

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 177

**Die Haftung des Aufsichtsrats
im Zusammenhang mit dem
Deutschen Corporate Governance Kodex
und § 161 AktG**

Von

Helge Bertrams



Duncker & Humblot · Berlin

HELGE BERTRAMS

**Die Haftung des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit
dem Deutschen Corporate Governance Kodex
und § 161 AktG**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 177

Die Haftung des Aufsichtsrats
im Zusammenhang mit dem Deutschen
Corporate Governance Kodex
und § 161 AktG

Von

Helge Bertrams



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg
hat diese Arbeit im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

**Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH, Kempten (Allgäu)
Printed in Germany**

**ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-11541-4**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺**

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die Frage nach der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats für aufgetretene Missstände wird häufig gestellt. Neben der ethischen und moralischen Komponente, die zur Zeit im strafrechtlichen Gewand des „Mannesmann-Prozesses“ mitschwingt, bestimmt der Ruf nach verstärkter zivilrechtlicher Haftung die Diskussion. Im Jahr 2002 wurde der Deutsche Corporate Governance Kodex und die auf die darin enthaltenen Verhaltensgrundsätze bezogene „Entsprechenserklärung“ in das System des deutschen Aktienrechts eingefügt. Den damit hinsichtlich der Schadenersatzhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern verbundenen rechtlichen Konsequenzen widmet sich die Arbeit. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Wintersemester 2003/2004 als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Oktober 2003 berücksichtigt.

Prof. Dr. Kort gilt mein Dank für die Betreuung der Arbeit und rasche Fertigung des Erstgutachtens. Dankbar bin ich auch Prof. Dr. Möllers, der das Zweitgutachten erstellt hat.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mich stets ermutigten, unterstützten und nicht zuletzt die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens auf sich nahmen. Meiner Frau Krike danke ich für ihre Liebe, aber auch ihre mannigfaltigen sprachlichen Anregungen und wertvollen inhaltlichen Überlegungen aus Sicht der Richterin. Ferner danke ich meinen Mitpromovenden und „Skatbrüdern“ Michael Gottschalk und Florian Strobel.

Die Gummersbacher Kanzlei Bertrams Rechtsanwälte gewährte mir logistische Unterstützung und die zeitlichen Freiräume, um die Arbeit fertigstellen zu können. Für die Unterstützung bei der Formatierung danke ich Frau Kerbs.

Gummersbach im März 2004

Helge Bertrams

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
<i>1. Kapitel</i>	
DCGK und Entsprechenserklärung	23
A. Entstehung des Deutschen Corporate Governance Kodex	23
I. Bedeutung und Herkunft des Regelungsinstruments „Corporate Governance Kodex“	23
1. Begriff „Corporate Governance“	23
2. Kein global einheitliches Modell von „Corporate Governance“	25
3. Anglo-amerikanische Herkunft des Regelungskonzepts „Verhaltenskodex“	26
a) Rechtstradition	27
b) Externe und interne Corporate Governance	27
c) Anglo-amerikanische Kodizes als Folge des dortigen Regulationssystems	28
II. Neuere Entwicklungen als Anlass für den Deutschen Corporate Governance Kodex und die Entsprechenserklärung	30
1. Änderung der äußeren Bedingungen	30
a) Spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche	30
b) Unternehmensfinanzierung	31
c) Zusammensetzung des Aktionärskreises, Globalisierung der Finanzmärkte	31
d) Internationalisierung	32
2. Wirkung dieser Veränderungen	33
a) Wettbewerb	33
b) Internationale Regelungsmuster	33
c) Verstärkung des „Prinzipal-Agent“-Konflikts	37
III. Ausarbeitung privater Kodizes in Deutschland	38
IV. DCGK und Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG	40
1. Empfehlungen der <i>Baums</i> -Kommission	40
2. <i>Cromme</i> -Kommission und das Transparenz- und Publizitätsgesetz	42
a) Arbeit der <i>Cromme</i> -Kommission	42
b) Transparenz- und Publizitätsgesetz	44
c) Doppelte Zielsetzung des Konzepts	45
aa) Informations- bzw. Kommunikationsfunktion	45
bb) Ordnungs- bzw. Regulierungsfunktion	46

V. Beschreibung des weiteren Untersuchungsgegenstands	47
B. Aufbau und Inhalt von DCGK und Entsprechenserklärung	47
I. Kategorisierung und Aufbau des Kodex	47
1. Gesetzeswiederholungen	48
2. Empfehlungen	48
3. Anregungen	49
4. Inhaltsübersicht	50
II. Entsprechenserklärung nach § 161 AktG	51
1. Vergleich der Erklärungspflicht von Kodex und § 161 AktG	52
2. Änderungen der Formulierung des § 161 AktG im Gesetzgebungsverfahren	54
3. Übergangsvorschrift des § 15 EGAktG	55
III. Weitere gesetzliche Flankierung	56
IV. Adressatenkreis des Deutschen Corporate Governance Kodex und der Entsprechenserklärung	57
1. Kodex	57
a) Unterscheidung börsennotierter und nicht notierter Gesellschaften	57
b) Keine Differenzierung nach der Größe der Gesellschaft	59
2. Entsprechenserklärung	59
V. Rechtsnatur des Deutschen Corporate Governance Kodex	61
1. Formelles Gesetz oder Verordnung	61
2. „Mittlere Regelungsebene“	62
3. Vergleich mit Insiderhandels-Richtlinien, Übernahme-Kodex, Vertragsrecht	65
4. Vergleich mit „Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung“ (GoB)	67
5. Handelsbrauch i.S.v. § 346 HGB	67
6. Handelsgewohnheitsrecht	72
7. „Soft law“	72
C. Zusammenfassung	74

2. Kapitel

Überblick über die Haftungstatbestände 75

A. Unterscheidung von Innen- und Außenhaftung	75
B. Die einzelnen Haftungstatbestände	76
I. Haftung aus §§ 93 Abs. 2, 116 AktG	76
II. Erklärungs- und Vertrauenshaftung	77
1. Haftung aus § 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo)	77
2. Bürgerlichrechtliche Prospekthaftung	77
3. Spezialgesetzliche Prospekthaftung	77

III. Haftung aus Tatbeständen des Deliktsrechts	78
1. Haftung aus § 117 AktG	78
2. Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB	79
3. Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz	79
4. Haftung aus § 826 BGB	80
IV. Konzernrechtliche Haftungstatbestände	80
C. Zusammenfassende Bewertung der Tatbestände	81

3. Kapitel

Innenhaftung der Aufsichtsratsmitglieder

A. Einführung zur Haftung aus §§ 93 Abs. 2, 116 AktG	82
B. Pflichtverletzung	82
I. Pflichtverletzung durch Verstoß gegen die Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG	84
1. Zeitlicher Bezugsrahmen der Entsprechenserklärung	84
a) Vergangenheitsbezug	85
b) Zukunftsbezug	85
aa) Argumente gegen einen Zukunftsbezug	85
bb) Argumente für einen Zukunftsbezug	86
cc) Bewertung und Ergebnis	88
2. Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand	90
a) Unterscheidung von Erklärungspflicht und Entscheidungszuständigkeit	91
b) Umfang der Entscheidungszuständigkeit des Aufsichtsrats	93
aa) Empfehlungen an den Aufsichtsrat	94
bb) Empfehlungen an einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats	96
cc) Empfehlungen an den Aufsichtsratsvorsitzenden	97
dd) Empfehlungen an den Vorstand	99
ee) Empfehlungen an die Hauptversammlung	102
c) Differenzierung nach Vergangenheits- und Zukunftserklärung	103
d) Konsultationspflicht des entscheidungsbefugten Organs	105
e) Zusammenfassung der Entscheidungskompetenzen	106
3. Unterscheidung von Erklärung im Außenverhältnis und interner Beschlussfassung der Verwaltungsorgane	107
a) Keine Pflicht zur gemeinsamen Verlautbarung der Erklärung nach außen	107
b) Keine Pflicht zur gemeinsamen internen Willensbildung	111
4. Übertragung der internen Willensbildung des Aufsichtsrats über den Inhalt der Erklärung an einen Ausschuss?	112
a) Meinungsstand	113

b) Differenzierende Überlegungen	113
c) Schlussfolgerung	114
5. Verletzung der Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung	115
a) Verstoß gegen formale Voraussetzungen	115
aa) Adressaten der Erklärung	117
bb) Äußerliche Form der Erklärung	118
cc) Dauerhaftes Zugänglichmachen gem. § 161 S. 2 AktG	118
b) Verstoß gegen inhaltliche Voraussetzungen	124
aa) Unterlassen jeglicher bzw. nicht rechtzeitige Erklärung	124
bb) Unvollständige Abgabe der Erklärung	129
(1) Keine Prüfungspflicht der rechtlichen Richtigkeit der Kodex- formulierung	129
(2) Erklärung über vergangenes und zukünftiges Verhalten	131
(3) Inhalt und Umfang der positiven Entsprechenserklärung	132
(4) Inhalt und Umfang der Negativerklärung	132
cc) Wahrheitswidrige Erklärung	135
(1) Verpflichtung aus § 161 AktG zur Abgabe inhaltlich richtiger Erklärung	135
(2) Erklärungspflicht für geringfügige Einzelabweichungen	138
(a) Kein Abstellen auf die Häufigkeit einer Abweichung	138
(b) Keine „Wesentlichkeitsschwelle“	138
c) Erforderlichkeit einer Korrekturerklärung	140
aa) Abweichungen von der Zukunftserklärung	140
(1) Argumente für und wider eine Korrekturverpflichtung	141
(2) Bewertung und Ergebnis	144
(3) Einzelheiten der Korrekturerklärung	145
(a) Zuständigkeit zur Abgabe der Korrekturerklärung	145
(b) Form der Korrekturerklärung	146
(c) Inhaltliche Anforderungen	147
(d) Zeitspanne zur Abgabe der Korrekturerklärung	150
(aa) Unzulässigkeit einer „Vorab-Korrekturerklärung“ durch den Vorstand	152
(bb) Einberufung einer Sondersitzung des Aufsichtsrats	155
(cc) Delegation an einen Ausschuss	158
bb) Abweichung von der Vergangenheitserklärung	160
cc) Änderung des Kodexinhalts	161
d) Organisationspflichten als Folge des Auseinanderfallens von Erklä- rungs- und Entscheidungskompetenz	161
aa) Organisationspflichten in Hinblick auf die turnusgemäße Erklä- rung	162
(1) Empfehlungen an Aufsichtsrat und Hauptversammlung	163
(2) Empfehlungen an einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats	163

(3) Empfehlungen an den Vorstand	165
bb) Organisationspflichten in Hinblick auf unterjährige Korrekturerklärungen	166
6. Zusammenfassung	167
II. Pflichtverletzung durch Verstoß gegen in Satzung oder Geschäftsordnung des Aufsichtsrats konkretisierte Kodexbestimmungen	167
III. Pflichtverletzung durch Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht nach §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 AktG	169
1. Sorgfaltsanforderungen an die Entscheidung über generelle An- oder (teilweise) Nichtanwendung der Kodexempfehlungen	170
a) Unternehmerische Entscheidung	171
b) Ermessensspielraum und dessen Grenzen	172
c) Übertragung auf die Entscheidung über die Kodexbefolgung	173
2. Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs	177
a) Kein Haftungsausschluss bei tatsächlicher Befolgung der eigenen Entsprechenserklärung	177
b) Konkretisierung von Sorgfaltspflichten unabhängig von der eigenen Entsprechenserklärung	178
aa) Vergleich mit § 342 HGB und den GoB	181
bb) Wiedergabe „tatsächlicher Übung“	186
cc) Vergleich mit technischen Regelwerken privater Sachverständigengremien	190
(1) Ähnlichkeiten und Unterschiede von Kodex-Bestimmungen und DIN-Normen	191
(2) Einfluss von DIN-Normen auf zivilrechtliche Sorgfaltsmaßstäbe	196
(a) Keine Bindung der Gerichte	196
(b) Gründe für die Zuerkennung rechtlicher Relevanz	198
(c) Rechtliche Wirkung von Normbefolgung und Normabweichung	198
(d) Zusammenfassung	200
(3) Verfahrensgrundsätze bei Erstellung der DIN-Normen	201
(4) Übertragung auf die Kodexregelungen	202
(a) Fachkompetenz	203
(b) Verfahrensgrundsätze als „prozedurale Richtigkeitsgewähr“	203
(aa) Transparenz und Publizität	204
(bb) Repräsentanz	204
(cc) Revisibilität	206
(dd) Zwischenergebnis	208
(c) Ansehen der Kodexregelungen und empirisch nachweisbare Schadensminimierung	209

(d) Ergebnis des Befundes unter Berücksichtigung der Beweislastregel der §§ 93 Abs. 2, 116 AktG	210
(5) Keine beweisrechtliche Wirkung für Organmitglieder nicht börsennotierter Gesellschaften	212
(6) Exkurs: Verfassungsrechtliche Bedenken	213
3. Überwachungspflicht bei (eingeschränkt) positiver Entsprechenserklärung	216
4. Zusammenfassung	219
C. Rechtswidrigkeit	219
D. Verschulden	220
E. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität	223
I. Schadensbegriff und denkbare Schadenspositionen	224
II. Kausalität	229
F. Durchsetzung des Ersatzanspruchs	230
G. Zusammenfassung	232

4. Kapitel

Außenhaftung der Aufsichtsratsmitglieder	233
A. Vertrauens- und Prospekthaftung	233
I. § 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo, c.i.c.)	235
1. Fallgruppe der „Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens“	235
2. Fallgruppe des „eigenen wirtschaftlichen Interesses“	236
II. Allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung	237
1. Prospektbegriff	239
2. Prospektvollständigkeit	241
3. Anwendbarkeit außerhalb des „grauen Kapitalmarktes“?	242
4. Anwendbarkeit auf dem Sekundärmarkt?	244
5. Stellungnahme und Entscheidung	245
III. Haftung für Inanspruchnahme von „Marktvertrauen“	250
B. Deliktische Haftung	251
I. Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB	251
II. Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz	254
1. Kodex als Schutzgesetz	254
2. § 161 AktG als Schutzgesetz	255
3. § 331 Nr. 1, 2 HGB als Schutzgesetz	256
4. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG als Schutzgesetz	258
C. Zusammenfassung und Ausblick	259

Inhaltsverzeichnis	15
<i>5. Kapitel</i>	
Ergebnis der Untersuchung	260
Anhang: Empfehlungen mit Bezug zum Aufsichtsrat	263
Literaturverzeichnis	269
Stichwortverzeichnis	298

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AR	Aufsichtsrat
BB	Betriebs-Berater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
Bl.	Blatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
CalPERS	California Public Employees Retirement System
CEO	Chief Executive Officer
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DIN	Deutsches Institut für Normung
Diss.	Dissertation
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V.
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	und die folgende(n) Seite(n)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GCCG	German Code of Corporate Governance
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Rundschau für GmbH, Monatsschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Handelsrecht
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
grds.	grundsätzlich
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz, Halbsätze
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfond
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KoR	Zeitschrift für kapitalmarktorientierte Rechnungslegung
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mrd.	Milliarden
m. w. N.	mit weiterem Nachweis

n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht, Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und der Umwelt
o. ä.	oder ähnliches
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
o. g.	oben genannt(es)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasser
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater International —
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
v.	versus
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliche Studien
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZfKrW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (bis Band 123; Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht)
Ziff.	Ziffer, Ziffern
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
z. T.	zum Teil
z. Zt.	zur Zeit

Einleitung

Der Aufsichtsrat ist ein zentraler Bestandteil des dualen Verwaltungssystems deutscher Aktiengesellschaften¹. Seine mangelnde Funktionsfähigkeit wird jedoch seit langem und zum Teil heftig beklagt². Anlass gaben eine Reihe spektakulärer Unternehmenspleiten und Skandale wie zuletzt bei der Bankgesellschaft Berlin, der Philipp Holzmann AG oder der Niedergang des Neuen Marktes³. Der Gesetzgeber reagierte auf die anhaltende Reformdiskussion Anfang der neunziger Jahre durch drei kleinere Reformwerke⁴, die in ihrer Zielrichtung überwiegend begrüßt, aber als nicht weitgehend genug kritisiert wurden⁵. In Nachwirkung des Falls Holzmann berief der Bundeskanzler im Juni 2000 unter Leitung von *Baums* die Regierungskommission „Corporate Governance: Unternehmensführung — Unternehmenskontrolle — Modernisierung des Aktienrechts“⁶ (*Baums-Kommission*)⁷, um mögliche Defizite des deutschen Systems aufzuzeigen und Reformvorschläge auszuarbeiten⁸.

¹ Die *Baums-Kommission* erkennt im Aufsichtsrat das für „gute Corporate Governance eines Unternehmens zentrale (...) Organ (...)“, vgl. *Baums*, Bericht, Rn 48, S. 91.

² Vgl. nur *Bernhardt*, ZHR 159 (1995), 310, 311 ff.; *Hommelhoff*, in: *Picot*, Corporate Governance, S. 1, 2 ff.; *Lutter*, ZGR 2001, 224, 227 ff.; *ders.*, ZHR 159 (1996), 287, 294 ff.; *ders.*, NJW 1995, 1133, 1133; *Röller*, AG 1994, 333, 333.

³ Vgl. zu Skandalen als Anlass von Reformdiskussionen: *Bernhardt*, ZHR 159 (1995), 310, 311 ff.; *Claussen*, DB 1998, 177, 177; *Götz*, AG 1995, 337, 344; *Holl*, Reform des Aufsichtsrats, S. 31 ff. (Darstellung der Fälle „Metallgesellschaft“, „Bremer Vulkan“, „Balsam AG“); *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 289 ff.; *Wittkowski*, ZHR 167 (2003), 130, 132 ff.

⁴ „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“ v. 2.8.1994, BGBl. I 1961; Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4.1998 BGBl. I 768; Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) v. 18.01.2001, BGBl. I 123.

⁵ Zum „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“ *Hoffmann-Becking* ZIP 1995, 1, 1 ff.; *Hommelhoff*, AG 1995, 529, 529 ff.; *Lutter*, AG 1994, 429, 429 ff.; *Priester*, BB 1996, 333, 333 ff.; zum KonTraG *Claussen*, DB 1998, 177, 177 ff.; *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 249 ff.; *Zimmer*, NJW 1998, 3521, 3521 ff.; zum NaStraG *Grumann/Soelke*, DB 2001, 576, 576 ff.; *Noak*, ZIP 2001, 57, 57 ff.; *Seibert*, ZIP 2001, 53, 53 ff.

⁶ Vgl. dazu den Abschlussbericht der Kommissionsarbeit, Bericht — Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts —, Bericht v.

Die „Aktienrechtsreform in Permanenz“⁹ fand nun, basierend auf entsprechenden Empfehlungen der *Baums*-Kommission¹⁰, mit dem „Transparenz- und Publizitätsgesetz“ (TransPuG)¹¹ und der Erstellung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“¹² (im folgenden Kodex/ DCGK) ihre Fortsetzung. Der Kodex wurde durch eine unter Vorsitz von *Cromme* eingesetzte Expertenkommission, der Regierungskommission „Deutscher Corporate Governance Kodex“ (*Cromme*-Kommission)¹³, nach knapp sechsmonatiger Ausarbeitung am 26.02.2002 an die Bundesministerin der Justiz übergeben. Er stellt nach seiner Präambel „wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (...) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“. Mit dem TransPuG wurde, u.a., § 161 AktG neu in das Aktiengesetz eingefügt. Danach sind die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft verpflichtet, die sogenannte „Entsprechenserklärung“¹⁴ abzugeben und sich darin zur Anwendung des Kodex zu äußern.

Die Neuregelung steht von ihrer gesetzlichen Ausrichtung her ganz im Zeichen der Förderung von Transparenz und des Anlegervertrauens in die Funktionsfähigkeit des deutschen Systems¹⁵. Da die Entsprechenserklärung (neben

10.07.2001, BT-Drucks. 14/7515 v. 14.08.2001, S. 32; in Buchform: *Baums*, Bericht, Rn. 16 f., S. 61 f.; im Internet abrufbar unter: <http://www.otto-schmidt.de> oder <http://www.ovs.de> (Stand: 15.10.2003).

⁷ Z.T. auch als „Kommission I“ bezeichnet.

⁸ Vgl. dazu das Einsetzungsschreiben des Bundeskanzlers v. 29.05.2000, zitiert bei *Baums*, Bericht, S. 1.

⁹ Zurückgehend wohl auf *Zöllner*, AG 1994, 336, 336.

¹⁰ *Baums*, Bericht, Rn. 10, S. 54, Rn. 17, S. 61 f.

¹¹ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.07.2002, BGBl. 2002, I, S. 2681 ff.; vgl. auch Regierungsentwurf (RegE TransPuG), abgedruckt in: NZG 2002, 213 ff.; Referentenentwurf (RefE TransPuG), abgedruckt in: NZG 2002, 78 ff.

¹² Abgedruckt in: AG 2002, 236 ff. = ZIP 2002, 452 ff. = NZG 2002, 273 ff. (Ursprungsfassung v. 26.02.2002); bisherige Änderungen abgedruckt in: ZIP 2002, 2276 (Fassung vom 7.11.2002); ZIP 2003, 1316 ff. (Fassung vom 21.05.2003); stets aktualisierte Fassung im Internet abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de>; im neuen elektronischen Bundesanzeiger unter: <http://www.ebundesanzeiger.de> (Stand: 15.10.2003).

¹³ Z.T. auch als „Kommission II“ oder „Kodex-Kommission“ bezeichnet.

¹⁴ In Anlehnung an das anglo-amerikanischen Vorbild (vgl. nachfolgende Ausführungen unter 1. Kapitel, A. I. 3.) wird die Erklärung auch als „Compliance-Erklärung“ bezeichnet.

¹⁵ Vgl. Präambel Abs. 1 S. 2 DCGK; BegrRegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.; *Baums*, Bericht, S. 1.

dem Vorstand) vom Aufsichtsrat abzugeben ist und die Verhaltensregeln des Kodex schwerpunktmäßig seinen Aufgabenbereich fokussieren, steht im Falle eines Fehlverhaltens automatisch auch die Frage der persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder im Raum.

Die praktische Bedeutung der Aufsichtsratshaftung hat in der jüngeren Vergangenheit merklich zugenommen¹⁶, was nicht zuletzt an der zunehmenden Praxis deutscher Aktiengesellschaften deutlich wird, nach anglo-amerikanischem Vorbild Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen (D&O-Versicherungen)¹⁷ nicht nur für Mitglieder des Vorstands, sondern auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats abzuschließen¹⁸. Fraglich ist, ob die Haftungsrisiken der Aufsichtsratsmitglieder durch Schaffung des Kodex und korrespondierender Verpflichtung zur Abgabe der Entsprechenserklärung steigen, ob also und gegebenenfalls wie Mitglieder des Aufsichtsrats haften, wenn sie gegen § 161 AktG oder Kodexbestimmungen verstoßen. Die dazu im Vorfeld und nach Veröffentlichung des Kodex vertretenen Meinungen reichen von der Annahme der haftungsrechtlichen Irrelevanz¹⁹ bis hin zur Warnung vor „unglaublichen Haftungsrisiken“²⁰.

¹⁶ Vgl. *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, S. 96, mit umfangreichem Rechtsprechungsverzeichnis (Fn. 96). Vgl. dazu aber das Wort des ehemaligen Vorstandssprechers der Deutschen Bank AG, *Herman Josef Abs*: „Ein Aufsichtsratsmitglied zur Haftung bringen zu wollen, sei so, wie wenn man versuchte, ein eingeseiftes Schwein am Schwanz festzuhalten!“ (zitiert nach *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 982 (dort Fn. 130)).

¹⁷ Abgeleitet von „Directors' and Officers' Liability Insurance“. Vgl. zum gesamten Fragenkreis der D&O-Versicherungen *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung; *Henssler*, in: *Henze/Hoffmann-Becking*, Gesellschaftsrecht 2001, RWS-Forum 20, S. 131 ff.; *Kästner*, AG 2000, 113, 113 ff.; *Kiethe*, BB 2003, 537, 538 ff.; *Lange*, DStR 2002, 1626, 1626 ff.; *Sieg*, DB 2002, 1759, 1759 ff.

¹⁸ Befürchtet wird teilweise eine mit dem Abschluss einer D&O-Versicherung verbundene Verringerung der mit einer persönlichen Haftung verbundenen Präventivwirkung, vgl. *Baums*, Bericht, Rn. 75, S. 114 f.; *Hopt*, GroßkommAktG, § 93 Rn. 519; *Kästner*, AG 2000, 113, 122; a.A. *Henssler*, in: *Henze/Hoffmann-Becking*, Gesellschaftsrecht 2001, RWS-Forum 20, S. 131, 141 f.; *Kollmann*, WM 2003, Sonderbeil. Nr. 1, S. 1, 13. Um dem entgegenzuwirken, empfiehlt Ziffer 3.2 Abs. 2 DCGK die Vereinbarung eines angemessenen Selbstbehalts; vgl. zur nur zurückhaltenden Anwendung gerade dieser Empfehlung v. *Werder*, Executive Summary, S. 2, 4; zur Problematik der Bestimmung der „Angemessenheit“ *Lange*, DB 2003, 1833, 1835 mit dem Hinweis, dass die Versicherungswirtschaft inzwischen wie bereits von vermutet (*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Kodex-Kommentar, Rn. 394 (dort Fn. 592)) mit Entwicklung einer „D&O-Selbstbehalts-Versicherung“ auf die Kodexempfehlung reagiert hat.

¹⁹ *Baums*, FAZ v. 23.02.2002, S. 17.

²⁰ *Lutter*, FAZ v. 22.02.2002, S. 20.