

**Corporate Governance
als Problemlösungsstrategie
bei der GmbH**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades**

Doctor rerum politicarum

**vorgelegt und angenommen
an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaft
der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg**

Verfasserin:	Christine Konnertz-Häußler
Geburtsdatum und -ort:	22. Januar 1974 in Neuss
Arbeit eingereicht am:	09. Januar 2010
Gutachter der Dissertation:	Professor Dr. Ulrich Burgard Professor Dr. Thomas Spengler
Datum der Disputation:	07. Dezember 2010

*Meiner lieben Mutter und
zum Andenken an meinen Vater*

GROSSER DANK

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater *Herrn Professor Dr. Ulrich Burgard* für die intensive Betreuung meiner Dissertation. Zugleich danke ich ihm für meine Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem *Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Law and Economics an der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg*. Dieser Lebensabschnitt wird für mich immer in schöner Erinnerung bleiben. *Herrn Professor Dr. Thomas Spengler* danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden habe ich viele kleine und große Denkanstöße zu verdanken.

Meinen Eltern danke ich dafür, dass sie stets an mich geglaubt und mich bei allen meinen Vorhaben in jeder Hinsicht unterstützt haben. Für meinen Vater war meine Promotion ein Herzenswunsch, dessen Erfüllung er leider nicht mehr miterleben kann. Besonders danken möchte ich auch *meinem Mann* für die stets aufmunternden Worte und seine nicht endende Geduld.

Außerdem danke ich *Frau Dr. Alexandra Schroll* sowie *Frau Jessica Naundorf* für ihre hilfreichen Tipps bzw. die unkomplizierte Versorgung mit Material für die Disputation. Mein Dank gilt aber auch all den *wissenschaftlichen Hilfskräften*, die in den letzten Jahren an dem oben genannten Lehrstuhl gearbeitet und Berge von Kopien für mich gemacht haben.

Christine Konnertz-Häußler

INHALTSÜBERSICHT

§ 1 EINLEITUNG	1
A. Einführung	1
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	2
C. Begriff der Corporate Governance	3
D. Die geschichtliche Entwicklung der Corporate Governance-Diskussion und ihre Bedeutung für die GmbH	10
E. Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen	26
F. Kausalität.....	40
G. Zusammenfassung.....	44
§ 2 DIE PROBLEMBEREICHE DER GMBH	47
A. Die Probleme der Rechtsform GmbH	47
B. Maßnahmen des Gesetzgebers zur Problembhebung bei der GmbH.....	63
C. Zusammenfassung	75
§ 3 ÜBERTRAGBARKEIT DER ZIELE VON CORPORATE GOVERNANCE- MASSNAHMEN AUF DIE GMBH UND EINSATZ DER ZIELE ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH.....	79
A. Übertragbarkeit der Ziele von Corporate Governance auf die GmbH.....	79
B. Übertragbarkeit der Ziele zur Problemlösung bei der GmbH.....	85
C. Zusammenfassung	89

§ 4 DIE ANWENDBARKEIT VON CORPORATE GOVERNANCE-KODIZES AUF DIE GMBH	91
A. Die OECD-Grundsätze der Corporate Governance	91
B. Deutscher Corporate Governance Kodex.....	93
C. Governance Kodex für Familienunternehmen	108
D. Derivate Kodex	111
E. Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften.....	112
F. Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft.....	113
G. OECD-Guidelines on Corporate Governance of Stateowned Enterprises	114
H. Staatliche Kodizes für staatliche Unternehmen – Der Public Corporate Governance-Kodex (PCGK).....	115
I. Zusammenfassung.....	118
§ 5 DER DEUTSCHE CORPORATE GOVERNANCE KODEX ALS MITTEL ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH	121
A. Unterschiede bei AG und GmbH und ihre Relevanz bei der Kodexanwendung ..	122
B. Zusammenfassung	148
§ 6 EIN EIGENER CORPORATE GOVERNANCE-KODEX FÜR DIE GMBH	151
A. Vorteile	151
B. Nachteile	152
C. Struktur und Inhalte sowie Entwurf eines GmbH-Kodexes	153
D. Der Corporate Governance Kodex für die GmbH.....	201
§ 7 DIE FREIWILLIGE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG DER GMBH	215
A. Vorteile einer freiwilligen Entsprechenserklärung für die GmbH.....	215
B. Nachteile einer freiwilligen Abgabe der Entsprechenserklärung	217

Inhaltsübersicht

C. Zusammenfassung	236
§ 8 EINE OBLIGATORISCHE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG FÜR DIE GMBH?237	
A. Gründe für eine Beschränkung des Adressatenkreises des § 161 AktG a. F. und des § 161 AktG n. F.....	237
B. Adressatenkreis, Inhalte und Verhältnismäßigkeit einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift	240
§ 9 SCHLUSSBETRACHTUNGEN	245
LITERATURVERZEICHNIS	248
RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	288
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	295

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG	1
A. Einführung	1
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	2
C. Begriff der Corporate Governance	3
I. Übersetzung.....	3
II. Definitionen und Inhalte	4
D. Die geschichtliche Entwicklung der Corporate Governance-Diskussion und ihre Bedeutung für die GmbH	10
I. Späte Anfänge der Corporate Governance-Diskussion in Deutschland	10
II. Wichtige Corporate Governance-Entwicklungen des Aktien- und GmbH-Rechts ...	10
III. Kodizes und Verhaltensstandards in Deutschland	17
IV. Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft zur Corporate Governance	19
E. Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen	26
I. Förderung des Unternehmenserfolgs	27
II. Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts.....	27
III. Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen.....	30
IV. Stärkung von Transparenz und Kontrolle	31
V. Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II.....	34
VI. Reputationsgewinn	37
VII. Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes	38
VIII. Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance	39
F. Kausalität	40
I. Kausalität zwischen guter Corporate Governance und Unternehmenserfolg	40
II. Der Glaube an die positiven Effekte guter Corporate Governance	44
G. Zusammenfassung	44

§ 2 DIE PROBLEMBEREICHE DER GMBH	47
A. Die Probleme der Rechtsform GmbH	47
I. Mangel an Eigenkapital und Insolvenzanfälligkeit der GmbH.....	47
II. Konkurrenzfähigkeit der GmbH.....	51
III. Fehler bzw. bewusst schädigende Handlungen der Geschäftsführer und insb. der Gesellschafter	57
B. Maßnahmen des Gesetzgebers zur Problembhebung bei der GmbH.....	63
I. Maßnahmen gegen die Unterkapitalisierung	63
II. Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Rechtsform GmbH im Konkurrenzkampf mit ausländischen Gesellschaften	66
III. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Vermeidung von Missbräuchen durch Geschäftsführung und Gesellschafter.....	69
IV. Die Gläubigerstellung verschlechternde Maßnahmen	71
C. Zusammenfassung	75
§ 3 ÜBERTRAGBARKEIT DER ZIELE VON CORPORATE GOVERNANCE- MASSNAHMEN AUF DIE GMBH UND EINSATZ DER ZIELE ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH.....	79
A. Übertragbarkeit der Ziele von Corporate Governance auf die GmbH.....	79
I. Förderung des Unternehmenserfolgs	79
II. Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts.....	80
III. Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen.....	83
IV. Transparenz und Kontrolle.....	83
V. Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II.....	85
VI. Reputationsgewinn.....	85
VII. Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes	85
VIII. Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance	85
B. Übertragbarkeit der Ziele zur Problemlösung bei der GmbH.....	85
I. Mangel an Eigenkapital und Insolvenzanfälligkeit.....	86
II. Wettbewerbsfähigkeit im Konkurrenzkampf mit ausländischen Rechtsformen	87
III. Managementfehler bzw. häufiger Missbrauch der Rechtsform	88

C. Zusammenfassung	89
§ 4 DIE ANWENDBARKEIT VON CORPORATE GOVERNANCE-KODIZES AUF DIE GMBH	91
A. Die OECD-Grundsätze der Corporate Governance	91
I. Allgemeines.....	91
II. Inhalte	91
III. Adressatenkreis.....	92
IV. Rechtliche Verbindlichkeit.....	93
B. Deutscher Corporate Governance Kodex.....	93
I. Allgemeines.....	93
II. Inhalte	94
III. Adressatenkreis des DCGK.....	94
IV. Die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG n. F.....	96
V. Rechtliche Verbindlichkeit.....	98
C. Governance Kodex für Familienunternehmen	108
I. Allgemeines.....	108
II. Inhalte	108
III. Adressatenkreis.....	109
IV. Rechtliche Verbindlichkeit.....	110
D. Derivate Kodex	111
E. Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften.....	112
F. Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft	113
G. OECD-Guidelines on Corporate Governance of Stateowned Enterprises	114
H. Staatliche Kodizes für staatliche Unternehmen – Der Public Corporate Governance-Kodex (PCGK).....	115
I. Allgemeines.....	115
II. Inhalte	116
III. Adressatenkreis.....	116
IV. Rechtliche Verbindlichkeit.....	117
I. Zusammenfassung.....	118

§ 5 DER DEUTSCHE CORPORATE GOVERNANCE KODEX ALS MITTEL ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH.....	121
A. Unterschiede bei AG und GmbH und ihre Relevanz bei der Kodexanwendung ..	122
I. Vorstand der AG und Geschäftsführer der GmbH.....	122
II. Gesellschafterversammlung bei AG und GmbH	126
III. Stellung des Aufsichtsrats bei AG und GmbH.....	129
IV. Der Beirat bei der GmbH und der AG	138
V. Anleger- und Gläubigerschutz.....	139
VI. Wirkung von gesetzlichen Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen auf die GmbH.....	147
B. Zusammenfassung	148
§ 6 EIN EIGENER CORPORATE GOVERNANCE-KODEX FÜR DIE GMBH.....	151
A. Vorteile	151
B. Nachteile	152
C. Struktur und Inhalte sowie Entwurf eines GmbH-Kodexes	153
I. Präambel.....	153
II. Vorüberlegungen zum allgemeinen Aufbau und insb. zur Verortung gläubigerschützender Vorschriften.....	157
III. Gesellschafter und Gesellschafterversammlung	157
IV. Geschäftsführer	166
V. Aufsichtsrat.....	174
VI. Zusammenwirken von Geschäftsführern und Aufsichtsrat.....	180
VII. Beiräte	184
VIII. Transparenz	184
IX. Rechnungslegung und Abschlussprüfung	186
X. Gläubigerschutz.....	189
D. Der Corporate Governance Kodex für die GmbH.....	201

§ 7 DIE FREIWILLIGE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG DER GMBH.....	215
A. Vorteile einer freiwilligen Entsprechenserklärung für die GmbH.....	215
B. Nachteile einer freiwilligen Abgabe der Entsprechenserklärung	217
I. Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften.....	217
II. Haftungsfragen.....	218
III. Geldbußen wegen fehlerhafter Prospekte.....	235
C. Zusammenfassung	236
§ 8 EINE OBLIGATORISCHE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG FÜR DIE GMBH? 237	
A. Gründe für eine Beschränkung des Adressatenkreises des § 161 AktG a. F. und des § 161 AktG n. F.....	237
I. BT-Drucks. 14/8769.....	238
II. Materialien und insb. Bericht der Regierungskommission Corporate Governance zu § 161 AktG a. F.	238
III. Materialien zu § 161 AktG n. F.....	239
IV. Ergebnis der Auswertung	240
B. Adressatenkreis, Inhalte und Verhältnismäßigkeit einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift	240
I. Adressatenkreis einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift	241
II. Inhalte einer § 161 AktG n. F. entsprechenden Vorschrift.....	241
III. Verhältnismäßigkeit einer obligatorischen Entsprechenserklärung, Art. 20 Abs. 3 GG.....	241
§ 9 SCHLUSSBETRACHTUNGEN	245
LITERATURVERZEICHNIS	248
RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	288
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	295

§ 1 EINLEITUNG

A. Einführung

Noch vor wenigen Jahren gehörte der Begriff „*Corporate Governance*“ zu den Anglizismen, die plötzlich auftreten und die jeder so benutzt als fehlte bislang die richtige Vokabel oder der richtige Mechanismus zur Lösung eines Problems. Allein der Begriff schien die Problemlösung einen Schritt näher zu bringen.

Ursache für sein vermehrtes Auftauchen in Deutschland waren verschiedene Fälle von Missmanagement vor allem in US-amerikanischen, aber auch in deutschen Unternehmen, die die nationalen und internationalen Kapitalmärkte und das Vertrauen der Anleger im Jahre 2002 erschütterten. Bisherige Regelungsmechanismen schienen nicht mehr ausreichend, um das Management zu einer guten Unternehmensführung anzuhalten. Corporate Governance kam als eine Art Allheilmittel, das jede schlechte Unternehmensführung in eine gute verwandeln könnte. Man müsse nur genauere und bessere Verhaltensstandards für Unternehmen aufstellen und schon würde sich der Erfolg von Unternehmen verbessern.

Mittlerweile ist die große Welle der Corporate Governance-Debatte abgeflacht. Vorbei ist die Zeit in der man in Tageszeitungen und Fachzeitschriften nahezu täglich über Corporate Governance-Maßnahmen berichtete. Ein Grund für dieses Abflachen ist, dass die Schlagzeilen über große Unternehmenskrisen zu Beginn dieses Jahrhunderts zwischenzeitlich durch neuere aktuellere Themen abgelöst wurden. Ein weiterer Grund ist, dass Corporate Governance innerhalb kurzer Zeit durch die Aufstellung zahlreicher Corporate Governance-Kodizes ihren festen Platz in vielen Unternehmen gefunden hat. Hierzu hat in Deutschland vor allem die Pflicht zu einer Abgabe einer Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, die zunächst ausschließlich für börsennotierte Gesellschaften galt, beigetragen.

Als das erwünschte Wundermittel hat sich Corporate Governance freilich nicht erwiesen. Sie hat sich aber in das System der Unternehmensführung integriert und ist zu einem wichtigen Aspekt geworden, der sich nicht mehr aus der Unternehmensorganisation wegdenken lässt. Richtig ist, dass von § 161 AktG erfasste Unternehmen gesetzlich dazu gezwungen sind, sich mit ihrer Corporate Governance auseinander zu setzen. Daneben sind aber auch andere Unternehmen durch diverse Corporate Governance-Kodizes aufgerufen, ihre Corporate Governance zu verbessern. Als Kontrollinstrumente dienen Anleger, Gläubiger, wie Banken oder Lieferanten, und die Öffentlichkeit.

Nicht auszuschließen ist, dass die Corporate Governance-Debatte durch die derzeitige Finanzkrise, welche durch die Bündelung und den Weiterverkauf unzureichend gesicherter, US-amerikanischer Immobilienkredite ausgelöst wurde, neu aufleben wird. Es mehren sich Stimmen, die nach einer stärkeren Regulierung des Finanzmarktes und starken unternehmensinternen Kontrollmechanismen verlangen.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Trotz der „*Literaturberge*“,¹ die über Corporate Governance geschrieben wurden, finden sich immer noch zahlreiche ungeklärte Fragen. Mittelpunkt dieser Arbeit ist die Corporate Governance in der GmbH. Ihr Ziel ist die Klärung der Frage, ob Corporate Governance-Maßnahmen zur Lösung der Probleme der Rechtsform GmbH sinnvoll sind und wenn ja, welche Maßnahmen die GmbH zur Verbesserung ihrer Corporate Governance ergreifen kann.

Dazu werden in § 1 einleitend der Begriff „*Corporate Governance*“ definiert und seine Inhalte geklärt. In diesem Zusammenhang werden der juristische und ökonomische Blickwinkel auf die Corporate Governance beleuchtet und die möglichen Regelungsebenen für Corporate Governance-Maßnahmen, nämlich Gesetzgebung, Selbstregulierung der Wirtschaft durch Kodizes und unternehmensinterne Verhaltenskodizes erörtert. Es folgt eine kurze Darstellung der *geschichtlichen Entwicklung der Corporate Governance-Diskussion* in Deutschland und Europa sowie der *Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen*. Dies dient einer genauen Bestandsaufnahme der Corporate Governance-Situation für die AG und die GmbH und verdeutlicht, welche Corporate Governance-Maßnahmen derzeit für die Zukunft geplant sind.

In § 2 werden die *drei großen Problemfelder der GmbH* dargestellt. Dies umfasst die Themenkreise *erstens* mangelnde Eigenkapitalausstattung, *zweitens* Wettbewerbsfähigkeit mit anderen europäischen Gesellschaftsformen sowie *drittens* Fehler der Geschäftsführung und Missbrauch der Rechtsform. Es folgt eine Erörterung derjenigen Maßnahmen, die zur Lösung dieser Probleme bereits durchgeführt wurden oder angestrebt sind.

Anschließend werden in § 3 die *Ziele von Corporate Governance* behandelt und die Frage erörtert, ob die ermittelten Ziele zu einer *Problemlösung* der zuvor behandelten Problemfelder bei der GmbH beitragen können.

In § 4 werden die *wichtigsten bestehenden Kodizes im Bereich der Corporate Governance* mit Relevanz für deutsche Gesellschaften vorgestellt und ihr Inhalt, ihre Bedeutung und ihre rechtliche Verbindlichkeit für die GmbH untersucht. Da der *Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)* aufgrund seiner gesetzlichen Verankerungen in § 161 AktG von besonderer Bedeutung unter den Kodizes ist, wird auf diesen besonderes Gewicht bei den Erörterungen gelegt.

In der Folge wird in § 5 die *Anwendung des DCGK durch die GmbH* untersucht. Dazu sind zunächst die *Unterschiede zwischen der AG und der GmbH* herauszustellen. Da der DCGK zuvörderst für die deutsche börsennotierte AG entwickelt wurde, ist zu vermuten, dass sich diese Unterschiede bei der Anwendung des DCGK durch die GmbH auswirken. Folglich ist zu erforschen, ob und auf welche Weise die einzelnen Kodexregeln auf die GmbH Anwendung finden können. Hierbei ist darauf einzugehen, inwiefern auch für die GmbH die im

¹ Lutter, Jura 2002, 83 f.; Weber spricht von „kaum mehr überschaubaren Literaturbergen“ zum Thema Corporate Governance, s. NJW 2004, 28, 35, und Wiesner davon, dass „... so mancher das angelsächsische Doppeltwort inzwischen nicht mehr hören [mag]...“, ZIP 2003, 977.

§ 1 Einleitung

Kodex vorgenommene *Dreiteilung in Wiedergabe der gesetzlichen Regelungen, Empfehlungen und Anregungen* Geltung entfaltet.

In § 6 ist zu klären, ob ein eigener für die GmbH ausgearbeiteter Kodex aufgestellt werden sollte. Neben der Erörterung der *Vor- und Nachteile* eines auf die GmbH zugeschnittenen Corporate Governance-Kodexes hat eine Ausarbeitung des *Adressatenkreises* und der *möglichen Inhalte* eines solchen Kodexes stattzufinden. Im Anschluss daran soll ein *Corporate Governance Kodex für die GmbH* entworfen werden.

Des Weiteren wird in § 7 die *Abgabe der freiwilligen Entsprechenserklärung* bei der GmbH analysiert. Hierbei wird auf die Vor- und die Nachteile einer freiwilligen Abgabe der Erklärung eingegangen. Einen wichtigen, ebenfalls zu untersuchenden Themenkomplex in diesem Zusammenhang bildet die Frage der Haftungsrisiken von GmbH bei Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung.

Es bleibt in § 8 zu erörtern, ob die *Einführung einer obligatorischen Entsprechenserklärung* durch eine dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift in das GmbHG für die GmbH sinnvoll ist. Dabei ist auf die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Norm einzugehen und insb. deren Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

In § 9 finden sich zusammenfassende Schlussbetrachtungen.

C. Begriff der Corporate Governance

I. Übersetzung

Der Begriff „*Corporate Governance*“ wird in der deutschen Aktienrechtsdiskussion erst seit etwas über zehn Jahren verwandt. Er stammt aus dem anglo-amerikanischen und ist nicht adäquat ins Deutsche zu übersetzen.² Versucht man sich dennoch an einer Übersetzung, so scheint es am sinnvollsten, die Begriffe der Unternehmensführung,³ Unternehmensverfassung⁴ oder angemessenen Unternehmensorganisation⁵ heranzuziehen. In der Literatur finden sich für Corporate Governance auch Übersetzungen wie Unternehmensaufsicht⁶, Unternehmensüberwachung⁷ oder Unternehmenskontrolle⁸, diese sind jedoch regelmäßig zu eng gefasst, da sie nur Teilbereiche des weiter verstandenen Begriffs abdecken. In dieser Arbeit findet eine Übersetzung des Anglizismus ins Deutsche nicht statt, da sich der Begriff „*Cor-*

² Lutter, Jura 2002, 83.

³ Schünemann nennt neben der Übersetzung in "*Unternehmensverfassung*" auch den Begriff "*Unternehmensführung*" tendiert aber selbst zu ersterem, s. VW 2003, 26 f.

⁴ Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 2; ders. in: Handbuch Corporate Governance, S. 4; Schwintowski, NVwZ 2001, 607; Bartz, JA 2003, 905, 906; Große/ Boos, WM 2006, 1177.

⁵ Feddersen/ Hommelhoff/ Schneider, U. H. in: Corporate Governance, S. 1.

⁶ Hausch, Corporate Governance im deutschen Mittelstand, S. 33 m. w. Nw.

⁷ Nassauer, Corporate Governance und die Internationalisierung von Unternehmungen, S. 1, 7; Herzig/ Wartin, ZfbF 1995, 775.

⁸ Hausch, Corporate Governance im deutschen Mittelstand, S. 33 m. w. Nw.

porate Governance“ in der deutschen Sprache bereits durchgesetzt hat. Zu untersuchen ist hingegen, was genau unter diesem Begriff verstanden wird, also was unter den Themenkomplex „Corporate Governance“ fällt und was unter „guter“ Corporate Governance verstanden wird.

II. Definitionen und Inhalte

1. Begriffsdefinitionen zur „Corporate Governance“

Für den Begriff „Corporate Governance“ gibt es im deutschsprachigen Rechtskreis weder eine Legaldefinition noch hat sich bislang eine gängige Definition in der Literatur etabliert.⁹ Stattdessen finden sich in der juristischen und ökonomischen Literatur verschiedene Umschreibungen, was darauf beruhen mag, dass Corporate Governance ein umfassender und schwer fassbarer Begriff ist.¹⁰ Dies liegt insb. daran, dass es kein global einheitliches Model von Corporate Governance gibt,¹¹ was darauf zurückzuführen ist, dass auch das Gesellschaftsrecht in den verschiedenen Ländern differiert.

In der deutschen juristischen Literatur beschreibt *Lutter* Corporate Governance mit der „Sicherung und [...] Gewährleistung einer unabhängigen, getreuen, wert- und erfolgsorientierten Unternehmensführung.“¹², *U. H. Schneider* definiert sie in erster Linie als „rechtliche Entscheidungsorganisation im Unternehmen, insbesondere die Zuständigkeiten und Aufgaben der obersten Leitungsorgane“¹³ und *v. Werder* als „den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens.“¹⁴

Ökonomen definieren den Begriff „Corporate Governance“ häufig nicht allgemein, sondern auf ihren jeweiligen Untersuchungsgegenstand bezogen.¹⁵ Eine allgemeine Definition findet sich bei *Nassauer*, der Corporate Governance als Synonym für den Begriff „Unternehmenskontrolle“ begreift, der „die Gesamtheit aller Maßnahmen [bezeichnet], die gewährleisten sollen, dass die mit der Unternehmung verfolgten Ziele bestmöglich erreicht werden.“¹⁶

⁹ *Schünemann*, VW 2003, 26.

¹⁰ *Fürst* in: Werte- und Reputationsmanagement S. 26 f.

¹¹ *Schneider*, *U. H./Strenger*, AG 2000, 106, 107.

¹² *Lutter*, Jura 2002, 83, 84.

¹³ *Schneider*, *U. H.*, DB 2000, 2413.

¹⁴ *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 1; *ders.* in: Handbuch Corporate Governance, S. 4; so auch *PWC/ BDI*, Corporate Governance in Deutschland S. 7 und *Hopt/ Wymeersch*, Comparative corporate governance, S. 1 ff.; *Kollmann* ergänzt diese Definition, indem sie Corporate Governance als "den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für eine verantwortungsvolle, auf langfristige Wertschöpfung ausgerichtete Unternehmensleitung und -kontrolle" definiert, s. WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 3, 4.

¹⁵ Vgl. die Ausführungen von *Suter*, Corporate Governance & Management Compensation, S. 116 ff.

¹⁶ *Nassauer*, Corporate Governance und die Internationalisierung von Unternehmungen, S. 7; weitere ökonomische Definitionen finden sich bei *Prigge*, ZBB 2007, 89, 90.

§ 1 Einleitung

Eine Auflistung zahlreicher – auch internationaler – Definitionen findet sich bereits in der Literatur¹⁷, so dass der interessierte Leser hierauf zurückgreifen möge.

2. Unterschiedliche Schwerpunkte der juristischen und ökonomischen Betrachtung

Bei der Auslegung des Begriffs „*Corporate Governance*“ kommt es stets auf den Schwerpunkt der jeweiligen Betrachtung an. Betonung finden soll, dass die Thematik in der Rechtswissenschaft und der Wirtschaftswissenschaft eine unterschiedliche Ausrichtung erfährt. Im juristischen Fokus steht die Schaffung eines Rahmens in Form von verbindlichen oder unverbindlichen Regeln und deren regelgerechte Umsetzung. Demgegenüber legt der Ökonom sein Augenmerk auf die Suche einer für Unternehmen sinnvollen, m. a. W. dem Unternehmenserfolg dienenden, *Corporate Governance*-Strategie. Dabei geht es ihm insb. darum einen Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Stakeholder-Gruppen zu finden und „*das Verhalten der Manager im Sinne der Kapitalgeber zu disziplinieren*“.¹⁸ Besondere Beachtung findet in der Ökonomie der Prinzipal-Agenten-Konflikt und das damit einhergehende Problem von Informationsasymmetrien und ihrer Optimierung^{19, 20}.

3. „Gute“ Corporate Governance

Ist von einer „guten“ *Corporate Governance*²¹ die Rede, so ist der Inhalt dieses Begriffs ebenso wie der Begriff „*Corporate Governance*“ vom jeweiligen Kontext abhängig. Es ist grundsätzlich zwischen der Aufstellung eines Regelungsrahmens zur *Corporate Governance* und dessen Umsetzung im Unternehmen zu unterscheiden. Da allerdings beide Aspekte regelmäßig miteinander verbunden sind und zusammen gehören, ist mit guter *Corporate Governance* i. d. R. ein sinnvolles, auf die speziellen Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnittenes Regelwerk für eine zweckmäßige Organisation und Führung des Unternehmens gemeint, welches besonders sinngemäß und tauglich von einem Unternehmen umgesetzt und den Interessen der stakeholder gerecht wird²². Die stakeholder eines Unternehmens sind all diejenigen, die ein Interesse am Erfolg des Unternehmens und somit an der Optimierung

¹⁷ Hausch, *Corporate Governance im deutschen Mittelstand*, S. 33 ff., hier sei insb. auf die Tabelle auf S. 39 verwiesen, in der die Quellen verschiedenster Definitionen angegeben sind; Raschig, *Corporate Governance in nicht börsennotierten Gesellschaften*, S. 10 ff.; Fürst in: *Werte- und Reputationsmanagement*, S. 27; Maucher, *Kreditwesen* 2007, 278; Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann, *European Financial Management*, 2004 (Vol. 10 No. 2), 267, 270.

¹⁸ Nassauer, *Corporate Governance und die Internationalisierung von Unternehmungen*, S. 1, 7; Gischer/ Reichling/ Stiele, beschreiben die Unterschiede zwischen der angelsächsischen und der kontinentaleuropäischen *Corporate Governance* s. *Kreditwesen* 2007, 280.

¹⁹ Siehe unten S. 27.

²⁰ Kreuz, *ZRP* 2007, 50, 52; Suter, *Corporate Governance & Management Compensation*, S. 116 ff.

²¹ Schneider, *U. H.*, DB 2000, 2413.

²² Siehe unten S. 29.

§ 1 Einleitung

seiner Corporate Governance haben. Dies sind insb. Anteilseigner, Gläubiger, Mitarbeiter, aber auch der Staat und die Öffentlichkeit.²³

Hervorgehoben werden sollte, dass es sich bei dem Streben nach guter Corporate Governance nicht um ein Verfahren handelt, das mit seiner Umsetzung abgeschlossen ist, sondern es sich bei der Verbesserung der Corporate Governance um einen anhalten Prozess handelt. Corporate Governance-Maßnahmen unterliegen ähnlich wie Gesetze einem gewissen Wandel der Zeit, da sich die der Corporate Governance zugrunde liegenden Umstände wandeln können. Die Güte der Corporate Governance hängt zudem stets von der Struktur des Gesellschaftsrechts und aufgrund ihrer Relativität von der Güte der Corporate Governance anderer Unternehmen ab. Da es bislang keine objektiven Ratingkriterien im Bereich Corporate Governance gibt, ist ihre Beurteilung schwierig.²⁴

4. Regelungsinhalte

Betrachtet man die Vorschriften zur Corporate Governance von Unternehmen, so können diese in interne und externe Regelungen unterteilt werden.²⁵

Bei Ersteren wird eine Innensicht des Unternehmens vorgenommen, bei der primär die Struktur der Organe, wie etwa das Vorhandensein eines Vorstandes und Aufsichtsrates sowie der Aufbau, die Zusammensetzung und die personelle Besetzung dieser Organe Berücksichtigung finden. Ebenfalls zu den internen Regelungen gehören Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Unternehmensorgane sowie die Haftung der Leitungsorgane. Interne Regeln sind zudem solche zur Rechnungslegung und Abschlussprüfung.

Bei einer Außensicht werden Regelungen zur Unternehmensführung in Bezug auf die stakeholder des Unternehmens fokussiert. Zu diesen Vorschriften gehören insb. Vorschriften zu Anlegerrechten und zu Offenlegung und Transparenz wie beispielsweise zur Veröffentlichung von Managemententscheidungen, Insiderfakten oder Informationen zur Hauptversammlung. Erfasst werden von dieser weiteren Außensicht auch solche Regeln, die sich auf das Verhalten von Mitarbeitern beziehen²⁶.

5. Regelungsebenen

Regeln zur Corporate Governance können nicht nur inhaltlich sehr unterschiedlich ausfallen und eine unterschiedliche Schwerpunktsetzung beinhalten, sie können auch unterschiedlichen Ursprungs sein.

²³ Vgl. Art. 1 S. 3 Präameln DCGK; Siehe hierzu *Kübler* in: FS Zöllner S. 324 f.

²⁴ *Prigge/ Offen*, ZBB 2007, 89, 93, 100.

²⁵ *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v.*, Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 1; *PWC/ BDI*, Corporate Governance in Deutschland S. 7; *Zingales*, führt eine Liste verschiedenster Corporate Governance Merkmale auf, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, S. 498; s. auch *Prigge/ Offen*, ZBB 2007, 89, 90.

²⁶ Siehe unten S. 8 ff.

§ 1 Einleitung

a) Gesetzliche Corporate Governance-Vorschriften

Zum *einen* können Corporate Governance-Vorschriften legislativen Charakter haben, wobei hier sowohl obligatorische als auch fakultative Vorschriften möglich sind. So finden sich in Deutschland viele Vorschriften zur Unternehmensführung verstreut in verschiedenen Gesetzen wie bspw. solchen zum Handels- und Gesellschaftsrecht sowie zum Mitbestimmungs- und Kapitalmarktrecht.

b) Kodizes internationaler Organisationen oder der Wirtschaft

Corporate Governance-Regeln können aber auch von internationalen Organisationen oder von Personen aus dem Bereich des Privatrechts stammen und nur eingeschränkt obligatorisch oder ausschließlich fakultativ sein, sog. *soft law*²⁷. In Form eines Kodexes oder als Grundsätze fassen diese ausgewählte Corporate Governance-Vorschriften in einem Dokument zusammen und haben gegenüber gesetzlichen Corporate Governance-Vorschriften regelmäßig den Vorteil der größeren Übersichtlichkeit und aufgrund von Simplifizierungen den Vorteil der besseren Verständlichkeit, jedoch zugleich den Nachteil der fehlenden Vollständigkeit und Präzision. Derartige Kodizes können verschiedene Adressaten haben, z. B. rechtsformspezifisch oder branchenspezifisch sein, und sich inhaltlich auf bestimmte Corporate Governance-Aspekte beschränken. Eine Konkretisierung des Adressatenkreises ist i. d. R. notwendig, um auf die Besonderheiten und Problembereiche der jeweiligen Rechtsform oder des Geschäftsgebietes eingehen zu können. So existieren z. B. bereits branchenspezifische Kodizes für Banken²⁸ und Asset Management Gesellschaften²⁹ und werden für die Versicherungsbranche angeregt.³⁰ Da es sich bei unternehmensübergreifenden Kodizes internationaler Organisationen und selbstregulierenden Kodizes der Wirtschaft regelmäßig um rechtlich unverbindliche Vorschriften handelt, finden sie innerhalb eines Unternehmens keine unmittelbare Anwendung und bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der unternehmensinternen Umsetzung.

²⁷ *Soft law* wird von wirtschaftlichen Akteuren auf eigene Initiative, in Zusammenarbeit mit dem Staat oder mit anderen nichtstaatlichen Akteuren erlassen. Es setzt sich aus einer Reihe verschiedener Instrumente zusammen, auf deren Anwendung man sich verständigt hat und die in der Regel keine Gesetzeskraft haben (http://www.bundestag.de/gremien/welt/glob_end/10_3_4.html); s. weiter zum *soft law* unten S. 100 f.; s. auch zu den Vorteilen des *soft laws* *Salje* in: Corporate Governance - Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage, S. 55.

²⁸ Corporate Governance-Leitfaden des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, bei dem es sich um Empfehlungen ggü. der Bankenaufsicht handelt (<http://www.bis.org/publ/bcbs122.pdf>); zu diesem Leitfaden *Große/Boos*, WM 2006, 1177, 1179.

²⁹ Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften vom 27.04.2005, der an Kapitalanlagegesellschaften, Lebensversicherungen und Pensionskassen gerichtet ist (http://www.ecgi.org/codes/documents/code_am_companies_apr2005_de.pdf); s. weiter unten S. 112 f.

³⁰ *Schünemann*, VW 2003, 26 ff.

c) Unternehmensspezifische Corporate Governance-Kodizes und Verhaltenskodizes

Corporate Governance-Regeln finden sich zudem in Unternehmensverfassungen, unternehmenseigenen Corporate Governance-Kodizes oder unternehmensinternen Verhaltenskodizes. Mit diesen drei Instrumentarien, die nicht scharf voneinander zu trennen sind, wollen Unternehmen bestimmte Regeln wie etwa gesetzliche Vorschriften, übergeordnete Kodizes oder Regelungen zum Mitarbeiterverhalten sowie zu berufsethischen Anforderungen in die Unternehmensführung integrieren³¹ und damit intern sicherstellen und zum Teil nach außen publizieren, dass sie eine gute Corporate Governance pflegen. Durch die Einführung unternehmensinterner Corporate Governance-Kodizes oder Verhaltensstandards wird das Unternehmen in die Lage versetzt, seine Vorschriften auf seine jeweiligen Bedürfnisse zuzuschneiden.

Unternehmensverfassungen können z. B. Gesellschaftsverträge oder Satzungen sein. Sie legen die Grundordnung des Unternehmens,³² d. h. die Organisation eines Unternehmens, die Besetzung sowie die Rechte und Pflichten der Organe und der Anteilseigner fest.

Demgegenüber legen *unternehmenseigene Corporate Governance-Kodizes* die Corporate Governance-Strukturen des Unternehmens dar und ergänzen regelmäßig die Unternehmensverfassung. Häufig ergänzen sie nationale Corporate Governance-Vorschriften und setzen nationale Kodizes wie den DCGK³³ unternehmensintern um. Unternehmenseigene und nationale Kodizes werden regelmäßig nebeneinander angewandt.

Verhaltensvorschriften dienen der Regelung des betrieblichen Ablaufs, wie etwa des Verhaltens der Mitarbeiter untereinander oder des Kundenkontakts. Sie enthalten Compliance-Vorschriften³⁴ und/oder Ethikvorschriften. Erstere sollen sicherstellen, dass die Mitarbeiter in Übereinstimmung mit geltendem Recht, und letztere sollen gewährleisten, dass sie entsprechend geltender Moralvorstellungen handeln. In einigen Branchen, z. B. für Kreditinstitute und Wertpapierdienstleistungsunternehmen, sind Verhaltenskodizes zur Konkretisierung gesetzlicher Vorschriften von staatlicher Seite vorgeschrieben.³⁵ In der Literatur sind sie häufig auch unter den Bezeichnungen „*Codes of Conduct*“ oder „*Codes of Ethics*“ zu fin-

³¹ Semler/ Wagner, NZG 2003, 553, 556.

³² Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 497, 998.

³³ Siehe z. B. die Corporate Governance Grundsätze der SAP AG (http://www.sap.com/germany/company/governance/pdf/Corp_Gov_Grundsaeetze.pdf).

³⁴ Zum Begriff „*Compliance*“ s. Hauschka, ZRP 2006, 258 ff.; Scharpf, Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls, S. 2 ff.

³⁵ Z. B. für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute s. Bekanntmachung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen und des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel über Anforderungen an Verhaltensregeln für Mitarbeiter der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in Bezug auf Mitarbeitergeschäfte vom 07.06.2000, BAnz Nr. 131 v. 15.07.2000, S. 13790; für Wertpapierdienstleistungsunternehmen s. Richtlinie zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 33 Abs. 1 WpHG vom 25.10.1999; BAnz Nr. 210 v. 6.11.1999, S. 18 S. 453; s. hierzu auch Mülbart, BKR 2006, 349, 354; s. auch Leitlinien zur Verbesserung der Unternehmensführung in Banken des Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht (<http://www.bis.org/publ/bcbs122de.pdf>).

§ 1 Einleitung

den.³⁶ Diese Begriffe sind aber nicht eng definiert und können je nach dem Kontext auch unternehmensübergreifende Kodizes wie die oben erwähnten branchenspezifischen Kodizes meinen. Ihren Ursprung haben Verhaltens- und Ethikrichtlinien in den USA. Es müssen beispielsweise alle an der New Yorker Börse gelisteten Unternehmen nach Regel 10 Section 303A Corporate Governance Listing Standards³⁷ einen „*code of business standards and ethics*“ aufstellen und veröffentlichen. Die Unternehmen sind verpflichtet, bestimmte Aspekte in ihren Verhaltenskodex aufzunehmen. Hierzu gehören z. B. die Behandlung von Konflikten zwischen privaten und geschäftlichen Interessen, das Verbot der Ausnutzung von Geschäftschancen, die Geheimhaltung vertraulicher Informationen und ehrliche Handlungsweisen. Zusätzlich werden die Unternehmen angewiesen, ihre Mitarbeiter zu ermuntern, illegales und unethisches Verhalten an eine firmeninterne Stelle zu berichten, ohne dass diese sog. „*whistleblower*“ eine spätere Ahndung ihrer Anzeige befürchten müssen.³⁸

Da es sich bei Verhaltenskodizes nach deutschem Recht um Weisungen des Arbeitgebers handelt, haben sie, soweit sie von seinem Direktionsrecht gedeckt sind, unmittelbaren Einfluss auf das Arbeitsverhältnis.³⁹ Sie entfalten ihre Wirksamkeit in der Regel, indem sie den Mitarbeitern durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers, durch Einbeziehung in den Dienstvertrag oder durch Betriebsvereinbarung auferlegt werden.⁴⁰ Aus diesem Grunde müssen Ethikrichtlinien als empfangsbedürftige Willenserklärungen dem Arbeitnehmer zu ihrer Wirksamkeit zumindest bekannt gemacht werden. Ein Arbeitnehmer, der eine rechtmäßige⁴¹ Ethikrichtlinie nicht beachtet, kann vom Arbeitgeber mit einer Abmahnung bzw. einer Kündigung sanktioniert werden.⁴² Da sie rechtsformunabhängig sind, können sich auch GmbH diesen Formen der Umsetzung von Verhaltensvorschriften bedienen.

Aufmerksamkeit erregten Verhaltensrichtlinien in der Vergangenheit, da Arbeitsgerichte die Frage zu beantworten hatten, ob Verhaltensrichtlinien der betrieblichen Mitbestimmung unterfallen können. Nach der Rechtsprechung ist bei der Beurteilung einer Verletzung bzgl. der einzelnen Regelungspunkte der Richtlinien zu überprüfen, ob Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVerfG verletzt sind.⁴³ Bei Nichtbeachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates liegt nach der herrschenden Unwirksamkeitstheorie deren Nichtigkeit vor.⁴⁴ Da

³⁶ Siehe z. B. die SAP AG Geschäftsgrundsätze für Mitarbeiter in der Fassung vom März 2006 (http://www.sap.com/germany/company/governance/pdf/CoBC_deutsch.pdf).

³⁷ [Http://www.nyse.com/pdfs/section303A_final_rules.pdf](http://www.nyse.com/pdfs/section303A_final_rules.pdf).

³⁸ Zur Mitbestimmungspflicht des Betriebsrates bei der Einführung von Ethikrichtlinien, die Arbeitnehmer zu einer Anzeige bei Ethik-Verstößen verpflichten s. BAG, DB 2003, 287 ff.; *Junker*, BB 2005, 602, 604 f.; Zu der Frage ob Arbeitgeber die Anzeige ihres eigenen strafbaren Verhaltens an staatliche Stellen durch Arbeitnehmer mit einer Kündigung ahnden dürfen s. *Müller*, NZA 2002, 424 ff. und *Sauer*, DÖD 2005, 121 ff.

³⁹ *Schuster/ Darsow*, NZA 2005, 273.

⁴⁰ *Borgmann*, NZA 2003, 352, 353 ff.; *Wisskirchen/ Jordan/ Bissels*, DB 2005, 2190.

⁴¹ *Fockenbrock*, Handelsblatt v. 17.06.2005, S. 9; *Schlautmann/ Keuchel*, Handelsblatt v. 17.06.2005 S. 13; *Borgmann/ Faas*, NZA 2004, 241 ff.

⁴² *Schuster/ Darsow*, NZA 2003, 273, 277; zu den Grenzen s. LAG Düsseldorf DB 2006, 162.

⁴³ ArbG Wuppertal, NZA-RR 2005, 476; LAG Düsseldorf DB 2006, 162.

⁴⁴ BAG, DB 1992, 1579; BAG, DB 2002, 272; *Wisskirchen/ Jordan/ Bissels*, DB 2005, 2190, 2192.

auch die GmbH der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen kann, ist auch bei ihr eine Mitbestimmungspflicht bei der Einführung von Ethikrichtlinien zu berücksichtigen.

Es ist möglich, dass in demselben Unternehmen eine Unternehmensverfassung, ein unternehmensinterner Corporate Governance-Kodex und Verhaltenskodizes für Mitarbeiter bestehen und nebeneinander Anwendung finden.⁴⁵ In Abgrenzung zu Verhaltensrichtlinien haben unternehmensübergreifende Kodizes wie der DCGK keinen unmittelbaren Einfluss auf das Arbeitsverhältnis. Damit eine rechtliche Verbindlichkeit für die Beschäftigten entsteht, bedarf es der unternehmensinternen Verhaltenskodizes entsprechenden Umsetzung.

D. Die geschichtliche Entwicklung der Corporate Governance-Diskussion und ihre Bedeutung für die GmbH

I. Späte Anfänge der Corporate Governance-Diskussion in Deutschland

In Deutschland trat der Begriff „*Corporate Governance*“ erstmals vermehrt im Rahmen der internationalen Corporate Governance-Bewegung in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts auf⁴⁶, wohingegen dieses Thema in den USA bereits seit ca. 30 Jahren erörtert wird.

Da die Corporate Governance-Debatte primär Kind der Globalisierung ist und die AG für ausländische Investoren eine attraktive Kapitalanlage bietet, war es die Gesellschaftsform der AG, die zunächst von dieser Debatte betroffen war. Erst in der neueren Vergangenheit hat das Thema auch für andere Gesellschaftsformen – wie auch die GmbH – an Bedeutung gewonnen.

Das späte Entfachen der Corporate Governance-Debatte in Deutschland im Vergleich zur USA ist auf die hohe Regeldichte obligatorischer aktienrechtlicher Vorschriften (§ 23 Abs. 5 AktG) sowie die Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat und der damit verbundenen Kontrolle⁴⁷ zurückzuführen. Aus diesen Gründen bestand lange Zeit kein Bedarf für Corporate Governance-Regeln.⁴⁸

Im GmbH-Recht fehlt eine dem § 23 Abs. 5 AktG entsprechende Vorschrift, woraus für die GmbH eine weitgehende Satzungsfreiheit folgt. Daher ist die Vermutung naheliegend, das Bedürfnis für Corporate Governance-Regeln sei mangels obligatorischer gesetzlicher Vorschriften bei der GmbH grundsätzlich größer als bei der AG.

II. Wichtige Corporate Governance-Entwicklungen des Aktien- und GmbH-Rechts

Der deutsche Gesetzgeber reagierte auf das weltweite Zusammenwachsen der Märkte, die daraus folgende Konkurrenz der deutschen und US-amerikanischen Börsen, und auf einige

⁴⁵ Sehr anschaulich auf der Homepage der SAP AG abrufbar unter <http://www.sap.com/germany/company/governance/index.epx>.

⁴⁶ Kollmann, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 3, 4 m. w. Nw.

⁴⁷ Zu den Missständen in deutschen Aufsichtsräten s. Deckert, JuS 1999, 736 ff.

⁴⁸ Schneider, U. H., DB 2000, 2413, 2415.

§ 1 Einleitung

Aufsehen erregende Fälle von Missmanagement in den 80er und 90er Jahren des letzten Jahrhunderts – wie etwa bei VW, der Metallgesellschaft und der Bremer Vulkan AG⁴⁹ –, mit einer Reihe von Gesetzen, die das Recht der AG und das Kapitalmarktrecht reformierten.

Zu diesen Gesetzen gehörten das Gesetz für kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts⁵⁰ von 1994 sollte es kleinen und mittleren Unternehmen ermöglichen, einen Börsengang anzustreben und ihren Anteilseignerkreis zu vergrößern. Einige Autoren sehen das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich von 1998 als erstes deutsches Gesetz zur Verbesserung der Corporate Governance an.⁵¹ Wesentliche Elemente des Gesetzes waren Haftungserweiterungen für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer und die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems. Das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz⁵² von 1998 ermöglichte börsennotierten Mutterunternehmen ihren Abschluss nach HGB durch internationale Abschlüsse wie nach IFRS oder US-GAAP zu ersetzen und erleichterte ihnen hierdurch die Kapitalaufnahme an internationalen Kapitalmärkten.⁵³

Zu erwähnen sind zudem die Gesetze zur Förderung des Finanzmarktes. Sie wurden durch das Erste Finanzmarktförderungsgesetz⁵⁴ von 1990 eingeleitet und dienten vor allem einer Steigerung der Attraktivität der deutschen Finanzplätze, welche einem zunehmenden internationalen Wettbewerb ausgesetzt waren. Durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz⁵⁵ von 1994 wurde das Wertpapierhandelsgesetz und mit ihm das Verbot von Insiderhandel sowie Publizitätspflichten hinsichtlich kursbeeinflussender Tatsachen und zur Veränderung von Stimmrechtsanteilen eingeführt. Das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz⁵⁶ von 1998 diente u. a. der Förderung der Aktie und der Erleichterung des Börsengangs für Emittenten⁵⁷. Durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz⁵⁸ von 2002 sollten Anleger verstärkt vor Kurs- und Marktmanipulation geschützt werden, was durch eine stärkere Überwachung und

⁴⁹ S. z. B. *Nassauer*, Corporate Governance und die Internationalisierung von Unternehmen, S. 1.

⁵⁰ Gesetz v. 02.08.1994 (BGBl. I S. 1961-1962).

⁵¹ Gesetz v. 27.04.1998 (BGBl. I S.786-794); *Arnsfeld/ Growe*, Finanz Betrieb, 2006, 715 sehen es als ersten gesetzlichen Standard zur Corporate Governance.

⁵² Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen v. 20.04.1998 (BGBl. I S. 707-709).

⁵³ S. § 292 HGB.

⁵⁴ Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Finanzmärkte - Finanzmarktförderungsgesetz (BGBl. I 1990, S. 266) Es diente der Umsetzung der europäischen Investment-Richtlinie 85/611/EG ABl. EG Nr. L 375 v. 31.12.1985 S. 3 ff.

⁵⁵ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland – Zweites Finanzmarktförderungsgesetz vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1749-); es diente der Umsetzung der europäischen Transparenz-Richtlinie 88/627/EWG v. 12.12.1988, der Insider-Richtlinie 89/592/EWG v. 13.11.1989 und der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG v. 10.05.1993.

⁵⁶ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland v. 24.03.1998 (BGBl. I 1998 529-579).

⁵⁷ BR-Drucks. 605/97, S. 1.

⁵⁸ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland Gesetz v. 21.06.2002 (BGBl. I 2002 S. 2010-2072).

§ 1 Einleitung

der Einräumung von Schadensersatzansprüchen geschehen sollte. Darüber hinaus wurde die Veröffentlichung von Directors' Dealings zur Pflicht.

Im Jahr 2002 bekam die Corporate Governance-Diskussion durch zahlreiche Unternehmensinsolvenzen im US-amerikanischen Raum⁵⁹ aber auch in Deutschland⁶⁰, die ebenfalls auf eine mangelhafte Unternehmensführung zurück zu führen waren, besonderen Antrieb. Auffällig war hierbei, dass auch Großkonzerne – wie etwa Enron (Dez. 2001), als siebtgrößtes US-Unternehmen, Worldcom, als zweitgrößter US-Telekommunikationskonzern, Global Crossing und United Airlines in den USA oder die Phillip Holzmann AG, die Babcock Borsig AG, die Herlitz AG, der Kirch Media Konzern und die Photo Porst AG in Deutschland – betroffen waren.⁶¹ Ein weiteres spektakuläres Börsenereignis in diesem Jahr war zudem das Zusammenbrechen des Neuen Marktes, nachdem zahlreiche in diesem Segment der deutschen Börse notierte Unternehmen insolvent wurden. Über 200 Mrd. Euro der Anleger wurden vernichtet und das Vertrauen in das Anlageobjekt Aktie erschüttert.

1. Sarbanes Oxley Act in den USA

In den USA reagierte die Regierung im Juli 2002 auf diese Entwicklungen mit der Einführung des Sarbanes Oxley Act (SOX). Durch dieses Gesetz wurde nicht nur eine persönliche Haftung des Chief Executive Officers (CEO) und des Chief Financial Officers (CFO) eingeführt, sondern auch deren Strafbarkeit bei fehlerhafter Unternehmensleitung verschärft.⁶² Die meisten der Vorschriften des SOX sind auf Emittenten anwendbar, deren Wertpapiere an einer US-amerikanischen Börse notiert sind. Dies ist unabhängig davon, ob es sich um US-amerikanische Unternehmen handelt oder nicht, so dass auch deutsche Unternehmen unter den Anwendungsbereich fallen können.⁶³

2. Transparenz- und Publizitätsgesetz

Das im Juli 2002 in Deutschland verkündete Transparenz- und Publizitätsgesetz⁶⁴ verpflichtete börsennotierte Gesellschaften durch die Einführung des § 161 AktG zur Abgabe einer Entsprechenserklärung zum DCGK und setzte einen Meilenstein im Bereich der Corporate Governance.

3. 10-Punkte-Plan und Maßnahmenkatalog der Bundesregierung

Im August 2002 stellte die Bundesregierung einen 10-Punkte-Plan zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes auf, den sie im Februar 2003 mit einem Maß-

⁵⁹ Schwarz/ Holland, ZIP 2002, 1661 ff.; Hefendehl, JZ 2004, 18 ff.

⁶⁰ Feddersen/ Hommelhoff/ Schneider, U. H. in: Corporate Governance, S. 4.

⁶¹ Creditreform, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2002, S. 17 ff.

⁶² Krimmer, Sarbanes Oxley compliance, S. 1 ff.; Zu den US-amerikanischen Folgen des Enron-Skandals s. a. Bernhardt, DB 2002, 1841, 1845 f.

⁶³ Hellwig, ECFR 2007, 417, 418 f.

⁶⁴ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität v. 19.07.2002 (BGBl. I S. 2681 - 2687); § 161 AktG a. F. trat am 01.01.2003 in Kraft; Weber, NJW 2003, 18, 24.

§ 1 Einleitung

nahmenkatalog konkretisierte.⁶⁵ Letzterer enthält neben zahlreichen Vorschlägen insb. zur Modifikation des HGB und des AktG unter Punkt 3. Vorschläge zur *"Weiterentwicklung des Deutschen Corporate Governance Kodex, insbesondere zur Transparenz von aktienbasierten oder anreizorientierten Vergütungen („Aktioptionen“) der Vorstände“*.⁶⁶ In der jüngeren Vergangenheit wurde der Maßnahmenkatalog durch eine Vielzahl von Gesetzen wie dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz⁶⁷, dem Wertpapierprospektgesetz⁶⁸, dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz⁶⁹, dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts⁷⁰, und bzgl. des Bilanzrechts und der Abschlussprüfung, durch das Bilanzrechtsreformgesetz⁷¹, das Bilanzkontrollgesetz⁷², das Abschlussprüferaufsichtsgesetz⁷³ und das Wirtschaftsprüfungsexamens-Reformgesetz⁷⁴ umgesetzt.⁷⁵ Von diesen Gesetzen beruhen das Anlegerschutzverbesserungsgesetz⁶⁶, das Wertpapierprospektgesetz und das Bilanzrechtsreformgesetz⁷⁷ zudem auf Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft. Für die

⁶⁵ S. zum Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes

http://www.bmj.bund.de/enid/0,58dbb5706d635f6964092d09313539093a0979656172092d0932303033093a096d6f6e7468092d093032093a095f7472636964092d09313539/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

⁶⁶ *Weber*, NJW 2004, 28, 37 f.

⁶⁷ Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes v. 28.10.2004 (BGBl. I S. 2630 - 2651); *Rodewald/Tüxen*, BB 2004, 2249 ff.

⁶⁸ Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist vom 22.06.2005 (BGBl. I S. 1698).

⁶⁹ Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren vom 16.8.2005 (BGBl. I 2005, S. 2437); s. a. *Hess*, WM 2004, 2329 ff.

⁷⁰ Gesetz v. 22.09.2005 (BGBl. I S. 2802-2808); s. a. *Jahn*, BB 2005, 5 ff.

⁷¹ Gesetz zur Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung v. 04.12.2004 (BGBl. I 2004, S. 3166-3182).

⁷² Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen v. 15.12.2004 (BGBl. I S. 3408-3415).

⁷³ Gesetz zur Fortentwicklung der Berufsaufsicht über Abschlussprüfer in der Wirtschaftsprüferordnung v. 27.12.2004 (BGBl. I S. 3846-3851).

⁷⁴ Gesetz zur Reform des Zulassungs- und Prüfungsverfahrens des Wirtschaftsprüfungsexamens v. 01.12.2003 (BGBl. I S. 2446 - 2464).

⁷⁵ Der Gesetzentwurf des ebenfalls geplanten Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz wurde durch SPD-Bundesfinanzminister Eichel auf Druck des Bundesverbands der Deutschen Industrie und führender Manager wieder zurückgezogen, *Süddeutsche Zeitung* vom 10.11.2004 S. 21; s. a. *Köhler*, BB 2004, 2623 ff; Zur Entwicklung des Kapitalmarktrechts s. *Weber*, NJW 2000, 2061 ff.; 2000, 3461 ff.; 2003, 18 ff.; 2004, 28 ff.; 2004, 3674 ff.; 2005, 3682 ff.; 2006, 3685 ff.

⁷⁶ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.01.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, Abl. L 96 v. 12.04.2003, S. 16, abgdr. als Sonderbeil. zu NZG Heft 1/2003; die Quellen zu den entsprechenden Durchführungsrichtlinien der Kommission finden sich bei *Weber*, NJW 2004, 3674 Fn. 2.

⁷⁷ Es setzt vier EG-Rechtsakte um nämlich die IAS-Verordnung, die Modernisierungsrichtlinie, die Schwellenwertrichtlinie und die Fair-Value-Richtlinie; die genauen Angaben dieser Richtlinien finden sich in *Weber* NJW 2004, 3674, 3681 Fn. 71 - 74.

§ 1 Einleitung

GmbH ergaben sich durch diese Reformen nahezu ausschließlich Änderungen des Bilanzrechts.

Ebenfalls zur Umsetzung des Maßnahmenkataloges⁷⁸ und aufgrund der Empfehlung der Europäischen Kommission zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften vom 14.12.2004⁷⁹ führte der deutsche Gesetzgeber im August 2005 das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz ein.⁸⁰ Begründet wurden die Empfehlung der Kommission und das Bundesgesetz u. a. damit, dass Anlegern adäquate Informationsrechte über die Vergütung der Vorstandsgehälter eingeräumt und somit eine angemessene Kontrolle über die Vergütungsregelungen ermöglicht werden solle.⁸¹ Adressatinnen dieses Gesetzes sind neben anderen Gesellschaftsformen auch die GmbH und die AG. Diese sind seither gemäß § 285 Nr. 9 lit. a S. 1 bis 4 HGB grundsätzlich zu einer Angabe der Gesamtbezüge für bestimmte Organe wie etwa Geschäftsführungsorgane und Aufsichtsrat im Anhang der Bilanz verpflichtet. Für die börsennotierte AG besteht darüber hinaus gemäß § 285 Nr. 9 lit. a S. 5 ff. HGB die grundsätzliche Pflicht die Bezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder anzugeben.⁸²

Die Finanzkrise führte dazu, dass der Gesetzgeber die Vorschriften zur Vorstandsvergütung erneut ins Visier nahm. Am 05.08.2009 trat das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung in Kraft,⁸³ das die Anreize bei der Vorstandsvergütung für eine nachhaltige und auf Langfristigkeit ausgerichtete Unternehmensentwicklung stärken soll.⁸⁴ Eckpunkte des Gesetzes sind, dass in AG die Vorstandsvergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstands stehen muss und die übliche Vergütung nicht übersteigen darf. Variable Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben und Aktienoptionen dürfen frühestens vier Jahre nach ihrer Einräumung ausgeübt werden. In börsennotierten Gesellschaften kann die Hauptversammlung ein unverbindliches Votum zum System der Vorstandsvergütung abgeben. Des Weiteren unterliegt der Wechsel ehemaliger

⁷⁸ Große/Boos, WM 2006, 1177, 1178.

⁷⁹ ABl. L 385 v. 29.12.2004, S. 55 ff.

⁸⁰ Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütungen v. 03.08.2005, BGBl. I v. 10.8.2005, S. 2267; Weber, NJW 2005, 3682, 3685.

⁸¹ ABl. L 385 v. 29.12.2004, S. 55; BT-Drucks. 15/5582 S. 4; BT-Drucks. 15/5577 S. 5. Darüber hinaus sollte eine solche Offenlegung die in § 87 Abs. 1 AktG enthaltene Verpflichtung erleichtern, der Aufsichtsrat habe bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds dafür Sorge zu tragen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Durch den DCGK konnten die genannten Ziele trotz der in ihm enthaltenen Selbstverpflichtung zur Offenlegung von Vorstandsvergütungen nicht gewährleistet werden, da eine beachtliche Anzahl von Unternehmen bzgl. dieser Kodexklausel eine Nicht-Entsprechenserklärung abgab s. BT-Drucks. 15/5582 S. 4; BT-Drucks. 15/5577 S. 5.

⁸² Diese Gesetzeslage ablehnend *Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ (AKEU) der Schmalenbach-Gesellschaft Köln*, DB 2006, 1069, 1070.

⁸³ VorstAG (BGBl. I S. 2509-2511).

⁸⁴ BR-Drucks. 16/13433, S. 1; s. a. Formulierungshilfe für die Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 07.03.2009, S. 1 ff.

Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat grundsätzlich einer zweijährigen Karenzzeit. Zudem ist bei Abschluss einer Directors and Officers Liability-Versicherung zwingend ein Selbstbehalt zu vereinbaren.

4. Reformen des GmbH-Rechts

Auffällig an der Gesetzgebung in den Bereichen des Gesellschaftsrechts und derjenigen des sich damit überschneidenden Kapitalmarktrechtes der letzten Jahre ist, dass sie sich stark auf kapitalmarktorientierte Gesellschaftsformen, also die AG, konzentrierte und die GmbH nicht im Mittelpunkt der Reformen stand.⁸⁵ Im Gegensatz zur AG mag die geringere Kapitalmarktrelevanz der GmbH und das geringere Aufsehen der einzelnen Insolvenzfälle der Grund dafür sein, dass trotz ihrer hohen Insolvenzanfälligkeit⁸⁶ kein Reformdruck auf den Gesetzgeber entstand.

Erst die neuere europäische Rechtsprechung in den Entscheidungen „Centros“⁸⁷, „Überseering“⁸⁸ und „Inspire Art“⁸⁹ änderte dies.⁹⁰ Vor diesen Entscheidungen wurde von der h. M. die Sitztheorie vertreten.⁹¹ Bei der Frage welches Recht auf eine Gesellschaft anwendbar war, wurde von ihren Verfechtern das Recht desjenigen Staates für maßgeblich gehalten, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat. Die Gegenmeinung vertrat die Gründungstheorie.⁹² Sie besagt, das Recht desjenigen Staates sei für die Gesellschaft maßgeblich, nach dem sich ihr Gesellschaftsstatut ausrichte und nach dessen Bestimmungen die juristische Person erkennbar gegründet worden sei. Für die Sitztheorie sprach lange Zeit, dass durch sie der inländische Geschäftsverkehr vor unseriösen ausländischen Gesellschaften geschützt wurde und der numerus clausus der Gesellschaftsformen aufrecht erhalten blieb, während die Gründungstheorie auch ausländischen Gesellschaften Gründungen in oder Sitzverlegungen nach Deutschland unter ausländischem Recht ermöglicht.⁹³ Mit seiner neueren Rechtsprechung in den oben genannten Fällen hat sich der EuGH für die Gründungstheorie entschieden.⁹⁴⁹⁵ In der Folge gab der BGH im Jahr 2002 die Sitztheorie für nach dem Recht

⁸⁵ Weber, NJW 2006, 3685, 3686.

⁸⁶ Siehe unten S. 47 f.

⁸⁷ EuGH, Slg. 1999 I-1459.

⁸⁸ EuGH Slg. 2002, I-9919; Halen, v., WM 2003, 571, 575, Fn. 76.

⁸⁹ EuGH Slg. 2003, I-10155.

⁹⁰ Weber, NJW 2006, 3685, 3686; s. a. Montag/ Bonin, v., NJW 2007, 3397, 3401; Leuering, ZRP 2008, 73, 74 ff.; Winzer, TWR Heft 80, 15 ff.

⁹¹ StRspr., BGHZ 51, 27, 28; 53, 181, 183; 78, 318, 334; 97, 269, 271; BGH WM 1966, 1143; WM 1979, 692; Heider in: MüKo AktG § 5 Rdn. 18.

⁹² Drobnig, ZHR 129 (1967), 93, 115 ff.; Mann in: FS Barz, S. 219 ff.; Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 470 ff.; Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 105, 121 ff.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 ff.; w. Nw. s. Heider in: MüKo AktG § 5 Fn. 11.

⁹³ Hüffer, AktG § 1 Rdn. 30.

⁹³ Hüffer, AktG § 1 Rdn. 30.

⁹⁴ Siehe oben S. 51 f.

§ 1 Einleitung

von EG-Mitgliedstaaten⁹⁶ gegründete Gesellschaften auf und entschied sich im Einklang mit dem EuGH für die Gründungstheorie. Aufgrund des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika erkannte er im Jahr 2003 auch für US-amerikanische Gesellschaften die Gründungstheorie an.⁹⁷ Da die Rechtsprechung des EuGH für die Gerichte der Mitgliedstaaten der EU verbindlich ist, wird sich somit für EG-Auslandsgesellschaften in der Praxis die Gründungstheorie durchsetzen. Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat gegründet wurden, können daher nunmehr ihre Tätigkeit unter Anwendung des Gesellschaftsrechts ihres Gründungsstaates ungehindert in jedem Mitgliedstaat der EG ausüben⁹⁸. Die GmbH ist folglich bei der Wahl der Rechtsform dem Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen auch auf dem deutschen Markt ausgesetzt.

Ferner liegt ein Referentenentwurf zur Verankerung der Gründungstheorie im Internationalen Privatrecht liegt vor, so dass deren Anwendbarkeit auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen aus Drittstaaten bereits angestrebt wird.⁹⁹ Die GmbH müsste sich nach Umsetzung dieses Vorschlages sowohl auf die Konkurrenz von Gesellschaften aus EG-Staaten als auch aus Drittstaaten einstellen.

Zur Entschärfung der bereits bestehenden Konkurrenz trat am 01.11.2008 das Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen in Kraft¹⁰⁰. Neben der Erleichterung der Kapitalaufbringung hat dieses sich zum Ziel gesetzt die Registereintragung zu beschleunigen.¹⁰¹ *Ersteres* soll insb. durch die Möglichkeit des Hin- und Herzählens der Stammeinlage und durch die Einführung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) mit einem Mindeststammkapital von einem Euro und *letzteres* durch die Verwendung eines Musterprotokolls für die Gründung einer Ein- bzw. Mehrpersonengesellschaft mit bis zu drei Gesellschaftern erreicht werden.¹⁰² Ein weiterer Schwerpunkt der Reform liegt auf gläubigerschützenden Vorschriften zur Vermeidung von Missbräuchen. Insbesondere die Ausdehnung bereits bestehender und die Einführung neuer Haftungstatbestände für Geschäftsführer und Gesellschafter sind dem Bereich der Corporate Governance zuzuordnen.

⁹⁵ Zöllner, GmbHR 2006, 1 f.

⁹⁶ BGHZ 151, 204; BGHZ 154, 185; s. a. Leuering, ZRP 2008, 73, 74.

⁹⁷ BGHZ 153, 353, 355 ff.

⁹⁸ Siehe im Detail unten S. 51 f.

⁹⁹ S. Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, S. 2, 8 ff.; Leuering, NJW-Spezial 2008, Heft 4, 111 f.

¹⁰⁰ Siehe insb. unten S. 66 ff.

¹⁰¹ Zum MoMiG s. *BB-Kurzinterview (Wegerich)*, BB 2005, Heft 20, s. IV f.; *Triebel*, NJW 2005, Heft 32 Editorial; *Leuering/Simon*, NJW-Spezial 2006 Heft 7, 315 f.; *Habersack*, ZHR 170 (2006) 607 ff.; *Priester*, ZIP 2005, 921 ff.; *Seibert*, BB 2002, 1061 f.; *Vossius/Wachter*, BB 2005, 2539 f.; *Böcker*, ZGR 2006, 213 ff.; *Gesmann-Nuissl*, WM 2006, 1756 ff.; *Bayer*, ZGR 2007, 220, 231 ff.; *Bork*, ZGR 2007, 250 ff.

¹⁰² BT-Drucks. 16/9737, S. 9, 12, 67 ff.

§ 1 Einleitung

Es lässt sich somit feststellen, dass von Seiten des Gesetzgebers bereits eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance mit ergriffen wurden, wobei der Schwerpunkt der Bemühungen eindeutig bei der Börsennotierten AG liegt, obwohl der GmbH insofern größere Bedeutung zukommt als mittelständische Unternehmen zumeist in dieser Rechtsform organisiert sind und das Rückrad der deutschen Wirtschaft bilden.

III. Kodizes und Verhaltensstandards in Deutschland

1. Internationale und nationale Kodizes

Zeitgleich zu Reformen des Aktienrechts wurden zur Verbesserung der Corporate Governance nationale und internationale Kodizes aufgestellt. Eine Vielzahl von Staaten entwickelten ihren eigenen an das jeweilige innerstaatliche Rechtssystem und Gesellschaftsrecht angepassten Corporate Governance-Kodex.¹⁰³ So haben nahezu sämtliche Mitgliedstaaten der EU inzwischen ihren eigenen Corporate Governance-Kodex.¹⁰⁴ Als wichtiger internationaler Kodex sind die OECD Grundsätze der Corporate Governance zu erwähnen,¹⁰⁵ die durch das Financial Stability Forum¹⁰⁶ in die Liste der zwölf wichtigsten Grundsätze aufgenommen wurden.

2. Entwicklung des DCGK

In Deutschland wurden verschiedene Kodizes von regierungsunabhängigen Gremien entworfen.¹⁰⁷ Zu den wichtigsten dieser Kodizes gehörten der unter der Leitung von U. H. Schneider durch die Frankfurter Grundsatzkommission erarbeitete *Code of Best Practice*¹⁰⁸ sowie der unter der Leitung von Axel v. Werder durch den Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance aufgestellte *German Code of Corporate Governance*.¹⁰⁹ Aufgrund der Vielfalt und des Nebeneinanders der verschiedenen Kodizes setzte die Bundesregierung im Mai 2002 die Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung,

¹⁰³ Eine umfangreiche Aufstellung findet sich unter http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php.

¹⁰⁴ Für die Europäische Union wurden in den letzten 15 Jahren etwa 40 nationale und internationale Corporate-Governance-Kodizes angenommen, vgl. *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 13, abgedruckt als Sonderbeilage zu NZG 2003, Heft 13; s. auch *Weil/ Gotshal/ Manges*, Comparative Study of the Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States; *Förster*, ZIP 2006, 162, 163; *Arnsfeld/ Growe*, Finanz Betrieb, 2006, 715 f.

¹⁰⁵ Weitergehend *Kollmann*, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 3, 4.

¹⁰⁶ Die Liste der Kodizes findet sich auf http://www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm.

¹⁰⁷ Zur Entwicklung der verschiedenen Kodizes s. etwa *Borges*, ZGR, 2003, 508, 509 ff.; *Kollmann*, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 3, 4 f.; Für eine anschauliche Abbildung s. *Deloitte*, Entwicklung der Aufsichtsratspraxis in Deutschland, S. 1.

¹⁰⁸ *Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance* in: German Code of Corporate Governance, S. 63 - 119; *Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance*, DB 2000, S. 1573 - 1581.

¹⁰⁹ S. *U. H. Schneider*, DB 2000, 2413 ff.

§ 1 Einleitung

Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts ein.¹¹⁰ Sie entwickelte den ab dem 26. Februar 2002 gültigen *Deutschen Corporate Governance Kodex*. Mit der Neuregelung des § 161 AktG durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und der hiermit eingeführten Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung zu den Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance Kodex erlangte dieser Kodex einen besonderen Status, während zugleich die früher entwickelten Kodizes an Bedeutung verloren^{111 112}.

3. Weitere Kodizes

In der Folgezeit wurden eine Reihe weiterer Kodizes entwickelt, deren Bezeichnung bereits darauf hindeutet, dass der Adressatenkreis der Kodizes eingeschränkt ist. Hierzu gehören etwa der Governance Kodex für Familienunternehmen¹¹³, der Derivate Kodex^{114, 115}, der Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften^{116, 117}, der Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft¹¹⁸ und die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen.¹¹⁹

Kodizes aus dem Bereich der sog. Public Corporate Governance befassen sich mit Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen und legen Verhaltensregeln im Falle von Beteiligungen der öffentlichen Hand an privaten Unternehmen fest. Zu ihnen gehören z. B. die OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises¹²⁰. Darüber hinaus werden zur Zeit Kodizes für öffentliche Unternehmen auf Kommunal-¹²¹ und Landesebene¹²² entwickelt. Auf Bundesebene beschloss das Bundesministerium für Finanzen bereits im

¹¹⁰ Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, S. 1.

¹¹¹ Siehe zum Deutschen Corporate Governance Kodex unten S. 93 ff.

¹¹² Seidel, ZIP 2004, 285, 286 f.; Bernhardt, DB 2002, 1841 f.

¹¹³ Siehe unten S. 108 ff.

¹¹⁴ Siehe unten S. 111.

¹¹⁵ [Http://www.deutscher-derivate-verband.de](http://www.deutscher-derivate-verband.de); s. a. Piel, Kreditwesen 2007, 160 ff.

¹¹⁶ Siehe unten S. 112 f.

¹¹⁷ [Http://www.prof-gerke.de/CG_f_r_AMG.pdf](http://www.prof-gerke.de/CG_f_r_AMG.pdf).

¹¹⁸ [Http://www.immo-initiative.de/kodex/cg_kodex_kapitalgesellschaften.pdf](http://www.immo-initiative.de/kodex/cg_kodex_kapitalgesellschaften.pdf); Siehe unten S. 113 f.

¹¹⁹ [Http://www.oecd.org/dataoecd/56/40/1922480.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/56/40/1922480.pdf); S. auch hinsichtlich eines Kodexes für den Mittelstand Bernhardt, DB 2003, Heft 32 I. Ein Kodex für Hedgefonds, der von der Bundesregierung, insb. vom damaligen Bundesfinanzminister Steinbrück angestrebt wurde, ist jedoch gescheitert, s. Kafsack, FAZ v. 09.05.2007, S. 15.

¹²⁰ [Http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf); Siehe unten S. 114 f.

¹²¹ Die Stadt Stuttgart veröffentlichte als erste große Landeshauptstadt einen „Entwurf einer Public Governance für die Landeshauptstadt Stuttgart“ (http://www.pwc.com/de/ger/ins-sol/main/Entwurf_Kodex_Stuttgart.pdf).

¹²² Am 04.05.2005 veröffentlichte die Senatsverwaltung in Berlin für Finanzen ihre „Hinweise für Beteiligungen des Landes Berlin an Unternehmen“ Beschluss des Senats von Berlin v. 3.05.2005; Am 19.07.2005 veröffentlichte das Finanzministerium des Landes Brandenburg seinen „Corporate Governance Kodex für die Beteiligungen des Landes Brandenburg an privatrechtlichen Unternehmen“.

§ 1 Einleitung

Juli 1987 Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen,¹²³ die die Bundesregierung mit Beschluss vom 24.09.2001 neu fasste. Des Weiteren beschloss die Bundesregierung am 01.07.2009 als deutsches Pendant zu den OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises ihren Public Corporate Governance Kodex des Bundes (PCGK)¹²⁴. Er enthält wesentliche Bestimmungen zur Unternehmensleitung und -überwachung von Unternehmen, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist.¹²⁵

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass darüber hinaus von staatlicher Einflussnahme unabhängige, private, unternehmenseigene Corporate Governance-Kodizes¹²⁶ entwickelt wurden.¹²⁷

IV. Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft zur Corporate Governance

1. Der Aktionsplan der Europäischen Kommission

Aufgrund der oben erwähnten US-amerikanischen Finanzskandale, setzte die Europäische Kommission Ende des Jahres 2001 eine hochrangige Expertengruppe unter Vorsitz von Jaap Winter auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ein. Auf der Grundlage des von dieser erarbeiteten Berichts¹²⁸ legte die Kommission im Mai 2003 einen umfangreichen Aktionsplan zur „*Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*“ vor, der in drei Etappen von 2003 bis 2005, 2006 - 2008 und ab 2009 eine Vielzahl von Maßnahmen im europäischen Gesellschaftsrecht auf den Weg gebracht hat bzw. bringen wird¹²⁹ und deren Schwerpunkt zehn Maßnahmen zur Corporate

¹²³ Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 14. Juli 1987 (II A 3 – F 7017 –, MinBlFin 1987 S. 245).

¹²⁴ Siehe unten S. 115 ff.

¹²⁵ S. Ziff. 1.1 Abs. 1 S. 1 Präambel PCGK; dieser lässt sich unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_39010/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Bundesliegenschaften_und_Bundesbeteiligungen/Public_corporate_governance_Kodex/010709_publGov_anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf abrufen. S. a. Bereits im *Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005*, Gemeinsam für Deutschland - mit Mut und Menschlichkeit, S. 123 Rdn. 6012 – 6015 wurden bestimmte Aspekte für die Unternehmensführung in Unternehmen mit überwiegender Bundesbeteiligung vereinbart; *Schwintowski* hat auf die Notwendigkeit einer Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen und auf die besonderen Probleme, die in öffentlichen Unternehmen entstehen bereits 2001 hingewiesen, s. NVwZ 2001, 607 ff.

¹²⁶ Siehe oben S. 7 ff.

¹²⁷ Z. B. Der Diakonische Corporate Governance Kodex (DKG) für das Diakonische Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland vom Oktober 2005 (<http://www.diakonie-rlw.de/cms/media/pdf/service/infomaterial/Diakonie-CGK.pdf>).

¹²⁸ *Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts*, Bericht v. 01.11.2004, S. 27 ff.

¹²⁹ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 13; zum Aktionsplan s. *Hopt*, ZIP 2005, 461 ff.; *Habersack*, ZIP 2006, 445, 447 f.; *Hulle/ Maul*, ZGR 2004, 484 ff.; *Wiesner*, ZIP 2003, 977 ff.; *Maul/ Lanfermann/ Eggenhofer*, BB 2003, 1289 ff.; *Habersack*, NZG 2004, 1 ff.; Zur

§ 1 Einleitung

Governance bilden.¹³⁰ Die sechs kurzfristigen Corporate Governance-Maßnahmen umfassen erhöhte Anforderungen an die Offenlegung über Vorstand und Aufsichtsrat, die erleichterte Information und Beschlussfassung der Aktionäre, die Stärkung der Rolle von unabhängigen, nicht geschäftsführenden Vorständen und Aufsichtsräten, die Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat für den Jahresabschluss und das Europäische Corporate Governance Forum.¹³¹ Vier mittelfristig geplante Maßnahmen beziehen sich auf die Offenlegung von Anlage- und Abstimmungsstrategien institutioneller Anleger, die Wahl zwischen dem dualistischen und monistischen System für alle börsennotierten Gesellschaften, die Stärkung der Verantwortung der Mitglieder des Vorstands in Bezug auf Sonderprüfung, Insolvenzverschleppungshaftung und Tätigkeitsverbote sowie eine Untersuchung zur Aktionärsdemokratie.¹³² Langfristige Corporate Governance-Maßnahmen sind nicht im Aktionsplan enthalten. Er legt zu jeder Maßnahme fest, ob sie durch eine Richtlinie, Änderungsrichtlinie oder durch eine andere genauer bestimmte Maßnahme umgesetzt werden soll.¹³³ Die Kommission erklärt im Aktionsplan ausdrücklich, dass ein Europäischer Corporate Governance-Kodex nicht angestrebt werde.¹³⁴

Darüber hinaus sei aufgrund der erheblichen Relevanz für die GmbH erwähnt, dass der Aktionsplan eine „*Durchführbarkeitsstudie zur Bewertung der praktischen Notwendigkeit einer europäischen Privatgesellschaft und der damit verbundenen Probleme*“ vorsieht, die in der Folgezeit eingeleitet wurde.¹³⁵ Bei der Europäischen Privatgesellschaft (EPG) handelt es sich um eine Gesellschaftsform, die auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen abgestimmt sein und neben der GmbH und den ihr entsprechenden Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten eine weitere, einheitliche, supranationale Rechtsform bilden soll.^{136 137}

Entwicklung s. *Maul/ Lanfermann*, BB 2004, 1861 ff.; *Maul/ Lanfermann*, DB 2004, 2407 ff.; *Maul*, BB 2005, Beil. 9, S. 2 ff.

¹³⁰ S. *Hopt*, ZIP 2005, 461, 463, 466; dem Aktionsplan weitgehend kritisch gegenüber stehend *Wiesner*, ZIP 2003, 977 ff.

¹³¹ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 28 f.; s. auch *Hopt*, ZIP 2005, 461, 466; *Maul/ Lanfermann/ Eggenhofer*, BB 2003, 1289 ff.

¹³² *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 29 f.

¹³³ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 28 f.

¹³⁴ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg., S. 13 f.; *Habersack*, NZG 2004, 1, 3; *Wiesner*, ZIP 2003, 977, 979; *Große/ Boos*, WM 2006, 1177, 1179.

¹³⁵ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 29; s. auch Abschlussbericht, Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut der KMU, Juli 2005 (Projektleiter Gérard Seguin; http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-priorities/doc/de_resume_rapport_final.pdf).

¹³⁶ Siehe S. 24 f., 56 f.

¹³⁷ *Baums*, AG 2007, 57, 63; *Wachter*, GmbHR 2007, R1 f.; *Kuck/ Weiss*, Der Konzern 2007, 498 ff.

§ 1 Einleitung

Am 21.04.2004 gab das Europäische Parlament eine Entschließung zum Aktionsplan ab, in der es zu verschiedensten Entwicklungen im Bereich Corporate Governance Stellung nahm. In dieser Entschließung äußerte es unter anderem, dass es einen europäischen Corporate Governance-Kodex in Übereinstimmung mit der Kommission nicht für erforderlich halte, es sei jedoch durch die Europäische Gemeinschaft darzulegen, welcher Rahmen internationaler Standards in den Mitgliedstaaten einzuhalten sei.¹³⁸ Das Parlament verdeutlichte zudem seine Unterstützung der Entwicklung einer Europäischen Privatgesellschaft.¹³⁹

Mit Beschluss der Kommission vom 15.10.2004 setzte diese das Europäische Corporate-Governance-Forum zur Koordinierung und Annäherung der nationalen Kodizes ein.¹⁴⁰

2. Die Kommission in der Zusammensetzung von November 2004

Zu den in der Folgezeit von der im November 2004 neubesetzten Kommission umgesetzten Maßnahmen des Aktionsplans gehörten die im Dezember 2004 abgegebenen Empfehlungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern und die im Februar 2005 verabschiedeten Empfehlungen zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren oder Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats.¹⁴¹

Am 28.04.2005 berief die neue Kommission einen Sachverständigenausschuss, dessen Aufgabe es ist, sie im Bereich des Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance zu beraten.¹⁴²

Die neue Kommission entschied sich zudem im Rahmen ihres Lissabon-Programms – zu dessen Zielen die Verbesserung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften insb. durch Vereinfachung gehört¹⁴³ – den Aktionsplan der früheren Kommission insgesamt auf Relevanz und Tauglichkeit zu überprüfen. Im Dezember 2005 leitete sie daher ein Konsultationsver-

¹³⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan“ (KOM(2003) 284 – C5-0378/2003 –2003/2150(INI)) S. 716, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2004/ce104/ce10420040430de07140720.pdf>).

¹³⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan“ (KOM(2003) 284 – C5-0378/2003 –2003/2150(INI)) S. 720, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2004/ce104/ce10420040430de07140720.pdf>) (s. vorherige Fn. 138).

¹⁴⁰ Ihm gehören Vertreter der Mitgliedstaaten, der europäischen Regulierungsinstanzen, Emittenten und Anleger, sonstige Marktteilnehmer und Universitätslehrkräfte an, s. Abl. L 321 v. 22.10.2004, S. 53 f.

¹⁴¹ Abl. L 52 v. 15.02.2005, S. 51 ff.; s. *Spindler*, ZIP 2005, 2033 ff.; *Werder, v./ Talaulicar*, DB 2006, 849, 853.

¹⁴² Als deutsche Vertreter gehören ihm an: Daniela Weber-Rey, Vorstandsmitglied des Bundesverbandes Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK) und Professor Dr. Theodor Baums, Universität Frankfurt/ M. s. ZIP Heft 19/ 2005, A 38.

¹⁴³ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 20.07.2005, Gemeinsame Maßnahmen für Wachstum und Beschäftigung: Das Lissabon-Programm der Gemeinschaft, S. 8, KOM/2005/330 endg. (http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/COM2005_330_de.pdf).

§ 1 Einleitung

fahren zum Aktionsplan ein.¹⁴⁴ Sich auf die Ergebnisstudie stützend entschied sich die Kommission zur Erhaltung größerer Flexibilität keinen neuen Aktionsplan aufzustellen.¹⁴⁵

Zwischenzeitlich hatte das Europäische Corporate-Governance-Forum im Februar 2006 eine Erklärung zur Förderung einer Annäherung der nationalen Kodizes abgegeben, in der es den Mitgliedstaaten die Einführung des „*comply or explain*“-Prinzips¹⁴⁶ und dessen Anwendung auf die nationalen Kodizes empfahl.¹⁴⁷

3. Das Corporate Governance Statement (CGS)

a) Europäische Vorgaben durch die Richtlinie 2006/46/EG

Am 5.09.2006 trat die Richtlinie 2006/46/EG¹⁴⁸ zur Änderung der 4. und 7. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Bilanzrichtlinien) in Kraft, deren Umsetzungsfrist am 5.09.2008 endete. Sie enthält für Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt i. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der RL 2004/39/EG¹⁴⁹ zugelassen sind, die Pflicht zur Aufnahme einer Erklärung zur Unternehmensführung in den Lagebericht, sog. Corporate Governance Statement (CGS).¹⁵⁰ Während der regulierte Markt i. S. d. § 32 BörsG dem Begriff des geregelten Marktes i. S. d. Vorschrift unterfällt, gehört der Freiverkehr i. S. d. § 48

¹⁴⁴ Die Schwerpunkte und Ziele des Konsultationsverfahrens lassen sich nachlesen in *Directorate General for Internal Market and Services, Consultation on Future Priorities for the Action Plan in Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union* v. 20.12.2005 S. 1 ff. (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/consultation_en.pdf); Das Konsultationsverfahren der Marktteilnehmer fand bis Ende März 2006 und bestand in einer diesbezüglichen öffentlichen Anhörung Anfang März 2006; Für den zusammenfassenden Bericht s. *Directorate General for Internal Market and Services, Consultation and Hearing on Future Priorities for the Action Plan in Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union* (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/final_report_en.pdf); s. a. *Baums*, AG 2007, 59 f.

¹⁴⁵ Charlie McCreevy speaks to the European Parliament JURI Committee, 21.11.2006 (SPEECH/06/720), (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/720&format=H>); *Baums*, AG 2007, 57, 60.

¹⁴⁶ Siehe unten S. 97 f.

¹⁴⁷ [Http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf-comply-explain_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf-comply-explain_en.pdf).

¹⁴⁸ Richtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss, 86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen, Abl. L 224 vom 16.08.2006, S. 1 - 7.

¹⁴⁹ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1, 4.

¹⁵⁰ *Lentfer/ Weber*, DB 2006, 2357; *Maul/ Lanfermann*, DB 2004, 2407, 2408; *Maul/ Lanfermann/ Eggenhofer*, BB 2003, 1289 f.; Zum Inhalt des CGS S. *Maul*, BB 2005, Beil. 9, 2, 10.

§ 1 Einleitung

BörsG nicht zum geregelten Markt. Regelungsadressaten sind somit alle Unternehmen, die Aktien, Aktienzertifikate und auch sonstige Wertpapiere wie etwa Schuldverschreibungen an einem regulierten Markt handeln lassen. Dies ist grundsätzlich auch der GmbH möglich.¹⁵¹

Die Richtlinie ließ den Mitgliedstaaten gemäß Art. 46a Abs. 3 RL 78/660/EWG n. F. einen weiten Umsetzungsspielraum. Die Mitgliedstaaten durften Gesellschaften weitgehend von den Veröffentlichungspflichten ausnehmen, wenn diese ausschließlich andere Wertpapiere als zum Handel an einem geregelten Markt zugelassene Aktien emittieren, es sei denn, dass diese Gesellschaften Aktien emittiert haben, die über ein multilaterales Handelssystem¹⁵² gehandelt werden.

Zu den Inhalten, die die Richtlinie für das CGS vorgibt, gehören u. a.:

- ein Verweis auf den Unternehmenskodex, dem die Gesellschaft unterliegt und/ oder den sie gegebenenfalls freiwillig anzuwenden beschlossen hat und die Angabe, wo diese Kodizes öffentlich zugänglich sind;
- soweit eine Gesellschaft im Einklang mit nationalem Recht von einem obligatorischen oder fakultativen Unternehmensführungskodex abweicht, eine Erklärung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen sie dies tut;
- die Darlegung der Gründe hierfür, wenn die Gesellschaft beschließt weder einen obligatorischen noch einen freiwilligen Unternehmensführungskodex anzuwenden;
- die Beschreibung der wichtigsten Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems der Gesellschaft im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess.

Erwähnenswert ist zudem, dass die Richtlinie 2006/46/EG neben den Regelungen zum CGS Regelungen zur Haftung der Organmitglieder für die Richtigkeit der Abschlüsse und zu Angaben mit Blick auf Geschäfte mit nahe stehenden Personen enthält.

b) Umsetzung der Richtlinie durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz

Am 29.05.2009 trat das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) in Kraft.¹⁵³ Hervorzuheben sind diesbzgl. vor allem die Änderungen des § 161 AktG, des § 285 HGB und des § 289a HGB.

Der Adressatenkreis des § 161 AktG n. F. erstreckt sich nunmehr neben börsennotierten Gesellschaften auf Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben hat und deren Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden. Erklärungspflichtige Unternehmen haben nunmehr ferner nicht

¹⁵¹ Kritisch hierzu äußern sich *Lentfer/ Weber*, DB 2006, 2357, 2359; ebenso *IDW*, WPg 2005, 176; 177.

¹⁵² I. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 RL 2004/39/EG.

¹⁵³ BGBl. I S. 1102 - 1137; s. a. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) BT-Drucks. 16/10067, S. 1 ff.; S. auch Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), S. 40, 212 ff.; Für eine Differenzierung *Große/ Boos*, WM 2006, 1177, 1182; s. zum Adressatenkreis des CGS gemäß § 161 AktG-RE *Kuthe/ Geiser*, NZG 2008, 172.

§ 1 Einleitung

mehr nur zu erklären, welche Empfehlungen sie nicht umgesetzt haben, sondern sie sollen zusätzlich begründen, warum sie Empfehlungen nicht angewendet haben^{154, 155}. Gemäß § 161 Abs. 2 AktG n. F. ist die Erklärung auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen.

Darüber hinaus besteht gemäß § 289 Abs. 1 Nr. 16 HGB n. F. für erklärungspflichtige Unternehmen die Pflicht, im Anhang der Bilanz anzugeben, dass die nach § 161 AktG vorgeschriebene Erklärung abgegeben und wo sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist.

Gemäß § 289a HGB n. F. haben erklärungspflichtige Unternehmen ferner eine Erklärung zur Unternehmensführung in einem gesonderten Abschnitt des Lageberichts aufzunehmen. Wahlweise kann die Erklärung auch auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich gemacht werden. Letzteres ist allerdings im Lagebericht deutlich zu machen. In die Erklärung im Lagebericht sind neben der Entsprechenserklärung i. S. d. § 161 AktG n. F. zudem relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden, nebst Hinweis, wo sie öffentlich zugänglich sind, und eine Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von deren Ausschüssen aufzunehmen.¹⁵⁶ Sind letztere Informationen auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich, kann in der Erklärung zur Unternehmensführung darauf verwiesen werden.

4. Die Europäische Privatgesellschaft (EPG; *Societas Privata Europaea*)

Am 04.07.2006 veröffentlichte das Europäische Parlament eine Entschließung zu den jüngsten Entwicklungen und den Perspektiven des Gesellschaftsrechts, in der es auch zur europäischen Corporate Governance Stellung nahm und die Kommission aufforderte, einen Vorschlag für eine Europäische Privatgesellschaft (EPG) vorzulegen.¹⁵⁷ Bei dieser Rechtsform

¹⁵⁴ Siehe unten S. 97 f.

¹⁵⁵ BT-Drucks. 270/90 S. 1, 33; vgl. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), S. 40, *Ernst/ Seidler*, ZGR 2008, 631, 673; *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins*, NZG 2008, 612, 616; *Hauptmann/ Nowak*, Der Konzern 2008, 426, 435.

¹⁵⁶ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), S. 18; *Ernst/ Seidler*, ZGR 2008, 631, 673; *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins*, NZG 2008, 612, 616 f.; *Hommelhoff/ Mattheus*, BB 2007, 2787, 2790.

¹⁵⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments zu den jüngsten Entwicklungen und den Perspektiven des Gesellschaftsrechts (2006/2051(INI)), (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2006-0295+0+DOC+PDF+V0//DE>). Zur bisherigen Entwicklung der EPG Am 01.02.2007 verabschiedete das Europäische Parlament einen legislativen Initiativbericht [s. Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft (2006/2013(INI)), zu diesem Initiativbericht s. *Kuck/ Weiss*, Der Konzern 2007, 498 ff.] und forderte darin die Kommission auf, im Laufe des Jahres 2007 einen Legislativvorschlag über das Statut der EPG vorzulegen. S. auch Bull. EU 1/2-2007, S. 54 f. Die Europäische Kommission führte vom 20.7.2007 bis 31.10.2007 eine öffentliche Konsultation durch, in der sie insb. KMU befragte, auf welche Hindernisse diese bei grenzüberschreitenden Geschäften in der EU stoßen und wie das geplante Statut für die EPG aus inhaltlicher Sicht beschaffen sein sollte. s. Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/07/1146 v. 19.07.2007, *Fischer* zu

§ 1 Einleitung

soll es sich um eine Rechtsform für im Binnenmarkt niedergelassene, kleine und mittlere Unternehmen handeln, die hinsichtlich des Mindestkapitals und der Haftungsbeschränkung in Augenhöhe zur GmbH steht. Am 25.06.2008 veröffentlichte die Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft.¹⁵⁸ In diesem ist ein Mindestkapital der Gesellschaft in Höhe von 1 € anvisiert; es soll aber nicht notwendigerweise eingezahlt werden. Die Haftung der Gesellschafter auf den nicht eingezahlten Betrag des Mindestkapitals soll sich nach dem innerstaatlichen Recht richten.¹⁵⁹ Die Anteilübertragung soll der Schriftform bedürfen.¹⁶⁰

5. Weitere geplante und umgesetzte Maßnahmen

Zur Umsetzung des EU-Aktionsplans¹⁶¹ erließ die Kommission am 14.12.2004 die Empfehlung zur Förderung eines angemessenen Systems der Vergütung der Direktoren¹⁶² und am 15.02.2005 die Empfehlung zur Stärkung der Rolle von nicht geschäftsführenden Direktoren und Mitgliedern des Aufsichtsrates.¹⁶³ Zwischenzeitlich hat sie untersucht, wie diese Empfehlungen von den Mitgliedstaaten umgesetzt wurden und ihre Ergebnisse am 19.07.2007 in zwei Berichten vorgelegt.¹⁶⁴ Danach haben sich die Corporate Governance-Standards in den Mitgliedstaaten zwar verbessert, es gebe aber immer noch Verbesserungsmöglichkeiten.

Cramburg, NZG 2007, 619; *Ausschuss Anwaltsnotariat und Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat des Deutschen Anwaltsvereins*, NZG 2008, 138 ff.

¹⁵⁸ KOM (2008) 396 (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf). Am 21.11.2006 nahm der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments den Entwurf eines Berichts zum Statut der EPG an; Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der europäischen Privatgesellschaft (Berichterstatter: *Klaus-Heiner Lehne*), (2006/2013 (INI)), (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//DE>); Zur Entwicklung *Baums*, AG 2007, 57, 63.

¹⁵⁹ S. Art. 9 und 10 des Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft KOM (2008) 396, S. 24; Vgl. auch Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der europäischen Privatgesellschaft S. 5 f. (Berichterstatter: *Klaus-Heiner Lehne*), (2006/2013 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//DE>).

¹⁶⁰ S. Art. 16 des Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft KOM (2008) 396, S. 22.

¹⁶¹ Siehe oben S. 19 f.

¹⁶² Empfehlung 2004/913/EG der Kommission vom 14.12.2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften ABl. L 385 S. 55 - 59.

¹⁶³ Empfehlung 2005/162/EG der Kommission vom 15.02.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats ABl. L 52 S. 55 - 63.

¹⁶⁴ Commission Staff Working Document Report on the application by the Member States of the EU of the Commission Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board SEC(2007) 1021; Commission Staff Working Document Report on the application by Member States of the EU of the Commission Recommendation on directors' remuneration

Durch die am 29.06.2006 in Kraft getretene Richtlinie 2006/43/EG zur Abschlussprüfung soll die Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses für Unternehmen von öffentlichem Interesse eingeführt werden. Unternehmen von öffentlichem Interesse sind gemäß Art. 2 Ziff. 13 Richtlinie 2006/43/EG insb. Unternehmen, deren übertragbare Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen. Der Prüfungsausschuss soll gemäß Art. 41 Abs. 2 Richtlinie 2006/43/EG die Aufgabe haben, den Rechnungslegungsprozess, das interne Kontrollsystem, die Abschlussprüfung des Jahres- und des konsolidierten Abschlusses sowie die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu überwachen.¹⁶⁵ Eine Umsetzung der Richtlinie hat durch das BilMoG stattgefunden.¹⁶⁶

Am 11.07.2007 trat die Richtlinie über Aktionärsrechte in Kraft, durch die eine Harmonisierung der Aktionärsrechte stattfinden soll und die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende elektronische Stimmabgabe schaffen soll.¹⁶⁷ Sie soll durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) in deutsches Recht umgesetzt werden.¹⁶⁸

E. Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen

In der Literatur werden verschiedene Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen genannt.¹⁶⁹ Das wichtigste Ziel von Corporate Governance-Vorschriften ist die Förderung des Unternehmenserfolges. Mit diesem Ziel hängt das Ziel der Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts unmittelbar zusammen. Maßnahmen zur Verringerung dieses Konfliktes und zugleich weitere Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen sind die Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen, die Schaffung von Transparenz und Kontrolle, Reputationsgewinn und die Verbesserung des Ratings bei der Kreditvergabe entsprechend Basel II. Darüber hinaus können als Ziele die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes und die Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance genannt werden. Diese Ziele werden im Folgenden dargelegt und erläutert. Es sei darauf hingewiesen, dass sie miteinander verflochten sind und die Umsetzung von Corporate

SEC(2007) 1022; s. a. Pressemitteilung der Kommission IP/07/1147 v. 20.07.2007; *Fischer zu Cramburg*, NZG 2007, 619.

¹⁶⁵ Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.05.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, Abl. L 157 S. 87 - 107; s. auch *Maul*, BB 2005 Beilage 9, 2, 9.

¹⁶⁶ BT-Drucks. 270/09 S. 1, 20, 32; vgl. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) v. 21.05.2008 S. 1.

¹⁶⁷ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften Abl. L 184 S. 17 v. 14.07.2007.

¹⁶⁸ S. RefE eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) v. 6.05.2008 S. 1 ff.; Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) v. 05.11.2008, S. 1 ff.

¹⁶⁹ S. auch zu den Zielen des DCGK *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Präambel Rdn. 81 ff.

Governance-Maßnahmen zur Erreichung eines dieser Ziele Einfluss auf die anderen Ziele haben kann.

I. Förderung des Unternehmenserfolgs

Da Corporate Governance die Art und Weise der Unternehmensführung betrifft, findet bei jedem Unternehmen zwangsläufig, ob bewusst oder unbewusst, Corporate Governance statt. Primäres Ziel der Einführung von Regelungen zur Corporate Governance soll es sein, die Art und Weise der Unternehmensführung bewusster zu machen und in möglichst vielen Bereichen eines Unternehmens eine gute Unternehmensführung zu erreichen. Die Verbesserung der Unternehmensführung soll primär dem Unternehmenserfolg dienen.¹⁷⁰

Eine mögliche Definition für Unternehmenserfolg ist das Erreichen der Ziele der Kapitalgeber.¹⁷¹ Zu diesen Zielen gehören regelmäßig vor allem die Maximierung des Kapitals und die Vermeidung von Wertverlusten. Bei börsennotierten Gesellschaften lässt sich der Unternehmenserfolg z. B. anhand der Aktienrendite, der Eigenkapitalrentabilität oder dem relativen Börsenwert, m. a. W. dem Kurs-Substanzwert-Verhältnis, ausdrücken.

II. Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts

Ein Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen ist die Überwindung des Prinzipal-Agenten-Konflikts. Das Kernproblem dieses Konflikts beruht auf dem Auseinanderfallen des Eigentums des Prinzipals und der Entscheidungsmacht des Agenten über dieses Eigentum aufgrund der Delegation von Entscheidungsbefugnissen. Der Grundfall, auf dem dieser Konflikt beruht, besteht in der Betrauung des Managers mit den Vermögensinteressen des Eigners.¹⁷² In dieser Konstellation besteht die Gefahr, dass die betrauten Personen bei der Verfügung über das fremde Vermögen nicht die gleiche Sorgfalt üben, wie sie es mit ihrem eigenen Vermögen tun würden.¹⁷³ Hauptursachen für dieses Verhalten sind unvollständige Verträge, unterschiedliche Zielsetzungen,¹⁷⁴ Informationsasymmetrien und Motivationspro-

¹⁷⁰ Ähnlich drückt dies auch die Europäische Kommission in ihrem Aktionsplan aus - sie betont zwei Ziele der Corporate Governance, erstens die Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und zweitens die Stärkung der Aktionärsrechte und die Verbesserung des Schutzes Dritter s. *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 3; *Mülbert*, BKR 2006, 349, 355; s. zu den Zielen von Corporate Governance in der katholischen Kirche *Wulsdorf/Wummel*, Kreditwesen 2007, 275 ff.

¹⁷¹ *Bassen/Kleinschmidt/Prigge/Zöllner*, DBW 55 (2006), 375, 380.

¹⁷² Vgl. *Ewert* in: Hdwb der Betriebswirtschaft, S. 1 Sp. 2.

¹⁷³ Grundlegend *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property, S. 1 ff.; Sehr anschaulich *Kreutz*, ZRP 2007, 50, 51; *Ewert* in: Hdwb der Betriebswirtschaft, S. 1 Sp. 1 ff.; *Wagenhofer/Ewert*, Externe Unternehmensrechnung, S. 132 ff.; Anschaulich *Posner*, Agency Models in Law and Economic, S. 1 ff.; Zur Historie der Diskussion um die Trennung von Eigentum und Verfügungsmacht s. *Lutter*, ZIP 2003, 737 Fn. 3; s. a. *Laffont/Martimort*, The Theory of Incentives, S. 4 f.

¹⁷⁴ *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 111.

bleme.¹⁷⁵ Sie führen dazu, dass Agency-Kosten entstehen, die bei einem Zusammenfallen von Eigentum und Entscheidungsmacht nicht auftreten würden. Agency-Kosten können *erstens* für die Kontrolle der Agenten und *zweitens* für die Bindung der Agenten an die Ziele des Prinzipals und *drittens* darüber hinaus für weitere Agency-Probleme anfallen, die trotz Maßnahmen zur Bindung und Kontrolle der Agenten entstehen.¹⁷⁶ Corporate Governance-Maßnahmen sollen zur Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts dafür Sorge tragen, dass die mit der Verwaltung von fremden Vermögensmassen Betrauten dies im Interesse der Eigentümer tun.¹⁷⁷ Die Folge sollen sinkende Agency-Kosten und eine höhere Investitionsbereitschaft der Prinzipale sein.¹⁷⁸

In der Institutionenökonomik als Teil der Betriebswirtschaftslehre finden sich verschiedene Modelle zur Überwindung des Prinzipal-Agenten-Konflikts. Die Modelle schließen sich nicht gegenseitig aus. Die Wahl des Modells hängt vielmehr davon ab, welche Interessengruppen bei der Einführung von Corporate Governance-Maßnahmen als Prinzipale im Mittelpunkt stehen sollen.¹⁷⁹ Auf sie soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

1. Der Shareholder Value-Ansatz

Der Shareholder Value-Ansatz stellt allein auf die Interessen der Eigenkapitalgeber eines Unternehmens ab,¹⁸⁰ so dass Corporate Governance-Maßnahmen bei diesem Ansatz ausschließlich zu ihren Gunsten durchgeführt werden.¹⁸¹ Die Eigenkapitalgeber, welche regelmäßig die Gesellschafter sind, sind die Prinzipale, die die Geschäftsführung auf von ihnen personenverschiedene Agenten übertragen.

Der Lösung des Prinzipal-Agenten-Konflikts unter dem Shareholder Value-Ansatz dienen Corporate Governance-Maßnahmen zum Anlegerschutz und zur Stärkung des Anlegervertrauens. Maßgebliche Elemente des Anlegerschutzes sind die Aufklärung der Anleger über ihre Rechte und die Erleichterung der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte.¹⁸² Ein wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Schaffung von Transparenz und die Einrichtung von Kontrollmechanismen¹⁸³.

¹⁷⁵ Zu den weiteren Merkmalen des Prinzipal-Agenten-Konflikts s. *Marten/ Quick/ Ruhnke*, Wirtschaftsprüfung, S. 33 f.

¹⁷⁶ *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW 55 (2006), 375, 380.

¹⁷⁷ *Lutter*, ZIP 2003, 737; *Kirschbaum*, BKR 2006, 139, 140.

¹⁷⁸ *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW 55 (2006) 4, 375.

¹⁷⁹ Vgl. *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 86 ff., 94 ff.; 104 ff.; so im Ansatz auch *Wagenhofer/ Ewert*, Externe Unternehmensrechnung, S. 132.

¹⁸⁰ Das Shareholder Value-Model geht auf die Arbeit von *Rappaport*, Harvard Business Review, 1981, 139 ff. zurück; *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 86 ff.

¹⁸¹ *Jost*, spricht von „*Eigenkapitaleigentümer[n]*“, s. Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 86 und meint damit wohl die Eigenkapitalgeber.

¹⁸² *Große/ Boos*, WM 2006, 1177, 1183.

¹⁸³ Hierbei handelt es sich um ein weiteres Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen siehe unten S. 26 ff.

§ 1 Einleitung

Die Corporate Governance-Debatte beschäftigte sich bislang primär mit dem Interessenschutz der Anleger von AG. Ein Grund hierfür war, dass aufgrund starker Kurseinbrüche in den Jahren 2000 bis Mitte 2003 und der hohen Zahl von Unternehmensinsolvenzen in diesen Jahren¹⁸⁴ das Vertrauen der Anleger in die wirtschaftliche Entwicklung und damit auch in die Kapitalanlage Aktie¹⁸⁵ sank. Primäres Ziel der Einführung von Corporate Governance-Kodizes war es, das Vertrauen privater und institutioneller Anleger hinsichtlich der AG zurückzugewinnen.¹⁸⁶

2. Der Mitbestimmungsansatz

Unter dem Mitbestimmungsansatz ist das Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen die Förderung der Interessen der Eigner- und der Mitarbeiter. Es wird davon ausgegangen, dass die Förderung der Eigenkapitalgeberinteressen nicht automatisch auch zu einer Förderung der Mitarbeiterinteressen führt und eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer erforderlich sei.¹⁸⁷ Zu den wichtigsten im Rahmen des Mitbestimmungsansatzes zu lösenden Konflikten gehören Lohnverhandlungen sowie Entscheidungen über Betriebsschließungen und Entlassungen.¹⁸⁸ Corporate Governance-Maßnahmen zur Überwindung dieser Konflikte sind Maßnahmen der Mitbestimmung z. B. die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsräte oder die Einrichtung von Betriebsräten. Der Mitbestimmungsansatz kann als eine Vorstufe des Stakeholder Value-Ansatzes¹⁸⁹ interpretiert werden, bei der die Interessen der Anteilseigner und der Mitarbeiter vor denen anderer Gruppen (z. B. Fremdkapitalgeber, Lieferanten, Kunden, Staat) Vorrang haben.¹⁹⁰

3. Der Stakeholder Value-Ansatz

Eine dritte Betrachtungsweise des Prinzipal-Agenten-Konflikts bietet der Stakeholder Value-Ansatz. Bei dieser Betrachtungsweise sind nicht nur die Interessen der Eigenkapitalgeber

¹⁸⁴ Das Statistische Bundesamt veröffentlichte für das Jahr 2000 28.235 (+6,6 % zum Vorjahr), das Jahr 2001 32.278 (+14,3 % zum Vorjahr), für das Jahr 2002 37.579 (+16,4 % zum Vorjahr) und für das Jahr 2003 39.320 Unternehmensinsolvenzen (+4,6 % zum Vorjahr), s. *Statistisches Bundesamt*, Insolvenzen in Deutschland 2003, S. 12.

¹⁸⁵ Siehe oben S. 10 ff.

¹⁸⁶ *Hehn, v./ Hartung*, DB 2006, 1909; *Semler/ Wagner*, NZG 2003, 553, 557; *Thümmel*, BB 2004 (Heft 27) S. I. *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg. S. 9, der das erklärte Ziel hat, das Vertrauen der Anleger in die Kapitalmärkte zu stärken.

¹⁸⁷ *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 94 f.; Z. B. werden Gewinne häufig an die Mitarbeiter weitergegeben, wie dies besonders eindrücklich im Fall der Deutschen Bank im Februar 2005 deutlich wurde. Nahezu zeitgleich zur Verkündung eines Reingewinns von 2,55 Milliarden Euro, was einer Renditesteigerung von 25 % entsprach, wurde die Entlassung von 6.400 Stellen weltweit angekündigt. s. aber auch *Buchter*, *Financial Times Deutschland* v. 12.04.2005, S. 30.

¹⁸⁸ *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 96.

¹⁸⁹ Siehe unten S. 29 f.

¹⁹⁰ *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 86 ff.

und der Arbeitnehmer, sondern diejenigen sämtlicher Interessengruppen bei der Unternehmensführung zu berücksichtigen. Als Interessengruppen kommen neben den genannten, die sonstigen Gläubiger – wie etwa die Lieferanten, Kunden, Fremdkapitalgeber –, die Öffentlichkeit und der Fiskus in Betracht.¹⁹¹ Der Gedanke, der sich hinter diesem Ansatz verbirgt, ist der, dass auch diese Gruppen ein Interesse an einem Unternehmenserfolg haben. Für die Gläubiger eines Unternehmens wie z. B. Lieferanten und Kreditgeber sollen Corporate Governance-Regelungen primär zur Verringerung ihres Insolvenzausfallrisikos beitragen. Aber nicht nur die in einem Vertragsverhältnis zum Unternehmen stehenden Personen können Vorteile aus der Förderung des Unternehmenserfolgs ziehen. Auch Dritte profitierten von einer Gewinnmaximierung, da erfolgreiche Unternehmen i. d. R. höhere Steuern zahlen, höhere Investitionen tätigen und Arbeitsplätze schaffen, wodurch eine Standortförderung stattfindet. Eine Verbesserung der Corporate Governance dient somit auch der Volkswirtschaft. Daraus folgt, dass es sich bei dem Stakeholder Value-Ansatz weniger um den Prinzipal-Agenten-Konflikt als um ein makroökonomisches Problem handelt.¹⁹² Dies ist auch der Grund, warum es Staaten weltweit als ihre Aufgabe ansehen, vorteilhafte Bedingungen für eine gute Corporate Governance in ihrem Staatsgebiet zu schaffen, und in den vergangenen Jahren eine inflationäre Einführung nationaler Corporate Governance-Kodizes stattgefunden hat.

III. Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen

Schwere Managementfehler, Missbräuche der Rechtsform AG und GmbH sowie die hierdurch hervorgerufenen Unternehmensinsolvenzen waren die Hauptursache für das Beleben der Corporate Governance-Debatte in In- und Ausland¹⁹³. Der Diskussion liegt die Annahme zugrunde, dass die Verbesserung von Corporate Governance-Maßnahmen zu einer *Verbesserung der Entscheidungen der Geschäftsführer* führt. Dies soll geschehen, indem die Unternehmensorgane ihre Aufgaben möglichst effizient, d. h. im Verhältnis zum erforderlichen Aufwand, besonders erfolgreich erfüllen.¹⁹⁴ Eine Effektivierung von Unternehmensorganen kann sich auf die Arbeitsweise innerhalb der Organe und zwischen den einzelnen Organen beziehen.

Die *Intraorganarbeit* kann wirkungsvoller gestaltet werden, indem die Aufgaben jedes Organs oder die Art und Weise ihrer Ausführung genau beschrieben und wichtige Aspekte akzentuiert werden. Hierzu kann die Schaffung von Anreizsystemen für die einzelnen Organmitglieder mit dem Ziel ihrer Leistungssteigerung gehören. Die Einrichtung bestimm-

¹⁹¹ Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 107; Zu den Begünstigten einer Corporate Governance von Stiftungen Steuber, DStR 2006, 1182, 1185 ff.

¹⁹² Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 107.

¹⁹³ Siehe oben S. 10 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Duden, Das Fremdwörterbuch, S. 261, der Begriff „effektiv“ wird u. a. mit wirkungsvoll (im Verhältnis zu den aufgewendeten Mitteln) erklärt; siehe auch Dietrich/Struwe, ZögU, 2006, 1, 2; Zur Thematik Corporate Governance und Unternehmenserfolg s. auch Süner, AG 2000, 492, 493.

§ 1 Einleitung

ter Organe durch Corporate Governance-Vorschriften kann empfohlen oder von bestimmten Organen abgeraten werden.

Hinsichtlich der *Interorganarbeit* ist eine effiziente Gestaltung möglich, indem die Art und Weise der Zusammenarbeit, der Berichterstattung, der Beratung, der Mitspracherechte und der Kontrolle zwischen den Organen festgelegt wird. In diesem Zusammenhang ist das Ausmaß der Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates auf die Geschäftsführung wegen seiner Auswirkung auf den Prinzipal-Agenten-Konflikt¹⁹⁵ von besonderer Bedeutung. Zur Steigerung der Einflussnahme können die gesetzlichen Vermögens- und Mitverwaltungsrechte der Gesellschafter¹⁹⁶ in einem Corporate Governance-Kodex übersichtlich dargelegt oder durch Empfehlungen oder Anregungen ergänzt werden. Auf diese Weise können sich Organmitglieder und Gesellschafter auf einfache Weise über ihre wichtigsten Rechte und Pflichten informieren, werden sich ihrer Rechte bewusster und sind in höherem Maße geneigt sie auszuüben.

Da Kodex-Regelungen regelmäßig über die gesetzlichen Vorschriften hinaus gehen und Empfehlungen und Anregungen beinhalten, führt die Anwendung eines Corporate Governance Kodexes dazu, dass die Organe bei der Unternehmensführung einen höheren als den gesetzlichen Standard einhalten. Durch eine stärkere Reflektion über Entscheidungen und Unternehmensabläufe und erhöhte Kontrolle soll daher eine Qualitätssteigerung der Geschäftsführung erreicht werden.

IV. Stärkung von Transparenz und Kontrolle

Ein wichtiges Ziel guter Corporate Governance ist die Schaffung von Transparenz und von Kontrollmöglichkeiten. Diese sollen stakeholdern die Nachvollziehbarkeit von Unternehmensentscheidungen und insb. der Kapitalverwertung erleichtern.¹⁹⁷ Auf diese Weise soll wiederum einer Stärkung des Anleger- und Gläubigervertrauens und aufgrund verstärkter Kontrolle dem Unternehmenserfolg gedient werden. Auch dieses Ziel ist somit unmittelbar mit den bereits erwähnten Zielen verbunden.

1. Transparenz

Stakeholdern soll die Möglichkeit einer leichten Informationsbeschaffung über für sie wichtige Informationen durch Corporate Governance-Vorschriften eingeräumt werden,¹⁹⁸ damit sie auf einfachem Wege Einblick in bestimmte Unternehmensbereiche erlangen können. Aufgrund einer erhöhten Einsehbarkeit und Durchsichtigkeit der Unternehmenspolitik sollen Entscheidungsträger und -prozesse besser überwacht werden können.

¹⁹⁵ Siehe oben S. 27 ff.

¹⁹⁶ Siehe unten S. 159, 162 ff, 203 f.

¹⁹⁷ S. zu den Zielen der Public Corporate Governance und Transparenz und Kontrolle *Dietrich/ Struwe, ZögU*, 2006, 1, 8.

¹⁹⁸ *Dietrich/ Struwe, ZögU*, 2006, 1, 8.

§ 1 Einleitung

Die Pflicht zu einer zeitgleichen, fristgebundenen und für alle Stakeholder gleich zugänglichen Offenlegung bestimmter Informationen hat zudem das Ziel, Informationsasymmetrien und -vorsprünge einzelner Personen zu vermeiden und insb. Insiderdealing zu unterbinden.¹⁹⁹ Bei der Offenlegung ist allerdings zu beachten, dass das Maß an Informationen überschaubar bleiben muss und die Stakeholder nicht durch eine Fülle von Informationen daran gehindert werden, Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden.²⁰⁰

Informations- und Offenlegungsvorschriften können innerhalb und zwischen den Gremien eines Unternehmens und zu Gunsten einzelner Stakeholdergruppen bestehen.

Für die Offenlegung ist die Wahl des Mediums von besonderer Bedeutung. Bei Gesellschaften mit einem kleinen Gesellschafterkreis kann eine Versendung per Post oder durch Einrichtung eines E-Mailverteilers und bei Gesellschaften mit einem großen Gesellschafterkreis durch Veröffentlichung auf der unternehmenseigenen und u. U. passwortgeschützten Homepage geschehen. Die Veröffentlichung auf der Homepage hat den Vorteil, dass Stakeholder einen weltweiten Zugriff auf Informationen haben, was zu einer Gleichstellung inländischer und ausländischer Stakeholder führt. Über das Internet erhalten auch ausländische Investoren und Gläubiger die Möglichkeit, sich über das Unternehmen auf einfachem Wege zu unterrichten, ohne dem Nachteil von Verzögerungen oder höheren Kosten für die Informationsbeschaffung gegenüber Inländern zu unterliegen. Transparenz kann zudem durch eine Veröffentlichung in Fremdsprachen, z. B. auf Englisch geschaffen werden. So dient etwa Ziff. 6.8 DCGK, welche die Veröffentlichungen von Informationen auf der Internetseite von Unternehmen auch in englischer Sprache empfiehlt, der Überwindung von Sprachbarrieren ausländischer Anleger. Neben ihrer Homepage ist der elektronische Bundesanzeiger gemäß § 25 S. 1 AktG für AG und KGaA Publikationsmedium, das für in- und ausländische Aktionäre kostenlos barrierefrei zugänglich ist.²⁰¹

2. Kontrolle

Corporate Governance-Vorschriften zur Schaffung von Kontrollmöglichkeiten gründen auf der Annahme, dass eine stärkere Überwachung zu überlegteren und den Unternehmenserfolg besser fördernden Entscheidungen führt sowie eine Möglichkeit der Revision falscher Entscheidungen eröffnet. Durch eine höhere Informationsdichte und einfachere Informationsbeschaffung werden Kontrollmöglichkeiten geschaffen, die Unternehmensorganen die Erfüllung ihrer Aufgaben und Stakeholdern auf das Unternehmen bezogene Entscheidungen vereinfachen.

¹⁹⁹ *Wackerbarth*, ZGR 2005, 686, 702; *Black/ Jang/ Kim*, Journal of Law, Economics & Organization 2006 (Vol. 22), 366, 399 f.

²⁰⁰ S. etwa zum Verbot überflüssiger Ad-hoc Meldungen *Weber*, NJW 2000, 3461, 3463; *ders.*, NJW 2003, 18, 20. *Weber* in Bezug auf Informationen des Kapitalmarkts von den "Negativeffekten einer overload information" s. NJW 2004, 3674; *Dierksmeier/ Scharbert*, BB 2006, 1517, 1521.

²⁰¹ *Weber*, NJW 2004, 28, 32.

§ 1 Einleitung

a) Kontrollmöglichkeiten von Anlegern und Gläubigern

Kontrollmöglichkeiten der stakeholder erleichtern es ihnen, die Geschäftspolitik des Unternehmens zu verfolgen, zu beurteilen und zu ihren Gunsten zu reagieren, z. B. Beteiligungen zu kaufen oder zu verkaufen²⁰² oder von einer Kreditvergabe Abstand zu nehmen. Durch Offenlegung können sie initiiert werden, ihre Rechte wahrzunehmen und notwendige rechtserhebliche Informationen erhalten, auf die sie die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen oder Rechtsverletzungen stützen können.

Dabei gilt, je schwieriger die Informationserlangung ist, desto höher sind regelmäßig ihre Kosten und demzufolge diejenigen einer Kontrolle für die einzelnen Stakeholder. Transparenz und Kontrollmöglichkeiten dienen somit auch einer Kostenreduktion bei der Informationsverschaffung.²⁰³ Für den einzelnen Aktionär übersteigen die Kosten der Überwachung regelmäßig ihre Vorteile.²⁰⁴ Dabei wirkt es sich negativ aus, dass den überwachenden Gesellschaftern dieselben Vorteile zukommen, wie denjenigen, die keine Überwachung vornehmen.²⁰⁵ Dies führt dazu, dass der Anreiz für die Ausübung von Kontrolle für Kleinanleger in Publikumsgesellschaften gering und ihre Passivität für sie wirtschaftlich sinnvoll ist, sog. rationale Apathie.²⁰⁶

b) Kontrollmöglichkeiten innerhalb des Unternehmens

Einer guten Corporate Governance dienen zudem Regelungen zur Kontrolle durch Unternehmensorgane. Corporate Governance-Vorschriften können die Kontrollmechanismen innerhalb der Unternehmen verbessern, indem sie die Vorgehensweise bei der Überprüfung von Berichten und Informationen konkretisieren und den ausführenden Organen strenge Maßstäbe für die Durchführung von Kontrollaufgaben vorgeben.

c) Die Öffentlichkeit als Kontrollinstrument

Durch Offenlegungspflichten und die damit verbundene Zugänglichmachung von Daten für die Öffentlichkeit wird automatisch eine Kontrollmöglichkeit über die Unternehmensführung eröffnet. So erhofft man sich nicht nur, dass Unternehmen in einen Wettbewerb zueinander treten, indem sie anstreben möglichst positive Informationen veröffentlichen zu können, sondern dass die Öffentlichkeit auch gleichzeitig eine Kontrollfunktion übernimmt. Dies soll wiederum dazu führen, dass eine Verbesserung der Corporate Governance stattfindet.

Durch die Veröffentlichungen entsteht eine Transparenz, die aber nicht nur stakeholdern bei der Verwirklichung ihrer Interessen dient, sondern auch die Gefahr birgt, dass Konkurrenten Informationen auswerten und ausnutzen. Durch Offenlegungsvorschriften soll freilich nicht

²⁰² S. a. *Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann*, European Financial Management, 2004 (Vol. 10), 268 f.

²⁰³ *Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ (AKEU) der Schmalenbach-Gesellschaft Köln*, DB 2006, 1069, 1071; *Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann*, European Financial Management, 2004 (Vol. 10), 268 f.

²⁰⁴ *Jungmann*, ECFR 2006, 426, 433.

²⁰⁵ *Jungmann*, ECFR 2006, 426, 433.

²⁰⁶ *Kübler* in: FS Zöllner, S. 326; m. w. Nw. auch zur Historie dieses Begriffs.

erreicht werden, dass sensible interne Informationen öffentlich gemacht werden, die nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind oder Wettbewerbern zugute kommen.²⁰⁷

3. Verbesserung der Vergleichbarkeit von Unternehmen

Offenlegungsvorschriften führen aber nicht nur zu einer Informationsgewinnung bzgl. eines einzelnen Unternehmens, sondern – wenn viele Unternehmen sie beachten und somit dieselben Aspekte offen legen – auch zu einer Vergleichbarkeit von Unternehmensdaten. Diese Vergleichbarkeit entsteht nicht nur innerhalb des deutschen Corporate Governance-Systems, sondern auch zwischen deutschen und ausländischen Unternehmen. Dies beruht darauf, dass sich deutsche Corporate Governance-Vorschriften, obwohl sie auf die Bedürfnisse des deutschen Gesellschaftsrechts zugeschnitten sind, regelmäßig auch an internationalen Standards orientieren, wodurch eine hohe Übereinstimmung zu den Vorschriften ausländischer Kodizes entsteht.²⁰⁸ Daraus folgt, dass Stakeholdern nicht nur national, sondern auch international eine Vergleichbarkeit von Unternehmensdaten möglich ist. Damit dies auch in Zukunft der Fall und die Konkurrenzfähigkeit deutscher Corporate Governance-Kodizes gesichert ist, ist ein steter Abgleich wichtiger Corporate Governance-Kodizes wie z. B. des DCGK mit europäischen und weltweiten Corporate Governance-Vorschriften notwendig.

V. Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II

Ein weiteres Ziel der Anwendung von Corporate Governance-Kodizes kann eine bessere Bewertung von Unternehmen im Rahmen des Ratings nach den Vorgaben der Rahmenvereinbarung von Basel II bei der Kreditvergabe sein.

Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, der sich aus Vertretern nationaler Zentralbanken sowie nationaler Bankenaufsichtsbehörden aus den führenden Nationalbanken zusammensetzt,²⁰⁹ stellte im Juni 2004 seine überarbeiteten Rahmenvereinbarungen zur Internationalen Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen, sog. „*Basel II*“, vor.²¹⁰ Durch Basel II sollen die zuvor geltenden Eigenkapitalvereinbarungen verbessert werden und das vorgeschriebene Eigenkapital des Kreditinstituts bei der Vergabe von

²⁰⁷ *Maul/ Lanfermann/ Eggenhofer*, BB 2003, 1289, 1291; *Habersack*, spricht z. B. das Problem der Offenlegung von Informationen an, die gegen die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts verstoßen und dadurch den Interessen von abhängigen oder herrschenden Unternehmen und dem System der §§ 312 ff. AktG widersprechen, s. NZG 2004, 1. 4.

²⁰⁸ *Europäische Kommission*, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endg., S. 13; Zu Konvergenz und Unterschieden europäischer Kodizes s. *Förster*, ZIP 2006, 162, 166; *Slavik*, Die Um- und Durchsetzung von Corporate Governance Standards, S. 13 ff.

²⁰⁹ Aus der EU sind dies Belgien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Spanien und Schweden. Die anderen im Ausschuss vertretenen Staaten sind Japan, Kanada, die Schweiz und die U.S.A. Zur Besetzung des Ausschusses s. <http://www.bis.org/bcbs/organigram.pdf>.

²¹⁰ Abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs107ger.htm>; s. a. *Consbruch/ Möller/ Bähre/ Schneider*, Kreditwesengesetz, Nr. 23.22.

§ 1 Einleitung

Unternehmenskrediten nicht mehr pauschal bei 8 % der Kreditsumme liegen.²¹¹ Stattdessen wird künftig die individuelle Bonität des Schuldners ermittelt. Dabei müssen sich kreditsuchende Unternehmen einer Bonitätsprüfung durch bankinterne oder externe Ratings unterziehen, von deren Ergebnis die Kreditvergabepraxis und die Zinskonditionen der Kreditnehmer sowie die Höhe der Eigenkapitalhinterlegung des Kreditgebers abhängen.²¹² Da der Baseler Ausschuss nicht legislativ tätig werden, sondern nur Vorschläge an die nationalen Gesetzgeber machen kann, bedurfte es der Umsetzung seiner Rahmenvereinbarung in nationales Recht. Diese erfolgte zunächst von europäischer Seite durch die Neufassung der Bankenrichtlinie²¹³ und der Kapitaladäquanzrichtlinie²¹⁴.²¹⁵ Durch das am 01.01.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie wurden diese Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt.²¹⁶

Die Vorgaben von Basel II basieren auf einem drei Säulen-System. Die erste Säule beinhaltet die Mindestkapitalanforderungen, die zweite Säule die qualitative Bankenaufsicht und die dritte Säule Offenlegungspflichten.²¹⁷ Die für den Bereich Corporate Governance relevante erste Säule stellt Regelungen zur Berechnung der Mindesteigenkapitalanforderungen für das Kreditrisiko, Marktrisiko und das operationelle Risiko²¹⁸ auf.

Zur Ermittlung des Kreditrisikos gibt es drei verschiedene Ansätze. Es kann im Rahmen des Standardansatzes, des internen Ratings basierenden Ansatzes (IRB-Ansatz) oder des fortgeschrittenen IRB-Ansatz ermittelt werden.²¹⁹ Der Standardansatz wird durch Ratingagenturen aufgrund aufsichtsrechtlich anerkannter Bonitätsbeurteilungen ermittelt.²²⁰ Beim IRB-Ansatz findet das Rating bankintern statt, wobei das Kreditinstitut von vier vorgebenden Param-

²¹¹ Zur früheren Rechtslage s. *Egbers*, Kreditwesen 2002, 169 ff.; Zur tatsächlichen Eigenkapitalhinterlegung s. *Krahn*/ *Carletti*, Kreditwesen 2007, 374, 375.

²¹² RegBegr. BR-Drucks. 153/06 S. 69 f.; *Hennrichs*, ZGR 2006, 563, 564; *Ehlers*, Basel II, S. 8; *Kersting*, ZIP 2007, 56 f.

²¹³ Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.03.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute s. ABl. L 126, 26.05.2000, S. 1; Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung) ABl. L 177 vom 30.06.2006 S. 1 - 254.

²¹⁴ Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15.03.1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten s. ABl. Nr. L 141, 11.06.1993, S. 1; Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Neufassung) ABl. L 177 vom 30.06.2006 S. 201 - 255.

²¹⁵ *Mülbert*, BKR 2006, 349, 351.

²¹⁶ Sog. NeuBankRuKapARUmsG BGBl. I 2006, S. 2606; *Mielk*, WM 2007, 621 ff.

²¹⁷ S. Teil 2 - 4 Überarbeitete Rahmenvereinbarung des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht; vgl. auch RegBegr. BR-Drucks. 153/06 S. 70 f.; *Wittig*, ZHR 169 (2005) 212, 214 ff.

²¹⁸ *Wagner*, Kreditwesen, 2002, 160 ff.

²¹⁹ *Ehlers*, Basel II, S. 8; zur Vertiefung s. *Schulte-Mattler*, Die Bank 2003, 386, 387 ff.

²²⁰ *Bundesministerium der Finanzen*, Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 58 f. (http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/DE/Aktuelles/Monatsbericht__des__BMF/2006/01/060126a_gmb005.templateId=raw.property=publicationFile.pdf).

§ 1 Einleitung

tern²²¹ lediglich die Ausfallwahrscheinlichkeit des Kredites bestimmt.²²² Beim fortgeschrittenen IRB-Ansatz ist eine bankinterne Bestimmung aller vier Parameter möglich, wozu neben der Ausfallwahrscheinlichkeit die Forderungshöhe bei Ausfall, der Verlust bei Ausfall und die effektive Restlaufzeit gehören.²²³

Findet ein bankinternes Rating statt, so fließen sog. hard facts, wie z. B. die Ertragslage oder Liquiditätsziffern, und sog. soft facts, wie z. B. Führungsstruktur, Qualität des Controlling-systems oder Marktstellung, als Ratingkriterien ein.²²⁴ Die weichen Kriterien sind nicht konkret festgelegt, weshalb vertreten wird, dass auch Corporate Governance zu diesen Kriterien gehören kann.²²⁵ Dies könnte dazu führen, dass die Einhaltung von Corporate Governance-Kodizes und die Etablierung einer guten Corporate Governance in einem Unternehmen im Rahmen des Ratings nach Basel II die Bewertung positiv beeinflusst. Ob die Beachtung von Corporate Governance Vorschriften in den Ratingverfahren tatsächlich Einfluss haben werden, ist abzuwarten. Tatsächlich finden sich aber bereits jetzt in Listen zur Optimierung des Ratings Corporate Governance-Aspekte wie Führungsstruktur, Führungsstabilität, Risikomanagement oder Regelung der Unternehmensnachfolge als Beispiele für Ratingkriterien.²²⁶ Nicht finden kann man bislang jedoch den Vorschlag, die Anwendung ganzer Kodizes etwa des DCGK solle zu einer positiven Bewertung führen. Das Herausgreifen bestimmter Bereiche von Corporate Governance lässt sich mit der Komplexität des Themenkreises und der schwierigen Nachweisbarkeit der Kausalität zwischen der Anwendung von Corporate Governance-Kodizes und Unternehmenserfolg begründen.

Im Rahmen aller drei Ansätze können zudem Retailkredite vergeben werden.²²⁷ Bei dieser auch Privatkundenportfolio genannten Art der Risikobewertung werden Kredite an natürliche Personen und an kleine und mittlere Unternehmen bis zu einer zusammengefassten Höhe von 1 Mio. € mit einem Risikogewicht von 75 % gemäß §§ 10 Abs. 1 S. 9 KWG i. V. m. §§ 24, 73 Nr. 3, 76 SolvV belegt.²²⁸ Der ermittelte Risikobetrag des Kredites ist mit 8 % Eigenkapital des Kreditinstitutes zu unterlegen.²²⁹ Für viele kleine und mittlere Unternehmen, wozu auch die überwiegende Zahl der GmbH gehören, für die zuvor ein Risikogewicht

²²¹ Wittig, ZHR 169 (2005) 212, 219.

²²² Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 59; Zur Berechnung der Ausfallwahrscheinlichkeit s. Scheule, Kreditwesen 2003, 837 ff.

²²³ Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 59.

²²⁴ Ehlers, Basel II, S. 14 f.; verschiedene soft facts finden sich auch bei Weinrich/ Jacobs, Die Bank 2003, 114, 119; Zur Ausgestaltung des Ratingsystems s. a. Wittig, ZHR 169 (2005), 213, 224.

²²⁵ Kollmann, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 1, 6, 17.

²²⁶ Kollmann, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 1, 17; Ehlers, Basel II, S. 15 ff.; Weinrich/ Jacobs, Die Bank 2003, 114, 119; Braun/ Gstach, Rating kompakt, S. 56 f.

²²⁷ Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 59.

²²⁸ Ziff. 69 Basel II; siehe auch Graalman/ Hirschmann, BIT 3/2004, 55, 56.

²²⁹ Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 59.

§ 1 Einleitung

von 100 % galt, tritt hierdurch eine Verbesserung der Kreditkonditionen ein.²³⁰ Ein individuelles Rating erfolgt bei der Vergabe von Retailkrediten nicht. Die Beachtung guter Corporate Governance-Praktiken ist daher kein Kriterium zur näheren Bestimmung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen bei der Vergabe von Retailkrediten. Folglich hat der Gesetzgeber die Umsetzung von Corporate Governance-Maßnahmen bei der Transformation der europarechtlichen Vorgaben für individuelle Ratings nicht vorgeschrieben und auch in der durch das BMF gemäß § 10 Abs. 1 S. 9 KWG erlassenen Solvabilitätsverordnung²³¹ ist es nicht enthalten.

Daraus folgt, dass Corporate Governance-Maßnahmen bei der Vergabe von Krediten eine Rolle spielen können, wenn ein bankinternes Rating des Kreditnehmers stattfindet und das Kreditinstitut Corporate Governance-Maßnahmen als weiche Faktoren als Ratingkriterien vorsieht. Es kann daher für Unternehmen bei der Kreditaufnahme eine Rolle spielen, ob sie eine gute Corporate Governance pflegen.

VI. Reputationsgewinn

Ein weiteres wichtiges Element zur Stärkung des Anlegervertrauens ist die Reputation eines Unternehmens. Ein guter Ruf kann *zum einen* durch ein Handeln gefördert werden, das mit geltendem Recht übereinstimmt, was insb. durch eine gute Complianceorganisation erreicht werden kann, die sicher stellt, dass jeder Bereich des Unternehmens die ihm obliegenden rechtlichen Vorschriften einhält. Darüber hinaus nimmt die Öffentlichkeit zur Kenntnis, ob ein Unternehmen sich gegenüber der Umwelt, seinen Arbeitnehmern und der Allgemeinheit moralisch und sozial verantwortlich verhält, sog. Corporate Social Responsibility oder Corporate Citizenship²³². Da sowohl gesetzeskonformes als auch ethisches Verhalten innerhalb des Unternehmens durch eine entsprechende Unternehmensführung gesteuert werden kann, nimmt diese durch entsprechend publizierte Corporate Governance-Maßnahmen unmittelbar Einfluss auf die Reputation.²³³ Insbesondere Vorschriften, die eine Kontrolle der Unternehmensführung erleichtern, wie etwa Offenlegungsvorschriften, können zu einem Reputationsgewinn gegenüber Anlegern, Arbeitnehmern, Kreditgebern, Lieferanten und Verbrauchern beitragen.²³⁴ Bei einem guten Ruf sind Anleger in der Regel eher geneigt in ein Unternehmen zu investieren und Abnehmer in höherem Maße bereit, Verträge mit dem Unternehmen zu schließen.²³⁵ Stattdessen droht bei einer Nichtbeachtung von Verhaltensstandards eine

²³⁰ RegBegr. BR-Drucks. 153/06 S. 70 f.; Schätzungen gehen davon aus, dass 95 % aller Kredite dem aufsichtlichen Privatkundenportofolio zugeordnet werden, so *Wittig*, ZHR 169 (2005) 212, 219.

²³¹ BGBl. 2006 I, 2926 ff.

²³² *Maaß/ Clemens*, Schriften zur Mittelstandsforschung 2002 Nr. 94, S. 1 ff.; *Maaß/ Backes-Geller*, Corporate Citizenship als integrative Führungsaufgabe, S. 1 ff.

²³³ *Schwintowski*, NVwZ 2001, 607.

²³⁴ Die Research-Agentur hat z. B. die Dax-30-Konzerne auf ökologische, soziale und ethische Leistungen untersucht. Eines der Untersuchungskriterien war dabei die Corporate Governance s. *Berghius*, Handelsblatt vom 16.06.2005 S. C 7, C 8.

²³⁵ *Hertz*, Handelsblatt v. 06.03.2006, S. 8.

adversive, d. h. entgegengesetzte Publizität,²³⁶ weshalb mit negativen Reaktionen von Anlegern, Arbeitnehmern und Verbrauchern auf Nachrichten über Gesetzesverstöße oder unmoralisches Verhalten für das Unternehmen zu rechnen ist. Das Verhalten dieser Stakeholder ist für Unternehmen von hoher Bedeutung, da sie maßgeblich zum Misserfolg eines Unternehmens beitragen können. Denkbar sind nicht nur Gewinneinbußen durch ein bestimmtes Konsumentenverhalten wie etwa die Ächtung bestimmter Marken, möglich ist es ebenfalls, dass Anleger Kapital aus einem Unternehmen abziehen, mit dessen Unternehmenspolitik sie nicht einverstanden sind, oder dass Arbeitnehmer mit höherem Potenzial aufgrund eines schlechten Renommees von der Arbeit für bestimmte Unternehmen Abstand nehmen. Diese Angst vor einem Reputationsverlust trägt erheblich dazu bei, dass DAX-Unternehmen trotz des fehlenden Kausalitätsnachweises zwischen guter Corporate Governance und dem Börsenkurs die Kodexempfehlungen des DCGK bis auf wenige Ausnahmen befolgen^{237 238}.

VII. Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes

Es wird erwartet, dass durch die Einführung nationaler Kodizes eine internationale Harmonisierung des Gesellschaftsrechts erreicht wird. Durch die Einführung zahlreicher Corporate Governance-Kodizes in verschiedenen Staaten werden die wichtigsten Aspekte des Gesellschaftsrechts für bestimmte Rechtsformen, insb. für die AG, in den jeweiligen Staaten dargelegt und für Rechtsanwender vergleichbar. Dies führt nicht nur zu einer Vergleichbarkeit der Corporate Governance der die Kodizes anwendenden Unternehmen, die bei ihrer Anwendung in einen Wettbewerb um die beste Corporate Governance treten sollen,²³⁹ sondern auch zu einer Vergleichbarkeit der Inhalte dieser Kodizes und demzufolge zu einer Vergleichbarkeit der in den Kodizes geregelten Bereichen des Gesellschaftsrechts. Besonders erfolgreiche Corporate Governance-Systeme – die etwa das Vertrauen besonders vieler Anleger erlangen – können durch diese Vergleichbarkeit beim Wettbewerb der Rechtssysteme eine bessere Position erreichen, Vorbildfunktion für weniger erfolgreiche Systeme erlangen²⁴⁰ und aufgrund des Konvergenzdrucks des Marktes das Gesellschaftsrecht anderer Nationen beeinflussen.²⁴¹ Langfristig können Corporate Governance-Kodizes somit zu einer Rechtsangleichung beitragen. Die Förderung der Annäherung nationaler Corporate Governance-Kodizes ist nach Art. 2 des Beschlusses der Kommission vom 15.10.2004²⁴² eine der Hauptaufgaben des Europäischen Corporate Governance Forums^{243 244}. Auch finden sich bereits eine Reihe kodexvergleichender Studien in der Literatur.²⁴⁵

²³⁶ *Hommelhoff/Schwab* in: Handbuch Corporate Governance, S. 58.

²³⁷ Siehe unten S. 42 f.

²³⁸ Den Druck der Öffentlichkeit beschreibt *Hopt*, ZIP 2005, 461, 472.

²³⁹ *Habersack*, NZG 2004, S. 1, 3.

²⁴⁰ So wird etwa dem Catbury-Report von 1992 Vorbildfunktion zugesprochen, s. *Borges*, ZGR 2003, 508, 510; ebenso *Wymeersch*, ZGR 2001, 294, 315.

²⁴¹ *Wiesner*, ZIP 2003, 977, 979.

²⁴² Beschluss der Kommission 2004/706/EG, Abl. L 521 v. 22.10.2004, S. 53.

²⁴³ Siehe oben S. 21.

VIII. Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance

Wie bereits erwähnt können Regelungen im Bereich der Corporate Governance auf verschiedenen Ebenen eingeführt werden. Durch freiwillige Corporate Governance-Vorschriften auf Unternehmensebene oder durch Kodizes der Wirtschaft, können bestehende gesetzliche Vorschriften ersetzt oder ergänzt werden oder es kann notwendige Gesetzgebung entbehrlich werden²⁴⁶. Eine solche Selbstregulierung der Wirtschaft hat gegenüber gesetzlichen Regelungen verschiedene Vorteile. Die Wirtschaft kann Regelungen praxisgerechter formulieren, da sie Problemfelder besser erkennen und dementsprechend realitätsnäher als der Gesetzgeber agieren kann. Die Wirtschaft billigt ihre eigenen Vorschriften stärker und bevorzugt diese hoheitlich auferlegten Gesetzen. Bei einer freiwilligen Umsetzung beugt sich die Wirtschaft nicht allein dem Druck des Gesetzgebers, sondern erkennt Notwendigkeiten und Verbesserungsmöglichkeiten selbst. Aus diesen Gründen regt der Gesetzgeber eine Selbstregulierung häufig an.²⁴⁷ Für ihn bergen Kodizes zudem den Vorteil, dass er durch die Selbstregulierung entlastet wird.

Nachteilhaft an freiwilligen Vorschriften ist, dass die Anwendung durch die Wirtschaft nicht sichergestellt ist, da jedes Unternehmen individuell entscheiden kann, welche Kodexregelungen es anwendet und welche es nicht umsetzt.²⁴⁸ Gesetzesersetzende Regelungen können zudem geringere Anforderungen enthalten als dies in einem Gesetz der Fall wäre, da sich die Wirtschaft nicht selbst enge Fesseln auferlegt. Basiert die Umsetzung eines Kodexes allein auf Freiwilligkeit, so besteht die Gefahr, dass ein Kodex oder einzelne Kodexregelungen von Unternehmen aufgrund der Sanktionslosigkeit einer Nichtbefolgung nicht beachtet werden.²⁴⁹ Dieser Effekt wird zwar dadurch verringert, dass den Unternehmen bewusst ist, eine Nichtbeachtung könne zur Einführung einer strengeren gesetzlichen Vorschrift führen. So hat sich die Bundesregierung bspw. für den Fall, dass das Selbstregulierungspotenzial des DCGK nicht ausreicht eigene Eingriffe vorbehalten.²⁵⁰ Diese Konsequenz hält Unternehmen jedoch nicht immer davon ab, keine Umsetzung vorzunehmen. Praxisbeispiele für eine solche Notwendigkeit gesetzgeberischen Tätigwerdens finden sich im Übernahmerecht und bei der Offenlegung von Vorstandsvergütungen. Auf dem Gebiet öffentlicher Übernahmeangebote wurde der im Oktober 1995 von der Börsensachverständigenkommission erlassene

²⁴⁴ Maul/ Lanfermann/ Eggenhofer, BB 2003, 1289, 1293.

²⁴⁵ S. Hopt/ Leyens, ECFR 2004, 135 ff., Förster, ZIP 2006, 162 ff.; Eine Gegenüberstellung der Rechtstatsachen bei der Unternehmensführung in Westeuropa findet sich in Wymeersch, AG 1995, 299 ff.; Weil, Gotshal & Manges, Comparative Study of the Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States, S. 5 ff.

²⁴⁶ Weber spricht sogar vom "Zeitalter kodifikationsersetzender [...] Gesetzgebung" im deutschen Kapitalmarktrecht, s. NJW 2003, 18, 19.

²⁴⁷ Hehn, v./ Hartung, DB 2006, 1909 f.

²⁴⁸ Mansfeld, Kreditwesen 2007, 259, 262.

²⁴⁹ So auch frühe Befürchtungen zum DCGK, s. Ehrhardt/ Nowak, AG 2002, 336, 344.

²⁵⁰ Große/ Boos, WM 2006, 1177, 1178 m. w. Nw.

§ 1 Einleitung

Übernahmekodex²⁵¹ durch das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene WpÜG ersetzt. Eine verbindliche Regelung wurde notwendig,²⁵² da eine große Zahl börsennotierter Gesellschaften nicht bereit war den Übernahmekodex anzuwenden.²⁵³ Auch die Einführung des Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetzes²⁵⁴ wurde damit begründet, dass sich eine nicht unbeachtliche Zahl von Unternehmen entsprechenden Anforderungen des DCGK entzogen habe.²⁵⁵

F. Kausalität

I. Kausalität zwischen guter Corporate Governance und Unternehmenserfolg

Die Förderung des Unternehmenserfolgs ist das wichtigste Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen²⁵⁶. Dieses Ziel und die Maßnahmen zu seiner Erreichung lassen sich klar definieren. Demgegenüber ist die Kausalität zwischen guter Corporate Governance und Unternehmenserfolg fraglich²⁵⁷ und nur schwer nachweisbar.²⁵⁸ Es gibt zahlreiche Möglichkeiten zur Verbesserung der Unternehmensführung und aufgrund der Komplexität von Unternehmensentscheidungen und -organisation ist es nur schwer zu beweisen, ob eine bestimmte Corporate Governance-Maßnahme etwa zur Gewinnmaximierung oder Steigerung der Aktienrendite beitragen kann.²⁵⁹ Erschwerend tritt hinzu, dass die Interaktion verschiedener Maßnahmen nicht auszuschließen ist. Trotz dieser Hindernisse, ist der Nachweis des Bestehens oder Fehlens der Kausalität für die Corporate Governance-Debatte von besonderer Bedeutung. Erst mit dem Nachweis der Kausalität könnten für Corporate Governance-Maßnahmen tatsächliche und nicht rein hypothetische Gründe angeführt werden. Kausalitätsnachweise einzelner Corporate Governance-Maßnahmen ließen deren begründeten steuernden Einsatz zu.

²⁵¹ http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor.php?source_opus=819&la=de.

²⁵² *Börsensachverständigenkommission*, Pressemitteilung v. 04.03.2002 (http://deutsche-boerse.com/dbag/di-spatch/de/binary/gdb_content_pool/imported_files/public_files/10_downloads/11_about_us/KodexAbloesung.pdf); Nach *Weber*, scheiterte der Übernahmekodex, da ihn seinen Angaben zufolge "nicht einmal die Hälfte aller börsennotierten Aktiengesellschaften anerkannt hat", s. NJW 2000, 3461, 3472.

²⁵³ Von 1.016 börsennotierten Unternehmen (exklusive Freiverkehr) haben bis zum 11.04.2001 755 börsennotierte Gesellschaften, von denen 86 Unternehmen des DAX-100 waren, den Kodex anerkannt, s. RegBegr. BT-Drucks. 14/ 7034 S. 22 f. Nicht erforderlich war eine Umsetzung aufgrund europäischer Vorgaben RegBegr. BT-Drucks. 14/7034 S. 23.

²⁵⁴ Siehe S. 13 f., 170.

²⁵⁵ RegBegr. BT-Drucks. 15/5577.

²⁵⁶ Siehe oben S. 27.

²⁵⁷ *OECD*, Corporate Governance - A Survey of OECD Countries, S. 27; Mit einer Zusammenfassung über zahlreiche Studien *Prigge/ Offen*, ZBB 2007, 89, 91 f., 102 f.

²⁵⁸ So auch *Vetter*, NZG 2008, 121, 122 m. w. Nw.

²⁵⁹ So auch *Hopt*, ZIP 2005, 461, 472.

Aus diesem Grunde sind seit dem Aufkommen der Corporate Governance-Diskussion eine Vielzahl von Studien durchgeführt worden, in denen der Zusammenhang zwischen Corporate Governance und verschiedenen unternehmensrelevanten Daten wie z. B. Aktienrendite oder Unternehmenswert untersucht wurden.²⁶⁰ In der Folge wird eine Auswahl internationaler Studien und Studien zum DCGK dargestellt.

1. Internationale Studien

Die vielbeachtete Untersuchung von *Black/ Jang/ Kim* aus dem Jahr 2002 ergab, dass die Umstellung der Unternehmenspraxis von einer sehr schlechten auf eine sehr gute Corporate Governance bei koreanischen Firmen einem Anstieg der Aktienkurse zur Folge hatte.²⁶¹

Klapper/ Love fanden im Jahr 2003 heraus, dass Corporate Governance in Unternehmen aus Staaten mit geringer gesetzlicher Regelungsdichte wirkungsvoller ist.²⁶²

Detailliertere Erwähnung soll an dieser Stelle die Studie von *Gompers/ Ishi/ Metrick* finden. Die Wissenschaftler untersuchten die Corporate Governance von 1.500 börsennotierten US-amerikanischen Unternehmen in den Jahren 1990 bis 1999. Dies geschah mit Hilfe eines Corporate Governance-Indexes aus 24 Kriterien des Investor Responsibility Research Centers. Sie belegten, dass Unternehmen mit guter Corporate Governance in den untersuchten Bereichen Aktienrendite, Marktwert-Buchwert-Verhältnis und Gewinn pro Aktie besser abschnitten als solche mit schlechter Corporate Governance.²⁶³

*Brown und Caylor*²⁶⁴ untersuchten im Jahr 2004 2.327 US-Unternehmen auf ihre Corporate Governance im Jahr 2002. Sie konnten einen positiven Zusammenhang zwischen 51 von ihnen ausgewählten Corporate Governance-Aspekten und den Erfolgselementen Eigenkapitalrendite, Nettoumsatzrendite, Umsatzsteigerung, Marktwert-Buchwert-Verhältnis, Aktiendividende und Aktienrückkauf feststellen.²⁶⁵ *Brown und Caylor* betonten jedoch, dass ihre Ergebnisse auf eine Kausalität hindeuteten, jedoch keinen Beweis für diese böten.

Zu ähnlichen Ergebnissen kamen die Studien von *Larcker/ Scott/ Tuna*²⁶⁶ und *Lehn/ Patro/ Zhao*²⁶⁷, die sich ebenfalls auf US-Unternehmen bezogen und auf umfangreichen Datenerhebungen beruhten.²⁶⁸

²⁶⁰ Einen Überblick über verschiedene Studien bieten *Prigge/ Offen*, ZBB 2007, 89, 102 f.; *Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann*, European Financial Management, 2004 (Vol. 10, No. 2) 267, 268 f.

²⁶¹ *Black/ Jang/ Kim*, Does Corporate Governance Affect Firm Value?, S. 1 ff.

²⁶² *Klapper/ Love*, Corporate governance, investor protection, and performance in emerging market, Journal of Corporate Finance, Vol. 195, 2003, 1 ff.

²⁶³ *Gompers/ Ishi/ Metrick*, Quarterly Journal of Economics 2003 (118), 107 ff.

²⁶⁴ *Brown/ Caylor*, Corporate Governance and Firm Performance, S. 1 ff.

²⁶⁵ *Brown/ Caylor*, Corporate Governance and Firm Performance, S. 1, 32, Tab. 2 S. 41.

²⁶⁶ *Larcker/ Scott/ Tuna*, Working Paper, Wharton, 24.9 2004, 1 ff.

²⁶⁷ *Lehn/ Patro/ Zhao*, Journal of Corporate Finance 2007 (13), 907 ff.

²⁶⁸ Eine deutsche Zusammenfassung dieser Studien bieten *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW Jhrg. 66 (2006), 275, 376 ff.

Festzuhalten ist, dass die Studien ausschließlich Zusammenhänge jedoch keine Kausalität zwischen Corporate Governance-Maßnahmen und dem Unternehmenserfolg nachweisen konnten. Ferner lassen sich die Ergebnisse dieser Studien aufgrund der Ausrichtung der Untersuchung auf den US-amerikanischen Markt wegen der andersartigen deutschen Kapitalmarktverhältnisse und vor allem aufgrund der unterschiedlichen Gesetzeslage nicht auf hiesige Unternehmen übertragen.²⁶⁹

2. Deutsche Studien

*Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann*²⁷⁰ befragten im Jahr 2002 alle 253 Unternehmen, die in den damaligen vier Hauptsegmenten (DAX30, MDAX, SDAX, NEMAX50) der Deutschen Börse vertreten waren, durch Versendung eines detailliert ausgearbeiteten Fragebogens nach ihrer Corporate Governance. Die Ergebnisse zeigten, dass für die 91 antwortenden Unternehmen eine bessere Corporate Governance in hohem Zusammenhang mit dem Unternehmensergebnis, den Kursgewinnen und der Börsenbewertung standen. Im Rahmen dieser Untersuchung konnten sie ferner nachweisen, dass eine Anlagestrategie, bei der man Werte von Unternehmen mit hohen Corporate Governance-Standards gekauft und solche von Unternehmen mit niedrigen Corporate Governance-Standards gekürzt hätte, zu außergewöhnlich hohen Gewinnen von ca. 12 % p. a. geführt hätte.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die Studie von *Zimmermann/ Goncharov/ Werner*.²⁷¹ Sie untersuchten die Entsprechenserklärungen von 61 DAX- und MDAX-Unternehmen der Jahre 2002 und 2003 und wiesen nach, dass die erklärte Erfüllung des DCGK und die Aktienrendite miteinander korrelierten. Unternehmen, die angaben, den Kodex zu einem hohen Maße umzusetzen, erzielten eine um 10 % höhere Aktienrendite als Unternehmen, die den Kodex in geringem Maße befolgten.

*Mahr/ Nowak/ Rott*²⁷² untersuchten im Jahr 2004, ob sich die erstmalige Veröffentlichung der Entsprechenserklärung i. S. d. § 161 AktG und der Grad der Befolgung von Empfehlungen auf den Aktienkurs eines Unternehmens auswirkte. Im Rahmen ihrer Studie analysierten sie die Corporate Governance von 337 Gesellschaften, deren Wertpapiere per 31. Oktober 2003 im Prime Standard²⁷³ der Frankfurter Wertpapierbörse notiert waren. Das Ergebnis der Studie war, dass selbst eine überdurchschnittlich gute Befolgung des Kodexes nicht zu einer positiven Überrendite führte. Ebenso kam es nicht zu Kursabschlägen für Unternehmen, die den Kodex unterdurchschnittlich befolgten. Kritik fand diese Untersuchung, da sie aus-

²⁶⁹ Ebenso *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW Jhrg. 66 (2006), 275, 377.

²⁷⁰ *Drobetz/ Schillhofer/ Zimmermann*, European Financial Management, 2004 (Vol. 10 No. 2), 267 ff.

²⁷¹ *Zimmermann/ Goncharov/ Werner*, Working Paper, Does Compliance with the German Corporate Governance Code have an Impact on Stock Valuation?, S. 1 ff.

²⁷² *Mahr/ Nowak/ Rott*, ZGR 2005, 252 ff.; *dies.*, Swiss Finance Institute Research Paper No. 11, 27.04.2006, S. 1 ff.; *Papendick*, Manager Magazin v. 17.12.2004, S. 15; *ders.*, Manager Magazin v. 15.12.2004 (<http://www.manager-magazin.de/geld/geldanlage/0,2828,332787,00.html>); s. a. *Mülbert*, BKR 2006, 349, 350.

²⁷³ *Weber*, NJW 2003, 18, 20; *ders.*, NJW 2004, 28 f.; *Spindler/ Christoph*, BB 2004, 2197, 2204.

§ 1 Einleitung

schließlich auf die Entsprechenserklärung, die die Anregungen des Kodexes nicht erfasst²⁷⁴, abstellte.²⁷⁵ Gründe für diese fehlende Kursrelevanz einer mangelnden Umsetzung von Kodexempfehlungen wurden darin gesehen, dass die deutsche Zivilrechtstradition einen zu geringen Investorenschutz gegenüber dem anglo-amerikanischen Rechtssystem biete, weshalb die Unternehmen nicht zu einer Umsetzung gezwungen werden. Die zu geringe Kapitalmarktorientierung der Unternehmen könne nicht durch das compy-or-explain-Prinzip verändert werden.²⁷⁶

Im Jahr 2006 veröffentlichten *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*²⁷⁷ eine Studie, in der unter Zugrundelegung der Daten für das Jahr 2003 96 deutsche Unternehmen des HDAX, (DAX, MDAX, TecDax) untersucht wurden. Alle der Öffentlichkeit zugänglichen Informationen – wie der Geschäftsbericht, die Entsprechenserklärung, die Tagesordnung der Hauptversammlung, die Satzung sowie Informationen auf Unternehmens-Websites dieser Unternehmen – wurden nach einer zuvor festgelegten Suchstrategie ausgewertet. Die Ergebnisse zeigten, dass der DCGK zwar als Regulierungsinstrument wirkte und einen relativ hohen Entsprechensgrad aufwies, „*er jedoch keine grundsätzliche Wirkung auf den Unternehmenserfolg*“ hat.²⁷⁸

Angemerkt sei, dass die Entsprechenserklärung keine Rückschlüsse auf die tatsächlich geübte Corporate Governance von Unternehmen zulässt. Diese Problematik untersuchten *Theisen/ Raßhofer*²⁷⁹ im Jahr 2007 bzgl. Ziff. 3.4 S. 4 DCGK und mussten feststellen, dass erklärte und praktizierte Corporate Governance bei lediglich ca. 10 % der DAX-, MDAX- und SDAX-Unternehmen übereinstimmten. Die übrigen ca. 90 % der untersuchten Unternehmen erklärten ordnungsgemäß, änderten jedoch nichts an ihrer tatsächlichen Organisation.

3. Auswertung

Die Studien machen deutlich, dass sich keine allgemeinen Aussagen über eine Kausalität zwischen guter Corporate Governance und Unternehmenserfolg für den deutschen Markt machen lassen. Auch eine steuernde Wirkung von Corporate Governance-Maßnahmen in Richtung Unternehmenserfolg konnte nicht nachgewiesen werden. Ebenfalls nicht erkennen lässt sich, dass die Abgabe der Entsprechenserklärung Einfluss auf das Anlegerverhalten hat. Dementsprechend konnte eine Kursrelevanz der Entsprechenserklärung nicht nachgewiesen werden.

²⁷⁴ Zu den Begriffen Empfehlung und Anregung siehe unten S. 97 f.

²⁷⁵ *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW Jhrg. 66 (2006), 375, 379.

²⁷⁶ *Mahr/ Nowak/ Rott*, ZGR 2005, 252 ff.; *Habersack*, NGZ 2004, 1, 3.

²⁷⁷ *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW Jhrg. 66 (2006), 375 ff.

²⁷⁸ *Bassen/ Kleinschmidt/ Prigge/ Zöllner*, DBW Jhrg. 66 (2006), 375, 396.

²⁷⁹ *Theisen/ Raßhofer*, DB 2007, 1317 ff.

II. Der Glaube an die positiven Effekte guter Corporate Governance

Erwähnung finden sollen an dieser Stelle darüber hinaus zwei Studien, in denen nicht die tatsächliche Kursrelevanz guter Corporate Governance untersucht wurde, sondern die Frage gestellt wurde, ob die Befragten davon ausgingen, gute Corporate Governance führe zu einer besseren Bewertung von Anlageobjekten.²⁸⁰

Die im Jahr 2001 von *Hillebrandt/ Pellens/ Ulmer*²⁸¹ durchgeführte Befragung der DAX 100 Unternehmen ergab, dass 85,3 % der Befragten einer guten Corporate Governance einen positiven Effekt auf den Aktienkurs zutrauten; allerdings konnte die Mehrheit der Befragten (63,8 %) diesen nicht quantifizieren.

Nach einer Studie der Beratungsgesellschaft Mercer Investment Consulting im Jahre 2006 glaubten 60,9 % der regional aktiven Vermögensverwalter in Europa, 62,2 % in den USA und 46,3 % weltweit, dass Corporate Governance innerhalb traditioneller Investmentanalysen innerhalb der nächsten fünf Jahre an Bedeutung gewinnen werde.²⁸²

Diese beiden Studien in Zusammenschau mit den zuvor dargestellten internationalen und deutschen Studien zeigen, dass der Glaube an die positiven Effekte von Corporate Governance-Maßnahmen groß ist, wissenschaftliche Studien diese Effekte jedoch bislang nicht belegen konnten.

G. Zusammenfassung

I. Das *Ziel der Arbeit* ist die Klärung der Frage, ob Corporate Governance-Maßnahmen zur Lösung der Probleme der Rechtsform GmbH sinnvoll sind und wenn ja, welche Maßnahmen die GmbH zur Verbesserung ihrer Corporate Governance ergreifen kann.

II. Eine einheitliche *Definition* für den Begriff „*Corporate Governance*“ hat sich bislang noch nicht herausgebildet. Gemeinsam ist den genannten Definitionen, dass sie sich auf die Unternehmensführung oder -kontrolle beziehen. Mit „*guter*“ Corporate Governance ist i. d. R. ein sinnvolles, auf die speziellen Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnittenes Regelwerk für eine zweckmäßige Organisation und Führung des Unternehmens gemeint, welches besonders sinngemäß und tauglich von einem Unternehmen umgesetzt und den Interessen der stakeholder gerecht wird.

III. Corporate Governance-Regelungen können für verschiedene *Regelungsebenen* verfasst werden. Es ist zwischen *gesetzlichen Corporate Governance-Vorschriften*, *Kodizes interna-*

²⁸⁰ Dies war einige Zeit die herrschende aber nicht empirisch belegte Meinung s. *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1572; *Claussen/ Bröcker*, DB 2002, 1199, 1205; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 363; *Schneider, U. H.*, DB 2000, 2413, 2416.

²⁸¹ *Hillebrandt/ Pellens/ Ulmer*, BB 2001, 1243, 1249.

²⁸² *S. Narat*, Handelsblatt v. 09.03.2006, S. 26; Ohne einen Kausalitätsnachweis zu führen, vertrat auch das Europäische Parlament im Jahr 2004 die Meinung: „...dass durch eine gelebte und der Öffentlichkeit transparent gemachte Corporate Governance sich sowohl das Image eines Unternehmens als auch sein Rating und damit auch seine Stellung auf den Kapital- und Finanzmärkten verbessert...“, s. Abl. C 104E, 30.04.2004 S. 714, 719.

§ 1 Einleitung

tionaler Organisationen oder der Wirtschaft und unternehmensspezifischen Corporate Governance-Kodizes und Verhaltenskodizes zu unterscheiden.

IV. In Deutschland setzte die Corporate Governance-Debatte im Vergleich zur USA spät ein. Hinsichtlich der AG beruhte dies auf der Tatsache, dass Corporate Governance bereits Ziel des AktG war und nicht als die Aufgabe von Kodizes angesehen wurde. Aus diesem Grunde findet sich für die AG eine enge gesetzliche Regelungsdichte. Wichtige Elemente sind hierbei, dass Abweichungen durch statutarische Regelungen aufgrund der Satzungsstrenge gemäß § 23 Abs. 5 AktG und dass Missbräuchen aufgrund der zweigliedrigen Organstruktur der AG vorgebeugt ist. Für die GmbH ist die Corporate Governance-Debatte bislang nicht umfassend entfacht. Auf den durch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Centros“ im Jahr 1999 u. a. entstandenen Konkurrenzdruck für GmbH im Wettbewerb mit anderen europäischen Rechtsformen und auf weitere Missstände, reagierte der Gesetzgeber im Oktober 2008 mit dem Erlass des MoMiG.

V. Bereits in den 80er und 90er Jahren reagierte der *deutsche Gesetzgeber* zudem mit einer Reihe von Gesetzen auf das weltweite Zusammenwachsen der Märkte und auf einige aufsehenerregende Fälle von Missmanagement. Spätestens im Jahr 2002, in dem Insolvenzen großer Gesellschaften die US-amerikanischen und deutschen Kapitalmärkte erschütterten, wurde auch in Deutschland der Ruf nach „*guter Corporate Governance*“ laut. Der Gesetzgeber führte im Juli 2002 mit § 161 AktG a. F. für börsennotierte Gesellschaften die Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung zum DCGK ein. Zudem stellte die Bundesregierung im Februar 2003 einen Maßnahmenkatalog zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes auf, den sie durch eine Vielzahl von Gesetzen umsetzte.

VI. Zeitgleich zu Gesetzesreformen wurden *nationale und internationale Kodizes* zur Verbesserung der Corporate Governance aufgestellt. Herausragende Bedeutung unter diesen Kodizes hat der DCGK aufgrund seiner Verankerung in § 161 AktG.

VII. Auch auf *europäischer Ebene* fanden und finden ebenfalls verschiedene Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und zur Thematik der Corporate Governance statt. Zu diesen gehörten insb. der im Mai 2003 von der Europäischen Kommission aufgestellte Aktionsplan zur „*Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*“, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung eines Corporate Governance Statements durch die RL 2006/46/EG und die geplante Einführung der EPG.

VIII. Zu den Zielen von Corporate Governance-Maßnahmen gehört zunächst die *Förderung des Unternehmenserfolgs*, für den eine mögliche Definition das Erreichen der Ziele der Kapitalgeber ist. Weiteres Ziel ist die *Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts*. Ob hierbei allein die Anleger, die Arbeitnehmer oder sämtliche stakeholder als Prinzipale betrachtet werden sollen, hängt von der Wahl des entsprechenden Ansatzes – Shareholder Value-Ansatz, Mitbestimmungsansatz oder Stakeholder Value-Ansatz – ab. Ebenfalls Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen ist die *Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen*, die durch eine Verbesserung von Intra- und Interorganarbeit insb. zu einer Verbesserung der Entscheidungen der Geschäftsführer führen soll. Ein häufig genanntes weiteres Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen sind die Schaffung von Transparenz und Kontrolle.

§ 1 Einleitung

Transparenz soll vor allem Informationsasymmetrien und Informationsvorsprünge einzelner Personen überwinden. Kontrollmöglichkeiten sollen eine Unternehmensüberwachung fördern und zu überlegteren und den Unternehmenserfolg fördernden Entscheidungen führen. Die Umsetzung von Corporate Governance-Maßnahmen kann ferner der *Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II* dienen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Bank bei der Kreditvergabe ein bankinternes Rating des Kreditnehmers vornimmt und als Kriterium die geübte Corporate Governance einfließen lässt. Kein individuelles Rating findet hingegen für Kredite bis zu einer zusammengefassten Höhe von 1 Mio. € an natürliche Personen, kleine und mittlere Unternehmen sog. Retailkredite statt. Darüber hinaus können Corporate Governance-Maßnahmen eingesetzt werden, um die Reputation eines Unternehmens zu steigern. Als weitere Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen wurden die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes und die Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance identifiziert.

IX. Ein Kausalitätsnachweis zwischen Corporate Governance-Maßnahmen und Unternehmenserfolg konnte bislang nicht geführt werden.

§ 2 DIE PROBLEMBEREICHE DER GMBH

In diesem Paragraphen wird auf die Probleme der GmbH und Maßnahmen, die in der Vergangenheit zu ihrer Behebung oder Minderung getroffen wurden, eingegangen.

A. Die Probleme der Rechtsform GmbH

Drei große Problemkreise beherrschen die Reformüberlegungen bei der GmbH. Dies sind *erstens* die Frage nach der Aufbringung und Erhaltung von bzw. der Mangel an Eigenkapital und die damit verbundenen Fragen des Gläubigerschutzes und der Insolvenzanfälligkeit. *Zweitens* stellt sich die Frage der Konkurrenzfähigkeit der GmbH im Wettbewerb mit anderen europäischen Gesellschaftsformen in Folge der Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art des EuGH. Ein weiterer, *dritter* Problemkreis, der regelmäßig die Gerichte beschäftigt, besteht in Fehlern bzw. bewussten Handlungen durch Geschäftsführer oder Gesellschafter, die zur Schädigung der GmbH bis zu ihrer Existenzvernichtung führen können. Das Nachsehen haben Mitgesellschafter und insb. die Gesellschaftsgläubiger.

I. Mangel an Eigenkapital und Insolvenzanfälligkeit der GmbH

Im Jahr 2004 gab es 18.938, im Jahr 2005 16.414, im Jahr 2006 12.867 und im Jahr 2007 10.947 insolvente GmbH. Dies entsprach im Jahr 2004 2,21 %, im Jahr 2005 1,87 %, im Jahr 2006 1,46 % und im Jahr 2007 1,22 % aller GmbH.¹ Die Rechtsform GmbH hatte im Jahr 2007 einen Anteil von 32 % an allen insolventen Unternehmen und nahm damit hinter den Kleingewerbetreibenden, die einen Anteil von 53,7 % hatten, den zweiten Platz ein.² Im Jahr 2006 und 2007 setzte sich nach dem starken Anstieg der Insolvenzzahlen zu Beginn des Jahrhunderts zwar der Trend zu rückläufigen Unternehmensinsolvenzen auch bei der GmbH fort,³ dennoch stellt die hohe Insolvenzanfälligkeit bei ihr ein Problem dar, als deren Hauptursache Managementfehler und ihre geringe Eigenkapitalausstattung gelten.⁴ Mit dem Mangel an Eigenkapital geht eine hohe Zahl wegen Masselosigkeit nicht eröffneter GmbH-Insolvenzverfahren einher. Im Jahr 2006 betrug diese ca. 50 %, ⁵ so dass die Befriedigungsquote der Gläubiger in der GmbH-Insolvenz am niedrigsten war.⁶

¹ [Http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php](http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php).

² *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2007, S. 12; s. auch *Schmidt/ Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 1; Vgl. auch *Roth/ Altmeyen*, GmbHG Einl. Rdn. 19.

³ *Statistisches Bundesamt*, 15 % weniger Unternehmensinsolvenzen im ersten Halbjahr 2006, Pressemitteilung vom 06.09.2006; *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2007, S. 2.

⁴ *Schmidt/ Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 1.

⁵ S. zu diesem Problem mit Lösungsvorschlägen *Burgard/ Gundlach*, ZIP 2006, 1568 ff.

⁶ Ebenso *Roth/ Altmeyen*, GmbHG Einl. Rdn. 19; Zu den Schwierigkeiten nach einer Abweisung des Insolvenzverfahrens noch den Ersatz des Quotenschadens in einem Rechtsstreit durchzusetzen s. *Karsten*, NJ 2006, 385, 388.

Nominelle Unterkapitalisierung und ihre Gründe

Von einer nominellen Unterkapitalisierung spricht man, wenn das Risiko tragende nominelle Haftkapital, das sich aus gezeichnetem Kapital sowie den Kapital- und Gewinnrücklagen nach § 272 HGB zusammensetzt, außer Verhältnis zu dem sich aus Art und Umfang der Aktivitäten und des Risikos der Gesellschaft ergebenden Eigenkapitalbedarf steht.⁷ Neuere Untersuchungen bei mittelständischen Unternehmen ergaben, dass 34 % der befragten Unternehmen lediglich eine Eigenkapitalausstattung von bis zu 10 % ihrer Bilanzsumme und nur 23,1 % der befragten Unternehmen ein Eigenkapital von über 30 % angeben konnten.⁸ Es wird geschätzt, dass deutsche Unternehmen über eine durchschnittliche Eigenkapitalquote von ca. 16 % verfügen, mit der sie im internationalen Vergleich schlecht abschneiden.⁹ Diese geringe Quote wirkt sich besonders in konjunkturschwachen Jahren aus, in denen hauptsächlich solche Unternehmen in Insolvenz geraten, die nur ein geringes Eigenkapital aufweisen. Die Gründe für die Unterkapitalisierung der GmbH sind vor allem darin zu finden, dass sie über ein geringes Mindestkapital verfügt, da Anleger die GmbH vor allem zur Haftungsbeschränkung und nur in geringem Maße als Kapitalanlage nutzen, was wiederum auf der mangelnden Fungibilität ihrer Anteile beruht. Vielmehr sind in ca. 80 % der GmbH nicht mehr als zwei Gesellschafter¹⁰, so dass die Möglichkeit der Beschaffung von Eigenkapital maßgeblich von der Finanzierungskraft und -bereitschaft ihrer Gesellschafter abhängt.

a) Geringes Mindestkapital

Das Mindeststammkapital von GmbH beträgt 25.000 €. Der Gesetzgeber entschied sich im Rahmen der GmbH-Reform durch das MoMiG nach intensiver Debatte gegen das Herabsenken dieses Betrages auf 10.000 €. GmbH-Gründer haben jedoch nunmehr durch die Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) die Möglichkeit, die Gesellschaft mit einem Mindeststammkapital von nur einem Euro zu gründen¹¹. Bereits vor der GmbH-Reform entsprach das Stammkapital vieler GmbH nicht ihrem tatsächlichen Kapitalbedarf. Im Zeitpunkt der Einführung des GmbHG im Jahre 1892 lag das Mindeststammkapital bei 20.000 Goldmark, was einem heutigen Betrag von mindestens 100.000 € entspricht¹² und oft als derjenige Betrag geschätzt wird, der bei GmbH regelmäßig auch heute erforderlich ist.¹³ In der Vergangenheit waren diejenigen GmbH, die ein Haftungskapital von mehr als 50.000 € hatten, weit seltener von Insolvenzen betroffen als diejenigen, die über das notwen-

⁷ Zum Begriff der nominellen und materiellen Unterkapitalisierung s. *Goette/ Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, S. 5 Rdn. 11 ff.; s. auch *Schmidt, K.*, GR, § 9 IV 4., S. 240.

⁸ *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, 1. Halbjahr 2006, S. 19.

⁹ *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2002, S. 24; *Schmidt/ Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 1.

¹⁰ Siehe unten S. 49.

¹¹ Siehe unten S. 68 f.

¹² *Priester* deutet in: FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 159, 161 darauf hin, dass es sich hierbei um einen Betrag handelte, mit dem man sich "eine relativ noble Villa kaufen" konnte.

¹³ *Triebel/ Otte*, ZIP 2006, 1312, 1321.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

dige Mindestkapital von 25.000 € verfügten.¹⁴ Folgerichtig ist die im Bundestag debattierte Herabsetzung des Mindeststammkapitals in der Literatur auf weite Kritik gestoßen¹⁵ und schließlich abgelehnt worden. Es ist zu erwarten, dass die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) aufgrund ihres niedrigen Mindeststammkapitals besonders insolvenzanfällig sein wird.

b) Geringe Gesellschafterzahl

Ein weiterer Grund für die geringe Eigenkapitalausstattung ist die geringe Zahl der Anteilseigner im Vergleich zur AG. Im Jahr 2007 gab es in Deutschland insgesamt 1,029 Mio. Aktionäre im Alter von über 14 Jahren, was einen Anteil an der Bevölkerung von ca. 1,25 % ausmacht.¹⁶ Genaue Zahlen über Anteilseigner an GmbH lassen sich bislang nicht finden, was daran liegt, dass es aufgrund der Vielzahl der dezentral geführten Handelsregister keine gesamtdeutsche Erhebung gibt.¹⁷ Die Untersuchung der Gesellschafterzahlen an einem Amtsgericht in Deutschland verdeutlichen exemplarisch, dass dort im Jahr 1996 39,7 % der GmbH Einzelpersonen-, 40 % Zweipersonen- und 12,8 % Dreipersonengesellschaften waren. Der Anteil der Gesellschaften mit mehr als fünf Gesellschaftern lag bei 0,8 %, so dass mehr als 99 % der Gesellschaften nicht mehr als fünf Gesellschafter hatten.¹⁸ Zwar lassen sich diese Zahlen nicht auf ganz Deutschland übertragen, aus ihnen lässt sich jedoch erahnen, dass der Anteil der Publikums-GmbH gemessen an allen GmbH und die Anzahl der GmbH-Gesellschafter im Vergleich zu der aller Aktionäre gering ist und Anleger die GmbH weit seltener als Investitionsobjekt als etwa die AG nutzen.

c) Fungibilität der Gesellschaftsanteile

Die Gründe für eine geringere Gesellschafterzahl und dementsprechend für die geringe Eigenkapitalbasis sind insb. darin zu finden, dass GmbH-Anteile eine geringere Fungibilität als Aktien aufweisen.

Dies beruht *zunächst* darauf, dass der Gesetzgeber die GmbH anders als die AG als Mitunternehmergesellschaft und somit nicht für eine hohe Gesellschafterzahl konzipiert hat. Bei der GmbH bedürfen das Verpflichtungsgeschäft zu einer Abtretung ebenso wie die Abtretung des Anteils der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG. Der Sinn dieser Formvorschrift ist es zu vereiteln, dass GmbH-Geschäftsanteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden. Der Erwerber eines Anteils soll auf die Bedeutung und das Risiko

¹⁴ *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, 1. Halbjahr 2006, S. 28.

¹⁵ *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321 m. v. w. Nw.

¹⁶ S. zur Zahl der Aktionäre in Deutschland *Deutsches Aktieninstitut*, DAI Factbook - Stand 30.07 2008, Tab. 08.3-Zahl-D; *dass.* DAI Factbook - Stand Oktober 2006, Tab. 08.3-Zahl-D.; s. auch *Deutsches Aktieninstitut*, Zahl der direkten Aktienanleger gestiegen – Zahl der Fondsanleger rückläufig - DAI-Kurzstudie 1/2005, S. 1.

¹⁷ Es ist auch nicht zu erwarten, dass aufgrund der Einführung des Unternehmensregisters eindeutige Zahlen ermittelt werden können. Da die Erfassung und Veröffentlichung im Unternehmensregister primär neue Eintragungen betrifft, s. § 9 Abs. 1 und 2 HRV.

¹⁸ *Kornblum*, GmbH 1997, 630, 634, 638; ebenso *Burgard*, ZIP 2002, 827, 828.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

der Beteiligung an einer GmbH hingewiesen werden und ihm soll klar sein, dass er seine Investitionen nicht so leicht wie bei einer Aktie durch Verkauf wieder zurück erlangen kann.¹⁹ Demgegenüber ist bei Aktien zwischen der Inhaberaktie und der Namensaktie zu unterscheiden, wobei die Übertragung bei Ersterer allein durch Einigung und Übergabe stattfindet und bei Letzterer grundsätzlich durch Indossament geschieht, das jedoch auch durch ein Blankoindossament ersetzt werden kann, so dass beide Aktienarten formlos übertragen werden können.²⁰ Der Aktienerwerber hat zwar die Möglichkeit, sich bei deren Erwerb als Aktionär ins Aktienregister der Gesellschaft eintragen zu lassen, diese Eintragung begründet aber ausschließlich eine Vermutung der materiellen Berechtigung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft und ist keine Erwerbsvoraussetzung.²¹

Da die freie Handelbarkeit eines Wertpapiers gemäß § 5 BörsZuVO Voraussetzung für die Zulassung an einer Wertpapierbörse ist, es jedoch an der Handelbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen aufgrund der zwingenden notariellen Form der Abtretung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG fehlt, kann ein GmbH-Geschäftsanteil nicht an einer Börse gehandelt werden. An der Handelbarkeit scheitert es selbst dann, wenn der Geschäftsanteil in Form eines Anteilsscheins²² verbrieft ist, da eine Verbriefung keinen Einfluss auf die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG hat.²³ Ebenfalls nicht möglich ist die Zulassung von Geschäftsanteilen zum Handel in einem multilateralen Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 Nr. 8 WpHG, da hierfür Voraussetzung wäre, dass es sich um ein Finanzinstrument handelte. Geschäftsanteile unterfallen diesem Begriff jedoch nicht, da es wiederum an der hierfür gemäß § 2 Abs. 1, 2b WpHG erforderlichen Handelbarkeit fehlt. Aus der mangelnden Fungibilität folgt somit, dass es für GmbH-Geschäftsanteile an einem angemessenen Handelsplatz fehlt, auf dem viele Käufer und Verkäufer zusammengeführt werden. Dies wirkt sich für die GmbH erschwerend bei der Suche nach Anlegern aus und verstärkt den Mangel an Eigenkapital.

Erwähnung finden sollte, dass bei der GmbH hinzukommt, dass gemäß § 40 GmbHG n. F. jede Veränderung der Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen durch die Geschäftsführer bzw. den Notar in Form einer Gesellschafterliste beim elektronischen Handelsregister eingereicht und im Registerordner gespeichert werden muss.²⁴ Hierbei handelt es sich zwar nicht um eine Erwerbsvoraussetzung; nach § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. gilt aber nur derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter, der als solcher in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste eingetragen ist. Fehlt es an einer

¹⁹ Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 15 Rdn. 20; kritisch Triebel/ Otte, ZIP 2006, 1321, 1326; Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 200 ff.

²⁰ Bayer in: MüKo AktG § 68 Rdn. 8 ff.

²¹ Hüffer, AktG, § 67 Rdn. 11 - 13; Bayer in: MüKo AktG § 67 Rdn. 37 ff.; Lutter, KölnKomm AktG § 67 Rdn. 16 f.

²² Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 14 Rdn. 7.

²³ Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 14 Rdn. 8; Lutter/ Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 14 Rdn. 8.

²⁴ Gesmann-Nuissl, WM 2006, 1756, 1758.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Eintragung, so kann ein Gesellschafter seine Gesellschafterrechte nicht ausüben.²⁵ Auch bei der AG kann eine Gesellschafterliste in Form eines sog. Aktienregisters gemäß § 67 AktG geführt werden, eine Pflicht zur Führung besteht jedoch nur, wenn die AG Namensaktien oder Zwischenscheine ausgibt.²⁶ Zudem ist das Aktienregister nur bei der AG zu führen und nicht beim Handelsregister einzureichen. Keine Bedingung für die Ausübung der Aktionärsrechte ist die Eintragung in das Aktienregister.

Auf die Fungibilität von GmbH-Anteilen wirkt es sich *ferner* negativ aus, dass die Komplexität der Rechtsprechung zu einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit bei der Abtretung von GmbH-Anteilen geführt hat. So gilt bspw. bei der notariellen Beurkundung der Vollständigkeitsgrundsatz, wonach die gesamte Vereinbarung der Abtretung samt aller Anlagen beurkundungspflichtig ist.²⁷ Der Gesetzgeber hat diese Unsicherheiten durch das MoMiG nicht beseitigt.²⁸

Weitere Unwägbarkeiten können für den Erwerber darin bestehen, dass er für eine ausstehende restliche Stammeinlage, für eine nicht erbrachte Sacheinlage und die Verlustdeckung im Gründungsstadium gemäß § 16 Abs. 2 GmbHG²⁹ neben dem Veräußerer gesamtschuldnerisch haftet.³⁰ Für Aktienkäufer besteht eine solche Haftung nicht.³¹ Dies birgt ein hohes Haftungsrisiko bei Erwerb eines GmbH-Anteils, wodurch die Attraktivität der GmbH als Kapitalanlage sinkt.

II. Konkurrenzfähigkeit der GmbH

1. Konkurrenzdruck für die GmbH durch die Rechtsprechung des EuGH

Neben dem Problem der Insolvenzanfälligkeit und des Eigenkapitalmangels besteht seit den Urteilen des EuGH in Sachen „Centros“³² aus dem Jahr 1999, „Überseering“³³ aus dem

²⁵ BT-Drucks. 16/6140 S. 85; BT-Drucks. 16/9737, S. 15; *Gehrlein* Der Konzern 2007, 771, 791; § 40 Abs. 3 GmbHG n. F. gewährt dem eintretenden Gesellschafter einen Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsführer (BT-Drucks. 16/6140 S. 86; BT-Drucks. 16/9737, S. 20; *Gehrlein* Der Konzern 2007, 771, 794.) bzw. § 19 BNoto i. V. m. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG n. F. einen Anspruch gegen den Notar (*Harbarth*, ZIP 2008, 57, 59.).

²⁶ *Bayer* in: MüKo AktG § 67 Rdn. 15 f.

²⁷ S. a. kritisch zum Vollständigkeitsgrundsatz *Triebel/ Otte*, ZIP 2006, 1321, 1325, m. zahlr. w. Nw.; OLG Hamburg ZIP 2007, 1008 ff.

²⁸ Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 4; BT-Drucks. 16/6140 S. 6, 73.

²⁹ Vormals § 16 Abs. 3 GmbHG.

³⁰ *Fembacher/ Walz*, BB 2004, 680 ff.

³¹ Es besteht jedoch für Veräußerer von Aktien, die im Aktienregister verzeichnet sind, die Zahlungspflicht als Vormänner gemäß § 65 AktG, wenn die Erwerber ihrer Aktien aufgrund von nicht geleisteten Beiträgen von der Gesellschaft gemäß § 64 AktG ausgeschlossen wurden; s. *Bayer* in: MüKo AktG § 65 Rdn. 12 ff.

³² EuGH, Slg. 1999 I-1459.

³³ EuGH, Slg. 2002, I-9919.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Jahr 2002 und „*Inspire Art*“³⁴ aus dem Jahr 2003 das Problem der Konkurrenz anderer Rechtsformen für die GmbH.³⁵

Mit diesen Entscheidungen gab der EuGH vor, dass die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurden, das Recht beinhaltet ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Diese hätten dort die Rechts- und Parteifähigkeit, die sie in ihrem Gründungsstaat besitzen. Zweigniederlassungen von Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Gründung dürfen zudem nicht an Sonderregelungen wie die Mindestkapital- und Haftungsregelungen der Gesellschafter dieses Mitgliedstaates gebunden werden. Für die einzelnen Gesellschaftsformen in der EU folgte aus diesen Entscheidungen die Möglichkeit, Gesellschaften in einem Mitgliedstaat zu gründen und ihre Tätigkeit in dieser Rechtsform ungehindert in einem anderen Mitgliedstaat nach dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates auszuüben.³⁶ Da die GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen andere Gründungsformalien und andere Anforderungen an das Mindeststammkapital hat, besteht seitdem die Gefahr, dass ausländische Gesellschaftsformen gegenüber der GmbH bei der Rechtsformwahl bevorzugt werden.³⁷

Insbesondere die englische *private company limited by shares* (in der Folge *Limited*)³⁸ bietet der GmbH seither starke Konkurrenz und Untersuchungen ergaben insb. in den Zeiten kurz nach den Entscheidungen des EuGH einen geschätzten 25 %igen Anteil aller Kapitalgesellschaftsneugründungen und mehr als 25.000 bereits bestehende *Limited* in Deutschland.³⁹

³⁴ EuGH, Slg. 2003, I-10155; s. des Weiteren auch die *Sevic*-Entscheidung des EuGH, Slg. 2005 I-10805; hierzu *Montag/ Bonin, v.*, NJW 2007, 3397, 3401.

³⁵ *Zöllner* kritisiert den Begriff des Wettbewerbs im Zusammenhang mit der GmbH, s. *GmbHR* 2006, 1, 11.

³⁶ *Halen, v.*, WM 2003, 571 ff.; *Eisenhardt*, *Gesellschaftsrecht*, S. 8 f., Rdn. 10c ff.; *Hofmeister*, WM 2007, 868 ff.

³⁷ RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 33; BT-Drucks. 16/6140 S. 58; zur englischen *Ltd.* in Deutschland: *Schall*, ZIP 2005, 956 ff.; *Dierksmeier*, BB 2005, 1516 ff.; *Müller*, BB 2006, 837 ff.; zur GmbH-Rechtsreform: *Priester*, ZIP 2005, 921 f.; *ders.*, ZIP 2006, 161 ff.; *Vossius/ Wachter*, BB 2005, 2539 ff.; *Happ*, ZHR 169 (2005), 6 ff.

³⁸ *Kornblum* beschreibt, dass in der Handelsregisterrubrik "*Rechtsform ausländischen Rechts HRB*" die englische *Limited* "*ganz eindeutig*" dominiert, s. *GmbHR* 2007, 25, 33.

³⁹ Vgl. *Zöllner*, der auch andere ausländische Rechtsformen in seine Betrachtung einfließen lässt *GmbHR* 2006, 1, 2; *Westhoff*, errechnet 40.000 in Deutschland aktive englische *Limiteds*, *GmbHR* 2007, 474, 480; *ders.*, *GmbHR* 2006, 525; *Dierksmeier*, der sogar von über 70.000 *Ltd.* in Deutschland spricht, BB 2005, 1516, 1518; *Eidenmüller*, bietet einen empirischen Ansatz, ZGR 2007, 168, 169 ff.; ebenso *Kornblum*, der allerdings weit geringere Zahlen vermutet und von ca. 7.000 ins Handelsregister eingetragenen englischen *Limiteds* ausgeht, *GmbHR* 2007, 25, 34; *Niemeier*, ZIP 2007, 1794 ff. mit umfangreichen Übersichten zur Rückläufigkeit der *Limited*; siehe auch *Römermann*, NJW 2006, 2065; *Hase*, BB 2006, 2141; *Lawlor*, ZIP 2007, 2202; *Noack*, DB 2007, 1395, 1400, der es sehr treffend auszudrücken scheint: „*Genau es weiß niemand.*“

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Der Trend zur Wahl der Limited als Rechtsform setzte sich jedoch in der Zukunft nicht gleichbleibend fort, da diese in der Folgezeit in Deutschland hohe Abmeldezahlen⁴⁰ und eine hohe Insolvenzanfälligkeit aufwies. Es wurde von mehreren Tausend Löschungen berichtet.⁴¹ Dennoch ist für die GmbH eine Konkurrentin entstanden, über die immer noch ca. 650 gewerbliche Anmeldungen monatlich verzeichnet werden.⁴² Ihre Attraktivität steigerte der britische Gesetzgeber mit dem sog. Companies Act 2006 weiter,⁴³ indem er diese und weitere seiner Rechtsformen zum Januar 2006, Oktober 2007, April 2008 und Oktober 2008 reformierte.⁴⁴

2. Vor- und Nachteile der englischen Private Limited Company by Shares

Für Existenzgründer bot die Limited insb. vor der GmbH-Reform gegenüber der GmbH den Vorteil des fehlenden Mindestkapitalerfordernisses, der niedrigeren Gründungskosten und der kürzeren Gründungszeit.⁴⁵

Anbieter werben im Internet mit Limited-Gründungen zu Preisen ab 200,- €. ⁴⁶ Demgegenüber musste man bei einer GmbH-Gründung vor der Reform mit Gebühren von circa 1.300,- € rechnen.⁴⁷ Ein weiterer Vorteil der Limited ist, dass aufgrund eines hohen Grades an Standardisierung eine Registrierung der Limited in fünf Werktagen und gegen eine Sondergebühr

⁴⁰ Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1797 f.

⁴¹ Westhoff, GmbHR 2007, 474, 497; Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1795.

⁴² Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1797 f.

⁴³ Grohmann/ Gruschinske, Der Konzern 2007, 797 ff.

⁴⁴ Werner, GmbHR 2007, R 133 f.; Wachter, GmbHR 2006, R317 f.; Grütters, BB 2005, 1523; Lawlor, ZIP 2007, 2202 ff.

⁴⁵ Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 173.

⁴⁶ S. etwa www.limited4you.de, wo mit "Nutzen Sie die Vorteile der englischen LTD. in Deutschland" geworben wird; www.limited24.de, wo eine Limitedgründung für nur 185,- € zzgl. Mehrwertsteuer mit der Möglichkeit einer Registrierung innerhalb von 24 Stunden zu einem Aufpreis von 50,- € angeboten wird; www.limited-partner.de, wo sog. "Rundum sorglos Ltd. Pakete" zum Preis von 799,- €, aber auch solche für die Ltd. & Co. KG oder für die Gründung einer Holding angepriesen werden; www.go-limited.de bieten ebenfalls Ltd. & Co. KG Gründungen sowie Ltd. Gründungen zu Preisen ab 990,- € an; s. hierzu auch Römermann, NJW 2006, 2065; Dierksmeier, spricht aber bereits im Jahre 2005 von einem Brechen der Gründungswelle, s. BB 2005, 1516 f.

⁴⁷ Römermann, NJW 2006, 2065, 2067; s. a. Bornmann/ Apfelbaum, ZIP 2007, 946, 950; laut Eidenmüller belaufen sich die Kosten der GmbH-Gründung auf 5,1 % des Pro-Kopf-Bruttosozialproduktes und die der Gründung einer englischen Limited auf 0,7 %, s. ZGR 2007, 168, 196.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

in 24 Stunden möglich ist.⁴⁸ Demgegenüber beanspruchte die GmbH vor der Reform regelmäßig mehrere Wochen,⁴⁹ was insb. auf der langwierigeren notariellen Beurkundung beruhte.⁵⁰ Da diese nicht durch das MoMiG abgeschafft wurde, ist keine maßgebliche Beschleunigung eingetreten. Machen die Gesellschafter allerdings von Vorrats- oder Mantelgesellschaften Gebrauch,⁵¹ so ist eine schnellere Gründung möglich, die jedoch zusätzliche Kosten und Gefahren mit sich bringt⁵². Die Limited hat somit gerade in der Gründungsphase Vorteile gegenüber der GmbH, die sie vor allem für Unternehmer mit geringem Startkapital attraktiv macht.

Diesen Vorteilen standen und stehen jedoch eine Reihe von Nachteilen für diejenigen Limited gegenüber, die nicht international, sondern ausschließlich im deutschen Rechtsraum tätig werden. Diese Nachteile sind detailliert bereits in der Literatur besprochen worden, weshalb an dieser Stelle nur die augenfälligsten aufgeführt werden.⁵³

Aufgrund der Verschränkung der deutschen und der englischen Rechtsordnung sind viele Rechtsfragen etwa im Gesellschafts-, Insolvenz-, Steuer-, Mitbestimmungs-⁵⁴ und Haftungsrecht bzgl. einer in Deutschland tätigen Limited noch nicht geklärt. Zwar ist es die einhellige Meinung, dass das englische Gesellschaftsrecht auf diese Limited anwendbar ist,⁵⁵ daher ergibt sich aber für die Beteiligten oft das Problem, dass sie ihre eigene Gesellschaft, einschließlich ihrer Rechte und Pflichten, nicht verstehen.⁵⁶ Zudem ist das englische Gesellschaftsrecht für deutsche Rechtsberater nicht nur aufgrund von Sprachproblemen und des Umgangs mit einem fremden Rechtssystem schwerer als das deutsche zu durchdringen. Hinzu tritt, dass im englischen Common Law System das kodifizierte Recht durch das diesem vorgehende Case Law modifiziert wird.⁵⁷ Durch die Einführung des *Companies Act 2006*, welche die bisher geltenden *Companies Acts* von 1985 und 1989 in großem Umfang ersetzte, wurden zwar weite Bereiche des kaum überschaubaren Case Laws in das Gesetz integriert

⁴⁸ Zum Gründungsvorgang s. *Zöllner*, *GmbHR* 2006, 1, 3; Den genauen Ablauf des Gründungsvorgangs einer englischen Limited beschreibt das Company House Cardiff/ Edingburgh auf seiner Homepage (<http://www.companies-house.gov.uk>).

⁴⁹ *Römermann*, *NJW* 2006, 2065, 2066; Im Jahr 2006 dauerte eine GmbH-Gründung im Durchschnitt 24 Tage, s. *Eidenmüller*, *ZGR* 2007, 168, 196.

⁵⁰ *Dierksmeier/Scharbert*, *BB* 2006, 1517, 1521.

⁵¹ *Römermann*, *NJW* 2006, 2065, 2066.

⁵² S. nur *Lutter/Bayer* in: *Lutter/Hommelhoff* § 3 Rdn. 7 ff.; 14 ff.; § 57a Rdn. 5.

⁵³ *Müller*, *BB* 2006, 837 ff.; *Römermann*, *NJW* 2006, 2065 f.; *Dierksmeier*, *BB* 2005, 1516 ff.; *Grütters*, *BB* 2005, 1523; *Dierksmeier/Scharbert*, *BB* 2006, 1517 ff.

⁵⁴ *Eidenmüller*, führt Beispiele an, wonach Unternehmen mit Sitz in Deutschland zur Vermeidung des deutschen Sonderweges einer paritätischen Mitbestimmung die Wahl einer ausländischen Rechtsform getroffen haben, s. *ZGR* 2007, 168, 175.

⁵⁵ *Müller*, *BB* 2006, 837; *Römermann*, *NJW* 2006, 2065 ff.; *Dierksmeier*, *BB* 2005, 1516 ff.; *Dierksmeier/Scharbert*, *BB* 2006, 1517 ff.

⁵⁶ *Dierksmeier/Scharbert*, *BB* 2006, 1517, 1522.

⁵⁷ *Dierksmeier*, *BB* 2005, 1516, 1521.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

und das Recht somit vereinfacht. Dennoch setzt eine gute Rechtsberatung auch weiterhin die Kenntnis des Case Laws voraus. Höhere Rechtsberatungskosten sind die Folge.

An die Stelle des Mindestkapitals treten im englischen Recht zahlreiche Publizitätspflichten, die den Gläubigern eine Beurteilung der Gesellschaft ermöglichen. Bei der Gründung der Private Limited Company ist eine Erklärung über das Stammkapital der Gesellschaft beizufügen. Dieses *capital statement* ist bei jeder Änderung des Kapitals zu aktualisieren.⁵⁸ Eine Anzeigepflicht zum Register besteht ferner bei Änderungen der Gesellschafter sowie bzgl. aller wesentlichen Gesellschafterbeschlüsse und bei der Ausgabe von Geschäftsanteilen.⁵⁹ An das englische Handelsregister ist jährlich ein Bericht mit Angaben über den Satzungssitz, die Verwaltungsorgane und die Beteiligungsverhältnisse, das sog. *annual return*, zu übermitteln.⁶⁰ Spätestens 22 Monate nach der Gründung der Limited ist zudem zum ersten Mal der Jahresabschluss, sog. *annual accounts*, unter Berücksichtigung der Rechnungslegungsgrundsätze des *Accounting Standards Board* einzureichen.⁶¹ In der Folgezeit ist auch dieser jährlich abzugeben.⁶² Verstöße gegen Publizitätspflichten können mit Strafen wie etwa der Löschung der Gesellschaft belegt werden.⁶³ Es droht zudem die persönliche Haftung der Gesellschafter.⁶⁴

Ein weiterer Nachteil besteht in der Pflicht der englischen Limited nach Verlegung des Verwaltungssitzes in das Inland, eine deutsche Zweigniederlassung in das deutsche Handelsregister eintragen zu lassen.⁶⁵ Daraus folgt die Notwendigkeit einer kostenauslösenden Einreichung der Unterlagen im englischen Original und in beglaubigter Übersetzung,⁶⁶ durch die der Vorteil der kostengünstigen Gründung relativiert wird. Das oben erwähnte *annual accounts* ist ebenfalls zum Handelsregister einzureichen.⁶⁷

⁵⁸ *Grohmann/ Gruschinske*, Der Konzern 2007, 797, 798.

⁵⁹ *Schmidt*, WM 2007, 2093, 2100.

⁶⁰ Siehe Sec. 363, 364, 364a CA 1985.

⁶¹ Siehe Sec. 242, 244 CA 1985.

⁶² Ausnahmen bestehen ausschließlich für sog. *dormant companies* s. Art. 221 CA 1985, *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 480.

⁶³ *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 479.

⁶⁴ *Noack*, DB 2007, 1395, 1400.

⁶⁵ So die h. M. *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 475 m. v. w. Nw.; *Zöllner*, GmbHR 2006, 1, 3; *Hueck/ Fastrich* in: *Baumbach/ Hueck*, GmbHG § 4a Rdn. 20 m. w. Nw.; *Schmidt*, WM 2007, 2093, 2095; *Kornblum*, hält eine Eintragungspflicht auch für Limiteds mit einer Hauptniederlassung gem. §§ 13d, e und g HGB analog gegeben und verlangt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, s. GmbHR 2006, 28, 40; s. a. *ders.*, GmbHR 2007, 25, 33 f., wo er vorschlägt, für Limiteds, die ihre Zweigniederlassung nicht in das Handelsregister eintragen lassen, ein Zwangsgeld nach § 14 HGB festzusetzen; s. auch OLG Schleswig, ZIP 2007, 2357 f.

⁶⁶ Zu den von den Amtsgerichten noch nicht einheitlich angewandten Erfordernissen s. *Römermann*, NJW 2006, 2065, 2067; *Zöllner*, GmbHR 2006, 1, 4.

⁶⁷ *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 479.

Zudem besteht grundsätzlich die Pflicht zur Rechnungslegung und Buchführung nach englischem sowie nach deutschem Recht, was für eine in Deutschland tätige Limited gegenüber der GmbH zu einem höheren Verwaltungsaufwand und höheren Kosten führt.⁶⁸

In Deutschland ist die Kreditwürdigkeit der Limited mangels Mindeststammkapitals regelmäßig noch geringer als die der GmbH, da das deutsche Rechtssystem anders als das englische keine sog. *fixed charges* oder *floating charges* als Sicherheitmittel kennt. Bei ihnen handelt es sich um Unternehmenshypothen, die so wie jede Belastung von Gesellschaftsvermögen, in die Register of Charges des Registrar of Companies und der Gesellschaft eingetragen werden müssen.⁶⁹ Da sie sich nicht auf bestimmte Vermögensgegenstände beziehen, verstoßen sie gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.⁷⁰ Die Limited hat die Möglichkeit ihre Kredite durch eine Verpfändung der Gesellschaftsanteile zu sichern.⁷¹ Da die Verpfändung jedoch nach englischem Recht erfolgt, steigen die Vertragskosten. Das als Vorteil propagierte nicht erforderliche Stammkapital kann sich daher bei einer Kreditaufnahme als Nachteil erweisen.

Diese Nachteile mögen die Gründe für die hohe „Sterberate“ der in Deutschland gegründeten Limited sein. Über 50% der Unternehmen haben ihren Betrieb bereits ein bis zwei Jahre nach ihrer Gründung wieder eingestellt.⁷² Dies ist besonders beachtlich, wenn man berücksichtigt, dass die Insolvenzzahlen und das Insolvenzausfallrisiko der Gläubiger der GmbH im Vergleich zur Limited deutlich höher liegen, wenn beide Rechtsformen ausschließlich in ihrem jeweiligen Rechtssystem tätig sind.⁷³

3. Konkurrenzdruck für die GmbH durch das Europarecht

Ein Druck auf die GmbH geht nicht nur von ausländischen Rechtsformen aus, die bei der Wahl der Rechtsform in Konkurrenz zur GmbH treten können. Auch die europäische Gesetzgebung verstärkt den Druck auf die GmbH.

So erleichtert etwa die europäische Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen,⁷⁴ eine Umwandlung von Rechtsformen, die u. a. mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007 in deutsches Recht umgesetzt wurde.⁷⁵

Zusätzlich wird die Schaffung der EPG⁷⁶ als neuer Gesellschaftsform auf europäischer Ebene der Rechtsform GmbH zusetzen. Anders als die Societas Europae (SE) wird diese Rechts-

⁶⁸ Dierksmeier, BB 2005, 1516, 1518 f.; Zöllner, GmbHR 2006, 1, 5.

⁶⁹ Schall, ZIP 2005, 965; Schmidt, WM 2007, 2093, 2098.

⁷⁰ Schmidt, WM 2007, 2093, 2098.

⁷¹ Schmidt, WM 2007, 2093, 2099.

⁷² Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 173; zu den Insolvenzzahlen der Limited in Deutschland s. Lawlor, ZIP 2007, 2202 m. w. Nw.

⁷³ Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 178, 185 f.

⁷⁴ Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, Abl. L 310 v. 25.11.2005, S. 1.

⁷⁵ BGBl. I 2007, S. 542.

⁷⁶ Siehe oben S. 24 f.

form mit der GmbH in Augenhöhe stehen, da für sie kein Mindestkapital von 120.000 € wie für die SE, sondern lediglich von 10.000,- € notwendig sein wird. Erschwerend kommt für die GmbH hinzu, dass die EPG im Wirtschaftsverkehr flexibel ausgestaltet werden soll, indem sie *zum einen* aus bereits bestehenden Gesellschaften oder infolge einer Verschmelzung von Gesellschaften gegründet werden kann und ihr verschiedene Umwandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen sollen.⁷⁷

III. Fehler bzw. bewusst schädigende Handlungen der Geschäftsführer und insb. der Gesellschafter

Ein weiteres Problem besteht darin, dass die Geschäftsführer und insb. die Gesellschafter die GmbH weit häufiger schädigen oder die Rechtsform der GmbH missbrauchen als dies bei anderen Rechtsformen der Fall ist. Kommt es zu einer schädigenden Handlung, so sieht das Gesetz für die GmbH und insb. für ihre Gläubiger lediglich eine Innenhaftung der Geschäftsführer oder Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, jedoch keine Außenhaftung der Verantwortlichen gegenüber den Gläubigern vor. Eine Durchgriffshaftung ist im GmbHG nicht vorgesehen, was häufig zu unüberlegteren und risikoreicheren Entscheidungen als bei einer Rechtsform mit unbeschränkter persönlicher Gesellschafterhaftung und zu einem Missbrauch der Rechtsform GmbH führt. Aber auch bei der AG besteht keine Durchgriffshaftung und dennoch kommt es bei ihr seltener zu Missbräuchen als bei der GmbH. Auf die *Rechtsprechung zu Missbräuchen bei der GmbH* und auf die *Gründe für einen häufigeren Missbrauch der GmbH im Vergleich zur AG* soll in der Folge eingegangen werden.

1. Rechtsprechung zu Missbräuchen der GmbH

Das Problem der Missbräuche der Rechtsform GmbH durch die Gesellschafter verdeutlicht insb. ein Blick auf die Rechtsprechung zu dieser Thematik. Der BGH musste sich in der Vergangenheit immer wieder mit dieser Problematik auseinandersetzen.

1. Qualifizierte⁷⁸ materielle⁷⁹ Unterkapitalisierung

Vielfach beschäftigte sich der BGH mit der Frage, ob ein Missbrauch der Rechtsform GmbH bei Vorliegen einer *qualifiziert materiellen Unterkapitalisierung* anzunehmen sei. Eine solche wird angenommen, „*wenn die finanzielle Ausstattung der Gesellschaft eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichend ist und einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei*

⁷⁷ Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der europäischen Privatgesellschaft S. 5 f. (Berichterstatter: Klaus-Heiner Lehne, 2006/2013 (INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//DE>).

⁷⁸ Abzugrenzen ist die qualifizierte materielle Unterkapitalisierung von der einfachen (auch tatsächlichen oder aktuellen) materiellen Unterkapitalisierung, bei der der Gesellschaft die notwendigen Mittel fehlen.

⁷⁹ Abzugrenzen ist die materielle Unterkapitalisierung von der nominellen Unterkapitalisierung, die vorliegt, wenn die Gesellschaft ihren Finanzbedarf nicht über Eigenkapital, sondern über Fremdkapital deckt, s. *Pentz* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rdn. 134; *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 16. Eine Durchgriffshaftung wird bei einer nominellen Unterkapitalisierung nicht diskutiert.

normalem Geschäftsverlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lässt.“⁸⁰ Eine solche Unterkapitalisierung hat jedoch in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte in keiner Entscheidung zu einer Durchgriffshaftung gemäß §§ 128, 129 HGB analog bei der GmbH geführt.⁸¹ In seinem GAMMA-Urteil vom 28.04.2008 lehnte der II. Zivilsenat eine solche eindeutig ab⁸² und erklärte, eine unzureichende finanzielle Ausstattung einer GmbH sei einem existenzvernichtenden Eingriff⁸³ nicht gleichzusetzen.⁸⁴ Begründet hat der BGH dies damit, dass der Gesetzgeber eine ausreichende Kapitalausstattung nicht vorgeschrieben habe.⁸⁵ Selbst wenn nur ein Teil des Stammkapitals eingezahlt werde, führe dies nicht zu einer Durchgriffshaftung.⁸⁶ Stattdessen zog der BGH eine Haftung wegen qualifizierter materieller Unterkapitalisierung ausschließlich bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung in Betracht.⁸⁷ Dies bedeutet freilich, dass hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes ein Schädigungsvorsatz nachgewiesen werden muss,⁸⁸ wobei die Rechtsprechung einen dolosen Vorsatz bereits aus dem Vorliegen des objektiven Tatbestandes folgert.⁸⁹ Der BGH hat die unter dem Schlagwort „*Aschenputtel-GmbH*“ behandelte Konstellation ausdrücklich nicht dem existenzvernichtenden Eingriff zugeordnet.⁹⁰ Bei dieser werden der GmbH von Anfang an alle Risiken aber keine Ertragschancen zugewiesen. Richtigerweise ist sie als Unterfall der materiellen Unterkapitalisierung zu behandeln.⁹¹

2. Vermögens- und Sphärenvermischung

Des Weiteren entschied der BGH im Jahre 1985 erstmals, dass die für eine *Vermögensvermischung* verantwortlichen Gesellschafter sich nicht auf das Prinzip der Vermögenstrennung zwischen Privat- und Gesellschaftsvermögen berufen können und mit ihrem Privatvermögen

⁸⁰ BAG ZIP 1999, 878, 879; ebenso *Pentz* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rdn. 135.

⁸¹ BGHZ 68, 312, 315 = NJW 1977, 1449 (Typenhaus); BGH NJW 1979, 2104; NJW-RR 1991, 1312; BAG ZIP 1999, 24; BAG ZIP 1999, 878 ff.; hinsichtlich materieller Unterkapitalisierung offengelassen BSG NJW 1984, 2117, 2119; s. aber zum Vereinsrecht, wo eine Durchgriffshaftung bejaht wurde: BGHZ 54, 222, 224 ff. = NJW 1970, 2015; demgegenüber hat ein Teil der Literatur bislang einen Haftungsdurchgriff für den Fall einer qualifizierten Unterkapitalisierung befürwortet, s. *Lutter/ Hommelhoff GmbHG § 13 Rdn. 10*; *Roth/ Altmeyen GmbHG § 13 Rdn. 122*.

⁸² BGH WM 2008, 1220 ff. (GAMMA) = BGHZ 176, 204 ff. = NZG 2008, 547 ff.

⁸³ Siehe unten S. 59 f.

⁸⁴ BGH WM 2008, 1220, 1222; *Veil*, NJW 2008, 3264, 3265; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1684; *Osterloh-Konrad* (ZHR) 2008, 274, 283; a. A. *Roth/ Altmeyen GmbHG § 13 Rdn. 93 m. v. w. Nw*.

⁸⁵ BGH WM 2008, 1220, 1223; BGHZ 90, 381, 390; ebenso *Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 13 Rdn. 11*; s. a. *Spindler*, JZ 2006, 839, 842.

⁸⁶ So BAG ZIP 1999, 878, 879.

⁸⁷ BGH WM 2008, 1220, 1224 f.; *Veil*, NJW 2008, 3264, 3266.

⁸⁸ BAG ZIP 1999, 878, s. *Anm. Altmeyen* S. 882.

⁸⁹ BGH NJW 1979, 2104; NJW-RR 1988, 1181 f.; NJW-RR 1991, 1312.

⁹⁰ BGH WM 2008, 1220, 1222; *Habersack*, ZGR 2008, 533, 544.

⁹¹ Vgl. BGH WM 2008, 1220, 1222, 1223 ff.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

aus §§ 128 f. HGB analog haften.⁹² Eine Vermögensvermischung ist gegeben, wenn die Trennung zwischen dem Gesellschafts- und dem Privatvermögen der Gesellschafter durch eine mangelnde oder undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist.⁹³

Der Fall der *Sphärenvermischung* ist gegeben, wenn der Gesellschafter im Rechtsverkehr nicht ausreichend zwischen sich und dem von ihm vertretenen Rechtssubjekt trennt.⁹⁴ Allerdings ist streitig, ob es sich hierbei um einen Fall der Vermögensvermischung und somit der Durchgriffshaftung⁹⁵ oder der Rechtsscheinhaftung⁹⁶ handelt. Dogmatisch richtig ist hier grds. die Rechtsscheinhaftung, es wird aber regelmäßig auf die Details des Einfalls ankommen, wobei der Tatbestand jedoch geringe praktische Relevanz hat.

3. Existenzvernichtungshaftung

Die *Existenzvernichtungshaftung* gründet auf der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern aus dem Jahre 1985, wonach bei Vermögenslosigkeit einer abhängigen GmbH eine Ausfallhaftung des herrschenden Konzernunternehmens gemäß §§ 302, 303 AktG analog in Betracht kam, wenn das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft infolge eines von dem herrschenden Unternehmen – sachlich umfassenden und zeitlich andauernd – ausgeübten Einflusses nachhaltig beeinträchtigt wurde.⁹⁷ Betraf die Rechtsprechung zunächst Fälle, in denen das herrschende Unternehmen keine natürliche Person war, so dehnte der BGH diese in der Folgezeit auf natürliche Personen aus.⁹⁸

Im Jahre 2001 verwarf der BGH in seinem Bremer Vulkan-Urteil die konzernrechtliche Lösung und die §§ 291 ff. AktG analog als Anspruchsgrundlage⁹⁹ und bejahte in seinem KBV-Urteil aus dem Jahre 2002 eine auf die §§ 128 ff. HGB analog gestützte Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung.¹⁰⁰

⁹² BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188; BGH ZIP 2006, 467; offenlassend BGH ZIP 1985, 29 f.

⁹³ Zur Vermögens- und Sphärenvermischung s. Hueck/Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 13 Rdn. 14 f.; Roth/ Altmeyen, GmbHG § 13 Rdn. 112 ff.; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 13 Rdn. 13 f.; Pentz in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rdn. 141.

⁹⁴ Hueck/Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 13 Rdn. 15; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 13 Rdn. 13.

⁹⁵ Roth/ Altmeyen, GmbHG § 13 Rdn. 113 m. w. Nw.; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 13 Rdn. 13 m. w. Nw.

⁹⁶ Hueck/Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 13 Rdn. 15; Gehrlein, WM 2008, 761, 768.

⁹⁷ BGHZ 95, 330, 344 (Autokran); zur Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung s. z. B. Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34, 37 ff.; Osterloh-Konrad, ZHR 172, (2008), 274, 277 ff.

⁹⁸ WM 1994, 203 f., s. a. Burgard, Natürliche Person als herrschendes Unternehmen im qualifizierten faktischen Konzern, Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG 2.94; s. auch BVerfG WM 1993, 1714 (Video-Urteil); s. zu letzterem Burgard, Verfassungsmäßigkeit des „Video“-Urteils des BGH, Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG 1.94.

⁹⁹ S. BGHZ 149, 10 = ZIP 2001, 1874 (Bremer Vulkan); s. Burgard, Aufgabe der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern; Bestandsschutz der Einpersonen-GmbH durch Verbot der Existenzgefährdung, Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG 1.02.

¹⁰⁰ BGHZ 151, 181 (KBV) = BGH WM 2002, 1802; s. Burgard, Zur Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftern bei einem existenzgefährdenden Eingriff in die Gesellschaft, Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

In seiner Entscheidung *Trihotel*¹⁰¹ aus dem Jahre 2007 gab der BGH diese rechtsfortbildende Konzeption zur Existenzvernichtungshaftung jedoch wieder auf und stützt diese nunmehr als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung auf § 826 BGB.¹⁰² Ein Unterschied zu seiner vormaligen Rechtsprechung besteht darin, dass er die Haftung als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und nicht wie zuvor als Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgeformt hat.¹⁰³ Eine Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB setzt voraus, dass eine vorsätzliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens stattgefunden hat, die gegen die guten Sitten verstößt. Dies nimmt der BGH bei einer „*planmäßigen Entziehung von – der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger unterliegendem – Vermögen der Gesellschaft mit der Folge der Beseitigung ihrer Solvenz*“¹⁰⁴ an, wenn dies zudem zum unmittelbaren oder mittelbaren Vorteil des Gesellschafters oder eines Dritten geschieht. Für den subjektiven Tatbestand ist es ausreichend, wenn dem Gesellschafter die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen^{105 106}.

In der Vergangenheit haben sich verschiedene Fallgruppen zur Existenzvernichtungshaftung gebildet. Zu den wichtigsten gehört der Vermögensabzug zu Gunsten von Gesellschaftern oder diesen zuzurechnenden Personen¹⁰⁷, die Auferlegung existenzvernichtender Risiken¹⁰⁸, wozu auch der cash pool mit wirtschaftlich gefährdeten Gesellschaftern gehört¹⁰⁹, und der Entzug überlebenswichtiger Geschäftschancen¹¹⁰, Lizenzen¹¹¹ oder Produktionslinien¹¹².

1.03; zu den genauen Voraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung nach dem KBV-Urteil s. *Burgard*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 53 f.; vgl. *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 19; Roth/*Altmeyen* GmbHG § 13 Rdn. 92.

¹⁰¹ BGH ZIP 2007, 1552 ff. (*Trihotel*) = WM 2007, 1572 ff.; s. a. BGH, *Der Konzern* 2008, 176.

¹⁰² S. hierzu *Schwab*, ZIP 2008, 341 ff.; *Leuring/ Rubner*, NJW-Spezial 2007, Heft 8, 363 f.; *Weller*, ZIP 2007, 1681 ff.

¹⁰³ S. hierzu *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 275, 276.

¹⁰⁴ BGHZ 173, 246, 258 f. (*Trihotel*).

¹⁰⁵ Vergleiche oben zur materiellen Unterkapitalisierung S. 57 f.

¹⁰⁶ BGHZ 173, 246, 259 (*Trihotel*).

¹⁰⁷ BGHZ 151, 181 (KBV); BGH NZG 2005, 177, 178; OLG Jena GmbHR 2002, 112; OLG Rostock NZG 2004, 385 (Sicherungsübereignung ohne Gegenleistung); s. aber auch BGH ZIP 2004, 2138 ff., wo der BGH eine sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB annahm, jedoch eine Existenzvernichtungshaftung offen ließ, obwohl ein Gesellschafter einer GmbH und deren von ihm beherrschte Schwestergesellschaft planmäßig deren Vermögen entzogen und es auf die Schwestergesellschaft verlagerten, um den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu verhindern und auf diese Weise das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf die entstandenen Schulden fortführen zu können.

¹⁰⁸ Vgl. BGH NJW 2000, 1571, 1572; ZIP 1994, 207, 208 (EDV-Peripherie); BGHZ 122, 123, 132 (TBB); *Drygala*, GmbHR 2003, 729, 733 ff.

¹⁰⁹ *Burgard*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 45 ff.; *Henze*, NZG 2003, 649, 658.

¹¹⁰ BGH NZG 2005, 214, 215.

¹¹¹ *Röhrich*, ZIP 2005, 505, 515.

¹¹² *Lutter/ Banerjee*, ZGR 2003, 402, 415.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Keinen existenzvernichtenden Eingriff sieht der BGH hingegen in der Beendigung der Geschäftstätigkeit einer GmbH infolge der Weigerung des Gesellschafters weitere notwendige Investitionen vorzunehmen.¹¹³ Unternehmerische Fehlentscheidungen, die eine Insolvenz verursachen, werden ebenfalls nicht von der Existenzvernichtungshaftung erfasst.¹¹⁴

4. Institutsmissbrauch

Unter dem Begriff des *Institutsmissbrauchs* werden diejenigen Fälle diskutiert, bei denen die Gesellschafter die GmbH so ausgestalten, dass die Nachteile notwendig die Gläubiger der Gesellschaft treffen müssen.¹¹⁵ Der BGH lehnte für die wenigen Fälle, die sich allein unter den Institutsmissbrauch einordnen lassen, eine Existenzvernichtungshaftung ab oder ließ die Frage nach ihrem Vorliegen unbeantwortet und bejahte stattdessen eine Haftung aus sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB. Allerdings sind Überschneidungen mit der materiellen Unterkapitalisierung nicht auszuschließen.¹¹⁶

5. Ausblick

Der Überblick hat deutlich gemacht, dass die Rechtsprechung sich immer wieder mit Fällen auseinandersetzen muss, in denen Gesellschafter die Rechtsform ihrer GmbH missbrauchen und das Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG zum Nachteil der GmbH oder von Gläubigern ausnutzen. Mit der Trihotel-Entscheidung hat der BGH rechtsrückbildend § 826 BGB als Anspruchsgrundlage für Existenzvernichtungsfälle gewählt und steuert damit auf deren einheitliche Behandlung mit Fällen zur materiellen Unterkapitalisierung und zum Institutsmissbrauch an. Bereits zum jetzigen Zeitpunkt deuten Stimmen in der Literatur darauf hin, dass § 826 BGB und nicht mehr die §§ 128 f. HGB maßgebliche Norm für die Behandlung von Missbrauchsfällen sei,¹¹⁷ wobei die Beschränkung des BGH von Existenzvernichtungshaftungsfällen auf eine reine Innenhaftung häufig kritisch betrachtet wird.¹¹⁸ In Fällen einer Vermögens- und Sphärenvermischung bleibt die Durchgriffshaftung jedoch – wie der BGH ausdrücklich erklärt hat – bestehen.¹¹⁹

¹¹³ BGH BB 2005, 232, 234; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 1, 7.

¹¹⁴ BGH BB 2005, 286 ff.; *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 45; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 283.

¹¹⁵ *Pentz* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rdn. 132; *Lutter/ Hommelhoff GmbHG § 13 Rdn. 26*; s. BGH NJW 1979, 2104 = WM 1979, 229; BGH ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735, 736.

¹¹⁶ So auch *Pentz* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rdn. 132.

¹¹⁷ *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 284; *Gehrlein*, WM 2008, 761, 768.

¹¹⁸ *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 46; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 305; *Schwab*, ZIP 2008, 341, 347, 350; so wohl auch *Leuering/ Rubner* NJW-Spezial 2007, Heft 8, S. 363, 364; *Hönn*, WM 2008, 769, 774 f.; a. A. *Altmeyden*, ZIP 2008, 1201, 1205.

¹¹⁹ BGHZ 173, 246, 257; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 284; kritisch *Gehrlein*, WM 2008, 761, 768, der § 826 BGB als einheitliche Anspruchsgrundlage befürwortet.

2. Weitere Missbrauchsfälle

Neben den bereits behandelten Fällen eines Missbrauchs schaden zwei weitere Vorgehensweisen den Gläubigern der GmbH in besonders hohem Maße. Dies ist *zum einen* die Insolvenzverschleppung und *zum anderen* die sog. „Firmenbestattung“.

a) Insolvenzverschleppung

Bereits vor der GmbH-Reform waren die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH zu einer unverzüglichen (spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) Insolvenzantragstellung gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. verpflichtet. Die Norm diente dem Schutz der Gläubiger, die bei einer Insolvenzverschleppung den sie schädigenden Abfluss von Sach- und Geldmitteln fürchten mussten, bei einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung hingegen zumindest auf eine Befriedigung nach der Quote hoffen konnten. Trotz der Haftung der Geschäftsführer gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. für Zahlungen, die nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet wurden, und der Strafandrohung in § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a. F. kam es häufig zu einer zu späten Insolvenzantragstellung.

b) Die sog. „Firmenbestattung“

Dem Insolvenzverfahren gänzlich entzogen werden angeschlagene GmbH häufig im Wege sog. „Firmenbestattungen.“ Firmenbestatter entziehen angeschlagene GmbH dem ordnungsgemäßen Insolvenzverfahren, indem sie die Veräußerung aller GmbH-Anteile, die Abberufung der Geschäftsführer und die Aufgabe des Geschäftslokals organisieren.¹²⁰ Ersteres kann etwa durch die Abtretung der Geschäftsanteile an vermögenslose Personen geschehen und Letzteres geschieht häufig durch eine Sitzverlegung und/oder Namensänderung der GmbH, so dass Gläubigern die Verfolgung ihrer Ansprüche erschwert wird.

3. Gründe für das erhöhte Aufkommen von Missbrauchsfällen bei der GmbH im Vergleich zur AG

Primärer Grund für das erhöhte Aufkommen von Missbrauchsfällen bei der GmbH ist, dass Unternehmensgründer sich für die Rechtsform der GmbH aufgrund deren *Haftungsbeschränkung* entscheiden. Die AG hat hingegen vor allem eine *Kapitalsammelfunktion*, die darauf gründet, dass Anleger bereit sind, Kapital zum Erwerb von Geschäftsanteilen anzulegen. Als *Mitunternehmergesellschaft* hat die GmbH regelmäßig eine geringere Gesellschafterzahl als die AG¹²¹. Diese geringere Zahl an Gesellschaftern kann bei der GmbH über nahezu jede Geschäftsführungsangelegenheit entscheiden.¹²² *Zudem* sind GmbH-Gesellschafter häufig neben ihrer Gesellschafterstellung als Geschäftsführer tätig. Die *weiten Entscheidungsbefugnisse der GmbH-Gesellschafter* und die *oft fehlende Trennung zwischen Gesell-*

¹²⁰ Anschaulich zur Firmenbestattung Karsten, NJ 2006, 385, 389 f.

¹²¹ Siehe oben S. 49.

¹²² Siehe im Detail unten S. 126 ff.

schafter- und Geschäftsführerstellung führen zu einer geringen Kontrolle bei der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen. Zugleich fehlt in vielen GmbH der bei der AG obligatorische Aufsichtsrat, dessen Hauptaufgabe die Überwachung der Geschäftsführer ist.¹²³ Diese *mangelnden Kontrollmechanismen* haben bei der GmbH die Folge, dass den Gesellschaftern geringere rechtliche und tatsächliche Grenzen hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen gesetzt sind. Missbräuchen wird somit nicht vorgebeugt. Hinzu kommt, dass die GmbH-Gesellschafter das Unternehmen anders als die Aktionäre häufig zum alleinigen *Erwerb ihres Lebensunterhalts* betreiben. Für diese ist es daher essentiell, dass sie als Gesellschafter Ausschüttungen oder als Gesellschaftergeschäftsführer ein Gehalt gezahlt bekommen. Auf diese Zahlungen sind sie auch dann angewiesen, wenn das Unternehmen in eine wirtschaftliche Schieflage gerät. Gesellschafter sehen dann u. U. keinen anderen Ausweg als Privatentnahmen über die Leistungsgrenze der Gesellschaft hinweg zu tätigen oder diese auf andere Weise zu schädigen.

B. Maßnahmen des Gesetzgebers zur Problembehebung bei der GmbH

I. Maßnahmen gegen die Unterkapitalisierung

Dem Problem der Unterkapitalisierung versuchte man mit verschiedenen Maßnahmen entgegenzuwirken.

1. Einführung der kleinen AG

Insbesondere bei mittelständischen Unternehmen wurde die geringe Eigenkapitalausstattung bereits 1984 erkannt, als der Bundestag einen Prüfungsauftrag zur „*Verbesserung der Risikokapitalausstattung der deutschen Wirtschaft*“ erteilte.¹²⁴ Dies führte Ende der 1980er bis Anfang der 1990er Jahre zu der Diskussion über die Börseneinführung und die Erleichterung der Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen.¹²⁵ Statt mit der Reform des GmbH-Rechts reagierte der Gesetzgeber mit der Einführung der kleinen AG, die durch das Gesetz für kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts¹²⁶ am 10.08.1994 eingeführt wurde¹²⁷. Bei ihr handelt es sich nicht um eine genau definierbare, eigenständige Gesellschaftsform. Stattdessen ist je nach Einzelfall zu entscheiden, ob eine AG sich unter den Begriff der *kleinen Aktiengesellschaft* subsumieren lässt. Kriterien für eine Einordnung können etwa die Zahl der Gesellschafter und deren namentliche Bekanntheit bei der Gesellschaft, die Zahl der Arbeitnehmer, der Ausschluss der Verbriefung der Aktien¹²⁸ aber auch ihre Börsennotierung sein¹²⁹.

¹²³ Siehe im Detail unten S. 129 ff.

¹²⁴ *Wienke*, Der Arbeitgeber 1995, 45.

¹²⁵ *Claussen*, ZHR 153 (1989) 216 ff.; *Claussen*, GmbHR 1989, 495 ff., *Hommelhoff*, ZHR 153 (1989) 181 ff., *Hennerkes/ May*, DB 1989, 1709 ff.

¹²⁶ BGBI. I S. 1961.

¹²⁷ Siehe oben S. 10.

¹²⁸ *Schwennicke*, AG 2001, S. 118 ff.

Die Frankfurter Wertpapierbörse entwickelte für Börsengänge kleiner und mittelgroßer Unternehmen den seit dem 25.10.2005 eingeführten Entry Standard. Hierbei handelt es sich um ein Börsensegment im Freiverkehr, das den Vorteil des kostengünstigen Zugangs zum Kapitalmarkt mit niedrigen regulatorischen Anforderungen und der verbesserten Handelbarkeit aufgrund erhöhter Sichtbarkeit hat.¹³⁰

2. Steigerung der Fungibilität von GmbH-Anteilen

Gestärkt wurde die Fungibilität der GmbH-Anteile im Rahmen der GmbH-Reform durch die Neufassung des § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG, wonach der Betrag der Stammeinlage nunmehr nicht mehr mindestens hundert, sondern nur noch auf volle Euro lauten und nicht mehr durch fünfzig teilbar sein muss. Dies soll zu einer Erleichterung bei der Gründung und Übertragung der Gesellschaftsanteile führen.¹³¹ Durch die frühere obligatorische Teilbarkeit durch fünfzig wurde bei der Übertragung von Anteilen ihre exakte Aufteilung verhindert und eine unnötige Belastung der unternehmerischen Tätigkeit verursacht.¹³²

Positive Auswirkungen auf die Fungibilität erhofft man sich *zudem* durch die Neufassung des § 5 Abs. 2 GmbHG und die damit einhergehende Aufgabe des Einheitlichkeitsgrundsatzes,¹³³ wonach jeder Gesellschafter bei der Gründung der Gesellschaft nur eine Stammeinlage übernehmen durfte.¹³⁴ Die Teilbarkeit der Gesellschaftsanteile in Ein-Euro-Anteile soll es den Gesellschaftern ermöglichen, mehrere Stammeinlagen zu übernehmen.¹³⁵ Dabei liegen Teilung und Zusammenlegung von Gesellschaftsanteilen gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG n. F. und nach Streichung des § 17 GmbHG im Ermessen der Gesellschafterversammlung.¹³⁶ *Ferner* lässt diese Teilbarkeit die Verpfändung von Teilen eines Gesellschaftsanteils zu.¹³⁷

Des Weiteren ermöglicht das MoMiG mit der Neufassung des § 16 GmbHG eine Verbesserung der Fungibilität durch die Ermöglichung des gutgläubigen Anteilserwerbs. Nach der vormaligen Fassung des § 16 Abs. 1 GmbHG galt im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft gemeldet war. Dies bedeutete, dass ein veräußernder Gesellschafter u. U. den schwierigen und kostenintensiven Nachweis seiner Verfügungsberechtigung zu führen hat-

¹²⁹ *Wienke*, Arbeitgeber 1995, 45; *Zetsche*, NZG 2002, 942 ff.

¹³⁰ *Sudmeyer/Rückert*, BB 2005, 2703 ff.; *Weber*, NJW 2005, 3682, 3683; *ders.*, NJW 2006, 3685, 3686.

¹³¹ Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 37; BT-Drucks. 16/6140 S. 70.

¹³² Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 40; BT-Drucks. 16/6140 S. 72.

¹³³ Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 39 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 71; *Gesmann-Nuissl*, WM 2006, 1756, 1758.

¹³⁴ *Lutter/Bayer* in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 5 Rdn. 7, *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 5 Rdn. 19; *Gesmann-Nuissl*, WM 2006, 1756, 1758.

¹³⁵ *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 773.

¹³⁶ *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 774.

¹³⁷ *Noack*, DB 2007, 1395, 1398.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

te.¹³⁸ Nunmehr wird Gutgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Veräußerers vermutet und ist ausgeschlossen, wenn dieser Kenntnis von der mangelnden Berechtigung hatte oder sie ihm in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.¹³⁹ Weitere Voraussetzungen sind, dass der Veräußerer bereits seit drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste und kein Widerspruch in das Handelsregister eingetragen ist.¹⁴⁰ Dabei ist es für den Erwerber von Vorteil, dass er durch die Einführung des elektronischen Handelsregisters die Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste und eventuelle Widersprüche leicht einsehen kann. Ein früherer gutgläubiger Erwerb soll vor Ablauf der drei Jahre möglich sein, wenn dem Berechtigten die Unrichtigkeit zuzurechnen ist. Die Beweislast für die mangelnde Zurechenbarkeit soll der Berechtigte tragen.¹⁴¹ Demgegenüber hat das Aktienregister i. S. d. § 67 AktG keinerlei Einfluss auf den Erwerb von Aktien und bietet keinen Gutglaubensschutz.¹⁴²

Obwohl es Möglichkeiten der Umgehung gibt, sind die zeit- und kostenintensiven Formvorschriften somit einer der Gründe für die geringe Anzahl von Gesellschaftern bei der GmbH im Vergleich zur AG.¹⁴³ Eine Änderung des GmbH-Rechts hinsichtlich einer Abschaffung des Formerfordernisses der notariellen Beurkundung war bereits vor Erlass des MoMiG aufgrund der damit einhergehenden Änderung der Gesamtkonzeption der GmbH nicht zu erwarten.¹⁴⁴ Zwar hat die GmbH die Möglichkeit einer Umwandlung in die (kleine) AG¹⁴⁵ und kann somit das Problem der Formvorschriften überwinden, dies ist für sie aber nicht immer von Interesse. *Zum einen* ist die AG mit einem weit höheren Gründungs- und Verwaltungsaufwand verbunden als die GmbH. *Zum anderen* bietet die AG geringere Gestaltungsfreiheiten aufgrund von weitreichenderen zwingenden gesetzlichen Vorschriften.¹⁴⁶ Auch liegt es regelmäßig nicht im Interesse der Gesellschafter auf ihr Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern zu verzichten, was durch die Umwandlung der GmbH zur AG zwingend der Fall wäre¹⁴⁷.

¹³⁸ Vossius, DB 2007, 2299; Böttcher/ Blasche, NZG 2007, 565; Harbarth, ZIP 2008, 57 ff.

¹³⁹ Harbarth, ZIP 2008, 57, 60.

¹⁴⁰ Ausführlicher Grunewald, Der Konzern, 2007, 13 ff.; vgl. auch Tiebel/ Otte, ZIP 2006, 1321, 1325; Gesmann-Nuissl, WM 2006, 1756, 1758 f.; Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 201 ff. m. w. Nw.; Fristbeginn mit Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 792.

¹⁴¹ Noack DB 2007, 1395, 1399; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 792; Vossius, DB 2007, 2299, 2301; Harbarth, ZIP 2008, 57, 60.

¹⁴² Bayer in: MüKo AktG § 67 Rdn. 36.

¹⁴³ Kritisch zur notariellen Beurkundung von GmbH-Anteilen Gesmann-Nuissl, WM 2006, 1756, 1758.

¹⁴⁴ S. zu der Entwicklung dieses Ansatzes im Rahmen der Reformen Seibert, ZIP 2006, 1157, 1159.

¹⁴⁵ Siehe oben S. 63.

¹⁴⁶ Krause-Ablaß, GmbHR 2005, 731.

¹⁴⁷ Siehe genauer unten S. 126 f.

II. Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Rechtsform GmbH im Konkurrenzkampf mit ausländischen Gesellschaften

1. GmbH

Viele Unternehmensgründer haben die überwiegenden Nachteile der Rechtsform der in Deutschland tätigen Limited nicht erkannt und sind auf der Gründungswelle mitgeritten. Dies führte zu einem hohen Maß an Verunsicherung in Bezug auf die Güte der Rechtsform der GmbH und zu der Frage, ob die GmbH auf Dauer neben der Limited Bestand haben kann.

a) Maßnahmen durch das EHUG¹⁴⁸

In der Folgezeit reagierte der Gesetzgeber zunächst mit dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen EHUG, das durch die Einführung des elektronischen Handelsregisters u. a. eine Verkürzung der Gründungsdauer von Unternehmen erreichen sollte.¹⁴⁹ § 25 Abs. 1 HRV n. F. ordnet an, dass über die Eintragung von Unternehmen nicht mehr spätestens einen Monat nach Eingang des Antrages, sondern nunmehr unverzüglich zu entscheiden ist.¹⁵⁰

b) Maßnahmen durch das MoMiG¹⁵¹

Das MoMiG wird außer mit dem Schutz vor der missbräuchlichen Verwendung der GmbH in Unternehmenskrisen vor allem damit begründet, dass „*die Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen gesteigert werden*“¹⁵² soll. Besondere Berücksichtigung fanden bei der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der GmbH durch das MoMiG zwei Themenkomplexe. Dies waren spiegelbildlich zu den oben genannten Vorteilen der Limited *zum einen* die Vereinfachung der Gründungsformalien und *zum anderen* die Herabsetzung des Mindestkapitals.¹⁵³

Tatsächlich hat sich der Gesetzgeber gegen die Herabsetzung des Mindestkapitals entschieden und das Mindeststammkapital i. H. v. 25.000,- € beibehalten¹⁵⁴. Allerdings hat der Gesetzgeber die Vorschriften der *Kapitalaufbringung* für die Gesellschafter stark erleichtert. Durch die Neufassung des § 19 Abs. 5 GmbHG hat er ausdrücklich erlaubt, dass eine vor der Einlage vereinbarte Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter möglich ist, wenn sie

¹⁴⁸ BT-Drucks. 16/960 S. 18, 34, 58 f.; Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, BGBl. I 2006, S. 2553, 2568.

¹⁴⁹ BGBl. I 2006, S. 2553, 2568.

¹⁵⁰ Zustimmung und von einer Registereintragung von zwei bis drei Tagen ausgehend *Bornmann/ Apfelbaum*, ZIP 2007, 946, 950; Kritisch *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 197.

¹⁵¹ Alternativen zum MoMiG diskutiert *K. Schmidt*, DB 2006, 1096 ff.

¹⁵² Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 33 f.; ebenso BR-Drucks. 354/07 S. 55.

¹⁵³ *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 169.

¹⁵⁴ Siehe aber zur UG (haftungsbeschränkt) unten S. 68 f.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder jederzeit fällig stellbaren Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist und wenn diese nicht als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen ist. Zugleich besteht aber seither die Gefahr, dass die Gesellschafter für eine juristische Sekunde die Mindesteinzahlung auf das Gesellschaftskonto leisten und sogleich eine Rückzahlung als Darlehen erfolgt.¹⁵⁵ Die Gläubiger tragen um so mehr das Insolvenzrisiko der Gesellschafter.

Bei der Gründung durch eine Einzelperson hat ferner die Streichung des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG dazu geführt, dass der Gesellschafter für den übrigen Teil der Geldanlage keine Sicherheit mehr stellen muss, wenn er bei der Eintragung lediglich die Hälfte des Stammkapitals geleistet hat.¹⁵⁶

Die *Gründungsformalien* wurden vereinfacht, indem Musterprotokolle für die Gründung von Einpersonengesellschaften und für die Gründung von Mehrpersonengesellschaften mit bis zu drei Gesellschaftern sowie ein Musterformular für die Handelsregisteranmeldung eingeführt wurden.¹⁵⁷ Diese können bei der Gründung verwandt werden, wenn kein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil inne hat.¹⁵⁸ Aus den Fußnoten 1 zu den Musterprotokollen ergibt sich, dass auch juristische Personen Gesellschafter sein können. Da Personengesellschaften hingegen keine Erwähnung finden, scheinen sie als Gesellschafter ausgeschlossen. Möglich sind lediglich Bargründungen. Die Einlage ist sofort in voller Höhe oder zu 50 % zu erbringen. Eine reine oder teilweise Sachgründung ist bei Verwendung der Musterprotokolle somit nicht möglich.

Eine notarielle Beratung ist auch bei Verwendung der Musterprotokolle notwendig, da der Gesetzgeber das Formerfordernis der notariellen Beurkundung beibehalten hat. Er hat es zum Schutze der Gesellschafter gescheut, den Weg einer bloßen öffentlichen Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter¹⁵⁹ oder den einer elektronischen Signatur gemäß §§ 126 Abs. 3, 126a BGB zu wählen.¹⁶⁰ Aufgrund der Beibehaltung der notariellen Beur-

¹⁵⁵ Noack, DB 2007, 1395, 1397; Drygala, NZG 2007, 561, 564.

¹⁵⁶ Kritisch zu dem Festhalten der Reformgeber an einem Festkapitalsystem unter gleichzeitiger Verschärfung der verhaltensbezogenen Haftung Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 184 ff. Positiv äußert sich Bayer, ZGR 2007, 220, 231, 237, der jedoch vorschlägt bei der GmbH ein Haftungssystem, das dem der KG entspricht, anzuwenden; Wilhelm, DB 2007, 1510, 1512 ff. m. w. Nw.

¹⁵⁷ S. a. Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 774 ff. sowie Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, GmbHHR 2007, 754.

¹⁵⁸ BR-Drucks. 354/07 S. 61 = ZIP Beilage zu Heft 23/ 2007 S. 7 f.; Die Musterprotokolle sind in Form eines Lückentextes gestaltet. Es sind Datum und Ort des Gesellschaftsvertragsabschlusses, der Name des Notars, die Bezeichnung des bzw. der Gesellschafter und ihre Angaben zur notariellen Identitätsfeststellung, ggf. der Güterstand und die Zustimmung des Ehegatten sowie Angaben zu einer etwaigen Vertretung, die Firma, der Sitz, der Unternehmensgegenstand, die Höhe des Stammkapitals der Gesellschaft, der Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils jeden Gesellschafter, Name, Geburtsort und Wohnort des Geschäftsführers sowie eventuelle Hinweise des Notars zu ergänzen.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 16/6140 S. 60 f.; BT-Drucks. 16/9737 S. 7 f.; Freitag/ Riemenschneider, ZIP 2007, 1485, 1486; Seibert, ZIP 2007, 673, 674.

¹⁶⁰ Ebenso Noack, DB 2007, 1395, 1398.

kundungspflicht hat keine maßgebliche Beschleunigung des Verfahrens durch das MoMiG stattgefunden.

Durch die Streichung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a. F. ist die Pflicht zur Einreichung der *staatlichen Genehmigung* zur Handelsregisterstelle für genehmigungspflichtige Unternehmen gänzlich entfallen,¹⁶¹ wodurch die Eintragung in das Handelsregister zusätzlich zu den Änderungen durch das EHUG erleichtert wurde.¹⁶²

Darüber hinaus wurde es der GmbH durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG a. F. möglich ihren *Verwaltungssitz*, der nicht notwendigerweise mit ihrem Satzungssitz übereinstimmt, ins Ausland zu verlegen.¹⁶³ Anders als der Limited war es der GmbH zuvor nicht gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz außerhalb Deutschlands zu wählen.¹⁶⁴ Erst die Gesetzesänderung hat es den Gesellschaftern ermöglicht, den durch die EuGH Rechtsprechung in den Fällen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* geschaffenen Vorteil einer Verwaltungssitzwahl zu nutzen. Nicht notwendig war es, dass der Gesetzgeber durch diese Änderung die Europarechtskonformität der Norm herstellte. Der EuGH hatte am 22.05.2008 in einem Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache *Cartesio* entschieden,¹⁶⁵ dass die in Art. 43, 48 EG geregelte Niederlassungsfreiheit nationale Regelungen nicht verbietet, die Gesellschaften eine Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat verwehren.¹⁶⁶ Diese Gesetzesänderungen werden durch Änderungen der Zustellungsvorschriften ergänzt, die auch bei einer Sitzverlegung in das Ausland eine Zustellung im Inland ermöglichen.¹⁶⁷

2. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Existenzgründer haben seit der GmbH-Reform die Möglichkeit der Gründung einer *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* mit einem Stammkapital zwischen 1 € und 24.999 € gemäß § 5a GmbHG n. F.¹⁶⁸ Die Anmeldung der Gesellschaft darf erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist.¹⁶⁹ Verboten ist die Einbringung von

¹⁶¹ Es ist für die Eintragung z. B. nicht mehr erforderlich, dass die Gaststättenerlaubnis zum Handelsregister eingereicht wird.

¹⁶² BT-Drucks. 16/6140 S. 57, 76; Noack, DB 2007, 1395, 1398; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 776; Ebenfalls aufgehoben wurde die entsprechende aktienrechtliche Vorschrift.

¹⁶³ BR-Drucks. 354/07 S. 65; Zu den Auslegungsmöglichkeiten der Änderungen des § 4a GmbHG und des § 5 AktG in der BR-Drucks. 354/07, s. Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1582; Neye, EWiR § 4a GmbHG 1/07, 715; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 772.

¹⁶⁴ OLG München, ZIP 2007, 2124 f.; OLG Brandenburg, ZIP 2005, 489 ff.; Leuering, NJW-Spezial 2008, Heft 4, 111.

¹⁶⁵ EuGH Urteil, 22.05.2008 - Rs. C-210/06 (Cartesio) EuGH Slg. 2008 I-00000 = ZIP 2009, 24, 28 ff. m. Anm. Knof/ Mock.

¹⁶⁶ Vgl. RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 37 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 68 f.; kritisch zum Ausmaß der bisherigen Reformen Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 204 ff.; ebenso Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1582.

¹⁶⁷ S. §§ 8 und 10 GmbHG sowie §§ 37 und 39 AktG; Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1582 f.

¹⁶⁸ Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485, 1486; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 779 m. w. Nw.

¹⁶⁹ Siebert, ZIP 2007, 673, 676; Wilhelm, DB 2007, 1510.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Sacheinlagen,¹⁷⁰ worunter auch die verdeckten Sacheinlagen fallen.¹⁷¹ Die Verwendung eines Musterprotokolls ist auch den Gründern einer Unternehmergesellschaft möglich. Die Firma muss den Rechtsformzusatz „*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG (haftungsbeschränkt)*“ enthalten.¹⁷² Zum Schutz der Gläubiger hat die Gesellschaft eine Gewinnrücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur für die Zwecke der Kapitalerhöhung gemäß § 57c GmbHG sowie zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags oder Verlustvortrags aus dem Vorjahr verwandt werden.¹⁷³ Im Übrigen sind auf die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft, die weiteren Vorschriften der GmbH anwendbar, da es sich um keine neue Gesellschaftsform handelt.¹⁷⁴ Die Vorteile der Unternehmergesellschaft im Vergleich zur normalen GmbH sollen nach der Regierungsbegründung in einem erhöhten Maß an „*Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit liegen*“.¹⁷⁵

III. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Vermeidung von Missbräuchen durch Geschäftsführung und Gesellschafter

Bereits mit dem Namen „*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*“ haben sich die Reformatoren des GmbH-Rechts die Verbesserung von Unternehmensentscheidungen auf die Fahnen geschrieben.¹⁷⁶ Ein kurzer Überblick soll verdeutlichen, in welchen Bereichen der Gesetzgeber zur Vermeidung von Schädigungen der GmbH und zugleich zum Ausbau des Gläubigerschutzes tätig geworden ist.

Mit der Neufassung des § 6 Abs. 2 S. 2 bis 4 GmbHG werden insb. Personen für die Dauer von fünf Jahren von der *Geschäftsführung ausgeschlossen*, die bereits bestimmte Straftaten bei der Geschäftsführung einer GmbH oder einer AG begangen haben, wozu z. B. Straftaten wegen falscher Angaben bei der Gründung einer GmbH, Insolvenzverschleppung und vorsätzliche Insolvenzstraftaten gehören. Eine dennoch erfolgte Bestellung führt zu deren Nichtigkeit.¹⁷⁷ Durch diese Ausdehnung der Ausschlussstatbestände soll die Qualität der Geschäftsführung verbessert werden. Darüber hinaus wurde eine *Innenhaftung der Gesellschafter* gemäß § 6 Abs. 5 GmbHG n. F. eingeführt.¹⁷⁸ Nach dieser Vorschrift haften Gesellschafter

¹⁷⁰ Kritisch *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1066 f.

¹⁷¹ Str. wie hier *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 392.

¹⁷² BT-Drucks. 16/6140 S. 75.

¹⁷³ BR-Drucks. 354/07 S. 2 f.; BT-Drucks. 16/9737 S. 9; vgl. auch *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, GmbHR 2007, 754.

¹⁷⁴ *Seibert*, ZIP 2007, 673, 675; *Wilhelm*, DB 2007, 1510 f.; *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 390.

¹⁷⁵ BR-Drucks. 354/07 S. 70; Weitgehend a. A. *Freitag/ Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485, 1487, 1488 f.

¹⁷⁶ S. auch BR-Drucks. 354/07 S. 55.

¹⁷⁷ *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck § 6 Rdn. 22.

¹⁷⁸ BR-Drucks. 354/07 S. 13; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 793; *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3254.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

ter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer amtsunfähigen Person die Führung der Geschäfte überlassen, der Gesellschaft für den hierdurch entstehenden Schaden solidarisch.¹⁷⁹

Missbräuchen der GmbH im Wege von „*Firmenbestattungen*“ ist der Gesetzgeber durch verschiedene Maßnahmen begegnet. Die Eintragungspflicht einer stets zu aktualisierenden inländischen Gesellschaftsadresse ins Handelsregister gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG n. F., die Möglichkeit der Zustellung an Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder als Empfangsvertreter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG n. F.¹⁸⁰ und die Einführung einer öffentlichen Zustellung gemäß § 15a HGB n. F. sollen verhindern, dass Gläubiger bei der Auflösung oder Liquidation der Gesellschaft ihre Ansprüche nicht verfolgen können, weil ihnen aufgrund einer Sitzverlegung oder Namensänderung die Adresse der Gesellschaft oder der Geschäftsführer unbekannt ist.¹⁸¹ Gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG n. F. kann die Gesellschaft einen Empfangsvertreter ins Handelsregister eintragen lassen, der für den Zeitraum seiner Eintragung als Berechtigter gilt.¹⁸² Gläubigern bietet ferner die leichtere Einsehbarkeit des Handelsregisters per Internet eine Vereinfachung bei der Zustellung. Nicht eingeführt hat der Gesetzgeber hingegen einen Straftatbestand wegen Firmenbestattung.

Die zuvor in § 64 Abs. 1 GmbHG geregelte *Insolvenzantragspflicht* der Geschäftsführer wurde in § 15a InsO verlagert und auf die Gesellschafter ausgeweitet.¹⁸³ Im Falle der Führungslosigkeit der GmbH trifft Letztere im Wege einer Ersatzzuständigkeit¹⁸⁴ die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrages gemäß § 15a Abs. 3 InsO, es sei denn, dass sie von der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung oder Führungslosigkeit keine Kenntnis hatten.¹⁸⁵ Durch diese Änderung soll verhindert werden, dass bei einer Amtsniederlegung aller Geschäftsführer kein Insolvenzantrag gestellt wird.¹⁸⁶ Zugleich werden die Altgläubiger vor einer Haftungsverringerung und die Neugläubiger vor Vertragsabschlüssen mit notleidenden GmbH geschützt.¹⁸⁷ Es ist zudem anzunehmen, dass sich für führungslose GmbH die Chancen einer Fortführung des Unternehmens erhöhen und zugleich die Wahrscheinlichkeit der Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse verringert wird. Da § 15a InsO Schutz-

¹⁷⁹ Da eine gegen § 6 Abs. 2 GmbHG verstoßende Bestellung stets unwirksam ist, sind amtsunfähige Personen stets faktische Geschäftsführer, s. hierzu auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 74 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 33.

¹⁸⁰ BR-Drucks. 354/07 S. 97; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 777.

¹⁸¹ *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1164 f.; *Karsten*, NJ 2006, 385, 390.

¹⁸² *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1165; *Karsten*, NJ 2006, 385, 390.

¹⁸³ BR-Drucks. 354/07 S. 58; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 788.

¹⁸⁴ RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 127; BT-Drucks. 16/6140 S. 55.

¹⁸⁵ BR-Drucks. 354/07 S. 115 ff.; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160 f.

¹⁸⁶ *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1166.

¹⁸⁷ BR-Drucks. 354/07 S. 126 f.; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 788.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

gesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist, folgt aus ihm die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer und nunmehr auch der Gesellschafter.¹⁸⁸

Zugleich wurde mit § 64 S. 3 GmbHG n. F. eine *Ausplünderungshaftung* der Geschäftsführer eingeführt. Sie soll ausgelöst werden, wenn die Geschäftsführer Zahlungen an die Gesellschafter veranlassen, die direkt zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.¹⁸⁹ Hierdurch wurde eine bislang bestehende umstrittene Gesetzeslücke geschlossen und zugleich ein Teilbereich der Existenzgefährdungshaftung abgedeckt.¹⁹⁰

Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber der Anregung zur Einführung eines weiteren Schadensersatzanspruches in § 41 GmbHG in Form einer *Intransparenzhaftung* zum Schutze der Gläubiger.¹⁹¹ Bei schwerwiegenden Verstößen gegen die Pflicht zur unternehmensinternen Dokumentation von Geschäftsvorgängen, insb. bzgl. der Buchführung sollte eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern ausgelöst werden.¹⁹² Dies sollte die Geschäftsführer dazu anhalten für eine ausreichende Buchführung zu sorgen und sog. „*Waschkorblagen*“ zu vermeiden.¹⁹³

IV. Die Gläubigerstellung verschlechternde Maßnahmen

Die genannten Maßnahmen haben den Gläubigerschutz zum Teil ausgebaut. Diese und weitere Gesetzesänderungen durch das MoMiG dienen jedoch nicht ausschließlich dem Gläubigerschutz, sondern führen teilweise auch zu seiner Verschlechterung.

Erleichterungen bei der Kapitalaufbringung für die Gesellschafter haben parallel zu einer Verschlechterung der Gläubigerposition geführt. Besonders eklatant zeigt sich dies im Falle der *UG (haftungsbeschränkt)*, für die im schlechtesten Falle allein ein Stammkapital von 1,- € vereinbart werden kann, was zu einer faktischen Abschaffung des Mindestkapitals geführt hat.¹⁹⁴ Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften zum Schutze der Gläubiger

¹⁸⁸ Für die Rechtsprechung und die h. M. in der Literatur ist die Insolvenzantragspflicht Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB; S. Roth/ *Altmeppen*, GmbHG, § 64 Rdn. 61 m. v. w. Nw.; *Lutter/ Kleindiek* in: *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG, § 64 Rdn. 45; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167.

¹⁸⁹ BT-Drucks. 16/6140, S. 94; *Seibert*, ZIP 2007, 673; *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 730 f., s. *ebenda* zu einer möglichen Haftung aus § 43 GmbHG.

¹⁹⁰ RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 106; BT-Drucks. 16/6140 S. 46; vgl. *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 1, 7.

¹⁹¹ BR-Drucks. 354/01/07, S. 22.

¹⁹² BT-Drucks. 16/6140 S. 163.

¹⁹³ *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 796.

¹⁹⁴ Ebenso *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 396, die richtigerweise wie *Bornmann*, GmbHR 2007, 899 davon ausgehen, „*dass die Gründer- und Gesellschafterinteressen über die Gläubigerinteressen gestellt werden*“; so auch *Kleindiek*, BB 2007, Heft 27 S. I.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

laufen hier nahezu ins Leere. Daran ändert auch die Gründungsvoraussetzung der vollständigen Bareinzahlung des Stammkapitals kaum etwas.¹⁹⁵

Aber selbst bei der GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000,- € hat sich die Gläubigerstellung sowohl bei der *Bar-* als auch bei der *Sachgründung* verschlechtert. So bedarf es gemäß § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG n. F. bei der Gründung einer GmbH durch einen Alleingesellschafter und nicht voller Einzahlung des Stammkapitals keiner *Versicherung über die Bestellung einer Sicherheit* über den noch ausstehenden Geldbetrag mehr.¹⁹⁶

Besonders gläubigerbenachteiligend wirkt sich aus, dass § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG n. F. nunmehr den Gesellschaftern erlaubt, statt ihre Einlage zu leisten, ein Darlehen von der Gesellschaft zu nehmen. M. a. W. statt einer tatsächlichen Einlageleistung kann z. B. eine schuldrechtliche Darlehensforderung an die Gesellschaft geleistet werden.¹⁹⁷ Das Gesetz setzt zwar voraus, dass diese vollwertig und jederzeit fällig gestellt werden können muss,¹⁹⁸ dennoch hängt die Verwirklichung dieses Anspruchs stets von der Bonität des Gesellschafters ab, dessen Insolvenzrisiko die Gesellschaftsgläubiger tragen.

Hinsichtlich der Eintragung der Bar- und Sacheinlage in das Handelsregister wird der *Amtsermittlungsgrundsatz* des Gerichts weiter geschwächt. Das Gericht kann nunmehr nur noch, wenn gemäß § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG n. F. erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung über die Leistungen auf die Geschäftsanteile bestehen, Nachweise verlangen.¹⁹⁹ Bei der Sacheinlage tritt hinzu, dass es die Eintragung nur gemäß § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG n. F. ablehnen darf, wenn diese nicht *unwesentlich überbewertet* worden sind.

Nach dem neuen Recht sind die Verträge über *die verdeckte Sacheinlage* und ihre Rechtshandlungen nicht mehr unwirksam.²⁰⁰ Der Gesellschafter muss die Einlage nicht ein zweites Mal leisten, da die Sacheinlage nunmehr auf die Bareinlage angerechnet wird.²⁰¹ Dadurch dass der Gesellschafter statt einer Bareinlage eine verdeckte Sacheinlage leistet, besteht für die Gesellschaftsgläubiger das Risiko der fehlenden Werthaltigkeit der Einlage.²⁰² Die Pflicht zu einer vollständigen Leistung der Bareinlage bleibt zwar bestehen, der Gesellschafter setzt sich aber faktisch allein der Gefahr einer Differenzhaftung aus.²⁰³ Dabei trägt der Gesellschafter zwar gemäß § 19 Abs. 5 S. 4 GmbH die Beweislast der Werthaltigkeit der

¹⁹⁵ Die Einlage ist zwar bei der UG (haftungsbeschränkt) vollständig zu erbringen, auch von ihr kann ein Gesellschafter aber durch ein Hin- und Herzahlen i. S. d. § 19 Abs. 5 GmbHG befreit werden, *Herrler*, DB 2008, 2347, 2349.

¹⁹⁶ *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3251; *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 390.

¹⁹⁷ *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 391.

¹⁹⁸ Ist die Forderung nicht vollwertig oder kann nicht jederzeit fällig gestellt werden, so ist die Einlagepflicht nicht erfüllt, zu einer Differenzhaftung wie bei der verdeckten Sacheinlage kommt es nicht (Alles-oder-Nichts-Prinzip) *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348, 2349.

¹⁹⁹ *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3251; vgl. *Hueck/ Fastrich* in: *Baumbach/ Hueck*, GmbHG § 8 Rdn. 8.

²⁰⁰ Siehe genauer *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3250; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348.

²⁰¹ *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348.

²⁰² Ebenso *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 398.

²⁰³ *Herrler*, DB 2008, 2347 f.; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1067; *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 393.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

Sache;²⁰⁴ Der wahre Wert der Sacheinlage ist einige Zeit nach deren Leistung jedoch nur noch schwer ermittelbar. Für den Gläubiger ist daher die Prüfung, ob die Werthaltigkeit im Zeitpunkt der Einlage gegeben war, vor Klageerhebung mit erheblichen Kosten verbunden.²⁰⁵ Trägt der Gesellschafter substantiierte Tatsachen für eine Werthaltigkeit vor, so wird einem Insolvenzverwalter oder Gläubiger aufgrund der fehlenden zeitlichen und sachlichen Nähe zur Einlageleistung ein substantiiertes Bestreiten kaum möglich sein.²⁰⁶ Bereits vor der GmbH-Reform konnten Gesellschafter und Geschäftsführer, die bei der Anmeldung der verdeckten Sacheinlage falsche Angaben gemacht haben, der Gesellschaft gemäß § 9a Abs. 1 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet sein²⁰⁷ und sich gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GmbHG strafbar machen.²⁰⁸ Es ist daher auch nach der GmbH-Reform nicht zu erwarten, dass sich Gesellschafter und Geschäftsführer von der Vereinbarung einer verdeckten Sacheinlage abschrecken lassen.²⁰⁹

Ein Problemkreis bei der GmbH beruht auf der Masseentziehung zum Nachteil der Gläubiger aufgrund einer *Einlagenrückgewähr* an die Gesellschafter. Vor der Reform war eine Einlagenrückgewähr etwa in Form eines Darlehens an die Gesellschafter gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG a. F. verboten,²¹⁰ es sei denn das Gesellschaftsvermögen wurde durch eine vollwertige und sofort liquide Gegenleistung des Gesellschafters nicht beeinträchtigt²¹¹. Eine dennoch erfolgte Rückzahlung führte zu einem Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG a. F.²¹² Seit der Reform stellt der neu eingefügte § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG für die Kapitalerhaltung klar, dass das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch dann nicht gilt, wenn es sich um Leistungen handelt, die aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags i. S. d. § 291 AktG erfolgen oder die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Erfasst werden von ersterer Ausnahme insb. Fälle des cash poolings, bei denen in einem Vertragskonzern die von einer Muttergesellschaft – die zugleich Gesellschafterin ist – an eine Tochtergesellschaft geleistete Einlage in den cash pool zurückfließt.²¹³ Durch die Aufnahme dieser Ausnahme in das Gesetz stellte der Gesetzgeber klar, was von der herr-

²⁰⁴ Vgl. *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1067.

²⁰⁵ So auch *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 398.

²⁰⁶ Vgl. *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 393, die darauf hinweisen, dass der Gläubiger im Falle eines Rechtsstreits zunächst zu prüfen hat, ob die Sacheinlage Werthaltigkeit im Zeitpunkt der Einlageerbringung hat.

²⁰⁷ *Herrler*, DB 2008, 2347, 2350.

²⁰⁸ *Herrler*, DB 2008, 2347, 2350.

²⁰⁹ Vgl. *Herrler*, DB 2008, 2347, 2350 f.

²¹⁰ Die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gegen den Gesellschafter alleine ist nicht ausreichend, s. BGHZ 157, 72, 75 ff. (Novemberurteil).

²¹¹ *Roth/ Altmeyen*, GmbHG § 30 Rdn. 91; *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 30 Rdn. 20.

²¹² *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 30 Rdn. 26. Dieser Anspruch wurde beim cash pooling damit begründet, dass der einbringende Gesellschafter aufgrund seiner Verfügungsberechtigung noch die Möglichkeit hatte, die Einlage wieder abzuziehen, s. BGH NJW 2001, 1647.

²¹³ *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 785.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

schenden Meinung in der Literatur²¹⁴ bereits vertreten wurde, dass nämlich § 30 f. GmbHG für die abhängige GmbH im Vertragskonzern keine Anwendung findet. Begründet wurde die Änderung damit, dass das cash pooling „im Grundsatz ökonomisch sinnvoll [sei] und [...] regelmäßig auch dem Interesse von Konzerntöchtern diene“.²¹⁵ Tatsächlich ist es jedoch so, dass durch die Vorschrift des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, die das Pendant zu § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG n. F. nach der Eintragung der GmbH in das Handelsregister ist, das Stammkapital aufgeweicht wird und die Gläubiger neben dem Insolvenzrisiko der GmbH dasjenige der Gesellschafter tragen.²¹⁶

Des Weiteren hat der Gesetzgeber das *Eigenkapitalersatzrecht* aus den §§ 30 ff. GmbHG in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht verlagert, um das komplizierte Nebeneinander von umstrittener Gesetzeslage und Rechtsprechung aufzulösen. Das kapitalersetzende Darlehen und die Rechtsfigur der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung von Gegenständen sind damit abgeschafft.²¹⁷ Der neue § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG ordnet stattdessen an, dass die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und gleichgestellten Leistungen auch dann nicht wie haftendes Eigenkapital zu behandeln sind, wenn sie der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt gewährt worden sind, in dem die Gesellschafter der Gesellschaft als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Die Rückzahlung eines Darlehens an den Gesellschafter kann nunmehr gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. angefochten werden, wenn sie innerhalb eines Jahres vor der Insolvenz erfolgte.²¹⁸ Ferner ist der Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung in der Insolvenz gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. nachrangig. Die vormalige Voraussetzung der „Krise“ der GmbH hat bei der Vergabe von Gesellschafterdarlehen somit

²¹⁴ Statt anderer Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 30 Rdn. 86 m. v. w. Nw.; Roth/ Altmeyen, GmbHG § 30 Rdn. 55. Begründet wurde dies mit der entsprechenden Anwendbarkeit des § 291 Abs. 3 AktG auf die GmbH. S. auch Begr. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 93 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 41; vgl. auch BGHZ 168, 285.

²¹⁵ RefE zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29.5.2006, S. 7 f., 55; RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 93 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 41; Kindler, NJW 2008, 3252.

²¹⁶ S. die Argumente von Burgard, AG 2006, 527, 532 f., der zu recht darauf hinweist, dass vor allem das herrschende Unternehmen von einem cash pool profitiert. Zu den Vorteilen des cash poolings aus Sicht der Muttergesellschaften und den Nachteilen aus Sicht der Tochtergesellschaften s. Burgard in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 49 f.

²¹⁷ Noack, DB 2007, 1395, 1397 f.; s. auch Heinze, ZIP 2008, 110 ff.; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 735.

²¹⁸ Noack, DB 2007, 1395, 1398; Zur Bemessung der Frist Hölzle, GmbHR 2007, 729, 733; Des Weiteren enthalten § 6 und § 6a AnfG n. F. für Gläubiger, die einen *vollstreckbaren Schuldtitel* erlangt haben, außerhalb des Insolvenzverfahrens (z. B. bei Ablehnung des Insolvenzantrags, s. Altmeyen, NJW 2008, 3601, 3606) weitere Anfechtungsgründe. § 6 AnfG verlangt die Befriedigung oder Besicherung von Gesellschafterdarlehen. § 6a AnfG setzt die Befriedigung eines Darlehens voraus, welches von Dritten an die Gesellschaft gewährt worden ist und für das ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet.

²¹⁹ BR-Drucks. 354/07, S. 96, 131; s. hierzu Thiessen, ZIP 2007, 253 ff.; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 786.

keine Relevanz mehr.²¹⁹ An ihre Stelle ist die Voraussetzung der Insolvenz der Gesellschaft getreten, die bereits in der Vergangenheit regelmäßig vorlag, wenn ein Gläubiger sich auf das Eigenkapitalersatzrecht berief. Für Gläubiger hat die Voraussetzung der Insolvenz den Vorteil, dass sie weit einfacher als die der „Krise“ bewiesen werden kann.

Die Verlagerung des Kapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht unter Verzicht auf das Kriterium der Krise, bedeutet für die Gläubiger somit auf den ersten Blick eine Erleichterung der Beweisbarkeit des Eintritts der Voraussetzungen für eine Nachrangigkeit bestimmter Gesellschaftserforderungen in der Insolvenz bzw. für eine Anfechtung.²²⁰ Berücksichtigt man jedoch, dass nunmehr jeder Gesellschafter, der ein Darlehen an die GmbH gewährt, eine Nachrangigkeit seiner Darlehensforderungen riskiert – da keine Gesellschaft absolut davor gefeit ist, nicht innerhalb eines Jahres in Insolvenz zu geraten²²¹ – so ist zu erwarten, dass die Bereitschaft der Gesellschafter zur Darlehensvergabe an ihre GmbH generell sinken wird.²²² Dies wirkt sich wiederum auf die Gläubiger nachteilig aus, denn auch sie sind an einer ausreichenden Kapitalausstattung der GmbH interessiert. Haben die Gesellschafter dennoch ein Darlehen an die GmbH gewährt und tritt eine Krise ein, so ist zudem zu erwarten, dass sie nach sofortigem Darlehensabzug versuchen werden, die GmbH über die Anfechtungsfrist von einem Jahr seit der Darlehensvergabe zu retten.²²³ Dass für eine Nachrangigkeit der Darlehensforderung nicht mehr auf eine andere Voraussetzung wie die der Krise abgestellt wird und jedes Gesellschafterdarlehen, dessen Abschluss innerhalb der Jahresfrist stattfindet, als kapitalersetzendes eingeordnet wird, ist nicht nur dogmatisch bedenklich²²⁴, sondern widerspricht somit auch den Interessen der Gläubiger.²²⁵

Darüber hinaus ist durch die Verlagerung des eigenkapitalersetzenden Darlehens in das Insolvenzrecht die Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG entfallen und somit der Kreis der Haftenden zu Ungunsten der Gläubiger verringert worden.²²⁶

C. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber hat die drei von ihm erkannten Problemkreise in unterschiedlicher Weise in Angriff genommen:

1. Es konnte festgestellt werden, dass die GmbH an einem Mangel an Eigenkapital leidet und ihre Insolvenzanfälligkeit daher im Vergleich zu anderen Rechtsformen besonders stark ist. Die Gründe hierfür liegen in der Gesamtkonzeption der GmbH. Sie ist als Mitunternehmer-

²¹⁹ BR-Drucks. 354/07, S. 96, 131; s. hierzu *Thiessen*, ZIP 2007, 253 ff.; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 786.

²²⁰ Die Verlagerung in das Insolvenzrecht insgesamt begrüßend *Kindler*, NJW 2008, 3253.

²²¹ Ähnlich argumentieren *Pellens/Kemper*, ZGR 2008, 381, 400.

²²² *Roth*, GmbHR 2008, 1184, 1187.

²²³ *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3606; *Roth*, GmbHR 2008, 1184, 1186, 1192.

²²⁴ Ebenso *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3602 f.

²²⁵ *Roth*, GmbHR 2008, 1184m 1186 f.

²²⁶ *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 734.

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

gesellschaft gestaltet, die auf einen kleinen, konstanten Gesellschafterkreis ausgerichtet ist. Dabei hat die GmbH keine Kapitalsammelfunktion wie die AG, sondern dient den Gesellschaftern primär zu deren Haftungsbeschränkung. Dies wird durch die schwache Fungibilität der Geschäftsanteile erreicht, die auf der Pflicht zur notariellen Beurkundung der Abtretung beruht. Die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG hat vor allem eine Warnfunktion und dient dem Übereilungsschutz, da der Gesellschafter mit dem Erwerb der Geschäftsanteile das Risiko für deren Wertverlust trägt.

Wollte der Gesetzgeber diese Gesamtkonzeption nicht verändern, so konnte er in der Vergangenheit nur mildernde Maßnahmen gegen den Mangel an Eigenkapital und die starke Insolvenzanfälligkeit ergreifen. Solche mildernden Maßnahmen hat er bereits im Jahre 1994 ergriffen, indem er durch das Gesetz für kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts die Umwandlung der GmbH in eine AG erleichterte, für deren Anteilserwerb kein Formerfordernis besteht. Auch die jüngste GmbH Reform durch das MoMiG im Jahre 2008 hat zu Erleichterungen hinsichtlich der Übertragung von Geschäftsanteilen geführt. Zu diesen gehören insb. die Teilbarkeit der GmbH-Anteile in Ein-Euro-Anteile und die damit einhergehende Möglichkeit eines Gesellschafters mehrere Geschäftsanteile zu erwerben sowie die Ermöglichung des gutgläubigen Anteilserwerbs.

2. Durch die Rechtsprechung des EuGH ist ein Konkurrenzdruck auf die GmbH entstanden, der zu einem Wettbewerb mit anderen europäischen Rechtsformen geführt hat. Es ist zu erwarten, dass sich dieser Druck durch die geplante Einführung der Europäische Privatgesellschaft weiter verschärfen wird. Auffällig häufig drängte die ausländische Gesellschaftsform der englischen Limited in den letzten Jahren auf den deutschen Markt. Sie differenziert sich von der GmbH insb. durch ein geringeres Stammkapital und einen geringeren Gründungsaufwand. Den Konkurrenzdruck zwischen ihr und anderen ausländischen Rechtsformen mit geringerem Stammkapital hat der Gesetzgeber durch die Einführung der UG (haftungsbeschränkt) abgemildert. Diese ist insb. durch ihr geringes Stammkapital von mindestens einem Euro gekennzeichnet. Eine Verringerung der Gründungsformalien der GmbH hat jedoch nur geringfügig stattgefunden. Zu einer Abschaffung des Erfordernisses der notariellen Beurkundung bei der Verwendung der eingeführten Musterprotokolle konnte sich der Gesetzgeber nicht durchringen. Allerdings handelte es sich bei der GmbH bereits vor diesen Gesetzesänderungen für rein auf dem deutschen Markt tätige Unternehmen im Vergleich zur englischen Limited um die vorteilhaftere Rechtsform, was insb. die hohe „*Frühsterblichkeit*“ der Limited beweist. Es ist daher zu erwarten, dass die Rechtsform der englischen Limited für ausschließlich im Inland tätige Unternehmen aufgrund der UG unattraktiv wird.

3. Dadurch dass den Gläubigern der GmbH allein das Gesellschaftsvermögen haftet und die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GmbH nicht persönlich einstehen müssen, sind Missbräuche der Rechtsform GmbH vorprogrammiert. Dies verdeutlicht die Rechtsprechung des BGH, der sich in der Vergangenheit mit verschiedensten Missbrauchsfällen auseinandersetzen musste. Zudem finden bei der GmbH häufig Insolvenzverschleppungen und sog. „*Firmenbestattungen*“ statt.

Missbräuchen der Rechtsform und Managementfehlern ist der Gesetzgeber zum MoMiG verschiedentlich begegnet. So hat er die Gründe ausgeweitet, die zur Nichtigkeit der Bestellung amtsunfähiger Geschäftsführer führen, und eine Gesellschafterhaftung für Schäden bei

§ 2 Die Problembereiche der GmbH

dennoch erfolgter Bestellung eingeführt. Missbräuchen in Form von „*Firmenbestattungen*“ ist er durch eine Verschärfung der Eintragungspflichten in das Handelsregister und Ergänzungen der Zustellungsvorschriften entgegengetreten. Missbräuche in der Insolvenz sollen durch eine Ausweitung der Insolvenzantragspflichten und die Einführung einer Ausplünderungshaftung unterbunden werden. Zur Vereinfachung der Rechtslage hat der Gesetzgeber das Eigenkapitalersatzrecht in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht verlagert, wobei an die Stelle der Voraussetzung der „*Krise*“ die leicht beweisbare Voraussetzung der Insolvenz getreten ist.

4. Auffällig ist, dass sich durch die Einführung des MoMiG die Stellung der Gläubiger in wichtigen Bereichen verschlechtert hat. Dies ist besonders erwähnenswert, weil die Gläubiger insb. aufgrund der hohen Insolvenzanfälligkeit der GmbH besonders schützenswert sind. Besonders eklatant ist die Gläubigerbenachteiligung in vier Bereichen. *Erstens* ist durch die Einführung der UG (haftungsbeschränkt) das Mindestkapital faktisch abgeschafft worden. *Zweitens* kann durch die Änderung des § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG und des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG die Rückzahlung der Einlage an die Gesellschafter unter Vereinbarung eines vollwertigen Rückgewähranspruchs vereinbart werden. Das Stammkapital steht hierdurch nicht mehr zur freien Verfügung der GmbH und den Gläubigern wird das Insolvenzrisiko der Gesellschafter aufgebürdet. Die Gläubiger tragen *drittens* nunmehr verstärkt das Risiko der fehlenden Werthaltigkeit einer verdeckten Sacheinlage, während der diese leistende Gesellschafter nicht mehr die Gefahr ihrer Unwirksamkeit und damit einer erneuten Zahlung trägt. Der Verzicht auf das Krisenkriterium schreckt die Gesellschafter *viertens* vor Kapitalersatzleistungen an die Gesellschaft ab, so dass die Kapitalbeschaffung für die GmbH erschwert wird, was letztendlich auch den Gläubigern der Gesellschaft schadet.

5. *Fazit:* Gänzlich behoben werden konnten die drei großen Problembereiche der GmbH durch das MoMiG nicht. Diese beruhen zu einem Großteil auf der Gesamtkonzeption der GmbH, die der Gesetzgeber nicht verändern wollte. Es ist zu erwarten, dass einige Gesetzesänderungen zu einer Milderung der Problembereiche beitragen. Da aber nicht wenige Gesetzesänderungen zu einer Verschlechterung der Gläubigerstellung geführt haben, ist sogar zu befürchten, dass das Vertrauen der Gläubiger in die Kreditwürdigkeit von Unternehmen in der Rechtsform GmbH weiter sinken wird. Dies kann sogar dazu führen, dass Existenzgründer sich vermehrt gegen die Rechtsform der GmbH entscheiden.

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob Corporate Governance-Maßnahmen zur Lösung dieser Probleme bei der GmbH beitragen können.

§ 3 ÜBERTRAGBARKEIT DER ZIELE VON CORPORATE GOVERNANCE-MASSNAHMEN AUF DIE GMBH UND EINSATZ DER ZIELE ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH

Es stellt sich die Frage, ob Corporate Governance-Maßnahmen als Strategie zur Problemlösung für die Rechtsform GmbH in Betracht kommen. Zu ihrer Beantwortung sollen *in einem ersten Schritt* die oben erörterten Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen¹, die in der Literatur bislang primär für die AG erwähnt wurden, daraufhin untersucht werden, ob ihre Verfolgung auch für die GmbH sinnvoll ist. Auf Grundlage des Prüfungsergebnisses soll *in einem zweiten Schritt* entschieden werden, ob diejenigen Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen, für die eine Übertragbarkeit auf die GmbH festgestellt werden konnte, zur Problemlösung oder -verringerung der drei, oben dargestellten Problembereiche der GmbH² herangezogen werden können.

A. Übertragbarkeit der Ziele von Corporate Governance auf die GmbH

I. Förderung des Unternehmenserfolgs

Ein Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen ist die Förderung des Unternehmenserfolgs. In GmbH bestimmen die Gesellschafter die Ziele des Unternehmens und definieren somit, was Unternehmenserfolg ist. Denkbar sind eine Vielzahl verschiedener Ziele, zu denen regelmäßig die Gewinnmaximierung gehört. Denkbare Unternehmensziele können aber auch die Marktpositionierung eines bestimmten Produktes, die Ausübung einer gemeinnützigen Tätigkeit oder projektbezogene Tätigkeiten unter anschließender Auflösung der GmbH sein. Letztere Ziele werden allerdings nur ausnahmsweise als Unternehmensziele definiert. Corporate Governance-Maßnahmen, welche die Ziele der GmbH fördern, sind für diese zweifelsfrei sinnvoll. Die Steigerung des Unternehmenserfolgs als Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen ist folglich auf die GmbH übertragbar.

¹ Siehe oben S. 26 ff.

² Siehe oben S. 47 ff.

II. Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts

1. Der Shareholder Value-Ansatz in der GmbH

Unter Zugrundelegung des Shareholder Value-Ansatzes kann der Prinzipal-Agenten-Konflikt je nach Rechtsform unterschiedlich stark auftreten und hängt maßgeblich davon ab, in welchem Maße die Prinzipale Geschäftsführungsmaßnahmen auf die Agenten übertragen. Als Prinzipale der GmbH kommen bei diesem Ansatz die Gesellschafter sowie Inhaber von anderen als Eigenkapital einzuordnenden GmbH-Beteiligungen in Betracht. Dies können – je nach ihrer vertraglichen Ausgestaltung – z. B. Genussrechte¹, Schuldverschreibungen², stille Beteiligungen³ oder partiarische Darlehen⁴ sein. Demgegenüber sind Wandel- und Optionsanleihen, Nachrangdarlehen⁵ und die typische stille Gesellschaft als Fremdkapital einzuordnen, so dass der Shareholder Value-Ansatz auf diese nicht anwendbar ist.

Als Agenten kommen bei der GmbH vor allem die Geschäftsführer, aber auch andere Organe in Betracht. So ist etwa der Aufsichtsrat ebenfalls Agent der Gesellschafter. Dieser nimmt *zum einen* die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführer im Interesse der Gesellschafter wahr, entscheidet für diese aber *zum anderen* auch über Geschäftsführungsmaßnahmen (z. B. im Rahmen von Zustimmungsvorbehalten). Zu erwähnen ist, dass auch Mehrheitsgesellschafter Agenten der Minderheitsgesellschafter⁶ sein können, da erstere letztere bei der Beschlussfassung überstimmen können und daher die Macht, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, inne haben. Dass es sich in letzterem Fall bei den Agenten und Prinzipalen beiderseits um Gesellschafter handelt, ist dabei unerheblich.

Da das Ausmaß des Prinzipal-Agenten-Konflikts und der Bedarf an Corporate Governance-Vorschriften unter Zugrundelegung des Shareholder Value-Ansatzes miteinander korrelieren, gilt zugleich der Grundsatz, dass der Bedarf an Corporate Governance-Vorschriften um so größer ist, je mehr Eigenkapitalgeber vorhanden sind. Bei der Einmann-GmbH, bei der der einzige Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist und welche keine weiteren Beteiligungen begibt, tritt der Prinzipal-Agenten-Konflikt mangels Auseinanderfallens von Verfügungsmacht und Eigentum und mangels Auftretens von Zielkonflikten nicht auf. Geringe

¹ Während *obligationsartige* Genussrechte als Fremdkapital einzuordnen sind, sind *beteiligungsähnliche* Genussrechte als Eigenkapital einzuordnen, s. näher *Hofert/ Arends*, ZIP 2005, 1297, 1302.

² S. *Laudenklos/ Sester*, WM 2004, 2417, 2420.

³ Für die *atypische stille* Gesellschaft ist ein handelsbilanzieller Eigenkapitalausweis nach HGB möglich ist s. *Hofert/ Arends*, ZIP 2005, 1297, 1303 ff.; zur stillen Beteiligung s. a. *Laudenklos/ Sester*, WM 2004, 2417, 2419.

⁴ Im Falle eines partiarischen Darlehens ist die Zinsberechnung teils nicht gewinn- und teils gewinnabhängig, s. *Laudenklos/ Sester*, WM 2004, 2417, 2419.

⁵ Im Falle eines nachrangigen Darlehens ist das Darlehen nur nachrangig besichert, d. h. es ist erst dann zu befriedigen, wenn das Senior-Darlehen bereits befriedigt wurde, s. *Laudenklos/ Sester*, WM 2004, 2417, 2419; zur Einordnung von Nachrangdarlehen als Fremdkapital s. *Hofert/ Arends*, ZIP 2005, 1297, 1299 ff.

⁶ Minderheitsgesellschafter liegen vor, wenn ihre Geschäftsanteile bestimmte unterhalb der einfachen Mehrheit liegende Quote des Stammkapitals erreichen, s. *Zöllner* in: *Baumbach/ Hueck*, GmbHG § 45 Rdn. 12.

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

Zielkonflikte treten zudem regelmäßig bei GmbH mit nur zwei oder drei Gesellschafter-Geschäftsführern auf, wenn diese z. B. ausschließlich gesamtgeschäftsführungs- und gesamtvertretungsberechtigt sind und ebenfalls keine weiteren Beteiligungen begeben wurden. Das Gesagte gilt ausdrücklich nur für den Shareholder Value-Ansatz. Sobald weitere Interessengruppen in die Betrachtung einbezogen werden, treten weitere Zielkonflikte und somit auch der Prinzipal-Agenten-Konflikt verstärkt auf.

Ein Vergleich der GmbH mit der AG lässt erkennen, dass der Prinzipal-Agenten-Konflikt in Bezug auf die Beziehung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern bei der GmbH grundsätzlich geringer ausgeprägt ist. GmbH-Gesellschafter haben regelmäßig stärkere Einflussnahmemöglichkeiten und -interessen⁷ auf die Geschäftsführung als die Aktionäre einer AG. Die Gesellschafterversammlung ist bei der GmbH gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt, während der Vorstand der AG eigenverantwortlich handelt und die Hauptversammlung ihm gegenüber keine Weisungsrechte hat^{8,9}. Diese unterschiedlichen Einflussnahmemöglichkeiten der Gesellschafter auf die Geschäftsführung werden zudem durch die regelmäßig effektiveren Kontrollmöglichkeiten einer geringeren Gesellschafterzahl bei der GmbH im Vergleich zur höheren Aktionärszahl bei der AG¹⁰ ergänzt. Dennoch können aufgrund der rechtlichen Trennung von Geschäftsführung und Gesellschafterstellung – aber aus anderen Gründen wie aufgrund der Trennung von Aufsichtsrat und Gesellschafterstellung sowie des Vorhandenseins von Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern – bei der GmbH Maßnahmen im Bereich der Corporate Governance zu einer Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts erforderlich sein. Der Shareholder Value-Ansatz ist somit auf die GmbH mit den genannten Einschränkungen übertragbar.

2. Mitbestimmungsansatz in der GmbH

Da auch bei der GmbH Interessenkonflikte zwischen den Anteilseignern und den Arbeitnehmern entstehen können, ist der Mitbestimmungsansatz auf GmbH ebenso wie auf AG anwendbar.

Der Mitbestimmungsansatz als Modell zur Lösung der Corporate Governance-Probleme der GmbH scheint hingegen nicht sinnvoll. Die oben dargestellten Probleme der GmbH¹¹ beruhen nicht auf einer Vernachlässigung der Arbeitnehmerinteressen. Weitreichende bereits bestehende gesetzliche Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz führen zudem dazu, dass zusätzliche außergesetzliche Corporate Governance-Vorschriften zum Ausbau von Arbeitnehmerrechten bei der Lösung der Probleme der GmbH in den Hintergrund rücken.

⁷ RegBegr *Kropff*, Vorbem. § 76 S. 95.

⁸ Siehe unten S. 156 ff.

⁹ *Lutter*, AG 1995, 309.

¹⁰ Siehe unten S. 126 f.

¹¹ Siehe oben S. 47 ff.

3. Der Stakeholder Value-Ansatz in der GmbH

Da wie bei der AG auch bei der GmbH neben den Gesellschaftern und den Arbeitnehmern weitere Interessengruppen vertreten sind, kann auch der Stakeholder Value-Ansatz auf sie angewandt werden. Zwei Interessengruppen haben jedoch für die Liquidität der GmbH besonderes Gewicht und sind wichtige Voraussetzung ihres Bestandes. Die *erste* wichtige Gruppe bilden die bereits behandelten Eigenkapitalgeber, die im Fokus des Shareholder Value-Ansatzes stehen und auch als Interessengruppe innerhalb des Stakeholder Value-Ansatzes Beachtung finden. Die *zweite* wichtige Interessengruppe bilden die Gläubiger und insb. die Fremdkapitalgeber der GmbH. Aufgrund des Mangels an Eigenkapital und der daraus resultierenden hohen Insolvenzanfälligkeit müssen GmbH in höherem Maße als andere Rechtsformen stets das Vertrauen der Gläubiger gewinnen, damit diese zum Vertragsschluss mit der GmbH bereit sind. So sind Kreditinstitute z. B. ohne ein Vertrauen in die GmbH nicht bereit, Kredite an die GmbH zu vergeben und Lieferanten und Kunden nicht bereit, Leistungen an die Gesellschaft zu erbringen. Corporate Governance-Maßnahmen bei der GmbH müssen daher neben dem Anlegerschutz vor allem dem Gläubigerschutz dienen. Sinnvoll erscheinen Maßnahmen, durch die den Gläubigern Mitbestimmungsrechte und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden.

4. Wahl des Ansatzes für die GmbH

Die Untersuchung hat ergeben, dass alle der drei genannten Ansätze grundsätzlich auf die GmbH übertragbar sind. Bei der Einführung von Corporate Governance-Maßnahmen für die GmbH sollte jedoch berücksichtigt werden, dass ein maßgebliches Problem der GmbH die Beschaffung von Eigen- und Fremdkapital ist.

Da der *Shareholder Value-Ansatz* ausschließlich auf die Interessen der Eigenkapitalgeber abzielt und diejenigen der Fremdkapitalgeber nicht berücksichtigt, ist er für die GmbH zu eng. Es wurde des Weiteren bereits ausgeführt, dass eine Stärkung der Arbeitnehmerinteressen nicht effektiv dazu beitragen kann, die genannten Probleme der GmbH zu mindern. Der *Mitbestimmungsansatz* ist daher und da bei ihm die Interessen der Fremdkapitalgeber nicht berücksichtigt werden, ebenfalls nicht der richtige Ansatz zur Problemlösung bei der GmbH. Der *Stakeholder Value-Ansatz* bezieht sämtliche Interessengruppen ein. Dieser Ansatz geht für die GmbH zu weit, da bei ihr Corporate Governance-Maßnahmen vor allem die Interessen der Anleger und der externen Gläubiger des Unternehmens stärken sollten. Wird ihr Vertrauen in die GmbH gestärkt, so folgt daraus ihre höhere Investitionsbereitschaft und eine Stärkung der Fremd- und der Eigenkapitalbasis. Zwar gehören auch die Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit zu den Stakeholdern des Unternehmens, da Corporate Governance-Maßnahmen zu ihren Gunsten jedoch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Stärkung von Eigen- und Fremdkapital haben, sollten ihre Interessen bei dieser Betrachtung außen vor bleiben.

Es ist folglich der Stakeholder Value-Ansatz unter besonderer Berücksichtigung der Anleger und der externen Gläubiger für die GmbH bei der Ausgestaltung von Corporate Governance-Maßnahmen heranzuziehen. Für die Überwindung des Prinzipal-Agenten-Konflikts bedeutet

dies, dass Corporate Governance-Maßnahmen vor allem das Ziel haben sollten, die Organe der GmbH dazu anzuhalten im Interesse dieser beiden Stakeholdergruppen zu handeln.

III. Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen

Auch bei der GmbH können Corporate Governance-Maßnahmen deren Intra- und Interorganarbeit verbessern. Dies gilt nicht nur für GmbH mit mehreren Geschäftsführern, mehreren Gesellschaftern oder einem Aufsichtsrat, bei denen ähnlich wie bei der AG eine gänzliche oder teilweise Trennung von Geschäftsführern, Anteilseignern und Kontrollgremien besteht und bei denen innerhalb und zwischen den Organen eine Optimierung der Unternehmensentscheidungen etwa durch erhöhte Transparenz und Kontrolle stattfinden kann. Auch bei der GmbH mit nur einem Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Aufsichtsrat, kann die Einhaltung von Corporate Governance-Maßnahmen zu einer Verbesserung von dessen Entscheidungen führen. So ist es etwa möglich, dass diese Person durch Corporate Governance-Vorschriften zu einer genauen Unterscheidung ihrer Geschäftsführer- und Gesellschafterstellung angehalten wird und sich selbst bestimmten Regeln unterwirft, die zu einer Verbesserung ihrer Arbeitsweise und ihrer Entscheidungen führen. Darüber hinaus können unabhängig von der Struktur der GmbH die Gläubigerposition stärkende Corporate Governance-Maßnahmen eine Verbesserung der Effizienz der Unternehmensorgane bewirken. Solche Corporate Governance-Maßnahmen können etwa Offenlegungspflichten, Kontroll- oder Zustimmungrechte zugunsten von Gläubigern sein.

IV. Transparenz und Kontrolle

Auch für die verschiedenen Stakeholdergruppen einer GmbH ist es von Interesse, dass ihnen die Informationsbeschaffung durch die Wahrnehmung von Offenlegungspflichten von Seiten der Gesellschaft erleichtert wird. Durch die erhöhte Transparenz können diese Entscheidungen auf eine breitere Informationsgrundlage stützen und eine Überwachungsfunktion über die Gesellschaftsorgane ausüben. Die inhaltlich übereinstimmende und zeitgleiche Übermittlung von Informationen an die jeweiligen Stakeholdergruppen führt darüber hinaus auch bei der GmbH dazu, dass innerhalb der Stakeholdergruppen eine Gleichbehandlung stattfindet und keine Informationsasymmetrien entstehen. Entsprechende Corporate Governance-Regelungen können somit das Ausnutzen von Informationsvorsprüngen verhindern.

1. Kontrollmöglichkeiten von Anlegern und Gläubigern

Für GmbH-Gesellschafter sind die Kosten der Kontrolle grundsätzlich geringer als für Aktionäre, da eine geringe Anzahl von Gesellschaftern das Unternehmen effektiver als eine große Anzahl von Gesellschaftern kontrollieren kann. Die rationale Apathie fällt grds. bei der GmbH geringer als bei der AG aus.

Hinzu kommt, dass sich im GmbHG verschiedene Vorschriften finden, die den Gesellschaftern Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Geschäftsführung einräumen. Gemäß § 46 Nr. 6

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

GmbHG haben die Gesellschafter die nahezu uneingeschränkte¹² Befugnis Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung einzuführen. Auch steht ihnen gemäß § 45 GmbHG grundsätzlich das Recht zu, jede beliebige Geschäftsführungsangelegenheit selbst zu entscheiden¹³.

Den Gläubigern der GmbH stehen hingegen keine derartigen Rechte zu. Ihre Kontrollmöglichkeiten sind daher grds. wesentlich beschränkter.

2. Kontrollmöglichkeiten innerhalb des Unternehmens

Mit einer entsprechenden Corporate Governance ist es der GmbH ebenso wie der AG möglich, gesetzliche Vorschriften umzusetzen und darüber hinaus weitere Maßnahmen für eine Steigerung von Transparenz und Kontrolle zu ergreifen. Dabei ist jedoch eine maßvolle und gewissenhafte Einführung und Umsetzung dieser Vorschriften geboten, da zu viel Transparenz und Kontrolle die Geschäftsführung paralisieren und zum Gegenteil des gewünschten Erfolges führen kann. Von guter Corporate Governance kann daher nur die Rede sein, wenn die Geschäftsführung in einer den Gesellschaftszweck fördernden Weise kontrolliert wird. Für GmbH besteht z. B. zur Förderung von Transparenz und Kontrolle die Option, einen fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG einzuführen, dem durch Verweisung auf das AktG in hohem Maße die gleichen Kontrollrechte wie dem Aufsichtsrat einer AG zustehen.

3. Die Öffentlichkeit als Kontrollinstrument

Bei der GmbH ist es ebenso wie bei der AG grds. möglich, dass durch die Wahrnehmung von Offenlegungspflichten eine Information der Öffentlichkeit stattfindet und diese hierdurch eine Kontrollfunktion übernimmt. Allerdings ist diesbzgl. einschränkend zu berücksichtigen, dass dies vor allem für GmbH gilt, die eine größere Beachtung in der Öffentlichkeit erfahren. Informationen über GmbH mit einem kleinen Gesellschafter-, Arbeitnehmer- und Gläubigerkreis und geringer wirtschaftlicher Relevanz für eine bestimmte Region und für das Steuereinkommen werden die Öffentlichkeit regelmäßig kaum oder nicht interessieren. Diese wird folglich auch nur beschränkt als Kontrollinstrument fungieren.

Wie die AG ist auch die GmbH darauf bedacht, dass keine Informationen an die Öffentlichkeit gelangen, die Wettbewerber ausnutzen könnten. Bei Aufstellung von Corporate Governance-Regelungen zur Information der Öffentlichkeit muss daher bedacht werden, dass der Öffentlichkeit Transparenz letztendlich lediglich im alleinigen Interesse der GmbH verschafft werden soll.

4. Vergleichbarkeit von Unternehmen

Die Wahrnehmung standardisierter Offenlegungspflichten wie etwa die von national geltenden Kodizes führt ebenso wie bei der AG zu einer Vergleichbarkeit von einzelnen GmbH. Offengelegte Informationen können von Anlegern oder Gläubigern ausgewertet und in die

¹² Zu den Grenzen der Kontrollintensität s. Roth/ Altmeyen, GmbHG § 46 Rdn. 46.

¹³ Siehe unten S. 126 f.

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

Entscheidung für oder gegen eine Vermögensdisposition zugunsten einer bestimmten GmbH einbezogen werden.

V. Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II

Findet bei der Vergabe eines Kredites ein bankinternes Rating statt, so kann es auch für die GmbH als Kreditnehmerin hinsichtlich der Billigung von Krediten und der Zinskonditionen eine Rolle spielen, ob diese eine gute Corporate Governance betreibt. Dies gründet darauf, dass Corporate Governance als weiches Faktum in die Bewertung der GmbH durch die Bank einfließen kann. Für diejenigen GmbH, die Kredite bis zu einer zusammengefassten Höhe von 1 Mio. € aufnehmen (sog. Retailkredite), hat ihre Corporate Governance hingegen keinen Einfluss auf die Kreditkonditionen.

VI. Reputationsgewinn

Die Wichtigkeit des Ansehens für ein Unternehmen ist weder von seiner Größe noch von seiner Rechtsform abhängig. Zwar stehen größere Unternehmen i. d. R. eher im Fokus der Medien als kleinere und sind daher der Kritik eines breiteren Publikums ausgesetzt. Mittelständische und kleine Unternehmen müssen aber in ihrem Umfeld ebenfalls Imagepflege betreiben, um negative Kritik zu vermeiden. Ihr Reputationsgewinn bzw. -verlust erstreckt sich zwar regelmäßig auf einen kleineren Kreis von Wahrnehmenden, dieser Kreis ist aber für ein kleines ebenso wichtig wie die breite Öffentlichkeit für ein großes Unternehmen, so dass AG und GmbH unabhängig von ihrer Größe Corporate Governance als Mittel für ihre Reputationssteigerung einsetzen können.

VII. Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes

Das Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen, eine Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes zu erreichen, ist nicht rechtsformabhängig und sowohl hinsichtlich des Aktienrechts als auch des GmbH-Rechts sinnvoll.

VIII. Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance

Eine Selbstregulierung der Wirtschaft durch Kodizes ist für jede Gesellschaftsform und somit auch für die GmbH möglich, so dass auch dieses Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen von der GmbH anvisiert werden kann.

B. Übertragbarkeit der Ziele zur Problemlösung bei der GmbH

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass sämtliche Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen, die in der Literatur erörtert werden, auf die GmbH übertragbar sind. Dies bedeutet, dass das grundsätzliche Konzept von Corporate Governance auf die GmbH übertragbar ist.

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

In einem nächsten Schritt soll nunmehr analysiert werden, ob die erörterten Ziele zur Lösung der in § 2 genannten Problembereiche der GmbH¹⁴ beitragen können. Da ein Kausalitätsnachweis an dieser Stelle nicht erbracht werden kann, sei zugegeben, dass es sich hierbei ebenso wie bei den für die AG in der Literatur dargelegten Zielen lediglich um allgemeine Überlegungen handeln kann.

I. Mangel an Eigenkapital und Insolvenzanfälligkeit

Bereits herausgestellt wurde, dass der Mangel an Eigenkapital und die hohe Insolvenzanfälligkeit der GmbH größtenteils auf ihrer gesetzlichen Konzeption – nämlich ihrer grundsätzlichen Gestaltung als Mitunternehmergesellschaft¹⁵ – beruhen. Die Grundpfeiler dieser Gestaltung sind die Haftungsbeschränkung, die umfassende Weisungsbefugnis der Gesellschafter und die Pflicht zur notariellen Beurkundung von Anteilsübertragungen. An dieser Konzeption können und sollen Corporate Governance-Maßnahmen nichts ändern.

Dennoch ist es möglich, dass Corporate Governance-Maßnahmen den Mangel an Eigenkapital und die hohe Insolvenzanfälligkeit abmildern, was sich an den Zielen von Corporate Governance-Maßnahmen verdeutlicht:

Unter der Prämisse, dass gute Corporate Governance der *Steigerung des Unternehmenserfolges* dient, kann angenommen werden, dass mit dem Erfolg regelmäßig auch die Solvenz des Unternehmens steigt und die Insolvenzanfälligkeit sinkt.

Gleiches lässt sich für das Ziel der *Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts* feststellen. Corporate Governance-Maßnahmen, die darauf abzielen, dass die Geschäftsführer ihre Aufgaben allein im Interesse der Eigentümer und der übrigen Stakeholdergruppen (insb. der Gläubiger) der GmbH ausführen und ihre eigenen Interessen hintanstellen, dienen wiederum einer erfolgreichen Unternehmensführung und somit letztendlich der Solvenz des Unternehmens.

Auch das Ziel durch Corporate Governance-Maßnahmen die *Effizienz der Unternehmensorgane* zu stärken, soll letzten Endes den Unternehmenserfolg fördern und einem Mangel an Eigenkapital vorbeugen.

Nichts anderes gilt für Maßnahmen zur *Verbesserung von Transparenz und Kontrolle*. Sie sollen zwar zunächst zu einer verstärkten Überwachung der Geschäftsführer und anderer Organe und zu einem Mehr an Kontrollmöglichkeiten für Anleger und Gläubiger, Organe und Organmitglieder sowie für die Öffentlichkeit führen; Eine solche gesteigerte Transparenz und Kontrolle ist aber kein Selbstzweck, sondern soll stets das Wohl des Unternehmens und den Unternehmenserfolg fördern und somit auch die Eigenkapitalbasis stärken.

Haben Corporate Governance-Maßnahmen die *Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II* zur Folge, so führt dies unmittelbar zu einer Verbesserung der Kreditkonditionen der darlehensnehmenden GmbH. Dies schlägt sich in besseren Zins-

¹⁴ Siehe oben S. 47 ff.

¹⁵ Siehe oben S. 49 f.

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

konditionen nieder und führt wiederum dazu, dass die GmbH weniger für Kredite zahlen muss und mehr Liquidität im Unternehmen verbleibt.

Auch Corporate Governance-Maßnahmen, die einen *Reputationsgewinn* bewirken, wodurch das Vertrauen von Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern und Investoren steigt, dienen letztendlich einer Steigerung des Unternehmenserfolges und einer Stärkung der Eigenkapitalbasis.

Allein das Ziel der *Harmonisierung des Gesellschaftsrechts* durch nationale Kodizes und das der *Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts* im Bereich der Corporate Governance vermögen die Eigenkapitalbasis von GmbH nicht zu stärken und deren Insolvenzanfälligkeit nicht zu verringern. Ersteres wirkt lediglich auf die Entwicklung der Gesellschaftsrechte verschiedener Staaten und kann eine Rechtsannäherung unterstützen. Nicht erkennbar ist, ob sich dies auf den Unternehmenserfolg einzelner GmbH oder von GmbH insgesamt auswirkt. Auch die Tatsache, dass Corporate Governance-Maßnahmen, die im Wege der Selbstregulierung durch die Wirtschaft eingeführt werden, zu einer höheren Bereitschaft einer Umsetzung dieser Maßnahmen als bei einer Regulierung durch den Gesetzgeber führen, lässt keine Verbesserung des Unternehmenserfolges vermuten.

II. Wettbewerbsfähigkeit im Konkurrenzkampf mit ausländischen Rechtsformen

Die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im Konkurrenzkampf mit ausländischen Rechtsformen kann grds. durch die Stärkung der Rechtsform GmbH gefördert werden. Tritt die Rechtsform GmbH im Wirtschaftsleben erfolgreicher und weist sie geringere Insolvenzzahlen als andere in- und ausländische Rechtsformen auf, so werden in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer ein höheres Vertrauen in sie gewinnen und eine höhere Investitionsbereitschaft in sie erlangen. Dabei ist anzunehmen, dass je erfolgreicher die GmbH im Vergleich zu anderen sich auf gleicher Augenhöhe befindenden Rechtsformen ist, desto mehr Unternehmensgründer diese als Rechtsform wählen werden. Eine Stärkung der Rechtsform GmbH kann vor allem durch die Förderung des Unternehmenserfolges, die Stärkung der Eigenkapitalbasis und die Verringerung der Insolvenzanfälligkeit von GmbH stattfinden. Aus diesem Grunde stärken Corporate Governance-Maßnahmen, welche das Ziel haben, diese Aspekte zu fördern¹⁶, zugleich auch die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im Wettlauf mit ausländischen Rechtsformen.

Besondere Relevanz hat in diesem Zusammenhang, dass eine gut propagierte Corporate Governance die Bekanntheit und Verständlichkeit der GmbH auch für internationale Stakeholder und eine erhöhte Transparenz deren Vertrauen in diese Rechtsform steigern. Dies kann auf der einen Seite durch stark publizierte Corporate Governance-Maßnahmen bewirkt werden, die für alle GmbH Geltung entfalten. Verständlichkeit und Transparenz kann bspw. ein Corporate Governance-Kodex fördern, den möglichst viele GmbH anwenden. Derartige Corporate Governance-Maßnahmen können somit zur allgemeinen Bekanntheit der GmbH als Rechtsform und zu ihrem grundsätzlichen Verständnis beitragen. Aber auch die in den

¹⁶ Siehe oben S. 26 ff.

einzelnen GmbH geübte und publizierte Corporate Governance kann die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im Konkurrenzkampf mit ausländischen Rechtsformen stärken. Zwar wird die von der einzelnen GmbH angewandte Corporate Governance zunächst das Vertrauen in die jeweilige GmbH stärken. Es kann aber vermutet werden, dass bei einer breitflächigen guten Corporate Governance von GmbH dies zudem einen Effekt auf das Vertrauen in die Güte der Rechtsform GmbH insgesamt haben wird.

III. Managementfehler bzw. häufiger Missbrauch der Rechtsform

Einige der genannten Ziele von Corporate Governance können der Verhütung von Managementfehlern und von Missbräuchen der Rechtsform GmbH dienen:

Hierzu gehört zunächst das allgemeine Ziel der *Förderung des Unternehmenserfolges*. Da es die Grundvoraussetzung und primäres Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen ist, den Unternehmenserfolg zu fördern, zielen diese auch stets auf eine gute Unternehmensführung ab und bekämpfen Managementfehler sowie Missbräuche.

Auch die Verringerung des *Prinzipal-Agenten-Konflikts* dient der Vermeidung von Managementfehlern und der Vorbeugung vor Missbräuchen. Der *Prinzipal-Agenten-Konflikt* fußt auf der Annahme, dass Managementfehler häufiger stattfinden, wenn Verfügungsmacht und Eigentum auseinanderfallen, da die Eigentümer mit ihrem Vermögen regelmäßig behutsamer umgehen als andere mit der Vermögensverwaltung betraute Personen¹⁷. Maßnahmen zur Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts unter dem Shareholder-Value-Ansatz dienen daher regelmäßig zugleich auch der Vermeidung von Managementfehlern. Demgegenüber finden Missbräuche der Rechtsform GmbH regelmäßig durch die Gesellschafter selbst statt¹⁸, so dass der Prinzipal-Agenten-Konflikt unter dem Shareholder Value-Ansatz in diesen Fällen regelmäßig nicht auftritt, soweit die Maßnahmen von sämtlichen Gesellschaftern getragen werden. Das Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen einer Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts kann somit in Missbrauchsfällen unter dem Shareholder Value-Ansatz regelmäßig nicht herangezogen werden. Uneingeschränkt kann das Ziel der Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts zur Verringerung von Managementfehlern und Missbräuchen hingegen unter dem Stakeholder Value-Ansatz verfolgt werden. Diejenigen Stakeholder, die keine Shareholder sind, sind nicht nur an einer Verbesserung der Geschäftsführung, sondern stets auch an einer Vermeidung von Missbräuchen interessiert.

Unter das Ziel der *Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen* fällt u. a., dass Corporate Governance-Maßnahmen umsichtige, besonnene Entscheidungen der einzelnen Unternehmensorgane unterstützen und nicht ausreichend bedachte oder gar vorsätzlich schädigende Handlungen abwenden sollen. Geschehen kann dies z. B. durch Corporate Governance-Regelungen, welche eine Besetzung der Gesellschaftsorgane mit qualitativ guten und integren Personen sowie deren stete Selbstkontrolle und Fremdüberwachung zur besonders sorgfältigen Entscheidungsfindung fördern.

¹⁷ Siehe oben S. 27 ff.

¹⁸ Siehe oben S. 57 ff.

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

Das Ziel durch Corporate Governance *Kontrolle und Transparenz* zu schaffen, ist in diesem Kontext von besonderer Bedeutsamkeit. Kontrolle und Transparenz sollen insb. einer verbesserten Unternehmensführung dienen und zu sorgfältigeren Unternehmensentscheidungen führen. Ein kontrolliertes Gesellschaftsorgan wird bereits aufgrund der Tatsache, dass es sich seiner Überwachung bewusst ist und Fehler entdeckt werden können, Entscheidungen besser überdenken und vor Missbräuchen zurückschrecken. Darüber hinaus können durch Kontrolle und Transparenz Fehler und Missbräuche bei der Unternehmensführung aufgedeckt und abgemildert oder verhindert werden.

Weniger hilfreich bei der Vermeidung von Managementfehlern und dem Missbrauch der Rechtsform GmbH sind hingegen die übrigen Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen, sprich die Verbesserung des bankinternen Ratings bei der Kreditvergabe nach Basel II, Reputationsgewinn, die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts durch nationale Kodizes und die Selbstregulierung des Gesellschaftsrechts im Bereich der Corporate Governance.

C. Zusammenfassung

1. *In einem ersten Schritt* der Untersuchung konnte festgestellt werden, dass sämtliche der für die AG genannten Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen auch für die GmbH anvisiert werden können.

2. Hinsichtlich des Einsatzes der Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen hat die Untersuchung *in einem zweiten Schritt* ergeben, dass die meisten der erörterten Ziele zur Bekämpfung der drei großen Problembereiche der GmbH verfolgt werden können.

a) Nahezu alle genannten Ziele können der Verringerung *des Mangels an Eigenkapital und der Insolvenzanfälligkeit* der GmbH dienen. Dies beruht vor allem darauf, dass Corporate Governance-Maßnahmen letztendlich stets eine bessere Unternehmensführung und den Unternehmenserfolg fördern sollen, was zu höheren Gewinnen sowie zu einem höheren Vertrauen von Anlegern und Gläubigern führt. Die Folge sind positivere Bilanzen und eine höhere Investitionsbereitschaft von Anlegern und anderen Stakeholdern.

b) Sämtliche Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen, die zur Stärkung der Eigenkapitalbasis und zur Verringerung der Insolvenzanfälligkeit der GmbH eingesetzt werden, stärken zugleich die GmbH im *Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen*. Eine hohe Eigenkapitalbasis und eine geringe Insolvenzanfälligkeit sprechen für die Güte einer Rechtsform und sind wichtige Auswahlkriterien für Unternehmensgründer bei der Wahl der Rechtsform. Hinzu tritt die Überlegung, dass eine gut propagierte Corporate Governance die Bekanntheit und Verständlichkeit der GmbH und das Vertrauen in GmbH in In- und Ausland fördert.

c) Auch zur Abmilderung des dritten Problembereichs der GmbH, nämlich zur Vermeidung von Managementfehlern und Missbräuchen der Rechtsform, können Corporate Governance-Maßnahmen eingesetzt werden. Dies gründet wiederum darauf, dass primäres Ziel von Corporate Governance-Maßnahmen die Förderung des Unternehmenserfolges ist. Dabei sind Maßnahmen, die der Vermeidung von Managementfehlern und der Unterbindung von Rechtsformmissbräuchen dienen, elementare Elemente zur Steigerung des Unternehmenserfolges. Die Vermeidung von Managementfehlern und die Unterbindung des Rechtsformmissbrauchs kann vor allem durch die Verfolgung des Ziele der Verringerung des Prinzipal-

§ 3 Übertragbarkeit der Ziele

Agenten-Konflikts, der Stärkung der Effizienz von Unternehmensorganen und der Schaffung von Transparenz und Kontrolle gefördert werden.

3. *Fazit:* Wenn durch die Verfolgung der Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen zugleich eine Verringerung der drei großen Probleme der GmbH verfolgt werden kann, so können für Corporate Governance-Maßnahmen bei der GmbH neue Ziele formuliert und anvisiert werden. Diese Ziele bestehen in der Verringerung der Problembereiche der GmbH, d. h. *erstens* in der Behebung des Eigenkapitalmangels, *zweitens* in der Steigerung der Konkurrenzfähigkeit der Rechtsform GmbH im Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen und *drittens* in der Verringerung von Managementfehlern und der Vermeidung von Missbräuchen der Rechtsform.

§ 4 DIE ANWENDBARKEIT VON CORPORATE GOVERNANCE-KODIZES AUF DIE GMBH

Eine Möglichkeit der Verbesserung der Corporate Governance von GmbH wäre die Anwendung bereits bestehender Corporate Governance-Vorschriften. Naheliegender ist es, einen der bereits existierenden Kodizes auf die GmbH anzuwenden. In Betracht kommen hierbei vor allem die OECD-Grundsätze der Corporate Governance, der DCGK, der Kodex für Familienunternehmen und der PCGK des Bundes. Um ihre Bedeutung beurteilen zu können, wird im Folgenden auf die Historie, Inhalte, Adressatenkreis und die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Kodizes eingegangen. Darüber hinaus existieren weitere Kodizes, nämlich der Derivate Kodex, der Corporate Governance-Kodex für Asset Management Gesellschaften, der Corporate Governance-Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft, die OECD-Guidelines on Corporate Governance, of Stateowned Enterprises und weitere staatliche Kodizes für staatliche Unternehmen. Diese weisen jedoch bereits aufgrund ihres Namens darauf hin, dass ihre Adressatenkreise beschränkt sind. Sie sollen der Vollständigkeit halber Erwähnung finden.

A. Die OECD-Grundsätze der Corporate Governance

I. Allgemeines

Die OECD veröffentlichte die OECD-Grundsätze der Corporate Governance erstmals im Jahre 1999 und publizierte im April 2004 eine Neufassung.

II. Inhalte

Der erste Teil fasst unter sechs Überschriften die Grundsätze zusammen. Sie geben vor, wie ein Corporate Governance-Rahmen durch den Gesetzgeber und andere Regelungsinitiatoren ausgestaltet werden sollte. Unter der *ersten* Überschrift „*Sicherung der Grundlagen eines effektiven Corporate-Governance-Rahmens*“ finden sich Vorgaben, welche allgemeinen Anforderung der Corporate Governance-Rahmen erfüllen sollte. So sollte dieser transparente und leistungsfähige Märkte fördern, mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in Einklang stehen und eine klare Trennung der Verantwortlichkeiten der Aufsichts-, Regulierungs- und Vollzugsinstanzen gewährleisten. Unter der *zweiten* Überschrift „*Aktionärsrechte und Schlüsselfunktion der Kapitaleigner*“ wird das Ziel des Corporate Governance-Rahmens formuliert, die Aktionärsrechte zu schützen und deren Ausübung zu erleichtern. Als Aktionärsrechte werden u. a. die Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung, die Teilnahme an der Hauptversammlung, die Ausübung des Stimmrechts und Auskunftsrechte genannt. Der *dritte* Abschnitt stellt Regeln zur „*Gleichbehandlung der Aktionäre*“ auf und verlangt, dass alle Aktionäre bei Verletzung ihrer Rechte Anspruch auf effektive Rechtsmittel haben sollten. Der *vierte* Abschnitt bestimmt unter der Überschrift „*Rolle der verschiedenen Unternehmensbeteiligten (Stakeholder) bei der Corporate Governance*“, dass der Corporate Gover-

nance-Rahmen die gesetzlich verankerten oder einvernehmlich festgelegten Rechte der Unternehmensbeteiligten anerkennen und eine aktive Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Stakeholdern fördern solle. Des Weiteren sollte der Corporate Governance-Rahmen *fünftens* „*Offenlegung und Transparenz*“ in allen wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens sicherstellen, wozu die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage sowie die Eigentumsverhältnisse und die Unternehmensstrukturen gehören. Der *sechste* und letzte Themenschwerpunkt behandelt die „*Pflichten des Aufsichtsorgans (Board)*“ und legt fest, dass der Corporate Governance-Rahmen die strategische Ausrichtung des Unternehmens, die effektive Überwachung der Geschäftsführung durch den Board und die Rechenschaftspflicht des Board gewährleisten solle.

In einem zweiten Teil der OECD-Grundsätze finden sich Anmerkungen, die bei der Umsetzung und Auslegung der einzelnen Grundsätze herangezogen werden können.

III. Adressatenkreis

In der Einleitung der OECD-Grundsätze ist beschrieben, dass sie „*Regierungen der OECD- und Nicht-OECD Ländern dabei helfen [sollen], den rechtlichen, institutionellen und ordnungsrechtlichen Corporate-Governance-Rahmen in ihren Ländern zu evaluieren und zu verbessern und Börsen, Kapitalgebern, Unternehmen sowie anderen Parteien, die bei der Entwicklung guter Praktiken der Unternehmensführung eine Rolle spielen, Orientierungshilfe zu bieten und Vorschläge zu unterbreiten.*“ Es wird weiter ausgeführt, dass die Grundsätze eine gemeinsame Grundlage bilden, die nach Auffassung der OECD-Mitgliedsländer eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung guter Regeln der Unternehmensführung darstellen. Adressatenkreis der OECD Grundsätze sind somit ausdrücklich staatliche oder privatwirtschaftliche Stellen, die sich mit der Aufstellung von Regelungen zur Corporate Governance befassen.¹ Ein Blick in die OECD-Grundsätze ergibt, dass diese relativ allgemein formuliert sind und eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthalten. Sie sind somit weitgehend konkretisierungsbedürftig und auf den Einzelfall anzupassen. Hierbei hilft Teil 2 mit Anmerkungen zu den Grundsätzen, in dem beschrieben wird, was die OECD-Staaten bei der Umsetzung zu beachten haben, wobei auch auf Besonderheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten, wie etwa das ein- oder zweistufige Board-System in AG eingegangen wird.

Des Weiteren wird in der Einleitung angegeben, dass die Grundsätze „*hauptsächlich für börsennotierte finanzielle und nicht finanzielle Unternehmen*“ gelten, wobei mit finanziellen Unternehmen solche gemeint sind, die zum Finanzsektor gehören. Darüber hinaus wird erläutert, dass die Grundsätze im Einzelfall „*auch ein nützliches Instrument zur Verbesserung der Unternehmensführung in nicht börsennotierten Unternehmen darstellen, wie bspw. in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und staatlichen Unternehmen*“.²

¹ *Schneider, U. H.*, DB 2000, 2413, 2414; *Hommelhoff, ZGR*, 2001, 238, 240 f.; *Bremeier/ Brinckmann/ Killian/ Schneider, ZögU* 2005, 267, 270 f.

² Einleitung Abs. 1 S. 2 OECD-Grundsätze der Corporate Governance.

Daraus ergibt sich zweierlei hinsichtlich des Adressatenkreises der OECD-Grundsätze. *Zum einen* gehören zum primären Adressatenkreis die Mitgliedstaaten und Nicht-Mitgliedstaaten der OECD. Diese können die OECD-Grundsätze als Anleitung für die Einführung von Corporate Governance-Vorschriften nutzen. *Zum anderen* sind die Grundsätze hauptsächlich für börsennotierte Gesellschaften formuliert. Aber auch andere Gesellschaften – wozu ausdrücklich die GmbH gehört – können diese anwenden. Eine Anwendung der OECD-Grundsätze in Deutschland auf die GmbH macht allerdings nur Sinn, wenn es keine speziellen, deutschen Corporate Governance-Grundsätze für die GmbH gäbe. Als solche kommen insb. die Vorschriften des Deutschen Corporate Governance Kodexes in Betracht.

IV. Rechtliche Verbindlichkeit

Die OECD ist eine internationale Organisation. Die von ihr veröffentlichten Grundsätze finden keine unmittelbare Anwendung im innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland. Zu ihrer rechtlichen Verbindlichkeit bedürften sie der Transformation in nationales Recht durch den Gesetzgeber im parlamentarischen Verfahren.³ Eine solche ist mit den Grundsätzen nicht angestrebt; sie sollen stattdessen unverbindlich und freiwillig anwendbar sein.

B. Deutscher Corporate Governance Kodex

I. Allgemeines

Parallel zu Gesetzesreformen stellten in Deutschland verschiedene Kommissionen und Initiativkreise Empfehlungen und Kodizes zur Verbesserung der Corporate Governance auf.⁴ Eine zweite Regierungskommission entwickelte unter der Leitung von Gerhard Cromme⁵ den am 26. Februar 2002 bekannt gemachten und in der Regel jährlich an nationale und internationale Entwicklungen angepassten⁶ Deutschen Corporate Governance Kodex⁷. Obwohl die Rechtsnatur des Kodexes uneindeutig ist,⁸ handelt es sich um das wichtigste Re-

³ *Schweitzer*, Staatsrecht III, S. 127 ff.

⁴ Unter diesen waren die Frankfurter Grundsatzkommission Corporate Governance unter der Leitung von U. H. Schneider s. *Schneider, U. H.*, DB 2000 S. 2413 ff., der Berliner Initiativkreis unter der Leitung von A. v. Werder s. *Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance* in: *German Code of Corporate Governance*, S. 63 ff. Regierungskommission unter der Leitung von T. Baums s. *Baums*, Bericht der Regierungskommission, S. 1 ff.

⁵ [Http://www.corporate-governance-code.de/index.html](http://www.corporate-governance-code.de/index.html).

⁶ S. Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex.

⁷ Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist in sämtlichen Fassungen auf der Homepage der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance (<http://www.corporate-governance-code.de>); sowie im elektronischen Bundesanzeiger (<https://www.ebundesanzeiger.de>) abrufbar.

⁸ *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 158 ff.

gelwerk im Bereich der Corporate Governance in Deutschland, das mittlerweile von der breiten Mehrheit der großen AG befolgt wird.⁹

II. Inhalte

Unter den Überschriften Aktionäre und Hauptversammlung, Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat, Vorstand, Aufsichtsrat, Transparenz und Rechnungslegung sowie Abschlussprüfung beinhaltet der DCGK einen Katalog mit Vorschriften zu verschiedenen Themenbereichen. Diese Überschriften zeigen an, dass zunächst Gesellschafter und Organe einer AG behandelt werden. Des Weiteren werden deren Rechte und Pflichten konkretisiert und der Kodex führt systematisch Regeln bzgl. der Unternehmensorganisation und der Art und Weise der Aufgabenerfüllung, der Zusammenarbeit der Organe sowie der Kontrollmechanismen auf.

III. Adressatenkreis des DCGK

1. Primärer Adressatenkreis

Entsprechend Abs. 1 S. 1 seiner Präambel stellt der DCGK „*wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung*“. Adressaten des Kodexes sind somit in erster Linie deutsche börsennotierte Gesellschaften.

Börsennotiertheit

Die Auslegung des Begriffs der *börsennotierten Gesellschaft* in der Präambel des DCGK erfolgt unter Zuhilfenahme der aktien- und kapitalmarktrechtlichen Vorschriften.¹⁰ Orientierung bietet § 3 Abs. 2 AktG, der den Begriff der börsennotierten Gesellschaft im Aktienrecht definiert. Börsennotiert i. S. d. Aktiengesetzes, ist eine Gesellschaft, wenn ihre Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannter Stelle geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist.¹¹ Voraussetzung für eine Börsennotierung i. S. d. § 3 Abs. 2 AktG ist somit, dass die

⁹ German Information Center, Die Deutschland Nachrichten vom 24.04.2006 http://www.germany.info/relaunch/info/publications/d_nachrichten/2006/060424/wi2.html; siehe auch Oser/Orth/Wader, BB 2004, 1121 ff.; Werder, v./Talaular, DB 2006, 849 ff.

¹⁰ Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Präambel, Rdn. 128.

¹¹ Hüffer, AktG § 3 Rdn. 1 ff. und § 161 Rdn. 6. Auch § 21 Abs. 2 WpHG i. d. F. v. 26.07.1994 in Kraft bis 27.12.2007 enthielt eine Legaldefinition der börsennotierten Gesellschaften und legte fest, dass dies Gesellschaften mit Sitz im Inland sind, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zugelassen sind. Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 AktG entspricht trotz des unterschiedlichen Wortlauts inhaltlich dem § 21 Abs. 2 WpHG a. F. so Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Präambel, Rdn. 128 Fn. 130; vgl. auch Hüffer, AktG § 3 Rdn. 6.

Gesellschaft Aktien emittiert und diese an einem regulierten Markt und nicht ausschließlich im Freiverkehr zugelassen sind.¹² Erfasst werden nicht nur Notierungen an einer deutschen Börse, sondern auch Notierungen an vergleichbaren Börsen im Ausland.¹³

Grundlegende Voraussetzung für eine Börsennotierung ist somit, dass die Gesellschaft Aktien emittiert. Im Anwendungsbereich des Aktiengesetzes ist dies nur AG und KGaA möglich.¹⁴ Da der DCGK jedoch nicht auf börsennotierte Gesellschaften im Anwendungsbereich des AktG beschränkt ist, fallen auch andere Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, in den Anwendungsbereich des Kodexes. Als solche ist die Europäische Gesellschaft (auch Societas Europae; SE)¹⁵ möglich. Die Societas Europae ist dementsprechend seit dem 14.06.2007 ausdrücklich in die Präambel des Kodexes aufgenommen.¹⁶ Der DCGK adressiert somit primär die börsennotierte AG, KGaA und die SE. In erster Linie nicht erfasst werden sog. geschlossene AG, deren Aktien im Freiverkehr oder überhaupt nicht an der Börse gehandelt werden. Da der Adressatenkreis des § 161 AktG seiner Neufassung über den des DCGK hinausgeht, ist mit einer zeitnahen Anpassung des DCGK zu rechnen¹⁷.

Da eine GmbH keine Aktien emittiert, ist sie keine primäre Adressatin des DCGK. Es ist ein Grundmerkmal der GmbH, dass ihre Anteile nicht am öffentlichen Kapitalmarkt gehandelt werden dürfen.¹⁸ Der GmbH ist es zwar grundsätzlich möglich andere Gesellschaftsbeteiligungen wie z. B. Schuldverschreibungen an der Börse handeln zu lassen, diese sind jedoch keine Aktien und erfüllen daher nicht das Kriterium der Börsennotiertheit i. S. d. § 3 Abs. 2 AktG.

2. Sekundärer Adressatenkreis

In der Präambel des Kodexes heißt es in Abs. 13 weiter: „Der Kodex richtet sich in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften. Auch nicht börsennotierten Gesellschaften wird die Beachtung des Kodex empfohlen.“ Mangels weiterer Einschränkungen wird hierdurch bei sämtlichen weiteren Gesellschaftsformen und somit auch der GmbH, die Anwendung des Kodexes angeregt. Allerdings deutet ein Blick in die Vorschriften des Kodexes bereits an, dass der Kodex nicht auf jede Gesellschaft passen kann. Ebenso wie die OECD-Grundsätze der Corporate Governance adressiert der DCGK Vorstand, Aufsichtsrat, Aktionäre und Hauptversammlung. Diese Wortwahl macht deutlich, dass vor allem die Organe der AG an-

¹² BT-Drucks. 13/9712, S. 12.; Müller-Michaels, Finanz Betrieb 2005, 736, 737.

¹³ BT-Drucks. 13/9712, S. 12.

¹⁴ Assmann/ Schneider, WpHG, 4. Aufl. § 21 Rdn. 45 zu § 21 Abs. 2 WpHG a. F. der den Begriff der „börsennotierten Gesellschaft“ enthielt; Singhoff/ Weber in: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt § 3 Rdn. 4.

¹⁵ S. Merkt in: Die Europäische Gesellschaft, S. 184, 191.

¹⁶ Weber, NJW 2007, 3688, 3692.

¹⁷ Siehe unten S. 96.

¹⁸ Grziwotz in: MÜHdb GR GmbH, § 1 Rdn. 37; s. a. Heidelberg in: Schwark/KapitalmarktR § 30 BörsG Rdn. 9.

gesprochen werden, so dass nicht börsennotierte Gesellschaften entscheiden müssen, ob für sie die freiwillige Umsetzung des Kodexes sinnvoll ist¹⁹.

IV. Die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG n. F.

Gemäß § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. sind Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft zu der jährlichen Erklärung verpflichtet, dass dem DCGK entsprochen wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden und warum nicht.²⁰ Gleiches gilt gemäß § 161 Abs. 1 S. 2 AktG n. F. für Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben hat und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden.

1. Adressatenkreis

Der Adressatenkreis des § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. erstreckt sich auf börsennotierte Gesellschaften i. S. d. § 3 Abs. 2 AktG²¹. Nach S. 1 dieser Vorschrift können zu einer Abgabe allein die Rechtsformen der AG²², der KGaA²³ und der SE²⁴ verpflichtet sein.

Vom Adressatenkreis des § 161 Abs. 1 S. 2 AktG n. F. werden nur solche Gesellschaften erfasst, die neben der Voraussetzung, dass diese ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben hat, die der Ausgabe von Aktien über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG erfüllen. Für diese Gesellschaften ist es daher ebenfalls erforderlich, dass ihr Grundkapital in Aktien zerlegt ist. Da dies wiederum nur bei AG, KGaA und SE der Fall ist, können nur diese Rechtsformen dem Adressatenkreis des § 161 Abs. 1 S. 2 AktG n. F. unterfallen. Als Beispiel für von S. 2 erfasste Gesellschaften nennt die Regierungsbegründung solche, deren Schuldverschreibungen am regulierten Markt und deren Aktien im Freiverkehr gehandelt werden.²⁵

Während die Abgabe einer Entsprechenserklärung für Gesellschaften i. S. d. § 161 Abs. 1 AktG n. F. obligatorisch ist, steht einer freiwilligen Abgabe anderer Gesellschaften wie der GmbH rechtlich nichts entgegen.²⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die Abgabe einer fehlerhaf-

¹⁹ Siehe hierzu unten S. 122 ff.

²⁰ Laut Hoppenstedt waren im November 2001 982 AG und 13 KGaA börsennotiert, so dass § 161 AktG a. F., der nur börsennotierte AG adressierte, zu diesem Zeitpunkt lediglich knapp 1000 deutsche Unternehmen primär adressiert hat.

²¹ Vergleiche oben S. 94 f.

²² S. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. i. V. m. § 3 Abs. 2 AktG.

²³ S. § 278 Abs. 3 i. V. m. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F.

²⁴ S. § 1 SEEG i. V. m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) VO/EG/2157/2001 i. V. m. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F.; S. *Merkt* in: Die Europäische Gesellschaft, S. 184.

²⁵ S. BT-Drucks. 16/10067, S. 77; 104.

²⁶ *Hirte*, Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, S. 13 Rdn. 28 f.

ten Entsprechenserklärung trotz ihrer Freiwilligkeit zu einer Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat oder der Gesellschaft führen könnte^{27, 28}.

2. Inhalte

Bei den Regelungen des Kodexes wird zwischen gesetzlichen Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen unterschieden.²⁹ Bei ersteren handelt es sich um bestehende Rechtsnormen.³⁰ Ihre Aufnahme in den Kodex dient der Darstellung und Erklärung des deutschen Corporate Governance-Systems. Sie legen zudem teilweise das geltende Recht aus und stellen die Rechtsauffassung der Kodexkommission dar.³¹ Gesetzliche Vorschriften werden auch als Muss-Vorschriften, Empfehlungen als Soll- und Anregungen als Kann-Vorschriften bezeichnet. Bei Empfehlungen und Anregungen beruht dies insb. darauf, dass sie im Kodex durch diese Wortwahl gekennzeichnet sind.³²

§ 161 AktG verpflichtet die adressierten Gesellschaften nicht zu einer Stellungnahme über die Einhaltung von Muss- oder Kann-Vorschriften. Die Entsprechenserklärung muss ausschließlich zu Empfehlungen Stellung nehmen und gemäß § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. zudem die Begründung enthalten, warum einer Empfehlung nicht entsprochen wurde. Die Entsprechenserklärung ist vergangenheits- und zukunftsbezogen abzugeben, so dass nicht nur die bereits angewandte, sondern auch die beabsichtigte Kodexumsetzung nachvollziehbar wird.³³ Klargestellt sei, dass die Unterscheidung zwischen Muss-, Soll- und Kann-Vorschriften durch die zwingende Begründung von Abweichungen zu Kodexregelungen, die durch die RL 2006/46/EG vorgegeben und durch das BilMoG bzgl. Kodexempfehlungen in deutsches Recht umgesetzt wurde, nicht entfallen ist^{34, 35}. Auch ändert die Begründungspflicht nichts daran, dass die Umsetzung von Kodexempfehlungen freiwillig bleibt.

Die in § 161 AktG enthaltene Verpflichtung für börsennotierte Gesellschaften, Empfehlungen zu beachten oder Abweichungen offen zu legen, wurde bereits vor dem BilMoG als sog.

²⁷ Zur Haftung bei der freiwilligen Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung der GmbH siehe unten S. 218 ff.

²⁸ S. zum Meinungsstand Hüffer, AktG § 161 Rdn. 25 ff.; Lutter, ZHR 166 (2002), 523 ff; ders. in: FS Druey, S. 463 ff.; Ettinger/ Grützediek, AG 2003, 353 ff.; Kiethe, NZG 2003, 559 ff; Berg/ Stöcker, WM 2002, 1569 ff.; Seibert, BB 2002, 581, 583; Bachmann, WM 2002, 2137 ff.; Seibt, AG 2002, 249 ff.; Schüppen, ZIP 2002, 1269, 1273 f.; Jahn, FAZ v. 22.02.2002, S. 20; Wilsing, FAZ v. 09.03.2002, S. 21.²⁹ Schlitt, DB 2007, 326; Zur Entsprechenserklärung s. Hirte, Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, S. 5 Rdn. 10 ff.

²⁹ Schlitt, DB 2007, 326; Zur Entsprechenserklärung s. Hirte, Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, S. 5 Rdn. 10 ff.

³⁰ Vgl. Präambel Abs. 9 S. 6 DCGK; Ihrig/ Wagner, BB 2002, 789 f.; Ehrhardt/ Nowak, AG 2002, 336, 342.

³¹ Steinat, TWR 2005, Heft 39, 1, 7.

³² Vgl. Präambel Abs. 9 S. 1 und 5 DCGK.

³³ Lutter, ZHR 166 (2002), 523, 529 ff.

³⁴ Siehe oben S. 22 ff.

³⁵ Lentfer/ Weber, DB 2006, 2357, 2360; RefE eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), S. 40; Kuthe/ Geiser, NZG 2008, 172 ff.

„*comply-or-explain*“-Prinzip bezeichnet.³⁶ Da die Nichteinhaltung von Empfehlungen erst seit der Gesetzesänderung begründet werden muss,³⁷ war der aus dem englischen Combined Code of Corporate Governance³⁸ stammende Begriff des *comply-or-explain* hinsichtlich § 161 AktG a. F. jedoch nicht richtig. Nach dem Combined Code³⁹ müssen englische Gesellschaften begründen, warum sie bestimmte Empfehlungen des Kodexes nicht eingehalten haben.⁴⁰ Die Bezeichnung der Regelung in § 161 AktG a. F. mit den Worten „*comply-or-state-non-compliance*“ wäre dementsprechend treffender gewesen.⁴¹ Seit Einführung der Begründungspflicht in § 161 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. in der Entsprechenserklärung, kann der Ausdruck „*comply-or-explain*“ in seinem eigentlichen Wortsinne verstanden werden.⁴²

V. Rechtliche Verbindlichkeit

Trotz der Verankerung des DCGK im Gesetz durch die Vorschrift des § 161 AktG ist seine rechtliche Einordnung umstritten. Diskutiert wird seine rechtliche Verbindlichkeit und sogar seine Verfassungswidrigkeit. Für den Kodexanwender ist die Klärung dieser Fragen besonders bedeutsam. Erstere sollte beantwortet werden, um die Tragweite der Kodexziffern bei ihrer Umsetzung richtig einordnen zu können, da eine rechtliche Verbindlichkeit zu besonderen Anforderungen bei der Umsetzung führen kann. Von der Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Kodexes hängt seine Wirksamkeit ab, so dass auch diesbzgl. Klärungsbedarf besteht. Die Antworten auf diese Fragen sind für sämtliche Adressaten des Kodexes und daher auch für die GmbH bedeutsam.

1. Fehlende rechtliche Verbindlichkeit des Kodexes

Die h. M. nimmt an, der Kodex habe keinen Normcharakter und es fehle ihm an rechtlicher Verbindlichkeit.⁴³ Stützen kann sich diese Ansicht vor allem auf den Wortlaut der Präambel

³⁶ Zu diesem Begriff s. *Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ (AKEU) der Schmalenbach-Gesellschaft Köln*, DB 2006, 1069.

³⁷ *Schlitt*, DB 2007, 326, 327; Nicht ausreichend ist hingegen die Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat, es sei überhaupt keine Entsprechenserklärung i. S. d. § 161 AktG abgegeben worden, s. OLG München, ZIP 2008, 742 ff.

³⁸ [Http://www.frc.org.uk/documents/paganager/frc/combinedcodefinal.pdf](http://www.frc.org.uk/documents/paganager/frc/combinedcodefinal.pdf); Hinsichtlich des US-amerikanischen Sarbanes Oxley Act von 2002 (SOX) gilt das Comply-or-Explain-Prinzip nicht, da es sich bei diesem um verbindliches Recht handelt.

³⁹ S. Preamble of the Combined Code on Corporate Governance v. 23.07.2003.

⁴⁰ *Hommelhoff/Schwab* in: *Handbuch Corporate Governance*, S. 58 m. w. Nw.; *Lutter*, ZHR 166 (2002), 523, 531; *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1571; *Seibt*, AG 2002, 249, 252.

⁴¹ So auch *Niemeier*, WPg 2006, 173, 181; *Lentfer/Weber*, DB 2006, 2357, 2360; vgl. auch *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 9.

⁴² *Lentfer/Weber*, DB 2006, 2357, 2360.

⁴³ *Seidel*, ZIP 2004, 285, 289 f.; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 159; *Heintzen*, ZIP 2004, 1933, 1934; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 355; *Hommelhoff/Schwab* in: *Handbuch Corporate Governance*, S. 56 f.; *Wolf*, ZRP 2002, 59; *Große/Boos*, WM 2006, 1177, 1181; *Schlitt*, DB 2007, 326.

des DCGK selbst, wonach der „*Kodex zur Flexibilisierung und Selbstregulierung der deutschen Unternehmensverfassung bei[trägt]*“. ⁴⁴ Es handele sich somit um eine Selbstorganisation der Wirtschaft durch nicht-gesetzliche Verhaltenskodizes. ⁴⁵

Für diese Ansicht spricht zudem die Gesetzesbegründung zu § 161 AktG im Transparenz- und Publizitätsgesetz, in der von einer „*unverbindliche(n) Verhaltensempfehlung*“ zu lesen ist. ⁴⁶ Die fehlende Verbindlichkeit wird damit begründet, dass § 161 AktG ausschließlich eine Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nicht jedoch zu einer Einhaltung des Kodexes entfalte. Börsennotierten Gesellschaften stehe es frei, auch eine Erklärung mit dem Inhalt abzugeben, dass dem Kodex nicht entsprochen werde. Gleiches ergebe sich aus § 285 Nr. 16 bzw. § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB. Durch diese Vorschriften werde lediglich die Verpflichtung aufgestellt im Anhang des Jahresabschlusses anzugeben, dass die Entsprechenserklärung abgegeben und sie öffentlich zugänglich gemacht worden sei. Eine Pflicht zur Befolgung des Kodexes werde hierdurch nicht begründet. Nach Einführung des BilMoG kann dieses Argument auch hinsichtlich des neu eingefügten § 289a HGB angeführt werden, da sich durch ihn ebenfalls keine Pflicht zur Befolgung des DCGK, sondern ausschließlich zu einer Aufnahme der Entsprechenserklärung in die Erklärung zur Unternehmensführung im Lagebericht ergibt. Einige Vertreter, die eine rechtliche Verbindlichkeit des Kodexes ablehnen, ordnen die Anregungen und Empfehlungen des Kodexes als privates Regelwerk ein und umschreiben sie als „*besondere Geschäftsordnung für die Corporate Governance der Gesellschaften*“. ⁴⁷

2. Mittelbare Rechtswirkung

Eine andere Meinung vertritt ⁴⁸, der Kodex habe zwar keinen Normcharakter, könne jedoch in der Zukunft mittelbare Rechtswirkung durch die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe wie etwa dem der *Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* in § 93 AktG erlangen. ⁴⁹ *Seibt* meint hierzu, die Befolgung des Kodexes könne in Zukunft zu einer Umkehr der Beweislastverteilung in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG führen, so dass für Organmitglieder, die den Kodex sorgfältig umgesetzt haben, die Vermutung spreche, sie haben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt. ⁵⁰ *Thümmel* ist

⁴⁴ Vgl. Präambel Abs. 11 S. 4 DCGK.

⁴⁵ *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 9.

⁴⁶ Vgl. BR-Drucks. 109/02, S. 50.

⁴⁷ *Lutter*, ZGR 2000, 1, 18; *Kollmann*, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 3, 5.

⁴⁸ *Seibt*, AG 2002, 249, 250; auch *Hommelhoff/Schwab* in: Handbuch Corporate Governance, S. 57 schließen dies nicht aus; so auch *Borges*, ZGR 2003, 508, 521; auch *Schneider, U. H./Strenger*, AG 2000, 106, 109 erwähnen in diesem Zusammenhang die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach § 93 AktG; auch *Kirschbaum*, nennt als Bsp. einer mittelbaren Ausstrahlung des Kodexes auf Generalklauseln ebenfalls die §§ 93, 116 AktG s. BKR 2006, 139, 146.

⁴⁹ *Seibt*, AG 2002, 249, 250 f.; *Borges*, diskutiert dies und schließt es für die Zukunft nicht aus ZGR 2003, 508, 521 w. Nw. 515 Fn. 49; *Schlitt*, DB 2007, 326, 327.

⁵⁰ *Seibt*, AG 2002, 249, 251.

sogar der Ansicht, dass der Kodex auch für den Kreis nicht von der Erklärungspflicht des § 161 AktG erfasster Gesellschaften zur Konkretisierung des Haftungsmaßstabes beitragen werde.⁵¹ Ähnlich argumentiert *Schlitt*, der die Nichtbefolgung von Empfehlungen als Indiz für eine nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung i. S. d. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG hält.⁵²

Ein solcher mittelbarer Normcharakter wird jedoch von der Literatur⁵³ überwiegend abgelehnt, da weder der Wortlaut noch die Konstruktion des § 161 AktG einen Hinweis auf ein derartiges Verständnis der Kodexbestimmungen geben.⁵⁴ Es handele sich bei dem Kodex nur um unverbindliche Verhaltensstandards, von denen die Gesellschaft ohne Weiteres abweichen könne.⁵⁵ Bei der Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sei der DCGK auch nicht mit den Deutschen Rechnungslegungsstandards (DRS) vergleichbar, denen die Vermutung des § 342 Abs. 2 HGB zukomme.⁵⁶ Nach § 342 Abs. 2 HGB wird angenommen, dass derjenige, der die DRS beachtet, die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung einhält. Zu einer solchen verbindlichen Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe führe der Kodex nicht.⁵⁷

3. Soft Law

Eine weitere Ansicht geht davon aus, dass es sich bei dem Kodex um *soft law* handelt.⁵⁸ Der Begriff des *soft law* stammt aus dem Völkerrecht und bezieht sich dort auf Verhaltensstandards, die nach der Ansicht internationaler Organisationen oder Staatenkonferenzen der guten Übung entsprechen.⁵⁹ Juristen tun sich bei der Einordnung dieser Standards wegen ihres nicht klar erkennbaren Rechtsbindungswillens schwer⁶⁰, so dass man die neue Rechtsquelle des *soft law* auch als Zwischenlösung zwischen „*rechtlicher Verbindlichkeit und unverbindlicher Willenserklärung*“⁶¹ bezeichnen kann. Begründet wird die Einordnung des Kodexes als *soft law* damit, dass der Kodex ebenso wie internationale Verhaltensstandards nicht eindeutig rechtlich einzuordnen sei. Dies beruhe darauf, dass die Regierungskommission Corporate Governance Kodex einerseits ein privates Gremium sei, weshalb der Kodex keine

⁵¹ *Thümmel*, BB 2004 (Heft 27) S. I.

⁵² *Schlitt*, dies gilt nach seiner Ansicht ausdrücklich nur für Empfehlungen nicht für Anregungen, s. DB 2007, 326, 327.

⁵³ *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 355, *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. 28 Rdn. 54 ff.; *Heintzen*, geht davon aus, dass kein mittelbarer Normcharakter vorliegt, schließt aber nicht aus, dass staatliche Gerichte den Kodex bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe berücksichtigen s. ZIP 2004, 1933, 1937; *Lutter*, in: KölnKomm AktG § 161, Rdn. 82 (3. Aufl. 2006).

⁵⁴ *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 355.

⁵⁵ *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 54, 58.

⁵⁶ *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 58.

⁵⁷ *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 54 ff.; so wohl im Ergebnis auch *Borges*, ZGR 2003, 509, 521.

⁵⁸ *Heintzen*, ZIP 2004, 1933, 1935, 1937; *Lutter*, ZGR 2000, 1, 18; *Hommelhoff*, ZGR 2001, 238, 246; *Kirschbaum*, BKR 2006, 139, 145; *Semler/ Wagner*, NZG 2003, 553, 554.

⁵⁹ *Herdegen*, Völkerrecht, S. 152 Rdn. 4.

⁶⁰ *Herdegen*, Völkerrecht, S. 153 Rdn. 4.

⁶¹ *Stein/ Buttlar*, v., Völkerrecht, S. 13 Rdn. 32.

rechtliche Verbindlichkeit entfalten könne, sie jedoch andererseits durch die Bundesregierung eingesetzt worden sei, den Bundesadler verwende und der Kodex im Bundesanzeiger veröffentlicht werde, was auf seinen öffentlich-rechtlichen Charakter hindeute.⁶²

Verschiedentlich wird darauf hingewiesen⁶³, dass die Bezeichnung als *soft law* ebenso wie in anderen Bereichen auch in Bezug auf den Kodex nicht zu einer rechtlichen Klärung führe und ihrerseits interpretationsbedürftig sei, da dieser unscharfe⁶⁴ Begriff bislang in seiner rechtlichen Wirkung nicht hinreichend bestimmt sei.⁶⁵

4. Faktische Bindungswirkung des Kodexes

Der überwiegende Teil der Literatur⁶⁶ nimmt an, der Kodex entfalte zwar keine rechtliche Verbindlichkeit, von den Kodexempfehlungen gehe jedoch ein faktischer, wirtschaftlicher Zwang zur Entsprechung aus. Der rechtlich unverbindliche Kodex wirke über die gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG und sei auf diese Weise rechtlich verbindlich. Auf den Unternehmen laste ein Publizitätsdruck zur Befolgung der Kodexempfehlungen, so dass die Freiwilligkeit der Selbstbindung fraglich sei.⁶⁷ Werde dem Informationsinteresse der Anleger nicht entsprochen, so würden Unternehmen von diesen am Kapitalmarkt bestraft werden.⁶⁸

Von anderer Seite wird diese faktische Bindungswirkung abgelehnt,⁶⁹ da die Unternehmen tatsächlich nicht blind dem Kodex folgten und durchaus bewusst entschieden, ob sie den Kodexempfehlungen entsprächen.⁷⁰ Auch sei bei einer Nichtbeachtung keine Bestrafung durch den Kapitalmarkt zu befürchten.⁷¹

⁶² So argumentiert *Seidel*, die Kodexkommission trete durch die Verwendung des Bundesadlers und die Veröffentlichung des Kodexes im Bundesanzeiger gerade nicht wie ein Privater, sondern wie eine staatliche Stelle auf, s. ZIP 2004, 285, 287.

⁶³ So *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 161; ebenso Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 1, 5 m. w. Nw.

⁶⁴ *Herdegen*, Völkerrecht, S. 108 Rdn. 5.

⁶⁵ *Schulze-Osterloh* hält den Begriff des soft-law für irreführend, da es sich bei dem Kodex nicht um Gesetze handele s. ZIP 2001, 1433, 1436.

⁶⁶ *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 172; *Wolf*, ZRP 2002, 59; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 560; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 355; *Hommelhoff/Schwab* in: Handbuch Corporate Governance, S. 51, 58; *Seibt*, AG 2002, 249, 255; *Claussen/Bröcker*, DB 2002, 1199, 1200; *Lutter*, ZHR 166 (2002), 523, 535; *Kollmann*, WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, 1, 5; *Schulze-Osterloh*, ZIP 2001, 1433, 1436; *Seibert*, BB 2002, 581; *Vetter*, NZG 2008, 121, 123; *Seidel* nimmt diesen faktischen Zwang an und zieht daraus den Schluss, dass eine gesetzesähnliche Wirkung gegeben sei, s. ZIP 2004, 285, 290.

⁶⁷ *Wolf*, ZRP 2002, 59, 60.

⁶⁸ *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1571; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 9.

⁶⁹ *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, v., Kommentar zum DCGK, S. 27 ff. Rdn. 53; *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1572 bezweifeln eine faktische Zwangswirkung, s. auch *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 19, die einen faktischen Zwang im Jahr 2004 ablehnt.

⁷⁰ *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, v., Kommentar zum DCGK, S. 28 ff. Rdn. 53.

⁷¹ *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1572.

5. Verfassungswidrigkeit des Kodexes

In der Literatur finden sich Stimmen, die auf eine eventuelle Verfassungswidrigkeit des Kodexes hinweisen, wobei die Frage der demokratischen Legitimation des Kodexes zwar gestellt, jedoch zumeist nicht beantwortet wird.⁷² *Seidel*⁷³ und *Wolf*⁷⁴ äußern sich ausdrücklich und halten die Kodex-Empfehlungen für verfassungswidrig und nichtig. *Ersterer* begründet seine Meinung damit, dass die Kodexempfehlungen in die Berufsausübungsfreiheit börsennotierter AG und ihrer Organe nach Art. 12 Abs. 1 GG⁷⁵ eingriffen. Auch hält er es für möglich, dass durch den Kodex in die Grundrechte der Organe nicht börsennotierter AG sowie von GmbH eingegriffen werde. Die Nichtigkeit der Kodex-Empfehlungen beruhe auf einem Verstoß gegen den in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geregelten Gesetzesvorbehalt.⁷⁶ *Wolf* argumentiert, der Kodex sei deshalb verfassungsrechtlich nicht tragbar, weil er Verhaltenspflichten begründe, die inhaltlich über die gesetzlichen Regelungen hinausgehen⁷⁷ und deutet damit wiederum auf die fehlende demokratische Legitimation des Kodexes hin.

Dem setzt *Heintzen* entgegen, es handle sich bei dem Kodex um öffentlich-rechtliches soft law⁷⁸, das in seiner Außenwirkung Verwaltungsvorschriften vergleichbar sei, aber außerhalb der Verwaltungshierarchie erlassen sei, weshalb es dem öffentlichen Recht und dem Verfassungsrecht unterliege. Die Bundesregierung sei durch Art. 65 GG ermächtigt, auch ohne gesetzliche Grundlage marktbezogene Öffentlichkeitsarbeit zu praktizieren.⁷⁹ Der Gesetzesvorbehalt erfasse nur die Abgabe der Entsprechenserklärung, für diese sei § 161 AktG eine ausreichende Gesetzesgrundlage.⁸⁰

6. Stellungnahme

a) Rechtliche unmittelbare und mittelbare Verbindlichkeit

Zuzustimmen ist der ersten Meinung, die von einer *fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit* des Kodexes ausgeht. Der Kodex selbst wirkt weder unmittelbar noch mittelbar verbindlich, da keine Pflicht zu seiner Beachtung besteht. Eine solche Pflicht besteht auch nicht über unbestimmte Rechtsbegriffe wie dem der *Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* in § 93 AktG, da kein Zwang für Gerichte besteht, den Kodex als Auslegungs-

⁷² *Ulmer* ZHR 166 (2002), 150, 152; *Kiethe* hält einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip für unwahrscheinlich, da der Kodex als Inhalt eines von einem Parlament erlassenen Gesetzes als in dessen Willen angesehen wird, s. NZG 2003, 559, 560.

⁷³ *Seidel*, ZIP 2004, 285, 291.

⁷⁴ *Wolf*, ZRP 2002, 59 f.

⁷⁵ Bzgl. der AG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG.

⁷⁶ *Seidel*, ZIP 2004, 285, 291.

⁷⁷ *Wolf*, ZRP 2002, 59 f.

⁷⁸ Siehe oben S. 128 f.

⁷⁹ *Heintzen*, ZIP 2004, 1933, 1934, 1936.

⁸⁰ *Heintzen*, ZIP 2004, 1933, 1937 f.; so auch *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2142.

hilfe heranzuziehen. Für eine solche Annahme fehlt es an einer dem § 342 Abs. 2 HGB entsprechenden Norm.

b) Soft law

Wenig hilfreich ist die Qualifizierung des Kodexes als *soft law*. Diese wird man zwar bejahen können, da der Kodex nur schwierig rechtlich einzuordnen ist, insb. weil er durch eine von der Regierung eingesetzte Kommission entwickelt wurde, deren rechtliche Einordnung aufgrund ihrer Sonderstellung schwer fällt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Regierungskommission Corporate Governance zwar keine Rechtssetzungsbefugnis hat, sie aber dennoch auf den Inhalt des Gesetzes insofern mittelbar Einfluss nimmt, als der Kodex über § 161 AktG in das Rechtssystem integriert wurde und die Entsprechenserklärung an den jeweiligen Inhalt des Kodexes angepasst werden muss. Eine deutliche Aussage über die Rechtswirkung des Kodexes ist mit der Einordnung als *soft law* jedoch nicht gemacht.

c) Faktischer Zwang

Von einem *faktischen Zwang* für von § 161 AktG erfasster AG, der sie zu einem gewissen Grad zur Einhaltung des Kodexes verpflichtet, mag man zwar ausgehen können, aus einem rein tatsächlichen Zwang aufgrund einer Selbstbindung durch die Wirtschaft folgen jedoch keine rechtlichen Konsequenzen. Auf die rechtliche Einordnung des Kodexes hat die faktische Bindungswirkung keinen Einfluss.

d) Verfassungswidrigkeit

Bei der Frage nach der *Verfassungswidrigkeit* des Kodexes ist zu untersuchen, ob die Wesentlichkeitstheorie bei seiner Einführung Beachtung gefunden hat und das Demokratieprinzip eingehalten wurde.⁸¹ Nach der Wesentlichkeitstheorie⁸² muss der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen und darf sie nicht untergesetzlichen oder außerstaatlichen Normsetzungsinstanzen überlassen.⁸³ Als Kriterium, ob staatliche Eingriffe dem Parlament vorbehalten sein sollen, dient insb. ihre Relevanz für die Grundrechtsverwirklichung.⁸⁴ Zu prüfen ist somit, ob durch den Kodex, die Verwirklichung von Grundrechten beeinträchtigt wird. In Betracht kommt insb. ein Verstoß gegen die in Art. 12 GG geregelte Berufsfreiheit und die in Art. 14 GG geregelte Eigentumsfreiheit. Erst wenn kein anderes

⁸¹ Angemerkt sei, dass nach Ansicht des OLG München durch § 161 AktG weder ein Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes nach Art. 20 Abs. 3 GG noch gegen das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vorliegt, s. ZIP 2008, 742, 743.

⁸² BVerfGE 33, 125, 158 f.; 33, 303, 333 f., 337, 346; für weitere Nw. s. *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Art. 20 R Fn. 541.

⁸³ *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Art. 20 D Rdn. 120.

⁸⁴ *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Art. 20 R Rdn. 133 ff.; *Brenner* in: Mangoldt, v./ Klein/ Starck GG, Art. 80 Abs. 1 Rdn. 32 f.; *Manssen*, Grundrechtsdogmatik, Rdn. 526.

Grundrecht verletzt ist, ist ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht zu prüfen.⁸⁵

aa) Verstoß gegen Art. 12 GG

Eine Verletzung des Wesentlichkeitsprinzips ist dann anzunehmen, wenn der in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt nicht beachtet wurde.

(a) Betroffenheit der Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält ein einheitliches Grundrecht mit einheitlichem Schutzbereich, wonach sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung geschützt werden. Beruf ist jede erlaubte, auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.⁸⁶ Die zur Abgabe der Entsprechenserklärung verpflichteten Organmitglieder, also insb. Vorstand und Aufsichtsrat der AG,⁸⁷ üben ihre Mandate entweder haupt- oder nebenberuflich aus und unterfallen daher dem Schutzbereich des Grundrechts. Die AG und die GmbH als inländische juristische Personen können sich auf Art. 12 GG berufen, wenn sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausführen, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.⁸⁸ Juristische Personen unterfallen somit insb. dann nicht dem Schutzbereich des Art. 12 GG, wenn sie nicht im erwerbswirtschaftlichen Bereich tätig sind.⁸⁹ Darüber hinaus wird vertreten, dass der Schutzbereich dieses Deutschengrundrechts nicht eröffnet sei, wenn die juristische Person von Ausländern beherrscht werde.⁹⁰ Eine Betroffenheit der Berufsfreiheit ist bzgl. Vorstand und Aufsichtsrat sowie für AG und GmbH regelmäßig gegeben.

(b) Eingriff in die Berufsfreiheit

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt vor, wenn es sich bei dem DCGK *erstens* um ein staatliches Verhalten handelt, das *zweitens* die Berufswahl- oder die Berufsausübung beeinträchtigt.⁹¹

Gegen die Annahme staatlichen Verhaltens spricht, dass die Regierungskommission ausschließlich aus Privatleuten besteht und der Staat keine inhaltlichen Vorgaben für den Kodex gemacht hat.⁹² Zugleich ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Regierungskommission um ein vom Bundesjustizministerium eingesetztes Gremium handelt.⁹³ Außerdem

⁸⁵ BVerfGE 6, 32; 80, 137, 152 f.

⁸⁶ BVerfGE 7, 377, 397; s. a. *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein GG, Art. 12 Rdn. 5, 25 f.

⁸⁷ BT-Drucks. 14/8769, S. 21; *Semler/ Wagner*, NZG 2003, 553, 554 ff.

⁸⁸ BVerfGE 30, 292 ff.; 50, 290 ff; 65, 196, 210.

⁸⁹ *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 12 Rdn. 10a.

⁹⁰ *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 12 Rdn. 10a.

⁹¹ *Manssen*, Grundrechtsdogmatik, Rdn. 426 ff.

⁹² *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Vorbem. Rdn. 51.

⁹³ *Baums*, Bericht der Regierungskommission, S. 1.

nimmt der Gesetzgeber in § 161 AktG auf den Kodex Bezug und verleiht ihm dadurch rechtliche Relevanz. Ein zumindest mittelbares staatliches Verhalten kann somit bejaht werden.

Eine Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit⁹⁴ ist nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine Regelung mit unmittelbarem Berufsbezug oder um eine Regelung mit berufsregelnder Tendenz handelt.⁹⁵ Neben imperativen können auch faktische Beeinträchtigungen den Eingriffsbegriff erfüllen.⁹⁶ Die Kodexregelungen fallen zwar in den beruflichen Bereich, da sie Empfehlungen bzgl. der Art und Weise der Unternehmensführung und -organisation beinhalten; Wie bereits dargelegt, haben sie jedoch keinerlei rechtliche Verbindlichkeit⁹⁷, so dass eine imperative Regelung verneint werden muss. Eine faktische Beeinträchtigung wäre anzunehmen, wenn der Kodex eine berufsregelnde Tendenz hat und aus ihm erhebliche Belastungen folgen.⁹⁸ Selbst wenn man erhebliche Belastungen für die Unternehmen annimmt, so beruhen diese nicht auf dem Kodex selbst, sondern allein auf der Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung, für die § 161 AktG eine ausreichende Rechtsgrundlage bildet.

Darüber hinaus liegt auch kein Eingriff in die Grundrechte der Organmitglieder vor, da die Kodex-Empfehlungen – wie bereits dargelegt – nicht zu einer Erhöhung der Sorgfaltsanforderungen oder Haftungsrisiken der Organmitglieder führen⁹⁹.¹⁰⁰ Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch den Kodex ist somit abzulehnen. Ein Verstoß gegen Art. 12 GG liegt nicht vor.

bb) Verstoß gegen Art. 14 GG

In Betracht kommt des Weiteren eine Verletzung des Art. 14 GG.

(a) Betroffenheit des Eigentums

Zum Eigentum gehören alle dem Einzelnen i. S. e. Ausschließlichkeitsrechts zugeordneten vermögenswerten Positionen.¹⁰¹ Geschütztes Recht ist auch das Recht am eingerichteten und

⁹⁴ Der Kodex beinhaltet ausschließlich das „Wie“ der Ausübung des Berufes, wie bspw. die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, so dass die Berufsausübung und nicht die Berufswahl betroffen ist. Zu einem anderen Ergebnis führt auch Ziff. 5.1.2 a. E. DCGK nicht. Sie bestimmt, dass der Aufsichtsrat eine Altersgrenze für Vorstandsmitglieder festlegen soll. Hierbei würde es sich nach h. M. (s. z. B. *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 12 Rdn. 26.) zwar um eine subjektive Berufswahlbeschränkung handeln, wenn eine konkrete Altersbeschränkung durch den Kodex eingeführt würde. Dies ist jedoch zu verneinen, da der Kodex selbst keine Altersgrenze beinhaltet und nur bestimmt, dass sie durch eine unternehmensinterne Regelung des Aufsichtsrates festgelegt werden soll.

⁹⁵ BVerfGE 95, 267, 302 m. w. Nw.; Vgl. *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein GG, Art. 12 Rdn. 5.

⁹⁶ *Manssen* in: Mangoldt, v./ Klein/ Starck GG, Art. 12 Abs. 1 Rdn. 72.

⁹⁷ Siehe oben S. 98 f, 102 f.; S. auch die Rechtsprechung des BVerfG zu den Standesrichtlinien von Rechtsanwälten, BVerfGE 57, 121; 60, 215; 76, 171; 76, 196; 82, 18 auch sie haben keinen Normcharakter und sind für Gerichte nicht bindend.

⁹⁸ *Jarass/ Pieroth*, GG Art. 12 Rdn. 14a; *Manssen* in: Mangoldt, v./ Klein/ Starck GG, Art. 12 Abs. 1 Rdn. 78.

⁹⁹ Siehe oben S. 99 f, 101 f.

¹⁰⁰ A. A. *Seidel*, ZIP 2004, 285, 291.

¹⁰¹ Vgl. *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein, GG, Art. 14 Rdn. 9; *Jarass/ Pieroth*, GG Art. 14 Rdn. 6; *Bryde* in: Münch, v./ Kunig, Art. 14 Rdn. 11.

ausgeübten Gewerbebetrieb.¹⁰² Diesem unterfällt alles, was den Wert des Betriebes ausmacht.¹⁰³ Da Trägerin des Grundrechts jede natürliche und juristische Person ist,¹⁰⁴ gehört auch der Geschäftsbetrieb von AG und GmbH zum Schutzbereich, soweit diese ein Gewerbe ausüben.

(b) Eingriff in das Eigentum

Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Eingriffen in das Eigentum. Dies sind die Inhalts- und Schrankenbestimmungen, welche „...generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest[legen]“¹⁰⁵ und die Enteignung, welche auf „die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen...“¹⁰⁶ gerichtet ist. Ein Eingriff könnte in der Einführung des Kodexes und dem mit ihr verbundenen faktischen Umsetzungszwang bestehen. Durch die Umsetzung findet eine Belastung insb. börsennotierter AG statt, da diese regelmäßig ihre Unternehmensorganisation umstellen müssen, wodurch Personal gebunden wird und Kosten entstehen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bezieht sich der Eigentumsschutz jedoch nur auf den Gewerbebetrieb als Sach- und Rechtsgesamtheit.¹⁰⁷ Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes „hindert den Gesetzgeber nicht, die sachlichen, personellen und finanziellen Mittel privatwirtschaftlicher Unternehmen ... in den Dienst einer auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu bewältigenden öffentlichen Aufgabe zu stellen“.¹⁰⁸ Der DCGK dient insb. dazu, das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt wieder herzustellen. Dies geschieht im Wege des Kodexes ohne eine Pflicht zur Umsetzung, um die Wirtschaft nicht durch weitere gesetzliche Vorschriften zu belasten.¹⁰⁹ Dass hierdurch in gewissem Umfange die Mittel der Unternehmen gebunden werden, führt nicht zu einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ein Verstoß des Kodexes gegen Art. 14 GG ist somit abzulehnen.¹¹⁰

cc) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG

Da eine Verletzung spezieller Grundrechte nicht vorliegt, kommt ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

¹⁰² Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein, GG, Art. 14 Rdn. 14; Bryde in: Münch, v./ Kunig, Art. 14 Rdn. 18 m. v. w. Nw.; Jarass/ Pieroth, GG Art. 14 Rdn. 10.

¹⁰³ Vgl. BGHZ 23, 157, 162 f.; 92, 34, 37; BVerwGE 62, 224, 226.

¹⁰⁴ S. Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein, GG, Art. 14 Rdn. 3; Jarass/ Pieroth, GG Art. 14 Rdn. 27; Bryde in: Münch, v./ Kunig, Art. 14 Rdn. 6.

¹⁰⁵ BVerfGE 58, 300, 330 (Nassauskiesung); 72, 66, 76.

¹⁰⁶ BVerfGE 52, 1, 27, vgl. auch 72, 66, 76.

¹⁰⁷ BVerfGE 13, 225 (Bahnhofsapotheke).

¹⁰⁸ BVerfGE 13, 225, 229; 22, 380: Kreditinstitute sind zur Vornahme des Steuerabzuges verpflichtet.

¹⁰⁹ S. a. BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹¹⁰ Angemerkt sei, dass Ziff. 4.2.4 DCGK, die die Offenlegung von Vorstandsvergütungen empfiehlt, ebenfalls keinen Eingriff in das Eigentum darstellt. Einen solchen wird man spätestens seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen vom 10.08.2005 (BGBl. I 2005 S. 2267 f.) ablehnen müssen.

(a) Betroffenheit der allgemeinen Handlungsfreiheit

Unter den Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit ist die menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinne zu verstehen. Das Grundrecht schützt keinen bestimmten, begrenzten Lebensbereich, sondern jedes menschliche Verhalten.¹¹¹ Geschützt werden nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen sowie Handelsgesellschaften. Da sowohl börsennotierte als auch nicht börsennotierte Gesellschaften zur Beachtung des Kodexes aufgefordert werden, ist der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit für AG und GmbH eröffnet.

(b) Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit

Beeinträchtigungen der allgemeinen Handlungsfreiheit können *zum einen* durch imperative Eingriffe (auch sog. klassische Eingriffe) *zum anderen* durch faktische Eingriffe stattfinden. Bei *ersteren* handelt es sich um einen finalen Rechtsakt mit rechtlicher und nicht bloß tatsächlicher Wirkung.¹¹² Ein Eingriff i. S. d. klassischen Eingriffsbegriffs liegt mangels rechtlicher Verbindlichkeit des Kodexes nicht vor¹¹³. Ein faktischer Eingriff besteht in einem staatlichen Handeln, das zu keiner verbindlichen Regelung im Grundrechtsbereich führt, aber dennoch eine geschützte Tätigkeit behindert oder gefährdet.¹¹⁴ Die Frage, wann die Eingriffsschwelle für faktische Eingriffe überschritten ist, ist bislang nicht hinreichend geklärt.¹¹⁵ Ein faktischer Eingriff ist jedoch stets dann anzunehmen, wenn eine Maßnahme eine belastende Wirkung bezweckt¹¹⁶ oder wenn sie nach Zielsetzung und Wirkung Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als klassischer Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre.¹¹⁷ Der Kodex soll deregulierende Funktion haben und gibt Unternehmen die Möglichkeit, von Kodexregelungen abzuweichen.¹¹⁸ Er soll nicht an die Stelle von Gesetzen treten, sondern die Einführung von Gesetzen vermeiden. Dass der Kodex keinen faktischen Eingriff darstellt, wird besonders deutlich, wenn man betrachtet, wie dieser auf nicht durch § 161 AktG adressierte AG wirkt. Da diese zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nicht verpflichtet sind, lässt sich für sie auch kein Umsetzungszwang des Kodexes erkennen. Auch ein faktischer Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist somit abzulehnen.

dd) Zwischenergebnis

Der Kodex verletzt weder die Grundrechte von Unternehmen noch die von Unternehmensorganen. Wesentlichkeits- und Demokratieprinzip wurden eingehalten. Eine Verfassungswidrigkeit des Kodexes liegt nicht vor.

¹¹¹ BVerfGE 6, 32, 36 ff. (Elfes-Urteil).

¹¹² Vgl. Jarass/Pieroth, GG Vorb. vor Art. 1 Rdn. 26; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 238, 379 ff.

¹¹³ Siehe oben S. 98 f., 102 f.

¹¹⁴ Vgl. Jarass/Pieroth, GG Vorb. vor Art. 1 Rdn. 26.

¹¹⁵ Ebenso Jarass/Pieroth, GG Vorb. vor Art. 1 Rdn. 27; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 242 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 71, 183, 193 f.; BVerfGE 90, 107, 112, 121 f.

¹¹⁷ BVerfGE 105, 252, 273.

¹¹⁸ BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

e) Ergebnis

Es lässt sich somit festhalten, dass der Kodex weder unmittelbar noch mittelbar rechtlich verbindlich ist. Vom Kodex geht allenfalls ein faktischer Zwang aus. Diesen wird man zur Zeit jedoch allenfalls für die durch § 161 AktG adressierten Gesellschaften annehmen können, da sich bislang für andere Gesellschaften kein Anwendungsdruck bzgl. des Kodexes oder ein Veröffentlichungsdruck bzgl. einer freiwilligen Entsprechenserklärung entwickelt hat. Die Einordnung des Kodexes als *soft law* ist unterschiedslos sowohl aus Sicht der von § 161 AktG adressierten Gesellschaften als auch aus Sicht der GmbH möglich. Sie führt aber nicht zu einer besseren Klärung der Frage nach einer rechtlichen Verbindlichkeit des Kodexes.

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des DCGK hat ergeben, dass dieser verfassungsgemäß und wirksam ist. Seiner Anwendbarkeit durch die Adressaten des Kodexes und somit auch durch die GmbH steht eine Verfassungswidrigkeit folglich nicht entgegen.

C. Governance Kodex für Familienunternehmen

I. Allgemeines

Im September 2004 veröffentlichte die Kommission Governance Kodex für Familienunternehmen¹¹⁹ ihren Corporate Governance-Kodex. Mitglieder der Kommission sind namhafte Vertreter von Familienunternehmen. Sie verfolgen mit dem Kodex die in Abs. 4 und 5 der Präambel dargelegten Ziele, „*einen auf die spezifischen Bedürfnisse von Familienunternehmen ausgerichteten Verhaltenskodex aufzustellen*“¹²⁰ und durch die im Kodex enthaltenen Empfehlungen „*deutschen Familienunternehmen eine Verbesserung der Governancequalität und ihren Partnern deren verlässliche Beurteilung zu ermöglichen*.“¹²¹ Ebenso wie der DCGK wird der Kodex regelmäßig vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen überprüft und gegebenenfalls angepasst. Im Herbst 2009 konstituierte sich die Kommission neu und kündigte an, den Kodex bis Mitte 2010 zu überarbeiten.

II. Inhalte

Der Governance Kodex für Familienunternehmen¹²² enthält einen Katalog von Regelungen, die sich mit den besonderen Problemen in Familienunternehmen beschäftigen. In seinem *ersten* Abschnitt sind das Bekenntnis zu verantwortungsvollem Unternehmertum sowie weitere grundlegende Voraussetzungen für den dauerhaften Erhalt des Familienunternehmens

¹¹⁹ Den Vorsitz der Kommission leiten neben Professor Dr. Peter May (Vorsitzender), Dr. Patrick Adenauer (stv. Vorsitzender) und Professor Dr. Klaus Schweinsberg (Generalsekretär).

¹²⁰ S. Abs. 4 Präambel Kodex für Familienunternehmen.

¹²¹ S. Abs. 4 Präambel Kodex für Familienunternehmen.

¹²² Governance Kodex für Familienunternehmen vom 04.09.2004, der von INTES und WELT AM SONNTAG initiiert wurde, s. <http://www.intes-akademie.de/UserFiles/Kodex%20mit%20Herbst%202006.pdf>.

zusammengefasst, wozu die Sicherstellung des Zusammenhalts innerhalb der Eigentümerfamilie gehört. Der *zweite* Abschnitt behandelt die Thematik „*Transparenz der Unternehmensstrukturen*“ und stellt klar, dass auch in Familienunternehmen die Finanz- und Ertragslage des Unternehmens durch die Führungs- und Kontrollorgane, die Eigentümer und übrigen Finanziers beurteilbar bleiben muss. Unter der *dritten* Überschrift „*Sicherung einer qualifizierten Führung und Führungsnachfolge*“ finden sich Regelungen zur Anzahl, Aufgabenteilung und Auswahl der Geschäftsführer, die Führungsnachfolge sowie Aufgaben der Geschäftsführung. Ein *vierter* Abschnitt regelt die „*Sicherung einer qualifizierten Kontrolle der Unternehmensführung*“ und enthält die Anregung für Familienunternehmen mit mehreren Gesellschaftern, ein Kontrollorgan einzurichten. Auch diesbzgl. wird auf die konkreten Probleme in Familienunternehmen eingegangen wie etwa das der fehlenden Objektivität und Qualität bei der Besetzung des Kontrollorgans mit Familienmitgliedern. Der *fünfte* Abschnitt behandelt unter der Überschrift „*Mitwirkungsbefugnisse der Gesellschafter*“ u. a. die Rechtsstellung der Eigentümer und soll deren Stellung als oberste Entscheidungsinstanz sichern. Der *sechste* Abschnitt widmet sich Vorschriften zur „*Rechnungslegung und Gewinnverwendung*“. Der *siebente* Abschnitt fasst „*Maßnahmen zum Erhalt des Unternehmens im Familienbesitz*“ und empfiehlt, dass die Satzung festlegen solle, wer Gesellschafter sein kann und geht auf die Problematik der Übertragung von Todes wegen ein. Der *achte* Abschnitt zur „*Family Governance als Ergänzung zur Corporate Governance im Familienunternehmen*“ empfiehlt die Erarbeitung einer Familienstrategie und von Regelungen für den Umgang miteinander.

Der Kodex enthält somit einen Katalog von Themenfeldern, die zwar auch in anderen Unternehmen von Relevanz sein können, aber vermehrt in Familienunternehmen auftreten. Viele Probleme in Familienunternehmen gründen auf der Tatsache, dass Eigentum und Management bei ihnen weitgehend zusammen fallen; sie betreffen also nicht den klassischen Prinzipal-Agenten-Konflikt, der dadurch entsteht, dass Eigentum und Geschäftsführung auseinanderfallen¹²³. Stattdessen entstehen in Familienunternehmen andere Konflikte wie etwa das Problem des Fehlens eines kompetenten Nachfolgers^{124, 125}. Auf diese familienspezifischen Konflikte ist der Kodex ausgerichtet.

III. Adressatenkreis

Nach Abs. 6 Präambel des Governance Kodexes für Familienunternehmen richtet sich dieser in erster Linie an mittelgroße und große Familienunternehmen mit mehreren Gesellschaftern. Für börsengehandelte Familienunternehmen soll er eine Ergänzung zu den Regelungen des DCGK darstellen. Aber auch kleinen Familienunternehmen wird die Beachtung des Kodexes insb. bzgl. der Fragen über Führung und Nachfolge empfohlen.

Der Kodex definiert nicht, was ein Familienunternehmen ist. Ferner findet sich weder im Gesetz noch in der Literatur eine einheitliche, etablierte Definition, auf die zurückgegriffen

¹²³ Siehe oben S. 27 ff.

¹²⁴ Lange, BB 2005, 2585, 2586 m. w. Nw.

¹²⁵ Vgl. Deloitte, Corporate Governance - Werte Schaffen und bewahren, S. 7, 10 f.

werden könnte.¹²⁶ Übereinstimmung besteht jedoch weitgehend darin, dass ein Familienunternehmen ein Unternehmen mit mehreren Gesellschaftern ist, die zueinander in familiärer Beziehung stehen.¹²⁷ Für den Bereich der Corporate Governance ist es darüber hinaus von Bedeutung, dass die Gesellschafter am Management beteiligt sind, da der familiäre Aspekt regelmäßig nur bei maßgeblichem Einfluss der Familienmitglieder auf die Unternehmensführung Bedeutung für die Corporate Governance des Unternehmens hat.¹²⁸

Keine Einschränkungen enthält der Governance Kodex für Familienunternehmen in Bezug auf die Rechtsform, für die er Wirksamkeit entfalten soll, so dass auch die GmbH zu seinem Adressatenkreis gehören kann. Empirisch handelt es sich bei der GmbH zugleich um die Rechtsform, in der Familienunternehmen am häufigsten betrieben werden.¹²⁹ Der Corporate Governance Kodex für Familienunternehmen passt insb. bei GmbH mit wenigen Gesellschaftern, da diese häufig in familiärer Beziehung zueinander stehen. Stehen die Gesellschafter nicht in familiärer Beziehung zueinander, so ist seine Anwendung hingegen wenig sinnvoll, da er viele Bereiche abdeckt, die nur in Familienunternehmen zum Tragen kommen. Je mehr Gesellschafter die GmbH hat und je kapitalistischer sie strukturiert ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei ihr um ein Familienunternehmen handelt und eine Anwendung des Kodexes empfehlenswert ist.

Die fehlende Konkretisierung des Kodexes auf eine Rechtsform führt ferner dazu, dass er keine genauen Erläuterungen zur Struktur von Gesellschaften und zu den Rechten und Pflichten von Organen enthält. Der Kodex muss sich diesbzgl. auf allgemeine Überlegungen beschränken und kann folglich in diesem Bereich auch nicht die gleiche Transparenz wie ein rechtsformspezifischer Kodex schaffen. Dementsprechend empfiehlt der Kodex bspw. Familienunternehmen, die nicht dazu gesetzlich verpflichtet sind, nicht die Einrichtung eines freiwilligen Aufsichtsrates, sondern die Einrichtung eines „freiwilligen Kontrollorgans“ und hält seine Empfehlung somit allgemeiner. Auf Anleger- und Gläubigerinteressen geht der Kodex allenfalls mittelbar ein.

IV. Rechtliche Verbindlichkeit

Bei der Kommission Governance Kodex für Familienunternehmen handelt es sich um ein von der INTES Akademie für Familienunternehmen¹³⁰ und der Welt am Sonntag eingesetztes Gremium. Der Kodex ist daher aufgrund seiner privatrechtlichen Verfasser ein unverbindlicher Katalog von rechtlich nicht bindenden Empfehlungen, dessen Anwendung freiwillig ist.

¹²⁶ Lange, BB 2005, 2585 m. w. Nw.; S. aber § 15 AO, durch den der Begriff des Angehörigen definiert wird.

¹²⁷ Lange, BB 2005, 2585 m. w. Nw.

¹²⁸ So wohl auch Lange, BB 2005, 2585, 2586.

¹²⁹ Lange, GmbHR 2006, 897, 898.

¹³⁰ [Http://www.intes-online.de](http://www.intes-online.de).

D. Derivate Kodex

Am 01.01.2007 trat der Derivate Kodex des im September 2004 von bedeutenden Derivate-Emittenten¹³¹ gegründeten Derivate Forum e. V. in Kraft.¹³² Zum 01.01.2008 rief das Derivate Forum gemeinsam mit dem Deutschen Derivate Institut e. V. den Deutsche Derivate Verband e. V. ins Leben und bildet seitdem den größten vergleichbaren Interessenverband in Europa.¹³³

Der Derivate Kodex formuliert „...*Leitlinien für einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Kapital und Vertrauen des Anlegers...*“.¹³⁴ Er soll zu Informationen durch den Emittenten und zum Verständnis des privaten Anlegers beitragen. Die Präambel bestimmt in Abs. 2, dass der Kodex für derivative Wertpapiere gilt, die öffentlich angeboten werden. In § 1 Abs. 11 S. 4 KWG sowie § 2 Abs. 2 WpHG sind Derivate für das Bankaufsichtsrecht bzw. für das Aufsichtsrecht der Wertpapierdienstleistungsunternehmen übereinstimmend legaldefiniert. An diese Normen anknüpfend lassen sich Derivate als Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte ausgestaltete Termingeschäfte definieren, deren Preis von den Börsenkursen oder Marktpreisen bestimmter Basiswerte wie z. B. Wertpapieren oder Waren abhängt.¹³⁵ Als Emittenten von Derivaten kommen insb. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute i. S. d. § 1 Abs. 1 bzw. Abs. 1a KWG in Betracht. Für diese Institute bestehen keine Beschränkungen hinsichtlich ihrer Rechtsform. Eine Ausnahme besteht gemäß § 2b Abs. 1 KWG für Kreditinstitute, die im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen. Sie dürfen nicht in der Rechtsform eines Einzelkaufmannes betrieben werden. GmbH sind somit Adressaten des Derivate Kodexes, sofern sie Derivate emittieren. Da Letzteres jedoch bei GmbH die Ausnahme bildet, findet der Kodex nur auf sehr wenige GmbH Anwendung und kann daher nur in diesen wenigen GmbH zur Verbesserung der Corporate Governance eingesetzt werden. Zur grundsätzlichen Problemlösung von GmbH kann der Kodex hingegen nicht beitragen.

Angemerkt sei, dass der Derivate Kodex von den Mitgliedern des Derivate Forum als freiwillige Selbstverpflichtung anerkannt ist. Eine rechtliche Verpflichtung zur Anwendung des Kodexes besteht für adressierte GmbH somit nicht.

¹³¹ Die Mitglieder sind: ABN AMRO Bank, BNP Paribas, Deutsche Bank, Dresdner Bank, DZ BANK, Hypo-Vereinsbank, Goldman Sachs, Sal. Oppenheim, WestLB.

¹³² Piel, Kreditwesen 2007, 160 ff.

¹³³ Zu seinen Mitglieder gehören: ABN AMRO Bank, BNP Paribas, Citibank, Commerzbank, Deutsche Bank, Dresdner Bank, DZ BANK, Goldman Sachs, HSBC Trinkaus, HypoVereinsbank, JP Morgan, LBBW, Sal. Oppenheim, Société Générale, UBS, Vontobel, WestLB, WGZ Bank.

¹³⁴ S. Präambel des Derivate Kodex.

¹³⁵ Zur Definition des Begriffs s. a. Sernetz, Derivate und Corporate Governance, S. 48 ff.

E. Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften

Der Arbeitskreis¹³⁶ Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften verabschiedete im April 2005 unter der Leitung von Professor Dr. Wolfgang Gerke seinen Kodex.¹³⁷ Nach Abs. 1 der Präambel ist es sein Ziel, dass „*die verantwortungsvolle Unternehmensführung und -kontrolle innerhalb der Gesellschaften sichergestellt wird ... [und] ... die Gesellschaften in ihrer Eigenschaft als institutionelle Anleger Stimm- und sonstige Anlegerrechte im Interesse ihrer Kunden ausüben.*“¹³⁸ Der Kodex enthält Vorschriften zur Corporate Governance¹³⁹ von und richtet sich in erster Linie an Kapitalanlagegesellschaften und Investmentaktiengesellschaften.¹⁴⁰ Eine Definition dieser Begriffe hat im Kodex nicht stattgefunden. Es liegt jedoch nahe, auf die Legaldefinitionen des InvG zurückzugreifen. § 2 Abs. 6 InvG bestimmt, dass *Kapitalanlagegesellschaften* Kreditinstitute sind, deren Hauptzweck in der Verwaltung von Sondervermögen oder in der Verwaltung von Sondervermögen und der individuellen Vermögensverwaltung besteht.¹⁴¹ § 6 Abs. 1 S. 2 InvG beschränkt die Rechtsformen für Kapitalanlagegesellschaften auf die AG und die GmbH. § 2 Abs. 5 InvG definiert *Investmentaktiengesellschaften* als AG, deren Unternehmensgegenstand nach der Satzung auf die Anlage und Verwaltung ihrer Mittel nach dem Grundsatz der Risikomischung zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage in Vermögensgegenständen nach § 2 Abs. 4

¹³⁶ Der Arbeitskreis setzt sich aus Repräsentanten großer DAX-Unternehmen, der Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger (SdK), des Deutschen Anwaltsinstituts (DAI), der Deutschen Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management (DVFA), der Corporate-Governance-Regierungskommission und der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zusammen; *Gerke*, BB 2005 (Heft 21) I; Die Mitglieder des Arbeitskreises finden sich aufgelistet in: *Gerke*, Presseerklärung zum Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften vom 27.04.2005, S. 3; Sie wurden von Vertretern der Fondbranche, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und des Bundesfinanzministeriums beraten, s. *Gerke*, BB 2005 (Heft 21) I.

¹³⁷ Der Kodex ist abrufbar unter: http://www.ecgi.org/codes/documents/code_am_companies_apr2005_de.pdf; Mitglieder der Kommission sind: Professor Dr. Theodor Baums, Dr. Werner Brandt, Dr. Karl-Gerhard Eick, Professor Dr. Wolfgang Gerke, Reinhild Keitel, Professor Dr. Johannes Köndgen, Dr. Peter König, Christian Strenger, Professor Dr. Rüdiger von Rosen; Dies geschah unter Mitwirkung von Volkmar Bartels, Axel Benkner, Michael Duesberg, Dr. Wolfgang Mansfeld, Dr. Peter Mathis, Dr. Markus Rieß, Stefan Seip, Uwe Wewel.

¹³⁸ Bei der Aufstellung der Vorschriften des Kodexes bildeten der DCGK, die Wohlverhaltensrichtlinien des BVI (diese finden sich unter http://www.bvi.de/export/sites/internet/de/bvi/ueberuns/wohlverhaltensregeln/downloads/wvr_01032006.pdf.) und internationale Corporate Governance-Erfahrungen wichtige Orientierungshilfen, s. *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Presseerklärung v. 27.04.2005, S. 1; *Gerke*, BB 2005 (Heft 21) I; Der Arbeitskreis überprüft regelmäßig seine Akzeptanz und nimmt notwendige Anpassungen vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen vor, s. *Gerke*, Presseerklärung zum Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften v. 27.04.2005, S. 2 abrufbar unter http://www.prof-gerke.de/Presseerkl_rung_CG_f_r_AMG.pdf.

¹³⁹ Die sechs Abschnitte des Kodexes sind mit Präambel, interne Corporate Governance, externe Corporate Governance, Corporate Governance und Publizität, Abschlussprüfung und Anerkennung des Kodex betitelt.

¹⁴⁰ Aber auch andere Gesellschaften, die ein kollektives Asset Management betreiben, werden zu seiner Beachtung aufgefordert., s. Abs. 5 der Präambel des Kodexes. Darüber hinaus empfiehlt der Kodex seine Einhaltung bei der Auslagerung von Asset Management-Tätigkeiten.

¹⁴¹ Eine ergänzende Definition von Kapitalanlagegesellschaften findet sich in § 6 Abs. 1 S. 1 InvG.

Nr. 1 bis 4 und 7 bis 9 InvG beschränkt ist. Daraus folgt, dass GmbH Asset Management Gesellschaften nur in Form von Kapitalanlagegesellschaften nicht hingegen in Form von Investmentaktiengesellschaften sein können. Da Unternehmensgegenstand von GmbH nur in Ausnahmefällen das Asset Management ist, adressiert der Kodex einen sehr beschränkten Kreis von GmbH. Zu einer grundsätzlichen Lösung der Probleme der GmbH kann er nur sehr beschränkt beitragen. Auch der Kodex für Asset Management Gesellschaften ist für die adressierten GmbH rechtlich unverbindlich, da ihn eine private Initiative entwickelt hat.

F. Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft

Der 2002 gegründeten Initiative Corporate Governance der deutschen Immobilienwirtschaft e. V. gehören mehr als 50 führende Immobiliengesellschaften Deutschlands, sowie Unternehmensleiter von Mitgliedsunternehmen, Professoren, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater an.¹⁴² Die Initiative hat das Ziel, Verhaltensstandards für die Immobilien- und Baubranche zur „*Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Immobilienwirtschaft*“¹⁴³ zu entwickeln. Sie widmet sich solchen Besonderheiten der Immobilienwirtschaft, die der DCGK bislang nicht erfasst.

Der im September 2003 veröffentlichte Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft knüpft an den DCGK an und ergänzt diesen durch zusätzliche Regelungen.¹⁴⁴ Es finden sich somit sämtliche Regelungen des DCGK im Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft wieder. Die Ergänzung erfolgte durch zwölf zusätzlich in den DCGK integrierte Regelungen für die Immobilienwirtschaft, die durch den Buchstaben „i“ gekennzeichnet sind.¹⁴⁵

¹⁴² Zur Kenntnisnahme der Mitglieder s. <http://www.immo-initiative.de/initiative/mitglieder.shtml>.; Vgl. a. *Knips/ Weber*, Immobilien - Jahrbuch 2007, S. 4.

¹⁴³ S. Vorwort zum Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft (http://www.immo-initiative.de/kodex/cg_kodex_kapitalgesellschaften.pdf).

¹⁴⁴ Zugleich kündigte sie die Erarbeitung weiterer Regelwerke u. a. für gesetzlich regulierte Kapitalanlagegesellschaften und für privat gehaltene Immobiliengesellschaften an, vgl. Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft, S. 2. Ferner sei angemerkt, dass die Initiative Corporate Governance der deutschen Immobilienwirtschaft darüber hinaus ihre Grundsätze ordnungsmäßiger und lauterer Geschäftsführung der Immobilienwirtschaft (Neufassung September 2005; s. die Grundsätze sind auf folgender Internetseite veröffentlicht <http://www.immo-initiative.de/kodex/grundsaeetze.pdf>.; s. a. *Knips/ Weber*, Immobilien - Jahrbuch 2007, S. 8); Diese wurden später durch den Kodex für Treuhandvermögen erweitert, der im Fremdinteresse handelnde Unternehmen, insb. geschlossene Immobilienfonds, adressiert (Der Kodex für Treuhandvermögen findet sich auf folgender Internetseite http://www.immo-initiative.de/kodex/kodex_treuhandvermoegen.pdf.; s. a. *Loritz*, ZfIR 2007, 152 ff.; *Friedemann*, FAZ v. 06.01.2006, S. 39.). Auf der Internetseite der Initiative Corporate Governance der deutschen Immobilienwirtschaft findet sich ein Formular für eine Selbstverpflichtungserklärung für AG und nichteigentümergeführte GmbH. Mit Hilfe dieses Formulars können sich Vorstände bzw. Geschäftsführung und Aufsichtsrat, Beirat bzw. Hauptgesellschafter dieser Gesellschaften verpflichten den Grundsätzen ordnungsmäßiger und lauterer Geschäftsführung der Immobilienwirtschaft und dem Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft zu entsprechen (http://www.immo-initiative.de/kodex/selbstverpflichtung_kodex.pdf).

¹⁴⁵ Eine Zusammenfassung findet sich bei *Knips/ Weber*, Immobilien - Jahrbuch 2007, S. 7.

In der Präambel legt die Initiative als Adressatenkreis börsennotierte und zur künftigen Börsennotierung vorgesehene AG, die das Immobiliengeschäft betreiben, fest. Zudem gehören zum Adressatenkreis „*andere derartige AG jedweder Branche, die selbst oder durch verbundene Unternehmen in nennenswertem Umfang Immobilien halten sowie direkt oder über Beteiligungen Immobiliengeschäfte abschließen und durchführen („Immobiliengeschäfte“) oder bei solchen Geschäften Dienste leisten (insgesamt: „Immobilienunternehmen“)*. Daraus folgt, dass ausschließlich Gesellschaften in der Rechtsform der AG zum primären Adressatenkreis des Kodexes gehören. Darüber hinaus empfiehlt die Initiative in der Präambel die entsprechende Anwendung auch für andere Unternehmensformen im Immobiliengeschäft – soweit ihnen dies möglich ist. Da somit für den sekundären Adressatenkreis keine Einschränkungen in Bezug auf die Rechtsform gemacht werden, unterfällt ihm die GmbH, sofern sie im Immobiliengeschäft tätig ist. Daraus folgt, dass der Corporate Governance Kodex der deutschen Immobiliengesellschaft zur Problemlösung der GmbH nur bei einem beschränkten Kreis von Gesellschaften beitragen kann. Zur grundsätzlichen Verbesserung der Corporate Governance von GmbH kann er nicht verwandt werden. Auch für die adressierten GmbH sind die ergänzenden Vorschriften des Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft rechtlich nicht verbindlich, da es sich bei der Initiative Corporate Governance der deutschen Immobilienwirtschaft e. V. um eine private Initiative handelt.

G. OECD-Guidelines on Corporate Governance of Stateowned Enterprises

Im September 2002 wurde die Working Group on Privatisation and Corporate Governance of State-Owned Assets der OECD eingesetzt, die im September 2005 ihre OECD-Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises veröffentlichte.¹⁴⁶ Nach Abs. 4 der Präambel ist es das Ziel dieser Leitsätze, die für staatliche Unternehmen typischen Problemkreise aufzugreifen und eine aus staatlicher Sicht gute Corporate Governance für staatseigene Unternehmen sicherzustellen.

Nach dem Vorbild der OECD-Grundsätze der Corporate Governance zielen auch die Guidelines on Corporate Governance on State-Owned Enterprises darauf ab, Regierungen bei der Verbesserung der Unternehmensführung zu unterstützen. Zum primären Adressatenkreis gehören somit die Regierungen von OECD-Mitgliedstaaten oder Nicht-Mitgliedstaaten, welche die Richtlinien als Orientierung bei der rechtlichen Organisation staatlicher Unternehmen nutzen sollen. Inhaltlich beziehen sich die Richtlinien nach Abs. 7 der Präambel *zum einen* auf staatliche Unternehmen, die eine eindeutige Rechtsform haben. Dies sei anzunehmen, wenn sie getrennt von der öffentlichen Verwaltung operieren. *Zum anderen* adressieren die Richtlinien staatliche Unternehmen, die eine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Bei der Frage der Anwendbarkeit der Leitsätze soll es nicht darauf ankommen, ob die Unternehmen ein

¹⁴⁶ Dies geschah unter Berücksichtigung der folgenden zuvor erstellten OECD Berichte: *OECD, Privatising State-Owned Enterprise, An Overview of Policies and Practices in OECD Countries*, S. 1 ff. und *OECD, Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries*, S. 1 ff. Die Arbeitsgruppe setzte sich aus Vertretern der OECD-Mitgliedstaaten zusammen und wurde durch die Weltbank und den Internationalen Währungsfond bei ihrer Arbeit überwacht.

öffentlich-rechtliches Ziel verfolgen oder nicht. Ebenfalls unerheblich soll es sein, ob sich Unternehmen auf wettbewerbsträchtigen Gebieten betätigen oder auf solchen, in denen kein Wettbewerb stattfindet. Die Richtlinien umfassen und differenzieren zudem zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten staatlichen Unternehmen, sowie zwischen vollständiger, mehrheitlicher und minderheitlicher staatlicher Beteiligung. Ausdrücklich erfasst werden auch die Tochtergesellschaften dieser Unternehmen. Da ausdrücklich auch nicht börsennotierte staatliche Unternehmen erfasst werden, gehören zum Adressatenkreis auch GmbH mit staatlicher Beteiligung. Der Umfang der Beteiligung spielt dabei keine Rolle. Da eine staatliche Beteiligung jedoch nur bei einem geringen Teil der GmbH vorliegt und sich die Leitlinien auf die typischen Probleme staatlicher Unternehmen beschränken, können sie nicht zur grundsätzlichen Problemlösung der GmbH beitragen. Für die verhältnismäßig wenigen GmbH, auf die sie anwendbar sind, sind die Richtlinien unverbindlich.¹⁴⁷

H. Staatliche Kodizes für staatliche Unternehmen – Der Public Corporate Governance-Kodex (PCGK)

Einen weiteren Beitrag zur Verbesserung der Corporate Governance leisten Corporate Governance-Kodizes für öffentliche Unternehmen¹⁴⁸, welche derzeit auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene erlassen werden¹⁴⁹.¹⁵⁰ Herausgestellt werden soll an dieser Stelle aufgrund seiner bundesweiten Relevanz der Public Corporate Governance-Kodex des Bundes (PCGK).

I. Allgemeines

Am 01.07.2009 verabschiedete das Bundeskabinett seine Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes. Wichtiger Bestandteil dieser Grundsätze ist der PCGK.¹⁵¹ Sein Ziel ist es „*die Unternehmensführung und -überwachung transparenter und nachvollziehbarer zu machen und die Rolle des Bundes als Anteilseigner klarer zu fassen.*“ Bei der Aufstellung des PCGK durch das Bundesfinanzministerium hatten insb.

¹⁴⁷ In Abs. 3 der Präambel ist beschrieben, dass es sich bei den Guidelines um eine Reihe unverbindlicher Richtlinien und Erfolgsmethoden („*best practices*“) handelt.

¹⁴⁸ S. hierzu *Schwintowski*, NVwZ 2001, 607 ff.; *Alzheimer/ Jacob/ Wietzlow*, WPg 2006, 937 ff.; *Bremeier/ Brinckmann/ Killian/ Schneider*, befürworten die Anwendung des DCGK auf kommunale Unternehmen, s. ZöGU 2005, 267, 279 f.

¹⁴⁹ Siehe oben S. 18 f.

¹⁵⁰ Vgl. auch die sieben Prinzipien des britischen Committee on Standards in Public Life, s. hierzu *Lord Nolan*, First Report of the Committee on Standards in Public Life, Cm. 2850-I; sowie die fünf Forderungen des Code of Ethics der American Society for Public Administration, vgl. *Sommermann*, VerwArch (89) 1998, 303 ff.; Zu diesen und weiteren Leitprinzipien für eine Ethik im öffentlichen Dienst s. *Lorig*, Aus Politik und Zeitgeschichte, (B18) 2004, 24 ff.

¹⁵¹ Er bildet den Teil A. der Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes. In Teil B. finden sich die Hinweise für gute Beteiligungsführung bei Bundesunternehmen und in Teil C. die Berufsrichtlinien.

zwei Kodizes Vorbildfunktion. Dies war *zum einen* der DCGK und *zum anderen* waren dies die OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. An der Entwicklung letzterer war das Bundesfinanzministerium bereits aktiv beteiligt.

II. Inhalte

Inhalte des Kodexes sind *erstens* Regelungen zu den Anteilseignern und *zweitens* zur Anteilseignerversammlung. Sie enthalten Angaben zu deren Rechten und zur Vorbereitung und Durchführung der Anteilseignerversammlung. *Zweitens* finden sich Vorschriften zum Zusammenwirken von Geschäftsleitung und Überwachungsorgan, wobei neben Grundsätzen Regelungen zur Vertraulichkeit, Verantwortlichkeit und Kreditgewährung enthalten sind. Die Kodexregelungen *drittens* zur Geschäftsleitung und *viertens* zum Überwachungsorgan behandeln deren Aufgaben und Zuständigkeiten, Zusammensetzung, Vergütung und Interessenkonflikte. In einem *fünften* Abschnitt sind Vorschriften zur Transparenz, insb. zum Corporate Governance Bericht und zu Vergütungen für die Mitglieder der Geschäftsführung und des Überwachungsorgans erfasst. Ein *sechster* Abschnitt enthält Regelungen zur Abschlussprüfung. Bereits diese kurze Zusammenfassung lässt erkennen, dass bei der Ausarbeitung des PCGK eine starke Anlehnung an den DCGK stattgefunden hat. Allerdings sind im PCGK andere Schwerpunkte gesetzt worden, da der DCGK auf börsennotierte Gesellschaften zugeschnitten ist und der PCGK den Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen soll, insb. wenn er sich privatrechtlicher Organisationsformen bedient. Die Umsetzung des Kodexes wird durch zahlreiche Anmerkungen erleichtert, die an die Kodexregelungen, auf die sie sich beziehen, angefügt sind und die Rechtslage erläutern.

Ebenso wie der DCGK enthält der PCGK Empfehlungen, Anregungen und Regelungen, die geltendes Recht widerspiegeln. Nach Ziff. 1.4 Abs. 1 S. 2 PCGK haben die Geschäftsführung und das Überwachungsorgan jährlich eine Entsprechenserklärung zu den Empfehlungen des Kodexes abzugeben, in der sie nach dem „*comply-or-explain*“-Prinzip darlegen müssen, dass den Empfehlungen des Kodexes entsprochen wurde, und Abweichungen zu begründen sind.

III. Adressatenkreis

Ziff. 1.1 Abs. 1 S. 1 PCGK regelt, dass die Bestimmungen des Kodexes sich an Unternehmen richten, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist. Der Begriff des Unternehmen ist gemäß Ziff. 1.3 Abs. 1 S. 1 PCGK weit zu verstehen. Er umfasst Kapitalgesellschaften, aber auch andere juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, und ist folglich nicht rechtsformspezifisch. Der Gegenstand der Unternehmen hat ein gewerblicher oder sonstiger wirtschaftlicher Betrieb zu sein. Eine Bundesbeteiligung liegt bei jeder kapitalmäßigen, mitgliedschaftlichen und ähnlichen Beteiligung vor, die eine Dauerbeziehung zu dem Unternehmen begründen soll.

Primäre Adressaten des PCGK sind Kapitalgesellschaften, aber auch andere Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts, sofern der Bund mehrheitlich an ihnen beteiligt ist. Dies kann auch ein Unternehmen sein, das einen Konzern unter einheitlicher Leitung führt. Zum primären Adressatenkreis gehören somit auch GmbH, an denen der

Bund eine mehrheitliche Beteiligung inne hat. Freilich hat der Bund nur an einem sehr geringen Teil aller GmbH Beteiligungen, so dass die meisten GmbH nicht primär vom Kodex adressiert werden.

Lediglich *empfohlen* wird die Beachtung des Kodexes gemäß Ziff. 1.3 Abs. 3 S. 1 PCGK, wenn der Bund „*nicht über eine Mehrheitsbeteiligung*“ an einem Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts verfügt. Unklar bleibt bei diesem Wortlaut, ob diese Empfehlung sich auch an Unternehmen richtet, an denen der Bund überhaupt keine Beteiligung hat. Gegen eine solch weite Auslegung spricht jedoch, dass das zweite oben bereits genannte Ziel des Kodexes¹⁵² einer klareren Bestimmung der Rolle des Bundes als Anteilseigner für juristische Personen ohne Beteiligung des Bundes keinen Sinn macht. Ebenfalls empfohlen wird die Beachtung des Kodexes Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, soweit keine rechtlichen Bestimmungen entgegenstehen. Die GmbH unterfällt somit auch dem sekundären Adressatenkreis des Kodexes, wenn der Bund keine mehrheitliche Beteiligung an ihr inne hat.

Ausdrücklich *keine Adressaten* sind hingegen Unternehmen, an denen der Bund beteiligt ist und die aufgrund ihrer Börsennotierung dem DCGK unterfallen.¹⁵³

Probleme treten für GmbH ohne Bundesbeteiligung bei der Kodexumsetzung *zum einen* dadurch auf, dass einige Vorschriften des Kodexes nur für Unternehmen, an denen der Bund bzw. ein öffentlicher Träger beteiligt ist, sinnvoll sind. Ziff. 2.1 PCGK bestimmt z. B., dass der Bund seine Rechte als Anteilseigner in der Versammlung der Anteilseigner wahrnimmt. *Zum anderen* ist der Kodex in vielen Bereichen auf Aktiengesellschaften zugeschnitten, was sich auch an den Anmerkungen zu den Kodexregelungen erkennen lässt. Andere Kodexvorschriften lassen sich zwar auch von GmbH umsetzen, können aber zur Problemlösung bei dieser Rechtsform nur beschränkt beitragen, da sie nicht auf deren spezifische Problemfelder wie etwa den wichtigen Bereich des Gläubigerschutzes eingehen. Die Anwendung des PCGK kommt somit nicht als Problemlösungsstrategie der GmbH in Betracht.

IV. Rechtliche Verbindlichkeit

Der PCGK hat anders als der DCGK bislang keine gesetzliche Verankerung erfahren. Er wurde zwar von der Bundesregierung beschlossen, ein solcher Beschluss hat jedoch allein politische Bedeutung und führt nicht zu einer rechtlichen Verbindlichkeit für Unternehmen, an denen der Bund beteiligt ist. In Ziff. 1.4 Abs. 1 PCGK ist geregelt, dass das für die Führung der Beteiligung zuständige Bundesministerium die Beachtung des PCGK und die Verankerung im Regelwerk der Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts sicher stellt. Als bloße Kodexregelung entfaltet jedoch auch diese Ziffer keine rechtliche Verbindlichkeit.

¹⁵² Siehe oben S.116.

¹⁵³ Ziff. 1.3. Abs. 2 PCGK.

I. Zusammenfassung

1. In der Vergangenheit wurden eine Vielzahl verschiedener Corporate Governance Kodizes aufgestellt, die bei der Verbesserung der Unternehmensführung eine Anleitung geben sollen. Sie wurden auf ihre Anwendbarkeit durch die GmbH untersucht:

a) Die *OECD-Grundsätze der Corporate Governance* dienen primär der Unterstützung von OECD-Staaten und Nicht-OECD-Staaten bei der Aufstellung nationaler Corporate Governance-Standards. GmbH können dem Adressatenkreis dieser Grundsätze unterfallen. Da jedoch bereits der DCGK auf nationaler Ebene besteht, bedarf die GmbH nicht des Rückgriffs auf die OECD-Grundsätze der Corporate Governance.

b) Der *DCGK* nimmt eine Sonderstellung unter den Kodizes ein, da er durch § 161 AktG mittelbare gesetzliche Verankerung erfahren hat und Einfluss auf die Inhalte der Entsprechenserklärung nimmt. Er richtet sich primär an „börsennotierte Gesellschaften“¹⁵⁴. Der sekundäre Adressatenkreis des Kodexes erfasst sämtliche GmbH. Die Prüfung hat ergeben, dass von dem DCGK allenfalls ein faktischer Zwang für eine Umsetzung ausgeht; eine rechtliche Verbindlichkeit des DCGK besteht hingegen nicht. Die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Kodexes konnten ausgeräumt und eine daraus folgende Nichtigkeit verneint werden.

c) Da der Adressatenkreis des *Governance Kodex für Familienunternehmen* sich nicht auf bestimmte Rechtsformen beschränkt, ist auch die GmbH, wenn deren Gesellschafter zueinander in familiärer Beziehung stehen, Adressatin dieses Kodexes. Da GmbH häufig Familienunternehmen sind, kann eine Anwendung dieses Kodexes für die GmbH sinnvoll sein. Allerdings ist der Kodex, da er nicht rechtsformspezifisch ist, in vielen Bereichen wenig konkret und kann Rechte und Pflichten von Gesellschaftsorganen der GmbH nicht detailliert beschreiben. Auf die rechtsformspezifischen Problemfelder der GmbH wie z. B. den Gläubigerschutz geht der Kodex nicht ein. Für GmbH, die keine Familienunternehmen sind, ist seine Anwendung nicht sinnvoll. Vom *Governance Kodex für Familienunternehmen* geht keine rechtliche Verbindlichkeit aus. Seine Anwendung ist freiwillig.

d) Als Adressaten des *Derivate-Kodexes* kommen Emittenten von Derivaten in Betracht. Da dies insb. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sind, die nicht dem Zwang unterliegen, in einer bestimmten Rechtsform organisiert zu sein, können dies auch GmbH sein. Der Derivate-Kodex kann somit auch auf GmbH Anwendung finden, wenngleich die überwiegende Zahl der GmbH mangels Emission von Derivaten nicht dem Adressatenkreis unterfällt. Der Kodex ist rechtlich unverbindlich.

e) Zum Adressatenkreis des *Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften* gehören insb. Kapitalanlagegesellschaften und Investmentaktiengesellschaften. Da Kapitalanlagegesellschaften auch in der Rechtsform der GmbH geführt werden können, ist auch die GmbH Adressatin des Kodexes. Für die Vielzahl der GmbH kann eine Anwendbarkeit des Kodexes jedoch ausgeschlossen werden. Der Kodex gibt teilweise gesetzliche Bestimmungen wieder, er selbst ist jedoch unverbindlich.

¹⁵⁴ S. Präambel Abs. 1 S. 1 DCGK.

f) Primäre Adressaten des *Corporate Governance Kodex der deutschen Immobilienwirtschaft* sind börsennotierte und zur künftigen Börsennotierung vorgesehene Immobilienaktiengesellschaften. Da der sekundäre Adressatenkreis sämtliche andere Unternehmensformen erfasst, unterfällt ihm auch die GmbH, sofern sie im Immobiliengeschäft tätig ist. Letzteres ist jedoch bei den meisten GmbH abzulehnen. Der Kodex hat keine rechtliche Verbindlichkeit.

g) Die *OECD-Guidelines on Corporate Governance of Stateowned Enterprises* richten sich primär an OECD-Staaten und Nicht-OECD-Staaten zur Aufstellung nationaler Corporate Governance-Vorschriften für staatliche Unternehmen. Diese Guidelines erfassen ausdrücklich auch nicht-börsennotierte staatliche Unternehmen. Somit gehören auch die wenigen GmbH mit staatlicher Beteiligung zu ihrem Adressatenkreis. Eine rechtliche Verbindlichkeit geht von diesen OECD-Guidelines ebenfalls nicht aus.

h) Der *PCGK* des Bundes richtet sich *primär* an Kapitalgesellschaften, sofern der Bund an diesen mehrheitlich beteiligt ist. GmbH können somit seinem primären Adressatenkreis unterfallen. Mangels einer Beteiligung des Bundes an den meisten GmbH, gehören die wenigsten GmbH jedoch zu seinem primären Adressatenkreis. Da die Beachtung des Kodexes auch juristischen Personen des Privatrechts empfohlen wird, an denen der Bund nicht mehrheitlich beteiligt ist, gehört die GmbH auch zum sekundären Adressatenkreis des Kodexes. Eine rechtliche Verbindlichkeit geht vom PCGK nicht aus.

2. *Fazit:* Es ist anzunehmen, dass ein Kodex nur dann zur grundsätzlichen Verbesserung der Corporate Governance und zur Lösung der Probleme bei der Rechtsform GmbH beitragen kann, wenn sein Adressatenkreis die typische GmbH und somit möglichst viele GmbH erfasst. Die meisten der untersuchten Kodizes betreffen GmbH nur unter bestimmten Voraussetzungen, die bei der überwiegenden Zahl der GmbH nicht vorliegen. Sie sind daher bei der Problemlösung der GmbH nur bedingt hilfreich. Eine Ausnahme bilden der *DCGK* und der *Governance Kodex für Familienunternehmen*. Während der sekundäre Adressatenkreis des DCGK sämtliche GmbH erfasst; unterfallen dem Corporate Governance Kodex für Familienunternehmen zwar nicht alle jedoch die überwiegende Zahl der GmbH.

Beide Kodizes kommen daher aufgrund ihres Adressatenkreises zur Verbesserung der Corporate Governance der GmbH und zu deren Problemlösung in Betracht. Allerdings greift der Corporate Governance Kodex für Familienunternehmen nur die Probleme auf, die vorwiegend bei Familienunternehmen bestehen. Der übrige Teil der GmbH wird von ihm gerade nicht erfasst. Darüber hinaus kommt diesem Kodex in Literatur und Rechtsprechung weit weniger Beachtung zu als dies bezüglich des DCGK der Fall ist, da er von einer privaten Initiative und nicht wie Letzterer von einer Regierungskommission entwickelt wurde und zudem im Gegensatz zum DCGK nicht gesetzlich verankert ist. Ferner ist der Corporate Governance Kodex für Familienunternehmen nicht rechtsformspezifisch, so dass er auch keine rechtsformspezifischen Regelungen enthält. Der sekundäre Adressatenkreis des DCGK ist zwar ebenfalls nicht auf bestimmte Rechtsformen beschränkt, aber sein primärer Adressatenkreis richtet sich vor allem an börsennotierte AG als Kapitalgesellschaften. Es ist daher möglich, dass die GmbH als Kapitalgesellschaft ebenfalls von diesen Regelungen profitieren kann. In der Folge soll überprüft werden, ob die Anwendung des DCGK als bedeutsamster der deutschen Kodizes für die GmbH sinnvoll ist und somit zu einer Verbesserung ihrer

§ 4 Anwendbarkeit von Corporate Governance-Kodizes

Corporate Governance und damit als wirkungsvolle Problemlösungsstrategie eingesetzt werden kann.

§ 5 DER DEUTSCHE CORPORATE GOVERNANCE KODEX ALS MITTEL ZUR PROBLEMLÖSUNG BEI DER GMBH

Nach einer Studie, in der die Entsprechenserklärungen von Unternehmen im General Standard und im DAX ausgewertet wurden, setzten diese die Empfehlungen des DCGK bereits zu 75,5 % bzw. 95,7 % um.¹

Untersuchungen zur Kodexakzeptanz bei GmbH sind demgegenüber bislang mangels obligatorischer Entsprechenserklärung nicht durchgeführt worden. Es liegt zudem die Vermutung nahe, dass auch freiwillige Entsprechenserklärungen bei der GmbH bislang die Ausnahme bilden. Diese Vermutung fußt auf der Annahme, dass es sich bei der Kodexanwendung um Neuland handelt und das Betreten dieses unbekanntes Terrains für die GmbH mit einer Reihe von ungeklärten Fragen verknüpft ist. Diese Fragen beruhen insbesondere auf der Tatsache, dass die primäre Kodexadressatin nicht die GmbH, sondern die AG ist.

Ein Geschäftsführer, der sich für die Kodexanwendung einer GmbH interessiert, muss sich zunächst Klarheit darüber verschaffen, welche Unterschiede die Rechtsform GmbH gegenüber der AG aufweist und inwiefern sich diese Unterschiede bei der Kodexanwendung auswirken. Sodann stellt sich für ihn die Frage, inwiefern die für die AG geltende Unterteilung der Kodexregelungen in gesetzliche Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen auch für GmbH gilt und welche Konsequenzen sich daraus bei der Kodexanwendung für die GmbH ergeben.

Hat ein GmbH-Geschäftsführer diese grundsätzlichen Fragen geklärt, wird er sich dem Problem widmen, wie die einzelnen Kodexregelungen von der GmbH anzuwenden sind, wobei er sich über den Inhalt, die Bedeutung und die Anwendbarkeit der einzelnen Regelungen durch die GmbH unter Berücksichtigung der geltenden Rechtslage informieren muss. Ein weiterer, wichtiger Gesichtspunkt, den er in seine Überlegungen einbeziehen muss, ist der Sinn oder Unsinn der Anwendung der einzelnen Regelungen, bei der Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung und die mit ihr verbundenen Haftungsrisiken. Erst wenn er all diese Fragen geklärt hat, kann ein Geschäftsführer sich für oder gegen eine Umsetzung des Kodexes in der GmbH entscheiden und sich der konkreten Umsetzung widmen. Da einem durchschnittlichen Geschäftsführer die Beantwortung der genannten Fragen nahezu unmöglich sein dürfte, sollen sie im Folgenden näher betrachtet werden:

¹ *Werder, v./ Talaulicar*, DB 2007, 869, 875; s. auch *dies.*, DB 2006, 849, 855, zu den Werten des Vorjahres von 69,1 % im General Standard und 95,3 % im DAX; Dass die Inhalte der Entsprechenserklärung jedoch nicht mit der tatsächlichen Unternehmenspraxis übereinstimmen haben *Arnsfeld* und *Growe* bewiesen, s. *dies.*, Finanz Betrieb, 8. Jg. 2006, 715 ff. ; Zum Begriff der Empfehlung siehe oben S. 96 ff.

A. Unterschiede bei AG und GmbH und ihre Relevanz bei der Kodexanwendung

Bei der Prüfung, ob der DCGK entsprechend der Empfehlung der Regierungskommission Corporate Governance (s. die Präambel Abs. 13 S. 2 DCGK) auch auf die GmbH Anwendung finden kann und welche Aspekte eine GmbH bei einer Umsetzung zu beachten hat, ist zu berücksichtigen, dass zwar auch bei der GmbH dem Vorstand, der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat entsprechende Organe, nämlich Geschäftsführung, Gesellschafterversammlung und u. U. Aufsichtsrat bestehen, für diese sind jedoch regelmäßig andere Normen als für die entsprechenden Organe der AG maßgeblich. Aus dieser divergierenden Rechtslage ergeben sich unterschiedliche Rechte und Pflichten und unterschiedliche Charakteristika der GmbH-Organe.² Dies führt dazu, dass die Anwendung der auf die AG zurechtgeschnittenen Kodexregelungen für die GmbH nicht immer sinnvoll ist. Für jede Kodexregel ist daher zu untersuchen, ob ihre analoge Anwendung auf die GmbH Sinn macht.

Im Folgenden wird eine kurze Gegenüberstellung der Organe von AG und GmbH deren unterschiedliche rechtliche Stellung verdeutlichen. Dabei liegt der Fokus auf den Kompetenzen des jeweiligen Organs in Abgrenzung zu denen der anderen Organe. Im Anschluss an jedes Organ wird die grundsätzliche Analogiefähigkeit der Kodexregelungen für die GmbH überprüft. Des Weiteren soll auf den Anleger- und den Gläubigerschutz bei AG und GmbH eingegangen werden, da auch die diesbzgl. Schwerpunktsetzung Aufschluss darüber gibt, ob die Anwendung des DCGK auf die GmbH sinnvoll ist.

I. Vorstand der AG und Geschäftsführer der GmbH

1. Vergleich zwischen Vorstand der AG und Geschäftsführern der GmbH

§ 76 Abs. 1 AktG weist dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft in eigener Verantwortung zu.³ Daraus folgt, dass der Vorstand nicht an Weisungen der Anteilseigner gebunden ist.⁴ Nach § 77 Abs. 1 AktG ist er zur Geschäftsführung befugt. Mit dieser Kompetenzzuweisung an den Vorstand werden gleichzeitig die anderen Organe der Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossen und dem Vorstand steht das alleinige Initiativrecht für Geschäftsführungsmaßnahmen zu. Aufgrund dieser Kompetenzen wird er auch als Entscheidungs- und Handlungszentrum bezeichnet.⁵ Nach der Rechtsprechung hat der Vorstand zwar die Pflicht einer Vorlage von grundlegenden Geschäftsführungsmaßnahmen an die Hauptversammlung. Hierbei handelt es sich jedoch um eine besondere Ausnahme, die von der Rechtsprechung angenommen wurde, sofern mit dem Geschäft substantiell in die Rechte der

² Vgl. *Schneider, U. H.* in: Scholz, GmbHG § 52 Rdn. 42 ff.; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 52 Rdn. 2.

³ *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, S. 2.

⁴ *Schmidt, K.*, GR § 28 II. 1.S. 804 m. w. Nw.; *Hüffer*, AktG § 76 Rdn. 10; *Hefermehl/ Spindler* in: MüKo AktG § 76 Rdn. 21.

⁵ *Hüffer*, AktG § 76 Rdn. 2.

Gesellschafter eingegriffen wird.⁶ Kommt der Vorstand einer eventuellen Vorlagepflicht nicht nach, so droht ihm die Haftung aufgrund dieser Pflichtverletzung.⁷

Bei der GmbH obliegt den Geschäftsführern wie bei der AG die Führung der laufenden und der ungewöhnlichen Geschäfte. Sie haben die Gesellschaft allerdings nicht in eigener⁸, sondern in von den Gesellschaftern abgeleiteter Verantwortung zu leiten. Den Gesellschaftern steht im Gegensatz zu den Aktionären einer AG eine Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern und eine Alleinentscheidungsbefugnis zu.⁹ An Weisungen der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH¹⁰ sind die Geschäftsführer gebunden, so dass diesen i. d. R. eine haftungsbefreiende Wirkung zukommt.¹¹ Lediglich in den Bereichen, für die den Geschäftsführern gesetzlich bestimmte Aufgaben zugeteilt sind – wie etwa nach §§ 30, 31 GmbHG, § 15a InsO n. F., § 264 Abs. 1 HGB, § 34 AO – sind den Weisungen an sie Grenzen gesetzt.¹² Für die mitbestimmte GmbH wird hingegen teilweise angenommen, dass die Weisungsbefugnis weiteren Schranken unterliege.¹³ Gesetzliche Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung finden sich jedoch nicht.¹⁴

Die Gesellschafter haben darüber hinaus die Möglichkeit, die Kompetenzen der Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss oder durch Satzungsänderung an sich zu ziehen.¹⁵ Eine solche Kompetenzübertragung kann so weit reichen, dass die Geschäftsführer aufgrund der ihnen zwingend zustehenden Vertretungsbefugnis gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG zum bloßen

⁶ S. BGHZ 83, 122 ff. (Holzmüller-Entscheidung – Pflicht des Vorstands die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen bei Ausgliederung eines Betriebs, der den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens bildet, auf eine dazu gegründete Tochtergesellschaft); BGHZ 153, 47 = ZIP 2003, 387 (Macroton-Entscheidung – wonach das reguläre Delisting der Zustimmung der Hauptversammlung wegen der damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Aktien das Aktieneigentum bedarf); BGH ZIP 2004, 993 (Gelatine I – Zustimmungsbedürftigkeit der Hauptversammlung möglich bei Umstrukturierung einer Tochter in eine Enkelgesellschaft wegen des mit ihr verbundenen weiteren Mediatisierungseffekts) und BGH ZIP 2004, 1001 (Gelatine II); s. auch *Arnold*, ZIP 2005 S. 1573 ff.

⁷ *Kubis* in: MüKo AktG § 119 Rdn. 2.

⁸ BGHZ 31, 258, 278; *Uwe H. Schneider* in: Scholz GmbHG § 37 Rdn. 30; *Hüffer* in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 45 Rdn. 15; *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 37 Rdn. 11.

⁹ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 37 Rdn. 4; *Schneider, U. H.* in: Scholz, GmbHG § 37 Rdn. 30 ff.; § 52 Rdn. 60.

¹⁰ *Hüffer* in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 45 Rdn. 15 m. w. Nw.

¹¹ S. näher *Paefgen* in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 43 Rdn. 115 ff.; *Hommelhoff/ Kleindiek* in: Lutter/ Hommelhoff GmbHG § 43 Rdn. 22 ff.; *Roth/ Altmeyen* GmbHG § 43 Rdn. 7; 85 ff.; *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 43 Rdn. 33 ff.

¹² BGHZ 31, 258, 278; OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476, 1478; *Roth/ Altmeyen* GmbHG § 37 Rdn. 6 m. w. Nw.; *Lutter/ Hommelhoff* GmbHG § 37 Rdn. 12; *Vetter* in: Handbuch Managerhaftung § 17 Rdn. 67; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff § 37 Rdn. 26; vgl. aber auch *U. H. Schneider* in: Scholz GmbHG § 37 Rdn. 38 m. w. Nw.

¹³ Str. s. zu diesem Meinungsstreit im Detail *U. H. Schneider* in: Scholz GmbHG § 37 Rdn. 39 ff.; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff § 37 Rdn. 42.

¹⁴ Ebenso *U. H. Schneider* in: Scholz GmbHG § 37 Rdn. 38

¹⁵ Unstr. statt anderer *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 45 Rdn. 4 ff.

Exekutivorgan degradiert werden.¹⁶ Unentziehbar sind den Geschäftsführern allein die ihnen gesetzlich zwingend zugewiesenen Aufgaben, für die auch das Weisungsrecht Einschränkungen erfährt.¹⁷

Eine Vorlagepflicht der Geschäftsführer an die Gesellschafterversammlung besteht immer dann, wenn es sich um ungewöhnliche Maßnahmen handelt. Ungewöhnlich sind beispielsweise Entscheidungen, bei denen mit dem Widerspruch der Gesellschafter zu rechnen ist oder bei denen gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG eine Einberufung der Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführer notwendig ist, weil das Interesse der Gesellschaft eine solche erfordert.¹⁸ Zwar ähnelt die Einberufungspflicht des § 49 Abs. 2 GmbHG der Pflicht des Aufsichtsrates, die Hauptversammlung nach § 111 Abs. 3 AktG einzuberufen, wenn das Wohl der AG dies erfordert; anders als die Gesellschafterversammlung hat die Hauptversammlung jedoch nicht die Befugnis zu einer Beschlussfassung zu Fragen der Geschäftsführung.¹⁹ Zudem geht die Pflicht der Geschäftsführer zur Vorlage über die oben erwähnte Pflicht des Vorstands²⁰ hinaus, da das Interesse der Gesellschaft i. S. d. § 49 Abs. 2 GmbHG eine Einbindung der Gesellschafter bereits in Fällen von geringerer Schwere sinnvoll erscheinen lässt.²¹ Daraus folgt, dass die Vorlagepflicht der Geschäftsführer umfangreicher als bei der AG ist und diese aufgrund der Entscheidungsmöglichkeit der Gesellschafterversammlung über Geschäftsführungsmaßnahmen stärker bindet als den Vorstand.

Ein weiterer Unterschied zur AG ergibt sich daraus, dass der Vorstand Beschlüsse der Hauptversammlung zu Fragen der Geschäftsführung nur dann zu beachten hat, wenn sie auf sein Verlangen hin verabschiedet worden sind.²² Demgegenüber sind die Geschäftsführer der GmbH regelmäßig an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, unabhängig davon von welchem Organ sie initiiert wurden, gebunden.²³

Es kann somit festgehalten werden, dass der Vorstand bis auf wenige Ausnahmen die Geschäftsführung der AG unabhängig von Entscheidungen der Hauptversammlung vornehmen kann, während der GmbH-Geschäftsführer regelmäßig an die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist. Dabei fällt besonders schwer ins Gewicht, dass die Gesellschafterversammlung nahezu sämtliche Geschäftsführungsbefugnisse an sich ziehen kann und ein weitreichendes Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer hat.

¹⁶ U. H. Schneider in: Scholz GmbHG § 37 Rdn. 38; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 37 Rdn. 12; Marsch-Barner/Diekmann in: MüHdb GR GmbH § 44 Rdn. 60.

¹⁷ OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476, 1478; Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbH § 44 Rdn. 60.

¹⁸ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 37 Rdn. 7 ff. m. w. Bsp.

¹⁹ Hüffer, AktG § 111 Rdn. 14.

²⁰ Siehe oben S. 122 f.

²¹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 37 Rdn. 11.

²² Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 21; Kubis in: MüKo AktG § 119 Rdn. 27.

²³ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 37 Rdn. 18.

2. Auswirkung der Unterschiede zwischen Geschäftsführern und Vorstand auf die Kodexanwendung

Ziff. 4.1.1 S. 1 DCGK regelt, dass der Vorstand die Gesellschaft „in eigener Verantwortung“ leitet. Bei dem Kriterium der Leitung der Gesellschaft in abgeleiteter bzw. eigener Verantwortung der Geschäftsführer handelt es sich um ein zentrales Strukturmerkmal der GmbH bzw. der AG.²⁴ Von diesem Element hängen die Kompetenzen und das Zusammenwirken der anderen Organe und somit das gesamte Kompetenzgefüge und Organisationssystem dieser Rechtsformen ab.

Zwar lassen sich die in § 46 GmbHG der Gesellschafterversammlung zugewiesenen Kompetenzen bis auf wenige Ausnahmen auf die Geschäftsführer übertragen;²⁵ ihre Grenzen findet eine Übertragung jedoch dort, wo die Gesellschafter den Geschäftsführern mit dem Ziel der genauen Kodexumsetzung die Leitung gänzlich in deren eigener Verantwortung unumkehrbar übertragen wollen. Eine solche dauerhafte Abdingbarkeit ihrer Alleinentscheidungsbefugnis ohne die Möglichkeit eines Rückholrechtes ist den Gesellschaftern aufgrund ihrer in § 53 Abs. 1 GmbHG geregelten Satzungsautonomie²⁶ nicht möglich.²⁷ Die Satzungsautonomie steht allein den Gesellschaftern zu und verwehrt ihnen die Übertragung der Beschlussfassung zu Satzungsänderungen auf ein anderes Organ oder Dritte.²⁸ Aus diesem Grunde kann die GmbH das in Ziff. 4.1.1 DCGK geregelte Kriterium der Leitung der Geschäftsführer unter eigener Verantwortung nicht erfüllen.

Strebt eine GmbH die Anwendung des Kodexes an, so muss sie sich fragen, wie sie die Hürde des im Kodex festgehaltenen Organisationsrahmens überwindet. Da es nicht in ihrem Interesse liegen wird, ihren eigenen Organisationsrahmen gänzlich an den einer AG anzupassen – ansonsten hätte sie ja die Rechtsform der AG und nicht die der GmbH gewählt – wird sie regelmäßig in anderer Weise vorgehen müssen. Dies kann geschehen, indem sie deutlich macht, dass sie dieser Kodexregel keine oder nur eingeschränkte Beachtung schenkt oder indem sie ihre eigene Organisation lediglich soweit wie es der Rechtsform der GmbH möglich und für sie sinnvoll ist, an diese Kodexregelung anpasst. Beides führt dazu, dass eine uneingeschränkte Anwendbarkeit derartiger Regelungen nicht stattfinden kann.

²⁴ Zöllner in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 45 Rdn. 15.

²⁵ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 6; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 46 Rdn. 2.

²⁶ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 53 Rdn. 7; Hüffer in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 45 Rdn. 1.

²⁷ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 45 Rdn. 6; Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 92 ff.; Zöllner in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 45 Rdn. 17, 21 ff.

²⁸ BGHZ 43, 261, 264; Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 6; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 53 Rdn. 7.

II. Gesellschafterversammlung bei AG und GmbH

1. Vergleich der Gesellschafterversammlungen bei AG und GmbH

Die Unterschiede zwischen der Hauptversammlung und der Gesellschafterversammlung beruhen überwiegend auf den soeben genannten weiteren Entscheidungsbefugnissen der Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

Bei der AG ist die Aktionärsversammlung für Grundlagenentscheidungen zuständig, während der Vorstand die Kompetenz für Geschäftsführungsmaßnahmen inne hat^{29, 30}. Das starre Kompetenzgefüge der AG wird insb. in § 119 Abs. 1 AktG deutlich, der bestimmt, dass die Hauptversammlung in den im „*Gesetz und in der Satzung*“ bestimmten Fällen zur Beschlussfassung befugt ist.

Gesetzlich sind die von der Hauptversammlung zu treffenden Grundlagenentscheidungen mit Ausnahmen in den §§ 119 und 120 AktG geregelt.³¹ Zu diesen Kompetenzen gehören gemäß § 119 Abs. 1 AktG die Bestellung des Aufsichtsrates, die Entscheidung über die Gewinnverwendung, die Entlastung des Vorstandes, die Bestellung des Abschlussprüfers, Satzungsänderungen, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung, die Bestellung bestimmter weiterer Prüfer und die Auflösung der Gesellschaft. § 120 Abs. 1 AktG weist der Hauptversammlung zudem die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat zu. Zudem kann er seit der Neueinfügung des § 120 Abs. 4 AktG durch das VorstAG über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen, was jedoch keine Rechte oder Pflichten begründet. Über Fragen der Geschäftsführung darf die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG lediglich dann entscheiden, wenn der Vorstand dies auf eigene Initiative oder aufgrund seiner Vorlagepflicht verlangt^{32, 33}.

Eine *statutarische* Verlagerung von Zuständigkeiten des Vorstandes oder des Aufsichtsrates auf die Aktionärsversammlung ist aufgrund der in § 23 Abs. 5 AktG festgeschriebenen zwingenden gesetzlichen Kompetenzordnung lediglich in engen Grenzen möglich.³⁴ Daher ist es der Hauptversammlung auch nicht erlaubt, sich statutarisch allgemeine Zustimmungsvorbehalte für Geschäftsführungsmaßnahmen einzuräumen.³⁵

Charakteristisch für die GmbH ist vor allem die bevorzugte Stellung der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern. Die Entscheidungskompetenzen der GmbH-Gesellschafter ergeben sich gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG aus dem Katalog in § 46 GmbHG, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes geregelt ist. Es ist somit anders als bei

²⁹ Siehe oben S. 122 f.

³⁰ *Kubis* in: MüKo AktG § 119 Rdn. 1 f.; In der Praxis lassen sich diese beiden Bereiche jedoch nicht präzise trennen, s. *Kubis* in: MüKo AktG § 119 Rdn. 2.

³¹ *Kubis* in: MüKo AktG § 119 Rdn. 1; *Hüffer*, AktG § 119 Rdn. 1.

³² Siehe oben S. 122 f.

³³ *Kubis* in: MüKo AktG § 119 Rdn. 2; *Hüffer*, AktG § 119 Rdn. 1; § 82, Rdn. 11.

³⁴ *Hüffer*, AktG § 119 Rdn. 10.

³⁵ *Semler* in: MüHdb GR AG § 34 Rdn. 8; *Zöllner* in: KölnKomm AktG § 119 Rdn. 43.

der AG in großem Umfang möglich, die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung statutarisch zu erweitern.³⁶ Die Gesellschafterversammlung hat aufgrund ihrer Allzuständigkeit, die Möglichkeit nahezu jede Geschäftsführungsangelegenheit an sich zu ziehen und statt anderer Organe zu entscheiden.³⁷ Die Geschäftsführer können daher zum bloßen Ausführungsorgan herabgestuft werden³⁸. Ergänzt wird die Allzuständigkeit durch die Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG, die den Gesellschaftern im Unterschied zu den Aktionären die Möglichkeit gibt, die Geschäftspolitik zu bestimmen.³⁹

Ein weiteres wichtiges Kriterium bei der Kompetenzverteilung zwischen den Organen ist die Kompetenz zur Wahl der Geschäftsführung, da mit ihr die Ausrichtung der Geschäftsführung verbunden ist. Gemäß § 101 Abs. 1 AktG wählt die Hauptversammlung grundsätzlich die Mitglieder des Aufsichtsrates, welcher wiederum gemäß § 84 Abs. 1 AktG die Vorstandsmitglieder bestellt. Die Besetzung des Vorstandes kann die Hauptversammlung somit nur mittelbar durch die Wahl des Aufsichtsrates beeinflussen. Die Einflussmöglichkeiten insb. von Minderheitsaktionären auf die Zusammensetzung des Vorstandes und auf die Geschäftspolitik sind daher gering.

Anders als bei der AG ist bei der GmbH die Gesellschafterversammlung für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG unmittelbar zuständig.⁴⁰ Ihr Einfluss auf die Geschäftsführung ist auch aufgrund dieser Kompetenz deutlich höher als der der Aktionärsversammlung.

Der Vergleich der Gesellschafterversammlung der GmbH mit der der AG macht deutlich, dass es bei der GmbH aufgrund der Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, Geschäftsleitungsmaßnahmen an sich zu ziehen und ihrer Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern, eine Kompetenzverschiebung zu ihren Gunsten gibt.

2. Auswirkung der Unterschiede zwischen der Gesellschafterversammlung bei AG und GmbH auf die Kodexanwendung

Zu untersuchen ist, ob der in groben Zügen das Aktiengesetz widerspiegelnde DCGK zugleich die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung der GmbH nachbildet. Bei dieser Untersuchung ist maßgeblich, welche Befugnisse der Kodex der Hauptversammlung zuweist und ob diese Kompetenzen denjenigen der GmbH entsprechen.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Ziff. 2.2.1 S. 2 DCGK, die einen Katalog von Entscheidungskompetenzen der Hauptversammlung enthält, welche den in § 119 Abs. 1 AktG geregelten Zuständigkeiten der Hauptversammlung entsprechen. Zu diesen Kompetenzen gehören die Entscheidung über die Gewinnverwendung, die Entscheidung

³⁶ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 5.

³⁷ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 89.

³⁸ Siehe oben S. 123 f.

³⁹ Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG § 37 Rdn. 30, § 52 Rdn. 60.

⁴⁰ Vgl. unten S. 136.

über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Wahl der Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat sowie die Wahl des Abschlussprüfers.

Darüber hinaus enthält Ziff. 2.2.1 S. 3 DCGK die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung über die Satzung und den Gegenstand der Gesellschaft sowie „*wesentliche unternehmerische Maßnahmen*“. Was unter diesem Terminus zu verstehen ist, konkretisieren die in der Ziffer enthaltenen Regelbeispiele. Als wesentliche unternehmerische Maßnahmen werden Unternehmensverträge, Umwandlungen, die Ausgabe neuer Aktien und von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen sowie die Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien genannt. Der Zweck des S. 3 dieser Kodexregelung ist es, die sich aus verschiedenen gesetzlichen Vorschriften ergebenden Zuständigkeitsbereiche der Hauptversammlung für bestimmte Grundlagenentscheidungen⁴¹ und die sich aus § 119 Abs. 2 AktG ergebende Vorlagepflicht⁴² des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung in den Kodex zu integrieren.

Für eine entsprechende Anwendbarkeit des Kodexes auf die GmbH ist zu untersuchen, ob die in Ziff. 2.2.1 S. 2 und 3 DCGK genannten Kompetenzen auch der Gesellschafterversammlung der GmbH unterliegen. Bei der GmbH hat die Gesellschafterversammlung die Entscheidungskompetenz über die Ergebnisverwendung gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG. Für die Entlastung der Geschäftsführer ist sie gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG zuständig. Die Entlastung des Aufsichtsrates ist zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben,⁴³ es ist jedoch anerkannt, dass auch der Aufsichtsrat einen Anspruch auf Entlastung durch die Gesellschafterversammlung hat.⁴⁴ Die Gesellschafterversammlung hat die Pflicht zur Wahl der Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 AktG analog;⁴⁵ die Pflicht zur Wahl des Abschlussprüfers durch die Gesellschafterversammlung begründet § 318 Abs. 1 HGB i. V. m. § 48 GmbHG und die Kompetenz zur Entscheidung über die Satzung und den Gegenstand der Gesellschaft steht der Gesellschafterversammlung gemäß § 53 i. V. m. § 3 GmbHG zu.

Für die als wesentliche unternehmerische Maßnahmen genannten Beispiele in Ziff. 2.2.1 S. 3 DCGK weist das GmbH-Recht der Gesellschafterversammlung ebenfalls die Entscheidungskompetenz zu. So ist diese für Unternehmensverträge⁴⁶, Umwandlungen gemäß §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1, 193 Abs. 1, 241 UmwG, die Kapitalerhöhung als Satzungsänderung gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG sowie die Ausgabe von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen

⁴¹ Hierzu gehören die in der Ziffer genannten Grundlagenzuständigkeiten, nämlich der Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen gemäß §§ 293 Abs. 1, 295 Abs. 1 AktG, Umwandlungen nach dem UmwG, die Ausgabe neuer Aktien gemäß §§ 182, 192, 202, 207, 221 AktG und Wandel- und Optionsschuldverschreibungen gemäß § 221 AktG sowie der Erwerb neuer Aktien gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 7 und 8 AktG, s. hierzu genauer Ringleb/ *Kremer/ Lutter/ Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 2.2.1 Rdn. 244.

⁴² Siehe oben S. 122.

⁴³ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 76.

⁴⁴ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 76.

⁴⁵ S. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 InvG, § 24 Abs. 2 MgVG, § 52 Abs. 1 GmbHG; hinsichtlich mitbestimmter Aufsichtsräte nach dem MitbestG s. § 8 ff. MitbestG.

⁴⁶ S. *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG SchlAnhKonzernR Rdn. 55 ff.; *Lutter/ Hommelhoff* GmbHG Anh § 13 Rdn. 36 ff., 62.

gemäß § 221 AktG analog zuständig.⁴⁷ Auch für den Erwerb eigener Geschäftsanteile bedarf es nach h. M. eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung.⁴⁸ Zudem hat auch bei der GmbH die Gesellschafterversammlung das *Recht* über wesentliche unternehmerische Maßnahmen zu entscheiden, da sie die grundsätzliche Möglichkeit hat, jede Geschäftsführungsmaßnahme an sich zu ziehen und an Stelle der Geschäftsführer zu entscheiden.

Darüber hinaus bejaht das neuere Schrifttum⁴⁹ eine *Vorlagepflicht* der GmbH-Geschäftsführer an die Gesellschafterversammlung bei ungewöhnlichen Geschäften. Daraus folgt, dass die GmbH-Gesellschafterversammlung entsprechend Ziff. 2.2.1 S. 2 und 3 DCGK ebenso wie die Hauptversammlung der AG über „*wesentliche unternehmerische Maßnahmen*“ zu entscheiden hat. Es ist somit festzuhalten, dass eine entsprechende Anwendung des Kodexes auf die GmbH bzgl. der in Ziff. 2.2.1 S. 2 und 3 DCGK enthaltenen Kompetenzen grundsätzlich möglich ist.

Dem Strukturbild der AG entsprechend erwähnt der Kodex jedoch nicht, dass es der Gesellschafterversammlung einer GmbH aufgrund ihrer Allzuständigkeit möglich ist, Geschäftsführungsmaßnahmen an sich zu ziehen und an Stelle der Geschäftsführer zu entscheiden. Publiziert eine GmbH ihre entsprechende Anwendung des Kodexes, so verursacht jedoch gerade dies Unklarheiten. Demjenigen, der sich unter Zuhilfenahme des Kodexes über die Kompetenzverteilung der GmbH informieren möchte, wird nicht deutlich, dass der Gesellschafterversammlung nicht nur die in Ziff. 2.2.1 DCGK enthaltenen Kompetenzen, sondern darüber hinaus nahezu jede weitere Geschäftsführungsmaßnahme zusteht. Selbst wenn die Allzuständigkeit bei der entsprechenden Gesellschaft statutarisch abbedungen wäre, so könnte die Gesellschafterversammlung diese jederzeit durch Satzungsänderung wieder einführen. Daraus folgt, dass eine entsprechende Anwendbarkeit der Kodexziffer zwar grundsätzlich möglich ist, aber das Strukturbild des Kodexes auch bzgl. der Kompetenzen der Anteilseigner nicht auf die GmbH zugeschnitten ist und durch eine entsprechende Anwendung verzerrt wird.

III. Stellung des Aufsichtsrats bei AG und GmbH

Eine Vielzahl der Vorschriften des DCGK beziehen sich auf den Aufsichtsrat. Bei einem Vergleich des Aufsichtsrats der GmbH mit dem der AG fällt maßgeblich ins Gewicht, dass

⁴⁷ Müller in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 29 Rdn. 111.

⁴⁸ Für einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss *Hohner/ Paura* in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 33 Rdn. 41; Für einen einfachen Mehrheitsbeschluss: *Roth/ Altmeyen* GmbHG § 33 Rdn. 20; a. A. *Lutter/ Hommelhoff* GmbHG § 33 Rdn. 15, *Westermann* in: Scholz GmbHG § 33 Rdn. 41, die gar keinen Gesellschafterbeschluss fordern.

⁴⁹ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 76; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 37 Rdn. 10; *Lenz* in: Michalski, GmbHG § 37 Rdn. 14 f.; *Marsch-Barner/ Diekmann* in: MüHdb GR GmbH § 44 Rdn. 55 m. zahlr. w. Nw.

ein Aufsichtsrat bei der AG obligatorisch zu bilden ist,⁵⁰ während er bei der GmbH i. d. R. fakultativ und nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zwingend ist.⁵¹

1. Obligatorischer Aufsichtsrat der GmbH

Das DrittelbG, das MitbestG, das MontanMitbestG, das MontanMitbestGErgG das InvG⁵² und MgVG schreiben der GmbH bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Einrichtung eines obligatorischen Aufsichtsrates vor.⁵³ Zu diesen Voraussetzungen gehört regelmäßig⁵⁴ eine bestimmte Mindestarbeitnehmerzahl.⁵⁵ Die auf diesen obligatorischen Aufsichtsrat anwendbaren Vorschriften ergeben sich aus den jeweiligen mitbestimmungsrechtlichen Gesetzen. Regelmäßig enthalten diese Gesetze Regelungen zu Wahl, Zusammensetzung und Bestellung sowie zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und verweisen im Übrigen auf die aktiengesetzlichen Vorschriften zum Aufsichtsrat. Liegen pauschale Verweisungen auf das AktG vor, so ist die entsprechende Anwendbarkeit der jeweiligen aktienrechtlichen Vorschriften detailliert zu prüfen, da diese Vorschriften auf den Aufsichtsrat der AG zugeschnitten sind. Sie hängt von der Beantwortung der Fragen ab, ob eine planwidrige Regelungslücke und eine ähnliche Interessenlage für den Aufsichtsrat der GmbH bestehen.

a) DrittelbG

Gemäß § 1 Abs. 1 DrittelbG⁵⁶ besteht für verschiedene Rechtsformen, zu denen auch die GmbH gehört, die Pflicht, einen mit einem Drittel an Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat zu bilden, wenn sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und eine Mitbestimmungspflicht weder nach MitbestG noch nach sonstigen Vorschriften besteht.⁵⁷ Der Aufsichtsrat setzt sich i. d. R. ebenso wie der der AG aus mindestens drei Mitgliedern zusammen.⁵⁸

§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG enthält für den in einer GmbH zu bildenden Aufsichtsrat eine zwingende⁵⁹ Verweisung auf verschiedene für den Aufsichtsrat relevante Normen des AktG.

⁵⁰ Hoffmann-Becking, MüHdb GR AG § 28 Rdn. 8.

⁵¹ Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbH § 48 Rdn. 1 ff.

⁵² S. § 6 Abs. 2 InvG.

⁵³ Zum obligatorischen Aufsichtsrat s. genauer Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbH § 48 Rdn. 3, 92 ff.; Roth/ Altmeyen, GmbHG § 52 Rdn. 36; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 52 Rdn. 22 ff., Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 26.

⁵⁴ Dies gilt nicht für das InvG und nur eingeschränkt für das MgVG (s. § 5 MgVG).

⁵⁵ Memento GesellschaftsR, Rdn. 2970 ff.; Weiler, NGZ 2004, 988; Schilling, BB 1995, 109.

⁵⁶ Das DrittelbG vom 18.05.2004 (BGBl I 2004, 974) hat das BetrVerfG vom 11.10.1952 (BGBl. I S. 681) abgelöst, das in § 77 Abs. 1 die gleichen Voraussetzungen für den obligatorischen Betriebsrat aufstellte; s. Huke/ Prinz, BB 2004, S. 2633 ff.

⁵⁷ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 132; Ausnahmen bestehen zudem für Tendenzunternehmen, s. § 1 Abs. 2 und 3 DrittelbG.

⁵⁸ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 148.

⁵⁹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 145.

§ 5 Der DCGK und die GmbH

Diese regeln die Zusammensetzung und die Rechte und Pflichten des drittelmitbestimmten Aufsichtsrates entsprechend dem Aufsichtsrat der AG. Eine abweichende Satzungsregelung ist nur dort möglich, wo innerhalb der jeweiligen Norm des Aktiengesetzes ein entsprechender Spielraum besteht.⁶⁰ Die in §§ 4 ff. DrittelbG enthaltenen Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Bezug auf die Arbeitnehmervertreter und ihre Wahl ergänzen diese aktiengesetzlichen Normen und sind weitgehend unabdingbar.⁶¹ Für den nach DrittelbG zu bildenden Aufsichtsrat einer GmbH ist somit in weitem Umfang das AktG analog anwendbar.

Bzgl. der Anwendung des DCGK ist mangels einer gänzlichen Verweisung durch das DrittelbG auf das Aktiengesetz für jede einzelne Kodexregelung zu prüfen, ob ihre Anwendung für dem DrittelbG unterliegende GmbH sinnvoll ist.

Die Zahl der GmbH, die derzeit der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen, wurde zum 01.01.2005 mit 7.000 angegeben.⁶²

b) MitbestG

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG begründet für GmbH und bestimmte weitere Rechtsformen die Pflicht zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats, wenn sie mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen und eine Mitbestimmung nicht bereits aufgrund des MontanMitbestG oder des MontanMitbestGERgG vorliegt.⁶³ Der Aufsichtsrat ist paritätisch aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zu besetzen, wobei sich unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer eine bestimmte Zahl an Gewerkschaftsmitgliedern befinden muss.⁶⁴ In den §§ 6 ff. MitbestG finden sich Vorschriften zur Bildung, Zusammensetzung und Bestellung des Aufsichtsrates und § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG regelt die entsprechende Anwendung der dort genannten, den Aufsichtsrat betreffenden Vorschriften des AktG, soweit die Vorschriften des MitbestG nicht entgegenstehen.⁶⁵

Für die Anwendung des DCGK gilt das für die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH Gesagte entsprechend. Da auch bei ihr kein pauschaler Verweis auf das AktG stattfindet, muss die entsprechende Anwendbarkeit jeder Kodexregel bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH gesondert geprüft werden.

⁶⁰ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 145.

⁶¹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 146.

⁶² Müller, BB 2006, 837, 841; Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rdn. 894, schätzt, dass nicht mehr als 10.000 GmbH einer Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen.

⁶³ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 249, 251; Marsch-Barner/ Diekmann in: MÜHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 140; Beachte: Eine Ausnahme besteht gemäß § 1 Abs. 4 MgVG für Tendenzunternehmen. Sie unterliegen nicht dem MitbestG.

⁶⁴ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 259 ff.; Marsch-Barner/ Diekmann in: MÜHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 143 ff.

⁶⁵ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 253.

Eine aktuelle Zahl der GmbH, die dem MitbestG unterliegen, kann nicht genannt werden. Im Jahr 1988 betrug sie 188⁶⁶. Für den 01.01.2005 findet sich die Zahl 400.⁶⁷

c) MontanMitbestG und MontanMitbestGErgG

Gemäß § 1 MontanMitbestG ist ein Aufsichtsrat in Unternehmen des Bergbaus sowie der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie für GmbH obligatorisch, wenn bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen 1000 Arbeitnehmer beschäftigt sind.⁶⁸ Die §§ 3 ff. MontanMitbestG regeln Zusammensetzung, Wahl und Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder einer montanmitbestimmten GmbH. Gemäß § 4 MontanMitbestG besteht der Aufsichtsrat aus elf Mitgliedern, von denen vier Anteilseigner- und vier Arbeitnehmervertreter – zzgl. jeweils eines weiteren Mitgliedes und eines darüber hinausgehenden weiteren Mitgliedes – sind. Die weiteren Mitglieder müssen gemäß § 4 Abs. 2 MontanMitbestG bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Sie dürfen z. B. keine Gewerkschaftsvertreter sein oder als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber in dem Unternehmen tätig sein. Das MontanMitbestG verweist in § 2 auf die Vorschriften des AktG und des GmbHG, soweit diese nicht den Vorschriften des MontanMitbestG widersprechen.

Das MontanMitbestGErgG ergänzt das MontanMitbestG für Montankonzerne.⁶⁹ § 3 Abs. 1 S. 1 MontanMitbestGErgG regelt für Konzerne, dass in herrschenden Unternehmen, in denen kein mitbestimmter Aufsichtsrat nach dem MontanMitbestG besteht, dennoch ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten ist, wenn der Unternehmenszweck des Konzerns durch Konzernunternehmen und abhängige Unternehmen gekennzeichnet ist, die unter das MontanMitbestG fallen. § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestGErgG stellt klar, dass diese Regelung auch für GmbH Geltung entfalten soll. § 3 Abs. 2 MontanMitbestGErgG bestimmt, dass eine solche Kennzeichnung des Unternehmenszwecks anzunehmen ist, wenn die Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen mindestens ein Fünftel der Umsätze des gesamten Konzerns erzielen oder diese mehr als ein Fünftel der Arbeitnehmer aller Arbeitnehmer des Konzerns beschäftigen.⁷⁰ § 5 MontanMitbestGErgG regelt, dass der Aufsichtsrat regelmäßig aus fünfzehn Mitgliedern bestehen muss, wobei neben einem weiteren Mitglied sieben Anteilseigner- und sieben Arbeitnehmervertreter sein müssen. Das MontanMitbestGErgG enthält keine pauschale Verweisung auf andere Gesetze; es nimmt jedoch im Einzelfall auf Vorschriften anderer Gesetze, insb. des MontanMitbestG und des AktG Bezug.

Aus der fehlenden pauschalen Verweisung auf das AktG durch das MontanMitbestG und das MontanMitbestGErgG folgt, dass für die nach diesen Gesetzen mitbestimmten GmbH ebenso wie bei den nach DrittelbG und nach MitbestG mitbestimmten GmbH eine konkrete Prüfung der Anwendbarkeit der Kodexregelungen erforderlich wäre. Allerdings besteht geringe praktische Relevanz dieser Gesetze, da die in der Literatur angegebene Anzahl montanmit-

⁶⁶ S. Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rdn. 893.

⁶⁷ S. Müller, BB 2006, 837, 841.

⁶⁸ Raiser/ Heermann in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52 Rdn. 8.

⁶⁹ Raiser/ Heermann in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52 Rdn. 9.

⁷⁰ Raiser/ Heermann in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52 Rdn. 9

§ 5 Der DCGK und die GmbH

bestimmter GmbH gegen Null tendiert.⁷¹ Demzufolge ist von einer Untersuchung der entsprechenden Anwendbarkeit der Kodexregelungen auf diese GmbH mangels praktischer Relevanz Abstand zu nehmen. Es wird daher in der Folge nicht genauer auf das MontanMitbestG und das MontanMitbestGErgG eingegangen.

d) § 6 Abs. 2 InvG

Kapitalanlagegesellschaften⁷² in der Rechtsform der GmbH haben gemäß § 6 Abs. 2 InvG einen Aufsichtsrat zu bilden. Ein Verweis des InvG auf eine Reihe aktienrechtlicher Normen regelt, dass sich die Zusammensetzung, sowie die Rechte und Pflichten dieses obligatorischen Aufsichtsrates aus aktiengesetzlichen Vorschriften bestimmen. Die Verweisung ist sehr umfangreich und erfasst bis auf § 115 AktG (Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder) sämtliche Vorschriften des Abschnitts „*Aufsichtsrat*“. Folglich ist zwar auch hier für den Einzelfall zu prüfen, ob eine Anwendung der Kodexregelungen mit Bezug auf den Aufsichtsrat für diese GmbH sinnvoll ist. Die weitreichende⁷³ Verweisung auf die aufsichtsratlichen Vorschriften des AktG und fehlende modifizierende Vorschriften im InvG führen jedoch zu der Annahme, dass eine Anwendbarkeit der aufsichtsratlichen Kodexregelungen tendenziell zu bejahen ist.

e) MgVG

Das MgVG⁷⁴ regelt seinem Namen entsprechend die Thematik der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Zu unterscheiden ist die Mitbestimmung kraft Vereinbarung von derjenigen kraft Gesetzes.

Bei einer Mitbestimmung kraft Vereinbarung handeln die Unternehmensleitungen und ein besonderes Verwaltungsgremium⁷⁵ die Regelungen über die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gemäß §§ 22 ff. MgVG individuell aus. Aus diesem Grunde können für diese obligatorisch mitbestimmten GmbH keine allgemeinen Aussagen darüber gemacht werden, ob die Vorschriften des DCGK zum Aufsichtsrat für sie interessengerecht sind.

Liegen die Voraussetzungen für eine Mitbestimmung kraft Gesetzes i. S. d. §§ 23 ff. MgVG vor und handelt es sich bei der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft um eine GmbH, so ist ebenfalls obligatorisch ein Aufsichtsrat zu bilden. Für diesen sind gemäß § 24 Abs. 2 MgVG die aktienrechtlichen Vorschriften zum Aufsichtsrat weitgehend⁷⁶ entsprechend anwendbar, soweit nicht das MgVG etwas anderes bestimmt. Spezialgesetzliche Vorschriften enthält das MgVG für die Bereiche Sitzverteilung, Abberu-

⁷¹ S. *Lutter/ Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rdn. 893; *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 280 ff.; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 52, Rdn. 1.

⁷² Siehe oben S. 113.

⁷³ Keine Verweisung findet durch das InvG auf § 84 AktG statt.

⁷⁴ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung v. 21.12.2006, BGBl. I S. 3332.

⁷⁵ S. §§ 6 ff. MgVG.

⁷⁶ Ebenso wie das InvG verweist auch das MgVG nicht auf § 84 AktG (s. o. Fn. 73).

fung, Anfechtung, Rechtsstellung und innere Ordnung des Aufsichtsrats. Aus § 24 Abs. 3 MgVG folgt, dass diese Vorschriften nicht statutarisch abdingbar sind. Aufgrund der weitgehenden unabdingbaren Verweisung auf die Vorschriften zum Aufsichtsrat im AktG ist anzunehmen, dass die Kodexregelungen auf diese mitbestimmten GmbH in weitem Umfang unproblematisch entsprechend angewendet werden können.

Ergänzend erwähnt sei, dass sich für das Jahr 2006 die Angabe von 7.400 als Gesamtzahl für sämtliche mitbestimmten GmbH findet.⁷⁷ Basierend auf diesem Wert lässt sich ein Anteil der mitbestimmten GmbH von unter 1 % an allen GmbH errechnen.

2. Fakultativer Aufsichtsrat der GmbH

Ist ein Aufsichtsrat für eine GmbH nicht zwingend vorgeschrieben,⁷⁸ so hat sie die Möglichkeit seiner fakultativen Einrichtung.

Der fakultative Aufsichtsrat der GmbH ist in § 52 GmbHG geregelt. Abs. 1 dieser Norm verweist auf die Paragraphen des AktG, deren Regelungsinhalte sich auf den Aufsichtsrat beziehen.⁷⁹ Bei ihrer Anwendung sind der von der AG abweichende Charakter der GmbH und insbesondere die i. d. R. stärkere Beteiligung der Gesellschafter an der Geschäftsführung zu berücksichtigen.⁸⁰ § 52 Abs. 1 GmbHG ist nicht zwingend und kann daher statutarisch abbedungen oder ergänzt werden.⁸¹ Demgegenüber sind die Abs. 2 und 3 für den freiwillig eingerichteten Aufsichtsrat zwingend. Während Abs. 2 sicher stellt, dass die Urkunden über die Bestellung des Aufsichtsrates und die Liste der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister eingereicht und stets aktualisiert werden, setzt Abs. 3 die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten auf fünf Jahre fest. Darüber hinaus gibt es einige wenige weitere im GmbHG enthaltene zwingende Vorschriften für den fakultativen Aufsichtsrat.⁸²

Bei der Beurteilung, ob eine entsprechende Anwendung des DCGK auf die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat Sinn macht, wirkt erschwerend, dass aufgrund der großen Gestaltungsfreiheit⁸³ der gesetzlichen Vorschriften eine pauschale Prüfung der Anwendbarkeit der Kodexregelungen für sämtliche GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat unmöglich ist. Damit eine solche Prüfung sinnvoll ist und sich nicht in Einzelfallprüfungen verliert, wird sie sich in der Folge auf das in § 52 GmbHG stipulierte Grundmodell beschränken.

⁷⁷ Müller, BB 2006, 837, 841.

⁷⁸ Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn sie weniger als 500 Arbeitnehmer hat und keine Kapitalanlagegesellschaft ist, so Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 21, der allerdings das MgVG bei seinen Betrachtungen außen vor lässt.

⁷⁹ Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdbGR GmbHG § 48 Rdn. 12.

⁸⁰ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 30.

⁸¹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 24 ff.

⁸² Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 25.

⁸³ S. Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 13; Memento GesellschaftsR Rdn. 2930 ff.; Schmidt, K., GR § 36 IV 2 f., S. 1109 f.

In der Praxis gibt es den fakultativen Aufsichtsrat relativ selten. Er lässt sich insbesondere bei GmbH mit gemeinnützigen Zwecken oder bei solchen GmbH finden, die der Unterstützung von Gemeinden oder Gemeindeverbänden auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge dienen,⁸⁴ also insbesondere dort, wo Bereiche der öffentlichen Verwaltung privatisiert wurden.⁸⁵

3. Vergleich der Aufsichtsräte bei der AG und der GmbH

Die Unterschiede bzgl. des Aufsichtsrats bei der AG und der GmbH spiegeln sich insbesondere in der Kompetenzverteilung wider.

Hauptaufgabe des Aufsichtsrates bei der AG ist die Überwachung der Geschäftsführung gemäß § 111 Abs. 1 AktG. Diese Kompetenz besteht bei der AG und auch bei der GmbH ausschließlich in Bezug auf den Vorstand bzw. die Geschäftsführer.⁸⁶ Der Aufsichtsrat ist daher nicht befugt, die Gesellschafterversammlung im Falle ihrer Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben zu kontrollieren.⁸⁷ Letzteres gilt für alle GmbH mit Aufsichtsrat und ist unabhängig davon, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat obligatorisch zu bilden oder ob er fakultativ ist. Daraus folgt, dass die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates bei der GmbH durch die Kompetenzzuweisung von Geschäftsführungsmaßnahmen an die Gesellschafterversammlung untergraben werden kann.

Keine Unterschiede ergeben sich bei einem Vergleich des Aufsichtsrats von GmbH und AG bezüglich der Übertragbarkeit von Geschäftsführungskompetenzen auf den Aufsichtsrat. Bei der AG ist eine solche Übertragung gemäß § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht möglich.⁸⁸ Dies gilt entsprechend für die GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat.⁸⁹ Die Satzung der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat kann hiervon abweichen und dem Aufsichtsrat Zuständigkeiten in Geschäftsführungsangelegenheiten zuerkennen, was neben oder anstelle der Gesellschafterversammlung möglich ist.⁹⁰ Dies geht sogar so weit, dass die Gesellschafterversammlung dem Aufsichtsrat ein Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern einräumen kann.⁹¹ Auch bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat können aber die wenigen Aufgaben nicht

⁸⁴ Schilling, BB 1995, 109, 110; Harder/ Ruter, GmbHR 1995, 813 f.

⁸⁵ Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 6 Rdn. 270.

⁸⁶ Hüffer, NZG 2007, 47.

⁸⁷ Zöllner/ Hueck in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 97, 220, 289; Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG § 52 Rdn. 60; Raiser/ Heermann in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52 Rdn. 86; Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbH § 48 Rdn. 50.

⁸⁸ Hüffer, NZG 2007, 47.

⁸⁹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 230.

⁹⁰ BGHZ 43, 261, 264, in diesem Fall hatte die Gesellschafterversammlung eigene Befugnisse einem „Schiedsgericht“ übertragen; Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 113 m. w. Nw.; U. H. Schneider in: Scholz GmbHG § 52 Rdn. 161 m. v. w. Nw.

⁹¹ So auch U. H. Schneider in: Scholz GmbHG § 52 Rdn. 161 m. v. w. Nw.

auf den Aufsichtsrat übertragen werden, die unentziehbar zu den Kompetenzen der Geschäftsführer gehören^{92, 93}.

Ebenso wie dem Aufsichtsrat der AG können dem Aufsichtsrat der GmbH jedoch nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG analog statutarisch Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Arten von Geschäften eingeräumt werden. Aber auch im Bereich der zustimmungsbedürftigen Geschäfte hat die Gesellschafterversammlung im Vergleich zur Hauptversammlung höhere Einflussmöglichkeiten. Während erstere zur Überwindung einer Zustimmungsverweigerung nach h. M. einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf, benötigt letztere nach § 111 Abs. 4 S. 4 und 5 AktG unabdingbar einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen.⁹⁴

Wie bereits erwähnt, liegt bei der AG die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer beim Aufsichtsrat, während dies bei der GmbH grundsätzlich Aufgaben der Gesellschafterversammlung sind⁹⁵. Es sei konkretisiert, dass dies ebenso für GmbH ohne Aufsichtsrat wie für nach dem DrittelbG⁹⁶ und § 24 Abs. 2 MgVG⁹⁷ mitbestimmte GmbH, Kapitalanlagegesellschaften in der Rechtsform der GmbH⁹⁸ und die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat gilt.⁹⁹ Bei der nach MitbestG mitbestimmten GmbH ist hingegen der Aufsichtsrat zur Bestellung und zum Widerruf der Bestellung der gesetzlichen Vertreter verpflichtet.¹⁰⁰ Aus dieser Kompetenzverteilung ergeben sich bei den zuerst genannten GmbH ebenfalls Unterschiede zur AG.

⁹² Siehe oben S. 123.

⁹³ *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 26.*

⁹⁴ Streitig ebenso *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 114; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, § 52 Rdn. 11; Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 829 m. w. Nw; Koppensteiner* in: *Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 52 Rdn. 13; Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG, § 52 Rdn. 146; a. A. Raiser, MitbestG, § 25 Rdn. 81; Hommelhoff, ZGR 1978, 119, 153.*

⁹⁵ Siehe oben S. 127.

⁹⁶ *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 46 Rdn. 33, § 52 Rdn. 229.*

⁹⁷ § 24 Abs. 2 MgVG enthält keine Verweisung auf § 84 AktG, so dass § 46 Nr. 5 GmbHG uneingeschränkte Anwendung finden dürfte.

⁹⁸ Ebenso wie § 24 Abs. 2 MgVG enthält § 6 Abs. 2 InvG keine Verweisung auf § 84 AktG, so dass § 46 Nr. 5 GmbHG uneingeschränkte Anwendung finden dürfte; so wohl auch *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 284, 289, aber widersprüchlich s. Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 33.*

⁹⁹ *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 112; Marsch-Barner/ Diekmann* in: *MüHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 63, sie halten eine statutarische Abbedingung jedoch für möglich.*

¹⁰⁰ Dies ergibt sich für die nach MitbestG mitbestimmte GmbH aus § 31 Abs. 1 MitbestG i. V. m. § 84 Abs. 1 AktG analog; s. *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 274; a. A. Marsch-Barner/ Diekmann, die bzgl. der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer bei dem nach MitbestG mitbestimmten Aufsichtsrat pauschal auf den fakultativen Aufsichtsrat verweisen, s. MüHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 118, 163; Für die nach MontanMitbestG mitbestimmte GmbH gilt dies ausdrücklich gemäß § 12 MontanMitbestG.*

4. Auswirkung der Unterschiede bei den Aufsichtsräten von GmbH und AG auf die Kodexanwendung

Weitere Unterschiede hat der Vergleich des Aufsichtsrates bei GmbH und AG ergeben: Während der Aufsichtsrat bei der GmbH die Ausnahme ist, ist er bei der AG die Regel. Der DCGK geht von dem Bestehen eines Aufsichtsrates aus und enthält in zwei von sechs Kapiteln Regelungen zur Thematik „*Aufsichtsrat*.“ Dies sind zum einen das Kapitel „*Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat*“ und zum anderen das Kapitel „*Aufsichtsrat*“. Daraus folgt, dass der Kodex in weiten Teilen für die Mehrzahl der GmbH mangels Vorliegens eines Aufsichtsrates nicht anwendbar ist. Wendet eine GmbH ohne Aufsichtsrat den DCGK dennoch an, so kann dieser sein Ziel, das deutsche Corporate Governance-System für den Anleger „*transparenter und nachvollziehbar*“¹⁰¹ zu machen, aufgrund der hohen Zahl von Regelungen zum Aufsichtsrat nicht erfüllen.

Aber auch wenn ein Aufsichtsrat bei der GmbH existiert, können die auf die AG zugeschnittenen Kodexregelungen nicht pauschal von der GmbH angewandt werden. Dies beruht insbesondere darauf, dass die verschiedenen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften unterschiedliche Regelungsinhalte haben und in unterschiedlichem Maße auf das AktG verweisen. Bei GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat können aufgrund der weitgehenden Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften starke Abweichungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts bestehen, die sich wiederum auf die Umsetzung des Kodexes auswirken.

Auch bzgl. des Aufsichtsrats soll an dieser Stelle ein kurzer Blick auf die wichtigsten seine Aufgaben betreffenden Kodexregelungen – auf Ziff. 5.1.1 DCGK und Ziff. 5.1.2 DCGK – geworfen werden. Ziff. 5.1.1 S. 1 DCGK ist Muss-Vorschrift¹⁰² für die AG und enthält als Hauptaufgabe des Aufsichtsrates die Überwachung und Beratung des Vorstandes bei der Leitung des Unternehmens. Auch bei der GmbH obliegen dem Aufsichtsrat die Überwachung und Beratung der Geschäftsführung,¹⁰³ so dass einer anlogenen Anwendung dieser Ziffer durch die GmbH auf den ersten Blick nichts im Wege steht. Bei der GmbH fällt jedoch ins Gewicht, dass die GmbH-Gesellschafterversammlung Geschäftsführungsmaßnahmen an sich ziehen und dadurch die Überwachungsmöglichkeiten des Aufsichtsrates über Geschäftsführungsmaßnahmen untergraben kann. Bei einer unkommentierten Anwendung des Kodexes durch die GmbH wird somit nicht deutlich, dass die GmbH entweder keinen Aufsichtsrat hat oder dass seiner Überwachung weite Bereiche durch eine Übertragung von Geschäftsführungsmaßnahmen auf die Gesellschafterversammlung entzogen werden können.

Ziff. 5.1.2 S. 1 DCGK bestimmt entsprechend der Rechtslage bei der AG,¹⁰⁴ dass der Aufsichtsrat die Mitglieder des Vorstandes bestellt und entlässt. Auf die GmbH trifft diese Regelung nur für die nach dem MitbestG, dem MontanMitbestG und MontanMitbestGErgG mit-

¹⁰¹ S. Abs. 1 S. 2 Präambel DCGK.

¹⁰² Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 5.1.1 Rdn. 910 ff.

¹⁰³ Marsch-Barner/ Diekmann in: MüHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 2 ff.

¹⁰⁴ Vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG; Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 5.1.2 Rdn. 933 ff; s. a. Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, S. 367 ff.; Hüffer, AktG § 84 Rdn. 1 ff.

bestimmte GmbH¹⁰⁵ zu. Für fakultativ mitbestimmte GmbH oder solche die nach dem DrittelbG, dem InvG, dem MgVG¹⁰⁶ mitbestimmt sind, stimmt die Kodexregel hingegen nicht mit der Rechtslage überein¹⁰⁷. Allerdings ist es einer GmbH auch in den letztgenannten Fällen möglich die Ziff. 5.1.2 S. 1 DCGK umzusetzen, da die für diese GmbH geltenden Vorschriften statutarisch abdingbar sind.¹⁰⁸ Einer entsprechenden Anwendung dieser Kodexregelung steht somit für nach dem MitbestG, dem MontanMitbestG und dem MontanMitbestGErgG mitbestimmte GmbH nichts entgegen, während nach dem DrittelbG, dem InvG, dem MgVG oder fakultativ mitbestimmte GmbH diese nur nach Anpassung ihrer Satzung entsprechend befolgen können.

Die Untersuchung dieser beiden Ziffern zeigt, dass ein genauer Vergleich der Rechtslage mit dem Kodex notwendig ist, um die Anwendbarkeit von Kodexregelungen durch die GmbH beurteilen zu können. Anders als bei der AG wirkt bei der Kodexanwendung durch die GmbH erschwerend, dass aufgrund der verschiedenen gesetzlichen Ausformungen von obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat kein Einheitsmodell eines Aufsichtsrats besteht.

IV. Der Beirat bei der GmbH und der AG

Abzugrenzen ist der Aufsichtsrat vom Beirat, bei dem es sich um ein statutarisch vorgesehene Gremium in Personen- oder Kapitalgesellschaften handelt, das als Beratungsgremium agiert.¹⁰⁹ Die Benennung des Beirats ist vielfältig, so lassen sich in der Praxis Bezeichnungen wie Verwaltungsrat, Firmenbeirat, Gesellschafterausschuss, Familienrat, Gesellschaftergremium, Arbeitsausschuss oder Ältestenrat finden.¹¹⁰ Bei der AG besteht der fakultative Beirat zwangsläufig neben dem Aufsichtsrat, ist kein Organ und kann daher keine organchaftlichen Aufgaben übernehmen.¹¹¹ Demgegenüber kann er bei der GmbH die Funktion des Aufsichtsrats ausüben,¹¹² aber auch neben einem Aufsichtsrat eingerichtet werden und eigene Kompetenzen haben.

Mangels gesetzlicher Regelung ist der Gesellschaftsvertrag bei AG und GmbH die rechtliche Basis für den Beirat.¹¹³ Bei einer Umsetzung des DCGK ist es denkbar, dass der DCGK auch auf Unternehmen ohne Aufsichtsrat, die aber Beiräte haben, entsprechend angewandt wird

¹⁰⁵ Vgl. § 31 MitbestG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestGErgG.

¹⁰⁶ Gesagtes gilt für GmbH, wenn diese aus der grenzüberschreitenden Gesellschaft hervorgegangen sind, vgl. § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁰⁷ Siehe oben S. 130 ff.

¹⁰⁸ Ebenso *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 34; *Marsch-Barner/ Diekmann* in: MüHdb GR GmbHG § 48 Rdn. 63.

¹⁰⁹ Empirische Erhebungen über den Beirat finden sich bei *Deloitte*, Corporate Governance - Werte Schaffen und bewahren, S. 12 f.

¹¹⁰ *Huber*, Der Beirat, S. 1; *Marsch-Barner/ Diekmann* in: MüHdbGR GmbHG § 49 Rdn. 1; *Raiser/ Heermann* in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52 Rdn. 307 ff.

¹¹¹ *Hoffmann-Becking* in: MüHdb GR AG § 29 Rdn. 19; *Hüffer*, AktG § 95 Rdn. 4.

¹¹² *Schäfer*, Handelsblatt v. 15.03.2006 S. C1.

¹¹³ *Huber*, Der Beirat, S. 24. *Marsch-Barner/ Diekmann* in: MüHdbGR GmbHG § 48 Rdn. 14.

und bei der Anwendung der Beirat mit dem Aufsichtsrat gleichgesetzt wird. Die durch das Fehlen eines Aufsichtsrates bei der Kodexanwendung entstehende Lücke würde somit durch den Beirat geschlossen. Die Rechte und Pflichten eines Beirats sind jedoch regelmäßig statutarisch auf die individuellen Bedürfnisse des Unternehmens abgestimmt, so dass sich keine allgemeinen Aussagen über eine Anwendbarkeit des Kodexes bei einem freiwilligen Aufsichtsrat bzw. Beirat machen lassen.

V. Anleger- und Gläubigerschutz

Die hohe Zahl der unterkapitalisierten Gesellschaften und das hohe Insolvenzausfallrisiko¹¹⁴ führen bei der GmbH dazu, dass ihre *Gläubiger* besonders *schutzbedürftig* sind.¹¹⁵ Demgegenüber sind AG weit häufiger mit angemessenem Eigenkapital ausgestattet, weshalb Gläubiger eine Insolvenz regelmäßig seltener fürchten müssen. Während bei der GmbH die Verbesserung des *Gläubigerschutzes* fokussiert wird, wird folglich bei der AG die Verbesserung des *Anlegerschutzes* angestrebt.¹¹⁶ Letzteres ist erforderlich, da die Aktionäre grundsätzlich keine Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich Geschäftsführungsmaßnahmen, die GmbH-Gesellschafter jedoch weitreichende Alleinentscheidungsbefugnis haben.¹¹⁷

1. Gründe für ein Auseinanderfallen von Anleger- und Gläubigerinteressen bei der AG und der GmbH

Ein Gleichlauf zwischen Anleger- und Gläubigerinteressen findet in Kapitalgesellschaften regelmäßig statt, wenn die Gesellschaft sich in einer soliden wirtschaftlichen Situation m. a. W. im *unternehmerischen Normalbereich* befindet.¹¹⁸ Suchen die Gesellschafter ihren persönlichen Vorteil, so erweist sich dies zumeist zugleich als Vorteil der Gläubiger. Dies beruht darauf, dass beide Interessengruppen grundsätzlich an Gewinnen und nicht an Verlusten des Unternehmens interessiert sind.

Ein Auseinanderfallen von Anleger- und Gläubigerinteressen und insb. das Risiko der Missachtung der Gläubigerinteressen durch die Geschäftsführer und Gesellschafter findet demgegenüber vor allem *in der Gründungsphase, bei Ausschüttungen oder Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter* und *wenn das Unternehmen in eine Krise gerät*, statt.¹¹⁹ Bei der AG und der GmbH unterliegen diese Aspekte unterschiedlichen gesetzlichen Vorschriften, was die oben genannte divergierende Gewichtung von Gläubiger- und Anlegerschutz in beiden Rechtsformen verursacht.

¹¹⁴ Roth/ Altmeyen, GmbHG Einl. Rdn. 20; § 64 Rdn. 3.

¹¹⁵ Roth/ Altmeyen, GmbHG Einl. Rdn. 20; Pellens/ Kemper, ZGR 2008, 381 f.

¹¹⁶ Zu der Erfüllung der gesetzgeberischen Aufgabe einen weitgehenden Gläubigerschutz im Aktienrecht sicherzustellen s. Friedl, VR 1989, 14.

¹¹⁷ Siehe oben S. 126 f.

¹¹⁸ Teichmann, NJW 2006, 2444, 2446; Spindler, JZ 2006, 839, 842.

¹¹⁹ Teichmann, NJW 2006, 2444, 2446.

a) Die Gründungsphase

Die Haftungsbeschränkung von AG und GmbH führt bei beiden Rechtsformen zu einer asymmetrischen Risikoverteilung zwischen Gläubigern und Gesellschaftern zu Ungunsten Ersterer.¹²⁰ Das Mindestkapital der Gesellschaft soll als Verlustpuffer dazu dienen, dieses Ungleichgewicht abzufangen. Während dieses bei der GmbH 25.000,- € – die Ausnahme bildet die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – beträgt, bedarf es für die Gründung einer AG mindestens 50.000,- €. ¹²¹ Die geringe Spanne zwischen diesen Beträgen wirft die Frage auf, warum für die meisten AG ein ihrem tatsächlichen Kapitalbedarf entsprechendes Grundkapital weit über diesem Mindestkapital gewählt wird, während viele GmbH unter formeller oder gar materieller Unterkapitalisierung leiden.¹²²

aa) Angemessene Höhe des Stammkapitals

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH liegt ein möglichst geringes Eigenkapital im Interesse der Gesellschafter.¹²³ Grund hierfür ist, dass ihre Einlagen nicht gegen eine Aufzehrung durch Verluste der Gesellschaft geschützt sind.¹²⁴ Da ausreichendes Kapital wichtige Voraussetzung für die Durchführung und Aufrechterhaltung des Unternehmensgegenstandes ist, müssen Gesellschaften Fremdkapital in Form von Darlehen beschaffen. Kreditinstitute vergeben Darlehen an Kapitalgesellschaften jedoch nur unter der Prämisse, dass diese mit angemessenem Eigenkapital ausgestattet oder ausreichende Sicherheiten gewährt sind.

Aktionäre sind indes regelmäßig nicht zu einer Vergabe persönlicher Sicherheiten bereit, da sie ihre Aktien zu Investitionszwecken erwerben und ihre Verlustrisiken begrenzen wollen.¹²⁵ Möchte eine AG Kredite aufnehmen, so bleibt ihren Organen regelmäßig keine andere Wahl als für eine angemessene Eigenkapitalausstattung Sorge zu tragen.¹²⁶

Da die GmbH nicht in demselben Maße wie die AG eine Kapitalsammelfunktion einnimmt, ist bei ihr die Ausstattung mit angemessenem Stammkapital weitaus schwieriger. Ein Kreditinstitut wird bei einem geringen Stammkapital regelmäßig nur dann ein Darlehen an die GmbH vergeben, wenn einer der Gesellschafter persönliche Sicherheiten stellt. Die Bereitschaft der Gesellschafter zur Stellung von Sicherheiten ist höher, wenn diese ihre Gesellschafterstellung zur Durchführung unternehmerischer Tätigkeit und nicht zur bloßen Kapitalanlage eingenommen haben. Insbesondere in personalistisch-strukturierten GmbH besteht häufig aus Mangel an ausreichenden Mitteln der Gesellschafter und an Investitionsbereit-

¹²⁰ *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 382, 384.

¹²¹ Vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG, § 7 AktG.

¹²² Anzumerken ist, dass weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung des BGH eine Pflicht zu einer angemessenen Kapitalausstattung von AG und GmbH besteht (siehe oben S. 58); BGHZ 90, 381, 390; BGH WM 2008, 1220, 1123 (GAMMA); ebenso *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 13 Rdn. 11; *Eidenmüller/ Engert*, AG 2005, 97, 100.

¹²³ *Eidenmüller/ Engert*, AG 2005, 97, 105.

¹²⁴ *Roth/ Altmeyen*, § 13 Rdn. 65, § 30 Rdn. 6; *Hueck/ Fastrich* in: *Baumbach/ Hueck*, GmbHG § 13 Rdn. 8.

¹²⁵ S. auch *Teichmann* NJW 2006, 2444, 2445.

¹²⁶ *Eidenmüller/ Engert*, AG 2005, 97, 105.

schaft neuer Gesellschafter nicht die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung. Leistet ein Gesellschafter eine Sicherheit, so kann dieser *ferner* darauf hoffen, dass die GmbH ihre Darlehenschuld erfüllt und der Darlehensgeber ihn nicht in Anspruch nimmt. Eine Kapitalerhöhung hat demgegenüber stets die zumindest teilweise Leistungspflicht der Einlage des Übernehmers zur Folge.¹²⁷ Das Bestellen einer Sicherheit kann für die Gesellschafter *außerdem* den Vorteil haben, dass diese geringere Formerfordernisse als die Kapitalerhöhung und spätere Herabsetzung hat und somit mit geringem Aufwand durchführbar ist.¹²⁸ Gesellschafter personalistisch-strukturierter GmbH ziehen einer Kapitalerhöhung aus diesen Gründen regelmäßig die Gewährung von Sicherheiten vor.

Eine angemessene Kapitalausstattung der AG lässt sich folglich damit erklären, dass dieser ansonsten der Weg zu Krediten versperrt bliebe. Demgegenüber haben die Gesellschafter einer GmbH häufig nicht das Kapital ihre GmbH mit angemessenem Stammkapital auszustatten und müssen bei deren Kreditaufnahme eigene Sicherheiten stellen.

bb) Eigenkapital in Form von Grundkapital

Des Weiteren fragt sich, weshalb die Gründungsgesellschafter einer AG Eigenkapital regelmäßig *in Form von Grundkapital* aufbringen, während bei einer GmbH Eigenkapital häufiger auch auf andere Weise beschafft wird. Zu denken ist hierbei insb. an die Verpflichtung zur Zahlung eines Aufgeldes oder die Ausgabe anderer Beteiligungen.

Gemäß § 9 Abs. 2 AktG ist es der AG bei der Emission ausdrücklich gestattet, die Aktionäre zur Zahlung eines Geldbetrages über den Nennbetrag der übernommenen Aktien oder bei Stückaktien über den anteiligen Betrag des Grundkapitals hinaus (sog. Aufgeld oder Agio) zu verpflichten.¹²⁹ Da das Agio gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB als Kapitalrücklage auszuweisen ist und seine Ausschüttung gemäß § 150 Abs. 3, 4 AktG aus Gründen der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes¹³⁰ nicht erlaubt ist, ist eine solche Überpariemission jedoch für die Aktionäre nicht sinnvoll. Die Folge der Regelung ist, dass das Aufgeld aus Sicht der Aktionäre dem Grundkapital gleicht, es im Vergleich zu diesem jedoch den Nachteil hat, dass es sich nicht in höheren Nennbeträgen ihrer Aktien bzw. in einer höheren Anzahl ihrer Stückaktien ausdrückt. Für die Aktionäre ist statt der Vereinbarung eines Agios folglich die Wahl eines höheren Grundkapitals sinnvoller.¹³¹ Grund für eine Überpariemis-

¹²⁷ Bei Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister darf gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn auf jede Stammeinlage, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel eingezahlt ist. Insgesamt muss auf das Stammkapital mindestens 12.500,- € eingezahlt sein. Bei Vereinbarung einer Sacheinlage muss diese gemäß § 7 Abs. 3 GmbHG der Gesellschaft vor der Anmeldung ebenfalls zur freien Verfügung stehen.

Bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister ist gemäß § 57 Abs. 2 GmbHG n. F., die Versicherung abzugeben, dass die Einlagen auf die Stammeinlage nach § 7 Abs. 2 S. 1 Abs. 3 GmbHG bewirkt sind.

¹²⁸ Während der Kapitalerhebungsbeschluss der notariellen Beurkundung bedarf (§ 53 Abs. 2 GmbHG), ist für eine Bürgschaftserklärung lediglich Schriftform erforderlich (§ 766 BGB).

¹²⁹ Hüffer, AktG § 9 Rdn. 8.

¹³⁰ Hüffer, AktG § 150 Rdn. 1.

¹³¹ Eidenmüller/Engert, AG 2005, 97, 101.

sion bei Gründung einer AG ist regelmäßig allein die Abdeckung der Gründungskosten.¹³² Hauptsächlich findet eine Überpariemission jedoch bei Kapitalerhöhungen statt.¹³³ Ein Zwang zur Festsetzung eines Agios besteht, wenn die Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts stattfinden soll.¹³⁴

Bei der GmbH ist ebenfalls die Verpflichtung zur Übernahme eines Aufgeldes bei der Übernahme von Gesellschaftsanteilen möglich.¹³⁵ Das Agio muss zwar wie bei der AG nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in der Bilanz als Kapitalrücklage ausgewiesen werden.¹³⁶ Da es jedoch eine dem § 150 Abs. 3, 4 AktG entsprechende Vorschrift im GmbH-Recht nicht gibt und die Norm keine analoge Anwendung findet, sind die Auflösung der Rücklage und Ausschüttungen des Aufgeldes erlaubt.¹³⁷ Für GmbH-Gesellschafter ist die Zahlung eines Aufgeldes statt einer erhöhten Einlage daher im Vergleich zu Aktionären mit geringeren Nachteilen behaftet.

Das Aktien- und das GmbH-Recht lassen zudem auch andere Anlageformen als solche in Form des Anteilserwerbs zu. Dies können z. B. Genussrechte oder stille Beteiligungen sein. Diese Beteiligungen sind zwar je nach ihrer Ausgestaltung als Eigenkapital einzuordnen, sie können jedoch nicht wie Gesellschaftsanteile mit umfassenden Herrschaftsrechten wie dem Stimmrecht ausgestattet werden. Das Abspaltungsverbot des Stimmrechts vom Gesellschaftsanteil verbietet es, andere Gesellschaftsbeteiligungen als Anteile mit Stimmrechten zu begeben.¹³⁸ Dies führt bei der AG dazu, dass andere Anlagen als Aktien für Anleger unattraktiver sind und diese Aktien als Kapitalanlage bevorzugen.¹³⁹

Anleger, die in eine GmbH investieren wollen, entscheiden sich trotz der mit ihnen verbundenen stärkeren Herrschaftsrechte nicht stets für den Erwerb von GmbH-Anteilen, sondern je nach ihren individuellen Interessen auch für sonstige Beteiligungen. Grund hierfür ist vor allem die Formbedürftigkeit von GmbH-Anteilen und die mit ihr verbundene mangelnde Fungibilität¹⁴⁰. Da die meisten GmbH personalistisch-strukturiert sind und nur wenige Gesellschafter haben, sind die Nennbeträge von GmbH-Anteilen zudem regelmäßig höher als die anderer Beteiligungen der GmbH oder der AG. Kleinanleger entscheiden sich daher re-

¹³² Kraft in: KölnKomm AktG § 9 Rdn. 24.

¹³³ Hüffer, AktG § 9 Rdn. 8.

¹³⁴ Ziemons in: K. Schmidt/ Lutter, AktG § 9 Rdn. 21; s. ausführlich Heider in: MüKo AktG § 9 Rdn. 40; ähnlich Brändel in: GroßKomm AktG § 9 Rdn. 34; a. A. K. Schmidt GroßKomm AktG § 255 Rdn. 12.

¹³⁵ Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 5 Rdn. 9; Roth/ Altmeppen, GmbHG § 5 Rdn. 25; Winter/ Westermann in: Scholz, GmbHG § 5 Rdn. 33 m. v. w. Nw.

¹³⁶ Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 5 Rdn. 9; Winter/ Westermann in: Scholz, GmbHG § 5 Rdn. 33.

¹³⁷ Ebenso Schulze-Osterloh in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 42 Rdn. 205; Winter/ Westermann in: Scholz, GmbHG § 5 Rdn. 33.

¹³⁸ Eidenmüller/ Engert, AG 2005, 97, 103 f.; Hüffer, AktG § 12 Rdn. 3 m. w. Nw.; Zöllner in: KölnKomm AktG § 12 Rdn. 4.

¹³⁹ Vgl. Eidenmüller/ Engert, AG 2005, 97, 104.

¹⁴⁰ Siehe oben S. 49 ff.

regelmäßig für die Investition in Aktien oder in andere Beteiligungen der GmbH und scheuen den Erwerb von GmbH-Anteilen.

Das geltende Recht steuert bei der AG somit regelmäßig die angemessene Kapitalausstattung dahingehend, dass diese in Form von Grundkapital geschieht, während bei der GmbH eine solche Steuerung nicht stattfindet.

b) Ausschüttungen

In der AG können die Aktionäre nicht unbeschränkt frei über den Jahresüberschuss der Gesellschaft disponieren. Vielmehr sind gemäß § 150 Abs. 2 AktG 5 % des um den Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage der AG einzustellen. Eine solche Rücklage hat stattzufinden, bis diese zuzüglich der Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB 10 % oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals erreichen.¹⁴¹ Sie führt dazu, dass über das Grundkapital hinaus eine gesetzliche Rücklage vorhanden ist. Sie hat den Zweck der Kapitalerhaltung und somit des Gläubigerschutzes. Dadurch dass diese nicht zur Gewinnausschüttung verwandt werden darf,¹⁴² steht den Gläubigern ein Reservefond zur Verfügung.¹⁴³

Demgegenüber besteht bei der GmbH mit Ausnahme der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)¹⁴⁴ keine Pflicht zu einer allgemeinen gesetzlichen Rücklagenbildung.¹⁴⁵ Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 HGB dürfen jederzeit aufgelöst und ausgeschüttet werden.¹⁴⁶ Es ist somit keine Pufferzone zu Gunsten der Gläubiger wie bei der AG vorhanden, so dass der Gläubigerschutz bei der GmbH bei Ausschüttungen geringer ausfällt.

c) Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter

§ 57 Abs. 1 S. 1 AktG untersagt aus Gründen des Anleger- und Gläubigerschutzes¹⁴⁷ eine grundsätzliche¹⁴⁸ Einlagenrückgewähr an Aktionäre. Verboten sind sämtliche Leistungen der AG an Aktionäre, die aufgrund der Mitgliedschaft und nicht aus dem Bilanzgewinn erfolgen.¹⁴⁹ Sinn und Zweck der Norm ist somit nicht nur die Erhaltung des Grundkapitals, sondern auch derjenigen Aktiva, denen freie Rücklagen gegenüberstehen.¹⁵⁰

¹⁴¹ § 150 Abs. 2; Hüffer, AktG § 150 Rdn. 4 ff.; Hentzen/ Rau, BB 2008, 713, 714. Bei Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträgen ist die gesetzliche Rücklage nach den Sonderregelungen des § 300 AktG zu schaffen, s. Hentzen/ Rau, BB 2008, 713, 715.

¹⁴² Hentzen/ Rau, BB 2008, 713, 714.

¹⁴³ Hüffer, AktG § 150 Rdn. 1.

¹⁴⁴ Siehe oben S. 68 f.

¹⁴⁵ Emmerich in: Scholz GmbHG § 29 Rdn. 44; Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 29 Rdn. 23; Hentzen/ Rau, BB 2008, 713.

¹⁴⁶ Hentzen/ Rau, BB 2008, 713, 715.

¹⁴⁷ Hüffer, AktG § 57 Rdn. 1 m. w. Nw; Lutter in: KölnKomm AktG § 57 Rdn. 2.

¹⁴⁸ Zu den Ausnahmen s. Lutter in: KölnKomm AktG § 57 Rdn. 47.

¹⁴⁹ Hüffer, AktG § 57 Rdn. 2; Lutter in: KölnKomm AktG § 57 Rdn. 2, 5; Bayer in: MüKo AktG § 57 Rdn. 7.

¹⁵⁰ Hüffer, AktG § 57 Rdn. 2.

Anders als § 57 Abs. 1 S. 1 AktG dient § 30 Abs. 1 GmbHG lediglich der Erhaltung des Stammkapitals. Zum Schutze von Gläubigern und Gesellschaftern¹⁵¹ sind Auszahlungen verboten, durch die eine Unterbilanz herbeigeführt oder vertieft wird.¹⁵² Dies ist anzunehmen, wenn das Aktivvermögen das Fremdkapital und das Stammkapital nicht mehr deckt.¹⁵³ Erlaubt ist somit die Auszahlung desjenigen Vermögens, das die Stammkapitalziffer übersteigt. Hierzu gehören frei verfügbare Rücklagen, Gewinne oder Gewinnvorträge.¹⁵⁴

Seit in Kraft treten des MoMiG stimmen das Aktienrecht und das GmbH-Recht insofern überein als § 57 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG n. F. sowie § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG n. F. unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich die Auszahlung der Einlagen bzw. des Stammkapitals an die Gesellschafter¹⁵⁵ erlauben. Dies betrifft Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, sowie die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen¹⁵⁶.

Der Vergleich des Auszahlungsverbotes im Aktienrecht mit dem des GmbH-Rechts zeigt, dass die Vermögensbindung bei der AG weitreichender als bei der GmbH ist¹⁵⁷ und grundsätzlich auch die freien Rücklagen umfasst. Daraus resultiert wiederum ein geringerer Anleger- und Gläubigerschutz bei der GmbH.

d) Krise der Gesellschaft

Befindet sich die Gesellschaft in der Krise¹⁵⁸, so müssen die Gläubiger akut den Ausfall ihrer Forderungen fürchten. Daher sind sie besonders daran interessiert, dass keine Zahlungen an Gesellschafter oder andere Gläubiger mehr stattfinden und dass das Insolvenzverfahren schnellstmöglich beantragt wird, um auf diese Weise zumindest eine Befriedigung nach der Quote zu ermöglichen. Für die Gesellschafter sind die geleisteten Einlagen bei einer Insolvenzeröffnung hingegen regelmäßig verloren, da zunächst eine Befriedigung aller auch der nachrangigen Gläubiger stattfindet, bis das verbleibende Vermögen der aufgelösten Gesell-

¹⁵¹ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 30 Rdn. 1.

¹⁵² Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 30 Rdn. 13.

¹⁵³ Roth/ Altmeyen, GmbHG § 30 Rdn. 9; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 30 Rdn. 14.

¹⁵⁴ Hueck/ Fastrich, GmbHG § 30 Rdn. 10.

¹⁵⁵ Siehe oben S. 73 f.

¹⁵⁶ Siehe oben S. 73.

¹⁵⁷ Ebenso Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 30 Rdn. 3 m. w. Nw; Lutter in: KölnKomm AktG § 57 Rdn. 6; Bayer in: MüKo AktG § 57 Rdn. 2.

¹⁵⁸ Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine Krise der Gesellschaft vor, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist oder wenn sie zur Fortführung notwendigen Kapitalbedarf im gleichen Zeitpunkt nicht durch entsprechenden Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte decken können, s. BGHZ 76, 326; 81, 252, 255; 81, 311, 317 f. Für weitere Rechtsprechungsnachweise s. Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 32a Rdn. 48 Fn. 216.

§ 5 Der DCGK und die GmbH

schaft an die Gesellschafter verteilt werden darf.¹⁵⁹ Eine frühzeitige Insolvenzantragstellung ist für sie allein unter dem Gesichtspunkt sinnvoll, dass hierdurch die Chancen auf eine Sanierung der Gesellschaft erhöht werden.

Der Gesetzgeber hat sich im MoMiG in besonderem Maße der Kapitalerhaltung der insolvenzreifen Gesellschaft und der frühzeitigen Insolvenzantragstellung angenommen.

Gemäß § 64 GmbHG n. F. bzw. § 92 AktG n. F. haften nunmehr die Geschäftsführer bzw. der Vorstand nicht mehr nur für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung, sondern auch für Zahlungen an die Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.

Durch § 15 InsO bzw. den neu eingefügten § 15a InsO ist die Berechtigung bzw. Pflicht zur Insolvenzantragstellung bei Führungslosigkeit juristischer Personen auf die Gesellschafter ausgeweitet worden. Im Gegensatz zur GmbH ist bei der AG zudem auch jedes Aufsichtsratsmitglied zur Antragstellung berechtigt und verpflichtet.

Eine gänzlich einheitliche Regelung hat das Kapitalersatzrecht von AG und GmbH erfahren. § 39 InsO n. F. regelt die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen und diesen entsprechende Forderungen sowie das Sanierungs- und Kleingesellschafterprivileg für beide Rechtsformen gleichermaßen.¹⁶⁰

§ 135 InsO und § 6 AnfG, welche die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen regeln, wurden an die Neufassung des § 39 InsO angepasst. Wie in der Vergangenheit beziehen sich diese Vorschriften auch weiterhin sowohl auf die AG als auch auf die GmbH. Hauptgrund für eine Verlagerung des Kapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht war die Abkehr des BGH von der Sitztheorie hin zur Gründungstheorie für Gesellschaften der EG-Mitgliedstaaten und die mit dieser verbundene Frage nach der Anwendbarkeit derjenigen Vorschriften des AktG und GmbHG mit insolvenzrechtlichem Charakter auf Auslandsgesellschaften.

Darüber hinaus bestand auch schon vor in Kraft treten des MoMiG in anderen Bereichen eine Übereinstimmung von Gesellschafter- und Gläubigerschutzvorschriften von AG und GmbH. So enthalten bspw. sowohl § 49 Abs. 3 GmbHG als auch § 92 Abs. 1 AktG die Pflicht der Geschäftsführer bei Verlust des hälftigen Stamm- bzw. Grundkapitals, die Gesellschafterversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen.¹⁶¹

Folglich hat das MoMiG zu einer weiteren Rechtsangleichung bei AG und GmbH¹⁶² in der Krise und Insolvenz geführt. Diese Parallelität von Aktien- und GmbH-Recht soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass GmbH-Gläubiger und -Gesellschafter in weit höherem Maße als diejenigen der AG, die Insolvenz der Gesellschaft und deren Masselosigkeit fürch-

¹⁵⁹ S. § 271 AktG, §§ 72, 73 GmbHG; *Henckel* in: Jaeger, InsO § 38 Rdn. 31.

¹⁶⁰ Vgl. § 39 Abs. 4 S. 1 InsO n. F. BT-Drucks. 16/6141 S. 137.

¹⁶¹ Statt anderer *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 49 Rdn. 19 ff. sowie *Hüffer*, AktG § 92, Rdn. 2 ff.

¹⁶² Dies gilt nicht nur für AG und GmbH, sondern mit Ausnahme verschiedener Regelungsbereiche für alle juristischen Personen. Zu den Ausnahmen s. § 15 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, S. 1, 2 und 3, § 39 Abs. 4 InsO.

ten müssen¹⁶³. Aus diesem Grunde besteht auch in der Krise bei der GmbH ein weit höheres Bedürfnis an Gläubigerschutz als bei der AG.

2. Auswirkung der Unterschiede von Gläubiger- und Anlegerschutz bei der AG und der GmbH auf die Kodexanwendung

Der DCGK ist primär auf einen Anlegerschutz ausgerichtet. Dies zeigt sich bereits in der Präambel, worin verschiedene stakeholder und vorneweg die internationalen und nationalen Anleger aufgelistet sind, deren Vertrauen der Kodex in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften fördern soll. Erwähnung finden zwar einzelne Gläubigergruppen – nämlich, neben den Anlegern, Kunden und Mitarbeiter – nicht hingegen die Gruppe der Gläubiger als solche. Bestimmte Gläubiger wie etwa Lieferanten oder Darlehensgeber finden somit in der Präambel keine Erwähnung.

Dass die Kodexkommission ihr Augenmerk auf den Anlegerschutz gelegt hat, spiegelt sich auch im Aufbau des Kodexes wider, der im Anschluss an die Präambel als erstes die die Gläubiger betreffenden Regelungen enthält.

Wie bereits festgestellt wurde, besteht ein weitreichender Gleichlauf zwischen den Interessen der Anleger und der Gläubiger. Daher bewirken anlegerschützende Vorschriften im unternehmerischen Normalbereich mittelbar regelmäßig auch den Schutz der Gläubiger. Dies führt dazu, dass Kodexregelungen, die eine gute Unternehmensführung, Transparenz, Rechnungslegung und Abschlussprüfung bezwecken, ebenfalls mittelbar gläubigerschützend sind. Dies sind bspw. Regelungen zur Überwindung von Interessenkonflikten von Geschäftsführern, Wettbewerbsverbote sowie Verbote zur Nutzung von Geschäftschancen.

Hätte die Kodexkommission jedoch auf einen umfassenden Gläubigerschutz Wert gelegt, so hätte sie explizite, unmittelbar gläubigerschützende Vorschriften – bestenfalls unter einer eigenen Überschrift – in den Kodex aufgenommen. Da die börsennotierte AG jedoch primäre Adressatin des Kodexes ist und bei ihr der Gläubigerschutz von minderer Bedeutung als der Anlegerschutz ist, musste der Kodex die tatsächlich gewählte Schwerpunktsetzung erfahren.

Bei Umsetzung des DCGK durch die GmbH ist wie bei der AG zu erwarten, dass ihr Anlegerschutz eine Verbesserung erfährt. Dies mag zwar insb. für die kapitalistisch-strukturierte GmbH ebenfalls sinnvoll sein, dem Bedarf der GmbH an einer Verbesserung des Gläubigerschutzes wird durch die Anwendung des DCGK hingegen keine Rechnung getragen. Dies führt dazu, dass die GmbH gegenüber ihren Gläubigern nicht in dem Maße mit der Anwendung des Kodexes überzeugen kann, wie sie es könnte, wenn der Kodex den unmittelbaren Gläubigerschutz bezweckte. Die Gewinnung des Gläubigervertrauens ist für die GmbH jedoch von besonderer Relevanz, da sie aufgrund mangelnder Eigenkapitalausstattung in erhöhtem Maße auf Fremdkapital in Form von Krediten angewiesen ist. Insbesondere seit Basel II kann es für Darlehensnehmer von Vorteil sein, wenn diese eine gute Corporate Governance pflegen¹⁶⁴. Es ist davon auszugehen, dass das Vertrauen der Darlehensgeber umso

¹⁶³ Siehe oben S. 47 ff.

¹⁶⁴ Siehe oben S. 34 ff, 85.

mehr wächst, je besser ihre Rechte durch die Unternehmenspolitik einer GmbH gestärkt werden. Darüber hinaus würden auch andere Gläubiger wie Lieferanten, Kunden und Arbeitnehmer durch eine gläubigerschützende Corporate Governance in ihrem Glauben an die Investitionswürdigkeit der GmbH bekräftigt.

In Bezug auf den Gläubiger- und den Anlegerschutz hat der DCGK somit eine Schwerpunktsetzung erfahren, die insb. auf die personalistisch-strukturierte GmbH nicht passt. Dies schmälert für sie den Nutzen einer freiwilligen Umsetzung des Kodexes.

VI. Wirkung von gesetzlichen Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen auf die GmbH

Nach Abs. 11 der Präambel des DCGK ist zwischen sog. gesetzlichen Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen zu unterscheiden¹⁶⁵. Fraglich ist, wie sich diese Unterscheidung für GmbH auswirkt, die den Kodex umsetzen möchten.

1. Gesetzliche Vorschriften und Gesetzesauslegung

Solche Textteile des Kodexes, die nicht durch die Verwendung der Worte „*soll*“, „*sollte*“ oder „*kann*“ gekennzeichnet sind, entsprechen gemäß Abs. 11 Präambel DCGK a. E. dem geltenden Recht.¹⁶⁶ Da sich der Kodex unmittelbar an die deutsche börsennotierte AG richtet, wird das für sie geltende Recht wiedergegeben. Aktien- und GmbH-Recht stimmen aber in vielen Bereichen nicht überein, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass Muss-Vorschriften für die AG auch Muss-Vorschriften für die GmbH sind. Es ist vielmehr für jede Muss-Vorschrift anhand eines Vergleichs mit dem GmbH-Recht zu entscheiden, ob es sich hierbei auch für die GmbH um geltendes Recht handelt und ob eine freiwillige Umsetzung durch die GmbH rechtmäßig und interessengerecht ist. Letzteres ist freilich nur möglich, wenn die Kodexregel nicht gegen zwingendes GmbH-Recht verstößt.

Nicht sämtliche Muss-Vorschriften finden sich tatsächlich im Aktienrecht wieder. An manchen Stellen des Kodexes legt die Kodexkommission stattdessen das geltende Recht aus und stellt ihre eigene Rechtsauffassung dar¹⁶⁷. Bei diesen Kodexregelungen ist zu entscheiden, ob diese Rechtsauffassung auf die GmbH übertragbar ist.

2. Empfehlungen

Empfehlungen sind solche Vorschriften im Kodex, die durch die Worte „*soll*“ gekennzeichnet sind, wobei börsennotierte AG hiervon abweichen können, „*dann aber verpflichtet sind, dies jährlich [in der Entsprechenserklärung] offen zu legen*“¹⁶⁸. Aufgrund der Freiwilligkeit

¹⁶⁵ Siehe oben S. 97.

¹⁶⁶ Die teilweise Wiedergabe des Rechtes dient der besseren Transparenz und Nachvollziehbarkeit des deutschen Corporate Governance-Systems Abs. 1 S. 2 Präambel DCGK.

¹⁶⁷ *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 7.

¹⁶⁸ Abs. 9 S. 2 Präambel DCGK.

der Anwendung des DCGK und der Abgabe der Entsprechenserklärung für die GmbH¹⁶⁹, ist es ihr stets erlaubt auch ohne Offenlegung von Empfehlungen abzuweichen. Empfehlungen und Anregungen haben für die GmbH somit grds. die gleiche Wirkung. Entscheidet sich die GmbH für die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung, so wird sie jedoch – um eine Vergleichbarkeit mit der Corporate Governance von AG zu erreichen – regelmäßig die Inhalte ihrer freiwilligen Entsprechenserklärung derjenigen von zur Abgabe der Entsprechenserklärung verpflichteten Gesellschaften anpassen, allein Bezug auf Empfehlungen nehmen und somit ebenfalls zwischen Empfehlungen und Anregungen unterscheiden.

3. Anregungen

Anregungen sind im Kodex durch die Worte „*sollte*“ oder „*kann*“ gekennzeichnet. Da sie weder die Rechtslage widerspiegeln noch eine Entsprechenserklärung zu ihnen abgegeben werden muss, entfalten Anregungen im Gegensatz zu Muss- und Sollvorschriften für die AG keine mittelbaren¹⁷⁰ Rechtswirkungen.¹⁷¹ Auch bei der GmbH dürften die Inhalte von Anregungen regelmäßig nicht gesetzlich vorgeschrieben sein, so dass diese bei AG und GmbH in derselben Weise wirken.

4. Folgerungen

Allein wenn Kodexregeln zwingendes GmbH-Recht wiedergeben, sind GmbH zur Umsetzung dieser Vorschriften verpflichtet. Diese Pflicht beruht aber freilich nur auf dem Gesetz und nicht darauf, dass Kodexregelungen für die GmbH irgendeine Rechtswirkung entfalten würden. Für die GmbH lässt sich vielmehr festhalten, dass der Kodex mangels einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift ausschließlich Regelungen ohne jegliche Rechtswirkung enthält¹⁷².

B. Zusammenfassung

I. Die Gegenüberstellung der Organe bei GmbH und AG hat ergeben, dass in vielen Bereichen Kompetenzverschiebungen bestehen. Dies beruht insbesondere auf zwei Aspekten. Zu diesen gehört *erstens*, dass die GmbH-Geschäftsführer die GmbH nicht in eigener Verantwortung führen und der GmbH-Gesellschafterversammlung als Pendant hierzu die Alleinentscheidungsbefugnis zusteht, und *zweitens*, dass bei der Mehrzahl der GmbH kein Aufsichtsrat besteht. Dies führt dazu, dass der DCGK bei AG und GmbH nicht auf die gleiche Weise angewandt werden kann.

2. Neben der grundsätzlich unterschiedlichen Organisationsstruktur von AG und GmbH, kommt bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Kodexes auf die GmbH als Schwierigkeit hinzu, dass die Gestaltungsmöglichkeiten bei der GmbH aufgrund ihrer Satzungsfreiheit

¹⁶⁹ Siehe oben S. 96 f.

¹⁷⁰ Siehe oben S. 99 f., 102 f.

¹⁷¹ RegBegr. BT-Drucks 14/8769 S. 21 re. Sp.

¹⁷² Zu § 161 AktG n. F. siehe oben S. 96 ff.

weitaus größer als bei der AG sind. Daraus folgt, dass sich die Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit nicht pauschal für alle GmbH beantworten lässt, sondern einzelfallabhängig ist.

3. Dabei gilt die Regel, je kapitalistischer eine GmbH strukturiert ist, desto mehr Sinn wird die Anwendbarkeit der Kodexregeln für sie machen, da sie aufgrund der kapitalistischen Struktur ihre Satzung der einer AG angeglichen haben wird. Hierzu gehört, dass die Gesellschafter aufgrund ihrer höheren Anzahl geneigt sind, ihre in § 46 GmbHG geregelten Kompetenzen auf die Geschäftsführer zu verlagern. Außerdem ist die Arbeitnehmerzahl bei kapitalistisch-strukturierten GmbH häufig höher, so dass die Wahrscheinlichkeit eines obligatorischen Aufsichtsrats steigt. Hierdurch nivellieren sich die größten Unterschiede zur AG bei diesen GmbH und eine entsprechende Anwendbarkeit des Kodexes ist in größerem Umfang und mit geringeren Schwierigkeiten möglich. Hinzu kommt, dass kapitalistisch-strukturierte GmbH ein größeres Interesse haben werden, den Kodex umzusetzen, um die positiven Effekte der Umsetzung nutzen zu können¹⁷³.

4. Da der DCGK primär börsennotierte Gesellschaften adressiert ist er vor allem anleger-schützend ausgerichtet und es finden sich lediglich mittelbar gläubigerschützende Kodexregelungen. Diese Schwerpunktsetzung ist für die AG, die des Vertrauens der Anleger in besonderem Maße bedarf, sinnvoll. Zwar ist auch bei der GmbH die Stärkung des Anlegervertrauens begrüßenswert, sie ist jedoch regelmäßig primär auf das Vertrauen ihrer Gläubiger angewiesen. Für sie erfährt der Kodex daher eine falsche Schwerpunktsetzung, welche die Anwendung des DCGK für sie weit weniger sinnvoll macht, als sie es für die AG ist.

5. Auch die Unterteilung der Kodexvorschriften in Muss-, Soll- und Kann-Vorschriften ist nicht uneingeschränkt auf die GmbH übertragbar. *Zum einen* gibt nicht jede Kodexregelung, die für die AG die Gesetzeslage widerspiegelt, auch für die GmbH die Rechtslage wieder und ist somit nicht automatisch auch für die GmbH Muss-Vorschrift. *Zum anderen* hat die Unterscheidung zwischen Empfehlungen und Anregungen für die GmbH anders als für die AG keine rechtlichen Auswirkungen. Allein Gesellschaften, die unter den Adressatenkreis des § 161 AktG fallen, sind zur Abgabe einer Entsprechenserklärung verpflichtet und müssen darin Angaben zur Umsetzung von Empfehlungen machen und deren Nichtumsetzung begründen. Für GmbH ist die Abgabe einer Entsprechenserklärung stets freiwillig, so dass für sie auch keine Vorgaben hinsichtlich des Inhalts einer Entsprechenserklärung bestehen. Für sie besteht zwischen Empfehlungen und Anregungen allenfalls ein gradueller Unterschied.

6. *Fazit:* Die Gegenüberstellung von AG und GmbH hat gezeigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen zu den Organen beider Gesellschaftsformen sich in vielerlei Hinsicht unterscheiden. Mit diesen Unterschieden haben diejenigen GmbH zu kämpfen, die sich um eine vollumfängliche Umsetzung des DCGK bemühen. Viele der das Aktienrecht wiedergebenden Vorschriften passen nicht auf die GmbH und es macht auch keinen Sinn, sie – soweit überhaupt rechtlich möglich – durch entsprechende Satzungsänderungen passend zu machen. Die GmbH würde in ein Zwangskorsett gepresst, dass nicht ihren Bedürfnissen entspricht.

¹⁷³ Zu den Zielen von Corporate Governance siehe oben S. 26 ff.

§ 5 Der DCGK und die GmbH

Die Umsetzung von Kodexregelungen ist stets dann besonders sinnvoll für GmbH, wenn ihre Rechts- und Interessenlage derjenigen der AG entspricht. Daher verwundert das Untersuchungsergebnis nicht, dass der Kodex je unattraktiver für eine GmbH ist, desto personalistischer sie strukturiert ist und vice versa. Aufgrund der überwiegenden personalistischen Ausbildung der GmbH wird die in Abs. 13 S. 2 Präambel DCGK enthaltene Empfehlung der Regierungskommission, auch nicht börsennotierte Gesellschaften sollen den Kodex beachten, somit von den meisten GmbH keine Berücksichtigung finden. Personalistisch-strukturierte GmbH müssten ihre Satzung zu sehr an den Kodex anpassen, um seinen Vorgaben gerecht zu werden. Bei der Lösung der Probleme der GmbH kann der DCGK somit allenfalls in geringem Maße behilflich sein.

§ 6 EIN EIGENER CORPORATE GOVERNANCE-KODEX FÜR DIE GMBH

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der DCGK nicht auf die GmbH passt. Eine entsprechende Anwendung der Kodexregeln gestaltet sich für viele GmbH als schwierig und ist in der Regel nur durchführbar, wenn Kodexziffern modifiziert oder nicht umgesetzt werden. Wenn aber die Anwendung des DCGK auf die Rechtsform GmbH nur mit großen Anstrengungen stattfinden kann, so könnte statt dessen ein eigener Kodex für die GmbH zur Lösung der o. g. Problemfelder¹ sinnvoller sein. In der Folge soll auf die Vor- und Nachteile eines GmbH-Kodexes und auf dessen eventuelle Inhalte eingegangen werden. Kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass ein eigener Corporate Governance Kodex für die GmbH sinnvoll ist, so ist ein solcher zu entwickeln.

A. Vorteile

Ein Vorteil eines Corporate Governance-Kodexes für die GmbH wäre, dass er passgenau auf sie zugeschnitten werden könnte. Ein GmbH-Kodex könnte *zum einen* die Wesensmerkmale der GmbH und ihre Besonderheiten widerspiegeln. *Zum anderen* könnte er in Anlehnung an den DCGK Empfehlungen oder Anregungen enthalten, die über die gesetzlichen Vorschriften hinaus gehen, und auf diese Weise Hilfestellung für GmbH bei ihrer Unternehmensführung geben. Aufgrund der genauen Ausrichtung des Kodexes auf diese Rechtsform müssten GmbH somit keine Schwierigkeiten bei der Umsetzung befürchten, wie sie bei der Anwendung des DCGK auftreten.

Durch die Einführung eines passenden Kodexes könnten die Ziele von Corporate Governance-Vorschriften von der GmbH leichter verwirklicht werden. Dies ist der GmbH mangels für sie sinnvollen Kodexes bislang kaum möglich. Zwar können auch GmbH ihre Corporate Governance publizieren, es fehlen jedoch selbstregulierende Vorgaben der Wirtschaft, die einen Orientierungsrahmen bieten. Dies erschwert zugleich den Vergleich der Corporate Governance von GmbH untereinander sowie zwischen der GmbH und anderen Rechtsformen. Ferner würden inländische und ausländische Investoren mit Hilfe des GmbH-Kodexes auf einfachem Wege über die Rechtsform GmbH aufgeklärt. Fremdkapitalgeber könnten sich über gläubigerschützende Corporate Governance-Maßnahmen informieren. Es ist zu erwarten, dass dies aufgrund erhöhter Transparenz einen Vertrauenszuwachs der Anleger und Gläubiger zur Folge hätte und die Attraktivität der GmbH als Kapitalanlage und als Vertragspartnerin steigern würde. Zugleich könnte ein GmbH-Kodex der Rechtsform GmbH im Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen neuen Antrieb geben.

¹ Siehe oben S. 47 ff.

B. Nachteile

GmbH sind mangels Satzungsstrenge vielgestaltig und lassen sich kaum einem bestimmten Corporate Governance-Konzept unterordnen.² Wollte man eine weitgehende Umsetzung für viele GmbH ermöglichen, dürfte der Kodex deshalb keine strengen korsettartigen Vorgaben machen und müsste stattdessen Raum für individuelle Lösungen lassen. Dies wäre grundsätzlich durch eine wenig detaillierte Ausarbeitung und eine wenig konkrete Formulierung des Kodexes möglich. Sie wäre allerdings nicht wünschenswert, da eine allzu abstrakte Fassung der Kodexregelungen den Zielen von Corporate Governance-Maßnahmen abträglich wäre.

Eine konkrete Ausgestaltung könnte hingegen dazu führen, dass der GmbH-Kodex auf viele GmbH aufgrund ihrer individuellen Gestaltungsformen nicht passen würde. Von einer Umsetzung müssten all diejenigen GmbH Abstand nehmen, auf die der Kodex nicht zugeschnitten wäre. Für Anleger und andere Gläubiger könnte dies zur Folge haben, dass der Kodex und somit auch die Rechtsform GmbH unverständlicher würden. Die besonderen Vorzüge der GmbH – ihre hohe Flexibilität und ihre auf die jeweiligen Bedürfnisse des Unternehmens angepasste Gestaltungsmöglichkeit – stellen sich somit bei der Aufstellung des GmbH-Kodexes als Schwierigkeit dar, die es zu meistern gälte.

Ein weiterer Nachteil könnte sich für die GmbH dadurch ergeben, dass die Einführung eines Kodexes zu einem faktischen Umsetzungszwang³ zu Ungunsten der GmbH führen könnte. Dies unterstellt, könnte hierdurch eine zusätzliche Bürokratisierung trotz der Fragwürdigkeit des tatsächlichen Nutzens⁴ eines eigenen GmbH-Kodexes stattfinden. Dieser zunächst theoretisch erscheinende Aspekt eines Umsetzungszwanges, sollte nicht unterschätzt werden. Dies gilt umso mehr, als Corporate Governance-Maßnahmen weitgehend als positiv beurteilt werden⁵ und daher die Gefahr besteht, dass sich die Idee einer guten Corporate Governance vorschnell verselbständigt. Die Verfasser eines GmbH-Kodexes sollten daher darauf bedacht sein, die Freiwilligkeit des Kodexes zu betonen. Allein für GmbH, welche die Vorteile einer Kodexumsetzung nutzen können, ist der mit einer Kodexumsetzung verbundene zusätzliche Verwaltungsaufwand in der Regel akzeptabel.

² Ebenso wird für den Mittelstand argumentiert *Deloitte*, Corporate Governance - Werte Schaffen und bewahren, S. 14.

³ Siehe oben S. 101, 103.

⁴ Siehe oben S. 151.

⁵ Siehe oben S. 43 f.

C. Struktur und Inhalte sowie Entwurf eines GmbH-Kodexes

I. Präambel

1. Verfasser, Ziele und Unverbindlichkeit des Kodexes

Ebenso wie beim DCGK sollte den Regelungen eines GmbH-Kodexes eine Präambel vorangestellt werden. In dieser sollten sich die *Verfasser* des Kodexes vorstellen und die mit der Aufstellung des Kodexes verbundenen *Ziele* darlegen (z. B. Schaffung von Transparenz und Kontrolle für Eigen- und Fremdkapitalgeber; Schaffung eines Orientierungsrahmens für die GmbH-Organe). Da eine rechtliche Verbindlichkeit des Kodexes mangels staatlicher Urheberschaft unwahrscheinlich ist, bedarf es der Klarstellung der *Unverbindlichkeit* der Kodexregelungen.

2. Adressatenkreis

Zunächst ist der *primäre* Adressatenkreis des Kodexes zu ermitteln. Von der Wahl des Adressatenkreises hängen Aufbau, Inhalt und Schwerpunktsetzung des Kodexes ab. Sie prägt den Kodex somit wesentlich und hat entsprechend sorgfältig und bedachtsam stattzufinden.

a) Deutsche GmbH

Zur Abgrenzung der deutschen von der ausländischen GmbH, z. B. der österreichischen oder schweizerischen GmbH, sollte deutlich gemacht werden, dass nur deutsche GmbH dem Adressatenkreis unterfallen.

b) Weitere Konkretisierung des Adressatenkreises

Zu erwägen ist es, den Adressatenkreis

- auf die *personalistisch-* oder die *kapitalistisch-strukturierte* GmbH oder
- auf die *Einmann-GmbH* zu beschränken,
- auf die *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* zu beschränken oder von diesem auszuschließen,
- von der Größe der GmbH abhängig zu machen und somit auf „*kleine*“, „*mittlere*“ oder „*große*“ GmbH i. S. d. § 267 HGB zu beschränken,
- von bestimmten anderen Voraussetzungen wie etwa dem *Vorhandensein eines Aufsichtsrates* abhängig zu machen oder
- nicht einzuschränken und den Kodex somit für *sämtliche* GmbH zu gestalten.

aa) Personalistisch- oder kapitalistisch-strukturierte GmbH

Die GmbH hat regelmäßig lediglich eine geringe Zahl von Gesellschaftern und ist *personalistisch-strukturiert*. Demgegenüber bildet die *kapitalistisch-strukturierte* GmbH die Aus-

nahme⁶. Während Ziel der Anwendung eines GmbH-Kodexes für die personalistisch-strukturierte GmbH regelmäßig der Ausbau des Gläubigerschutzes und -vertrauens zur leichteren Akquisition von Fremdkapital ist, ist die kapitalistisch-strukturierte GmbH vor allem an Corporate Governance-Vorschriften zugunsten von Anlegern zur Stärkung ihres Vertrauens interessiert. Die Entscheidung den Adressatenkreis auf nur eine dieser Gestaltungsformen der GmbH zuzuschneiden, hätte folglich eine unterschiedliche Schwerpunktsetzung des Kodexes insb. hinsichtlich gläubiger- und anlegerschützender Vorschriften zur Folge. Gegen eine solche Beschränkung des Adressatenkreises spricht jedoch *zum einen*, dass eine klare Trennung aufgrund des fließenden Übergangs von der personalistischen- zur kapitalistisch-strukturierten GmbH nicht möglich ist. *Zum anderen* können auch für die personalistisch-strukturierte GmbH die Stärkung des Anlegerschutzes und für die kapitalistisch-strukturierte GmbH die Stärkung des Gläubigerschutzes sinnvoll sein. Der Kodex sollte vielmehr so formuliert werden, dass beide Gestaltungsformen von einer Anwendbarkeit profitieren können. Dies bedeutet, dass sowohl anleger- als auch gläubigerschützende Vorschriften in den Kodex aufzunehmen sind.

bb) Einmann-GmbH

Bei der Wahl des Adressatenkreises ist *zudem* die besondere Situation in der *Einmann-GmbH*, bei der üblicherweise der einzige Gesellschafter auch Geschäftsführer ist, zu berücksichtigen. Die Rechtsform der GmbH wird von dem alleinigen Gesellschafter regelmäßig nicht zur Gewinnung von Anlegern, sondern lediglich aus Gründen der Verringerung seines unternehmerischen Risikos gewählt.⁷ Anlegerschützende Corporate Governance-Vorschriften würden bei diesen GmbH daher regelmäßig keine Anwendung finden und ins Leere laufen. Einzig und allein auf die Eigenarten der Einmann-GmbH bei der Kodexgestaltung abzustellen, würde bedeuten, den Adressatenkreis in besonderem Maße einzuschränken. Stattdessen sollten die Besonderheiten für Einmann-GmbH – z. B. das Fehlen einer Gesellschafterversammlung – und gesetzliche Sondervorschriften⁸ in den Kodex integriert werden. Dabei sollte bewusst darauf verzichtet werden, dies in einem gesonderten Abschnitt zu tun, um den Kodex nicht in zu viele einzelne Sonderabschnitte zu unterteilen und seine Handhabbarkeit zu erhöhen.

cc) Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Die durch das MoMiG eingeführte *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* bildet keine eigene Rechtsform. Sie ist ebenfalls GmbH, weißt jedoch einige wenige Besonderheiten auf⁹. Den GmbH-Kodex allein auf sie zu beschränken, würde bedeuten, den Adressatenkreis stark einzuengen, obwohl GmbH mit einem Stammkapital von mindestens 25.000,- €

⁶ Siehe oben S. 49.

⁷ Vgl. *Teichmann*, NJW 2006, 2444, 2445.

⁸ S. z. B. § 7 Abs. 2 S. 3, § 48 Abs. 3 GmbHG; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG § 7 Rdn. 30; *Koppensteiner* in: Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG § 48 Rdn. 22 ff.

⁹ Siehe oben S. 66.

§ 6 Ein Corporate Governance-Kodex für die GmbH

weitgehend der gleichen Corporate Governance-Regeln wie die UG bedürfen. Vielmehr scheint es sinnvoll, die UG ebenfalls in den Adressatenkreis des Kodexes aufzunehmen und die wenigen Kodex-Regeln, die allein für sie Geltung entfalten sollen, allein auf diese zu beziehen.

Dass auch die UG vom Adressatenkreis erfasst wird, sollte aus der Präambel hervorgehen. Hier wäre vor allem deutlich zu machen, dass ihr Stammkapital zwischen 1,- und 25.000,00 € liegt.

dd) Kleine, mittlere oder große GmbH

Maßgeblich für die Einordnung einer GmbH in die Kategorien „*klein*“, „*mittel*“ oder „*groß*“ i. S. d. § 267 HGB sind Bilanzsumme, Umsatzerlöse und Arbeitnehmerzahl^{10, 11}. Diese Kriterien sagen jedoch nichts darüber aus, ob und gegebenenfalls, welche Corporate Governance-Maßnahmen in diesen Unternehmen sinnvoll sind. Sie sind allenfalls Indizien für die Struktur der GmbH und die Vergabe von GmbH-Beteiligungen. Von einer Bestimmung des Adressatenkreises durch die Größe der GmbH i. S. d. § 267 HGB ist daher Abstand zu nehmen.

ee) Vorhandensein eines Aufsichtsrates

Für die Option die Anwendbarkeit des Kodexes, vom Vorhandensein eines Aufsichtsrates abhängig zu machen, spricht, dass für GmbH ohne Aufsichtsrat sämtliche Vorschriften mit Bezug auf den Aufsichtsrat unanwendbar würden und GmbH ohne Aufsichtsrat somit große Teile des Kodexes nicht umsetzen könnten. Die Intention der Kodexverfasser sollte es jedoch nicht sein, GmbH ohne Aufsichtsrat pauschal von einer Anwendbarkeit auszuschließen. Vielmehr sollten sie das zweigliedrige System von Geschäftsführung und Kontrollorgan unterstützen, indem sie GmbH ohne Aufsichtsrat dessen Einrichtung raten. Der Corporate Governance-Kodex sollte folglich nicht vom Vorhandensein eines Aufsichtsrats abhängig gemacht werden.

ff) Sämtliche GmbH

Als weitere Möglichkeit bleibt, sämtliche GmbH in den Adressatenkreis des Kodexes aufzunehmen. Dies hätte den bereits erwähnten Vorteil eines größtmöglichen Adressatenkreises, jedoch den Nachteil, dass nicht alle Kodexregelungen für alle GmbH sinnvoll wären. Sonderregelungen für bestimmte GmbH würden die Übersichtlichkeit und Praxistauglichkeit des Kodexes verringern. Damit der Kodex eine Chance auf eine Beachtung und Umsetzung hat, dürfte er daher nicht durch ein Übermaß an Ausnahmeregelungen geprägt sein. Dieser Problematik ist bei der Aufstellung des Kodexes besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Sie sollte jedoch ins Auge gefasst werden, um dem Kodex zu einem weiten Anwendungsbereich zu verhelfen.

¹⁰ Siehe unten S. 186 f.

¹¹ *Merkt* in: Baumbach/ Hopt, HGB § 267 Rdn. 1 ff.

c) Folgerungen

In der Präambel sind folglich sämtliche deutsche GmbH ohne weitere Einschränkungen als Adressaten des Kodexes zu benennen. Um die Präambel nicht zu überfrachten, ist entsprechend dem DCGK nicht durch eine Erörterung in der Präambel, sondern durch den Aufbau und die Inhalte des Kodexes deutlich zu machen, dass nicht alle Vorschriften auf jede GmbH anwendbar sein können. Sonderregelungen für bestimmte GmbH, etwa die Einmann-GmbH, bedürfen in der Präambel ebenfalls keiner ausdrücklichen Erwähnung. Stattdessen muss auch diesbezüglich aus dem jeweiligen Kontext im Kodex verständlich werden, dass es sich um Sondervorschriften handelt.

3. Gesetzliche Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen

Der Kodex sollte *gesetzliche Vorschriften* ebenso wie *Empfehlungen* und/oder *Anregungen* enthalten. Zu überdenken ist, ob eine Dreiteilung in Muss-, Kann-, und Soll-Vorschriften ähnlich wie bei anderen Kodizes vorgenommen werden und eine Kennzeichnung der Regelungen durch Verwendung dieser Worte stattfinden sollte.

Die Aufnahme der *wichtigsten gesetzlichen Vorschriften* in den Kodex scheint besonders sinnvoll. Dabei sollte einer einfachen und verständlichen Sprache vor einer wortgenauen Wiedergabe des Gesetzestextes der Vorzug gegeben werden, da der Kodex nicht als Gesetzesersatz dienen, sondern aufklärende Funktion haben soll. Auf das Fehlen einer wortgetreuen Wiedergabe sollte in der Präambel zur Klarstellung hingewiesen werden. In diesem Zusammenhang sollte ferner erläutert werden, dass die GmbH keiner Satzungsstrenge unterliegt und das GmbH-Recht in weitem Umfange dispositiv ist. Diese Klarstellung ist erforderlich, da die Abdingbarkeit des Gesetzes für juristische Laien aus Gesetz und Kodex nur schwer erkennbar ist. Ohne Klarstellung würde diesen nicht verständlich werden, dass eine in den Kodex aufgenommene gesetzliche Vorschrift nicht zwingend umgesetzt werden muss und der GmbH Gestaltungsräume eröffnet sind. Statt das Gesetz wiedergebende Kodexregelungen stets mit dem Wort „*muss*“ zu kennzeichnen, sollte daher eine besondere Kennzeichnung von Kodexregelungen, die dispositive gesetzliche Vorschriften widerspiegeln, vorgenommen werden. Leitmaximen bei dieser Kennzeichnung sollten wiederum Einfachheit und Verständlichkeit sein, da ein kompliziertes Kennzeichnungssystem den Zielen des Kodexes hinderlich wäre. Empfehlenswert wäre etwa eine Kennzeichnung dispositiven Rechts durch den Begriff „*grundsätzlich*“.

Eine Unterteilung der Vorschriften in Empfehlungen und Anregungen macht auf den ersten Blick nur Sinn, wenn auch die Abgabe einer Entsprechenserklärung Pflicht ist¹². Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch diese Kennzeichnung darüber hinaus *zum einen* eine Differenzierung zwischen wichtigeren und weniger bedeutsamer Regelungen stattfinden kann. *Zum anderen* kann durch diese deutlich gemacht werden, welche Kodexregelungen bei Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung Erwähnung finden sollten. Entscheiden sich die Verfasser für eine Unterscheidung zwischen Empfehlungen und Anregungen, so sollten sie ihre Vorgehensweise in der Präambel darlegen.

¹² Siehe oben S. 97 f.

4. Kurze Darstellung der Verfassung der GmbH

Ebenfalls dem DCGK entsprechend könnte eine kurze Darstellung der Verfassung der GmbH in der Präambel stattfinden, wobei auf ihre Besonderheiten eingegangen werden sollte. Auf diese Weise würde dem Leser des Kodexes eine kurze Einführung in die Materie gegeben, die es ihm ermöglicht sich über die GmbH zu informieren, ohne sich mit Details beschäftigen zu müssen. Solche Besonderheiten sind die Führung der Geschäfte durch die Geschäftsführer in von den Gesellschaftern abgeleiteter Verantwortung¹³, die Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung¹⁴, die Unterscheidung zwischen GmbH mit fakultativem und obligatorischem Aufsichtsrat¹⁵ und das Haftungssystem der Gesellschaft.

II. Vorüberlegungen zum allgemeinen Aufbau und insb. zur Verortung gläubigerschützender Vorschriften

Bei der Wahl des Aufbaus bietet zunächst der DCGK Orientierung. Es sollten im GmbH-Kodex daher entsprechend des DCGK die Gesellschafter und die einzelnen Organe der GmbH nacheinander behandelt werden. Der Gläubigerschutz hat im DCGK keine besondere Aufmerksamkeit erfahren; in den GmbH-Kodex sind demgegenüber gläubigerschützende Vorschriften aufzunehmen. Während die meisten anlegerschützenden Vorschriften zugleich gläubigerschützenden und die GmbH schützenden Charakter haben, gibt es andere Vorschriften, die primär dem Gläubigerschutz dienen. Erstere sind bei dem jeweiligen Organ zu verorten, das die entsprechende Vorschrift zu beachten hat. Letztere sollten in einem gesonderten Abschnitt nach den Organen unter der Überschrift „*Gläubigerschutz*“ behandelt werden. Dies hätte den Vorteil, dass diese Vorschriften von den Kodex lesenden Gläubigern durch die Überschrift leicht erkannt und durch die Zusammenstellung in einem Abschnitt leicht erfasst werden könnten. Dies würde zusätzlich das Ziel des Kodexes fördern, das Gläubigervertrauen zu stärken.

III. Gesellschafter und Gesellschafterversammlung

Unter dem Themenkomplex Gesellschafter und Gesellschafterversammlung sollten die *Rechte der Gesellschafter*, die *Einberufung und der Ablauf der Gesellschafterversammlung* und – soweit dies noch nicht in der Präambel geschehen ist – das *Haftsystem der Gesellschaft* dargestellt werden.

1. Rechte der Gesellschafter

Die Aufnahme der Rechte der Gesellschafter in den Kodex, dient der Information potentieller Anleger und der Gesellschafter. Zu diesen Rechten gehören die *Vermögensrechte*, die *Verwaltungsrechte* sowie *Kontroll- und Minderheitenrechte*. Es sollte außerdem Erwähnung finden, dass es möglich ist, einzelnen Gesellschaftern statutarisch *Sonderrechte* zu gewäh-

¹³ Siehe oben S. 122 ff.

¹⁴ Siehe oben S. 126 f.

¹⁵ Siehe oben S. 129 ff.

ren. Der Inhalt dieser Rechte sollte kurz dargelegt werden und auf eventuelle Besonderheiten und Ausnahmen hingewiesen werden.

a) Vermögensrechte

Im Kodex sollte klargestellt werden, dass die Gesellschafter gemäß § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung einen *Gewinnanspruch* im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile haben.¹⁶ Allerdings ist der Verteilungsmaßstab statutarisch abänderbar.¹⁷ Dieser kann z. B. von dem Verhältnis der geleisteten Einlage oder von deren Volleinzahlung abhängig gemacht werden.¹⁸

Eine Kodexregel sollte darlegen, dass die Gesellschafter grds. durch einfachen Mehrheitsbeschluss über die *Ergebnisverwendung* entscheiden,¹⁹ wobei es ihnen möglich ist Gewinnrücklagen einzustellen, Beträge als Gewinne vorzutragen und Gewinne zu verteilen. Für Minderheitengesellschafter birgt dieses Quorum die Gefahr, dass sie bei der Beschlussfassung über die Ergebnisverwendung überstimmt werden und ihr Gewinnanspruch durch eine übermäßige Thesaurierungspolitik minimiert wird.²⁰ In Extremfällen kann dies dazu führen, dass eine Minderheit aus dem Unternehmen gedrängt wird.²¹ Über diese Gefahr des Überstimmwerdens bei der Ergebnisverwendung sollte der Anleger aufgeklärt sein. Eine Kodexempfehlung, die entsprechend § 58 Abs. 2 AktG Grenzen für die Rücklagenbildung bzw. entsprechend § 254 Abs. 1 AktG eine Mindestverzinsung von 4 % des Stammkapitals vorschreibt und auf diese Weise den Gewinnanspruch der Gesellschafter sichert, ist hingegen grundsätzlich abzulehnen. Sie mag für viele Publikums-GmbH sinnvoll sein, ist jedoch wegen der Vielfalt ihrer Unternehmensziele nicht grundsätzlich auf die GmbH übertragbar.

Des Weiteren sollte eine Kodexregelung das *Bezugsrecht* der Gesellschafter bei Kapitalerhöhungen und dessen Abdingbarkeit darlegen. Gesetzlich ist das Bezugsrecht nicht vorgeschrieben (vgl. § 55 Abs. 2 GmbHG). Dennoch geht die heute h. M. davon aus, dass ein Bezugsrecht auch für GmbH-Gesellschafter besteht. Begründet wird dies teils mit der analogen Anwendbarkeit des § 186 AktG,²² teils mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht.²³ Das Wissen um das Bezugsrecht ist für die Gesellschafter von besonderer Bedeutung, da es ihnen die Möglichkeit gibt, das bisherige Verhältnis ihrer Anteile an der Gesell-

¹⁶ Hueck/ Fastricht in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 29 Rdn. 52; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 29 Rdn. 38 f.; Emmerich in: Scholz, GmbHG § 29 Rdn. 76.

¹⁷ Hueck/ Fastricht in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 29 Rdn. 52; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 29 Rdn. 40; Emmerich in: Scholz, GmbHG § 29 Rdn. 78.

¹⁸ S. hierzu Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 29 Rdn. 40 m. v. w. Nw.

¹⁹ Hueck/ Fastricht in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 29 Rdn. 38; Emmerich in: Scholz, GmbHG § 29 Rdn. 60.

²⁰ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 29 Rdn. 25 ff.; Eine Ausnahme gilt allerdings für unter dem Ausschüttungsgebot stehende Altgesellschaften, auf die § 29 Abs. 2 GmbHG n. F. noch keine Anwendung findet, s. Roth/ Altmeppen, GmbHG § 29 Rdn. 24 ff.

²¹ Emmerich in: Scholz, GmbHG, § 29 Rdn. 70 ff.

²² Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 55 Rdn. 20.

²³ Zimmermann in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 55 Rdn. 30 m. z. w. Nw.

schaft beizubehalten. Das Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift macht eine klarstellende Kodexregelung umso erforderlicher. Es ist des Weiteren anerkannt, dass ein statutarischer Ausschluss des Bezugsrechtes erlaubt ist.²⁴ Auch diesbzgl. erscheint eine klarstellende Kodexregel sinnvoll.

b) Verwaltungsrechte

Zu den im Kodex zu erwähnenden Rechten der Gesellschafter gehören ferner das Stimmrecht, das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung, das Rede- und das Antragsrecht.

Das *Stimmrecht* ist für den Gesellschafter das wichtigste Mitwirkungsrecht, da er durch dessen Ausübung bei Gesellschafterbeschlüssen auf den Willensbildungsprozess der Gesellschaft Einfluss nimmt.²⁵ Auf das Stimmrecht sollte er daher im Kodex hingewiesen werden. Ebenso ist zu erwägen, ob der Kodex zur Warnung der Anleger darauf hindeuten sollte, dass die Satzung stimmrechtslose Gesellschaftsanteile vorsehen kann²⁶ und der Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen (s. z. B. § 47 Abs. 4 GmbHG) von der Beschlussfassung ausgeschlossen ist²⁷.

Bzgl. des *Teilnahmerechtes* sollte klargestellt werden, dass dieses im Kern unentziehbar²⁸ und nicht von der Innehabung eines Stimmrechtes abhängig ist. Entsprechendes gilt für das *Rede-* und das *Antragsrecht*.²⁹

c) Kontrollrechte

Eine Kodexregelung sollte den Anleger darauf hinweisen, dass jeder Gesellschafter gemäß § 51a GmbHG die unabdingbaren³⁰ Rechte hat, *zum einen unverzügliche Auskunft über die Angelegenheiten* der Gesellschaft und *zum anderen Einsicht in die Bücher und Schriften* zu verlangen. Diese Individualrechte verschaffen dem Gesellschafter die Möglichkeit, die Geschäftsführung außerhalb der Gesellschafterversammlung zu kontrollieren und ihren eigenen Interessen entsprechend zu reagieren.³¹ Ein Verweigerungsrecht steht den Geschäftsführern nach § 51a Abs. 2 GmbHG nur zu, wenn die Besorgnis besteht, dass der Gesellschafter die

²⁴ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 55 Rdn. 18; Zimmermann in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 55 Rdn. 31.

²⁵ Ebenso Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 128.

²⁶ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 47 Rdn. 73 ff.; Schäfer, GmbHR 1998, 113 ff., 168 ff.

²⁷ Eickhoff, Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH und GmbH & Co.KG, Rdn. 176 ff.; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 47 Rdn. 13 ff.

²⁸ BGH WM 1985, 567, 568; Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 48 Rdn. 6.

²⁹ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 48 Rdn. 20.

³⁰ S. § 51a Abs. 3 GmbHG; statt anderer Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 51 Rdn. 2.

³¹ Wohlleben, Informationsrechte des Gesellschafters, S. 2; Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 135.

Auskunft zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt wird.³²

d) Minderheitenrechte

Gute Corporate Governance bedeutet auch, dass Minderheitsgesellschafter gegenüber Mehrheitsgesellschaftern geschützt werden³³. Bei Erörterung der Vermögensrechte wurde bereits hinsichtlich des Kodexinhalts bestimmt, dass die Ergebnisverwendung durch Mehrheitsbeschluss entschieden wird und die Minderheitsgesellschafter somit überstimmt werden können³⁴.

Damit Anleger wissen, welche Rechte ihnen als Minderheitengesellschafter zustehen, sollte der Kodex vor allem³⁵ zwei Minderheitenrechte beinhalten. Dies ist *zum einen* das Recht der Minderheit, die *Berufung der Gesellschafterversammlung*, und *zum anderen* deren Recht, die *Ankündigung bestimmter Gegenstände zur Beschlussfassung der Versammlung* zu verlangen. Diese Rechte stehen Minderheiten der Gesellschaft unter den Voraussetzungen zu, dass sie mindestens 10% der Geschäftsanteile inne haben³⁶ und den Zweck und die Gründe für die Geltendmachung des Rechtes angeben³⁷. Eine systematischere Darstellung als unter einem gesonderten Punkt „*Minderheitenrechte*“ ließe sich im Kodex u. U. erreichen, wenn diese beiden Minderheitenrechte im Zusammenhang mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung und dem Antragsrecht im weiteren Verlauf des Kodexes verortet würden.

Ein weiterer im Zusammenhang mit Minderheitenrechten zu erörternder Aspekt ist der der *Treupflichtverletzung durch mangelnde Rücksichtnahme auf Mitgesellschafterinteressen*.³⁸ Ein solcher Verstoß kann vorliegen, wenn die Gesellschaftermehrheit die Gesellschafterminderheit durch einen Gesellschafterbeschluss schädigt. Die Anfechtbarkeit des Beschlusses ist regelmäßige Folge der Pflichtverletzung. Anfechtungsberechtigt ist unabhängig von seinem Anteil am Stammkapital grundsätzlich jeder Gesellschafter und somit auch jeder Minderheitsgesellschafter.³⁹ Im Kodex sollte auf die Anfechtbarkeit von Beschlüssen, die unter Verstoß gegen die Treupflicht gefasst werden, und die weite Anfechtungsbefugnis hingewiesen werden. Die Verortung dieser Thematik sollte jedoch aus Gründen einer besseren Übersichtlichkeit wiederum nicht unter einem gesonderten Punkt „*Minderheitenrechte*“, sondern unter dem Punkt „*Gesellschafterversammlung*“ im Zusammenhang mit der Nichtigkeit- und Anfechtbarkeit von Beschlüssen⁴⁰ stattfinden.

³² Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 51a Rdn. 25 ff.

³³ Siehe oben S. 80.

³⁴ Siehe oben S. 158 f.

³⁵ Zu weiteren Minderheitenrechten s. Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 50 Rdn. 13 f.; Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 135 ff.

³⁶ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 50 Rdn. 1; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 50 Rdn. 1.

³⁷ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 50 Rdn. 6; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 50 Rdn. 4.

³⁸ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 101.

³⁹ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 136.

⁴⁰ Siehe unten S. 165 f.

e) Sonderrechte, -pflichten und Rechtsbeschränkungen oder -ausschlüsse

Der Kodex sollte zudem darauf aufmerksam machen, dass es möglich ist, Gesellschaftern *Sonderrechte* oder *-pflichten* einzuräumen oder ihre Rechte zu beschränken oder auszuschließen. Zu denken ist bzgl. der Sonderrechte z. B. an Veto-, Vorkaufs- oder Entsenderechte in Gesellschaftsorgane⁴¹, bzgl. der Rechtsbeschränkungen z. B. an die Vinkulierung von Geschäftsanteilen oder bzgl. Rechtsausschlüssen z. B. an Ausschlüsse vom Gewinnanteil, vom Liquidationsanteil⁴² oder vom Stimmrecht⁴³. Es ist möglich die wichtigsten dieser Besonderheiten inhaltlich zu erläutern;⁴⁴ der Kodex sollte jedoch – wiederum um der Übersichtlichkeit willen – nicht mit Einzelbeispielen überfrachtet werden.

2. Pflichten der Gesellschafter

Bereits Erwähnung hat gefunden, dass die Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche *Treuepflicht* trifft. Deren rechtliche Grundlage bilden die §§ 242 und 705 BGB.⁴⁵ Aus der Treuepflicht folgt die Pflicht der Gesellschafter, den *Gesellschaftszweck zu fördern* und *ihre gesetzlichen und statutarischen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen*. Die Gesellschafter haben die Verfassung der Gesellschaft zu beachten und ihre Selbständigkeit und ihr Eigeninteresse zu respektieren.⁴⁶ Die Treuepflicht der Gesellschafter besteht aber nicht nur gegenüber der GmbH, sondern betrifft auch die Gesellschafter untereinander.⁴⁷ Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander hat eine allgemeine Abwägung und Begrenzung mitgliedschaftlicher Interessen und Befugnisse stattzufinden.⁴⁸ Dies betrifft das Verhältnis von Mehrheitsgesellschaftern gegenüber Minderheitsgesellschaftern ebenso wie das Verhältnis der Minderheit gegenüber der Mehrheit – letzteres etwa bei der Ausübung von Minderheitenrechten oder für Sperrminoritäten.⁴⁹ Auf diese Pflichten sollte im Kodex im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger hingewiesen werden.

Aus der Treuepflicht der Gesellschafter und aus § 117 AktG analog folgt ferner das *Verbot, die Gesellschaft zu schädigen* (sog. *Schädigungsverbot*).⁵⁰ Dieses Verbot besteht im außergesellschaftlichen Bereich, soweit die Gesellschaftssphäre berührt ist, sowie im gesellschaftsrechtlichen Bereich. Im außergesellschaftlichen Bereich darf der Gesellschafter z. B. keine geschäftsschädigenden Äußerungen tätigen oder keine aufgrund der Gesellschafterstel-

⁴¹ Für weitere Bsp. s. Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 14 Rdn. 17.

⁴² Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 14 Rdn. 14.

⁴³ Schäfer, GmbHR 1998, 113, 168.

⁴⁴ Pentz in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG, § 14 Rdn. 26 ff, 37 ff.

⁴⁵ Emmerich in: Scholz GmbHG § 13 Rdn. 39c; Burgard ZIP 2002, 827, 833 ff.

⁴⁶ Burgard, ZIP 2002, 827, 834 ff., der betont, dass auch die Einpersonengesellschaft ein der Disposition des Alleingeschafters entzogenes Eigeninteresse hat.

⁴⁷ Statt anderer Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, § 14 Rdn. 21.

⁴⁸ Schmidt, K., GR, § 20 IV 3, S. 593.

⁴⁹ Schmidt, K., GR, § 20 IV 3, S. 593.

⁵⁰ Schiessl in: MüHdb GR GmbHG § 32, 16; Burgard ZIP 2002, 827, 834 ff.

lung erlangten Informationen selbst nutzen bzw. an Dritte weiter geben.⁵¹ Im gesellschaftsrechtlichen Bereich muss darüber hinaus *das Eigeninteresse des Gesellschafters* grundsätzlich – selbst wenn er Mehrheitsgesellschafter ist – hinter dem der Gesellschaft *zurücktreten*.⁵² Dies gilt bei Entscheidungen über Geschäftsführungsangelegenheiten und für unternehmensbezogene Fragen. Dem Gesellschafter ist es z. B. verboten, der Gesellschaft durch inäquivalente Rechtsgeschäfte Gewinn oder ihr Geschäftschancen zu entziehen.⁵³ Handelt es sich um Entscheidungen bezüglich der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten, so darf der Gesellschafter seinen eigenen Interessen den Vorrang geben, darf dabei aber die Interessen von Gesellschaft und Mitgesellschaftern nicht übermäßig beeinträchtigen.⁵⁴ Das Ausmaß der Treuepflicht und des Schädigungsverbots hängt dabei von der Art und gesellschaftlichen Funktion des ausgeübten Rechts ab, wobei es bei Geschäftsführungsvorgängen und uneigennütigen Rechten, wie vor allem der Stimmabgabe bei Gesellschafterbeschlüssen⁵⁵ stärker, bei eigennütigen Rechten wie etwa dem Entsenderecht in den Aufsichtsrat⁵⁶ oder der Geltendmachung von Gewinnansprüchen⁵⁷ hingegen geringer ist.⁵⁸ Das Schädigungsverbot sowie die grundsätzliche Pflicht, das Eigeninteresse im gesellschaftsrechtlichen Bereich hinter dem der Gesellschaft zurücktreten zu lassen, sollte als Muss-Vorschrift zum Schutze von Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern in den Kodex integriert werden.

3. Rechte, Einberufung und Ablauf der Gesellschafterversammlung

Der Kodex sollte die *Allzuständigkeit* der Gesellschafterversammlung und ihre *Weisungsbefugnis* gegenüber den Geschäftsführern⁵⁹ erläutern. Ferner sollten die in § 46 GmbHG geregelten Beschlusszuständigkeiten der Gesellschafter im Kodex kurze Erwähnung finden. Zu überdenken ist, ob eine Auswahl oder Betonung der wichtigsten dieser Aufgaben zur Schwerpunktsetzung stattfinden sollte. Jedenfalls Erwähnung finden sollte, dass die Gesellschafterversammlung für die außergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern zuständig ist.⁶⁰ Es sollte zudem auf die statutarische Übertragbarkeit dieser Kompetenzen auf andere Organe hingewiesen werden. Die tatsächliche Aufgabenverteilung in der jeweiligen GmbH bietet maßgebliche Auskunft über den Einfluss der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung. Daher sollte eine Kodexregelung

⁵¹ *Schiessl* in: MüHdb GR GmbHG § 32, 16.

⁵² *H. Winter/ Seibt* in: Scholz § 14 Rdn. 56; s. a. *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 21.

⁵³ S. im Detail *Burgard* ZIP 2002, 827, 834 ff., 837 ff.

⁵⁴ S. hierzu genauer *Schiessl* in: MüHdb GR GmbHG § 32, 18 ff; vgl. auch *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 28 ff.

⁵⁵ *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 22.

⁵⁶ *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 22 m. w. Nw.

⁵⁷ Gegebenenfalls ist bei der Geltendmachung von Gewinnansprüchen Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu nehmen, *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 22.

⁵⁸ *Hueck/ Fastricht* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 13 Rdn. 22.

⁵⁹ Siehe oben S. 126 f.

⁶⁰ In der AG unterfällt dieser Bereich der Zuständigkeit des Aufsichtsrates, s. § 112 AktG.

die Empfehlung enthalten, dass GmbH die für diese jeweils gültigen Zuständigkeiten an disponierter Stelle – etwa auf der Homepage der Gesellschaft – zur Kenntnis der Gesellschafter leicht einsehbar machen.

Eine *Gesellschafterversammlung* hat mindestens einmal jährlich zur Feststellung des Jahresabschlusses, eines evtl. Konzernabschlusses und zur Entscheidung über die Verwendung des Ergebnisses stattzufinden.⁶¹ Als einzigen Mechanismus zum Krisenmanagement im GmbH-Recht hält § 49 Abs. 2 GmbHG die Pflicht der Geschäftsführer zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bereit, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint⁶². Eine solche Erforderlichkeit besteht gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz der Verlust des hälftigen Stammkapitals ergibt.⁶³ Die Geschäftsführer riskieren bei einem Unterlassen der Verlustanzeige an die Gesellschafter eine Freiheits- oder Geldstrafe gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Für die UG besteht gemäß § 5a Abs. 4 GmbHG die Modifikation, dass eine Einberufung der Gesellschafterversammlung abweichend von § 49 Abs. 3 GmbHG bei drohender Zahlungsunfähigkeit stattzufinden hat. In den Kodex sollten die erörterten Einberufungsgründe aufgenommen werden.

Zudem sollte darauf hingewiesen werden, dass die Einberufung von Gesellschafterversammlungen durch die Geschäftsführer unter Einhaltung einer Frist von einer Woche ausschließlich mittels eingeschriebenen Briefes zu geschehen hat.⁶⁴ Die Mindestfrist für die Ankündigung der Tagesordnungspunkte beträgt drei Tage. Folgen einer Nichtbeachtung dieser Formvorschriften und Fristen können die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse sein.⁶⁵ Über eine Wiedergabe dieser gesetzlichen Vorschriften hinaus sollte der Kodex die Veröffentlichung der Einberufung und der Tagesordnung auf der Homepage der GmbH anregen, um einen leichten Zugriff zugunsten der Gesellschafter zu ermöglichen.

Für den Anleger ist es zudem von Interesse zu erfahren, welche Mehrheiten für das *Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen* erforderlich sind. Grundsätzlich ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen Voraussetzung. Satzungsänderungen bedürfen hingegen einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen und der Beschluss muss notariell beurkundet werden. Abweichende Beschlussquoten können statutarisch bestimmt werden, sofern sie die Mehrheitserfordernisse steigern. Eine Herabsetzung ist hingegen nur eingeschränkt möglich.⁶⁶

⁶¹ S. hierzu *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 46 Rdn. 9 ff.; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 46 Rdn. 3.

⁶² S. statt anderer *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 49 Rdn. 16 ff.

⁶³ *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 49 Rdn. 19 ff.

⁶⁴ *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 51 Rdn. 11 f.; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 51 Rdn. 1 ff.; *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 51 Rdn. 7, 10.

⁶⁵ *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 51 Rdn. 28 f.; *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 51 Rdn. 14; *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 51 Rdn. 12.

⁶⁶ S. § 53 Abs. 2 GmbHG; *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 47 Rdn. 24; *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 47 Rdn. 18.

Der Kodex sollte zudem die *Art und Weise der Beschlussfassung* enthalten. Dabei ist darauf einzugehen, dass die Beschlüsse in der Versammlung stattfinden, aber auch außerhalb der Versammlung gefasst werden können, wenn alle Gesellschafter dem Beschlussantrag in Textform zustimmen oder sich mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklären. Darüber hinaus ist die Einsetzung eines Stimmrechtsvertreters erlaubt, sofern diese nicht zu einer Umgehung des Abspaltungsverbot des Stimmrechts vom Gesellschaftsanteil führt.⁶⁷

Die Gesellschaft hat gegenüber den Gesellschaftern – dies gilt auch gegenüber dem Alleingesellschafter – ein Eigeninteresse an der Erfüllung statutarischer und gesetzlicher Verpflichtungen⁶⁸. Die Pflicht, die Verfassung der Gesellschaft zu befolgen, können die Gesellschafter durch Beschlüsse über Satzungsdurchbrechungen gefährden. Eine Satzungsdurchbrechung liegt vor, wenn die Gesellschafter für einen Einzelfall von der Satzung der Gesellschaft oder von dispositivem Gesetzesrecht abweichen und keine generelle Änderung der Satzung für die Zukunft vornehmen.⁶⁹ Der BGH⁷⁰ beschränkt die Zulässigkeit einer Satzungsdurchbrechung „auf Fälle einer »punktuellen« Regelung, bei denen sich die Wirkung des Beschlusses in der betreffenden Maßnahme erschöpft“. Nicht zulässig ist es daher, mittels Satzungsdurchbrechung satzungswidrige Zustände herzustellen, etwa den Unternehmensgegenstand zu verändern.⁷¹ Nicht entscheiden musste der BGH bislang, ob eine Satzungsdurchbrechung einer notariellen Beurkundung oder eines bestimmten Mehrheitsbeschlusses bedarf, was jedoch von der h. M. in der Literatur bejaht wird.⁷² Von dieser wird zudem vertreten, dass Satzungsdurchbrechungen zu ihrer Unanfechtbarkeit in das Handelsregister eingetragen werden müssen.⁷³ Begründet wird eine solche Pflicht damit, dass der Rechtsverkehr durch das Handelsregister zwar über die Satzung informiert wird, diese aber im Falle einer Satzungsdurchbrechung den materiellen Satzungsinhalt nicht richtig wiedergibt.⁷⁴ Eine Eintragung der Satzungsdurchbrechung in das Handelsregister würde diese Fehlinformation beseitigen. Dem ist zum Schutze des Rechtsverkehrs zuzustimmen. Um der Gefahr von Satzungsdurchbrechungen vorzubeugen, sollte eine Regelung in den Kodex integriert werden, welche die Voraussetzungen für eine unanfechtbare Beschlussfassung von Satzungsdurchbrechungen enthält. Da es sich bei diesen in den Kodex aufzunehmenden Voraussetzungen um die herrschende Rechtsauffassung handelt, kann die Regelung als Mussvorschrift formuliert werden.

⁶⁷ Siehe näher *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG § 47 Rdn. 2; *Eickhoff*, Die Praxis der Gesellschafterversammlung, Rdn. 204.

⁶⁸ Siehe oben S. 161.

⁶⁹ *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 53 Rdn. 34; *Burgard* ZIP 2002, 827, 832.

⁷⁰ BGHZ 123, 15, 19 f.

⁷¹ Für weitere Beispiele s. *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 53 Rdn. 34.

⁷² So *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 53 Rdn. 34; *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 53 Rdn. 51; *Lutter/ Hommelhoff* GmbHG § 53 Rdn. 27; *Priester* in: Scholz GmbHG § 53 Rdn. 30.

⁷³ Dafür *Zöllner* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 53 Rdn. 52; *Lutter/ Hommelhoff* GmbHG § 53 Rdn. 27; vgl. *Zimmermann* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 53 Rdn. 34; *Priester* in: Scholz GmbHG § 53 Rdn. 30

⁷⁴ Vgl. BGHZ 123, 15, 19.

§ 6 Ein Corporate Governance-Kodex für die GmbH

Eine *Protokollierung von Beschlüssen* ist grundsätzlich nicht erforderlich. Etwas anderes gilt jedoch für die Einmann-GmbH, in der der einzige Gesellschafter nach seiner Beschlussfassung zur Niederschrift und Unterschrift des Beschlusses verpflichtet ist. Allerdings führt das Nichtbeachten dieser Pflicht nicht stets zu einer Nichtigkeit von Beschlüssen.⁷⁵ Zudem bedürfen nicht sämtliche Maßnahmen einer Beschlussfassung. So unterliegen Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen keiner Dokumentationspflicht.⁷⁶ Im Kodex sollte dennoch auf diese Pflicht hingewiesen werden. Aber nicht nur bei der Einmann-GmbH, sondern auch in der Mehrpersonen-GmbH ist eine Protokollierung von Beschlüssen zur Beweissicherung sinnvoll und sollte daher im Kodex empfohlen werden.

Gemäß § 241 Nr. 3 AktG analog sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nichtig, wenn diese durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind.⁷⁷ Dies können z. B. Beschlüsse über die Kapitalaufbringung und -erhaltung⁷⁸ oder über eine Sitzverlegung im Insolvenzfall⁷⁹ sein. Nichtige Beschlüsse dürfen nicht zum Handelsregister angemeldet werden.⁸⁰ Findet eine Eintragung dennoch statt und liegt die Eintragung drei Jahre zurück, so tritt eine Heilung der Nichtigkeit ein.⁸¹ Eine Kodexregelung, die auf die Möglichkeit einer Nichtigkeit hinweist ist sinnvoll, da hierdurch die Gesellschaftsorgane und Dritte auf diese aufmerksam gemacht werden und die Nichtigkeit von Beschlüssen leichter aufgedeckt wird.

Sind Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Satzung verstoßen nicht nichtig, so können sie gemäß § 243 AktG analog anfechtbar sein.⁸² Gesetzesverstöße sind auch solche gegen die guten Sitten, den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Treuepflicht, insb. die Gesellschaftszweckbindung.⁸³ Da die Treuepflicht nicht nur zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, sondern auch unter den Gesellschaftern besteht, können auch Treuepflichtverstöße gegen andere Gesellschafter, z. B. Minderheitsgesellschafter, zu einer Anfechtbarkeit von Beschlüssen führen.⁸⁴⁸⁵ Anfechtungsbefugt ist jeder Gesellschafter.⁸⁶ Die Anfechtungsfrist

⁷⁵ Zöllner in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 49 Rdn. 48 ff.; Roth/ Altmeppen GmbHG § 49 Rdn. 44 ff.

⁷⁶ Zöllner in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 49 Rdn. 50.

⁷⁷ S. hierzu Burgard ZIP 2002, 827, 833.

⁷⁸ Zöllner in: Baumbach/ Hueck GmbHG Anh § 47 Rdn. 53; s. a. Burgard, der diesbzgl. näher auf die verdeckte Gewinnausschüttung eingeht, ZIP 2002, 827, 833.

⁷⁹ AG München ZIP 2005, 1052 ff.

⁸⁰ Zöllner in: Baumbach/ Hueck GmbHG Anh § 47 Rdn. 53.

⁸¹ S. § 242 Abs. 2 S. 1 AktG analog.

⁸² Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 81; Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh zu § 47 Rdn. 43.

⁸³ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 83.

⁸⁴ Siehe oben S. 161.

⁸⁵ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 101; Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh zu § 47 Rdn. 56.

des § 246 Abs. 1 AktG findet bei der GmbH keine strikte Anwendung ist aber Mindest- und Regelfrist, die im Einzelfall überschritten werden kann.⁸⁷ Über die Möglichkeit der Anfechtbarkeit von Beschlüssen und die Anfechtungsfrist sollte der Kodex aufklären.

4. Haftungssystem der Gesellschaft

Für potentielle Anleger sind insb. eigene Haftungsrisiken ein wichtiger Grund gegen eine Anlageentscheidung. Daher sollte der Kodex auf das Haftungssystem der GmbH eingehen. Zu denken ist an eine Darstellung der wichtigsten Haftungstatbestände der Gesellschafter sowie der in der Praxis relevantesten Fallgruppen aus der Rechtsprechung⁸⁸.

IV. Geschäftsführer

Die Kodexregelungen über die Geschäftsführer sollten die *Aufgaben* und *Zuständigkeiten*, die *Zusammensetzung* und *Vergütung* sowie die *Interessenkonflikte* der Geschäftsführer umfassen.

1. Aufgaben und Zuständigkeiten

Im Kodex ist darzustellen, dass den Geschäftsführern die *Geschäftsführung in von der Gesellschafterversammlung abgeleiteter Verantwortung* obliegt⁸⁹. Die Geschäftsführung umfasst die Leitung des Unternehmens sowie die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen.⁹⁰

Des Weiteren sollte der GmbH-Kodex ebenso wie Ziff. 4.1.1 DCGK verdeutlichen, dass die Geschäftsführung das Unternehmen *mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung* und *im Unternehmensinteresse* zu leiten hat. Bei beiden Pflichten handelt es sich um Kriterien, die bei der Ausübung des Leitungsermessens durch den Vorstand der AG⁹¹ und die Geschäftsführung der GmbH⁹² als Ermessensgrenze Berücksichtigung zu finden haben.⁹³ Das Überschreiten der Ermessensgrenzen kann bei der AG zu einer Haftung nach § 93 Abs. 1 AktG

⁸⁶ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 136.

⁸⁷ Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG Anh § 47 Rdn. 145 f.; Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh zu § 47 Rdn. 56.

⁸⁸ Siehe oben S. 57 ff.

⁸⁹ Siehe oben S. 126.

⁹⁰ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 28 ff.; Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 201 ff.

⁹¹ Hüffer, AktG § 76, Rdn. 13; Semler in: MüKo AktG § 161 Rdn. 358.

⁹² Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 43 Rdn. 20.

⁹³ Semler in: MüKo AktG § 161 Rdn. 358; Zum Unternehmensinteresse als Ermessensgrenze des § 43 Abs. 2 GmbHG: BVerfGE 34, 103, 112; 50, 290, 374; U. H. Schneider in: Scholz, GmbHG § 43 Rdn. 60 m. v. w. Nw.; Haas in: Michalski, GmbHG § 43 Rdn. 61 ff.; Hommelhoff/ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 43 Rdn. 15; Meyer-Landrut, ZGR 1976, 510 ff.; Raisch in: FS Hefermehl, S. 347 ff.; a. A. Laske, ZGR 1979, 173 ff.; Kunze, ZHR 144 (1980), 116 f.; Reuter, AcP 179 (1979), 517; Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, S. 85; Mülbart, ZGR 1997, 129, 147, 168

und bei der GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG führen. Der Begriff der *Steigerung des nachhaltiger Wertschöpfung* wird als Synonym für eine dauerhafte Rentabilität und eine angemessene Gewinnerzielung verwandt.⁹⁴ Bei dem des *Unternehmensinteresses* handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der nicht ausdrücklich im AktG oder GmbHG enthalten ist und auf der Rechtsprechung des BVerfG⁹⁵ und des BGH⁹⁶ gründet.⁹⁷ Der Begriff und die Inhalte des Unternehmensinteresses sind nicht geklärt. In der Literatur finden sich zu seinen Inhalten hinsichtlich der AG zahlreiche Einzelmeinungen.⁹⁸ Die h. M. versteht das Unternehmensinteresse als die im Unternehmen zusammentreffenden Interessen der Unternehmensbeteiligten⁹⁹, wobei innerhalb der h. M. umstritten ist, wer zu den Unternehmensbeteiligten gehört.¹⁰⁰ Bei der GmbH ist ebenfalls umstritten, was die Inhalte des Unternehmensinteresses sind. Es ist insb. streitig, ob hierunter neben den Interessen der Anteilseigner auch andere Interessen wie die der Arbeitnehmer, der Gläubiger und der Öffentlichkeit zu

⁹⁴ Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 62 warnen vor einer Verwechslung von Rentabilität und Gewinnmaximierung, sie berufen sich u. a. darauf, dass Gewinn nichts anderes als eine „*technisch-rechnerische Größe des Bilanzrechenwerks*“ meine.

⁹⁵ BVerfGE 34, 103, 112; 50, 290, 374.

⁹⁶ BGHZ 36, 283, 290, 306; BGHZ 64, 325, 329 = NJW 1975, 1412; BGH NJW 1979, 1823, 1826.

⁹⁷ Semler in: MüKo AktG § 161 Rdn. 358.

⁹⁸ Eine aufschlussreiche Übersicht findet sich bei Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, S. 35 Fn. 94 m. zahlr. w. Nw.

⁹⁹ Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, S. 34 Fn. 94. Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 56.

¹⁰⁰ Als Unternehmensbeteiligte werden die Aktionäre, die Arbeitnehmer, die Kunden, die Lieferanten, die Kreditinstitute und die Öffentlichkeit diskutiert (s. Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 56). Die überwiegende Meinung vertritt das *moderate shareholder value Konzept* (s. Hüffer, AktG § 76, 12), nach dem das Interesse der Anleger von gleicher Wichtigkeit wie das Interesse der übrigen stakeholder sei. Der Vorstand habe das Recht und die Pflicht, die abweichenden Interessen gegeneinander abzuwägen [Hüffer, AktG § 76, 12; (a. A. ist im Detail Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, S. 38 Fn. 107, der nur die Interessen der Anteilseigner, Mitarbeiter und Führungsorgane als Handlungsmaxime und die Interessen von Gläubigern, Verbrauchern und der Allgemeinheit als bloßen Bezugspunkt einordnet)] und sie in eine praktische Konkordanz zu bringen (Hüffer, AktG § 76, 12; Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 57 m. w. Nw.; Mertens in: KölnKomm AktG § 76 Rdn. 19). Eine M. M. verfiht als Pendant dazu das *ausschließliche shareholder value Konzept*, bei dem allein die Anlegerinteressen Berücksichtigung fänden (s. hierzu Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 64). Diskutiert – aber aufgrund der Verantwortlichkeit von Unternehmen in der sozialen Marktwirtschaft abgelehnt (s. insb. Rittner in: FS Geßler, S. 139, 158; Mertens in: KölnKomm AktG § 76 Rdn. 11) – wird das Prinzip der ausschließlichen Gewinnmaximierung (s. hierzu Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 76 Rdn. 62 m. w. Nw.; ebenfalls ablehnend Mertens, KölnKomm AktG § 76 Rdn. 11 m. w. Nw.; ebenso Hüffer, AktG § 76 Rdn. 14). Dem Vorstand sei es erlaubt, auch Belange z. B. der Mitarbeiter, der Nachwuchsförderung oder des Umweltschutzes in seine Entscheidungen einfließen zu lassen, ohne sich dem Risiko einer Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG oder einer Abberufung aus wichtigem Grund gemäß § 84 Abs. 3 AktG auszusetzen. Für das moderate shareholder value Konzept spricht insb., dass eine einzelfallbezogene Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Interessen stattfinden kann. Es strebt im Gegensatz zum ausschließlichen shareholder value Konzept nicht ausschließlich nach kurzfristiger Aktienkurssteigerung, sondern nach langfristiger Gewinnmaximierung.

verstehen sind.¹⁰¹ Allerdings nimmt die überwiegende Ansicht an, dass die Gesellschafter sowohl das Unternehmensziel als auch -interesse festlegen und ihre Interessen im Zweifel vorgehen.¹⁰²

Darüber hinaus kommen Ausführungen im Kodex zur *Vertretungsmacht der Geschäftsführer* in Betracht.¹⁰³

2. Zusammensetzung und Vergütung

Im Kodex sollte deutlich werden, dass *die Bestellung* und *der Widerruf* eines oder mehrerer Geschäftsführer grundsätzlich durch Regelung im Gesellschaftsvertrag oder durch die Gesellschafterversammlung stattfinden.¹⁰⁴ In der Satzung können abweichende Kompetenzen geregelt werden, wobei insb. bei GmbH mit großem Gesellschafterkreis eine Übertragung auf den Aufsichtsrat in Betracht kommt.¹⁰⁵ In mitbestimmten GmbH nach dem MitbestG, dem MontanMitbestG und dem MontanMitbestGErgG,¹⁰⁶ nicht hingegen nach dem DrittelbG,¹⁰⁷ dem InvG und dem MgVG¹⁰⁸ liegen die Befugnis zur Geschäftsführerbestellung und zum Widerruf der Bestellung unabdingbar beim Aufsichtsrat.¹⁰⁹ Aufgrund dieser Divergenzen sollte die Empfehlung ausgesprochen werden, dass die Gesellschaften die für sie gültigen Regelungen an geeigneter Stelle veröffentlichen.

Besonders wichtige Corporate Governance-Aspekte sind die *Vergütungs- und Abfindungsregelungen* der Geschäftsführer, da diese die Gewinne der Gesellschafter und die Haftmasse zum Nachteil von Gläubigern schmälern. Die Vergütungs- und Abfindungsvereinbarungen werden regelmäßig durch dasjenige Organ vorgenommen, das auch die Bestellung der Geschäftsführer vornimmt.¹¹⁰ Somit liegen diese Zuständigkeiten zumeist bei der Gesellschafterversammlung; während dies in der mitbestimmten GmbH nach dem MitbestG und dem MontanMitbestG und dem MontanMitbestGErgG die Aufgabe des Aufsichtsrats ist¹¹¹. Diese

¹⁰¹ Haas in: Michalski, GmbHG § 43 Rdn. 77 m. v. w. Nw.

¹⁰² U. H. Schneider in: Scholz, GmbHG § 43 Rdn. 63 m. v. w. Nw.; Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 7, Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 914.

¹⁰³ Siehe hierzu Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 254 ff.

¹⁰⁴ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 7 ff.; Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 233; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 38 Rdn. 17.

¹⁰⁵ Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 5 ff.

¹⁰⁶ S. § 31 Abs. 1 MitbestG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestGErgG.

¹⁰⁷ Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 916 f.

¹⁰⁸ S. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 InvG, § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁰⁹ S. § 31 Abs. 1 MitbestG, § 12 MontanMitbestG bzw. § 13 MontanMitbestGErgG i. V. m. § 84 AktG; s. auch Zöllner in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 47 Rdn. 24; Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 131 ff.; Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 234; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 38 Rdn. 20.

¹¹⁰ Mertens/ Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, Rdn. 192 f.

¹¹¹ Siehe oben S. 127, 136.

§ 6 Ein Corporate Governance-Kodex für die GmbH

Zuständigkeiten sind in den Kodex aufzunehmen, was vor allem dem Zweck dient, den Anlegern ihren Einflussgrad auf die Inhalte dieser Vereinbarungen aufzuzeigen.

Zudem sollte deutlich werden, welche *Kriterien bei der Vereinbarung der Vergütung* zu berücksichtigen sind. Dabei ist auf die Beachtung der Angemessenheit der Bezüge und deren Beurteilungskriterien einzugehen.¹¹² Da diese jedoch nicht gesetzlich geregelt sind¹¹³, kann diesbzgl. lediglich eine Empfehlung ausgesprochen werden.¹¹⁴ Kriterien für die Höhe der Vergütung sind z. B. die Unternehmensgröße, die Ertragslage, die Größe des Geschäftsführerergremiums¹¹⁵ und der Rang der einzelnen Geschäftsführer, wenn mehrere Geschäftsführer beschäftigt sind.¹¹⁶ Mindernd zu berücksichtigen ist, wenn der Geschäftsführer bei einem weiteren Unternehmen tätig ist.¹¹⁷

In der Praxis weit verbreitet sind *variable Vergütungsbestandteile*.¹¹⁸ Da diese Anreize für eine erfolgsorientierte Geschäftsführung schaffen, sollten sie im Kodex empfohlen werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass die variablen Vergütungsbestandteile ebenfalls angemessen sein sollten¹¹⁹ und welche Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit empfehlenswert sind.¹²⁰ Als Richtschnur kann die 75:25 % Regel dienen, nach der 75 % des Gehaltes fest vergütet und 25 % variabel vergütet werden.¹²¹ Anlehnend an Ziff. 4.2.3 Abs. 2 S. 2 DCGK könnte darüber hinaus deutlich gemacht werden, dass die variablen Vergütungsbestandteile wiederkehrende, an den geschäftlichen Erfolg gebundene Komponenten und Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter enthalten sollten.

Abfindungen haben für GmbH-Geschäftsführer i. d. R. geringe Bedeutung. Dies gilt insb. bei GmbH mit geringer Gesellschafterzahl und in denen die Geschäftsführung von den Gesellschaftern ausgeübt wird. Eine Auswechslung der Geschäftsführer findet in diesen GmbH nur selten statt. In kapitalistisch-strukturierten GmbH werden Geschäftsführer hingegen häu-

¹¹² Sie leiten sich überwiegend aus dem Steuerrecht ab *Mertens/ Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, Rdn. 194 f.

¹¹³ Vgl. aber *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 182 ff.; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 35 Rdn. 98; *Mertens/ Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, Rdn. 192 f.

¹¹⁴ Zur Orientierung bei der Formulierung dieser Beurteilungskriterien kann das *Schreiben des Bundesministerium der Finanzen* vom 14.10.2002 dienen s. IV A 2-2742-62/02, BStBl I 2002, 972 = GmbHR 2002, 1152; s. a. *Brandmüller*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 90 ff. m. v. w. Nw.

¹¹⁵ S. a. BFH, GmbHR 2003, 1369.

¹¹⁶ *Tänzer*, GmbHR 2005, 1256, 1257 f.

¹¹⁷ BFH, GmbHR 2003, 1071 ff.

¹¹⁸ *Tänzer*, GmbHR 2005, 1256, 1258.

¹¹⁹ Im Ergebnis ebenso *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 185 f.; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 35 Rdn. 9; Zur steuerrechtlichen Relevanz der Tantiemen s. *Brandmüller*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 523 ff.

¹²⁰ Siehe hierzu *Bundesministerium der Finanzen*, Schreiben vom 01.02.2002 - IV A 2-2742- 4/02, BStBl. I 2002, 219 = GmbHR 2002, 291.

¹²¹ Vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, Schreiben vom 01.02.2002 - IV A 2-2742- 4/02, BStBl. I 2002, 219 = GmbHR 2002, 291.

figer ausgewechselt. Für diese GmbH bedeutet gute Corporate Governance, dass Abfindungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen der Geschäftsführer stehen.¹²² Eine entsprechende Empfehlung sollte daher in den Kodex aufgenommen werden. Die Aufnahme von Abfindungscaps entsprechend Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK ist hingegen für GmbH überdimensioniert und nicht erforderlich.

GmbH-Gesellschafter haben ein besonderes Interesse daran, zu erfahren, welche *Leistungen an Organmitglieder* fließen. Diese Informationen können sie durch Einsicht in den Jahresabschluss erlangen. Durch die Einführung des VorstOG¹²³ wurden die Vorschriften des § 285 HGB für Pflichtangaben in der Bilanz durch Angaben zur Vergütung von GmbH-Geschäftsführern, Aufsichtsratsmitgliedern und ähnlichen Einrichtungen erweitert. Nunmehr müssen die Gesamtbezüge jeweils für jede dieser Personengruppen im Anhang der Bilanz aufgeführt werden. Eine Pflicht zur Offenlegung der Einzelbezüge mit Namensnennung besteht hingegen ausschließlich für den Vorstand der börsennotierten AG.¹²⁴ Obligatorisch offenzulegen sind wiederum die Gesamtbezüge der früheren Mitglieder dieser Organe¹²⁵ und Organkredite. Eine Kodexregelung sollte diese rechtlichen Vorgaben zur Offenlegung der Vergütung beschreiben.

Zu überlegen ist, ob aufgrund der fehlenden gesetzlichen Pflicht für die GmbH-Geschäftsführer (und Aufsichtsratsmitglieder¹²⁶) eine *Offenlegung ihrer Einzelbezüge mit Namensnennung* empfohlen werden, sollte. Für die Gesellschafter macht eine solche Offenlegung als Ergänzung des Auskunftsanspruchs jedoch nur Sinn, wenn sie nicht selbst, sondern der Aufsichtsrat über die Vergütung der Geschäftsführer entscheidet. Regelmäßig bestimmen jedoch die Gesellschafter die Vergütung. Allein in mitbestimmten GmbH nach dem MitbestG, MontanMitbG und dem MontanMitbGErgG sind die Aufsichtsratsmitglieder für die Höhe der Vergütung des Vorstandes zuständig.¹²⁷ In letzteren Fällen haben somit die Gesellschafter ein Interesse an einer leichten Einsehbarkeit der Vergütungsstruktur. Nicht außer Acht gelassen werden sollte jedoch, dass die Geschäftsführer ein Recht auf Diskretion hinsichtlich ihrer Vergütung haben. Folglich kommt allein eine Anregung zur Offenlegung der Vergütung der Geschäftsführer in mitbestimmten GmbH in Betracht. Des Weiteren sollte die Vorstandsvergütung jährlich in einer Gesellschafterversammlung der Gesellschafter erläutert werden.

Ebenfalls in den Kodex aufgenommen werden sollte, dass wenn die Gesellschaft für die Geschäftsführer eine D&O-Versicherung abschließen, dies unter Vereinbarung eines angemessenen Selbstbehaltes geschehen sollte. Eine entsprechende Muss-Vorschrift findet sich auch in Ziff. 3.8 DCGK, der seit dem 18.06.2009 in Anlehnung an die Neuregelung des § 93 Abs.

¹²² S. hierzu *Jahn*, FAZ v. 31.01.2007, S. 12; *ders.*, FAZ v. 07.07.2007, S. 13; *Kunz*, FAZ v. 06.08.2007, S. 20.

¹²³ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz) v. 03.08.2005 BGBl. 2005, S. 2267 - 2268.

¹²⁴ S. § 285 Ziff. 9 lit. a S. 5 HGB.

¹²⁵ Hierzu gehören z. B. Abfindungen und Ruhegehälter.

¹²⁶ Siehe unten S. 177.

¹²⁷ Siehe oben S. 127, 136.

2 AktG¹²⁸ eine Änderung erfahren hat, und als Anregung auch für die GmbH sinnvoll erscheint.

3. Interessenkonflikte

Die Geschäftsführer verwalten treuhänderisch fremdes Vermögen, daher trifft sie eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.¹²⁹ In allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, hat der Geschäftsführer allein deren Vorteil und nicht den eigenen zu suchen.¹³⁰

Aus der gesetzlichen Treuepflicht¹³¹ folgt für die Geschäftsführer das *Wettbewerbsverbot*, innerhalb des Unternehmensgegenstandes tätig zu werden oder sonstige Aktivitäten durchzuführen, die mit ihrer Geschäftsführertätigkeit unvereinbar sind.¹³² Unter dieses Wettbewerbsverbot fällt entsprechend § 88 Abs. 1, S. 1 F. 2 AktG das Geschäftemachen im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung. Erfasst werden hiervon der Betrieb eines Handelsgewerbes und die Tätigkeit als Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer sowie die mit unternehmerischer Einflussnahme verbundene Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Handelsgesellschaft.¹³³ Es ist bereits gängige Praxis¹³⁴, Wettbewerbsverbote in den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers aufzunehmen. Eine entsprechende Kodexempfehlung wäre daher unschädlich. Da die Treuepflicht ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht erfasst,¹³⁵ sollte der Kodex jedoch dessen Aufnahme in den Anstellungsvertrag anregen. Außerdem sollte eine weitere Kodexanregung zu der Aufnahme von wirkungsvollen Sanktionen gegen Wettbewerbsverbotsverstöße etwa in Form von Vertragsstrafen¹³⁶ in den Anstellungsvertrag auffordern.

Ebenfalls aus dem Wettbewerbsverbot folgt das *Verbot des Nutzens von Geschäftschancen* der GmbH durch den Geschäftsführer¹³⁷. Zwar besteht auch in Bezug auf diese Tätigkeiten

¹²⁸ S. Art. 1 Nr. 2 VorstAG (BGBl. I S. 2509 v. 31.07.2009).

¹²⁹ Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 17 ff.; Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 38 ff.

¹³⁰ BGH GmbHR 1986, 42; Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 115; so wohl auch Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 35 ff.; a. A. Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 19, der diese Pflicht beschränkter sieht: Aus dieser folgt deren Pflicht, bei Kollisionen zwischen Eigen- und Gesellschaftsinteressen für einen angemessenen Ausgleich Sorge zu tragen.

¹³¹ Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 19; Mertens/ Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, Rdn. 311.

¹³² Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 20 f.; Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 118 f.

¹³³ Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 43.

¹³⁴ Vgl. Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 117.

¹³⁵ Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 23; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 106; Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 121; Zu dessen Ausgestaltung s. Mertens/ Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, Rdn. 312 ff.; s. a. Menke, NJW 2009, 636 ff.

¹³⁶ Vgl. Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 107 m. w. Nw.

¹³⁷ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 43 Rdn. 41 f.; Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 115 ff.

bereits die gesetzliche Pflicht, dass der Geschäftsführer seine eigenen Vorteile hinter denen der Gesellschaft zurück stehen lassen muss.¹³⁸ Aus Klarstellungsgründen sollte eine Kodexregelung jedoch deutlich machen, dass Geschäftsführer Geschäftschancen der GmbH ausschließlich im Gesellschaftsinteresse zu nutzen haben.

Ob auch der alleingeschäftsführende Alleingesellschafter dem Wettbewerbsverbot oder der Geschäftschancenbindung unterliegt, ist zwar umstritten;¹³⁹ der Kodex sollte diesbzgl. freilich jedoch nicht zwischen alleingeschäftsführenden Alleingesellschaftern und anderen Geschäftsführern unterscheiden.

Risiken entstehen für die GmbH, die Gesellschafter und Gläubiger, wenn der Geschäftsführer vom Wettbewerbsverbot und vom Verbot des Nutzens von Geschäftschancen befreit wird. Ebenfalls aus Klarstellungsgründen sollte im Kodex auf die Möglichkeit der allgemeinen und einzelfallbezogenen Befreiung der Geschäftsführer vom Wettbewerbsverbot hingewiesen werden,¹⁴⁰ um Anleger und Gläubiger auf diese Weise auf diese Gefahr aufmerksam zu machen.

Eine wichtige Vorschrift zur Vermeidung der Übervorteilung der Gesellschaft ist § 181 BGB, der das *Verbot des Selbstkontrahierens* enthält. Dieses ist auf Geschäfte zwischen der GmbH und ihren Geschäftsführern anwendbar.¹⁴¹ Die Befreiung vom Verbot für Inselfeschäfte ist jedoch allgemein statutarisch oder für bestimmte Einzelfälle durch Gesellschafterbeschluss möglich,¹⁴² weshalb die Schutznorm des § 181 BGB häufig umgangen wird. Der Kodex sollte daher im Interesse der Gesellschafter entweder empfehlen, ein Selbstkontrahieren zwischen Geschäftsführer und GmbH solle statutarisch nicht erlaubt sein oder es solle in die Satzung aufgenommen werden, dass Verträge, die im Wege eines Selbstkontrahierens der Geschäftsführer zustande kommen, zu ihrer Wirksamkeit eines Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafterversammlung¹⁴³ oder der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen.

¹³⁸ BGH, GmbHR 1986, 42.

¹³⁹ Dafür *Marsch-Barner/ Diekmann* MüHdb GR GmbH § 43 Rdn. 60; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 836; dagegen *Zöllner/ Noack* in: *Baumbach/ Hueck GmbHG* § 43 Rdn. 43; *Pentz* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG* § 13 Rdn. 88; *Hommelhoff/ Kleindiek* in: *Lutter/ Hommelhoff GmbHG Anh* § 6 Rdn. 20 a. E. m. w. Nw.

¹⁴⁰ S. näher *Paefgen* in: *Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG* § 43 Rdn. 47 m. v. w. Nw., der diskutiert, welche der streitigen Voraussetzungen für die Erteilung eines Dispenses erfüllt sein müssen; s. a. *Burgard*, ZIP 2002 827, 837.

¹⁴¹ *Roth/ Altmeyen, GmbHG* § 35 Rdn. 63; *Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer*, Rdn. 308; *Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer*, Rdn. 277.

¹⁴² Str. vgl. *Roth/ Altmeyen, GmbHG* § 35 Rdn. 64 f.; *Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer*, Rdn. 309; *Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer*, Rdn. 280.

¹⁴³ Angemerkt sei, dass es umstritten ist, ob das Verbot des Selbstkontrahierens auch für Gesellschafterbeschlüsse Geltung entfaltet; *Koppensteiner* in: *Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG* § 47 Rdn. 79. Wirksamen Schutz bietet jedoch bereits § 47 Abs. 4 GmbHG, wonach ein Stimmrechtsausschluss für Gesellschafter im Falle von Interessenkonflikten stattzufinden hat, s. *Roth/ Altmeyen, GmbHG* § 47 Rdn. 35. Eine Kodexregelung mit Bezug auf § 181 BGB ist daher für Gesellschafterbeschlüsse nicht erforderlich.

§ 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG n. F. stellt klar, dass die *Beschränkung des § 181 BGB auch für alleingeschäftsführende Alleingesellschafter* gilt. Allerdings ist wiederum eine Gestattung des Selbstkontrahierens möglich. Nach h. M.¹⁴⁴ ist zu ihrer Wirksamkeit eine Satzungsregelung und daraus folgend auch eine Eintragung in das Handelsregister erforderlich. So sei es, „wenn die Satzung eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit durch Gesellschafterbeschluss vorsieht, der Alleingesellschafter sich von dem Notar zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer bestellt und diese Tatsachen in das Handelsregister eingetragen werden...“.¹⁴⁵ Demgegenüber vertritt die Mindermeinung¹⁴⁶, dass nicht notwendigerweise eine Satzungsänderung stattzufinden habe. Es sei ausreichend, dass die Satzung die Gesellschafterversammlung ermächtigt, den Geschäftsführer durch einfachen Beschluss vom Verbot des Selbstkontrahierens zu befreien. Der h. M. ist zuzustimmen, da eine Gestattung durch einfachen Beschluss in der Einmann-GmbH sinnlos erscheint.¹⁴⁷ Nur eine entsprechende Satzungsregelung führt dazu, dass der Rechtsverkehr durch Eintragung in das Handelsregister über die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot informiert wird. In den GmbH-Kodex sollte eine der h. M. entsprechende Ziffer aufgenommen werden, da die Gläubiger auf diese Weise über die Gefahr einer Selbstkontrahierung in der Einmann-GmbH mit Gesellschafter-Geschäftsführer aufgeklärt würden.

Da trotz der Treuepflicht und der Wettbewerbsverbote die grundsätzliche Gefahr einer Benachteiligung der GmbH besteht,¹⁴⁸ sollte der Kodex die *Offenlegung von Interessenkonflikten* an die Gesellschafterversammlung empfehlen. Eine Offenlegung findet nicht nur im Interesse der Gesellschaft, sondern auch der Geschäftsführer selbst statt, da nur bei einer vollständigen Offenlegung ein das Verhalten des Geschäftsführers billigerer Gesellschafterbeschluss haftungsbefreiende Wirkung hat.¹⁴⁹ Darüber hinaus sollte eine Kodexempfehlung bei Interessenkonflikten die Verlagerung von Entscheidungen auf die Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG oder alternativ die Einräumung von Zustimmungsvorbehalten für einen eventuellen Aufsichtsrat beinhalten. Sinnvoll kann es zudem sein, konkrete Beispiele für Zustimmungsvorbehalte bei Interessenkonflikten in den Kodex aufzunehmen. Zu denken ist etwa an die Darlehensvergabe durch die Gesellschaft an die Geschäftsführer.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 35 Rdn. 140 f.; s. Anm. Goette, BGH Bschl. v. 03.04.2000 ZR 379/99, DStR 2000, 679; Schneider, U. H. in: Scholz GmbHG § 35 Rdn. 124 ff.; Koppstein in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff GmbHG § 35 Rdn. 36 m. w. Nw.

¹⁴⁵ BGH DStR 2000, 697.

¹⁴⁶ OLG Hamm GmbHR 1998, 682 f.; Roth/ Altmeyen GmbHG § 35 Rdn. 77; so wohl auch Lutter/ Hommelhoff GmbHG § 35 Rdn. 23.

¹⁴⁷ Im Konzern wird eine Satzungsregelung für die Gestattung ebenfalls für erforderlich gehalten, wenn eine hundertprozentige Tochter- mit der Muttergesellschaft kontrahiert und ihr Geschäftsführer zugleich Tochter- und Muttergesellschaft vertritt, s. Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 35 Rdn. 140; Schneider, U. H. in: Scholz GmbHG § 35 Rdn. 128.

¹⁴⁸ Ebenso Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 19.

¹⁴⁹ Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 51 m. w. Nw.

¹⁵⁰ Roth/ Altmeyen, GmbHG § 43 Rdn. 24.

V. Aufsichtsrat

Soweit dies noch nicht in der Präambel geschehen ist, sollte der Kodex beschreiben, dass neben GmbH *ohne Aufsichtsrat* solche mit *fakultativem* und *obligatorischem* Aufsichtsrat existieren¹⁵¹. Diese Information klärt über die Möglichkeit des Fehlens dieses Kontrollgremiums auf und deutet zudem auf Unterschiede zwischen GmbH mit und solchen ohne Aufsichtsrat hin. Da ein Aufsichtsrat wesentlich zur Verringerung des Prinzipal-Agenten-Konflikts beiträgt,¹⁵² sollte dessen Einrichtung in eine Kodexregelung aufgenommen werden. Für personalistisch-strukturierte GmbH mit kleinem Gesellschafterkreis ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates jedoch nicht immer sinnvoll, da dies organisatorisch einen zu großen Aufwand für sie bedeuten würde. Die Einrichtung eines Aufsichtsrates sollte daher nur angeregt und nicht empfohlen werden.

Weitere Themenkomplexe, auf die bzgl. des Aufsichtsrates einzugehen ist, sind *Aufgaben* und *Zuständigkeiten*, *Zusammensetzung* und *Vergütung* sowie *Aufgaben* und *Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden*, *die Bildung von Ausschüssen*, *Interessenkonflikte* und *die Effizienzprüfung*.¹⁵³

1. Aufgaben und Zuständigkeiten

Hauptaufgabe des Aufsichtsrates ist die *Überwachung* und *Beratung* der Geschäftsführer.¹⁵⁴ Leitmaximen bei Ausführung dieser Tätigkeiten sind ebenso wie für die Geschäftsführung die Berücksichtigung des Unternehmensinteresses und die Steigerung des nachhaltigen Unternehmenswertes¹⁵⁵. Im Kodex sollte dies und die wichtigsten weiteren *Aufgaben* des Aufsichtsrates dargestellt werden. In GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat nach dem MitbestG ist dieser für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zuständig¹⁵⁶. Stets zu den Pflichten des Aufsichtsrates gehören die Prüfung des Jahresabschlusses, die damit korrelierende Berichtspflicht über das Ergebnis dieser Prüfung an die Gesellschafterversammlung gemäß § 171 AktG analog¹⁵⁷ sowie die Mitwirkung an bestimmten weiteren

¹⁵¹ Siehe oben S. 129 ff.

¹⁵² Zum Aufsichtsrat als Element einer modernen und leistungsfähigen Unternehmensführung s. *Lutter/ Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 17 ff.

¹⁵³ Zu überdenken ist zudem die Anregung einer freiwilligen Einbindung der Arbeitnehmer in fakultative Aufsichtsräte bzw. in obligatorische Aufsichtsräte ohne Mitbestimmung – dies sind z. B. solche Aufsichtsräte, die nach § 6 InvG in Kapitalanlagegesellschaften gebildet werden. Auch Aufsichtsräte von Tendenzunternehmen sind mitbestimmungsfrei, vgl. z. B. § 1 Abs. 1 S. 2 DrittelbG sowie § 28 MgVG (siehe auch hinsichtlich der AG *Hüffer*, AktG § 96 Rdn. 12). Da eine Mitbestimmung aufgrund ihres eigenen Machtverlustes von den Gesellschaftern nicht gewünscht ist, ist allerdings fraglich, ob diese Anregung eine realistische Chance auf eine Umsetzung hätte.

¹⁵⁴ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 97; *Lutter/ Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 61 ff.; Siehe oben S. 175 f.

¹⁵⁵ Siehe oben S. 135.

¹⁵⁶ Siehe oben S. 127, 136.

¹⁵⁷ S. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG.

Entscheidungen¹⁵⁸ (z. B. an zustimmungsbedürftigen Geschäften i. S. d. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Soweit nicht die Befugnisse der Gesellschafterversammlung gemäß § 46 GmbHG entgegenstehen, vertritt der Aufsichtsrat zudem die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern.¹⁵⁹

Konfliktpotenziale ergeben sich für den Aufsichtsrat daraus, dass er einerseits gemäß § 171 Abs. 2 AktG analog¹⁶⁰ zur schriftlichen Berichterstattung hinsichtlich seiner Prüfung der Rechnungslegung an die Gesellschafterversammlung, andererseits jedoch gemäß § 116 S. 2 AktG analog¹⁶¹ zur Vertraulichkeit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet ist.¹⁶² In der Praxis besteht allerdings weniger das Problem der Offenbarung von Vertraulichkeiten durch den Aufsichtsrat, sondern dasjenige der Formelhaftigkeit und Inhaltsleere von Aufsichtsratsberichten.¹⁶³ Soll dem entgegengewirkt werden, stellt sich die Frage, in welchem *Umfang die Berichtspflicht* besteht und wo die *Grenzen für geheimhaltungsbedürftige Informationen* zu ziehen sind. Birgt doch ein Überschreiten dieser Grenzen insb. in Gesellschaften mit einer Vielzahl von Gesellschaftern, in denen die Gesellschafter kaum in die Geschäftsführung eingebunden sind, die Gefahr schwerer Schädigungen der Gesellschaft.¹⁶⁴ Hilfestellung bei der Lösung dieses Problems sollte eine Kodexregelung mit dem Inhalt leisten, eine *Informationsordnung* für den Aufsichtsrat aufzustellen, aus der dieser Umfang und Grenzen seiner Offenbarungspflichten erkennen kann.

Zu erwägen ist zudem, ob der Kodex die Einrichtung von weiteren¹⁶⁵ *Zustimmungsvorbehalten* i. S. d. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG für bestimmte Arten von Geschäften empfehlen sollte. Zu denken wäre dabei z. B. an Geschäfte über den Erwerb, die Veräußerung oder die Belastung von Grundstücken, die Erteilung von Prokura, die Veräußerung des gesamten Unternehmens oder wesentlicher Unternehmensteile, die Vergabe von Sicherheiten, die Aufnahme von Darlehen durch die Gesellschaft und die Vergabe von Darlehen an Geschäftsführer¹⁶⁶, Gesellschafter¹⁶⁷ und Aufsichtsratsmitglieder.¹⁶⁸ Der Kodex sollte zumindest darauf hinweisen, dass den Aufsichtsrat die Pflicht trifft, an zustimmungsbedürftigen Geschäften mitzuwirken.

¹⁵⁸ S. hierzu *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 7.

¹⁵⁹ § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG i. V. m. § 112 AktG analog. *Zöllner/Noack* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG* § 52 Rdn. 107.

¹⁶⁰ S. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁶¹ S. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁶² *Drygala*, AG 2007, 381 ff.; Zur Vertraulichkeit s. *Marsch-Barner* in: *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, S. 705 ff.

¹⁶³ *Drygala*, AG 2007, 381, 383 ff, s. auch zur Zulässigkeit von verkürzten Berichten, LG Krefeld ZIP 2007, 730, 733.

¹⁶⁴ *Drygala*, AG 2007, 381, 383 ff.

¹⁶⁵ Siehe oben S. 135 f.

¹⁶⁶ Siehe unten S. 173.

¹⁶⁷ Siehe oben S. 73 f.

2. Zusammensetzung und Vergütung

Die *Zusammensetzung des Aufsichtsrats* der GmbH kann sehr unterschiedlich ausfallen, was *zum einen* darauf beruht, dass für die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat keine zwingenden Voraussetzungen und für die GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat eine Vielzahl divergierender Vorschriften Gültigkeit haben¹⁶⁹.¹⁷⁰ Dienlich wäre eine Kodexregelung, die deutlich macht, dass ein Aufsichtsrat regelmäßig aus drei oder mehr Mitgliedern besteht, die sich aus Gesellschafter-, Arbeitnehmer- und weiteren Vertretern zusammensetzen können. Die *Wahl* des Aufsichtsrats obliegt regelmäßig der Gesellschafterversammlung, soweit die *Satzung*¹⁷¹ oder mitbestimmungsrechtliche Vorschriften¹⁷² keine Abweichungen festlegen. Für interessierte Anleger und andere Gläubiger sollte eine Kodexregel der GmbH empfehlen, die genaue Zusammensetzung des Aufsichtsrates und ihre Wahl an geeigneter Stelle zu publizieren.

Für die *Qualität* der Aufsichtsrats Tätigkeit ist es maßgeblich, dass seine Mitglieder die notwendige Fähigkeit und Sachkompetenz für eine effektive Kontrolle der Geschäftsführung besitzen.¹⁷³ Voraussetzung hierfür ist, dass die Qualifikation der Mitglieder auf die Erfordernisse des jeweiligen Unternehmens abgestimmt ist.¹⁷⁴ Bei der Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder ist eine fundierte Einführung in die bisherige Unternehmenspolitik und die aktuelle Unternehmenssituation erforderlich.¹⁷⁵ Allein § 100 Abs. 5 AktG bestimmt hinsichtlich der Sachkompetenz, dass bei Gesellschaften i. S. d. § 264d HGB mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrates über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Dies gilt gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG n. F. auch für den fakultativen Aufsichtsrat der kapitalmarktorientierten GmbH i. S. d. § 264d HGB.¹⁷⁶ Eine Kapitalmarktorientierung der GmbH liegt jedoch nur in den seltenen Fällen vor, in denen sie einen organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG durch von ihr ausgegebene Wertpapiere i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 WpHG in Anspruch nimmt oder eine Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt hat. Diese gesetzliche Vorgabe ist in den Kodex als Muss-Vorschrift aufzunehmen. Mangels weiterer gesetzlicher Vorgaben zur

¹⁶⁸ Brandmüller, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 238.

¹⁶⁹ Siehe oben S. 129 ff.

¹⁷⁰ Vgl. statt anderer Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 32 ff., 148 ff., 259 f., 287 f.

¹⁷¹ Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 41.

¹⁷² S. § 5 DrittelbG, § 10 ff. MitbestG, § 5 MontanMitbestG, § 7 ff. MontanMitbestG.

¹⁷³ Ausführlich Werder, v./ Wieczorek, DB 2007, 297 f.

¹⁷⁴ Werder, v./ Wieczorek, DB 2007, 297, 298 f.

¹⁷⁵ Ebenso Werder, v./ Wieczorek, DB 2007, 297, 299.

¹⁷⁶ Für den obligatorischen Aufsichtsrat wurde kein Verweis auf § 100 Abs. 5 AktG durch das BilMoG in die entsprechenden Gesetze aufgenommen.

Sachkompetenz¹⁷⁷ sollten darüber hinaus zusätzliche Kodexregelungen zur Sicherung einer sorgfältigen Besetzung der Aufsichtsratsmandate formuliert werden.

Gesetzliche Vorgaben für die Aufstellung einer *Geschäftsordnung* des Aufsichtsrates bestehen ebenfalls nicht. Das Gesetz macht zwar Vorgaben zur inneren Ordnung des Aufsichtsrates und zum Ablauf des aufsichtsrätlichen Verfahrens;¹⁷⁸ darüber hinaus lässt es jedoch erheblichen Raum für ergänzende und abweichende Regelungen.¹⁷⁹ Der Kodex sollte daher anregen, die Organisation des Aufsichtsrates in einer Geschäftsordnung festzulegen.

Der Anleger hat auch bzgl. der *Aufsichtsratsvergütung* ein Interesse, über seine Einflussnahmemöglichkeiten informiert zu sein. Gemäß § 113 Abs. 1 AktG analog wird die Vergütung des Aufsichtsrates in der Satzung oder einseitig durch die Gesellschafterversammlung festgelegt.¹⁸⁰ Klarstellende Kodexregelungen helfen das Informationsinteresse des Anlegers zu befriedigen.

Des Weiteren sollten Kodexregelungen zur Ausgestaltung der Vergütung des Aufsichtsrates in Anlehnung an Ziff. 5.4.6 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2 DCGK, die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und des Erfolgs der GmbH bei der Ausgestaltung der Vergütung empfehlen sowie am langfristigen Unternehmenserfolg orientierte Vergütungsbestandteile anregen.

Eine Offenlegung der Einzelvergütungen des Aufsichtsrates ist ebenso wie für den Vorstand gesetzlich nicht vorgeschrieben.¹⁸¹ Da die Vergütung des Aufsichtsrates in der Satzung oder durch die Gesellschafter festgelegt wird, haben die Gesellschafter Kenntnis diesbzgl. Auf eine gesonderte Offenlegung können diese daher verzichten. Auch eine Offenlegung zugunsten der Gläubiger sollte aus Gründen der Diskretion gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern nicht erfolgen. Dennoch macht eine jährliche Erörterung der Einzelvergütung der Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschafterversammlung Sinn und sollte daher im Kodex empfohlen werden.

Ebenso wie für die Geschäftsführer sollte bei Abschluss einer D&O-Versicherung auch für die Mitglieder des Aufsichtsrates die Vereinbarung eines Selbstbehaltes empfohlen werden¹⁸². Sinnvoll wäre eine gemeinsame Verortung der Kodexempfehlungen zum Selbstbehalt der Geschäftsführer und des Aufsichtsrats im Abschnitt „*Zusammenwirken von Geschäftsführern und Aufsichtsrat*“.

¹⁷⁷ Vgl. §§ 100, 105 AktG; s. a. Hüffer, ZIP 2006, 638, 639, der darauf hinweist, dass § 100 Abs. 4 AktG es erlaubt, für bestimmte Aufsichtsratsmitglieder persönliche Voraussetzungen zu formulieren; dies aber regelmäßig nicht für zweckmäßig hält.

¹⁷⁸ Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 205.

¹⁷⁹ Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 205.

¹⁸⁰ Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG § 52 Rdn. 357; Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 60; vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁸¹ Eine Pflicht zur Offenlegung besteht ausschließlich für Vorstandsmitglieder börsennotierter AG gemäß § 285 Nr. 9 lit. a S. 5 HGB.

¹⁸² Siehe oben S.170 f.

3. Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden und Bildung von Ausschüssen

Für GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat besteht die Pflicht zur Wahl eines *Aufsichtsratsvorsitzenden* und seines Stellvertreters gemäß § 107 Abs. 1 AktG analog¹⁸³ bzw. § 27 MitbestG¹⁸⁴. Für GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat sind der Aufsichtsratsvorsitzende und dessen Stellvertreter hingegen freiwillig. Die Hauptaufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden bestehen in der Koordination und Leitung des aufsichtsratlichen Verfahrens sowie in der Repräsentation des Aufsichtsrates, wozu die Informationsvermittlung zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat gehört.¹⁸⁵ Seine Aufgaben und der Einsatz seines Stellvertreters sollten ebenfalls in die bereits erwähnte Geschäftsordnung aufgenommen werden.

Die *Informationsvermittlung* zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat ist Grundvoraussetzung für die effektive Kontrolle der Geschäftsführer. Daher sollte der Kodex klarstellen, dass die Geschäftsführer den Aufsichtsratsvorsitzenden über sämtliche für die Erfüllung seiner Aufgaben wesentlichen Aspekte zu informieren haben und dieser seine Kenntnisse an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weiterzugeben hat.¹⁸⁶

Die *Bildung von Ausschüssen* macht nur für solche Aufsichtsräte Sinn, die eine hohe Zahl an Mitgliedern haben. Ausschüsse in größeren Aufsichtsräten haben ebenso wie die Ressortverteilung an Aufsichtsratsmitglieder in kleineren Aufsichtsräten den Zweck, dass eine Aufgabenteilung und eine Ausrichtung an den Fähigkeiten der einzelnen Mitglieder stattfindet. Sinnvoll können insb. Prüfungs- und Nominierungsausschüsse sein. *Erstere* dienen dazu, Fragen der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung zu behandeln.¹⁸⁷ *Letztere* haben die Aufgabe, die Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder, insb. der Anteilseignervertreter, vorzubereiten.¹⁸⁸ Selbst wenn eine kapitalmarktorientierte GmbH i. S. d. § 264d HGB n. F. keinen Aufsichtsrat hat, kann für sie gemäß § 324 Abs. 1 HGB n. F. die Pflicht bestehen, einen Prüfungsausschuss einzurichten.

4. Interessenkonflikte

Die *Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern* ist wichtige Voraussetzung einer objektiven Überwachung und Beratung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat. Sie setzt voraus, dass der Aufsichtsrat seine Tätigkeit losgelöst von Eigen- und Drittinteressen durchführt.¹⁸⁹

¹⁸³ § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG.

¹⁸⁴ S. a. Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 210.

¹⁸⁵ Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 553 ff.

¹⁸⁶ Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 5.2 Rdn. 970 ff.

¹⁸⁷ Nonnenmacher/ Pohle/ Werder, v., DB 2007, 2412 ff.; Kirsten, BB 2004, 173 ff.; Altmeyen, ZGR 2004, 390 ff. Wird ein Prüfungsausschuss gebildet, so hat dieser gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG n. F. die Voraussetzungen des § 107 Abs. 4 AktG n. F. zu erfüllen.

¹⁸⁸ Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 5.3.3 Rdn. 1005a ff.

¹⁸⁹ S. Hüffer, ZIP 2006, 637 ff.; Gerke, BB 2005 (Heft 21), I; Werder, v./ Wiczorek, DB 2007, 297, 299 f.; s. auch Empfehlung der Kommission vom 15.02.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/

Zu vermeiden sind insb. Interessenkonflikte, die aufgrund von familiären oder privaten Beziehungen entstehen oder auf einer Abhängigkeit zu der Geschäftsführung beruhen.

Die Interessenabhängigkeit bestimmter Aufsichtsratsmitglieder – wie etwa von Anteils- oder Arbeitnehmervertretern – lässt sich i. d. R. nicht vermeiden. Allerdings ist es erforderlich, dass eine angemessene Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern unabhängig ist und abhängige Aufsichtsratsmitglieder nicht in Transaktionsbeziehungen zum Unternehmen stehen, welche die Bagatell- und Wesentlichkeitsgrenze überschreiten.¹⁹⁰

Zweifel an der Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Aufsichtsratsmitgliedern treten stets auf, wenn ein Geschäftsführer ohne zeitliche Zäsur in das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden wechselt, da dies nicht nur den Vorteil besonderer Sachkenntnisse der bisherigen Unternehmenspolitik, sondern auch die Kontrolle eigener Entscheidungen bedeuten kann.¹⁹¹ Ähnliches gilt, wenn zu viele ehemalige Geschäftsführer Aufsichtsratsmandate inne haben oder die Amtszeit eines Mitgliedes besonders lange andauert. Interessenkonflikte können zudem auftreten, wenn ein Aufsichtsratsmitglied eine hohe Anzahl von weiteren Aufsichtsratssitzen, sog. Doppel- oder Mehrfachmandate, inne hat.¹⁹² Diese Problemfelder sollten daher ebenso wie Maßnahmen für deren Behandlung in den Kodex aufgenommen werden. Als Letztere kommen Mandatsversagung, Offenlegungspflichten und die Mandatsniederlegung in Betracht. Orientierung kann Ziff. 5.4.2 DCGK bieten.

Überdies stellen *Beratungsverträge* mit Aufsichtsratsmitgliedern eine Gefahr für deren Unabhängigkeit dar. Dies beruht darauf, dass es regelmäßig die Geschäftsführung ist, welche die Entscheidung über das Zustandekommen des Beratungsvertrages und die Höhe der Vergütung trifft. Daraus folgt die Beeinflussbarkeit von Aufsichtsratsentscheidungen durch die Geschäftsführer.¹⁹³ Um dies zu vermeiden, sollte der Kodex zumindest die Regelung enthalten, dass unmittelbare und mittelbare Beratungsverträge¹⁹⁴ und die Höhe der Vergütung der Gesellschafterversammlung offen zulegen sind.¹⁹⁵ Da Beratungsverträge jedoch regelmäßig

Aufsichtsratsmitgliedern/ börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/ Aufsichtsrats (2006/162 EG) Abl. L 52 v. 25.02.2005; Überblick bei *Spindler*, ZIP 2005, 2033 ff.

¹⁹⁰ *Werder, v./ Wieczorek*, DB 2007, 297, 300, 302, diese schlagen vor, dass mindestens die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder unabhängig sein sollen.

¹⁹¹ *Rode*, BB 2006, 341, 342; *Hüffer*, ZIP 2006, 637, 642 f.

¹⁹² § 100 Abs. 2 AktG, der eine Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten vorschreibt, ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG auf GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat anwendbar. Keine Anwendungspflicht besteht hingegen für GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat gemäß § 52 GmbHG.

¹⁹³ Unterfallen die vertraglichen Beratungspflichten dem organschaftlichen Pflichtenkreis, so sind sie mangels Abgrenzung gegenüber der Organtätigkeit des Aufsichtsrats und Verstoßes gegen §§ 113, 114 AktG analog nichtig.

¹⁹⁴ Damit sind z. B. Verträge mit Gesellschaften gemeint, an denen das Aufsichtsratsmitglied Anteile inne hat.

¹⁹⁵ Im Ergebnis ebenso *Peltzer*, ZIP 2007, 305, 309; Eine Pflicht zur Offenlegung besteht ausschließlich für Vorstandsmitglieder börsennotierter AG gemäß § 285 Nr. 9 lit. a S. 5 HGB.

wegen Verstoßes gegen die §§ 113, 114 AktG analog i. V. m. § 134 BGB nichtig sind,¹⁹⁶ ist darüber hinaus eine Kodexregelung anzudenken, die Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern generell verbietet. Eine Ziff. 5.5.4 DCGK entsprechende Kodexregelung, nach der die Zustimmungsbedürftigkeit des Aufsichtsrates für Beraterverträge erforderlich sein soll, würde hingegen nicht weit genug gehen, da die Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig geneigt sind, sich gegenseitig Beraterverträge zu ermöglichen.¹⁹⁷

5. Effizienzprüfung

Entsprechend Ziff. 5.6 DCGK sollte der GmbH-Kodex dem Aufsichtsrat ebenfalls die *Effizienzprüfung* seiner Tätigkeit empfehlen.¹⁹⁸

VI. Zusammenwirken von Geschäftsführern und Aufsichtsrat

Für eine gute Corporate Governance ist es von besonderer Bedeutung, dass Geschäftsführung und Aufsichtsrat *zum Wohle der Gesellschaft effektiv zusammenwirken*. Diese in Ziff. 3.1 DCGK enthaltene und auch in den GmbH-Kodex aufzunehmende Vorgabe beruht auf einem engen Pflichtengerüst, das in Bezug auf die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat besteht und eine Zusammenarbeit beider Organe voraussetzt.¹⁹⁹ Der Begriff „*Wohl der Gesellschaft*“ findet sich im Aktienrecht in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG wieder, der für GmbH-Geschäftsführer analog gilt.²⁰⁰ Mit Abs. 1 Satz 2 dieser Norm hat der Gesetzgeber²⁰¹ die aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammende und der Rechtsprechung des BGH²⁰² entsprechende business judgment rule ausdrücklich in das AktG integriert. Wird einem Vorstandsmitglied eine Pflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 2 AktG vorgeworfen, so hat es die Möglichkeit sich nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu entlasten. Durfte ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung nämlich annehmen, „*zum Wohle der*

¹⁹⁶ § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG; s. a. BGH ZIP 2006, 1529, 1533, BGHZ 114, 127, 129 = ZIP 1991, 653, 654; Peltzer, ZIP 2007, 305; Roth/ Altmeyen, GmbHG § 52 Rdn. 16.

¹⁹⁷ Ähnlich Peltzer, ZIP 2007, 305, 309 s. dort insb. Fn. 52.

¹⁹⁸ S. Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 5.6 Rdn. 1152 ff.

¹⁹⁹ Sämtliche Vorschriften zum obligatorischen und fakultativen Aufsichtsrat der GmbH verweisen auf § 111 Abs. 1 AktG. Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG, § 24 Abs. 2 MgVG und § 52 Abs. 1 GmbHG.

²⁰⁰ Hauschka, GmbHR 2007, 11, 12; Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 43 Rdn. 23; Schneider, U. H. in: Scholz GmbHG § 43 Rdn. 45a ff.; ders. in: Handbuch Managerhaftung, S. 19 f., Rdn. 14 ff., 17 ff.; Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 61; Schmidt, K., GR, § 36 II 4a; s. auch Burgard zur business judgment rule bei Verein und Stiftung, GS Walz, S. 74 ff. Darauf hingewiesen sei, dass das unternehmerische Ermessen der Geschäftsführer aufgrund der stärkeren Stellung der Gesellschafterversammlung eingeschränkter als das des Vorstandes ist, s. Schmidt, K., GR, § 36 II 4a; so wohl auch Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 61.

²⁰¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) v. 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802.

²⁰² BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck).

Gesellschaft“ zu handeln, so ist eine Pflichtverletzung ausgeschlossen.²⁰³ Neben der haftungsbefreienden Funktion wirkt § 93 Abs. 1 S. 2 AktG pflichtenkonkretisierend und enthält die Mindestanforderungen für unternehmerische Entscheidungen.²⁰⁴ Aufgrund der Verweisung des § 116 AktG auf § 93 AktG gelten Exkulpationsmöglichkeit und Pflichtenkonkretisierung für Aufsichtsratsmitglieder entsprechend. Gleiches gilt für die GmbH, da § 116 AktG bei dieser analoge Anwendung findet. Die Pflicht von Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle der Gesellschaft zusammen zu arbeiten, folgt darüber hinaus sowohl bei der AG als auch bei der GmbH für beide Organe aus ihrer organschaftlichen Treuepflicht.²⁰⁵

Da die umfassende *Information des Aufsichtsrates* zur Erfüllung seiner Überwachungs- und Beratungstätigkeit wesentlich ist, sollten Geschäftsführer und Aufsichtsrat diese als ihre gemeinsame Aufgabe fördern. Ein Verweis auf die in § 90 Abs. 1 und 2 AktG geregelten *Berichtspflichten des Vorstandes* an den Aufsichtsrat findet nicht durch § 52 GmbHG und nur teilweise durch die Vorschriften zum obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH statt.²⁰⁶ Daraus folgt, dass die Geschäftsführer in der Regel nicht zu einer kontinuierlichen Berichterstattung an den Aufsichtsrat verpflichtet sind.²⁰⁷ Um eine effektive Koordination von Informations-

²⁰³ Die Regierungsbegründung zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nimmt ein Handeln „zum Wohle der Gesellschaft“ des Vorstandes an, wenn es „der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte und Dienstleistungen dient [...] unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen [...], ohne unmittelbaren Eigennutz [...] und frei [...] von sachfremden Erwägungen“ ist, Begr. RegE eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BR-Drucks. 03/05, abgedr. in ZIP 2004, 2455 f.; Zum Begriff „Wohl der Gesellschaft“ s. a. Burgard in: GS Walz, S. 76; In der Literatur finden sich darüber hinaus Versuche, den Begriff des Wohls der Gesellschaft näher zu bestimmen, s. Raiser, MitbestG § 25 Rdn. 110 m. v. w. Nw.; V. Werder hält diesen Begriff für ein Synonym des Begriffs des Unternehmensinteresses (siehe oben S.166 ff.) und vertritt, es sei mit dem Begriff des Unternehmenswohls bewusst der Mittelweg zwischen dem Shareholder- und dem Stakeholder-Ansatz gewählt worden, s Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 3.1 Rdn. 353 m. v. w. Nw.

²⁰⁴ Burgard in: GS Walz, S. 75.

²⁰⁵ Für den Vorstand s. Wiesner in: MüHdb GR AG § 25 Rdn. 8 f.; Hüffer, AktG § 8 Rdn. 9; Für den Aufsichtsrat der AG s. Hüffer, AktG § 116 Rdn. 4; Burgard in: GS Walz, S. 86; Für die GmbH-Geschäftsführer s. OLG Hamm, GmbHR 1997, 999; Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 38 ff.; Hommelhoff/ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 43 Rdn. 10; Paefgen in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 53; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 11; dies beruht für die Geschäftsführer insb. auf ihrer aus der Geschäftsführungspflicht resultierenden Förderpflicht, s. hierzu Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 52 Rdn. 30; Haas in: Michalski, GmbHG § 43 Rdn. 92 ff.; Für den Aufsichtsrat der GmbH s. Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG § 43 Rdn. 111 ff.; Zu Verein und Stiftung s. Burgard in: GS Walz, S. 86.

²⁰⁶ Kein Verweis findet gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG statt; Ein Verweis findet hingegen durch § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestG bzw. § 3 Abs. 1 S. 2 MitbestGErgG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestG statt; s. auch Hoyningen-Huene, v./ Powietzka, BB 2001, 529 ff.

²⁰⁷ Str. ebenso Zöllner/ Noack in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 121; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 52, 16, 31; Schneider, U. H. in: Scholz, GmbHG § 52 Rdn. 105 m. w. Nw.; Lutter/ Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 922 m. w. Nw.; Raiser/ Heermann in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 52, Rdn. 115; Koppensteiner in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 52, Rdn. 11 m. w. Nw.

versorgung und -verschaffung des Aufsichtsrates anzustreben, wird in der Literatur die Einführung einer *Informationsordnung* für die Geschäftsführer vorgeschlagen^{208, 209}. Eine solche oder die freiwillige entsprechende Anwendung des § 90 Abs. 1 und 2 AktG sollte durch den Kodex zur besseren Informationsversorgung des Aufsichtsrates angeregt werden.

Für die Überwachung und Beratung ist ein *offener Austausch* zwischen beiden Organen notwendig. Von besonderem Gewicht sind die Förderung der Diskussionskultur und das Entfernen von Diskussionsbarrieren.²¹⁰ Beides sollte im Kodex empfohlen werden. Die konkrete Ausgestaltung sollte jedoch den Unternehmen überlassen werden, da sie einzelfallorientiert stattfinden muss, um den jeweiligen Erfordernissen gerecht zu werden. Förderlich können z. B. hinsichtlich großer Aufsichtsräte die Bildung von Diskussionsgruppen ähnlich den Ausschüssen oder die getrennte Beratung von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern sein.²¹¹

Hinsichtlich der Diskussionskultur ist es unerlässlich, dass Beratungsgegenstände vertraulich behandelt werden und auch involvierte Mitarbeiter *Verschwiegenheit* wahren. Eine Pflicht zur Verschwiegenheit steht für die Organe außer Zweifel.²¹² Gestützt wird sie für den Geschäftsführer überwiegend auf dessen Treuepflicht.²¹³ Die Aufsichtsratsmitglieder sind zur Verschwiegenheit ausdrücklich gesetzlich verpflichtet.²¹⁴ Ausschließlich in der GmbH mit freiwilligem Aufsichtsrat kann diese Pflicht statutarisch abbedungen werden.²¹⁵ Auch für die Arbeitnehmer, die an den Sitzungen beteiligt sind, folgt aus ihren vertraglichen Nebenpflichten die Verschwiegenheitspflicht.²¹⁶ Die unbefugte Offenbarung und Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglieder ist darüber hinaus gemäß § 85 GmbHG unter Freiheits- oder Geldstrafe gestellt. Da die Wah-

²⁰⁸ Zur Informationsordnung der Aufsichtsratsmitglieder siehe oben S. 175.

²⁰⁹ *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 52 Rdn. 121; *Lutter/ Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn. 923.

²¹⁰ S. a. Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 3.5 Rdn. 387 ff.

²¹¹ S. Ziff. 3.6 DCGK. S. hierzu Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 3.5 Rdn. 403 ff.

²¹² OLG Koblenz WM 1987, 480, 481 ff.; OLG Hamm GmbHR 1985, 157, 158; *Paefgen* in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG, § 43 Rdn. 74. *Ebenroth/ Lange*, GmbHR 1992, 69, 75; *Armbrüster*, GmbHR 1997, 56, 57, *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG § 35 Rdn. 40; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 21; *Schneider, U. H.* in: Scholz, GmbHG § 43 Rdn. 144.

²¹³ OLG Koblenz WM 1987, 480, 481 ff.; *Zöllner/ Noack* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 35 Rdn. 40; *Koppensteiner* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG § 43 Rdn. 21; a. A. *Paefgen* in: Ulmer/ Habersack/ Winter, GmbHG § 43 Rdn. 74 und *Schneider, U. H.* in: Scholz, GmbHG § 43 Rdn. 144, die sie aus der Sorgfaltpflicht aus § 43 GmbHG ableiten.

²¹⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG i. V. m. § 116 S. 2 AktG; s. *Marsch-Barner* in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, S. 708 f.; s. a. *Tiefenbacher*, Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, S. 1 ff.; sowie *Erker/ Freund*, GmbHR 2001, 463 ff.

²¹⁵ *Marsch-Barner* in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, S. 708 f.

²¹⁶ *Weidenkaff* in: Palandt, BGB § 622 Rdn. 41.

nung der Verschwiegenheit wichtiger Bestandteil des geschäftlichen Erfolgs ist, sollte auch der Kodex klarstellen, dass diese die Basis für eine offene Diskussion innerhalb und zwischen den Geschäftsführern und dem Aufsichtsrat ist. Im Kodex sollte vorgeschlagen werden, dass die Satzung die Grenzen der Verschwiegenheit genau darlegt und Organmitglieder sowie Arbeitnehmer vertraglich zur Einhaltung dieser Grenzen verpflichtet werden sollen.

In Anlehnung an Ziff. 3.8 Abs. 1 S. 1 DCGK sollte der GmbH-Kodex der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat zudem die Beachtung der *Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoF)* und *-überwachung (GoÜ)* empfehlen. Die Regelungen stammen aus der Betriebswirtschaftslehre.²¹⁷ Sie sind bereits näher konkretisiert, wurden jedoch noch nicht abschließend formuliert.²¹⁸ Die Grundsätze empfehlen sich insb. deshalb, weil die hier vorgeschlagenen Regelungen des GmbH-Kodexes vorwiegend die rechtliche Seite der Corporate Governance behandeln und betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte vernachlässigen.

Eine weitere für Anleger bedeutsame Frage ist die der *Haftung von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern*. Ebenfalls in Anlehnung an den DCGK sollte diese Thematik auch im GmbH-Kodex behandelt werden. Als Kernpunkt sollte die Haftung aufgrund einer Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 43 GmbHG bzw. der Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 116 AktG analog²¹⁹ aufgeführt werden. In diesem Zusammenhang ist auch die Exkulpationsmöglichkeit von Geschäftsführern²²⁰ und Aufsichtsratsmitgliedern nach der business judgment rule zu erwähnen. Da Voraussetzung der business judgment rule eine unternehmerische Entscheidung ist, können sich Aufsichtsratsmitglieder jedoch nur ausnahmsweise z. B. im Bereich der Zustimmungsvorbehalte und der zukunftsbezogenen Kontrolle auf die business judgment rule berufen²²¹.²²² Dieses Regel-Ausnahme-Prinzip – wonach der Aufsichtsrat grundsätzlich keine unternehmerischen Entscheidungen trifft und sich daher grundsätzlich nicht auf die business judgment rule berufen kann – wird durch die Formulierung in Ziff. 3.8 Abs. 1 S. 3 DCGK nicht deutlich. Bei der Abfassung des GmbH-Kodexes sollte es hingegen Berücksichtigung finden.

Bei der GmbH bewirkt die *Entlastung der Geschäftsführer und des Aufsichtsrates* einen Verzicht hinsichtlich aller Ansprüche der Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern des entlasteten Organs, die das entlastende Organ aufgrund der Rechenschaftslegung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen.²²³ Zwar sind der Präklu-

²¹⁷ S. zu den GoU und GoF *Werder*, v. in: Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung, S. 1 ff., 27 ff.; *ders.*, DB 1999, 2221 ff.; *ders.*, DB 1998, 1193 ff.

²¹⁸ Ringleb/ Kremer/ Lutter/ *Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 3.8 Rdn. 455 ff.

²¹⁹ § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG sowie § 24 Abs. 2 MgVG i. V. m. §§ 116, 93 AktG.

²²⁰ *Hauschka*, GmbHR 2007, 11, 12.

²²¹ Siehe oben zu Zustimmungsvorbehalten S. 136.

²²² *Hüffer*, NZG 2007, 47, 48.

²²³ S. näher BGHZ 97, 382, 384; *Zöllner* in Baumbach/ Hueck GmbHG § 46 Rdn. 41, 84; *Roth/ Altmeyen*, GmbHG § 46 Rdn. 30 ff; 38, § 52 Rdn. 29; *Hüffer* in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 46 Rdn. 63 ff. m. v. w. Nw.

sionswirkung im Gläubigerinteresse Grenzen gesetzt. So ist z. B. ein Verzicht auf Ersatzansprüche aus verbotenen Zahlungen an die Gesellschafter gemäß § 43 Abs. 3 i. V. m. § 9b Abs. 1 GmbHG unwirksam.²²⁴ Da aber jeder Verzicht auf Ansprüche zu einer geringeren Gewinnbeteiligung der Gesellschafter oder einer geringeren Befriedigung der Gläubiger führen kann, sollte im Kodex auf die Verzichtswirkung des Entlastungsbeschlusses hingewiesen werden. Das Herausstellen der Verzichtswirkung im GmbH-Kodex erscheint umso wichtiger, als die Entlastung bei der AG allein unternehmenspolitische und keine rechtlichen Konsequenzen hat.²²⁵

Als Informationsmedium für Gesellschafter und vor allem Gläubiger über die Umsetzung des GmbH-Kodexes durch die GmbH und ihre individuellen Corporate Governance-Maßnahmen kommt die *Homepage* der GmbH in Betracht. Eine entsprechende Kodexregelung hat jedoch jedenfalls in Form einer Anregung zu erfolgen, da *zum einen* nicht jede GmbH den Verwaltungsaufwand über ihre Corporate Governance öffentlich zu berichten auf sich nehmen wird, *zum anderen* gibt es GmbH, die keine Homepage betreiben und für die es auch nicht sinnvoll ist, eine solche einzurichten.

VII. Beiräte

Nicht selten kommt es vor, dass eine GmbH anstelle eines Aufsichtsrates oder neben diesem einen oder mehrere Beiräte hat²²⁶. Ihre *Rechte* und *Pflichten* können denen eines Aufsichtsrates ähneln; Sie können aber auch geringere, darüber hinausgehende oder gänzlich andere Aufgaben umfassen. Auch hinsichtlich der Beiräte haben die Anleger und die übrigen Gläubiger ein Aufklärungsinteresse. Der Kodex sollte daher empfehlen bei Vorliegen eines Beirates an geeigneter Stelle umfassend über diesen aufzuklären. Hierzu gehören Informationen über Wahl und Zusammensetzung, Aufgaben und Befugnisse in Abgrenzung zu und in Zusammenarbeit mit anderen Organen sowie die Vergütung seiner Mitglieder.

VIII. Transparenz

Bereits im Rahmen der Übertragbarkeit der Ziele von Corporate Governance auf die GmbH wurde festgestellt, dass die Schaffung von Transparenz auch für die GmbH zur Verbesserung ihrer Corporate Governance beitragen kann.²²⁷ Dabei gilt es, den Anleger auf verständliche und leicht zugängliche Weise über wichtige Umstände zu informieren. In Anlehnung an den DCGK sollte der GmbH-Kodex daher *zum einen* deutlich machen, dass alle Gesellschafter bei der Informationsvermittlung *gleich zu behandeln* sind,²²⁸ und *zum anderen* vor-

²²⁴ Für weitere Beispiele s. Hüffer in: Ulmer/ Habersack/ Winter GmbHG § 46 Rdn. 67.

²²⁵ Hüffer AktG § 120 Rdn. 2 ff., 13.

²²⁶ Siehe oben S. 138 f.

²²⁷ Siehe oben S. 83 ff.

²²⁸ S. Ziff. 6.3 DCGK, die eine gesetzliche Vorschrift darstellt. S. Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 6.3 Rdn. 1219; Strieder, DCGK, S. 133. S. zum Gleichbehandlungsgrundsatz bei der GmbH Lutter/ Bayer in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 15 Rdn. 30 ff.

schlagen, dass den Anlegern unverzüglich sämtliche neue Tatsachen, die Finanzanalysten und vergleichbaren Adressaten mitgeteilt worden sind, zur Verfügung gestellt werden sollen. Besonders effektiv ist es, wie Ziff. 6.8 S. 1 DCGK es anregt, das *Internet* als schnelles und leicht zugängliches Informationsmedium bei der Informationsvermittlung zu nutzen.²²⁹ Dabei sollte eine Information der Gesellschafter und anderen Anleger per E-Mail oder durch Bereitstellung auf der Internetseite angeregt werden. Letzterer Veröffentlichungsart stehen Zugangssperren in Form von Passwortsystemen nicht entgegen. Für GmbH, deren Anleger oder andere Gläubiger aus dem Ausland stammen, ist zudem zu erwägen, eine Kodexziffer mit der Regelung aufzunehmen, dass diese ihre Informationen nicht nur auf deutsch, sondern auch in anderer – bevorzugt englischer – Sprache veröffentlichen sollen.²³⁰ Anders als in Ziff. 6.8 S. 2 DCGK sollte dies jedoch nicht als Empfehlung, sondern als bloße Anregung formuliert werden.

Eine analoge Anwendung der Ziff. 6.1. bzgl. der *Veröffentlichung von Insiderinformationen* aber auch der Ziff. 6.2 DCGK bzgl. der *Veröffentlichung des Erreichens, Überschreitens oder Unterschreitens bestimmter Stimmrechtsanteile* ist nur für GmbH sinnvoll, die hierzu bereits durch die gesetzlichen Vorschriften der §§ 15 und 21 WpHG verpflichtet sind. Dies sind nur solche GmbH, deren Wertpapiere an einem organisierten Markt gehandelt werden. Für sämtliche GmbH, die keine Wertpapiere emittieren oder deren Wertpapiere im Freiverkehr oder am grauen Kapitalmarkt gehandelt werden, ist eine entsprechende Anwendung dieser Kodexregelungen nicht sinnvoll. Da die Zahl der GmbH, deren Wertpapiere an einem regulierten Markt gehandelt werden, gering ist, sollten diese Ziffern des DCGK nicht in den Kodex übernommen werden. Anders wäre freilich zu verfahren, wenn der Kodex vor allem diese GmbH adressieren soll.

Auch eine Ziff. 6.6 DCGK entsprechende Vorschrift, welche die *Darlegung der prozentualen Anteile von Geschäftsführern und Aufsichtsrat am gesamten Gesellschaftsvermögen* vorschreibt, ist nicht in den GmbH-Kodex aufzunehmen. Für Anleger und Gläubiger können diese Informationen zwar von Interesse sein, da sie einen Hinweis auf das Vertrauen der Organmitglieder in die Wirtschaftlichkeit und somit Anhaltspunkte für die Beurteilung der Investitionswürdigkeit des Unternehmens geben.²³¹ Die Vorschrift geht jedoch sogar über die Informationspflichten des WpHG hinaus,²³² deren Aufnahme in den GmbH-Kodex be-

²²⁹ S. Ziff. 6.8 S. 1 DCGK.

²³⁰ S. Ziff. 6.8 S. 2 DCGK.

²³¹ Siehe auch *Sethe* in: Assmann/ Schneider, WpHG, § 15a Rdn. 12, der aber auch bzgl. der nach § 15a Abs. 1 WpHG zu machenden Angaben auf mögliche Fehlschlüsse hinweist.

²³² § 15a WpHG schreibt demgegenüber die Veröffentlichung von Geschäften über Aktien oder sich auf sie beziehende Finanzinstrumente für Personen, die Führungsaufgaben wahrnehmen, vor, wenn sie die Gesamtsumme von 5.000 € bis zum Ende eines Kalenderjahres übersteigen, (s. *Sethe* in: Assmann/ Schneider, WpHG, § 15a Rdn. 27 ff.). Auch die veröffentlichungspflichtigen Angaben hinsichtlich des Erreichens, Über- oder Unterschreitens bestimmter Stimmrechtsschwellen an der Gesellschaft gemäß § 21 Abs. 1 i. V. m. § 26 WpHG sind nicht mit den Angaben in Ziff. 6.6 S. 1 DCGK deckungsgleich. Die Vorschrift ist in Ziff. 6.2 DCGK wiedergegeben.

reits abgelehnt wurde²³³ und würde GmbH mit unverhältnismäßigen Publizitätspflichten belasten.

IX. Rechnungslegung und Abschlussprüfung

1. Rechnungslegung

Es ist die Pflicht der Geschäftsführer für den Schluss eines jeden Jahres einen *Jahresabschluss* aufzustellen. Handelt es sich um mittlere oder große Gesellschaften, so ist darüber hinaus ein *Lagebericht* zu verfassen.²³⁴ Für GmbH mit Tochterunternehmen kann zudem die Pflicht zur Aufstellung eines *Konzernabschlusses* bestehen.²³⁵ Über diese Pflichten sollten die Anleger und anderen Gläubiger im Kodex informiert werden.

Zudem sollten die Gesellschafter die Möglichkeit haben, sich nach Aufstellung des Jahresabschlusses sowie eines evtl. Lageberichtes oder Konzernabschlusses über diese zu informieren. Sinnvoll ist es wiederum, den Gesellschaftern diese Abschlüsse per E-Mail oder durch passwortgeschützte Systeme auf der Homepage der Gesellschaft leicht zugänglich zu machen. Auf diese Weise haben sie die Möglichkeit, sich umfassend über die Rechnungslegung zu informieren, ohne dass ein zeitlicher Druck wie er bei Offenlegung im Rahmen einer Gesellschafterversammlung besteht und ohne dass sie selbst zur Einholung dieser Informationen gezwungen sind. Ein weiterer Vorteil dieser Informationsversorgung ist, dass die Gesellschafter auf diese Weise eine effektivere Kontrolle als im Rahmen der Gesellschafterversammlung ausüben und neben dem Aufsichtsrat und einem evtl. Abschlussprüfer als weiteres Kontrollorgan fungieren können.

Für die Beurteilung einer Gesellschaft kann es von Gewicht sein, ob und in welchem Umfang sie Beteiligungen an anderen Unternehmen hält. Anlehnend an Ziff. 7.1.4 DCGK sollte der GmbH-Kodex daher die Anregung enthalten, die GmbH solle Beteiligungen von Unternehmen von nicht untergeordneter Bedeutung offen legen. Was unter „*Beteiligungen von nicht untergeordneter Bedeutung*“ verstanden wird, sollte jedoch nicht prozentual definiert werden. Es hängt vielmehr von der Art der Beteiligung und dem Unternehmen ab, an dem diese gehalten wird, ob diese als wesentlich einzuordnen ist.²³⁶

2. Abschlussprüfung

Die *Pflicht zu einer Abschlussprüfung* trifft gemäß § 316 HGB nur mittlere und große Kapitalgesellschaften. Kleine GmbH sind von ihr ausgenommen.²³⁷ § 267 HGB n. F. definiert kleine Gesellschaften anhand bestimmter Kriterien. Dies sind das Unterschreiten *erstens* der Bilanzsumme i. H. v. 4.840.000,- €, *zweitens* von Umsatzerlösen i. H. v. 9.680.000,- €

²³³ Siehe oben S.185.

²³⁴ Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 150, 156.1.

²³⁵ Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 151.1.

²³⁶ Vgl. Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 7.1.4 Rdn. 1324 f.

²³⁷ Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 158.

und/oder *drittens* die Arbeitnehmerzahl von 50, wobei mindestens zwei dieser Voraussetzungen erfüllt sein müssen.²³⁸ Die Statistik des Jahres 2006 zeigt, dass lediglich 2 - 6 % aller umsatzsteuerpflichtigen GmbH Umsatzerlöse i. H. v. über 8.030.000,- €²³⁹ hatten,²⁴⁰ was im Umkehrschluss auf einen kleinen Kreis mittlerer und großer GmbH hindeutet. Es kann daher angenommen werden, dass der Anteil der zur Abschlussprüfung verpflichteten GmbH gering ist. Daneben ist aber auch eine freiwillige Abschlussprüfung möglich.²⁴¹ Diese Sachlage sollte bei der Schwerpunktsetzung der Kodexregelungen zum Abschlussprüfer Berücksichtigung finden; wobei die Schwerpunktsetzung wiederum vom Adressatenkreis des Kodexes abhängt. Ist dieser unbeschränkt, so sollte der Aspekt „*Abschlussprüfung*“ nicht überbetont werden, da er für die meisten GmbH keine Bedeutung hat. Anders ist jedoch bei einer Beschränkung des Adressatenkreises auf mittlere und große GmbH i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB zu verfahren. Da im Rahmen dieser Prüfung als Adressatenkreis sämtliche GmbH in Betracht gezogen werden, sollten jedoch nur die wichtigsten Aspekte einer Abschlussprüfung in den Kodex aufgenommen werden.

Zu überlegen ist, ob eine Kodexziffer Unternehmen, die keine Pflicht zu einer Abschlussprüfung haben, die *Durchführung einer freiwilligen Abschlussprüfung* vorschlagen sollte. Die Abschlussprüfung hat den Sinn und Zweck die Aussagekraft von Jahresabschluss und Lagebericht zu sichern.²⁴² Dies dient der Selbstinformation der Geschäftsführer, der Überwachungsmöglichkeit der Gesellschafter, vor allem von Minderheitsgesellschaftern, da deren Gewinnbeteiligung bei falscher Aufstellung geschmälert werden könnte, sowie den Gläubigern, da Gewinne durch die Rechnungslegung insb. im Falle einer Abschlussprüfung vorsichtig berechnet werden.²⁴³ Das Verfolgen dieser Ziele ist nicht nur für mittlere und große, sondern auch für kleine GmbH sinnvoll. Allerdings entsteht durch die Abschlussprüfung ein zusätzlicher Verwaltungs- und insb. Kostenaufwand, so dass allenfalls die Aufnahme einer Anregung zu einer freiwilligen Abschlussprüfung in den Kodex in Betracht kommt.

Im Kodex sollte zudem auf die *Wahl* und *Bestellung* des Abschlussprüfers eingegangen werden. Diese erfolgt regelmäßig in vier Schritten. Zunächst ist ein Wahlvorschlag zu machen, an ihn reihen sich Wahl und Bestellung sowie die Erteilung des Prüfungsauftrags. Letzterer unterfällt auch die Honorarvereinbarung.

Anders als bei der AG hat der GmbH-Aufsichtsrat kein zwingendes *Vorschlagsrecht* für den Abschlussprüfer.²⁴⁴ Eine Kodexregelung, die ein Vorschlagsrecht zugunsten des Aufsichtsrats anregt, ist jedoch sinnvoll, um eine zusätzliche Qualitätskontrolle zu ermöglichen. Ähn-

²³⁸ Merkt in: Baumbach/ Hopt, HGB § 267 Rdn. 1 ff.

²³⁹ Durch das BilMoG wurden die Beträge in § 267 HGB neu gefasst, wobei in der Vorgängerversion der Vorschrift ein Umsatzerlös von 8.030.000,- € als Differenzierungskriterium galt.

²⁴⁰ Berechnung beruht auf *Statistisches Bundesamt*, Umsatzsteuerstatistik 2006, Tabelle 2.2.

²⁴¹ BGH ZIP 1991, 1427; Hopt/ Merkt in: Baumbach/ Hopt, HGB § 316 Rdn. 5.

²⁴² Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh zu § 42 Rdn. 3.

²⁴³ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh zu § 42 Rdn. 3.

²⁴⁴ S. § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 124 Abs. 3 AktG; § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG; § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG; § 6 InvG; § 24 Abs. 2 MgVG; Hüffer, AktG § 124 Rdn. 13.

liche Wirkung hätte die Einführung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Aufsichtsrates. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG n. F. i. V. m. § 124 Abs. 3 S. 2 AktG n. F. besteht für Aufsichtsräte kapitalmarktorientierter GmbH die Pflicht, ihren Vorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers auf die Empfehlung des Prüfungsausschusses zu stützen; die Vorschrift ist jedoch gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG abdingbar. Für den Fall des Vorliegens eines Prüfungsausschusses sollte eine dem § 124 Abs. 3 S. 2 AktG entsprechende Anregung in den Kodex integriert werden, durch die der Aufsichtsrat an die Empfehlung des Prüfungsausschusses hinsichtlich seines eigenen Wahlvorschlages zu binden ist oder durch die der Zustimmungsvorbehalt auf die Zuständigkeit des Prüfungsausschusses beschränkt wird.²⁴⁵

Die *Wahl* und *Bestellung* des Abschlussprüfers erfolgt gemäß § 318 Abs. 1 S. 1 HGB durch die Gesellschafterversammlung²⁴⁶, es sei denn statutarisch hat eine Kompetenzübertragung auf ein anderes Organ gemäß § 318 Abs. 1 S. 2 HGB stattgefunden.²⁴⁷ Ebenso obliegt die *Erteilung des Prüfungsauftrages* in der GmbH grundsätzlich den Gesellschaftern.²⁴⁸ Besteht jedoch ein fakultativer oder obligatorischer Aufsichtsrat, so ist dieser für die Erteilung des Prüfungsauftrages zuständig.²⁴⁹ Diese Kompetenzverlagerung dient der Sicherung der Zusammenarbeit von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zum Zwecke einer besseren Unternehmenskontrolle.²⁵⁰

Von besonderer Relevanz für die Qualität der Abschlussprüfung ist die *Unabhängigkeit* des Abschlussprüfers. Ziff. 7.2.1 Abs. 1 DCGK enthält die Empfehlung, vor Unterbreiten des Wahlvorschlages eine Unabhängigkeitserklärung des Abschlussprüfers einzuholen. In dieser hat der Abschlussprüfer alle Beziehungen offen zu legen, die „zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und dem Unternehmen und seinen Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können“.²⁵¹ Daran anknüpfend ist zu empfehlen, dass mit dem Abschlussprüfer bei Erteilung des Prüfungsauftrages vereinbart wird, dieser solle während der Abschlussprüfung auftretende Befangenheitsgründe offenbaren.²⁵² Die Offenbarung von Befangenheitsgründen ist auch bei der GmbH von Interesse. Zwar bestehen ebenso wie für die AG bereits gesetzliche Bestim-

²⁴⁵ Vgl. *Hopt/ Merkt* in: Baumbach/ Hopt, HGB § 318 Rdn. 1.

²⁴⁶ *Hopt/ Merkt* in: Baumbach/ Hopt, HGB § 318 Rdn. 1; *Kleindiek* in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG Anh. § 42, Rdn. 12; eine Ausnahme besteht für Versicherungsunternehmen, s. § 341k Abs. 2 HGB.

²⁴⁷ *Hoffmann/ Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rdn. 158; *Kropff* in: *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, S. 150; *Hopt/ Merkt* in: Baumbach/ Hopt, HGB § 318 Rdn. 1.

²⁴⁸ S. § 318 Abs. 1 S. 4 HGB. In der AG unterfällt hingegen die Wahl des Abschlussprüfers der Hauptversammlung, s. § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG und die Erteilung des Prüfungsauftrages stets der Zuständigkeit des Aufsichtsrates, s. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG; *Kropff* in: *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, S. 429.

²⁴⁹ S. § 318 Abs. 1 S. 4 HGB i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG bzw. § 24 Abs. 2 MgVG i. V. m. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG, s. a. *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder*, v., *Kommentar zum DCGK*, Ziff. 7.2.2 Rdn. 1364.

²⁵⁰ *Kropff* in: *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, S. 428.

²⁵¹ *Orth/ Pfitzer/ Wader*, DB 2002, 753 ff.; *Gelhausen/ Hönsch*, AG 2002, 529, 550 ff.; *Baetge/ Lutter*, Abschlussprüfung und Corporate Governance, S. 9 ff.

²⁵² *Ruhnke*, AG 2003, 371, 373; *Gelhausen/ Hönsch*, AG 2002, 529, 531.

mungen für die Einhaltung der Unabhängigkeit,²⁵³ deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Wahl des Abschlussprüfers zur Folge hat.²⁵⁴ Diese Nichtigkeit führt jedoch nicht dazu, dass ein bereits festgestellter Jahresabschluss unwirksam ist, wenn die Befangenheit erst später zu Tage tritt.²⁵⁵ Eine entsprechende Kodexregelung würde dem entgegenwirken.

Eine weitere Kodexregelung sollte entsprechend Ziff. 7.2.3 Abs. 1 DCGK empfehlen, dass der Abschlussprüfer dem Aufsichtsrat umgehend über alle *wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse* berichten soll, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben.²⁵⁶ Sinn und Zweck der Kodexziffer ist die bessere Abstimmung der Arbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer²⁵⁷ und die Befriedigung des Informationsinteresses des Aufsichtsrates. Besteht in der GmbH hingegen kein Aufsichtsrat, so würde diese Regelung ins Leere greifen. Auch bei diesen GmbH ist es jedoch freilich von Interesse, dass besonders schwerwiegende Umstände aufgedeckt werden. Die Kodexziffer wäre dementsprechend so zu formulieren, dass bei Fehlen eines Aufsichtsrates unverzüglich an die Geschäftsführung zu berichten ist. In der Folge wäre Letztere regelmäßig zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet,²⁵⁸ damit auch die Gesellschafter Kenntnis erlangen könnten.

X. Gläubigerschutz

1. Vorüberlegungen

a) Wahl der Gläubigergruppen

Bei der GmbH sind insb. zwei externe Gläubigergruppen schützenswert. Dies sind *zum einen Kreditinstitute* und *zum anderen Lieferanten und Kunden*. Bereits behandelt wurde, dass Corporate Governance-Maßnahmen nicht primär auf den Schutz der *Arbeitnehmer* ausgerichtet sein sollten²⁵⁹. Bei der Aufstellung der gläubigerschützenden Vorschriften kann sich folglich auf solche zum Schutze von Kreditinstituten, Lieferanten und Kunden konzentriert werden.

b) Inhaltliche Ausgestaltung

Bei der Wahl der gläubigerschützenden Klauseln ist einerseits zu beachten, dass diese im Kodex eine besondere Ausprägung erfahren müssen, da die GmbH in besonderem Maße auf das Vertrauen ihrer Gläubiger angewiesen ist und der Gläubigerschutz daher bei der GmbH

²⁵³ S. § 319 Abs. 2 und 3 HGB; *Ruhnke*, AG 2003, 371, 372 f.; *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, 529, 530.

²⁵⁴ *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, 529, 530.

²⁵⁵ *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, 529, 530.

²⁵⁶ Vgl. § 318 Abs. 1 S. 3 HGB; *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 7.2.3 Rdn. 1368.

²⁵⁷ *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, v., Kommentar zum DCGK, Ziff. 7.2.3 Rdn. 1368.

²⁵⁸ Vgl. § 49 Abs. 2 und 3 GmbHG.

²⁵⁹ Siehe oben S. 82.

einen besonderen Stellenwert hat²⁶⁰. Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass ein Übermaß an Gläubigerschutz eine unerwünscht abschreckende Wirkung auf Anleger haben kann.²⁶¹ So besteht z. B. ein Interessengegensatz für Gläubiger und Anleger hinsichtlich der Pflicht zu hoher Rücklagenbildung und der Ausschüttung hoher Gewinne. Das Verbot von Dividendenzahlungen²⁶² wäre somit bspw. nicht in den Kodex aufzunehmen. Hinsichtlich der *Wahl und Inhalte* der Kodexregelungen zum Gläubigerschutz ist folglich das *richtige Augenmaß* zu halten.

Hinzu kommt, dass zwischen der GmbH und ihren Gläubigern stets ein Vertrag ausgehandelt wird und die Parteien weitgehende *Vertragsfreiheit* haben.²⁶³ Die Aufnahme ausgewählter Vertragsklauseln in den Kodex kann der geregelten Materie zwar Nachdruck verleihen. Zu beachten ist jedoch, dass Gläubiger mit starker Verhandlungsmacht regelmäßig die Aufnahme möglichst weitreichender Vertragsklauseln zu ihren Gunsten forcieren. In Kreditverträgen finden sich daher zahlreiche Klauseln (sog. covenants), die dem Darlehensgeber Einblick in und Einfluss auf die Geschäftsführung der kreditnehmenden Gesellschaft gewähren²⁶⁴. Diese Klauseln räumen freilich allein dem Vertragspartner der GmbH Rechte ein, während andere Gläubiger nicht geschützt werden. Der Kodex hingegen soll sämtliche Gläubiger erfassen und kann daher nicht auf den Schutz einzelner Gläubiger ausgerichtet sein. Er darf daher keine nur einzelne Gläubiger schützende Vorschriften enthalten.

Bei der Aufstellung des Kodexes kann es zudem hinderlich sein, dass Kreditinstitute Darlehensverträge regelmäßig sehr detailliert ausformen.²⁶⁵ Corporate Governance-Vorschriften müssen dies berücksichtigen und derart gestaltet sein, dass sie von GmbH umgesetzt werden können, *ohne gängigen Vertragsklauseln zu widersprechen* und ohne die *Handlungsspielräume* von GmbH beim Abschluss von Verträgen mit Gläubigern *einzuschränken*.

2. Gläubigerschützende Vorschriften

Die externen Gläubiger sind vor allem daran interessiert, dass die GmbH ihnen gegenüber ihre vertraglichen Pflichten erfüllen kann. Sie werden einen Vertragsschluss daher *erstens* insb. im Falle der eigenen Vorleistung zur Verringerung ihres Insolvenzausfallrisikos davon abhängig machen, *ausreichende Sicherheiten* gestellt zu bekommen. Für sie ist es *zweitens* von besonderem Interesse bei Vertragsschluss so umfassend wie möglich über die *Leistungsfähigkeit* der GmbH informiert zu sein; *drittens* drängen Gläubiger auf Maßnahmen zur *Vermeidung einer Insolvenz*, da nur bei ihrem Ausbleiben die Erfüllung ihrer Ansprüche (z. B. die Rückzahlung eines Kredites) gesichert ist,²⁶⁶ und *viertens* sind sie im Falle der

²⁶⁰ Siehe oben S. 139 ff., 146 f.

²⁶¹ Vgl. Spindler, JZ 2006, 839, 840.

²⁶² S. hierzu Fleischer, ZIP 1998, 313, 314.

²⁶³ S. auch Weitnauer, ZIP 2005, 1443 ff.

²⁶⁴ Fleischer, ZIP 1998, 313 m. w. Nw.

²⁶⁵ Weitnauer, ZIP 2005, 1443 ff.; Für einen Musterdarlehensvertrag s. Wand, WM 2005, 1932 ff.; ders. WM 2005, 1969 ff.

²⁶⁶ Vgl. Haas, Beilage zu NJW 2006, Beilage zu Heft 22, 21.

drohenden oder tatsächlich eingetretenen Insolvenz besonders an ihrer *Rechtswahrung* interessiert. Letzteres Interesse besteht zwar bei den Gläubigern nicht nur in Insolvenznähe oder in der Insolvenz; Die Gefahr, dass die Gesellschafter die Gläubigerrechte und -interessen nicht mehr wahren, ist aber in diesen Fällen besonders groß, da die Gesellschafter selbst nicht mehr viel zu verlieren haben und daher auch auf die Gläubigerinteressen keine Rücksicht mehr nehmen (sog. gambling for resurrection). Darüber hinaus besteht ein Interesse der Gläubiger, dass *fünftens* ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird, damit ihre Chancen auf eine zumindest anteilige Befriedigung erhöht werden. Es besteht aber häufig das Problem, dass das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird, bzw. wieder eingestellt wird, da die Kosten für das Insolvenzverfahren nicht gedeckt werden.

Bei der Ausarbeitung der gläubigerschützenden Klauseln ist auf diese fünf Problemfelder einzugehen.

a) Besicherung bei Vertragsschluss

Die meisten Gläubiger sind nur bereit mit einer GmbH einen Vertrag zu schließen, wenn diese ihnen *ausreichende Sicherheiten* gewährt. Allerdings ist eine Kodexregelung, die eine ausreichende Besicherung der Forderungen der Gläubiger empfiehlt oder anregt, bedenklich. Der GmbH sollte durch den Kodex nicht die Möglichkeit genommen werden, wirtschaftlich frei zu agieren. Diese Freiheit würde ihr bei Besicherung sämtlicher Forderungen jedoch genommen. Eine GmbH wird eine derartige Kodexregelung daher nicht freiwillig umsetzen. Für bestimmte Gläubiger – wie Kreditgeber und Lieferanten – wäre eine solche Regelung darüber hinaus überflüssig, da sie regelmäßig nicht ohne die Stellung ausreichender Sicherheiten zum Vertragsschluss bereit sind. Eine derartige Kodexregelung ist somit abzulehnen.

Ein weiteres wichtiges Kriterium zur Solvenz- und Liquiditätserhaltung ist die Vereinbarung von *Mindestanforderungen zur Vermögens- und Ertragslage*. Typisch sind in Kreditverträgen financial covenants²⁶⁷ oder genauer Bilanzrelationsklauseln, die bestimmte Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung, den Verschuldungsgrad, das Ertragsminimum und Kennzahlen zum Netto-Umlaufvermögen²⁶⁸ stellen.²⁶⁹ Erfüllt der Kreditnehmer diese Mindestanforderungen während der Vertragslaufzeit nicht mehr, so folgen daraus Sanktionen wie etwa die Pflicht zur Stellung zusätzlicher Sicherheiten. Solche Besicherungsansprüche finden sich bereits in den AGB der Banken und Sparkassen.²⁷⁰ Da der Schuldner durch Einhaltung der Klausel freiwillig Zugeständnisse an den Gläubiger macht, die dieser lediglich

²⁶⁷ Zu diesem Begriff und weiteren financial covenants s. *Lützenrath/ Schröder*, Kredit & Rating Praxis, 2001 Heft 5, 19.

²⁶⁸ Sog. working capital, es handelt sich um eine Kennzahl zur Beurteilung der Liquiditätsentwicklung eines Unternehmens. Sie wird aus der Differenz zwischen dem Umlaufvermögen und den kurzfristigen Verbindlichkeiten gebildet, s. *Rittershofer*, Wirtschaftslexikon, S. 1081.

²⁶⁹ Zu diesen und anderen Mindestanforderungen s. *Lützenrath/ Schröder*, Kredit & Rating Praxis, 2001 Heft 5, 19 f.; s. auch *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314.

²⁷⁰ S. Ziff. 13 Abs. 2 Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der privaten Banken (Stand 1. April 2002) zwischen Kunde und Bank, http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/052004/ge0405_re_AGB.pdf.

im Falle einer eigenen schwachen Verhandlungsposition zu machen bereit ist,²⁷¹ ist die Aufnahme einer Klausel zur Nachbesicherung in den Kodex nicht sinnvoll.

b) Reduzierung des Informationsrisikos bei und nach Vertragsschluss

Da mit der Bonität die Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung des Kredites steigt, sind Gläubiger zum Abschluss von Verträgen mit der GmbH nur bereit, wenn sie sich über die *Leistungsfähigkeit* ihres Vertragspartners ein Urteil gebildet haben. Zu den entscheidungsrelevanten Kriterien gehören vor allem die wirtschaftlichen Verhältnisse der GmbH. Gemäß § 18 KWG besteht für Kreditnehmer die Pflicht zur laufenden Offenlegung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse, insb. durch Vorlage des Jahresabschlusses, unter der Voraussetzung, dass der Kredit insgesamt 750.000 € oder 10 % des haftenden Eigenkapitals des Instituts überschreitet.²⁷² Ist § 18 KWG nicht einschlägig, so bleibt den Gläubigern der Blick in den elektronischen Bundesanzeiger, in dem der Jahresabschluss gemäß § 325 Abs. 2 HGB bekannt zu machen ist. Dieser Blick ist aber nur bedingt erfolgreich, da Jahresabschlüsse *zum einen* nur einmal jährlich bekannt zu machen sind und somit nicht stets die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse widerspiegeln.²⁷³ *Zum anderen* kann er auch gänzlich erfolglos sein, da Unternehmen ihrer Bekanntmachungspflicht mangels Wahrnehmung der Prüfpflicht durch das Registergericht zumindest in der Vergangenheit häufig überhaupt nicht nachkamen.²⁷⁴ Kreditinstitute vereinbaren daher regelmäßig eine vertragliche Pflicht zur Vorlage von Unternehmensdaten, Informations- sowie Inspektionsrechte im Schuldnerunternehmen.²⁷⁵ Eine Anregung im Kodex, nach der die GmbH Kreditgebern oder auch anderen Gläubigern das Recht einräumen könnte, in regelmäßigen Abständen, Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen, diene somit der Stärkung des Gläubigervertrauens. Es ist jedoch wie bei einer Nachbesicherungsklausel²⁷⁶ zu erwarten, dass GmbH diese Kodexregelung nicht umsetzen, da es sich bei Informationen über die wirtschaftliche Lage um sensible handelt und weitreichende Einsichtsrechte zugunsten der Gläubiger einem Unternehmen schaden können. So können negative Informationen über die wirtschaftliche Situation bspw. dazu führen, dass Gläubiger von Geschäften mit der GmbH Abstand nehmen und sich deren wirtschaftliche Lage daraufhin erst recht verschlechtert. Von einer Kodexregelung mit entsprechendem Inhalt ist somit abzuraten.

²⁷¹ Vgl. *Pellens/ Kemper* ZGR 2008, 381, 384.

²⁷² S. auch *Wand*, WM 2005, 1932, 1976.

²⁷³ Vgl. hierzu auch *Pellens/ Kemper*, ZGR 2008, 381, 387.

²⁷⁴ S. § 329 Abs. 1 HGB i. d. F. v. 10.12.2001; seit seiner Änderung durch Art. 1 EHUG v. 10.11.2006 (BGBl. I S. 2553) ist für die Prüfung nicht mehr das Registergericht, sondern der elektronische Bundesanzeiger zuständig.

²⁷⁵ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314; s. a. *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1446, der Klauseln darstellt, die laufende monatliche Informationspflichten des Kreditnehmers oder entsprechende Kontrollrechte des Kreditgebers enthalten für mit dem AGB-Recht vereinbar sieht.

²⁷⁶ Siehe oben S. 191 f.

c) Insolvenzvermeidung

aa) Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen durch Zustimmungsvorbehalte der Gläubiger

Es ist möglich Gläubigern Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten auf die Geschäftsführung durch *Zustimmungsvorbehalte* einzuräumen. Hieran sind Gläubiger vor allem dann interessiert, wenn sie keine ausreichenden dinglichen Sicherheiten gestellt bekommen.²⁷⁷ Denkbar sind Zustimmungsrechte zu wesentlichen Grundlagengeschäften und -beschlüssen, z. B. die Aufnahme neuer Gesellschafter, den Abschluss von Unternehmensverträgen, Verfügungen über wesentliche Vermögenswerte, Neubestellung von und Vertragsschluss mit Geschäftsführern.²⁷⁸ Im Interesse von GmbH sind derartige Zustimmungsvorbehalte jedoch regelmäßig nicht, da sie ihren Gläubigern unerwünschten Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen gewähren und diese hierdurch sogar in die Position eines Mitunternehmers gelangen können. Im letzteren Falle können diese Klauseln wegen Gefährdung des Vertragszecks und Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder bei individueller vertraglicher Vereinbarung wegen sittenwidriger Knebelung gemäß § 138 BGB²⁷⁹ nichtig sein sowie Schadensersatzansprüche gemäß § 826 BGB gegenüber anderen Gläubigern²⁸⁰ auslösen. Die Aufnahme einer Kodexregelung zur Einräumung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten von Gläubigern ist daher abzulehnen.

In Kreditverträgen finden sich häufig zudem Negativ- oder Pari-passu-Klauseln. Erstere verbieten dem Kreditnehmer jede Verminderung des Schuldnervermögens bis hin zur Dividendenauszahlung und enthalten Verfügungsbeschränkungen wie Zustimmungsvorbehalte für die Aufnahme weiterer Fremdmittel.²⁸¹ Letztere untersagen jegliche Besicherung zukünftiger Gläubiger, ohne dass der Kreditgeber gleichrangig an diesen Sicherheiten beteiligt oder ihm gleichwertige Sicherheiten bestellt worden sind.²⁸² Beide Klauselarten dienen dazu, die Position eines Gläubigers gegenüber anderen Gläubigern zu sichern. Es handelt sich um schuldrechtliche Verpflichtungen, die dingliche Verfügungen nicht berühren. Die Aufnahme dieser Klauseln in den Kodex führte ausschließlich dazu, dass frühere Gläubiger neueren gegenüber gestärkt würden. Es soll jedoch nicht das Ziel des Kodexes sein, einzelne Gläubigergruppen anderen gegenüber zu bevorzugen. Die Aufnahme von Negativ-/Pari-passu-Klauseln passt nicht in das Gesamtkonzept des Kodexes, das Vertrauen aller Gläubiger zu stärken und ist daher abzulehnen.

²⁷⁷ *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1446.

²⁷⁸ *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1444; vgl. auch *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314.

²⁷⁹ *Weitnauer*, ZIP 2005, 1443, 1444.

²⁸⁰ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314.

²⁸¹ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314.

²⁸² *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 314; *Weitnauer*, ZIP 2005 1443, 1445; *Wand*, WM 2005, 1969, 1976; für ein Beispiel einer Negativ-/Pari-passu-Klausel s. *Wand* WM 2005, 1932, 1946.

bb) Ausschüttungen und andere Vermögensverschiebungen

Zugunsten von Gläubigern wirken bei Ausschüttungen an die Gesellschafter verschiedene *Mechanismen gegen eine Gläubigerschädigung*. Dies ist zum einen die Vorschrift des § 30 GmbHG, die eine Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter verbietet. Die Haftungstatbestände der §§ 31 f., 43 Abs. 3 GmbHG sichern, die Rückzahlung verbotswidriger Auszahlungen. *Darüber hinaus* sind gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen nach den Anfechtungsregelungen der §§ 3 ff. AnfG und der §§ 130 ff. InsO anfechtbar. Um den Gläubigern diese Rechtslage zu verdeutlichen, sollten die wichtigsten dieser gesetzlichen Vorschriften kurz und verständlich als Muss-Vorschriften in den Kodex aufgenommen werden.

Trotz dieser Regelungen kann es Mitgesellschaftern und Gläubigern Schwierigkeiten bereiten, Ausschüttungen aber auch andere Vermögensverschiebungen nachzuvollziehen und zu beweisen. Unter Verstoß gegen die Buchführungspflicht ist es etwa möglich, dass Auszahlungen an die Geschäftsführer erfolgen, verdeckte Gewinnausschüttungen an Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen stattfinden, Austauschverträge ohne adäquaten Gegenwert abgeschlossen oder schwarze Kassen gebildet werden. Bereits behandelt wurde, dass die gesetzliche Dokumentationspflicht für Beschlüsse in Einpersonen-GmbH im Kodex festgehalten werden sollte²⁸³. Darüber hinaus sollte eine Regelung zur *Dokumentationspflicht sämtlicher Vermögensverfügungen* in den Kodex aufgenommen werden. Eine solche Kodexregelung würde der Buchführungspflicht den erforderlichen Nachdruck verleihen.²⁸⁴

Darüber hinaus wird verschiedentlich in der Literatur angedacht, dass Ausschüttungen entsprechend dem amerikanischen *solvency test*²⁸⁵ auch bei der GmbH einem gläubigerschützenden Solvenzttest unterliegen sollten.²⁸⁶ Danach soll vor jeder Ausschüttung eine Prognoserechnung stattfinden, in dieser sind die geschätzten Überschüsse für künftige Zeiträume und die fälligen Verbindlichkeiten und Investitionen gegenüberzustellen und zu ermitteln, ob der Gesellschaft trotz Ausschüttung ausreichende Mittel zur Fortführung ihrer Geschäfte zur Verfügung stehen.²⁸⁷ Der Prognosezeitraum ist von der Fälligkeit der längsten Verbindlichkeit abhängig zu machen.²⁸⁸ Eine vor jeder Ausschüttung abzugebende Solvenzerklärung der Geschäftsführer soll als Anknüpfungspunkt für deren Fahrlässigkeitshaftung dienen.²⁸⁹ Aufgrund ihres zusätzlichen Haftungsrisikos ist anzunehmen, dass Geschäftsführer einen Sicherheitspuffer einbauen und Ausschüttungen mit erhöhter Vorsicht vornehmen werden. Die

²⁸³ Siehe oben S. 165 f.

²⁸⁴ Vgl. hierzu *Burgard*, ZIP 2002, 827, 832 ff., der allerdings primär Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern diskutiert.

²⁸⁵ Ausführlich *Kuhner/Sabiwalsky*, Der Konzern 2006, 504 ff.

²⁸⁶ S. *Spindler*, JZ 2006, 839, 843; *Haas*, NJW 2006, Beilage zu NJW Heft 22, 21, 42; *Teichmann*, NJW 2006, 2446 f. m. w. Nw; *Pellens/Kemper*, ZGR 2008, 381, 430.

²⁸⁷ Vgl. *Kuhner/Sabiwalsky*, Der Konzern 2006, 504 ff.; *Spindler*, JZ 2006, 839, 843; *Teichmann*, NJW 2006, 2447; leicht abweichend *Engert* ZHR 170 (2006), 296, 300.

²⁸⁸ Vgl. *Kuhner/Sabiwalsky*, Der Konzern 2006, 504, 513.

²⁸⁹ *Teichmann*, NJW 2006, 2444, 2447.

Befürworter eines Solvenztests müssen sich jedoch entgegen halten lassen, dass dieser aufgrund seines Prognosecharakters in geringerem Maße als die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbHG²⁹⁰ auf sichere und nur bedingt überprüfbare Zahlen gestützt werden kann²⁹¹ und daher keine Rechtssicherheit bietet.²⁹² Insbesondere für kleine Gesellschaften kann er zudem einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten.²⁹³ Trotz dieser Kritikpunkte scheint der Solvenzttest als eine besonders sinnvolle gläubigerschützende Maßnahme, da nicht nur die aktuelle Bilanz wie in § 30 GmbHG, sondern auch Geschäftserwartungen in die Beurteilung einfließen und somit der Aspekt der Nachhaltigkeit der Unternehmensführung eine wichtige Rolle spielt. Um die Prognoseunsicherheit einzuschränken, sollte allerdings der Prognosezeitraum auf zwölf Monate beschränkt werden.²⁹⁴

Anders als für die AG gemäß § 150 Abs. 2 AktG und für die UG (haftungsbeschränkt) gemäß § 5a Abs. 3 GmbHG besteht für die GmbH keine Pflicht zur *Bildung einer* gesetzlichen *Rücklage*. Sowohl bei der AG als auch bei der UG (haftungsbeschränkt) darf die gesetzliche Rücklage nur für bestimmte Zwecke verwandt werden und dient somit als Finanzpuffer und Instrument der Insolvenzvermeidung. Auch bei der GmbH ist die Bildung von Gewinnrücklagen in wirtschaftlich guten Zeiten zur Vorsorge für Krisenzeiten sinnvoll. § 150 Abs. 2 AktG schreibt 5 % des Jahresüberschusses nach Abzug des Verlustvortrags aus dem Vorjahr für die gesetzliche Rücklage vor und bestimmt, dass die AG keine gesetzliche Rücklage mehr bilden muss, wenn diese 10 % des Grundkapitals erreicht hat. Demgegenüber enthält § 5a Abs. 3 GmbHG die Vorgabe von 25 % des Jahresüberschusses für die gesetzliche Rücklage der UG (haftungsbeschränkt) ohne diese der Höhe nach zu begrenzen. Diese unterschiedlichen Regelungen für AG und UG sind der Tatsache geschuldet, dass die Rechtsform der AG primär Kapitalsammelfunktion hat und hohe Gewinnausschüttungen an die Aktionäre trotz Rücklage möglich bleiben sollen, während die Wahl der Gesellschafter auf die UG zu deren Haftungsbeschränkung fällt und bei ihr hohe Rücklagen dem Gläubigerschutz geschuldet sind. Dies sollte bei der Abfassung einer entsprechenden Kodexanregung für die GmbH Berücksichtigung finden. Da zudem die Insolvenzanfälligkeit von GmbH mit einem Grundkapital von 50.000,00 € wesentlich geringer als bei solchen mit einem Grundkapital von nur 25.000,00 € ist²⁹⁵, sollte dieser Betrag als Mindestgrenze für die Rücklage in der Kodexanregung bestimmt werden. Es sollte darüber hinaus angeregt werden, dass bei der Durchführung des oben erörterten Solvenztests bei Ausschüttungen an die Gesellschafter²⁹⁶ gebildete Rücklagen einzubeziehen sind.

²⁹⁰ Engert, weist richtigerweise auch hinsichtlich des Bilanzrechts darauf hin, dass zuweilen eine zukunftsgerichtete Beurteilung, etwa bei Abschreibungen oder der Bildung von Rückstellungen, erforderlich ist, s. ZHR 170 (2006), 296, 320.

²⁹¹ S. z. B. Engert, ZHR 170 (2006), 296, 310 f., 317 f.

²⁹² Teichmann, NJW 2006, 2444, 2447; Engert, ZHR 170 (2006), 296, 320.

²⁹³ Teichmann, NJW 2006, 2444, 2447.

²⁹⁴ Vgl. den Formulierungsvorschlag von Engert, ZHR 170 (2006), 296, 328.

²⁹⁵ Siehe oben S.48.

²⁹⁶ Siehe oben S. 195.

Auch der *Verzicht auf eine Forderung*, die der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter oder einem Dritten zusteht, ist für die Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich nachteilig, da sich hierdurch das Vermögen der GmbH schmälert. Ein solcher Verzicht ist nur zulässig, wenn er nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.²⁹⁷ Solche Verbote finden sich in den §§ 9b, 19 Abs. 2 S. 1, 25 sowie 31 Abs. 5 GmbHG und dienen der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Ist ausreichendes Stammkapital vorhanden, so ist ein Verzicht grundsätzlich möglich. Dennoch schlägt sich ein Verzicht auch dann, wenn keine bilanzielle Unterkapitalisierung vorliegt, negativ in der Bilanz nieder und kann sich gläubigerschädigend auswirken.²⁹⁸ Gläubiger haben daher ein grundsätzliches Interesse daran, dass die Gesellschaft nicht auf Forderungen verzichtet. Findet ein Verzicht dennoch statt, so sollte auch diesbzgl. zuvor ein Solvenzttest stattfinden und eine Solvenzerklärung abgegeben werden.²⁹⁹ Eine entsprechende Empfehlung ist in den Kodex aufzunehmen.

d) In Insolvenznähe

aa) Frühe Krisenerkennung

Eine frühzeitige Krisenerkennung ermöglicht es, Gefahren im Insolvenzvorfeld abzuwehren. Dazu ist es sinnvoll, ein *Frühwarn- und Reaktionssystem* zur effektiven unternehmerischen Selbstkontrolle und zur Kontrolle durch die Gläubiger aufzubauen.³⁰⁰ Ein solches kann sich einerseits auf die bloße Finanz- und Ertragslage des Unternehmens beziehen, kann aber auch weitergehend sein und die Geschäftsführung und ihr Umfeld miteinbeziehen³⁰¹.

Hinsichtlich der Krisenfrüherkennung ist das Aktienrecht auf den ersten Blick restriktiver als das GmbH-Recht. Gemäß § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Anders als § 49 Abs. 3 GmbHG bezieht sich die Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems in § 91 Abs. 2 AktG nicht allein auf die bilanzielle Entwicklung, sondern umfasst jegliche potentiell bestandsgefährdende³⁰² Veränderung mit potentiell Einfluss auf die Lage des Unternehmens.³⁰³ Bestandsgefährdend sind nur solche Risiken, die ein Insolvenzrisiko begründen oder wesentlich steigern.³⁰⁴ Die Geeignetheit des Überwachungssystems hängt von Größe, Branche und

²⁹⁷ Verbotsnormen finden sich z. B. in §§ 9b, 19 Abs. 2 S. 1, 25, 31 Abs. 5 GmbHG.

²⁹⁸ Ebenso *Burgard* ZIP 2002, 827, 833.

²⁹⁹ Vgl. auch *Burgard* ZIP 2002, 827, 833, der insb. auf die Dokumentationspflicht bei einem Verzicht hinweist.

³⁰⁰ *Haas*, Beilage zu NJW Heft 22, 2006, 21, 22, 24.

³⁰¹ Vgl. *Hüffer* AktG § 91 Rdn. 9.

³⁰² *Krieger/ Sailer* in: K. Schmidt/ Lutter AktG § 91 Rdn. 9.

³⁰³ *Hefermehl/ Spindler* in: MüKo AktG § 91 Rdn. 16.

³⁰⁴ So auch *Krieger/ Sailer* in: K. Schmidt/ Lutter AktG § 91 Rdn. 9. m. w. Nw.; Vgl. auch *Hüffer* AktG § 91 Rdn. 6.

Struktur des jeweiligen Unternehmens ab³⁰⁵ und kann z. B. die Controlling-, die Interne Revisions-, die Steuer- und die Investor-Relations-Abteilung sowie Maßnahmen zur Compliance betreffen.³⁰⁶ Die Einrichtung des Risikofrüherkennungssystems dient dem Zweck, dass eine effektive unternehmerische Selbstkontrolle stattfindet und gegebenenfalls notwendige Rettungsmaßnahmen frühest möglich eingeleitet werden können.³⁰⁷ Der Gesetzgeber hat ausdrücklich keine dem § 91 Abs. 2 AktG entsprechende Regelung in das GmbHG aufgenommen, da davon auszugehen sei, dass für GmbH „[...] je nach ihrer Größe Komplexität usw. nichts anderes gilt und die Neuregelung Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer [...] hat.“³⁰⁸ Aufgrund der ähnlichen Interessenlage bei der GmbH, die selbst der Gesetzgeber bestätigt hat, ist eine dieser Norm entsprechende Empfehlung in den Kodex aufzunehmen.

Die bereits erörterte Pflicht der Geschäftsführer zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung könnte unter der Ergänzung in den Kodex aufgenommen werden, dass auch bestimmte Gläubiger – etwa solche mit ausstehenden Forderungen, die 10% des jährlichen Umsatzes betragen und somit in erhöhtem Maße an der Solvenz des Unternehmens interessiert sind – zu dieser Versammlung zu laden sind. Die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung würde es den Gläubigern ermöglichen, sich umfassend über die besondere Unternehmenssituation und eventuelle Gegenmaßnahmen zu informieren. Gegen eine solche Klausel spricht jedoch, dass eine Ladung der Gläubiger das Vertrauen der Gläubiger in die Liquidität der GmbH unnötig schwächen und schlimmstenfalls die Insolvenz der GmbH herbeiführen könnte. Dies wäre angesichts der Tatsache, dass „immerhin“ noch die Hälfte des Stammkapitals vorhanden wäre, keinesfalls zweckmäßig. Eine Klausel nach der auch die Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zur Gesellschafterversammlung einzuberufen sind, ist folglich nicht in den Kodex aufzunehmen.

bb) Frühzeitige Insolvenzantragstellung und Haftung bei Unterlassung der Insolvenzantragstellung

Insbesondere die Gläubiger sind in der unternehmerischen Krise an einer *frühen Insolvenzantragstellung* interessiert. Während die Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt kaum noch eine Chance auf Ausschüttungen und die Rückzahlung ihrer Einlagen haben, sind es die Gläubiger, deren reale Chance auf Begleichung ihrer Forderungen mit der Verringerung der Haftungsmasse schwindet.³⁰⁹ Die frühe Insolvenzantragstellung schützt aber nicht nur die Altgläubiger, sondern auch die Neugläubiger vor dem Vertragsschluss mit notleidenden Gesellschaften^{310 311}. Aus Klarstellungsgründen und um der Vorschrift Nachdruck zu verleihen,

³⁰⁵ BT-Drucks. 13/9712 S. 15 li. Sp.

³⁰⁶ Hefermehl/ Spindler in: MüKo AktG § 91 Rdn. 24.

³⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 13/9712 S. 15 re. Sp.

³⁰⁸ BT-Drucks. 13/9712 S. 15 re. Sp.

³⁰⁹ Teichmann, NJW 2006, 2444, 2447.

³¹⁰ Siehe oben S. 61, 70 f.

sollte die in § 15a InsO n. F. geregelte Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer und der Gesellschafter in den Kodex aufgenommen werden.

Zu überlegen ist, ob die Geschäftsführer darüber hinaus bereits *im Stadium vor der Insolvenz* durch eine Kodexempfehlung zu einer Stellung des Insolvenzantrages angehalten werden sollten. Entlehnt ist diese Idee dem englischen Konzept des wrongful trading.³¹² Dieses soll nach umstrittener Ansicht³¹³ eine Haftung bereits vor der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorsehen.³¹⁴ Die Aufnahme einer entsprechenden Kodexregelung scheint jedoch rechtlich wenig sinnvoll, da zulässige Eröffnungsgründe bei einer Antragstellung durch die Geschäftsführer und bei Führungslosigkeit durch die Gesellschafter ausschließlich die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung sind.³¹⁵ Eine Antragstellung durch diese Personen vor der Insolvenz müsste das Insolvenzgericht folglich als unzulässig abweisen.

Nur wenn der Schuldner einen *Eigenantrag* stellt, ist auch die zeitlich vor der Insolvenz liegende drohende Zahlungsunfähigkeit zulässiger Eröffnungsgrund.³¹⁶ Antragsberechtigt sind in diesem Falle bei juristischen Personen ausschließlich Personen mit Vertretungsmacht.³¹⁷ Dies können organschaftliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter sein.³¹⁸ Sinnvoll scheint daher allein eine Kodexempfehlung, durch welche die vertretungsberechtigten Personen der GmbH zur Stellung eines Insolvenzantrages bei drohender Zahlungsunfähigkeit angehalten werden. Eine solche Regel hätte darüber hinaus den Vorteil, dass auch der faktische Geschäftsführer³¹⁹ als regelmäßiger Inhaber einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht zu einer frühen Antragstellung angehalten würde.

³¹¹ Vgl. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 126.

³¹² S. *Schall*, ZIP 2005, 965, 967 f.; *Habersack/ Verse*, ZHR 168 (2004), 174 ff.; *Spindler* JZ 2006, 839, 846 f.

³¹³ So Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa v. 01.11.2002, S. 12, 73 f., abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf. (Letzter Aufruf 10.11.2008); *Teichmann* NJW 2006, 2444, 2447; a. A. *Habersack/ Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 184.

³¹⁴ Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen der wrongful-trading-rule gegeben sind, ist allerdings mit großen Unsicherheiten behaftet (s. auch *Teichmann* NJW 2006, 2444, 2447). So ist es eine Voraussetzung, dass keine vernünftige Aussicht auf Abwendung der insolvenzbedingten Liquidation [auf Englisch „no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation“, s. sec. 214 (2) (b) IA 1986] mehr besteht (ebenso *Habersack/ Verse* ZHR 168 (2004), 174, 182 ff.). In der Praxis bereitet insb. die Bestimmung dieses Zeitpunkts große Schwierigkeiten (so auch *Habersack/ Verse* ZHR 168 (2004), 174, 184; *Teichmann* NJW 2006, 2444, 2447; *Spindler* JZ 2006, 839, 846 f.). Gegen die Aufnahme einer entsprechenden Empfehlung in den Kodex spricht daher bereits, dass bei der Kodexumsetzung dieselben Umsetzungsschwierigkeiten zu erwarten wären.

³¹⁵ *Hess*, InsO § 15 Rdn. 7.

³¹⁶ *Hess*, InsO § 18 Rdn. 2.

³¹⁷ *Hess*, InsO § 18 Rdn. 23.

³¹⁸ S. hierzu nur *Roth/Altmeyden*, GmbHG § 35 Rdn. 7 ff. Rechtsgeschäftliche Vertreter können z. B. Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte sein.

³¹⁹ Hierbei handelt es sich um Personen, die ohne Vorliegen eines Bestellungsakts neben oder anstelle des Geschäftsführers Geschäftsführerkompetenzen ausüben, s. statt anderer *Schulze/ Osterloh* in: *Baumbach/ Hueck*, GmbHG § 35 Rdn. 9.

cc) Haftung der Geschäftsführer oder Gesellschafter im Falle der Insolvenz

Vertrauensstärkend kann es auf Gläubiger wirken, wenn diese über die Pflicht zu einer *Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung* gemäß § 64 GmbHG im Kodex aufgeklärt werden. Eine solche Haftung tritt gemäß § 64 S. 3 GmbHG n. F. nunmehr auch für Zahlungen an Gesellschafter ein, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten^{320, 321}. Nachteilig wirkt sich aus, dass die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen der Anspruchsteller und somit regelmäßig die GmbH trägt. Besondere Schwierigkeiten treten hinsichtlich des Beweises auf, dass die Zahlung an einen Gesellschafter ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH geführt hat.³²² Naheliegend scheint es daher im Kodex, Geschäftsführern und Gesellschaft die Vereinbarung einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalitätsnachweises zwischen der Zahlung an den Gesellschafter und der Zahlungsunfähigkeit anzuregen. Zu erwarten wäre, dass Geschäftsführer als Folge der vereinbarten Beweislastumkehr bei Zahlungen an die Gesellschafter besonders vorsichtig vorgehen. Zugleich würde das Vertrauen der Gläubiger gestärkt, da sie erwarten könnten, dass die Insolvenzmasse seltener durch Zahlungen an Gesellschafter geschmälert würde oder alternativ Ansprüche der Gesellschaft leichter beweisbar würden und somit ebenfalls die Insolvenzmasse gesichert würde.

Zur Klarstellung und Warnung sollte zudem in den Kodex aufgenommen werden, dass die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages und die Haftung auch den faktischen Geschäftsführer trifft.³²³

e) Abschluss einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung³²⁴ und Forderungsausfallversicherung

Gerät ein Unternehmen in die Insolvenz, so müssen dessen Gläubiger die Abweisung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 26 InsO und die Einstellung des Insolvenzverfahrens gemäß § 207 Abs. 1 S. 1 InsO mangels Masse befürchten. In beiden Fällen werden

³²⁰ Siehe oben S. 92, 145.

³²¹ Nicht zu vergessen, ist in diesem Zusammenhang auch die Ausfallhaftung der Geschäftsführer gemäß § 31 Abs. 5 GmbHG.

³²² S. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 106, wo ausdrücklich daraufhingewiesen wird, dass „*im Moment der Leistung die Zahlungsunfähigkeit nicht [eingetreten sein] muss, es muss sich in diesem Moment aber klar abzeichnen, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeit nicht mehr wird erfüllen können.*“; Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Geschäftsführer entlasten können, indem sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nachweisen [s. § 64 S. 2 und S. 3 a. E.; s. a. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.05.2007, S. 107]. Diesbzgl. trifft hingegen die Geschäftsführer die Beweislast, statt anderer Roth/ *Altmeyen* § 64 Rdn. 88 m. w. Nw.

³²³ BGHZ 104, 44, 46; BGHSt 31, 118, 121 f.; *Nerlich* in: Michalski, GmbHG § 64 Rdn. 16; *Schulze/ Osterloh* in: Baumbach/ Hueck GmbHG § 64 Rdn. 47; Roth/ *Altmeyen* GmbHG § 64 Rdn. 42; *Rowedder/ Schmidt-Leithoff*, GmbHG § 64 Rdn. 17.

³²⁴ Siehe hierzu *Burgard/ Gundlach*, ZIP 2006, 1568 ff.

die Kosten des Insolvenzverfahrens nicht durch die Masse gedeckt und der Insolvenzverwalter kann in keine konkrete Prüfung der Ansprüche des Insolvenzschuldners einsteigen. Nach der Einstellung des Insolvenzverfahrens ist das Ziel einer gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger verfehlt und es bleibt den Gläubigern allein der häufig beschwerliche Weg der Einzelzwangsvollstreckung.³²⁵

Zur Lösung des Problems der Ablehnung der Eröffnung und dem der Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse schlagen *Burgard* und *Gundlach* eine *Insolvenzkosten-Pflichtversicherung* für alle Gewerbetreibenden vor. Die Versicherungsleistung soll darin bestehen, die Kosten des Insolvenzverfahrens i. S. d. § 54 InsO aufzubringen, soweit die Masse hierzu nicht ausreicht.³²⁶ Durch die Einführung einer solchen Versicherungsart würde dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit gegeben, stets die Ansprüche des Insolvenzschuldners zu prüfen und nach deren Feststellung geltend zu machen, wodurch die Chancen auf eine Befriedigung der Insolvenzgläubiger im Wege der Gesamtvollstreckung steigen würden. Gewerbetreibenden, die die Versicherung nicht abschließen, solle die Gewerbeuntersagung bzw. der Entzug ihrer Erlaubnis drohen. Bislang ist eine Insolvenzkosten-Pflichtversicherung nicht gesetzlich vorgeschrieben, obwohl der Kosten- und Verwaltungsaufwand für eine solche im Verhältnis zu ihren Vorteilen gering wäre. Spätestens wenn die Versicherung hingegen Pflicht wird, ist sie im Kodex zu erwähnen, so dass die Gläubiger über diese für sie günstige vertrauenssteigernde Maßnahme informiert sind.

Vereinzelt bieten Versicherungsunternehmen kleinen und mittleren Unternehmen seit jüngerer Zeit die Möglichkeit, sich für den Fall ihrer Insolvenz gegen Forderungsausfälle zugunsten ihrer Gläubiger zu versichern. Eine solche Versicherung unterscheidet sich von der zuvor erläuterten insoweit, als es sich bei ihr *zum einen* um eine freiwillige Versicherung handelt und *zum anderen* als sie i. H. d. Versicherungssumme die Massearmut behebt. Der Abschluss einer solchen Versicherung ist jedoch regelmäßig an bestimmte Umsatzhöchstgrenzen gebunden, so dass nicht alle Unternehmen diesen Versicherungsschutz wählen können. Zudem liegen die jährlichen Kosten bei ca. 1.500,00 €, weshalb gerade ertragsschwache Unternehmen vor dem Abschluss einer Versicherung zurückschrecken werden. Da nicht jede GmbH die Möglichkeit hat, eine solche Versicherung abzuschließen, sie aber ein sinnvolles Instrument des Gläubigerschutzes ist, sollte sie als Anregung in den Kodex aufgenommen werden.

³²⁵ Siehe hierzu im Detail *Burgard/ Gundlach*, ZIP 2006, 1568, 1569 f.

³²⁶ *Burgard/ Gundlach*, ZIP 2006, 1568, 1571 f.

D. Der Corporate Governance-Kodex für die GmbH

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen lässt sich folgender Corporate Governance-Kodex für die GmbH aufstellen:

Corporate Governance-Kodex für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Präambel

Der vorliegende Corporate Governance-Kodex stellt wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung von deutschen GmbH dar. Der Kodex enthält Regelungen zur Verbesserung der Unternehmensführung. Er soll das Verständnis der Rechtsform der GmbH fördern und das Vertrauen der Kreditgeber, Anleger, Kunden, Mitarbeiter und Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung von GmbH stärken.

Die Beachtung und Umsetzung des Kodexes ist, soweit seine Regeln nicht auf zwingendem Recht beruhen, für GmbH freiwillig und findet eigenverantwortlich statt. Eine Überwachung der Einhaltung erfolgt insoweit nicht.

Der Kodex verdeutlicht die Rechte und Pflichten der Organe der GmbH, sowie der Gesellschafter. Er geht auf die Zusammensetzung, Bestellung und Zusammenarbeit der Organe, die Bereiche Interessenkonflikte, Transparenz, Rechnungslegung und Abschlussprüfung sowie den Gläubigerschutz ein. Neben gesetzlichen Vorschriften enthält er freiwillige Regelungen, die einer guten Unternehmensführung dienen.

Der Kodex enthält gesetzliche Vorschriften, Empfehlungen und Anregungen. Bei der Wiedergabe gesetzlicher Vorschriften wird einer einfachen, verständlichen Sprache vor der wortgenauen Wiedergabe des Gesetzestextes der Vorzug gegeben. Gesetzliche Ausnahmen finden ausschließlich Erwähnung, wenn diese von besonderer Relevanz sind. Sie werden durch das Wort „**im Allgemeinen**“ angedeutet. Die GmbH unterliegt keiner Satzungsstrenge, weshalb es ihr möglich ist, nicht zwingende gesetzliche Vorschriften durch ihre Satzung abzuändern. Solche **nicht zwingenden gesetzlichen Vorschriften** werden im Kodex mit dem Wort „**grundsätzlich**“ gekennzeichnet. **Empfehlungen** des Kodexes sind im Text durch die Verwendung des Wortes „**soll**“ verdeutlicht. **Anregungen** sind durch die Verwendung der Begriffe „**sollte**“ oder „**kann**“ angezeigt. Durch die Unterscheidung zwischen Empfehlungen und Anregungen wird der Grad der Bedeutsamkeit unterstrichen. Die Umset-

zung von Empfehlungen ist für die Verwirklichung einer guten Corporate Governance von höherer Wichtigkeit, während die Umsetzung von Anregungen stärker einzelfallabhängig ist.

Die GmbH wird durch einen oder mehrere Geschäftsführer in von der Gesellschafterversammlung abgeleiteter Verantwortung geführt. Die Gesellschafterversammlung ist den Geschäftsführern weisungsbefugt.

Über einen Aufsichtsrat verfügt die GmbH von Gesetzeswegen grundsätzlich nicht. Sie kann aber durch die Satzung einen Aufsichtsrat freiwillig bilden. Gesetzlich obligatorisch kann ein Aufsichtsrat nach dem Investmentgesetz für als Kapitalanlagegesellschaften tätige GmbH, dem Drittelbeteiligungsgesetz für GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern, dem Mitbestimmungsgesetz für GmbH mit mehr als 2000 Arbeitnehmern, dem Montanmitbestimmungsgesetz für im Bereich der Montanindustrie tätige GmbH mit mindestens 1000 Arbeitnehmern, dem Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz für herrschende im Bereich der Montanindustrie tätige GmbH und dem Gesetz über die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen sein.

Die Zusammensetzung des freiwilligen Aufsichtsrates ist durch die Satzung, diejenige des obligatorischen Aufsichtsrates ist gesetzlich bestimmt. Der gesetzliche Aufsichtsrat besteht aus Arbeitnehmer- und u. U. aus Anteilseignervertretern sowie u. U. aus unabhängigen Mitgliedern. Der Aufsichtsrat überwacht und berät die Geschäftsführer.

Die GmbH hat als juristische Person eigene Rechte und Pflichten. Das Stammkapital der GmbH beträgt mindestens 25.000,00 €. Eine Form der GmbH ist die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt), deren Stammkapital 1,00 bis 24.999,00 € beträgt. Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung der Gesellschafter ist bei einem Missbrauch der Rechtsform der GmbH möglich.

1. Gesellschafter und Gesellschafterversammlung

1.1 Rechte der Gesellschafter

1.1.1 Die Gesellschafter haben als Anteilseigner der GmbH einen grundsätzlichen Gewinnanspruch im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Gelten für eine GmbH abweichende Satzungsregelungen, so sollte die GmbH auf diese an geeigneter Stelle (z. B. auf der Homepage der GmbH) hinweisen.

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über die Ergebnisverwendung durch einfachen Mehrheitsbeschluss. Die Gesellschafter haben bei Kapitalerhöhungen grundsätzlich ein Bezugsrecht.

1.1.2 Die Gesellschafter haben ein Stimmrecht bei der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung. Unter bestimmten Voraussetzungen sind Gesellschafter von der Beschlussfassung ausgeschlossen. Dies ist insb. anzunehmen, wenn ein Interessengegensatz zwischen einem Einzelgesellschafter und der Gesellschaftergesamtheit vorliegt. Es ist möglich durch die Satzung stimmrechtslose Gesellschaftsanteile vorzusehen.

1.1.3 Jeder Gesellschafter hat das Recht unverzügliche Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu verlangen. Ein Verweigerungsrecht steht den Geschäftsführern nur zu, wenn die Besorgnis besteht, dass der Gesellschafter die Auskunft zu gesellschaftsfremden Zwecken verwendet und dadurch der Gesellschaft oder einem anderen verbundenen Unternehmen ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt wird.

1.1.4 Es ist möglich in der Satzung Sonderrechte, -pflichten sowie Rechtsbeschränkungen oder -ausschlüsse für Gesellschafter vorzusehen. Als solche kommen Veto-, Vorkaufs- oder Entsenderechte in Gesellschaftsorgane und Ausschlüsse von Gewinnanteilen in Betracht. Im Zweifel gehen Sonderrechte, -pflichten sowie Rechtsbeschränkungen oder -ausschlüsse bei Übertragung des Geschäftsanteils nicht mit über.

1.2 Die Treuepflicht und das Schädigungsverbot der Gesellschafter

1.2.1 Die Gesellschafter trifft eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Aus ihr folgt ihre Pflicht, den Gesellschaftszweck zu fördern, die Selbstständigkeit und das Eigeninteresse der Gesellschaft zu beachten und die gesetzlichen und statutarischen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen. Die Treuepflicht trifft auch die Gesellschafter untereinander. Dies gilt ferner für die Mehrheitsgesellschafter gegenüber den Minderheitsgesellschaftern sowie umgekehrt.

1.2.2 Die Treuepflicht der Gesellschafter verbietet es ihnen, die GmbH zu schädigen. Die Gesellschafter trifft im gesellschaftsrechtlichen Bereich die Pflicht, ihre eigenen Interessen hinter denen der GmbH zurücktreten zu lassen.

1.3 Gesellschafterversammlung

1.3.1 Es gilt das Prinzip der Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Nach diesem Prinzip hat die Gesellschafterversammlung das Recht, nahezu jede Gesellschaftsangelegenheit an sich zu ziehen und durch Weisung für andere Organe bindend zu entscheiden.

1.3.2 Es besteht ein gesetzlicher Katalog von Einzelzuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, über die diese grundsätzlich zu entscheiden hat. Diesem Katalog unterfallen u. a. Maßregeln zur Überprüfung und Überwachung der Geschäftsführung sowie die außergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung. Letztere Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ist eingeschränkt, sofern es sich um eine GmbH mit Aufsichtsrat handelt. Die für die jeweilige GmbH geltenden Zuständigkeiten der Gesellschafterversamm-

lung sollten an geeigneter Stelle (z. B. auf der Homepage der GmbH) leicht einsehbar sein.

1.3.3 Mindestens einmal jährlich hat eine Gesellschafterversammlung stattzufinden. Eine Gesellschafterversammlung ist zudem einzuberufen, wenn dies im Interesse der Gesellschafter erforderlich erscheint. Eine Einberufung hat unverzüglich zu geschehen, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ein Verlust des hälftigen Stammkapitals ergibt. Bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) hat dies abweichend davon bei drohender Zahlungsunfähigkeit zu geschehen.

1.3.4 Gesellschafterminderheiten, die mindestens 10 Prozent der Geschäftsanteile inne haben, haben das Recht, die Berufung der Gesellschafterversammlung zu verlangen, und das Recht, die Ankündigung bestimmter Gegenstände zur Beschlussfassung der Versammlung zu fordern.

1.3.5 Die Geschäftsführer berufen Gesellschafterversammlungen unter Einhaltung einer Frist von einer Woche mittels eingeschriebenen Briefes ein. Die Mindestfrist für die Ankündigung der Tagesordnungspunkte beträgt drei Tage. Aus der Nichtbeachtung dieser Formvorschriften oder Fristen folgt die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse. Die Einberufung und die Tagesordnung sollten zudem unter Einhaltung der obigen Fristen auf der Homepage der GmbH veröffentlicht werden.

1.3.6 Gesellschafterbeschlüsse bedürfen grundsätzlich der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für Satzungsänderungen ist eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Satzungsändernde Beschlüsse müssen notariell beurkundet werden. Die Beschlussfassung findet grundsätzlich in der Gesellschafterversammlung statt. Außerhalb der Versammlung dürfen Beschlüsse nur gefasst werden, wenn alle Gesellschafter dem Beschlussantrag in Schriftform zustimmen oder sich mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklären. Die Entsendung eines Stimmrechtsvertreters ist erlaubt.

1.3.7 Satzungsdurchbrechungen sind nur auf Ausnahmefälle einer »punktuellen« Regelung, bei denen sich die Wirkung des Beschlusses in der betreffenden Maßnahme erschöpft, erlaubt. Zu ihrer Unanfechtbarkeit bedürfen sie der Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen, der notariellen Beurkundung und der Eintragung in das Handelsregister.

1.3.8 In Einmann-GmbH müssen Beschlüsse protokolliert werden. Dies sollte auch in Mehrpersonengesellschaften geschehen.

1.3.9 Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind nichtig, wenn diese durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend dem Gläubigerschutz oder dem öffentlichen Interesse dienen. Drei Jahre nach ihrer Eintragung in das Handelsregister findet ihre Heilung statt.

1.3.10 Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind anfechtbar, wenn diese gegen das Gesetz oder die Satzung verstoßen. Gesetzesverstöße liegen auch bei Verstößen gegen die guten Sitten, den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Treuepflicht vor. Anfechtungsbefugt ist jeder Gesellschafter. Die Anfechtungsfrist beträgt in der Regel einen Monat.

1.4 Haftsystem

1.4.1 Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet allein das Gesellschaftsvermögen.

1.4.2 Missbräuche der Rechtsform GmbH können zu einer Haftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH aufgrund sittenwidriger Schädigung führen. Dies kann der Fall sein, wenn die Gesellschafter die Gesellschaft mit völlig unzureichenden Mitteln ausgestattet haben und die GmbH in der Folge in Insolvenz geraten ist (qualifizierte materielle Unterkapitalisierung); die Abgrenzung zwischen dem Gesellschafts- und dem Privatvermögen der Gesellschafter durch eine mangelnde oder undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist (Vermögensvermischung); die Gesellschafter der GmbH planmäßig mit der Folge der Beseitigung ihrer Solvenz Gesellschaftsvermögen entzogen haben (Existenzvernichtung) oder die Gesellschafter die GmbH so ausgestalten, dass die Nachteile notwendig die Gläubiger der Gesellschaft treffen müssen (Institutsmissbrauch).

2. Geschäftsführer

2.1 Aufgaben und Zuständigkeiten

2.1.1 Die Geschäftsführer nehmen die Geschäftsführung in von der Gesellschafterversammlung abgeleiteter Verantwortung wahr. Die Geschäftsführung umfasst die Leitung des Unternehmens sowie die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen. Die Geschäftsführer sind an das Unternehmensinteresse gebunden und zu einer Steigerung des nachhaltigen Unternehmenswertes verpflichtet. Die Inhalte dieser Leitmaximen werden von den Gesellschaftern bestimmt.

2.1.2 Die Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Sie haben grundsätzlich Gesamtvertretungsmacht.

2.2 Zusammensetzung

2.2.1 Die GmbH hat einen oder mehrere Geschäftsführer.

2.2.2 Ihre Bestellung und ihr Widerruf finden grundsätzlich durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Gesellschafterversammlung statt. In GmbH, auf welche das MitbestG, das MontanMitbestG oder das MontanMitbestGErgG Anwendung finden, liegen Bestellung und Widerruf der Geschäftsführer in der Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Die für die jeweilige GmbH gültigen Zuständigkeiten sollten an geeigneter Stelle (z. B. auf der Homepage der GmbH) leicht einsehbar sein.

2.3 Vergütung und Abfindung

2.3.1 Das für die Bestellung der Geschäftsführer zuständige Organ ist auch für die Vergütungs- und Abfindungsregelungen zuständig.

2.3.2 Die Vergütung der Geschäftsführer soll angemessen sein. Orientierung für die Beurteilung einer angemessenen Höhe der Vergütung soll die Unternehmensgröße, die Ertragslage, die Größe des Geschäftsführergremiums und der Rang der einzelnen Geschäftsführer, sofern mehrere Geschäftsführer beschäftigt sind, geben. Mindernd zu berücksichtigen ist es, soweit der Geschäftsführer bei weiteren Unternehmen tätig ist.

2.3.3 Die Vergütung soll variable Bestandteile enthalten. 75 Prozent des Gehaltes können fest und 25 Prozent variabel vergütet werden. Variable Vergütungsbestandteile sollen wiederkehrende, an den geschäftlichen Erfolg gebundene Komponenten und Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter enthalten.

2.3.4 Abfindungen sollen in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen der Geschäftsführer stehen.

2.3.5 Die Gesamtbezüge von Geschäftsführern gehören zu den Pflichtangaben im Anhang der Bilanz des Jahresabschlusses. In diesem Anhang sind zudem die Gesamtbezüge der früheren Mitglieder dieser Organe und Organkredite mit Relevanz für den Referenzzeitraum anzugeben. Darüber hinaus sollten die Einzelvergütungen der Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung jährlich erörtert werden.

2.4 Interessenkonflikte

2.4.1 Die Geschäftsführer sind bei einer Kollision zwischen Eigen- und Gesellschaftsinteressen dazu verpflichtet, allein im Interesse der Gesellschaft zu handeln.

2.4.2 Es ist den Geschäftsführern untersagt, innerhalb des Unternehmensgegenstandes tätig zu werden oder sonstige Aktivitäten durchzuführen, die mit ihrer Geschäftsführertätigkeit unvereinbar sind. Es ist ihnen verboten, Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung abzuschließen. Von diesem Verbot wird der Betrieb eines Handelsgewerbes, die Tätigkeit als Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer in sowie die mit einer unternehmerischen Einflussnahme verbundene Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Handelsgesellschaft erfasst. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot sowie wirkungsvolle Vertragsstrafen bei Verstößen gegen Wettbewerbsverbote können in den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers aufgenommen werden. Geschäftsführer haben die Pflicht, Geschäftschancen ausschließlich im Gesellschaftsinteresse zu nutzen. Es ist möglich, die Geschäftsführer von den vorgenannten Verboten allgemein oder einzelfallbezogen zu befreien.

2.4.3 Ein Selbstkontrahieren zwischen Geschäftsführer und GmbH soll statutarisch nicht erlaubt werden. Alternativ kann die Satzung bestimmen, dass die Wirksamkeit eines Vertrages, der im Wege des Selbstkontrahierens des Geschäftsführers abge-

geschlossen wird, von einem zustimmenden Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung oder der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängen soll. In einer GmbH mit alleingeschäftsführendem Alleingesellschafter kann die Gestattung des Selbstkontrahierens nur in der Satzung erfolgen.

2.4.4 Die Geschäftsführer sollten Interessenkonflikte der Gesellschafterversammlung offen legen. Bei Interessenkonflikten sollte eine Verlagerung der Entscheidungen auf die Gesellschafterversammlung stattfinden oder es sollten zur Entscheidung von Interessenkonflikten im Gesellschaftsvertrag Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates festgelegt werden.

3. Aufsichtsrat

Möglich sind GmbH ohne Aufsichtsrat oder GmbH mit obligatorischem oder fakultativem Aufsichtsrat. In GmbH ohne Aufsichtsrat sollte ein solcher eingerichtet werden.

3.1 Aufgaben und Zuständigkeiten

3.1.1 Der Aufsichtsrat überwacht und berät die Geschäftsführer. Er ist an das Unternehmensinteresse gebunden und der Steigerung eines nachhaltigen Unternehmenswertes verpflichtet.

3.1.2 Der Aufsichtsrat prüft den Jahresabschluss und berichtet der Gesellschafterversammlung über das Ergebnis seiner Prüfung. Er vertritt die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern, soweit nicht die Befugnisse der Gesellschafterversammlung entgegenstehen.

3.1.3 Eine Informationsordnung des Aufsichtsrates sollte regeln, in welchem Umfang dieser zur schriftlichen Berichterstattung an die Gesellschafterversammlung verpflichtet ist und Grenzen für diese Berichterstattung aufzeigen.

3.1.4 Für bestimmte Arten von Geschäften sollten Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates durch die Satzung eingeräumt werden. Zu diesen Arten von Geschäften können solche über den Erwerb, die Veräußerung oder die Belastung von Grundstücken, die Erteilung von Prokura, die Veräußerung des gesamten Unternehmens oder wesentlicher Unternehmensteile, die Vergabe von Sicherheiten, die Aufnahme von Darlehen durch die GmbH und die Vergabe von Darlehen an Geschäftsführer, Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder gehören.

Der Aufsichtsrat hat die Pflicht, an zustimmungsbedürftigen Entscheidungen mitzuwirken.

3.2 Zusammensetzung und Vergütung

3.2.1 Der Aufsichtsrat besteht im Allgemeinen aus drei oder mehr Mitgliedern, die sich aus Gesellschafter-, Arbeitnehmer- oder weiteren Vertretern zusammensetzen können. Die Wahl erfolgt durch die Gesellschafterversammlung, soweit die Satzung oder mitbestimmungsrechtliche Vorschriften keine abweichenden Zuständigkeiten regeln. Die jeweilige GmbH sollte die Zusammensetzung und die Zuständigkeit für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder an geeigneter Stelle (z. B. auf der Homepage der GmbH) zur Kenntnis der Gesellschafter veröffentlichen.

3.2.2 Aufsichtsratsmitglieder sollten die Fähigkeit und Sachkompetenz für eine effektive Kontrolle der Geschäftsführung besitzen. Ihre Qualifikation sollte auf die Erfordernisse des jeweiligen Unternehmens zugeschnitten sein. Neue Aufsichtsratsmitglieder sollten in die bisherige Unternehmenspolitik und die aktuelle Unternehmenssituation eingeführt werden. In kapitalmarktorientierten GmbH muss mindestens ein unabhängiges Mitglied des fakultativen Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.

3.2.3 Der Aufsichtsrat sollte sich eine Geschäftsordnung geben, in der er seine innere Ordnung und den Ablauf des aufsichtsratlichen Verfahrens regelt.

3.2.4 Die Vergütung des Aufsichtsrates wird in der Satzung oder durch die Gesellschafterversammlung festgelegt. Sie trägt der Verantwortung und dem Tätigkeitsumfang der Aufsichtsratsmitglieder sowie der wirtschaftlichen Lage und dem Erfolg des Unternehmens Rechnung.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates sollen neben einer festen eine erfolgsorientierte Vergütung erhalten. Die erfolgsorientierte Vergütung sollte auch auf den langfristigen Unternehmenserfolg bezogene Bestandteile enthalten.

Die Einzelvergütung der Aufsichtsratsmitglieder sollte in einer Gesellschafterversammlung jährlich erörtert werden.

3.3 Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden und Bildung von Ausschüssen

3.3.1 Für GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat besteht die Pflicht zur Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters.

3.3.2 Der Aufsichtsratsvorsitzende koordiniert und leitet das Verfahren des Aufsichtsrates. Er ist Repräsentant des Aufsichtsrats. Seinem Zuständigkeitsbereich unterfällt die Informationsvermittlung zwischen Geschäftsführern und Aufsichtsrat. Seine Aufgaben sollen in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates aufgenommen werden.

3.3.3 Die Geschäftsführer haben den Aufsichtsratsvorsitzenden über sämtliche für die Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsrates wesentlichen Aspekte zu informieren. Dieser hat seine Kenntnisse an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weiterzugeben.

3.3.4 Der Aufsichtsrat kann Ausschüsse, z. B. Prüfungsausschüsse zur Spezialisierung auf die Rechnungslegung und Abschlussprüfung sowie Nominierungsausschüsse zur Vorbereitung der Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder, einrichten. Auch wenn eine kapitalmarktorientierte GmbH keinen Aufsichtsrat hat, kann für sie die gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses bestehen.

3.4 Interessenkonflikte

3.4.1 Um eine unabhängige Beratung und Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat zu ermöglichen, soll dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören. Ein Aufsichtsratsmitglied ist als unabhängig anzusehen, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet. Eine Unabhängigkeit ist nicht anzunehmen, wenn das Aufsichtsratsmitglied in Transaktionsbeziehungen zur GmbH steht, welche die Bagatell- und Wesentlichkeitsgrenze überschreiten.

3.4.2 Ein Geschäftsführer soll nicht ohne eine angemessene zeitliche Zäsur in das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden wechseln. Dem Aufsichtsrat sollen nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder der Geschäftsführung angehören. Aufsichtsratsmitglieder sollten keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern der GmbH ausüben. Für GmbH mit obligatorischen Aufsichtsräten gilt, dass Aufsichtsratsmitglied im Allgemeinen nicht sein kann, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist. Diese Regelung sollte auch von GmbH mit freiwilligem Aufsichtsrat angewandt werden.

3.4.3 Die GmbH sollte Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern statutarisch verbieten.

3.5 Effizienzprüfung

Der Aufsichtsrat soll in gleichmäßigen Zeitabständen die Effizienz seiner Tätigkeit überprüfen.

4. Zusammenwirken von Geschäftsführern und Aufsichtsrat

4.1 Geschäftsführung und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens eng zusammen.

4.2 Geschäftsführer und Aufsichtsrat sollten eine effektive Koordination von Informationsversorgung und -verschaffung des Aufsichtsrates anstreben. Die Geschäftsführer sollten dazu eine Informationsordnung aufstellen, in der ihre Pflichten zur Information des Aufsichtsrates geregelt sind. Die Diskussionskultur zwischen beiden Organen sollte gefördert und Diskussionsbarrieren sollten entfernt werden.

4.3 In die Beratungsgegenstände involvierte Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder und sonstige Arbeitnehmer sind zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Satzung

sollte die Inhalte und Grenzen der Verschwiegenheit genau festlegen und Organmitglieder und Arbeitnehmer zu ihrer Einhaltung vertraglich verpflichtet werden.

4.4 Die Geschäftsführer und der Aufsichtsrat sollten die Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoF)- und -überwachung (GoÜ) beachten.

4.5 Verletzen die Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder die Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Prüfers, so haften sie der Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz. Bei unternehmerischen Entscheidungen liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Mitglied der Geschäftsführung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (Business Judgment Rule). Dies gilt auch für Aufsichtsratsmitglieder, wenn diese unternehmerische Entscheidungen treffen.

4.6 Die Entlastung von Geschäftsführern und Aufsichtsrat haben Verzichtswirkung hinsichtlich der Ansprüche der Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern des entlasteten Organs.

4.7 Schließt die GmbH für Geschäftsführer und Aufsichtsrat eine D&O-Versicherung ab, so soll ein angemessener Selbstbehalt vereinbart werden. Dieser sollte mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung betragen.

4.8 Die GmbH kann auf ihrer Homepage über die Corporate Governance-Maßnahmen des Unternehmens berichten.

5. Beiräte

5.1 Freiwillig eingerichtete Beiräte treten an die Stelle oder neben einen Aufsichtsrat.

5.2 Besteht ein Beirat, so sollte die GmbH an geeigneter Stelle (z. B. auf der Homepage der GmbH) über dessen Wahl und Zusammensetzung, Aufgaben und Befugnisse in Abgrenzung zu und in Zusammenarbeit mit anderen Organen sowie die Vergütung seiner Mitglieder aufklären.

6. Transparenz

6.1 Die GmbH wird die Gesellschafter bei der Informationsversorgung gleich behandeln. Sie soll ihnen unverzüglich sämtliche neuen Tatsachen, die Finanzanalysten und vergleichbaren Adressaten mitgeteilt worden sind, zur Verfügung stellen.

6.2 Als Informationsmedium der GmbH kann das Internet dienen. Eine Information der Anleger kann per E-Mail oder durch Bereitstellung auf der u. U. passwortgeschützten Homepage der GmbH geschehen. In GmbH mit ausländischen Gesell-

schaftern oder Gläubigern können Veröffentlichungen auch in anderer, z. B. englischer Sprache erfolgen.

7. Rechnungslegung und Abschlussprüfung

7.1 Rechnungslegung

7.1.1 Die Geschäftsführer haben die Pflicht für den Schluss eines jeden Jahres, einen Jahresabschluss aufzustellen. Mittelgroße und große GmbH müssen darüber hinaus einen Lagebericht aufstellen. Für GmbH mit einem oder mehreren Tochterunternehmen kann zudem die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses bestehen.

7.1.2 Nach Aufstellung des Jahresabschlusses und eines eventuellen Lageberichts oder Konzernabschlusses sollten diese den Gesellschaftern zugänglich gemacht werden. Dies kann durch die Übermittlung per E-Mail oder durch passwortgeschützte Systeme auf der Homepage geschehen.

7.1.3 Die GmbH sollte ihre Beteiligungen von nicht untergeordneter Bedeutung, die sie an anderen Unternehmen hält, offen legen.

7.2 Abschlussprüfung

7.2.1 Mittlere und große GmbH trifft die Pflicht zu einer Abschlussprüfung. Andere GmbH können eine Abschlussprüfung freiwillig durchführen.

7.2.2 Besteht ein Aufsichtsrat, so soll dieser das Vorschlagsrecht für die Wahl des Abschlussprüfers haben. Bei Vorliegen eines Prüfungsausschusses, sollte der Aufsichtsrat an dessen Empfehlung hinsichtlich des Abschlussprüfers gebunden sein. Liegt die Kompetenz des Vorschlags bei einem anderen Organ, so sollte dem Aufsichtsrat oder seinem Prüfungsausschuss ein Zustimmungsvorbehalt für die Wahl des Abschlussprüfers eingeräumt werden. Wahl und Bestellung des Abschlussprüfers erfolgen grundsätzlich durch die Gesellschafterversammlung. Diese ist auch für die Erteilung des Prüfungsauftrages zuständig. Besteht jedoch ein fakultativer oder obligatorischer Aufsichtsrat, so fällt die Erteilung des Prüfungsauftrages in seine Zuständigkeit.

7.2.3 Vor Unterbreitung des Wahlvorschlags soll der Aufsichtsrat bzw. der Prüfungsausschuss eine Erklärung des vorgesehenen Prüfers einholen, ob und gegebenenfalls welche geschäftlichen, finanziellen, persönlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und der GmbH und ihren Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können. Die Erklärung soll sich auch darauf erstrecken, in welchem Umfang im vorausgegangenen Geschäftsjahr andere Leistungen für die GmbH, insbesondere auf dem Beratungssektor, erbracht wurden bzw. für das folgende Jahr vertraglich vereinbart sind. Besteht kein Aufsichtsrat, so soll die Erklärung durch die Gesellschafterversammlung eingeholt werden.

7.2.4 Der Abschlussprüfer soll vertraglich verpflichtet werden, den Aufsichtsrat bzw. den Prüfungsausschuss bzw. im Falle ihres Fehlens die Geschäftsführung über während der Prüfung auftretende mögliche Ausschluss- oder Befangenheitsgründe unverzüglich zu unterrichten, soweit diese nicht unverzüglich beseitigt werden.

7.2.5 Des Weiteren soll der Abschlussprüfer vertraglich verpflichtet werden, über alle für die Aufgaben des Aufsichtsrats wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse unverzüglich an diesen zu berichten.

8. Vorschriften zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger

8.1 Insolvenzvermeidung

8.1.1 Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. Findet eine Auszahlung dennoch statt, so ist diese zurückzuerstatten. Ersatzweise tritt eine Haftung der übrigen Gesellschafter gegenüber der GmbH ein. Zudem entstehen Schadensersatzansprüche gegenüber den Geschäftsführern.

8.1.2 Über sämtliche Vermögensverschiebungen der Gesellschaft ist ordnungsgemäß Buch zu führen. Dies umfasst Vermögensverschiebungen zugunsten von Gesellschaftern und Gesellschaftsorganen sowie diesen nahestehenden Personen.

8.1.3 Vor jeder Auszahlung an die Gesellschafter soll eine Prognoserechnung stattfinden, in dieser sind die geschätzten Überschüsse und die fälligen Verbindlichkeiten und Investitionen für einen künftigen Zeitraum von 12 Monaten gegenüberzustellen und zu ermitteln, ob der Gesellschaft trotz Auszahlung ausreichende Mittel zur Fortführung ihrer Geschäfte zur Verfügung stehen (Solvenztest). Vor der Entscheidung über die Auszahlung sollen die Geschäftsführer eine Solvenzerklärung darüber abgeben, ob das Ergebnis des Solvenztests Ausschüttungen in vorgesehener Höhe erlaubt.

8.1.4 Die GmbH sollte solange eine Rücklage in Höhe von mindestens 10 Prozent ihres Jahresüberschusses nach Abzug des Verlustvortrags aus dem Vorjahr bilden, bis diese Rücklage mindestens 50.000 € beträgt. Auszahlungen an die Gesellschafter sollten nicht aus der Rücklage erfolgen und die Höhe der bereits gebildeten Rücklage im Rahmen des Solvenztests bei Auszahlungen an die Gesellschafter Berücksichtigung finden.

8.1.5 Die GmbH sollte auf ihr zustehende Forderungen nicht verzichten. Findet ein Verzicht dennoch statt, so hat der Geschäftsführer zuvor einen Solvenztest durchzuführen und eine Solvenzerklärung abzugeben.

8.2 In Insolvenznähe

8.2.1 Die Geschäftsführer sollen geeignete Maßnahmen treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einrichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.

8.2.2 Bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH haben die Geschäftsführer unverzüglich einen Insolvenzantrag zu stellen. Im Falle der Führungslosigkeit der GmbH trifft diese Pflicht die Gesellschafter der GmbH, es sei denn, sie hatten von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

8.2.3 Die vertretungsberechtigten Personen der GmbH können den Insolvenzantrag für die GmbH bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit stellen.

8.3 Haftung der Geschäftsführer oder Gesellschafter im Falle der Insolvenz

8.3.1 Die Geschäftsführer haften der GmbH für Zahlungen, die im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH erfolgen. Gleiches gilt, wenn eine Zahlung an Gesellschafter zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen musste. GmbH und Geschäftsführer können eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Nachweises der Kausalität zwischen der Zahlung an den Gesellschafter und der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu Lasten der Geschäftsführer vereinbaren. Die Geschäftsführer können sich entlasten, wenn sie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Vornahme der Zahlungen beweisen.

8.3.2 Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages und zur Haftung bei Zahlungen im Falle der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder bei Zahlungen an die Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten, trifft auch diejenigen Personen, die Geschäftsführerkompetenzen ausüben, ohne zum Geschäftsführer bestellt zu sein (faktischer Geschäftsführer).

8.4 Insolvenzkosten-Pflichtversicherung und Forderungsausfall-Versicherung

8.4.1 Sobald gesetzlich eine Insolvenzkosten-Pflichtversicherung eingeführt wird, hat die GmbH eine solche abzuschließen.

8.4.2 Wird für die GmbH eine Forderungsausfall-Versicherung für den Insolvenzfall angeboten, so sollte sie eine solche abschließen.

§ 7 DIE FREIWILLIGE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG DER GMBH

Nach § 161 AktG n. F. sind börsennotierte Gesellschaften und Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden, zu einer Erklärung verpflichtet, in der sie darlegen müssen, dass sie den im DCGK enthaltenen Empfehlungen¹ entsprochen haben und werden oder und welche sie nicht angewandt haben oder werden und warum nicht. Mangels Handelbarkeit ihrer Anteile besteht für die GmbH keine Erklärungspflicht i. S. d. § 161 AktG.²

Herausgestellt sei an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des § 161 AktG davon ausging, dass die Kodexbestimmungen des DCGK „*unverbindliche Verhaltensempfehlungen*“³ sind. Auch eine Umsetzungspflicht folgt daher aus dem Kodex nicht. Sie beruht bei solchen Kodexregelungen, welche die Rechtslage widerspiegeln, ausschließlich auf dem Gesetz. Da der GmbH-Kodex keine Rechtswirkung entfaltet, ergibt sich für ihn nicht anders. Trotz der fehlenden Umsetzungspflicht, ist es der GmbH möglich, freiwillige Entsprechenserklärungen abzugeben⁴. Möglich sind Entsprechenserklärungen mit Bezug auf den DCGK, auf den oben entwickelten GmbH-Kodex oder auf andere Corporate Governance-Kodizes⁵.

Die Abgabe einer Entsprechenserklärung kann GmbH jedoch nur empfohlen werden, wenn ihre Vorteile ihre Nachteile überwiegen. Im Folgenden sollen daher die Vor- und Nachteile einer freiwilligen Entsprechenserklärung untersucht werden.

A. Vorteile einer freiwilligen Entsprechenserklärung für die GmbH

Fraglich ist, ob die Abgabe einer Erklärung für die GmbH überhaupt sinnvoll ist. Erklärtes Ziel der Entsprechenserklärung zum DCGK ist der Schutz der Kapitalmarktteilnehmer, denn nach der Regierungsbegründung zu § 161 AktG soll durch die Entsprechenserklärung „*den Kapitalmarktteilnehmern die Information zur Verfügung gestellt werden, ob sich das Unternehmen, das den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, an die Verhaltensstandards des Kodex zu Unternehmensleitung und -kontrolle hält, bzw. wenn es hiervon abweicht, wie diese Abweichung aussieht.*“⁶ Diese Intention lässt sich auf die GmbH übertragen.

¹ Eine Aufstellung der Empfehlungen findet sich bei *Semler* in: MüKo AktG § 161 Rdn. 530; sowie in *Pfitzer/Oser/Wader*, DB 2002, 1120, 1122 f.

² Siehe oben S. 96 f.

³ RegBegr. BT-Drucks. 14/8769 S. 21; Siehe oben S. 96 f.

⁴ Siehe oben S. 99.

⁵ Zum GmbH-Kodex siehe oben S. 151 ff.; 201ff., sowie zu weiteren Kodizes oben S. 151 ff.

⁶ RegBegr. BT-Drucks. 14/8769 S. 21.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

Insbesondere bei Abgabe einer Entsprechenserklärung zum DCGK ist anzunehmen, dass GmbH-Gesellschafter ein besonders hohes Interesse an der Einhaltung der Kodexregelungen haben, wenn es sich um eine Publikums-GmbH handelt. Das Informationsinteresse der Gesellschafter beruht vor allem auf ihren regelmäßig geringeren Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung im Vergleich zu den Gesellschaftern einer personalistisch-strukturierten GmbH. Dieses Interesse kann sogar stärker als bei der AG ausgeprägt sein, da das Verlustrisiko an einer GmbH-Beteiligung i. d. R. aufgrund ihrer mangelnden Fungibilität und ihrer stärkeren Insolvenzanfälligkeit höher als bei der AG ist⁷.

Aber auch Gesellschafter, deren GmbH mit der freiwilligen Entsprechenserklärung Stellung zur Einhaltung des GmbH-Kodexes nehmen, können sich durch die Entsprechenserklärung auf einfachem Wege über die Einhaltung dieses Verhaltenskodexes informieren. Zwar gilt auch in letzterem Falle, dass Gesellschafter bei Publikums-GmbH, ein höheres Interesse an einer Entsprechenserklärung als Informationsquelle haben, da diese regelmäßig nicht in gleichem Maße wie bei GmbH mit kleinem Gesellschafterkreis über die Geschäftspraktiken des Unternehmens im Bilde sind.

Dem Informationsinteresse der GmbH-Gesellschafter wird zwar bereits durch ihr jederzeitiges unverzügliches Auskunftsrecht gegenüber den Geschäftsführern gemäß § 51a GmbHG Rechnung getragen. Demgegenüber können Aktionäre *zum einen* lediglich in der Hauptversammlung durch den Vorstand Auskunft über Gesellschaftsangelegenheiten gemäß § 131 AktG verlangen, soweit diese zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. *Zum anderen* können sie die Zusendung der Abschriften bestimmter Berichte einfordern. Die Entsprechenserklärung soll diese Ansprüche freilich nicht ersetzen, sondern nur ergänzen und zur Befriedigung des Informationsverlangens beitragen, indem sie zu wichtigen Fragen der Unternehmensführung Stellung nimmt und systematisch und prägnant über die Einhaltung und Nichteinhaltung der Empfehlungen des entsprechenden Kodexes Auskunft gibt. Regelmäßig lassen sich selbst Hintergrundinformationen wie die Gründe für eine Nichtumsetzung von Kodexempfehlungen aus der Entsprechenserklärung gewinnen. Allein zu den Anregungen werden keine Begründungen für Umsetzung oder Nichtumsetzung abgegeben. Letztere Informationen müssten im Wege einer Auskunft ermittelt werden. Die Entsprechenserklärung hat folglich gegenüber dem Auskunftsanspruch den Vorteil, gezielt über für die Unternehmensführung relevante Aspekte Auskunft zu geben und einen breiten Themenkatalog abzudecken.

Aber nicht nur für die Gesellschafter bietet die Entsprechenserklärung ein Mittel zur Informationsgewinnung über die Corporate Governance des Unternehmens. Auch andere Stakeholdergruppen wie Kreditgeber, weitere Anleger, Kunden, Mitarbeiter und die Öffentlichkeit können sich durch die Entsprechenserklärung Aufklärung verschaffen.

Für Unternehmen, die mit der Umsetzung von Corporate Governance-Kodizes werben möchten, ist es somit sinnvoll eine Entsprechenserklärung abzugeben, weil sie der Öffentlichkeit deren Beachtung durch Konzentration auf das Wesentliche bekannt macht. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die meisten Ziele von Corporate Governance – wie etwa

⁷ Siehe oben S. 47 ff., 49 ff.

Stärkung des Anleger- und Gläubigervertrauens, Transparenz und Kontrolle, Reputationsgewinn⁸ – nur erreicht werden können, wenn die Corporate Governance des Unternehmens publik gemacht wird. Die Entsprechenserklärung ist hierfür ein geeignetes Mittel.

B. Nachteile einer freiwilligen Abgabe der Entsprechenserklärung

Zugleich stellt sich jedoch die Frage, welche Nachteile aus einer freiwilligen Entsprechenserklärung erwachsen können.

Ein Nachteil besteht zunächst darin, dass die Erstellung einer Entsprechenserklärung zeit- und kostenintensiv ist. Dieses Problem wird hinsichtlich des DCGK dadurch verstärkt, dass seine Umsetzung und folglich auch die Abgabe der Entsprechenserklärung für die GmbH hinsichtlich vieler Kodexregelungen schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist. Die Abgabe einer Entsprechenserklärung wäre zudem aufgrund eines hohen Nichtumsetzungsgrades nicht werbewirksam. Dies gilt umso mehr, je personalistischer die GmbH strukturiert ist. Weit weniger Schwierigkeiten treten demgegenüber bei der Abgabe einer Entsprechenserklärung zum GmbH-Kodex auf, da dieser individuell auf die GmbH zugeschnitten ist und somit i. d. R. keine Umsetzungsschwierigkeiten bereitet.

Eine GmbH, die die freiwillige Abgabe einer Entsprechenserklärung erwägt, muss neben diesen offensichtlichen Nachteilen zwei weitere Kernprobleme berücksichtigen: Dies ist vor allem die Frage, ob sich aus ihr weitere gesetzliche Pflichten insb. aus handelsrechtlichen Vorschriften ergeben und des Weiteren die Frage, ob die fehlerhafte Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung zu einer Haftung der GmbH führen kann⁹. Diese beiden Problemkreise werden in der Folge näher betrachtet.

I. Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften

Gemäß § 285 Nr. 16 HGB n. F. gehört zu den Pflichtangaben im Anhang der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung, dass die nach § 161 AktG vorgeschriebene Erklärung abgegeben und wo sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist. Dies gilt gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB n. F. ebenfalls für jedes in den Konzernabschluss einbezogene Unternehmen. Zudem ist der Jahresabschluss und folglich die Entsprechenserklärung gemäß § 325 Abs. 1 HGB zum Handelsregister des Sitzes der Kapitalgesellschaft einzureichen und es ist unverzüglich durch die gesetzlichen Vertreter im Bundesanzeiger bekannt zu machen, bei welchem Handelsregister und unter welcher Nummer diese Unterlagen bekannt gemacht worden sind.¹⁰ Die vorgenannten Pflichtangaben gelten jedoch nur für Gesellschaften, die von § 161 AktG n. F. erfasst werden. GmbH haben diese Angaben auch dann nicht zu machen, wenn sie freiwillig eine Entsprechenserklärung zum DCGK abgeben.

⁸ Siehe oben S. 26 ff.

⁹ So titelte die FAZ am 22.02.2002, S. 22 „*Verhaltenskodex bringt unglaubliche Haftungsrisiken*“, am 23.02.2002 S. 14 „*Keine Haftung für neuen Kodex*“ und am 09.03.2002 S. 21 „*Der Verhaltenskodex wird die Haftung verschärfen*“.

¹⁰ Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 98, Rdn. 3.54; *Ulmer*, ZHR (166) 2002, 150, 157.

II. Haftungsfragen

In Bezug auf die freiwillige Entsprechenserklärung sind vor allem drei Arten von Pflichtverletzungen denkbar: Dies sind *erstens* die inhaltlich unrichtige Veröffentlichung einer vergangenheitsbezogenen Entsprechenserklärung¹¹, *zweitens* die unterlassene Aktualisierung einer unrichtig gewordenen Entsprechenserklärung und *drittens* die unterlassene Aktualisierung einer zukunftsorientierten Entsprechenserklärung, wenn deren Einhaltung nicht mehr in der angegebenen Art und Weise beabsichtigt ist.¹² Unrichtig ist eine Entsprechenserklärung stets dann, wenn sie nicht mit den Tatsachen übereinstimmt.

Entscheidungsrelevant für die Beantwortung der Frage, ob eine freiwillige Entsprechenserklärung abgegeben werden soll, ist *zum einen* die Frage, inwieweit die Gesellschaft selbst Haftungsrisiken durch die Abgabe fehlerhafter Entsprechenserklärungen ausgesetzt ist. *Zum anderen* stellt sich die Frage einer Haftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft in Form einer Binnenhaftung¹³ und der Haftung der Organmitglieder gegenüber Dritten (z. B. gegenüber den Gesellschaftern) in Form einer Außenhaftung.¹⁴ Als Haftungstatbestände kommen *zunächst* solche aus Prospekthaftung in Betracht, wobei jedoch berücksichtigt werden muss, dass die Prospekthaftung zum Schutze von Anlegern entwickelt wurde. In Bezug auf die GmbH bedeutet dies, dass Geschädigte allein diejenigen sein können, die eine Beteiligung an einer GmbH erworben haben, nachdem die Gesellschaft eine fehlerhafte Entsprechenserklärung abgegeben hat. Nicht von der Prospekthaftung geschützt werden die übrigen stakeholder wie etwa Kreditgeber, Kunden, Lieferanten und Arbeitnehmer, selbst wenn deren Investitionsentscheidung durch die fehlerhafte Entsprechenserklärung beeinflusst wurde. Aus diesem Grund und um eine umfassende Prüfung möglicher Anspruchsgrundlagen vorzunehmen, sind auch andere Haftungstatbestände als solche aus Prospekthaftung in die Untersuchung einzubeziehen sind.

1. Prospekthaftung

Die Grundsätze der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung können als *lex generalis* nur herangezogen werden, wenn die spezialgesetzlichen Prospekthaftungsregelungen nicht einschlägig sind.¹⁵

a) Investmentrechtliche Prospekthaftung gemäß § 127 InvG

Eine Prospekthaftung nach § 127 InvG kommt für die GmbH nicht in Betracht, da sie i. d. R. keine Kapitalanlagegesellschaft i. S. d. § 6 Abs. 1 InvG ist und somit nicht unter den An-

¹¹ S. auch zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses bei fehlerhafter Entsprechenserklärung LG Krefeld, ZIP 2007, 730 ff.; s. a. OLG München, ZIP 2008, 742 ff.; sowie *Vetter*, NZG 2008, 121 ff.

¹² *Semler* in: MüKo AktG § 161 Rdn. 187; s. a. *Vetter*, der erläutert, wie die Berichtigung einer Entsprechenserklärung zu erfolgen hat, s. NZG 2008, 121, 122 f.

¹³ S. hierzu *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 10 ff.

¹⁴ S. *Semler* in: MüKo AktG § 161 Rdn. 187; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353 ff.; *Seibt*, AG 2002, 249, 254 ff.; *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1575 ff.; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 562 ff.; *Seibert*, BB 2002, 581, 584.

¹⁵ *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 134; *Lutter*, FS Druey, S. 474.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

wendungsbereich der Norm fällt. Die GmbH ist ausschließlich dann Kapitalanlagegesellschaft, wenn sie als Kreditinstitut Sondervermögen verwaltet oder u. a. bestimmte Dienstleistungen erbringt.

b) Prospekthaftung gemäß § 44 BörsG

Das Risiko einer Prospekthaftung für die fehlerhafte Abgabe einer Entsprechenserklärung wegen unrichtigen Börsenprospekts gemäß § 44 BörsG ist für die GmbH ebenfalls sehr gering. Da ihre Anteile nicht zum Handel an der Börse geeignet sind¹⁶ und von ihr emittierte Wertpapiere i. d. R. nicht am regulierten Markt¹⁷ gehandelt werden, mangelt es hierfür bereits an der Pflicht zur Veröffentlichung eines Börsenprospektes.

c) Haftung bei fehlerhaftem Verkaufsprospekt gemäß § 13 VerkprospG

Durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz wurde die Prospektpflicht für den nicht organisierten, sog. grauen Kapitalmarkt, für nicht in Wertpapieren verbriefte Kapitalanlagen in § 8f VerkprospG mit Wirkung zum 01.07.2005 eingeführt. Die §§ 13 und 13a VerkprospG enthalten seitdem neue Haftungstatbestände für fehlerhafte bzw. fehlende Prospekte¹⁸ und haben weite Teile der zuvor anwendbaren richterrechtlich entwickelten bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung¹⁹ ersetzt.²⁰

Von dem *Prospektbegriff* des § 13 VerkprospG werden nur solche vom Anbieter ausgestellten Schriftstücke erfasst, die der Erfüllung der Verpflichtungen des VerkprospG dienen.²¹ Zu weit geht hingegen die von *Kind*²² vorgenommene Auslegung, wonach das Vorliegen eines Prospektes bereits dann bejaht wird, wenn es sich um irgendeine schriftliche Information des Anbieters eines Wertpapiers oder einer sonstigen Vermögensanlage handelt, durch die dieser den Anleger umfassend informiert. Zu eng ist der von *Assmann*²³ vertretene Prospektbegriff,

¹⁶ Siehe oben S. 49 f.; siehe auch S. 94 f.

¹⁷ Zum Begriff des regulierten Marktes und zu der Frage, ob GmbH Wertpapiere am regulierten Markt emittieren können siehe oben S. 22 ff.

¹⁸ BGBl. I v. 29.10.2004 S. 2630, 2649; vgl. *Benecke*, BB 2006, 2597 ff., 2598; *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664 ff. *Schäfer*, ZGR 2006, 40, 71 ff; *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 519 ff.; *Heisterhagen*, DStR 2006, 759 ff.; *Ziegler*, DStR 2005, 30 ff; *Madaus*, Jura 2006, 881 ff.

¹⁹ Siehe unten S. 222 ff.

²⁰ *Benecke*, BB 2006, 2597, 2598; *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664, 1665; *Heisterhagen*, DStR 2006, 759 f.

²¹ *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 13 VerkProspG Rdn. 5; vgl. *Kuntz*, WM 2007, 432, 439.

²² *Kind* in: *Arndt/ Voß VerkProspG § 13 Rdn. 12*, der einen Verkaufsprospekt i. S. d. § 13 VerkprospG auch dann annimmt, wenn ein Prospekt nicht gesetzlich zwingend zu erstellen war oder wenn einer der Befreiungstatbestände des § 8f Abs. 2 VerkprospG eingreift, also freiwillig erstellt wurde. Eine solche Auslegung höhlt jedoch die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 VerkprospG und dehnt den Haftungstatbestand unzulässigerweise aus. Stattdessen ist in diesen Fällen die richterrechtlich entwickelte bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung anzuwenden.

²³ *Assmann/ Lenz/ Ritz VerkProspG § 13 Rdn. 9*, der nur diejenigen Prospekte als Verkaufsprospekte ansehen will, deren „*Veröffentlichung das BAWe gem. § 8a gestattet hat*“; *ders./ Schütz*, Kapitalanlagerecht § 7 Rdn. 53.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

der nur solche Prospekte erfasst, die von der Aufsichtsbehörde gebilligt wurden. Eine Pflicht zur Haftung entsteht somit nur für *prospektpflichtige* Wertpapiere und Vermögensanlagen i. S. d. § 13 Abs. 1 VerkprospG. Dies sind Wertpapiere, die nicht an einer inländischen Börse zugelassen sind²⁴ und für Vermögensanlagen i. S. d. § 8f Abs. 1 VerkprospG. Keine Prospektspflicht besteht gemäß § 8f Abs. 1 VerkprospG für nicht in Wertpapieren i. S. d. WpPG verbrieft Anteile, die eine Ergebnisbeteiligung gewähren, Treuhandvermögen und Anteile an geschlossenen Fonds sowie Namensschuldverschreibungen.²⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen von der Prospektspflicht auch GmbH-Beteiligungen einschließlich stiller Beteiligungen erfasst werden, während partiarische Darlehen nicht dem Anwendungsbereich des § 8f Abs. 1 VerkprospG unterfallen.²⁶ Ausgenommen sind hingegen Wertpapiere, die an einem Markt gehandelt werden können, insb. Aktien, Schuldtitel und andere Wertpapiere i. S. d. § 2 Nr. 1 a) - c) WpPG. Einen weiteren für die GmbH wichtigen Ausnahmetatbestand enthält § 8f Abs. 2 Nr. 3 VerkprospG. Danach besteht keine Prospektspflicht, wenn von derselben Vermögensanlage höchstens 20 Anteile angeboten werden, der Verkaufspreis der Anteile insgesamt 100.000 € nicht übersteigt oder der Preis des angebotenen Anteils mindestens 200.000 € je Anleger beträgt.²⁷ Besteht keine Prospektspflicht oder greift einer der Befreiungstatbestände des § 8f Abs. 2 VerkprospG ein, so findet § 13 VerkprospG nach hier vertretener Ansicht keine Anwendung, wenn ein Prospekt freiwillig erstellt wurde. Vielmehr greift in diesen Fällen die bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung ein, nach der ein weiterer Prospektbegriff vertreten wird^{28 29}.

Gemäß § 8g Abs. 1 S. 1 VerkprospG hat ein Verkaufsprospekt alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben zu enthalten, die notwendig sind, um dem Publikum eine zutreffende Beurteilung des Emittenten und des Wertpapiers bzw. der Vermögensanlagen zu ermöglichen. Prospektinhalt kann auch die freiwillige Entsprechenserklärung sein. Diese gehört zwar nicht zu den Pflichtangaben;³⁰ aus § 2 Abs. 1 S. 2 VermVerkprospV³¹ ergibt sich jedoch, dass die in der Verordnung vorgeschriebenen Angaben lediglich Mindestangaben sind. Dem Emitten-

²⁴ Der Wortlaut der Norm bedarf jedoch einer teleologisch Reduktion: Die Norm ist auch auf solche Prospekte anzuwenden, die im Inland zum Börsenhandel zugelassen sind, für die aber nach dem WpPG keine Prospektspflicht besteht, da ansonsten eine Schutzlücke entstehen würde, so auch *Kind* in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 11.

²⁵ S. a. *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 760; *Kiethe*, MDR 2006, 843, 846.

²⁶ BT-Drucks. 15/3174, S. 42; s. a. *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 523; s. a. *Ziegler*, DStR 2005, 30, 31, der ausdrücklich darauf hinweist, dass Beteiligungen an PublikumsKG, an GbR und stille Gesellschaften an diesen, sowie mittelbare Beteiligungen, sofern ein Unternehmen Treuhänder ist, erfasst werden.

²⁷ Zu den Gründen dieser Ausnahme s. BT-Drucks. 15/3174, S. 42.

²⁸ Siehe näher unten S. 225.

²⁹ *Kind* in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 12.

³⁰ Zu den Prospektinhalten s. § 8g Abs. 1 VerkprospG. Hierzu gehören insb. Angaben, die dem Publikum eine zutreffende Beurteilung der Vermögensanlage ermöglichen, s. *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 760.

³¹ Verordnung über Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte (Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung) vom 16.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3464 ff. Ermächtigungsgrundlage für diese Verordnung ist § 8g Abs. 2 und 3 VerkprospG.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

ten ist es daher möglich, über den obligatorischen Inhalt hinaus freiwillige Angaben in den Prospekt aufzunehmen.

Anspruchsvoraussetzung ist des Weiteren, dass *wesentliche Angaben* in dem Prospekt *unrichtig oder unvollständig* abgegeben wurden.³² Hierbei handelt es sich um eine Voraussetzung, der besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte, da sie auch für weitere Haftungstatbestände relevant ist. Nach den Prospekthaftungsgrundsätzen des BGH ist es die Aufgabe eines Prospektes über ein Beteiligungsangebot, „... *den Anleger über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten. ... Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit ist nicht anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, das er von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt...*“³³ Dabei obliegt es dem Interessenten den Prospekt sorgfältig und eingehend zu lesen. Es kommt also für die Entsprechenserklärung nicht darauf an, ob eine einzelne Angabe falsch ist, sondern ob diese einzeln oder im Zusammenhang mit anderen Angaben geeignet ist, das Gesamtbild der Gesellschaft für einen sorgfältig vorgehenden Anleger unrichtig darzustellen.

Eine *Unrichtigkeit* des Prospektes wird man daher regelmäßig bei einer einzigen falschen Erklärung zu einer Kodexregelung ablehnen. Insbesondere wenn die Entsprechenserklärung jedoch überwiegend und zu besonders wichtigen Aspekten fehlerhaft ist, wird auch das Gesamtbild des Prospektes betroffen sein.

Für eine *Unvollständigkeit* des Prospektes ist es erforderlich, dass für die Anlageentscheidung eines durchschnittlichen Anlegers erhebliche Angaben fehlen.³⁴ Zwar wird angenommen, dass eine Unvollständigkeit selbst dann angenommen werden kann, wenn der Prospekt alle nach der VermVerkprospV vorgeschriebenen Angaben enthält.³⁵ Dennoch wird man bei Fehlen einer Entsprechenserklärung nicht von einer Unvollständigkeit ausgehen können. Dies gründet darauf, dass die Abgabe einer Entsprechenserklärung für die GmbH stets freiwillig ist³⁶ und durch eine andere Auslegung eine Pflicht zu ihrer Abgabe für prospektpflichtige GmbH i. S. d. § 13 VerkprospG durch die Hintertür eingeführt würde. Eine Unvollständigkeit hinsichtlich einzelner Kodexregelungen ist bei Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung daher kaum denkbar. Eine Entsprechenserklärung enthält u. a. die Aussage, ob die Kodexempfehlungen umgesetzt und welche von ihnen nicht beachtet wurden. Gibt eine GmbH etwa fälschlicherweise an, sie habe sämtliche Kodexempfehlungen umgesetzt, so wird man eher von einer Unrichtigkeit als von einer Unvollständigkeit des Prospektes ausgehen können. Ebenso ist bei der Erklärung zu entscheiden, sämtliche Kodexempfehlungen bis auf die genannten – die jedoch nicht vollständig aufgelistet sind – seien umgesetzt worden.

³² Benecke, BB 2006, 2597, 2599.

³³ Vgl. BGH, WM 1982, 862 = NJW 1982, 2823, 2824; BGH, WM 2007, 1503, 1504; OLG München, WM 2008, 22, 24.

³⁴ Kind in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 21; BGHZ 145, 121, 125.

³⁵ Kind in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 22.

³⁶ Siehe oben S. 215.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

Hinsichtlich der unrichtigen oder unvollständigen Angaben setzt § 13 Abs. 1 VerkprospG darüber hinaus voraus, dass es sich bei diesen um *wesentliche* handelt. Dies sind nur solche Angaben, die objektiv zu den wertbildenden Faktoren einer Anlage zählen und die ein durchschnittlicher und verständiger Anleger bei seiner Anlageentscheidung voraussichtlich berücksichtigen würde.³⁷ Der BGH nahm das Merkmal der Wesentlichkeit bislang insb. dann an, wenn es sich um Angaben handelte, welche die Wirtschaftlichkeit der Anlage oder die Haftungsverhältnisse unrichtig oder unvollständig widerspiegelten.³⁸ Da eine Entsprechenserklärung zum DCGK oder zum GmbH-Kodex keine Auskunft über die Wirtschaftlichkeit der Anlage und über die Haftungsverhältnisse gibt, ist das Wesentlichkeitskriterium bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung für die Beurteilung des Prospektes zu verneinen. Auch hat die Entsprechenserklärung regelmäßig keinen Einfluss auf die Anlageentscheidung, was sich darin widerspiegelt, dass sich selbst bei der obligatorischen Entsprechenserklärung keine Kursrelevanz der Abgabe der Entsprechenserklärung erkennen lässt.^{39, 40} Dies gilt umso mehr für die GmbH, als sich die Abgabe einer Entsprechenserklärung zum DCGK bei ihr in der Praxis noch nicht etabliert hat und Anleger der Entsprechenserklärung regelmäßig keine Aufmerksamkeit schenken. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich die Entsprechenserklärung künftig als wichtige Informationsquelle für die Anlageentscheidung bei AG und GmbH etablieren und diese dann als wesentliche Angabe i. S. d. § 13 Abs. 1 VerkprospG einzuordnen sein wird.

Derzeit besteht für die GmbH kein Risiko einer Prospekthaftung gemäß § 13 Abs. 1 VerkprospG bei Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung.

d) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung i. w. S. und i. e. S.

Ist der Anwendungsbereich spezialgesetzlicher Haftungstatbestände nicht eröffnet, so kommt statt dessen eine Haftung aufgrund der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung in Betracht.⁴¹ Es ist zwischen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung i. w. S. und i. e. S.⁴² zu unterscheiden. Bei ersterer haften diejenigen Personen für fehlerhafte oder unvollständige Prospektangaben, die im Zusammenhang mit der Anlageentscheidung besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben. Die Prospekthaftung i. w. S. wurde durch die

³⁷ *Kind* in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 18; *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 87.

³⁸ *Kind* in: Arndt/Voß VerkProspG § 13 Rdn. 20; *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 75 mit zahlr. Beispielen aus der Rechtsprechung; so wird der Aspekt der Corporate Governance in den IDW Grundsätzen ordnungsgemäßer Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen (NZG 2001, 709 ff.) nicht erwähnt.

³⁹ Siehe oben S. 40 ff.

⁴⁰ S. a. *Kuthe/ Geiser*, NZG 2008, 172, 175 m. w. Nw. in Fn. 22.

⁴¹ OLG Bremen, AG 1997, 420, 421; OLG Frankfurt, WM 1997, 361, 363; *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664, 1665; *Benecke*, BB 2006, 2597, 2600.

⁴² *Lutter*, FS Druey, S. 473 ff.; *Seibt*, AG 2002, 249, 256 f.; *Ettinger/ Grützdiel*, AG 2003, 353, 357 f.; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1580 f.; *Seibert*, BB 2002, 581, 584; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 565; *Haertlein*, ZIP 2008, 726, 727.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

Einführung des Haftungstatbestandes in § 13 VerkprospG nicht berührt.⁴³ Die zivilrechtliche Prospekthaftung i. e. S. knüpft demgegenüber an das typisierte Vertrauen des Anlegers in die Richtigkeit und Vollständigkeit des Emittenten, seiner Organe und sonstiger Hinterleute an, so dass es nicht auf einen persönlichen Kontakt zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner ankommt.⁴⁴

aa) Prospekthaftung i. w. S.⁴⁵ gemäß §§ 280, 311 i. V. m. § 31 analog BGB (auch sog. un-
eigentliche Prospekthaftung)⁴⁶

Anspruchsgegner einer Prospekthaftung i. w. S. gemäß §§ 280, 311 i. V. m. § 31 BGB analog kann *zum einen* die Gesellschaft selbst sein. Anspruchsgegner können darüber hinaus auch Dritte i. S. d. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB sein.⁴⁷ Als solche kommen insb. Anlagevermittler, -berater und Kreditinstitute in Betracht, die den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken und die Gewähr für die Richtigkeit der Prospektangaben bieten.⁴⁸ Allerdings ist in diesen Fällen häufig bereits eine Haftung aus deren Beratungs- und Auskunftsvertrag gegeben, die gegenüber den Ansprüchen aus Prospekthaftung i. w. S. vorrangig ist.⁴⁹ Dritte können ferner werbende Gesellschafter sein.⁵⁰

Einigkeit besteht darin, dass die Abgabe der fehlerhaften Entsprechenserklärung allein nicht zu einer c. i. c. führen kann, da es sich bei ihr um eine Wissens- nicht aber um eine Willenserklärung handelt.⁵¹ Möglich wäre es jedoch, dass die fehlerhafte Entsprechenserklärung im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss zwischen der Gesellschaft und einem Dritten zu einem Schaden geführt hat. Dies wird man jedoch regelmäßig ausschließen können, da Anleger Entsprechenserklärungen keine wesentliche Bedeutung⁵² und ihre Anlageentscheidung daher nicht auf die Entsprechenserklärung stützen.

Anders könnte dies jedoch bei anderen Gläubigergruppen sein. Bei der Kreditvergabe durch Banken fließen bspw. verschiedene Kriterien in die Investitionsentscheidung ein. Wichtig-

⁴³ BT-Drucks. 15/3174 S. 44; *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 761.

⁴⁴ BGH NZG 2007, 660; *Ziegler*, DStR 2005, 30, 33; *Kieth*, MDR 2006, 843, 844, 846.

⁴⁵ *Ziegler*, DStR 2005, 30, 33; *Lutter* in: FS Druey, S. 470 ff.; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 357; *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2141; *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1580; *Kieth*, NZG 2003, 559, 565.

⁴⁶ *Benecke*, BB 2006, 2597, 2598; *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 760.

⁴⁷ *Madaus*, Jura 2006, 881, 884.

⁴⁸ BGHZ 74, 103 = NJW 1979, 1449; BGH NJW 1992, 2148; BGHZ 123, 106; *Heisterhagen*, DStR 2006, 758, 760; *Madaus*, Jura 2006, 881 f.; *Haertlein*, ZIP 2008, 726, 728, der insb. auf die Haftung von Politikern als Werbeträger eingeht.

⁴⁹ *Madaus*, Jura 2006, 881 f.

⁵⁰ *Madaus*, Jura 2006, 881 f., der zudem auf mögliche Haftungsansprüche gegen den Wirtschaftsprüfer eingeht; keine Dritten i. S. d. § 311 Abs. 3 BGB sind nach Ansicht des OLG München Fondinitiatoren, s. OLG München, WM 2008, 22, 23 ff.

⁵¹ *Seibt*, AG 2002, 249, 253; *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2139; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 357; im Ergebnis ebenso *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 14.

⁵² Siehe oben S. 40 ff.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

tes Element ist die Finanz- und Ertragslage, daneben kommen aber auch weitere Aspekte wie der einer guten Corporate Governance als weicher Faktor in Betracht⁵³. Es ist anzunehmen, dass Letzteres insbesondere dann gilt, wenn die Entsprechenserklärung sich auf einen Kodex bezieht, der wie der GmbH-Kodex gläubigerschützende Regelungen enthält. Ist die fehlerhafte Entsprechenserklärung entscheidungsrelevant für die Vergabe des Kredites und folgt hieraus eine Schädigung des Kreditgebers, so ist eine Haftung aus culpa in contrahendo möglich.

bb) Prospekthaftung i. e. S.

Auch die richterrechtlich entwickelte,⁵⁴ bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung i. e. S. hat ihren Ursprung in der c. i. c.⁵⁵, ist jedoch von dieser abzugrenzen, da sie im Gegensatz zu ihr keinen persönlichen Kontakt zwischen den Vertragspartnern voraussetzt.⁵⁶ Nach der Reform des VerkprospG ist es streitig, ob die Prospekthaftung i. e. S. gänzlich durch die spezialgesetzliche Regelung des § 13 VerkprospG ersetzt wurde oder auf die Anwendungsbereiche beschränkt ist,⁵⁷ die der spezialgesetzlichen Regelung nicht unterfallen. Ersteres ist abzulehnen, da bei Aufgabe der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung i. e. S. eine unerwünschte Haftungslücke entstehen würde. Keiner spezialgesetzlichen Prospekthaftung unterworfen sind etwa Privatplatzierungen, also nicht öffentlich angebotene Anlagemöglichkeiten, oder öffentliche Angebote, für die keine Prospektspflicht gemäß § 3 Abs. 2 WpPG oder § 8f VerkprospG besteht.⁵⁸ Wichtiges Anwendungsbeispiel ist in diesem Zusammenhang die GmbH-Beteiligung,⁵⁹ dies ist insb. dann anzunehmen, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 8f Abs. 2 VerkprospG vorliegt⁶⁰.

Prospektverantwortlich und damit einhergehend anspruchspflichtig können neben juristischen Personen deren Organe, für die GmbH also insb. Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder sein.⁶¹ Da der Kreis der Haftenden weit gefasst ist, kommen darüber hinaus all diejenigen als Anspruchsverpflichtete in Betracht, die besonderen Einfluss in der Gesell-

⁵³ Siehe oben S. 34 ff.; 84.

⁵⁴ BGHZ 71, 284; 72, 382; 76, 231; 77, 172; 79, 337; 83, 222; 84, 141; s. auch *Kiethe*, MDR 2006, 843, 844 m. v. w. Rspr-Nw. in Fn. 17.

⁵⁵ *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664.

⁵⁶ *Lutter* in: FS Druey, S. 474.

⁵⁷ BGBl. I v. 29.10.2004 S. 2630, 2649; vgl. *Benecke*, BB 2006, 2597 ff.; *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664 ff., *Schäfer*, ZGR 2006, 40, 71 ff.; *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 519 ff.; a. A. *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 761 geht davon aus, die Prospekthaftung i. e. S. bestehe nach der Einführung des § 13 VerkprospG n. F. nicht mehr; ebenso *Ziegler*, DStR 2005, 30,33; *Keunecke*, Prospekte im Kapitalmarkt, Rd. 577 m. w. Nw.; *Fleischer*, BKR 2004, 339, 343; *Bohlken/ Lange*, DB 2005, 1259 sowie *Janert/ Schuster*, BB 2005, 987, 994.

⁵⁸ *Kiethe*, MDR 2006, 843, 845 f.

⁵⁹ Ebenso *Keul/ Erttmann*, DB 2006, 1664, 1665.

⁶⁰ Siehe oben S. 220.

⁶¹ BGH WM 1981, 374; BGH WM 1981, 1021 f.; *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 139 ff.; Zum Kreis der Haftenden s. auch BGH NJW-RR 2006, 610; *Lutter*, FS Druey, S. 473 f.; vgl. *Heisterhagen*, DStR 2006, 759, 760.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

schaft haben und Mitverantwortung tragen.⁶² Nicht erforderlich ist, dass diese Personen ein persönliches Vertrauen in Anspruch nehmen. Aufgrund der Herstellung und Herausgabe des Prospektes ist ein typisiertes Vertrauen ausreichend.⁶³

Anspruchsberechtigt ist derjenige, der aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Prospekts zum Erwerb einer Kapitalanlage veranlasst wurde.

Der bürgerlich-rechtliche *Prospektbegriff* ist weit gefasst⁶⁴ und umfasst „*alle marktbezogenen Darstellungen [...], die für die Beurteilung der angebotenen Anlage erhebliche Angaben enthalten oder den Eindruck eines solchen Inhalts erwecken.*“⁶⁵ Nicht erforderlich ist, dass es sich um Prospekte i. S. e. gesetzlichen Regelung handelt.⁶⁶ Ähnlich den spezialgesetzlichen Prospekthaftungsansprüchen muss das Dokument jedoch zumindest geeignet sein, auf die Investitionsentscheidung Einfluss zu nehmen. In der Literatur wird die Frage, ob dies für die Entsprechenserklärung gilt unterschiedlich beantwortet,⁶⁷ wobei auch die selbständige Entsprechenserklärung, d. h. eine solche ohne weitere Prospektinformationen, erörtert wird.⁶⁸ Für eine Einordnung der Entsprechenserklärung als Prospekt spricht, dass der Sinn und Zweck des Kodexes darauf gerichtet ist, das Vertrauen der Anleger zu gewinnen.⁶⁹ Diese Intention liegt insb. bei der freiwilligen Entsprechenserklärung durch die GmbH nahe, da sie anders als die obligatorische Entsprechenserklärung nicht der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht dient. Es ist zudem zu vermuten, dass die Werbewirksamkeit der Entsprechenserklärung mit zunehmender Bekanntheit des Kodexes steigen wird.

Auch für die bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung i. e. S. ist Voraussetzung, dass der Prospekt unrichtig oder unvollständig ist. Der Anleger darf erwarten, dass „*er ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt erhält, d. h. daß der Prospekt ihn über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig unterrichtet, insbesondere über Tatsachen, die den Vertragszweck vereiteln können.*“⁷⁰ Wann eine Unrichtigkeit angenommen wird, entspricht dabei im Wesentlichen den Grundsätzen, die für die gesetzliche Prospekthaftung gelten.⁷¹ So entsteht ein Prospektmangel nur dann, wenn sich die fehlerhaft gemachten Angaben auf erhebliche Um-

⁶² Hierzu gehören insb. die Initiatoren und Gründer der Gesellschaft. Ausführlich *Haertlein*, ZIP 2008, 726, 727 f.; s. a. *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 139 ff.

⁶³ Statt anderer *Madaus*, Jura 2006, 881, 884.

⁶⁴ Siehe auch *Lutter* in: FS Druey, S. 474, m. w. Nw.; *Seibt*, AG 2002, 249, 257; *Schäfer*, ZGR 2006, 40, 45.

⁶⁵ *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 6 Rdn. 135.

⁶⁶ BGH WM 1993, 1787, 1788; eine Analogie zu den kapitalmarktrechtlichen Haftungsansprüchen hat der BGH abgelehnt.

⁶⁷ Bejahend *Lutter* in: FS Druey, S. 474; *Seibt*, AG 2002, 257; a. A. *Seibert*, BB 2002, 581, 584.

⁶⁸ *Lutter* in: FS Druey, S. 474; *Semler*, MüKo AktG § 161 Rdn. 223; ablehnend *Ettinger/ Grützediek*, AG, 2003, 353, 357 f.; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1580; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 14.

⁶⁹ *Lutter* in: FS Druey, S. 475.

⁷⁰ BGHZ 79, 337, 344; entsprechend BGHZ 123, 106, 109 f.

⁷¹ *Lenenbach*, Kapital- und Börsenrecht, Rdn. 9.28.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

stände beziehen oder wesentliche Angaben fehlen.⁷² Bereits bei der obigen Prüfung musste eine Wesentlichkeit der Entsprechenserklärung verneint werden. Allerdings ist auch i. R. d. bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung i. e. S. nicht auszuschließen, dass nach einer Etablierung der freiwilligen Entsprechenserklärung von GmbH ihre Wesentlichkeit angenommen werden kann.

e) Haftungsausschluss durch Freizeichnungsklausel

In der Praxis finden sich häufig Klauseln im Verkaufsprospekt, nach denen eine Haftung für Prospektmängel, die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhen, ausgeschlossen sein soll.⁷³ Ist eine derartige Freizeichnungsklausel *Vertragsinhalt* – etwa des Vertrages für den Anteilserwerb – geworden, so ist diese jedoch regelmäßig gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nichtig.⁷⁴ Da der Prospekt der Aufklärung dienen soll, würden die Anleger durch eine Haftungsbeschränkung unangemessen benachteiligt.⁷⁵ Ist die Klausel hingegen ausschließlich *im Prospekt abgedruckt*, so handelt der Prospektverantwortliche zumindest widersprüchlich, so dass dessen Treuwidrigkeit nach § 242 BGB aufgrund eines *venire contra factum proprium* angenommen werden kann. Das Berufen auf die Freizeichnungsklausel ist ihm wiederum verwehrt. Das Risiko einer Haftung kann somit i. d. R. nicht durch Freizeichnungsklauseln abgewendet werden.

2. Haftung aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 1 i. V. m. § 31 analog BGB

Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus Prospekthaftung sind nebeneinander anwendbar.⁷⁶ Relevant können Ansprüche aus unerlaubter Handlung insb. dann sein, wenn solche aus Prospekthaftung bereits verjährt sind.⁷⁷

Eine Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass eines der ausdrücklich genannten Rechtsgüter oder ein „*sonstiges Recht*“ i. S. d. Norm verletzt ist.⁷⁸ Das *Vermögen* ist kein Recht i. S. d. Vorschrift.⁷⁹ Verluste, die darin bestehen, dass Gesellschaftsanteile zu einem

⁷² BGHZ 79, 337, 344; BGH WM 1991, 2092, 2094.

⁷³ *Madaus*, Jura 2006, 881, 885.

⁷⁴ *Madaus*, Jura 2006, 881, 885.

⁷⁵ *Madaus*, Jura 2006, 881, 885. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Gedanken des § 47 Abs. 1 BörsG, der die Unwirksamkeit im Voraus vereinbarter Haftungsbeschränkungen für die Börsenprospekthaftung erklärt und gemäß § 13 VerkprospG analoge Anwendung auf Verkaufsprospekte findet.

⁷⁶ *Ziegler*, DSfR 2005, 30, 34.

⁷⁷ *Kiethel*, MDR 2006, 843 f.

⁷⁸ *Spau* in: Palandt, BGB § 823 Rdn. 12; i. E. ebenso *Madaus*, Jura 2006, 881, 884.

⁷⁹ RGZ 51, 92, 93; 52, 365, 366; 58, 24, 28; 62, 315, 317; 95, 173, 174; 102, 223, 225; BGHZ 27, 137, 140; 41, 123, 126 f.; 86, 152, 155; *Soergel/ Spickhoff*, § 823 Rdn. 87; *Wagner* in: MüKo BGB § 823 Rdn. 176 m. w. Nw.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

überteuerten Kaufpreis gezahlt wurden, sind als reine Vermögensschäden⁸⁰ keine Rechte i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB.

Auch eine Verletzung von Mitgliedschaftsrechten als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB ist bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung zu verneinen, da nur solche Eingriffe vom Schutzbereich der Norm erfasst werden, die sich unmittelbar gegen den Bestand der Mitgliedschaft oder die in ihr verkörperten Rechte und Betätigungsmöglichkeiten von erheblichem Gewicht richten und sie in ihrem Kern treffen.⁸¹ Anders als etwa eine Satzungsänderung gewährt die Entsprechenserklärung weder neue Mitgliedschaftsrechte noch beschneidet sie bestehende Mitgliedschaftsrechte.⁸²

3. Haftung aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 2 i. V. m. § 31 analog BGB

§ 823 Abs. 2 BGB setzt die Verletzung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes eines Schutzgesetzes voraus. Ein Schutzgesetz ist eine Norm, die ein Ge- oder Verbot ausspricht⁸³ und generell Individualschutzcharakter⁸⁴ hat. Die Haftung muss im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems als tragbar erscheinen⁸⁵ und der Verletzte zu dem von der Norm geschützten Personenkreis gehören.

a) Der DCGK oder der GmbH-Kodex als Schutzgesetze

Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sind nicht nur Gesetze im formellen Sinne, sondern auch solche im materiellen Sinne. Notwendiges Kriterium eines Gesetzes ist, dass es sich um eine staatliche Anordnung handelt, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet und allgemeine und verbindliche Regeln aufstellt.⁸⁶ Sowohl bei dem DCGK als auch bei dem GmbH-Kodex mangelt es jedoch an seiner rechtlichen Verbindlichkeit⁸⁷. Sind Kodexregelungen nicht oder unrichtig umgesetzt, die zwingendes GmbH-Recht wiedergeben, so haben GmbH diese bereits aufgrund der gesetzlichen Vorschriften zu befolgen, die ihrerseits vor-

⁸⁰ Die gesetzliche Systematik des Deliktsrechts, die den Schutz auf absolute Rechtsgüter beschränkt, wird allein durch die §§ 823 Abs. 2, § 824 und § 826 BGB durchbrochen. Sie gewähren einen Vermögensschutz bei der Verletzung gesetzlicher und individualschützender Verhaltenspflichten, bei Kreditgefährdung (siehe unten S. 233 f.) und bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (siehe unten S. 233 f.). S. *Wagner* in: MüKo BGB § 823 Rdn. 176 m. w. Nw.

⁸¹ *Spau* in: Palandt, BGB § 823 Rdn. 21 m. w. Nw.; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 358; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1578; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 11.

⁸² *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 358; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1578; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 565.

⁸³ BGH NJW 1965, 2007; BGHZ 62, 265, 267 f.; *Soergel/ Spickhoff*, § 823 Rdn. 194.

⁸⁴ *Soergel/ Spickhoff*, § 823 Rdn. 195.

⁸⁵ BGH WM 1976, 1086 = NJW 1976, 2129; BGHZ 66, 388; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1579.

⁸⁶ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht, Rdn. 222.

⁸⁷ Zur fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit des DCGK siehe oben S. 98 ff., 102 ff. sowie des GmbH-Kodexes siehe oben S. 215.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

rangig als Schutzgesetze in Betracht kommen. Eine Verletzung des DCGK oder des GmbH-Kodexes kann somit nicht zu einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB führen.⁸⁸

b) § 161 AktG als Schutzgesetz

Damit § 161 AktG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB eingeordnet werden kann, muss der Individualschutzcharakter neben der allgemeinen Ordnungsfunktion zumindest auch im gewollten Anwendungsbereich der Norm liegen.⁸⁹ Individualschutzcharakter hat eine Rechtsnorm, deren Zweck und Inhalt nach dem Willen des Gesetzgebers darauf gerichtet ist, zumindest auch bestimmte Rechtsgüter oder Individualinteressen⁹⁰ zu schützen.⁹¹ Der Gesetzgeber hat mit § 161 AktG vornehmlich bezweckt, den deutschen Kapitalmarkt an ausländischen Handelsplätzen zu stärken⁹². Eine darüber hinausgehende individualschützende Funktion zu Gunsten des Vermögens der Anleger wurde nicht angestrebt.⁹³

Zudem fallen Personen, die in eine GmbH investieren, eindeutig nicht in den geschützten Personenkreis des § 161 AktG. Für eine analoge Anwendung des § 161 AktG mangelt es an der planwidrigen Regelungslücke⁹⁴. Bereits aus diesem Grunde ist ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 161 AktG bei Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung zum DCGK ausgeschlossen.

c) § 331 Nr. 1 HGB als Schutzgesetz

Gemäß § 331 Nr. 1 HGB⁹⁵ droht den Mitgliedern der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft Freiheits- oder Geldstrafe, wenn sie die Verhältnisse der Gesellschaft in der Eröffnungsbilanz, im Jahresabschluss, Lage- oder Zwischenbericht nach § 340a Abs. 3 HGB unrichtig wiedergeben oder verschleiern. Die Norm ist als Schutzgesetz

⁸⁸ So auch *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 358 f.; *Abram*, ZBB 2003, 41, 45; *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2142; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 168; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1578 f.; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 566; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 12.

⁸⁹ *Teichmann/ Jauernig*, BGB § 823 Rdn. 44 f.

⁹⁰ BGHZ 69, 1, 16; 84, 312, 314.

⁹¹ BGH ZIP 1991, 1597; vgl. auch BGH NJW 1992, 241, 242 m. w. Nw.; *Teichmann/ Jauernig*, BGB § 823 Rdn. 44; *Hager/ Staudinger*, Eckfeiler des Zivilrechts, S. 867; *Spau* in: Palandt, BGB, § 823 Rdn. 57; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1579.

⁹² RegBegr. BT-Drucks 14/8769 S. 21 li. Sp.; *Schüppen*, ZIP 2002, 1269, 1273; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 359; *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2142; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 566; *Seibt*, AG 2002, 249, 256.

⁹³ *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1579; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 359; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 12.

⁹⁴ Vgl. unten S. 237.

⁹⁵ § 331 HGB lehnt an § 400 AktG an, der die unrichtige Darstellung der Verhältnisse der Aktiengesellschaft unter Strafe stellt, Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist und für die fehlerhafte Entsprechenserklärung bei AG diskutiert wird. Gegen eine Anwendbarkeit bei Entsprechenserklärungen *Kiethe*, NZG 2003, 559, 566; *Schüppen*, ZIP 2002, 1269, 1273; *Berg/ Stöcker*, WM 2002, 1569, 1579; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 359 f.; nur in Einzelfällen *Seibt*, AG 2002, 249, 256.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt⁹⁶ und führt zu einem Schadensersatzanspruch, wenn der Geschädigte⁹⁷ durch sein Handeln im Vertrauen auf die Richtigkeit der relevanten Angaben einen Schaden erleidet.⁹⁸ Dazu müssen die *Verhältnisse* der Gesellschaft in der jeweiligen Rechnungslegung unrichtig dargestellt worden sein, wobei unter den Begriff „*Verhältnisse*“ nach der h. M. die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens, und somit ausschließlich solche Informationen fallen, die die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft widerspiegeln.⁹⁹ Gemäß §§ 285, 314 HGB n. F. ist bei der Rechnungslegung im Anhang des Jahres- und Konzernabschlusses allein anzugeben, dass die nach § 161 AktG vorgeschriebene Entsprechenserklärung abgegeben und wo sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist.¹⁰⁰ Eine Wiedergabe wirtschaftlicher Verhältnisse findet hierdurch nicht statt.¹⁰¹ Weder die unrichtige Angabe hinsichtlich der Abgabe und Zugänglichmachung der Entsprechenserklärung noch die fehlerhafte Entsprechenserklärung selbst erfüllt somit den Tatbestand des § 331 Nr. 1 HGB.

d) § 334 Abs. 1 Nr. 1 d), Nr. 2 f) HGB als Schutzgesetz

Ebenfalls als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt ist § 334 Abs. 1 Nr. 1 d), Nr. 2 f) HGB.¹⁰² Danach handelt ordnungswidrig, wer als Mitglied der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft bei der Auf- oder Feststellung des Jahresabschlusses der Vorschrift des § 285 HGB über die in der Bilanz bzw. der des § 314 HGB bei der Aufstellung des Konzernabschlusses zu machenden Angaben zuwiderhandelt¹⁰³. Auch im Rahmen des § 334 HGB ist somit die Angabe im Anhang des Jahres- bzw. Konzernabschlusses über die Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG und ihre Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit zu prüfen. Eine Zuwiderhandlung gegen § 334 HGB ist anzunehmen, wenn Jahres- bzw. Konzernabschluss diese Angaben nicht enthält. Allerdings liegt kein Verstoß bei freiwilliger Abgabe der Entsprechenserklärung vor. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 285 Nr. 16 HGB und des § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB, besteht die Pflicht

⁹⁶ LG Bonn AG 2001, 484, 486; *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 523, 529 m. v. w. Nw.

⁹⁷ Vom Schutzbereich der Norm sind all die Personen erfasst, die zu der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung stehen oder treten wollen, so dass die Inhaber von GmbH-Beteiligungen dazu gehören, s. *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 523, 529.

⁹⁸ Staub/ *Dannecker*, HGB, § 331 Rdn. 6; *Schulze-Osterloh* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, Anh. § 82 Rdn. 3.

⁹⁹ *Schulze-Osterloh* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, Anh. § 82 Rdn. 3 m. w. Nw.; *Ihrig/ Wagner*, BB 2002, 789, 792. Nach a. A. ist die Tatbestandsvoraussetzung „*Verhältnisse*“ weit auszulegen und erfasst auch soziale, politische oder sonstige Beziehungen der Gesellschaft, s. *Schaal* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 82-85, Rdn. 37; *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 359. Selbst wenn man dieser Ansicht folgt, ist § 331 HGB nicht einschlägig. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Entsprechenserklärung sagt nichts darüber aus, ob und inwieweit dem Kodex entsprochen wurde und es lässt keine Rückschlüsse auf die Unternehmensführung zu.

¹⁰⁰ Siehe oben S. 23 f., 99.

¹⁰¹ Ebenso *Ettinger/ Grützediek*, AG 2003, 353, 359; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 13.

¹⁰² *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 519, 530 m. v. w. Nw.

¹⁰³ Siehe oben S. 99.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

zur Angabe nur für die „nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung“. Der Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot im Strafrecht verbieten eine entsprechende Anwendung des § 334 HGB auf die fakultative Entsprechenserklärung.

e) § 17 PublG als Schutzgesetz

Da die GmbH gemäß § 3 Abs. 1 PublG nicht zu den Rechtsformen gehört, die unter den Anwendungsbereich des PublG fallen, kommen die § 17 PublG nicht als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bei der Abgabe einer fehlerhaften freiwilligen Entsprechenserklärung der GmbH in Betracht.

f) § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG als Schutzgesetz

Gemäß § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG werden Geschäftsführer, Liquidatoren und Mitglieder eines Aufsichtsrats oder ähnlichen Organs mit Freiheitsstrafe bestraft, wenn sie in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern. Die Norm ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁰⁴ Der Begriff der Vermögenslage ist zwar weit und umfasst alles, was für die wirtschaftliche Beurteilung der GmbH von Wichtigkeit ist oder werden kann,¹⁰⁵ aus der Entsprechenserklärung können jedoch keine Rückschlüsse auf die Vermögenslage gezogen werden¹⁰⁶.

g) § 263 Abs. 1 StGB als Schutzgesetz¹⁰⁷

Auch § 263 StGB ist als Vermögensdelikt Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁰⁸ Da die Inhalte der Entsprechenserklärung jedoch regelmäßig nicht entscheidungsrelevant für die Investition bei Erwerb einer GmbH-Beteiligung sind¹⁰⁹, liegt in der fehlerhaften Entsprechenserklärung mangels Kausalität zwischen Irrtumserregung und Vermögensverschiebung kein Betrug.¹¹⁰ Anders kann dies bei anderen Investitionen wie etwa bei einer Kreditvergabe¹¹¹ sein.

h) § 264a Abs. 1 StGB als Schutzgesetz¹¹²

§ 264a StGB stellt den Kapitalanlagebetrug unter Strafe und ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.¹¹³ Voraussetzung der Norm ist, dass im Zusammenhang mit bestimmten Kapi-

¹⁰⁴ Lutter/ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 84 Rdn. 2.

¹⁰⁵ Lutter/ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG § 84 Rdn. 19.

¹⁰⁶ Vgl. oben S. 229.

¹⁰⁷ S. a. Steinat, TWR 2005, Heft 39, 1, 13.

¹⁰⁸ Statt anderer Spau in: Palandt, BGB § 823 Rdn. 65.

¹⁰⁹ Siehe oben S. 42 f.

¹¹⁰ S. auch zur Schwierigkeit des Nachweises der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Eigen- oder Drittbe-reicherung Vgl. BGHZ 145, 187, 202; Ziegler, DSStR 2005, 30, 34; Madaus, Jura 2006, 881, 884.

¹¹¹ Siehe oben S. 34 ff., 84 f.

¹¹² S. a. Steinat, TWR 2005, Heft 39, 1, 13.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

talanlagen in Prospekten oder Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensgegenstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände unrichtige vorteilhafte Angaben gemacht oder nachteilige Tatsachen verschwiegen werden. Die Entsprechenserklärung fällt weder unter den Tatgegenstand des Prospekts noch unter den der Darstellungen oder Übersichten i. S. d. Norm, da ersterer für die Beurteilung der Geldanlage erhebliche Angaben erfordert¹¹⁴ und letztere beiden Vermögensübersichten meinen,¹¹⁵ die Entsprechenserklärung jedoch keine dieser Voraussetzungen erfüllt.

i) § 265b StGB als Schutzgesetz

§ 265b StGB ist ebenfalls Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.¹¹⁶ Voraussetzung des in der Norm geregelten Kreditbetruges ist, dass über die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zusammenhang mit dem Antrag auf Gewährung, Belassung oder Veränderung der Bedingungen eines Kredites unrichtige oder unvollständige Unterlagen vorgelegt oder unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht werden. Da die Entsprechenserklärung keine Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen¹¹⁷ der Gesellschaft enthält, scheidet eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 265b StGB aus.

j) § 31 Abs. 2 S. 1 WpHG als Schutzgesetz

Nach § 31 Abs. 2 S. 1 WpHG müssen alle Informationen einschließlich Werbemitteilungen, die Wertpapierdienstleistungsunternehmen Kunden zugänglich machen, redlich, eindeutig und nicht irreführend sein. § 31 WpHG dient unter anderem¹¹⁸ als Grundlage für zivilrechtliche Informationspflichten; zugleich haben diese Verhaltensregeln Ausstrahlungswirkung auf die Konkretisierung (vor-)vertraglicher Pflichten. Die h. M. im Schrifttum bejaht die Schutzgesetzeigenschaft des § 31 WpHG grundsätzlich oder für einzelne Pflichten.¹¹⁹ Der BGH hat bislang eine schadensersatzrechtliche Bedeutung des § 31 WpHG abgelehnt.¹²⁰ Seiner Ansicht ist zu folgen, da er die Aufklärungs- und Beratungspflichten allein als vertragliche

¹¹³ BGHZ 116, 7, 12 ff.; *Spau* in: Palandt, BGB § 823 Rdn. 65.

¹¹⁴ *Tröndle/ Fischer*, StGB, § 264a Rdn. 12; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 566.

¹¹⁵ *Tröndle/ Fischer*, StGB, § 264a Rdn. 12.

¹¹⁶ *Spau* in: Palandt, BGB § 823 Rdn. 60.

¹¹⁷ Wirtschaftliche Verhältnisse sind all diejenigen Angaben, die für die Sicherheit des Kredites Bedeutung haben, so *Tröndle/ Fischer*, StGB, § 265b Rdn. 23.

¹¹⁸ *Koller* in: Assmann/ Schneider, WpHG Vor § 31 Rdn. 3 ff.

¹¹⁹ Assmann/ Schneider/ *Koller*, WpHG Vor § 31 Rdn. 6 mit Verweis auf die 4. Aufl. Vor § 31 Rdn. 17; § 32 Rdn. 22; *Schwark/ KapitalmarktR* vor § 31 WpHG Rdn. 9 m. w. Nw., § 32 WpHG Rdn. 2; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdn. 16.11. In § 15 Abs. 5 WpHG a. F. sei ausdrücklich klargestellt gewesen, dass derjenige Emittent, der gegen die Vorschrift verstoße nicht aus diesem Grunde schadensersatzpflichtig werde, so Assmann/ Schneider/ *Koller*, WpHG vor § 31 Rdn. 17; § 32 Rdn. 22. Das Fehlen einer solchen Klarstellung in § 31 WpHG führe zu dem Umkehrschluss, dass diese Norm Schutzgesetzcharakter habe. Demgegenüber lehnt eine andere Ansicht die Schutzgesetzeigenschaft ab, so *Schwennicke*, WM 1998, 1101, 1102; *Lang*, ZBB 2004, 289, 295; *Schäfer*, WM 2007, 1872, 1874).

¹²⁰ BGHZ 170, 226, 232; BGH ZIP 2008, 873, 874.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

Nebenpflichten einordnet und dadurch den Ausnahmecharakter einer deliktischen Haftung für Vermögensschäden erhält.

Doch selbst wenn man entsprechend der h. M. in der Literatur die Schutzgesetzeigenschaft des § 31 Abs. 2 S. 1 WpHG bejaht, wird man einen Anspruch des Kunden auf Schadensersatz regelmäßig ablehnen müssen. Zwar kann eine fehlerhafte Entsprechenserklärung im Rahmen einer Anlageberatung durch ein Wertpapierunternehmen bei dem Kunden die falsche Vorstellung auslösen, die Corporate Governance-Praktiken des Emittenten, seien besser als es der Wirklichkeit entspricht. Eine dem Kunden zugänglich gemachte Information des Wertpapierunternehmens wäre somit irreführend und der objektive Tatbestand des § 31 Abs. 2 S. 1 WpHG erfüllt. Es wird jedoch zumeist an dem nach § 823 Abs. 2 S. 2 BGB erforderlichen Vorsatz scheitern. Da das Wertpapierdienstleistungsunternehmen i. d. R. nicht mit dem Unternehmen übereinstimmt, das die Entsprechenserklärung abgibt, haben die für Ersteres Handelnden meist keine Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der Entsprechenserklärung.

k) Irreführende Werbung gemäß § 3 i. V. m. § 5 UWG als Schutzgesetz

§ 3 i. V. m. § 5 UWG verbietet die irreführende Werbung als unlautere Wettbewerbshandlung. Aufgrund des klaren Wortlauts und der Systematik der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ist der Individualschutzcharakter des § 3 UWG für Anleger¹²¹ zu verneinen.¹²²

l) Strafbare Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG als Schutzgesetz

Die Straftatbestände der §§ 16 ff. UWG sind hingegen als Schutzgesetze mit individual-schützendem Charakter zu Gunsten von Mitbewerbern und Verbrauchern anerkannt.¹²³ Eine strafbare Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG setzt voraus, dass eine Person in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt. Zur Bejahung eines Schadensersatzanspruches wird es jedoch regelmäßig an der ungeschriebenen Voraussetzung¹²⁴ fehlen, dass die fehlerhafte Entsprechenserklärung *geeignet sein muss, die zu treffende Marktentschließung in*

¹²¹ Zu Gunsten von Mitbewerbern geht diesem Tatbestand § 9 UWG als spezialgesetzlicher Schadensersatzanspruch für vorsätzliche oder fahrlässige unlautere Wettbewerbshandlungen vor. Begr. RegE UWG zu § 8, BT-Drucks. 15/1487, S. 22; BGHZ 15, 338, 355 f.; 41, 314, 317; *Schünemann* in: Großkomm. zum UWG Einl. E 77; *Wagner* in: MüKo BGB § 823 Rdn. 365; *Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm*, UWG, Einl. Rdn. 7.5; a. A. *Sack*, BB 1974, 1369.

¹²² Vgl. BGH LM § 249 [D] Nr. 14 = NJW 1974, 1503, 1505; sowie Palandt/ *Sprau*, BGB § 823 Rdn. 71; s. aber auch BGHZ 48, 12, 16; *Schünemann* in: Großkomm. zum UWG Einl. E 77 m. w. Nw., die eine Schutzgesetzqualität des § 3 i. V. m. § 5 UWG für möglich halten.

¹²³ *Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm*, UWG, Einl. Rdn. 7.5; a. A. *Schünemann* in: Großkomm. zum UWG Einl. E 79.

¹²⁴ Diese Voraussetzung ist nicht ausdrücklich im UWG enthalten; sie ergibt sich jedoch aus dem Schutzzweck der Norm, s. *Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm*, UWG, § 16 Rdn. 9; § 5 Rdn. 2.169 ff.

§ 7 Freiwillige Entsprechenserklärung der GmbH

wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen.¹²⁵ Dies wird man verneinen müssen, da Anleger weder der obligatorischen noch der freiwilligen Entsprechenserklärung wesentliche Bedeutung zumessen und sie regelmäßig keine Entscheidungsrelevanz für den Erwerb einer Beteiligung hat¹²⁶.

4. Haftung aufgrund Kreditgefährdung gemäß § 824 i. V. m. § 31 analog BGB

Zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs aus § 824 BGB ist es notwendig, dass eine Person der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen. Da eine freiwillige Entsprechenserklärung zum Wohle einer GmbH aufgestellt wird und ihre Inhalte ein besonders positives Bild der Corporate Governance der GmbH zeichnen sollen, ist diese i. d. R. nicht geeignet die wirtschaftliche Wertschätzung der Gesellschaft zu mindern.

5. Haftung aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 i. V. m. § 31 BGB analog

Darüber hinaus ist eine Haftung aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung durch die Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung möglich. Eine solche Haftung kommt insb. in Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des BGH zu fehlerhaften Ad-hoc Mitteilungen in Betracht.¹²⁷

Sittenwidrig ist eine Handlung, die nach Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt Beweggründen und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹²⁸ Hinzutreten muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens.¹²⁹ Das bewusste Abfassen einer fehlerhaften Entsprechenserklärung, hat regelmäßig den Zweck Anleger oder andere Dritte wie etwa sonstige Gläubiger zu täuschen. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die überwiegende Zahl der Anleger der Entsprechenserklärung derzeit keine besondere Bedeutung zumisst, wird man die Sittenwidrigkeit einer fehlerhaften Entsprechenserklärung jedenfalls dann annehmen können, wenn sie in erheblichem Umfang positiv von den Tatsachen abweicht. Allerdings birgt § 826 BGB für den Anspruchsteller erhebliche Beweisprobleme, da er die Beweislast

¹²⁵ Begr. RegE zu § 5 UWG BT-Drucks. 15/1487 S. 19; BGH GRUR 1995, 125, 126; BGH GRUR 1995, 610, 611; BGH GRUR 2004, 162, 163.

¹²⁶ Siehe oben S. 42 f.

¹²⁷ BGHZ 160, 149, 155 ff. (Informatel II); s. a. BGH WM 2008, 825 ff. Danach haften die publizierenden Organmitglieder und die Gesellschaft gesamtschuldnerisch [s. BGH WM 2005, 1358 ff. (EM-TV)]; dem folgend OLG Frankfurt a. M. WM 2005, 1266 ff.; OLG München WM 2005, 1269 ff.; vgl. *Sester*, ZGR 2006, 1, 5.], wenn erstere billigend in Kauf nehmen, dass die Anleger ihre Anlageentscheidung aufgrund einer fehlerhaften Ad-hoc Mitteilung treffen und ihr Vorgehen wegen der unlauteren Beeinflussung des Sekundärmarktes sittenwidrig ist, s. *Zimmer/ Cloppenburg*, ZHR 171 (2007), 519, 533 f. Für die Organmitglieder handelt es sich um den seltenen Fall einer Außenhaftung.

¹²⁸ Palandt/ *Sprau*, BGB § 826 Rdn. 4.

¹²⁹ BGH NJW 2004, 2664, 2668.

für die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände¹³⁰ sowie den *Kausalzusammenhang* zwischen der fehlerhaften Entsprechenserklärung und der Investitionsentscheidung¹³¹ trägt. Der BGH verneint eine Kausalitätsvermutung für die Ad-hoc Publizität im Bereich des Primärmarktes¹³² und Sekundärmarktes selbst bei extrem unseriöser Kapitalmarktinformation, da eine Ad-hoc Mitteilung i. d. R. nicht geeignet sei, eine Anlagestimmung hervorzurufen¹³³. Da eine Kursrelevanz der Entsprechenserklärung bislang nicht nachgewiesen werden konnte¹³⁴, ist eine Kausalitätsvermutung sowohl für AG als auch für GmbH abzulehnen. Kann der Anleger oder ein anderer geschädigter Dritter hingegen die Kausalität zwischen der fehlerhaften Entsprechenserklärung und seiner Investition beweisen, so steht einer Haftung aus sittenwidriger Schädigung nichts entgegen.

6. Haftung aufgrund falscher und unterlassener Kapitalmarktinformation gemäß §§ 37b, 37c WpHG

Die §§ 37b, 37c WpHG beinhalten Schadensersatzansprüche gegen den Emittenten von Finanzinstrumenten, die zum Handel an einer inländischen Börse zugelassen sind, wegen unterlassener unverzüglicher oder unwahrer Veröffentlichung von Insiderinformationen.

Maßgebliche Voraussetzungen für das Vorliegen einer Insiderinformation sind gemäß § 13 WpHG, dass es sich bei ihr um eine Information über nicht öffentlich bekannte Umstände handeln muss und dass diese geeignet sein muss, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis von Insiderpapieren erheblich zu beeinflussen. Die Entsprechenserklärung wird weder von den im WpHG genannten Regelbeispielen erfasst¹³⁵ noch lässt sie sich auch aus anderen Gründen unter den Begriff der Insiderinformation subsumieren, da sie zur Veröffentlichung bestimmt ist.¹³⁶ Auch die unterlassene Berichtigung einer fehlerhaften Entsprechenserklärung wird man mangels Eignung zu einer erheblichen Kursbeeinflussung¹³⁷ nicht als Insiderinformation einordnen können.

¹³⁰ Palandt/ *Sprau*, BGB § 826 Rdn. 18.

¹³¹ Vgl. BGHZ 160, 134, 142 ff.; BGHZ 160, 149, 153; *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 14; *Leuschner*, nennt den Kausalzusammenhang zwischen der Fehlinformation und dem Kaufentschluss „*Transaktionskausalität*“ und grenzt diesen von der „*Schadenskausalität*“ ab. Mit *Letzterer* bezeichnet er die Kausalität zwischen Fehlinformation und Differenzschaden, s. ZIP 2008, 1050, 1051 ff.

¹³² BGH ZIP 2008, 410, 411 f. (ComROAD VII); *Klöhn*, BGH EWiR § 826 BGB 4/08, 325 f.

¹³³ S. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung BGHZ 160, 134 = AG 2004, 543 (Informatec I); BGH AG 2005, 609 = ZIP 2005, 1270, 1274 (EM-TV); BGH ZIP 2007, 681, 682 (ComROAD I); BGH AG 2007, 324 = ZIP 2007, 680 (ComROAD II); BGH AG 2007, 169 = ZIP 2007, 326 (ComROAD III); BGH AG 2007, 620 ff. (ComROAD IV); BGH AG 2007, 623 ff. (ComROAD V); BGH ZIP 2008, 407 ff. (ComROAD VI); BGH ZIP 2008, 410 ff. (ComROAD VII); *Gottschalk*, DStR 2005, 1648 ff.

¹³⁴ Siehe oben S. 42 f.

¹³⁵ Ebenso *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 15.

¹³⁶ Vgl. *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 15.

¹³⁷ Siehe oben S. 42 f.; S. zum Begriff der Erheblichkeit *Assmann/Schneider*, WpHG § 13 Rdn. 62 ff.

7. Haftung aufgrund Sorgfaltspflichtverletzung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. §§ 116 i. V. m. 93 Abs. 2 AktG (Binnenhaftung)

Eine Binnenhaftung der Geschäftsführer der GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft ist bei fehlerhaften Entsprechenserklärungen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 6 Abs. 2 InvG, § 24 Abs. 2 MgVG, § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. §§ 116, 93 AktG analog möglich.¹³⁸ Geschäftsführer und Aufsichtsrat sind grds. gemeinsam für die Abgabe der Entsprechenserklärung *verantwortlich*. Dies gilt ausnahmslos auch bei freiwilligen Entsprechenserklärungen. Bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung kann ein *Schaden* der Gesellschaft vor allem dann entstehen, wenn eine Person aufgrund der falschen Entsprechenserklärung einen Schaden erleidet und diesen gegenüber der Gesellschaft geltend macht.¹³⁹ Die zuvor behandelten möglichen Ansprüche der Anleger gegen die GmbH spielen für die Haftung der Geschäftsführer bzw. Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft somit eine wesentliche Rolle. Da für die meisten dieser Ansprüche jedoch festgestellt wurde, dass zumindest derzeit kein Haftungsrisiko besteht, wirkt sich dies entsprechend auch auf das Risiko von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern auf die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. §§ 116 i. V. m. 93 Abs. 2 AktG aus.

III. Geldbußen wegen fehlerhafter Prospekte

Im Rahmen der Prüfung des § 823 Abs. 2 BGB wurden bereits verschiedene strafrechtliche Vorschriften behandelt, die bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung einschlägig sein können. Sie können freilich nicht nur zu einer zivilrechtlichen Haftung, sondern auch zu einer strafrechtlichen Verfolgung führen.

Von Relevanz bei der Abgabe einer Entsprechenserklärung könnte darüber hinaus die Ordnungswidrigkeit nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerkprospG sein.¹⁴⁰ Nach dieser Vorschrift handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 11 S. 1 VerkprospG einen Verkaufsprospekt, eine nachzutragende Angabe oder eine Veränderung nicht, nicht richtig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig veröffentlicht. § 11 S. 1 VerkprospG enthält die Verpflichtung, Veränderungen zu veröffentlichen, die seit der Gestattung der Veröffentlichung des Verkaufsprospektes eingetreten sind. Dies gilt allerdings nur unter der einschränkenden Voraussetzung, dass die Veränderung für die Beurteilung des Emittenten oder der Vermögenslage von wesentlicher Bedeutung ist. Eine solche wesentliche Bedeutung ist jedoch zumindest derzeit wiederum aufgrund der fehlenden Relevanz der Entsprechenserklärung auf die Anlageentscheidung abzulehnen¹⁴¹.

¹³⁸ *Kieth*, NZG 2003, 559, 562 ff.

¹³⁹ Ebenso *Steinat*, TWR 2005, Heft 39, 1, 17.

¹⁴⁰ Die Verletzung dieser Norm kann nicht zu einem Schadensersatzanspruch der Anleger führen, da es sich bei ihnen mangels ihres individualschützenden Charakters nicht um ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB handelt.

¹⁴¹ Siehe oben S. 42 f.

C. Zusammenfassung

1. Für die GmbH hat die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung den Vorteil, dass sie eine Ergänzung des Informationsanspruches der Gesellschafter in Bezug auf den Themenkomplex Corporate Governance darstellt. Insbesondere bei Publikums-GmbH ist das Informationsinteresse der Gesellschafter besonders groß, da in diesen GmbH die Geschäftsführungskompetenzen der Gesellschafter regelmäßig auf die Geschäftsführer übertragen werden, und die Gesellschafter folglich im Vergleich zu personalistisch-strukturierten GmbH geringere Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung haben. Eine besonders sinnvolle Informationsquelle ist die freiwillige Entsprechenserklärung zudem für die Gläubiger der GmbH, da diese regelmäßig nur geringe Einblicke in die Unternehmensführung haben. Durch die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung kann die GmbH darüber hinaus die weiteren Ziele von Corporate Governance nutzen.

2. Von Nachteil ist es für die GmbH, dass die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung zeit- und kostenintensiv und bei Umsetzung des DCGK aufgrund vieler Fragen mit großen Unsicherheiten verbunden ist. Zudem ist der Werbeeffect der Entsprechenserklärung zum DCGK aufgrund vieler nicht auf die GmbH übertragbarer Kodexregelungen gering. Diese Nachteile treten bei der Abgabe einer Entsprechenserklärung zum zuvor vorgestellten GmbH-Kodex nicht auf.

a) Nachteile aufgrund handelsrechtlicher Vorschriften hat die GmbH bei Abgabe einer freiwilligen fehlerhaften Entsprechenserklärung nicht zu fürchten.

b) Auch die Untersuchung, ob die Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung zu einer Haftung führen kann, hat ergeben, dass diese Risiken zur Zeit gering sind. Allein die Untersuchung von Ansprüchen aus §§ 280, 311 BGB (c. i. c.), aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB sowie aus sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB ergab, dass eine fehlerhafte Entsprechenserklärung eine Haftung auslösen kann. Aber auch diese Tatbestände sind nur erfüllt, wenn die Entsprechenserklärung bzgl. besonders wichtiger Aspekte oder in wesentlichen Teilen fehlerhaft und ihr Gesamtbild betroffen ist und den Erklärenden darüber hinaus ein Verschulden hierfür trifft. Einem Haftungsrisiko setzt sich somit nicht aus, wer bei der Abgabe der Entsprechenserklärung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anwendet. Bei einer Reihe von Tatbeständen, nämlich der des § 13 VerkprospG, der Prospekthaftung i. w. S. und i. e. S., des § 16 Abs. 1 UWG und des § 37a und b WpHG, beruhte ihre Ablehnung auf der mangelnden Relevanz der Entsprechenserklärung für die Anlageentscheidung hinsichtlich GmbH-Beteiligungen. Diese Beurteilung kann sich in der Zukunft ändern, wenn die Entsprechenserklärung bei Anlegern und Gläubigern eine höhere Bedeutung erlangt hat.

c) Straf- und ordnungsrechtliche Risiken entstehen bei der Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung regelmäßig nicht.

3. *Fazit:* Es lässt sich somit festhalten, dass die Abgabe einer Entsprechenserklärung nahezu ausschließlich Vorteile mit sich bringt. Augenfällige Nachteile sind die mit der Abgabe einer Entsprechenserklärung verbundene Zeit und entstehende Kosten. Das Haftungsrisiko ist als gering einzuschätzen. Die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung insb. bzgl. des GmbH-Kodexes ist der GmbH folglich zu empfehlen.

§ 8 EINE OBLIGATORISCHE ENTSPRECHENSERKLÄRUNG FÜR DIE GMBH?

Eine jährliche Entsprechenserklärung zum DCGK mussten nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 161 AktG a. F. ausschließlich börsennotierte Gesellschaften abgeben. Seit der Neufassung des § 161 AktG ist die Vorschrift auf Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i. S. d. § 2 Abs. 5 WpHG und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden, erweitert worden¹. Gesellschaften deren Stammkapital nicht in Aktien zerlegt ist, unterfallen dem Adressatenkreis des § 161 AktG auch nach seiner Neufassung nicht. Die GmbH gehört somit auch nach der Ausweitung des Adressatenkreises nicht zum direkten Adressatenkreis der Norm². Für eine analoge Anwendung der Vorschrift mangelt es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Zu untersuchen ist, ob es auch für die GmbH sinnvoll ist, eine dem § 161 AktG entsprechende Vorschrift und somit die Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung in das GmbH-Recht zu integrieren. Hierzu sind *zunächst* die Gesetzgebungsmaterialien zu § 161 AktG daraufhin zu untersuchen, ob diese eine Erklärung enthalten, warum die Norm die GmbH nicht zu ihrem Adressatenkreis zählt. Finden sich keine plausiblen Gründe für den Ausschluss der GmbH aus dem Adressatenkreis, so ist *sodann* zu prüfen, ob die Einführung einer dem § 161 AktG entsprechenden Regelung für die GmbH sinnvoll wäre. Dazu sind der Adressatenkreis und die Inhalte einer solchen Norm zu definieren und es ist zu untersuchen, ob eine solche Vorschrift verfassungsgemäß – und insb. verhältnismäßig i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG – wäre.

A. Gründe für eine Beschränkung des Adressatenkreises des § 161 AktG a. F. und des § 161 AktG n. F.

Aufschlüsse für die Beschränkung des Adressatenkreises des § 161 AktG könnten die Gesetzgebungsmaterialien und die Materialien der Regierungskommission Corporate Governance geben.

Darüber hinaus sollen die Gesetzgebungsmaterialien zu § 161 AktG n. F. untersucht und es soll überprüft werden, ob sich diesbzgl. Hinweise darauf ergeben, warum auch nach Änderung der Norm der Adressatenkreis weiterhin auf börsennotierte Gesellschaften und auf solche beschränkt ist, deren Aktien über ein multilaterales Handelssystem gehandelt werden und die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien an einem organisierten Markt ausgegeben haben³.

¹ Siehe oben S. 23.

² Siehe oben S. 96.

³ Siehe oben S. 23 f., 96.

I. BT-Drucks. 14/8769

In der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf zu § 161 AktG a. F. finden sich keine ausdrücklichen Ausführungen dazu, weshalb der Adressatenkreis auf die börsennotierte Gesellschaft beschränkt wurde.

Aus dem *Allgemeinen Teil* der Regierungsbegründung lässt sich allenfalls herauslesen, dass Gründe für den Einsatz der Regierungskommission Corporate Governance die „*Globalisierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte*“ waren.⁴ Daraus kann geschlossen werden, dass Regelungsadressaten Unternehmen sein sollten, die auf dem Kapitalmarkt operieren. Eine Begründung dafür, warum Adressaten nur börsennotierte Gesellschaften sein sollten, findet sich jedoch nicht.

Aus dem *Besonderen Teil* der Regierungsbegründung ergibt sich, dass der DCGK dazu dienen sollte, Verhaltensmaßstäbe „...in einer gerade auch für ausländische Investoren geeigneten Form zusammenfassend und übersichtlich darzustellen...“.⁵ Daraus lässt sich folgern, dass der Gesetzgeber gerade solche Unternehmen vom Regelungsbereich des Kodexes erfasst wissen wollte, deren Beteiligungen als Anlageobjekte für ausländische Investoren in Betracht kommen. Dies lässt den Schluss zu, dass ein Grund für die Beschränkung des Adressatenkreises auf börsennotierte Gesellschaften die hohe Zahl von Anlegern und das hohe Investitionsvolumen am organisierten Markt waren.⁶

II. Materialien und insb. Bericht der Regierungskommission Corporate Governance zu § 161 AktG a. F.

Vor Veröffentlichung des DCGK übermittelte die Regierungskommission Corporate Governance inländischen und ausländischen Sachverständigen und Verbänden einen Fragenkatalog⁷ zur Stellungnahme. In diesem stellte sie u. a. die Frage, ob für nicht börsennotierte Gesellschaften auf die Einführung eines Code of Best Practice verzichtet werden sollte. Die Kommission veröffentlichte jedoch keine gesonderte Auswertung der Stellungnahmen, die an dieser Stelle herangezogen werden könnte. Ausschließlich einzelne Organisationen publizierten ihre Stellungnahmen.⁸ Von diesen sprach sich der *Deutscher Notarverein e. V.* für die Anwendung der Grundsätze der Corporate Governance auf andere Rechtsformen aus.⁹

⁴ BT-Drucks. 14/8769, S. 10.

⁵ BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

⁶ Keine weitere Aufklärung bringt die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung S. BT-Drucks. 14/9079.

⁷ Baums, Bericht der Regierungskommission, S. 333. Siehe hierzu auch Hommelhoff, ZGR 2001, 238, 240 Fn. 11.

⁸ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e. V., NZG 2001, 181 ff.; Deutscher Notarverein e. V., NZG 2001, 185 ff.; Institut der Wirtschaftsprüfer, WPg 2000, 1027 ff.

⁹ S. Deutscher Notarverein e. V., NZG 2001, 185, 192, der die Anwendung vor allem auf den VVaG und die e. G. erstrecken wollte; a. A. Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2001, 181: Für Gesellschaften, die nicht an der Börse notiert sind, besteht erst recht kein Bedürfnis, einen allgemein verbindlichen Kodex festzusetzen.

§ 8 Obligatorische Entsprechenserklärung für die GmbH?

In ihrem Bericht macht die Regierungskommission Corporate Governance deutlich, dass es das Ziel der Regierungskommission war, die Anleger zu schützen.¹⁰ Da der Anlegerschutz primär bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften erforderlich ist¹¹, lassen sich aus diesem Ziel die Gründe für die zunächst erfolgte Beschränkung des Adressatenkreises auf börsennotierte Gesellschaften ableiten.

In ihrem Bericht führt die Kommission ferner aus, dass das angelsächsische Recht Orientierung bei der Entwicklung des DCGK geboten hat und dass dieses anders als das deutsche Recht zwischen „*privaten und kapitalmarktorientierten coporations (companies)*“¹² differenziert.

Als weiterer Aspekt ist anzuführen, dass es der Kommission richtig erschien, „*zwischen nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften (vgl. § 3 Abs. 2 AktG) bzw. kleinen Aktiengesellschaften mit persönlich bekanntem Gesellschafterkreis einerseits und der börsennotierten Aktiengesellschaft bzw. Gesellschaft mit unbekanntem Aktionärskreis zu differenzieren*“. Die Kommission begründete dies damit, dass für erstere weitgehende Satzungsfreiheit vorgesehen werden könne, während eine Deregulierung und Flexibilisierung für börsennotierte Gesellschaften durch Corporate Governance-Richtlinien stattfinden könne.¹³

Als Gründe der Regierungskommission für die Beschränkung des Adressatenkreises lassen sich somit *erstens* der Anlegerschutz, *zweitens* die Orientierung am angelsächsischen Gesellschaftsrecht und *drittens* die Möglichkeit höherer Satzungsfreiheit für nicht börsennotierte Gesellschaften erkennen.

III. Materialien zu § 161 AktG n. F.

Aus der der Umsetzung zugrunde liegenden Richtlinie 2006/46/EG lässt sich erkennen, dass die Pflicht zur Aufnahme einer Erklärung zur Unternehmensführung in ihren Lagebericht nur Gesellschaften treffen sollte, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt¹⁴ zugelassen sind. Den Mitgliedstaaten wurde in der Richtlinie ein Umsetzungsspielraum hinsichtlich des Adressatenkreises dieser Pflicht eingeräumt. So konnten diese Gesellschaften, die ausschließlich andere Wertpapiere als zum Handel an einem geregelten Markt zugelassene Aktien emittieren, von der Pflicht weitgehend ausnehmen, es sei denn, dass diese Aktien emittiert haben, die über ein multilaterales Handelssystem¹⁵ gehandelt werden. Eine Begründung, warum die Pflicht zur Abgabe der Unternehmensführungserklärung für diese Gesellschaften und für andere nicht bestehen sollte und warum den Mitgliedstaaten ein Spielraum bei der Umsetzung eingeräumt wurde, findet sich nicht in der Richtlinie.

¹⁰ Baums, Bericht der Regierungskommission, S. 4, Rdn. 4.

¹¹ Siehe oben S. 146.

¹² Baums, Bericht der Regierungskommission, S. 4, Rdn. 4.

¹³ Baums, Bericht der Regierungskommission, S. 5, Rdn. 4.

¹⁴ I. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der RL 2004/39/EG.

¹⁵ I. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der RL 2004/39/EG.

§ 8 Obligatorische Entsprechenserklärung für die GmbH?

Bei seiner Umsetzung der Corporate Governance-Vorschriften der Richtlinie durch die §§ 289, 289a, 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8, § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB n. F., § 161 AktG n. F. hat der Gesetzgeber den engsten im Rahmen seines Umsetzungsspielraums möglichen Adressatenkreis gewählt. In den Gesetzgebungsmaterialien finden sich allein Praktikabilitätsgründe¹⁶ als Begründung dafür, warum der Adressatenkreis der § 289a HGB n. F., § 161 AktG n. F. auf solche Gesellschaften beschränkt wurde, deren Aktien *auf eigene Veranlassung* über ein multilaterales Handelssystem i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden. Weitere Gründe für die Wahl des Adressatenkreises werden nicht genannt.

Weder die Richtlinie 2006/46/EG noch die Gesetzgebungsmaterialien geben somit Aufschluss über die Gründe für die gewählte Beschränkung des Adressatenkreises.

IV. Ergebnis der Auswertung

Die Auswertung hat deutlich gemacht, dass weder durch den Gesetzgeber bei Einführung des § 161 AktG a. F. noch durch die Regierungskommission Corporate Governance bei Aufstellung des Kodexes eine umfangreiche Diskussion stattgefunden hat, welche Rechtsformen zum Adressatenkreis gehören sollten. Eine konkrete Begründung, warum GmbH nicht erfasst sein sollten, findet sich in den Materialien nicht. Allenfalls dem Bericht der Regierungskommission lassen sich Gründe für eine Beschränkung entnehmen, welche herangezogen werden können, wenn es um die Frage der Einführung einer dem § 161 AktG entsprechenden Norm in das GmbH-Recht geht. Da die GmbH keiner Satzungsstrenge unterliegt, wäre der Argumentation der Regierungskommission Corporate Governance zufolge, eine Regulierung des GmbH-Rechts durch Corporate Governance-Richtlinien nicht erforderlich. Die fehlende Satzungsstrenge der GmbH als Argument gegen die Anwendung von Corporate Governance-Vorschriften überzeugt jedoch nicht. Dies fußt darauf, dass Corporate Governance-Vorschriften bei der GmbH hauptsächlich dem Gläubigerschutz dienen und die GmbH-Gesellschafter in der Regel freiwillig keinen weitgehenden Gläubigerschutz in der Satzung gewähren.

B. Adressatenkreis, Inhalte und Verhältnismäßigkeit einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift

Da sich aus den Gesetzgebungsmaterialien zu § 161 AktG keine plausiblen Gründe gegen eine § 161 AktG entsprechende Norm ergeben, sind in der Folge der Adressatenkreis und die Inhalte einer solchen Norm zu definieren und sodann deren Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Da bislang kein anderer GmbH-Kodex veröffentlicht wurde, wird im Folgenden eine § 161 AktG entsprechende Vorschrift entworfen, die sich auf den oben entwickelten GmbH-Kodex¹⁷ bezieht.

¹⁶ BT-Drucks. 16/10067 S. 104.

¹⁷ Siehe oben S. 151 ff., 201 ff.

I. Adressatenkreis einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift

Der Adressatenkreis der zur Abgabe verpflichteten GmbH hat sich am Adressatenkreis des GmbH-Kodexes zu orientieren, auf den sich die Entsprechenserklärung beziehen soll, und sollte allenfalls enger nicht jedoch weiter als dieser sein. Bei Orientierung an dem oben ausgearbeiteten GmbH-Kodex wäre der Adressatenkreis folglich nicht auf bestimmte GmbH zu beschränken.

Zu adressierende Organe wären die Geschäftsführer und ein eventueller Aufsichtsrat. Diese Wahl beruht darauf, dass die Geschäftsführer maßgeblich an der Umsetzung von Corporate Governance-Maßnahmen beteiligt sind und durch die Entsprechenserklärung dazu verpflichtet werden, sich mit dem GmbH-Kodex und der Corporate Governance der Gesellschaft jährlich wiederkehrend auseinanderzusetzen.¹⁸ Durch die Beteiligung des Aufsichtsrates an der Abgabe der Entsprechenserklärung soll erreicht werden, dass der Aufsichtsrat die Geschäftsführung bei der Umsetzung des Kodexes und der Abfassung der Erklärung überwacht.

II. Inhalte einer § 161 AktG n. F. entsprechenden Vorschrift

Entsprechend § 161 AktG n. F. sollten die Geschäftsführer und ein eventueller Aufsichtsrat zu der jährlichen Erklärung verpflichtet werden, dass den Empfehlungen des Kodexes entsprochen wurde oder welche Empfehlungen nicht angewandt wurden oder werden und warum nicht. Um dem Kodex die entsprechende Legitimation zu verleihen, wäre es erforderlich, dass dieser ebenso wie der DCGK im Bundesgesetzblatt veröffentlicht würde. Die Vorschrift sollte folglich ebenso wie § 161 AktG auf diese Veröffentlichung Bezug nehmen.

III. Verhältnismäßigkeit einer obligatorischen Entsprechenserklärung, Art. 20 Abs. 3 GG

Die Einführung einer dem § 161 AktG entsprechenden Norm in das GmbH-Recht ist nur möglich, wenn eine derartige Vorschrift verfassungsgemäß wäre. Dazu müsste die Norm insb. verhältnismäßig i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG sein. Dies setzt ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit voraus.

1. Geeignetheit

Die Maßnahme ist *geeignet*, wenn sie den erstrebten Zweck überhaupt zu erreichen vermag.¹⁹ Der Zweck einer obligatorischen Entsprechenserklärung wäre die Stärkung des Anlegervertrauens in die GmbH und eine Verbesserung des Corporate Governance-Systems der GmbH.²⁰ Durch die Entsprechenserklärung könnten sich die Stakeholder über die Befolgung des GmbH-Kodexes unterrichten, wodurch das Vertrauen in die jeweilige GmbH und in das deutsche Corporate Governance-System gestärkt würden. Es ist zudem zu erwarten, dass

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rdn. 17.

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 14/8769, S. 10.

durch die Pflicht zur Abgabe ein Druck auf GmbH erzeugt würde, der zu einer Verbesserung des deutschen Corporate Governance-Systems für GmbH führte.

2. Erforderlichkeit

Die Maßnahme ist nur *erforderlich*, wenn kein anderes Mittel verfügbar ist, das in gleicher oder besserer Weise geeignet ist, den erstrebten Zweck zu erreichen, aber den Betroffenen weniger belastet.²¹ Als milderer Mittel kommt die Abgabe einer *freiwilligen Entsprechenserklärung* in Betracht. Es ist jedoch zu erwarten, dass im Falle einer Freiwilligkeit viele GmbH aufgrund der Kostenintensivität von der Abgabe einer Entsprechenserklärung Abstand nähmen und das Corporate Governance-System der GmbH nicht in derselben Weise gestärkt würde. Eine freiwillige Entsprechenserklärung könnte den erstrebten Zweck somit nicht in gleicher Weise erreichen. Die Entsprechenserklärung ist demzufolge erforderlich.

3. Angemessenheit

Zu ihrer *Angemessenheit* (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) muss die Maßnahme im Verhältnis zu ihrem erstrebten Erfolg stehen.²² Es hat eine Abwägung aller Vor- und Nachteile der Maßnahme stattzufinden. Als Vorteile einer Entsprechenserklärung können *zum einen* die angestrebten Zwecke einer obligatorischen Entsprechenserklärung genannt werden. Dies sind die bereits genannte Stärkung des Anleger- und Gläubigervertrauens und des Corporate Governance-Systems der GmbH²³. Als Nachteile stehen diesen Vorteilen die Zeit- und Kostenintensivität der Abgabe von Entsprechenserklärungen und die mit der Abgabe verbundenen Haftungsrisiken gegenüber²⁴.

Durch die Abgabepflicht einer obligatorischen Entsprechenserklärung würde eine hohe Zahl von GmbH mit zusätzlichen Formalien belastet werden, denen kaum ein Vorteil aus der Entsprechenserklärung erwachsen würde. Dies würde insb. für solche GmbH zutreffen, die keine Publikums-GmbH sind und nur in geringem Umfang Kapitalanleger werben oder nur in geringem Maße Gläubiger von ihrer guten Corporate Governance überzeugen müssen. Auf all diese GmbH käme ein zusätzlicher bürokratischer Aufwand zu, der in keinem Verhältnis zu den Vorteilen einer obligatorischen Entsprechenserklärung stünde. Vielmehr ist anzunehmen, dass es der Rechtsform GmbH sogar schaden könnte, wenn man sie mit der zusätzlichen Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung belasten würde. Jeder zusätzliche Verwaltungsaufwand kann dazu führen, dass die Wahl von Unternehmensgründern bei der Suche nach der richtigen Rechtsform nicht auf die GmbH fällt.

Die Einführung einer Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung wäre nicht angemessen und somit auch nicht verhältnismäßig i. w. S.

²¹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rdn. 17.

²² Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rdn. 17.

²³ Siehe oben S. 151.

²⁴ Vgl. oben S. 218 ff.

4. Zusammenfassung

- a) Keinen Aufschluss gegeben hat die Untersuchung der Gesetzgebungsmaterialien zu § 161 AktG a. F. und n. F. hinsichtlich der Frage, warum die GmbH nicht in den Adressatenkreis der Norm aufgenommen wurde. Allein die Regierungskommission Corporate Governance lässt in ihrem Bericht erkennen, dass sie Corporate Governance-Maßnahmen für nicht börsennotierten AG bzw. kleine AG mit persönlich bekanntem Gesellschafterkreis für nicht erforderlich hält.
- b) Die Einführung einer dem § 161 AktG entsprechenden Norm, durch die die Geschäftsführung und ein eventueller Aufsichtsrat sämtlicher GmbH zur jährlichen Abgabe einer Entsprechenserklärung verpflichtet würde, ist nicht zu empfehlen. Eine solche Norm wäre nicht verhältnismäßig i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG. Sie würde eine hohe Zahl der adressierten GmbH mit zusätzlichen Formalien belasten, ohne dass diesen entsprechende Vorteile aufgrund der Abgabe einer Entsprechenserklärung erwachsen würden. Offen bleiben soll an dieser Stelle, ob die Einführung einer § 161 AktG entsprechenden Norm, die nur bestimmte GmbH zur Abgabe einer Entsprechenserklärung verpflichtet, sinnvoll wäre.
- c) *Fazit:* Die Abgabe einer Entsprechenserklärung sollte somit für GmbH grundsätzlich freiwillig bleiben.

§ 9 SCHLUSSBETRACHTUNGEN

A. Corporate Governance ist in Deutschland ein zwar relativ junges jedoch in der Unternehmenskultur stetig weiter verbreitetes Instrumentarium. Dies verdeutlichen vor allem die hohe Zahl der veröffentlichten Corporate Governance-Kodizes in den letzten Jahren und die Verankerung des DCGK im Jahr 2002 in § 161 AktG. Auch auf europäischer Ebene beschäftigen sich Kommission und Parlament mit der Materie und sind an einer Umsetzung von Corporate Governance-Maßnahmen interessiert. Insbesondere das aufgrund der Bilanzrichtlinien in das nationale Recht einzuführende Corporate Governance Statement für bestimmte Gesellschaften belegen dieses Interesse.

B. Die Insolvenzzahlen der GmbH verdeutlichen, dass sie unabhängig von der Konjunktur im Vergleich zu anderen Rechtsformen unter einer hohen Insolvenzanfälligkeit leidet. Die Gründe hierfür beruhen vor allem darauf, dass sie als Mitunternehmergesellschaft häufig mit zu geringem Eigenkapital ausgestattet ist, da die Gesellschafter sie zu ihrer Haftungsbeschränkung wählen und die finanzielle Ausstattung der GmbH in besonderem Maße von den Finanzierungsmöglichkeiten ihrer Gesellschafter abhängt. Kommt es zur Insolvenz, so haben die Gläubiger (z. B. Lieferanten und Arbeitnehmer) der GmbH aufgrund der hohen Zahl masseloser Insolvenzen das Nachsehen. Ein weiteres Problem der GmbH besteht darin, dass sie einem hohen Wettbewerb mit anderen Rechtsformen auf dem europäischen Binnenmarkt ausgesetzt ist. Dies gilt um so mehr als nicht nur ausländische Rechtsformen wie die englische Limited auf den deutschen Markt drängen, sondern auch weil das Europäische Parlament mit der EPG eine zusätzliche Rechtsform auf den Weg bringt. Zudem ist die GmbH aufgrund ihrer Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in erhöhtem Maße Missbräuchen durch die Gesellschafter ausgesetzt. Diesen Problemen hat der Gesetzgeber durch die Reform des GmbHG und die Einführung des MoMiG Herr zu werden versucht. Es lässt sich jedoch erkennen, dass zwar vereinzelte Vorschriften des Gesetzes dem Gläubigerschutz und der Vermeidung von Missbräuchen dienen; eine wirkungsvolle Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verringerung der Insolvenzanfälligkeit hat jedoch nicht stattgefunden. Vielmehr ist eine Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt mit nur einem Euro Mindeststammkapital eingeführt worden. Selbst unter Berücksichtigung ihrer Pflicht zur Rücklagenbildung bedeutet dies eine Senkung statt einen Ausbau der Eigenkapitalbasis. Auffällig ist zudem, dass in einigen Bereichen sogar eine Verschlechterung der Gläubigerstellung durch das MoMiG eingetreten ist.

C. Die in der Literatur genannten Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen sind alleamt auf die GmbH übertragbar. Da die untersuchten Problembereiche der GmbH zu einem großen Teil auf der gesetzlichen Konstruktion der GmbH, nämlich ihrer Ausrichtung als Mitunternehmergesellschaft, ihrer geringen Kapitalsammelfunktion und ihrer Haftungsbeschränkung, beruhen, können sie durch nicht-gesetzliche Corporate Governance-Maßnahmen nicht behoben werden. Möglich ist es jedoch, mit Hilfe von Corporate Governance-Maßnahmen die Probleme der GmbH zu mindern.

§ 9 Schlussbetrachtungen

D. Eine konkrete Möglichkeit der Verbesserung der Corporate Governance der GmbH bietet die Umsetzung der zahlreichen Corporate Governance-Kodizes, die in den letzten Jahren aufgestellt wurden. Bei sämtlichen der untersuchten Kodizes gehörte die GmbH zum Adressatenkreis, wobei jedoch keiner der Kodizes für die GmbH rechtlich verbindlich ist.

E. Eine herausragende Rolle unter diesen Kodizes spielt aufgrund seiner gesetzlichen Verankerung in § 161 AktG der DCGK. Die Kodexkommission empfiehlt die Anwendung des Kodexes auch anderen als den in § 161 AktG aufgelisteten Gesellschaften. Diese Empfehlung ist jedoch für die weit überwiegende Zahl der GmbH nicht sinnvoll. Dies zeigt sich daran, dass die börsennotierte AG als primäre Kodexadressatin und die GmbH wesentliche strukturelle Unterschiede aufweisen. Aus diesem Grunde ist der DCGK nur mit Überwindung erheblicher Hindernisse auf die GmbH entsprechend anwendbar.

F. Dieses Problem besteht bei der Aufstellung eines auf die GmbH zugeschnittenen Corporate Governance-Kodexes nicht. Ein solcher GmbH-Kodex konnte in dieser Arbeit zur Verbesserung der Corporate Governance und als Problemlösungsstrategie der GmbH ausgearbeitet werden. Bei der Aufstellung des Kodexes wurde Wert darauf gelegt, dass er einen weiten Adressatenkreis haben sollte und sämtliche GmbH ihn anwenden können. Der Kodex stellt die Organisationsverfassung der GmbH dar, indem er die Rechte und Pflichten sowie die Zuständigkeiten der Gesellschafter und Organe der GmbH behandelt. Dabei spiegelt er in für juristische Laien verständlicher Sprache die Rechtslage wider und gibt Anregungen und Empfehlungen. Der GmbH-Kodex geht zudem auf Problemfelder wie Vergütung und Abfindungen sowie Interessenkonflikte ein und enthält rechtsformspezifische Regelungen zu den Themenbereichen Transparenz, Rechnungslegung und Abschlussprüfung. Von besonderer Bedeutung für eine gute Corporate Governance der GmbH sind Vorschriften, die zu einer Verbesserung des Gläubigerschutzes beitragen. Ein Abschnitt des Kodexes widmet sich daher allein dem Schutz der Gläubiger. In ihm finden sich Regelungen zur Insolvenzvermeidung, für GmbH in Insolvenznähe, zur Haftung der Geschäftsführung und Gesellschafter im Insolvenzfall sowie zur Insolvenzkosten-Pflichtversicherung und Forderungsausfallversicherung. Dafür dass seine Verwendung anders als der DCGK zur Vertrauensgewinnung sowohl bei Anlegern als auch bei Gläubigern eingesetzt werden kann, hat eine Berücksichtigung ihrer teilweise diametralen Interessen bei der Kodexaufstellung Sorge getragen.

G. Es konnte festgestellt werden, dass die Abgabe einer freiwilligen Entsprechenserklärung nahezu ausschließlich Vorteile für die GmbH mit sich bringt. Ein Nachteil sind die mit der Abgabe einer Entsprechenserklärung verbundene Zeit und die entstehenden Kosten. Die Haftungsrisiken können als gering eingeschätzt werden. Eine freiwillige Entsprechenserklärung ist der GmbH insb. hinsichtlich des GmbH-Kodexes zu empfehlen.

H. Die Aufnahme einer dem § 161 AktG entsprechenden Vorschrift in das GmbHG mit der Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung zum DCGK oder zum GmbH-Kodex für sämtliche GmbH ist abzulehnen. Eine solche wäre nicht verhältnismäßig i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG.

I. *Fazit:* Erst die Zukunft wird zeigen, ob die Vorschriften des MoMiG tatsächlich der Bekämpfung von Missbräuchen und der Stärkung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen dienen werden. Zweifel hieran bestehen bereits jetzt, weil das MoMiG eine Reihe von die

§ 9 Schlussbetrachtungen

Gläubigerposition schwächenden Vorschriften enthält. Der in dieser Arbeit entwickelte GmbH-Kodex scheint demgegenüber als eine sinnvolle nicht-gesetzliche Ergänzung zur Verringerung der Problemfelder der GmbH und zur Erreichung weiterer Ziele von Corporate Governance-Maßnahmen. Seine Anwendung wird GmbH daher zur Verbesserung ihrer Corporate Governance angeboten und empfohlen.

LITERATURVERZEICHNIS

Abram, Nils,

Ansprüche von Anlegern wegen Verstoßes gegen § 161 AktG oder den Deutschen Corporate Governance Kodex - ein Literaturbericht,
ZBB 2003, S. 41 - 58.

Alsheimer, Constantin; Jacob, Hans-Joachim; Wietzlow, von, Walther;

Grundsätze der Public Corporate Governance für eine erfolgreiche Aufsicht in öffentlichen Unternehmen,
WPg 2006, S. 937 - 940.

Altmeyen, Holger,

Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis,
NJW 2008, S. 3601 - 3607.

ders.,

Der Prüfungsausschuss - Arbeitsteilung im Aufsichtsrat,
ZGR 2004, S. 390 - 431.

ders.,

Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH,
ZIP 2008, 1201 - 1207.

ders.; Roth, Günter H.,

Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),
5. Auflage, München 2005
(zit.: *Roth/ Altmeyen, GmbHG*).

Arbeitskreis „Externe Unternehmensrechnung“ (AKEU) der Schmalenbach-Gesellschaft Köln,

Externe Corporate Governance-Berichterstattung,
DB 2006, S. 1069 - 1071.

Armbrüster, Christian,

Verschwiegenheitspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Abtretung von Vergütungsansprüchen,
GmbHR 1997, S. 56 - 60.

Arndt, Jan-Holger; Voß, Thorsten, (hrsg.)

Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz (Verkaufsprospektgesetz) und Verordnung über Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte (Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung-VermVerkProspV),
München 2008,
(zit.: *Bearbeiter* in: *Arndt/ Voß, VerkaufsprospektG*).

Arnold, Michael,

Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre nach Gelatine und Macrotron,
ZIP 2005, S. 1573 - 1579.

Arnsfeld, Torsten; Growe, Sebastian,

Corporate Governance Rating in Deutschland,
Finanz Betrieb 8. Jg. 2006, S. 715 - 720.

Assmann, Heinz-Dieter (hrsg.); Schneider, Uwe H. (hrsg.),

Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar,
5. Auflage, Köln 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: *Assmann/ Schneider, WpHG*).

Literaturverzeichnis

dies. (hrsg.),

Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar,

4. Auflage, Köln 2006

(zit.: *Bearbeiter* in: Assmann/ Schneider, WpHG).

Assmann, Heinz-Dieter; Lenz, Jürgen; Ritz, Corinna;

Verkaufsprospektgesetz - Kommentar zum Verkaufsprospektgesetz, zur Verkaufsprospektverordnung und zur Verkaufsprospektgebührenverordnung

Köln 2002

(zit.: *Bearbeiter* in: Assmann/ Lenz/ Ritz, VerkProspG).

Assmann, Heinz-Dieter; Schütze, Rolf A. (hrsg.),

Handbuch des Kapitalanlagerechts,

3. Auflage, München 2007

(zit.: *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts).

Ausschuss Anwaltsnotariat und Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat des Deutschen Anwaltsvereins,

Stellungnahme zu einem möglichen Statut für eine Europäische Privatgesellschaft (EPG)

NZG 2008, S. 138 - 141.

Bachmann, Gregor,

Der „Deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken,

WM 2002, S. 2137 - 2143.

Baetge, Jörg; Lutter, Marcus, (hrsg.)

Abschlussprüfung und Corporate Governance - Bericht des Arbeitskreises „Abschlussprüfung und Corporate Governance“,

Köln 2003

(zit.: *Baetge/ Lutter*, Abschlussprüfung und Corporate Governance).

Bartz, Alexander,

Corporate Governance in Deutschland – Eine Einführung,

JA 2003, S. 905 - 912.

Bassen, Alexander; Kleinschmidt, Maik; Prigge, Stefan; Zöllner, Christine,

Deutscher Corporate Governance Kodex und Unternehmenserfolg – Empirische Befunde

DBW 66. Jg. 2006, S. 375 - 401.

Baumbach, Adolf; Hopt, Klaus J.,

Handelsgesetzbuch,

33. Auflage, München 2008

(zit.: *Baumbach/ Hopt*, HGB).

Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred,

GmbH-Gesetz,

18. Auflage, München 2006,

(zit.: *Bearbeiter* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG).

Baums, Theodor (hrsg.),

Bericht der Regierungskommission Corporate Governance,

Köln 2001,

(zit.: *Baums*, Bericht der Regierungskommission).

ders.,

Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht

AG 2007, S. 57 - 65.

Literaturverzeichnis

Bayer, Walter,
Moderner Kapitalschutz,
ZGR 2007, S. 220 - 240.

BB-Kurzinterview (Wegerich),
Reform des GmbH-Rechts: MindestkapG - Papiertiger oder praxisgerechte Gesetzgebung, - BB-Kurzinterview mit
Hans-Christoph Ihrig,
BB 2005, Heft 20, S. IV - V.

Benecke, Martina,
Haftung für Inanspruchnahme von Vertrauen - Aktuelle Fragen zum neuen Verkaufsprospektgesetz,
BB 2006, S. 2597 - 2601.

Berg, Stefan; Stöcker, Mathias,
Anwendungs- und Haftungsfragen zum Deutschen Corporate Governance Kodex,
WM 2002, S. 1569 – 1582.

Bergius, Susanne,
Neuer Tabellenführer in der Moral-Liga,
Handelsblatt vom 16.06.2005 S. C 7, C 8.

Berle, Adolf A.; Means, Gardiner C.,
The Modern Corporation and Private Property,
New York 1933
(zit.: *Berle/ Means, The Modern Corporation and Private Property*).

Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance,
Der German Code of Corporate Governance (GCCG), in:
German Code of Corporate Governance (GCCG), Werder, von, Axel (hrsg.),
2. Auflage, Stuttgart 2001, S. 63 – 119
(zit.: *Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance* in: German Code of Corporate Governance).

ders.,
German Code of Corporate Governance,
DB 2000, S. 1573 - 1581.

Bernhardt, Wolfgang,
Corporate Governance Kodex für den Mittelstand?,
DB 2003, Heft 32 I.

ders.,
Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Zuwahl (comply) oder Abwahl (explain)?,
DB 2002, S. 1841 - 1846.

Black, Bernard S.; Jang, Hasung; Kim, Woochan,
Does Corporate Governance Affect Firm Value?,
Working paper 327, Stanford Law School 2003.
(zit.: *Black/ Jang/ Kim, Does Corporate Governance Affect Firm Value?*)

dies.,
Journal of Law, Economics & Organization 2006 (Vol. 22), 366, 399 f.

Böcker, Philipp,
§§ 30, 31 GmbHG im Wandel,
ZGR 2006, S. 213 - 239.

Literaturverzeichnis

Bohlken, Lars; Lange, Meik,

Die Prospekthaftung im Bereich geschlossener Fonds nach §§ 13 Abs. 1 Nr. 3, 13a Verkaufsprospektgesetz n. F.,
DB 2005, S. 1259 - 1263.

Borges, Georg,

Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht - zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes,
ZGR 2003, S. 508 - 540.

Borgmann, Bernd,

Ethikrichtlinien und Arbeitsrecht,
NZA 2003, S. 352 - 357.

Borgmann, Bernd; Faas, Thomas,

Das Weisungsrecht zur betrieblichen Ordnung nach § 106 S 2 GewO,
NZA 2004, S. 241 - 244.

Bork, Reinhard,

Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?
ZGR 2007, S. 250 - 270.

Bornmann, Jens; Apfelbaum, Sebastian,

Handelsregister und GmbH-Gründung in Deutschland als „best practice“ im Vergleich zum anglo-amerikanischen
Rechtskreis,
ZIP 2007, S. 946 - 952.

Bornmann, Michael,

Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG,
GmbHR 2007, S. 897 - 904.

Börsensachverständigenkommission,

BSK setzt Übernahmekodex außer Kraft,
Pressemitteilung v. 04.03.2002
(zit.: *Börsensachverständigenkommission*, Pressemitteilung v. 04.03.2002).

Böttcher, Lars; Blasche, Sebastian,

Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung
nach dem MoMiG,
NZG 2007, S. 565 - 569.

Brandmüller, Gerhard,

Der GmbH-Geschäftsführer im Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht,
17. Auflage Bonn u. a. 2005 (18. Auflage Bonn, Berlin 2006)
(zit.: *Brandmüller*, Der GmbH-Geschäftsführer).

Braun, Peter; Gstach, Olivier,

Rating kompakt - Basel II und die Kreditwürdigkeitsprüfung,
Augsburg 2002
(zit.: *Braun/ Gstach*, Rating kompakt).

Bremeier, Wolfram; Brinckmann, Hans; Killian, Werner; Schneider, Karsten,

Die Bedeutung des Corporate Governance Kodex für kommunale Unternehmen,
ZögU 2005, S. 267 - 282.

Brown, Lawrence D.; Caylor, Marcus L.,

Corporate Governance and Firm Performance,
Working Paper, Georgia, December 7, 2004, S. 1 - 52
(zit.: *Brown/ Caylor*, Corporate Governance and Firm Performance).

Literaturverzeichnis

Buchter, Heike,

Kopf ab!,

Financial Times Deutschland v. 12.04.2005 S. 30.

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,

BaFin begrüßt Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften,

Presseerklärung v. 27.04.2005, S. 1.

Bundesministerium der Finanzen,

Gesellschafter-Geschäftsführer: Grundsätze bei der Anerkennung von Tantiemезusagen; Rechtsfolgen aus BFH v.

27.3.2001 – I R 27/99, GmbHR 2001, 580 (BMF v. 1.2.2002 – IV A 2 - S 2742 - 4/02),

GmbHR 2002, S. 291.

dass.,

Verdeckte Gewinnausschüttung: Angemessenheit der Gesamtbezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers (BMF v.

14.10.2002 – IV A 2 - S 2742 - 62/02),

GmbHR 2002, S. 1152 - 1154.

dass.,

Umsetzung von Basel II in Deutschland und der Europäischen Union,

Monatsbericht des BMF - Januar 2006, S. 57 - 68.

Burgard, Ulrich

Verfassungsmäßigkeit des „Video“-Urteils des BGH,

Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG 1.94.

ders.,

Natürliche Person als herrschendes Unternehmen im qualifizierten faktischen Konzern,

Anmerkung aus WuB II C § 13 GmbHG 2.94.

ders.,

Rechtsfragen der Konzernfinanzierung,

AG 2006, S. 527 - 536.

ders.,

Der Aufsichtsrat bei Verein und Stiftung, in:

Zwischen Markt und Staat - Gedächtnisschrift für W. Rainer Walz, (hrsg.) Kohl, Helmut,

Köln 2007, S. 71 ff.

(zit.: *Burgard* in: GS Walz).

ders.,

II. Abteilung: Cash Management nach dem Bremer Vulkan-Urteil, in:

Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, (hrsg.) Schriftenreihe der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln

2003, S. 45 ff.

(zit.: *Burgard* in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002).

ders.,

Zur Haftung der Gesellschafter bei Eingriffen in das Vermögen einer abhängigen GmbH,

Anmerkungen aus WuB II C § 13 GmbHG 1.02.

ders.,

Zur Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftern bei einem existenzgefährdenden Eingriff in die Gesellschaft,

Anmerkungen aus WuB II C § 13 GmbHG 1.03.

ders.,

Die Förder- und Treuepflicht des Alleingeschafters einer GmbH,

ZIP 2002, S. 827 - 839.

Literaturverzeichnis

Burgard, Ulrich; Gundlach, Ulf,

Wege zur Bewältigung des Problems der Masselosigkeit - Zur Einführung einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung,
ZIP 2006, S. 1568 - 1573.

Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt,

Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 2.7.2007 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 25.5.2007,
GmbHR 2007, S. 754 - 757.

Claussen, Carsten Peter,

Kleine Kapitalgesellschaften und der Zugang zum Kapitalmarkt,
ZHR 153 (1989), S. 216 - 234.

ders.,

Noch einmal: Die börsengehandelten GmbH-Anteile,
GmbHR 1989, S. 495 - 502.

Claussen, Carsten Peter; Bröcker, Norbert,

Der Corporate Governance-Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen-AG,
DB 2002, S. 1199 - 1206.

Consbruch, Johannes; Möller, Annemarie; Bähre, Lore; Schneider, Manfred,
Kreditwesengesetz mit weiteren Vorschriften zum Aufsichtsrecht der Banken,
7. Ergänzungslieferung Stand Juli 2006

(zit.: *Consbruch/ Möller/ Bähre/ Schneider*, Kreditwesengesetz).

Creditreform (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen, Jahr 2007,
Neuss 2007

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2007).

dies. (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen, 1. Halbjahr 2006,
Neuss 2006

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, 1. Halbjahr 2006).

dies. (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2006
Neuss 2006

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2006).

dies. (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2005
Neuss 2005

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2005).

dies. (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2004,
Neuss 2004

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2004).

dies. (hrsg.),

Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2003
Neuss 2003

(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2003).

Literaturverzeichnis

dies. (hrsg.),
Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2001,
Neuss 2001
(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2001).

dies. (hrsg.),
Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2002,
Neuss 2002
(zit.: *Creditreform*, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen, Jahr 2002).

Creifelds, Carl (begr.); Weber, Klaus (hrsg.)
Rechtswörterbuch,
19. Auflage, München 2007
(zit.: *Creifelds*, Rechtswörterbuch).

Dauner-Lieb, Barbara,
Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB,
ZGR 2008, S. 34 - 47.

Deckert, Martina, R.,
Der Aufsichtsrat in der Diskussion,
JuS 1999, S. 736 - 740.

Degenhart, Christoph,
Staatsrecht,
2. Auflage, Heidelberg 2005
(zit.: *Degenhart*, Staatsrecht).

Deloitte & Touch GmbH (hrsg.)
Corporate Governance - Werte Schaffen und bewahren,
2008 München
(*Deloitte*, Corporate Governance - Werte Schaffen und bewahren).

Deloitte (hrsg.),
Entwicklung der Aufsichtsratspraxis in Deutschland,
München 2004 S. 1 ff.
(zit.: *Deloitte*, Entwicklung der Aufsichtsratspraxis in Deutschland).

Deutscher Notarverein e. V.,
Stellungnahme des Deutschen Notarvereins e. V. zum Fragenkatalog der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ v. 20.09.2000,
NZG 2001, S. 185 - 192.

Deutsches Aktieninstitut (hrsg.),
DAI-Factbook - Stand 30.07.2008,
Frankfurt a. M.,
(zit.: *Deutsches Aktieninstitut*, DAI Factbook - Stand 30.07.2008).

dass. (hrsg.),
DAI-Factbook - Stand Oktober 2006,
Frankfurt a. M.,
(zit.: *Deutsches Aktieninstitut*, DAI Factbook - Stand Oktober 2006).

dass. (hrsg.),
Zahl der direkten Aktienanleger gestiegen – Zahl der Fondsanleger rückläufig
DAI-Kurzstudie 1/2005, S. 1 ff.

Literaturverzeichnis

Dierksmeier, Jochen,

Die englische Ltd. in Deutschland – Haftungsrisiko für Berater,
BB 2005, S. 1516 - 1523.

Dierksmeier, Jochen; Scharbert, Markus;

GmbH und englische Ltd. im Wettlauf der Rechtsformen 2006,
BB 2006, S. 1517 - 1523.

Dietrich, Mike; Struwe, Jochen,

Corporate Governance in der kommunalen Daseinsvorsorge,
ZögU 2006, S. 1 - 23.

Dreier, Horst (Hrsg.)

Grundgesetz Kommentar,
Band II: Artikel 20 - 82,
2. Auflage, Tübingen 2006
(zit.: *Bearbeiter* in: Dreier, GG).

Drobetz, Wolfgang; Schillhofer, Andreas; Zimmermann, Heinz,

Corporate Governance and Expected Stock Returns: Evidence from Germany,
European Financial Management 2004 (Vol. 10, No. 2) S. 267 - 293.

Drobnig, Ulrich,

Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens,
ZHR 129 (1967), S. 93 - 120.

Drygala, Tim,

Abschied vom qualifizierten faktischen Konzern - oder Konzernrecht für alle?
GmbHR 2003, S. 729 - 740.

ders.,

Zweifelsfragen im Regierungsentwurf zum MoMiG,
NZG 2007, S. 561 - 565.

ders.,

Aufsichtsratsbericht und Vertraulichkeit im System der Corporate Governance,
AG 2007, S. 381 - 392.

Dudenverlag (Hrsg.),

Duden - Das Fremdwörterbuch,
9. Auflage, Mannheim u. a. 2006
(zit.: Duden - Das Fremdwörterbuch).

Ebenroth, Carsten Thomas; Lange, Knut Werner,

Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG,
GmbHR 1992, 69 - 79.

Egbers, Bernd,

Die Möglichkeit einheitlicher Eigenmittelvorschriften im Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht,
Kreditwesen 2002, 169 - 172.

Ehlers, Harald,

Basel II/ Rating: Die Hausaufgaben für Mittelstandsunternehmen und ihre Berater,
2. Auflage, Herne, Berlin 2005
(zit.: *Ehlers*, Basel II).

Literaturverzeichnis

Ehrhardt, Olaf; Nowak, Eric,

Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regeln,
AG 2002, S. 336 - 345.

Eickhoff, Andreas,

Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH und GmbH & Co. KG
4. Auflage, Köln 2006

(zit.: *Eickhoff*, Die Praxis der Gesellschafterversammlung).

Eidenmüller, Horst ; Engert, Andreas,

Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft,
AG 2005, S. 97 - 108.

Eidenmüller, Horst,

Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen,
ZGR 2007, S. 168 - 211.

Eisenhardt, Ulrich,

Gesellschaftsrecht,
13. Auflage, München 2007

(zit.: *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht).

Engert, Andreas,

Solvenzanforderungen als gesetzliche Ausschüttungssperre bei Kapitalgesellschaften,
ZHR 170 (2006), S. 296 - 335.

Erker, Martin; Freund, Lydia,

Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern bei der GmbH,
GmbHR 2001, S. 463 - 467.

Ernst, Christoph, Seidler, Holger,

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts,
ZGR 2008, S. 631 - 675.

Ettinger, Jochen, Grützediek, Elke,

Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Abgabe der Corporate Governance Entsprechenserklärung gemäß § 161
AktG,
AG 2003, S. 353 - 366.

Europäische Kommission,

Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU, KOM 2003, 284 endgültig;
NZG 2003, Sonderbeilage zu Heft 13 S. 1 ff.

Ewert, Ralf,

Agencytheorie in:

Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, (hrsg.) Köhler, Richard; Küpper, Hans-Ulrich; Pfingsten, Andreas, 6. Auflage, Stuttgart 2007, S. 1 - 10.

(zit.: *Ewert* in: Hdwb der Betriebswirtschaft).

Feddersen, Dieter; Hommelhoff, Peter; Schneider, U. H.,

Corporate Governance - eine Einführung, in:

Corporate Governance, (hrsg.) Feddersen, Dieter; Hommelhoff, Peter; Schneider, Uwe H., Köln 1996, S. 1 ff.

(zit. *Feddersen/ Hommelhoff/ Schneider* in: Corporate Governance).

Fembacher, Tobias; Walz, Robert,

Mehr Haftung als Haftungsbeschränkung? Eine Gesamtschau zu den Risiken der GmbH-Anteilsabtretung,
BB 2004, S. 680 - 683.

Literaturverzeichnis

Fischer zu Cramburg, Ralf,
Blick nach Brüssel,
NZG 2007, S. 619.

Fleischer, Holger,
Covenants und Kapitalersatz,
ZIP 1998, S. 313 - 321.

ders.,
Prospektpflicht und Prospekthaftung für Vermögensanlagen des Grauen Kapitalmarkts nach dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz,
BKR 2004, S. 339.

Fockenbrock, Dieter,
Mitarbeiterkodex – Es lebe die Liebe,
Handelsblatt vom 17.06.2005 S. 9.

Förster, Christian,
Europäische Corporate Governance – Tatsächliche Konvergenz der neuen Kodizes?,
ZIP 2006, S. 162 - 171.

Freitag, Robert; Riemenschneider, Markus,
Die Unternehmersgesellschaft - „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?,
ZIP 2007, S. 1485 - 1492.

Friedemann, Jens,
Ein Kodex für Treuhandvermögen,
FAZ v. 06.01.2006 S. 39.

Friedl, Uwe,
Reformvorschläge zum aktienrechtlichen Gläubigerschutz,
VR 1989, S. 14 - 17.

Fürst, Michael,
Wertemanagement als Element eines präventiv wirkenden Risikomanagements und einer Good Corporate Governance, in:
Werte- und Reputationsmanagement, (hrsg.) Schmidt, Matthias; Beschorner, Thomas,
München u. a. 2005, S. 23 ff.
(zit.: *Fürst* in: Werte- und Reputationsmanagement).

Gadow, von (begr.); Hopt, Klaus J; Wiedemann, Herbert (hrsg.),
Großkommentar zum Aktiengesetz,
Bd. 1: Einleitung §§ 1 - 53, 4. Auflage Berlin 1994,
Lfg. 6: §§ 241 - 255, 4. Auflage Berlin 1996,
(zit.: *Bearbeiter* in: GroßKomm AktG).

Gajo, Marianne,
Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2006,
GmbHR 2007, S. R61 - R62.

Gehrlein, Markus,
Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung,
WM 2008, S. 761 - 769.

ders.,
Schwerpunkte der aktuellen BGH-Rechtsprechung zum GmbH-Recht,
Der Konzern 2007, S. 1 - 13.

Literaturverzeichnis

ders.,

Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts,
Der Konzern 2007, S. 771 - 796.

Gelhausen, Hans Friedrich; Hönsch, Henning,
Deutscher Corporate Governance Kodex und Abschlussprüfung,
AG 2002, S. 529 - 535.

Gerke, Wolfgang,

Corporate Governance-Kodex für Asset Management verlangt unabhängiges Aufsichtsratsmitglied,
BB 2005 (Heft 21), S. I.

ders.,

Presseerklärung zum Corporate Governance-Kodex für Asset Management-Gesellschaften vom 27.04.2005,
S. 1 – 2.

German Information Center (hrsg.),

Unternehmen befolgen Kodex,
Die Deutschland Nachrichten vom 24.04.2006.

Gesmann- Nuissl, Dagmar,

Quo vadis GmbH? - zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von
Missbräuchen (MoMiG),
WM 2006, S. 1756 - 1764.

Gischer, Horst; Reichling, Peter; Stiele, Mike,

Marktzugang als Corporate Governance- Element im deutschen Bankensystem,
Kreditwesen 2007, S. 280 - 285.

Goette, Wulf; Kleindiek, Detlef,

Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis,
5. Auflage, Köln 2007
(zit.: *Goette/ Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis).

Gompers, Paul A.; Ishii Joy L.; Metrick, Andrew,

Corporate Governance and Equity Prices,
Quarterly Journal of Economics 2003 [118], 107 –155.

Gottschalk, Eckhart,

Die deliktische Haftung für fehlerhafte Ad-hoc Mitteilung - Zugleich eine Besprechung der BGH Entscheidung vom
9.5.2005 - EM.TV,
DStR 2005, S. 1648 - 1654.

Graalman, Bernd; Hirschmann, Stefan,

Basel II und Folgen für kleine und mittlere Unternehmen,
BIT 3/2004, S. 55 - 62.

Grasmann, Günther,

System des internationalen Gesellschaftsrechts,
Herne u. a. 1970
(zit.: *Grasmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts).

Grohmann, Uwe; Gruschinske, Nancy,

Der Companies Act 2006; Eine Reform und ihre Auswirkungen - Ein Überblick,
Der Konzern S. 797 - 802.

Literaturverzeichnis

Groß, Wolfgang

Kapitalmarktrecht - Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zum Verkaufsprospektgesetz,
2. Auflage München 2002
(zit.: *Groß*, Kapitalmarktrecht).

Große, Jan-Velten; Boos, Karl-Heinz,

2005 - ein Fortschritt bei den Corporate Governance-Regeln,
WM 2006, S. 1177 - 1183.

Grunewald, Barbara,

Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen: Eine neue Option,
Der Konzern 2007, S. 13 - 15.

Grütters, Jochen,

BB-Forum: Limited auf dem Vormarsch - Serien Reinfälle nicht ausgeschlossen,
BB 2005, S. 1523.

Haas, Ulrich,

Die Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes,
NJW 2006, Beilage zu Heft 22, S. 21 - 24.

Habersack, Mathias,

Trihotel – Das Ende der Debatte?,
ZGR 2008, S. 533 - 559.

ders.,

Das MoMiG ante portas - Nachlese zum 66. DJT,
ZHR 170 (2006), S. 607 - 614.

ders.,

Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel
NZG 2004, S. 1 - 9.

ders.,

Das Aktiengesetz und das Europäische Recht,
ZIP 2006, S. 445 – 451.

Habersack, Mathias; Verse, Dirk A.,

Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung,
ZHR 168 (2004), S. 174 - 215.

Haertlein, Lutz,

Prospektverantwortlichkeit infolge werbender Äußerungen über Kapitalanlagen - Zugleich Besprechung LG Mosbach v. 15.8.2007 - 1 O 135/06, ZIP 2008, 754,
ZIP 2008, S. 726 - 731.

Halen, von, Curt, Christian,

Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH,
WM 2003 S. 571 - 578.

Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins e. V.

Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e. V. zum Fragenkatalog der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ v. 07.11.2000,
NZG 2002, S. 181 - 184.

Literaturverzeichnis

ders.,

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG),
NZG 2008, S. 612 - 618.

Happ, Wilhelm,

Deregulierung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen – Entformalisierung des Rechts der Gesellschafter,
ZHR 169 (2005), S. 6 - 34.

Harbarth, Stephan,

Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE,
ZIP 2008, S. 57 - 64.

Harder, Nils; Ruter, Rudolf X.,

Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH mit öffentlich-rechtlichem Anteilseigner – ihre Rechte und Pflichten,
GmbHHR 1995, S. 813 - 816.

Hase, von, Karl,

Insolvenzantragspflicht für *directors* einer Limited in Deutschland?
BB 2006, S. 2141 - 2149.

Hauptmann, Torsten; Nowak, Karsten,

Auswirkungen des BilMoG auf die Überwachung öffentlicher Unternehmen,
Der Konzern 2008, S. 426 - 436.

Hausch, Kerstin T.

Corporate Governance im deutschen Mittelstand,
Wiesbaden 2004,
(zit.: *Hausch*, Corporate Governance im deutschen Mittelstand).

Hauschka, Christoph E.,

Ermessensentscheidungen bei der Unternehmensführung,
GmbHHR 2007, S. 11 - 16.

ders.,

Von Compliance zu Best Practice,
ZRP 2006, S. 258 - 261.

Hefendehl, Roland,

Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen,
JZ 2004, S. 18 - 23.

Hefermehl, Wolfgang (begr.); Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim,

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, UGP-Richtlinie
Anhang I,
26. Auflage, München 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG).

Hehn, von, Paul A., Wilhelm Hartung,

Unabhängige interne Untersuchungen in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance in Europa,
DB 2006, 1909 - 1914.

Heintzen, Markus,

Der Deutsche Corporate Governance Kodex aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts,
ZIP 2004, S. 1933 - 1938.

Literaturverzeichnis

Heinze, Harald,

Verdeckte Sacheinlage und verdeckte Finanzierungen nach dem MoMiG,
GmbHHR 2008, S. 1065 - 1074.

ders.,

Die (Eigenkapital ersetzende) Nutzungsüberlassung in der GmbH-Insolvenz nach dem MoMiG,
ZIP 2008, 110 - 112.

Heisterhagen, Christoph,

Prospekthaftung für geschlossene Fonds nach dem Börsengesetz - wirklich ein Beitrag zum Anlegerschutz?
DStR 2006, 759 - 764.

Hellwig, Hans-Jürgen,

The US Concept of Corporate Governance under the Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Its Effects in Europe,
ECFR 2007, S. 417 - 433.

Hennerkes, Brun-Hagen; May, Peter,

Als GmbH und KG an die Börse,
DB 1989, S. 1709 - 1714.

Hennrichs, Joachim,

„Basel II“ und das Gesellschaftsrecht,
ZGR 2006, S. 563 - 586.

Hentzen, Matthias; Rau, Thomas,

Bildung und Auflösung von Rücklagen bei der GmbH und AG als Kriterien für Rechtsformwahl und Vertragskonzern,
BB 2008, S. 713 - 717.

Henze, Hartwig,

Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH,
NZG 2003, S. 649 - 659.

Herdegen, Matthias,

Völkerrecht,
5. Auflage, 2006
(*Herdegen, Völkerrecht*).

Herrler, Sebastian,

Kapitalaufbringung nach dem MoMiG,
DB 2008, S. 2347 - 2352.

Hertz, Noreena,

Die Hoffnung ist rot – Immer mehr Unternehmen erkennen, dass man mit guten Taten gutes Geld verdienen kann,
Handelsblatt v. 06.03.2006, S. 8.

Herzig, Norbert; Wartin, Christoph,

Obligatorische Rotation des Wirtschaftsprüfers. Ein Weg zu Verbesserung der externen Unternehmenskontrolle?,
ZfbF 1995, S. 775 - 804.

Hess, Burkhard,

Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme,
WM 2004, S. 2329 - 2334.

Literaturverzeichnis

Hess, Harald,

Insolvenzrecht - Großkommentar in drei Bänden,
Band I - §§ 1 - 112 InsO,
Heidelberg 2007
(zit.: *Hess, InsO*).

Hillebrandt, Franca; Pellens, Bernhard; Ulmer, Björn,
Umsetzung der Corporate-Governance-Richtlinie in der Praxis,
BB 2001, 1243 - 1250.

Hirte, Heribert,

Kapitalgesellschaftsrecht
5. Auflage, Köln 2006
(zit.: *Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht*).

ders.,

Das Transparenz- und Publizitätsgesetz,
München 2003
(zit.: *Hirte, Das Transparenz- und Publizitätsgesetz*).

Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts,

Bericht der Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, v. 01.11.2004
Brüssel 2004
(zit.: *Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts,*
Bericht v. 01.11.2004).

Hoffmann, Dietrich; Liebs, Rüdiger,

Der GmbH-Geschäftsführer,
2. Auflage München 2002,
(zit.: *Hoffmann/ Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer*).

Hoffmann, Jochen,

Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber,
ZIP 2007, S. 1581 - 1589.

Hofmeister, Jörg,

Grundlagen und Entwicklungen des Internationalen Gesellschaftsrechts,
WM 2007, S. 868 - 872.

Hölzle, Gerrit,

Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG,
GmbHR 2007, S. 729 - 736.

Hommelhoff, Peter,

Die OECD-Principles on Corporate Governance ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung,
ZGR 2001, S. 238 - 267.

ders.,

Börsenhandel von GmbH- und KG-Anteilen?,
ZHR 153 (1989), S. 181 - 215.

ders.,

Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH,
ZGR 1978, S. 119 - 155.

Literaturverzeichnis

ders.,

Die OECD Principles on Corporate Governance - ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung,
ZGR 2001, S. 238 - 267.

Hommelhoff, Peter; Mattheus, Daniela,

Risikomanagement im Entwurf des BilMoG als Funktionselement von Corporate Governance,
BB 2007, S. 2787 - 2791.

Hommelhoff, Peter; Schwab, Martin,

Regelungsquellen und Regelungsebenen der Corporate Governance: Gesetz, Satzung, Codices, unternehmensinterne Grundsätze, in: Handbuch Corporate Governance, (hrsg.) Hommelhoff, Peter; Hopt, Klaus; Werder, von, Axel, Köln 2003, S. 51 - 86 ff.

(zit. *Hommelhoff/Schwab* in: Handbuch Corporate Governance).

Hönn, Günther,

Roma locuta? - Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung,
WM 2008, S. 769 - 778.

Hopt, Klaus J.,

Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen,
ZIP 2005 S. 461 - 474.

Hopt, Klaus J., Wymeersch, Eddy, (hrsg.)

Comparative corporate governance,
Berlin u. a. 1997

(zit.: *Hopt/Wymeersch*, Comparative corporate governance).

Hopt, Klaus J.; Leyens, Patrick, C.,

Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy,
European Company and Financial law Review (ECFR) 2004, S. 135 - 169.

Hoyningen-Huene, von, Gerrick; Powietzka, Arnim,

Unterrichtung des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH,
BB 2001, S. 529 - 533.

Huber, Herwart,

Der Beirat,
Köln 2004,
(zit.: *Huber*, Der Beirat).

Hüffer, Uwe,

Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach Ziffer 5.4.2 DCGK,
ZIP 2006, S. 637 - 644.

ders.,

Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats,
NZG 2007, S. 47 - 54.

ders.,

Aktiengesetz,
8., Aufl., München 2008
(zit.: *Hüffer*, AktG).

Huke, Rainer; Prinz, Thomas,

Das Drittelbeteiligungsgesetz löst das Betriebsverfassungsgesetz 1952 ab,
BB 2004, S. 2633 - 2639.

Literaturverzeichnis

Hulle, van Karel; Maul, Silja,

Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Stärkung der Corporate Governance,
ZGR 2004, S. 484 - 505.

IDW,

IDW Standard: Grundsätze ordnungsgemäßer Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen (IDW S1),
NZG 2001, S. 709 - 719.

dass.,

Stellungnahme des IDW zum Fragenkatalog der Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts,
WPg 2000, S. 1027 - 1034.

dass.,

Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der 4. und 7. EU-Richtlinie (78/660/EWG und 83/349/EWG),
WPg 2005, S. 176 - 184.

Ihrig, Hans-Christoph; Wagner, Jens,

Corporate Governance: Kodex-Erklärung und ihre unterjährige Korrektur,
BB 2002, S. 2509 - 2514.

dies.,

Die Reform geht weiter: Das Transparenz- und Publizitätsgesetz kommt,
BB 2002, S. 789 - 797.

Jacobs, Rainer; Lindacher Walter F.; Teplitzky, Otto (hrsg.),

Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
Berlin 2006
(zit.: *Bearbeiter* in: Großkomm. zum UWG).

Jaeger, Ernst (bgr.); Henckel, Wolfram; Gerhardt, Walter (hrsg.),

Insolvenzordnung,
Erster Band §§ 1- 55, Berlin 2004,
(zit.: *Bearbeiter* in: Jaeger, InsO).

Jahn, Joachim,

Ministerin Zypries warnt vor hohen Abfindungen,
FAZ v. 07.07.2007, S. 13.

ders.,

Cromme will Höhe von Abfindungen beschränken,
FAZ v. 31.01.2007, S. 12.

ders.,

Verhaltenskodex bringt unglaubliche Haftungsrisiken
FAZ v. 22.02.2002, S. 22.

ders.,

Keine Haftung für neuen Kodex
FAZ v. 23.02.2002 S. 14.

ders.,

UMAG: Das Aus für „räuberische Aktionäre“ oder neues Erpressungspotenzial?
BB 2005, S. 5 - 13.

Literaturverzeichnis

ders.,

„Der Verhaltenskodex bringt unglaubliche Haftungsrisiken“,
FAZ vom 22.02.2002 S. 20.

Janert, Ingo; Schuster, Thorsten,

Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers am Beispiel der Haftung für Prospektgutachten
BB 2005, S. 987 - 994.

Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo,

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar,
9. Auflage, München 2007
(zit.: *Jarass/ Pieroth, GG*).

Jauernig, Othmar,

Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar,
München 2003
(zit.: *Bearbeiter/ Jauernig, BGB*).

Jost, Peter-J.,

Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre,
Stuttgart 2001
(zit.: *Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*).

Jula, Rocco,

Der GmbH-Gesellschafter,
2. Auflage, Berlin u. a. 2004
(zit.: *Jula, Der GmbH-Gesellschafter*).

Jungmann, Carsten,

The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems Evidence from the UK and Germany,
ECFR 2006, S. 426 - 474.

Junker, Abbo,

Konzernweite „Ethikregeln“ und nationale Betriebsverfassungen,
BB 2005, S. 602 - 605.

Kafsack, Hendrik,

Steinbrück dringt auf Kodex für Hedge-Fonds,
FAZ v. 09.05.2007, S. 15.

Karsten, Frederik,

Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht,
NJ 2006, S. 385 - 392.

Kersting, Christian,

Zinsanpassung nach Basel II,
ZIP 2007, S. 56 - 63.

Keul, Thomas; Ertmann, Dorothee,

Inhalt und Reichweite zivilrechtlicher Prospekthaftung,
DB 2006, S. 1664 - 1669.

Keunecke, Ulrich

Prospekte im Kapitalmarkt,
Berlin 2005
(zit.: *Keunecke, Prospekte im Kapitalmarkt*).

Literaturverzeichnis

Kiethe, Kurt,

Anlageprospekte – Die Haftung des Emittenten für Richtigkeit und Vollständigkeit,
MDR 2006, S. 843 - 847.

ders.,

Falsche Erklärung nach § 161 AktG – Haftungsverschärfung für Vorstand und Aufsichtsrat?,
NZG 2003, S. 559 - 567.

Kindler, Peter,

Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts,
NJW 2008, S. 3249 - 3256.

Kirschbaum, Tom,

Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken,
BKR 2006, S. 139 - 146.

Kirsten, Roland,

Deutscher Corporate Governance-Kodex: Die rechtmäßige Besetzung von Aufsichtsratesausschüssen am Beispiel
des Prüfungsausschusses,
BB 2004, S. 173 - 175.

Klapper, Leora F.; Love, Inessa

Corporate governance, investor protection, and performance in emerging market,
Journal of Corporate Finance, Vol. 195, 2003, S. 1 ff.

Kleindiek, Detlef,

Die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) des MoMiG - Fortschritt oder Wagnis?,
BB 2007, Heft 27 S. I.

Klöhn, Lars,

Kurzkommentar zu BGH Urt. v. 03.03.2008 - II ZR 310/06 (OLG Frankfurt/M),
BGH EWiR § 826 BGB 04/08, S. 325 - 326.

Knips, Werner; Weber, Dolf,

Initiative Corporate Governance der Deutschen Immobilienwirtschaft, in:
Immobilien, Analysen, Trends, Perspektiven - Jahrbuch 2007, (hrsg.) Ummen, Robert; Johns, Sven, Berlin 2007, S.
4 ff.
(zit.: *Knips/ Weber*, Immobilien - Jahrbuch 2007).

Knobbe-Keuk, Brigitte,

Umzug von Gesellschaften in Europa,
ZHR 154 (1990), S. 325 - 356.

Köhler, Annette G.,

BB-Gesetzgebungsreport: Umsetzungsstand des 10-Punkte-Plans der Bundesregierung zur Stärkung des Anleger-
schutzes und der Unternehmensintegrität,
BB 2004, S. 2623 - 2631.

Kollmann, Katharina,

Aktuelle Corporate-Governance-Diskussion in Deutschland,
WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 1/2003, S. 1 - 18.

Koppensteiner, Hans-Georg,

Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht,
Frankfurt a. M. 1971
(zit.: *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht).

Literaturverzeichnis

Kornblum, Udo,

Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2006,
GmbHHR 2007, S. 25 - 34.

ders.,

Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2005,
GmbHHR 2006, S. 28 - 40.

ders.,

Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht im Langzeitvergleich des Leonberger Handelsregisters
1980, 1988, und 1996,
GmbHHR 1997, S. 630 - 639.

Krahen, Jan Pieter; Carletti, Elena,

Kapitalregulierung von Banken und systemische Risiken im Lichte von Basel II,
Kreditwesen 2007, S. 374 - 376.

Krause-Ablaß, Wolf-D.,

Fortbestand, Zusammensetzung und Kompetenzen des Aufsichtsrats nach Umwandlung einer AG in eine GmbH,
GmbHHR 2005, S. 731 - 736.

Kreutz, Marcus,

Verhaltenskodices als wesentliches Element Corporate-Governance-Systemen in gemeinnützigen Körperschaften,
ZRP 2007, S. 50 - 54.

Krimmer, Peter,

Sarbanes Oxley compliance,
Saarbrücken 2006
(zit.: *Krimmer*, Sarbanes Oxley compliance).

Kropff, Bruno,

Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 06.09.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags,
Berlin 2005
(zit.: RegBegr *Kropff*)

ders.,

Mitwirkung des Aufsichtsrates bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung, in:
Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, (hrsg.) Semler, Johannes; Schenck, von, Kersten, 2. Auflage, München 2004, S. 379 ff.
(zit.: *Kropff* in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder).

Kropff, Bruno; Semler, Johannes (hrsg.),

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,
Band 1, §§ 1 - 53 AktG, 2. Auflage, München 2000,
Band 2, §§ 53a - 75 AktG, 2. Auflage, München 2003,
Band 3, §§ 76 - 117 AktG, MitbestG, § 76 BetrVG 1952, 2. Auflage, München 2004,
Band 4, §§ 118 - 147 AktG, 2. Auflage, München 2004,
Band 5/1, §§ 148 - 151, 161-178 AktG, §§ 238-264c, 342, 342a HGB, 2. Auflage München 2003
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo AktG).

Kübler, Friedrich,

Shareholder Value, Eine Herausforderung für das Deutsche Recht?, in:
Festschrift für Wolfgang Zöllner, (hrsg.) Lieb, Manfred u. a., Köln u. a. 1999, S. 321 ff.
(zit.: *Kübler* in: FS Zöllner).

Literaturverzeichnis

Kuck, Sebastian; Weiss, Michael,

Der Initiativbericht des Europäischen Parlaments für eine Europäische Privatgesellschaft,
Der Konzern 2007, S. 498 - 505.

Kuhner, Christoph; Sabiwalsky, Ralf,

Instrumente zur Verhinderung gläubigerschädigender Ausschüttungen im US-amerikanischen Unternehmensrecht -
Vorbild für Europa?,

Der Konzern 2006, S. 504 - 521.

Kümpel, Siegfried,

Bank- und Kapitalmarktrecht,

3. Auflage Köln 2004

(zit.: *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht).

Kuntz, Thilo,

Internationale Prospekthaftung nach Inkrafttreten des Wertpapierprospektgesetzes,

WM 2007, S. 432 - 440.

Kunz, Jürgen,

Ehevertrag mit Hindernissen - Der Abfindungs-Cap des Corporate Governance Codex,

FAZ v. 06.08.2007, S. 20.

Kunze, Otto,

Zum Stand der Entwicklung des Unternehmensrechts,

ZHR 144 (1980), S. 100 - 135.

Kurze Meldungen der FAZ,

Kodex zu Managergehältern

FAZ v. 19.12.2007, S. 12.

Kuthe, Thorsten; Geiser, Martina,

Die neue Corporate Governance Erklärung,

NZG 2008, S. 172 - 175.

Laffont, Jean-Jaques; Martimort, David,

The Theory of Incentives - The Principal-Agent Model,

Princeton 2002

(zit.: *Laffont/ Martimort*, The Theory of Incentives).

Lang, Norbert,

Doppelnormen im Recht der Finanzdienstleistungen,

ZBB 2004, S. 289 - 295.

Lange, Knut Werner,

Der Beirat als Element der Corporate Governance in Familienunternehmen,

GmbHR 2006, S. 897 - 904.

ders.,

Corporate Governance in Familienunternehmen,

BB 2005, S. 2585 - 2590.

Larcker, D. F.; Scott, A. R.; Tuna I.,

How Important is Corporate Governance?,

Working Paper, Wharton, 24.9.2004.

Laske, Stephan,

Unternehmensinteresse und Mitbestimmung,

ZGR 1979, S. 173 - 200.

Literaturverzeichnis

Laudenklos, Frank; Sester, Peter,

Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital im Ratingverfahren,
WM 2004, S. 2417 - 2427.

Lawlor, Daniel G.,

Reform der englischen Limited und ihre praktischen Auswirkungen,
ZIP 2007, S. 2202 - 2205.

Lehn, Kenneth; Patro, Sukesh; Zhao, Mengxin,

Governance Indices and Valuation Multiples - Which Causes Which?
Journal of Corporate Finance 2007 (13) S. 907 - 928.

Lenenbach, Markus

Kapital- und Börsenrecht,

München 2002

(zit.: *Lenenbach*, Kapital- und Börsenrecht).

Lentfer, Thies; Weber, Stefan, C.,

Das Corporate Governance Statement als neues Publizitätsinstrument,
DB 2006, S. 2357 - 2363.

Leuring, Dieter,

Von Scheinauslandsgesellschaften hin zu „Gesellschaften mit Migrationshintergrund“,
ZRP 2008, S. 73 - 104.

ders.,

Neue Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht,
NJW-Spezial 2008, Heft 4, S. 111 - 112.

Leuring, Dieter; Rubner, Daniel,

Neues Konzept der Existenzvernichtungshaftung,
NJW-Spezial, 2007, Heft 8, S. 363 - 364.

Leuring, Dieter; Simon, Stefan,

Der Referentenentwurf zur GmbH-Reform,
NJW-Spezial 2006 Heft 7, S. 315 - 316.

Leuschner, Lars,

Zum Kausalitätserfordernis des § 826 BGB bei unrichtigen Ad-hoc-Mitteilungen,
ZIP 2008, S. 1050 - 1059.

Lord Nolan,

First Report of the Committee on Standards in Public Life,
London 1995

(zit.: *Lord Nolan*, First Report of the Committee on Standards in Public Life).

Lorig, Wolfgang,

„Good Governance“ und „Public Service Ethics“,
Aus Politik und Zeitgeschichte (B18) 2004, S. 24 - 30.

Loritz, Karl-Georg,

Corporate-Governance-Grundsätze für Immobilienfonds,
ZfIR 2007, S. 152 - 156.

Lutter, Marcus,

Rechtspolitik in Europa,
AG 1995, S. 309.

Literaturverzeichnis

ders.,

ECLR - Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert,
ZGR 2000, S. 1 - 18.

ders.,

Kodex guter Unternehmensführung und Vertrauenshaftung,
Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich u. a. 2002, S. 463 - 478.
(zit.: *Lutter* in: FS Druey).

ders.,

Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG
- Pflichtverstöße und Binnenhaftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern,
ZHR 166 (2002), S. 523 - 543.

ders.,

Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat,
3. Auflage Köln 2006 u. a.
(zit.: *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat).

ders.,

Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem - Vorstandsvergütung und ihre Schranken,
ZIP 2003, S. 737 - 743.

ders.,

Die Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe: Corporate Governance – ein internationales Thema,
Jura 2002, S. 83 - 88.

Lutter, Marcus, Peter, Hommelhoff,

GmbH-Gesetz,
16. Auflage, Köln 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: *Lutter/ Hommelhoff*, GmbHG).

Lutter, Marcus; Banerjea, Robert;

Die Haftung wegen Existenzvernichtung,
ZGR 2003, S. 402 – 440.

Lutter, Marcus; Krieger, Gerd,

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats,
4. Auflage, Köln 2002,
(zit.: *Lutter/ Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats).

Lützenrath, Christian; Schröer, Marcus,

Financial Covenants - Klare Zielvorgaben für Kreditnehmer,
Kredit & Rating Praxis, 2001 Heft 5, S. 19 - 21.

Maaß, Frank; Backes-Geller, Uschi,

Corporate Citizenship als integrative Führungsaufgabe,
Institut für Mittelstandsforschung 2006,
(zit.: *Maaß/ Backes-Geller*, Corporate Citizenship als integrative Führungsaufgabe).

Maaß, Frank; Clemens, Reinhard,

Corporate Citizenship: Das Unternehmen als ‚guter Bürger‘,
Schriften zur Mittelstandsforschung 2002 Nr. 94, S. 1 - 9.

Madaus, Stephan,

Die Prospekthaftung,
Jura 2006, S. 881 - 888.

Literaturverzeichnis

Mahr, Till; Nowak, Eric.; Rott, Roland,

Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt?,
ZGR 2005, S. 252 - 279.

dies.,

The (Ir)relevance of Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes Evidence from the German Stock Market,

Swiss Finance Institute Research Paper No. 11, 27.04.2006 S. 1 - 59.

Mangoldt, von, Hermann; Klein Friedrich; Starck, Christian (hrsg.),

Kommentar zum Grundgesetz,

Band 1: Päämbel, Art. 1 - 19, 5. Auflage, München 2005,

Band 2: Art. 20 - 82, 5. Auflage, München 2005,

(zit.: *Bearbeiter* in: Mangoldt, v./ Klein/ Starck, GG).

Mann, Frederick Alexander,

Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht der Aktiengesellschaft und des Konzernrechts in:

Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag am 6. Dez. 1974, (hrsg.) Fischer, Robert u. a., Berlin u. a. 1974,
S. 219 ff.

(zit.: Mann in: FS Barz).

Mansfeld, Wolfgang,

Corporate Governance - was ist die passende Kultur?

Kreditwesen 2007, S. 259 - 280.

Manssen, Gerrit,

Staatsrecht I – Grundrechtsdogmatik,

München 1995

(zit.: *Manssen*, Grundrechtsdogmatik).

Marsch-Barner, Reinhard,

Schutz der Gesellschaft und der Anteilseigner, in:

Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, (hrsg.) Semler, Johannes; Schenck, von, Kersten, 2. Auflage, München 2004, S. 705 ff.

(zit.: *Marsch-Barner* in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder).

Marten, Kai-Uwe; Quick, Reiner; Ruhnke, Klaus,

Wirtschaftsprüfung,

3. Auflage, Stuttgart 2007,

(zit.: *Marten/ Quick/ Ruhnke*, Wirtschaftsprüfung).

Maucher, O. Helmut,

Corporate Governance und Unternehmensorganisation,

Kreditwesen 2007, S. 278 - 279.

Maul, Silja,

Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen in Europa - Bruch mit deutschen Traditionen?,

BB 2005, Beil. 9, S. 2 - 17.

Maul, Silja; Lanfermann, Georg,

Europäische Corporate Governance - Stand der Entwicklungen,

BB 2004, S. 1861 - 1868.

dies.,

EU-Kommission nimmt Empfehlungen zu Corporate Governance an,

DB 2004, S. 2407 - 2409.

Literaturverzeichnis

Maul, Silja; Lanfermann, Georg; Eggenhofer, Erich,
Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrechts,
BB 2003, S. 1289 - 1295.

Maurer, Hartmut,
Allgemeines Verwaltungsrecht,
16. Auflage, München 2006
(zit.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht).

Memento Gesellschaftsrecht für die Praxis 2006,
Freiburg i. Br. 2005
(zit.: *Memento GesellschaftsR*).

Menke, Johan-Michel,
Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern,
NJW 2009, S. 636 - 641.

Merkt, Hanno,
Die Europäische Gesellschaft als börsennotierte Gesellschaft, in:
Lutter, Marcus (hrsg.); Hommelhoff, Peter (hrsg.), Die Europäische Gesellschaft,
Köln 2005, S. 179 - 194
(zit.: *Merkt* in: Die Europäische Gesellschaft).

Mertens, Hans-Joachim; Stein, Ursula,
Das Recht des Geschäftsführers der GmbH,
2. Auflage, Berlin u. a. 1997
(zit.: *Mertens/ Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH).

Meyer-Landrut, Joachim,
Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder,
ZGR 1976, 510 - 516.

Michalski, Lutz (hrsg.),
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
München 2002,
(zit. *Bearbeiter* in: Michalski, GmbHG).

Mielk, Holger
Die Umsetzung von Basel II in deutsches Recht - ein Überblick über wesentliche Aspekte des KWG-
Änderungsgesetzes,
WM 2007, S. 621 - 627.

Montag, Frank; Bonin, von, Andreas,
Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts bis Mitte 2007,
NJW 2007, S. 3397 - 3403.

Mülbert, Peter O.,
Shareholder Value aus rechtlicher Sicht,
ZGR 1997, S. 129 - 172.

Mülbert; Peter O.
Bankenaufsicht und Corporate Governance - Neue Organisationsanforderungen im Finanzdienstleistungsbereich,
BKR 2006, S. 349 - 360.

Müller, Klaus J.,
Die englische Limited in Deutschland – für welche Unternehmen eignet sie sich tatsächlich?,
BB 2006, S. 837 - 843.

Literaturverzeichnis

Müller, Michael,

Whistleblowing - Ein Kündigungsgrund?,
NZA 2002, S. 424 - 437.

Müller-Michaels, Olaf; Wecker, Johannes,

Freiverkehr: gesetzliche Rahmenbedingungen und Börsenordnung,
Finanz Betrieb 11/2005, S. 736 - 743.

Münch, von, Ingo (bgr.); Kunig, Philip (hrsg.),

Grundgesetz-Kommentar,
Band 1 (Päambel bis Art. 20),
5. Auflage München 2000
(zit.: *Bearbeiter* in: Münch, v./ Kunig).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
(hrsg.) Priester, Hans-Joachim; Mayer, Dieter,
2. Auflage, München 2003
(zit.: *Bearbeiter* in: MüHdb GR GmbHG).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 4, Aktiengesellschaft,
(hrsg.) Hoffmann-Becking, Michael,
3. Auflage, München 2007
(zit.: *Bearbeiter* in: MüHdb GR AG).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705 - 853, *Rebmann, Kurt (hrsg.)*,
4. Auflage, München 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB).

Narat, Ingo,

Fondsmanager denken um,
Handelsblatt vom 09.03.2006, S. 26.

Nassauer, Frank,

„Corporate Governance“ und die Internationalisierung von Unternehmungen,
Frankfurt a. M. 2000.
(zit.: *Nassauer*, Corporate Governance und die Internationalisierung von Unternehmungen).

Newman, Peter, (hrsg.)

The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,
Bd. 1 A - D,
Palgrave 2002
(*Bearbeiter* in: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law).

Neye, Hans-Werner,

Kurzkomentar zu OLG München Bschl. V. 04.10.2007 – 31 Wx 36/07,
EWiR § 4a GmbHG 1/07, S. 715 - 716.

Niemeier, Wilhelm,

Die Steigerung der Aussagekraft des handelsrechtlichen Jahresabschlusses durch die Änderungen der 4. und 7.
Richtlinie,
WPg 2006, S. 173 - 185.

ders.,

Die „Mini-GmbH“ (UG) trotz Marktwende bei der Limited?,
ZIP 2007, S. 1794 - 1801.

Literaturverzeichnis

Noack, Ulrich,

Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde,
DB 2007, S. 1395 - 1400.

ders.,

Zukunft der Hauptversammlung – Hauptversammlung der Zukunft, in:
Die virtuelle Hauptversammlung, (hrsg.) Zetzsche, Dirk,
Berlin 2002, S. 13 - 18.

(zit.: *Noack* in: Die virtuelle Hauptversammlung).

Nonnenmacher, Rolf; Pohle, Klaus; Werder, von, Axel,

Aktuelle Anforderungen an Prüfungsausschüsse,
DB 2007, S. 2412 - 2417.

OECD (hrsg.),

Corporate Governance – A Survey of OECD Countries,
Paris 2004

(zit.: *OECD*, Corporate Governance – A Survey of OECD Countries).

dies.,

Privatising State-Owned Enterprise, An Overview of Policies and Practices in OECD Countries, Paris 2003

(zit.: *OECD*, Privatising State-Owned Enterprise, An Overview of Policies and Practices in OECD Countries).

dies.,

Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries,
Paris 2005

(zit.: *OECD*, Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries).

Oser, Peter; Orth, Christian; Wader, Dominic,

Beachtung der Empfehlungen des Deutscher Corporate Governance Kodex,
BB 2004, S. 1121 - 1126.

Oser, Peter; Pfitzer, Norbert; Wader, Dominic,

Die Entsprechens-Erklärung nach § 161 AktG - Checkliste für Vorstände und Aufsichtsräte zur Einhaltung der
Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex,
DB 2002, S. 1120 - 1123.

Osterloh-Konrad, Christine,

Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel“,
ZHR 172 (2008) S. 274 - 305.

Palandt, Otto,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
66. Auflage, München 2007,
(zit.: *Bearbeiter* in: Palandt, BGB)

Papendick, Ulric,

Börse ignoriert den Management-Knigge,
www.manager-magazin.de v. 15.12.2004.

ders.,

„Der Markt bestraft nicht“,
Manager Magazin 1/2005 17.12.2004, S. 15.

Pellens, Bernhard; Kemper, Thomas,

Geplante Reformen im Recht der GmbH: Konsequenzen für den Gläubigerschutz,
ZGR 2008, 381 - 430.

Literaturverzeichnis

Pelzter, Martin,

Beratungsverträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern: Ist das gute Corporate Governance? - Zugleich
Besprechung BGH v. 20.11.2006 - II ZR 279/05, ZIP 2007, 22,
ZIP 2007, S. 305 - 309.

Piel, Siegfried,

Mehr Transparenz durch den Derivate Kodex,
Kreditwesen 2007, S. 160 - 162.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard,

Grundrechte - Staatsrecht II,
23. Auflage Heidelberg 2007,
(zit.: *Pieroth/ Schlink*, Grundrechte).

Posner, Eric A.,

Agency Models in Law and Economic,
Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper 92,
(zit.: *Posner*, Agency Models in Law and Economic).

PricewaterhouseCoopers AG WPG (hrsg.), Bundesverband der Deutschen Industrie (hrsg.),

Corporate Governance in Deutschland – Entwicklungen und Trends vor internationalem Hintergrund,
(zit.: *PWC/ BDI*, Corporate Governance in Deutschland).

Priester, Hans-Joachim,

Kapitalaufbringung, in:
Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, (hrsg.) Lutter, Marcus; Ulmer, Peter; Zöllner, Wolfgang, Köln 1992, S. 159 ff.
(zit.: *Priester* in: FS 100 Jahre GmbH-Gesetz).

ders.,

„GmbH light“ – ein Holzweg!
ZIP 2005, S. 921 - 922.

Priester, Hans-Joachim,

Unternehmensgründergesellschaft statt „GmbH light“!,
ZIP 2006, S. 161 - 162.

ders.,

Über den Nutzen von Corporate-Governance Ratings für Aktionäre,
ZBB 2007, S. 89 - 112.

Raisch, Peter,

Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstands und Aufsichtsratsmitgliedern in:
Strukturen und Entwicklung im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl,
hrsg. von Robert Fischer u. a. München 1976, S. 347 - 364 ff.
(zit.: *Raisch* in: FS Hefermehl).

Raiser, Thomas,

Mitbestimmungsgesetz,
4. Auflage, Berlin 2002
(zit.: *Raiser*, MitbestG).

Rappaport, Alfred,

Selecting Strategies that create Shareholder Value,
Harvard Business Review 1981, S. S. 139 - 149..

Literaturverzeichnis

Raschig, Alexander, Diss.

Corporate Governance in nicht börsennotierten Gesellschaften,
Marburg 2004,
(zit.: *Raschig*, Corporate Governance in nicht börsennotierten Gesellschaften).

Reuter, Dieter,

Der Einfluss der Mitbestimmung auf das Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht,
AcP 179 (1979) S. 509 - 566.

Ringleb, Henrik-Michael; Kremer, Thomas; Lutter, Marcus; Werder, von Axel;
Deutscher Corporate Governance Kodex,
Kommentar,

3. Auflage, München 2008
(zit.: *Ringleb/ Kremer/ Lutter/ Werder, v.*, Kommentar zum DCGK).

Rittershofer, von, Werner,

Wirtschaftslexikon,
3. Auflage, München 2005
(zit.: *Rittershofer*, Wirtschaftslexikon).

Rittner, Fritz,

Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in:
Festschrift für Ernst Geßler, (hrsg.) Ballerstedt von, Kurt; Hefermehl, Wolfgang, München 1971, S. 139 ff.
(zit.: *Rittner* in: FS Geßler).

Rode, Oliver,

Der Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat – eine gute Corporate Governance?,
BB 2006, S. 341 - 344.

Rodewald, Jörg; Tüxen, Andreas,

Neuregelung des Insiderrechts nach dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG) – Neue Organisationsanforderungen für Emittenten und ihre Berater,
BB 2004, S. 2249 - 2252.

Röhrich, Volker,

Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht,
ZIP 2005, S. 505 - 516.

Römermann, Volker,

Die Limited in Deutschland - eine Alternative zur GmbH?,
NJW 2006, S. 2065 - 2069.

Roth, Jürg,

Reform des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG,
GmbHR 2008, S. 1184 - 1192.

Rowedder, Heinz.; Schmidt-Leithoff, Christian, (hrsg.)

GmbHG - Kommentar,
4. Auflage, München 2002,
(zit.: *Bearbeiter* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG).

Ruhnke, Klaus,

Prüfung der Einhaltung des Deutschen Corporate Governance Kodex durch den Abschlussprüfer,
AG 2003 S. 371 - 377.

Sack, Rolf,

Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 UWG?,
BB 1974, 1369 - 1373.

Literaturverzeichnis

Salje, Peter,

Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Corporate Governance, in: Corporate Governance – Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage, (hrsg.) Abeltshauser, Thomas E.; Buck, Petra, Köln u.a. 2004, S. 37 - 53
(zit.: *Salje* in: Corporate Governance - Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage).

Sauer, Olaf C.,

Whistleblowing - notwendiger Bestandteil moderner Personalpolitik?
DÖD 2005, S. 121 - 124.

Schäfer, Carsten,

Stimmrechtslose Anteile in der GmbH,
GmbHR 1998, S. 113 - 119; S. 168 - 174.

Schäfer, Frank A.

Sind die §§ 31 ff. WpHG n.F. Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB?,
WM 2007, S. 1872 - 1879.

ders.,

Stand und Entwicklungstendenzen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung,
ZGR 2006, S. 40 - 78.

Schäfer, Waldemar,

Guten Rat kann jeder Unternehmer brauchen,
Handelsblatt vom 15.03.2006 S. C1.

Schall, Alexander,

Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland,
ZIP 2005, S. 965 - 975.

Scharpf, Marcus Alexander,

Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls,
Regensburg 2000
(zit.: *Scharpf*, Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls).

Scheule, Harald,

Die Auswirkung der Ratingqualität auf das Basel II-Eigenkapital,
Kreditwesen 2003, 837 - 839.

Schilling, Wolf Ulrich,

Die GmbH und der fakultative Aufsichtsrat,
BB 1995 S. 109 - 110.

Schlautmann, Christoph; Keuchel, Jan,

Gericht kassiert Wal-Mart's Ethikkodex,
Handelsblatt vom 17.06.2005 S. 13.

Schlitt, Christian,

Die strafrechtliche Relevanz des Corporate Governance Kodexes,
DB 2007, S. 326 - 330.

Schmidt, Holger,

Die Private Limited Company in der deutschen Bankpraxis,
WM 2007, S. 2093 - 2102.

Schmidt, Karsten,

Brüderchen und Schwesterchen für die GmbH?,
DB 2006, S. 1096 - 1099.

Literaturverzeichnis

ders.,

Gesellschaftsrecht,
4. Auflage, Köln u.a. 2002
(zit. *Schmidt, K.*, GR).

Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus,
Aktiengesetz Kommentar,
Band I, §§ 1 - 149,
Köln 2008,
(zit.: *Bearbeiter* in: K. Schmidt/ Lutter AktG).

Schmidt, Karsten; Uhlenbruck, Wilhelm (hrsg.),
Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz,
3. Auflage, Köln 2003
(zit.: *Schmidt/ Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz).

Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz (begr.); Hofmann, Hans; Hopfauf, Axel (hrsg.),
Kommentar zum Grundgesetz,
11. Auflage München 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein GG).

Schneider, Uwe H.,
Kapitalmarktorientierte Corporate Governance-Grundsätze,
DB 2000, S. 2413 - 2417.

ders.,

Organpflichten und Organhaftung in der GmbH und GmbH & Co. KG, in:
Handbuch Managerhaftung, (hrsg.) Krieger, Gerd; Schneider, Uwe H.,
Köln 2007, S. 13 ff.
(zit.: *Uwe H. Schneider* in: Handbuch Managerhaftung).

Schneider, Uwe H.; Strenger, Christian,
Die „Corporate Governance-Grundsätze“ der Grundsatzkommission Corporate Governance (German Panel on Corporate Governance),
AG 2000 S. 106 - 113.

Scholz, Franz (hrsg.),
GmbH-Gesetz,
Band 1, §§ 1 - 34, Anh. Konzernrecht, 10. Auflage, Köln 2006,
Band 2, §§ 35 - 52, 10. Auflage, Köln 2007,
Band 2, §§ 45 - 87, 9. Auflage, Köln, 2002,
(zit.: *Bearbeiter* in: Scholz, GmbHG).

Schulte-Mattler, Hermann,
Basel II - Das Dritte Konsultationspapier (CP3)
Die Bank 2003, S. 386 - 393.

Schulze-Osterloh, Joachim,
Das deutsche Gesellschaftsrecht im Banne der Globalisierung,
ZIP 2001, S. 1433 - 1440.

Schünemann, Wolfgang,
Corporate Governance in der Diskussion,
VW 2003, S. 26 - 29.

Literaturverzeichnis

Schüppen, Matthias,

To comply or not to comply - that's the question! „Existenzfragen“ des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktorientierter Unternehmensführung,
ZIP 2002, S. 1269 - 1279.

Schuster, Doris-Maria; Darsow, Ingeborg,

Einführung von Ethikrichtlinien durch Direktionsrecht,
NZA 2005 S. 273 - 277.

Schwab, Martin,

Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!,
ZIP 2008, S. 341 - 350.

Schwark, Eberhard,

Kapitalmarktrechts-Kommentar,
3. Auflage, München 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: Schwark/ KapitalmarktR).

Schwarz, Günter Christian; Holland, Björn;

Enron, Worldcom ... und die Corporate Governance Diskussion,
ZIP 2002, S. 1661 - 1672.

Schweitzer, Michael,

Staatsrecht III - Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht,
9. Auflage, Heidelberg u.a. 2008
(zit.: *Schweitzer*, Staatsrecht III).

Schwennicke, Andreas,

Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank,
WM 1998, S. 1101-1109.

ders.,

Der Ausschluß der Verbriefung der Aktien beider kleinen Aktiengesellschaft,
AG 2001, S. 118 - 125.

Schwintowski, Hans-Peter,

Corporate Governance im öffentlichen Unternehmen,
NVwZ 2001, S. 607 - 612.

Seibert, Ulrich,

Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft,
ZIP 2007, S. 673 - 677.

ders.,

GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG,
ZIP 2006, S. 1157 - 1168.

ders.,

BB-Gesetzgebungsreport: Entwurf eines Mindestkapitalgesetzes (MindestkapG) – Substanzielle Absenkung des Mindestkapitals,
BB 2002, S. 1061 - 1062.

ders.,

Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da,
BB 2002, S. 581 - 584.

Literaturverzeichnis

Seibt, Christoph H.,

Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechens-Erklärung (§ 161 AktG-E),
AG 2002, S. 249 - 259.

Seidel, Wolfgang,

Der Deutsche Corporate Governance Kodex - eine private oder doch eine staatliche Regelung?,
ZIP 2004, S. 285 - 294.

Semler, Johannes,

Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft,
2. Auflage, Köln u. a. 1996,
(zit.: *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft).

Semler, Johannes; Wagner, Elisabeth,

Deutscher Corporate Governance Kodex - Die Entsprechenserklärung und Fragen der gesellschaftsinternen Umsetzung,
NZG 2003, S. 553 - 558.

Sernetz, Julia, Diss.,

Derivate und Corporate Governance,
Frankfurt u. a. 2006
(zit.: *Sernetz*, Derivate und Corporate Governance).

Sester, Peter,

Gläubiger- und Anlegerschutz bei evidenten Fairnessverstößen über eine deliktsrechtliche Haftung der handelnden Personen,
ZGR 2006, S. 1 - 39.

Singhof, Bernd; Weber, Christian,

§ 3 Börsengang, in Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, Mathias Habersack, Peter O. Mühlert, Michael Schlitt, (hrsg.)
Köln 2005
(zit.: *Bearbeiter* in: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt).

Slavik, Katja,

Die Um- und Durchsetzung von Corporate Governance Standards,
Frankfurt a. M. u. a. 2008,
(zit.: *Slavik*, Die Um- und Durchsetzung von Corporate Governance Standards).

Soergel, Hans Theodor (begr.); Siebert, Wolfgang (neu hrsg.),

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 10, §§ 823 - 853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage, Stuttgart 2005,
(zit.: *Soergel/ Bearbeiter*).

Sommermann, Karl-Peter,

Brauchen wir eine Ethik für den öffentlichen Dienst?,
VerwArch (89) 1998, S. 303 - 305.

Spindler, Gerald,

Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht,
JZ 2006, 839 - 850.

ders.,

Die Empfehlung der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex,
ZIP 2005, S. 2033 - 2045.

Literaturverzeichnis

Spindler, Gerald; Christoph, Fabian L.,
Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts in den Jahren 2003/ 2004,
BB 2004, S. 2197 - 2205.

Statistisches Bundesamt,
Insolvenzen in Deutschland 2003,
Wiesbaden 2003
(zit.: *Statistisches Bundesamt*, Insolvenzen in Deutschland 2003).

dass.,
15% weniger Unternehmensinsolvenzen im ersten Halbjahr 2006,
Pressemitteilung vom 06.09.2006
(zit.: *Statistisches Bundesamt*, 15% weniger Unternehmensinsolvenzen im ersten Halbjahr 2006, Pressemitteilung vom 06.09.2006).

Staub, Hermann (begr.); Canaris, von, Claus-Wilhelm (hrsg.); Schilling, Wolfgang (hrsg.); Ulmer, Peter (hrsg.)
Handelsgesetzbuch – Großkommentar,
Band 3, Tlbd 2: §§ 290-342a
4. Auflage, Berlin u. a. 2002
(zit.: *Staub/ Bearbeiter*, HGB).

Staudinger, von, Julius,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführung und Nebengesetzen, Eckfeiler des Zivilrechts,
Berlin 2005
(zit.: *Bearbeiter/ Staudinger*, Eckfeiler des Zivilrechts).

Stein, Torsten ; Buttlar, von, Christian,
Völkerrecht,
11. Auflage Berlin 2005
(zit.: *Stein/ Buttlar, v.*, Völkerrecht).

Steinat, Nicole,
Comply or Explain - Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und in Großbritannien,
TWR, 2005 Heft 39, S. 1 - 34.

Steuber, Elgin,
Corporate Governance bei Stiftungen - eine Frage der Kontrolle oder der Moral?,
DStR 2006, S. 1182 - 1188.

Strieder, Thomas,
DCGK - Deutscher Corporate Governance Kodex - Praxiskommentar,
Berlin 2005,
(zit.: *Strieder*, DCGK).

Sudmeyer, Jan; Rückert, Susanne,
Entry Standard – Das neue Börsensegment für den Mittelstand,
BB 2005, S. 2703 - 2706.

Sünner, Eckart,
Effizienz von Unternehmensorganen als Grundsatz der Corporate Governance,
AG 2000 S. 492 - 498.

Suter, Reto, Diss.
Corporate Governance & Management Compensation,
Zürich 2000
(zit.: *Suter*, Corporate Governance & Management Compensation).

Literaturverzeichnis

Tänzer, Arnulf,

Die aktuelle Geschäftsführervergütung 2005,
GmbHHR 2005, S. 1256 - 1260.

Teichmann, Christoph,

Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht,
NJW 2006, S. 2444 - 2451.

Theisen, Manuel, René; Raßhofer, Martin,

Wie gut ist „Gute Corporate Governance“?,
DB 2007, S. 1317 - 1321.

Thiessen, Jan,

Eigenkapitalersatz ohne Analogieverbot - eine Alternativlösung zum MoMiG-Entwurf,
ZIP 2007, S. 253 - 260.

Thümmel, Roderich C.,

Corporate Governance – auch für mittelständische Unternehmen aktuell,
BB 2004 (Heft 27), S. I.

Tiefenbacher, Torsten,

Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat,
Hamburg 1989

(zit.: *Tiefenbacher*, Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat).

Triebel, Volker,

Willkürliche Herabsetzung des Mindestkapitals bei der GmbH?,
NJW 2005, Heft 32 Editorial.

Triebel, Volker; Otte, Sabine,

Reform des GmbH-Rechts: MoMiG - ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke?,
ZIP 2006, S. 1312 - 1327.

Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas,

Strafgesetzbuch,
53. Auflage, München 2006
(zit.: *Tröndle/ Fischer*, StGB).

Ulmer, Peter,

Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften,
ZHR 166 (2002), 150 - 181.

Ulmer, Peter; Habersack, Mathias; Winter, Martin (hrsg.),

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG),
Bd. II, §§ 29 - 52,
Tübingen 2006
(zit.: *Bearbeiter* in: *Ulmer/ Habersack/ Winter*, GmbHG).

Veil, Rüdiger,

Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung,
NJW 2008, S. 3264 - 3266.

Literaturverzeichnis

Vetter, Eberhard,

Risikobereich und Haftung, in:
Handbuch Managerhaftung, (hrsg.) Krieger, Gerd; Schneider, Uwe H.,
Köln 2007, S. 453 ff.
(zit.: *Vetter* in: Handbuch Managerhaftung).

ders.,

Der Deutsche Corporate Governance Kodex nur ein zahnlöser Tiger?
NZG 2008, S. 121 - 126.

Vossius, Oliver,

Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG,
DB 2007, S. 2299 - 2304.

Vossius, Oliver; Wachter, Thomas,

BB-Forum: Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes,
BB 2005, S. 2539 - 2540.

Wachter, Thomas,

GmbH in Deutschland und Europa,
GmbHHR 2007, R1 - R2.

ders.,

Reform des englischen Gesellschaftsrechts,
GmbHHR 2006, R317 - R318.

Wackerbarth, Ulrich,

Investorvertrauen und Corporate Governance,
ZGR 2005, S. 686 - 725.

Wagenhofer, Alfred; Ewert, Ralf,

Externe Unternehmensrechnung,
2. Auflage Berlin 2007
(zit.: *Wagenhofer/ Ewert*, Externe Unternehmensrechnung).

Wagner, Peter,

Basel II: Grundlegende Neuerungen zur bankaufsichtsrechtlichen Behandlung operationeller Risiken,
Kreditwesen 2002, S. 160 - 164.

Wand, Lothar,

Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben - Zinsanpassung wegen veränderter Refinanzierungsmöglichkeiten am Geld- und Kapitalmarkt, risikoadjustierte Zinsgestaltung im Hinblick auf Basel II und Ausplatzierung des Kreditrisikos - Teil II,
WM 2005, S. 1969 - 2016.

ders.,

Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben - Zinsanpassung wegen veränderter Refinanzierungsmöglichkeiten am Geld- und Kapitalmarkt, risikoadjustierte Zinsgestaltung im Hinblick auf Basel II und Ausplatzierung des Kreditrisikos - Teil I,
WM 2005, S. 1932 - 1846.

Weber, Martin,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 1998 - 2000,
NJW 2000, S. 3461-3473.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2001/2002,
NJW 2003, 18 - 26.

Literaturverzeichnis

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2003,
NJW 2004, S. 28 - 38.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2005
NJW 2005, 3682 - 3691.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2006,
NJW 2006, S. 3685 - 3693.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2007,
NJW 2007, S. 3688 - 3696.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2004,
NJW, 2004, S. 3674 - 3681.

ders.,

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 1998 - 2000 - Organisation, Emission und Vertrieb,
NJW 2000, S. 2061 - 2075.

Weil, Gotshal & Manges (hrsg.),

Comparative Study of the Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States,
2002,

(zit.: *Weil/ Gotshal/ Manges*, Comparative Study of the Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States).

Weiler, Frank,

Das rechtliche Schicksal des GmbH-Aufsichtsrats nach Wegfall der Aufsichtsratspflicht,
NGZ 2004, S. 988 - 992.

Weinrich, Günter; Jacobs, Jürgen,

Elemente eines betriebswirtschaftlich orientierten Ratings im Rahmen von Basel II,
Die Bank 2003, S. 114 - 119.

Weitnauer, Wolfgang,

Covenants und AGB-Kontrolle,
ZIP 2005, S. 1443 - 1448.

Weller, Marc-Philippe,

Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis,
ZIP 2007, S. 1681 - 1689.

Werder, von, Axel,

Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung in der Arbeit des Aufsichtsrats,
DB 1999, S. 2221 - 2224.

ders.,

Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung (GoU) im Urteil der Praxis,
DB 1998, S. 1193 - 1198.

Literaturverzeichnis

ders.,

Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung (GoU) – Bedeutung und erste Konkretisierung von Leitlinien für das Top-Management

in: Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoF) für die Unternehmensleitung (GoU), Überwachung (GoÜ) und Abschlussprüfung (GoA), (hrsg.) Werder, von, Axel, 1996 Zfbf, Sonderheft 36, S. 27 - 73.

(zit.: *Werder, v.* in: Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung).

ders.,

Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoF) - Zusammenhang, Grundlagen und Systemstruktur von Führungsgrundsätzen für die Unternehmensleitung (GoU), Überwachung (GoÜ) und Abschlussprüfung (GoA)

in: Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoF) für die Unternehmensleitung (GoU), Überwachung (GoÜ) und Abschlussprüfung (GoA), (hrsg.) Werder, von, Axel, 1996 Zfbf, Sonderheft 36, S. 1 - 26.

(zit.: *Werder, v.* in: Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung).

ders.,

Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in:

Handbuch Corporate Governance, (hrsg.) Hommelhoff, Peter; Hopt, Klaus; Werder, von Axel, Köln 2003, S. 3 ff.

(zit. *Werder, v.* in: Handbuch Corporate Governance).

Werder, von, Axel; Talaulicar, Till,

Kodex Report 2006: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Kodex DB 2006, S. 849 - 855.

dies.,

Kodex Report 2007: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex,

DB 2007, S. 869 - 875.

Werder, von, Axel; Wieczorek, Bernd J.,

Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder und ihre Normierung,

DB 2007, S. 297 - 303.

Werner, Rüdiger,

Unternehmensrecht - Großbritannien modernisiert Gesellschaftsrecht,

GmbHR 2007, R133 f.

Westhoff, André O.,

Die Verbreitung der englischen *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland,

GmbHR 2007, S. 474 - 480.

ders.,

Die Verbreitung der *limited* mit Sitz in Deutschland,

GmbHR 2006, S. 525 - 528.

Wienke, Frank Dieter,

„Kleine AG“-Rechtsform für den Mittelstand,

Der Arbeitgeber 1995, S. 45 - 46.

Wiesner, Peter M.,

Corporate Governance und kein Ende,

ZIP 2003, S. 977 - 980.

Wilhelm, Jan,

„Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ - Der neue § 5a GmbHG in dem RegE zum MoMiG,

DB 2007, S. 1510 - 1513.

Literaturverzeichnis

Wilsing, Hans-Ulrich,

Der Verhaltenskodex wird die Haftung verschärfen,
FAZ vom 09.03.2002 S. 21.

Winzer, Katharina,

Der Umzug einer GmbH in Europa - Betrachtung im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung,

TWR Heft 80, S. 1 - 51.

Wisskirchen, Gerlind; Jordan, Christopher; Bissels, Alexander,

Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einführung internationaler Verhaltens- und Etikrichtlinien (Codes of Conduct/ Codes of Ethics)

DB 2005, 2190 - 2195.

Wittig, Arne,

Bankaufsichtsrechtliche Grundlagen des (internen) Ratings und seine Transformation in das Darlehensverhältnis mit Unternehmen,

ZHR 169 (2005), S. 212 - 247.

Wohlleben, Hermann Peter, Diss. jur.,

Informationsrechte des Gesellschafters,

Köln u. a. 1989

(zit.: *Wohlleben*, Informationsrechte des Gesellschafters).

Wolf, Martin,

Corporate Governance - der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlament,
ZRP 2002, S. 59 - 60.

Wulsdorf, Helge; Wummel, Dirk,

Gute Corporate Governance aus Sicht der katholischen Kirche,

Kreditwesen 2007, S. 275 - 277.

Wymeersch, Eddy,

Unternehmensführung in Westeuropa - Ein Beitrag zur Corporate Governance Diskussion,

AG 1995, S. 299 - 308.

ders.,

Gesellschaftsrecht im Wandel: Ursachen und Entwicklung,

ZGR 2001, 294 - 324.

Zetsche, Dirk,

Sicherung der Interessen von (Wagnis-)Kapitalgebern,

NZG 2002, S. 942 - 948.

Ziegler, Ole

Die Prospekthaftung am nicht-organisierten Kapitalmarkt im Spannungsverhältnis zu personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen,

DStR 2005, 30 - 34.

Ziemons, Hildegard, Diss. iur.,

Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH,

Bonn u.a. 1996

(zit.: *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH).

Zimmer, Daniel; Cloppenburg, Matthias,

Haftung für falsche Information des Sekundärmarktes auch bei Kapitalanlagen des nicht geregelten Kapitalmarktes?,

ZHR 171 (2007), S. 519 - 553.

Literaturverzeichnis

Zimmermann, Jochen; Goncharov, Igor; Werner, Joerg-Richard,

Does Compliance with the German Corporate Governance Code have an Impact on Stock Valuation? An Empirical Analysis

Working Paper, November 2004, University of Bremen, Germany.

Zöllner, Wolfgang (hrsg.),

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,

Band 1, §§ 1 - 75 AktG, 2. Auflage, Köln 1988,

Band 2, §§ 76 – 117 AktG, 2. Auflage, Köln 1996,

Band 3, §§ 118 - 147, 161, 170 - 176 AktG, 3. Auflage, Köln 2006

(zit.: *Bearbeiter* in: KölnKomm AktG).

ders.,

Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Privat Limited Company,

GmbHR 2006, S. 1 - 12.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

Gericht	Entscheid, Datum, Aktenzeichen (Kurzbezeichnung)	Fundstellen (Auswahl)
EuGH	Urteil, 09.03.1999 - Rs. C-212/97 (Centros)	EuGH Slg. 1999 I-1459 = NJW 1999, 2027
EuGH	Urteil, 5.11.2002 - Rs.C-208/00 (Überseering)	EuGH Slg. 2002, I-9919
EuGH	Urteil, 30.9.2003 - Rs. C-167/01 (Inspire Art)	EuGH Slg. 2003, I-10155
EuGH	Urteil, 13.12.2005 - Rs. C-411/03 (Sevic-Entscheidung)	EuGH Slg. 2005 I-10805
EuGH	Urteil, 22.05.2008 - Rs. C-210/06 (Cartesio)	EuGH Slg. 2008 I-00000 = ZIP 2009, 24 - 34.
BVerfG	Urteil 16.01.1957 - 1 BvR 253/56 (Elfes-Urteil)	BVerfGE 6, 32
BVerfG	Urteil 11.06.1958 - 1 BvR 596/56 (Apothekenurteil)	BVerfGE 7, 377
BVerfG	Beschluss 29.11.1961 - 1 BvR 148/57 (Bahnhofsapotheke)	BVerfGE 13, 225
BVerfG	Entscheidung 29.11.1967 - BvR 175/66 (Dienstleistungspflichten von Kreditinstituten)	BVerfGE 22, 380
BVerfG	Entscheidung 16.03.1971 - 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66 (Erdölbevorratung)	BVerfGE 30, 292
BVerfG	Beschluss 09.05.1972 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 (Facharzt-Beschluss)	BVerfGE 33, 125
BVerfG	Entscheidung 18.07.1972 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 (numerus clausus I)	BVerfGE 33, 303
BVerfG	Beschluss 07.11.1972 - 1 BvR 338/68	BVerfGE 34, 103
BVerfG	Urteil 01.03.1979 - 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 (Mitbestimmung)	BVerfGE 50, 290
BVerfG	Beschluss 12.06.1979 - 1 BvL 19/76 (Kleingartenentscheidung)	BVerfGE 52, 1
BVerfG	Beschluss 13.05.1981 - 1 BvR 610/77, 1 BvR 451/80	BVerfGE 57, 121

Rechtsprechungsübersicht

BVerfG	Beschluss 15.07.1981 - 1 BvL 77/78 (Nassauskiesung)	BVerfGE 58, 300
BVerfG	Beschluss 20.04.1982 - 1 BvR 522/78 (Sozietätsverbot)	BVerfGE 60, 215
BVerfG	Urteil 19.10.1983 - 2 BvR 298/81 (Betriebliche Unterstützungskasse)	BVerfGE 65, 196
BVerfG	Beschluss 19.11.1985 - 1 BvR 38/78	BVerfGE 71, 183
BVerfG	Urteil 12.03.1986 - 1 BvL 81/79 (Flughafen Salzburg)	BVerfGE 72, 66
BVerfG	Beschluss 14.07.1987 - 1 BvR 537/81, 1 BvR 195/87 (Standesrecht)	BVerfGE 76, 171
BVerfG	Beschluss 14.07.1987 - 1 BvR 362/79 (Werbeverbot)	BVerfGE 76, 196
BVerfG	Beschluss 06.06.1989 - 1 BvR 921/85 (Reiten im Walde)	BVerfGE 80, 137
BVerfG	Beschluss 04.04.1990 - 1 BvR 750/87 (Kammerrechtsbeistand)	BVerfGE 82, 18
BVerfG	Beschluss 20.08.1993 - 2 BvR 1610/91	WM 1993, 1714
BVerfG	Beschluss 09.03.1994 - 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88 (Privatschulfinanzierung)	BVerfGE 90, 107
BVerfG	Beschluss 08.04.1997 - 1 BvR 48/94	BVerfGE 95, 267
BVerfG	Beschluss 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 (Glykolwarnung)	BVerfGE 105, 252
BGH	Urteil 30.11.1954 - I ZR 143/52	BGHZ 15, 338
BGH	Urteil 28.01.1957 - III ZR 141/55	BGHZ 23, 157
BGH	Urteil 22.04.1958 - VI ZR 65/57	BGHZ 27, 137
BGH	Urteil 14.12.1959 - II ZR 187/57	BGHZ 31, 258
BGH	Urteil 17.01.1962 - V ZR 83/60	BGHZ 36, 283
BGH	Urteil 04.02.1964 - VI ZR 25/63	BGHZ 41, 123
BGH	Urteil 24.04.1964 - I b ZR 73/63	BGHZ 41, 314
BGH	Urteil 19.12.1964 - I b ZR 181/62	NJW 1965, 2007
BGH	Urteil 25.02.1965 - II ZR 287/63	BGHZ 43, 261
BGH	Urteil 26.09.1966 - II ZR 56/65	WM 1966, 1143
BGH	Urteil 09.05.1967 - I b ZR 59/65	BGHZ 48, 12
BGH	Urteil 17.10.1968 - VII ZR 23/68	BGHZ 51, 27

Rechtsprechungsübersicht

BGH	Urteil 30.01.1970 - V ZR 139/68	BGHZ 53, 181
BGH	Urteil 08.07.1970 - VIII ZR 28/69	BGHZ 54, 222 = NJW 1970, 2015
BGH	Urteil 22.04.1974 - III ZR 21/72	BGHZ 62, 265
BGH	Urteil 14.05.1974 - VI ZR 48/73	BGH LM § 249 [D] Nr. 14 = NJW 1974, 1503, 1505
BGH	Urteil 05.06.1975 - II ZR 156/73	BGHZ 64, 325, 329 = NJW 1975, 1412
BGH	Urteil 18.05.1976 - VI ZR 214/73	WM 1976, 1086 = NJW 1976, 2129
BGH	Urteil 08.06.1976 - VI ZR 50/75	BGHZ 66, 388
BGH	Urteil 22.12.1976 - III ZR 62/74	BGHZ 69, 1, 16
BGH	Urteil 04.05.1977 - VIII ZR 298/75 (Typenhaus)	BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449
BGH	Urteil 24.04.1978 - II ZR 172/76	BGHZ 71, 284
BGH	Urteil 16.11.1978 - II ZR 94/77	BGHZ 72, 382
BGH	Urteil 30.11.1978 - II ZR 204/76	NJW 1979, 2104 = WM 1979, 229
BGH	Urteil 22.03.1979 - VII ZR 259/77	BGHZ 74, 103 = NJW 1979, 1449
BGH	Urteil 23.03.1979 - V ZR 81/77	WM 1979, 692
BGH	Urteil 09.07.1979 - II ZR 118/77	NJW 1979, 1823
BGH	Urteil 13.03.1980 - II ZR 258/78	BGHZ 76, 231
BGH	Urteil 24.03.1980 - II ZR 213/77	BGHZ 76, 326
BGH	Urteil 22.05.1980 - II ZR 209/79	BGHZ 77, 172
BGH	Urteil 06.10.1980 - II ZR 60/80	BGHZ 79, 337
BGH	Urteil 5.11.1980 - VIII ZR 230/79	BGHZ 78, 318
BGH	Urteil 16.02.1981 - II ZR 179/80	WM 1981, 374
BGH	Urteil 04.05.1981 - II ZR 193/80	WM 1981, 1021
BGH	Urteil 13.07.1981 - II ZR 256/79	BGHZ 81, 252
BGH	Urteil 21.09.1981 - II ZR 104/80	BGHZ 81, 311
BGH	Urteil 25.02.1982 - II ZR 174/80 (Holzmüller- Entscheidung)	BGHZ 83, 122
BGH	Urteil 22.03.1982 - II ZR 114/81	BGHZ 83, 222
BGH	Urteil 29.06.1982 - VI ZR 33/81	BGHZ 84, 312
BGH	Urteil 12.07.1982 - II ZR 175/81	WM 1982, 862 = NJW 1982, 2823
BGH	Urteil 22.09.1982 - 3 StR 287/82	BGHSt 31, 118
BGH	Urteil 15.11.1982 - II ZR 206/81	BGHZ 86, 152
BGH	Urteil 26.03.1984 - II ZR 171/83	BGHZ 90, 381

Rechtsprechungsübersicht

BGH	Urteil 28.06.1984 - III ZR 35/83	BGHZ 92, 34
BGH	Urteil 12.11.1984 - II ZR 250/83	ZIP 1985, 29
BGH	Urteil 28.01.1985 - II ZR 79/84	WM 1985, 567
BGH	Urteil 16.09.1985 - II ZR 275/84 (Autokran)	BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 = ZIP 1985, 1263
BGH	Urteil 23.09.1985 - II ZR 246/84	GmbHR 1986, 42
BGH	Urteil 21.03.1986 - V ZR 10/85	BGHZ 97, 269
BGH	Urteil 21.04.1986 - II ZR 165/85	BGHZ 97, 382
BGH	Urteil 21.03.1988 - II ZR 194/87	BGHZ 104, 44
BGH	Urteil 25.04.1988 - II ZR 175/87	NJW-RR 1988, 1181
BGH	Urteil 25.03.1991 - II ZR 188/89	BGHZ 114, 127 = NJW 1991, 1830 = ZIP 1991, 653
BGH	Urteil 01.07.1991 - II ZR 180/90	NJW-RR 1991, 1312
BGH	Urteil 23.09.1991 - II ZR 189/90	ZIP 1991, 1427
BGH	Urteil 26.09.1991 - VII ZR 376/89	BGHZ 115, 213 = WM 1991, 2092
BGH	Urteil 21.10.1991 - II ZR 204/90	ZIP 1991, 1597 = NJW 1992, 241
BGH	Urteil 21.10.1991 - II ZR 207/90	BGHZ 116, 7
BGH	Urteil 16.03.1992 - II ZR 152/91	ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735
BGH	Urteil 16.06.1992 - XI ZR 166/91	NJW 1992, 2148
BGH	Urteil 29.03.1993 - II ZR 265/91 (TBB)	BGHZ 122, 123 = WM 1993, 687
BGH	Urteil 05.07.1993 - II ZR 194/92	BGHZ 123, 106 = WM 1993, 1787 = NJW 1993, 2865
BGH	Urteil 07.07.1993 - II ZR 81/92	BGHZ 123, 15
BGH	Urteil 13.12.1993 - II ZR 89/93	WM 1994, 203 = ZIP 1994, 207, 208
BGH	Urteil 10.11.1994 - I ZR 201/92	GRUR 1995, 125
BGH	Urteil 05.04.1995 - I ZR 59/93	GRUR 1995, 610
BGH	Urteil 21.04.1997 - II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck)	BGHZ 135, 244 = ZIP 1997, 883= NJW 1997, 1926
BGH	Urteil 31.01.2000 - II ZR 189/99	NJW 2000, 1571
BGH	Urteil 03.04.2000 - II ZR 379/99	DStR 2000, 697
BGH	Urteil 07.09.2000 - VII ZR 443/99	BGHZ 145, 121
BGH	Urteil 26.09.2000 - X ZR 94/98	BGHZ 145, 187
BGH	Urteil 29.01.2001 - II ZR 183/00	NJW 2001, 1647
BGH	Urteil 17.09.2001 - II ZR 178/99 (Bremer Vulkan)	BGHZ 149, 10 = ZIP 2001, 1874

Rechtsprechungsübersicht

BGH	Urteil 24.11.2001 - II ZR 171/01 (Novemberurteil)	BGHZ 157, 72
BGH	Urteil 24.06.2002 - II ZR 300/00 (KBV)	BGHZ 151, 181 = ZIP 2002, 1578 = WM 2002, 1802
BGH	Urteil 01.07.2002 - II ZR 380/00	BGHZ 151, 204
BGH	Urteil 25.11.2002 - II ZR 133/01 (Macroton- Entscheidung)	BGHZ 153, 47 = ZIP 2003, 387
BGH	Urteil 29.01.2003 - VIII ZR 155/02	BGHZ 153, 353
BGH	Urteil 02.10.2003 - I ZR 252/01	GRUR 2004, 162
BGH	Urteil 13.03.2003 - VII ZR 370/98	BGHZ 154, 185
BGH	Urteil 26.04.2004 - II ZR 155/02 (Gelatine I)	ZIP 2004, 993
BGH	Urteil 26.04.2004 - II ZR 154/02 (Gelatine II)	ZIP 2004, 1001
BGH	Urteil 19.07.2004 - II ZR 402/02 (Informatec II)	BGHZ 160, 149
BGH	Urteil 19.07.2004 - II ZR 218/03 (Informatec I)	BGHZ 160, 134 = AG 2004, 543 = NJW 2004, 2664
BGH	Urteil 20.09.2004 - II ZR 302/02	ZIP 2004, 2138
BGH	Urteil 13.12.2004 - II ZR 206/02	BB 2005, 232 = NZG 2005, 177, 178.
BGH	Urteil 13.12.2004 - II ZR 256/02	BB 2005, 286 = NZG 2005, 214 = DStR 2005, 340.
BGH	Urteil 07.01.2005 - II ZR 229/05 (ComROAD VI)	ZIP 2008, 407 ff.
BGH	Urteil 09.05.2005 - II ZR 287/02 (EM-TV)	AG 2005, 609 = ZIP 2005, 1270, 1274 = WM 2005, 1358
BGH	Versäumnisurteil 14.11.2005 - II ZR 178/03	ZIP 2006, 467
BGH	Urteil 28.11.2005 - II ZR 80/04 ComROAD I	AG 2007, 322 = ZIP 2007, 681, 682
BGH	Urteil 28.11.2005 - II ZR 246/04 (ComROAD II)	AG 2007, 324 = ZIP 2007, 680
BGH	Urteil 08.12.2005 - VII ZR 372/03	NJW-RR 2006, 610
BGH	Urteil 26.06.2006 - II ZR 153/05 (ComROAD III)	AG 2007, 169 = ZIP 2007, 326
BGH	Urteil 03.07.2006 - II ZR 151/04	ZIP 2006, 1529
BGH	Urteil 10.07.2006 - II ZR 238/04	BGHZ 168, 285.
BGH	Urteil 19.12.2006 - XI ZR 56/05	BGHZ 170, 226
BGH	Urteil 04.06.2007 - II ZR 147/05 (ComROAD IV)	AG 2007, 620
BGH	Urteil 04.06.2007 - II ZR 173/05 (ComROAD V)	AG 2007, 623
BGH	Urteil 14.06.2007 - III ZR 125/06	WM 2007, 1503 = NZG 2007, 660
BGH	Urteil 16.07.2007 - II ZR 3/04 (Trihotel)	BGHZ 173, 246 = WM 2007, 1572 = ZIP 2007, 1552
BGH	Beschluss 07.01.2008 - II ZR 314/05	Der Konzern 2008, 176

Rechtsprechungsübersicht

BGH	Urteil 07.01.2008 - II ZR 68/06 (ComROAD VII)	ZIP 2008, 410
BGH	Urteil 19.02.2008 - XI ZR 170/07	WM 2008, 825 = ZIP 2008, 873, 874.
BGH	Urteil 28.04.2008 - II ZR 264/06 (GAMMA)	BGHZ 176, 204 = WM 2008, 1220 = NZG 2008, 547
RG	Urteil 15.03.1902 - Rep. I 392/01	RGZ 51, 92
RG	Urteil 27.10.1902 - Rep. VI 201/02	RGZ 52, 365
RG	Urteil 27.02.1904 - Rep. I 418/03	RGZ 58, 24, 28
RG	Urteil 22.01.1906 - Rep. VI 267/05	RGZ 62, 315
RG	Urteil 20.03.1919 - Rep. VI 370/18	RGZ 95, 173
RG	Urteil 02.06.1921 - Rep. VI 112/21	RGZ 102, 223
BAG	Beschluss 03.12.1992 - GS 2/90	DB 1992, 1579
BAG	Urteil 03.09.1998 - 8 AZR 189/97	ZIP 1999, 24
BAG	Urteil 10.02.1999 - 5 AZR 677/97	ZIP 1999, 878
BAG	Beschluss 28.05.2002 - 1 ABR 32/01	DB 2003, 287
BAG	Urteil 11.06.2002 - 1 AZR 390/01	DB 2002, 2725
BFH	Urteil 27.3.2001 - I R 27/99	GmbHR 2001, 580
BFH	Urteil 27.02.2002 - I R 80, 81/01, I R 80/01, I R 81/01	GmbHR 2003, 1071
BFH	Urteil 04.06.2003 - I R 38/02	GmbHR 2003, 1369.
BSG	Urteil 07.12.1983 - 7 Rar 20/82	NJW 1984, 2117
BVerwG	Urteil 27.05.1981 - VII C 34.77	BVerwGE 62, 224
OLG Brandenburg	Beschluss 30.11.2004 - 6 Wx 4/04	ZIP 2005, 489.
OLG Bremen	Urteil 21.05.1997 - 1 U 132/96	AG 1997, 420
OLG Düsseldorf	Urteil 15.11.1984 - 8 U 22/84	ZIP 1984, 1476
OLG Frankfurt	Urteil 17.12.1996 - 5 U 178/95	WM 1997, 361
OLG Frankfurt	Urteil 17.03.2005 - 1 U 149/04	WM 2005, 1266
OLG Hamburg	Urteil 26.01.2007 - 11 U 254/05	ZIP 2007, 1008
OLG Hamm	Urteil 07.11.1987 - 8 U 8/84	GmbHR 1985, 157

Rechtsprechungsübersicht

OLG Hamm	Urteil 18.11.1996 - 31 U 42/96	GmbHR 1997, 999
OLG Hamm	Beschluss 27.04.98 - 15 W 79/98	GmbHR 1998, 682
OLG Jena	Urteil 28.11.2001 - 4 U 234/01	GmbHR 2002, 112
OLG Koblenz	Beschluss 05.03.1987 - 6 W 38/87	WM 1987, 480
OLG München	Urteil 20.04.2005 - 7 U 5303/04	WM 2005, 1269
OLG München	Urteil 04.10.2007 - 23 U 4858/06	WM 2008, 22
OLG München	Beschluss 04.10.2007 - 31 Wx 36/07	ZIP 2007, 2124
OLG München	Urteil 23.01.2008 - 7 U 3668/07	ZIP 2008, 742
OLG Rostock	Urteil 10.12.2003 - 6 U 56/03	NZG 2004, 385
OLG Schleswig	Beschluss 11.07.2007 - 2 W 143/07	ZIP 2007, 2357
LAG Düsseldorf	Beschluss 14.11.2005 - 10 TaBV 46/05	DB 2006, 162
LG Bonn	Urteil 15.05.2002 - 11 O 181/00	AG 2001, 484
LG Krefeld	Urteil 20.12.2006 - 11 O 70/06	ZIP 2007, 730
LG Mainz	Urteil 27.02.2003 - I R 46/01	NZG 2002, 918
ArbG Wuppertal - 5. Kammer	Beschluss 15.06.2005 - 5 BV 20/05	NZA-RR 2005, 476
AG München	Beschluss 01.05.2005 - 1506 IN 356/04	ZIP 2005, 1052

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
abgdr.	abgedruckt
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft; Aktiengesellschaft
AKEU	Arbeitskreis Externe Unternehmensrechnung
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
Basel II	Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen - Überarbeitete Rahmenvereinbarung Juni 2004
BB	Der Betriebsberater
Beil.	Beilage
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BIT	Zeitschrift für Bibliothek, Information und Technologie
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium für Finanzen

Abkürzungsverzeichnis

BörsG	Börsengesetz
BörsZulVO	Börsenzulassungs-Verordnung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull.	Bulletin
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverfassungsgericht
BVI	Bundesverband Investment und Asset Management e. V.
BVK	Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CA	Companies Act
ca.	circa
CDAX	Composite Deutscher Aktienindex
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
CGS	Corporate Governance Statement
c. i. c.	culpa in contrahendo
CSU	Christlich Soziale Union in Bayern e.V.
DAI	Deutsches Aktieninstitut
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d. h.	das heißt
dass.	dasselbe
ders.	derselbe

Abkürzungsverzeichnis

dies.	dieselbe; dieselben
DKG	Diakonischer Corporate Governance Kodex
DöD	Der öffentliche Dienst
Dr.	Doktor
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DRS	Deutsche Rechnungslegungsstandards
DStR	Deutsches Steuerrecht
D&O-Versicherung	Directors-and-Officers-Versicherung
DVFA	Deutsche Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management
ebd.	ebenda
EBIT	Earnings Before Interests and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EBT	Earnings Before Taxes
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
E-Mail	Electronic Mail
endg.	endgültig
EPG	Europäische Privat Gesellschaft; Societas Privata Europaea
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e. V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgend
F.	Fall
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
Frankfurt/ M.	Frankfurt am Main

Abkürzungsverzeichnis

FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesellschaftsR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GoF	Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung
GoU	Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung
GoÜ	Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensüberwachung
GR	Gesellschaftsrecht
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedenkschrift
H.	Heft
HdwB	Handwörterbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRB	Handelregister Abteilung B
HRV	Handelsregisterverordnung
IAS	International Accounting Standards
i. d. F. v.	in der Fassung vom
i. d. R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
i. H. v.	in Höhe von
i. R. d.	im Rahmen des
i. S. d.	im Sinne der; im Sinne der
i. S. e.	im Sinne eines; im Sinne einer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

Abkürzungsverzeichnis

i. w. S.	im weiteren Sinne
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
IRB-Ansatz	International Radiation Protection Ansatz
JA	Juristische Ausbildung
Jahrg.	Jahrgang
jew. m. w. Nw.	jeweils mit weiterem Nachweis/ jeweils mit weiteren Nachweisen
Jg.	Jahrgang
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktie
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KölnKomm	Kölner Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KWG	Gesetz über Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe (litera)
LM	Lindenmaier-Möhring (Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes)
LTD	Limited
Ltd.	Limited
m. a. W.	mit anderen Worten
MDAX	Mid-cap Deutscher Aktienindex
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MinBIFin	Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen
Mio.	Million; Millionen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
m. Nw.	mit Nachweis/ mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

Abkürzungsverzeichnis

MontanMitbestErgG	Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
Mrd.	Milliarde; Milliarden
MüHdb	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. Nw.	mit weiterem Nachweis/ mit weiteren Nachweisen
m. W. z.	mit Wirkung zum
m. zahlr. w. Nw.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
NEMAX	Neuer Marktindex
NeuBankRuKapA- RUmsG	Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
No.	number
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtssprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
p. a.	per annum
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
PublG	Publizitätsgesetz
Rdnr.	Randnummer
re. Sp.	rechte Spalte
RefE	Referentenentwurf
RegBegr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf

Abkürzungsverzeichnis

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite; Satz
s. a.	siehe auch
s. auch	siehe auch
SDAX	Small-cap Deutscher Aktienindex
SdK	Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger
SE	Societas Europae
Sec.	Section
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SolvV	Solvabilitätsverordnung
SOX	Sabanes Oclely Act
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
str.	streitig; strittig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
s. u.	siehe unten
Tab.	Tabelle
TecDAX	Auswahlindex der Deutschen Börse für mittelgroße (midcap) Unternehmen aus den Technologie-Branchen
TrPublG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
TWR	Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
u. a.	unter anderem; und andere
UG	Unternehmergesellschaft
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
unstr.	unstrittig; unstreitig
Urt.	Urteil
USA	United States of America
U. S. A.	United States of America

Abkürzungsverzeichnis

US-amerikanisch	die USA betreffend, aus den USA kommend
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von; vom
VerkaufspG	Verordnung über Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte; Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung
VerkprospG	Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz
VermVerkprospV	
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VW	Volkswagen AG
WertpapierprospektG	Wertpapierprospektgesetz
WertpapierR	Wertpapierrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht; Wertpapiermitteilungen Teil IV
WpAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WpPG	Wertpapierprospektgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zzgl.	zuzüglich

