordnen[615]. Die erweiterte Insolvenzhaftung setzt ein Insolvenzverfahren in Gang, das

[607] Näher hierzu 4. Teil, A III 2.
[608] Art. L. 624-3 Code de commerce; Jacqemont, Rn. 739; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 109.
[609] Im Jahre 2001 wurden 660 Insolvenzhaftungsverfahren eingeleitet, während es im gleichen Zeitraum nur 232 Verfahren nach allgemeinen Recht gab, wobei die letztgenannte Zahl auch Fälle der Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter einschließt (Quelle: Annuaire statistiques de la justice, S. 51, Nr. 2 und S. 53, Nr. 26, abrufbar unter www.justice.gouv.fr/publicat/d-Saisines.pdf).
[610] Art. L. 624-6 Code de commerce. Antragsberechtigt sind nach dieser Vorschrift auch der Insolvenzverwalter oder die Gläubiger.
[611] Bestätigt durch fermündliche Auskunft der Rechtspflegerin des Insolvenzgerichts Straßburg Kühn.
[612] Cass. com., 20.6.1995, Bull. civ. IV, Nr. 187; Cass. com.,28.2.1995, Bull. civ. IV, Nr. 60 *(SARL)*; Jurisclasseur soc./*Martin-Serf*, Fasc. 41-52, Rn. 180 f; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 104.
[613] Cabrillac/Pétel, JCP E 1995, Ét., Nr. 487, Rn. 15; Derrida, D. 1995, Jur., 391; s. auch Jurisclasseur soc./*Martin-Serf*, Fasc. 41-52, Rn. 175.
[614] Dagegen Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 130 m.w.N.
[615] Wie bei der einfachen Insolvenzhaftung kann das Gericht von Amts wegen tätig werden (art. L. 624-6 Code de commerce).

die Begleichung der Gesellschaftsschulden aus dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen des Betroffenen zum Gegenstand hat. Gegenüber der einfachen Insolvenzhaftung wiegt sie in zweifacher Hinsicht schwerer. Zum einen ist der Betroffene nicht nur einer Zahlungspflicht unterworfen, sondern sofort und ohne weiteres einem Insolvenzverfahren ausgesetzt[616]. Zum anderen haftet der Betroffene in diesem Verfahren automatisch für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft[617]. Fragen der Vorwerfbarkeit, des Haftungsumfangs, des Wegfalls der Haftung durch Billigung, der Beweislast und der Haftung mehrerer Organmitglieder spielen hier somit keine Rolle[618]. Einzige Haftungsvoraussetzung ist die Verwirklichung eines der im Gesetz genannten Pflichtverletzungstatbestände. Im Rahmen dieser Untersuchung soll nur der Tatbestand der missbräuchlichen Verwendung des Gesellschaftsvermögens für eigene Zwecke oder im Interesse nahe stehender Dritter erwähnt werden[619]. Die erweiterte Insolvenzhaftung kann alle Personen treffen, gegen die die gewöhnliche Insolvenzhaftung angeordnet werden kann[620]. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, hat das Gericht Ermessen, ob es auf eine erweiterte Insolvenzhaftung erkennen will[621].

Bei Anordnung der erweiterten Insolvenzhaftung wird die gewöhnliche Insolvenzhaftung gegenstandslos, da Erstgenannte eine Gesamthaftung des Geschäftsleiters für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft begründet[622]. Gleiches dürfte für das Verhältnis zur gewöhnlichen Organmit-

---

[616] Art. L. 624-5 I Code de commerce; näher hierzu Jurisclasseur com./*Gibirila*, Fasc. 1055, Rn. 50 ff.

[617] Art. L. 624-5 II Code de commerce; näher hierzu Jurisclasseur soc./*Martin-Serf*, Fasc. 41-54, Rn. 68 f.

[618] Verjährung ist dagegen möglich. S. 4. Teil, A IV 2 b.

[619] Art. L. 624-5 I Nr. 1, 3 Code de commerce. Die anderen Tatbestandsalternativen betreffen u.a. die von Eigennutz bestimmte Insolvenzverschleppung und schwerwiegende Verstöße gegen Buchführungspflichten. Im Jahr 2001 gab es insgesamt 792 Verfahren (Quelle: Annuaire statistiques de la justice, S. 53, Nr. 2, abrufbar unter www.justice.gouv.fr/publicat/d-Saisines.pdf).

[620] Art. L. 624-5 I Code de commerce und art. L. 624-3 al. 1 Code de commerce sind insoweit wortgleich.

[621] S. Wortlaut des art. 625-5 I Code de Commerce; Jacquemont, Rn. 745.

[622] Cass. com., 17.11.1992, Rev. soc., 1993, S. 445, 447 *(SA)*; Cass. com. 11.4.1995, RJDA 6/95, Nr. 771; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2437; Lefebvre dirigeants, Rn. 13750.

gliedshaftung gelten[623].

c) Englisches Recht

Im Gegensatz zur allgemeinen Haftung hat der Gesetzgeber die Haftung des Direktors einer *company* im Insolvenzfall gesetzlich ausführlich geregelt. Für die Innenhaftung ist das Verfahren betreffend die Haftung bei Abwicklung der *company (misfeasence proceedings)* nach *Insolvency Act 1986, s. 212*, fortan Abwicklungshaftung genannt, von Bedeutung[624]. Im Zuge der Abwicklung, insbesondere im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, kann sich herausstellen, dass ein Direktor seine Pflichten verletzt hat. In einem solchen Fall können der mit der Auflösung betraute Verwalter, ein Gläubiger oder ein nachschusspflichtiger Gesellschafter[625] ein Abwicklungshaftungsverfahren beantragen. Eine Beschränkung auf bestimmte Pflichten gibt es dabei nicht. Jede Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft kann dieses Verfahren rechtfertigen[626].

Das Abwicklungshaftungsverfahren schafft keine neue Verbindlichkeit, sondern setzt das Bestehen eines Anspruchs voraus[627]. Allerdings hat die Verfahrensanordnung auch materiellrechtliche Bedeutung, weil das Gericht den Haftungsumfang abweichend von allgemeinen zivilrechtlichen Regeln nach billigem Ermessen bestimmen kann[628]. Die zu leistenden Zahlungen fließen in das Vermögen der *company*[629].

---

[623] In diese Richtung Lefebvre dirigeants, Rn. 13702. Die einschlägige Literatur greift die Problematik nicht explizit auf.

[624] Daneben kennt das Gesetz noch eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach Insolvency Act, s. 214 *(wrongful trading)* und eine Haftung wegen betrügerischer Geschäftstätigkeit nach Insolvency Act, s. 213 *(fraudulant trading)*. Der letztgenannte Tatbestand ist von seinem Wortlaut her auch auf die Innenhaftung des Direktors anwendbar, hat hierfür in der Praxis wegen hoher Anforderungen im subjektiven Tatbestand aber keine Bedeutung erlangt. Herangezogen wird er vielmehr, um die Haftung der Direktoren gegenüber Gläubigern oder die Haftung von Gesellschaftern oder Dritten begründen zu können (näher Mayson/French/Ryan, Kap. 20.11.1, 20.11.2, 20.11.3, Griffin, Directors' Liability, Kap. 3.3). Er wird daher hier nicht näher behandelt.

[625] Zum nachschusspflichtigen Gesellschafter s. Insolvency Act 1986, ss. 74, 79 und Mayson/French/Ryan, Kap. 20.1.6.

[626] Re D'Jan of London Ltd [1994] 1 BCLC, 561, 562, HC; Griffin, Directors' Liability, Kap. 2.3.

[627] Re B. Johnson & Co (Builders) Ltd [1955] ChD, 634, 647 f, CA; Keay (2002) JBL, 379, 403; Griffin, Directors' Liability, Kap. 2.1; Hanson/Wilkinson, S. 195.

[628] Näher 4. Teil, A III 2.

[629] Insolvency Act, s. 212 (3).

Die Gesellschaft bzw. der Verwalter hat ein Wahlrecht zwischen einem Abwicklungshaftungsverfahren und einem auf allgemeinem Recht gestützten Verfahren[630]. Beide Verfahren können sogar parallel betrieben werden[631].

d) Rechtvergleichung

Die französische Insolvenzhaftung und die englische Abwicklungshaftung stimmen in wichtigen Wesensmerkmalen überein. Beide Haftungsformen können für jede Pflichtverletzung angeordnet werden. Die Höhe des Haftungsbetrags liegt im Ermessen des Gerichts. Der Haftungsbetrag fließt der Gesellschaft zu. Von der Abwicklungshaftung unterscheidet sich die Insolvenzhaftung dadurch, dass sie auch auf Organmitglieder von Personengesellschaften Anwendung findet. Andererseits kann sie nicht gegen Aufsichtsratsmitglieder einer *SA* neuen Typs angeordnet werden, während die Abwicklungshaftung unterschiedslos jeden nichtgeschäftsführenden Direktor treffen kann. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Insolvenzhaftung die Geltendmachung von Ansprüchen aus gewöhnlicher Organmitgliedshaftung ausschließt, während die Abwicklungshaftung diese Verdrängungswirkung nicht aufweist. Für die erweiterte Insolvenzhaftung existiert im englischen Recht keine Entsprechung.

Im deutschen Recht existieren demgegenüber keine strukturellen Besonderheiten für die Organmitgliedshaftung im Insolvenzfall. Nur für die unzulässige Vermögensverfügung in der Insolvenz schafft das Gesetz eine Beweiserleichterung, wie sie aber auch in vielen anderen Fällen anzutreffen ist. Ein richterliches Ermessen, wie es im französischen und im englischen Recht existiert, ist dem deutschen Zivilrecht dagegen weitgehend fremd.

[630] A & J Fabrications Ltd v Grant Thornton [1998] 2 BCLC, 227, 233, HC.
[631] Keay (2002) JBL, 379, 404.

II. Haftungsvoraussetzungen

1. Pflichtverletzung

Prinzipiell ist jede Verletzung einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft geeignet, einen Anspruch auf Schadensausgleich zu begründen[632]. In keiner der untersuchten Rechtsordnungen existieren diesbezüglich Einschränkungen nach allgemeinem Schadensrecht oder Gesellschaftsrecht. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Jede Verletzung einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft ist geeignet, einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen.

2. Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung

Liegt ein Verstoß gegen eine Organpflicht objektiv vor, ist damit noch nichts darüber gesagt, ob dieser Verstoß dem jeweiligen Organmitglied persönlich vorwerfbar ist. Das Organmitglied kann vorsätzlich, fahrlässig oder trotz Pflichtverletzung verantwortungsvoll gehandelt haben. Nur bei den Sorgfaltspflichten ist die Vorwerfbarkeit integraler Bestandteil der Pflichtverletzung selbst. Verantwortungsvolles Handeln schließt hier die Pflichtverletzung selbst aus[633]. Ob und inwieweit die Vorwerfbarkeit für die übrigen Pflichten eine von der Pflichtverletzung zu trennende Haftungsvoraussetzung ist, soll im Folgenden näher untersucht werden.

a) Deutsches Recht

Voraussetzung einer Schadensersatzhaftung ist grundsätzlich das Verschulden des Schuldners (Verschuldensprinzip)[634]. Der Schuldner hat gemäß § 276 I 1 BGB für Vorsatz oder Fahrlässigkeit einzustehen. Der

[632] Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 98; Hirte, Rn. 221 f; Raiser § 32, Rn. 83; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de SARL, Rn. 60; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 63. Nichts anderes kann auch im englischen Recht gelten.
[633] S. 3. Teil, A I 2.
[634] Vgl. Palandt/*Heinrichs*, § 276, Rn. 3; Staudinger/*Löwisch*, § 276, Rn. 1 ff.

Sorgfaltsmaßstab für die Bestimmung der Fahrlässigkeit ist dabei für alle Pflichten gleich. Insoweit gilt hier das zu den Sorgfaltspflichten Gesagte[635]. Verantwortungsmaßstab ist bei Kapitalgesellschaften demnach die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. Aufsichtsführers, die nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist[636]. Das gilt auch für die Haftung nach §§ 88 II 1, 93 III AktG, 43 III, 64 II 2 GmbHG[637]. Für die Personengesellschaften gilt dagegen ein subjektiver Verantwortungsmaßstab, der eine Haftung wegen grober Fahrlässigkeit jedoch nicht ausschließt[638].

b) Französisches Recht

Für die Organmitgliedshaftung finden die Grundsätze des allgemeinen Zivilrechts zur Vorwerfbarkeit von Pflichtverletzungen Anwendung[639]. Voraussetzung einer Haftung ist danach immer ein Fehlverhalten des Schuldners *(faute)*. Obwohl der *Code civil* diesen Begriff nur im Deliktsrecht benutzt[640], hat er sich in Literatur und Rechtsprechung auch für die vertragliche Haftung durchgesetzt[641]. Das Fehlverhalten ist damit auch für die Organmitgliedshaftung, die überwiegend vertraglicher Natur ist[642], eine zentrale Voraussetzung[643]. Das gilt nicht nur für den Geschäftsführungsfehler *(faute de gestion)*, wo das Wort *faute* bereits auftaucht, sondern auch für den Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder die Sat-

[635] S. 3. Teil, A I 2.
[636] § 93 I 1, 116, S. 1 AktG; 43 I GmbHG; Henn, Rn. 680; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 252 ff; Hüffer, § 93, Rn. 4 und § 116, Rn. 2; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 189 f; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 164 ff; vgl. auch BGHZ 129, 30, 34.
[637] Hüffer, § 88, Rn. 6 und § 93, Rn. 22; Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/*Hefermehl*, § 88, Rn. 22; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 197; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 217; Michalski/*Nerlich*, § 64, Rn. 48; näher zu diesen Haftungsvorschriften 4. Teil, A I 1 a aa und 2 a.
[638] §§ 708, 277 BGB.
[639] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 69.
[640] S. art. 1382 Code civil.
[641] S. z.B. Cass. com., 19.1.1981, Bull. civ. IV, Nr. 33; Cass. com., 4.5.1982, Bull. civ. IV, Nr. 150; Flour/Aubert, Rn. 191; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 30; Terré/Simler/Lequette, Rn. 541.
[642] S. 4. Teil, A I b bb (1).
[643] Cass. com., 1.4.1968, Bull. civ. IV, Nr. 125 *(SARL)*; CA Versailles, 21.1.1993, Rev. sociétés 1993, 884 *(SA)*; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 648; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars* , Fasc 132-10, Rn. 31; Enc. Dalloz soc./*Hémard*, SARL, Rn. 496.

zung[644]. Einzige Ausnahme ist die Haftung, die eintritt, wenn die Gesellschafter einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Organmitglied nicht billigen. Hier haftet das Organmitglied, das Vertragspartner der Gesellschaft ist, unabhängig davon, ob ihm ein Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann[645].

Im Deliktsrecht liegt Fehlverhalten vor, wenn der Verpflichtete die objektiv im Verkehr gebotene Sorgfalt verletzt[646]. Was im Vertragsrecht unter Fehlverhalten zu verstehen ist, hängt davon ab, ob eine Pflicht als Tätigkeitspflicht *(obligation de moyens)* oder als Erfolgspflicht *(obligation de résultats)* zu qualifizieren ist. Der Schuldner einer Tätigkeitspflicht schuldet nur eine bestimmte Tätigkeit. Ein Fehlverhalten liegt hier vor, wenn der Schuldner dabei nicht die objektiv gebotene Sorgfalt an den Tag legt[647]. Das entspricht der im Deliktsrecht geltenden Regel. Der Schuldner einer Erfolgspflicht schuldet dagegen einen Erfolg. Hier begründet das Ausbleiben des Erfolgs ein Fehlverhalten[648]. Ob die Organpflichten generell als Tätigkeitspflichten einzustufen sind, ist umstritten[649]. Der Unterschied zwischen Tätigkeits- und Erfolgspflichten wird allerdings dadurch stark relativiert, dass eine vertragliche oder deliktische Haftung generell ausscheidet, wenn das schädigende Ereignis auf höherer Gewalt beruht[650]. Höhere Gewalt liegt vor, wenn das schädigende Ereig-

---

[644] S. den Haftungstatbeständen 4. Teil, A I 1 b aa.
[645] Balensi, Rn. 234; Schmidt/Gramling, Rn. 583.
[646] Jurisclasseur civ./*Jourdain*, Art. 1382-1386, Fasc. 120-1, Rn. 100, 102; Lamy responsabilité/*Voinot*, Rn. 226-27; Le Tourneau/Cadiet/*Cadiet*, Rn. 5706 f.
[647] In Anlehnung an art. 1137 Code civil (Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 10, 35; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2868; Hadji-Artinian, Rn. 893 f, 896 f).
[648] Cass. 1. civ., 8.12.1998, D. 1999, Inf. rap., 35; Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 380-21; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2733; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 32 f.
[649] So ohne nähere Begründung die wohl h.M: Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 69; Jurisclasseur soc./*Daigre & Roussille*, Fasc. 82-10, Rn. 56 ; Schmidt, Dr. patr. Mai 1995, 45, 46; Hadji-Artinian, Rn. 970; Dirigeant de société, Rn. 061-09; a.A. Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 32, der die Pflicht zur Einhaltung der Satzungsbestimmungen und des Gesetzes als Erfolgspflicht qualifiziert. Für die Unterlassungspflichten, zu denen die meisten Treuepflichten zählen, vermag die h.M. kaum zu überzeugen. Es ist anerkannt, dass Unterlassungspflichten Tätigkeitspflichten sind (Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 2725; Flour/Aubert, Rn. 202; Larroumet, Rn. 68). Das muss auch für Organmitgliedspflichten gelten (so für das Wettbewerbsverbot Godon, Bull. Joly 1999, § 1, Rn. 33; Picod, D. 1994, Som., 75, 76).
[650] In Anlehnung an art. 1147, 1148 Code civil (Cass. com., 22.11.1988, Bull. civ. IV, Nr. 316 (für Tätigkeitspflicht); Flour/Aubert, Rn. 208; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 15, 32 f; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1803, 2733;

nis unvorhersehbar und unvermeidbar war sowie seinen Ursprung außerhalb der Sphäre des Schuldners hat[651]. An die Unvermeidbarkeit als zentrales Element der höheren Gewalt sind hohe Anforderungen zu stellen. Sie liegt nur dann vor, wenn die Vermeidung der unerwünschten Folge absolut unmöglich war[652]. Die höhere Gewalt unterscheidet sich damit vom bloßen Fehlen der gebotenen Sorgfalt dadurch, dass der unerwünschte Erfolg auch bei maximalem Einsatz unvermeidbar gewesen wäre[653]. Im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit ist die Unterscheidung zwischen Tätigkeits- und Erfolgspflicht daher nur dann ergebnisrelevant, wenn ein Schaden nur durch eine Sorgfalt hätte verhindert werden können, die über das objektiv gebotene Maß hinausgeht[654]. In diesem Fall haftet nur der Schuldner einer Erfolgspflicht. Für die Tätigkeitspflichten kommt der Haftungsausschluss wegen höherer Gewalt in den Fällen zur Anwendung, in denen der Verpflichtete aufgrund eines äußeren Umstands überhaupt nicht zur Pflichterfüllung ansetzen kann[655].

c) Englisches Recht

Für die Verletzung von Pflichten, die nicht Sorgfaltspflichten sind, gilt im englischen Recht grundsätzlich eine unbedingte Haftung *(strict liability)*[656]. Der Schuldner haftet unabhängig davon, ob ihm das schädigende Ereignis persönlich vorwerfbar ist.

Enc. Dalloz civ./*Chabas & Gréau*, Force majeure, Rn. 5, 10; Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 380-21; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 70 f; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 654. Die in den beiden Vorschriften ebenfalls benutzten Formulierungen *cause étrangère* und *cas fortuit* sind bloße Synonyme des Begriffs *force majeure* (Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 30-51; Flour/Aubert, Rn. 208 m.w.N.).

[651] Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 380-51; Enc. Dalloz civ./*Chabas & Gréau*, Force majeure, Rn. 12, 32, 47; Flour/Aubert, Rn. 209 ff; Bénabent, Rn. 332.

[652] Cass. soc., 23.3.1993, Gaz. Pal. 1993, Pan. civ., 121; Cass. 1re civ., 6.10.1993, JCP G 1993, II, Nr. 22154; Enc. Dalloz civ./*Chabas & Gréau*, Rn. 43; Bénabent, Rn. 334; Larroumet, Rn. 724.

[653] Enc. Dalloz civ./*Chabas & Gréau*, Force majeure, Rn. 10.

[654] Praktische Bedeutung hat die Qualifizierung einer Pflicht als Tätigkeits- oder Erfolgspflicht in erster Linie für die Beweislast (näher hierzu 4. Teil, A V 1).

[655] Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1809; Beispiel nach Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 71: Verwaltungsratsmitglied wird zu einer Sitzung nicht geladen und erfährt daher von ihr nichts.

[656] Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 144f, HL und Bishopgate Investment Management Ltd v Maxwell [1993] 1 BCLC, 1282, 1290, CA (jeweils Treuepflichten bei *company*); Griffin, Company Law, S. 254; Worthington, S. 183; Gore-Browne/*Birds*, Rn. 27.6; Pennington, Director's Liability, S. 39; Blackett-Ord, Rn. 10.1.

Es gibt allerdings einige Ausnahmen. So haftet der Direktor einer *company* bei einer unzulässigen Kreditgewährung an eine ihm nahe stehende Person nicht, wenn er alles Gebotene unternommen hat, um derartige Gesetzesverstöße zu verhindern[657]. Gleiches gilt für unzulässige Verträge mit einer ihm nahe stehenden Person, die mit einer Vermögensübertragung einhergehen[658]. Eine weitere Ausnahme macht die Rechtsprechung in Fällen zweckwidriger Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter einer *company*[659]. Hier haftet der Direktor nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit[660]. Hieran fehlt es insbesondere, wenn der Direktor davon ausgehen durfte, dass die Ausschüttung durch Gewinne gedeckt war. Grund für die Absenkung des Haftungsmaßstabs dürfte das ansonsten unkalkulierbare Haftungsrisiko sein, dem jeder Direktor ausgesetzt wäre[661]. Faktisch würde er dann für jeden Buchhaltungsfehler haften, der sich auf den Bilanzgewinn auswirkt. Schließlich gewährt das Gesetz dem Gericht die Möglichkeit, den Direktor einer *company* aus Billigkeitserwägungen ganz oder teilweise von der Haftung zu befreien[662]. Dies wird ausführlich im 4. Teil, A III 2 besprochen.

d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

Für die Kapitalgesellschaften kommen das deutsche und das französische Recht zum gleichen Ergebnis, sofern man im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung in Frankreich die Organpflichten in ihrer Gesamtheit als Tätigkeitspflichten qualifiziert. In beiden Rechtsordnungen setzt eine Haftung dann voraus, dass dem Organmitglied die Pflichtverletzung objektiv vorwerfbar ist. Im deutschen Recht ist dies Ergebnis des Verschuldensprinzips, im französischen Recht Folge des Grundsatzes, dass eine Haftung immer ein Fehlverhalten voraussetzt. Verschulden und Fehlver-

[657] Companies Act 1985, s. 341 (4); zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 4 c aa.
[658] Companies Act 1985, s. 322 (5); zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 4 c bb (2).
[659] Zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 1 b aa.
[660] Leeds Estates Building & Investment Co Ltd v. Shepherd (1887) 36 ChD, 787, 799f, HC; Bairstow v Queens Moat Houses plc [2001] 1 BCLC, 549, 559 ff, HC; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 13.15.
[661] Im Fall *Bairstow v Queens Moat Houses plc* wurde der Direktor zur Zahlung von 41 Millionen £ verurteilt.
[662] Companies Act, s. 727.

halten haben die gleiche funktionale Ausrichtung. Die vom französischen Recht vorgenommene Differenzierung zwischen Fehlverhalten und höherer Gewalt ändert am Einklang mit dem deutschen Recht nichts. In den Fällen, in denen die französischen Juristen eine Haftung aus Tätigkeitspflicht wegen höherer Gewalt ablehnen, fehlt es im deutschen Recht bereits am Verschulden. Ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Recht ergibt sich bei den Kapitalgesellschaften nur, sofern man eine Organpflicht im französischen Recht als Erfolgspflicht einordnet. In diesem Fall kann sich das Organmitglied in Frankreich nur durch maximalen Einsatz entlasten, während eine Haftung in Deutschland schon bei Anwendung der objektiv gebotenen Sorgfalt ausscheidet.

Bei den Personengesellschaften unterscheiden sich das deutsche und das französische Recht beim Sorgfalts- und damit beim Haftungsmaßstab[663]. Im französischen Recht ist der Maßstab objektiv, im deutschen Recht subjektiv, sofern keine grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Ansonsten gilt das oben zu den Kapitalgesellschaften Gesagte.

Im Gegensatz zum deutschen und zum französischen Recht gilt im englischen Recht der Grundsatz, dass eine Pflichtverletzung ohne weiteres eine Schadensersatzhaftung des Schuldners begründet. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass die Unterschiede zwischen dem englischen Recht einerseits und dem deutschen sowie dem französischen Recht andererseits wohl nur selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Es dürfte in der Praxis die absolute Ausnahme sein, dass eine Pflichtverletzung zu bejahen, ein an objektiven Maßstäben gemessenes Verschulden oder Fehlverhalten aber dennoch zu verneinen ist[664]. Ebenso selten dürften die Fälle sein, in denen eine Haftung trotz Pflichtverletzung wegen höherer Gewalt ausscheidet. Nur der subjektive Haftungsmaßstab bei den Personengesellschaften im deutschen Recht bewirkt wohl eine substanzielle Haftungserleichterung. Die prinzipiellen Unterschiede zwischen dem englischen Recht einerseits und dem deutschen sowie dem französischen Recht andererseits berührt dies jedoch nicht. Das Verschuldens-

[663] Zur Parallelproblematik bei den Sorgfaltspflichten 3. Teil, A I 2 a.
[664] So auch Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 255.

prinzip beherrscht die dogmatische Struktur des deutschen Zivilrechts und das Denken der deutschen Juristen in so starker Weise, dass seine Vernachlässigung zum Zwecke der Bildung eines weitgefassten Prinzips trotz seiner hier geringen praktischen Bedeutung nicht möglich ist. Gleiches gilt für den Grundsatz des Fehlverhaltens als Haftungsvoraussetzung im französischen Recht. Für die Kapitalgesellschaften kann daher nur folgendes eingeschränkte Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft haftet zumindest dann für eine Pflichtverletzung, wenn es nicht mit der Sorgfalt handelt, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten sozialen Rolle erwartet werden kann.

Nur für den Fall der unzulässigen Vermögenszuwendung an die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft besteht eine vollständige Übereinstimmung. Hier gilt das Prinzip:

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft haftet für eine unzulässige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter, wenn es nicht mit der Sorgfalt handelt, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten sozialen Rolle erwartet werden kann.

Für die Personengesellschaften kann unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, das den kleinsten gemeinsamen Nenner bildet, folgendes Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft haftet zumindest dann für eine Pflichtverletzung, wenn es grob fahrlässig handelt oder nicht mit der Sorgfalt agiert, die angesichts seiner individuellen Fähigkeiten von ihm verlangt werden kann.

III. Umfang der Haftung

1. Grundsatz

a) Kompensationsgedanke

Der Umfang des geschuldeten Schadensersatzes bestimmt sich in den untersuchten Rechtsordnungen prinzipiell nach allgemeinem Recht[665]. Im deutschen und im französischen Recht existiert eine einheitliche Form des Schadensersatzes. Sie verpflichtet den Schuldner, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er seine Pflichten nicht verletzt hätte[666]. Im deutschen Schrifttum besteht zwar Uneinigkeit darüber, ob dieser Grundsatz inhaltsgleich für die Organmitgliedshaftung übernommen werden kann[667]. Da dieser Streit im Ergebnis aber nur Auswirkungen auf die Beweislastverteilung in den Fällen hat, in denen die Pflichtverletzung in einer Vermögensverwendung für gemeinnützige Zwecke besteht, soll er hier weiter keine Rolle spielen[668].

Im Gegensatz zum deutschen und zum französischen Recht kennt das englische Recht zwei Formen des Schadensersatzes. Bei einer Pflicht-

[665] Hüffer, § 93, Rn. 15; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 203; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 18; Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 483-51; Hadji-Artinian, Rn. 959.
[666] § 249, S. 1 BGB; Cass. 2e civ., 28.10.1954, JCP G 1955, II, Nr. 8765; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 56; Flour/Aubert, Rn. 231; vgl. auch art. 1149 Code civil.
[667] Dafür die wohl h.L: Hüffer, § 93, Rn. 93, Rn. 15; Großkommentar/*Hopt*, § 93, Rn. 263; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 202; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 22; vgl. auch BGH, NJW 1978, 262, 263 f; a.A. Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 23; Baumbach/Hueck/*Zöllner*, § 43, Rn. 14; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Wiesner*, Bd. 4, § 26, Rn. 6.
[668] Näher hierzu Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 262; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 201. Die Rechtsprechung hat den Schadensbegriff der Mindermeinung vereinzelt aufgegriffen, ohne auf die hier geschilderte Problematik einzugehen, da es im entschiedenen Fall darauf nicht ankam (s. OLG Naumburg, GmbHR 1998, 1180, 1182; OLG Naumburg, NZG 1999, 353, 354).

verletzung, die im *common law* wurzelt, kann der Geschädigte *damages* geltend machen. Schadensausgleich aus *equity* ist dagegen über *compensation* zu suchen[669]. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Instrumenten des Schadensausgleichs sind im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung allerdings zunehmend eingeebnet worden[670]. Im Grundsatz gilt für beide Formen des Schadensersatzes wie in Deutschland und in Frankreich, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne Pflichtverletzung stehen würde[671]. Nur in Detailfragen gibt es noch Abweichungen[672].

Bei der Frage, ob der Schadensausgleich in Geld oder durch Wiederherstellung des alten Zustands zu leisten ist, weichen die untersuchten Rechtsordnungen auf dem ersten Blick erheblich voneinander ab. Im deutschen Recht gilt im Grundsatz der Vorrang der Naturalrestitution[673]. Der Schadensausgleich ist nur dann in Geld zu erbringen, wenn eine Naturalrestitution nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist[674]. Im französischen Recht hat der Gläubiger hingegen grundsätzlich die Wahl zwischen einer Naturalrestitution und einem Schadensausgleich in Geld[675]. Im englischen Recht ist der Schadensersatzanspruch schließlich auf Ersatz durch Geldzahlung gerichtet[676]. Eine Naturalrestitution ist dem englischen Recht unbekannt. Für die Organmitgliedshaftung wirken sich diese Unterschiede jedoch kaum aus. In der Regel verursacht eine Organpflichtverletzung reine Vermögensschäden, die in allen drei Rechtsordnungen nur durch Geldzahlung kompensiert werden können. Auch der Ersatz von Sachschäden nimmt in Deutschland und in Frank-

[669] S. Übersicht bei Birks/*Burrows*, Rn. 18.09 und ausführlicher Rn. 18.142 ff; Conaglen (2003) LQR, 246.
[670] Clerk/Lindsell/*Dugdale*, Rn. 1-12 m.w.N.; Gower/Davies, S. 432; Birks/*Burrows*, Rn. 18.142; vgl. auch Bristol and West Building Society v Mothew [1996] ChD, 1, 17, CA.
[671] Target Holdings v Redferns [1995] 3 All ER, 785, 792, HL; Charlesworth/Percy/*Walton u.a.*, Rn. 4-41; Clerk/Lindsell/*Burrows*, Rn. 29-06, Eliott/Quinn, S. 242; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27; Snell/*McGhee*, Rn. 13-14.
[672] *Compensation* gewährt im Unterschied zu *damages* Ersatz des Bruttogewinns (vgl. hierzu Snell/*McGhee*, Rn. 13-14 und Eliott/Quinn, S. 246) und bietet dem Geschädigten mehr Möglichkeiten beim Ersatz zukünftiger Schäden (näher hierzu McGregor, Rn. 5).
[673] Staudinger/*Schiemann*, § 249, Rn. 1; Münchener Kommentar/*Oetker*, § 249, Rn. 307.
[674] § 251 I BGB.
[675] Viney/Jourdain, Rn. 19 f; Terré/Simler/Lequette, Rn. 575; Le Tourneau/Cadiet/*Cadiet*, Rn. 2448; vgl. auch art. 1142 f Code civil.
[676] Broome v Cassel & Co [1972] AC, 1027, 1072, HL (für *damages*); McGregor, Rn. 1; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-1; Clerk/Lindsell/*Burrows*, Rn. 29-06; ders. in Birks, Rn. 18.142.

reich in der Praxis fast immer die Form einer Geldzahlung an. Da Schadensersatz in den drei Rechtsordnungen somit nahezu immer in Geld geleistet wird, sollen die unterschiedlichen rechtlichen Ansätze der Bildung des folgenden Prinzips nicht entgegenstehen:

Das Organmitglied hat die Gesellschaft durch Geldzahlung so zu stellen, als wäre die Pflichtverletzung unterblieben.

b) Kausalität und Zurechenbarkeit des Schadens

Ersetzbar ist nur ein Schaden, der durch die Pflichtverletzung verursacht worden ist[677]. Die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs *(lien de causalité, causal connection)* zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist die konsequente Weiterentwicklung des Prinzips, dass der Gläubiger so zu stellen ist, als wäre die Pflichtverletzung unterblieben. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Ersetzbar ist nur ein Schaden, der durch die Pflichtverletzung verursacht worden ist.

Um die Haftung nicht ausufern zu lassen, knüpfen die untersuchten Rechtsordnungen darüber hinaus Zurechenbarkeitsanforderungen an die Ersetzbarkeit eines Schadens. Im deutschen Recht gilt für jede Form der Pflichtverletzung, dass ein Schaden nicht ersatzfähig ist, wenn er außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt und nur durch eine Verkettung außergewöhnlicher Umstände entstanden ist (Adäquanztheorie)[678].

Nach französischem Recht ist nur der direkte Schaden *(dommage direct)*

[677] Hüffer, § 93, Rn. 15; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 199; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 18; Cass. com., 3.11.1975, Bull. civ. IV, Nr. 252 *(SARL)*; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 654; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 76; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 57; Target Holdings Ltd v Redferns [1995] 3 All ER, 785, 792, HL (für Treuepflichtverletzungen); Butcher, S. 289; Worthington, S. 184; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.28; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-024; Clerk/Lindsell/*Jones*, Rn. 2-06.

[678] RGZ 169, 84, 91; BGH, NJW 1976, 1143, 144; Münchener Kommentar BGB/*Oetker*, § 249, Rn. 103; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 266; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 199.

ersetzbar[679]. An die Direktheit stellt die Rechtsprechung dabei nur geringe Anforderungen[680]. Beruht die Haftung auf Vertragsrecht muss der Schaden darüber hinaus vorhersehbar *(prévisible)* gewesen sein[681]. Diese Einschränkung gilt allerdings nur, wenn der Schuldner weder vorsätzlich noch grob fahrlässig handelte[682]. Die Vorhersehbarkeit ist nach objektiven Maßstäben zu bestimmen[683]. Sie muss auch im Hinblick auf die Schadenshöhe gegeben sein[684]. Der deliktisch Verpflichtete muss dagegen auch den unvorhersehbaren Schaden ersetzen[685].

Das englische Recht differenziert zwischen der Haftung aus Delikt, aus Vertrag und aus Treuepflicht. Im Deliktsrecht sind nur Schäden ersetzbar, die vernünftigerweise vorhersehbar *(reasonably foreseeable)* waren[686]. Das betrifft insbesondere die Haftung aus Sorgfaltspflichtverletzung[687]. Im Vertragsrecht ist wie im Deliktsrecht Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit des Schadens, dass er vernünftigerweise vorhersehbar war[688]. Dabei ist die Vorhersehbarkeit im Vertragsrecht aber wohl etwas enger zu verstehen als im Deliktsrecht[689]. Bei der Treuepflichtverletzung

---

[679] Für vertraglichen Schaden art. 1151 Code civil; für deliktischen Schaden Flour/Aubert, Bd 2, Rn. 183, Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1776, Jurisclasseur civ./*Jourdain*, Art. 1382-1386, Fasc. 160, Rn. 33 und Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 483-51.

[680] Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 483-57; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1776; Jurisclasseur civ./*Jourdain*, Art. 1382-1386, Fasc. 160, Rn. 35; bejaht z.B. für Kosten eines Verwaltungsverfahrens als Folge steuerrechtlicher Versäumnisse bei *SARL* (Cass. com., 12.10.1993, Bull. Joly 1993, § 377) und für Kosten zur Durchsetzung eines Wettbewerbsverbots (Cass. com., 2.3.1970 Bull. civ. IV, Nr. 79).

[681] Art. 1150 Code civil.

[682] Art. 1150 Code civil für Vorsatz; Cass. com., 3.10.1989, Bull. civ. IV, Nr. 246 und Flour/Aubert, Rn. 219 für grobe Fahrlässigkeit *(faute lourde)*; zum Begriff *„faute lourde"* Flour/Aubert, Rn. 198.

[683] Cass. 1e civ., 25.1.1989, D. 1989, Inf. rap., 47; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1018; Flour/Aubert, Rn. 218; Enc. Dalloz civ./*Légier*, Responsabilité contractuelle, Rn. 164.

[684] Cass. 1e civ., 25.1.1989, D. 1989, Inf. rap., 47; Flour/Aubert, Rn. 218; Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 380-79 f ; Enc. Dalloz civ./*Légier*, Responsabilité contractuelle, Rn. 165.

[685] Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1011; Terré/Simler/Lequette, Rn. 669; Flour/Aubert, Rn. 217.

[686] Wagon Mound [1961] AC, 388, 423, PC; Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 6.13 ff.

[687] Bristol and West Society v Mothew [1996] ChD, 1, 17, CA; Worthington, S. 185; Butcher, S. 290.

[688] Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd [1949] 2 KB, 528, 539 f, CA; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-043; Eliott/Quinn, S. 239.

[689] Vgl. das insoweit nicht ganz klare Urteil Koufos v C. Czarnikow Ltd [1969] 1 AC, 350, 385, 424, HL; näher hierzu Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-044; McGregor, Rn. 252 ff.

haftet der Treueverpflichtete dagegen für jeden kausalen Schaden[690].

Während das deutsche Recht einheitliche Zurechenbarkeitskriterien kennt, differenzieren das englische und das französische Recht danach, auf welchem Rechtsgrund die Haftung beruht. Von der Haftung für Treuepflichtverletzungen abgesehen, für die im englischen Recht keine Beschränkung existiert, stimmen die untersuchten Rechtsordnungen aber im Grundgedanken überein. Den Forderungen, der Schaden dürfe nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen (deutsches Recht), der Schaden müsse vernünftigerweise vorhersehbar sein (englisches Recht) und der Schaden müsse direkt und vorhersehbar sein (französisches Recht), liegt die gleiche Überlegung zugrunde: Ein Schaden soll nur ersetzbar sein, wenn er eine gewisse sachliche Nähe zur begangenen Pflichtverletzung aufweist. Das deutsche Recht, das französische Deliktsrecht und das englische Deliktsrecht dürften dabei insgesamt in etwa die gleichen Anforderungen an die Zurechenbarkeit stellen. Es ist allerdings zu bedenken, dass das französische Deliktsrecht für die Organmitgliedshaftung nur eine geringe Rolle spielt. Aussagekräftiger ist daher der Vergleich zum französischen Vertragsrecht. Es stellt höhere Anforderungen an die Zurechenbarkeit als das französische Deliktsrecht und damit wohl auch als das deutsche Recht und das englische Deliktsrecht. Das französische Vertragsrecht dürfte in etwa dem englischen Vertragsrecht entsprechen, das für die Organmitgliedshaftung allerdings nur eine geringe Bedeutung hat. Im Ergebnis lässt sich daher festhalten: Für die Organmitgliedshaftung sind die Anforderungen an die Zurechenbarkeit im französischen Recht in der Tendenz am höchsten, weil hier im Wesentlichen Vertragsrecht zur Anwendung kommt. Am geringsten sind die Anforderungen tendenziell im englischen Recht, da im Wesentlichen Deliktsrecht und Treuepflichtrecht anwendbar sind und die Zurechenbarkeit im Deliktsrecht in etwa der Zurechenbarkeit im deutschen Recht entspricht, während die Zurechenbarkeit für die Treuepflichten keine Rolle spielt. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass dies nur eine sehr grobe Leitlinie sein kann. Die Rechtsprechung ist in Fragen der Zurechenbarkeit typi-

[690] Hill v Rose (1990) VR 129, 144 (australisches Berufungsgericht); Worthington, S. 184; Butcher, S. 289 f, Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.27 f.

scherweise sehr einzelfallgeprägt, so dass verbindliche allgemeine Aussagen nur schwer zu treffen sind. Für die Bildung des folgenden gemeinsamen Prinzips soll diese Abstufung daher außen vor bleiben:

Außer bei Treuepflichtverletzungen ist ein Schaden nur ersetzbar, wenn er eine gewisse sachliche Nähe zur begangenen Pflichtverletzung aufweist.

2. Ausnahmen

Im französischen Recht und im englischen Recht existieren wichtige Ausnahmen von den unter 1. herausgearbeiteten Prinzipien. Beide Rechtsordnungen räumen ihren Gerichten in bestimmten Fällen ein sehr weites Ermessen im Hinblick auf den Haftungsumfang ein. Ein derartiger richterlicher Ermessenspielraum ist im deutschen Zivilrecht nur sehr selten anzutreffen[691]. Für die Organmitgliedshaftung sieht das deutsche Recht ihn nicht vor, so dass eine Prinzipienbildung nicht möglich ist.

Das englische Recht gewährt dem zuständigen Gericht über *Companies Act 1985, s. 727* die Möglichkeit, den Direktor einer Kapitalgesellschaft von der Haftung gegenüber der Gesellschaft ganz oder teilweise zu befreien. Sein Anwendungsbereich umfasst das gesamte Spektrum möglicher Haftungstatbestände[692]. Eine Haftungsbefreiung setzt voraus, dass der Direktor trotz Pflichtverletzung ehrlich und vernünftig handelte und dass alle Umstände des Einzelfalls eine Haftungsbefreiung angemessen erscheinen lassen[693]. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies auch dann, wenn der Direktor fahrlässig handelte. Auf den ersten Blick scheint es widersprüchlich zu sein, Fahrlässigkeit und vernünftiges Handeln gleichzeitig zu bejahen. Dies lässt sich jedoch dadurch in Einklang bringen, dass für die Fahrlässigkeit in Einklang mit der neueren Rechtsprechung ein objektiver Standard gilt[694], während *s. 727* auch die

[691] Eine der wenigen Ausnahmen existiert beim Schmerzensgeld nach § 253 II BGB.
[692] Companies Act 1985, s. 727 (1) erwähnt u.a. *negligence* und *breach of trust*.
[693] Companies Act 1985, s. 727 (1).
[694] S. 3. Teil, A I 2 a cc.

Berücksichtigung subjektiver Verantwortung erlaubt[695]. In der Anwendung des *s. 727* ist die Rechtsprechung sehr flexibel und einzelfallbezogen[696]. Für die Personengesellschaften fehlt eine entsprechende Vorschrift. Die *Law Commission* hat die Frage aufgeworfen, ob die Einführung einer gesetzlichen Regelung sinnvoll wäre[697].

Über einen ähnlichen Ermessensspielraum verfügt das Gericht im Rahmen der englischen Abwicklungshaftung[698] und der französischen Insolvenzhaftung[699]. In beiden Verfahren kann es den Umfang der Haftung nach eigenem Ermessen bestimmen[700]. Das Gericht kann sich damit vom konkret entstandenen Schaden als Maßstab für den Umfang der geschuldeten Ausgleichsverpflichtung vollständig lösen und in weitem Ausmaß Billigkeitserwägungen in seine Entscheidung einfließen lassen. Wie bei der Anwendung des *Companies Act 1985, s. 727* kann das Gericht die Haftung ganz ausschließen oder einen Haftungsbetrag festlegen, der unterhalb der Höhe des entstandenen Schadens liegt[701]. Im englischen Recht

---

[695] Lowry/Watson, Rn. 9.40; in diese Richtung auch Re D'Jan of London [1994] 1 BCLC, 561, 564, HC; für Zurückhaltung bei Berücksichtigung subjektiver Aspekte Griffin, Company Law, S. 262.

[696] Beispielsfälle für vollständige Haftungsbefreiung aus der Rechtsprechung: Re Welfab Engineers Ltd [1990] BCLC, 833, 838, HC (ehrliches Interesse, das Unternehmen zu retten); Re Claridges Patent Asphalte Co [1921] 1 ChD, 543, 548 f, HC (Treuepflichtverletzung als Folge einer falschen Beratung durch Dritte); Beispielsfälle für eine Haftungsbeschränkung: Vorinstanz der Entscheidung Cohen v Selby [2001] 1 BCLC, 176, 182, die vom *Court of Appeal* aus anderen Gründen aufgehoben wurde (Haftungsbeschränkung auf 10 % der Schadenssumme weil Direktor 21 Jahre alt war und seine Aufsichtspflicht gegenüber dem eigenen Vater verletzt hatte); Re D'Jan of London Ltd [1994] 1 BCLC, 561, 564, HC (Haftung des Direktors beschränkt sich darauf, dass er keine eigenen Forderungen gegen die insolvente Gesellschaft zur Tabelle anmelden darf. Gründe: nur leichte Fahrlässigkeit, Unternehmen war zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung noch gesund, so dass zu diesem Zeitpunkt nur Organmitglied und seine Frau als einzige Gesellschafter wirtschaftlich beeinträchtigt waren).

[697] Law Commission , Partnership Law, Rn. 14.5 f.

[698] S. hierzu 4. Teil, A I 2 b aa.

[699] S. hierzu 4. Teil, A I 2 b bb.

[700] Art. 624-3 al. 1 Code de commerce; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2437; Insolvency Act 1986 s. 212 (3), Totty/Moss/*Simmons & Bristoll*, Rn. B1-31; Palmer's Corporate Insolvency/*Bennett & Fletcher*, Rn. 1.213.

[701] Cass. com., 10.11.1958, Bull. civ. III, Nr. 384 *(SA)*. Beispiele aus der Rechtsprechung: CA Aix, 23.5.1973, D. 1973, Som., 111 für *SA* (Haftungsreduzierung wegen Übernahme einer persönlichen Bürgschaftsverpflichtung als Versuch, das Unternehmen zu retten); CA Versailles, 27.9.2001, Bull. Joly 2002, § 7 (Haftungsreduzierung wegen schwieriger persönliche Umstände); Re Home & Colonial Insurance Co Ltd [1930] 1 ChD, 101, 131 ff und Derek Randall Enterprises Ltd [1990] BCC, 749, 759, CA (jeweils Haftungsreduzierung, weil Schadenssumme höher als Verbindlichkeiten der Gesellschaft).

führt dies insoweit zu Überschneidungen mit *s. 727*[702]. Andererseits kann das Gericht einen Haftungsbetrag festlegen, der die Höhe des entstandenen oder nachgewiesenen Schadens übersteigt. Damit können insbesondere Beweisschwierigkeiten überwunden werden. Im französischen Recht unterliegt das richterliche Ermessen aber zwei Einschränkungen. Zum einen darf die angeordnete Haftungssumme den Fehlbetrag zwischen Aktiv- und Passivvermögen nicht übersteigen[703]. Im englischen Recht hat das Gericht dagegen theoretisch die Möglichkeit, über den Fehlbetrag hinauszugehen, damit das Vermögen der Gesellschaft zu schonen und ihr dadurch einen Neuanfang zu erleichtern. Zum anderen muss der Geschäftsführungsfehler bei der Insolvenzhaftung einen Schaden verursacht haben, wie gering er auch sein mag. Das ergibt sich daraus, dass der Geschäftsführungsfehler zum Fehlbetrag beigetragen haben muss[704]. Der englische Richter kann demgegenüber eine Haftung theoretisch auch in den Fällen anordnen, in denen kein Schaden entstanden ist. Das englische Recht räumt den Gerichten damit insgesamt mehr Spielraum nach oben ein. Ein Blick auf die veröffentlichte Rechtsprechung lässt für die Anwendungspraxis allerdings ein umgekehrtes Bild erkennen. Die französischen Gerichte setzen immer wieder Haftungsbeträge fest, die die Höhe des entstandenen Schadens überschreiten[705]. Dagegen scheinen die englischen Gerichte ihr Ermessen fast nur zugunsten der betroffenen Organmitglieder auszuüben, wenn sie keinen reinen Schadensausgleich anordnen[706].

---

[702] S. z.B. Re D'Jan of London Ltd [1994] 1 BCLC, 561, 564, HC, wo das Gericht im Rahmen des Abwicklungshaftungsverfahrens *s. 727* anwendet; hierzu Griffin, Directors' Liabil ity, Kap. 2.5.

[703] Cass. com., 16.2.1993, RJDA 6/93, Nr. 512; Cass. com. 23.1.1996, D. 1996, Inf. rap., 132; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2429; Jacquemont, Rn. 738; Hadji-Artinian, Rn. 1003.

[704] Art. L. 624-3 al. 1 Code de commerce; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2428.

[705] S. z.B. Cass. com., 30.11.1993, Bull. Joly 1994, § 122 für *SARL* (Weiterführung einer Gesellschaft über zwei Jahre trotz Insolvenzreife) und Cass. com., 28.3.2000, Bull. Joly 2000, § 134 (völlige Passivität und Verzicht auf Buchführung über mehrere Monate).

[706] In der einschlägigen Literatur werden diesbezüglich jedenfalls nur Entscheidungen zitiert, in denen der Haftungsbetrag unter dem entstandenen Schaden angesetzt wurde (vgl. hierzu Griffin, Directors' Liability, Kap. 2.7; Keay (2002) JBL, 379,404 f).

IV. Wegfall der Haftung

1. Billigung und Verzicht

Die Gesellschaft kann -wie jeder andere Gläubiger auch- grundsätzlich auf Ansprüche verzichten. Für Ansprüche der Gesellschaft aus Organmitgliedshaftung unterliegt dieser Grundsatz in allen untersuchten Rechtsordnungen gewissen Einschränkungen, die teils dem Schutz der Gesellschafterminderheit, überwiegend aber dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft dienen.

a) Deutsches Recht

aa) Entlastung

Unter Entlastung ist die Billigung der Arbeit eines Organmitglieds durch die Gesellschafter zu verstehen[707]. Bei der AG entfaltet die Entlastung keine Verzichtswirkung[708]. Bei den übrigen Gesellschaften führt sie dagegen als gesellschaftsrechtliches Institut eigener Art zur Präklusion aller Ansprüche, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung bekannt oder erkennbar waren[709].

Das Gesetz bestimmt für die GmbH, dass der betroffene Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht an der Abstimmung über die Entlastung teilnehmen darf[710]. Für die Personengesellschaften gilt dies entsprechend[711].

---

[707] § 120 II 1 AktG; BGHZ 94, 324, 326 (GmbH); Schmidt, § 14 VI 1; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 67.
[708] § 120 II 2 AktG.
[709] BGHZ 94, 324, 326 (GmbH); BGH, NJW-RR 1987, 869, 870 (KG); Schmidt, § 14 VI 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 46, Rn. 30; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 67, 70; Michalski, OHG, § 114, Rn. 27.
[710] § 47 IV 1 GmbHG.
[711] Staub/*Ulmer*, § 119, Rn. 66; Schmidt, § 21 II 2 b; Schlegelberger/*Martens*, § 119, Rn. 39.

bb) Verzicht

Die AG kann erst drei Jahre nach Entstehung eines Ersatzanspruchs gegen ein Organmitglied auf diesen verzichten[712]. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt ist[713]. Die Hauptversammlung muss einem Verzicht oder Vergleich zustimmen, wobei für diesen Beschluss eine Sperrminorität von 10 % besteht[714]. Die Zuständigkeit für die Verzichtshandlung liegt beim Aufsichtsrat, wenn der Anspruch sich gegen ein Vorstandsmitglied richtet, andernfalls beim Vorstand[715].

Bei den übrigen Gesellschaften unterliegen Rechtshandlungen mit Verzichtswirkung der Gesellschaft gegenüber einem Organmitglied grundsätzlich keinen besonderen Beschränkungen[716]. Eine Ausnahme gilt bei der GmbH für Verstöße gegen Vorschriften, die der Vermögenserhaltung aus Gründen des Gläubigerschutzes dienen. Das betrifft das Verbot einer Vermögenszuwendung an die Gesellschafter, die das Nominalkapital beeinträchtigt, und das Verfügungsverbot nach Insolvenzreife[717]. In diesen Fällen ist ein Vergleich oder Verzicht unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist[718]. Dies gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt ist[719].

---

[712] § 93 IV 2 AktG. Unter Verzicht in diesem Sinne ist jede Rechtshandlung zu verstehen, die im Ergebnis zum Anspruchsverlust führt, so insbesondere ein Erlassvertrag (Hüffer, § 93, Rn. 28). Zum Verzichtsbegriff im allgemeinen Schuldrecht Ermann/*Westermann*, § 397, Rn. 1.
[713] § 93 IV 3 AktG. Im Rahmen eines Insolvenzplans sind Anspruchskürzungen mit oder ohne Zustimmung der Gläubigers möglich (s. § 224 InsO).
[714] § 93 IV 2 AktG.
[715] §§ 112 AktG, 78 I AktG.
[716] Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 37; Raiser, § 32, Rn. 96; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 64.
[717] Zu den Pflichten selbst 3. Teil, B II 1 b aa und 6.
[718] §§ 43 III 2, 64 II 3, 9 b I 1 GmbHG.
[719] §§ 43 III 2, 64 II 3, 9b I 2 GmbHG.

Für den Verzicht sind bei der GmbH und den Personengesellschaften die Gesellschafter zuständig[720]. An der Entscheidung über den Verzicht darf der Ersatzpflichtige in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht mitwirken[721].

b) Französisches Recht

Der französische Gesetzgeber bestimmt für alle hier untersuchten Gesellschaften, dass keine Entscheidung der Gesellschafterversammlung dazu führen kann, dass ein Anspruch der Gesellschaft gegen ein Organmitglied wegen einer Pflichtverletzung nicht mehr eingeklagt werden kann[722]. Die Unmöglichkeit des Klageausschlusses gilt für alle Arten von Entscheidungen, die im Ergebnis dazu führen, dass ein Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dazu zählt die in der Praxis häufig erteilte Entlastung *(quitus)*[723], aber auch der Forderungsverzicht *(renonciation)*[724] oder die Genehmigung *(ratification)* eines Geschäfts, das sich als Pflichtverletzung darstellt (z.B. wegen einer Kompetenzüberschreitung)[725].

c) Englisches Recht

Die nachträgliche Genehmigung einer Handlung *(ratification)*, die sich als Pflichtverletzung darstellt, ist im englischen Gesellschaftsrecht

[720] BGH WM 1968, 114, 115 (GmbH); Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 190; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 37.
[721] § 47 IV 1 GmbHG; Michalski/*Römermann*, § 47, Rn. 196; Staub/*Ulmer*, § 119, Rn. 66; Schmidt, § 21 II 2 b; Schlegelberger/*Martens*, § 119, Rn. 39.
[722] Art. L. 225-253 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-253 al. 2 i.V.m. L. 225-256 al. 1 und L. 225-257 al. 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 5 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 3 i.V.m.1834 Code civil (Personengesellschaften). Der einzelne Gesellschafter kann dagegen auf seine individuellen Ansprüche gegen ein Organmitglied verzichten (näher Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 93; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2862).
[723] Cass. com., 15.12.1987, Bull. civ. IV, Nr. 280; Hadji-Artinian, Rn. 961; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de SARL, Rn. 58; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 126; Hémard/Terré/Mabilat, Rn. 1213.
[724] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 127; Hémard/Terré/Mabilat, Rn. 1213.
[725] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 73; Hémard/Terré/Mabilat, Rn. 1213.

grundsätzlich anerkannt[726]. Unter Genehmigung in diesem Sinne fällt auch der Anspruchsverzicht[727]. Die Genehmigung führt dazu, dass ein möglicher Haftungsanspruch erlischt[728]. Für den praktisch wichtigen Fall, dass die Pflichtverletzung in einer Kompetenzüberschreitung besteht, bestimmt das Gesetz bei der *company*, dass die Genehmigung des Geschäfts und die Haftungsbefreiung in zwei separaten Beschlüssen vorzunehmen sind[729].

Aus Gründen des Gläubigerschutzes hat die Rechtsprechung die Möglichkeit der haftungsbefreienden Genehmigung bei Kapitalgesellschaften eingeschränkt, wenn sich die Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten befindet. Eine Genehmigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist generell unwirksam[730]. Eine Genehmigung, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erteilt wird, ist unwirksam, wenn sie die Gläubiger schädigt *(fraud on creditors)*[731].

Für die Genehmigung sind die Gesellschafter zuständig[732]. Grundsätzlich darf der Betroffene mitstimmen, es sei denn, dass dies zu einer treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung führen würde[733]. Eine treuwidrige Minderheitenbenachteiligung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die genehmigte Pflichtverletzung in einer zweckwidrigen Vermögens-

---

[726] Re Horsley & Weight Ltd [1982] ChD, 452, 454 f, CA und Multinational Gas v Multinational Gas Services [1983] 2 All ER, 563, 571, CA (jeweils *company*); Lowry/Watson, Rn. 9.24; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.2; Blackett-Ord, Rn. 10.12, 12.96, 12.122; Lindley/Banks, Rn. 20-15; Morse, S. 95.

[727] Näher Ferran, S. 146 f; vgl. auch Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.2, 19.5.8. Teilweise ist auch der Begriff *waiver* gebräuchlich (s. z.B. Prime/Scanlan, Partnership, S. 231; Blackett-Ord, Rn. 10.12, 12.96).

[728] Bamford v Bamford [1970] ChD, 212, 237 f, CA *(company)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.2; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3033.

[729] Companies Act 1985, s. 35A (3), Satz 2.

[730] Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd [1986] ChD 447, 456, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.6.

[731] Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corporation [1986] ChD, 246, 296, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.6; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3033.

[732] Bamford v Bamford [1970] ChD, 212, 238, CA *(company)*; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7 (1), Rn. 585, 596, Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.3.

[733] Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3033; Griffin, Company Law, S. 261; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.5; Ferran, S. 144; näher zur treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung 3. Teil, B II 2 c.

verwendung besteht[734].

d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

Eine Prinzipienbildung kommt für die Personengesellschaften nicht in Betracht. Das französische Recht verwehrt der Gesellschaft jede Möglichkeit, auf Ersatzansprüche gegen das Organmitglied zu verzichten. Im Gegensatz hierzu gewähren das deutsche und das englische Recht den Personengesellschaften übereinstimmend eine umfassende Befugnis zum Verzicht.

Für die geschlossenen Kapitalgesellschaften gilt ebenfalls, dass ein Verzicht im deutschen und im englischen Recht in weitem Umfang zulässig, im französischen Recht dagegen prinzipiell unzulässig ist. Eine Prinzipienbildung ist daher von vornherein nur für die Ausnahmefälle möglich, in denen ein Verzicht auch nach deutschem und nach englischem Recht unzulässig ist. Dabei weisen die Regelungen in den beiden letztgenannten Rechtsordnungen deutliche Parallelen auf. Die geschlossene Kapitalgesellschaft kann nach deutschem Recht nicht auf Ansprüche aus der Verletzung gläubigerschützender Vorschriften verzichten, soweit das Geld zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft benötigt wird. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt das englische Recht, indem es einen Verzicht für unwirksam erklärt, wenn er in der wirtschaftlichen Krise ergeht und die Gläubiger schädigt. Unterschiede finden sich im Präzisionsgrad der Lösungsansätze. Die deutsche Regelung macht genaue Vorgaben, ob und inwieweit ein Verzicht unwirksam ist. Der von der englischen Rechtsprechung entwickelte Grundsatz hat dagegen den Charakter einer Generalklausel, die im Einzelfall eine flexible Handhabung erlaubt. Für den Fall der unzulässigen Vermögensverfügung bei Insolvenzreife der Gesellschaft ist ein Verzicht aber in beiden Rechtsordnungen zweifelsfrei unzulässig. Im deutschen Recht ist dies ausdrücklich für den Fall geregelt, dass das Vermögen, über das verfügt worden ist, zur Befriedigung der Gläubiger benötigt worden wäre. Diese Situation liegt faktisch immer vor.

[734] Cooks v Deeks [1916] 1 AC, 554, 564, PC; Gowers/Davies, S. 437 ff; Ferran, S. 147 ff; Charlesworth/Morse, S. 303.

Im englischen Recht folgt dies daraus, dass in der wirtschaftlichen Krise gläubigerschädigende Vermögensverfügungen[735] und gläubigerschädigende Genehmigungen unzulässig sind. Gläubigerschädigend ist eine Vermögensverfügung jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft insolvenzreif ist. Diese Verfügung löst dann einen Ersatzanspruch aus, der nicht verzichtbar ist, weil die verzichtende Genehmigung wiederum gläubigerschädigend wäre. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die geschlossene Kapitalgesellschaft kann zumindest nicht auf den Schadensersatzanspruch verzichten, der auf einer unzulässigen Vermögensverfügung bei Insolvenzreife der Gesellschaft beruht.

Das Verbot nominalkapitalbeeinträchtigender Auszahlungen bei der GmbH wird vom umfassenderen Verbot für die *company* abgedeckt, Zahlungen vorzunehmen, die nicht durch Gewinne gedeckt werden. Im deutschen Recht ist der Verzicht unzulässig, wenn das Vermögen, über das verfügt worden ist, zur Befriedigung der Gläubiger benötigt worden wäre. Im englischen Recht ist der Verzicht unzulässig, wenn er die Gläubiger schädigt. Das läuft auf das Gleiche hinaus. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die geschlossene Kapitalgesellschaft kann auf den Schadensersatzanspruch, der auf einer nominalkapitalbeeinträchtigenden Vermögenszuwendung an die Gesellschafter beruht, zumindest dann nicht verzichten, wenn dies die Gläubiger schädigen würde.

Bei den offenen Kapitalgesellschaften sind die Abweichungen zwischen dem deutschen und dem englischen Recht gewichtiger. Das deutsche Recht unterwirft den Verzicht hinsichtlich aller Ansprüche hohen verfahrensrechtlichen Hürden (Bedenkfrist, Vetorecht einer Minderheit), für die es im englischen Recht keine Entsprechung gibt. Auf der anderen Seite fehlt jede materiellrechtliche Beschränkung, wie sie das englische Kapitalgesellschaftsrecht in Gestalt der Unzulässigkeit eines gläubigerschädi-

[735] Hierzu 3. Teil, B II 6.

genden Verzichts kennt. Eine Prinzipienbildung scheidet hier daher aus.

Für den Verzicht sind im englischen und im deutschen Recht für alle untersuchten Gesellschaften mit Ausnahme der AG die Gesellschafter zuständig. Eine Angleichung an die Rechtslage bei den anderen Gesellschaften und speziell an das englische Recht schafft das deutsche Aktienrecht aber dadurch, dass es als Zusatzvoraussetzung eine Zustimmung der Gesellschafter verlangt. Keine Übereinstimmung gibt es schließlich bei der Frage, ob das betroffene Organmitglied in seiner Eigenschaft als Gesellschafter in eigener Sache über den Verzicht beschließen kann. Das deutsche Recht verneint diese Frage, das englische Recht bejaht sie grundsätzlich.

2. Zeitablauf

Zeitablauf kann der Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs in Form der Verjährung entgegenstehen. Im deutschen und im englischen Recht kann ein Anspruch auch verwirkt werden[736]. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich auf die Verjährung, da sie im Vergleich zur Verwirkung wesentlich praxisrelevanter ist. Abweichendes gilt nur für das englische Personengesellschaftsrecht, so dass dort auf die Verwirkung einzugehen ist.

a) Verjährung und Verwirkung

Im deutschen und im französischen Recht findet Verjährungsrecht auf alle hier untersuchten Ansprüche Anwendung. Die Lösungen, die das englische Recht zur Frage des Rechtsverlusts durch Zeitablauf entwickelt hat, sind vom Gegensatz von *common law* und *equity* geprägt. Ansprüche aus *common law* sind dem Verjährungsrecht in umfassender Weise unterworfen, bei Ansprüchen aus *equity* ist dies nicht ohne weiteres der Fall[737]. Für Fälle des *breach of trust* schreibt *Limitation Act 1980, s. 21*

[736] Das französische Recht kennt keine Verwirkung.
[737] S. Limitation Act 1980, s. 36. Der Anspruch kann allerdings verwirken (s.u. unter c)).

die Anwendbarkeit des Verjährungsrechts vor, sofern die Pflichtverletzung nicht betrügerischen Charakter hat[738]. Nach neuerer Rechtsprechung gilt diese Vorschrift analog für alle Schadensersatzansprüche aus Treuepflichtverletzung[739].

Bei den englischen Personengesellschaften besteht die Besonderheit, dass Ansprüche im Innenverhältnis nur im Rahmen eines gerichtlich begleiteten Verrechnungsverfahrens geltend gemacht werden können[740]. Der Antrag auf Anordnung eines solchen Verfahrens unterliegt keiner Verjährung, solange die Gesellschaft besteht[741]. Das kann dazu führen, dass bestimmte Ansprüche auch noch Jahrzehnte nach ihrem Entstehen im Rahmen eines Verrechnungverfahrens unter den Gesellschaftern geltend gemacht werden können[742]. Nach Auflösung der Gesellschaft unterliegt die Geltendmachung eines Anspruchs im Wege des Verrechnungsverfahrens den gewöhnlichen Verjährungsregeln[743].

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass das englische Recht alle Schadensersatzansprüche gegen das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft der Verjährung unterwirft. Gleiches gilt für die Schadensersatzansprüche gegen das Organmitglied einer Personengesellschaft nach ihrer Auflösung[744]. Hiervon ausgenommen sind nur Ansprüche aus Treuepflichtverletzungen, die betrügerischen Charakter haben. Diese eng begrenzte Ausnahme soll jedoch der Bildung der folgenden gemeinsamen Prinzipien nicht entgegenstehen:

---

[738] S. Absätze (3), (1) (a).

[739] Paragon Finance v DB Thakerar [1999] 1 All ER, 400, 415, CA; Coulthard v Disco Mix [1999] 2 All ER, 457, 478 f, HC; Prime/Scanlan, Limitation, S. 301; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.21.6; McGee/Scanlan (2001) CJQ, 171, 178 ff; Birks/*Birks & Mitchell*, Rn. 15.286; a.A. noch Nelson v Rye [1996] 2 All ER, 186, 199, HC und wohl auch Tito v Wadell Nr. 2 [1977] 3 All ER, 129, 245 ff, HC. Limitation Act 1980, s. 36(1) lässt eine analoge Anwendung ausdrücklich zu.

[740] Näher 4. Teil, A VIII 1.

[741] Barton v North Staffordshire Railway Co (1888) 38 ChD, 458, 463, HC; Blackett-Ord, Rn. 12.109; Prime/Scanlan, Partnership, S. 227; McGee/Scanlan (2001) CJQ, 171, 177.

[742] Beispielsfall aus der Rechtsprechung Betjemann v Betjemann [1895] 2 ChD, 474, CA; hierzu Lindley/Banks, Rn. 23-33.

[743] Limitation Act 1980, s. 23; Blackett-Ord, Rn. 12.110; Prime/Scanlan, S. 227.

[744] Strenggenommen könnte hier argumentiert werden, dass dann überhaupt kein Anspruch mehr besteht, weil der Gläubiger (die Gesamtheit der Gesellschafter) nicht mehr existiert. Aber der Anspruch verteilt sich dann auf die einzelnen Gesellschafter, so dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise kein Unterschied besteht.

Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft unterliegen der Verjährung. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder einer Personengesellschaft nach Auflösung der Gesellschaft.

b) Voraussetzungen der Verjährung

aa) Länge der Verjährungsfrist

(1) Deutsches Recht

Für Ansprüche, die auf die speziellen Haftungstatbestände des AktG und des GmbHG gestützt werden, sieht das Gesetz eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor[745]. Bei den Personengesellschaften gilt für die Verjährung mangels spezialgesetzlicher Vorschriften nach überwiegender Ansicht allgemeines Recht[746]. Einschlägig ist hier die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist[747]. Die regelmäßige Verjährungsfrist ist auch auf deliktische Ansprüche anwendbar[748]. Bedeutung hat dies in erster Linie für Kapitalgesellschaften, bei denen deliktische Ansprüche in Konkurrenz zu den Ansprüchen aus AktG und GmbHG treten können und daher nach eigenen Regeln verjähren[749].

Besonderheiten gelten bei einem Verstoß gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot. Hier sieht das Gesetz für die AG und die OHG eine kurze Verjährungsfrist von drei Monaten vor[750]. Für vertragliche Erweiterungen des Wettbewerbsverbots, wie z.B. das nachvertragliche Wettbe-

[745] §§ 93 VI AktG, 43 IV, 64 II 3 GmbHG. Das betrifft auch die Ansprüche aus einem etwaigen Dienstvertrag (s. 4. Teil, A I 1 a bb (1)).
[746] Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 42; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 21; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 47, Rn. 31; a.A. Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 65, der für eine analoge Anwendung der Verjährungsvorschriften aus dem Kapitalgesellschaftsrecht plädiert.
[747] § 195 BGB.
[748] Palandt/*Heinrichs*, § 195, Rn. 4.
[749] BGHZ 100, 190, 200 (GmbH); Hüffer, § 93, Rn. 36; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 93, Rn. 156.
[750] §§ 88 III 1 AktG, 113 III, 1. HS HGB.

werbsverbot, gilt dies dagegen nicht[751]. Nach herrschender Meinung sind die Vorschriften, die die kurze Verjährungsfrist festschreiben, auf die GmbH nicht analog anwendbar, so dass hier die fünfjährige Verjährungsfrist gilt[752]. Gleiches dürfte für die GbR gelten. Die kurze Verjährungsfrist gilt nach überwiegender Auffassung auch nicht für konkurrierende Ansprüche, die auf einen anderen Haftungstatbestand gestützt werden können[753]. Von Bedeutung ist dies insbesondere in den Fällen, in denen das Organmitglied zugleich gegen das Geschäftschancenverwertungsverbot verstößt[754].

(2) Französisches Recht

Für die Ansprüche gegen Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft gilt eine spezialgesetzliche dreijährige Verjährungsfrist[755]. Sie greift auch für die Haftung aus nicht genehmigten Verträgen zwischen Organmitglied und Gesellschaft, für die Spezialtatbestände einschlägig sind[756]. Für die Insolvenzhaftung und die erweiterte Insolvenzhaftung gilt ebenfalls eine dreijährige Verjährungsfrist[757]. Bei den Personengesellschaften ist außerhalb der Insolvenzhaftung oder der erweiterten Insolvenzhaftung auf die

[751] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 88, Rn. 23; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Mattfeld*, Bd. 1, § 53, Rn. 54; Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 29; differenzierend Schlegelberger/*Martens*, § 113, Rn. 2.
[752] BGH, WM 1989, 1335, 1338; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 263; Hachenburg/*Mertens*, § 43, Rn. 39; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 132 mit Nachweisen zur Gegenmeinung.
[753] BGH, WM 1971, 412, 413 f und BGH, WM 1972, 1229, 1230 (jeweils KG); Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 113, Rn. 11; Schlegelberger/*Martens*, § 113, Rn. 27; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 88, Rn. 23; wohl auch Hüffer, § 88, Rn. 9; a.A. Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 429; Kübler, FS Werner, 1984, 437, 448.
[754] Vgl. als Beispielsfall BGH, WM 1972, 1229 (KG).
[755] Art. L. 225-254, Satz 1 *(SA klassischen Typs)*, L. 225-254, Satz 1 i.V.m. L. 225-256 al. 1 und L. 225-257 al. 2 *(SA neuen Typs)*, L. 223-23 Satz 1 Code de commerce *(SARL)*. Wenn die Pflichtverletzung zugleich ein Verbrechen *(crime)* ist, beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre (art. L. 225-254, Satz 2, L. 223-23, Satz 2 Code de commerce). Die Bedeutung dieser Vorschriften ist für die Innenhaftung des Organmitglieds jedoch sehr gering, da insbesondere *abus de biens* und *abus de confiance* als einschlägige Delikte (s. 5. Teil, A I) aufgrund ihres zu niedrigen Strafhöchstmaßes von fünf bzw. drei Jahren keine Verbrechen sind (näher zum Verbrechensbegriff Desportes/Le Gunehec, Rn. 120, 122 und art. 131-1 Code pénal, vgl. auch art. 111-1 Code pénal; zur Übertragbarkeit des strafrechtlichen Verbrechensbegriffs auf das Gesellschaftsrecht Lefebvre SARL, Rn. 40145).
[756] Balensi, Rn. 243; s. 4. Teil, A I 1 b aa.
[757] Art. L. 624-3 al. 2 (Insolvenzhaftung), L. 624-5 IV Code de commerce (erweiterte Insolvenzhaftung).

allgemeine Verjährungsfrist im Vertragsrecht zurückzugreifen[758]. Sie beträgt dreißig Jahre[759]. Für alle Gesellschaften ist bei Anwendbarkeit des Deliktsrechts daneben noch die zehnjährige Verjährungsfrist für deliktische Ansprüche einschlägig[760]. Bei der zivilrechtlichen Nebenklage im Strafverfahren ist allerdings zu beachten, dass der Anspruch nicht mehr nach Ablauf der strafrechtlichen Verjährungsfrist geltend gemacht werden kann[761].

(3) Englisches Recht

Da keine besonderen Verjährungsvorschriften für die Organmitgliedshaftung existieren, ist in vollem Umfang auf allgemeines Verjährungsrecht zurückzugreifen. Es ist im *Limitation Act 1980* geregelt. Für die im Rahmen der Organmitgliedshaftung relevanten Ansprüche gilt eine Verjährungsfrist von sechs Jahren. Das betrifft Ansprüche aus Delikt[762], aus Treuepflicht[763] und aus Vertrag[764] sowie gesetzlich normierte Ansprüche[765]. Im Rahmen der Abwicklungshaftung gelten keine Besonderheiten[766].

(4) Rechtsvergleichung

Das deutsche und das französische Recht sind im Gegensatz zum englischen Recht durch ein Nebeneinander von allgemeinen und speziellen Verjährungsvorschriften und durch große Unterschiede bei der Fristlänge

[758] Cass. com., 17.4.1972, Bull. civ. IV, Nr. 111 *(SNC)*; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7865; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Fasc. 48-40, Rn. 68; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 30; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Gérant de société en nom collectif, Rn. 23; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 96; Lefebvre dirigeants, Rn. 14454.
[759] Art. 2262 Code civil.
[760] Art. 2270-1 al. 1 Code civil; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars* , Fasc. 132-10, Rn. 132.
[761] Art. 10, Satz 2 Code de procédure pénale.
[762] Limitation Act 1980, s. 2; hierzu Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.91; für Anwendung des s. 21 (3) auf solche Fälle dagegen Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3030 und Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.554, was im Ergebnis aber keinen Unterschied macht.
[763] Limitation Act 1890, s. 21 (3) analog (s.o. unter a)).
[764] Limitation Act 1980, s. 5.
[765] Limitation Act 1980, s. 9 (1).
[766] Hanson/Wilkinson, S. 202.

gekennzeichnet. Als einzige Rechtsordnung verfügt das englische Recht über eine einheitliche Verjährungsfrist für die Organmitgliedshaftung. Für ihre Dauer von sechs Jahren gibt es im deutschen und im französischen Recht keine Entsprechung. Auch ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem französischen Recht fördert keine Gemeinsamkeiten zutage. Im deutschen Recht gilt bei Personengesellschaften eine dreijährige Verjährungsfrist, im französischen Recht dagegen eine dreißigjährige Verjährungsfrist. Umgekehrt gilt im französischen Recht eine dreijährige Verjährungsfrist bei Kapitalgesellschaften, während sie im deutschen Recht fünf Jahre beträgt. Zur kurzen Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche aus pflichtwidrigen Wettbewerbshandlungen im deutschen Recht gibt es im französischen Recht keine Parallele. Insgesamt vermitteln die verschiedenen Regeln über die Länge der Verjährungsfrist bei der Organmitgliedshaftung in Deutschland und in Frankreich das Bild eines zufallsgeprägten Nebeneinanders. Deutlich wird dies daran, dass die Verjährungsvorschriften für Kapitalgesellschaften in Deutschland länger sind als für Personengesellschaften, während dies in Frankreich genau umgekehrt ist, ohne dass in einer der beiden Rechtsordnungen ein sachlicher Grund für die Differenzierung erkennbar wäre.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die untersuchten Rechtsordnungen bezüglich der Länge der Verjährungsfrist keine Gemeinsamkeiten aufweisen. Punktuelle Gemeinsamkeiten zwischen dem deutschen Recht und dem englischen Recht einerseits und dem französischen Recht und dem englischen Recht andererseits gäbe es nur, wenn die allgemeine Verjährungsfrist in England entsprechend einem Reformvorschlag der *Law Commission* auf drei Jahre verkürzt werden würde[767]. Doch auch dann gäbe es für keinen Fall eine einheitliche Verjährungsfrist in allen drei Rechtsordnungen. Eine Prinzipienbildung scheidet aus.

bb) Laufzeitbeginn der Verjährungsfrist

Es existieren vier Zeitpunkte, ab denen eine Verjährungsfrist für einen

[767] Law Commission, Limitation, Rn. 3.95 ff.

Schadensersatzanspruch üblicherweise zu laufen beginnt. Der Fristlauf kann mit der Pflichtverletzung selbst (s. nachfolgend (1)), mit Schadenseintritt (s. nachfolgend (2)), mit Erkennbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen (s. nachfolgend (3)) oder mit Kenntnis von diesen Tatsachen beginnen (s. nachfolgend (4)). Für die Organmitgliedshaftung in den untersuchten Rechtsordnungen kommt jede dieser Alternativen zur Anwendung. Anders ist dies nur für die Insolvenzhaftung und die erweiterte Insolvenzhaftung im französischen Recht. Anknüpfungszeitpunkt für den Laufzeitbeginn ist hier der Gerichtsbeschluss, der entweder die endgültige Abwicklung der Gesellschaft anordnet oder das Insolvenzverfahren beendet[768]. Auch daran wird der völlig eigenständige Charakter dieser beiden Haftungsvarianten deutlich.

(1) Pflichtverletzung

Die spezielle Verjährungsfrist nach *Code de commerce* läuft grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung[769]. Beim Fehlen einer nachträglichen Zustimmung der Gesellschafter zu einem Vertrag zwischen Organmitglied und Gesellschaft ist der Vertragsschluss selbst die Pflichtverletzung und damit Ausgangspunkt des Fristlaufs[770].

Im englischen Recht beginnt der Lauf der Verjährungsfrist grundsätzlich, sobald ein Anspruch einklagbar ist[771]. Manche Pflichtverletzungen begründen aus sich heraus einen einklagbaren Anspruch *(actionable per se)*, ohne dass es zu einem Schaden gekommen sein muss. Das betrifft

[768] Art. L. 624-3 al. 2 (Insolvenzhaftung), L. 624-5 IV Code de commerce (erweiterte Insolvenzhaftung); näher zu diesen Haftungsformen 4. Teil, A I 2 b.
[769] Art. L. 225-254, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L.225-254, Satz 1 i.V.m. L. 225-256 al.1 und L. 225-257 al. 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-23, Satz 1 Code de commerce *(SARL)*. Mit dem vom Gesetzgeber verwendeten Begriff *fait dommageable* ist nicht der ersatzfähige Schaden gemeint (Schluss aus art. L. 225-254, Satz 2 und L. 223-23, Satz 2 *(SARL)* Code de commerce; ausdrücklich auch Cass. com., 2.5.1983, Bull. Civ. IV, Nr. 128 für *SA*).
[770] Cass. com., 21.1.1997, Bull. Joly 1997, § 125 *(SARL)*; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 96; s. zur Notwendigkeit der Zustimmung 3. Teil, B II 4 b bb.
[771] Halsbury/*Redmond-Cooper*, Bd. 28, Rn. 820; vgl. auch Limitation Act 1980, ss. 2, 5, 21 (3).

insbesondere die Verletzung von Treuepflichten[772] und die Verletzung vertraglicher Pflichten[773]. In diesen Fällen beginnt die Verjährungsfrist bereits mit der Pflichtverletzung[774]. Der Laufzeitbeginn bei gesetzlich fixierten Ansprüchen ist einzelfallabhängig[775].

(2) Eintritt des Schadens

Der Fristlauf für die Organmitgliedshaftung nach AktG und GmbHG beginnt mit der Entstehung des Anspruchs[776]. Das setzt eine Pflichtverletzung und einen dem Grunde nach bestehenden Schaden voraus[777]. Die allgemeine dreißigjährige Verjährungsfrist im französischen Recht läuft ebenfalls ab Eintritt des ersatzfähigen Schadens[778]. Gleiches gilt schließlich auch für einen Anspruch aus *negligence*, der erst mit Entstehen des Schadens geltend gemacht werden kann[779]. Der Ablauf der Verjährungsfrist tritt bei *negligence* aber frühestens drei Jahre nach dem Zeitpunkt ein, an dem der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt[780]. Der Anspruch aus *negligence* verjährt spätestens 15 Jahre nach der Pflichtverletzung[781].

(3) Erkennbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen

Die regelmäßige Verjährungsfrist nach BGB beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den

[772] Thorne v Heard and Marsh (1894) 1 ChD, 599, 603, CA; Prime/Scanlan, Limitation, S. 290 f; Oughton/Lowry/Merkin, S. 375; nähere Analyse des Urteils bei McGee, Rn. 14.012.
[773] Gibbs v Guild (1881) 8 QB, 296, 302, HC; Prime/Scanlan, Limitation, S. 108; McGee, Rn. 10.002; Law of Contract, Rn. 6.187.
[774] Ist noch kein Schaden eingetreten, erhält der Kläger nominellen Schadensersatz *(nominal damages)* (Prime/Scanlan, Limitation, S. 108; McGregor, Rn. 428 f).
[775] Prime/Scanlan, Limitation, S. 131 f; näher Oughton/Lowry/Merkin, S. 416 ff. Für die Ansprüche aus Companies Act 1985, ss. 322, 341 ist die Frage des Laufzeitbeginns - soweit ersichtlich- noch nicht geklärt.
[776] §§ 43 IV GmbHG, 93 VI AktG; 200 S. 1 BGB; ebenso schon BGHZ 100, 228, 231 (AG); BGH, BB 1995, 2180, 2183 (GmbH).
[777] BGHZ 124, 27, 29 f (AG); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 433; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 204.
[778] Cass. soc., 18.12.1991, D. 1992, Inf. rap., 47; Le Tourneau/Cadiet/*Le Cadiet*, Rn. 2266.
[779] Pirelli General Cables Works Ltd v Oscar Faber & Partners [1983] 2 AC, 1, 12 ff, HL; Prime/Scanlan, S. 132; Oughton/Lowry/Merkin, S. 235.
[780] Limitation Act 1980, s. 14A (4) – (6).
[781] Limitation Act, s. 14B.

anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können[782]. Die Verjährung tritt ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs oder dreißig Jahre nach der Pflichtverletzung ein[783]; maßgeblich ist die früher endende Frist[784].

Wurde der ersatzfähige Schaden in einem Fall verheimlicht, auf den die spezielle Verjährungsfrist nach *Code de commerce* Anwendung findet, beginnt der Lauf erst mit Aufdeckung *(révélation)*[785]. Aufdeckung ist dabei im objektiven Sinne zu verstehen, so dass der Fristlauf beginnt, sobald die Gesellschaft die verheimlichten Umstände erkennen konnte[786]. Gleiches gilt für die Verjährung deliktischer Ansprüche im französischen Recht. Hier beginnt die Frist mit Offenbarung des Schadens *(manifestation)* zu laufen[787]. Der gleiche Ansatz findet sich schließlich auch im englischen Recht. Dort beginnt ganz generell der Lauf einer Verjährungsfrist mit Erkennbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen, wenn der Schuldner anspruchsbegründende Tatsachen verheimlicht hat oder wenn die Pflichtverletzung betrügerischen Charakter hatte[788]. Die *Law Commission* hat vorgeschlagen, den Beginn der Verjährungsfrist für alle Fälle auf diesen Zeitpunkt zu verlegen[789].

---

[782] § 199 I BGB. Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Entstehung des Anspruchs gilt das unter (2) Gesagte (vgl. BGH, NJW 1998, 1488, 1489; Palandt/*Heinrichs*, § 199, Rn. 14).
[783] § 199 III 1 BGB.
[784] § 199 III 2 BGB.
[785] Art. L. 225-254, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-254, Satz 2 i.V.m. L. 225-256 al.1 und L. 225-257 al. 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-23, Satz 2 Code de commerce *(SARL)*.
[786] Cass. com, 3.7.1984, D. 1985, Jur., 323, 324 *(SA)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 134.
[787] Art. 2270-1 al. 1 Code civil. Mit *manifestation* dürfte Erkennbarkeit gemeint sein (ebenso wohl Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 290-45). Die einschlägige Literatur greift dieses Problem bislang kaum auf.
[788] Limitation Act 1980, s. 32 Limitation Act 1980; s. hierzu Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.93. Unter diese Vorschrift fällt typischerweise der deliktische Tatbestand *deceit* (Oughton/Lowry/Merkin, S. 363).
[789] Law Commission, Limitation, Rn. 3.5 ff.

(4) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen

Bei der AG beginnt die Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch aus einem Verstoß gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot, sobald die übrigen Vorstandsmitglieder und die Aufsichtsratsmitglieder von der Pflichtverletzung erfahren[790]. Parallel hierzu beginnt der Fristlauf bei der OHG mit Kenntnis der Gesellschafter[791]. Weitere ungeschriebene Voraussetzung ist in beiden Fällen zumindest ein dem Grunde nach bestehender Schaden der Gesellschaft und die diesbezügliche Kenntnis der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bzw. der Gesellschafter[792]. Der Anspruch verjährt bei beiden Gesellschaften spätestens in fünf Jahren nach Entstehung des Anspruchs[793].

(5) Prinzipienbildung

Die unter (1) bis (4) genannten Anknüpfungstatsachen stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen setzt deren Erkennbarkeit voraus, die Erkennbarkeit dieser Tatsachen deren Entstehen, wobei die Pflichtverletzung eine dieser Tatsachen ist. Das bedeutet zumindest, dass der Fristlauf erst mit der Pflichtverletzung beginnen kann, da die Pflichtverletzung den drei anderen Anknüpfungstatsachen immanent ist. Es gilt damit das (kaum überraschende) gemeinsame Prinzip:

Der Lauf der Verjährungsfrist kann erst beginnen, wenn die Pflichtverletzung begangen worden ist.

Auf der nächsthöheren Ebene, der Anspruchsentstehung, ist nur noch die Bildung des folgenden eng gefassten Prinzips möglich:

[790] § 88 III 1 AktG.
[791] § 113 III 1, HS. HGB.
[792] Hüffer, § 88, Rn. 9; Staub/*Ulmer*, § 113, Rn. 38; Schlegelberger/*Martens*, § 113, Rn. 31; vgl. hierzu auch §§ 204 I Nr. 1, 197 I Nr. 3 BGB.
[793] §§ 88 III 2 AktG; 113 III, 2. HS.

Bei der Haftung des Organmitglieds einer aufgelösten Personengesellschaft aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung kann der Fristlauf erst beginnen, wenn der Anspruch entstanden ist.

Auf den beiden höchsten Ebenen lässt sich kein sinnvolles Prinzip mehr bilden[794].

c) Voraussetzungen der Verwirkung im englischen Recht

Weil die Verjährungsgrundsätze bei den englischen Personengesellschaften nur eingeschränkt Anwendung finden, gewinnt die Verwirkung besondere Bedeutung[795]. Das englische Recht unterscheidet dabei zwei Arten der Verwirkung: *laches* und *acquiescence*. Rechtsprechung und Literatur arbeiten allerdings häufig mit beiden Begriffen parallel, ohne ausdrücklich zwischen ihnen zu unterscheiden[796]. Beide Arten der Verwirkung beruhen auf *equity*. Ihre Anwendung ist stark von Billigkeitsüberlegungen geprägt, bei denen auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist[797]. Dennoch lässt die Analyse der einschlägigen Rechtsprechung Kriterien erkennen, die typischerweise eine Rolle spielen:

Ein Anspruchsverfall aufgrund von *laches* setzt den Ablauf einer gewissen Zeit voraus, in der der Kläger in Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände aufgrund mangelnder Sorgfalt untätig geblieben ist[798]. Die verzögerte Anspruchsdurchsetzung müsste den Schuldner im Vergleich zu einem zügigen Handeln derart benachteiligen, dass ihre Zulässigkeit

[794] Theoretisch ließe sich noch folgendes Prinzip bilden: „Bei der Haftung des Organmitglieds einer aufgelösten Personengesellschaft aus einer Sorgfaltspflichtverletzung kann der Fristlauf erst beginnen, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen erkennbar sind, sofern das Organmitglied die anspruchsbegründenden Tatsachen verheimlicht hat und nach deutschem Recht Deliktsrecht Anwendung findet". Dieses Prinzip hat jedoch einen so engen Anwendungsbereich, dass es keinen wirklichen Erkenntnisgewinn mehr bietet.
[795] Lindley/Banks, Rn. 23-19 f, 23-24 f; Blackett-Ord, Rn. 12.119.
[796] Vgl. z.B. Nelson v Rye [1996] 1 WLR, 1378, 1392, HC; Oughton/Lowry/Merkin, S. 18.
[797] Oughton/Lowry/Merkin, S. 18.
[798] Nelson v Rye [1996] 1 WLR, 1378, 1392, HC; Prime/Scanlan, Limitation, S. 306, 309; Blackett-Ord, Rn. 12.119 f.

unbillig wäre[799].

Acquiescence ist dagegen ein Verhalten, dass anders als durch bloßen Zeitverzug den Eindruck erweckt, dass der Gläubiger sich mit der Verletzung seiner Rechte abfindet[800].

Die Voraussetzungen der Verwirkung im englischen Recht und der Verjährung im deutschen und im französischen Recht weisen keine Übereinstimmungen auf. Verjährung operiert mit klar definierten Fristen, Verwirkung dagegen mit schwer fassbarer Einzelfallbetrachtung.

d) Wirkungen der Verjährung und der Verwirkung

Die Rechtsfolgen der Verjährung sind in den untersuchten Rechtsordnungen identisch. Die Verjährung vernichtet den Anspruch nicht, sondern gibt dem Schuldner das Recht, die Leistung zu verweigern[801]. Die englischen Juristen formulieren hierzu, dass die Verjährung das Klagerecht zum Erlöschen bringe, ohne den Anspruch selbst zu berühren[802]. Das läuft auf das Gleiche hinaus. Deutlich wird dies daran, dass sich der Schuldner in allen drei Rechtsordnungen auf die Verjährung berufen muss, wenn er sie zur Anwendung kommen lassen will[803]. Es gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Die Verjährung lässt den Anspruch nicht untergehen, sondern gibt dem Organmitglied das Recht, die Leistung zu verweigern. Im Prozess muss sich das Organmitglied auf die Verjährung berufen.

Die Verwirkung führt im englischen Recht dazu, dass der Anspruch nicht

[799] Nelson v Rye [1996] 1 WLR, 1378, 1392, HC; Prime/Scanlan, Limitation, S. 307; Blackett-Ord, Rn. 12.119 f.
[800] Näher Prime/Scanlan, Limitation, S. 310.
[801] § 214 I BGB; art. 124 nouveau Code de procédure civile; vgl. auch art. 2224 Code civil.
[802] Prime/Scanlan, Limitation, S. 49; McGee, Rn. 2.021; Oughton/Lowry/Merkin, S. 48.
[803] Palandt/*Heinrichs*, § 214, Rn. 2 f; Staudinger/*Peters*, § 222, Rn. 5; art. 2223 Code civil; Flour/Aubert, Rn. 500; Kennett v Brown [1988] 1 WLR, 582, 584 ff; Prime/Scanlan, Limitation, S. 50, 343; McGee, Rn. 2.021; Oughton/Lowry/Merkin, S. 48.

mehr geltend gemacht werden kann[804]. Im Unterschied zur Verjährung begründet die Verwirkung damit kein bloßes Leistungsverweigerungsrecht, das der Schuldner im Prozess ausüben muss. Gemeinsam ist der Verjährung und der Verwirkung aber, dass sie bewirken können, dass die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs durch Zeitablauf unmöglich wird. Als übergeordnetes Prinzip kann daher für alle Gesellschaften unabhängig von der Möglichkeit einer Verjährung festgehalten werden:

Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gegen ein Organmitglied kann durch Zeitablauf unmöglich werden.

V. Beweislast

Als allgemeine Regel gilt, dass jede Partei die Beweislast *(charge de la preuve, legal burden of proof*[805]*)* für die für ihn günstigen Tatsachen trägt[806]. Der Kläger muss die Tatsachen nachweisen, die seinen Anspruch stützen[807]. Der Beklagte muss die Umstände beweisen, die den Anspruch zu Fall bringen würden [808].

Im französischen und im englischen Recht gilt die allgemeine Beweislastregel im Wesentlichen auch für die Organmitgliedshaftung. Im deutschen Recht wird sie dagegen erheblich modifiziert. §§ 93 II 2 i.V.m. 116, S. 1 AktG bestimmen, dass das Organmitglied einer AG die Beweislast dafür trägt, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds angewandt hat[809]. Dies gilt in analoger Anwendung des §

[804] Nelson v Rye [1996] 1 WLR, 1378, 1391; Prime/Scanlan, Limitation, S. 303; Oughton/Lowry/Merkin, S. 17 f.
[805] Nicht zu verwechseln mit der *evidential burden of proof*, die der Pflicht zum Beweisantritt im deutschen Zivilprozessrecht ähnelt. Näher hierzu Phipson/*Hollander*, Rn. 4-02, 4-12 ff.
[806] Thomas/Putzo/*Reichhold*, vor § 284, Rn. 23; art. 9 Nouveau code de procédure civile; Phipson/*Hollander*, Rn. 4-03 f.; Dennis, S. 358.
[807] BGH, NJW 1999, 352, 353; Musielak/*Foerste*, § 286, Rn. 35; art. 1315 al. 1 Code civil; Re H. (Minors) [1996] AC, 563, 586, HL.
[808] BGH, NJW 1999, 352, 353; Musielak/*Foerste*, § 286, Rn. 35; art. 1315 al. 2 Code civil; Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05; Keane, S. 77; Murphy, S. 109.
[809] Das gilt nicht für konkurrierende Ansprüche aus Delikt, für deren Voraussetzungen die Gesellschaft die volle Beweislast trägt. Wegen ihrer geringen Bedeutung und aus Gründen der Übersichtlichkeit wird hierauf in den folgenden Ausführungen nicht näher eingegangen.

93 II 2 AktG auch für die Organmitglieder der anderen Gesellschaften[810]. Wie sich die geschilderten Beweislastregeln auswirken, ist im Folgenden zu erörtern.

1. Pflichtverletzung und Vorwerfbarkeit

Das deutsche Recht spaltet das Handeln des Organmitglieds zur Bestimmung der Beweislast in drei Elemente auf. Es unterscheidet zwischen dem tatsächlichen Verhalten, seiner Pflichtwidrigkeit und dem Verschulden. Für das tatsächliche Verhalten liegt die Beweislast im deutschen Recht bei der Gesellschaft[811]. Das entspricht der Rechtslage im englischen und im französischen Recht. Im englischen Recht hat die Gesellschaft die Pflichtverletzung insgesamt zu beweisen[812], deren integraler Bestandteil das tatsächliche Verhalten ist. Im französischen Recht muss die Gesellschaft, bei der Insolvenzhaftung das verfahrensführende Gericht, das Fehlverhalten des Organmitglieds beweisen[813]. Das Fehlverhalten schließt das tatsächliche Verhalten ebenfalls mit ein. Das gilt auch bei Verletzung einer Erfolgspflicht[814]. Zwar muss der Gläubiger einer Erfolgspflicht nur beweisen, dass ein Erfolg nicht eingetreten ist, da das Fehlverhalten im Ausbleiben des Erfolgs liegt[815]. Das schließt aber den Nachweis mit ein, dass ein bestimmter unerwünschter Erfolg einem Organmitgliedsverhalten zuzuordnen ist, so dass im Ergebnis auch das Organmitgliedsverhalten zu beweisen ist[816]. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

---

[810] BGH, BB 1954, 143 (KG); BGH, WM 1980, 1190 und BGH NJW 2003, 358 (jeweils GmbH); Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 248; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 63; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 20; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 64; Münchener Kommentar BGB/*Ulmer*, § 708, Rn. 17.

[811] BGH, ZIP 1994, 872, 873 und BGH, NJW 2003, 358 (jeweils für GmbH); Hüffer, § 93, Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 36; differenzierend Großkommentar/*Hopt*, § 93, Rn. 283 f.

[812] Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05; Keane, S. 77; Murphy, S. 109; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.24.

[813] Cozian/Viander/Deboissy Rn. 362, 371; Hadji-Artinian, Rn. 891, 1004; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 255; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 28365.

[814] Zur Erfolgspflicht allgemein 4. Teil, A II 2 b.

[815] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 32; Flour/Aubert, Rn. 201.

[816] Vgl. Cass. com., 16.4.1996, RJDA 7/96, Nr. 977; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., dirigeants sociaux, Rn. 109; Beispiel: Die Gesellschaft muss bei einer Wettbewerbshandlung beweisen, dass sie vom Organmitglied ausgeübt wird.

Die Gesellschaft trägt die Beweislast für das tatsächliche Verhalten des Organmitglieds.

Für die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens gilt im deutschen Recht in Anwendung des § 93 II 2 AktG eine Beweislastumkehr zu Lasten des Organmitglieds[817]. Im Fall des Verfügungsverbots nach Insolvenzreife folgt dies schon daraus, dass das Fehlen der Pflichtwidrigkeit vom Gesetzgeber als rechtshindernde Einrede ausgestaltet worden ist[818]. Die Aufspaltung der Handlung des Organmitglieds in tatsächliches Verhalten und Pflichtwidrigkeit gewinnt an Bedeutung, wenn im Streit steht, ob sich ein bestimmtes Verhalten noch im Rahmen des unternehmerischen Ermessenspielraums bewegt. Das muss nach deutschem Recht das Organmitglied beweisen[819]. Auch im Hinblick auf das Verschulden bewirkt § 93 II 2 AktG eine Beweislastumkehr[820]. Das Organmitglied einer Personengesellschaft trägt zudem die Beweislast für ein ihn entlastendes Privileg hinsichtlich der Sorgfalt in eigener Angelegenheit[821].

Im französischen Recht trägt das Organmitglied die Beweislast dafür, dass es seine Pflichten wegen höherer Gewalt nicht erfüllen konnte[822]. Da die höhere Gewalt im deutschen Recht vom Verschulden abgedeckt wird, besteht insoweit Übereinstimmung zwischen diesen beiden Rechtsordnungen. Das englische Recht kennt dagegen keinen Haftungsausschluss wegen höherer Gewalt. Das steht der Bildung eines gemeinsamen Prinzips aber nicht entgegen. Denn die Beweislastumkehr lässt das deutsche

[817] Nunmehr klarstellend BGH, NJW 2003, 358, 359 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, 285 ff mit Nachweisen zur Gegenmeinung; Hüffer, § 93, Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 36; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 167b ff; differenzierend Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 252.
[818] §§ 92 III 2 AktG, 64 II 2 GmbHG; Michalski/*Nerlich*, § 64, Rn. 46; näher zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 6.
[819] BGH, NJW 2003, 358 (GmbH).
[820] OLG Jena, NZG 1999, 121, 123 und OLG Koblenz, GmbHR 1999, 1201, 1202 (jeweils für GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 285; Hüffer, § 93, Rn. 16; Michalski/*Haas*, § 93, Rn. 253; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 63. Das entspricht der seit 2002 in § 280 I 2 BGB kodifizierten Beweislastumkehr für das Verschulden bei Verletzung schuldrechtlicher Pflichten.
[821] Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 63; Staudinger/*Kessler*, § 708, Rn. 12; näher zum Sorgfaltsmaßstab bei Personengesellschaften 3. Teil A I 2 a aa und 4. Teil A II 2 a.
[822] Cass. 2e civ., 18.12.1969, Bull. civ. II, Nr. 357; Enc. Dalloz civ./*Chabas & Gréau*, Rn. 95 f; Flour/Aubert, Rn. 212.

und das französische Recht faktisch näher an das englische Recht heranrücken, da es die Berufung auf die höhere Gewalt erschwert. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Das Organmitglied trägt die Beweislast dafür, dass ihm die Erfüllung seiner Pflichten wegen höherer Gewalt unmöglich war.

Weitere gemeinsame Prinzipien lassen sich nicht bilden. Im französischen Recht gilt für die deliktischen Pflichten und die Tätigkeitspflichten[823], dass die Sorgfaltswidrigkeit Bestandteil des Fehlverhaltens ist und damit von der Gesellschaft zu beweisen ist[824]. Sorgfaltswidrigkeit in diesem Sinne entspricht der Pflichtwidrigkeit und Elementen des Verschuldens im deutschen Recht. Insoweit verfügen das deutsche und das französische Recht über gegensätzliche Beweislastregeln.

Im englischen Recht haben nur Sorgfaltspflichten neben der Verhaltenskomponente noch eine Pflichtwidrigkeitskomponente[825]. Die Beweislast für die Pflichtwidrigkeitskomponente liegt bei der Gesellschaft, da sie die Pflichtverletzung in ihrer Gesamtheit beweisen muss. Damit stimmen deutsches und englisches Recht nicht überein. Für die übrigen Pflichten im englischen Recht fehlt die Pflichtwidrigkeitskomponente, so dass auch hier ein Vergleich mit dem deutschen Recht nicht möglich ist. Aus dem gleichen Grund ist auch ein Vergleich zwischen deutschem Recht und Erfolgspflichten im französischen Recht nicht möglich.

Die fein ausdifferenzierte Rechtsvergleichung in diesem Abschnitt darf den Blick nicht dafür verstellen, dass die herausgearbeiteten Unterschiede nur eine geringe praktische Bedeutung haben. Die große Schwierigkeit in der Praxis besteht meist darin, dem Organmitglied ein bestimmtes Verhalten nachzuweisen. Ist dieser Nachweis geglückt, ergibt sich der Nachweis der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens meist wie von

[823] Näher zum Begriff 4. Teil, A II 2 b.
[824] Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 10, 35; Flour/Aubert, Rn. 13, 201.
[825] S. 3. Teil, A I 2 cc im Gegensatz zu 4. Teil, A II 2 c.

selbst. Hierfür spricht auch, dass die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit in der Rechtsprechung des BGH bis in die jüngste Zeit offenbar nicht ergebnisrelevant war[826].

2. Kausalität und Schaden

In Übereinstimmung mit der allgemeinen Beweislastregel obliegt der Gesellschaft der Nachweis des geltend gemachten Schadens[827] und des Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Verhalten des Organmitglieds[828]. In Anlehnung hieran muss das Gericht bei der Insolvenzhaftung im französischen Recht nachweisen, dass ein Fehlbetrag zwischen Aktiv- und Passivvermögen vorliegt und dass ein Geschäftsführungsfehler des Betroffenen zu diesem Fehlbetrag beigetragen hat[829]. Das ist nur konsequent, da Haftungsvoraussetzung hier nicht ein konkreter Schaden, sondern nur ein Fehlbetrag ist. Aus diesem Grund ist dies auch keine Ausnahme von der allgemeinen Beweislastregel. Dieser Ansatz schafft im Ergebnis allerdings eine wichtige Beweiserleichterung, die an der großen praktischen Bedeutung der Insolvenzhaftung einen wichtigen Anteil haben dürfte[830]. Für die Abwicklungshaftung im englischen Recht gilt ebenfalls, dass ein konkreter Schaden und damit auch sein Nachweis keine Haftungsvoraussetzung ist[831]. Auch dies ist keine Abweichung von der allgemeinen Beweislastregel.

---

[826] Vgl. Goette, ZGR 1995, 648, 658 und 667. Bis zum Urteil NJW 2003, 358 hatte sich der BGH stets auf knappe Formulierungen beschränkt, die sich teils im Sinne einer Beweislastumkehr, teils aber auch im Sinne einer gewöhnlichen Beweislastverteilung deuten ließen (eingehende Analyse bei Goette, ZGR 1995, 648, 650 ff).

[827] BGH, NJW 1992, 1166, 1167 und BGH, ZIP 1994, 872, 873 (jeweils für GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 281; Staub/*Ulmer*, § 114,Rn. 63; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v.Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 64; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 55; Hadji-Artinian, Rn. 910; Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05; Keane, S. 77; Murphy, S. 109; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.24.

[828] BGH, NJW 1992, 1166, 1167 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 289; Hüffer, § 93, Rn. 16; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 63; Cass. com. 12.3.1974, Gaz. Pal. 1974, Jur., 662 *(SARL)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 57; Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 483-55; Cohen v Selby [2001] 1 BCLC, 176, 185, CA; Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.24.

[829] Lefebvre sociétés civiles, Rn. 28365; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 371; Hadji-Artinian, Rn. 1004.

[830] Näher zu den Beweisschwierigkeiten im normalen Haftungsverfahren Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 57 ff.

[831] Praktische Bedeutung hat diese Frage wohl nicht, da die englischen Gerichte ihr Ermessen offenbar nur zugunsten der Organmitglieder ausüben (näher 4. Teil, A III 2).

Eine Ausnahme macht dagegen das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht bei der Haftung wegen unzulässiger Vermögensverfügung in der Insolvenz[832] und bei der Haftung aufgrund einer unzulässigen zweckwidrigen Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter[833]. Hier bestimmt das Gesetz jeweils, dass die verantwortlichen Organmitglieder zum Ersatz der geleisteten Zahlungen verpflichtet sind[834]. Diese Bestimmungen modifizieren den allgemeinen Schadensbegriff dahingehend, dass bereits die Zahlung selbst als Schaden gilt, solange sie nicht wertmäßig ausgeglichen wird, so z.B. durch Rückzahlung oder äquivalente Gegenleistung[835]. Diese Modifizierung dient in erster Linie der Beweiserleichterung, weil es dem Organmitglied obliegt, einen wertmäßigen Ausgleich zu beweisen[836]. Deutlich wird dies auch daran, dass die Geltendmachung eines weiteren Schadens auf Grundlage der allgemeinen Haftungstatbestände nicht ausgeschlossen ist[837]. Diese eng begrenzte Ausnahme soll jedoch der Bildung des folgenden gemeinsamen Prinzips nicht entgegenstehen:

Die Gesellschaft trägt die Beweislast für den geltend gemachten Schaden und für den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verhalten des Organmitglieds.

3. Billigung, Verzicht und Verjährung

Im deutschen und im französischen Recht muss das Organmitglied die Verjährung des Anspruchs beweisen[838]. Im englischen Recht trägt dagegen die Gesellschaft die Beweislast dafür, dass der Anspruch innerhalb

[832] Zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 6.
[833] Zur den Pflichten selbst 3. Teil, B II 1 b aa.
[834] §§ 93 III AktG; 43 III 1, 64 II 1 GmbHG.
[835] RGZ 159, 211, 230 ff (AG); BGH, NJW 1974, 1088, 1089 (GmbH); Hüffer, § 93, Rn. 22 und § 92, Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 24; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 64, Rn. 35.
[836] BGH, NJW 1974, 1088, 1089 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 234 f, 291.
[837] RGZ 159, 211, 231 f (AG); Hüffer, § 93, Rn. 22 ; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 24.
[838] BGH, WM 1980, 532, 534; Palandt/*Heinrichs*, vor § 194, Rn. 23; Cass. 1re civ. 29.3.1978, Bull. civ. I, Nr. 128; Enc. Dalloz civ./*Mouralis*, Rn. 998.

der vom Gesetz vorgesehenen Verjährungsfrist entstanden ist[839]. Im deutschen und im englischen Recht trägt das Organmitglied die Beweislast dafür, dass eine Handlung mit Verzichtswirkung vorliegt[840]. Im französischen Recht ist diese Frage nicht relevant, weil ein Verzicht nicht möglich ist[841]. Das steht einer Prinzipienbildung aber nicht entgegen. Die im deutschen und im englischen Recht geltende Beweislastverteilung erschwert eine Berufung auf den Verzicht, was im Sinne der vollständigen Unzulässigkeit eines Verzichts im französischen Recht ist. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die Beweislast für eine Billigung oder einen Verzicht liegt beim Organmitglied.

VI. Haftung mehrerer Organmitglieder

Wenn mehrere Organmitglieder durch ihr Fehlverhalten für einen Schaden verantwortlich sind, stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft von jedem einzelnen den Ersatz des gesamten Schadens verlangen kann und welche Rückgriffsmöglichkeiten das in Anspruch genommene Organmitglied hat.

1. Grundlagen der Haftung

Im deutschen Recht ist die Gesamtschuld Grundlage einer gemeinsamen Haftung mehrerer Verpflichteter. Für die AG und die GmbH bestimmt das Gesetz, dass mehrere gemeinsam für einen Schaden verantwortliche Organmitglieder als Gesamtschuldner haften[842]. Für die Personengesellschaften fehlt dagegen eine ausdrückliche Regelung. Eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer verantwortlicher Geschäftsleiter gegenüber der

[839] Cartledge v E. Jopling & Sons Ltd [1953] AC 758, 784, HL; Prime/Scanlan, S. 348 ff; a.A. Kiralfy/*Kiralfy*, S. 85.
[840] Musielak/*Foerste*, § 286, Rn. 54; Münchener Kommentar BGB/*Schlüter*, § 397, Rn. 11; Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05.
[841] Näher 4. Teil, A IV 1 b.
[842] §§ 93 II 1 AktG, 116 S. 1 AktG. 43 II GmbHG spricht von „solidarischer Haftung". Damit ist gesamtschuldnerische Haftung gemeint (vgl. nur BGH, WM 1983, 725, 726).

Gesellschaft lässt sich hier über § 427 BGB herleiten[843]. Auch die gemeinsame deliktische Haftung ist gesamtschuldnerisch, wenn die Verantwortlichen gemeinschaftlich und vorsätzlich handelten[844]. Das erfasst die für die Organmitgliedshaftung praktisch relevanten Fälle einer Haftung aus § 823 II BGB in Verbindung mit einer Strafvorschrift.

Das französische Recht kennt zwei Formen der gemeinschaftlichen Haftung. Eine gemeinschaftliche Haftung existiert zum einen im Rahmen einer *obligation solidaire*. Die Annahme einer *obligation solidaire* setzt eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung oder eine vertragliche Vereinbarung voraus[845]. Für die Fälle, in denen eine gesetzliche Regelung fehlt, die Billigkeit eine gemeinsame Haftung aber gebietet, hat die Rechtsprechung daneben die *obligation in solidum* geschaffen[846]. In der Grundstruktur, auf die sich die Darstellung hier beschränken wird, unterscheiden sich beide Varianten gemeinsamer Haftung nicht[847]. Für jeden der im Rahmen der Organmitgliedshaftung relevanten Fälle findet eine dieser Varianten Anwendung. Für die spezielle gesellschaftsrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer *société civile*[848] und für die Verurteilung im Rahmen einer zivilrechtlichen Nebenklage[849] ordnet das Gesetz eine *obligation solidaire* an. Im Rahmen der Insolvenzhaftung liegt die Anordnung einer *obligation solidaire* im Ermessen des Gerichts[850]. In den

[843] Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 50 ohne nähere Begründung. § 427 BGB schreibt im Zweifel eine gesamtschuldnerische Haftung für den Fall vor, dass sich mehrere vertraglich gemeinschaftlich verpflichten. Das ist bei Geschäftsleitern einer Personengesellschaft der Fall. Deren Verantwortung wurzelt im Gesellschaftsvertrag. Die Anwendung des § 427 BGB setzt nicht voraus, dass die Verpflichtungen zeitgleich eingegangen wurden (BGHZ 41, 298, 300; Staudinger/*Noack*, § 427, Rn. 9; Münchener Kommentar BGB/*Bydlinski*, § 427, Rn. 2).

[844] §§ 830 I 1, II, 840 I BGB; zum Vorsatzerfordernis Staudinger/*Belling & Eberl-Borges* § 830, Rn. 11.

[845] Art. 1202 Code civil; vgl. hierzu Flour/Aubert, Rn. 327.

[846] Flour/Aubert, Rn. 327.

[847] Näher zu Unterschieden Flour/Aubert, Rn. 329, 322 f.

[848] Art. 1850 al. 2, Satz 1 Code civil. Das Gesetz erwähnt allerdings nicht die Haftung gegenüber der Gesellschaft, sondern nur gegenüber den Gesellschaftern. Dabei dürfte es sich aber um ein Redaktionsversehen handeln, da art. 1850 al. 1, auf den sich al. 2 bezieht, nur die Haftung gegenüber der Gesellschaft erwähnt. Die einschlägige Literatur greift dieses Problem nicht auf, sondern begnügt sich damit, eine gemeinsame Haftung mehrerer Organmitglieder bei gemeinsamer Verantwortung unter Berufung auf art. 1850 al. 2 ganz allgemein zu bejahen (s. z.B. Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7850; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Fasc. 48-40, Rn. 55 f.).

[849] Art. 480-1 al. 1 Code de procédure pénal.

[850] Art. L. 624-3 al. 1 Code de Commerce; Jacquemont, Rn. 737; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2437.

sonstigen Fällen liegt bei gemeinsamer Verantwortung eine *obligation in solidum* vor[851].

Im englischen Recht existieren ebenfalls zwei Formen der gemeinschaftlichen Haftung. Die benutzte Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. Im Vertragsrecht wird zwischen *joint liability* und *joint and several liability* unterschieden[852], im Deliktsrecht werden die Begriffe *joint liability* und *several liability* gebraucht[853]. *Joint liability* liegt vor, wenn zwei Personen gemeinsam etwas versprechen oder gemeinsam eine Pflichtverletzung begehen[854]. *Several* bzw. *joint and several liability* liegt dagegen vor, wenn mehrere Personen unabhängig voneinander die gleiche Sache versprechen oder unabhängig voneinander eine Pflichtverletzung begehen, die in eine gemeinsame Folge mündet[855]. In den Rechtsfolgen unterscheiden sich beide Varianten nur noch geringfügig[856]. Die verbleibenden Unterschiede werden im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle spielen.

Es ist unumstritten, dass die Grundsätze gemeinsamer Haftung im Kapitalgesellschaftsrecht Anwendung finden, wenn mehrere Organmitglieder

---

[851] Haftung mehrerer für einen Schaden verantwortlicher Organmitglieder einer *SA, SARL oder SNC* nach Code de commerce oder nach Vertragsrecht (Cass. com., 10.5.1948, JCP G 1949, II, Nr. 4937 *(SA)*; Cass. com., 6.3.1957, Bull. civ. III, Nr. 91 *(SARL)*; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 121, 124; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 665); Haftung mehrerer für einen Schaden Verantwortlicher nach Deliktsrecht (Cass. com., 4.3.1997, Bull. civ. IV, Nr. 65; Enc. Dalloz civil/*Le Tourneau*, Solidarité, Rn. 168).

[852] Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-001 ff; Law of Contract, Rn. 6.336 f; Treitel, S. 527 f; ders. in Birks, Rn. 8.278.

[853] Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.2; Clerk/Lindsell/*Jones*, Rn. 4.101 ff; Cooke, S. 341; ähnlich Law of Tort/*Harpwood*, Rn. 4.6 f (*"joint tortfeasor"* und *"several concurrent tortfeasor"*). Zur Verwirrung trägt bei, dass die vertragsrechtliche Literatur den Begriff *several liability* benutzt, um ein Nebeneinander verschiedener Schuldner ohne gemeinsame Haftung zu bezeichnen (s. Law of Contract, Rn. 6.336; Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-001).

[854] Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-002; Birks/*Treitel*, Rn. 8.278; Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.2; Clerk/Lindsell/*Jones*, Rn. 4-108.

[855] Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-003; Birks/*Treitel*, Rn. 8.278; Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.2; Law of Tort/*Harpwood,* Rn. 4.7.

[856] Bis 1978 trat bei der *joint liability* anders als bei der *joint and several liability* durch ein Urteil gegen einen Schuldner auch Klageverbrauch im Hinblick auf den Anspruch gegen die anderen Schuldner ein (Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-015; Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.2). Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 3 hat diese Besonderheit der *joint liability* beseitigt. Zu verbleibenden Unterschieden Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.2; Chitty/ *Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-009 ff.

für einen Schaden der Gesellschaft verantwortlich sind[857]. Nichts anderes kann für das Personengesellschaftsrecht gelten, auch wenn sich Literatur und Rechtsprechung hierzu -soweit ersichtlich- nicht äußern. Im Rahmen der Abwicklungshaftung liegt die Anordnung gemeinsamer Haftung im Ermessen des Gerichts[858]. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend pauschal der Begriff *joint and several liability* für beide Formen der gemeinsamen Haftung benutzt[859].

2. Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft

Die gemeinschaftliche Haftung hat zur Folge, dass die Gesellschaft jeden Verantwortlichen auf die Leistung des gesamten Schadensersatzes in Anspruch nehmen kann[860]. Seine Leistung wirkt als Erfüllung zugunsten aller[861]. Übereinstimmend gilt somit in allen Rechtsordnungen, dass eine gemeinsame Verantwortung für einen Schaden im Verhältnis zur Gesellschaft eine umfassende Haftung jedes einzelnen Organmitglieds begründet. Nur bei der französischen Insolvenzhaftung und der englischen Abwicklungshaftung ist diese Konsequenz nicht zwingend. Trotz gemeinsamer Verantwortung können mehrere Organmitglieder hier einer gemeinsamen Haftung entgehen, trotz getrennter Verantwortung kann sie eine gemeinsame Haftung treffen. Dies ist allerdings nur Ausdruck des weiten Ermessens, über das der Richter in diesen Verfahren verfügt. Es stellt daher die folgenden gemeinsamen Prinzipien nicht in Frage:

---

[857] Bishopgate Investment Management Ltd v Maxwell [1993] 1 BCLC, 1282, 1290, CA; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 617; Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.404.1; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3002; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant,* Rn. 11.104.

[858] Re Produce Marketing Consortium Ltd (Nr. 2) [1989] BCLC, 520, 554, HC und Totty/Moss/*Simmons & Bristol*, Rn. B1-35 (jeweils für die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach Insolvency Act 196, s. 214, bei der das Gericht die gleiche Form des Ermessens hat wie bei der Abwicklungshaftung).

[859] S. z.B. Bishopgate Investment Management Ltd v Maxwell [1993] 1 BCLC, 1282, 1290, CA; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 617; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3002; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant,* Rn. 11.104.

[860] § 421 S. 1 BGB; art. 1200, 1203 Code civil *(obligation solidaire)*; Cass. 1e civ., 22.4.1992, D. 1992, Inf. rap., 167; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1735 und Flour/Aubert, Rn. 328 f (jeweils *obligation in solidum)*; Birks/*Treitel*, Rn. 8.279; Clerk/Lindsell/*Jones*, Rn. 4-101; Winfield/Jolowicz/*Rogers*, Rn. 21.1.

[861] § 422 I 1 BGB; art. 1200 Code civil *(obligation solidaire)*; Flour/Aubert, Rn. 329, Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1735 und Terré/Simler/Lequette, Rn. 1166 (jeweils *obligation in solidum*); Chitty/*Burrows*, Bd. 1, Rn. 18-14; Williams, § 42.

Sind mehrere Organmitglieder für einen Schaden verantwortlich zu machen, kann die Gesellschaft jeden Verantwortlichen auf die Leistung des gesamten Schadensersatzes in Anspruch nehmen. Seine Leistung wirkt als Erfüllung zugunsten aller.

3. Ausgleich im Innenverhältnis

Bei der deutschen Gesamtschuld und der *obligation solidaire* sind die Schuldner im Verhältnis zueinander im Grundsatz zu gleichen Teilen verpflichtet, wenn die Umstände keine unterschiedlichen Quoten gebieten[862]. Bei der Verantwortung mehrerer für einen Schaden spielt dieser Grundsatz der gleichmäßigen Verantwortung allerdings faktisch keine Rolle. Hier bestimmt sich die Haftungsquote im Innenverhältnis nach dem Grad der Verantwortung[863]. Dieses Quotelungsprinzip gilt auch für die *obligation in solidum*[864]. Der französische Gesetzgeber bringt seine Geltung für die Organmitgliedshaftung indirekt durch die Bestimmung zum Ausdruck, dass bei mehreren verantwortlichen Organmitgliedern das Gericht die anteilsmäßigen Haftungsquoten festlegt[865].

Im englischen Recht bestimmt sich der Innenausgleich mehrerer Schuldner, die gemeinsam für einen Schaden haften, nach dem *Civil Liability (Contribution) Act 1978*. Das gilt für alle Formen der gemeinsamen Haftung, die das englische Recht kennt[866]. Der Rechtsgrund für diese Haftung ist gleichgültig[867]. Die Bestimmung der Haftungsquote liegt im

[862] § 426 I 1 BGB (gleichmäßige Verantwortung, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist"); Flour/Aubert, Rn. 324; Enc. Dalloz civil/*Le Tourneau*, Solidarité, Rn. 133; Terré/Simler/Lequette, Rn. 1161.

[863] Hüffer, § 93, Rn. 18; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 301; Michalski/*Haas*, § 93, Rn. 228; Hachenburg/*Mertens*, § 43, Rn. 65; Cass. 1e civ., 21.2.1956, D. 1956, Jur., 285; Enc. Dalloz civil/*Le Tourneau*, Solidarité, Rn. 134.

[864] Cass. 3e civ., 7.3.1973, Gaz. Pal. 1973, Jur., 559; Flour/Aubert, Rn. 329; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1757; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 665.

[865] Art. L. 225-251 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-251 al. 2 i.V.m. L. 225-256 al. 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-222 al. 2 Code de commerce *(SARL)*; art. 1850 al. 2, Satz 1 Code civil *(société civile)*.

[866] Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 1 (1); vgl. Palmer's Company Law/ *Worthington* , Rn. 8.555.

[867] Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 6 (1). Das Gesetz benennt in einer nicht abschließenden Aufzählung die für die Organmitgliedshaftung maßgeblichen Tatbestände *tort, breach of contract* und *breach of trust.*

Ermessen des Gerichts, wobei wesentlicher Maßstab der Grad seiner Verantwortung für den Schaden ist[868].

Die untersuchten Rechtsordnungen weisen im Ergebnis keine Unterschiede auf. Der Grundsatz der gleichmäßigen Verantwortung bei der Gesamtschuld und der *obligation solidaire* hat für die Organmitgliedshaftung keine praktische Bedeutung und kann daher bei der Prinzipienbildung vernachlässigt werden. Übereinstimmend gilt in konsequenter Fortführung des Quotelungsprinzips, dass das Organmitglied, das gegenüber der Gesellschaft mehr geleistet hat, als es seiner Haftungsquote im Innenverhältnis entspricht, einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen betroffenen Organmitglieder hat[869]. Festzuhalten sind folgende Prinzipien:

Der Grad der Haftung im Innenverhältnis bestimmt sich nach dem Maß der Verantwortung für den entstandenen Schaden. Leistet ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft mehr, als es seiner Haftungsquote im Innenverhältnis entspricht, sind ihm die anderen Verantwortlichen zum Ausgleich des Mehrbetrags verpflichtet.

VII. Haftungsmodifikation

Eine Haftungsmodifikation soll die Organmitgliedshaftung vorab unter bestimmten Voraussetzungen ausschließen, begrenzen oder erweitern. Von der Billigung oder dem Verzicht unterscheidet sich der Haftungsausschluss als eine Form der Haftungsmodifikation dadurch, dass er der Pflichtverletzung zeitlich vorausgeht.

[868] Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 2 (1).
[869] Münchner Kommentar/*Bydlinski*, § 426, Rn. 23; Staudinger/*Noack,* § 426, Rn. 1; art. 1214 al. 1 Code civil *(obligation solidaire)*; Cass. 1e civ., 28.6.1989, D. 1989, Inf. rap., 227 *(obligation in solidum)*; Flour/Aubert, Rn. 325, 329; Le Tourneau/Cadiet/*Le Tourneau*, Rn. 1754; Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 2 (1).

1. Haftungsmodifizierende Klauseln

a) Haftungsausschließende oder -mildernde Klauseln

Der französische Gesetzgeber bestimmt für alle hier untersuchten Gesellschaftsformen, dass eine Satzungsbestimmung, die einen Vorabverzicht auf Haftungsansprüche gegen Organmitglieder bewirkt, unwirksam ist[870]. Auch ein Gesellschafterbeschluss kann etwaige Haftungsansprüche nicht beeinträchtigen[871]. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass Haftungserleichterungen jeder Form unzulässig sind[872]. Gleiches gilt für die englischen Kapitalgesellschaften. Eine Bestimmung im Anstellungsvertrag, der Gründungsurkunde oder der Satzung der Gesellschaft, die den Direktor vorab von einer Haftung für Pflichtverletzungen freistellt, ist unwirksam[873]. Unter das Verbot fällt nicht nur der vollständige Haftungsausschluss, sondern auch jede andere haftungserleichternde Bestimmung[874]. Schließlich ist es auch der AG verwehrt, die zwingenden Haftungsvorschriften des AktG durch einen Haftungsausschluss oder eine sonstige Haftungserleichterung abzubedingen[875].

Bei den deutschen und den englischen Personengesellschaften sind Haftungserleichterungen dagegen in den Grenzen des allgemeinen Rechts zulässig[876]. Sehr umstritten ist die Rechtslage bei der GmbH. Unstreitig ist, dass die Organmitgliedshaftung zwingendes Recht ist, soweit sie einen Verstoß gegen die gläubigerschützenden Vorschriften über die Nominalkapitalerhaltung oder das Verfügungsverbot in der Insolvenz

---

[870] Art. L. 225-253 al. 1 *(SA klassischen Typs)*, L. 225-253 al. 1 i.V.m. L. 225-256 al. 1 und L. 225-257 al. 2 *(SA neuen Typs),* L 223-22 al. 4 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 2 i.V.m. art. 1834 Code civil (Personengesellschaften).
[871] Art. L. 225-253 al. 2 *(SA klassischen Typs)*, L. 225-253 al. 2 i.V.m. L. 225-256 al. 1 und L. 225-257 al. 2 *(SA neuen Typs)*, L. 223-22 al. 5 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 3 i.V.m. art. 1834 Code civil (Personengesellschaften).
[872] Hadji-Artinian, Rn. 960; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 68; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 279.
[873] Companies Act 1985, s. 310 (1), (2).
[874] Cranston (1992) JBL, 197, 206.
[875] § 23 V AktG; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 25; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, vor § 76, Rn. 25; Hüffer, § 93, Rn. 1; Gessler, FS Luther 1976, 69, 83 f.
[876] Vgl. Blackett-Ord, Rn. 12.96.

betrifft[877]. Nach wohl herrschender Meinung sind die Gesellschafter aber im Übrigen frei, Haftungserleichterungen vorzusehen[878].

Im Ergebnis lässt sich für die offenen Kapitalgesellschaften eine vollständige Übereinstimmung feststellen. Hier gilt das gemeinsame Prinzip:

Bei der offenen Kapitalgesellschaft ist jegliche Haftungserleichterung zugunsten des Organmitglieds unzulässig.

Für die geschlossene Kapitalgesellschaft lässt sich unter Berücksichtigung des deutschen Rechts nur folgendes eingeschränktes Prinzip bilden:

Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft ist eine Haftungserleichterung zumindest dann unzulässig, wenn sie sich auf einen nominalkapitalbeeinträchtigenden Pflichtverstoß oder auf das Verfügungsverbot in der Insolvenz bezieht.

Für die Personengesellschaften ist keine Prinzipienbildung möglich.

b) Haftungsverschärfende Klauseln

Eine Verschärfung der Organmitgliedshaftung ist nur bei der AG unzulässig, da die Haftungsvorschriften insgesamt unabdingbar sind[879]. Ansonsten existieren in den untersuchten Rechtsordnungen keine Restriktionen, so dass Haftungsverschärfungen in den Grenzen des allgemeinen Rechts zulässig sind[880]. Es gilt daher folgendes Prinzip:

[877] Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 10; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 185; Scholz/*Schmidt*, § 64, Rn. 4; Raiser, § 32, Rn. 92; zu den Pflichten selbst 3. Teil, B II 1 b aa und 6.
[878] OLG Brandenburg, NZG 1999, 210, 211; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 185 ff; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43, Rn. 82; a.A. Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 4; Raiser, § 32, Rn. 92; für Frage der Absenkung des Haftungsmaßstabs offengelassen von BGHZ 75, 321, 327; näher zu dieser auch in Detailfragen sehr umstrittenen Problematik Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 9.
[879] § 23 V AktG; Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 23 ff ; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, vor § 76, Rn. 25; Hüffer, § 93, Rn. 1; Gessler, FS Luther 1976, 69, 83 f.
[880] Implizit Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 184 und Ebenroth/Lange, GmbHR 1992, 69, 76; Hadji-Artinian, Rn. 962; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 68.

Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft und bei den Personengesellschaften sind Haftungsverschärfungen zulässig.

2. Haftpflichtversicherungen

Die untersuchten Rechtsordnungen gestatten der Gesellschaft den Abschluss einer Haftpflichtversicherung zugunsten ihrer Organmitglieder (so g. D&O-Versicherung[881])[882]. Es soll verhindert werden, dass sich qualifiziertes Personal von den Haftungsrisiken einer Organtätigkeit abschrecken lässt. Die Versicherung kommt für das Organmitglied wirtschaftlich einem Haftungsausschluss gleich. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die Gesellschaft darf eine Haftpflichtversicherung zugunsten ihrer Organmitglieder abschließen.

VIII. Anspruchsdurchsetzung

Die Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft ist eine typische Geschäftsführungsmaßnahme. Sie fällt damit in die Zuständigkeit des Geschäftsleitungsorgans (s. nachfolgend 2). Handelt es sich dabei um Ansprüche gegen ein Organmitglied, existiert ein Interessenkonflikt. Dies ist offensichtlich, wenn das zur Anspruchsdurchsetzung berufene Organmitglied selbst der Verpflichtete ist. Aber auch wenn ein Kollege anspruchsverpflichtet ist, besteht die Gefahr, dass das zuständige Organmitglied aus falsch verstandener Rücksichtnahme auf eine Anspruchsdurchsetzung verzichtet oder sich einer Anspruchsdurchsetzung entgegenstellt. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob auch die Gesellschafter zur Anspruchsdurchsetzung befugt sind (s. nachfolgend 3). Für die englischen Personengesellschaften existiert im Zusammenhang mit der Anspruchsdurchsetzung eine verfahrensrechtliche Besonderheit, für

[881] D&O steht für *directors' and officers' liability insurance* .

[882] Für die *company* ausdrücklich Companies Act 1985, 310 (3) (a); näher zu dieser Frage Notthoff, NJW 2003, 1350 ff; Hadji-Artinian, Rn. 976 ff; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 142; Parsons (2000) CoLa, 77 ff.

die sich keine Entsprechung bei den anderen Gesellschaften finden lässt. Sie soll einleitend kurz Erwähnung finden (s. nachfolgend 1).

1. Verrechnungsverfahren bei englischen Personengesellschaften

In der Regel gehen interne Streitigkeiten bei Personengesellschaften mit einer Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausschluss des betroffenen Gesellschafters einher. Bei der Abwicklung der Auflösung oder des Ausschlusses stehen meist mehrere gegenseitige Ansprüche im Raum, die gegenseitig verrechnet werden müssen. Aus diesem Grund lehnt die englische Rechtsprechung die isolierte Geltendmachung innergesellschaftlicher Ansprüche grundsätzlich ab[883]. Zur Anspruchsdurchsetzung muss die Gesellschaft stattdessen eine gerichtliche Anordnung beantragen, die die Beteiligten zur Verrechnung gegenseitiger Ansprüche verpflichtet *(action for an account)*[884]. Im Rahmen des gerichtlich begleiteten Verrechnungsverfahrens kann das Gericht über die Berechtigung geltend gemachter Ansprüche befinden[885]. Abweichend hiervon ist eine direkte Klage möglich, wenn offensichtlich ist, dass keine Gegenansprüche bestehen[886] oder ein isoliertes Feststellungsurteil die erwünschte endgültige Klärung herbeiführen kann[887]. Diese verfahrensrechtlichen Vorgaben sind auch bei der Durchsetzung von Ansprüchen aus Organmitgliedshaftung zu beachten.

[883] Blackett-Ord, Rn. 12.5; Twomey, Rn. 20.97 (Letztgenannter zum irischen Recht, das aber mit dem englischen Recht weitgehend identisch ist). Als Hindernis wird teilweise auch der Umstand gesehen, dass die Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit habe und der Gesellschafter, der die Pflichtverletzung zu verantworten habe, im Falle einer isolierten Klage Kläger und Beklagter zugleich wäre (Meyer & Co v Faber [1923] 2 ChD, 421, 439, CA; Blackett-Ord, Rn. 12.5).

[884] Meyer & Co v Faber [1923] 2 ChD, 421, 439, CA; Green v Hertzog [1954] 1 WLR, 1309, 1312, CA; Blackett-Ord, Rn. 12.5, 12.52; Lindley/Banks, Rn. 23-75; Prime/Scanlan, S. 241; näher zum Verfahren Lindley/Banks, Rn. 23.124 ff.

[885] Näher Blackett-Ord, Rn. 12.5; 12.61; Lindley/Banks, Rn. 23-126.

[886] Lindley/Banks, Rn. 23-75. Für ein Verrechnungsverfahren fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis (Hurst v Bryk [1999] ChD, 1, 16 f, CA; Blackett-Ord, Rn. 12.72).

[887] Lindley/Banks, Rn. 23-206; Twomey, Rn. 20.98 (Letztgenannter zum irischen Recht, das aber mit dem englischen Recht weitgehend identisch ist).

2. Anspruchsdurchsetzung durch das Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsorgan

Im französischen Recht, im englischen Recht und im deutschen Personengesellschaftsrecht ist die Geschäftsleitung zur Durchsetzung von Ansprüchen aus Organmitgliedshaftung befugt[888]. Für die deutschen und die englischen Personengesellschaften, bei denen keine klare rechtliche Trennung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitung besteht[889], bedeutet dies, dass die Zuständigkeit bei den zur Geschäftsführung befugten Gesellschaftern liegt. Bei der OHG bedarf die Anspruchsdurchsetzung aber einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, weil es sich um ein ungewöhnliches Geschäft nach § 116 II HGB handelt[890]. Um zu vermeiden, dass der betroffene Gesellschafter eine Anspruchsdurchsetzung verhindert, ist er nach deutschem Recht generell von der Mitwirkung an der Beschlussfassung ausgeschlossen[891]. Bei den englischen Personengesellschaften darf er dagegen mitstimmen, es sei denn, dass dies zu einer treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung führen würde[892].

Bei der AG fällt nur die Durchsetzung von Ansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands[893]. Dagegen obliegt dem Aufsichtsrat die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, da er die AG im Verhältnis zu ihren Vorstandsmit-

---

[888] Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 21; Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 41; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 86; Jurisclasseur soc/*Bézard & Letulle*. Fasc. 48-40, Rn. 61 ; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeants sociaux, Rn. 92; Jurisclasseur soc. /*Storck*, Fasc. 74-20, Rn. 83; Mayson/French/Ryan, Kap. 15.10.3, 18.4.1; Pettet, S. 227.

[889] Näher 1. Teil, D IV 2.

[890] RGZ 171, 51, 54; Staub/*Ulmer*, § 116, Rn. 15; Schlegelberger/*Martens*, § 114, Rn. 41 und § 116, Rn. 12; unklar Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 21; für Schadensersatz wegen Verletzung eines Wettbewerbsverbots ausdrücklich auch § 113 II HGB (s. Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 113, Rn. 9). Auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter müssen zustimmen (Schlegelberger/*Martens*, § 116, Rn. 13; Staub/*Ulmer*, § 116, Rn. 17 f).

[891] BGH, WM 1983, 60 (OHG); Staub/*Ulmer*, § 119, Rn. 66 f; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 114, Rn. 21; Sudhoff/*Glahs*, 2. Teil, Kap. E, Rn. 34 ff; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*v. Ditfurth*, Bd. 1, § 7, Rn. 3; Beck'sches Handbuch Personengesellschaften/*Stengel*, § 3, Rn. 102; für Schadensersatz wegen Verletzung eines Wettbewerbsverbots bei der OHG ausdrücklich auch § 113 II HGB.

[892] Näher 3. Teil, B II 2 c.

[893] Vgl. § 76 I AktG.

gliedern vertritt[894]. Bei der GmbH sind die Gesellschafter für die Durchsetzung von Ansprüchen gegen Geschäftsführer zuständig[895]. Das betrifft ausdrücklich auch die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung[896]. Der betroffene Geschäftsführer hat als Gesellschafter kein Stimmrecht[897]. Wie auch bei der Problematik von Verträgen zwischen Organmitgliedern und Gesellschaft[898] versucht das deutsche Recht, einen Interessenkonflikt durch Zuständigkeitsverlagerung zu vermeiden.

Eine Prinzipienbildung für die geschlossene Kapitalgesellschaft ist damit nicht möglich. Für die offene Kapitalgesellschaft kann sie sich nur auf Ansprüche gegen Aufsichtsführer beziehen. Es gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Die Geschäftsleitung einer offenen Kapitalgesellschaft hat die Befugnis zur Anspruchsdurchsetzung, wenn sich der Anspruch gegen einen Aufsichtsführer richtet.

Die Geschäftsleitung einer Personengesellschaft ist befugt, Ansprüche gegen einzelne Geschäftsleiter durchzusetzen.

3. Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschafter

Wenn eine Gesellschaftermehrheit eine Anspruchsdurchsetzung befürwortet, wird sie in aller Regel ihren Willen durchsetzen können. Das gilt nicht nur bei der GmbH, wo die Gesellschafter die Alleinzuständigkeit für die Anspruchsdurchsetzung besitzen. Auch in den übrigen Gesellschaften wird die Mehrheit in aller Regel über ihr zustehende Weisungsrechte, ihre Personalhoheit oder ihre faktischen Einflussmöglichkeiten erreichen, dass die Geschäftsleitung bzw. der Aufsichtsrat die Anspruchsdurchsetzung selbst in Angriff nimmt. Insoweit bedarf die Gesellschaftermehrheit

[894] § 112 AktG.
[895] § 46 Nr. 8 GmbHG.
[896] § 46 Nr. 8 GmbHG.
[897] § 47 IV 2; vgl. hierzu BGHZ 116, 353, 358; Michalski/*Römermann*, § 46, Rn. 437, 491.
[898] Näher 3. Teil, B II 4 a bb.

keines besonderen Schutzes. Anders ist dies bei der Gesellschafterminderheit. Sie ist insbesondere dann schutzbedürftig, wenn das betroffene Organmitglied zugleich Mehrheitsgesellschafter ist und somit die Entscheidungsfindung auf allen Ebenen der Gesellschaft in seinem Sinne steuern kann.

a) Deutsches Recht

aa) GmbH und Personengesellschaften

Lehnt die Gesellschaftermehrheit eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen ein Organmitglied ab, kann der einzelne Gesellschafter die Rechte der Gesellschaft im Wege der Gesellschafterklage *(actio pro socio)* selbst gerichtlich durchsetzen[899]. Es handelt sich dabei um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft, mit der der Kläger das Recht der Gesellschaft als fremdes Recht in eigenem Namen verfolgt[900]. Die Klage ist auf Leistung an die Gesellschaft zu richten, etwaige Zahlungen fließen damit in das Vermögen der Gesellschaft[901].

Bei den Personengesellschaften sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Gesellschafterklage noch nicht abschließend geklärt. Die Rechtsprechung hat zum Teil erklärt, einem Gesellschafter stehe es frei, eine Gesellschafterklage zu erheben, wenn dies nicht im Ausnahmefall treuwidrig sei[902]. In einem neueren Urteil hat sie die Gesellschafterklage dagegen als bloßes Hilfsrecht bezeichnet, dessen Ausübung nur zulässig sei, wenn die anderen Gesellschafter die An-

[899] BGHZ 102, 152, 155 (GbR); BGH, ZIP 1985, 1137, 1138 (OHG); BGH, NJW 1998, 1951 (GmbH); Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 98 f; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 105, Rn. 177 f.

[900] H.M., s. z.B. Schmidt, § 21 IV 4 a; Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 95 f; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 105, Rn. 78 m.w.N.; wohl auch BGH, ZIP 1985, 1137, 1138 (OHG); a.A. Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 13, Rn. 49 f; ausführlich Bork/Oepen ZGR 2001, 515, 518 ff.

[901] BGHZ 25, 27, 49 f (OHG); Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 105; Beck'sches Handbuch Personengesellschaften/*Stengel*, § 3, Rn. 101; Sudhoff/*Glahs*, 2. Teil, Kap. E, Rn. 26.

[902] BGHZ 25, 47, 49 f (OHG); wohl auch BGH ZIP 1985, 1137, 1138 (OHG); zustimmend Beck'sches Handbuch Personengesellschaften/ *Stengel*, § 3, Rn. 108; Baumbach/Duden/Hopt, § 109, Rn. 32.

spruchsdurchsetzung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigerten[903].

Bei der GmbH verlangt die herrschende Meinung, dass ein überstimmter Gesellschafter zunächst den ablehnenden Beschluss gerichtlich anficht[904]. Voraussetzung für einen Erfolg der Klage ist, dass der Stimmrechtsgebrauch durch die Gesellschaftermehrheit treuwidrig war[905]. Bei Klageerfolg ist die Gesellschaft selbst zur Anspruchsdurchsetzung in einem zweiten Prozess verpflichtet[906]. Einer Gesellschafterklage bedarf es dann nur, wenn die Gesellschaft dem Urteil nicht Folge leistet. Wenn aber von vornherein nicht damit zu rechnen ist, dass sich die Gesellschaftermehrheit einer gerichtlichen Entscheidung beugen wird, kann der überstimmte Gesellschafter die Gesellschafterklage auch ohne vorherige Anfechtungsklage anstrengen[907].

An die Treu- bzw. Gesellschaftswidrigkeit eines Verzichts auf die Anspruchsdurchsetzung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich sind die zuständigen Organmitglieder zur Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft verpflichtet[908]. Deshalb liegt eine Gesellschaftswidrigkeit im Zweifel schon dann vor, wenn die betroffenen Organmitglieder die Anspruchsdurchsetzung durch ihr Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung verhindern[909].

---

[903] BGHZ 102, 152, 155 (für GbR), allerdings ohne den älteren Entscheidungen ausdrücklich zu widersprechen; zustimmend Bork/Oepen ZGR 2001, 515, 532 ff; ähnlich Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 105, Rn. 80 und Staub/*Ulmer*, § 105, Rn. 268a.

[904] OLG Düsseldorf, ZIP 1994, 619, 621; OLG Köln, NJW-RR 1994, 616 f; wohl auch BGH, ZIP 1991, 582, 583; Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 102; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 13, Rn. 54; a.A. Raiser, § 27, Rn. 28; Gehrlein, ZIP 1993, 1525, 1530; offen Scholz/*Emmerich*, § 13, Rn. 49 f; unklar BGH, ZIP 1998, 780, 781; zur Anfechtungsklage bei der GmbH Raiser, § 33, Rn. 71 ff.

[905] Michalski/*Römermann*, Anh. § 47, Rn. 336; Baumbach/Hueck/*Zöllner*, Anh. § 47, Rn. 51; allgemein auch Roth/Altmeppen/*Roth*, § 47, Rn. 118.

[906] Vgl. BGH, WM 1982, 928, 929. Die Anfechtungsklage muss hierzu mit einer Klage auf positive Beschlussfeststellung verbunden werden (näher Roth/Altmeppen/*Roth*, § 47, Rn. 156).

[907] BGH, WM 1982, 928, 929; OLG Düsseldorf, ZIP 1994, 619, 621; Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 102; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 13, Rn. 56.

[908] BGHZ 135, 244, 254 f (AG); OLG Koblenz, NZG 1999, 250, 251 (GbR); Bork/Oepen, ZGR 2001, 515, 532.

[909] Bork/Oepen 2001, ZGR 2001, 515, 532 f; ähnlich Grunewald, S. 21; ebenso wohl BGH, WM 1982, 928, 929 und OLG Düsseldorf, ZIP 1994, 619, 621 (jeweils GmbH).

bb) AG

Das Gesetz gibt einem oder mehreren Aktionären, die mindestens 10 % am Nominalkapital halten, das Recht, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen ein Organmitglied zu verlangen[910]. Das für die Anspruchsdurchsetzung zuständige Organ ist verpflichtet, dieses Verlangen innerhalb von sechs Monaten umzusetzen[911]. Die Gesellschafter können mit einfacher Mehrheit einen besonderen Vertreter zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs bestellen[912]. In diesem Rahmen ist der besondere Vertreter für die AG geschäftsführungs- und vertretungsbefugt[913]. Auf Antrag eines oder mehrerer Aktionäre, deren Anteile zusammen mindestens 10 % des Nominalkapitals oder eine Million Euro erreichen, kann auch ein Gericht den besonderen Vertreter bestellen, wenn ihm dies für eine ordnungsgemäße Geltendmachung zweckmäßig erscheint[914]. Ein Reformvorschlag der Bundesregierung sieht eine Absenkung dieses Quorums auf 1 % vor[915]. Kommt das zuständige Organ seiner Durchsetzungspflicht nicht fristgerecht nach, hat ein Gericht auf Antrag eines oder mehrerer Aktionäre, deren Anteile zusammen mindestens 5 % des Nominalkapitals oder 500.000 € erreichen, einen besonderen Vertreter zu bestellen, sofern der dringende Verdacht besteht, dass der AG durch Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung Schaden zugefügt worden ist[916]. Diese gesetzlichen Vorschriften sind abschließend. Die unter aa) dargestellten Grundsätze zur Gesellschafterklage finden auf die AG nach herrschender Meinung keine Anwendung[917].

---

[910] § 147 I 1 AktG.
[911] § 147 I 4 AktG.
[912] §§ 147 II 1, 133 I AktG; Hüffer, § 147, Rn. 6.
[913] Hüffer, § 147, Rn. 6; Großkommentar AktG/*Bezzenberger*, § 147, Rn. 52.
[914] § 147 II 2 AktG.
[915] Pressemitteilung vom 25.2.2003, abrufbar unter www.bmj.bund.de/ger/service/pressemitteilungen. Zur Vermeidung aussichtsloser oder erpresserischer Klagen soll das Gericht allerdings die Möglichkeit erhalten, die Klage nicht zuzulassen.
[916] § 147 III 1 AktG.
[917] Schmidt, § 21 IV 6 a m.w.N.; Hüffer, § 147, Rn. 5; Zöllner, ZGR 1988, 392, 407 f.

b) Französisches Recht

Der französische Gesetzgeber räumt dem einzelnen Gesellschafter der hier untersuchten Gesellschaften das Recht ein, im Wege der Singularklage *(action sociale ut singuli)* Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ein Organmitglied gerichtlich geltend zu machen[918]. Nur für Ersatzansprüche einer *SA* neuen Typs gegen eines ihrer Aufsichtsratsmiglieder gilt dies nicht[919]. Die Durchsetzungsbefugnis liegt bei dieser Gesellschaft ausschließlich beim Direktorium, das organisatorisch vom Aufsichtsrat klar getrennt ist. Die Gefahr sachwidriger Zurückhaltung bei der Anspruchsdurchsetzung ist aus diesem Grund kleiner[920].

Zur Geltendmachung der Singularklage haben die Gesellschafter einer *SA* oder einer *SARL* die Möglichkeit, sich zu einer Gruppe zusammenzuschließen[921]. Die näheren Einzelheiten regelt ein Dekret[922]. Ein derartiger Zusammenschluss setzt bei der *SARL* voraus, dass die betreffenden Gesellschafter mindestens 10 % des Nominalkapitals der Gesellschaft halten[923]. Für die *SA* gilt grundsätzlich eine Mindestquote von 5 %[924]. Ab einem Nominalkapital von 750.000 € reduziert sich diese Quote je nach Höhe des Nominalkapitals nach einem Staffelsystem[925]. Bei einem Nominalkapital von 1 Mrd. € liegt sie bei ca. 0,52 %. Die Gruppenklage hat den Vorteil, dass sie im Vergleich zu mehreren parallel angestrengten Einzelklagen Kosten spart[926]. Gleichzeitig kann jeder Teilnehmer sicher sein, dass die Gruppenklage nicht gegen seinen Willen zurückgezogen werden kann. Denn der Rückzug einzelner Gesellschafter berührt den

[918] Art. L. 225-252, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-252, Satz 1 i.V.m. L. 225-256 al.1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 3 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 1 i.V.m. art. 1834 Code civil (Personengesellschaften).
[919] Art. L. 225-257 al. 2 Code de commerce verweist nicht auf art. L. 225-252 Code de commerce.
[920] Vgl. Jurisclasseur soc/*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 93.
[921] Art. L. 225-252, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-252, Satz 1 i.V.m. L. 225-256 al. 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 3, Satz 1 Code de commerce *(SARL)*.
[922] Décret Nr. 67-236 du 23.3.1967. Ein Dekret entspricht in etwa einer Rechtsverordnung im deutschen Recht.
[923] Art. 45 al. 1 décret du 23.3.1967.
[924] Art. 200 al. 1 décret du 23.3.1967.
[925] Näher art. 200 al. 2 décret du 23.3.1967.
[926] Lefebvre dirigeants, Rn. 14446; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 27.

Fortgang der Klage nicht[927].

Für börsennotierte *SA* sieht das Gesetz schließlich die Möglichkeit einer Verbandsklage durch eine gesellschaftsinterne Aktionärsvereinigung vor[928]. Zur Gründung einer solchen Vereinigung müssen die beteiligten Aktionäre gemeinsam eine Mindestbeteiligung von 5 % aufweisen, wobei dieser Wert ähnlich der Staffelung für die Gruppenklage mit zunehmendem Nominalkapitalvolumen sinkt[929].

Das Recht zur Singularklage ist unabdingbar[930]. Der Vorrang der Insolvenzhaftung gilt allerdings auch gegenüber der Singularklage[931]. Zugesprochener Schadensersatz ist direkt an die Gesellschaft zu zahlen[932].

c) Englisches Recht

aa) Kapitalgesellschaften

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Minderheit der Gesellschafter Ansprüche für die *company* durchsetzen kann, gehört zu den schwierigsten und meistdiskutierten Fragen des englischen Gesellschaftsrechts. Sie ist gleichzeitig ein Musterbeispiel für die Überlagerung und Ergänzung des durch die Rechtsprechung geprägten *common law* durch kodifiziertes Recht[933].

(1) *Common law*

Die englische Rechtsprechung hat schon früh die Regel aufgestellt, dass nur die Gesellschaft selbst zur Geltendmachung ihrer Ansprüche befugt

[927] Art. 200 al. 3 *(SA)*, art. 45 al. 2 décret du 23.3.1967 *(SARL)*.
[928] Art. L. 225-252, L. 225-256 al. 1, L. 225-120 Code de commerce.
[929] Einzelheiten in art. L. 225-120 Code de commerce.
[930] Art. L. 225-253 (*SA* klassischen Typs), L. 225-253 i.V.m. L. 225-256 al.1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 4, al. 5 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 2, al. 3 i.V.m. art. 1834 Code civil (Personengesellschaften).
[931] Lefebvre dirigeants, Rn. 13700; Piniot, RJDA 1995, S. 639, Rn. 9.
[932] Art. L. 225-252, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-252, Satz 2 i.V.m. L. 225-256 al.1 (*SA* neuen Typs), L. 223-22 al. 3, Satz 2 Code de commerce *(SARL)*; art. 1843-5 al. 1, Satz 2 i.V.m. art. 1834 Code civil (Personengesellschaften).
[933] Anderes Beispiel im 3. Teil, B II 4 c bb.

ist[934]. Dahinter steckt die traditionelle Zurückhaltung der englischen Gerichtsbarkeit gegenüber einer Einmischung in rein geschäftliche Angelegenheiten[935] und die Furcht vor einer Häufung entsprechender Klagen[936]. In der Konsequenz können die Gesellschafter daher grundsätzlich nur in ihrer Mehrheit eine Anspruchsdurchsetzung herbeiführen[937]. Ob die Gesellschaftermehrheit dabei ein eigenes Klagerecht hat, ist noch nicht abschließend geklärt. Hierzu gibt es widersprüchliche Rechtsprechung[938].

Das Mehrheitsprinzip gilt aber nicht uneingeschränkt. Auch die englische Rechtsprechung sieht die Gefahr, dass eine vorbehaltlose Geltung des Mehrheitsprinzips Missbrauchsgefahren bergen würde. Sie gewährt daher der Gesellschafterminderheit unter zwei Voraussetzungen eine Klagebefugnis zur Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Direktoren *(derivative action)*:

- Der Verzicht auf eine Geltendmachung des Anspruchs muss zu einer treuwidrigen Benachteiligung der überstimmten Gesellschafterminderheit *(fraud on the minority)* führen[939]. Die Rechtsprechung hält sich mit einer Konkretisierung dieser Generalklausel zurück und hebt auf die Umstände des Einzelfalls ab[940]. Dennoch lassen sich Tendenzen ausmachen. So scheidet eine treuwidrige Benachteiligung der Minderheit in der Regel aus, wenn der Anspruch gegen den Direktor auf einer bloßen Sorgfalts-

[934] Grundsatzentscheidung Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461, 490 ff (abgedruckt in ER, Bd. 67, S. 189); Burland v Earle [1902] AC, 83, 93, PC; Pettet, S. 227; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.1.
[935] S. z.B. Burland v Earle [1902] AC, 83, 93, PC; ausführlich hierzu Mayson/French/Ryan, Kap. 18.3.3.1.
[936] Näher Mayson/French/Ryan, Kap. 18.3.3.3, 18.3.3.4.
[937] Pettet, S. 228; zur Bedeutung des Mehrheitsprinzips im englischen Gesellschaftsrecht, Mayson/French/Ryan, Kap. 18.3.3.2.
[938] Verneinend Breckland Group Ltd v London & Suffolk Properties Ltd [1988] 4 BCC, 542, 546 f, HC; bejahend Alexander Ward Ltd v Samyang Navigation Co Ltd [1975] 2 All ER, 424, 428 f, HL; ebenso Palmer's Company Law/ *Worthington*, Rn. 8.801; instruktiv zur Problematik Pettet, S. 241 f.
[939] Der Begriff *fraud* ist dabei in weitem Sinne zu verstehen (s. z.B. Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council [1982] 1 All ER, 437, 445, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.4.1).
[940] Exemplarisch Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council [1982] 1 All ER, 437, 447 f, HC.

pflichtverletzung beruht[941]. In Fällen, in denen der Direktor von seiner Pflichtverletzung persönlich profitiert hat, begründet der Verzicht auf eine Anspruchsdurchsetzung dagegen im Zweifel eine treuwidrige Minderheitenbenachteiligung[942]. Das gilt insbesondere in Fällen zweckwidriger Vermögensverwendung, wo auch ein Anspruchsverzicht in der Regel als treuwidrige Minderheitenbenachteiligung zu qualifizieren ist[943].

- Die Geltendmachung des Anspruchs muss von einer Mehrheit der in ihrer Entscheidung unabhängigen Gesellschafter befürwortet werden[944]. Ein Gesellschafter ist unabhängig, wenn keine ernsthafte Gefahr besteht, dass er sich bei seinem Abstimmungsverhalten eher von den Interessen des Direktors als von den Interessen der Gesellschaft leiten lassen würde[945]. Bei der Bestimmung dieser Mehrheit bleibt damit insbesondere der Stimmanteil des Direktors unberücksichtigt, der Anspruchsgegner der Gesellschaft wäre.

Das jüngst reformierte Zivilprozessrecht macht die Zulässigkeit einer derartigen Klage von einer gerichtlichen Zustimmung abhängig, die in einem Vorverfahren zu erteilen ist[946]. Dieses Vorverfahren dient im Wesentlichen zur Prüfung der beiden genannten Voraussetzungen[947]. Im Falle einer erfolgreichen Klage kommt die Leistung der Gesellschaft zu[948].

---

[941] Pavlides v Jensen [1956] ChD, 565, 576, HC; Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd [1981] Ch, 257, 316, HC; Pettet, S. 232; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.4.1.

[942] Alexander v Automatic Telephone Co [1900] 2 ChD 56, 69,CA (für eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch, näher zu diesem Anspruch 4. Teil, B II 3 a); Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (Nr. 2) [1981] ChD, 257, 316, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.4.1; interessanter Grenzfall: Daniels v Daniels [1978] ChD, 406, 414, HC (treuwidrige Benachteiligung des Klageverzichts, weil Sorgfaltspflichtverletzung für den Direktor gewinnbringend war).

[943] Company Law Guide/*Hannigan*, Rn. 7.50; zur Frage des Verzichts 4. Teil, A IV 1 c.

[944] Smith v Croft (Nr. 2) [1988] ChD, 114, 185, HC; Ferran, S. 153; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.2; näher zur gesamten Problematik Gower/Davies, S. 461 ff; Pettet, S. 238 ff.

[945] Smith v Croft (Nr. 2) [1988] ChD, 114, 186, HC; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.2.

[946] Civil Procedure Rules 1998, r. 19.9 (3).

[947] Pettet, S. 241; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.7.

[948] Pettet, S. 235; Modern Company Law Final Report, Rn. 7.51.

(2) Kodifiziertes Recht

Um die generell schwache Position des Minderheitsgesellschafters nach *common law* zu stärken, gewährt *Companies Act 1985, s. 459* jedem Gesellschafter das Recht, gerichtlich gegen Entscheidungen der Gesellschaft vorzugehen, die ihm einen unbilligen Schaden *(unfair prejudice)* zufügen[949]. Wenn diese Voraussetzung vorliegt, kann das Gericht nach eigenem Ermessen Abhilfe schaffen[950]. Dieses praktisch überaus wichtige Recht hat seine Hauptbedeutung in den Fällen, in denen ein Minderheitsgesellschafter aus der Geschäftsführung gedrängt wird und damit jeden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verliert[951]. Die Regelung kann dem Minderheitsgesellschafter aber auch für die hier untersuchte Fallgestaltung zur Hilfe kommen. Als eine der möglichen richterlichen Maßnahmen sieht das Gesetz ausdrücklich die Erlaubnis vor, Ansprüche im Namen der Gesellschaft gerichtlich geltend zu machen[952]. Etwaige Zahlungen fließen auch hier an die Gesellschaft[953]. Ob die rechtlichen Anforderungen an einen unbilligen Schaden im Sinne von *s. 459* dabei geringer sind als für die nach *common law* verlangte treuwidrige Minderheitenbenachteiligung, ist allerdings noch nicht geklärt[954]. Veröffentlichte Rechtsprechung gibt es kaum, weil dieser Weg länger dauert und höhere Kostenrisiken mit sich bringt als die klassische *derivative action* nach *common law*[955]. Der Gesellschafter muss zuerst nach *s. 459* klagen und dann bei Erfolg eine zweite Klage in der Sache erheben.

Im Zuge der Reform des *Company Law* wird die Kodifizierung eines Rechts zur Gesellschafterklage erwogen[956]. Die Zulässigkeit einer Gesell-

[949] Zur Geschichte dieser Vorschrift Pettet, S. 247 f.
[950] Companies Act 1985, s. 461 (1).
[951] In solchen Fällen verpflichtet das Gericht die Mehrheitsgesellschafter meist zum Aufkauf der Anteile des Minderheitsgesellschafters (s. Companies Act 1985, s. 461 (2) (d)). Ausführlich hierzu Pettet, S. 247 ff.
[952] Companies Act 1985, s. 461 (2) (c).
[953] Lowe v Fahey [1996] 1 BCLC, 262, 268, HC.
[954] Bejaht wird dies z.B. von Pettet, S. 262; a.A. Hirt (2003) CoLa, 100, 102 ff; offen Gore-Brown/*Birds*, Rn. 28.17.9.
[955] Pettet, S. 263; vgl. Mayson/French/Ryan, Kap. 18.4.7; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 28.17.9; Beispiel aus der Rechtsprechung: Lowe v Fahey (1996) 1 BCLC, 262.
[956] Vgl. Modern Company Law - Completing the Structure, Rn. 5.82 ff und Modern Company Law Final Report, Rn. 7.46 ff; näher hierzu Gower/Davies, S. 464 ff. Der aktuelle Gesetzesentwurf greift diese Problematik nicht auf.

schafterklage soll davon abhängig sein, dass eine Mehrheit der in ihrer Entscheidung unabhängigen Gesellschafter die Klage befürwortet[957]. Das Gericht soll daneben die Möglichkeit haben, die Klage für unzulässig zu erklären, wenn sie nicht im Interesse der Gesellschaft liegt[958].

bb) Personengesellschaften

Die Frage, ob die Gesellschafterminderheit zur Anspruchsdurchsetzung befugt ist, wird für die *partnership* viel weniger intensiv diskutiert als für die *company*. Soweit ersichtlich gibt es hierzu nur eine veröffentlichte Entscheidung eines kanadischen Berufungsgerichts. Das Gericht verneint dort in Anwendung der zur *company* entwickelten Grundsätze eine Durchsetzungsbefugnis der Minderheit, es sei denn, dass eine treuwidrige Minderheitenbenachteilung vorliegt[959]. Dieses Urteil dürfte derzeit auch für England maßgebend sein[960]. Mit der gebotenen Vorsicht kann daher festgehalten werden, dass die zur *company* entwickelten Grundsätze insgesamt auch für die *partnership* gelten.

d) Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

Das Maß an Übereinstimmung zwischen den untersuchten Rechtsordnungen ist insgesamt gering. Im französischen Recht hat die Gesellschaftermehrheit keine Möglichkeit, eine Anspruchsdurchsetzung durch einen Einzelgesellschafter durch eine wie immer geartete Maßnahme zu verhindern. Materielle oder verfahrensrechtliche Restriktionen für eine Gesellschafterklage existieren nicht. Der französische Gesetzgeber wünscht sich geradezu Gesellschafterklagen, um die Interessen der Gesellschaft gegenüber den Organmitgliedern und den häufig eng mit ihnen verbundenen Mehrheitsgesellschaftern zur Geltung kommen zu lassen. Das belegt sein Bestreben, Gruppenklagen zu fördern und die Gesell-

[957] Modern Company Law - Completing the Structure, Rn. 5.85; Modern Company Law Final Report, Rn. 7.46.
[958] Modern Company Law - Completing the Structure, Rn. 5.87; Modern Company Law Final Report, Rn. 7.48 ff.
[959] Watson v Imperial Financial Services Ltd (1994) 111 DLR (4th), 643, 653 ff.
[960] So Morse, S. 90 f; Mayson/French/Ryan, Kap. 18.3.1.

schafterklage dadurch unter Kostengesichtspunkten attraktiver zu machen.

Das deutsche Recht ist der Gesellschafterklage demgegenüber weniger positiv eingestellt. Der Ansatz, die Gesellschafterklage durch prozessuale Erleichterungen zu fördern, findet sich dort nicht. Für die Personengesellschaften wird der Rechtsvergleich im Übrigen durch die unklare Rechtslage in Deutschland erschwert. Wird für das deutsche Personengesellschaftsrecht die Auffassung zum Maßstab gemacht, dass die Gesellschafterklage ohne besondere Voraussetzungen zulässig ist, besteht insoweit Übereinstimmung mit dem französischen Recht. Wird dagegen die Zulässigkeit davon abhängig gemacht, dass ein Verzicht auf die Anspruchsdurchsetzung gesellschaftswidrig wäre, existiert im deutschen Recht im Gegensatz zum französischen Recht eine materielle Hürde. Da diese Hürde für die GmbH unstreitig existiert, steht in dieser Beziehung für die geschlossene Kapitalgesellschaft ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen Recht fest. Mit der grundsätzlichen Notwendigkeit einer vorgeschalteten Anfechtungsklage stellt das deutsche Recht für die geschlossene Kapitalgesellschaft daneben noch eine verfahrensrechtliche Hürde auf und schafft so einen weiteren Unterschied zum französischen Recht. Für die offene Kapitalgesellschaft verzichtet das deutsche Recht dagegen auf jede materielle Einschränkung für eine Anspruchsdurchsetzung und verlangt auch keine Anfechtungsklage. Es kommt damit dem französischen Recht wieder näher. Dafür verlangt das deutsche Recht für die Gesellschafterklage in einer offenen Kapitalgesellschaft im Gegensatz zum französischen Recht ein Mindestquorum.

Die höchsten Anforderungen an eine Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschafterminderheit finden sich im englischen Recht. Die Gesellschafterminderheit genießt einen noch schwächeren Schutz als im deutschen Recht und damit erst recht als im französischen Recht. Auf der materiellen Ebene sind die für alle Gesellschaften geltenden Anforderungen im englischen Recht höher als diejenigen, die im deutschen Recht zweifelsfrei für die geschlossene Kapitalgesellschaft und womöglich auch

für die Personengesellschaften existieren. Das englische Recht sieht die Rechte der Gesellschafterminderheit in der Regel nur dann als verletzt an, wenn ein Anspruch gegen ein Organmitglied nicht durchgesetzt wird, obwohl das Organmitglied von seiner Pflichtverletzung profitiert hat. Im deutschen Recht gilt dagegen, dass die Gesellschafterminderheit grundsätzlich erwarten darf, dass Ansprüche aus Organmitgliedshaftung durchgesetzt werden. Ein exakter Vergleich ist wegen der einzelfallgeprägten Rechtsprechung in beiden Ländern allerdings kaum möglich. Als Gemeinsamkeit ist hier nur der Wille erkennbar, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen und nach Billigkeit zu entscheiden.

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht sind die Anforderungen im englischen Recht insgesamt höher als im deutschen Recht. Im englischen Recht muss bei den Personengesellschaften eine Mehrheit der von der Anspruchsdurchsetzung nicht betroffenen Gesellschafter zustimmen. Im deutschen Recht kann jeder Gesellschafter die Anspruchsdurchsetzung vornehmen, wenn die materiellen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Für die geschlossene Kapitalgesellschaft gilt das zu den Personengesellschaften Gesagte, sofern im englischen Recht nach *common law* verfahren wird. Wird die Anspruchsdurchsetzung dagegen auf kodifiziertes Recht gestützt, sind die verfahrensrechtlichen Hürden für die geschlossene Kapitalgesellschaft im englischen und im deutschen Recht in etwa gleich. Sowohl im deutschen wie auch im englischen Recht kann dann ein Einzelgesellschafter die Anspruchsdurchsetzung betreiben, muss aber unter Umständen zweimal klagen. Für die offene Kapitalgesellschaft lässt sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht keine Übereinstimmung zwischen deutschem und englischem Recht feststellen. Das deutsche Recht kennt hier weder die Notwendigkeit zweier Klagen noch einer Mehrheit unter den unbeteiligten Gesellschaftern. Stattdessen existiert dort ein fixes Quorum, das spätestens mit Absenkung auf 1 % in aller Regel unter dem fallweise zu ermittelnden Mehrheitserfordernis im englischen Recht liegen dürfte.

Als Gemeinsamkeit zwischen den untersuchten Rechtsordnungen lässt

sich im Ergebnis lediglich festhalten, dass eine Anspruchsdurchsetzung durch eine Gesellschafterminderheit zumindest dann zulässig ist, wenn die Billigkeit dies gebietet. Eine nähere Konkretisierung ist nicht möglich. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Eine Minderheit der Gesellschafter ist zumindest dann befugt, Ansprüche der Gesellschaft aus Organmitgliedshaftung durchzusetzen, wenn die Billigkeit dies gebietet.

Übereinstimmung herrscht in allen Rechtsordnungen dagegen im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Gesellschafterklage. Das Geld fließt nicht an den oder die Kläger, sondern an die Gesellschaft als Trägerin des Anspruchs. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Bei einer erfolgreichen Klage einzelner Gesellschafter fließen die Zahlungen an die Gesellschaft.

B. Verpflichtung zur Gewinnherausgabe

Es gibt Fälle, in denen das Organmitglied durch die Pflichtverletzung einen Gewinn erzielt. Besonders häufig ist dies bei Verstößen gegen ein Wettbewerbsverbot, pflichtwidrigen Geschäftschancenverwertungen oder pflichtwidrigen Vertragsschlüssen mit der Gesellschaft. Die Gewinnerzielungsabsicht ist hier in der Regel die Triebfeder des Handelns. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft einen Anspruch auf Herausgabe dieses Gewinns hat. Dabei ist danach zu differenzieren, ob die Gesellschaft den Gewinn als ihr entgangenen Gewinn im Wege des Schadensersatzes herausverlangen kann (s. nachfolgend I) oder ob sie sich auf einen rechtlich eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch stützen kann (s. nachfolgend II).

I. Verpflichtung zur Herausgabe entgangenen Gewinns

Die untersuchten Rechtsordnungen begreifen den entgangenen Gewinn *(gain manqué, lost opportunity*[961]*)* übereinstimmend als ersatzfähigen Schaden[962]. Wenn das Organmitglied einen Gewinn anstelle der Gesellschaft erzielt hat, muss es diesen im Wege des Schadensersatzes herausgeben. Das deutsche Recht gewährt dem Gläubiger dabei eine Beweiserleichterung. Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den konkreten Umständen des Einzelfalls mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte[963]. Ob auch das englische Recht eine Beweiserleichterung gewährt, ist unsicher[964]. Im französischen Recht gelten dagegen die allgemeinen Beweislastregeln[965]. In der Praxis orientieren sich die französischen Gerichte allerdings häufig am vom Schuldner erlösten Gewinn, was einer Beweiserleichterung im Ergebnis nahe kommt[966]. Die französische und die englische Rechtsprechung haben darüber hinaus die Rechtsfigur des Chancenverlusts *(perte de chance, loss of a chance)* entwickelt[967]. Ein Anwendungsbeispiel ist der Verlust einer Gewinnchance durch Verpassen eines Vertragsschlusses[968]. Die Geltendmachung eines Chancenverlusts setzt nicht voraus, dass der volle Nachweis des Gewinneintritts erbracht wird. Der Gläubiger muss nur beweisen, dass eine Chance auf Gewinn bestand[969]. Ihm steht dann der Ersatz eines Teils des Schadens zu, dessen Höhe sich nach der Wahrscheinlich-

---

[961] Im englischen Recht gibt es keinen allgemein anerkannten Begriff für den entgangenen Gewinn. Gebräuchlich sind auch „loss of a chance to gain" oder „loss of prospective earnings".

[962] § 252, S. 1 BGB; art. 1149 Code civil; Ratcliffe v Evans [1892] 2 QB, 524, 531, CA; McGregor, Rn. 370 f; Eliott/Quinn, S. 245 f; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-034.

[963] § 252, S. 2 BGB; näher zum Charakter dieser Vorschrift als Beweiserleichterungsregel Münchener Kommentar BGB/*Oetker*, § 252, Rn. 31.

[964] In diesem Sinne Ratcliffe v Evans [1892] 2 QB, 524, 532 f; wohl auch McGregor, Rn. 371 ff; abweichend Law of Contract, Rn. 8.6 m.w.N.

[965] Cass. com., 7.6.1989, Bull. crim., Nr. 245; Lamy droit de la responsabilité/*Bruschi*, Rn. 218-9; Serra, Rn. 375.

[966] Lamy économique, Rn. 1681; Enc. Dalloz com./*Serra*, Concurrence (obligation de non-concurrence), Rn. 136; Viney/Jourdain, Rn. 91; vgl. als Beispiel Cass. soc., 6.11.1984, Bull. civ. V, Nr. 409.

[967] Ausführlich hierzu Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 218-21 ff ; McGregor, Rn. 375 ff.

[968] Cass. 2e civ., 19.6.1996, D. 1998, Som., 50; Lamy responsabilité/*Bruschi*, Rn. 218-25; Chaplin v Hicks [1911] 2 KB, 786, 791 f, CA; Industrial Development Consultants v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 176 *(company)*.

[969] Lamy droit de la responsabilité/*Bruschi*, Rn. 218-21; vgl. auch Cass. crim., 9.10.1975, Gaz. Pal. 1976, Jur., 4; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-034.

keit der Chancenrealisierung bestimmt[970]. Eine Entsprechung im deutschen Recht gibt es hierfür nicht[971].

II. Selbständige Herausgabeverpflichtung

1. Deutsches Recht

a) Eintrittsrecht

Für die AG und die OHG bestimmt das Gesetz, dass die Gesellschaft bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot statt des Schadensersatzanspruchs vom Organmitglied verlangen kann, dass es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lässt und bei Geschäften für fremde Rechnung die hierfür bezogene Vergütung herausgibt (so g. Eintrittsrecht)[972]. Auf die GmbH und die GbR finden diese Vorschriften analoge Anwendung[973]. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur gelten sie entsprechend auch für einen Verstoß gegen das Geschäftschancenverwertungsverbot[974]. Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert, sondern diese Fälle bislang über das Auftragsrecht (s. sogleich unter b)) gelöst. Bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot greift das Eintrittsrecht dagegen nicht[975].

Das Eintrittsrecht lässt die pflichtwidrig getätigten Geschäfte unbe-

---

[970] Cass. com., 1e civ., 16.7.1998, Bull. civ. I, Nr. 260; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Responsabilité civile, Rn. 57; Lamy contrat/*Reboul*, Rn. 380-73; Industrial Development Consultants v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 176 *(company)*; Chitty/*Harris*, Bd. 1, Rn. 27-034; Law of Contract, Rn. 8.7.

[971] S. BGH, NJW 1983, 442, 443, wo dem Versuch der Vorinstanz, den Verlust der Gewinnchance durch Bildung einer Quote zu berücksichtigen, eine ausdrückliche Absage erteilt wird.

[972] §§ 88 II 2 AktG, 113 I, 2. HS HGB.

[973] BGH, BB 1989, 1637, 1639 (GmbH); Michalski/*Michalski*, § 13, Rn. 273; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 131a; Soergel/*Hadding*, § 705, Rn. 62; a.A. für GbR Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 24.

[974] Hüffer, § 88, Rn. 3; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 146; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 263; Kübler, FS Werner, 437, 440 f; näher hierzu Merkt ZHR 1995, 423, 446; dagegen z.B. Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 60.

[975] S. Wortlaut der §§ 88 II 2 AktG, 113 I 2 HGB; Staub/*Ulmer*, § 113, Rn. 4; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 113, Rn. 1.

rührt[976]. Es hat keine Außenwirkung, sondern nur den Charakter eines reinen Gewinnabschöpfungsanspruchs im Innenverhältnis zum Organmitglied. Wie der Schadensersatzanspruch setzt es Verschulden voraus[977], wobei das Organmitglied bei den Personengesellschaften gemäß § 708 BGB auch hier nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten einstehen muss[978]. Unerheblich ist dagegen, ob die Gesellschaft das Geschäft selbst hätte durchführen können oder wollen[979].

Das Eintrittsrecht unterliegt einer kurzen Verjährungsfrist von drei Monaten[980]. Inwieweit der Anspruch ansonsten den für den Schadensersatzanspruch geltenden Regeln unterworfen ist, ist ungeklärt[981].

b) Herausgabeanspruch aus allgemeinem Auftragsrecht

In Fällen pflichtwidriger Geschäftschancenverwertung kommt eine Gewinnabschöpfung auch über die Anwendung allgemeinen Auftragsrechts in Betracht. Sofern die Geschäftschance der Gesellschaft durch eine schuldrechtliche Beziehung äußerlich in Erscheinung getreten und hinreichend verfestigt worden ist, liegt ein Fall angemaßter Eigengeschäftsführung nach § 687 II BGB vor [982]. Die Gesellschaft erwirbt in solchen Fällen einen Anspruch auf Herausgabe der vom Organmitglied gemach-

[976] BGHZ 89, 162, 171 (Kommanditist einer KG); Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Mattfeld*, Bd. 1, § 53, Rn. 39, 41 f; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 88, Rn. 21.
[977] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 88, Rn. 18; Baumbach/Duden/Hopt, § 113, Rn. 2; Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 25; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Mattfeld*, Bd. 1, § 53, Rn. 38; zweifelnd Hüffer § 93, Rn. 7.
[978] Baumbach/Duden/Hopt, § 113, Rn. 2; Sudhoff/*Schulte*, 2. Teil, Kap. G, Rn. 25; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Mattfeld*, Bd. 1, § 53, Rn. 38.
[979] RGZ 109, 355, 356 (für § 61 HGB); Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Mattfeld*, Bd. 1, § 53, Rn. 39; Staub/*Ulmer*, § 113, Rn. 17; Michalski/*Michalski*, § 13, Rn. 276.
[980] §§ 88 III 1 AktG, 113 III, 1. HS HGB; Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 263; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 132; Hachenburg/*Mertens*, § 43, Rn. 39.
[981] Diese Frage wird -soweit ersichtlich- nicht diskutiert. Im Hinblick auf die Beweislast, die Möglichkeit eines Verzichts und einer Haftungsmodifikation dürfte daher allgemeines Recht gelten. Die Annahme eines gesamtschuldnerischen Verhältnisses liegt nahe (vgl. Münchener Kommentar/*Byldinski*, § 421, Rn. 11 f, 45). In jedem Fall gilt das zur Gesellschafterklage Gesagte auch hier (s. nur Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 99; Staub/*Ulmer*, § 105, Rn. 263). Für die AG spricht dagegen einiges für eine analoge Anwendung des § 147 III AktG.
[982] BGH, WM 1988, 903, 904 (GbR); BGH, WM 1989, 1335, 1339 (GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 468; Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 66; Schlegelberger/*Martens*, § 113, Rn. 17.

ten Gewinne[983]. Für diesen Anspruch gilt die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist nach BGB[984]. Auch im Übrigen dürfte der Herausgabeanspruch eigenen Regeln folgen[985].

2. Französisches Recht

Das französische Recht kennt keinen eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch.

3. Englisches Recht

a) Treuepflichten

Die Verletzung einer Treuepflicht berechtigt den Treueberechtigten zur Abschöpfung etwaig gemachter Gewinne *(account of profits)*[986]. Dieser Rechtsgrundsatz hat im englischen Recht eine große Bedeutung und eine lange Tradition. Er findet auch auf den Direktor einer *company* und den Partner einer *partnership* Anwendung, die beide Treueverpflichtete gegenüber ihrer Gesellschaft sind.

Bei den Personengesellschaften beruht der Gewinnabschöpfungsanspruch heute weitgehend auf geschriebenem Recht. Der *Partnership Act 1890* gewährt der Gesellschaft einen Gewinnabschöpfungsanspruch gegen den Gesellschafter, der Geschäftschancen der Gesellschaft pflichtwidrig verwertet, der von Verträgen der Gesellschaft ohne Offenlegung und Zustimmung seiner Mitgesellschafter profitiert oder der gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot verstößt[987]. Entsprechendes gilt nach ständiger Rechtsprechung bei den Kapitalgesellschaften im Hinblick auf eine

[983] §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB.
[984] Implizit BGH, WM 1989, 1335, 1339 (GmbH).
[985] Insoweit gilt das zum Eintrittsrecht Gesagte. Vgl. zur Geltung der Grundsätze zur Gesellschafterklage Michalski/*Ebbing*, § 14, Rn. 99 und Staub/*Ulmer*, § 105, Rn. 263.
[986] Näher Clerk/Lindsell/*Sprince*, Rn. 28-12, 28-20.
[987] Partnerhip Act, ss. 29 (1), 30. Unter den von s. 29 (1) verwendeten Begriff *property* fallen auch werthaltige Informationen und mithin Geschäftschancen (Boardman v Phipps [1967], 2 AC 46, 107, HL; Blackett-Ord, Rn. 10.29; vgl. auch Mitchell, S. 176 ff.).

Geschäftschancenverwertung[988] und einem Interesse an Verträgen[989], nicht jedoch für ein vertraglich begründetes Wettbewerbsverbot[990]. Der Gesetzgeber hat den Gewinnabschöpfungsanspruch der Kapitalgesellschaft daneben für ausgewählte Einzelfälle kodifiziert[991]. Findet die Mustersatzung Anwendung, scheidet eine Gewinnabschöpfung aus, wenn der Direktor sein Interesse an einem Vertrag der Gesellschaft offenlegt[992].

Das Organmitglied ist in Bezug auf die erzielten Gewinne faktischer Treuhänder *(constructive trustee)* für die Gesellschaft [993]. Faktischer Treuhänder ist derjenige, dem die Rechtsordnung aus Billigkeitsgründen die treuhänderische Verantwortung für einen bestimmten Vermögensgegenstand ohne Existenz einer diesbezüglichen Vereinbarung überträgt[994]. Hierdurch erfährt der Herausgabeanspruch eine sachenrechtliche Verstärkung. Im Insolvenzfall ist die Gesellschaft gegenüber den anderen Gläubigern des Organmitglieds privilegiert und kann den Gewinn faktisch wie eigenes Eigentum geltend machen *(tracing)*[995]. Das gilt grundsätzlich auch für Buchgeld[996]. Zudem verpflichtet die Stellung als faktischer Treuhänder zur Herausgabe von Erträgen aus dem treuhänderisch gehaltenen

---

[988] Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC, 134, 144 f, HL; Industrial Developments Ltd v Cooley [1972] 2 All ER, 162, 175 f, HC; Pettet, S. 182; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 592; Sinclair/Vogel/Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.37.

[989] Costa Rica Railway Co Ltd v Forwood [1901] 1 ChD, 746, 757, CA; JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison [2002] 1 BCLC, 162, 182, CA; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 596; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3008, D3024; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.5.5.2; Lowry/Watson, Rn. 9.22; Farrar/*Hannigan*, S. 422; Mitchell, S. 144.

[990] S. hierzu unten unter b).

[991] Companies Act, s. 341 (2) (a) (unzulässige Kreditgewährung an einen Direktor oder eine ihm nahe stehende Person); Companies Act, s. 322 (3) (a) (unzulässiger mit einer Vermögensübertragung einergehender Vertrag zwischen dem Direktor oder einer ihm nahe stehenden Person und der Gesellschaft); Companies Act 1985, s. 322A (3) (a) (Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Direktor oder einer ihm nahe stehenden Person, bei dem der Direktor als Vertragsschließender auf Seiten der Gesellschaft seine im Innenverhältnis bestehenden Kompetenzbeschränkungen missachtet); näher zu den zwei erstgenannten Fällen 3. Teil, B II 4 c aa und bb (2).

[992] Table A, art. 85 (c). Die an sich erforderliche Zustimmung der Gesellschafter gilt dann als erteilt (näher 3. Teil, B II 4 c bb (2))

[993] JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison [2002] 1 BCLC, 162, 173 f, CA und Carlton v Halestrap [1988] 4 BCC, 538 (jeweils *company*); Pettet S. 178; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3007; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.5.5.3 und 16.7.3.1; Blackett-Ord, Rn. 8.72; Morse, S. 149.

[994] Snell/*McGhee*, Rn. 9-38; Birks/*Swadling*, Rn. 4.247; näher zu dieser im englischen Recht sehr bedeutsamen Rechtsfigur Butcher, S. 306 ff.

[995] Attorney General for Hong Kong v Reid [1994] 1 AC, 324, 331, PC; Birks/*Burrows*, Rn. 18.06; Snell/*McGhee*, Rn. 13-29; Butcher, S. 316.

[996] Näher hierzu Snell/*McGhee*, Rn. 13-33 ff.

Vermögensgegenstand[997]. Auswirkung hat die Stellung als faktischer Treuhänder schließlich auf die Frage der Verjährung. Die faktische Treuhänderschaft und damit auch der Gewinnabschöpfungsanspruch unterliegt nicht dem Verjährungsrecht[998]. Allerdings ist Verwirkung möglich[999].

Der Berechtigte hat ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Gewinnabschöpfung[1000]. *Companies Act 1985, s. 727* ist auf den Gewinnabschöpfungsanspruch anwendbar[1001]. Eine Gewinnabschöpfung kann auch im Rahmen der Abwicklungshaftung angeordnet werden[1002]. Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Anspruchsverzichts[1003], der Beweislast, der Verantwortlichkeit mehrerer Organmitglieder[1004], der Möglichkeit einer Haftungsmodifikation[1005] und der Anspruchsdurchsetzung[1006] gilt das zum Schadensersatzanspruch Gesagte.

b) Sonstige Pflichten

Die Verletzung sonstiger Pflichten aus Vertrag oder Delikt begründet grundsätzlich keinen Gewinnabschöpfungsanspruch[1007]. So kann die Gesellschaft etwa die Vergütung für eine vertragswidrige Wettbewerbs- oder sonstige Nebentätigkeit des Organmitglieds nicht herausver-

---

[997] Attorney-General for Hong Kong v Reid [1994] 1 AC, 324, 331; Gower/*Davies*, S. 424; s. auch Blackett-Ord, Rn. 10-34.
[998] JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison [2002] 1 BCLC, 162, 175 ff, CA unter Berufung auf Limitation Act 1980, s. 21 (1) (b); Bhandari (2002) NLJ, 304, 305.
[999] JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison [2002] 1 BCLC, 162, 181 f.
[1000] Mahesan v Malaysia Government Officers Co-operative Housing Society Ltd [1979] AC 374, 383, PC; Coleman Taymar Ltd v Oakes [2001] 2 BCLC, 749, 769, HC *(company)*; Blackett-Ord, Rn. 12-55.
[1001] Coleman Taymar Ltd V Oakes [2001] 2 BCLC, 749, 769 f, HC; Sinclair/Vogel/ Snowden/*Edgar & Bryant*, Rn. 11.38; Edmunds/Lowry (2003) MLR, 195, 217; näher zu dieser Vorschrift 4. Teil, A III 2.
[1002] Insolvency Act 1986, s. 212 (3) (a); zur Abwicklungshaftung selbst 4. Teil, A, I 2 c.
[1003] Regal Hastings Ltd v. Gulliver [1967] 2 AC, 134, 150, HL; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.1, 16.8.2.
[1004] Gluckstein v Barnes [1900] AC, 240, 255, HL *(company)*; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 617.
[1005] Companies Act, s. 310 (1), (2).
[1006] Alexander v Automatic Telephone Co [1900] 2 ChD, 56, 69,CA *(company)*.
[1007] Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn die Gewinnerzielung grob unbillig war und ein besonderes Interesse daran besteht, sie zu verhindern (Attorney-General v Blake [2001] 1 AC, 268, 285, HL; hierzu Eliott/Quinn, S. 249). Im entschiedenen Fall ging es um das Honorar für die Lebenserinnerungen eines britischen Agenten, der für die Sowjetunion spioniert hatte. Für Organmitglieder dürfte in solchen Fällen allerdings zugleich auch eine Treuepflichtverletzung vorliegen, so dass es eines Rückgriffs auf diese Ausnahme nicht bedarf.

langen[1008].

III. Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

1. Existenz eines Herausgabeanspruchs

Für den Fall, dass das Organmitglied den Gewinn anstelle der Gesellschaft realisiert hat und die Gesellschaft dies nachweisen kann, gewähren die untersuchten Rechtsordnungen der Gesellschaft im Wege des Schadensersatzes übereinstimmend einen Gewinnabschöpfungsanspruch. Fast immer wird einem solchen Fall eine Treuepflichtverletzung zugrunde liegen. Dann hat die Gesellschaft nach englischem Recht zusätzlich noch einen eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch, der vom Nachweis eines der Gesellschaft entgangenen Gewinns unabhängig ist. Gleiches gilt nach deutschem Recht, wenn diese Treuepflichtverletzung in einer pflichtwidrigen Geschäftschancenverwertung oder einem Verstoß gegen ein gesetzliches Wettbewerbsverbot besteht. In beiden Rechtsordnungen hat die Gesellschaft dann ein Wahlrecht. In der Praxis dürfte das Wahlrecht faktisch immer zugunsten des eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruchs ausgeübt werden, da seine tatbestandlichen Anforderungen niedriger sind.

Häufig kann die Gesellschaft jedoch nicht den vollen Nachweis führen, dass sie den Gewinn selbst hätte erzielen können. Die Berufung auf entgangenen Gewinn unterstellt einen hypothetischen Kausalverlauf, dessen Nachweis regelmäßig Schwierigkeiten bereitet. Sofern sich die Gesellschaft im deutschen und im englischen Recht auf einen eigenständigen Gewinnabschöpfungsanspruch stützen kann, kann sie dieses Problem umgehen. Im englischen Recht ist dies fast immer, im deutschen Recht häufig der Fall. Ansonsten schafft das deutsche Recht eine Beweiserleichterung, indem es sich mit der bloßen Wahrscheinlichkeit einer eigenen Gewinnerzielung begnügt. Im französischen Recht existiert eine Be-

[1008] Dean v Macdowell (1878) 8 ChD, 345, 351 f, CA, Blackett-Ord, Rn. 10-5 und Lindley/Banks, Rn. 16-34 (jeweils für Nebentätigkeit bei *partnership*); zur Abgrenzung zwischen vertraglichem und gesetzlichem Wettbewerbsverbot s. 3. Teil, B II 3 a bb und d.

weiserleichterung formal zwar nicht. In der Praxis scheint die Rechtsprechung jedoch durch eine großzügige Handhabung der Beweisanforderungen weitgehend mit dem deutschen Recht gleichzuziehen. Das soll einer Prinzipienbildung zugrunde gelegt werden. Für die Fälle einer zweifelsfreien oder wahrscheinlichen eigenen Gewinnerzielung gilt damit insgesamt das gemeinsame Prinzip:

Wenn die Gesellschaft den durch die Pflichtverletzung erzielten Gewinn mit Wahrscheinlichkeit selbst hätte erlösen können, schuldet das Organmitglied die Herausgabe des erzielten Gewinns.

Für den Fall, dass diese Wahrscheinlichkeit nicht besteht, eine Gewinnerzielung aber noch im Bereich des Möglichen liegt, weichen die Lösungsansätze der untersuchten Rechtsordnungen weitgehend voneinander ab. Im französischen Recht kann die Gesellschaft Ersatz in Höhe der Wahrscheinlichkeitsquote der eigenen Gewinnerzielung fordern. Im englischen Recht kann die Gesellschaft wiederum fast immer auf den nachweisunabhängigen Gewinnabschöpfungsanspruch zurückgreifen und Herausgabe des vollen Gewinns fordern. Wo dies nicht möglich ist, so etwa in den seltenen Fällen, in denen das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft durch eine Wettbewerbstätigkeit nicht gegen seine Treuepflicht verstößt[1009], steht ihr wie im französischen Recht ein quotierter Schadensersatzanspruch zu. Im deutschen Recht ist eine Quotierung ausgeschlossen. Die Gesellschaft hat hier einen vollen Anspruch bei einer pflichtwidrigen Geschäftschancenverwertung und bei einem Verstoß gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot.

Insgesamt ist eine Prinzipienbildung daher nur auf schmaler Basis möglich. Das deutsche und das englische Recht gewähren der Gesellschaft übereinstimmend einen Anspruch auf volle Gewinnabschöpfung bei einer pflichtwidrigen Geschäftschancenverwertung. Gleiches gilt im deutschen Recht und im englischen Personengesellschaftsrecht bei einem Verstoß

[1009] Zum Verhältnis des Wettbewerbsverbots zur allgemeinen Treuepflicht des Direktors 3. Teil, B II 3 a bb.

gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot, d.h. gegen das Verbot, während des Bestehens der Organstellung mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten[1010]. Für das Organmitglied einer englischen Kapitalgesellschaft beruht ein Wettbewerbsverbot dagegen in aller Regel auf einer vertraglichen Vereinbarung. Bei einem Verstoß kann die Gesellschaft dann nur einen quotierten Anspruch geltend machen. Da auch das französische Recht die Möglichkeit eines quotierten Anspruchs kennt, können hier folgende gemeinsame Prinzipien gebildet werden:

Wenn das Organmitglied eine Geschäftschance der Gesellschaft pflichtwidrig verwertet und dadurch einen Gewinn erzielt, den die Gesellschaft möglicherweise selbst hätte erzielen können, kann die Gesellschaft zumindest den Teil des Gewinns herausverlangen, der der Wahrscheinlichkeit einer eigenen Gewinnerzielung entspricht. Gleiches gilt, wenn das Organmitglied gegen das Verbot verstößt, während des Bestehens der Organstellung mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten.

Für den Fall, dass die Gesellschaft den vom Organmitglied gemachten Gewinn nicht selbst hätte erzielen können, steht ihr nach französischem Recht kein Anspruch zu. Im deutschen Recht steht ihr ein Anspruch bei Verletzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbots und bei pflichtwidriger Geschäftschancenverwertung zu, im englischen Recht darüber hinaus allgemein bei Verletzung einer Treuepflicht. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen somit, dass ein Gewinnabschöpfungsanspruch nicht besteht, wenn das Organmitglied keine Treuepflicht verletzt hat und die Gesellschaft den Gewinn nicht hätte selbst erzielen können. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Sofern das Organmitglied keine Treuepflicht verletzt, hat die Gesellschaft keinen Anspruch auf Herausgabe eines Gewinns, den sie nicht selbst hätte erzielen können.

[1010] S. zum Erlöschen dieses Verbots nach Ende der Organstellung 3. Teil, B II 3 d.

2. Haftungsregime

Im Hinblick auf Fragen der Beweislast, der gemeinsamen Haftung, der Zulässigkeit von Verzicht oder Haftungsmodifikation, des Anspruchsverlusts durch Zeitablauf und der Anspruchsdurchsetzung kann weitgehend auf die Rechtsvergleichung in den Abschnitten über den Schadensersatzanspruch verwiesen werden. Zu erwähnen ist lediglich, dass der eigenständige Gewinnabschöpfungsanspruch im englischen Recht anders als im deutschen und im französischen Recht sachenrechtlich verstärkt ist und nicht verjähren, sondern nur verwirkt werden kann.

C. Unwirksamkeit eines pflichtwidrig geschlossenen Vertrags

Wenn die Pflichtverletzung in einem Vertragsschluss für die Gesellschaft besteht, kommt als Rechtsfolge neben einem Schadensersatz- oder Gewinnabschöpfungsanspruch auch die Unwirksamkeit des Vertrags in Betracht. Da in dieser Untersuchung nur Rechtsfolgen beleuchtet werden, die das Organmitglied treffen, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf Verträge, die zwischen Gesellschaft und Organmitglied geschlossen wurden[1011]. Nur in diesen Fällen trifft die Unwirksamkeit das Organmitglied unmittelbar.

I. Voraussetzungen

1. Deutsches Recht

a) GmbH und Personengesellschaften

Schließt der Geschäftsleiter einer Personengesellschaft oder einer GmbH ein Insichgeschäft ohne Gestattung ab, handelt er als Vertreter ohne Ver-

[1011] S. ausführlich hierzu 3. Teil, B II 4. Die dort beleuchtete Problematik eines indirekten Interesses an einem Vertrag und von Verträgen mit Personen, die dem Organmitglied nahe stehen, spielt hier daher keine Rolle mehr.

tretungsmacht[1012]. Gleiches gilt für den Geschäftsleiter, der einen Dienstvertrag für sich oder einen anderen Geschäftsleiter im Namen der GmbH abschließt[1013]. Das führt dazu, dass der Vertrag schwebend unwirksam ist[1014]. Wird er von der Gesellschaft nachträglich genehmigt, ist er von Anfang wirksam[1015]. Bleibt die Genehmigung aus, ist der Vertrag von Anfang an unwirksam[1016]. Der unzulässige Kreditvertrag zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer ist dagegen wirksam[1017].

Zuständig für die Genehmigung sind in erster Linie die Gesellschafter[1018]. An der Genehmigung eines Insichgeschäfts darf der betroffene Geschäftsleiter in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht mitwirken[1019]. An der Genehmigung seines eigenen Anstellungsvertrags darf sich der Geschäftsführer der GmbH dagegen beteiligen, da er auch an der Abstimmung über den Abschluss hätte teilnehmen dürfen[1020]. Zur Genehmigung des Insichgeschäfts sind auch die nicht betroffenen Geschäftsleiter befugt, soweit sie auch ohne den kontrahierenden Geschäftsleiter Vertretungsmacht haben[1021]. Für den Anstellungsvertrag bei der GmbH gilt dies wiederum nicht, weil schon die Abschlusskompetenz ausschließlich bei den Gesellschaftern liegt.

b) AG

Umstritten ist, ob eine gegen § 112 AktG verstoßende Vertretung der AG gegenüber einem Vorstandsmitglied zur Nichtigkeit des Vertrags oder zur

[1012] BGHZ 65, 123, 125 f; Staudinger/*Schilken*, § 181, Rn. 45; Michalski/*Lenz*, § 35, Rn. 181.
[1013] BGH, NJW-RR 1997, 669.
[1014] § 177 I BGB; BGH, BB 1994, 164, 165 (GmbH); Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 95.
[1015] Palandt/*Heinrichs*, § 177, Rn. 8; Staudinger/*Schilken*, § 177, Rn. 9; vgl. auch § 184 I BGB.
[1016] Staudinger/*Schilken*, § 177, Rn. 12; Münchener Kommentar BGB/*Schramm*, § 177, Rn. 48.
[1017] Scholz/*Schneider*, § 43a, Rn. 49 f; Michalski/*Michalski*, § 43a, Rn. 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43a, Rn. 9; zweifelnd Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43a, Rn. 10; vgl. jedoch zu den Rechtsfolgen nachfolgend II.
[1018] BGH, BB 1994, 164, 165 (GmbH); Michalski/*Lenz*, § 35, Rn. 81.
[1019] Für die GmbH in Anwendung des § 47 IV GmbHG unstreitig (s. nur Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 95; Scholz/*Schmidt*, § 47, Rn. 121); für die Personengesellschaften h.M.: Staub/*Ulmer*, § 119, Rn. 66; ders. in Münchener Kommentar BGB, § 709, Rn. 64; Schlegelberger/*Martens*, § 119, Rn. 40; Erman/*Westermann*, § 709, Rn. 26.
[1020] S. 3. Teil, B II 4 a bb.
[1021] BGH, BB 1994, 164, 165; Michalski/*Lenz*, § 35, Rn. 81.

schwebenden Unwirksamkeit im unter a) erörterten Sinne führt[1022]. Für einen Dienst- oder Werkvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied (in aller Regel ein Beratungsvertrag[1023]) sieht das Gesetz eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrags bis zur erforderlichen Genehmigung durch den gesamten Aufsichtsrat ausdrücklich vor[1024]. An einem etwaigen Genehmigungsbeschluss darf das betroffene Aufsichtsratsmitglied nicht teilnehmen[1025]. Schwebend unwirksam ist ebenfalls ein Vertrag zwischen der AG und einem Aufsichtsratsmitglied, bei dem die AG nicht ordnungsgemäß vertreten war[1026]. Dagegen ist eine genehmigungsbedürftige Kreditgewährung ein Aufsichtsratsmitglied wirksam[1027].

2. Französisches Recht

a) Unzulässige Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften

Ein gesetzlich unzulässiger Darlehens- oder Bürgschaftsvertrag zwischen Kapitalgesellschaft und Organmitglied ist nichtig[1028]. Es handelt sich um eine absolute Nichtigkeit *(nullité absolue)*, die von Amts wegen zu beachten ist, gegenüber jedermann gilt und die nicht geheilt werden kann[1029].

b) Genehmigungsbedürftige Verträge

Das französische Recht unterscheidet danach, ob einem Vertrag bei der *SA* die vorherige Zustimmung durch das Aufsichtsorgan fehlt oder ob ihm

---

[1022] Für Nichtigkeit OLG Hamburg, WM 1986, 972, 974; OLG Stuttgart, AG 1993, 85, 86; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 112, Rn. 5; a.A. Hüffer, § 112, Rn. 7; Lutter/Krieger, Rn. 413; offengelassen von BGH AG 1994, 35.
[1023] Henn, Rn. 678; Hirte, Rn. 338; Hüffer, § 114, Rn. 1.
[1024] § 114 I AktG; näher Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 114, Rn. 11 f.
[1025] Hüffer, § 108, Rn. 9; Kölner Kommentar/*Mertens*, § 114, Rn. 12.
[1026] § 177 I BGB.
[1027] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*,§ 89, Rn. 19; Hüffer, § 89, Rn. 8; vgl. jedoch zu den Rechtsfolgen nachfolgend II.
[1028] Art. L. 225-43 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-91 al. 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-21 al. 1 Code de commerce *(SARL)*.
[1029] Cas. com., 29.11.1988, Bull. civ. IV, Nr. 331; CA Aix, 7.2.1992, Bull. Joly 1992, § 395 und CA Versailles, 2.12.1987, D. 1988, Inf. rap., S. 16 (jeweils *SARL*); Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc 130-50, Rn. 127 f; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc. 74-10, Rn. 111; Lefebvre dirigeants, Rn. 6250 ff; näher zur *nullité absolue* Larroumet, Rn. 525 ff.

bei der *SA* oder *SARL* die nachträgliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung verweigert wird.

Ein genehmigungsbedürftiger Vertrag zwischen der *SA* und einem Organmitglied, für den eine vorherige Zustimmung des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats fehlt, kann gerichtlich für unwirksam erklärt werden, wenn er die Gesellschaft geschädigt hat[1030] . Ein weitergehender Schadensersatzanspruch gegen das betroffene Organmitglied wird dadurch nicht berührt[1031]. Das erkennende Gericht ist zu einer Erklärung jedoch nicht verpflichtet. Es liegt vielmehr in seinem Ermessen, ob es auf Unwirksamkeit des Vertrags erkennt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen[1032]. Die vom Gericht festgestellte Unwirksamkeit ist relativer Natur *(nullité rélative)*[1033]. Sie gilt nur gegenüber denen, die durch die Vorschrift geschützt werden sollen; das sind hier die Gesellschaft und die Gesellschafter. Nur sie können sich auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen[1034]. Die Gesellschafter können den Vertrag nachträglich genehmigen[1035]. An der Beschlussfassung darf der Betroffene nicht mitwirken[1036].

Das Fehlen der nachträglichen Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung bei der *SA* und der *SARL* berührt die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich nicht[1037]. Eine Ausnahme gilt für die *SA*, wenn der Vertrag durch betrügerisches Handeln zustande gekommen ist[1038].

[1030] Art. L. 225-42 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-90 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1031] Art. L. 225-42 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-90 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1032] Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-50, Rn. 97, Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 3584.
[1033] Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-50, Rn. 98; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 729; wohl auch Cass. com., 15.3.1994, Dr. Soc. 1994, Nr. 98; näher zur *nullité rélative* Larroumet, Rn. 525 ff.
[1034] Cass. com., 15.3.1994, Dr. sociétés 1994, Nr. 98; Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-50, Rn. 98; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 729; Enc. Dalloz/*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 251.
[1035] Art. L. 225-42 al. 3, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-90 al. 1, Satz 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1036] Art. L. 225-42 al. 3, Satz 2, L. 225-40 al. 4 (*SA* klassischen Typs), L. 225-90 al. 1, Satz 1, L. 225-88 al. 4 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1037] Art. L. 225-41 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-89 al. 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-19 al. 4 Code de commerce *(SARL)*.
[1038] Art. L. 225-41 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-89 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs). Diese Nichtigkeit soll nach Balensi, Rn. 231 absoluter Natur sein, was an-

3. Englisches Recht

Das englische Recht hat allgemeine Regeln über das Schicksal der hier relevanten Verträge entwickelt, die für alle Treuepflichtigen und damit auch für Organmitglieder gelten. Grundsätzlich gibt ein Verstoß gegen das Gebot, ein persönliches Interesse am Vertrag der Gesellschaft offenzulegen, der Gesellschaft das Recht, den Vertrag anzufechten *(voidable at the instance of the company/partnership)* [1039]. Das gilt insbesondere für den Fall, dass das Organmitglied selbst Vertragspartner der Gesellschaft ist[1040]. Diese Grundregel wird zum Teil durch Vorschriften des *Companies Act 1985* überlagert, was ihre grundsätzliche Anwendbarkeit aber nicht berührt[1041]. Für unzulässige Kreditgewährungen und ungenehmigte zustimmungsbedürftige Verträge, die mit einer Vermögensübertragung einhergehen, gewährt das Gesetz der Gesellschaft ausdrücklich ein Anfechtungsrecht[1042]. Anders ist die Rechtslage, wenn ein Arbeitsvertrag eines Direktors eine Laufzeit von mehr als 5 Jahren hat, ohne dass die Gesellschaft zugestimmt hat. Die Unwirksamkeit erfasst hier nur den Teil des Vertrags, der die Laufzeit regelt[1043]. Das Gesetz fingiert an seiner Stelle eine Regelung, nach der die Gesellschaft den Arbeitsvertrag jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen kann[1044].

Die Gesellschafter können den anfechtbaren Vertrag genehmigen[1045]. An

---

gesichts des Wortlauts der Vorschrift („..wenn sie für nichtig erklärt we rden…") aber zweifelhaft erscheint.

[1039] Hely-Hutchinson v Brayhead Ltd [1968] 1 QB, 549, 589, 594, CA und Guiness plc v Saunders [1990] 2 AC, 663, 697, HL (jeweils *company)*; Loose/Griffiths/Impey, S. 145; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.5.5.1; Blackett-Ord, Rn. 10.15. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Unwirksamkeit die Recht gutgläubiger Dritter berühren würde (Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3009; Gower/Davies, S. 426 f). Da sich die vorliegende Untersuchung auf die Unwirksamkeitsfolgen für das automatisch bösgläubige Organmitglied konzentriert, soll dies jedoch nicht weiter vertieft werden.

[1040] Tito v Wadell (Nr. 2) [1977] ChD, 106, 241 *(High Court)*; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.5.5.1; Blackett-Ord, Rn. 10.25, 12.98.

[1041] Pettet, S. 189; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7(1), Rn. 596; Tolley's Company Law/*Clogg*, Rn. D3009; vgl. auch Companies Act 1985, s. 317(9).

[1042] Companies Act 1985, ss. 322 (1), 341 (1).

[1043] Companies Act 1985, s. 319 (6), 1. HS.

[1044] Companies Act 1985, s. 319 (6), 2. HS.

[1045] Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.2 und 16.8.3; Halsbury/*Curry & Hannigan*, Bd. 7 (1), Rn. 596; Lowry/Watson, Rn. 9.24; Blackett-Ord, Rn. 10.12.

der Entscheidung darf der Betroffene mitwirken[1046], wenn dies nicht zu einer treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung führen würde[1047].

4. Rechtsvergleichung und Prinzipienbildung

a) Unzulässige Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften

Unzulässige Darlehens- oder Bürgschaftsverträge sind nach französischem Recht unwirksam. Im Gegensatz hierzu gewährt das englische Recht der Gesellschaft das Recht, einen unzulässigen Darlehens- oder Bürgschaftsvertrag anzufechten. Nach deutschem Recht ist ein solcher Vertrag dagegen wirksam. Eine Prinzipienbildung ist daher nicht möglich.

b) Sonstige Verträge

aa) Offene Kapitalgesellschaften

Für Verträge, denen die notwendige vorherige Zustimmung fehlt, gewährt das französische Recht der Gesellschaft die Möglichkeit, eine gerichtliche Unwirksamkeitserklärung zu beantragen. Im Gegensatz hierzu räumt das englische Recht der Gesellschaft in solchen Fällen im Regelfall ein Anfechtungsrecht ein[1048]. Übereinstimmung ist damit insoweit vorhanden, als die Unwirksamkeit nicht automatisch eintritt, sondern vom Willen der Gesellschaft abhängig ist. Im Unterschied zum englischen Recht ist die Unwirksamkeit im französischen Recht aber auch vom Willen des erkennenden Gerichts abhängig, das über ein entsprechendes Ermessen verfügt. Die Unwirksamkeit setzt nach französischem Recht ferner voraus, dass der Vertrag die Gesellschaft geschädigt hat. Für den Fall der versagten nachträglichen Zustimmung, für die es im englischen Recht

[1046] Burland v Earle [1902] AC 83, 94, PC und Pavlides v Jensen [1956] 1 ChD, 565, 576, HC (jeweils *company*); Gore-Brown, Rn. 28.4.2.
[1047] Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3033; Mayson/French/Ryan, Kap. 16.8.5; s. schon 4. Teil, A IV 1 c.
[1048] Eine Ausnahme bildet der Dienstvertrag mit dem Geschäftsleiter, der eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren hat.

keine Entsprechung gibt, ist ein Anfechtungsrecht im französischen Recht im Regelfall sogar ganz ausgeschlossen.

Im deutschen Recht stellt sich das Problem einer fehlenden Zustimmung nur für Beratungsverträge zwischen Aufsichtsführern und der Gesellschaft. Die für diesen Fall eintretende schwebende Unwirksamkeit kommt im Ergebnis dem Anfechtungsrecht im englischen Recht weitgehend gleich. Für die Zuständigkeitsverlagerung von der Geschäftsleitung auf das Aufsichtsorgan im deutschen Recht gibt es in den beiden anderen Rechtsordnungen dagegen keine direkte Entsprechung. Gemeinsam ist der Zuständigkeitsverlagerung im deutschen Recht und dem Zustimmungserfordernis im französischen und im englischen Recht aber das Ziel, den Vertragsschluss vom Willen Dritter abhängig zu machen, die kein direktes Interesse am Vertrag haben[1049]. Auf dieser Grundlage ist eine Prinzipienbildung möglich. Die Unsicherheit darüber, ob ein zuständigkeitswidrig geschlossener Vertrag zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft ohne weiteres unwirksam ist oder ob die Gesellschaft ihn noch nachträglich billigen kann, steht einer Prinzipienbildung nicht entgegen. Beide Varianten stimmen mit dem französischen und dem englischen Lösungsmodell insofern überein, als der Vertrag zumindest dann unwirksam sein kann, wenn dies dem Willen der Gesellschaft entspricht.

Unter Berücksichtigung der Einschränkungen im französischen Recht und der Unterschiede zwischen Zuständigkeitsverlagerung und Zustimmungserfordernis ist eine Prinzipienbildung nur auf schmaler Basis möglich. Die Ausnahme, die das englische Recht für einen mehr als fünfjährigen Dienstvertrag zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft macht, soll dabei vernachlässigt werden. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

[1049] Vgl. schon 3. Teil, B II 4 d bb.

Ein Vertrag zwischen Organmitglied und offener Kapitalgesellschaft, dem die notwendige vorherige Mitwirkung unbeteiligter Dritter fehlt, ist zumindest dann unwirksam, wenn dies dem Willen der Gesellschaft sowie eines von ihr angerufenen Gerichts entspricht und wenn der Vertrag die Gesellschaft geschädigt hat.

Im französischen und im englischen Recht kann die Gesellschaft den ohne Zustimmung geschlossenen Vertrag nachträglich genehmigen. Gleiches gilt im deutschen Recht für unzulässig zustande gekommene Verträge mit Aufsichtsführern (Beratungsverträge ohne Genehmigung und zuständigkeitswidrig zustande gekommene Verträge), während die Rechtslage für zuständigkeitswidrig zustande gekommene Verträge mit Geschäftsleitern noch ungeklärt ist. Hier kann folgendes Prinzip gebildet werden:

Die offene Kapitalgesellschaft kann einen unzulässig zustande gekommenen Vertrag zwischen einem Aufsichtsführer und der Gesellschaft nachträglich genehmigen.

Im Gegensatz zum deutschen und zum französischen Recht darf das betroffene Organmitglied im englischen Recht an einer Genehmigungsentscheidung grundsätzlich mitwirken. Eine Prinzipienbildung ist hier nicht möglich[1050].

bb) Geschlossene Kapitalgesellschaften

Anders als im französischen Recht kann die geschlossene Kapitalgesellschaft im deutschen und im englischen Recht die Unwirksamkeit eines Vertrags herbeiführen, dem die notwendige Mitwirkung der unbeteiligten Dritten fehlt. Eine Prinzipienbildung kommt daher nicht in Betracht. Im Übrigen unterscheiden sich das Anfechtungsrecht in England und die

[1050] Die Bildung des Prinzips, dass die Mitwirkung zumindest dann unwirksam ist, wenn sie zu einer treuwidrigen Minderheitenbenachteiligung führen würde, scheitert daran, dass der Betroffene im Aufsichtsrat einer AG selbst immer in der Minderheit sein wird. Ein Aufsichtsrat muss mindestens drei Mitglieder haben (§ 95 I AktG). Bei Abstimmungen hat jedes Mitglied nur eine Stimme (Hüffer, § 108, Rn. 9).

Möglichkeit zur Verweigerung der Genehmigung in Deutschland in ihrer Wirkung nicht. Gemeinsam ist beiden Rechtsordnungen ferner, dass die Gesellschafter den Vertrag nachträglich genehmigen können. Anders als im deutschen Recht kann das betroffene Organmitglied im englischen Recht an der Abstimmung grundsätzlich teilnehmen.

cc) Personengesellschaften

Für die Personengesellschaften gilt im deutschen und im englischen Recht das zu den geschlossenen Kapitalgesellschaften Gesagte. Im französischen Recht fehlt hierzu eine Regelung, da Verträge zwischen Personengesellschaft und Organmitglied keinen besonderen Beschränkungen unterliegen. Das französische Recht würde einem gemeinsamen Prinzip also nicht explizit entgegenstehen. Für die Bildung eines gemeinsamen Prinzips muss aber zusätzlich verlangt werden, dass das Prinzip auch dem Geist des französischen Rechts entsprechen würde. Das ist aber nicht der Fall. Das französische Kapitalgesellschaftsrecht zeigt deutlich, dass der französische Gesetzgeber die Unwirksamkeit des Vertrags als Rechtsfolge möglichst vermeiden will. Er sieht sie für die geschlossene Kapitalgesellschaft überhaupt nicht und für die offene Kapitalgesellschaft grundsätzlich nur beim Fehlen der vorherigen Zustimmung vor. Da der Gesetzgeber die Unwirksamkeit des Vertrags schon bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft nicht für opportun hält, liegt dies erst recht für die Personengesellschaften fern, die in der Tendenz einen schwächeren Schutz genießen. Eine Prinzipienbildung scheidet daher aus.

II. Rechtsfolgen

Bei den Rechtsfolgen besteht zwischen den untersuchten Rechtsordnungen ganz überwiegend Übereinstimmung. Sie ergeben sich im Wesentlichen aus allgemeinem Recht. Die Unwirksamkeit führt dazu, dass den Vertragsparteien keine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erwach-

sen[1051]. Wird die Unwirksamkeit nachträglich durch Anfechtung, Versagung der Genehmigung oder durch Gerichtsurteil herbeigeführt, wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück[1052]. Wurde der Vertrag bereits vollzogen, ist er daher nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung *(enrichissement sans cause, restitution*[1053]*)* rückabzuwickeln[1054], sofern das Gesetz keine Spezialtatbestände für die Rückgewährung vorsieht[1055]. Befindet sich der Vertragsgegenstand noch im Vermögen des Organmitglieds, so ist dieses nach englischem Recht im Hinblick auf den Vertragsgegenstand faktischer Treuhänder[1056] gegenüber der Gesellschaft[1057]. Der Rückabwicklungsanspruch ist damit im Unterschied zum deutschen und zum französischen Recht sachenrechtlich verstärkt. Insgesamt gelten die gemeinsamen Prinzipien:

Die Unwirksamkeit führt dazu, dass den Vertragsparteien keine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erwachsen. Die Unwirksamkeit wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Wurde der Vertrag bereits vollzogen, ist er rückabzuwickeln.

Im deutschen Recht ist eine unzulässige Kreditgewährung an den Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft und den Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft im Gegensatz zum französischen und zum englischen Recht zwar wirksam[1058]. Ihre Wirksamkeit entfaltet die Kreditgewährung jedoch nur zugunsten der Gesellschaft, da das Organmitglied einen ausgezahlten Kredit zurückzahlen muss und die Gesellschaft bei noch nicht erfolgter Auszahlung ein Leistungsverweige-

[1051] Palandt/*Heinrichs*, vor § 104, Rn. 27, 29; Enc. Dalloz civ./*Picod*, Nullité, Rn. 78; Chitty/*Whittaker*, Bd. 1, Rn. 1-037.
[1052] Staudinger/*Schilken*, § 177, Rn. 12; Enc. Dalloz civ./*Picod*, Nullité, Rn. 78; Law of Contract, Rn. 8.159.
[1053] Auch *unjust enrichment* genannt.
[1054] Larenz/Canaris, § 68 I 1; Brox/Walker, § 37, Rn. 24; Bénabent, Rn. 221 f; näher Lamy contrat/*Malaurie-Vignal*, Rn. 475-3 ff; Guiness plc v Saunders [1990] 2 AC, 663, 697 f *(company)*; Chitty/*Beatson*, Bd. 1, Rn. 30-62 f.
[1055] § 114 II AktG (unzulässiger Dienst- oder Werkvertrag zwischen AG und Aufsichtsratsmitglied); Companies Act 1985, s. 322 (1), (2) (unzulässiger Vertrag, der mit einer Vermögensübertragung einhergeht), s. 341 (1) (unzulässige Kreditgewährung).
[1056] Zum Begriff und den Konsequenzen 4. Teil, B II 3 a.
[1057] Sinclair/Vogel/Snowden, Rn. 11.52 f; Pettet, S. 178, Fn. 32; Gower/Davies, S. 425 f.
[1058] S.o. unter I 1.

rungsrecht hat[1059]. Auf der anderen Seite behält die Gesellschaft ihren Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kreditzinses[1060]. Im Ergebnis kommt dies einer Teilunwirksamkeit gleich. Bei der AG kann dieser Zustand durch ein Nachholen der notwendigen Zustimmung allerdings beseitigt werden[1061]. Für die offene Kapitalgesellschaft gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Eine unzulässige Kreditgewährung an den Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft kann zumindest ohne Zustimmung der Gesellschaft keine für sie nachteiligen Rechtsfolgen auslösen. Zumindest wenn die Gesellschaft die Zustimmung nicht erteilt, hat der Aufsichtsführer bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren.

Für die geschlossene Kapitalgesellschaft lässt sich folgendes Prinzip bilden:

Eine unzulässige Kreditgewährung an den Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft kann keine für sie nachteiligen Rechtsfolgen auslösen. Der Geschäftsleiter hat bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren.

III. Wirksamkeit des Vertrags durch Zeitablauf

Nach französischem Recht unterliegt das Recht der *SA*, die Unwirksamkeit eines Vertrags geltend zu machen, dem die vorherige Zustimmung fehlt, einer dreijährigen Verjährungsfrist[1062]. Die absolute Nichtigkeit für gesetzlich unzulässige Verträge verjährt in 30 Jahren[1063]. Nach deutschem Recht unterliegt die Unwirksamkeit eines Vertrags keinen zeitlichen

[1059] §§ 89 V, 115 IV AktG, 43a, S. 2 GmbHG; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 89, Rn. 19; Michalski/*Michalski*, § 43a, Rn. 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43a, Rn. 9.
[1060] Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 89, Rn. 15; Michalski/*Michalski*, § 43a, Rn. 40; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43a, Rn. 9.
[1061] §§ 89 V, 115 IV AktG.
[1062] Art. L. 225-42 al. 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-90 al. 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1063] Cas. com., 29.11.1988, Bull. civ. IV, Nr. 331; Jurisclasseur soc./*Bureau*, Fasc. 130-50, Rn. 128.

Beschränkungen. Das Recht zur Verweigerung der Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrags kann dagegen verwirkt werden[1064]. Gleiches dürfte für das Recht des Aufsichtsrats einer AG gelten, die Zustimmung zu einer ungenehmigten Kreditgewährung zu verweigern. Auch das Anfechtungsrecht im englischen Recht unterliegt der Verwirkung[1065]. Die Verjährungsvorschriften finden hier keine Anwendung[1066]. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen, dass das Recht, die Unwirksamkeit des Vertrags herbeizuführen, durch Zeitablauf verloren gehen kann. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Das Recht der Gesellschaft, die Unwirksamkeit des Vertrags herbeizuführen, kann durch Zeitablauf verloren gehen.

D. Entlassung

Die Entlassung *(révocation, removal)* dürfte die häufigste Sanktionierung eines Organmitglieds sein, das seine Pflichten verletzt hat. Sie ist wesentlich einfacher und schneller zu realisieren als die Erwirkung einer Schadensersatzzahlung oder einer Gewinnherausgabe.

I. Voraussetzungen für die Entlassung

1. Gesetzliche Regelungen

Im französischen Recht ist mit Ausnahme der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat einer *SA*[1067] die Entlassung des Organmitglieds ohne besonderen Grund möglich[1068]. Ein freies

[1064] Münchener Kommentar BGB/*Schramm*, § 177, Rn. 17; Staudinger/*Schilken*, § 177, Rn. 12.
[1065] Hely-Hutchinson v Brayhead Ltd [1968] 1 QB, 549, 594 *(company)*; Prime/Scanlan, S. 312 f; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3009; Blackett-Ord, Rn. 12.119.
[1066] Prime/Scanlan, S. 312 f.
[1067] S. hierzu im nächsten Absatz.
[1068] Art. L. 225-55 al. 1, Satz 1 (Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs), L. 225-55 al. 1, Satz 2 (nachgeordneter Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs), L. 225-18 al. 2, Satz 2 (Verwaltungsratsmitglied einer *SA* klassischen Typs), L. 225-47 al. 3, Satz 1 (Präsident des Verwaltungsrats einer *SA* klassischen Typs), L. 225-61 al. 1, Satz 1 (Di-

Entlassungsrecht existiert auch für den Geschäftsführer einer GmbH[1069], den Direktor einer *company*[1070] und das Aufsichtsratsmitglied einer AG[1071]. Die englische Personengesellschaft kann ihr Innenverhältnis frei gestalten[1072] und damit einem geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis nach den allgemeinen Regeln über die Beschlussfindung in der Gesellschaft entziehen. Dies kommt funktional einer Entlassung gleich. Besondere Gründe sieht der *Partnership Act 1890* hierfür nicht vor.

Da ein rechtfertigender Grund in den genannten Fällen keine Voraussetzung für die Entlassung ist, kann jede noch so geringfügige Pflichtverletzung Anlass für die Abberufung des Organmitglieds sein. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Der Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft und der Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft, der kein Arbeitnehmervertreter ist, können aus Anlass jeder Pflichtverletzung von ihren Aufgaben entbunden werden.

Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat einer *SA* können vor Ablauf ihrer Amtszeit nur entlassen werden, wenn sie pflichtwidrig gehandelt haben[1073]. Voraussetzung dürfte sein, dass die Pflichtverletzung ein gewisses Gewicht aufweist[1074]. Eine Prinzipienbildung scheitert hier am englischen Recht, das Arbeitnehmervertreter als Aufsichtsführer nicht kennt. Die im französischen Recht geltenden höheren Anfor-

rektoriumsmitglied bzw. Einzeldirektor einer *SA* neuen Typs), L. 225-75 al. 2, Satz 2 (Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs), L. 223-25 al. 1, Satz 2 *(SARL)*, L. 221-12 al. 1, Satz 1, al. 2, al. 3 Code de commerce *(SNC)*; 1851 al. 1, Satz 1 Code civil *(société civile)*.

[1069] § 38 I GmbHG.

[1070] Companies Act 1985, s. 303 (1).

[1071] § 103 I 1 AktG für von der Hauptversammlung gewählte Aufsichtsratsmitglieder; § 103 II 2 AktG für entsandte Aufsichtsratsmitglieder; §§ 103 IV AktG, 76 V BetrVG 1952, 23 MitBestG, 11 II MontanMitbestG (vgl. aber III), 10m MitBestErG für Arbeitnehmervertreter.

[1072] Partnership Act 1890, ss. 19, 24.

[1073] Art. L. 225-32 al. 2 Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-80 Code de commerce (*SA* neuen Typs); zu Arbeitnehmervertretern allgemein art. L. 225-27 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-79 al. 1, al. 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).

[1074] S. zur Parallelproblematik des berechtigten Grundes für die Entlassung weiter unten unter III 1 a aa (2). Die einschlägige Literatur greift diese Frage nicht auf.

derungen für die Entlassung eines Arbeitnehmervertreters entsprechen auch nicht dem Geist des englischen Rechts, das ein freies Entlassungsrecht vorsieht.

Das Vorstandsmitglied einer AG kann nur abberufen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[1075]. Parallel hierzu gilt, dass dem geschäftsführenden Gesellschafter einer deutschen Personengesellschaft die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nur entzogen werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[1076]. Als wichtiger Grund gilt in beiden Fällen namentlich eine grobe Pflichtverletzung[1077]. Anders als bei der AG[1078] bleiben bei den Personengesellschaften die Pflichtverletzungen unberücksichtigt, die bei einem Entlastungsbeschluss bekannt oder erkennbar waren[1079]. Das ist die Konsequenz aus der Tatsache, dass die Entlastung bei den Personengesellschaften Verzichtswirkung hat, bei der AG dagegen nicht[1080]. Im englischen und im französischen Recht ist eine Entlassung des Geschäftsleiters ohne weiteres (s.o.) und damit erst recht bei grober Pflichtverletzung möglich. Es gilt damit das gemeinsame Prinzip:

Der Geschäftsleiter einer offenen Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft kann zumindest dann von seinen Aufgaben entbunden werden, wenn er eine grobe Pflichtverletzung begangen hat.

2. Abweichende Vereinbarungen

Abweichende Vereinbarungen sind in zwei Richtungen möglich. Zum einen kann das freie Entlassungsrecht durch die Schaffung von Entlassungsvoraussetzungen eingeschränkt werden. Völlige Freiheit in den Grenzen des allgemeinen Rechts herrscht diesbezüglich für die englischen

[1075] § 84 III 1 AktG.
[1076] §§ 712 I, 1. HS, 715 BGB, 117, 1. HS, 127, 1. HS HGB.
[1077] §§ 84 III 2 AktG, 712 I, 2. HS, 715 BGB, 117, 2. HS, 127, 2. HS HGB.
[1078] Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Semler*, Bd. 4, § 34, Rn. 28; Kölner Kommentar AktG (1. Auflage) /*Zöllner*, § 120, Rn. 28.
[1079] Staub/*Ulmer*, § 114, Rn. 71; Schmidt, § 14 VI 2 a; Knoche, S. 96.
[1080] Näher zur Entlastung 4. Teil, A IV 1 a aa.

Personengesellschaften, die ihr Innenverhältnis nach Belieben gestalten können[1081]. Für den Geschäftsführer einer GmbH kann die Entlassung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes, worunter auch die grobe Pflichtverletzung fällt, abhängig gemacht werden[1082]. In den übrigen Fällen ist die Schaffung zusätzlicher Entlassungsvoraussetzungen unzulässig. Ausdrücklich geregelt ist dies nur für den Direktor einer *company*[1083], den Geschäftsführer einer *SARL*[1084] und den Verwaltungsratspräsidenten einer *SA* klassischen Typs[1085]. Es gilt jedoch auch für die übrigen Organmitglieder im französischen Recht[1086] und für das Aufsichtsratsmitglied einer AG[1087]. Eine Prinzipienbildung ist hier insgesamt nicht möglich.

Wo die Entlassung vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig ist, ist umgekehrt die Abbedingung von Entlassungsvoraussetzungen denkbar. Zulässig ist dies bei den deutschen Personengesellschaften[1088], unzulässig dagegen für das Vorstandsmitglied einer AG[1089].

[1081] Partnership Act 1890, ss. 19, 24.

[1082] § 38 II GmbHG. Die Entlassung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund muss allerdings immer möglich sein (BGH, NJW 1969, 1483; Michalski/*Terlau & Schäfers*, § 38, Rn. 30; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 38, Rn. 29). Ist der Geschäftsführer der GmbH vorab entlastet worden, kann die Abberufung wie bei den Personengesellschaften nicht auf Umstände gestützt werden, die bei der Entlastungsentscheidung bekannt oder durch sorgfältige Prüfung erkennbar waren (BGHZ 94, 324, 326; Michalski/*Römermann*, § 46, Rn. 290; Hachenburg/*Hüffer*, § 46, Rn. 62).

[1083] Companies Act 1985, s. 303 (1).

[1084] Art. L. 223-25 al. 1, Satz 2 Code de commerce.

[1085] Art. L. 225-47 al. 3, Satz 2 Code de commerce.

[1086] Joly sociétés/ *Buttet & Lepeltier*, Conseil d'administration et direction générale, Présidence du conseil et direction générale, Rn. 36, 46 m.w.N.; Lefebvre sociétés commerciales, Rn. 3835, 7851; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2607, 3306; Caussain, Rn. 243. Bei der *société civile* gestattet art. 1851 al. 1, Satz 1 Code civil zwar eine Abbedingung der einschlägigen gesetzlichen Vorschrift. Das bezieht sich jedoch nur auf das Mehrheitserfordernis oder andere formelle Aspeke (letzteres umstritten, s. hierzu Couret, Bull. Joly 1999, § 105, Rn. 3ff; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7211; Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Rn. Fasc. 48-30, Rn. 53).

[1087] H.M: Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 103, Rn. 16 m.w.N.; Großkkommentar AktG (3. Auflage)/*Meyer-Landrut*, § 103, Rn. 1. Die Modifizierungsbefugnis des § 103 I 3 AktG soll nur Verfahrenserfordernisse betreffen.

[1088] BGH, NJW 1973, 651 (OHG); Staub/*Ulmer*, § 117, Rn. 9. Umgekehrt ist die Abbedingung des Entziehungsrechts bei Vorliegen eines wichtigem Grunds unzulässig (für Entziehungsrecht nach § 127 HGB bei KG BGH, NJW 1998, 1225, 1226; Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 117, Rn. 22).

[1089] § 23 V AktG.

II. Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Entlassung

Wenn das betroffene Organmitglied an der Entscheidung über die eigene Entlassung mitwirken darf, kann es sie unter Umständen blockieren. Nur bei dem Vorstandsmitglied einer AG besteht die Gefahr eines solchen Interessenkonflikts nicht. Über seine Entlassung hat mit dem Aufsichtsrat ein Gremium zu entscheiden, dem es nicht angehören darf[1090]. Bei der *SA* klassischen Typs kann dagegen der Generaldirektor bzw. ein nachgeordneter Generaldirektor gleichzeitig Mitglied des für deren Entlassung zuständigen[1091] Verwaltungsrats sein[1092]. Der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat einer *SA* kann nur durch ein Gericht auf Antrag des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats entlassen werden, dem er angehört[1093]. Bei der *company* entscheidet das Direktorium selbst, wer geschäftsführender Direktor sein oder nicht mehr sein soll[1094]. In allen übrigen Fällen ist keine Entlassung gegen den Willen der Gesellschafter möglich. Bei der OHG und der KG sind allein sie befugt, einen Antrag auf gerichtliche Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu stellen[1095]. In den übrigen Fällen entscheiden die Gesellschafter selbst über die Entlassung[1096]. Wenn der Betroffene Gesellschafter ist, existiert somit auch hier ein Interessenkonflikt. Um diesen Interessenkonflikt zu vermeiden, bestimmt das Gesetz für die deutschen Personengesellschaften und die *SNC*, dass das betroffene Organmitglied in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht an der Beschlussfassung teilnehmen

---

[1090] § 84 III 1, 105 I AktG.
[1091] S. art. L. 225-55 al. 1, Satz 1 und 2 Code de commerce.
[1092] Ausdrücklich für Doppelfunktion des Generaldirektors und Präsidenten des Verwaltungsrats art. L. 225-51-1 al. 1 Code de commerce; vgl. auch Jurisclasseur/*Viandier & Mansuy*, Fasc. 133-10, Rn. 72; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 3413.
[1093] Art. L. 225-32 al. 2, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-80 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1094] Table A, art. 72, 84.
[1095] 117, 1. HS, 127, 1. HS HGB
[1096] §§ 103 I 1 AktG, 46 Nr. 5 GmbHG, 712 I, 1. HS, 715 BGB; art. L. 225-18 al. 2, Satz 2 (Verwaltungsratsmitglied einer *SA* klassischen Typs), L. 225-61 al. 1 (Direktoriumsmitglieder bzw. Einzeldirektor einer *SA* neuen Typs), L. 225-75 al. 2, Satz 2 (Aufsichtsratsmitglieder einer *SA* neuen Typs), L. 223-25 al. 1, Satz 1 *(SARL)*, art. 221-12 al. 1, Satz 1, al. 2, al. 3 Code de commerce *(SNC)*; art. 1851 al. 1, Satz 1 Code civil *(société civile)*; Companies Act 1985, s. 303 (1); für die englischen Personengesellschaften allgemein Partnership Act 1890, s. 24 (8).

darf[1097]. Ebenso kann der geschäftsführende Direktor einer *company* nach der Mustersatzung nicht an der Entscheidung des Direktoriums darüber teilnehmen, ob er weiterhin Geschäftsführungsfunktionen ausüben soll[1098]. Für die übrigen hier beschriebenen Fälle fehlt eine gesetzliche Regelung. Hier ist daher davon auszugehen, dass das betroffene Organmitglied in seiner Funktion als Verwaltungsratsmitglied, Direktor oder Gesellschafter an der Abstimmung teilnehmen darf[1099]. Eine Ausnahme gilt in Anlehnung an die Personengesellschaften für die GmbH, wenn die Abberufung wegen einer entsprechenden Satzungsbestimmung auf einen wichtigen Grund gestützt werden muss[1100]. Für die Prinzipienbildung soll diese durch Individualvereinbarung geschaffene Rechtslage aber vernachlässigt werden. Übereinstimmung existiert in allen drei Rechtsordnungen damit für den Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft und für den Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft. Für sie gilt das gemeinsame Prinzip:

Der Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft und der Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft können in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter an der Beschlussfassung über ihre eigene Entlassung mitwirken.

Bei der *SARL* und der *société civile* kann ein einzelner Gesellschafter eine gerichtliche Entlassung des Geschäftsführers beantragen, wenn ein wichtiger Grund *(cause légitime)* vorliegt[1101]. Ebenso kann der Aufsichtsrat einer AG oder einer bzw. mehrere Aktionäre, deren Anteile zusammen 10 % des Nominalkapitals oder eine Million Euro erreichen, die ge-

[1097] §§ 712 I, 1. HS, 715 BGB; 117, 1. HS, 127, 1. HS HGB; art. L. 221-12 al. 1, Satz 1, al. 2 Code de commerce. Das Gesetz spricht jeweils von einer Entscheidungsbefugnis der anderen Gesellschafter.
[1098] Table A, art. 94, 1. HS.
[1099] RGZ 81, 37, 38 (GmbH); Hüffer, § 103, Rn. 4; Michalski/*Römermann*, § 46, Rn. 228; Scholz/*Schmidt*, § 46, Rn. 76; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 142; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2792; Baranger, Rn. 84; Burland v Earle [1902] AC 83, 94, PC *(company)*; a maiore ad minus auch Bushell v Faith (1970), AC, 1099, 1109, HL für die *company*, wo das Gericht die Einräumung von Sonderstimmrechten für den Betroffenen für zulässig erachtet.
[1100] BGH, NJW 1969, 1483; Michalski/*Römermann*, § 46, Rn. 228; Scholz/*K. Schmidt*, § 46, Rn. 76.
[1101] Art. L. 223-25 al. 2 Code de commerce; art. 1851 al. 2 Code civil.

richtliche Entlassung eines Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund beantragen[1102]. Wichtiger Grund in diesem Sinne ist insbesondere eine Pflichtverletzung, die beim Aufsichtsratsmitglied einer AG in Anlehnung an die entsprechenden Vorschriften zum Vorstandsmitglied grob sein muss[1103]. Das Problem des Interessenkonflikts wird durch diese zusätzliche Möglichkeit der Entlassung zum Teil entschärft[1104].

III. Pflichtverletzung und Ausgleichsansprüche des Organmitglieds

Die Entlassung führt zu einem vorzeitigen Ende der Tätigkeit des Organmitglieds. Bei Vergütung dieser Tätigkeit kann dem Organmitglied ein Ausgleichsanspruch als Folge der vorzeitigen Beendigung zustehen. Im Rahmen dieser Untersuchung ist von Interesse, ob die Pflichtverletzung einem solchen Anspruch entgegenstehen kann.

1. Kapitalgesellschaften

a) Geschäftsleiter

aa) Gesetzliche Regelungen

(1) Rechtliche Grundlagen eines Ausgleichsanspruchs

Im englischen und im deutschen Recht fußt ein etwaiger Vergütungs- oder Ersatzanspruch auf dem Dienstvertrag zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter. Die Abberufung berührt den Bestand dieses Vertrags und

[1102] § 103 III 1, 2 AktG; näher Hüffer, § 103, Rn. 12. Für eine durch die Aktionäre selbst verfügte Entlassung eines Aufsichtsratsmitglieds ist dagegen eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 103 I 2 AktG).

[1103] Hüffer, § 103, Rn. 10; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 30, Rn. 56 m.w.N.; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2802, 2796; Lefebvre dirigeants, Rn. 2930, 3035.

[1104] Ob das Aufsichtsratsmitglied an einer Beschlussfassung des Aufsichtsrats mitwirken darf, ist umstritten (bejahend Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Wiesner*, Bd. 4, § 30, Rn. 55 m.w.N.; a.A. Hüffer, § 103, Rn. 12; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 103, Rn. 29).

in ihm wurzelnde Ansprüche grundsätzlich nicht[1105]. Sofern sich die Parteien aber nicht auf eine Vertragsaufhebung einigen, wird die Abberufung fast immer mit einer außerordentlichen und damit fristlosen Kündigung des Vertrags einhergehen. Im Fall einer unberechtigten Kündigung *(wrongful dismissal)* hat der Geschäftsleiter einen Anspruch auf Schadensersatz.

Im englischen Recht kann dem Geschäftsleiter darüber hinaus eine Ausgleichszahlung wegen unbilliger Entlassung *(unfair dismissal)* nach dem *Employments Rights Act 1996* zustehen. Voraussetzung für die Anwendung dieses Gesetzes ist, dass der Betroffene als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist und mehr als ein Jahr bei der Gesellschaft beschäftigt war[1106]. Maßgebliches, wenn auch nicht alleiniges Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft des Direktors ist das Maß an tatsächlichem Einfluss, das die Gesellschaft auf den Direktor ausüben kann[1107]. Je größer dieser Einfluss ist, desto eher ist der Direktor Arbeitnehmer. Bei der Ausgleichszahlung handelt es sich nicht um Schadensersatz, sondern um eine Entschädigung eigener Art[1108]. Im Gegensatz hierzu genießen Geschäftsleiter im deutschen Recht keinen besonderen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz[1109].

Im französischen Recht können dem Geschäftsleiter bei Entlassung keine vertraglichen Ansprüche zustehen, da ein Dienstvertrag, der seine Organtätigkeit zum Gegenstand hat, unzulässig ist[1110]. Als Ausgleich hierfür

---

[1105] BGH, AG 1978, 162, 163 (für AG); Hüffer, § 84, Rn. 38; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 35, Rn. 31; Schmidt, § 14 III 2 b; vgl. auch §§ 84 III 5 AktG, 38 I GmbHG; implizit auch Companies Act 1985, s. 303 (5) und Table A, art. 84, S. 3, die bestimmen, dass die Abberufung etwaige Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag unberührt lässt.

[1106] Employment Rights Act 1996, ss. 94 (1), 108 (1), 112 (4).

[1107] Secretary of State for Trade and Industry v Bottrill [2000] 1 All ER, 915, 926, CA; Harvey/*Osman*, Rn. A182. Insgesamt sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend (näher hierzu Crump/Pugsley, Rn. 3.15 ff ; Anderman,S. 13 ff; Ferran, S. 209 f).

[1108] McGregor, Rn. 1229, Fn. 1 m.w.N. Diese Entschädigung setzt sich aus einem Grundbetrag *(basic award)* und einem Ausgleichsbetrag *(compensatory award)* zusammen. Während sich der Grundbetrag maßgeblich nach der Beschäftigungsdauer bemisst (näher Employment Rights Act 1996, s. 119), ist der Ausgleichsbetrag nach Billigkeit zu bestimmen (näher Employment Rights Act 1996, s. 123; vgl. hierzu auch Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.126).

[1109] Vgl. nur § 14 I Nr. 1 KSchG.

[1110] Näher zu diesem Verbot 2. Teil, A II.

gewährt der französische Gesetzgeber dem Geschäftsleiter einen eigenständigen Schadensersatzanspruch, wenn die Entlassung ohne berechtigtes Motiv *(sans juste motif)* erfolgt ist[1111]. Eine Ausnahme gilt nur für den Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs, wenn dieser zugleich Präsident des Verwaltungsrats ist[1112].

Für die Prinzipienbildung kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Entlassung geeignet ist, Ausgleichsansprüche des Geschäftsleiters zu begründen. Als singuläre Ausnahme außer Betracht bleiben soll der Generaldirektor einer *SA* klassischen Typs, der zugleich Präsident des Verwaltungsrats ist. Er ist ohnehin nur zur Hälfte Geschäftsleiter.

(2) Anspruchsausschluss durch Pflichtverletzung

Im französischen Recht gilt, dass die Pflichtverletzung des Organmitglieds ein berechtigtes Motiv im Sinne der unter (1) genannten Vorschriften ist und damit einen Schadensersatzanspruch ausschließen kann[1113]. Im deutschen und im englischen Recht kann das gleiche Ergebnis dadurch erreicht werden, dass die Pflichtverletzung ein zulässiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ist. Nach deutschem Recht setzt die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung einen wichtigen Grund voraus, der unter Abwägung der Interessen beider Parteien die Fortführung des Dienstvertrags für die Gesellschaft unzumutbar macht[1114]. Als wichtiger Grund kommt in Anlehnung an die Vorschriften über die Abberufung insbesondere eine grobe Pflichtverletzung in Betracht[1115]. Nach englischem Recht kann die Gesellschaft den Vertrag kündigen, wenn der Direktor eine schwere Pflichtverletzung begangen

[1111] Art. L. 225-55 al. 1, Satz 3 (*SA* klassischen Typs), L. 225-61 al. 1, Satz 2 (*SA* neuen Typs), L. 223-25 al. 1, Satz 2 Code de commerce *(SARL).*
[1112] Art. L. 225-55 al. 1, Satz 3 Code de commerce.
[1113] Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2828 mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung; Lefebvre dirigeants, Rn. 3035; Laender, Rn. 19.
[1114] § 626 I BGB.
[1115] Hüffer, § 84, Rn. 40; Kölner Kommentar/*Mertens*, § 84, Rn. 131; Michalski/*Lenz*, § 35, Rn. 160; Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 232a f.

hat[1116]. Durch sein Verhalten muss der Direktor wesentliche vertragliche Pflichten *(conditions)* ignoriert haben[1117]. Das entspricht der allgemeinen Regel im Vertragsrecht, nach der jeder Vertragspartner zur Aufhebung eines Vertrags bei schwerer Pflichtverletzung durch den anderen Teil berechtigt ist[1118]. Bei einer schweren Pflichtverletzung ist auch der Ausgleichsanspruch nach dem *Employments Rights Act 1996* ausgeschlossen[1119].

Den untersuchten Rechtsordnungen ist somit gemeinsam, dass eine Pflichtverletzung Vergütungs- oder Ausgleichsansprüche des Geschäftsleiters nach seiner Entlassung ausschließen kann. Im Detail gibt es allerdings Unterschiede. So verlangen das deutsche und das englische Recht, dass die Pflichtverletzung ein erhebliches Gewicht aufweist. Zwar ist wohl auch im französischen Recht anerkannt, dass eine unbedeutende Pflichtverletzung den Schadensersatzanspruch nicht ausschließt[1120]. Mit der gebotenen Vorsicht kann jedoch festgestellt werden, dass die Anforderungen an die Pflichtverletzung im französischen Recht niedriger sind als im deutschen und im englischen Recht. Das hängt damit zusammen, dass die Ausgangslage jeweils verschieden ist. Ausgangspunkt ist im deutschen und im englischen Recht ein gültiger Vertrag, der durch den Grundsatz der Vertragsbindung einen starken Schutz erfährt. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung ist eine Ausnahme, für die gewichtige Gründe vorliegen müssen. Im französischen Recht ist die Ausgangslage das freie und unbeschränkbare Entlassungsrecht der Gesellschaft. Ausnahme ist dort das Fehlen eines berechtigten Motivs für die Entlassung. Deutlich werden diese Unterschiede im Regel-Ausnahme-Verhältnis auch bei der Beweislastregelung. Im deutschen und im englischen Recht muss die Gesellschaft die Pflichtverletzung bewei-

[1116] Neptune (Vehicle Washing Equipment) Ltd v Fitzgerald (Nr. 2) [1995] BCC, 1000, 1024, HC; Deakin/Morris, Kap. 5.3.2; Bowers, Kap. 12.3 und 12.4.3; Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 15.4.
[1117] Laws v London Chronicle (Indicator Newspapers) Ltd [1959] 1 WLR, 698, 700, CA.
[1118] Deakin/Morris, Kap. 5.3.2.; näher zum allgemeinen Vertragsrecht Chitty/*Guest*, Bd. 1, Rn. 12-019 f; Rn. 12-034; Chitty/*McKendrick*, Bd. 1, Rn. 25-038 f.
[1119] Employment Rights Act 1996, s. 98 (1), 2(b); Halsbury/*Smith*, Bd. 16, Rn. 491; Anderman, S. 183 ff.
[1120] Caussain, Bull. Joly 1993, § 151, Rn. 15; Baillod, RTD com. 1983, S. 395, Rn. 14.

sen[1121], im französischen Recht dagegen das Organmitglied ihr Fehlen[1122].

Im deutschen Recht setzt die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung ferner voraus, dass das Interesse der Gesellschaft an einer sofortigen Vertragsauflösung gewichtiger ist als das Interesse des Geschäftsleiters an einem Fortbestand des Vertrags bis zum nächsten ordentlichen Kündigungszeitpunkt[1123]. Ganz ähnlich setzt der Ausschluss der Ausgleichszahlung nach dem *Employments Rights Act 1996* stets eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls voraus, bei der unter anderem die bisherige Beschäftigungsdauer und die bisherigen Leistungen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind[1124]. Auch diese Einschränkung findet sich im französischen Recht nicht. Unter Berücksichtigung dieser Unterschiede im Detail kann folgendes gemeinsames Prinzip gebildet werden:

Ein Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters wegen der vorzeitigen Beendigung seiner Tätigkeit ist zumindest dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsleiter eine schwere Pflichtverletzung begangen hat und wenn das Interesse der Gesellschaft an einer sofortigen Entlassung gewichtiger ist als das Interesse des Geschäftsleiters an einer Weiterführung der Tätigkeit bis zur ordentlichen Mandatsbeendigung.

Die GmbH kann eine Kündigung nicht auf Gründe stützen, die beim Entlastungsbeschluss bekannt oder erkennbar waren[1125]. Ähnliches gilt im englischen Recht, wo die Bestätigung *(affirmation)* eines kündigungsreifen Vertrags möglich ist[1126]. Bestätigung ist jedes Verhalten, durch das der Gläubiger ausdrücklich oder konkludent zu erkennen gibt, dass der

[1121] BGH, NJW 2003, 431, 432 (GmbH); Phipson/*Hollander*, Rn. 4-05; Murphy, S. 109.
[1122] CA Versailles, 20.2.1992, Bull. Joly 1992, § 215 *(SARL)*; Lefebvre dirigeants, Rn. 3026; Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1307.
[1123] Dieser Aspekt darf nicht vernachlässigt werden (s. BGH, WM 1995, 2064, 2065 für GmbH; Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 235).
[1124] Employment Rights Act 1996, s. 98 (4); Anderman, S. 198, 201 f.
[1125] BGHZ 94, 324, 326, Michalski/*Römermann* § 46, Rn. 289.
[1126] Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 AC, 361, 398, HL; Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp. of Liberia (Nr. 1) [1996] 2 Lloyd's Rep., 604, 607, HC; Chitty/*McKendrick*, Bd. 1, Rn. 25-002; Harvey/*Osman*; Rn. A843.

Vertrag fortgeführt werden soll[1127]. Die Bestätigung ist unwiderruflich[1128]. Sowohl bei der *company* wie auch bei der GmbH kann ein billigendes Verhalten die Berufung auf die Pflichtverletzung somit präkludieren. Bei der GmbH ist dies im Unterschied zur *company* schon bei bloßer Erkennbarkeit einer Pflichtverletzung möglich. Im französischen Recht kann dagegen die Entlastung im Streitfall allenfalls ein Indiz zugunsten des entlassenen Organmitglieds sein[1129]. Angesichts der Tatsache, dass die Entlastung auch keine Verzichtswirkung entfaltet[1130], leuchtet dies ein. Gleiches dürfte für die AG gelten, wo die Entlastung ebenfalls keine Verzichtswirkung nach sich zieht[1131]. Eine Prinzipienbildung ist hier daher nicht möglich.

(3) Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Kündigung

Im deutschen und im englischen Recht kann die Pflichtverletzung ihre anspruchsverhindernde Wirkung nur entfalten, wenn der Vertrag gekündigt wird. Bei der AG besteht keine Gefahr eines Interessenkonflikts durch Mitwirkung des Betroffenen, weil der Aufsichtsrat für die Kündigung zuständig ist[1132]. Bei der *company* weist dagegen die Mustersatzung dem Direktorium selbst diese Zuständigkeit zu[1133]. Um hier einen Interessenkonflikt zu vermeiden, ist der Betroffene bei Anwendbarkeit der Mustersatzung von der Mitwirkung ausgeschlossen[1134]. Bei der GmbH ist schließlich die Gesellschafterversammlung zuständig[1135]. Der betroffene Geschäftsführer darf sich als Gesellschafter nicht an der Abstimmung

[1127] Chitty/*McKendrick*, Bd. 1,Rn. 25-002; Eliott/Quinn, S. 232.
[1128] Rendsburg Investments Corp. of Liberia [1996] 2 Lloyd's Rep., 604, 607, HC; Chitty/*McKendrick*, Bd. 1, Rn. 25-003; Eliott/Quinn, S. 233.
[1129] Die Rechtsprechung ist in diesem Punkt nicht ganz eindeutig (s. Cass. com., 4.12.1990, Dr. Soc. 1991, Nr. 64 und CA Paris, 26.11.1999, Bull. Joly 2000, § 68 (jeweils *SARL*); Dessertine, Bull. Joly 2000, § 68, S. 344).
[1130] S. 4. Teil, A IV 1 b.
[1131] S. weiter oben in diesem Kapitel unter I 1.
[1132] BGHZ 65, 190, 193; Hüffer, § 84, Rn. 38.
[1133] Nach Table A, art. 84 ist das Direktorium ganz allgemein für die Dienstverträge mit Direktoren zuständig.
[1134] Table A, art. 94, 1. HS.
[1135] BGH, GmbHR 1998, 827, 828; Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 236; Michalski/*Lenz*, § 35, Rn. 156.

beteiligen[1136]. Festzuhalten ist somit ein grundsätzlicher Mitwirkungsausschluss im deutschen und im englischen Recht. Das macht es wahrscheinlicher, dass die Pflichtverletzung tatsächlich anspruchsverhindernd wirken kann. Das deutsche und das englische Recht nähern sich damit dem französischen Recht, wo die Pflichtverletzung den Anspruch ohne weiteres ausschließt. Aus diesem Grund steht das Fehlen einer Kündigungsnotwendigkeit im französischen Recht dem folgenden gemeinsamen Prinzip nicht entgegen:

Der betroffene Geschäftsleiter darf an einer Entscheidung darüber, ob die Pflichtverletzung ihre anspruchshindernde Wirkung entfalten darf, nicht mitwirken.

bb) Abweichende Vereinbarungen

Für die *société civile* hat die französische Rechtsprechung entschieden, dass das Recht auf Schadensersatz bei unberechtigter Entlassung abbedungen werden kann[1137]. Die überwiegende Auffassung in der französischen Literatur folgert daraus, dass diese Möglichkeit auch für die anderen hier untersuchten Gesellschaften besteht[1138]. Da die Entlassung selbst im französischen Recht keinen Voraussetzungen unterliegt, bedeutet diese Vereinbarung faktisch, dass jede noch so geringfügige Pflichtverletzung eine entschädigungslose Entlassung nach sich ziehen kann. Bei der *company* kann der Bestand des Dienstvertrags an die Organstellung gekoppelt werden[1139]. Das führt wie im französischen Recht dazu, dass bereits eine geringfügige Pflichtverletzung zur entschädigungslosen Entlassung führen kann, da auch im englischen Recht die Entlassung aus der

[1136] § 47 IV 2 GmbHG; Scholz/*Schneider*, § 35, Rn. 236; Raiser, § 32, Rn. 73; Michalski/*Römermann*, § 47, Rn. 239.
[1137] Cas. 3ème civ., 6.1.1999, Bull. Joly 1999, § 105; hierzu Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7220.
[1138] Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1194, 1307, 1686; Cozian/Viander/Deboissy, Rn. 1304, 1456; Caussain, Rn. 91; Dirigeant de société, Rn. 066-20; s. auch Lefebvre dirigeants, Rn. 3116 m.w.N.; a.A. Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2577.
[1139] Read v Astoria Garage (Streatham) Ltd [1952] ChD 637, 641 f, CA; Palmer's Company Law/*Worthington*, Rn. 8.209 ff; Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.22.

Organstellung keinen Voraussetzungen unterliegt[1140].

Auch im deutschen Recht ist eine Vereinbarung, die den Bestand des Dienstvertrags an die Organstellung koppelt, zulässig[1141]. Einschränkend gilt allerdings, dass die Gesellschaft auch bei einer solchen Koppelung die für eine ordentliche Kündigung geltenden Fristen einhalten muss, wenn nicht zugleich ein wichtiger Grund vorliegt, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde[1142]. Praktische Bedeutung erlangt die Koppelung in Deutschland daher nur für befristete Dienstverträge[1143]. Bei der AG hat die Koppelung zudem nur die Wirkung, dass die Notwendigkeit einer Interessenabwägung zugunsten der Gesellschaft entfällt. Vom Erfordernis einer groben Pflichtverletzung befreit die Koppelung nicht, weil die grobe Pflichtverletzung bei der AG auch Voraussetzung für die Entlassung aus der Organstellung ist. Eine Prinzipienbildung ist damit für die offene Kapitalgesellschaft nicht möglich. Für die geschlossene Kapitalgesellschaft, die ihren Geschäftsleiter auch im deutschen Recht grundsätzlich ohne besonderen Grund entlassen kann, gilt dagegen das gemeinsame Prinzip:

Die geschlossene Kapitalgesellschaft und der befristet angestellte Geschäftsleiter können den Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters wegen unberechtigter Entlassung ausschließen, so dass jede noch so geringfügige Pflichtverletzung zu einer Entlassung ohne Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters führen kann.

Im Gegensatz hierzu kann der Direktor einer *company*, der zugleich Arbeitnehmer ist, nicht auf seinen Ausgleichsanspruch wegen unbilliger Entlassung verzichten[1144].

[1140] Leander, Dr. soc 2000, Chron. 9, Rn. 22 weist zutreffend darauf hin, dass sich das französische Recht durch die Abdingbarkeit des Schadensersatzanspruchs auf ein Vertragsmodell zubewege.
[1141] BGH, WM 1989, 1246, 1248 (AG); Hüffer, § 84, Rn. 40; Hachenburg/*Stein*, § 38, Rn. 17; Scholz/*Schneider*, § 38, Rn. 36.
[1142] BGH WM 1989, 1246, 1249 (AG); Happ, 8.07, Rn. 5; Hüffer, § 84, Rn. 40; Scholz/*Schneider*, § 38, Rn. 36; Bauer/Diller, GmbHR 1998, 809, 810.
[1143] S. hierzu Bauer/Diller, GmbHR 1998, 809, 810.
[1144] Employment Rights Act 1996, s. 203 (1).

b) Aufsichtsführer

Für die Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats einer *SA* fehlt eine Regelung, die einen Schadensersatzanspruch bei Entlassung ohne berechtigtes Motiv festschreibt. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass ein solcher Anspruch nicht besteht[1145]. Für den Präsidenten des Verwaltungsrats einer *SA* klassischen Typs schließt das Gesetz einen solchen Anspruch ausdrücklich aus[1146]. Auch im deutschen Recht stehen dem Aufsichtsratsmitglied keine Ausgleichsansprüche bei Entlassung zu. Zwischen ihm und der Gesellschaft besteht kein Anstellungsvertrag[1147], so dass der Vergütungsanspruch mit Amtsende erlischt[1148]. Im englischen Recht wäre ein Ausgleichsanspruch eines nichtgeschäftsführenden Direktors dagegen auf Grundlage eines Dienstvertrags theoretisch denkbar. Ein solcher Vertrag ist allerdings unüblich[1149], gleichzeitig jedoch Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch[1150]. Eine Ausgleichszahlung nach dem *Employments Rights Act 1996* scheitert in aller Regel daran, dass der nichtgeschäftsführende Direktor kein Arbeitnehmer ist[1151]. Faktisch unterscheiden sich die untersuchten Rechtsordnungen somit kaum. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Der Aufsichtsführer hat keinen Ausgleichsanspruch wegen der Entlassung, so geringfügig seine Pflichtverletzung auch gewesen sein mag.

[1145] Cass. com., 3.1.1985, Bull. civ. IV, Nr. 6 (Verwaltungsratsmitglied); Joly sociétés, Conseil d'administration et direction générale, Nomination et statut des administrateurs/*Baranger & Moulin*, Rn. 89; Enc. Dalloz soc./*Delebecque & Pansier*, Administrateur, Rn. 128; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Conseil de surveillance, Rn. 27; Jurisclasseur soc./*Caussain*, Fasc. 133-60, Rn. 64.
[1146] Art. L. 225-55 al. 1, Satz 3 Code de commerce.
[1147] S. 2. Teil, A II.
[1148] RGZ 68, 223, 225 ff; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 103, Rn. 5; Hüffer, § 103, Rn. 6.
[1149] S. 2. Teil, A II.
[1150] Read v Astoria Garage (Streatham) Ltd [1952] ChD, 637, 641 ff, CA; Farrar/*Hannigan*, S. 343.
[1151] Parsons v Albert J Parsons Ltd [1979] ICR, 271, 275 f, CA; Deakin/Morris, Kap. 3.8.3; Sinclair/Vogel/Snowden/*Carter u.a.*, Rn. 8.25; Ferran, S. 209.

2. Personengesellschaften

Im französischen Recht gilt für die Geschäftsleiter einer Personengesellschaft das zu den Geschäftsleitern einer Kapitalgesellschaft Gesagte[1152]. Im deutschen Recht entfällt mit der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis die Grundlage für eine feste Tätigkeitsvergütung oder einen prozentualen Gewinnvoraus, ohne dass es eines ausdrücklichen Beschlusses bedarf[1153]. Das entspricht im Ergebnis der Rechtslage für die Geschäftsleiter einer deutschen Kapitalgesellschaft. Denn die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Geschäftsleiters einer Personengesellschaft bedarf wie die Kündigung des Dienstvertrags eines Geschäftsleiters einer Kapitalgesellschaft einer groben Pflichtverletzung. Da im deutschen und im französischen Recht somit keine Unterschiede zwischen Kapital- und Personengesellschaften bestehen, kann für den Rechtsvergleich auf das zu den Kapitalgesellschaften Gesagte verwiesen werden. Eine Prinzipienbildung scheitert aber am englischen Recht. Dort gilt, dass die Gesellschaft ihr Verhältnis zu ihren Geschäftsleitern beliebig ausgestalten kann und eine Abberufung daher ohne weiteres mit einer Änderung der Vergütungsregeln verknüpfen kann. Hier kann also jede noch so kleine Pflichtverletzung einen Verlust der Zusatzvergütung für die Geschäftsführung bewirken.

[1152] S. art. L. 221-12 al. 4 Code de commerce *(SNC)*; art. 1851 al. 1, Satz 2 Code civil *(société civile)*; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2796; Lefebvre sociétés civiles, Rn. 7220.

[1153] Staub/*Ulmer*, § 117, Rn. 78; ders. in Münchener Kommentar, § 712, Rn. 18; Schlegelberger/*Martens*, § 117, Rn. 42; Ermann/*Westermann*, § 712, Rn. 8.

5. Teil Sonstige Folgen einer Pflichtverletzung

A. Strafrechtliche Ahndung

I. Zweckwidrige Vermögensverwendung

1. Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter

Eine vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines Dritten ist in allen drei Rechtsordnungen strafbar. Nach deutschem Recht begeht das Organmitglied eine Untreue[1154], nach englischem Recht einen *theft*[1155]. Im französischen Recht erfüllt eine zweckwidrige, von Eigeninteresse getragene Vermögensverwendung durch das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft den Tatbestand des *abus de biens*[1156]. Das Eigeninteresse kann auch nichtwirtschaftlicher Art sein, so dass eine Strafbarkeit wegen *abus de biens* auch bei einer Vermögensverwendung zugunsten Dritter in Betracht kommen kann[1157]. Bei Fehlen eines Eigeninteresses und allgemein bei Personengesellschaften kommt dagegen eine Strafbarkeit wegen *abus de confiance* in Betracht[1158]. Dieser Straftatbestand ahndet die missbräuch-

[1154] § 266 I StGB; zur Vermögensbetreuungspflicht des Organmitglieds BGH, StV 1995, 302, 303 (AG); BayObLG, NJW 1971, 1664, 1665 (GbR); Tröndle/Fischer, § 266, Rn. 36.
[1155] Theft Act 1968, s. 1 (1), (2). Gegenstand eines *theft* kann auch ein nichtkörperlicher Vermögensbestandteil sein (Theft Act 1968, s. 4 (1)).
[1156] Art. L. 242-6 Nr. 3, L. 246-2 (*SA* klassischen Typs), L. 242-30 al. 1, L. 246-2 (*SA* neuen Typs), L. 241-3 al. 4, L. 241-9 Code de commerce *(SARL)*. Die Strafbarkeit erfasst auch nachgeordnete Generaldirektoren einer *SA* klassischen Typs, obwohl die einschlägige Vorschrift sie nicht ausdrücklich erwähnt (Cass. crim. 19.6.1978, Bull. crim., Nr. 202; Jurisclasseur soc./*Jeandidier*, Fasc. 132-20, Rn. 82).
[1157] Cass. crim., 19.6.1978, Bull. crim., Nr. 202, S. 528 *(SA)*; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 702; Lefebvre dirigeants, Rn. 14587 f.
[1158] Jurisclasseur soc./*Bézard & Letulle*, Fasc. 48-40, Rn. 69; Jurisclasseur soc./*Dereu*, Fasc. 55-30, Rn. 32; Jurisclasseur soc./*van der Elst*, Fasc. 81-10, Rn. 1.

liche Verwendung anvertrauter Vermögenswerte[1159]. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines Dritten ist strafbar.

2. Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter

a) Kapitalgesellschaften

Das deutsche und das französische Strafrecht vollziehen hier im Wesentlichen zivilrechtliche Wertungen nach. Die vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist bei der GmbH strafbar, wenn sie der Gesellschaft das Vermögen entzieht, das zur Deckung des Nominalkapitals benötigt wird[1160] oder wenn die Vermögensverwendung zu einer Existenzgefährdung der GmbH führt[1161]. Bei der AG ist dagegen nach überwiegender Auffassung jede vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung eine strafbare Untreue[1162]. Im französischen Recht schließt eine Zustimmung der Gesellschafter die Strafbarkeit wegen *abus de biens* nicht aus[1163], so dass auch die Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter strafbar sein kann[1164]. Allerdings muss die Tat von Eigeninteresse getragen sein. In diesem Punkt stellt das Strafrecht somit höhere Anforderungen als das Zivilrecht. Ansonsten scheidet eine Strafbarkeit aus, da die Zustimmung des Be-

[1159] S. art. 314-1 al. 1 Code pénal. Gegenstand eines *abus de confiance* kann auch ein nichtkörperlicher Vermögensbestandteil sein (Cass. crim., 14.11.2000, JCP E 2001, 106 *(SA)*; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 690).
[1160] BGH, WM 1999, 1565, 1567; BGHZ 122, 333, 336; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 143.
[1161] BGHSt 35, 333, 337; BGH, NJW 1997, 66, 69; BGH, NJW 2000, 154, 155, offen dagegen BGHZ 122, 333, 336; näher zur Problematik Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 143; Gehrlein, NJW 2000, 1089 f.
[1162] Kaufmann, S. 59 ff m.w.N.; Ewald, S. 236 ff. Die Frage wird in der Literatur kaum diskutiert. Veröffentlichte Rechtsprechung gibt es -soweit ersichtlich- nicht. Zwei Entscheidungen des RG zu dieser Frage sind überholt, da die Organkompetenzen bei der AG zum Zeitpunkt der Entscheidung anders gestaltet waren. Hierzu Kaufmann, S. 39 ff.
[1163] Cass. crim., 19.3.1979, Bull. crim., Nr. 112, S. 319; Jurisclasseur com./*Gibirila*, Fasc. 1060, Rn. 33; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 701; Lefebvre dirigeants, Rn. 14624.
[1164] Cass. crim., 30.9.1991, Rev. soc. 1992, 536 *(SARL)*.

rechtigten und damit der Gesellschafter einen *abus de confiance* ausschließt[1165].

Bei der *company* ist die Rechtslage weniger eindeutig. Der objektive Tatbestand des *theft* ist sehr weit auszulegen und kann auch die zweckwidrige Verwendung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft durch die eigenen Gesellschafter erfassen[1166]. Entscheidend für die Strafbarkeit ist, ob die Vermögensverwendung in subjektiver Hinsicht als unlauter *(dishonest)* zu qualifizieren ist[1167]. Unlauter ist ein Verhalten, wenn es nach den üblichen Wertmaßstäben eines vernünftigen Menschen als unehrlich anzusehen ist und der Handelnde sich dessen bewusst ist[1168]. Ob das der Fall ist, ist eine tatsächliche Frage, über die die Geschworenen zu entscheiden haben[1169]. Das bedeutet, dass eine Konkretisierung dieses wichtigen Merkmals nicht mit letzter Verbindlichkeit möglich ist. In der Literatur wird ein gläubigerorientierter Maßstab befürwortet: Je eher die Vermögensverwendung durch die Gesellschafter mit der Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft einhergeht, desto eher soll *theft* zu bejahen sein[1170]. Diese Literaturmeinung deckt sich mit der englischen Rechtsprechung, die ganz allgemein in der wirtschaftlichen Krise die Interessen der Gläubiger in den Vordergrund rückt[1171]. Sie soll daher der Prinzipienbildung zugrunde gelegt werden. Der von der englischen Literatur favorisierte Ansatz entspricht im Wesentlichen der Rechtslage bei der GmbH. Der dort existierende Schutz des Nominalkapitals dient Gläubigerinteressen. Eine zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter wird das Nominalkapital in der Regel nur dann angreifen, wenn sich das Unternehmen in der wirtschaftlichen Krise befindet. Unter Berücksichtigung der für den subjektiven Tatbestand geltenden Einschränkungen im französischen Rechts kann folgendes gemeinsames Prinzip

[1165] Cass. crim., 21.2.1968, Bull. crim., Nr. 52; Cass. crim. 20.2.1980, Bull. crim., Nr. 66; Jurisclasseur pén./*Jeandidier*, art. 314-1 à 314-4, Rn. 50; vgl. auch CA Paris, 26.8.1975, JCP G 1975, IV, 101 *(SA)*.
[1166] Näher zur insoweit bedeutsamen Auslegung der Tatbestandsmerkmals *appropriation* R v Gomez [1993] AC, 442, 495 ff, HL; Reed/Seago, Rn. 8-011.
[1167] R v. Gomez [1993] AC 442, 496 f, HL; Reed/Seago, Rn. 8-011.
[1168] R v Gosh [1982] 2 All ER, 689, 696, CA.
[1169] R v Feely [1973] QB 530, 537 f, CA; R v Gosh [1982] 2 All ER, 689, 695, CA; ausführlich hierzu Smith, Rn. 7.55 ff.
[1170] Virgo (1991) CLJ, 469 f, 488; ebenso wohl Elliott (1991) CLR, 732, 737 f.
[1171] S. 3. Teil, B II 6 und 4. Teil, A IV 1 c.

gebildet werden:

Die vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist zumindest dann strafbar, wenn sie von Eigeninteresse getragen ist, die Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft konkret erhöht und dadurch die Gläubiger der Gesellschaft gefährdet.

b) Personengesellschaften

Die zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist nur bei der *SNC* zivilrechtlich pflichtwidrig[1172]. Strafbar ist sie bei der *SNC* nicht, da der Tatbestand des *abus de biens* nur für Kapitalgesellschaften gilt und eine Strafbarkeit wegen *abus de confiance* bei Zustimmung des Berechtigten ausscheidet[1173]. Auch bei den übrigen hier untersuchten Personengesellschaften ist die zweckwidrige Vermögensverwendung straflos, da sie schon zivilrechtlich nicht zu beanstanden ist. Es gilt das gemeinsame Prinzip:

Die zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist straflos.

II. Sonstige Fälle

Nach englischem Recht ist ein Verstoß gegen das Verbot der Kreditgewährung an ein Organmitglied strafbar[1174]. Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft macht sich auch strafbar, wenn es sein Interesse an einem Vertrag der Gesellschaft nicht offenlegt[1175]. Die Schweigepflicht ist bei den deutschen Kapitalgesellschaften strafbewehrt[1176]. Gemeinsamkeiten zwischen den untersuchten Rechtsordnungen existieren nicht.

[1172] S. 3. Teil, B II 1 b bb.
[1173] S. jeweils oben unter a).
[1174] Companies Act 1985, s. 342; zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 4 c aa.
[1175] Companies Act 1985 s. 317 (7); zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 4 c bb (2). Es ist allerdings nur die Verhängung einer Geldstrafe möglich, so dass die Tat nach deutschem Rechtsverständnis eher als Ordnungswidrigkeit zu qualifizieren wäre. Eine Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten kennt das englische Recht nicht.
[1176] §§ 404 I AktG, 85 I GmbHG.

B. Tätigkeitsverbot

In diesem Abschnitt soll erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen eine der in dieser Arbeit untersuchten Pflichtverletzungen dazu führen kann, dass dem Betroffenen eine zukünftige Tätigkeit als Organmitglied verboten wird. Eine solche Zwangsmaßnahme ist öffentlich-rechtlicher Natur.

Keine praktische Bedeutung hat die Möglichkeit eines Tätigkeitsverbots für Organmitglieder einer deutschen Gesellschaft und für Geschäftsleiter einer englischen Personengesellschaft. Das deutsche Recht kennt zwar die Gewerbeuntersagung gemäß § 35 I 1 GewO. Ein Überblick über die veröffentlichte Rechtsprechung legt jedoch nahe, dass die Gewerbeuntersagung faktisch nur bei Pflichtverletzungen mit Außenwirkung zur Anwendung kommt, so etwa bei Steuerdelikten. Von einer Erörterung wird daher abgesehen. Aus diesem Grund wird auch eine Prinzipienbildung nicht möglich sein.

I. Französisches Recht

Im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann das zuständige Gericht auf Antrag oder von Amts wegen ein Tätigkeitsverbot *(faillite personnelle)* gegen ein Organmitglied anordnen, das seine Pflichten verletzt hat[1177]. Ausgenommen ist hiervon nur das Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs[1178]. Das Gesetz zählt die Pflichtverletzungen, die ein Tätigkeitsverbot nach sich ziehen können, abschließend auf. Hierunter fallen unter anderem alle Fälle, die eine erweiterte Insolvenzhaftung zur Folge haben können[1179], und die unzulässige Vermögensverfügung trotz Kenntnis vom

[1177] Art. L. 625-1 Nr. 2, L. 625-7 Code de commerce.
[1178] Vgl. nur Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2449. Grund ist auch hier wieder, dass das Aufsichtsratsmitglied einer *SA* neuen Typs nach französischem Rechtsverständnis kein Geschäftsleiter ist und die einschlägigen Vorschriften nur auf Geschäftsleiter Anwendung finden. S. hierzu schon 4. Teil, A I 2 b aa.
[1179] Art. L. 625-4 Code de commerce. Zur erweiterten Insolvenzhaftung 4. Teil, A I 2 b bb.

Eintritt der Insolvenzreife[1180]. Die übrigen Verbotstatbestände betreffen Pflichtverletzungen, die im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle spielen[1181]. Ein Tätigkeitsverbot kann auch verhängt werden, wenn das Organmitglied seine Zahlungsverpflichtung nicht erfüllen kann, die ihm im Rahmen der Insolvenzhaftung auferlegt worden ist[1182]. Die praktische Bedeutung des Tätigkeitsverbots ist groß[1183], wobei die offizielle Statistik nicht zwischen den einzelnen Gründen für die Verhängung differenziert[1184].

Die Anordnung eines Tätigkeitsverbots liegt im Ermessen des Gerichts[1185]. Das Verbot führt dazu, dass das Organmitglied unter anderem weder als Geschäftsleiter einer Gesellschaft tätig werden darf, noch eine Gesellschaft direkt oder indirekt kontrollieren darf[1186]. Das Gericht kann sich allerdings mit der Verhängung eines teilweisen Tätigkeitsverbots *(interdiction de gérer)* begnügen, dessen Reichweite auf bestimmte Unternehmen beschränkt werden kann[1187]. Das Gericht setzt die Dauer des teilweisen oder vollständigen Tätigkeitsverbots fest. Sie darf fünf Jahre nicht unterschreiten[1188]. Eine zeitliche Höchstgrenze gibt es nicht. Ein unbefristetes Tätigkeitsverbot ist aber unzulässig[1189]. Der Verstoß gegen ein teilweises oder vollständiges Tätigkeitsverbot ist strafbar[1190].

II. Englisches Recht

Auf Antrag des Wirtschaftsministeriums *(Department of Trade and Industry)* kann ein Tätigkeitsverbot *(disqualification)* gegen einen Direktor

[1180] Art. L. 625-5 Nr. 4 Code de commerce; zur Pflicht selbst 3. Teil, B II 6.
[1181] S. art. L. 625-5 Nr. 1, 2, 3, 5 Code de commerce.
[1182] Art. L. 625-6 Code de commerce; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2441; zur Insolvenzhaftung 4. Teil, A I 2 b aa.
[1183] Im Jahre 2001 wurden rund 5500 Verfahren eingeleitet (Quelle: Annuaire statistiques de la justice, S. 53, Nr. 27, abrufbar unter www.justice.gouv.fr/publicat/d-Saisines.pdf).
[1184] Insbesondere die Insolvenzverschleppung dürfte ein sehr häufiger Anlass für die Anordnung eines Tätigkeitsverbots sein (s. art. L. 625-5 Nr. 5 Code de commerce).
[1185] S. Wortlaut der art. L. 625-4 bis 625-6; Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*, Rn. 2454; Jacquemont, Rn. 757.
[1186] Art. L. 625-2 al. 1 Code de commerce.
[1187] Art. L. 625-8 Code de commerce.
[1188] Art. L. 625-10 al. 1, Satz 1 Code de commerce.
[1189] Cass. com, 3.11.1992, Bull. civ. IV, Nr. 343 *(SA)*; Lefebvre dirigeants, Rn. 19188 f.
[1190] Art. L. 627-4 Code de commerce.

nach dem *Company Directors Disqualification Act 1986* gerichtlich angeordnet werden, wenn dieser pflichtwidrig gehandelt hat. Das Tätigkeitsverbot hat in der gerichtlichen Praxis eine große Bedeutung[1191]. Viele Fälle betreffen allerdings Pflichtverletzungen, die im Rahmen die-ser Untersuchung keine Rolle spielen[1192].

Das Gesetz kennt mehrere Verbotstatbestände. Die größte Bedeutung kommt dabei *section 6* zu, auf den 90 % der ausgesprochen Verbote entfallen[1193]. Nach dieser Vorschrift ist ein Direktor zu disqualifizieren, wenn die Gesellschaft in Insolvenz geraten ist und der Direktor durch sein Verhalten bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben gezeigt hat, dass er für die Führung eines Unternehmens ungeeignet *(unfit)* ist[1194]. Ein Kriterium für die Beurteilung der Ungeeignetheit ist unter anderem die Existenz von Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft[1195]. Ob eine Pflichtverletzung vorliegt, ist dabei nach objektiven Kriterien zu beurteilen[1196]. Das entspricht auch der neueren Rechtsprechung zur Sorgfaltspflicht[1197]. Insoweit können Entscheidungen, die ein Tätigkeitsverbot zum Gegenstand haben, für die Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Direktors herangezogen werden[1198].

Ein Tätigkeitsverbot kann bei Pflichtverletzungen oder Ungeeignetheit auch angeordnet werden, wenn die Gesellschaft nicht insolvent ist[1199]. In diesen Fällen steht es anders als bei *section 6* jeweils im Ermessen des

---

[1191] Im Berichtszeitraum 2002/2003 wurden 1777 Tätigkeitsverbote verhängt (Companies in 2002/2003, S. 49). Die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die ein Tätigkeitsverbot zum Gegenstand haben, übertrifft die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die sich mit der zivilrechtlichen Haftung des Organmitglieds beschäftigen, um ca. das Doppelte.

[1192] So z.B. die Insolvenzverschleppung oder die vorwerfbare Nichtbegleichung von Steuerschulden (s. hierzu Schedule 1, Nr. 6 und 7; Griffin, Directors' Liability, Kap. 8.5.5).

[1193] Companies in 2002/2003, S. 49 (für den Berichtszeitraum 2002/2003).

[1194] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 6 (1).

[1195] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 9 (1) und schedule 1, part 1, Nr. 1, 2.

[1196] Secretary of State of Trade and Industry v Burrows [1997] 1 BCLC, 48, 56, 58, HC; Farrar/*Hannigan*, S. 353.

[1197] S. 3. Teil, A I 2 a cc.

[1198] Walters, CoLa 1999, 138, 142 ff; näher zum Einfluss der Rechtsprechung zum Tätigkeitsverbot auf die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Direktors Arsalidou, CoLa 2002, 107, 108 f. Etliche der in dieser Arbeit zitierten Entscheidungen haben ein Tätigkeitsverbot zum Gegenstand.

[1199] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 4, 8.

Gerichts, ob es ein Tätigkeitsverbot anordnen will, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen[1200]. Ein Tätigkeitsverbot kommt ferner in Betracht, wenn sich der Direktor im Zuge seiner Tätigkeit strafbar macht[1201] oder hartnäckig gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstößt[1202].

Ein Tätigkeitsverbot verbietet dem Direktor für eine vom Gericht festgesetzte Zeit die Tätigkeit als Direktor oder Verwalter *(receiver)* einer Gesellschaft und die Mitwirkung an der Gründung einer Gesellschaft[1203]. Ein Teilverbot ist nicht möglich[1204]. Das Tätigkeitsverbot nach *section 6* kann zwischen zwei und fünfzehn Jahren betragen[1205]. Für die übrigen hier erwähnten Verbotstatbestände gelten Höchstfristen zwischen fünf und fünfzehn Jahren, ohne dass das Gesetz eine Mindestfrist vorschreibt[1206]. Um ein förmliches Verbotsverfahren zu vermeiden, kann ein Direktor mit Zustimmung des Wirtschafsministeriums eine freiwillige Unterlassungserklärung abgeben[1207]. Der Verstoß gegen eine Verbotsverfügung oder eine freiwillige Unterlassungserklärung ist strafbar[1208].

III. Rechtsvergleichung

Beiden Rechtsordnungen ist gemeinsam, dass Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft ein Tätigkeitsverbot nach sich ziehen können. Im Detail zeigt sich allerdings eine Reihe von Unterschieden. Zentrale Anknüpfungstatsache für ein Tätigkeitsverbot ist im englischen Recht die Ungeeignetheit zur Unternehmensführung. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff eröffnet der Rechtsprechung einen weiten Anwendungsbereich. Im

[1200] S. Wortlaut der Vorschriften im Vergleich; Lowry/Watson, vor Rn. 8.45 und vor Rn. 8.49.
[1201] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 2; näher hierzu Griffin, Directors' Liability, Kap. 7.3.2.
[1202] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 3.
[1203] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 1 (1). Näher zum *receiver* Charlesworth/Morse, S. 479 ff.
[1204] Official Receiver v Hannan [1997] 2 BCLC, 473, 478, CA.
[1205] Siehe (4) der Vorschrift.
[1206] Näher Company Directors Disqualification Act 1986, ss. 2 (3), 3 (5), 4 (3), 8 (4).
[1207] Company Directors Disqualification Act 1986, ss. 1A, 7, 8 (2A). 80 % der Tätigkeitsverbote nach s. 6 wurden im Berichtszeitraum 2002/2003 über eine freiwillige Unterlassungserklärung erwirkt (Companies in 2002/2003, S. 49).
[1208] Company Directors Disqualification Act 1986, s. 13.

Gegensatz hierzu können nach französischem Recht nur einige wenige der hier untersuchten Pflichtverletzungen für sich allein ein Tätigkeitsverbot zur Folge haben. Enger ist das französische Recht auch insoweit, als ein Tätigkeitsverbot nur bei Insolvenz der Gesellschaft verhängt werden kann. Im englischen Recht ist dies nicht Voraussetzung, wenn auch die Regel. Andererseits kann das Organmitglied nach französischem Recht ein Tätigkeitsverbot auch dann treffen, wenn es seinen Zahlungsverpflichtungen aus der Insolvenzhaftung nicht nachkommt. Im englischen Recht existiert eine entsprechende Regel für die Abwicklungshaftung nicht.

Auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen bei Erfüllung eines Verbotstatbestands finden sich mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten. Der französische Richter hat generell Ermessen, ob er ein Tätigkeitsverbot anordnen will oder nicht. Beim praktisch wichtigsten Verbotstatbestand im englischen Recht ist dies dagegen nicht der Fall. Allerdings wird dieser Unterschied durch den generalklauselartigen Charakter dieses Tatbestands stark relativiert. Die Verbotsfristen sind in Frankreich generell höher als in England. Dafür ist in England nur ein umfassendes Tätigkeitsverbot möglich, während in Frankreich auch ein Teilverbot verhängt werden kann.

Beiden Rechtsordnungen ist gemeinsam, dass die Verhängung eines Tätigkeitsverbots in der Praxis eine große Bedeutung hat und die Gerichte stärker beschäftigt als zivilrechtliche Verfahren zur Organmitgliedsverantwortung. Allerdings ist zu bedenken, dass das Tätigkeitsverbot sehr häufig auch Pflichtverletzungen betrifft, die im Rahmen dieser Arbeit keine Rolle spielen. Zudem dürfte sich die Mehrheit der zivilrechtlichen Streitigkeiten außergerichtlich erledigen und daher nicht erfassbar sein. Ein präziser Vergleich der praktischen Bedeutung beider Sanktionsinstrumente ist daher nicht möglich.

6. Teil Sonderfälle

A. Juristische Personen als Organmitglieder

Organmitglieder einer deutschen Kapitalgesellschaft und Geschäftleiter einer französischen Kapitalgesellschaft können nur natürliche Personen sein[1209]. Ansonsten gilt, dass auch eine juristische Person Organfunktionen wahrnehmen kann[1210]. Für die deutschen und die englischen Personengesellschaften folgt dies daraus, dass bei ihnen auch juristische Personen Gesellschafter sein können. Wegen der engen Verknüpfung von Gesellschafter- und Geschäftsleiterstellung[1211] sind juristische Personen damit zugleich auch fähig, Geschäftsleiter zu sein.

In allen drei Rechtsordnungen gilt im Grundsatz, dass juristische Personen als Organmitglied der gleichen Verantwortung unterliegen wie natürliche Personen[1212]. Für eine strengere Behandlung oder eine Privilegierung existiert kein Anlass. Abweichend hiervon gilt das Verbot der Kreditgewährung nicht für juristische Personen, die Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratsmitglieder einer *SA* sind[1213]. Praktische Bedeutung hat dies in erster Linie in Konzernstrukturen. Ganz ähnlich befreit das englische Recht eine Holdinggesellschaft, die Organmitglied ist, vom Verbot der

---

[1209] §§ 76 III 1, 100 I 1 AktG, 6 II 1 GmbHG; Art. L. 225-51-1 al. 1 i.V.m. L. 225-47 al. 1, L. 225-53 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-59 al. 3, Satz 1 (*SA* neuen Typs), L. 223-18 al. 1 Code de commerce *(SARL)*.

[1210] Röhricht/v. Westfalen/*v. Gerkan*, § 105, Rn. 57; Münchener Kommentar BGB/*Ulmer*, § 705, Rn. 64; implizit z.B. auch § 130a I 1 HGB; art. L. 225-20 al. 1, Satz 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-76 al. 1, Satz 1 (*SA* neuen Typs), L. 221-3 al. 2 Code de commerce *(SNC)*; art. 1847 Code civil *(société civile)*; Re Bulawayo Market and Offices Co Ltd [1907] 2 ChD, 458, 463 f, HC *(company)*; Gore-Brown/*Birds*, Rn. 27.2.5; Boyle/Birds/*Birds*, Kap. 16.2; implizit auch Companies Act 1985, s. 289 (1) (b); Blackett-Ord, Rn. 3.2; Lindley/Banks, Rn. 2-05; Halsbury/*Sterry*, Bd. 35, Rn. 35. Es gibt in England allerdings die Überlegung, diese Möglichkeit für die *company* abzuschaffen (Modernising Company Law - Draft Clauses, Rn. 3.32 ff).

[1211] S. 1. Teil, D IV 2.

[1212] BGH, WM 1956 61, 64 (GmbH & Co KG); Hesselmann/Tillmann, Rn. 283 f; implizit jeweils art. L. 225-20 al. 1, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-76 al. 1, Satz 2 (*SA* neuen Typs), L. 221-3 al. 2 Code de commerce *(SNC)*; art. 1847 Code civil *(société civile)*; art. L. 624- 2 Code de commerce (allgemein für Insolvenzhaftung); vgl. allgemein auch Blackett-Ord, Rn. 6.8 und Lindley/Banks, Rn. 11-03.

[1213] Art. L. 225-43 al.1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-91 al. 1 Code de commerce (*SA* neuen Typs)).

Kreditgewährung[1214]. Das sind jedoch eng begrenzte Ausnahmen, die dem folgenden gemeinsamen Prinzip nicht entgegenstehen sollen:

Juristische Personen unterliegen als Organmitglied der gleichen Verantwortung wie natürliche Personen.

B. Drittverpflichtete Organmitglieder

Nicht selten sind Organmitglieder Dritten gegenüber in einer Weise verpflichtet, die sie in einen Konflikt mit ihren Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft bringen kann. Typisch ist diese Situation vor allen Dingen bei Aufsichtsführern. Sie sind in der Praxis häufig Geschäftsleiter oder leitende Mitarbeiter eines anderen Unternehmens[1215]. Eine ähnliche Konstellation existiert, wenn eine juristische Person Verwaltungsrats- oder Aufsichtsratsmitglied einer *SA* ist. Die juristische Person muss in diesem Fall einen ständigen Vertreter für das Aufsichtsorgan benennen[1216]. Dieser ist dann zwar kein Organmitglied im Rechtssinne, nimmt aber Organaufgaben tatsächlich wahr und kann so in einen Loyalitätskonflikt geraten. In Deutschland und in Frankreich taucht das Problem darüber hinaus auch bei Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsorganen auf[1217]. Sie sind der Gesellschaft, daneben aber auch der Belegschaft und gegebenenfalls ihrer Gewerkschaft, verpflichtet.

Die untersuchten Rechtsordnungen nehmen auf einen möglichen Loyalitätskonflikt keine Rücksicht. Drittverpflichtete Organmitglieder genießen keinen Sonderstatus und unterliegen ohne Einschränkung allen Organpflichten[1218]. Das betrifft auch und gerade die Schweigepflicht[1219]. Nur

[1214] Companies Act, s. 336, vgl. auch s. 333.
[1215] Das ist etwa in Konzernstrukturen anzutreffen. Die Obergesellschaft entsendet hier in der Regel Mitarbeiter in die Aufsichtsorgane der Tochtergesellschaften.
[1216] Art. L. 225-20 al. 1, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-76 al. 1, Satz 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs)).
[1217] In Deutschland muss ein Aufsichtrat Arbeitnehmervertreter als Mitglieder haben, wenn die Gesellschaft mehr als 500 Mitarbeiter hat (näher § 96 I AktG und Hüffer, § 96, Rn. 4 ff.), in Frankreich ist dies fakultativ (s. art. L. 225-27 al. 1 (*SA* klassischen Typs), L. 225-79 al. 1, al. 2 Code de commerce (*SA* neuen Typs).
[1218] BGH, NJW 1980, 1629, 1630 (AG); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 69, 75; Ulmer, NJW 1980, 1603, 1605; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 116, Rn. 23, 27 f;

Aufsichtsratsmitglieder einer AG, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie gegenüber der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, nicht der Schweigepflicht[1220].

Auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung sind drittverpflichtete Organmitglieder nicht privilegiert. Eine Ausnahme gilt nur für Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat einer *SA*, in der der Staat Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist. Eine gemeinsame Haftung mit den Vertretern der Aktionäre ist hier ausgeschlossen[1221].

Dass das drittverpflichtete Organmitglied jedem anderen Organmitglied gleichgestellt ist, leuchtet ein. Jeder ist selbst dafür verantwortlich, seine verschiedenen Verpflichtungen miteinander in Einklang zu bringen. Wenn dies nicht gelingt, darf der Betroffene nicht Organmitglied werden. Wird der Loyalitätskonflikt erst nach Amtsübernahme akut, muss er im Zweifel zurücktreten[1222]. Die Ausnahmen, die das deutsche Recht für die Schweigepflicht und das französische Recht für die gemeinsame Haftung vorsehen, sind singulärer Natur. Sie stehen der Bildung der folgenden

---

Raiser, § 15, Rn. 101, 131; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 33, Rn. 49; jeweils für natürliche Person als ständiger Vertreter einer juristischen Person, die Organmitglied ist: art. L. 225-20 al. 1, Satz 2 (*SA* klassischen Typs), L. 225-76 al. 1, Satz 2 (*SA* neuen Typs), L. 221-3 al. 2 Code de commerce *(SNC)* und art. 1847 Code civil *(société civile)*, für Insolvenzhaftung des ständigen Vertreters art. L. 624-2 Code de commerce; für Arbeitnehmervertreter: Ripert/Roblot/*Germain*, Rn. 1660, Joly sociétés/*Buttet & Lepeltier*, Conseil d'administration et direction générale, Administrateurs élus par les salariés, Rn. 36 und Jurisclasseur soc/*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 13; Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd v Meyer [1959] AC, 324, 366 f, HL und Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd [1991] 1 AC, 187, 222, PC (jeweils *company*); Charlesworth/Morse, S. 271; Mitchell, S. 60; Farrar/*Farrar*, S. 583; Boros CoLa 1989, 211, 213; Crutchfield CoLa 1991, 136, 137. In England wird diese Problematik gemeinhin unter dem Stichwort *'hominee d irector"* abgehandelt.

[1219] Hirte, Rn. 356, Hüffer, § 116 AktG, Rn. 7, Hoffmann/Preu, Rn. 269, Raiser, § 15, Rn. 106; Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49, 52 und Joly sociétés/*Le Cannu*, Directoire und conseil de surveillance, Rn. 237 (jeweils für Arbeitnehmervertreter); Farrar/*Farrar*, S. 583.

[1220] § 394 AktG.

[1221] Art. 22 al. 2, Satz 2 L. Nr. 83-675, 26.7.1983; Lefebvre dirigeants, Rn. 14420. Damit will der Gesetzgeber wohl eine zusätzliche Motivation für Arbeitnehmer schaffen, sich für eine solche Aufgabe zur Verfügung zu stellen.

[1222] Ulmer, NJW 1980, 1603, 1605; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Hoffmann-Becking*, Bd. 4, § 33, Rn. 49; Hoffmann/Preu, Rn. 501; Kölner Kommentar zum AktG/*Mertens*, § 116, Rn. 32; ebenso der Deutsche Corporate Governance Codex, Nr. 5.5.3, Satz 2.

gemeinsamen Prinzipien nicht entgegen:

Drittverpflichtete Organmitglieder unterliegen der gleichen Verantwortung wie andere Organmitglieder. Ein möglicher Loyalitätskonflikt kann sie nicht entlasten.

C. Stellvertretende Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft

Das deutsche und das englische Kapitalgesellschaftsrecht kennen im Unterschied zum französischen Recht stellvertretende Geschäftsleiter. Die AG kann stellvertretende Vorstandsmitglieder berufen, die GmbH stellvertretende Geschäftsführer[1223]. Das gibt der Gesellschaft die Möglichkeit, eine gewisse interne Hierarchie im Geschäftsleitungsorgan zu schaffen[1224]. Bei Anwendbarkeit der Mustersatzung kann der Direktor einer *company* einen Stellvertreter *(alternate director)* bestimmen, der seine Aufgaben bei Abwesenheit übernimmt[1225].

Stellvertretende Geschäftsleiter haben in Deutschland und in England somit unterschiedliche Funktionen. In Deutschland soll er sofort Organaufgaben übernehmen, in England nur dann, wenn der ordentliche Geschäftsleiter verhindert ist. Dieser Unterschied spiegelt sich auch in der Pflichtenstellung wider. In Deutschland sind die gesetzlichen Vorschriften zum Geschäftsleiter ohne weiteres auf die stellvertretenden Geschäftsleiter anwendbar[1226]. Diese sind im Rechtssinne echte Geschäftsleiter und haben die gleichen gesetzlichen Rechte und Pflichten wie ihre hauptamtlichen Kollegen[1227]. Im Gegensatz hierzu gilt der stellvertretende Direktor erst dann als vollwertiger Direktor mit allen Rechten und

[1223] §§ 94 AktG, 44 GmbHG.
[1224] Kölner Kommentar/*Mertens*, § 94, Rn. 2; Hachenburg/*Hüffer*, § 44, Rn. 1.
[1225] Table A, art. 65, 66.
[1226] §§ 94 AktG, 44 GmbHG.
[1227] Hüffer, § 94 AktG, Rn. 2; Kölner Kommentar AktG/*Mertens*, § 94, Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 44, Rn. 3; Scholz/*Schneider*, § 44, Rn. 9.

Pflichten, wenn er stellvertretend tätig wird[1228].

Übereinstimmung besteht zwischen den beiden Rechtsordnungen dahingehend, dass ein stellvertretender Geschäftsleiter zumindest dann die Pflichten eines ordentlichen Geschäftsleiters hat, wenn er Geschäftsleiterfunktionen wahrnimmt. Dass das französische Recht keine stellvertretenden Geschäftsleiter kennt, steht einer Prinzipienbildung nicht entgegen. Es entspricht dem Geist des französischen Rechts, jeden, der Geschäftsleiterfunktionen wahrnimmt, wie einen Geschäftsleiter haften zu lassen. Deutlich wird dies an der vollen Verantwortung des faktischen Geschäftsleiters im französischen Recht[1229]. Es gilt daher das gemeinsame Prinzip:

Der stellvertretende Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft unterliegt zumindest dann der Verantwortung eines ordentlichen Geschäftsleiters, wenn er Geschäftsleiterfunktionen wahrnimmt.

D. Faktische Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft

Nicht selten nehmen Personen in Kapitalgesellschaften[1230] wesentliche Geschäftsleiteraufgaben wahr, ohne förmlich zum Geschäftsleiter berufen worden zu sein. Die untersuchten Rechtsordnungen sehen übereinstimmend das Bedürfnis, solche Personen unter bestimmten Voraussetzungen wie förmlich ernannte Geschäftsleiter zu behandeln. Akut wird das Problem in der Regel, wenn die Gesellschaft insolvent ist.

Faktische Geschäftsleiter sind häufig Personen, denen eine förmliche Berufung aus rechtlichen Gründen verwehrt ist oder die allgemein das zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiko scheuen. Die ordentlichen Geschäfts-

[1228] Table A, art. 69; Tolley's Company Law/ *Clogg*, Rn. D3002/1; Ryan, Rn. 211. Die Satzung kann bestimmen, dass er rechtlich als gewöhnlicher Beauftrager gilt (Ryan, Rn. 211).
[1229] S. 6. Teil, D III.
[1230] Auch bei Personengesellschaften ist faktische Geschäftsleitung theoretisch möglich, in der Praxis jedoch kaum relevant und in den untersuchten Rechtsordnungen auch nicht Gegenstand näherer Erörterungen. Sie wird daher nicht behandelt.

leiter sind in diesen Fällen meist Strohleute.

I. Voraussetzungen und Formen faktischer Geschäftsleitung

Das deutsche und das französische Recht kennen nur eine Form des faktischen Geschäftsleiters *(dirigeant de fait)*. Dabei knüpft das deutsche Recht die Bejahung einer faktischen Geschäftsleitung an höhere Anforderungen als das französische Recht. Es verlangt, dass der Betroffene, ohne hierzu bestellt worden zu sein, tatsächlich wie ein Geschäftsleiter tätig wird[1231]. Dagegen begnügt sich das französische Recht damit, dass der Betroffene durch aktive und unabhängige Teilnahme an der Geschäftsführung einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt[1232]. Nach deutschem Recht reicht ein derartiger maßgeblicher Einfluss nicht aus[1233]. Deutlich werden die Unterschiede bei der Frage, ob das Handeln nach außen hervortreten muss. Nach deutschem Recht ist dies Voraussetzung[1234]. Denn die Offenheit der Führung ist ein Wesensmerkmal der Geschäftsleitung. Nur wenn dieses Kriterium erfüllt ist, handelt der Betroffene tatsächlich wie ein Geschäftsleiter. Im Gegensatz hierzu setzt faktische Geschäftsleitung im französischen Recht kein offenes Handeln voraus[1235].

Im englischen Kapitalgesellschaftsrecht existieren zwei Formen des faktischen Geschäftsleiters, die sich allerdings weitgehend überschneiden. Die Rechtsprechung hat die Rechtsfigur des *de facto director* entwickelt. *De facto director* ist derjenige, der, ohne formal zum Direktor ernannt worden zu sein, faktisch als Direktor für die Gesellschaft tätig geworden

[1231] BGHZ 75, 96, 106 (KGaA); BGHZ 104, 44, 46 f (GmbH); Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43, Rn. 69; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schaal*, § 82, Rn. 11.
[1232] Lefebvre dirigeants, Rn. 13072 f; Dictionnaire Permanent Diff. Entr., Comblement du Passif, Rn. 26; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeant de fait, Rn. 2; vgl. hierzu Cass. com., 20.7.1973, Bull. civ. IV, Nr. 260 *(SNC)*; Cass. Crim., 28.2.1983, Pet. aff., 8.6.1984, 37; Cass. crim., 11.4.1983, Rev. soc., 1983, 817, 819 f.
[1233] BGHZ 75, 96, 106 (KGaA); BGHZ 104, 44, 48 (GmbH); Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43, Rn. 69.
[1234] BGHZ 104, 44, 48 (GmbH); Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43, Rn. 69.
[1235] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 20; Beispiele aus der Rechtsprechung: Cass. com., 4.6.1973, Bull. civ. IV, Nr. 196 *(SARL)*; CA Paris, 3.3.1978, D. 1978, Inf. rap., 420.

ist[1236]. Dabei reicht es nicht, dass der Betroffene in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingebunden war; erforderlich ist vielmehr, dass er typische Aufgaben eines Direktors wahrgenommen hat[1237]. Umstritten ist, ob eine Qualifizierung als *de facto director* voraussetzt, dass der Betroffene auch nach außen hin als solcher auftritt[1238]. Der Gesetzgeber hat daneben den *shadow director* geschaffen. Als solcher ist jeder zu qualifizieren, dessen Anweisungen von den Direktoren der Gesellschaft üblicherweise befolgt werden, es sei denn er ist Angehöriger eines beratenden Berufs[1239]. Der *shadow director* muss einen substanziellen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben[1240], ohne dass dieser nach außen treten muss[1241].

II. Rechtsfolgen faktischer Geschäftsleitung

In Bezug auf die Rechtsfolgen einer faktischen Geschäftsleitung herrscht nur im französischen Recht Klarheit. Für die praktisch wichtigen Fälle der Insolvenzhaftung, der erweiterten Insolvenzhaftung und des Tätigkeitsverbots ordnet der Gesetzgeber eine Gleichstellung von ordentlichem und faktischem Geschäftsleiter an[1242]. Auch strafrechtlich behandelt das Gesetz den faktischen Geschäftsleiter weitgehend wie einen ordentlichen Geschäftsleiter[1243]. Für die allgemeine Organmitgliedshaftung fehlt

---

[1236] Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC, 180, 182, HC; Re Richborough Furniture [1996] 1 BCLC, 507, 524, HC; Lowry/Watson, Rn. 8.15; Griffin, Directors' Liability, Kap. 8.3.3; Mayson/French/Ryan, Kap. 15.3.2.

[1237] Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC, 180, 183, HC; Farrar/*Hannigan*, S. 336.

[1238] Bejahend Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC, 180, 183, HC; Griffin, Directors' Liability, Kap. 8.3.3; implizit wohl auch Re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC, 351, 421 f, 424, CA; a.A. Re Richborough Furniture [1996] 1 BCLC, 507, 522, HC.

[1239] Companies Act 1985, ss. 741 (2); vgl. auch Company Directors Disqualification Act 1996, s. 22 (5) und Insolvency Act 1986, s. 251; zur Abgrenzung zwischen *de facto* und *shadow director*: Re Kaytech [1999] 2 BCLC, 351, 421 f, 424, CA.

[1240] Secretary of State v Deverell [2000] 2 BCLC, 133, 145, CA; Mayson/French/Ryan, Kap. 15.3.3.

[1241] Es ist sogar kennzeichnend, dass er im Hintergrund bleibt (Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC, 180, 183, HC; Re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC, 351, 421 f, 424, CA).

[1242] Art. L. 624-3 al. 1 (Insolvenzhaftung), L. 624-5 I (erweiterte Insolvenzhaftung), L. 625-1 Nr. 2 Code de commerce (Tätigkeitsverbot); näher jeweils hierzu 4. Teil, A I 2 b und 5. Teil, B I.

[1243] Für *abus de biens*: art. L. 246-2 (*SA* klassischen Typs), L. 242-30 al. 2 (*SA* neuen Typs) Code de commerce; s. im Übrigen Lamy sociétés commerciales/Mestre & Velardocchio, Rn. 691 m.w.N.; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeant de fait, Rn. 24 f.

dagegen eine derartige ausdrückliche Gleichstellung durch den Gesetzgeber. Die Rechtsprechung lehnt aus diesem Grund eine Anwendung der speziellen Haftungstatbestände ab[1244]. Stattdessen greift Vertragsrecht, wenn die Tätigkeit des faktischen Geschäftsleiters eine vertragliche Grundlage hat[1245]; ansonsten ist Deliktsrecht einschlägig[1246]. Daraus lassen sich aber die gleichen Pflichten ableiten wie aus der im *Code de commerce* geregelten Verantwortung des Geschäftsleiters[1247]. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Haftung existieren bei Anwendbarkeit des Deliktsrechts die Unterschiede, die das französische Recht zwischen Vertrags- und Deliktsrecht kennt[1248].

Kein eindeutiges Bild bieten dagegen das deutsche und das englische Recht. Das hängt damit zusammen, dass sich die Rechtsprechung dort bislang auf typische Fallgruppen konzentriert hat, so dass die Notwendigkeit eines einheitlichen Ansatzes in der Praxis bislang nicht aufgekommen ist. In Deutschland zieht eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung den faktischen Geschäftsleiter wegen Insolvenzverschleppung straf- und zivilrechtlich zur Verantwortung[1249]. Anerkannt ist ebenfalls die Strafbarkeit bei zweckwidriger Vermögensverwendung[1250]. Nach überwiegender Auffassung lässt sich dieser Gleichsetzungsgedanke insgesamt auf die zivilrechtliche Haftung des faktischen Geschäftsleiters übertragen[1251]. Der BGH hat diese Frage bislang ausdrücklich offengelas-

---

[1244] Cass. com., 21.3.1995, Bull. civ. IV, Nr. 98; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeant de fait, Rn. 27; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars* , Fasc 132-10, Rn. 27.

[1245] Cass. com., 4.10.1976, Bull. civ. IV, Nr. 245; Jurisclasseur soc./*Storck*, Fasc 74-20, Rn. 89.

[1246] Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars* , Fasc 132-10, Rn. 27; Dictionnaire Permanent Dr. Aff., Dirigeant de fait; Rn. 28.

[1247] Vgl. hierzu Jurisclasseur soc./ *Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 27; Lefebvre dirigeants, Rn. 14095. Bei Anwendbarkeit des Deliktsrechts folgt dies aus dem generalklauselartigen Charakter des deliktischen Grundtatbestandes (s. 4. Teil, A I 1 b bb (2)).

[1248] Das betrifft in erster Linie die Verjährung (s. 4.Teil, A IV 2 b, s. ferner 4. Teil, A III 1 b).

[1249] BGHZ 75, 96, 106 (KGaA); BGHSt 31, 118, 122 und BGHZ 104, 44, 46 f (jeweils GmbH); näher Scholz/*Schmidt*, § 64, Rn. 7.

[1250] BGH, NStZ 1999, 558 (GmbH); Schönke/Schröder/ *Lenckner & Perron*, § 266, Rn. 25.

[1251] OLG Celle, NZG 1999, 1161, 1162 und OLG Düsseldorf, GmbHR 1994, 317, 318 (jeweils GmbH); Großkommentar AktG/*Hopt*, § 93, Rn. 49 ff; Scholz/*Schneider*, § 43, Rn. 15, 18 f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 43, Rn. 51; differenzierend Michalski/*Haas*, § 43, Rn. 29 f; a.A. Hüffer, § 93, Rn. 12 m.w.N.

sen[1252].

In England spielt die faktische Geschäftsleitung vor allen Dingen bei der Verhängung eines Tätigkeitsverbots eine Rolle. Hier ist anerkannt, dass der *de facto director* und der *shadow director* dem ordentlichen Direktor gleichgestellt sind[1253]. Daneben lassen sich für den *de facto director* Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung finden, die sich im Sinne einer Gleichstellung auch im Übrigen deuten lassen[1254]. Andererseits soll von Fall zu Fall zu entscheiden sein, ob eine Vorschrift des *Companies Act 1985* auf den *de facto director* Anwendung findet[1255]. Für den *shadow director* ordnet der Gesetzgeber in einer Reihe von Fällen die Gleichstellung mit dem ordentlichen Direktor an[1256]. Darüber hinaus hat der *High Court* in einem Fall ohne nähere Begründung festgestellt, dass ein *shadow director* ganz allgemein Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft habe[1257]. Das Wirtschaftsministerium hat in seinem Abschlussbericht zur Reform des *Company Law* vorgeschlagen, die grundsätzliche Gleichstellung von *de facto director* und *shadow director* einerseits und ordentlichem Direktor andererseits gesetzlich festzuschreiben[1258].

[1252] S. BGH, ZIP 2002, 848, 851 (GmbH).

[1253] Re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC, 351, 421 f, 423, CA *(de facto director)*; hierzu auch Lowry/Watson, Rn. 8.15; Farrar/*Hannigan*, S. 336; Company Directors Disqualification Act 1986, s. 6 (3C) *(shadow director)*.

[1254] Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Company [1880] 14 ChD, 660, 664 ff, CA; Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC, 180, 182, HC; Palmer's Company Law/*Worthington*; Rn. 8.501; Butcher, S. 236; vgl. auch Insolvency Act 1986, s. 212 (1)(c).

[1255] Re Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] 4 BCC, 415, 421 f, HC.

[1256] Companies Act 1985, ss. 330 (5) (Kreditgewährung an Direktor), 320 (3) (Vertrag zwischen Direktor und Gesellschaft, der mit Vermögensübertragung einhergeht), 319 (7) (Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren), 317 (8) (Offenlegung eines Interesses am Vertrag der Gesellschaft); Company Directors Disqualification Act 1986, s. 6 (3C) (Tätigkeitsverbot); Insolvency Act 1986, s. 214 (7) (Insolvenzverschleppung); volle Liste bei Pennington, Company Law, S. 646; s. jeweils hierzu 3. Teil, B II 4 c und 5. Teil, B II.

[1257] Yukong Line Ltd v Rendsburg Investment Corp of Liberia (Nr. 2) [1998] 2 BCLC, 485, 502.

[1258] Modern Company Law Final Report, Rn. 6.7. Im aktuellen Gesetzesentwurf findet sich hierauf allerdings kein Hinweis mehr.

III. Prinzipienbildung

Obwohl das englische Recht im Gegensatz zum französischen Recht zwei Spielarten des Geschäftsleiters kennt, finden beiden Rechtsordnungen auf die Frage, wann faktische Geschäftsleitung vorliegt, eine im Ergebnis übereinstimmende Antwort. Sie begnügen sich mit einem bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsleitung, der nicht extern sichtbar werden muss. Nach englischem Recht ist der Betroffene in solchen Fällen zumindest *shadow director*. Das deutsche Recht verlangt im Gegensatz hierzu zusätzlich, dass das Handeln des Betroffenen auch nach außen hervortritt. Wenn diese zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist, liegt in allen drei Rechtsordnungen ein Fall faktischer Geschäftsleitung vor.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen ist in den untersuchten Rechtsordnungen die Grundtendenz erkennbar, einen faktischen Geschäftsleiter immer dann wie einen ordentlichen Geschäftsleiter zu behandeln, wenn dies angemessen und geboten ist. Am eindeutigsten ist diesbezüglich die Rechtslage im französischen Recht, wo eine umfassende Haftung des faktischen Geschäftsleiters anerkannt ist. Lediglich im Detail gibt es einige Abweichungen zur Haftung des ordentlichen Geschäftsleiters, die jedoch ausschließlich mit den Unterschieden des vertraglichen und des deliktischen Haftungsregimes zusammenhängen. Sie stellen daher die grundsätzliche Gleichbehandlung des faktischen Geschäftsleiters nicht in Frage. Im deutschen Recht befürwortet die herrschende Meinung, die auch von oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung getragen wird, eine zivilrechtliche Gleichbehandlung von ordentlichem und faktischem Geschäftsleiter. Trotz bislang offener Haltung des BGH verfügen die Gleichstellungstendenzen über ein deutliches Übergewicht. Gleiches gilt für das englische Recht. Die überwiegende Anzahl von Stellungnahmen, Feststellungen und Überlegungen sind im Sinne einer Gleichstellung zu deuten. Besonders hervorzuheben ist hier der Vorschlag des Wirtschaftsministeriums, eine Gleichsetzung gesetzlich festzuschreiben. Zusammenfassend kann eine derartige Gleichsetzung für den gesamten Bereich der Geschäftsleiterverantwortung in allen drei Rechtsordnungen

zumindest als Grundsatz formuliert werden. Unter Zusammenführung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen faktischer Geschäftsleitung gilt das gemeinsame Prinzip:

Auch ohne formale Berufung zum Geschäftsleiter unterliegt eine Person zumindest dann grundsätzlich der Verantwortung eines Geschäftsleiters, wenn sie aktiv und nach außen hin wie ein Geschäftsleiter tätig wird und auftritt.

7.Teil Zusammenfassende Bewertung

A. Unterschiede zwischen den Gesellschaftstypen

Die untersuchten Rechtsordnungen lassen übereinstimmend ein Stufenverhältnis zwischen der offenen Kapitalgesellschaft, der geschlossenen Kapitalgesellschaft und den Personengesellschaften erkennen. Das Organmitglied einer offenen Kapitalgesellschaft treffen die meisten Pflichten. Es unterliegt den höchsten Anforderungen. Das betrifft insbesondere Vertragsschlüsse mit der Gesellschaft, die zweckgemäße Vermögensverwendung und das Verhalten in der wirtschaftlichen Krise. In Bezug auf die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung gelten hier tendenziell die strengsten Regeln. Die Möglichkeiten der Gesellschaft, diese Regeln nicht zur Anwendung kommen zu lassen, sind gering. Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft sind die geltenden Regeln insbesondere im deutschen Recht weniger streng und flexibler. Im französischen und im englischen Recht ist der Abstand zwischen der offenen und der geschlossenen Kapitalgesellschaft dagegen deutlich geringer. Die vergleichsweise geringsten Anforderungen an das Organmitglied finden sich bei den Personengesellschaften. Auch haben die Personengesellschaften den größten Modifizierungsfreiraum. Insgesamt dürfen die Unterschiede zwischen den einzelnen Gesellschaftstypen aber nicht überschätzt werden. Die Übereinstimmungen sind ungleich häufiger und qualitativ gewichtiger als die Unterschiede.

Die im vorherigen Absatz dargelegte Abstufung hat seinen guten Grund. Bei den Kapitalgesellschaften dient der Schutz der Gesellschaft maßgeblich auch dem Schutz der Gläubiger. Bei der offenen Kapitalgesellschaft kommt der Schutz der Gesellschafter mit geringer Beteiligung (Kleinaktionäre) hinzu, die in der Regel reine Kapitalgeber sind und die kaum Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben können. Bei den Personengesellschaften dienen die Regeln zur Organmitgliedsverantwortung dagegen maßgeblich dem Schutz der Gesellschafter. Insgesamt sind die Regeln zur Innenverantwortung des Organmitglieds also stärker

am Gläubigerschutz ausgerichtet als am Schutz der gering beteiligten Gesellschafter. Das ist daraus zu schließen, dass die Unterschiede zwischen der geschlossenen Kapitalgesellschaft und den Personengesellschaften größer sind als die Unterschiede zwischen der offenen und der geschlossenen Kapitalgesellschaft.

B. Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen

Die vorliegende Untersuchung hat insgesamt gezeigt, dass die untersuchten Rechtsordnungen bei den Regeln über die Pflichten, das rechtliche Fundament einer Pflicht und über die Berechtigung aus einer Pflicht mehr Gemeinsamkeiten aufweisen als bei den Regeln über die Folgen einer Pflichtverletzung. Insbesondere im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht kommen die untersuchten Rechtsordnungen nahezu vollständig zu übereinstimmenden Ergebnissen. Gleichzeitig ist dies der Bereich, der am wenigsten rechtlich durchdrungen ist. Geschuldet ist dies seiner engen Verzahnung mit Fragen der Unternehmensführung und -organisation. Gerade hier zeigt sich, dass das Recht eine reine Hilfsfunktion hat. Rechtliche Regeln schaffen nur einen Rahmen. Die eigentliche Richtung bestimmen die geschäftspolitischen Entscheidungen, die in diesem Rahmen getroffen werden. Ein zu großes Maß an rechtlichen Vorgaben würde die unternehmerische Freiheit als Fundament der freien Marktwirtschaft gefährden.

Weniger eng ist das Verhältnis zwischen unternehmerischer Freiheit und den diversen Konkretisierungen der Treuepflicht. Die Treuepflicht soll überwiegend Verhalten unterbinden, das üblicherweise nicht unmittelbar mit der Organtätigkeit zusammenhängt, sondern die Organstellung nur als Ausgangsbasis nutzt. Rechtliche Vorgaben berühren die unternehmerische Freiheit hier kaum. Aus diesem Grund kann sich die juristische Kreativität hier stärker entfalten, was seinen Niederschlag in größeren Unterschieden zwischen den untersuchten Rechtsordnungen findet. Dabei sind die Unterschiede dort am geringsten, wo der gesellschaftsschädigende Charakter einer Handlung auf der Hand liegt, so etwa bei der

zweckwidrigen Vermögensverwendung zu eigenen Gunsten oder bei der pflichtwidrigen Geschäftschancenverwertung. Wo das Gefährdungspotenzial eher abstrakter Natur ist, sind die Unterschiede gewichtiger. Das lässt sich beispielhaft an den Pflichten erkennen, die das Organmitglied in Bezug auf persönliche Interessen an Verträgen der Gesellschaft treffen. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen hier zwar der Wille, schon der abstrakten Gefahr von Nachteilen für die Gesellschaft entgegenzuwirken. In Art und Durchschlagskraft sind die hierfür entwickelten Instrumente aber ganz unterschiedlich.

Die vergleichsweise größten Abweichungen weisen die untersuchten Rechtsordnungen im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung auf. Zwar gilt überall, dass eine Pflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet und zur Entlassung führen kann. In der konkreten Ausgestaltung dieser Sanktionsmechanismen existieren zum Teil aber gewichtige Unterschiede. Dabei sind sie dort am geringsten, wo nur allgemeines Zivilrecht zur Anwendung kommt. So gelten etwa für die gemeinsame Haftung mehrerer Organmitglieder keine besonderen Regeln. Dementsprechend stimmen die untersuchten Rechtsordnungen hier weitgehend überein. Im Gegensatz hierzu spielen spezielle gesellschaftsrechtliche Regeln etwa bei der Anspruchsdurchsetzung, der Haftungsmodifikation und dem Anspruchsverzicht eine zum Teil erhebliche Rolle. Hier sind die Unterschiede deutlich größer. Exemplarisch sind in diesem Zusammenhang die Regeln zum Haftungsumfang. In den Grundsätzen, die sich nach allgemeinem Zivilrecht bestimmen, sind die Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen hier gering. Bei den Ausnahmen, die aufgrund spezieller Regeln im französischen und im englischen Recht existieren, werden dagegen große Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsordnungen und dem deutschen Recht erkennbar. Bei der Entlassung sind die Unterschiede zwar insgesamt geringer. Von ihnen betroffen ist aber unter anderem die Kernfrage, welches Maß die Pflichtverletzung haben muss, damit sie eine Entlassung rechtfertigen kann. Zu erwähnen ist schließlich die Tatsache, dass das französische und das englische Recht im Gegensatz zum deutschen Recht die praktisch

bedeutsame Möglichkeit vorsehen, eine Pflichtverletzung unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Tätigkeitsverbot zu ahnden.

Wie eingangs erwähnt kann der Schutz der Gesellschaft den Interessen der Gesellschafter allgemein, der gering beteiligten Gesellschafter oder der Gläubiger dienen. Je stärker die Rechtsordnung den eigenständigen Charakter der Gesellschaft betont, desto geringer sind die Möglichkeiten der Gesellschaftermehrheit, die Regeln zur Organmitgliedsverantwortung nach ihren Vorstellungen zu modifizieren. Das ist insbesondere bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft und bei den Personengesellschaften von Bedeutung, wo die Organmitglieder häufig zugleich auch Mehrheitsgesellschafter sind. Die deutlichsten Unterschiede zeigen sich dabei zwischen dem französischen und dem englischen Recht. Im französischen Recht ist die rechtliche Eigenständigkeit der Gesellschaft groß. Die Gesellschaftermehrheit hat kaum Möglichkeiten, das Organmitglied von bestimmten Pflichten zu befreien. Ein Einfluss auf die Verantwortung bei Fehlverhalten durch Haftungsabmilderung bzw. -ausschluss, Forderungsverzicht oder faktischen Verzicht auf eine Anspruchsdurchsetzung ist ihr sogar ganz verwehrt. Nur bei der Frage der Entlassung ist sie weitgehend frei. Interessant ist, dass diese Restriktionen im französischen Recht auch für Personengesellschaften gelten. Da der Aspekt des Gläubigerschutzes hier aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter eine geringere Rolle spielt, bedeutet dies gleichzeitig, dass diese strengen Regeln maßgeblich auch dem Schutz der Minderheitsgesellschafter dienen sollen[1259]. Im Gegensatz hierzu unterscheidet das englische Recht bei Personengesellschaften überhaupt nicht zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsinteressen, während es bei Kapitalgesellschaften beide Interessen weitgehend gleichsetzt. Dementsprechend kann die Gesellschaftermehrheit das Organmitglied weitgehend von seinen Pflichten befreien, in der Regel auf Ansprüche verzichten und bei Personengesellschaftern auch eine Abmilderung bzw. einen Ausschluss der Haftung beschließen. Im Regelfall entscheidet allein die Gesellschaftermehrheit bzw. die Geschäftsleitung, ob ein Anspruch gegen ein Organmitglied geltend gemacht

[1259] Hadji-Artinian, Rn. 961; Jurisclasseur soc./*Guyon & Le Bars*, Fasc. 132-10, Rn. 126.

werden soll. Die englischen Juristen vertrauen darauf, dass die Gesellschaftermehrheit im Zweifel zu besseren Entscheidungen kommt als die Gesellschafterminderheit, ein Gericht oder der Gesetzgeber. Eine Mittelstellung nimmt das deutsche Recht ein, wobei aber insgesamt mehr Übereinstimmung mit dem englischen als mit dem französischen Recht existiert und insbesondere bei Personengesellschaften wie im englischen Recht ein großer Gestaltungsspielraum besteht.

C. Erforderlichkeit der Rechtsangleichung

Die rechtsvergleichende Analyse sollte klären, ob eine Angleichung der in den untersuchten Rechtsordnungen existierenden Regeln zwecks Verwirklichung eines einheitlichen Wirtschaftsraums in der EU erforderlich ist und damit zulässig wäre[1260]. Die Rechtsvergleichung hat gezeigt, dass die untersuchten Rechtsordnungen in Bezug auf die Organpflichten, das rechtliches Fundament einer Organpflicht und die Berechtigung aus einer Organpflicht nur geringe Unterschiede aufweisen. Eine Ausnahme bilden die Pflichten, die das Organmitglied im Hinblick auf persönliche Interessen an Verträgen der Gesellschaft treffen, und das Recht der Gesellschaft, dem Organmitglied eine Geschäftschancenverwertung oder eine Wettbewerbstätigkeit zu gestatten. Hier sind die Unterschiede so gewichtig, dass eine Rechtsangleichung erforderlich ist. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass diese Teilbereiche Gegenstand einer eigenständigen Rechtsangleichungsmaßnahme werden könnten. Dazu sind sie zu unbedeutend.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung sind die Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen dagegen in weiten Teilen so gewichtig, dass eine Erforderlichkeit der Rechtsangleichung zu bejahen ist. Realistisch erscheinen Rechtsangleichungsmaßnahmen allerdings nur dort, wo sie sich auf das Gesellschaftsrecht beschränken lassen. Es ist kaum anzunehmen, dass die EU Unterschiede bei den Rechtsfolgen einer Organpflichtverletzung zum Anlass nehmen wird, Rechtsanglei-

[1260] S. hierzu 1. Teil, B.

chungsmaßnahmen zu treffen, die auf das ganze allgemeine Zivilrecht ausstrahlen. Vorstellbar sind Rechtsangleichungsmaßnahmen in erster Linie im Hinblick auf eine besondere Verantwortung des Organmitglieds in der Insolvenz nach französischem und nach englischem Vorbild. Das betrifft zum einen die Möglichkeit der Verhängung eines Tätigkeitsverbots, zum anderen aber auch die zivilrechtliche Haftung. Sowohl die französische wie auch die englische Rechtsordnung zeigen, dass eine besondere zivilrechtliche Insolvenzhaftung ohne größere Probleme neben die allgemeine zivilrechtliche Haftung treten kann. Gleichzeitig dürfte der Aspekt der Verantwortung in der Insolvenz im Rahmen der Investitionsentscheidung eines Unternehmens größere Beachtung finden als die meisten anderen hier abgehandelten Aspekte der Organmitgliedsverantwortlichkeit. Die besondere Verantwortung in der Insolvenz steht in Frankreich und in England immer wieder im Blickpunkt des Interesses und hat in etlichen Fällen auch außerhalb der Fachwelt Aufmerksamkeit erregt.

Literaturverzeichnis

Anderman, Steven D.	The Law of Unfair Dismissal, 3. Auflage, 2001
Armbrüster, Christian	Grundlagen und Reichweite von Wettbewerbsverboten im Personalgesellschaftsrecht, in: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 261 ff.
	Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, in: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 1269 ff.
Arsalidou, Demetra	Directors' fiduciary duties to shareholders: The *Platt* and *Peskin* cases, in: The Company Lawyer 2002, S. 61 ff.
	Objectivity vs flexibility in civil law jurisdiction and the possible introduction of the business judgment rule in English law, in: The Company Lawyer 2003, S. 228 ff.
	The impact of section 214(4) of the Insolvency Act 1986 on directors' duties, in: The Company Lawyer 2001, S. 19 ff.
	The liability of non-executive directors for negligent omissions: a new approach under legislation, in: The Company Lawyer 2002, S. 107 ff.
Baillod, Raymonde	Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux, in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 1983, S. 385 ff.
Balensi, Yvan	Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, 1975
Baranger, Gabriel	La société civile, 1995
Basdevant, François / Charvériat, Anne / Monod, Françoise	Le Guide de l'administrateur de société anonyme, 1995
Bauer, Jobst-Hubertus / Diller, Martin	Koppelung von Abberufung und Kündigung bei Organmitgliedern – Zulässige Gestaltung oder sittenwidrige Falle ?, in: GmbH-Rundschau 1998, S. 809 ff.

Baumbach, Adolf und Hueck, Alfred	GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Auflage, 2000 Zitiert: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*
Baumbach, Adolf / Duden, Konrad / Hopt, Klaus J.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 30. Auflage, 2000
Beck'sches Handbuch der Personen-gesellschaften	2. Auflage, 2002 Zitiert: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften
Bénabent, Alain	Droit civil – Les obligations, 8. Auflage, 2001
Bhandari, Sanjay	The virtue of *Paragon*, in: New Law Journal 2002, S. 304 f.
Birks, Peter	English Private Law, 2000 Zitiert: Birks/*Bearbeiter*
Blackett-Ord, Mark	Partnership, 2. Auflage, 2002
Bloch, Pascale	La Responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de procédure collective, in: Gazette du Palais 1996, S. 626 ff.
Bonneau, Thierry	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 12.2.2002, in : Droit des Sociétés, 2002, Nr. 146 = Heft August/September, S. 7 f.
Bork, Reinhard / Oepen, Klaus	Einzelklagebefugnisse des Personengesellschafters, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2001, S. 515 ff.
Boros, Elizabeth	The Duties of Nominee and Multiple Directors, Part I, in: The Company Lawyer 1989, S. 211 ff. The Duties of Nominee and Multiple Directors, Part II, in: The Company Lawyer, 1990, S. 6 ff.
Bowers, John	Employment Law, 6. Auflage, 2002
Bowstead, William/ Reynolds, F.M.B.	Agency, 17. Auflage, 2001
Boyle, Tony / Birds, John	Company Law, 4. Auflage, 2000 Zitiert: Boyle/Birds/*Bearbeiter*
Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich	Besonderes Schuldrecht, 28. Auflage, 2003

Bruce, Martha	Rights and Duties of Directors, 5. Auflage, 2002
Bulle, Jean-Francois	Le statut du dirigeant de société, 2. Auflage, 1996
Butcher, Bruce	Directors' Duties - A New Millenium, A New Approach, 2000
Buy, Michel	L'entreprise peut-elle trouver dans la loi une protection efficace contre une concurrence de ses propres membres ?, in: Droit et patrimoine März 1999 (Nr. 69), S. 48 ff.
Calliess, Christian / Ruffert, Matthias	Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, 2002 Zitiert: Calliess/Ruffert/*Bearbeiter*
Cabrillac, Michel / Pétel, Philippe	Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, in: La Semaine Juridique (=Jurisclasseur Périodique), Édition Entreprise et Affaires 1995, Études et chroniques, Nr. 487 = S. 354 ff.
Caussain, Jean-Jacques	Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme, 2002 La précarité de la fonction du mandataire social (révocation et mode de protection), in: Bulletin Joly 1993, § 151 = S. 523 ff. Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, in: Gazette du Palais 2000, S. 2152 ff.
Chamy, Edouard	Transposition du Corporate Governance anglo-saxon en droit français, in: Petites affiches vom 9.6.1997 (Nr. 69), S. 4 ff.
Charlesworth, J. / Morse, Geoffrey	Company Law, 16. Auflage, 1999
Charlesworth, J. / Percy, Rodney A.	Negligence, 10. Auflage, 2001, bearbeitet von Judge Walton, Roger Cooper und Simon E. Wood Zitiert: Charlesworth/Percy/*Walton u.a.*
Chénedé, Olivier / Jourdan, Dominique	Contrat de travail - Du recrutement à la rupture, 5. Auflage, 2003
Cherchouly-Sicard, Françoise	La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion, 1982

Chitty, Joseph	Contracts Band 1, General Principles, 1999 Band 2, Specific Contracts, 1999 Zitiert: Chitty/*Bearbeiter*, Bd.
Christie, Michael	The Director's Fiduciary Duty not to Compete, in: The Modern Law Review 1992 (Band 55), S. 506 ff.
Clerk, John Frederic / Lindsell, William Henry Barber	Torts, 18. Auflage, 2000 Zitiert: Clerk/Lindsell/*Bearbeiter*
Companies in 2002/2003	Herausgegeben vom Department of Trade and Industry
Company Law Guide	4. Auflage, 2002, herausgegeben von James Thorne Company Law Guide/*Bearbeiter*
Cooke, John	Law of Tort, 5. Auflage, 2001
Conaglen, Matthew, D. J.	Equitable Compensation for Breach of Fiduciary Dealing Rules, in: The Law Quarterly Review 2003, S. 246 ff.
Couret, Alain	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 6.1.1999, in: Bulletin Joly Sociétés 1999, § 105 = S. 499 ff.
Cozian, Maurice / Viandier, Alain / Deboissy, Florence	Droit des sociétés, 15. Auflage, 2002
Cranston, Ross	Limiting Directors' Liability: Ratification, Exemption and Indemnification, in: Journal of Business Law 1992, S. 197 ff.
Crump, Douglas / Puglsey, David	Contracts of Employment, 7.Auflage, 1997
Crutchfield, Philip	Nominee Directors: The Law and Commerical Reality, in: The Company Lawyer 1991, S. 136 ff.
Daille-Duclos, Brigitte	Le devoir de loyauté du dirigeant, in: La Semaine Juridique (=Jurisclasseur Périodique) 1998, Édition Entreprises et Affaires, S. 1486 ff.

Dauses, Manfred A.	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 12. Ergänzungslieferung, Stand 2003 Zitiert: Dauses/*Bearbeiter*
Deakin, Simon / Morris, Gillian S.	Labour Law, 3. Auflage, 2001
Deards, Elspeth	Partnership Law in the Twenty-first Century, in: The Journal of Business Law 2001, S. 357 ff.
Derrida, Fernand	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 28.2.1995, in: Recueil Dalloz Sirey 1995, Jurisprudence, S. 391 f.
Desportes, Frédéric / Le Gunehec, Francis	Droit Pénal Général, 9. Auflage, 2002
Dessertine, L.	Anmerkung zum Urteil der Cour d'appel von Paris vom 26.11.1999, in: Bulletin Joly Sociétés 2000, § 68 = S. 342 ff.
Dictionnaire Permanent - Difficultés des Entreprises	Comblement du Passif, 2003 Zitiert: Dictionnaire Permanent Diff. Entr.,Titel der Einzelbearbeitung
Dictionnaire Permanent - Droit des Affaires	Conseil d'administration, 2002 Conseil de surveillance, 2001 Direction de la SA, 2002 Dirigeants sociaux, 2002 Dirigeant de fait, 2002 Gérant de SARL, 2002 Gérant de société en nom collectif, 2002 Responsabilité civile, 2002 Société civile, 2002 Zitiert: Dictionnaire Permanent Dr. Aff.,Titel der Einzelbearbeitung
Dine, Jane	Punishing Directors, in: The Journal of Business Law 1994, S. 325 ff.

Dion, Nathalie	Corporate Governance et sociétés françaises, in: Droit des Sociétés 1995, Chronique 8 = Heft Juli/August, S. 1 ff.
Le dirigeant de société	Ausgabe 2002, herausgegeben von Philippe Conte, Daniel Guttman und Michel Germain Zitiert: Dirigeant de société
Dreher, Meinrad	Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, in: Juristenzeitung 1990, S. 896 ff.
Drury, Robert R.	The liability of Directors for Corporate Acts in English Law, in: Karl Kreuzer (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 1991, S. 103 ff.
Dupichot, Jacques	La responsabilité des dirigeants de société en droit français: principes directeurs, in: Karl Kreuzer (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 1991, S. 151 ff.
Ebenroth, Carsten Thomas / Lange, Knut Werner	Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, in: GmbH-Rundschau 1992, S. 69 ff.
Edenfeld, Stefan / Neufang, Sebastian	Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: Die Aktiengesellschaft 1999, S. 49 ff.
Edmunds, Rod / Lowry, John	The Continuing Value of Relief for Directors' Breach of Duty, in: Modern Law Review 2003 (Band 66), S. 195 ff.
Eliott, Catherine / Quinn, Frances	Contract Law, 3. Auflage, 2001
Elliott, D. W.	Directors' Thefts and Dishonesty, in: The Criminal Law Review 1991, S. 732 ff.
Encyclopédie Juridique Dalloz civil	Force majeure, 2002, bearbeitet von François Chabas und Fabrice Gréau Mandat, 2000, bearbeitet von Philippe Le Tourneau Nullité, 1998, bearbeitet von Yves Picod Obligations, 2000, bearbeitet von Yves Picod Preuve, 2002, bearbeitet von Jean-Louis Mouralis

	Responsabilité contractuelle, 1989, bearbeitet von Gérard Légier Solidarité, 1998, bearbeitet von Philippe Le Tourneau Zitiert : Enc. Dalloz civ./*Bearbeiter*, Titel der Einzelbearbeitung
Encyclopédie Juridique Dalloz – Répertoire de droit commercial	Concurrence (obligation de non-concurrence), 1998, bearbeitet von Yves Serra Zitiert : Enc. Dalloz com./*Bearbeiter*, Titel der Einzelbearbeitung
Encyclopédie Juridique Dalloz sociétés	Administrateur, 2003, bearbeitet von Philippe Delebecque und Frédéric-Jérôme Pansier Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, bearbeitet von Bruno Petit, 1995 Société à responsabilité limitée (S.A.R.L.), 1985, bearbeitet von Jean Hémard Zitiert : Enc. Dalloz soc./*Bearbeiter*, Titel der Einzelbearbeitung
Encyclopédie Juridique Dalloz travail	Contrat de travail (execution), 1993, bearbeitet von Antoine Mazeaud Secret professionel, 1977, bearbeitet von Bernard Bouloc Zitiert : Enc. Dalloz trav./*Bearbeiter*, Titel der Einzelbearbeitung
Erman, Walter	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Auflage, 2000 Zitiert: Erman/*Bearbeiter*
Esser, Josef	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Auflage, 1990
Ewald, Rolf	Untreue zwischen "verbundenen Unternehmen" - Eine Untersuchung zu Notwendigkeit und Umfang des durch § 266 StGB gewährten Vermögensschutzes im Konzernrecht des Aktiengesetzes, 1980

Farrar, John H.	Company Law, 4. Auflage, 1998 Zitiert: Farrar/*Bearbeiter*
Ferran, Eilis	Company Law and Corporate Finance, 1999
Flour, Jacques / Aubert, Jean-Luc	Les obligations, Band 3, Le rapport d'obligation, 1999
Gandur, Robert	Du gouvernement de l'entreprise à la gestion fautive - Quelques réflexions sur l'expertise judiciaire, in: Revue de Jurisprudence Commerciale, Sonderband September 2000 (‚L'expert face à la faute de ges - tion'), S. 15 ff.
Gatley, J. C. C.	Libel and Slander, 9. Auflage, 1998 Zitiert: Gatley/*Bearbeiter*
Gehrlein, Markus	Einverständliche verdeckte Gewinnentnahmen der Gesellschafter als Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten der GmbH, in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 1089 f. Die Gesellschafterklage und § 46 Nr. 8 GmbHG - ein unglöstes Problem, in: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 1525 ff.
Gessler, Ernst	Bedeutung und Auslegung des § 23 V AktG, in: Festschrift für Martin Luther, 1976, S. 69 ff.
Geiger, Rudolf	Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Auflage, 2000
Gessler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang/ Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno	Kommentar zum Aktiengesetz, Band II (§§ 76- 147), 1973 Zitiert: Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/*Bearbeiter*
Ghestin, Jacques	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 27.2.1996, in: La Semaine Juridique, (=Jurisclasseur Périodique), Édition Générale, II (=Jurisprudence), Nr. 22665
Godon, Laurent	L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux, in: Bulletin Joly sociétés 1999, § 1 = S. 5 ff.

Goette, Wulf	Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 123 ff.
	Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1995, S. 648 ff.
Gore-Brown, Francis	Companies, Loseblattsammlung, 44. Auflage, 43. Ergänzungslieferung, Stand 2003
	Zitiert: Gore-Brown/*Bearbeiter*[1261]
Gower, L. C. B. / Davies, Paul L.	Principles of Modern Company Law, 7. Auflage, 2003
Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard	Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, 21. Ergänzungslieferung, Stand 2003
	Zitiert: Grabitz/Hilf/*Bearbeiter*
Grantham, Ross	Can Directors Compete with the Company ?, in: The Modern Law Review 2003 (Band 66), S. 109 ff.
	The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders, in: Cambridge Law Journal 1998 (Band 57), S. 554 ff.
Griffin, Stephen	Company Law – Fundamental Principles, 3. Auflage, 2000
	Zitiert: Griffin, Company Law
	Personal Liability and Disqualification of Company Directors, 1999
	Zitiert: Griffin, Directors' Liability
Grossi, Isabelle	Les devoirs des dirigeants sociaux: bilan et perspectives, 1998
Großkommentar zum Aktiengesetz	§§ 76-147, 3. Auflage, 1973
	Zitiert: Großkommentar AktG (3. Auflage)/*Bearbeiter*

[1261] Für das Kapitel 28 benennt das Werk keinen Bearbeiter.

§§ 54-66 AktG, 4. Auflage, 2000
§§ 92-94 AktG, 4. Auflage, 1999
§§ 138-147 AktG, 4. Auflage, 1999

Zitiert: Großkommentar AktG/*Bearbeiter*

Grunewald, Barbara — Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990

Gurry, Francis — Breach of Confidence, 1984

Guyon, Yves — Droit des affaires, Band 1: Droit commercial général et sociétés, 11. Auflage, 2001

Hachenburg, Max — Kommentar zm Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2. Band, §§ 35-52, 8. Auflage, 1997

Zitiert: *Hachenburg*/Bearbeiter

Hadji-Artinian, Serge — La faute de gestion en droit des sociétés, 2001

Halsbury's Laws of England — Band 7(1), Companies, 4. Auflage, 1996

Band 28, Limitation of Actions u.a., 4. Auflage, 1997

Band 35, Partnership u.a., 1994

Zitiert: Halsbury/*Bearbeiter*, Bd.

Hanson, Chris und Wilkinson, Philip — Länderbericht England and Wales, in : Anker Sorensen, Directors' Liabilities in Case of Insolvency, 1999

Happ, Wilhelm — Aktienrecht: Handbuch – Mustertexte – Kommentar, 1995

Harvey, R.J.S. — Industrial Relations and Employment Law, Loseblattsammlung, 157. Ergänzungslieferung, Stand 2002

Zitiert: Harvey/*Bearbeiter*

Heermann, Peter W. — Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, in: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 761 ff.

Hémard, Jean / Terré, François / Mabilat, Pierre — Sociétés commerciales, Band 2, 1974

Henn, Günter	Handbuch des Aktienrechts, 7.Auflage, 2002
Hesselmann, Malte / Tillmann, Bert	Handbuch der GmbH & Co, 18. Auflage, 1997
Heymnann, Ernst	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 2 (§§ 105-237), 1996 Zitiert: Heymann/*Bearbeiter*
Hicks, Andrew	Directors' Liability for Management Errors, in: The Law Quarterly Review 1994, S. 390 ff.
Hirt, Hans-Christoph	In what circumstances should breaches of directors' duties give rise to a remedy under ss. 459-461 of the Companies Act 1985, in: The Company Lawyer 2003, S. 100 ff.
Hirte, Heribert	Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2002, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 1090 ff. Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage, 2001
Hoffmann, Dietrich / Preu, Peter	Der Aufsichtsrat - Ein Leitfaden für Aufsichtsräte, 5. Auflage, 2003
Horn, Norbert	Die Haftung des Vorstands einer AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, in: ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 1129 ff.
Howarth, Mark / Henderson, Pamela	Raising the bar in Britain's boardroom, in: New Law Journal 2003, S. 319 f.
Hüffer, Uwe	Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, 2002
Hung, Shiu-Feng	Management Buy-Out bei der GmbH, 1996
Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, 2001 Zitiert: Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*
Jacquemont, André	Droit des entreprises en difficulté, 2. Auflage, 2002
Joly sociétés	Conseil d'administration et direction génerale, Administrateurs élus par les salariés, 1994, bearbeitet von Émile Buttet und Daniel Lepeltier

Conseil d'administration et direction génerale, Fonctionnement et pouvoirs, 2001, bearbeitet von Gabriel Baranger und Jean-Marc Moulin

Conseil d'administration et direction génerale, Nomination et statut des administrateurs, 2001, bearbeitet von Gabriel Baranger und Jean-Marc Moulin

Conseil d'administration et direction génerale, Présidence du conseil et direction générale, 2001, bearbeitet von Gabriel Baranger und Jean-Marc Moulin

Directoire et conseil de surveillance, 1994, bearbeitet von Paul Le Cannu

Zitiert: Joly sociétés/*Bearbeiter*, Stichwort

Jurisclasseur civil

Art. 1146-1155 - Fascicule 16-1: Droit à réparation, Rapports entre responsabilités delictuelles et contractuelle/Généralités/Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants, 2002, bearbeitet von Michel Espagnon

Art. 1382-1386 - Fascicule 120-1: Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute/Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes, 1995, bearbeitet von Patrice Jourdain

Art. 1382-1386 - Fascicule 160: Droit à réparation, Lien de causalité/Détermination des causes du dommage, 1993, bearbeitet von Patrice Jourdain

Art. 1991-2002 - Fascicule 10: Mandat, Obligations du mandataire et du mandant/Effets entre les parties, 2002, bearbeitet von René de Quenaudon

Zitiert: Jurisclasseur civ./*Bearbeiter*, Art…, Fasc...

Jurisclasseur commercial

Fascicule 1055: Responsabilité et sanctions civiles des dirigeants de personnes morales en redressement ou liquidation judiciaire, 2002, bearbeitet von Deen Gibirila

Fascicule 1060: Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2002, bearbeitet von Deen Gibirila

Zitiert: Jurisclasseur com./*Bearbeiter*, Fasc...

Jurisclasseur commercial: Concurrrence – Consommation	Fascicule 110: Clause de non-concurrence, Validité, 2000, bearbeitet von Marie Malaurie-Vignal Zitiert: Jurisclasseur com. conc.-cons./*Bearbeiter*, Fasc…
Jurisclasseur pénal	Abus de confiance, Art. 314-1 à 314-4, 1999, bearbeitet von Wilfried Jeandidier Zitiert: Jurisclasseur pén./*Bearbeiter*, art…,
Jurisclasseur sociétés	Fascicule 41-40: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Conditions de forme/Saisine et décision du tribunal, 2001, bearbeitet von Arlette Martin-Serf Fascicule 41-52: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Éffets à l'égard des dirigeants sociaux/Conditions d'exercice et résultats de l'action en comblement du passif, 1999, bearbeitet von Arlette Martin-Serf Fascicule 41-54: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Éffets à l'égard des dirigeants sociaux/Redressement ou liquidation judiciaire personnel, 1999, bearbeitet von Arlette Martin-Serf Fascicule 48-30: Sociétés civiles, Gérance/Statut, 1998, bearbeitet von Pierre Bézard und Henry Letulle Fascicule 48-40: Sociétés civiles, Gérance/Pouvoirs, responsabilité, 1998, bearbeitet von Pierre Bézard und Henry Letulle Fascicule 55-20: Sociétés en nom collectif, Gérance/Naissance des engagements sociaux, 1998, bearbeitet vonYves Dereu Fascicule 55-30: Sociétés en nom collectif, Responsabilité du gérant, 1998, bearbeitet von Yves Dereu Fascicule 74-10: Sociétés à responsabilité limitée, Gérance/Organisation/Pouvoirs, 1998, bearbeitet von Michel Storck Fascicule 74-20: Sociétés à responsabilité limitée, Gérance/Cessation des fonctions et responsabilité du gérant, 1998, bearbeitet von Michel Storck Fascicule 81-10: SARL, Infractions, 2002, bearbeitet von Alain van der Elst

Fascicule 82-10: Entreprise unipersonelle à responsabilité limitée, 2000, bearbeitet von Jean-Jacques Daigre und Myriam Roussille
Fascicule 130-30: Administration, Statut des administrateurs, 1998, bearbeitet von Dominique Bureau

Fascicule 130-50: Administration, Contrats entre les administrateurs et la société, 1999, bearbeitet von Dominique Bureau

Fascicule 132-10: Administration, Responsabilité civile des administrateurs, 2002, bearbeitet von Yves Guyon und Benoit Le Bars

Fascicule 132-20: Administration, Abus des biens, du crédit, des pouvoirs et des voix, 1999, bearbeitet von Wilfried Jeandidier

Fascicule 133-10: Administration, Direction/
« Président-Directeur général », 2001, bearbeitet von Alain Viandier und Francine Mansuy

Fascicule 133-20: Administration, Direction/
Directeur général, directeur technique/Comités d'études et de direction, 2000, bearbeitet von Alain Viandier und Gaëtane Durand-Lepine

Fascicule 133-50: Directoire, 2002, bearbeitet von Jean-Jacques Caussain

Fascicule 133-60: Conseil de surveillance, 2002, bearbeitet von Jean-Jacques Caussain

Fascicule 136-40: Assemblées d'actionnaires, Assemblées générales ordinaires/Tenue et pouvoirs, bearbeitet von Francine Mansuy

Zitiert: Jurisclasseur soc./*Bearbeiter*, Fasc...

Jurisclasseur travail — Fascicule 18-1: Droits et obligations des parties, 1998, bearbeitet von Michel Buy und Claude Saint-Didier

Zitiert: Jurisclasseur trav./*Bearbeiter*, Fasc…

Kaufmann, Jochen — Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften, 1999

Keane, Adrian — The Modern Law of Evidence, 4. Auflage, 1996

Keay, Andrew	The Duty to Take Account of Creditors' Interests, in: The Jounal of Business Law 2002, S. 379 ff.
Kiralfy, Albert	Burden of Proof, 1987 Zitiert: Kiralfy/*Bearbeiter*
Knoche, Dietrich	Die sog. „Verzichtswirkung" der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, 1995
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz	Band 1, §§ 1-147, 1. Auflage, 1985 Zitiert: Kölner Kommentar AktG (1. Auflage) /*Bearbeiter* Band 1, §§ 1-75 AktG, 2. Auflage, 1988 Band 2, §§ 76-117 AktG, 2. Auflage, 1996 Zitiert: Kölner Kommentar AktG/*Bearbeiter*
Koppensteiner, Hans-Georg	GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Out, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1991 (Band 155), S. 102 ff.
Kübler, Friedrich	Erwerbschancen und Organpflichten – Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den „corporate opportunities", in: Festschrift für Winfried Werner, 1984, S. 437 ff.
Kübler, Friedrich / Waltermann, Jens	Geschäftschancen in der Kommanditgesellschaft, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1991, S. 162 ff.
Laender, Marie-Helène de	La révocation des dirigeants sociaux, in: Droit des Sociétés 2000, Chronique 9 = Heft Mai, S. 4 ff.
Lamy droit de la responsabilité	Loseblattsammlung, 29. Ergänzungslieferung, Stand 2003 Zitiert: Lamy responsabilité/*Bearbeiter*
Lamy droit du contrat	Loseblattsammlung, Stand September 2002 Zitiert: Lamy contrat/*Bearbeiter*
Lamy droit économique	Ausgabe 2003 Zitiert: Lamy économique

Lamy sociétés commerciales	Ausgabe 2003, bearbeitet von Jacques Mestre und Dominique Velardocchio Zitiert: Lamy sociétés commerciales/*Mestre & Velardocchio*
Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band (Besonderer Teil), 2. Halbband, 13. Auflage, 1994
Larroumet, Christian	Droit Civil, Band 3, Les obligations, Le Contrat, 4. Auflage, 1998
Lathelize-Bonnemaizon, Marie	Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit de société, in: Petites affiches vom 23.6.2000 (Nr. 125), S. 7 ff.
Law Commission	Limitation of Actions (Report Nr. 270), 2001 Zitiert: Law Commission, Limitation
Law Commission (und Scottish Law Commission)	Company Directors' Regulating Conflicts of Interests and Formulating a Statement of Duties - A Joint Consultation Paper (Consultation Paper Nr. 153), 1998 Zitiert: Law Commission, Conflicts of Interests Partnership Law - A Joint Consultation Paper (Consultation Paper Nr. 159), 2000 Zitiert: Law Commission, Partnership Law
Law of Contract, The	1999, herausgegeben von Michael Furmston Zitiert: Law of Contract
Law of Tort, The	2002, herausgegeben von Andrew Grubb Zitiert: Law of Tort/*Bearbeiter*
Le Cannu, Paul	Droit des sociétés, 2002
Le Nabasque, Hervé	Le dévoloppement du devoir de loyauté en droit des sociétés, in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 1999, S. 273 ff.

Le Tourneau, Philippe / Cadiet, Loïc	Droit de la responsabilité et des contrats, Ausgabe 2000/2001 Zitiert: Le Tourneau/Cadiet/*Bearbeiter*
Lefebvre Dirigeants de sociétés commerciales	2. Auflage, 2002 Zitiert: Lefebvre dirigeants
Lefebvre SARL	2000
Lefebvre sociétés civiles	Ausgabe 2003
Lefebvre sociétés commerciales	Ausgabe 2003
Lefrancois, Marc	L'obligation de confidentialité, 2001
Lemeunier, Francis	Société en nom collectif, 10. Auflage, 1999
Lindley, W.B. / Banks, R.C. I'Anson	Partnership, 18. Auflage, 2002
Loose, Peter / Griffiths, Michael / Impey, David	The Company Director: Powers, Duties and Liabilities, 8. Auflage, 2002
Lowry, John / Watson, Loraine	Company Law, 2001
Lutter, Marcus	Defizite für eine effiziente Aufsichtsratstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1995 (Band 159), S. 287 ff. Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Auflage, 1984
Lutter, Marcus / Krieger, Gerd	Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Auflage, 2002
Malaurie-Vignal, Marie	La protection des informations priviligiées et du savoir-faire, in: Recueil Dalloz Sirey 1997, Chronique, S. 207 ff.
Mayson, Stephen / French, Derek / Ryan, Christopher L.	Company Law, 19. Auflage, 2002
McGee, Andrew	Limitation Periods, 4. Auflage, 2002
McGee, Andrew / Scanlan, Gary	Fiduciary Duties and Limitation Periods, in: Civil Justice Quarterly 2001, S. 171 ff.
McGregor, Harvey	Damages, 16. Auflage, 1997

Merkt, Hanno	Unternehmensleitung und Interessenkollision, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1995 (Band 159), S. 423 ff.
Merle, Philippe	Droit commercial – Sociétés commerciales, 8. Auflage, 2001
Mestre, Jacques / Velardocchio, Dominique	Loi NRE: réformes du droit des sociétés commerciales, in: Supplement – Revue Lamy Droit des affaires, Juli 2001, Nr. 40, S. 49 ff.
Michalski, Lutz	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2002 Zitiert: Michalski/*Bearbeiter* OHG-Recht, , Kommentar zum Recht der offenen Handelsgesellschaften, 2000 Zitiert: Michalski, OHG
Mitchell, Philip	Insider Dealing and Directors' Duties, 2. Auflage, 1989
Modernising Company Law - Draft Clauses	Herausgegeben vom Department of Trade and Industry, 2002
Modern Company Law - For a Competitive Economy - Completing the Structure	Herausgegeben vom Department of Trade and Industry, 2000 Zitiert: Modern Company Law - Completing the Structure
Modern Company Law - For a Competitive Economy - Final Report	Herausgegeben vom Department of Trade and Industry, 2001 Zitiert: Modern Company Law Final Report
Morse, Geoffrey	Partnership Law, 5. Auflage, 2001
Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht	Band 1, 1995 Band 4, 2. Auflage, 1999 Zitiert: Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/*Bearbeiter*, Bd.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 1: §§ 1-240 BGB u.a., 4. Auflage, 2001, Band 2: §§ 241-432 BGB u.a., 4. Auflage, 2001, Band 5: §§ 705-853, 3. Auflage, 1997 Zitiert: Münchener Kommentar BGB/*Bearbeiter*
Murphy, Peter	Evidence, 7. Auflage, 2000
Musielak, Hans-Joachim	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2002 Zitiert: Musielak/*Bearbeiter*
Notthoff, Martin	Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Director's & Officer's -Versicherung, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 1350 ff.
Oppermann, Thomas	Europarecht, 2. Auflage, 1999
Oughton, David / Lowry, John / Merkin, Robert	Limitation of Actions, 1998
Paclot, Yann	Les diverses facettes du secret des affaires, in: Droit et patrimoine März 2002 (Nr. 102), S. 70 ff.
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, 2003 Zitiert: Palandt/*Bearbeiter*
Palmer, Francis B.	Company Law, Loseblattsammlung, 25. Auflage, 90. Ergänzungslieferung, Stand 2003 Zitiert: Palmer's Company Law/ *Bearbeiter*
Palmer, Francis B.	Corporate Insolvency, Loseblattsammlung, 7. Ergänzungslieferung, Stand 1999 Zitiert: Palmer's Corporate Insolvency/*Bearbeiter*
Parsons, Chris	Directors' and officers' liability insurance: a target or a shield ?, in: The Company Lawyer 2000, S. 77 ff.
Peltier, Frédéric	La convergance du droit français avec les principes de la « corporate governance » américaine, in: La Semaine Juridique (=Jurisclasseur Périodique) 1997, Édition Entreprise et Affaires, Études et chroniques, Nr. 660 = S. 245 ff.

Pennigton, Robert	Company Law, 8. Auflage, 2001
	Zitiert: Pennington, Company Law
	Directors' Personal Liability, 1987
	Zitiert: Pennington, Directors' Liability
Pettet, Ben	Company Law, 2000
Phipson, Sidney L.	Evidence, 15. Auflage, 2000
	Zitiert: Phipson/*Bearbeiter*
Picod, Yves	Anmerkung zum Urteil der Cour d'Appel von Paris vom 10.11.1992, in: Receuil Dalloz Sirey, 1994, Sommaires commentés, S. 75 f.
Piniot, Marie-Charlotte	Responsabilité civile des dirigeants sociaux - Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, in: Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, 1995, S. 639 ff.
Porchy-Simon, Stephanie	Les obligations, 2000
Prime, Terence / Scanlan, Gary	The Law of Limitation, 2. Auflage, 2001
	Zitiert: Prime/Scanlan, Limitation
	The Law of Partnership, 1995
	Zitiert: Prime/Scanlan, Partnership
Raiser, Thomas	Kapitalgesellschaftsrecht, 2001, 3. Auflage
Rausch, Françoise	Le professionalisme dans la gestion d'entreprise, in: Revue de Jurisprudence Commerciale, Sonderband September 2000 (« L'expert face à la faute de gestion »), S. 30 ff.
Ray, Jean-Emmanuel	Fidélité et exécution du contrat de travail, in: Droit social 1991, S. 376 ff.
Reed, Alan / Seago, Peter	Criminal Law, 2. Auflage, 2002
Reichert, Jochem / Schlitt, Michael	Konkurrenzverbot für Aufsichtsratsmitglieder, in: Die Aktiengesellschaft, 1995, S. 241 ff.

Rhein, Tilman	Der Interessenkonflikt der Manager beim Management Buy-Out (zugleich ein Beitrag zu den organschaftlichen Treuebindungen bei GmbH und Aktiengesellschaft), 1995
Ripert, George / Roblot, René	Traité de droit commercial tome 1, volume 1, 18. Auflage, 2001, bearbeitet von Louis Vogel Zitiert: Ripert/Roblot/*Vogel* tome 1, volume 2: Les sociétés commerciales 18. Auflage, 2002, bearbeitet von Michel Germain Zitiert: Ripert/Roblot/*Germain*
Röhricht, Volker / Graf von Westphalen, Friedrich	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 2001 Zitiert: Röhricht/v.Westfalen/*Bearbeiter*
Roth, Günter H. / Altmeppen, Holger	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, 2003 Zitiert: Roth/Altmeppen/*Bearbeiter*
Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff, Christian	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, 2002 Zitiert: Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Bearbeiter*
Rudden, Bernard	Torticles, in: The Tulane Civil Law Forum, vol. 6/7 (1991/92), S. 105 ff.
Ryan, Christopher L.	Company Directors – Liabilities, Rights and Duties, 2. Auflage, 1987
Saintourens, Bernard	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 21.10.1997, in: Bulletin Joly Sociétés 1998, § 6 = S. 28 ff. Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 12.2.2002, in: Bulletin Joly Sociétés 2002, § 137 = S. 619 ff.
Savatier, Jean	La liberté dans le travail, in: Droit social 1990, S. 49 ff.

Schießl, Maximilian	Die Wahrnehmung von Geschäftschancen der GmbH durch ihren Geschäftsführer, in: GmbH-Rundschau 1988, S. 53 ff.
Schlegelberger, Franz	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III, 1. Halbband, 5. Auflage, 1992 Zitiert: Schlegelberger/*Bearbeiter*
Schmidt, Dominique	Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, 1999 Zitiert: Schmidt, Conflits d'intérêts Responsabilité du conseil d'administration, in: Droit et patrimoine Mai 1995 (Nr. 27), S. 45 ff.
Schmidt, Dominique / Dion, Nathalie	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 27.2.1996, in: La Semaine Juridique (=Jurisclasseur Périodique), Édition Entreprises et Affaires, 1996, Jurisprudence, Nr. 838 = S. 170
Schmidt, Dominique / Gramling, Philippe	Sociétés anonymes - Sociétés à responsabilité limitée, 2. Auflage, 1981
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002
Schneider, Uwe H.	Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation -Zur Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten und öffentlich-rechtliche Strukturnormen-, in: Der Betrieb 1993, S. 1909 ff.
Schönke, Adolf / Schröder, Horst	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Auflage, 2001 Zitiert: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*
Scholastique, Estelle	Le devoir de dilligence des administrateurs de sociétés - Droit français et droit anglais, 1998
Scholz, Franz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage Band 1: §§ 1-44, 2000 Band 2: §§ 45-87, 2002 Zitiert: Scholz/*Bearbeiter*
Schröder, Werner	Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002

Schwarze, Jürgen	EU-Kommentar, 2000 Zitiert: Schwarze/*Bearbeiter*
Semler, Johannes	Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 1999 Zitiert: Semler/*Bearbeiter*, Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, 1996 Zitiert: Semler, Leitung und Überwachung
Serra, Yves	La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, 1991
Sinclair, Neil / Vogel, David / Snowden, Richard	Company Directors: Law and Liability, Loseblattsammlung, 3. Ergänzungslieferung, Stand 1999 Zitiert: Sinclair/Vogel/Snowden/*Bearbeiter*
Smith, A.T.H.	Property Offences - The Protection of Property trough the Criminal Law, 1994
Snell, Edmund Henry Turner	Equity, 13. Auflage, 2000, bearbeitet von John McGhee Zitiert: Snell/*McGhee*
Soergel, Hans Theodor	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht III (§§ 705-853), 11. Auflage, 1985 Zitiert: Soergel/*Bearbeiter*
Soinne, Bernard	Traité des procédures collectives, 2. Auflage, 1995
Staub, Hermann	Großkommentar zum HGB, 4. Auflage §§ 105-113, 1988 §§ 114-122, 1999 Zitiert: Staub/*Bearbeiter*
Staudinger, J. von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 164-240, Neubearbeitung 2001 §§ 249-254, Neubearbeitung 1998 §§ 255-314, Neubearbeitung 2001 §§ 397-432, Neubearbeitung 1999

	§§ 652-740, 12. Auflage, 1991 §§ 830-838, Neubearbeitung 2002 Zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*
Sudhoff, Heinrich	Personengesellschaften, 7. Auflage, 1999 Zitiert: Sudhoff/*Bearbeiter*
Sugarman, David	Is company law founded on contract or public regulation ? The Law Commission's paper on company directors, in: The Company Lawyer 1999, S. 162 ff.
Terré, François / Simler, Philippe / Lequette, Yves	Les obligations, 7. Auflage, 1999
Thomas, Heinz / Putzo, Hans	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 25. Auflage, 2003
Tolley's Company Law	Loseblattsammlung, 43. Ergänzungslieferung, Stand 1999 Zitiert: Tolley's Company Law/ *Bearbeiter*
Tolley's Professional Partnership Handbook	3. Auflage, 2000 Zitiert: Tolley's Partnership
Totty, Peter / Moss, Gabriel	Insolvency, Loseblattsammlung, 42. Ergänzungslieferung, Stand 2002 Zitiert: Totty/Moss/*Bearbeiter*
Treitel, Guenter	Contract Law, 10. Auflage, 1999
Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas	Kommentar zum Strafgesetzbuch und zu Nebengesetzen, 51. Auflage, 2003
Twomey, Michael	Partnership Law, 2000
Ulmer, Peter	Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, in: Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 1603 ff.
Vatinet, Raymonde	Anmerkung zum Urteil der Cour de cassation vom 7.6.1994, in: Revue des sociétés 1995, S. 277 ff.
Vidal, Dominique	Droit des sociétés, 3. Auflage, 2001
Viney, Geneviève	Introduction à la responsabilité, 2. Auflage, 1995
Viney, Geneviève / Jourdain, Patrice	Les effets de la responsabilité, 2. Auflage, 2001

Virgo, Graham — Stealing from the Small Familiy Business, in: Cambridge Law Journal 1991 (Band 50), S. 464 ff.

Walters, Adrian — Director's duties and shareholder remedies, in: The Company Lawyer 1999, S. 138 ff.

Williams, Glanville — Joint Obligations, 1949

Winfield, P. H. / Jolowicz, J.A. — Torts, 16. Auflage, 2002, bearbeitet von W.V.H. Rogers

Zitiert: Winfield/Jolowicz/*Rogers*

Worthington, Sarah — Corporate Governance, Remedying and Ratifying Directors, in: The Law Quarterly Review 2000, S. 638 ff.

The Duty to Monitor: Director's Duty of Care, in Fiona Macmillan Patfield (Hrsg.), Perspectives on Company Law 2, 1997

Zöllner, Wolfgang — Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1988, S. 392 ff.

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein — Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, 1996

Anhang:

Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsvergleichung

1.Teil Einführung

Die ermittelten Prinzipien sind im folgenden Text durch Umrahmung hervorgehoben. Die Gliederung orientiert sich an der Gliederung des Haupttextes.

Die verglichenen Gesellschaftsformen und Organmitglieder sind folgendermaßen gruppiert: Offene Kapitalgesellschaften sind die AG, die *SA* und die *public company*, geschlossene Kapitalgesellschaften die GmbH, die *SARL* und die *private company*. Unter den Begriff „Aufsichtsführer" fallen alle Organmitglieder, die vornehmlich Aufsichtsaufgaben wahrnehmen. Das sind das Aufsichtsratsmitglied einer AG oder einer *SA* neuen Typs, das Verwaltungsratsmitglied einer *SA* klassischen Typs und der nichtgeschäftsführende Direktor einer *company*. Die übrigen Organmitglieder sind für die Geschäftsführung zuständig und werden als Geschäftsleiter bezeichnet.

2. Teil Verpflichtung und Berechtigung

A. Verpflichtung

I. Organstellung als Pflichtengrundlage

Das Organmitglied einer Gesellschaft tritt mit Ernennung in das Pflichtenverhältnis gegenüber der Gesellschaft ein, ohne dass es hierzu einer weiteren Vereinbarung bedarf.

II. Vertrag als Pflichtengrundlage

Im Gegensatz zum französischen Recht kann der Geschäftsleiter im deutschen und im englischen Recht einen Vertrag schließen, der seine Tätigkeit als Geschäftsleiter zum Gegenstand hat. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen dagegen:

Die Tätigkeit des Aufsichtsführers kann nicht Gegenstand eines Vertrags zwischen ihm und der Gesellschaft sein.

B. Berechtigung

I. Berechtigung der Gesellschaft

1. Kapitalgesellschaften

Die Kapitalgesellschaft ist als juristische Person Trägerin der Rechte gegenüber ihrem eigenen Organmitglied.

2. Personengesellschaften

Inhaberin der Rechte gegenüber den Organmitgliedern ist im deutschen und im französischen Recht die Gesellschaft selbst. Im englischen Recht stehen diese Rechte der Gesamtheit der Gesellschafter zu. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Die Gesamtheit der Gesellschafter einer Personengesellschaft ist Trägerin der Rechte gegenüber dem Organmitglied. Ein einzelner Gesellschafter kann seinen Anteil an einem Recht gegenüber dem Organmitglied nicht gesondert geltend machen.

II. Berechtigung der Gesellschafter

Der Gesellschafter genießt gegenüber dem Organmitglied nur den Schutz, den das allgemeine Recht jedermann gewährt. Das Organmitglied kann ihm gegenüber nur aus einem besonderen Näheverhältnis verpflichtet sein, das nicht schon allein kraft Organ- und Gesellschafterstellung besteht. Bei Verletzung einer solchen Pflicht kann der Gesellschafter nur den Ersatz des Schadens fordern, der nicht bloßer Reflex eines durch die Gesellschaft erlittenen Schadens ist. Er kann insbesondere keinen Ausgleich des Wertverlusts seiner Anteile verlangen, der Folge einer Schädigung der Gesellschaft ist.

Da sich das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Organmitglied nach allgemeinem Recht bestimmt, spielt es im Rahmen der folgenden Ausführungen keine Rolle mehr.

3.Teil Organpflichten

A. Sorgfaltspflichten

I. Allgemeines

1. Existenz

Das Organmitglied unterliegt einer Sorgfaltspflicht.

2. Inhalt

a) Sorgfaltsmaßstab

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft ist zur Erbringung der Sorgfalt verpflichtet, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten Situation erwartet werden kann. Es muss die hierzu nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten mitbringen.

Im französischen Recht gilt das Gleiche auch für die Organmitglieder einer Personengesellschaft. Im Gegensatz hierzu gibt das deutsche Recht bei Personengesellschaften einen subjektiven Sorgfaltsmaßstab vor. Im englischen Recht ist weder geklärt, ob der Sorgfaltsmaßstab objektiv oder subjektiv ist, noch ob das Organmitglied überhaupt zu mehr als der Vermeidung grober Sorgfaltswidrigkeit verpflichtet ist. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen daher nur:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft ist zumindest zur Erbringung der Sorgfalt verpflichtet, die unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten als Minimalanforderung zu qualifizieren ist.

b) Sorgfalt im Einzelfall

Die Sorgfaltspflicht verpflichtet das Organmitglied zu einer Kosten-Nutzen-Analyse. Es muss unter Einbeziehung der Erfolgsaussichten die Wichtigkeit des Ziels gegen den zu leistenden Aufwand abwägen und im Rahmen des Rechts alles betriebswirtschaftlich Vernünftige tun, um Schäden für die Gesellschaft zu vermeiden.

3. Unternehmerisches Ermessen

Dem Organmitglied steht beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen ein Ermessenspielraum zu. Es darf bewusst vertretbare geschäftliche Risiken eingehen. Die bloße Verwirklichung eines kalkulierten Risikos begründet keine Sorgfaltspflichtverletzung, wenn das Organmitglied seine Entscheidung redlich und gewissenhaft vorbereitet hat.

II. Aufsichtspflichten

1. Adressaten und Gegenstand der Aufsichtspflicht

a) Aufsichtsführer

Der Aufsichtsführer ist zur Überwachung der Geschäftsleitung verpflichtet. Gegenstand seiner Aufsichtspflicht kann jede beliebige Geschäftsführungsmaßnahme sein. Die Aufsicht erstreckt sich auf die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit der Maßnahme.

b) Geschäftsleiter

Wenn Geschäftsleiter die anfallenden Aufgaben im Rahmen einer Geschäftsverteilung unter sich aufteilen, trifft jeden einzelnen Geschäftsleiter die Pflicht, die anderen Geschäftsleiter zu überwachen.

Der Geschäftsleiter ist zur Überwachung der Mitarbeiter des Unternehmens verpflichtet.

2. Inhalt der Aufsichtspflicht

a) Tatsächliche Aufgabenwahrnehmung

Das Organmitglied ist verpflichtet, seine Aufsichtsaufgaben tatsächlich zu erfüllen.

b) Schaffung effizienter Überwachungsstrukturen

Das Organmitglied ist zur Schaffung von Strukturen verpflichtet, die eine effiziente Überwachung ermöglichen.

c) Beaufsichtigung im Einzelfall

aa) Grundsatz

Das Maß der rechtlich gebotenen Überwachungstätigkeit orientiert sich an der jeweiligen Risikolage im konkreten Einzelfall.

bb) Konkretisierung

Bei der Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben darf sich das Organmitglied mit Stichproben begnügen. Wenn es Anhaltspunkte für Fehlentwicklungen gibt, insbesondere wenn sich das Unternehmen in der wirtschaftlichen Krise befindet, muss das Organmitglied seine Überwachungstätigkeit intensivieren.

d) Besonderheiten bei Aufsichtsführern

Der Aufsichtsführer ist im Allgemeinen nur verpflichtet, an den Sitzungen des Aufsichtsorgans teilzunehmen und sich inhaltlich auf sie vorzubereiten.

Existieren gesetzliche Vorschriften darüber, wie häufig das Aufsichtsorgan zu tagen hat, muss der einzelne Aufsichtsführer im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, dass diese Vorschriften eingehalten werden. Existieren sie nicht, muss er im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, dass Zusammenkünfte so häufig stattfinden, dass eine effektive Überwachung möglich ist.

Der Aufsichtsführer ist im Rahmen seiner Möglichkeiten verpflichtet, sich die zur Erfüllung seiner Tätigkeit erforderlichen Informationen zu beschaffen.

3. Aufsicht und Ermessen

Das Organmitglied verfügt für die Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben über unternehmerisches Ermessen.

B. Treuepflichten

I. Allgemeines

1. Existenz

Das Organmitglied unterliegt einer Treuepflicht.

2. Inhalt

Die Treuepflicht gebietet dem Organmitglied, das Wohl der Gesellschaft stets vor die eigenen Interessen oder die Interessen Dritter zu stellen und Interessenkonflikte nach Möglichkeit zu vermeiden.

II. Fallgruppen

1. Verbot zweckwidriger Vermögensverwendung

a) Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter

Dem Organmitglied ist es untersagt, sich in zweckwidriger Weise Gesellschaftsvermögen anzueignen oder einem Dritten zukommen zu lassen.

b) Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter

Das Organmitglied einer offenen Kapitalgesellschaft darf kein Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren, das nicht aus verteilbaren Gewinnen stammt.

Das gleiche gilt im englischen und im französischen Recht auch für die geschlossene Kapitalgesellschaft. Im deutschen Recht ist hier dagegen nur das Gesellschaftsvermögen geschützt, das der Erhaltung des Nominalkapitals erforderlich ist. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen daher nur:

Das Organmitglied einer geschlossenen Kapitalgesellschaft darf zumindest nicht das Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren, das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderlich ist.

Auch der Geschäftsleiter einer *SNC* unterliegt den Regeln wie sie für französische Kapitalgesellschaften gelten, während für die *société civile* sowie für die deutschen und die englischen Personengesellschaften jegliche Beschränkung fehlt. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft des bürgerlichen Rechts darf Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auskehren.

2. Verbot eigennütziger Geschäftschancenverwertung

a) Existenz

Dem Organmitglied ist es untersagt, Geschäftschancen der Gesellschaft gewinnbringend für sich zu verwerten.

b) Inhalt

Unter Geschäftschance ist jede Chance auf einen günstigen Vertrag und jede gewinnbringende technische Information zu verstehen.

Im deutschen und im englischen Recht gilt dies selbst dann, wenn die Gesellschaft zu einer Verwertung selbst nicht in der Lage gewesen wäre.

c) Gestattung der Geschäftschancenverwertung

Anders als im französischen Recht kann die Gesellschaft dem Betroffenen im deutschen und im englischen Recht die Wahrnehmung der Geschäftschance erlauben. Sofern die Gesellschafter für die Gestattung zuständig sind[1262], darf der Betroffene in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nach englischem Recht im Regelfall an der Abstimmung teilnehmen, nach deutschem Recht dagegen nicht.

d) Verwertungsverbot nach Ende der Organstellung

Ein einmal begründetes Chancenverwertungsverbot besteht auch nach Beendigung der Organstellung fort.

[1262] Das ist nur bei der AG nicht der Fall.

3. Wettbewerbsverbot

a) Existenz

Der Geschäftsleiter unterliegt einem Wettbewerbsverbot.

Der Aufsichtsführer unterliegt nach englischem Recht und nach deutschem Recht keinem Wettbewerbsverbot. Im französischen Recht trifft den Aufsichtsführer kein Wettbewerbsverbot, wenn sein berufliches Interesse an einer Wettbewerbstätigkeit schwerer wiegt als das Interesse der Gesellschaft, dass er diese Tätigkeit unterlässt. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen daher nur:

Der Aufsichtsführer unterliegt zumindest dann keinem Wettbewerbsverbot, wenn sein berufliches Interesse an einer Wettbewerbstätigkeit schwerer wiegt als das Interesse der Gesellschaft, dass er die Tätigkeit unterlässt.

b) Inhalt

Das Wettbewerbsverbot verbietet eine Nebentätigkeit, die eine inhaltliche Nähe zum Unternehmensgegenstand der Gesellschaft aufweist und über ein gewisses Gewicht verfügt.

Das zur Qualifizierung als Wettbewerbshandlung nötige Gewicht wird in der Regel nicht durch die bloße Stellung als Gesellschafter in einem Konkurrenzunternehmen erreicht. Erforderlich ist vielmehr eine eigenständige Konkurrenztätigkeit, die Wahrnehmung von Organfunktionen in einem Konkurrenzunternehmen oder zumindest ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung dieses Unternehmens.

c) Befreiung vom Wettbewerbsverbot

Hier gilt weitgehend das zur Gestattung einer Geschäftschancenverwertung Gesagte.

d) Wettbewerbsverbot nach Ende der Organstellung

Das Wettbewerbsverbot endet mit Beendigung der Organstellung.

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist nur zulässig, wenn es die Interessen der Gesellschaft und die Interessen des Organmitglieds in vernünftiger Weise zum Ausgleich bringt. Abwägungskriterien können die sachliche, räumliche und zeitliche Reichweite des Verbots sein.

4. Pflichten bei persönlichem Interesse an Verträgen der Gesellschaft

a) Verbot und Zustimmungserfordernis bei Kreditgewährung

Im französischen und im englischen Recht darf sich das Organmitglied einer offenen oder geschlossenen Kapitalgesellschaft grundsätzlich weder ein Darlehen noch eine Bürgschaft gewähren lassen. Im deutschen Recht gilt das Gleiche für Organmitglieder geschlossener Kapitalgesellschaften, sofern die Gewährung das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen tangieren würde. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen für die geschlossene Kapitalgesellschaft daher nur:

Dem Organmitglied einer geschlossenen Kapitalgesellschaft ist es zumindest dann untersagt, sich einen Kredit von der Gesellschaft gewähren zu lassen, wenn die Kreditverpflichtung das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen tangieren würde.

Im französischen und im englischen Recht erstreckt sich das Verbot der Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften auch auf Personen oder Gesellschaften, die einem Organmitglied nahe stehen. Im deutschen Recht muss das Aufsichtsorgan einer Kreditgewährung an einen Aufsichtsfüh-

rer oder einer Person bzw. Gesellschaft, die einem Organmitglied nahe steht, zustimmen. Für die offene Kapitalgesellschaft ist den untersuchten Rechtsordnungen gemeinsam:

Dem Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft ist es zumindest dann untersagt, sich einen Kredit von der Gesellschaft gewähren zu lassen, wenn keine Genehmigung des Aufsichtsorgans vorliegt.

Das Organmitglied einer offenen Kapitalgesellschaft darf zumindest dann nicht auf eine Kreditgewährung an eine ihm nahe stehende Person oder Gesellschaft hinwirken, wenn keine Genehmigung des Aufsichtsorgans vorliegt.

b) Zustimmungserfordernis und Zuständigkeitsverlagerung bei sonstigen Verträgen

Nach deutschem Recht kann das Organmitglied nicht über den Abschluss eines Vertrags zwischen ihm und der Gesellschaft entscheiden. Die Zuständigkeit wird je nach Fallkonstellation auf andere Organmitglieder oder die Gesellschafter übertragen. Bei französischen Personengesellschaften existieren diesbezüglich keine Restriktionen. Für die französischen Kapitalgesellschaften gilt dagegen grundsätzlich, dass solche Verträge der Zustimmung der Gesellschafter und bei der offenen Kapitalgesellschaft auch der Aufsichtsführer bedürfen. Im englischen Recht existiert die grundsätzliche Verpflichtung des Organmitglieds, jedes Interesse an einem Vertragsschluss der Gesellschaft offenzulegen und dieses Interesse nur bei Zustimmung durch die Gesellschafter weiterzuverfolgen. Bei den Kapitalgesellschaften wird diese Pflicht durch die Satzung regelmäßig dahingehend modifiziert, dass die Zustimmung als erteilt gilt und das Organmitglied sein Interesse nicht den Gesellschaftern, sondern den Aufsichtsführern und den anderen Geschäftsleitern offenbaren muss.

c) Offenlegungsgebot

Das Organmitglied ist verpflichtet, ein persönliches Interesse an Verträgen der Gesellschaft offenzulegen.

Im englischen Recht ist dies ein fundamentales Gebot, das über zwei Jahrhunderte von der Rechtsprechung entwickelt und für die Kapitalgesellschaften kodifiziert worden ist. Im deutschen und im französischen Recht lässt sich dieses Gebot zwar aus dem Treuepflichtgedanken ableiten. Es hat jedoch noch keinen expliziten Niederschlag in der Rechtsprechung gefunden und besitzt daher eine geringere Durchschlagskraft als im englischen Recht.

5. Schweigepflicht

a) Existenz

Das Organmitglied unterliegt einer Schweigepflicht.

b) Inhalt und Dauer

Die Schweigepflicht umfasst alle Tatsachen, an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein objektives Interesse hat.

Die Schweigepflicht wirkt über das Ende der Organstellung hinaus.

6. Vermögenserhaltung in der Insolvenz

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft darf keine gläubigerschädigende Vermögensverfügung vornehmen, wenn die Gesellschaft insolvent ist. Eine gläubigerschädigende Verfügung ist insbesondere die Begleichung einer einzelnen Verbindlichkeit ohne Erhalt einer wertdeckenden Gegenleistung.

Im französischen Recht trifft diese Pflicht auch das Organmitglied einer Personengesellschaft.

C. Sonstige Pflichten

I. Beachtung von Kompetenzbeschränkungen durch Geschäftsleiter

Der Geschäftsleiter ist verpflichtet, die Kompetenzbeschränkungen zu beachten, die ihm die Gesellschaft zulässigerweise auferlegt hat.

II. Pflicht zur Gegenwehr

Das Organmitglied ist zur Gegenwehr verpflichtet, wenn eine Mehrheitsentscheidung pflichtwidrig ist. Es muss sich dabei in erster Linie um interne Abhilfe bemühen. Nur in Extremfällen darf es auswärtige Institutionen einschalten.

4. Teil Zivilrechtliche Folgen einer Pflichtverletzung

A. Verpflichtung zum Schadensersatz

I. Haftungsgrundlagen

1. Allgemeine Haftung

Während die Organmitgliedshaftung in Deutschland und in Frankreich weitgehend kodifiziert ist, beruht sie in England im Wesentlichen auf ungeschriebenem Recht. Das englische Recht greift dabei vornehmlich auf die Haftung aus Deliktsrecht und aus Treueverpflichtung zurück. Für letztgenannte Haftungsgrundlage gibt es im deutschen und im französischen Recht keine Entsprechung.

2. Besondere Haftung bei Insolvenz der Gesellschaft

Im Zuge eines Insolvenzverfahrens kann das Insolvenzgericht in Frankreich die Eröffnung eines besonderen Haftungsverfahrens anordnen, um ein Organmitglied[1263] wegen einer begangenen Pflichtverletzung zur Verantwortung zu ziehen. Gleiches gilt in England in Bezug auf das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft. Im Rahmen dieses Verfahrens kann das Gericht den Haftungsumfang nach eigenem Ermessen bestimmen. Bei missbräuchlicher Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder im Interesse nahe stehender Dritter sieht das französische Recht darüber hinaus ein verschärftes Haftungsverfahren vor, das den Betroffenen automatisch für die gesamten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften lässt.

II. Haftungsvoraussetzungen

1. Pflichtverletzung

Jede Verletzung einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft ist geeignet, einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen.

2. Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung[1264]

Nach deutschem und nach französischem Recht ist die Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung generell Haftungsvoraussetzung. Im deutschen Recht findet dies seinen Ausdruck im Verschuldensprinzip, im französischen Recht über das Prinzip des Fehlverhaltens als Haftungsvoraussetzung und des Haftungsausschlusses bei höherer Gewalt. Das englische Recht kennt ein solches Haftungskorrektiv grundsätzlich nicht. Bei den Kapitalgesellschaften ist der Vorwerfbarkeitsmaßstab im deutschen und im französischen Recht objektiv. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen für die Kapitalgesellschaften daher:

[1263] Ausgenommen sind Aufsichtsratsmitglieder einer *SA* neuen Typs.

[1264] Die Vorwerfbarkeit ist als separate Haftungsvoraussetzung bei Sorgfaltspflichten nicht relevant, da die Sorgfaltswidrigkeit als vorwerfbares Verhalten bereits integraler Bestandteil der Pflichtverletzung selbst ist.

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft haftet zumindest dann für eine Pflichtverletzung, wenn es nicht mit der Sorgfalt handelt, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten sozialen Rolle erwartet werden kann.

Nur für den Fall unzulässiger Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist die Vorwerfbarkeit auch im englischen Recht Haftungsvoraussetzung. Hier kann daher folgendes Prinzip gebildet werden:

Das Organmitglied einer Kapitalgesellschaft haftet für eine unzulässige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter, wenn es nicht mit der Sorgfalt handelt, die von einem umsichtigen und qualifizierten Organmitglied in der konkreten sozialen Rolle erwartet werden kann.

Für die Personengesellschaften gilt im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit im französischen Recht ein objektiver, im deutschen Recht dagegen ein subjektiver Maßstab. Gemeinsam ist den Rechtsordnungen daher:

Das Organmitglied einer Personengesellschaft haftet zumindest dann für eine Pflichtverletzung, wenn es grob fahrlässig handelt oder nicht mit der Sorgfalt agiert, die angesichts seiner individuellen Fähigkeiten von ihm verlangt werden kann.

III. Umfang der Haftung

1. Grundsatz

a) Kompensationsgedanke

Das Organmitglied hat die Gesellschaft durch Geldzahlung so zu stellen, als wäre die Pflichtverletzung unterblieben.

b) Kausalität und Zurechenbarkeit des Schadens

Ersetzbar ist nur ein Schaden, der durch die Pflichtverletzung verursacht worden ist.

Außer bei Treuepflichtverletzungen ist ein Schaden nur ersetzbar, wenn er eine gewisse sachliche Nähe zur begangenen Pflichtverletzung aufweist.

Im deutschen und im französischen Recht gilt der letztgenannte Grundsatz auch für die Haftung aus Treuepflichtverletzung.

2. Ausnahmen

Im Unterschied zum deutschen Recht erlauben das französische und das englische Recht dem Richter, sich vom konkret entstandenen Schaden als Maßstab für den Umfang der geschuldeten Ausgleichsverpflichtung zu lösen und Billigkeitserwägungen in seine Entscheidung einfließen zu lassen. Der französische Richter kann den Umfang der Haftung eines Organmitglieds nach billigem Ermessen bestimmen, wenn sich die Gesellschaft in Insolvenz befindet. Der englische Richter verfügt über dieses Ermessen in Bezug auf die Haftung des Organmitglieds einer Kapitalgesellschaft, die abgewickelt wird. Er kann darüber hinaus bei jeder Kapitalgesellschaft von einer Haftung des Organmitglieds absehen oder den Haftungsbetrag reduzieren, wenn ihm dies angemessen erscheint.

III. Wegfall der Haftung

1. Billigung und Verzicht

Nach französischem Recht kann die Gesellschaft prinzipiell nicht auf Ansprüche gegen ihre Organmitglieder verzichten. Nach deutschem und nach englischem Recht hat die Personengesellschaft dagegen ein umfassendes Verzichtsrecht. Bei den Kapitalgesellschaften sehen das deutsche und das englische Recht Einschränkungen vor. Im englischen Recht ist der Verzicht unzulässig, wenn er die Gläubiger schädigen würde. Im deutschen Recht ist der Verzicht einer geschlossenen Kapitalgesellschaft auf einen Anspruch unzulässig, der auf einer nominalkapitalbeeinträchtigenden Auszahlung an die Gesellschafter oder einer unzulässigen Verfügung in der Insolvenz beruht. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen für die geschlossenen Kapitalgesellschaften daher:

Die geschlossene Kapitalgesellschaft kann zumindest nicht auf den Schadensersatzanspruch verzichten, der auf einer unzulässigen Vermögensverfügung bei Insolvenzreife der Gesellschaft beruht.

Die geschlossene Kapitalgesellschaft kann auf den Schadensersatzanspruch, der auf einer nominalkapitalbeeinträchtigenden Vermögenszuwendung an die Gesellschafter beruht, zumindest dann nicht verzichten, wenn dies die Gläubiger schädigen würde.

Für die offenen Kapitalgesellschaften knüpft das deutsche Recht den Verzicht anders als für die geschlossene Kapitalgesellschaft nicht an materielle Voraussetzungen, sondern versieht ihn mit verfahrensrechtlichen Hürden (Bedenkfrist, Vetorecht einer Minderheit).

2. Zeitablauf

a) Verjährung und Verwirkung

Im deutschen Recht, im französischen Recht und im englischen Kapitalgesellschaftsrecht unterliegen Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder der Verjährung. Gleiches gilt für englische Personengesellschaften nach ihrer Auflösung. Vor der Auflösung der Gesellschaft kann der Anspruch nur verwirken. Gemeinsam ist den drei Rechtsordnungen:

Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft unterliegen der Verjährung. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder einer Personengesellschaft nach Auflösung der Gesellschaft.

b) Voraussetzungen der Verjährung

aa) Länge der Verjährungsfrist

Die Länge der Verjährungsfrist ist je nach Rechtsordnung und Einzelfall höchst unterschiedlich. Die Spanne reicht von drei Monaten bis dreißig Jahren.

bb) Laufzeitbeginn der Verjährungsfrist

Der Lauf der Verjährungsfrist kann erst beginnen, wenn die Pflichtverletzung begangen worden ist.

Weitere Voraussetzung ist nach deutschem Recht zumindest, dass ein Schaden entstanden ist. Gleiches gilt im englischen Recht für die Haftung aus Sorgfaltspflicht und im französischen Recht für die Personengesellschaften. Je nach Anspruch und Gesellschaftsform kommt als Voraussetzung noch die Erkennbarkeit der bzw. die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen hinzu. Insgesamt weisen die Rechtsordnungen

untereinander und auch in sich nur ein geringes Maß an Kohärenz auf, sodass sich nur folgendes enge Prinzip bilden lässt:

Bei der Haftung des Organmitglieds einer aufgelösten Personengesellschaft aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung kann der Fristlauf erst beginnen, wenn der Anspruch entstanden ist.

c) Voraussetzungen der Verwirkung im englischen Recht

Wann ein Anspruch verwirkt, beruht auf Billigkeitserwägungen, die keine Gemeinsamkeit mit den klar definierten Verjährungsregeln haben.

d) Wirkungen des Zeitablaufs

Die Verjährung lässt den Anspruch nicht untergehen, sondern gibt dem Organmitglied das Recht, die Leistung zu verweigern. Im Prozess muss sich das Organmitglied auf die Verjährung berufen.

Die Verwirkung hat im englischen Recht zur Folge, dass der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann. Insgesamt gilt daher als übergeordnetes Prinzip:

Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gegen ein Organmitglied kann durch Zeitablauf unmöglich werden.

V. Beweislast

1. Pflichtverletzung und Vorwerfbarkeit

Die Gesellschaft trägt die Beweislast für das tatsächliche Verhalten des Organmitglieds.

Im deutschen Recht muss das Organmitglied beweisen, dass sein Verhalten weder pflichtwidrig noch vorwerfbar war. Im französischen Recht

und im englischen Recht trägt die Gesellschaft die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens. Im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit lässt sich folgendes eingeschränkte Prinzip bilden:

Das Organmitglied trägt die Beweislast dafür, dass ihm die Erfüllung seiner Pflichten wegen höherer Gewalt unmöglich war.

2. Kausalität und Schaden

Die Gesellschaft trägt die Beweislast für den geltend gemachten Schaden und für den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verhalten des Organmitglieds.

3. Billigung, Verzicht und Verjährung

Die Beweislast für eine Billigung oder einen Verzicht liegt beim Organmitglied.

Im deutschen und im französischen Recht trägt das Organmitglied auch die Beweislast für die Verjährung, während die Gesellschaft im englischen Recht beweisen muss, dass der Anspruch innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Verjährungsfrist entstanden ist.

VI Haftung mehrerer Organmitglieder

1. Verantwortlichkeit im Außenverhältnis

Sind mehrere Organmitglieder für einen Schaden verantwortlich zu machen, kann die Gesellschaft jeden Verantwortlichen auf die Leistung des gesamten Schadensersatzes in Anspruch nehmen. Seine Leistung wirkt als Erfüllung zugunsten aller.

2. Ausgleich im Innenverhältnis

Der Grad der Haftung im Innenverhältnis bestimmt sich nach dem Maß der Verantwortung für den entstandenen Schaden. Leistet ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft mehr, als es seiner Haftungsquote im Innenverhältnis entspricht, sind ihm die anderen Verantwortlichen zum Ausgleich des Mehrbetrags verpflichtet.

VII. Haftungsmodifikation

1. Haftungsmodifizierende Klauseln

a) Haftungsausschließende oder -mildernde Klauseln

Bei der offenen Kapitalgesellschaft ist jegliche Haftungserleichterung zugunsten des Organmitglieds unzulässig.

Das französische Recht verbietet für alle hier untersuchten Gesellschaften jede Form der Haftungserleichterung. Gleiches gilt im englischen Recht für die Kapitalgesellschaften. Nach deutschem Recht ist eine Haftungserleichterung bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft nur dann unzulässig, wenn sie einen nominalkapitalbeeinträchtigenden Pflichtverstoß oder das Verfügungsverbot in der Insolvenz betrifft. Personengesellschaften können im deutschen und im englischen Recht Haftungserleichterungen in den Grenzen des allgemeinen Rechts vorsehen. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen nur:

Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft ist eine Haftungserleichterung zumindest dann unzulässig, wenn sie sich auf einen nominalkapitalbeeinträchtigenden Pflichtverstoß oder auf das Verfügungsverbot in der Insolvenz bezieht.

b) Haftungsverschärfende Klauseln

Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft und bei den Personengesellschaften sind Haftungsverschärfungen zulässig.

Im Gegensatz zum deutschen Recht gilt dies im französischen und im englischen Recht auch für die offene Kapitalgesellschaft.

2. Haftpflichtversicherungen

Die Gesellschaft darf eine Haftpflichtversicherung zugunsten ihrer Organmitglieder abschließen.

VIII. Anspruchsdurchsetzung

1. Verrechnungsverfahren bei englischen Personengesellschaften

Ansprüche der Gesellschafter untereinander und damit auch Ansprüche aus Organmitgliedshaftung können bei englischen Personengesellschaften grundsätzlich nur im Rahmen eines Verrechnungsverfahrens gerichtlich durchgesetzt werden. Die gerichtliche Geltendmachung solcher Ansprüche geht in aller Regel mit der Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausschluss des betroffenen Gesellschafters einher. Meist stehen dann mehrere gegenseitige Ansprüche im Raum. Durch das Verrechnungsverfahren soll gewährleistet werden, dass die gerichtliche Behandlung dieser Ansprüche in einem Verfahren abgewickelt werden kann.

2. Anspruchsdurchsetzung durch das Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsorgan

Nach französischem und nach englischem Recht obliegt der Geschäftsleitung einer offenen Kapitalgesellschaft die Durchsetzung von Ansprüchen gegen ein Organmitglied. Nach deutschem Recht ist dies nur für Ansprüche gegen Aufsichtsführer der Fall, während die Aufsichtsführer

zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen Geschäftsleiter berufen sind. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Die Geschäftsleitung einer offenen Kapitalgesellschaft hat die Befugnis zur Anspruchsdurchsetzung, wenn sich der Anspruch gegen einen Aufsichtsführer richtet.

Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft ist nach englischem und nach französischem Recht die Geschäftsleitung für die Anspruchsdurchsetzung zuständig. Das deutsche Recht weist dagegen den Gesellschaftern diese Zuständigkeit zu. Für die offenen Personengesellschaften gilt dagegen übereinstimmend:

Die Geschäftsleitung einer Personengesellschaft ist befugt, Ansprüche gegen einzelne Geschäftsleiter durchzusetzen.

3. Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschafter

Das französische Recht gestattet dem einzelnen Gesellschafter, Ansprüche der Gesellschaft aus Organmitgliedshaftung selbständig gerichtlich geltend zu machen. Besondere Bedingungen sind hieran nicht geknüpft. Im Gegensatz hierzu ist der Gesellschafterminderheit im englischen Recht eine Anspruchsdurchsetzung grundsätzlich verwehrt. Die Rechtsprechung lässt eine Ausnahme unter zwei Voraussetzungen zu. Zum einen muss die überstimmte Minderheit durch den Verzicht auf die Durchsetzung treuwidrig benachteiligt werden. Zum anderen muss eine Mehrheit der von der Anspruchsdurchsetzung nicht betroffenen Gesellschafter die Durchsetzung befürworten. Für Kapitalgesellschaften gewährt das Gesetz dem einzelnen Gesellschafter daneben noch die Möglichkeit, eine Anspruchsdurchsetzung zu erwirken, wenn ihn der Verzicht hierauf unbillig benachteiligen würde. Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit ist aufgrund verfahrensrechtlicher Nachteile jedoch gering.

Nach deutschem Recht kann eine Gesellschafterminderheit, die mindestens 10 % des Nennkapitals hält, die offene Kapitalgesellschaft zu einer Anspruchsdurchsetzung verpflichten. Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft und den Personengesellschaften kann ein einzelner Gesellschafter Ansprüche gerichtlich geltend machen. Bei den Personengesellschaften ist umstritten, ob eine solche Klage voraussetzt, dass der Verzicht auf die Anspruchsdurchsetzung treuwidrig ist. Bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft muss die überstimmte Minderheit den ablehnenden Beschluss anfechten. Anfechtungsgrund ist ein treuwidriger Stimmrechtsgebrauch bei Fassung des ablehnenden Beschlusses. Ist die Anfechtungsklage erfolgreich, ist die Gesellschaft selbst zur Klage verpflichtet. Die überstimmte Minderheit kann dann nur selbst klagen, wenn die Gesellschaft ihren Verpflichtungen aus der gerichtlichen Entscheidung nicht nachkommt. Ausnahmsweise kann die Minderheit ohne Umweg über die Anfechtungsklage direkt klagen, wenn von vornherein nicht damit zu rechnen ist, dass sich die Gesellschaft einem Urteil beugen wird.

Wegen der großen Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen lässt sich als gemeinsames Prinzip nur festhalten:

Eine Minderheit der Gesellschafter ist zumindest dann befugt, Ansprüche der Gesellschaft aus Organmitgliedshaftung durchzusetzen, wenn die Billigkeit dies gebietet.

Übereinstimmung herrscht in allen Rechtsordnungen dagegen im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Gesellschafterklage. Hier gilt:

Bei einer erfolgreichen Klage einzelner Gesellschafter fließen die Zahlungen an die Gesellschaft.

B. Verpflichtung zur Gewinnherausgabe

I. Existenz eines Herausgabeanspruchs

Wenn die Gesellschaft den durch die Pflichtverletzung erzielten Gewinn mit Wahrscheinlichkeit selbst hätte erlösen können, schuldet das Organmitglied die Herausgabe des erzielten Gewinns.

Für den Fall, dass diese Wahrscheinlichkeit nicht besteht, eine Gewinnerzielung aber noch im Bereich des Möglichen liegt, kann die Gesellschaft im französischen Recht Ersatz in Höhe der Wahrscheinlichkeitsquote der eigenen Gewinnerzielung fordern. Gleiches gilt im englischen Recht, wobei der Gesellschaft bei Verletzung einer Treuepflicht zusätzlich noch ein eigenständiger Gewinnabschöpfungsanspruch zusteht, der nicht davon abhängt, ob die Gesellschaft den Gewinn hätte selbst erzielen können. Dieser eigenständige Gewinnabschöpfungsanspruch berechtigt zur Herausgabe des gesamten Gewinns. Im deutschen Recht besteht ein Anspruch auf Herausgabe des gesamten Gewinns, den das Organmitglied durch eine pflichtwidrige Geschäftschancenverwertung oder eine unzulässige Wettbewerbstätigkeit während des Bestehens der Organstellung erzielt. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen daher nur:

Wenn das Organmitglied eine Geschäftschance der Gesellschaft pflichtwidrig verwertet und dadurch einen Gewinn erzielt, den die Gesellschaft möglicherweise selbst hätte erzielen können, kann die Gesellschaft zumindest den Teil des Gewinns herausverlangen, der der Wahrscheinlichkeit einer eigenen Gewinnerzielung entspricht. Gleiches gilt, wenn das Organmitglied gegen das Verbot verstößt, während des Bestehens der Organstellung mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten.

Für den Fall, dass die Gesellschaft den vom Organmitglied erlösten Gewinn nicht selbst hätte erzielen können, steht ihr nach französischem Recht kein Anspruch zu. Im englischen Recht hat die Gesellschaft diesen

Anspruch nur bei Verletzung einer Treuepflicht, im deutschen Recht nur bei pflichtwidriger Geschäftschancenverwertung oder einer Wettbewerbstätigkeit während des Bestehens der Organstellung. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen somit:

Sofern das Organmitglied keine Treuepflicht verletzt, hat die Gesellschaft keinen Anspruch auf Herausgabe eines Gewinns, den sie nicht selbst hätte erzielen können.

II. Haftungsregime

Der eigenständige Gewinnabschöpfungsanspruch im englischen Recht ist sachenrechtlich verstärkt. Er kann nicht verjähren, sondern nur verwirken. Im Übrigen ist im Hinblick auf das Haftungsregime auf die Ausführungen zum Schadensersatzanspruch zu verweisen.

C. Unwirksamkeit des pflichtwidrig geschlossenen Vertrags

I. Voraussetzungen

a) Unzulässige Kreditgewährung bei Kapitalgesellschaften

Eine unzulässige Kreditgewährung ist nach französischem Recht unwirksam, nach englischem Recht anfechtbar und nach deutschem Recht wirksam.

b) Sonstige Verträge

aa) Offene Kapitalgesellschaft

Nach französischem Recht kann ein Gericht auf Antrag der Gesellschaft einen Vertrag zwischen Organmitglied und Gesellschaft für unwirksam erklären, wenn dem Vertrag die notwendige vorherige Zustimmung fehlt und er die Gesellschaft geschädigt hat. Nach englischem Recht sind Ver-

träge zwischen Organmitglied und Gesellschaft, die unter Verstoß gegen das Offenlegungsgebot zustande gekommen sind, anfechtbar. Im deutschen Recht ist noch nicht geklärt, ob ein zuständigkeitswidrig zustande gekommener Vertrag mit einem Geschäftsleiter ohne weiteres unwirksam ist oder ob die Unwirksamkeit vom Willen der Gesellschaft abhängt. Letzteres ist im deutschen Recht für zuständigkeitswidrig zustande gekommene Verträge mit Aufsichtsführern und für Beratungsverträge mit Aufsichtsführern zweifelsfrei der Fall. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen nur:

Ein Vertrag zwischen Organmitglied und offener Kapitalgesellschaft, dem die notwendige vorherige Mitwirkung unbeteiligter Dritter fehlt, ist zumindest dann unwirksam, wenn dies dem Willen der Gesellschaft sowie eines von ihr angerufenen Gerichts entspricht und wenn der Vertrag die Gesellschaft geschädigt hat.

Im französischem und im englischen Recht kann die Gesellschaft den ohne Zustimmung geschlossenen Vertrag nachträglich genehmigen. Gleiches gilt im deutschen Recht für unzulässig zustande gekommene Verträge mit Aufsichtsführern, während die Rechtslage für unzulässig zustande gekommene Verträge mit Geschäftsleitern noch ungeklärt ist. Hier kann folgendes Prinzip gebildet werden:

Die offene Kapitalgesellschaft kann einen unzulässig zustande gekommenen Vertrag zwischen einem Aufsichtsführer und der Gesellschaft nachträglich genehmigen.

bb) Geschlossene Kapitalgesellschaft und Personengesellschaften

Die geschlossene Kapitalgesellschaft und die Personengesellschaften können im deutschen und im englischen Recht die Unwirksamkeit eines Vertrags herbeiführen, dem die notwendige Mitwirkung unbeteiligter Dritter fehlt. Im französischen Recht ist dies nicht möglich.

II. Rechtsfolgen

Die Unwirksamkeit führt dazu, dass den Vertragsparteien keine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erwachsen. Die Unwirksamkeit wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Wurde der Vertrag bereits vollzogen, ist er rückabzuwickeln.

Die unzulässige Kreditgewährung an den Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft und den Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft ist im deutschen Recht im Gegensatz zum französischen und zum englischen Recht zwar wirksam, entfaltet diese Wirksamkeit jedoch nur zugunsten der Gesellschaft. Die offene Kapitalgesellschaft kann dem Vertrag im deutschen Recht aber nachträglich zustimmen. Für die offene Kapitalgesellschaft gilt daher:

Eine unzulässige Kreditgewährung an den Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft kann zumindest ohne Zustimmung der Gesellschaft keine für sie nachteiligen Rechtsfolgen auslösen. Zumindest wenn die Gesellschaft die Zustimmung nicht erteilt, hat der Aufsichtsführer bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren.

Für die geschlossene Kapitalgesellschaft gilt:

Eine unzulässige Kreditgewährung an den Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft kann keine für sie nachteiligen Rechtsfolgen auslösen. Der Geschäftsleiter hat bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren.

III. Wirksamkeit des Vertrags durch Zeitablauf

Das Recht der Gesellschaft, die Unwirksamkeit des Vertrags herbeizuführen, kann durch Zeitablauf verloren gehen.

Im deutschen und im englischen Recht unterliegt es der Verwirkung, im französischen Recht der Verjährung.

D. Entlassung

I. Voraussetzungen für die Entlassung

1. Gesetzliche Regelungen

Im englischen und im französischen Recht kann das Organmitglied entlassen werden, ohne dass es hierzu eines besonderen Grundes bedarf. Eine Ausnahme gilt im französischen Recht für den Aufsichtsführer, der Arbeitnehmervertreter ist[1265]. Im deutschen Recht können der Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft und der Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft ohne besonderen Grund entlassen werden. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Der Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft und der Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft, der kein Arbeitnehmervertreter ist, können aus Anlass jeder Pflichtverletzung von ihren Aufgaben entbunden werden.

Der Geschäftsleiter einer offenen Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft kann im deutschen Recht nur aus wichtigem Grund entlassen werden, worunter die grobe Pflichtverletzung fällt. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen hier:

Der Geschäftsleiter einer offenen Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft kann zumindest dann von seinen Aufgaben entbunden werden, wenn er eine grobe Pflichtverletzung begangen hat.

[1265] Er kann nur entlassen werden, wenn er eine Pflichtverletzung von gewissem Gewicht begangen hat.

2. Abweichende Vereinbarungen

Abweichende Vereinbarungen sind im französischen Recht generell unzulässig. Gleiches gilt im englischen Recht für Kapitalgesellschaften und im deutschen Recht für die offene Kapitalgesellschaft. Die geschlossene Kapitalgesellschaft hat im deutschen Recht die Möglichkeit, den wichtigen Grund und damit die grobe Pflichtverletzung als Entlassungsvoraussetzung festzuschreiben. Für die deutschen und die englischen Personengesellschaften existieren keine Restriktionen.

II. Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Entlassung

Die Regelung zur Zuständigkeit für die Entlassungsentscheidung und zur Frage, ob der Betroffene mitstimmen darf, ist in den untersuchten Rechtsordnungen vielgestaltig geregelt. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen nur:

Der Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft und der Aufsichtsführer einer offenen Kapitalgesellschaft können in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter an der Beschlussfassung über ihre eigene Entlassung mitwirken.

III. Pflichtverletzung und Ausgleichsansprüche des Organmitglieds

1. Kapitalgesellschaften

a) Geschäftsleiter

aa) Gesetzliche Regelungen

(1) Anspruchsausschluss durch Pflichtverletzung

Im deutschen und im englischen Recht steht dem Geschäftsleiter ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zu, wenn die Entlassung nicht durch eine schwere Pflichtverletzung gerechtfertigt war. Im deutschen Recht setzt ein Anspruchsausschluss zusätzlich voraus, dass das Interesse der Gesellschaft an einer sofortigen Entlassung schwerer wiegt als das Interesse des Geschäftsleiters an einer Weiterführung der Tätigkeit bis zur ordentlichen Vertragsbeendigung. Im französischen Recht hat der Geschäftsleiter einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch, sofern die zur Entlassung führende Pflichtverletzung nicht geringfügig war. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Ein Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters wegen der vorzeitigen Beendigung seiner Tätigkeit ist zumindest dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsleiter eine schwere Pflichtverletzung begangen hat und wenn das Interesse der Gesellschaft an einer sofortigen Entlassung gewichtiger ist als das Interesse des Geschäftsleiters an einer Weiterführung der Tätigkeit bis zur ordentlichen Mandatsbeendigung.

Bei Fehlen einer schweren Pflichtverletzung erwirbt der Geschäftsleiter im englischen Recht neben dem Schadensersatzanspruch noch einen arbeitsrechtlichen Ausgleichsanspruch, sofern er als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.

(2) Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Kündigung

Der betroffene Geschäftsleiter darf an einer Entscheidung darüber, ob die Pflichtverletzung ihre anspruchshindernde Wirkung entfalten darf, nicht mitwirken.

Im französischen Recht entfaltet die Pflichtverletzung ohne weiteres anspruchshindernde Wirkung.

bb) Abweichende Vereinbarungen

Die Gesellschaft und der Geschäftsleiter können den Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Entlassung im französischen und im englischen Recht einvernehmlich ausschließen. Im deutschen Recht ist dies praktisch nur für den befristet angestellten Geschäftsleiter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft möglich. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen daher nur:

Die geschlossene Kapitalgesellschaft und der befristet angestellte Geschäftsleiter können den Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters wegen unberechtigter Entlassung ausschließen, so dass jede noch so geringfügige Pflichtverletzung zu einer Entlassung ohne Schadensersatzanspruch des Geschäftsleiters führen kann.

Im Gegensatz hierzu kann der arbeitsrechtliche Ausgleichsanspruch nach englischem Recht nicht vertraglich abbedungen werden.

b) Aufsichtsführer

Der Aufsichtsführer hat keinen Ausgleichsanspruch wegen der Entlassung, so geringfügig seine Pflichtverletzung auch gewesen sein mag.

2. Personengesellschaften

Im deutschen und im französischen Recht gilt im Ergebnis das zu den Geschäftsleitern einer Kapitalgesellschaft Gesagte. Im englischen Recht kann dagegen jede noch so geringfügige Pflichtverletzung zu einer Abberufung führen, ohne dass dem Geschäftsleiter nach der Abberufung noch Ansprüche zustehen.

5. Teil Sonstige Folgen der Pflichtverletzungen

A. Strafrechtliche Ahndung

I. Zweckwidrige Vermögensverwendung

1. Vermögensverwendung für eigene Zwecke oder zugunsten Dritter

Die vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines Dritten ist strafbar.

2. Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter

a) Kapitalgesellschaften

Nach englischem Recht ist die zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter strafbar, wenn sie die Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft konkret erhöht und dadurch die Gläubiger der Gesellschaft gefährdet. Gleiches gilt im deutschen Recht für die geschlossene Kapitalgesellschaft, während bei der offenen Kapitalgesellschaft jede zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter strafbar ist. Nach französischem Recht ist eine zweckwidrige Vermögensverfügung zugunsten der Gesellschafter strafbar, wenn sie von materiellem oder nichtmateriellem Eigeninteresse getragen ist. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Die vorsätzliche zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist zumindest dann strafbar, wenn sie von Eigeninteresse getragen ist, die Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft konkret erhöht und dadurch die Gläubiger der Gesellschaft gefährdet.

b) Personengesellschaften

Die zweckwidrige Vermögensverwendung zugunsten der Gesellschafter ist straflos.

II. Sonstige Fälle

Bei Kapitalgesellschaften ist im deutschen Recht ein Verstoß gegen die Schweigepflicht strafbar, im englischen Recht die unzulässige Kreditgewährung und der Verstoß gegen das Offenlegungsgebot.

B. Tätigkeitsverbot

Im französischen und im englischen Recht kann eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft auch dazu führen, dass dem Betroffenen die zukünftige Tätigkeit als Organmitglied verboten wird. Die praktische Bedeutung dieses Sanktionsinstruments ist in beiden Rechtsordnungen groß. Das englische Recht knüpft die Verhängung des Verbots im Regelfall an die Frage, ob der Betroffene durch die Pflichtverletzung gezeigt hat, dass er zur Wahrnehmung von Organaufgaben ungeeignet ist. Das französische Recht kennt demgegenüber ein Tätigkeitsverbot nur für ausgewählte Pflichtverletzungen. Die Dauer eines Tätigkeitsverbots beträgt in England im Regelfall zwischen zwei und fünfzehn Jahren, in Frankreich mindestens fünf Jahre.

6. Teil Sonderfälle

A. Juristische Personen als Organmitglied

Juristische Personen unterliegen als Organmitglied der gleichen Verantwortung wie natürliche Personen.

B. Drittverpflichtete Organmitglieder

Drittverpflichtete Organmitglieder unterliegen der gleichen Verantwortung wie andere Organmitglieder. Ein möglicher Loyalitätskonflikt kann sie nicht entlasten.

C. Stellvertretende Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft

Das deutsche und das englische Recht kennen im Gegensatz zum französischen Recht stellvertretende Geschäftsleiter bei Kapitalgesellschaften. Im deutschen Recht steht der stellvertretende Geschäftsleiter einem ordentlichen Geschäftsleiter gleich. Gleiches gilt im englischen Recht, wenn er Geschäftsleiterfunktionen wahrnimmt. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Der stellvertretende Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft unterliegt zumindest dann der Verantwortung eines ordentlichen Geschäftsleiters, wenn er Geschäftsleiterfunktionen wahrnimmt.

D. Faktische Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft

Faktischer Geschäftsleiter ist nach französischem und nach englischem Recht derjenige, der einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsleitung ausübt. Das deutsche Recht verlangt zusätzlich, dass das Handeln des Betroffenen auch nach außen hervortritt. Im französischen Recht unterliegt der faktische Geschäftsleiter der gleichen Verantwortung wie ein ordentlicher Geschäftsleiter. Ob dies im deutschen und im englischen

Recht ebenfalls der Fall ist, ist noch nicht für alle Einzelfragen geklärt. In beiden Rechtsordnungen gibt es jedoch eine deutliche Tendenz in diese Richtung. Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen:

Auch ohne formale Berufung zum Geschäftsleiter unterliegt eine Person zumindest dann grundsätzlich der Verantwortung eines Geschäftsleiters, wenn sie aktiv und nach außen hin wie ein Geschäftsleiter tätig wird und auftritt.

Lebenslauf

Geboren am :	12.9.1966 in Hamburg
Familiäre Verhältnisse:	verheiratet, zwei Kinder

1966-1976:	erste Lebensjahre in Hamburg und Paris
1976 –1981:	Besuch des Gymnasiums in Düsseldorf
1981-1982:	10. Klasse auf der Gordonstoun School, einem Internat in Schottland
1982-1985:	Gymnasium und Abitur in Düsseldorf
1985-1987:	Banklehre bei der Deutschen Bank in Düsseldorf
1987-1989:	Zivildienst beim Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverband in Düs- seldorf
1989-1991:	Jurastudium an der Universität Konstanz
1991- 1994:	Jurastudium an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg, Erstes Staatsexamen mit Wahlfach Europa- und Völkerrecht
1994 bis 1996:	Referendardienst in Düsseldorf; Zweites Staatsexamen
Seit Dezember 1996:	Richter und Staatsanwalt im Dienst des Landes Sachsen-Anhalt, seit März 2000 Richter am Amtsgericht Halle-Saalkreis, derzeit als Zivilrichter tätig