

Rechtsregeln beim Kauf der Hypo Group Alpe Adria (HGAA)
durch die Bayerische Landesbank

G U T A C H T E N

von

em. o. Prof. Dr. Reiner Schmidt

unter Mitarbeit

von

Wiss. Mitarbeiter Dr. Simon Bulla

und

Notarassessorin Dagmar Landherr

Augsburg im Mai 2010

Inhaltsverzeichnis

A. Der Gutachtenauftrag.....	2
B. Die Bayerische Landesbank.....	3
I. Die Geschäftstätigkeit der Bayerischen Landesbank nach dem Gesetz über die Bayerische Landesbank, der Satzung der Bayerischen Landesbank und der Geschäftsordnung für den Vorstand.....	3
1. Die Aufgabenwahrnehmung.....	3
2. Rechtliche Grundlagen.....	7
II. Die Organe der Bayerischen Landesbank.....	9
1. Der Vorstand.....	9
2. Der Verwaltungsrat.....	11
3. Die Generalversammlung.....	12
III. Die Aufsicht über die Bayerische Landesbank.....	13
1. Die Kontrolle durch die BaFin.....	13
2. Die Sparkassenaufsicht.....	14
3. Die Kontrolle durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof.....	15
4. Die Beihilfeaufsicht durch die Europäische Kommission.....	16
IV. Die Kontrolle der Arbeit des Vorstandes durch den Verwaltungsrat.....	18
1. Die Kontrolle im Allgemeinen.....	18
a) Sachliche Reichweite der Kontrolle.....	19
b) Personelle Reichweite der Kontrolle.....	21
c) Maßstab der Kontrolle.....	22
d) Ausübung der Kontrolle.....	24
2. Die Kontrollbefugnisse im Besonderen.....	24
a) Informationsrechte.....	24
b) Zustimmungspflichtige Geschäfte.....	28
c) Richtlinienkompetenz.....	30
d) Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand.....	31
3. Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats bei der Kontrolle des Vorstandes.....	33
a) Pflicht zur Aufsicht und Selbstverantwortung des Verwaltungsrates.....	33
b) Bestimmung der Sorgfaltspflichten.....	34
c) Individuelle Verantwortung der Verwaltungsratsmitglieder.....	40
V. Die Sorgfaltspflichten von Vorstand und Verwaltungsrat insbesondere beim Unternehmenskauf.....	47
1. Die Sorgfaltspflichten bei der Aktiengesellschaft.....	47
a) Die Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Aktiengesellschaft.....	47
b) Die Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft.....	60
2. Die Übertragung der Rechtsregeln der Aktiengesellschaft auf die Anstalt des öffentlichen Rechts.....	61
VI. Die Binnenhaftung.....	68
1. Die Haftung des Vorstands.....	68
a) Die Haftung bei der Aktiengesellschaft.....	68
b) Die Haftung bei der Anstalt des Öffentlichen Rechts.....	71
2. Die Haftung des Verwaltungsrats.....	77
a) Die Haftung des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft.....	77
b) Die Haftung bei der Anstalt des Öffentlichen Rechts.....	78
C. Schlussbemerkung.....	79

A. Der Gutachtenauftrag

Das Gutachten stellt die rechtlichen Rahmenbedingungen des Kaufs der Hypo Group Alpe Adria (HGAA) durch die Bayerische Landesbank (BayernLB) dar.

Der Kaufvertrag zum Beteiligungserwerb an der HGAA wurde am 22. Mai 2007 unterzeichnet. Der Verwaltungsrat der BayernLB hatte am 23. April 2007 dem Kauf einer Beteiligung in Höhe von 50% + 1 Aktie zugestimmt. Im Dezember 2007 beteiligte sich die BayernLB an einer Kapitalerhöhung mit € 441,3 Mio. Im Dezember 2008 erfolgte eine weitere Kapitalerhöhung in Höhe von € 700 Mio., die überwiegend von der BayernLB finanziert wurde. Ein Jahr später, im Dezember 2009, wurden die Anteile der BayernLB an der HGAA zum symbolischen Preis von € 1 unter Verzicht auf Forderungen gegen die HGAA in Höhe von € 825 Mio. an die Republik Österreich abgetreten. Der Gesamtschaden beträgt für die BayernLB € 3,7 Mrd.

Ausgangspunkt des Gutachtens ist die Rechtsnatur der Bayerischen Landesbank, die als Anstalt des öffentlichen Rechts einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen hat, aber auch Geschäftsbank ist.

Die Auswahl der Rechtsregeln und deren systematische Darstellung werden schwerpunktmäßig darauf ausgerichtet, welche Regeln für den Erwerb von Beteiligungen gelten.

Neben den Zuständigkeiten und Aufgaben der verschiedenen Organe der BayernLB werden deren Kontrollbefugnisse behandelt. Insbesondere wird auf die Sorgfaltspflichten eingegangen, die Vorstand und Verwaltungsrat bei Ausübung ihrer Tätigkeit zu beachten haben. Auch wird gezeigt, in welchem Umfang und wem gegenüber die Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrats bei Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten haften.

Bei Erteilung des Gutachtenauftrags wurde vom Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses darauf hingewiesen, dass keine Wertungen in Bezug auf etwa tatsächlich verletzte Sorgfaltspflichten vorgenommen werden sollen. Dies bleibe dem Untersuchungsausschuss vorbehalten.

Dementsprechend beschränkt sich das Gutachten auf die Darstellung der wesentlichen Rechtsregeln.

B. Die Bayerische Landesbank

Die BayernLB ging 1972 aus der Fusion der Landesbodenkreditanstalt und der Bayerischen Gemeindebank hervor. Sie ist ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Eigentümer der BayernLB waren zunächst – indirekt – zu je 50% der Freistaat Bayern und der Bayerische Sparkassen- und Giroverband. Im Jahr 2002 verständigten sich die Anteilseigner darauf, ihre Anteile an der BayernLB gegen Aktien auf die BayernLB Holding AG zu übertragen, an der der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband ebenfalls zu je 50% beteiligt sind. Die BayernLB Holding ist alleinige Trägerin der BayernLB und selbst kein Kreditinstitut.

Nach Kapitalzuführungen zwischen Dezember 2008 und März 2009 haben sich die Beteiligungsverhältnisse grundlegend verändert. Der Anteil des Freistaats am Grundkapital der Holding beläuft sich nunmehr auf 94%, der Anteil des Sparkassenverbands Bayern auf 6%.

Die BayernLB ist als internationale Wholesale-Bank im Investment- und Commercial Banking-Geschäft tätig und konzentriert sich als Kernmarkt auf Bayern und die benachbarten Regionen. Aufgrund ihrer Eigentümerstruktur ist sie außerdem Hausbank des Freistaats Bayern und Zentralinstitut der Bayerischen Sparkassen.

Die BayernLB betrachtet sich als einen der führenden Anleiheemittenten Deutschlands. Ihre Zielkunden sind der Freistaat Bayern, Kommunkunden, Sparkassen, multinationale Konzernkunden, inländische Firmenkunden und gewerbliche Immobilienkunden sowie institutionelle Kunden und Finanzinstitute.

I. Die Geschäftstätigkeit der Bayerischen Landesbank nach dem Gesetz über die Bayerische Landesbank, der Satzung der Bayerischen Landesbank und der Geschäftsordnung für den Vorstand

1. Die Aufgabenwahrnehmung

Die grundsätzliche Bestimmung für die Aufgaben der BayernLB ist in Art. 2 des Gesetzes über die Bayerische Landesbank (BayLBG) enthalten.¹ Danach hat die Bank insbesondere

¹ Es wird die Fassung des BayLBG herangezogen, die vom 19. 7. 2005 bis 31. 7. 2009, also im Zeitpunkt des Kaufs der HGAA, gültig war. Die Neufassung des Gesetzes im Jahr 2009 betont die „ordnungspolitische Funktion der Bank als Kern des öffentlichen Auftrags“, so jedenfalls die Gesetzesbegründung; vgl. Bayer.

die Aufgaben einer Staatsbank sowie einer Kommunal- und Sparkassenzentralbank. Sie hat durch ihre Geschäftstätigkeit den Freistaat Bayern und seine kommunalen Körperschaften einschließlich der Sparkassen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, insbesondere der Strukturförderaufgaben zu unterstützen. Es werden alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäften betrieben, wie alle sonstigen Geschäfte, die der Bank dienen. Die Geschäfte der Bank sind nach kaufmännischen Grundsätzen unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags zu führen. Nach Art. 2 Abs. 4 BayLBG bedarf die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten der Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern.

Auf diese Aufgabenbestimmung wird in § 3 der Satzung der BayernLB² ausdrücklich verwiesen. Innerhalb der Bank trifft die Entscheidung für die Angelegenheiten von grundsätzlicher oder besonderer wirtschaftlicher Bedeutung der Vorstand, insbesondere legt er die Beteiligungsstrategie fest. Der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen bedürfen der Zustimmung des Verwaltungsrats.³

Für eine angemessene Interpretation der gesetzlichen Aufgabenstellung der BayernLB ist ein Rückgriff auf die wirtschaftsverfassungsrechtliche Situation der Bundesrepublik erforderlich.

Nach h. M., vom Bundesverfassungsgericht gestützt, ist die Wirtschaft der Bundesrepublik grundsätzlich frei. Eine Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch eine Marktregulierung ist nur zulässig, wenn sie durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls geboten ist. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder abgelehnt, im Grundgesetz eine Systemgarantie für die Wirtschaft zu sehen. Es scheut sich aber nicht, von der „bestehenden Wirtschaftsverfassung“ zu sprechen, die als Grundlage den „grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unter-

Landtag, 16. Wahlperiode. Drs. 16/1391, S. 3.

² Satzung der Bayerischen Landesbank, veröffentlicht im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 32 v. 9. August 2002, zuletzt geändert gemäß Veröffentlichung im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 37 v. 11. September 2009. Grundlage des Satzungsrechts der BayernLB ist Art. 16 BayLBG. Für den Zweck des Gutachtens erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Fragen der verfassungsrechtlichen Legitimation der Satzungsgewalt öffentlich-rechtlicher Anstalten; vgl. hierzu *Ossenbühl*, Satzung, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, 3. Aufl., 2007, Bd. 5, § 105 Rdnr. 24 ff.

³ Vgl. § 1 Abs. 2 und Abs. 3 der Geschäftsordnung für den Vorstand der BayernLB in der ab 1. Juli 2006 in der vom Verwaltungsrat am 5. 7. 2006 genehmigten Fassung.

nehmer als eines ihrer Grundprinzipien“⁴ enthalte.

Das Gericht, wenn es auch keine Systemgarantie im Grundgesetz sieht, hat immer akzeptiert, dass der Gesetzgeber die Wirtschaft „grundsätzlich marktwirtschaftlich“⁵ geordnet hat. Es betont den Vorrang des Grundgesetzes für die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung. Gesetzgeberisches Handeln im Bereich der Wirtschaft wird als Intervention in einen an sich freien Markt gewertet und einem Legitimationsdruck ausgesetzt.

Die Anforderungen an den Gesetzgeber dürfen hierbei nicht allzu hoch angesetzt werden, aber immerhin besteht für das Verhältnis von privatem und staatlichem Wirtschaften ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das für den freien Markt einen verfassungsrechtlichen Schutz entstehen lassen hat.⁶

Dieser verfassungsrechtlichen Grundsituation versucht der Gesetzgeber Rechnung zu tragen, indem er die Tätigkeit der Sparkassen insofern begrenzt, als sie einem öffentlichen Zweck zu genügen haben. In den Sparkassengesetzen der Länder wird dieser Zweck generell dadurch umschrieben, dass Sparkassen nur für ihr bestimmtes Geschäftsgebiet tätig sein dürfen, dass sie für eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Versorgung der Wirtschaft mit Krediten, insbesondere für den Mittelstand und die wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise sorgen sollen und dass sie die wirtschaftlichen regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Aufgaben ihres Trägers zu unterstützen haben.

Es bedarf an dieser Stelle keiner Diskussion, ob diese sparkassenideologische Zweckausrichtung rechtlich noch haltbar ist.⁷ Der öffentliche Zweck mag die Tätigkeit einer *kommunalen* Sparkasse möglicherweise noch rechtfertigen.⁸ Auf der Landesbankebene verschwimmt die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit auf das Gemeinwohl völlig. Hier wird statt des „öffentlichen Zwecks“ der ebenso unbestimmte Begriff „öffentlicher Auftrag“ verwendet. Bedenkt man außerdem, dass der bayerische Landesgesetzgeber mit der Wahl der Rechtsform „öffentliche Anstalt“ die Tätigkeit der BayernLB im Rahmen der mittelba-

⁴ BVerfGE 32, 305 (317).

⁵ BVerfGE a. a. O.; 38, 348 (361).

⁶ Vgl. *Reiner Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2006, Bd. IV, § 92 Rn. 27 ff.

⁷ Kritisch schon *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 505 f., vgl. auch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 117 ff.

⁸ Vgl. auch *Ehlers*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1094 ff.

ren Staatsverwaltung rechtlich zu umreißen versucht, dann wird dieser Versuch rechtsstaatlich schon deshalb fragwürdig, weil jede Konkretisierung des öffentlichen Auftrags fehlt. Dem Gesetzesvorbehalt⁹ wird nicht genügt, wenn nicht einmal mehr tendenziell voraussehbar ist, in welchem Geschäftsfeld die BayernLB tätig wird. Man mache die Gegenprobe und überlege, wo nach dem in den Geschäftsberichten der BayernLB geäußerten Selbstverständnis Geschäftsfelder nicht wahrgenommen werden, weil sie nicht dem öffentlichen Auftrag genügen oder umgekehrt, wo Tätigkeiten wahrgenommen werden, um dem öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Man wird zum Ergebnis kommen müssen, dass die Bayern LB wie jede Geschäftsbank das tut, was auf dem Markt Erfolg verspricht.

Es verwundert nicht, dass in der Literatur, sei sie nun sparkassenideologisch geprägt oder nicht, kaum substantielles zum öffentlichen Auftrag der Landesbanken zu finden ist. Im Zweifel wird auf den öffentlichen Zweck wie er aus dem Kommunalrecht bekannt ist, verwiesen.¹⁰

Die verfassungsrechtliche Ausgangslage, nämlich die nur ausnahmsweise zugelassene privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staats macht es notwendig, den vom Gesetzgeber genannten öffentlichen Auftrag ernst zu nehmen, d. h. in rechtsstaatlich vertretbar, zu interpretieren.. Wie auch immer man ihn im Einzelnen konkretisieren mag, entsteht durch ihn eine besondere Verpflichtung für gesetzestreu Verhalten. Wenn nach Meinung des Gesetzgebers durch die BayernLB unter Beachtung der Markt- und Wettbewerbserfordernisse Wettbewerb gestärkt und die angemessene und ausreichende Versorgung der Wirtschaft, insbesondere des Mittelstands und der öffentlichen Hand mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sichergestellt werden sollen (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayLBG), dann werden die verantwortlichen Organe für diese ihre Geschäftstätigkeit erhöhten Anforderungen unterstellt, um den öffentlichen Auftrag nicht zu gefährden. Die BayernLB kann sich nicht einerseits wie jede andere Geschäftsbank verhalten und *daneben* einen öffentlichen Auftrag erfüllen. Vielmehr steht die geschäftsmäßige Tätigkeit der Bank unter dem Vorbehalt, dass es sich gleichzeitig um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen handelt. Praktisch

⁹ Vgl. *Ehlers*, a. a. O.

¹⁰ Vgl. statt vieler *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, Rn. 15-17. Zu Recht wies *Möschel* schon im Jahr 1999 darauf hin, dass der öffentliche Auftrag aufgrund der Marktentwicklung obsolet geworden sei; siehe WM 1999, S. 1455 „Privatisierung öffentlichrechtlicher Kreditinstitute“. Dies ist auch die Meinung der herrschenden wissenschaftlichen Politikberatung in Deutschland (Monopolkommission, wissenschaftlicher Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung usw.) vgl. *Möschel* a. a. O.

gesehen: die Bank muss wegen ihres öffentlichen Auftrags ihre gesamte Tätigkeit risikobewusster als jede Geschäftsbank erfüllen. Es ist ein grundsätzlicher Unterschied, ob durch Missmanagement im Ergebnis Belange von Anteilseignern oder die der öffentlichen Hand, sprich des Freistaats Bayern, und damit der Steuerbürger verletzt werden.¹¹

2. Rechtliche Grundlagen

Die Aufgaben von Vorstand und Verwaltungsrat werden im *Bayerischen Landesbankgesetz (BayLBG)*¹² umrissen. Für die nähere Ausgestaltung ist auf die *Satzung der Bayerischen Landesbank*¹³, die auf Grundlage der Ermächtigung in Art. 16 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 BayLBG erlassen wurde, und auf die *Geschäftsordnung des Vorstandes (GO V)*¹⁴ zurückzugreifen, zu deren Erlass ihrerseits § 7 Abs. 5 der Satzung ermächtigt. Erläuternde Ausführungen finden sich auch in den *Corporate Governance Grundsätzen*.¹⁵ Weiterhin unterliegt die BayernLB als öffentlich-rechtliches Kreditinstitut auch den Regelungen des *Kreditwesensgesetzes (KWG)*.¹⁶

Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand werden die jeweiligen Fassung der Normen zugrunde gelegt, die zum Zeitpunkt der Vorverhandlungen über den Ankauf der HGAA Anteile durch die BayernLB bzw. der Zustimmung des Verwaltungsrats zum Kaufvertra-

¹¹ Nach der „Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ vom 17. Juli 2001 in Brüssel zwischen dem Kommissar der EG für Wettbewerb und den deutschen Vertretern im Rahmen eines „Plattformmodells“ werden Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber einem erhöhten Legitimationsdruck ausgesetzt.

¹² In der Fassung der Bekanntmachung vom 1.2.2003.

¹³ Im Folgenden wird die Satzung der Bayerischen Landesbank vom 9.8.2002, Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 32, in der Fassung der Änderung vom 8.7.2005, veröffentlicht im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 27, zu Grunde gelegt.

¹⁴ Geschäftsordnung für den Vorstand (GO V) der BayernLB in der vom Verwaltungsrat am 5.7.2006 genehmigten Fassung.

¹⁵ Corporate Governance Grundsätze in der Fassung nach 1. Änderung, in Kraft vom 1.1.2006 bis 20.1.2010. Solange kein gesetzlicher Corporate Governance Kodex existiert, ist der anstaltsinterne Kodex neben den gesetzlichen Vorgaben und der Satzung wie der Geschäftsordnung Richtschnur für das Organverhalten und hat eine entsprechende Ausstrahlungswirkung auf § 161 AktG, vgl. *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 1572 und *Kirschbaum*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 2006, S. 139 ff. Zum Ganzen siehe auch *Kort*, Standardisierung der Lenkung von Wirtschaftsprozessen durch Corporate Governance-Grundsätze, in *Stelmach/Reiner Schmidt* (Hrsg.), *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien*, Bd. 3, 2008, S. 129 ff.

¹⁶ Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.9.1998 (BGBl. I, S. 2776). Zur Anwendbarkeit des KWG siehe die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 3/1114; ferner *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 26 f.; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 217 f.

ges und dessen Abschluss zwischen Dezember 2006 und Mai 2007 galten.

Nicht nur der Organaufbau, sondern auch die grundlegende Aufgabenverteilung und das Verhältnis der Organe zueinander sind stark dem privatrechtlichen Vorbild der Aktiengesellschaft angenähert. Es gilt daher auch die Vorschriften des *Aktiengesetzes (AktG)* vergleichend in den Blick zu nehmen.¹⁷

Das Grundproblem wird durch die Bestimmung des Art. 2 Abs. 3 Satz 2 (BayLBG) deutlich: Danach hat die Bank unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags die Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen. Es sind alle Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG erlaubt. Auf der Passivseite steht der Landesbank ein uneingeschränktes Emissionsrecht zu. Auf der Aktivseite darf sie sich an fremden Wirtschaftsunternehmen beteiligen. Für die zulässigen Geschäfte der Landesbank bestehen keine anderen rechtsatzmäßigen Beschränkungen als die, die im KWG für alle Bankgeschäfte vorgesehen sind. Sie ist nicht verpflichtet, die Bewertungsvorschriften der Sparkassenordnung und deren Sicherungsgrundsätze zu beachten. Sie kann deshalb im Wege von Konsortialgeschäften gemeinsam mit den Sparkassen Engagements übernehmen, mit der der sparkassenrechtlich zulässige Umfang des Kreditgeschäfts überstiegen wird.

Aus der Zwitterstellung der Landesbank ergeben sich grundsätzliche Rechtsfragen, weil mit der Wahrnehmung öffentlich übertragener Aufgaben noch nicht geklärt ist, ob es sich dabei um hoheitliche Maßnahmen handelt.¹⁸ Strittig ist insbesondere, wieweit die Bundeskompetenz für die Regelung des Bankwesens in Art. 74 Nr. 11 GG auch für das Recht der Sparkassen gilt. Denn soweit es sich bei den Banken um öffentlich-rechtliche Anstalten handelt, steht die Gesetzgebung über die Verfassung und die Organisation, das sogenannte formelle Sparkassenrecht, den Ländern zu. Nur soweit sich dieses mit der Geschäftspolitik und der Wirtschaftsführung der Sparkassen befasst, unterfällt es der Kompetenz nach Art. 74 Nr. 11 GG. Regelungen über das zulässige Geschäftsvolumen im Verhältnis zum haftbaren Kapital usw. gehören zur Geschäftstätigkeit der Sparkassen und daher zum materiellen Sparkassenrecht.¹⁹ Das Organisationsrecht der Länder bezüglich der öffentlich-

¹⁷ Grundlegend die Befugnisse und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft vergleichend *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 17 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu z. B. *BayVerfGH*, Beschluss vom 28.9.1960, NJW 1961, 163.

¹⁹ So zutreffend *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 1984, Art. 74 Rn. 146.

rechtlichen Sparkassen ist Teil des Kommunalrechts, für das die Länder die alleinige Gesetzgebungskompetenz besitzen.²⁰ Wegen der durch die Sparkassengesetze der Länder ausgefüllten kommunalrechtlichen Regelungen des Sparkassenrechts für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen bzw. die Landesbank überschneiden sich die entsprechenden Vorschriften des *KWG*, wenn sie beispielsweise zusätzlich für den Betrieb einer Sparkasse eine bundesrechtliche Erlaubnis durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht verlangen (§ 32 Abs. 1 *KWG*) und neben der landesrechtlichen Staatsaufsicht auch eine Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen festlegen (§ 52 *KWG*).²¹

II. Die Organe der Bayerischen Landesbank

Die Bayerische Landesbank hat eine zweigeteilte Leitungs- und Überwachungsstruktur, die im Wesentlichen durch das Bayerische Landesbankgesetz, die Satzung der Bayerischen Landesbank und Corporate Governance-Grundsätze geprägt wird. Der Vorstand führt die Geschäfte der Bank. Aufgabe des Verwaltungsrates ist es, den Vorstand zu bestellen, zu überwachen und zu beraten. Weiteres wichtiges Organ ist die Generalversammlung, die Zusammenkunft der Anteilseigner, welche über Grundsatzfragen entscheidet.

Grundlage und Grenze der Tätigkeit der Organe der Bayerischen Landesbank sind weitgehend durch die genannten Rechtsregeln bestimmt. Da diese ohne weiteres zugänglich sind, beschränkt sich das Gutachten darauf, die wesentlichen Strukturen anhand der Rechtsregeln herauszustellen und für eine praktische Handhabung durch den Untersuchungsausschuss „HGAA“ aufzubereiten.

1. Der Vorstand

Der Vorstand, eines der drei Organe der BayernLB, führt die Geschäfte der Bank. Seine Zusammensetzung ist in der Satzung geregelt. Bestellt wird er durch den Verwaltungsrat auf höchstens fünf Jahre; eine wiederholte Bestellung aus wichtigem Grund ist ebenso wie

²⁰ BVerfGE 75, 192.

²¹ Mit dem Recht der BaFin zur Abberufung des Geschäftsleiters und zur Untersagung der weiteren Ausführung seiner Tätigkeit (§ 36 Abs. 1 Satz 1 *KWG*) wird die Erfüllung kommunaler Aufgaben von der Genehmigung einer Bundesbehörde abhängig gemacht. Die Frage, inwieweit dies verfassungsrechtlich hinnehmbar ist, kann und muss im Rahmen des Gutachtens nicht vertieft werden. Vgl. hierzu *Albrecht*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, EGBGB, Art. 99 Rn. 12.

eine vorzeitige Abberufung möglich (Art. 7 BayLBG).

Der Vorstand besteht aus mindestens drei ordentlichen Mitgliedern; der Vorstandsvorsitzende wird unter diesen vom Verwaltungsrat bestimmt. Neben den üblichen administrativen Aufgaben wie der Einberufung von Sitzungen, dem Erlass einer Geschäftsordnung etc., ist die Bestimmung besonders bemerkenswert, wonach der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Bank gefährden, früh erkannt werden (§ 7 Abs. 8 der Satzung). Näher ist dazu in der Geschäftsordnung für den Vorstand (GO V) bestimmt, dass der Vorstand die grundsätzlichen Entscheidungen zur strategischen Ausrichtung der Bank trifft, wie z. B. die Festlegung der Konzernstrategie, die Evaluierung der Erreichung der aus der Strategie abgeleiteten Unternehmensziele. Hierauf aufbauend legt der Vorstand die zur Steuerung erforderlichen Rahmenbedingungen fest, wie beispielsweise das Risikocontrolling unter Einsatz von Risikosteuerungsinstrumenten. Unter der Auflistung der Entscheidungen von erheblicher Bedeutung, für die der Vorstand zuständig ist, finden sich der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen, wofür die Zustimmung des Verwaltungsrats notwendig ist. Zustimmungsfrei sind lediglich der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen mit einem Kauf oder Verkaufspreis von nicht mehr als 5 Millionen Euro sowie Kapitalerhöhungen bei bereits erworbenen Beteiligungen, um nicht mehr als 10 % des Buchwerts (§ 1 Abs. 3 GO V). Im Rahmen dieser Aufgabenbestimmung entschloss sich die Bayerische Landesbank zu einer Präsenz in den Ländern Österreich und Ungarn durch die Hypo-Group-Alpe-Adria-Bank International AG und die MKB-Bank ZrT (MKB). Die HGAA war mit mehr als 380 Bank- und Leasingstandorten in 12 Ländern in der erweiterten Alpen-Adria-Region tätig und sollte damit das Engagement der BayernLB in Mittel- und Südosteuropa ergänzen. Inzwischen will sich die BayernLB künftig innerhalb der vier Geschäftsfelder „Mittelstand, Großkundengeschäft, gewerbliches Immobiliengeschäft und Privatkunden deutlich stärker fokussieren. Sie wird ihre Aktivitäten regional bevorzugt auf Deutschland mit dem Schwerpunkt Bayern konzentrieren. Die Sekundärmarktgeschäfte werden konsequent abgebaut. Die wesentlichen Geschäftstätigkeiten der Gruppe werden künftig gebündelt und zentral gesteuert.“²²

Die Corporate Governance-Grundsätze weisen unter II. d) besonders darauf hin, dass es zu

²² Vgl. Geschäftsbericht 2008, S. 13.

den Aufgaben des Vorstands gehört, für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling zu sorgen. Er ist verantwortlich für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen im gesamten Konzern und deren unternehmensinternen Richtlinien. Um rechtzeitig zu erkennen, welche Maßnahmen zu treffen sind, um Entwicklungen, die die BayernLB oder einzelne Bereiche gefährden, wurde inzwischen ein Risikomanagementsystem eingerichtet, dessen Wirksamkeit laufend überprüft und im Geschäftsbericht gesondert erläutert wird.²³

2. Der Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat hat die Personalkompetenz über den Vorstand. Er bestellt seine Mitglieder (Art. 7 Abs. 3 S. 1 BayLBG) und kann diese aus wichtigem Grund auch vorzeitig abberufen (§ 7 Abs. 3 der Satzung). Von dem Recht, sich eine Satzung zu geben (§ 10 Abs. 8 der Satzung), hat der Verwaltungsrat keinen Gebrauch gemacht.

Der Verwaltungsrat hat im Wesentlichen zwei Aufgaben. Er soll den Vorstand bei der Geschäftsführung regelmäßig beraten und er soll ihn überwachen. Er beschließt außerdem die Richtlinien der Geschäftspolitik der Bank und ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung einzubinden.²⁴ Der Verwaltungsrat besteht zurzeit aus elf Mitgliedern. Entsprechend dem BayLBG gehören ihm derzeit vier Vertreter des mittelbaren Anteilseigners Freistaat Bayern (sie haben gemäß Art. 8 Abs. 6 BayLBG ein doppeltes Stimmrecht), zwei Vertreter des mittelbaren Anteilseigners Sparkassenverband Bayern, ein Vertreter der Personalvertretung der BayernLB und vier weitere externe Mitglieder an. Diese vier externen Mitglieder werden vom Freistaat Bayern bestellt.

Den Vorsitz im Verwaltungsrat führt der Staatsminister der Finanzen (Art. 8 Abs. 4 BayLBG). Durch die eher reduzierte Größe mit elf Mitgliedern soll ein effizienter Arbeitsablauf und eine hohe Sitzungsfrequenz (in der Regel sechs ordentliche Verwaltungsratssitzungen pro Jahr) gewährleistet werden. Wegen der Konzentration auf den Verwaltungsrat als solchen wurde die Errichtung von Ausschüssen, mit Ausnahme eines Prüfungsausschusses und eines Risikoausschusses, für entbehrlich gehalten. Die enge Zusammenarbeit von Vorstand und Verwaltungsrat wird abgesichert durch die Informationspflichten des

²³ VI. 4. der Corporate Governance-Grundsätze in der Fassung vom 20.1.2010.

²⁴ Art. 8 BayLBG; § 11 Satzung der BayLBG; II. 2. Corporate Governance-Grundsätze.

Vorstands, die sich auf alle wesentlichen Fragen der Geschäftsentwicklung, der Unternehmensplanung, der Erträge und Rentabilität sowie der Risikolage und des Risikomanagements einschließlich der Compliance erstreckt. Über besondere Vorkommnisse, die für die Beurteilung der Lage und Entwicklung der Bank von wesentlicher Bedeutung sind, wird der Vorsitzende des Verwaltungsrats unverzüglich durch den Vorstandsvorsitzenden informiert (II. 2., 3. c) Corporate Governance-Grundsätze). Neben den Informationspflichten bestehen Zustimmungsvorbehalte, z. B. für den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen, den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen betreffend (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 der Satzung). Der Ausübung dieser Zustimmungsvorbehalte gehen Informationspflichten voraus. So ist der Verwaltungsrat speziell über wichtige strategische Entscheidungen und Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Bank von erheblicher Bedeutung sein können, sogenannte bedeutende Geschäfte, so rechtzeitig zu unterrichten, dass er vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 der Satzung).

Über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über wesentliche geschäftliche Vorgänge in diesem Unternehmen ist einmal regelmäßig, mindestens jährlich zu berichten. Darüber hinaus ist dem Vorsitzenden über besondere Vorkommnisse unverzüglich Bericht zu erstatten. Ein besonderes Vorkommnis ist nach der Satzung auch ein dem Vorstand bekannt gewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen, der auf die Lage der Bank von erheblichem Einfluss sein kann (§ 13 Abs. 3 der Satzung).

Insgesamt betrachtet sind Vorstand und Verwaltungsrat speziell durch Zustimmungsvorbehalte und Informationspflichten eng zusammengebunden.

3. Die Generalversammlung

Dem Zweck des Gutachtens entsprechend kann die Darstellung der Stellung der Generalversammlung knapp gehalten werden. Die Generalversammlung entscheidet insbesondere über Änderungen der Satzung, über die Gewinnverwendung, die Bestellung der Abschlussprüfer und über die Entlastung von Vorstand und Verwaltungsrat. Sie setzt sich aus Vertretern des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern zusammen (insgesamt bis zu 6 Mitglieder). Das Stimmrecht wird entsprechend dem Anteil der mittelbaren

Träger am Grundkapital wahrgenommen und kann nur einheitlich ausgeübt werden.²⁵

III. Die Aufsicht über die Bayerische Landesbank

1. Die Kontrolle durch die BaFin

Zentral für die Aufsicht über die BayernLB ist die Tätigkeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Sie wurde zum 1. Mai 2002 durch die Zusammenlegung des damals für die Bankenaufsicht bestehenden Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen mit dem Aufsichtsamt für das Versicherungswesen sowie dem Aufsichtsamt für den Wertpapierhandel als selbständige Bundesoberbehörde errichtet und untersteht unmittelbar dem Bundesministerium der Finanzen. Dieses hat die Dienstaufsicht gegenüber der BaFin und eine fachliche Weisungskompetenz. Die Regeln, nach denen die BaFin die Aufsicht über die Kreditinstitute ausübt, finden sich vor allem im KWG.²⁶ Die BaFin hat nach der generellen Norm des § 6 KWG Missständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können (§ 6 Abs. 2 KWG).

Im Rahmen ihrer gesetzlich zugewiesenen Aufgaben kann die BaFin gegenüber den Instituten und ihren Geschäftsleitern Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu unterbinden oder um Missstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 KWG).

Die BaFin erfüllt ihre Aufgabe in enger Zusammenarbeit mit der Deutschen Bundesbank. Diese umfasst nach dem Gesetz die laufende Überwachung der Institute, insbesondere die Auswertung der von den Instituten eingereichten Unterlagen, der Prüfungsberichte nach § 26 KWG und der Jahresabschlussunterlagen sowie die Durchführung und Auswertung der bankgeschäftlichen Prüfungen zur Beurteilung der dafür angemessenen Eigenkapital-

²⁵ Vgl. Art. 10 des Gesetzes BayLBG; § 14 der Satzung und III. der Corporate Governance-Grundsätze.

²⁶ Verkündigungsstand: 9.4.2010.

ausstattung und Risikosteuerungsverfahren der Institute und das Bewerten von Prüfungsfeststellungen (§ 7 Abs. 1 KWG). Durch § 8 KWG wird die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit der BaFin abgesichert.

Sind wirtschaftliche Schwierigkeiten bei Kreditinstituten zu befürchten, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft, insbesondere den geordneten Ablauf des allgemeinen Zahlungsverkehrs erwarten lassen, kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung agieren, etwa ein Moratorium herbeiführen und den Bank- und Börsenverkehr des betreffenden Instituts einstellen (§ 7 KWG).

Insgesamt gesehen hat die BaFin, vor allem auch wegen ihrer Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit der Deutschen Bundesbank, ausreichende Möglichkeiten einzugreifen, um Gefahren für die Gesamtwirtschaft und das konkret betroffene Kreditinstitut abzuwenden. Zu erwähnen sind insbesondere die im Rahmen der laufenden Überwachung der Institute durch die Deutsche Bundesbank einzureichenden Anzeigen, Monatsausweise und sonstige Unterlagen, Jahresabschlüsse und Prüfberichte nach § 26 KWG zur Überwachung der inneren Struktur der Kreditinstitute.

Der Untersuchungsausschuss HGAA wird zu prüfen haben, ob Anordnungen der BaFin etwa zum Risikosteuerungsverfahren gegenüber der BayernLB erfolgten und gegebenenfalls beachtet wurden.

2. Die Sparkassenaufsicht

Sparkassen unterstehen neben der bundesrechtlichen im KWG geregelten Aufsicht daneben der landesrechtlichen besonderen Sparkassenaufsicht. In § 52 KWG ist ausdrücklich festgehalten, dass die Landesaufsicht neben der Bundesaufsicht bestehen bleibt.²⁷ Die Aufsicht über die BayernLB führen gem. Art. 17 BayLBG das Staatsministerium der Finanzen und des Inneren als Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde kann alle erforderlichen Anordnungen treffen, um den Geschäftsbetrieb der Bank im Einklang mit den Gesetzen der Satzung und den sonstigen Vorschriften zu halten (Art. 17 Abs. 1 BayLBG). Der Aufsichtsbehörde stehen zur Erfüllung ihrer Aufgaben reichhaltige Instrumente zur Verfügung: Sie kann die gesamten Geschäftsunterlagen jederzeit einsehen und prüfen, Auskün-

²⁷ Umgekehrt ist die Bundesaufsicht über die Sparkassen neben der landesrechtlichen Kommunalaufsicht zulässig, vgl. BVerfGE 14, 197 ff.

te verlangen, an den Verhandlungen der Generalversammlung und des Verwaltungsrats und seiner Ausschüsse mit beratender Stimme teilnehmen sowie die Einberufung dieser Gremien verlangen. Einzelne Bankgeschäfte müssen allerdings nicht genehmigt werden. Eine Beteiligung bedarf nach der Satzung der BayernLB, wie oben gezeigt wurde, der Zustimmung des Verwaltungsrats (§§ 4, 11 Abs. 3 Nr. 4 der Satzung).

Auch insoweit wird der Untersuchungsausschuss zu überprüfen haben, ob die Aufsichtsbehörde ihrer Pflicht nachgekommen ist bzw. ob die BayernLB den Weisungen der Aufsichtsbehörde nachgekommen ist.

3. Die Kontrolle durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof

Kraft Gesetzes unterliegt die BayernLB der Prüfung durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof (ORH). Der ORH hat nicht nur die Einhaltung der für die Haushalts- und Wirtschaftsführung geltenden Vorschriften und Grundsätze zu überprüfen, sondern vor allem auch, ob wirtschaftlich und sparsam verfahren wurde (Art. 90 BayHO).²⁸

Entsprechend finden sich im Jahresbericht 2009 des ORH zur BayernLB auch für den Untersuchungsausschuss relevante Feststellungen. Unter Textnummer 21.2 wird dargestellt, dass sämtliche Anteile der BayernLB seit September 2002 von der Bayern LB Holding gehalten werden. Zweck dieser Konstruktion sei es, dass sich auch private Dritte über die Holding an der BayernLB beteiligen können.

Zunächst waren der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband Bayern zu je 50 % Anteilseigner. Nach den Kapitalzuführungen zwischen Dezember 2008 und 2009 haben sich die Beteiligungsverhältnisse grundlegend geändert. Der Anteil des Freistaats am Grundkapital beläuft sich nunmehr auf vorläufig 94 %, der Anteil des Sparkassenverbands Bayern auf vorläufig 6 %. In den Textziff. 21.3.4 des Jahresberichts 2009 wird die Verantwortung des Sparkassenverbands für die BayernLB näher erläutert und kritisch vermerkt, dass der Freistaat bereit gewesen sei, sowohl den 50 %igen Anteil des Sparkassenverbands aus der Kapitalzufuhr (5 Mrd €) wie auch den 50 %igen Anteil für die Garantie (2,4 Mrd. €) zu übernehmen, also eine Entlastung von insgesamt 7,4 Mrd. €. Diese Summe liege sogar noch höher als der gesamte kommunale Finanzausgleich in Bayern mit seiner Rekordhöhe von 6,3 Mrd. € im Jahre 2009.

²⁸ Art. 18 BayLBG, § 22 Abs. 1 der Satzung und II. Ziff. 4 b der Corporate Governance-Grundsätze.

Die Tatsache, dass trotz dieses Betrags ein mithilfe bilanztechnischer Maßnahmen erzielter Jahresüberschuss der Landesbank ausgeschüttet wurde, wird deutlich kritisiert.

„Für den ORH ist es unverständlich, dass in dieser Situation noch eine Gewinnausschüttung erfolgte, anstatt die Mittel dem Eigenkapital der BayernLB wieder zuzuführen und damit letztlich auch haushaltsentlastend einzusetzen“ (Textziff. 21.4.1 des Jahresberichts 2009).

Der Untersuchungsausschuss wird zu überprüfen haben, ob und inwieweit durch die gerügte Gewinnausschüttung Vertreter des Freistaats Bayern in der Generalversammlung und/oder Vertreter des Bayerischen Sparkassenverbands pflichtwidrig gehandelt haben.

4. Die Beihilfeaufsicht durch die Europäische Kommission

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält in Art. 107 (früher Art. 87 EGV) ein grundsätzliches Beihilfeverbot. Jede staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Beihilfe ist auch die Kapitalzufuhr, wenn die öffentliche Hand als Kapitaleignerin keine Aussicht hat, dass sich ihre Investition rentiert.²⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist entscheidend, ob die Begünstigungen durch den Freistaat Bayern zu einer Bedingung erfolgt sind, die einen privaten Investor, an normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen gemessen, nicht zu einer Beteiligung veranlasst hätten.³⁰ Ausschlaggebend ist die Begünstigungswirkung, sind nicht etwa die Gründe und die Ziele einer Maßnahme. Es wird darauf abgestellt, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor die Leistung unter ähnlichen Umständen erbracht hätte. Bei Verletzung des Beihilfeverbots hat die Kommission die Möglichkeit vom Mitgliedstaat eine Rückforderung der gemeinschaftswidrig gewährten Beihilfe zu verlangen.³¹

Die Europäische Kommission sieht die Risikoabschirmung und die Kapitalmaßnahme zu-

²⁹ EuGH, 21.3.1991 „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1433, 1476.

³⁰ EuGH, 21.3.1990 „Belgien/Kommission“, Slg. 1999, I-959 = EuZW 90, 224.

³¹ EuGHE 1990, I/307, „Frankreich/Kommission“ („Boussac“).

gunsten der BayernLB als staatliche Beihilfe an³².

Als Beihilfe wird, von Deutschland unbestritten, die Rekapitalisierungsmaßnahme in Höhe von 10 Milliarden € betrachtet. Hinzu kommt eine Risikoabschirmung in Form einer Garantie in Höhe von 4,8 Mrd. € für das ABS – Portfolio.³³ Letztere Maßnahme hat nach der Auffassung Deutschlands allerdings nur einen Beihilfewert von 1,6 Mrd. €. Außerdem hat die BayernLB durch den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung eine Liquiditätsgarantie in Höhe von 15 Mrd. € nach dem Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds erhalten.³⁴

Nach Auffassung Deutschlands sind diese Beihilfen gerechtfertigt.

Die Kommission der EU kann in der Tat staatliche Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 b AEUV (früher Art. 87 EG) zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären.

Der Untersuchungsausschuss wird zu überprüfen haben, ob der Freistaat Bayern ausreichend Vorsorge getroffen hat, um die entstandenen Wettbewerbsverzerrungen abzuschwächen und um den Vorgaben des Europäischen Rechts zu genügen. Die Kommission der EU sieht jedenfalls die entsprechenden Anstrengungen „nicht als ausreichend“ an und erwartet, dass „insbesondere Bayern Schritte in Form von Verhaltensregeln und strukturellen Maßnahmen“ ergreift, „um die Wettbewerbsverzerrungen noch weiter abzuschwächen“.³⁵

Im Ergebnis betrachtet die Kommission die an die BayernLB gewährten Zahlungen als Umstrukturierungsbeihilfen. Sie hat aber Zweifel, ob diese Maßnahmen „als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können“³⁶ und leitete ein Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV (früher Art. 88 EG) ein.

³² Entscheidung der Kommission vom 12. 5. 2009 K (2009) 3811 endgültig, S. 12.

³³ ABS = Asset Backed Securities. Im Anschluss an die Insolvenz von Lehman Brothers war das Rating des Asset-Portfolios der BayernLB deutlich herabgestuft worden, was zusammen mit erheblichen Wertabschreibungen im ABS-Portfolio dazu führte, dass die BayernLB zusätzliches Eigenkapital benötigte.

³⁴ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 12. 5. 2009 K (2009) 3811 endgültig, S. 13.

³⁵ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 12. 5. 2009 K (2009) 3811 endgültig, S. 16. Die Kommission weitete die am 12. 5. 2009 eingeleitete Untersuchung auf sämtliche für die BayernLB und die HGAA gewährten Beihilfen aus. Danach musste die BayernLB bis Ende März 2010 einen umfassenden Umstrukturierungsplan vorlegen. Näheres bei *Fischer zu Cramberg*, NZG 2010, S. 221

³⁶ Vgl. a. a. O., S.17.

IV. Die Kontrolle der Arbeit des Vorstandes durch den Verwaltungsrat

1. Die Kontrolle im Allgemeinen

Das Bayerische Landesbankgesetz gibt, vergleichbar der Organisationsstruktur einer Aktiengesellschaft, eine zweistufige Leitungs- und Überwachungsstruktur vor. Vereinfacht gesprochen führt der Vorstand die Geschäfte der Bank und vertritt sie im Rechtsverkehr (Art. 7 Abs. 1 und Art. 11 BayLBG), während dem Verwaltungsrat vornehmlich die Aufgaben zukommt, den Vorstand zu bestellen, zu überwachen und zu beraten (Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 BayLBG).

Allerdings stehen dem Verwaltungsrat, insbesondere im Rahmen seiner Personalhoheit und im Hinblick auf den Jahres- und Konzernabschluss, auch originäre Alleinentscheidungskompetenzen zu.³⁷ Zudem unterliegen grundlegende Beschlüsse des Vorstandes seiner Zustimmung.³⁸ Schließlich kann der Verwaltungsrat Richtlinien mit Bindungswirkung für den Vorstand erlassen.³⁹ Diese (Mit-)Entscheidungsbefugnisse weichen die strikte Trennung zwischen Geschäftsführung und Aufsicht in gewissem Umfang auf. Der Verwaltungsrat nimmt insoweit – wenn auch wie im Fall der Zustimmung nachgelagert – an der Leitungsaufgabe des Vorstandes teil.⁴⁰

Indem das Gesetz über die Bayerische Landesbank und die darauf fußende Satzung der BayernLB partielle Mitentscheidungsbefugnisse des Verwaltungsrats normieren, bestätigen sie im Übrigen den Grundsatz, dass die Leitungsbefugnis dem Vorstand zusteht (vgl. auch § 111 Abs. 4 AktG). Dass die Führung der Geschäfte eines Kreditinstituts der Geschäftsleitung, also dem Vorstand, vorbehalten bleibt, folgt freilich schon aus den bindenden Vorgaben des *Kreditwesengesetzes (KWG)* als übergeordneten Rechts, das wie gezeigt auch auf die Landesbanken als Kreditanstalten des öffentlichen Rechts Anwendung

³⁷ § 11 Abs. 2 der Satzung der Bayerischen Landesbank; siehe unter IV. 2. a) cc). Zu den entsprechenden Befugnissen der Verwaltungsräte der LB Berlin, Sachsen LB und der WestLB siehe *Bohn*, Die Anstalt des öffentlichen Rechts unter Berücksichtigung des Wandels der Anstalt durch die Beteiligung Dritter, S. 147 ff.

³⁸ § 11 Abs. 3 der Satzung; siehe hierzu IV. 2. b).

³⁹ Art. 8 Abs. 1 BayLBG und § 11 Abs. 1 der Satzung; siehe hierzu IV. 2. c).

⁴⁰ BGHZ 114, 127 (130) = NJW 1991, 1830 (1831); ferner *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 5. Ähnlich *Dörries*, Zur Rechtsstellung von Landesbanken, S. 194 f. Ferner *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 184 (zum Verwaltungsrat der Sparkassen als „Entscheidungs- und ‚Mitwirkungs‘organ“) und S. 313 (zur Übertragbarkeit auf die Landesbanken).

findet.⁴¹ Die im Einzelfall schwierige Abgrenzung zwischen notwendigen Überwachungsmaßnahmen einerseits und einer unzulässigen Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse andererseits kann im Folgenden nicht weiter vertieft werden.⁴²

Aus der grundsätzlichen Trennung von Leitungs- und Überwachungsfunktionen und ihrer gleichberechtigten Organstellung ist gleichzeitig zu folgern, dass der Verwaltungsrat im Einzelfall keine Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand hat.⁴³ Ein Weisungsrecht bedürfte – wie sich auch im Umkehrschluss aus der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bei anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten, etwa der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)⁴⁴ oder der landwirtschaftlichen Rentenbank, ersehen lässt⁴⁵ – einer ausdrücklichen Normierung. Jenseits des operativen Geschäfts kann der Verwaltungsrat freilich seine Richtlinienkompetenz ausüben (siehe unter IV. 2. c).

a) Sachliche Reichweite der Kontrolle

Nach Art. 8 Abs. 1 BayLBG und § 11 Abs. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Schon in der Formulierung lehnt sich die Vorschrift eng an die entsprechende Aufgabe des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft in § 111 Abs. 1 AktG an. Dies, die vergleichbare Organisationsstruktur und die weitgehend übereinstimmend ausgestalteten Aufgaben und Befugnisse des Verwaltungsrates der Bayerischen Landesbank respektive des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft geben Anlass, die aktienrechtlichen Grundsätzen entsprechend heranzuziehen.⁴⁶

Die Überwachung der Geschäftsführung beschränkt sich nicht auf die nachträgliche

⁴¹ Vgl. etwa §§ 24, 33 bis 36 und 46 KWG, welche die Leitungsfunktion des Geschäftsleiters voraussetzen. Hierzu *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (752); *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 217; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 44; *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 29 ff. Siehe auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 3/1114, Besonderer Teil zu § 1, abgedruckt in: Reischauer/Kleinhaus, KWG, Nr. 575 S. 16.

⁴² Hierzu grundlegend *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 26 ff.

⁴³ *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 13.

⁴⁴ Vgl. § 7 Abs. 5 S. 2 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.6.1969 (BGBl. I, S. 573), zuletzt geändert durch Artikel 173 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I, S. 2407).

⁴⁵ Vgl. § 7 Abs. 4 Hs. 2 des Gesetzes über die Landwirtschaftliche Rentenbank in der Fassung der Bekanntmachung vom 4.9.2002 (BGBl. I, S. 3646), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 25.6.2009 (BGBl. I, S. 1506).

⁴⁶ Vgl. etwa nur den Verweis auf das Aktienrecht in II. 1. a) der Corporate Governance Grundsätze. Eingehend zur entsprechenden Anwendung aktienrechtlicher Grundsätze unter IV. 3. b) aa).

Kontrolle. Sie eröffnet dem Verwaltungsrat vielmehr die Möglichkeit und Pflicht, den Vorstand bei Entscheidungen über die Unternehmenspolitik zu beraten. Dass namentlich die Berichtspflichten des Vorstandes kein reiner Selbstzweck sind, lässt sich etwa aus § 13 Abs. 1 Nr. 4 der Satzung der Bayerischen Landesbank ersehen. Hiernach hat der Vorstand dem Verwaltungsrat über wichtige strategische Entscheidungen und Geschäfte (bedeutende Geschäfte) so rechtzeitig zu berichten, „dass der Verwaltungsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen.“ Dem liegt erkennbar die Vorstellung zu Grunde, dass der Verwaltungsrat mit dem Vorstand die Berichte erörtert und gegebenenfalls auf die Geschäftsführung lenkend und korrigierend einwirkt. Vermittelt über die Berichtspflichten des Vorstandes⁴⁷ und seine Zustimmungspflicht zu Grundlagenbeschlüssen⁴⁸ übt der Verwaltungsrat somit auch eine präventive Kontrollfunktion aus.⁴⁹

Der Begriff der Geschäftsführung in Art. 8 Abs. 1 BayLBG (bzw. § 11 Abs. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank) ist dabei nicht deckungsgleich mit demjenigen in Art. 7 Abs. 1 BayLBG (bzw. § 7 Abs. 1 der Satzung), der dem Vorstand die Aufgabe der Geschäftsführung zuweist. Gegenstand der Überwachung kann und soll nicht das tägliche operative Geschäft, sondern nur die strategische Unternehmensführung durch den Vorstand sein. Hierzu sind einerseits die Errichtung und die Funktionsfähigkeit der Organisationsstruktur und insbesondere eines Risiko-Managementsystems (vgl. § 25a KWG) zu zählen; der Verwaltungsrat kann insbesondere die internen Kontrollen überprüfen und die Berichte anderer Kontrollinstanzen, etwa die Abschlussprüfung des Jahres- und Konzernabschlusses, auswerten. Andererseits umfasst die Geschäftsführung als Prüfungsgegenstand die Leitungsmaßnahmen, aber auch bedeutende Einzelmaßnahmen des Vorstandes; letztere insbesondere dann, wenn sie Berichtspflichten des Vorstandes gegenüber dem Verwaltungsrat auslösen. Soweit also § 13 der Satzung Berichtspflichten des Vorstandes gegenüber dem Verwaltungsrat anordnet, erstrecken sich insoweit auch Aufsichtsrecht bzw. -pflicht auf die berichtspflichtigen Beschlüsse und Geschäfte.⁵⁰

⁴⁷ Siehe IV. 2. a) aa).

⁴⁸ Siehe IV. 2. b).

⁴⁹ So zum Aufsichtsrat einer AG BGHZ, 114, 127 (130 f.) = NJW 1991, 1830 (1381); ferner *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 12; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. IV, Aktiengesellschaft, § 29 Rn. 32; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 5; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 94.

⁵⁰ Von Interesse ist hierbei insbesondere § 13 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 der Satzung der Bayerischen Landesbank (hierzu näher unter IV. 2. a). Ebenso *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S.

b) Personelle Reichweite der Kontrolle

Dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank („Der Verwaltungsrat [...] überwacht die Geschäftsführung *des Vorstandes*“; Hervorh. durch d. Verf.) ist zu entnehmen, dass sich die Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates grundsätzlich auf den Vorstand in seiner Gesamtheit erstreckt. Die Entscheidungen werden jedoch nicht vom Organ als juristischem Konstrukt, sondern von den dahinterstehenden einzelnen Vorstandsmitgliedern als Organwaltern vorbereitet, getroffen und ausgeführt werden. Sie sind damit Bezugspunkt der Kontrolltätigkeit des Verwaltungsrates.⁵¹ Ungeachtet dessen umfasst die Aufsichtspflicht gegebenenfalls auch die Geschäftsführung durch einzelne Vorstandsmitglieder, namentlich wenn diese ein Ressort eigenverantwortlich leiten. Will der Verwaltungsrat in diesem Fall Informationsrechte ausüben oder eine Maßnahme beanstanden, muss er sich jedoch an den Vorstand als Gesamtorgan wenden.⁵²

Dem Vorstand nachgelagerte Entscheidungsebenen unterliegen demgegenüber grundsätzlich nicht der unmittelbaren Aufsicht durch den Verwaltungsrat, selbst wenn sie im Einzelfall befugt sind, Entscheidungen von wesentlicher Bedeutung zu treffen.⁵³ Insoweit ist der Vorstand selbst in die Pflicht genommen, die leitenden Angestellten zu beaufsichtigen. Eine mittelbare Kontrolle ist indes gewährleistet, da der Verwaltungsrat nach allgemeiner Auffassung darüber zu wachen hat, dass der Vorstand im Falle einer Aufgabendelegation seinen Organisations- und Überwachungspflichten nachkommt.⁵⁴ Der Vorstand kann sich seiner gesetzlich angeordneten Leitungsaufgabe nicht entziehen.

65. Zum Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 87 f. Zum Gegenstand der Überwachung im Aktienrecht siehe auch *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 12 und 22; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 3.

⁵¹ Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 23.

⁵² *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 24; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 19. Nach *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 67, sind Überwachungsmaßnahmen hingegen immer zunächst an den Vorstand in seiner Gesamtheit zu richten und erst nachrangig auch an einzelne Vorstandsmitglieder.

⁵³ So aber *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 3.

⁵⁴ Wie hier *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 75; BGHZ 75, 120 (133) = NJW 1979, 1879; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 21; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 69; *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. IV, Aktiengesellschaft, § 29 Rn. 24. Eine vermittelnde Auffassung vertritt *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 20, der eine unmittelbare Aufsicht durch den Verwaltungsrat über die zweite Führungsebene fordert, soweit im Einzelnen operative Einheiten ausschließlich und eigenverantwortlich durch leitende Angestellte geführt werden. *Pentz*, Vorstand und Aufsichtsrat, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, § 16 Rn. 30, fordert eine unmittelbare Überwachung für den Fall einer Selbstentmündigung des Vorstandes, also eine unzulässigen Delegation von Leitungsaufgaben an Dritte.

c) Maßstab der Kontrolle

Der Maßstab für die Aufsicht durch den Verwaltungsrat korreliert mit den Grundsätzen für die Geschäftsführung des Vorstandes. Nach § 1 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Vorstandes der Bayerischen Landesbank (GO V) hat dieser „die Geschäfte unter Beachtung des Gesetzes für über die Bayerische Landesbank, der Satzung, der sonstigen maßgeblichen Vorschriften, der dem Verwaltungsrat vorgelegten und mit ihm erörterten geschäftspolitischen Richtlinien sowie des Unternehmensleitbildes und der Führungsgrundsätze“ zu führen.⁵⁵ Auf einen kurzen Nenner gebracht muss die Geschäftsführung rechtmäßig und zweckmäßig sein. Dementsprechend erstreckt sich auch die Kontrolle des Verwaltungsrats auf die Recht- und Zweckmäßigkeit und hierbei im Besonderen die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung.⁵⁶

Während sich die Rechtmäßigkeitskontrolle darauf beschränkt, Beschlüsse und Maßnahmen auf ihre Rechtswidrigkeit, also auf Verstöße gegen geltendes Recht hin zu überprüfen, umfasst die Zweckmäßigkeitskontrolle die Existenz und Plausibilität der Unternehmensplanung sowie der Funktionsfähigkeit des Überwachungssystems im Sinne des § 13 Abs. 2 der Satzung der Bayerischen Landesbank und die Überwachung der sonstigen Kontroll- und Compliance-Systeme.⁵⁷ Die Wirtschaftlichkeitskontrolle soll schließlich die Liquidität und Finanzierung, eine nachhaltige Rentabilität sowie letztlich den Bestand der Bayerischen Landesbank sicherstellen.⁵⁸ Damit hat der Verwaltungsrat auch Ermessensentscheidungen des Vorstandes zu kontrollieren.⁵⁹ Teilweise wird die Wirtschaftlichkeit – namentlich von den Stimmen in der Literatur, die eine Zweckmäßigkeitskontrolle ablehnen – als Frage der Rechtmäßigkeit verortet.⁶⁰

⁵⁵ Vgl. auch II. 1. lit. a) der Corporate Governance Grundsätze: „Der Vorstand, dessen Aufgabe und Zuständigkeiten durch Gesetz und Satzung in Anlehnung an das deutsche Aktiengesetz geregelt sind, leitet die BayernLB in eigener Verantwortung. Er ist an die gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben sowie an die Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung und an das Unternehmensinteresse gebunden.“

⁵⁶ BGHZ 114, 127 (129 f.) = NJW 1991, 1830 (1831); so auch schon *RG*, JW 1924, 1145 (1147). Hierzu auch *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 6; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 71 ff.

⁵⁷ Siehe *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 42; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 74 ff. und 80 ff.

⁵⁸ *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 6; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 83.

⁵⁹ So auch *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 54.

⁶⁰ *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 186; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 63.

Der Maßstab der Kontrolle des Verwaltungsrates ist umstritten. Während teilweise einer umfassenden Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle das Wort geredet wird⁶¹, lehnen andere eine Überprüfung von Zweckmäßigkeitentscheidungen grundsätzlich ab. Dies folge aus der öffentliche-rechtlichen Rechtsnatur, dem Gebot der Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle sowie der Besetzung des Verwaltungsrates mit ehrenamtlichen Mitgliedern, denen die Verantwortung, auch Zweckmäßigkeitentscheidungen überprüfen zu müssen, nicht zugemutet werden könne.⁶² Diese Auffassung ist nicht überzeugend. Die Überprüfung von Zweckmäßigkeitentscheidungen widerspricht keineswegs dem Trennungsgebot, sondern effektuiert vielmehr erst die Kontrolle durch den Verwaltungsrat. Auch ist dem öffentlichen Recht eine Kontrolle der Zweckmäßigkeit namentlich bei internen Kontrollverfahren nicht fremd – als Beispiel sei nur das Widerspruchsverfahren gegen einen unzulässigen Verwaltungsakt genannt (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Letztgenannter Ansicht ist allerdings zuzugestehen, dass der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Aufsicht nicht seine eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen anstelle jener des Vorstandes setzen darf. Einzelne Beschlüsse und Maßnahmen der Unternehmensführung kann der Verwaltungsrat nicht alleine deshalb bestehen, weil er im Einzelfall anders als der Vorstand entscheiden würde; hierin läge tatsächlich ein unzulässiger Eingriff in die Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes.⁶³ Prüfungsgegenstand kann vielmehr nur sein, ob sich grundlegende Beschlüsse oder besonders gewichtige Einzelmaßnahmen in die langfristige Unternehmensstrategie, insbesondere in die Richtlinien des Verwaltungsrats, einfügen bzw. ob sie die dauernde Rentabilität oder den Bestand des Unternehmens gefährden. Der Verwaltungsrat hat somit einen gewissen Beurteilungsspielraum des Vorstandes zu achten, er darf nur – muss in diesem Fall aber auch – bei unververtretbaren Entscheidungen einschreiten.⁶⁴ Die Zweckmäßigkeitkontrolle ist mit anderen Worten nur eine eingeschränkte.

⁶¹ *Aus der Fünten*, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 187 ff. Zum Aufsichtsrat einer AG siehe *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 42; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. IV, Aktiengesellschaft, § 29 Rn. 26; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 3 Rn. 71 ff.; *Pentz*, Vorstand und Aufsichtsrat, in: *Fleischer* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, § 16 Rn. 32; *Schiedermaier/Kolb*, in: Beck'sches Handbuch der AG, § 7 Rn. 72.

⁶² So *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 185 f.

⁶³ So zu recht *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 185 f.

⁶⁴ Ebenso *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 65; *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 97 ff. Zum Aufsichtsrat einer AG ähnlich *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 43.

d) Ausübung der Kontrolle

Die Aufsichtsrechte sind dem Verwaltungsrat als Organ, mithin nicht den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern als Personen zuzuordnen (sog. Organrechte). Die Überwachungspflicht kann demnach nicht an einen Ausschuss oder an einzelne Verwaltungsratsmitglieder mit befreiender Wirkung delegiert werden. Auch soweit § 12a der Satzung der Bayerischen Landesbank in der Fassung von 2009 die Bildung eines Prüfungsausschusses aus der Mitte des Verwaltungsrates vorsieht, bleibt die Gesamtverantwortung weiterhin beim Verwaltungsrat als solchem. Er hat demnach die ordnungsgemäße Überwachung durch den Prüfungsausschuss seinerseits zu kontrollieren.⁶⁵

Dessen ungeachtet ist jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats als Organwalter gleichermaßen berechtigt und verpflichtet, die Kontrolle der Geschäftsführung im Unternehmensinteresse auszuüben.⁶⁶ Dies äußert sich etwa in dem Recht einzelner Verwaltungsratsmitglieder, vom Vorstand einen Bericht an den (gesamten) Verwaltungsrat zu verlangen und von diesen Berichten selbst Kenntnis zu nehmen.⁶⁷

Die Kontrollaufgabe des Verwaltungsrates ist eine Daueraufgabe und erfordert eine laufende Überwachung der Geschäftsführung. Eine Verletzung der Aufsichtspflichten kann bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit eine Haftung des Verwaltungsratsmitgliedes begründen.⁶⁸

2. Die Kontrollbefugnisse im Besonderen

Zur Erfüllung seiner Aufsichts- und Kontrollpflichten stellt insbesondere die Satzung der Bayerischen Landesbank dem Verwaltungsrat verschiedene Instrumente zur Verfügung.

a) Informationsrechte

Die Satzung der Bayerischen Landesbank regelt einige Informationspflichten des Vorstandes, denen Informationsrechte des Verwaltungsrates korrespondieren. Die ausreichende Information des Verwaltungsrates wird zur gemeinsamen Aufgabe von Vorstand und Verwaltungsrat erklärt (I. 3. lit. c der Corporate Governance Grundsätze). Sie ist grundlegende

⁶⁵ Vgl. zum Aktienrecht *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 49.

⁶⁶ Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 18.

⁶⁷ Vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 bzw. Abs. 6 S. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank.

⁶⁸ § 19 Abs. 2 S. 2 der Satzung der Bayerischen Landesbank. Siehe hierzu unter VI.

Voraussetzung für die Aufsicht des Verwaltungsrats über den Vorstand. Selbstredend kann sich der Vorstand gegenüber einem Informationsverlangen des Verwaltungsrates nicht auf das Bankgeheimnis berufen; die Mitglieder der Verwaltungsrates sind nach außen zu Verschwiegenheit verpflichtet.⁶⁹

aa) Berichtspflichten

Die umfassendsten Informationspflichten sieht § 13 der Satzung der Bayerischen Landesbank vor. Er ist in weiten Teilen inhaltsgleich und teilweise sogar wortgleich zum aktienrechtlichen Pendant in § 90 AktG.

Nach § 13 Abs. 1 der Satzung hat der Vorstand dem Verwaltungsrat u. a. zu berichten

- mindestens zweimal jährlich die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, insbesondere Finanz-, Investitions- und Personalplanung, wenn nicht eine Änderung der Lage eine unverzügliche Berichterstattung gebietet. Auf Abweichungen von früher berichteten Zielen ist unter Angabe von Gründen einzugehen (Nr. 1).
- wichtige strategische Entscheidungen und Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Bank von erheblicher Bedeutung sein können (bedeutende Geschäfte). Dies hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Verwaltungsrat vor der Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, Stellung zu nehmen (Nr. 4).

Ferner hat der Vorstand dem Verwaltungsrat in regelmäßigen Abständen, mindestens jährlich Bericht über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über wesentliche geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen zu erstatten (Abs. 3). Fraglich ist, ob damit dem Verwaltungsrat entsprechend § 90 Abs. 3 AktG auch ein jederzeitiges Recht eingeräumt wird, Bericht an sich zu verlangen. Hierfür sprechend neben dem Wortlaut des § 13 Abs. 3 S. 2 der Satzung der Bayerischen Landesbank, wonach „Auch ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrats [...] einen Bericht, jedoch nur an den Verwaltungsrat verlangen [kann]“ insbesondere Sinn und Zweck der Aufsicht, die Zweckmäßigkeit und insbesondere die nachhaltige Wirtschaftlichkeit der BayernLB sicherzustellen.

⁶⁹ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank. Siehe auch *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 178 und 187. Ausführlich zur Verschwiegenheitspflicht *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 97 ff.

Jedenfalls ist dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrates unverzüglich über besondere Vorkommnisse Bericht zu erstatten. Als besonderes Vorkommnis ist dabei auch ein dem Vorstand bekannt gewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen anzusehen, der auf die Lage der Bank von erheblichem Einfluss sein kann. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats hat die Verwaltungsratsmitglieder über diese Berichte spätestens in der nächsten Verwaltungsratssitzung zu unterrichten (Abs. 4).

bb) Informations- und Kontrollbefugnisse im Zusammenhang mit dem Risikomanagement

Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen und insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Bank gefährden, frühzeitig erkannt werden (§ 13 Abs. 2 S. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank). Die Corporate Governance Grundsätze verpflichten den Vorstand im Besonderen darauf, für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling zu sorgen, dessen Wirksamkeit laufend zu überprüfen und im Geschäftsbericht gesondert zu erläutern (II. 1. lit. d und IV. 4. der Corporate Governance Grundsätze).

Im Rahmen der Risikosteuerung und des Controllings muss ein internes Kontrollsystem aufbau- und ablauforientierte Regelungen und Abläufe umfassen, um Risiken zu identifizieren, zu beurteilen, zu steuern und zu überwachen. Es hat die Einhaltung der vorgegebenen Arbeitsabläufe und der erlassenen Anweisungen und Richtlinien, die Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung sowie die Rechtmäßigkeit des Handelns der Bayerischen Landesbank sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Zieles ist ein Informationssystem aufzubauen, in dem die bereitgestellten Informationen zur Kontrolle und Steuerung von Risiken zusammengefasst werden. Abweichungen des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand der Unternehmensplanung sind festzustellen und Korrekturmaßnahmen zu erarbeiten, um Fehlentwicklungen gegenzusteuern.⁷⁰

Eine interne Revision führt regelmäßig Prüfungen und Sonderprüfungen im Konzern durch, um die Funktionsfähigkeit der Risikosteuerungs- und Kontrollmaßnahmen laufend zu überwachen. Die Verantwortung für die Einrichtung und Funktionsfähigkeit der inter-

⁷⁰ Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 60 f.

nen Revision obliegt dem Vorstand und kann nicht delegiert werden (§ 10 Abs. 1 GO V). Über die wesentlichen Ergebnisse der internen Revisionsberichte hat der Vorstand den Verwaltungsrat regelmäßig, mindestens halbjährlich zu unterrichten (§ 13 Abs. 2 S. 2 der Satzung). Über schwerwiegende Feststellungen sind der Verwaltungsratsvorsitzende und sein Stellvertreter umgehend in Kenntnis zu setzen (§ 13 Abs. 2. S. 4 der Satzung).

In Reaktion auf die Finanzkrise sieht die Satzung der BayernLB in der Fassung von 2009 nun einen Prüfungsausschuss vor, der sich mit Fragen der Rechnungslegung, des Risikomanagements, der Compliance und der Abschlussprüfung beschäftigt. Er hat insbesondere die Aufgabe, den Rechnungslegungsprozess und die Wirksamkeit des internen Kontroll-, Revisions- und Risikomanagementsystems zu überprüfen (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 der Satzung). Der Ausschussvorsitzende hat regelmäßig im Verwaltungsrat über die Arbeit des Ausschusses zu berichten (§ 12a Abs. 3 der Satzung). Der Prüfungsausschuss wird aus der Mitte des Verwaltungsrats gebildet und muss mindestens ein Mitglied aufweisen, das unabhängig ist und über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt.⁷¹ Die Satzung nimmt ausdrücklich Bezug auf Art. 41 der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen.⁷² Unabhängig im Sinne der Richtlinie sind Prüfer, die in keiner finanziellen oder geschäftlichen Beziehung, einem Beschäftigungsverhältnis oder einer sonstigen Verbindung zur BayernLB stehen (wozu auch die Erbringung zusätzlicher Leistungen, die keine Prüfungsleistungen sind, zählt), aus der ein objektiver, verständiger und informierter Dritter den Schluss ziehen würde, dass ihre Unabhängigkeit gefährdet ist.⁷³

cc) Sonstige Informationsrechte und Prüfungspflichten

Der Vorstand hat seine Geschäftsverteilung dem Verwaltungsrat zur Kenntnis zu geben (§ 7 Abs. 5 S. 2 der Satzung der Bayerischen Landesbank).

Anders als im Aktienrecht⁷⁴ können der Vorsitzende sowie der stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrats auf Wunsch in besonderen Fällen mit beratender Stimme an den

⁷¹ § 12a der Satzung der Bayerischen Landesbank in der Fassung vom 11.9.2009, Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 37.

⁷² Richtlinie 2006/43/EG vom 17.5.2006, ABi EU Nr. L 157, S. 87.

⁷³ Vgl. Art. 42 in Verbindung mit Art. 22 (insb. Abs. 2) und Art. 24 RiL 2006/43/EG.

⁷⁴ Eine Teilnahme der Aufsichtsratsmitglieder einer AG an den Sitzungen des Vorstands wäre nach wohl herrschender Auffassung nicht mit dem Trennungsgrundsatz des § 105 Abs. 1 AktG vereinbar; anstelle vieler *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 28.

Sitzungen des Vorstandes teilnehmen. Hierbei obliegt dem Vorsitzenden bzw. stellvertretenden Vorsitzenden selbst die Feststellung, ob ein solcher besonderer Fall vorliegt (§ 7 Abs. 7 der Satzung).

Der Verwaltungsrat schlägt ferner den Abschlussprüfer vor, der von der Generalversammlung bestellt wird (§ 14 Abs. 1 Nr. 4 der Satzung der Bayerischen Landesbank) und erteilt diesem den Prüfungsauftrag für den Jahres- und den Konzernabschluss (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 der Satzung). Nachdem der Verwaltungsrat über den Jahres- und Konzernabschluss beraten hat, was deren Prüfung voraussetzt, stellt er den Jahresabschluss fest und beschließt über die Billigung des Konzernabschlusses (§ 20 Abs. 3 S. 3 und § 11 Abs. 2 Nr. 2 der Satzung).

Schließlich gewährte I. 2. lit. e Abs. 2 der Corporate Governance Grundsätze dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsitzenden generalklauselartig das Recht, den Geschäftsbetrieb sowie sämtliche Rechtsverhältnisse der BayernLB zu prüfen. Von diesem Recht darf im Hinblick auf das Vertrauensverhältnis von Vorstand und Verwaltungsrat allerdings erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn alle anderen Möglichkeiten der Informationsbeschaffung ausgeschöpft sind.⁷⁵

b) Zustimmungspflichtige Geschäfte

Zu den Kontrollbefugnissen ist auch die Zustimmungspflicht des Verwaltungsrates zu zählen, die kraft Satzung oder kraft Beschluss des Verwaltungsrats vorgesehen ist. Für beide Arten der Zustimmung gilt, dass der Vorstand auch nach der Zustimmung des Verwaltungsrates in vollem Umfang für die Maßnahmen verantwortlich bleibt; es findet keine gegenseitige Exkulpation statt.⁷⁶

aa) Zustimmungspflichtige Grundlagengeschäfte

§ 11 Abs. 3 der Satzung der Bayerischen Landesbank nennt enumerativ einige Grundlagengeschäfte, die kraft Satzung der Zustimmung des Verwaltungsrates bedürfen, wenn dieser nichts Abweichendes beschließt. Hierzu zählen neben der Änderung der Geschäftsordnung (Nr. 1), der Ausgabe von Genussrechten, der Hereinnahme stiller Beteiligungen sowie sonstigen haftenden Eigenkapitals (Nr. 2), der Errichtung, Verlegung oder Aufhe-

⁷⁵ So zum Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 91.

⁷⁶ *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 54.

bung von Zweigniederlassungen (Nr. 3), Grundstücksgeschäften, soweit diese nicht der Vermeidung von Verlusten dienen (Nr. 5), der Besetzung leitender Stellen der Bank (Nr. 6) und dem Erlass einer Prüfungsordnung (Nr. 7) namentlich auch der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen, der Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen, die Beteiligung an Verbänden sowie die Errichtung eigener selbständiger Einrichtungen, unbeschadet einer sonstigen Zustimmung nach § 4 Satz 2 der Satzung (Nr. 4).

Beschlüsse Nr. 2 und 6 bedürfen einer relativen Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 11 Abs. 4 der Satzung). Keine qualifizierte $\frac{3}{4}$ Mehrheit ist demnach für einen Beschluss zum Erwerb von Unternehmensbeteiligungen (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 der Satzung) erforderlich. Nach allgemeinen Grundsätzen kann er mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen des Verwaltungsrates gefasst werden.⁷⁷ Diese Zustimmungspflicht des Verwaltungsrates für den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen konkretisiert § 1 Abs. 3 GO V dahingehend, dass der Erwerb oder die Veräußerung von Beteiligungen mit einem Kauf- bzw. Verkaufspreis von nicht mehr als 5 Mio. EUR bzw. eine Kapitalerhöhung von nicht mehr als 10 % des Buchwertes bis zu maximal 10 Mio. EUR zustimmungsfrei sind.⁷⁸

Nach dem Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses, durch eine präventive Kontrolle vollendete Tatsachen zu verhindern, kann die Zustimmung nur in Form der vorherigen Einwilligung, nicht aber als nachträgliche Genehmigung erfolgen.⁷⁹ Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht entscheidend an, da eine fehlende Zustimmung keine Außenwirkung zeitigt und allenfalls Schadensersatzansprüche gegenüber dem Vorstand auslösen kann.

Die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, zu der die BayernLB in Art. 2 Abs. 4 BayLBG und § 4 der Satzung der Bayerischen Landesbank ausdrücklich befugt ist, bedarf darüber hinaus nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 BayLBG – was auch in § 11 Abs. 3 Nr. 4 a. E. und § 4 S. 2 der Satzung und § 1 Abs. 4 GO V nochmals ausdrücklich klarge-

⁷⁷ § 10 Abs. 4 S. 1 der Satzung. Bei Stimmgleichheit gilt der Antrag als abgelehnt (Satz 2).

⁷⁸ Auch innerhalb dieser Bagatellgrenzen bleibt es nach § 1 Abs. 3 Uabs. 3 GO V bei der Zustimmungspflicht, wenn mit dem Eingehen der Beteiligung an Gesellschaften des privaten Rechts Haftungsverpflichtungen verbunden sind, die über das eingelegte Kapital hinausgehen (lit. a), wenn die Beteiligung für die Bank oder ihre Träger von grundsätzlicher Bedeutung ist (lit. b) oder wenn aus bankaufsichtsrechtlichen Gründen eine Zustimmung des Aufsichtsorgans erforderlich ist (lit. c).

⁷⁹ Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 123; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 19; *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 42.

stellt wird – der Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern als Träger der BayernLB.

bb) Zustimmungspflicht kraft Beschluss des Verwaltungsrates

Neben diesen Grundlagengeschäften, die kraft Satzung der Zustimmung des Verwaltungsrates bedürfen kann sich der Verwaltungsrat auch nach § 11 Abs. 2 der Satzung durch Beschluss die Zustimmung für die Gewährung von Krediten und Bürgschaften einer gewissen Größenordnung (Nr. 6) oder bestimmte Arten von Geschäften (Nr. 7) vorbehalten. Auch diese sog. Kompetenz-Kompetenz, also die Ermächtigung des Verwaltungsrates, seine eigenen Kompetenzen durch Beschluss zu erweitern, lässt die grundsätzliche Zweiteilung von Leitung und Aufsicht im Grundsatz unberührt.

Einer unzulässigen Ausdehnung der Zustimmungsvorbehalte ist vorzubeugen, indem die Kompetenz-Kompetenz anhand Sinn und Zweck der Aufsichtsbefugnisse und der Verpflichtung des Verwaltungsrates ausgelegt wird, für eine nachhaltige Wirtschaftlichkeit zu sorgen und den Bestand der BayernLB zu sichern. Wie sich auch den Corporate Governance Grundsätzen entnehmen lässt, kann der Verwaltungsrat Zustimmungsvorbehalte nur für „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“ schaffen. Hierzu zählen insbesondere „Entscheidungen und Maßnahmen, die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der BayernLB grundlegend verändern sowie wichtige Kreditentscheidungen“⁸⁰, etwa bestimmte besonders riskante Finanzanlagen oder Unternehmensbeteiligungen.

c) Richtlinienkompetenz

Ausfluss einer präventiven Überwachung ist schließlich auch die Aufgabe des Verwaltungsrates, die Richtlinien für die Geschäftspolitik der Bayerischen Landesbank zu beschließen (Art. 8 Abs. 1 BayLBG und § 11 Abs. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank). Mit diesen Richtlinien kann der Verwaltungsrat allerdings nur die allgemeine Richtung der Unternehmensführung vorgeben, nicht aber die Einzelheiten der Geschäftsführung regeln oder gar Weisungen für den Einzelfall erteilen.⁸¹

⁸⁰ II. 3. lit. b der Corporate Governance Grundsätze. Hierzu auch *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 40.

⁸¹ Vgl. *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 79 f. und 103 f.; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (760 ff.); *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 44 f.; siehe auch *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 188 f.

Trotzdessen darf nicht verkannt werden, dass die Befugnis zum Erlass von Richtlinien es dem Verwaltungsrat ermöglicht, auf die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes nicht unerheblichen Einfluss zu nehmen. Dies wirft die Frage auf, ob die Richtlinienkompetenz, die dem Verwaltungsrat im Bayerischen Landesbankgesetz und der Satzung der Bayerischen Landesbank eingeräumt wird, mit dem vorrangigen Kreditwesengesetz (KWG) vereinbar ist, denn diesem ist, wie gezeigt, ein striktes Trennungsgebot von Geschäftsführung (durch den Vorstand) und Aufsicht (durch den Verwaltungsrat) zu entnehmen.

Im Ergebnis ist die Ausübung der Richtlinienkompetenz unbedenklich, soweit sich der Verwaltungsrat darauf beschränkt, die allgemeine Tendenz der Geschäftsführung durch Orientierungsmaßstäbe bzw. generelle Zielvorstellungen vorzuzeichnen. Dem kann (und muss) insoweit auch ein eigenes geschäftspolitisches Konzept zugrunde liegen. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo der Verwaltungsrat durch einen zu extensiven oder intensiven Richtlinienenerlass die Geschäftsführung an sich zieht und der Vorstand seiner Verantwortung für die Unternehmensleitung enthoben wird. Konkrete Einzelfallregelungen, etwa die Festlegung der Kreditkonditionen, sind jedenfalls unzulässig.⁸² Zulässig sind hingegen Vorgaben für das Aktivgeschäft (z. B. die Förderung bestimmter Wirtschaftszweige), das Passivgeschäft (Fokussierung auf bestimmte Zielgruppen) oder bestimmte Dienstleistungsgeschäfte (z. B. Anlageberatung). Im Ergebnis darf der Verwaltungsrat – gleichgültig, ob er selbst seine Kompetenzen überschreitet (i. e. *ultra vires* handelt) oder ihm der Vorstand solche Befugnisse übertragen will – keine geschäftsführende Tätigkeit entfalten.

Gewichtige Stimmen in der Literatur folgern aus der gesetzlichen Anordnung der Richtlinienkompetenz in Art. 8 Abs. 1 BayLBG, dass für jede Art von Geschäften Richtlinien vorliegen müssten. Wolle der Vorstand eine besonders gewichtige Einzelmaßnahme durchführen, für die keine Richtlinie vorhanden sei, habe er die Pflicht, den Verwaltungsrat darüber zu informieren. Der Verwaltungsrat habe ein dementsprechendes Informationsrecht.⁸³

d) Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand

Es besteht eine große Bandbreite an Einwirkungsmöglichkeiten des Verwaltungsrates auf den Vorstand. Sie können zum einen in repressive und präventive Befugnisse unterteilt

⁸² *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 45; *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 46.

⁸³ *Aus der Fünften*, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 122 f.; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 49. Ablehnend *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 80.

werden. Zum anderen lässt sich innerhalb der repressiven Kompetenzen ein gewisses – freilich nur als Modell dienendes – Stufenverhältnis ausmachen.

Ausgangspunkt der repressiven Befugnisse wird stets die Information sein. Ist dem Verwaltungsrat auf der Grundlage der Regelberichte des Vorstandes eine ordnungsgemäße Überwachung der Geschäftsführung nicht möglich, etwa weil die Berichte unklar gefasst sind oder Zweifelsfragen aufwerfen, bzw. werden ihm anderweitig Hinweise bekannt, dass der Vorstand seine Sorgfaltspflichten verletzt oder dass besondere Vorkommnisse eingetreten sind, die auf die Lage der Bank von erheblichem Einfluss sein *können*, dann kann und muss der Verwaltungsrat zusätzliche Berichte und insbesondere Sonderberichten nach § 13 Abs. 3 und Abs. 4 der Satzung der Bayerischen Landesbank anfordern. Nach § 13 Abs. 4 der Satzung sind besondere Vorkommnisse unverzüglich zu berichten (S. 1), im Besonderen, wenn sie auf die Lage der Bank von erheblichem Einfluss sein können (S. 2). Dieser Informationspflicht des Vorstandes korrespondiert wie gezeigt ein Informationsrecht des Verwaltungsrats bzw. seines Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden. Im Übrigen gibt I. 2. lit. e Abs. 2 der Corporate Governance Grundsätze – noch weitergehend als § 111 Abs. 2 AktG – dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats und seinem Stellvertreter das Recht, den Geschäftsbetrieb sowie sämtliche Rechtsverhältnisse der BayernLB zu prüfen.

Stellt der Verwaltungsrat aufgrund der gewonnenen Informationen fest, dass die Beschlüsse und Maßnahmen des Vorstandes nicht im Einklang mit der Unternehmensstrategie stehen oder die nachhaltige Wirtschaftlichkeit der BayernLB gefährden können, kann er hierzu Stellung nehmen und die Beschlüsse beanstanden. Ausdrücklich ist dies etwa in § 13 Abs. 1 Nr. 4 und 5 der Satzung der Bayerischen Landesbank vorgesehen. Zwar entfaltet eine Gegenvorstellung keine unmittelbare rechtliche Wirkung, zumal insbesondere kein Weisungsrecht des Verwaltungsrates gegenüber dem Vorstand besteht; sie dürfte aber rein faktisch und im Hinblick auf die weiteren Eingriffsbefugnisse des Verwaltungsrates einen nicht unerheblichen Rechtfertigungs- und Handlungsdruck des Vorstandes begründen. Bei gesetzes- oder satzungswidrigen Beschlüssen des Vorstandes wird der Verwaltungsrat der BayernLB als Anstalt des öffentlichen Rechts schon durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichtet, auf eine Unternehmensführung im Einklang mit dem

geltenden Recht hinzuwirken.⁸⁴

Weiterhin kann der Verwaltungsrat die Billigung des Konzernabschlusses verweigern (freilich nicht als Druckmittel bei allgemeinen Meinungsverschiedenheiten, sondern nur bei Uneinigkeit über den Abschluss) und bei zu vertretenden Sorgfaltspflichtverletzungen Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand geltend machen. Als ultima ratio kann er im Rahmen seiner Personalkompetenz den Vorstand abberufen und seine Mitglieder neu bestellen. Zur kurzfristigen Reaktion auf Missstände in der Geschäftsführung und Gefahren für das Unternehmen sind diese Befugnisse freilich nur bedingt geeignet. Denkbar ist auch eine Anzeige an die zuständigen Aufsichtsbehörden. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte der Verwaltungsrat mit Rücksicht auf das Vertrauensverhältnis zum Vorstand von diesem Mittel erst Gebrauch machen, wenn dieser trotz einer Beanstandung untätig bleibt.⁸⁵

Zu den präventiven, auf die zukünftige Geschäftsführung gerichteten Einwirkungsmöglichkeiten zählt insbesondere die Möglichkeit, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates für Kredite und Bürgschaften einer bestimmten Größenordnung sowie für bestimmte Arten von Geschäften zu schaffen (§ 11 Abs. 2 Nr. 6 und 7 der Satzung der Bayerischen Landesbank). Anders als im Aktienrecht (§ 77 Abs. 2 Hs. 2 AktG) kann der Verwaltungsrat jedoch nicht aus eigener Kompetenz die Geschäftsordnung des Vorstandes ändern und dessen Geschäftsführungsbefugnisse neu gestalten.

3. Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats bei der Kontrolle des Vorstandes

a) Pflicht zur Aufsicht und Selbstverantwortung des Verwaltungsrates

Die unter IV. 2. a) dargestellten Informationsrechte sollen den Verwaltungsrat in die Lage versetzen, seine weiteren Aufsichts- und Überwachungsrechte auszuüben. Der Verwaltungsrat darf sich nicht auf eine lediglich passive Überwachung beschränken. Er muss vielmehr auf der Grundlage der Erkenntnisse, die er durch die Berichts- und Informationspflichten des Vorstandes gewinnt, entscheiden, ob und wie er von seinen weiteren Überwachungsbefugnissen Gebrauch macht.⁸⁶

⁸⁴ Hierzu *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 188.

⁸⁵ Siehe *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 77 f.

⁸⁶ *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 18. Vgl. auch *Lutter*, Pflichten und Haf-

Der Verwaltungsrat hat nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht zur Aufsicht. Er kann sich dementsprechend seiner Verantwortung nicht mit dem Argument entziehen, der Vorstand habe ihn nur unzureichend über wesentliche Entscheidungen oder Risiken informiert oder es habe zu wenige Verwaltungsratssitzungen gegeben.⁸⁷ Der Verwaltungsrat und jedes seiner Mitglieder sind vielmehr selbst in die Pflicht zu nehmen, auf eine funktionsgerechte und effiziente Organisation und Arbeitsweise hinzu wirken. Sie haben die erforderlichen Berichte und Informationen gegebenenfalls vom Vorstand einzufordern. Man kann anschaulich von einer Holschuld sprechen.⁸⁸

b) Bestimmung der Sorgfaltspflichten

Während die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder in § 19 Abs. 2 S. 2 Satzung der Bayerischen Landesbank eine rudimentäre Regelung erfahren hat, findet sich weder im Gesetz über die Bayerische Landesbank noch in ihrer Satzung eine nähere Regelung der hierbei zu beachtenden Sorgfaltspflichten. Die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates setzt indes, wie schon die Formulierung des § 19 Abs. 2 S. 2 der Satzung zeigt, einen Sorgfaltspflichtverstoß tatbestandlich voraus: „*Verletzt* ein Mitglied des Verwaltungsrats [...] vorsätzlich oder grob fahrlässig seine gesetzlichen oder satzungsmäßigen *Pflichten*, so hat es der Bank den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen“.

Die Prüfung der Haftung erfordert somit einen gedanklichen Dreischritt:

1. Haben ein oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen?
2. Haben sie diesen Sorgfaltspflichtverstoß auch zu vertreten? Die Satzung der Bayerischen Landesbank verlangt hierbei einen gesteigerten Verschuldensgrad, nämlich Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.
3. Ist durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstanden, d. h. verursacht worden?

Im Folgenden wird die erste Stufe des Haftungstatbestandes näher konkretisiert. Es ist also zu fragen, welche Sorgfaltspflichten die Mitglieder des Verwaltungsrates bei ihrer Aufsicht

tung von Sparkassenorganen, S. 99.

⁸⁷ So zum Aufsichtsrat einer AG *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 30; So zum Aktienrecht *Hopt/Roth*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 116 Rn. 120 ff.

⁸⁸ *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 47; ferner *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (137 f.).

über den Vorstand aufzuwenden haben.

aa) Entsprechende Anwendung des Aktien- oder Sparkassenrechts?

Mangels eines ausdrücklich geregelten Sorgfaltsmaßstabes im Recht der Bayerischen Landesbank stellt sich die Frage, ob sich die Sorgfaltsanforderungen anderer Gesetze, namentlich des Sparkassenrechts oder des Aktienrechts, entsprechend heranziehen lassen. *Prima vista* böte sich zunächst eine Übertragung sparkassenrechtlicher Regelungen an. Allerdings bestimmt auch das Sparkassenrecht keine ausdrücklichen Sorgfaltsmaßstäbe für die Arbeit der Verwaltungsräte; nach vorzugswürdiger Ansicht werden auch für den Verwaltungsrat einer Sparkasse die Regelungen und Rechtsprechung zum Aktienrecht entsprechend anwendbar.⁸⁹

Andere Stimmen in der Literatur lehnen die unmittelbare Übertragung des Aktienrechts unter Betonung der Eigenständigkeit des öffentlich-rechtlichen Sparkassenrechts an und wollen den Pflichtenkatalog unmittelbar aus dem Sinn und Zweck der Aufsichtstätigkeit heraus entwickeln. Sie verweisen auf den einheitlichen öffentlichen Auftrag der Sparkassen, der schon aus dem (früher geltenden) Enumerationsprinzip der zulässigen Sparkassengeschäfte folge und eine Gleichstellung mit den privatrechtlichen Universalbanken verbiete.⁹⁰ Ihre Ansicht überzeugt indes angesichts der unbeschränkten Geschäftstätigkeit der Bayerischen Landesbank, die rechtlich und tatsächlich jener der Universalbanken weitgehend angenähert ist, nicht. Erst recht gilt dies seit Aufhebung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Letztlich kann der Meinungsstreit für die vorliegende Untersuchung dahinstehen, da auch die Vertreter eines sparkassenrechtlichen Ansatzes die Regelungen des AktG zu den Pflichten der Aufsichtsräte zumindest als gedankliche Anregung und Ausle-

⁸⁹ Vgl. *aus der Füntten*, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 178 und S. 268 f.; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (755 und 764 ff.); *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 43; *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 103. So wohl auch schon *Twiehaus*, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, S. 145, und *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 11 („allgemeine[r] organisationsrechtliche[r] Grundsatz“).

⁹⁰ Vgl. *Wolff*, WM 1992, 1469 ff. Soweit er die Übertragbarkeit mit dem Argument verneint, dass etwa zur Bestimmung der Geschäftsleitung doch wieder auf das Sparkassenrecht zurückgegriffen werden müsse (a. a. O., S. 1471), verkennt er den Grundgedanken der Analogie: Sie erlaubt eine Übertragung vergleichbarer Regelungsinstitute überhaupt nur dort, wo eine Regelungslücke vorhanden ist. Vorrangig ist also immer das geschriebene Recht. Im Ergebnis ebenso *Preußner*, LKV 2004, 299 (301) mit dem Argument, dass im Falle eines Formwechsels von der Anstalt öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft der sonst geltende Grundsatz der Amtskontinuität nicht greife, weil der Aufsichtsrat einer Anstalt des öffentlichen Rechts gerade nicht „in gleicher Weise“ wie bei Aktiengesellschaft gebildet werde. Diese organisationsrechtlichen Unterschiede sagen indes nichts über den sehr wohl vergleichbaren Umfang der Sorgfaltspflichten aus.

gungshilfe heranziehen.⁹¹

Im Ergebnis ist das Recht der Aktiengesellschaft über die Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrates auf den Verwaltungsrat der Bayerischen Landesbank entsprechend anzuwenden. Die §§ 93, 116 AktG bringen einen allgemeine Rechtsgedanken zum Ausdruck, und werden beispielsweise für den (fakultativen) Aufsichtsrat einer GmbH für entsprechend anwendbar erklärt (§ 52 Abs. 1 GmbHG), für den Aufsichtsrat einer Genossenschaft identisch geregelt (§ 41 i. V. m. § 34 GenG) bzw. in richterlicher Rechtsfortbildung auch auf eine Publikums-KG analog angewendet.⁹² Überdies ist die BayernLB nicht nur in ihrer Organstruktur und der Ausrichtung ihrer Unternehmenspolitik den privatrechtlich in Form einer Aktiengesellschaft organisierten Kreditinstituten vergleichbar. Auch die Verflechtungen der Landesbanken untereinander und mit Juristischen Personen des Privatrechts führen zu für das Aktienrecht typischen Konzernstrukturen.⁹³ So ist die BayernLB etwa Anteilseigner der Landesbank Saar, der Deutschen Kreditbank AG, der MKB Bank ZRT oder der Banque LBLux S.A⁹⁴. Als starkes Indiz für eine Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Regelungen spricht schließlich, dass die Vorschriften des AktG über die Aufgaben des Vorstandes (vgl. insb. § 111 AktG) inhaltlich weitgehend und zum Teil wortgleich in die Satzung der Bayerischen Landesbank übernommen worden sind. Schließlich verweisen auch die Corporate Governance Grundsätze auf die sachliche Nähe zum Aktienrecht.⁹⁵

bb) Allgemeine Sorgfaltspflichten

Nach § 116 AktG gelten für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates die Regelungen für den Vorstand in § 93 AktG sinngemäß. Maßstab ist hiernach die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG). Schon aus dem Gegensatz der Aufgaben – Geschäftsführung durch den Vorstand einerseits und Aufsicht über diese Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat andererseits – folgt jedoch, dass die Maßstäbe für die Sorgfaltspflichten keineswegs so weitgehend überein-

⁹¹ *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 180.

⁹² *BGH*, Urt. v. 4.7.1977, in: *NJW* 1977, 2311 ff.; Urt. v. 22.10.1979, in: *WM* 1979, 1425 ff. Siehe hierzu auch *Rümker*, in: *FS Werner* (1984), S. 745 (764 f.).

⁹³ Hierzu *Bohn*, Die Anstalt des öffentlichen Rechts unter Berücksichtigung des Wandels der Anstalt durch die Beteiligung Dritter, S. 180 ff.

⁹⁴ Eine umfassende Auflistung der Beteiligungen findet sich unter <http://www.bayernlb.de> (Stichwort: Konzerntöchter; Stand: 17.4.2010).

⁹⁵ Siehe II. 1. a. der Corporate Governance Grundsätze (insoweit zum Vorstand: „[...] in Gesetz und Satzung in Anlehnung an das deutsche Aktiengesetz geregelt sind [...]).“)

stimmen, wie § 116 AktG suggeriert.

Wenn die Anwendung derjenigen Sorgfalt gefordert wird, „die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter anwenden würde, wenn er seine Geschäfte einem Dritten zur selbständigen Leitung überlassen, sich aber wegen seines in dem Geschäft steckenden Kapitals die Überwachung der Geschäftsführung und die Prüfung des Jahresabschlusses vorbehalten hat“⁹⁶, dann bietet dieser Definitionsversuch freilich nicht mehr als einen groben Anhaltspunkt für die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats. Im Folgenden werden diese Sorgfaltspflichten näher konkretisiert.

cc) Kontrolldichte

Zunächst ist festzuhalten, dass die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats nicht überspannt werden dürfen, üben diese doch ihre Tätigkeit nur nebenberuflich aus. Eine Überwachungstätigkeit, die jeden Pflichtverstoß des Vorstandes verhindern und jedem Risiko für das Unternehmen vorbeugen könnte, ist praktisch undenkbar und würde die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstandes lähmen. Notwendig und hinreichend ist daher eine Kontrolle, die einem „ordentlichen Überwacher“ zugemutet werden kann.⁹⁷

Der Umfang der Überwachungstätigkeiten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Im Normalfall tut der Verwaltungsrat seiner Aufsichtspflicht Genüge, wenn er den Jahres- und Konzernabschluss sowie die regelmäßigen Berichte des Vorstandes prüft, gegebenenfalls ergänzende Berichte anfordert und abweichende Vorstellungen gegenüber dem Vorstand äußert. Er muss Berichten des Vorstandes grundsätzlich nicht misstrauen, darf allerdings auch kein blindes Vertrauen haben, so dass zumindest eine kritische Überprüfung der vorgelegten Berichte erforderlich ist. Die Richtigkeit und Vollständigkeit der Vorstandsberichte sind zumindest in Stichproben zu überprüfen.⁹⁸

⁹⁶ *Geßler*, in: ders./Hefermehl u.a., Kommentar zum AktG, § 116 Rn. 8. Sich ihm anschließend *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 103.

⁹⁷ Vgl. *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (141); *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 105. Zum Aktienrecht siehe *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 2.

⁹⁸ *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 69 ff. Zum Aktienrecht *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 16; *Pentz*, Vorstand und Aufsichtsrat, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, § 16 Rn. 45.

Selbst eine uneingeschränkte Bestätigung des Jahres- bzw. Konzernabschlusses durch den Abschlussprüfer entlastet den Verwaltungsrat nicht von seiner Pflicht, die Abschlussberichte selbst sorgfältig auf ihre Plausibilität hin prüfen, Unverständlichkeiten nachzugehen und das Urteil des Abschlussprüfers an der eigenen Lebens- und Geschäftserfahrung zu messen.⁹⁹ Die BayernLB hat zu diesem Zweck einen Bilanzprüfungsausschuss eingerichtet.¹⁰⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Abschlussprüfer verpflichtet ist, Verstöße gegen zu beachtende Vorschriften oder Tatsachen zu berichten, die den Bestand des Unternehmens gefährden können (§ 321 Abs. 1 S. 3 HGB). Der Verwaltungsrat muss in diesem Fall über weitere Prüfungen oder sonstige aufsichtliche Maßnahmen entscheiden. Auch routinemäßig durchgeführte Prüfungen durch die Aufsichtsbehörden entlasten den Verwaltungsrat nicht von seiner eigenen Kontrollpflicht.¹⁰¹ Generell gilt: Hat ein Verwaltungsratsmitglied – auch aufgrund eigenen Sonderwissens – Anlass zu Bedenken, muss es diesen nachgehen.¹⁰²

Der Verwaltungsrat ist grundsätzlich nicht gehalten, jedes einzelne Geschäft des Vorstandes zu überwachen und zu prüfen.¹⁰³ Seine Aufsichtspflichten intensivieren sich jedoch entsprechend der jeweiligen Risikolage.¹⁰⁴ Eine zu gesteigerten Anforderungen an die Kontrollpflichten führende Sonderlage liegt dabei nicht erst dann vor, wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens verschlechtert oder wenn Risiken bereits hinreichend erkennbar geworden sind. Der Verwaltungsrat muss vielmehr auch bei bedeutsamen Entscheidungen, etwa größeren Investitionen, seine Aufsichtstätigkeit intensivieren.¹⁰⁵

Nach der Rechtsprechung des *BGH* verletzt etwa der Aufsichtsrat seine Sorgfaltspflichten nicht erst, wenn er die Geschäftsführung nicht an zustimmungspflichtigen Maßnahmen hindert, denen er seine Zustimmung nicht erteilt hat, sondern bereits dann, wenn er ohne

⁹⁹ Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 171 Rn. 9; Kopff, in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 2003, § 171 Rn. 82 ff.

¹⁰⁰ Siehe II. 2. lit. d der Corporate Governance Grundsätze.

¹⁰¹ Siehe Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 110 f., sowie grundlegend zu den Prüfungsberichten, a. a. O., S. 68 ff.

¹⁰² So zum Aufsichtsrat einer AG schon RGZ, 144, 348 (352); 161, 129 (140); siehe auch *BGH*, Urt. v. 7.11.1977, in: NJW 1978, 425 (425).

¹⁰³ *BGH*, Urt. v. 4.7.1977, in: NJW 1977, 2311 (2312); vgl. auch Püttner, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (142).

¹⁰⁴ Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 111 Rn. 7.

¹⁰⁵ So auch Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 46; Hopt/Roth, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 313 ff.

gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung Investitionen in erheblichem Umfang billigt. Im entschiedenen Fall wurden keine hinreichenden Erkundigungen über den konkreten Unternehmensgegenstand des geförderten Unternehmens, seine wirtschaftliche Situation, die von ihm verfolgten Geschäftsziele und das für deren Verwirklichung benötigte Kapital eingeholt.¹⁰⁶ Zu unterbinden hat der Verwaltungsrat ferner unvertretbare Geschäftsführungsmaßnahmen, etwa die Veräußerung von Grundstücken weit unter dem Verkehrswert.¹⁰⁷

Der Verwaltungsrat muss insoweit von seinem Informationsrecht, etwa über die Entwicklung von Tochtergesellschaften oder Unternehmensbeteiligungen, Gebrauch machen. Hierzu hat er vom Vorstand vermehrt Berichte anzufordern und die Zahl seiner Aufsichtsratsitzungen zu erhöhen. Gegebenenfalls kann er auch von der Innenrevision, die grundsätzlich dem Vorstand unterstellt ist, zusätzliche Prüfungsberichte verlangen.¹⁰⁸ Als Ausfluss seiner Personalkompetenz muss er sich bei Eintritt einer Risikosituation fortlaufend vergewissern, ob der Vorstand noch in der Lage ist, den drohenden Schaden abzuwenden und die drohende oder bereits eingetretene Unternehmenskrise zu überwinden. Zur Beurteilung der vom Vorstand zu treffenden Maßnahmen ist gegebenenfalls ein Sachverständiger hinzuziehen; als Sicherungsmittel können Zustimmungsvorbehalte errichtet werden.¹⁰⁹

dd) Maßgebender Zeitpunkt

Maßgebender Zeitpunkt für eine Verletzung der Sorgfaltspflichten ist die Beurteilung ex ante, also der Zeitpunkt, zu dem der Verwaltungsrat Beschluss fasst bzw. trotz eines Anlasses für aufsichtliche Maßnahmen untätig bleibt. Nicht vorhersehbare wirtschaftliche Entwicklungen können dem Verwaltungsrat hingegen nicht angelastet werden.¹¹⁰

¹⁰⁶ *BGH*, Urt. v. 11.12.2006, in: *NJW-RR* 2007, 390 (391). Zustimmung *Habersack*, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 20.

¹⁰⁷ *LG Stuttgart*, Urt. v. 29.10.1999, in: *DB* 1999, 2462 (Leitsatz 1: „Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft ist im Rahmen seiner Pflicht zur Überwachung von Geschäftsführungsmaßnahmen verpflichtet, solche Einzelmaßnahmen besonders zu kontrollieren, die für die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft bedeutsam sind.“).

¹⁰⁸ Da die Innenrevision den Weisungen des Vorstandes untersteht, kann ein „Informationsdurchgriff“ nur das letzte Mittel sein, vgl. *Lutter*, *Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen*, S. 90; *Völter*, *Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten*, 5. Aufl., S. 72 f.

¹⁰⁹ Hierzu grundlegend *Pentz*, *Vorstand und Aufsichtsrat*, in: *Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts*, § 16 Rn. 48 ff.

¹¹⁰ *Völter*, *Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten*, 5. Aufl., S. 110.

c) Individuelle Verantwortung der Verwaltungsratsmitglieder

aa) Grundsatz der gleichen und geteilten Verantwortung

Zur Überwachung ist nicht nur der Verwaltungsrat als Organ in seiner Gesamtheit, sondern jedes einzelne seiner Mitglieder Verwaltungsrates gleichermaßen verpflichtet.¹¹¹ Im Grundsatz wird von allen Verwaltungsratsmitgliedern, unabhängig von sozialer Stellung, Bildung und beruflicher Tätigkeit, die gleiche Sorgfalt erwartet. Maßstab für die Sorgfaltspflichten ist nicht die Qualifikation der Verwaltungsratsmitglieder, sondern die zu erfüllende Überwachungsaufgabe. Es gibt also „keinen Rabatt für Politiker und Personalvertreter“.¹¹²

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur bei einer arbeitsteiligen Ausübung der Kontrolle zu machen. Hier kann das Maß der individuellen Sorgfalt bzw. Verantwortung unter den einzelnen Mitgliedern differieren – so sind einerseits etwaige Sonderkenntnisse oder übertragene Sonderaufgaben zu berücksichtigen und wird andererseits die Sachverantwortung des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds in gewissem Umfang durch eine Überwachungsverantwortung ersetzt.¹¹³

bb) Hinreichende Qualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrates

Ein gewisses Mindestmaß an Qualifikation und Sachkunde ist unverzichtbare Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Kontrolle der Arbeit des Vorstandes. Anders gewendet entlastet eine inhaltliche Überforderung ein Verwaltungsratsmitglied nicht von seiner Verantwortung.

Die Mindestqualifikation lässt sich wiederum anhand aktienrechtlicher Grundsätze und Rechtsprechung bestimmen. Für den Aufsichtsrat einer AG folgert der *BGH* aus § 111 Abs. 5 AktG, dass

¹¹¹ Vgl. zum Sparkassenrecht *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 182; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 110. Zum Aktienrecht *BGHZ* 64, 325 (330 f.) = *NJW* 1975, 1412 (1413); *BGHZ* 83, 106 (120) = *NJW* 1982, 1525 (1526); *BGHZ* 99, 211 (216) = *NJW* 1987, 902 (903); *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 111 Rn. 18; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch zum *Gesellschaftsrecht*, Bd. IV, Aktiengesellschaft, § 33 Rn. 61; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 116 Rn. 2; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 12 Rn. 821. Grundlegend *Schwark*, in: FS Werner (1984), S. 841 (insb. 849 ff.).

¹¹² *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 182; ihm folgend *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 110. Zum Aktienrecht *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 12.

¹¹³ Siehe unter IV. 3. c) dd).

„die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen [können]. Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung ist vorausgesetzt, daß ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muß, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können[...]. Andererseits ist nicht zu erwarten, daß jedes Aufsichtsratsmitglied auf sämtlichen Gebieten, auf denen der Aufsichtsrat tätig wird, umfassende Spezialkenntnisse besitzt. Auch können im Aufsichtsrat Fragen auftauchen oder Maßnahmen durchzuführen sein, die über die Fachkunde oder die zeitlichen und technischen Möglichkeiten seiner Mitglieder hinausgehen.“¹¹⁴

Auch in der sparkassenrechtlichen Literatur, die eine Übertragbarkeit der aktienrechtlichen Grundsätze im Grundsätzlichen ablehnt, ist anerkannt, dass die Verwaltungsratsmitglieder zwar nicht die Qualifikation des erfahrenen Geschäftsleiters eines Kreditinstituts aufweisen müssten, jedoch zumindest solche Kenntnisse, die eine wirksame Überwachung der öffentlichen Aufgaben des Instituts gewährleisten. Dies erfordere insbesondere¹¹⁵

- allgemeine wirtschaftliche Kenntnisse, die das Wissen eines Laien deutlich übersteigen. Hierunter fallen jedenfalls allgemeine Vorstellungen von Funktion, Größe und Umfang der Kreditwirtschaft in Deutschland und Europa¹¹⁶;
- Grundkenntnisse der wesentlichen Rechtsvorschriften für die Tätigkeit der Bank, vorliegend also des Kreditwesengesetzes (KWG), des Bayerischen Landesbankgesetzes (BayLBG), der Satzung der Bayerischen Landesbank; hierzu zählt im Besonderen etwa auch die Kenntnis der satzungsmäßigen und sonstigen Schranken für die Kreditvergabe;
- eine Kenntnis der eigenen Aufgaben, Rechte und Pflichten. Nach Ansicht des Sächsischen Obergerichtes „gehört es für sie zu den ersten Obliegenheiten,

¹¹⁴ *BGH*, Urt. v. 15.11.1982, in: *NJW* 1983, 991 (991). Vgl. auch *Hüffer*, *AktG*, 8. Aufl., § 116 Rn. 2; *Mertens*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, 2. Aufl., § 116 Rn. 7.

¹¹⁵ *BGH*, Urt. v. 25.6.1956, in: *ZBR* 1956, 327 (328 f.); ferner *Püttner*, *Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane*, in: *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Bd. I, S. 137 (145 f.). Zum Sparkassenrecht *Lutter*, *Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen*, S. 112 ff.; *Schlierbach*, *Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl., S. 181.

¹¹⁶ *Völter*, *Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten*, 5. Aufl., S. 85.

sich mit den ihnen eingeräumten Befugnissen und zugewiesenen Verpflichtungen vertraut zu machen und ihr Handeln daran auszurichten“;¹¹⁷

- ein Maß an Sachkunde, das es dem Verwaltungsratsmitglied ermöglicht, bei ordnungsgemäßer Prüfung Mängel in der Vorstandsarbeit zu bemerken;
- die Befähigung, sich aufgrund des Geschäftsgangs und der Vorstandsberichte ein genaues Bild von der Lage und der Entwicklung der Bank zu machen. Hierzu müsse das Aufsichtsratsmitglied die Berichte des Vorstandes verstehen und die entsprechenden Schlussfolgerungen hieraus ziehen können;
- die Grundkenntnisse, die erforderlich sind, um den Jahres- und Konzernabschluss zu prüfen, d. h. sich ein eigenes Urteil über Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens machen zu können.

cc) Selbstverantwortung der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder

Entsprechend den obigen Ausführungen zur Selbstverantwortung des Verwaltungsrats als Gesamtorgan können sich auch seine Mitglieder nicht darauf zurückziehen, nicht über die nötige Sachkunde zu verfügen, um einen etwaigen Fehler des Vorstandes oder ein den Bestand des Unternehmens gefährdendes Risiko erkennen zu können. In ständiger (aktienrechtlicher) Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich ein Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat jedenfalls nach Amtsübernahme die notwendigen Kenntnisse aneignen muss.¹¹⁸ Eine hinreichende Sachkunde ist damit zwar keine Bestellungsvoraussetzung; ein Verwaltungsratsmitglied, das nicht hinreichend befähigt ist, um sein Amt ordnungsgemäß auszuüben, kann aber unter dem Gesichtspunkt des Übernahmeverschuldens schadensersatzpflichtig werden.¹¹⁹

Dass die Mitglieder des Verwaltungsrats nach § 8 der Satzung der Bayerischen Landesbank kraft ihres Amtes bestellt und nicht frei gewählt werden, vermag an diesen allgemeinen Anforderungen nichts zu ändern, zumal die dort genannten Amtsträger schon kraft ihrer Amtsausübung über die notwendigen Kenntnisse verfügen dürften. Der Grundsatz der geteilten Verantwortung findet uneingeschränkt Anwendung. Im Übrigen können und müssen sich die entsandten Mitglieder der Exekutive des Sachverständigen ihres Ministeri-

¹¹⁷ OVG Bautzen, Beschl. v. 05.11.2001, in: DÖV 2002, 711, zu den Verwaltungsratsmitgliedern einer Sparkasse.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 15.11.1982, in: NJW 1983, 991 (991).

¹¹⁹ Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 22.

ums bedienen. Die Verpflichtung zur Dienstverschwiegenheit in § 19 Abs. 1 der Satzung der Bayerischen Landesbank steht dem nicht entgegen, können die Verantwortlichen doch auf ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtete persönliche Referenten zurückgreifen.¹²⁰

Verwaltungsratsmitglieder sind zur Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats verpflichtet. Aus ihrem organschaftlichen Treueverhältnis folgt die Obliegenheit, sich anhand der Tagesordnung und der Vorlagen vorzubereiten und aktiv an der Sitzung zu beteiligen. Eine Delegation der Überwachungstätigkeit auf einen Sachverständigen ist nur in sehr begrenztem Umfang zulässig. Der *BGH* erklärt es als unvereinbar mit dem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung (vgl. § 111 Abs. 5, § 109 Abs. 1 AktG), dass „ein Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben oder einen wesentlichen Teil davon laufend einem Außenstehenden zur selbständigen Erledigung überträgt oder auch nur bei ihrer Wahrnehmung jeweils einen ‚ständigen Berater‘ einschaltet.“¹²¹ Damit ist nicht ausgeschlossen, dass sich ein Verwaltungsratsmitglied der Hilfe Dritter bedient, solange es in eigener Verantwortung die Entscheidungen trifft. Diese Rechtsprechung ist auf den Verwaltungsrat der Bayerischen Landesbank zu übertragen.¹²²

Von der Einschaltung eines (außenstehenden) Dritten ist die Frage zu unterscheiden, ob und in welchem Umfang sich ein Verwaltungsratsmitglied durch einen (hausinternen) Stellvertreter in den Sitzungen vertreten lassen kann. Grundsätzlich ist die Teilnahmepflicht wie die Überwachungspflicht im Allgemeinen eine höchstpersönliche Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder. Kraft ausdrücklicher Regelung im Errichtungsgesetz bzw. in der Satzung der Bayerischen Landesbank kann sich ein Verwaltungsratsmitglied jedoch – anders als im Aktienrecht, das bei Verhinderung nur eine schriftliche Stimmabgabe durch einen Boten des verhinderten Aufsichtsratsmitglieds¹²³ oder durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied vorsieht¹²⁴ – im Falle seiner Verhinderung durch seinen Stellvertreter in der

¹²⁰ So ausdrücklich zu den Landesbanken *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (154 und insb. 157).

¹²¹ *BGH*, Urt. v. 15.11.1982, in: NJW 1983, 991 (991).

¹²² Ebenso *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 148; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 181.

¹²³ § 108 Abs. 3 S. 1 und 3 i. V. m. § 109 Abs. 3 AktG. Dies setzt allerdings eine Ermächtigung in Textform für eine konkrete Sitzung und einen konkreten Beschlussantrag voraus, vgl. *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. IV, Aktiengesellschaft, § 31 Rn. 85; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., § 11 Rn. 699 f. und 723 ff.

¹²⁴ § 108 Abs. 2 S. 2 AktG.

Sitzung vertreten lassen. Das Entsenden seines Stellvertreters befreit das jeweilige Verwaltungsratsmitglied jedoch nur von der höchstpersönlichen Erfüllung seiner Pflicht zur Teilnahme an der Sitzung, nicht jedoch von seiner fortbestehenden Überwachungsverantwortung. Wissen und Handeln seines Stellvertreters sind ihm nach allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen.¹²⁵ Im Übrigen ist die Vertretungsregelung einschränkend dahingehend ausulegen, dass sich ein Verwaltungsratsmitglied nur dann vertreten lassen kann, wenn es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben. Es kann sich insbesondere nicht damit entschuldigen, wegen Überlastung wichtige Vorgänge nicht zur Kenntnis genommen und seinem Vertreter überlassen zu haben. Um wichtige Angelegenheiten muss sich jedes Verwaltungsratsmitglied in seinem Aufgabenbereich selbst kümmern. Es kann sich seiner Verantwortung nicht mit dem Argument entziehen, an den entscheidenden Sitzungen des Verwaltungsrats nicht teilgenommen zu haben.¹²⁶

dd) Arbeitsteilung und gesteigerte individuelle Sorgfaltsmaßstäbe

Ungeachtet des Grundsatzsatzes von der geteilten und gleichen Verantwortung ist ein arbeitsteiliges Tätigwerden des Verwaltungsrates zulässig. Aufgaben können an einzelne Mitglieder oder an einen Ausschuss übertragen werden. Von letztere Möglichkeit hat die Bayerische Landesbank bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Abgesehen von einem Bilanzprüfungsausschuss sollte die Arbeit bewusst im Verwaltungsrat konzentriert werden.¹²⁷ Die folgenden Ausführungen befassen sich deshalb vorwiegend mit der Aufgabenwahrnehmung durch ein einzelnes Verwaltungsratsmitglied innerhalb des Gesamtorgans.

Eine Aufgabenübertragung an ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrates ist prinzipiell zulässig. An dessen Qualifikation und Sorgfaltspflichten sind in der Folge gesteigerte Anforderungen zu stellen. Der Grundsatz der gleichen Verantwortung wird insoweit modifiziert. Wer spezielle Aufgaben übernimmt, muss hierfür besonders qualifiziert sein und eine

¹²⁵ Vgl. den Rechtsgedanken der §§ 166, 278 BGB.

¹²⁶ Vgl. zum Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 114 ff.; zum Verwaltungsratsvorsitzenden auch *Schlierbach*, Sparkassenrecht, 5. Aufl., S. 176.

¹²⁷ So II. 2. lit. c) UAbs. 2 der Corporate Governance Grundsätze. Seit 2009 ist in § 12a der Satzung der Bayerischen Landesbank in der Fassung vom 11.9.2009 nunmehr auch ein Prüfungsausschuss vorgesehen, der sich mit Fragen der Rechnungslegung, des Risikomanagements, der Compliance und der Abschlussprüfung befassen soll.

größere Sorgfalt aufwenden.¹²⁸ Die gesteigerten Sorgfaltsanforderungen in seinem eigenen „Fachbereich“ werden durch eine Entlastung in anderen Aufgabenbereichen kompensiert, wenn diese von anderen Verwaltungsratsmitgliedern wahrgenommen werden. Eine solche arbeitsteilige Überwachungstätigkeit fördert eine effiziente Aufsicht über die Arbeit des Vorstandes.

Zu betonen ist, dass aufgrund dieser arbeitsteiligen Aufgabenwahrnehmung durch ein beauftragtes Verwaltungsratsmitglied (bzw. einen Ausschuss) die übrigen Mitglieder zwar in gewissem Umfang entlastet werden. Kein Verwaltungsratsmitglied kann sich jedoch auf das Handeln anderer Mitglieder verlassen. Es hat in diesem Fall sinnbildlich den Überwacher selbst zu überwachen. Einer verringerten Sachverantwortung steht also eine gesteigerte Organisationsverantwortung gegenüber.¹²⁹ Gleiches gilt für die Supervision der (zukünftigen) Überwachung durch einen Ausschuss.¹³⁰

Darüber hinaus muss jedes Mitglied aufgrund seines organschaftlichen Treueverhältnisses seine etwaigen über die allgemeine Sachkunde hinausgehenden Sonderkenntnisse in die Arbeit des Verwaltungsrates einbringen.¹³¹ Kein Mitglied darf sich in die Passivität flüchten.

Demgegenüber sind dem Verwaltungsratsvorsitzenden nicht schon kraft seiner Stellung gesteigerte Sorgfaltspflichten aufzuerlegen. Er ist *primus inter partes* – der Erste unter Gleichen. Besondere Pflichten treffen ihn allerdings dort, wo ihm durch Gesetz, Satzung oder die Corporate Governance Grundsätze besondere Rechte und Pflichten eingeräumt werden. Neben organisationsrechtlichen Fragen etwa über die ordnungsgemäße Einberufung, Vorbereitung der Tagesordnung und Leitung der Sitzungen betrifft dies vor allem die besonderen Informationsrechte im Falle gefährlicher Entwicklungen oder sonstiger beson-

¹²⁸ Vgl. *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 96. Zum Aktienrecht *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 28; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 116 Rn. 3; zurückhaltender *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 8.

¹²⁹ So schon zum Aktienrecht RGZ 93, 338 (340).

¹³⁰ Hierzu *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (148 f.). Ebenso *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 112.

¹³¹ So auch *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (150); *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 86 und S 89 f.; zum Aktienrecht *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 7 und 57; *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 28 mit zahlr. weit Nachw.; a. A. ohne nähere Begründung *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 116 Rn. 3; relativierend auch *Schwark*, in: FS Werner (1984), S. 841 (851 ff.).

derer Vorkommnisse.¹³²

ee) Erforderliche Maßnahmen

Erhält ein Verwaltungsratsmitglied Kenntnis von erheblichen Risiken oder bestandsbedrohenden Geschäftsführungsmaßnahmen, ist es zum Einschreiten verpflichtet und muss mit allen verfügbaren Mitteln den Schaden vom Unternehmen abwenden. Bei ernst zu nehmenden Informationen darf es sich nicht mit einer Frage an den Vorstand und dessen verneinender Antwort begnügen.¹³³ Kommt es zu einer Abstimmung des Verwaltungsrats, wird ein Mitglied nicht schon durch eine Enthaltung oder eine schlichte Gegenstimme bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat entlastet. Es muss vielmehr den Versuch unternehmen, die anderen Verwaltungsratsmitglieder von seiner Meinung zu überzeugen, zumindest indem es seine abweichende Auffassung in der Diskussion vorträgt und inhaltlich begründet. Um seine Enthaltung erforderlichenfalls beweisen zu können, sollte es sein Veto protokollieren lassen. Hinreichend ist weiterhin ein Antrag, den getroffenen Beschluss zu revidieren, oder auf Absetzung des Vorstandes.¹³⁴

Bleibt der Verwaltungsrat trotz ernstzunehmender Informationen über Risiken oder einen drohenden Schaden für das Unternehmen untätig, muss jedes seiner Mitglieder auf eine (außerordentliche) Sitzung und Beschlussfassung hinwirken. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 Satzung der Bayerischen Landesbank muss der Vorsitzende des Verwaltungsrats diesen einberufen, wenn mindestens drei seiner Mitglieder es unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes verlangen. Kommt das notwendige Quorum nicht zustande, kann das pflichtwidrige Unterlassen dem Verwaltungsratsmitglied, das sich um ein Einschreiten des Verwaltungsrates bemüht hat, nicht zugerechnet werden. Als ultima ratio kommt bei drohendem Schaden für das Unternehmen auch eine Anzeige an die zuständigen Aufsichtsbehörden oder eine Information der Öffentlichkeit in Betracht.¹³⁵

¹³² Vgl. § 13 Abs. 2 S. 4 und Abs. 4 Satzung der Bayerischen Landesbank.

¹³³ So zum Aktienrecht *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 33.

¹³⁴ Hierzu *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (147 f. und 155); *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 103 ff. (insb. 105). Zum Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 114 ff.; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., S. 182 f.; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 92. Zum Aktienrecht siehe schon RGZ 146, 145 (152 ff.); ferner *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 33; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 17.

¹³⁵ Ebenso zum Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 115 f.; zum Akti-

V. Die Sorgfaltspflichten von Vorstand und Verwaltungsrat insbesondere beim Unternehmenskauf

1. Die Sorgfaltspflichten bei der Aktiengesellschaft

a) Die Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Aktiengesellschaft

aa) Überblick

Der allgemeine Verhaltensstandard, dem Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gerecht werden müssen, ist in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geregelt. Danach haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers zu beachten.

Diese Grundnorm dient als Sorgfalts- und Verschuldensmaßstab für die organschaftliche Haftung und im Sinne einer Generalklausel als Pflichtenquelle für die Vorstandsmitglieder (sog. Doppelfunktion der Leitungssorgfalt).¹³⁶ Verstöße gegen die Sorgfaltspflichten führen unter den weiteren Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG zu einer Schadensersatzpflicht des pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglieds.

Zweck des § 93 AktG insgesamt ist der Schadensausgleich und die Schadensprävention¹³⁷ durch Effektivierung und Absicherung der Sorgfaltspflichten. Neben der Sorgfaltspflicht bilden die – hier nicht näher behandelten – Pflichten zur Verschwiegenheit und Treue¹³⁸ nach aktienrechtlicher Dogmatik eigenständige Pflichtenkategorien.

bb) Die Grundstruktur der Sorgfaltspflichten

Die generalklauselartige Formulierung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist angesichts der Vielgestaltigkeit der dem AktG unterfallenden Unternehmen und des hieraus resultierenden

enrecht *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 33; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 17.

¹³⁶ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 1; *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 40; umstritten ist dabei, ob § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auch objektive Verhaltenspflichten vorgibt, wofür die Anknüpfung des eine Pflichtverletzung ausschließenden § 93 Abs. 1 S. 2 AktG spricht, oder ob sich die objektive Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung aus § 76 Abs. 1 AktG ergibt, vgl. zu diesem Streit *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 1.

¹³⁷ *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 1.

¹³⁸ *Fleischer*, Handbuch der Vorstandshaftung, 2006, § 8 Rn. 2 ausführlich zur Ableitung der Treupflichten aus der Stellung des Vorstands als Vermögenstreuhänder und ihrer Bedeutung Korrelat zur Machtfülle sowie zur Wirkung gegenüber der Gesellschaft und der Verpflichtung in allen Gesellschaftsangelegenheiten nicht den eigenen Nutzen oder fremde Vorteile im Blick zu haben.

Abstraktionsbedarfs wenig aussagekräftig und bedarf der Konkretisierung. Zur näheren Bestimmung des Haftungsmaßstabes ist von der eigenverantwortlichen Leitungsaufgabe des Vorstands i. S. d. § 76 Abs. 1 AktG auszugehen, dem als alleinigem Leitungsorgan ein weiter Ermessensspielraum zur Verwirklichung der in der Satzung festgelegten Ziele und der Rechte und Pflichten der Gesellschaft eingeräumt ist.¹³⁹ Die eigenverantwortliche Leitungsaufgabe als solche ist grundsätzlich in ihrem Kernbestand nicht delegierbar.¹⁴⁰ Als allgemeine Grundpflicht des Vorstands ist anerkannt, dass dieser die Vorteile der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden hat.¹⁴¹ Maßstab ist generell der hauptamtliche und professionelle Geschäftsführer, der die zur Amtsausübung erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt.¹⁴² Die Sorgfaltspflichtenanforderungen lassen sich nicht einheitlich als allgemeingültiger Maßstab definieren. Sie variieren je nach Art, Größe und Situation des Unternehmens, seiner wirtschaftlichen und finanziellen Lage, der Konjunkturlage, der Aufgabenverteilung innerhalb eines mehrköpfigen Vorstands, der Bedeutung einer Maßnahme für das Unternehmen, so dass letztlich von einem sorgfältigen und gewissenhaften Geschäftsleiter in einem Unternehmen vergleichbarer Art und Größe in der konkreten Situation auszugehen ist,¹⁴³ der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist.¹⁴⁴ Es handelt sich jedoch um einen normativen Sorgfaltsmaßstab, so dass weder eine abweichende tatsächliche Übung noch eine branchenübliche Nachlässigkeit entlastend wirken.¹⁴⁵

Die Einhaltung der Sorgfaltspflichten beurteilt sich nach einem ex ante Maßstab.¹⁴⁶ Sonderwissen und besondere Fähigkeiten muss das Vorstandsmitglied – entsprechend den all-

¹³⁹ Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 21; Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 3.

¹⁴⁰ Ausführlich Schäfer/Missling, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1999, 441 (442).

¹⁴¹ Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006; Böttcher, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (482); § 7 Rn. 2. Vgl. zur Schadensabwendungspflicht bei Banken auch gegenüber den Gläubigern Lehleiter/Hoppe, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2007, 178 (179).

¹⁴² Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 27.

¹⁴³ Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 27; Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 24; vgl. auch Böttcher, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (50).

¹⁴⁴ Vgl. zu letzterem Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 3; Becker, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 40.

¹⁴⁵ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4; Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 24; Becker, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 40.

¹⁴⁶ Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 24.

gemeinen Grundsätzen des Zivilrechts – einsetzen.¹⁴⁷

§ 93 AktG ist seinem vollen Umfang nach zwingend.¹⁴⁸ Die Sorgfaltspflichten des Vorstands können weder durch Vereinbarung – wie beispielsweise im Anstellungsvertrag – noch durch die Satzung abgemildert werden,¹⁴⁹ da sie mit der eigenverantwortlichen Organstellung des Vorstands korrespondieren bzw. aus dieser folgen und überdies Grundlage für die Haftung nach § 93 Abs. 2 – 5 AktG sind, die wiederum auch dem Schutz der Gläubiger dient.¹⁵⁰

(1) Legalitätspflicht

Kardinalpflicht des Vorstands ist die Pflicht, sich bei seiner Amtsführung gesetzestreu zu verhalten, also die durch Aktiengesetz, Satzung und Geschäftsordnung vorgegebenen Pflichten (sog. interne Pflichtenbindung) und die sich aus Vorschriften außerhalb des Aktiengesetzes ergebenden Pflichten aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sowie aus dem Öffentlichen Recht zu beachten, und zwar unabhängig davon, ob sie die Gesellschaft oder die Organe betreffen (sog. externe Pflichtenbindung).¹⁵¹ Eine Überschreitung des Unternehmensgegenstandes stellt eine Pflichtverletzung dar (dazu näher sogleich).¹⁵²

(a) Pflichten nach dem Aktiengesetz

Das Aktiengesetz gibt eine Fülle von Einzelpflichten des Vorstands,¹⁵³ wie beispielsweise Berichts-, Informations- und Rechenschaftspflichten¹⁵⁴, vor und konkretisiert damit das organschaftliche Pflichtenprogramm. Daneben hat der Vorstand nach § 82 Abs. 2 AktG die Kompetenzordnung zu wahren und die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben. Kompetenzverstöße, wie

¹⁴⁷ Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 24.

¹⁴⁸ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 1.

¹⁴⁹ So die ganz herrschende Ansicht, vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 1.

¹⁵⁰ Spindler, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 26.

¹⁵¹ Fleischer, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2337).

¹⁵² Fleischer, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2337).

¹⁵³ Zu nennen sind insbesondere §§ 80, 81, 83, 88, 90 und 92 AktG.

¹⁵⁴ Von Interesse ist hier insbesondere die Pflicht, dem Aufsichtsrat Bericht zu erstatten, § 90 AktG, sowie die Pflicht, die Handelsbücher ordnungsgemäß zu führen und ein Früherkennungssystem einzurichten, § 91 AktG.

beispielsweise eine Missachtung der Mitwirkungsrechte der Hauptversammlung oder satzungsmäßiger Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats, stellen damit zugleich Sorgfaltpflichtverstöße dar.¹⁵⁵ Über § 82 Abs. 2 AktG erlangt auch die Geschäftsordnung des Vorstands¹⁵⁶ Verbindlichkeit.

(b) Sorgfaltspflichten aus dem Anstellungsvertrag

Der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds vermag zwar die organschaftlichen Pflichten nicht einzuschränken, kann diese jedoch präzisieren und sachlich erweitern.¹⁵⁷

(c) Einfluss des DCGK auf die Sorgfaltspflichten

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) entzieht sich als soft law nach überwiegender Auffassung der herkömmlichen Einordnung in traditionelle Rechtsbegriffe.¹⁵⁸ Er strahlt jedoch nach stark bestrittener Auffassung in der Literatur auf die generalklauselartig geregelten Sorgfaltspflichten der §§ 93, 116 AktG aus und kann insoweit pflichtenerweiternd und haftungsbegründend wirken.¹⁵⁹ Nach anderer Auffassung ergibt sich eine Bindung der Organe über die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG.¹⁶⁰ Einigkeit dürfte lediglich dahingehend bestehen, dass sich eine die Sorgfaltspflichten des Aktiengesetzes konkretisierende und damit haftungsträchtige Wirkung allenfalls dann ergibt, wenn die Empfehlungen des Kodex in die Satzung, die Geschäftsordnung oder den Anstellungsver-

¹⁵⁵ Daneben geht die Literatur einhellig davon aus, dass ein Kompetenzverstoß auch dann vorliegt, wenn der Vorstand entgegen einer schriftlichen Geschäftsverteilung fortwährend in ein fremdes Ressort hineinregiert, vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 10.

¹⁵⁶ Bei der Aktiengesellschaft kann sich der Vorstand nach § 77 Abs. 2 S. 1 AktG eine Geschäftsordnung geben, wenn nicht die Satzung den Erlass der Geschäftsordnung dem Aufsichtsrat übertragen hat oder der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlässt.

¹⁵⁷ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 27. Diese sachliche Erweiterung des Pflichtenkreises ist über die Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG abgesichert, kann jedoch nicht zu einer Haftungsverhärfung im Sinne einer Erfolgshaftung führen, vgl. *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 11 Rn. 36.

¹⁵⁸ *Kirschbaum*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, BKR 2006, 139 (145 f.).

¹⁵⁹ Kritisch hierzu *Hüffner*, Aktiengesetz, Kommentar, 8. Aufl., § 161 Rn. 27, der zu bedenken gibt, dass es sich bei dem DCGK nicht um staatliche Rechtsetzung handelt, der auch nicht faktisch über die Sorgfaltspflichten als eine solche wirken darf, und eine Erschwerung des ohnehin schwer führungbaren Entlastungsbeweises für den Fall des Verstoßes gegen den DCGK sachlich nicht angemessen wäre.

¹⁶⁰ *Kirschbaum*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, BKR 2006, 139 (146); kritisch hierzu *Spindler*, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 31, im Hinblick auf die Öffentlichkeitsrichtung der Entsprechenserklärung, die keine zusätzlichen Pflichten der Organe gegenüber der Gesellschaft begründen soll; ebenso kritisch *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 32.

trag aufgenommen und damit rechtlich bindend zum Bestandteil der Organpflichten gemacht wurden.¹⁶¹ Umgekehrt stellt auch die Einhaltung der Empfehlungen des DCGK kein Indiz für sorgfaltsgemäßes Verhalten im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG dar.¹⁶²

Für unternehmensindividuelle Codizes wie die Corporate Governance-Grundsätze der BayernLB wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass diese jedenfalls dann neben den Gesetzesvorgaben und der Satzung ähnlich wie eine Geschäftsordnung zur Richtschnur des Organverhaltens werden, wenn sich die Organe der Gesellschaft in einem förmlichen Beschluss hierzu bekennen.¹⁶³ Insoweit sind die Corporate Governance-Grundsätze mit internen Richtlinien bzw. allgemeinen Anordnungen vergleichbar, die den Vorstand ebenfalls binden und spiegelbildlich für den Verwaltungsrat Kontrollmaßstab sind.¹⁶⁴

(d) Die Bedeutung des Unternehmensgegenstands

Der in der Satzung der Aktiengesellschaft festgelegte Unternehmensgegenstand stellt eine äußere Grenze für die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands dar und steckt den Bereich des rechtlichen Dürfens ab, so dass eine Ausdehnung auf Geschäftsbereiche, die nicht vom Unternehmensgegenstand umfasst sind, eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt.¹⁶⁵ Dabei ist zu beachten, dass die Geschäftsführungsbefugnis umso enger begrenzt ist, je präziser der stets durch objektive Auslegung der Satzung zu bestimmende Unternehmensgegenstand gefasst ist.¹⁶⁶ Generell erscheint das Schrifttum hier bei der Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung eher zurückhaltend.¹⁶⁷ So wird – unter der Prämisse der Wahrung der

¹⁶¹ *Kock/Dinkel*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen, NZG 2004, 441 (442); *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 27; *Spindler*, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 31 mit zahlr. weit. Nachw. für diese Auffassung.

¹⁶² *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 32; a. A. aber *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 991, die dem Verstoß gegen den Kodex Indizwirkung für ein pflichtgemäßes Verhalten beimessen.

¹⁶³ *Kirschbaum*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, BKR 2006, 139 (146), der davon ausgeht, dass der unternehmensindividuelle Kodex dann die rechtliche Qualität eines Organbeschlusses teilt.

¹⁶⁴ Vgl. zu internen Richtlinien und allgemeinen Anordnungen als Maßstab der anstaltsinternen Kontrolle: *Wagner*, Organisationsrecht der Landesbanken, S. 167.

¹⁶⁵ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 11 unter Verweis auf die Klöckner-Entscheidung, BGHZ 119, 305 (332), in welcher der BGH dem Berufungsgericht aufgab, zu prüfen, ob die Spekulationsgeschäfte auf dem Rohölterminmarkt noch zum Unternehmensgegenstand gehören; zum Schadensersatzanspruch *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 82 Rn. 14.

¹⁶⁶ *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 82 Rn. 9.

¹⁶⁷ Strenger jedoch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09, BeckRS 2010,00532, in Abschnitt II.2.b)aa) des Beschlusses, das eine potentielle Verletzung des Unternehmensgegenstands durch die Verbriefungsgeschäfte der IKB-Vorstände angesichts der Pflicht zur Ausrichtung der Tätigkeit am Zweck der Förde-

Identität des Unternehmens als Marktteilnehmer – die Erschließung neuer räumlicher Märkte bzw. der Erwerb von Beteiligungen, auch von solchen, bei denen die unternehmerische Führung angestrebt wird, nicht als unzulässige Veränderung des Unternehmensgegenstandes angesehen.¹⁶⁸ Dagegen wurde eine Satzungsklausel der IKB, nach der diese „Bankgeschäfte aller Art“ betreiben darf, als dem Primärziel der Finanzierung der gewerblichen Wirtschaft untergeordnet angesehen, an dem sich das Betreiben der „Bankgeschäfte aller Art“ orientieren müsse.¹⁶⁹

(2) Überwachungs- und Organisationspflicht

Die Pflicht zur Überwachung stellt als umfassende Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle eine zentrale Aufgabe der Unternehmensleitung im Sinne des § 76 AktG dar,¹⁷⁰ die auch zu den Sorgfaltspflichten gezählt wird.¹⁷¹ Sie lässt in die horizontale Überwachungspflicht gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern und die vertikale Überwachungspflicht gegenüber den nachgeordneten Unternehmensangehörigen aufteilen.

(3) Beispielhafte Darstellung sonstiger Sorgfaltspflichten in Fallgruppen

(a) Unangemessene und existenzbedrohende Risiken

Auch wenn dem Vorstand die Eingehung von Risiken, die der Geschäftstätigkeit und insbesondere der Geschäftstätigkeit der Banken naturgemäß immanent sind, nicht generell verboten ist, handelt der Vorstand pflichtwidrig, wenn er in unverantwortlicher Weise Risiken eingeht und die Wahrscheinlichkeit eines Fehlschlags deutlich überwiegt oder das Geschäftsrisiko außer Verhältnis zu den Gewinnchancen steht.¹⁷² Dasselbe gilt, wenn Risi-

rung und Finanzierung der gewerblichen Wirtschaft bejahte.

¹⁶⁸ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 82 Rn. 9; tendenziell zurückhaltend auch Spindler, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010, 281 (283), der dem Vorstand im Zweifel insbesondere dann einen Spielraum einräumt, wenn die Satzung „flankierende Maßnahmen“ zulässt.

¹⁶⁹ Spindler, Sonderprüfung und Pflichten des Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010, 281 (283), der jedoch die durch das OLG Düsseldorf, a.a.O., angenommene grobe Verletzung des Unternehmensgegenstands durch das Verbriefungsgeschäft bezweifelt.

¹⁷⁰ Fleischer, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2338).

¹⁷¹ Ergänzt wird die Überwachungspflicht durch die in § 91 Abs. 2 geregelte Pflicht zur Schaffung eines Früherkennungssystems. Vgl. für Banken insbesondere auch § 25a KWG.

¹⁷² Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 65; Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009, BeckRS 2010, 00532, II. 2. b) bb) bbb), das in der Eingehung übergroßer Risiken, die bei Verwirklichung zum Untergang des Unternehmens führen können auch unter der Prämisse vollständiger Information von einer potentiellen Sorgfaltspflichtverletzung ausging; kritisch zu den Formulierungen des OLG Düsseldorf: Spindler, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010,

kogeschäfte nicht sorgfältig genug untersucht wurden oder wenn nahe liegende Mittel der Risikobegrenzung außer Acht gelassen wurden.¹⁷³

(b) Unternehmenskauf

Beim Unternehmenskauf besteht grundsätzlich die Pflicht, die wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und finanziellen Verhältnisse der Zielgesellschaft zu prüfen. Diese Prüfung erfolgt als sog. Due Diligence – übersetzt „erforderliche Sorgfalt“¹⁷⁴ – in der Anfangsphase eines Unternehmenskaufs und dient der Informationsbeschaffung und -verifizierung, der Ermittlung von Risiken und Tatsachengrundlagen für die Vertragsverhandlungen sowie der Dokumentation des Istzustandes.¹⁷⁵

Nicht nur bei internationalen Unternehmenskäufen gehört die Durchführung einer Due-Diligence mittlerweile zum Standard, sondern auch bei rein innerdeutschen Unternehmenskäufen ist sie fester Bestandteil der üblichen Vorgehensweise.¹⁷⁶ So ermittelte eine Studie aus dem Jahr 1999 einen Verbreitungsgrad der Legal Due Diligence von 81,50 % und der Financial Due Diligence von 93,53 %.¹⁷⁷

281 (284).

¹⁷³ *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2342), dort näher zur Pflicht zur Erstellung eines Risikoprofils des jeweiligen Geschäfts und zum Grundsatz, dass sich das einzelne Vorstandsmitglied prinzipiell auf die Risikoeinschätzung seiner Vorstandskollegen verlassen darf, es sei denn, es stehen besonders hohe Risiken im Raum; näher auch *Spindler*, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010, 281 (283 f.); *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 65.

¹⁷⁴ Aus der Übersetzung wird deutlich, dass „Due Diligence“ ursprünglich einen Verhaltensmaßstab (der im angloamerikanischen Rechtskreis als Sorgfaltsmaßstab für den Board of Directors gilt) und nicht hingegen eine Tätigkeit beschreibt, so dass an sich der Begriff „Due Diligence-Untersuchung“ treffender wäre. Vgl. hierzu ausführlich *Krüger/Kalbfleisch*, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen, DStR 1999, 174 (174); *Becker*, in *Picot/Mentz/Seydel*, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 41.

¹⁷⁵ So zusammenfassend *Kieth*, NZG 1999, 976 (977 f.); *Becker*, in *Picot/Mentz/Seydel*, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 42; ausführlich *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, S. 66 ff.; *Lubos*, Besonderheiten bei der Übernahme von Krisenunternehmen, DStR 1999, 951 ff. speziell zu Kristenunternehmen; zu den Funktionen und Arten der Due Diligence: *Krüger/Kalbfleisch*, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen, DStR 1999, 174 (175).

¹⁷⁶ *Kieth*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976 (976); *Becker*, in *Picot/Mentz/Seydel*, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 45, sieht in ihr einen standardisierten und etablierten Bestandteil von Transaktionen; *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (50), spricht auf Grund der empirischen Daten von einer „Verkehrssitte“; ebenso geht *Knöfler*, Rechtliche Auswirkungen der Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, S. 75 ff., beim Kauf eines großen Unternehmens iSd § 267 Abs. 3 S. 1 HGB von einer solchen aus. So i. Erg. auch *Fleischer/Körber*, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 2001, 841 (846).

¹⁷⁷ Ausführlich zu diesem empirischen Befund *Fleischer/Körber*, Due Diligence und Gewährleistung beim

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum geht davon aus, dass unter dem Aspekt der Pflicht zur Schaffung einer hinreichenden Informationsgrundlage und einer sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung sowie zur Minimierung von Risiken die Durchführung einer Due Diligence generell geboten ist, so dass ein Verzicht hierauf eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt.¹⁷⁸ Bei Unternehmenskäufen handelt es sich auf Grund der hohen Investitionssumme und der Gefahr unerkannter Mängel sowie gewachsener Strukturen des Zielobjekts im Allgemeinen um Geschäfte mit besonderen Risiken.¹⁷⁹ Auch eine Kosten-Nutzen-Analyse wird daher angesichts der potenziell zu gewinnenden Informationen und des Nutzens dieser Informationen die Durchführung einer Due Diligence rechtfertigen.¹⁸⁰

Die Grundlagen, Chancen und Risiken der Investitionsentscheidung müssen ausreichend aufgeklärt sein, so dass zumindest dann eine umfassende Due Diligence durchzuführen ist, wenn keine ausreichend gesicherten Erkenntnisse über das zu erwerbende Unternehmen vorhanden sind oder wenn vorhandene Informationen Unklarheiten aufweisen.¹⁸¹ Dasselbe gilt, wenn dem Unternehmenskauf wegen seines Umfangs und seiner Auswirkungen auf die Unternehmensstrategie grundsätzliche Bedeutung zukommt.¹⁸² U. u. kann auch auf die kaufrechtlichen Maßstäbe zur Frage, wann das Unterlassen einer Due Diligence eine grobe Fahrlässigkeit des Käufers darstellt, zurückgegriffen werden. Grobe Fahrlässigkeit wird dabei v. a. dann bejaht, wenn sich auf Grund besonderer Verdachtsmomente eine nähere Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens geradezu aufdrängt, was insbesondere bei seriösen Presseberichten oder Hinweisen Dritter der Fall sein kann.¹⁸³ Erst Recht muss nach diesen Kriterien eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstands zu bejahen sein, den insoweit weit strengere, über die Käuferobliegenheiten deutlich hinausgehende Sorgfaltspflich-

Unternehmenskauf, BB 2001, 841 (846); *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (50).

¹⁷⁸ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 68; *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (52), unter Hinweis auf die in praxi fehlende gleichwertige Alternative zur Due Diligence; *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 44.

¹⁷⁹ *Kieth*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976 (981); *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (52); *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 45.

¹⁸⁰ *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (54).

¹⁸¹ *OLG Oldenburg*, NZG 2007, 434 (434) (Leitsatz 2) zur Sorgfaltspflicht des GmbH-Geschäftsführers beim Erwerb einer Klinik.

¹⁸² *Böttcher*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (483).

¹⁸³ Vgl. *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform, S. 170; ähnlich *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, S. 246, bei konkreten Warnungen.

ten treffen.

Dagegen ist die Ansicht in der Literatur, die strikt und ohne Beachtung der Umstände des Einzelfalls die Durchführung einer Due Diligence im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null verlangt,¹⁸⁴ abzulehnen,¹⁸⁵ da sie die Gegebenheiten des Einzelfalls nicht hinreichend berücksichtigt. Zuzugeben ist dieser Ansicht jedoch, dass tatsächlich nur wenige Extremfälle denkbar sind, in denen – wie beispielsweise bei klar kalkulierbaren Risiken oder extrem niedrigem Kaufpreis¹⁸⁶ – auf die Durchführung einer Due Diligence verzichtet werden kann. Aber auch dann ist es der Geschäftsleitung verwehrt, die „berühmte Katze im Sack“ zu erwerben.¹⁸⁷ Ferner muss das erhöhte Risiko direkten Einfluss auf die Kaufpreisgestaltung und die Ausgestaltung des Gewährleistungskatalogs haben.¹⁸⁸

Auch bei einer Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft ist die Durchführung einer Due Diligence mit der herrschenden Lehre trotz der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht der Organe der Zielgesellschaft und der insiderrechtlichen Mitteilungsverbote bei börsennotierten Aktiengesellschaften nach deutschem Recht rechtlich zulässig.¹⁸⁹ Wie sich die Rechtslage insoweit nach österreichischem Recht darstellt, kann im Rahmen des Gutachtenauftrags nicht weiter untersucht werden.

Sofern einer Due Diligence tatsächliche Hindernisse – wie die Verweigerung von Informationen oder zeitliche Beschränkungen – entgegenstehen und sich die Geschäftsrisiken nicht auf andere Weise minimieren lassen, kann es im Einzelfall geboten sein, auf die Durchführung des Unternehmenskaufs zu verzichten.¹⁹⁰ Während das Unterlassen der Due Diligence

¹⁸⁴ So aber *Kieth*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976 (981 f.).

¹⁸⁵ So die überwiegende Meinung, vgl. *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (50), unter Hinweis darauf, dass dann feindliche Übernahmen unmöglich würden und dies nicht der gesetzgeberischen Intention des WpÜG entspräche.

¹⁸⁶ *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 45.

¹⁸⁷ *Böttcher*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (484).

¹⁸⁸ *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 45.

¹⁸⁹ *Kieth*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976 (978); *Becker*, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 47, der für eine umfassende Interessenabwägung plädiert; ähnlich *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, S. 101 ff. und zusammenfassend S. 253; *Bihr*, Due Diligence: Geschäftsführungsorgane im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen, BB 1998, 1198; a. A. aber *Lutter*, ZIP 1997, 613.

¹⁹⁰ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 68; *Kieth*, Vorstandshaftung auf Grund fehler-

gemeinhin im Regelfall als Sorgfaltspflichtverletzung angesehen wird, wird in der Literatur kaum thematisiert, in welchem Umfang eine Due Diligence durchgeführt werden muss bzw. bis zu welchem Stadium der Due Diligence bis zur Vorstandsentscheidung abgewartet werden muss.

Der Umfang der durchzuführenden Due Diligence hängt vom Einzelfall ab.¹⁹¹ Im Normalfall ist jedoch nicht nur der Zwischenbericht abzuwarten, sondern das endgültige Ergebnis, das im Regelfall dem Auftraggeber nicht nur Zwischenergebnisse und offene Fragen präsentiert, sondern sämtliche gefundenen Daten umfassend aufbereitet und die möglichen Handlungsalternativen vorstellt.¹⁹² Bei zeitlich begrenzter Prüfungsmöglichkeit wird in der Literatur die Sorgfaltspflicht dahingehend modifiziert, die Schwerpunkte der Prüfung richtig zu setzen, insbesondere also die Bereiche mit den höchsten rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken bzw. besonders bedeutsame Bereiche des Zielunternehmens zu prüfen.¹⁹³ Maßstab müssen generell die aus dem Geschäft drohenden Risiken und dessen Bedeutung für die Gesellschaft, die bestehenden Unsicherheiten sowie die Art der Transaktion sein. Die Größe der HGAA macht zweifelsfrei ein due diligence-Verfahren erforderlich.

cc) Sorgfaltspflichten und unternehmerische Entscheidungen

(1) Normzweck des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und allgemeine Grundsätze

§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert die sog. „Business Judgement Rule“.¹⁹⁴ Hintergrund der Regelung ist die schwierige Abgrenzung zwischen sorgfaltspflichtwidrigem, potentiell haftungsauslösendem Vorstandshandeln und bloßen Irrtümern und Fehlschlägen im Sinne einer unglücklichen Unternehmensführung.¹⁹⁵ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG soll überhöhten Sorgfaltspflichtanforderungen vorbeugen und verhindern, dass im Rahmen eines Haftungspro-

hafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976, 983, der annimmt, dass bei der Verweigerung von Informationen der Verdacht aufkommen müsse, dass wesentliche Umstände verschleiert.

¹⁹¹ Böttcher, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (54); Müller, Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, 2196 (2198); Becker, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 51.

¹⁹² Vgl. zu Zwischen- und Abschlussberichten: Eggenberger, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, S. 66 f.; Scott, Due Diligence in der Praxis, S. 14 (22 f.).

¹⁹³ Becker, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 51

¹⁹⁴ Eingeführt durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) im Herbst 2005 als gesetzgeberische Reaktion auf die Überzeugungskraft der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH.

¹⁹⁵ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4b.

zesses die Vorhersehbarkeit von Fehlentscheidungen retrospektiv überschätzt wird und Fehlentscheidungen auf Grund der im Nachhinein bekannt gewordenen Tatsachenentwicklung als sorgfaltspflichtwidrig angesehen werden (sog. hindsight bias).¹⁹⁶

Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹⁹⁷

(2) Die unternehmerische Entscheidung

Die unternehmerische Entscheidung als zentrales Tatbestandsmerkmal ist im Gesetz nicht definiert und schwer von der „nichtunternehmerischen“ Entscheidung abgrenzbar. Überwiegend wird die unternehmerische Entscheidung in der Literatur als eine solche beschrieben, der ein starkes prognostisches Element und ein gewisses Risiko innewohnt und die sich durch ihre Zukunftsgerichtetheit¹⁹⁸ und die ihr zu Grunde liegende unsichere¹⁹⁹ Entscheidungsgrundlage auszeichnet.²⁰⁰ Auch Komplexität und Eilbedürftigkeit werden als Merkmale genannt.²⁰¹ Der Unternehmenskauf stellt nach diesen Kriterien eine unternehmerische Entscheidung dar.²⁰² Nach allgemeiner Auffassung sind trotz des insoweit lückenhaften Wortlauts nur rechtmäßige unternehmerische Entscheidungen, also solche, die nicht gesetzes- oder satzungswidrig sind und organschaftliche Treuepflichten respektieren, potentiell haftungsausschließend,²⁰³ da das geschäftsleiterische Ermessen nur innerhalb der allgemeinen Grenzen geschützt wird.²⁰⁴

Im Bereich des unternehmerischen Ermessens begründet nur ein Leitungsfehler, der im

¹⁹⁶ *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2338 f.); *Schröder*, Untreue beim Kauf von ABS-Anleihen, NJW 2010, 1169 (1171), dort auch zur strafrechtlichen Relevanz.

¹⁹⁷ Nach einer Auffassung handelt es sich hier um eine gesetzliche Konkretisierung der objektiven Sorgfaltspflichtanforderungen (vgl. statt vieler *Spindler*, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 31), nach der Gegenauffassung dagegen um einen Haftungsausschlussstatbestand, vgl. statt vieler *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 51; *Lutter*, in FS Canaris, 2007, 245 (247).

¹⁹⁸ Kritisch zum Tatbestandsmerkmal der unternehmerischen Entscheidung, und insbesondere zu den Definitionsversuchen der Literatur anhand der Merkmale der Zukunftsgerichtetheit und der Unsicherheit *Langenbacher*, Vorstandshandeln und Kontrolle, DStR 2005, 2083 (2086).

¹⁹⁹ *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 f.

²⁰⁰ Im Ergebnis ähnlich *Spindler*, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 31.

²⁰¹ *Böttcher*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (482).

²⁰² *Böttcher*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (482), unter Verweis auf OLG Oldenburg zur GmbH-Geschäftsführerhaftung.

²⁰³ *Spindler*, in Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 44.

²⁰⁴ *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 f.

Zeitpunkt der haftungsbegründenden Handlung evident war oder sich für das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied aus anderen Gründen aufdrängte (sog. wegen objektiver Evidenz schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln) eine Haftung.²⁰⁵ In der Literatur ist umstritten, ob der Unternehmenskauf ohne vorhergehende Due Diligence ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln darstellt.²⁰⁶ Der wohl überwiegende Teil der Literatur geht davon aus, dass das Unterlassen der Due Diligence im absoluten Regelfall angesichts der unkalkulierbaren Risiken eine nicht mehr durch das Geschäftsleiterermessen gedeckte Sorgfaltspflichtverletzung darstellt.²⁰⁷

(3) Angemessene Informationsgrundlage/Informierte Entscheidung

Schon aus dem Gesetzeswortlaut wird deutlich, dass der Vorstand auch eine unternehmerische Entscheidung nur auf der Basis einer ausreichend gesicherten Tatsachenbasis treffen darf, was wiederum eine unternehmerische Entscheidung hinsichtlich der Kosten-Nutzenanalyse weiterer Informationsbeschaffung unter Berücksichtigung der Eilbedürftigkeit voraussetzt.²⁰⁸ Die Angemessenheit von Art und Umfang der zu beschaffenden Informationen richtet sich folglich nach der Dringlichkeit und nach der Bedeutung und dem Risiko der zu treffenden Entscheidung für die Gesellschaft.²⁰⁹ Es besteht also keine generelle Pflicht zur Beschaffung aller nur denkbaren Informationen.²¹⁰ Der Vorstand muss jedoch alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel der Informationsgewinnung ausschöpfen und einen angemessenen Aufwand zur Informationsgewinnung betreiben, sich also insbesondere ausreichend Zeit für die Entscheidung nehmen und gegebenenfalls Gutachten unabhängiger Dritter einholen.²¹¹ Bei strategischen Entscheidungen sind die Anforderungen

²⁰⁵ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 b; ähnlich Paefgen, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891 (892) zur Fortgeltung dieses Kriteriums der schlichtweg nicht mehr nachvollziehbaren und verantwortungslosen Organentscheidung als sog. Irrationalitätstest.

²⁰⁶ Zweifelnd Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 b.

²⁰⁷ Böttcher, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (483); Becker, in Picot/Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 45; jedenfalls wird es bei unterlassener bzw. oberflächlicher Due Diligence überwiegend am Tatbestandsmerkmal der informierten Entscheidung fehlen.

²⁰⁸ Spindler, Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 47; Böttcher, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (54).

²⁰⁹ Böttcher, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 (52).

²¹⁰ Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 58; Böttcher, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481 (483).

²¹¹ Kock/Dinkel, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands für unternehmerische Entscheidungen, NZG

an die Entscheidungsfindung und den Informationsaufwand höher als bei Entscheidungen des Tagesgeschäfts.²¹²

(4) Handeln zum Wohle der Gesellschaft und frei von Sonder- und Eigeninteressen

Positiv definiert ist ein Handeln zum Wohl der Gesellschaft jedenfalls dann zu bejahen, wenn es der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte dient, wobei das ex ante angestrebte und nicht das ex post erkannte Gesellschaftswohl maßgeblich ist.²¹³ Daneben muss die Entscheidung nach überwiegender Auffassung frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten und ohne unmittelbaren Eigennutz²¹⁴ getroffen werden.²¹⁵

(5) Gutgläubiges Handeln

Überdies muss der Handelnde selbst an die Richtigkeit seiner Entscheidung glauben, da er andernfalls nicht schutzbedürftig ist.²¹⁶

(6) Darlegungs- und Beweislast, Rechtsfolgen

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG trifft nach allgemeiner Auffassung das Vorstandsmitglied.²¹⁷ Rechtsfolge des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist, dass keine Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsinteresse erfolgt.²¹⁸

2004, 441 (446), die letztere Anforderungen als „Grundregeln“ der informierten Entscheidung bezeichnen; ähnlich *Fleischer*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, 3525 (3528); dagegen werden die routinemäßige Anforderung von Sachverständigengutachten, Bertervoten oder externen Marktanalysen nicht gefordert, da derartige formale Absicherungsstrategien nicht entscheidend sind, vgl. Spindler, Münchner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 48; ähnlich *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 g unter Verweis auf die Regierungsbegründung, BR-Drs. 3/05, S. 20. Die Pflicht zur Einholung externer Gutachten beurteilt sich vielmehr nach dem internen Sachverstand in der Gesellschaft und nach betriebswirtschaftlichen Kriterien, vgl. *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 58.

²¹² *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4 g.

²¹³ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 56 mit zahlr. weit. Nachw.

²¹⁴ Schädlich ist dabei auch das Handeln nicht zum eigenen Nutzen, sondern zum Vorteil nahe stehender Personen oder Gesellschaften, vgl. *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 57.

²¹⁵ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 57, unter Verweis auf BGHZ 135, 244 (253) und die Regierungsbegründung, BR-Drs. 3/05, S. 20.

²¹⁶ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 58.

²¹⁷ *Kock/Dinkel*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, NZG 2004, 441 (448); *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 61; kritisch hierzu *Paefgen*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891 (892 ff.).

²¹⁸ *Paefgen*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891 (892).

Wenn die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hingegen nicht eingehalten sind bzw. nicht nachgewiesen werden können, liegt nicht per se eine objektive Pflichtverletzung vor. Vielmehr muss eine Pflichtverletzung dann nach allgemeinen Grundsätzen festgestellt werden.²¹⁹ Wenn die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG mangels entsprechender Informationsgrundlage nicht vorliegen, ist in aller Regel auch eine Sorgfaltspflichtverletzung anzunehmen, da gerade die Schaffung einer ausreichenden Informationsgrundlage zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten des Vorstands zählt (dazu bereits oben).²²⁰

b) Die Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft

aa) Die Sorgfaltspflichten im Allgemeinen

Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats kann auf die obigen Ausführungen zu § 116 i.V.m. § 93 AktG verwiesen werden (IV. 3.). Dabei ist davon auszugehen, dass die Business Judgement Rule im eigentlichen Kontrollbereich des Aufsichtsrates trotz der Verweisung des § 116 S. 1 AktG von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht zur Anwendung kommt, da dem Aufsichtsrat bei der Erfüllung seiner Aufsichtsaufgaben im Bereich der traditionellen Überwachungsaufgabe kein Ermessen zukommt.²²¹ Dagegen besteht im Bereich unternehmerischer Entscheidungen – wie bei Zustimmungsvorbehalten – der gleiche Ermessensspielraum wie beim Vorstand, da auch insoweit das Erfolgsrisiko nicht auf den Verwaltungsrat abgewälzt werden soll und er im Bereich der Geschäftsleitung keinen strengeren Anforderungen unterliegen darf, als der Vorstand.²²² Generell ist zu beachten, dass die Pflichten von Verwaltungsrat und Vorstand nicht unabhängig nebeneinander bestehen. Wird dem Vorstand ein Fehlverhalten zur Last gelegt, das zu einem Schaden der Gesellschaft geführt hat, wird sich in der Regel auch die Frage stellen, ob der Aufsichtsrat die richtigen Personen zum Vorstand ernannt und seinen Kontrollpflichten genügt hat.²²³

bb) Pflichten beim Unternehmenskauf

Für den Aufsichtsrat werden in der aktienrechtlichen Literatur im Hinblick auf den Unter-

²¹⁹ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 4c.

²²⁰ Spindler, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010, 281 (284).

²²¹ Hüffer, Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, NZG 2007, 47 (48).

²²² So ausdrücklich Schäfer/Missling, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441 (446).

²²³ Schäfer/Missling, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441 (445).

nehmenskauf vor allem Interessenkollisionen thematisiert,²²⁴ die angesichts der Fragestellung für den Gutachtauftrag jedoch nicht relevant sind und daher im Folgenden nicht weiter behandelt werden.

Für den Fall, dass eine Übernahme einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats unterliegt, ist davon auszugehen, dass jedes Aufsichtsratsmitglied in eigener Verantwortung die Risiken und Chancen des Vorhabens zu prüfen hat und je nach individueller Einschätzung seine Zustimmung verweigern, erteilen oder von Auflagen abhängig machen kann.²²⁵ Angesichts dieser in der Literatur geforderten eigenständigen Risikoprüfung sind letztlich hinsichtlich des Umfangs der Informationsgewinnung ähnliche Sorgfaltspflichtenanforderungen wie bei den Vorstandsmitgliedern anzunehmen,²²⁶ wenngleich nicht verkannt werden darf, dass angesichts der unterschiedlichen Organ- und Aufgabenstruktur die Pflichten nicht unmittelbar mit denen des Vorstands als Geschäftsleitungsorgan gleichgesetzt werden dürfen.

2. Die Übertragung der Rechtsregeln der Aktiengesellschaft auf die Anstalt des öffentlichen Rechts

Zur Übertragbarkeit der Regelungen bei der Aktiengesellschaft im Allgemeinen kann zunächst auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (IV. 3. b) aa).

a) Die Sorgfaltspflichten des Vorstands

aa) Die Regelungen für die BayernLB

Das BayLBG²²⁷ enthält keine unmittelbaren Regelungen über die durch den Vorstand zu beachtenden Sorgfaltspflichten. Überhaupt finden sich im BayLBG kaum Regelungen über die Binnenorganisation und die Pflichten der Organe der BayernLB. Art. 7 Abs. 1 LBG

²²⁴ Wie zum Beispiel, wenn ein Vertreter des Erwerbers im Aufsichtsrat der Zielgesellschaft oder ein Vertreter der Zielgesellschaft im Aufsichtsrat des Erwerbers oder ein Vertreter der finanzierenden Bank bei beiden Gesellschaften im Aufsichtsrat sitzt. Vgl. hierzu *Becker*, in *Picot/Mentz/Seydel*, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 57 ff; *Semler/Stengel*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften am Beispiel von Konflikten bei der Übernahme, NZG 2003, 1 ff.

²²⁵ *Buchta/van Kann*, Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, DStR 2003, 1665 (1666).

²²⁶ A. A. wohl *Wagner*, Organisationsrecht der Landesbanken, S. 173, mit dem Argument, dies gelte nur dann, wenn dem Verwaltungsrat – anders als bei bloßer Zustimmungskompetenz – eine eigenständige Beschlusskompetenz zukomme; vgl. zu den Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Bereich des Risikomanagements: *Gernoth*, Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Risikomanagement und die daraus resultierenden Haftungsfolgen für den Aufsichtsrat, DStR 2001, 299 (308).

²²⁷ In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Juni 2005, zuletzt geändert am 27.7.2009.

sieht lediglich vor, dass der Vorstand die Geschäfte der Bank führt.

§ 13 Abs. 1 der Satzung regelt ähnlich wie bei der Aktiengesellschaft Berichtspflichten des Vorstands; § 13 Abs. 2 der Satzung verpflichtet den Vorstand zur Einrichtung eines Überwachungssystems. Dagegen enthält § 19 Abs. 2 S. 1 der Satzung nur eine Pflicht zur Förderung der Bank für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Generalversammlung, ohne entsprechende Regelung für die Vorstandsmitglieder. Im Gegensatz zur in § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 geregelten Haftung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Generalversammlung und ihrer jeweiligen Vertreter bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Pflichten findet sich in der Satzung keine Haftungsregelung für den Vorstand. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 der Geschäftsordnung des Vorstands (GO)²²⁸ führt der Vorstand die Geschäfte unter Beachtung des BayLBG, der Satzung, der sonstigen maßgeblichen Vorschriften, der dem Verwaltungsrat vorgelegten und mit ihm erörterten geschäftspolitischen Richtlinien sowie des Unternehmensleitbildes und der Führungsgrundsätze. Dies entspricht letztlich der im Aktienrecht anerkannten Legalitätspflicht. § 1 Abs. 1 S. 2 GO entspricht in seiner Formulierung vollständig der aktienrechtlichen Grundregelung der Sorgfaltspflichten des Vorstands in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und bestimmt als generalklauselartige Grundnorm, dass die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. § 3 Abs. 1 GO erlaubt unbeschadet der Gesamtverantwortung des Vorstands nach Maßgabe der gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorschriften die Bildung mehrerer Dezernate und die Zuständigkeitszuweisung an ein einzelnes Vorstandsmitglied, das nach § 4 Abs. 1 S. 1 GO für die ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung in seinem Dezernat sorgt. Sachentscheidungen von wesentlicher Bedeutung im Sinne des § 1 Abs. 2 GO treffen die Vorstandsmitglieder in ihren Dezernaten im Benehmen mit den Dezernenten selbständig, soweit nicht nach Gesetz, Satzung, anderen Vorschriften oder der Geschäftsordnung ein Vorstandsbeschluss notwendig oder eine anderweitige Zuständigkeit gegeben ist, vgl. § 4 Abs. 2 S.1 GO.

Nach der Präambel der Corporate Governance-Grundsätze der BayernLB (CGG)²²⁹ fassen diese die Regelungen zur Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle zusammen,

²²⁸ Zugrundegelegt wird im Folgenden die Geschäftsordnung in der ab 01.07.2006 geltenden Fassung, die bis zum Inkrafttreten der geänderten Geschäftsordnung vom 01.03.2008 Geltung hatte.

²²⁹ In der Fassung nach der 1. Änderung, die vom 01.01.2006 bis 20.01.2010 in Kraft waren.

die für die BayernLB aufgrund bindender oder selbstaufgelegter Vorgaben gelten. Sie basieren laut Präambel weitgehend auf den Bestimmungen des Deutschen Corporate Governance-Kodex (DCGK), soweit diese auf die BayernLB als nichtbörsennotiertes, öffentlich-rechtliches Unternehmen mit nur zwei (mittelbaren) Anteilseignern sinnvoll übertragen werden können, und gehen teilweise noch über die Vorgaben des DCGK hinaus.

Ausweislich der Präambel identifizieren sich der Vorstand, der Verwaltungsrat und die Generalversammlung mit den CGG bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Nach Ziffer I.1a. CGG sind die Aufgabe und die Zuständigkeiten des Vorstands durch Gesetz und Satzung in Anlehnung an das Deutsche Aktiengesetz geregelt. Der Vorstand leitet die BayernLB in eigener Verantwortung und ist nach Ziffer I. 1. a. S. 2 CGG an die gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben sowie an die Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung gebunden. Verletzt er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers schuldhaft, so haftet er nach Ziffer I. 1. a. S. 2 CGG der BayernLB gegenüber auf Schadensersatz. Ziffer IV. 3. CGG stellt klar, dass die Organmitglieder dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und bei ihrer Tätigkeit keine dem Unternehmensinteresse widersprechenden Eigeninteressen verfolgen [...] dürfen.

bb) Die analoge Anwendbarkeit des Aktienrechts

Soweit im jeweiligen Gesetz die Sorgfaltsanforderungen übereinstimmend mit § 93 Abs. 1 S. 1 AktG formuliert sind, kann zur Auslegung des Begriffs der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers auf die aktienrechtliche Dogmatik zurückgegriffen werden.²³⁰ Da § 1 Abs. 1 S. 2 der Geschäftsordnung weitgehend mit § 93 Abs. 1 AktG übereinstimmt, liegt die Übertragung der aktienrechtlichen Überlegungen schon aus diesem Grund nahe. Überwiegend wird aber auch bei fehlenden Regelungen generell eine Geltung der Sorgfaltspflichten des § 93 Abs. 1 AktG für Vorstände von Anstalten des Öffentlichen Rechts angenommen.²³¹ Daher ist in jedem Fall der Sorgfaltsmaßstab des Vorstands, wie er im Aktienrecht durch Rechtsprechung und Literatur interpretiert wird, Aus-

²³⁰ *Kieth*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177 (178), zur Übertragung auf das Sparkassenrecht.

²³¹ *Kieth*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177 (180); Grimm, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 116 f.; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (755). *Preußner*, Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen, NZG 2005, 575 (577), der eine Übereinstimmung von Kompetenzen und Verantwortung des Vorstands von Landesbanken auch aus einem Vergleich der Kriterien für die Abschlussprüfung öffentlicher Unternehmen ableitet.

gangspunkt der Sorgfaltspflichtanforderungen im Landesbankenrecht.²³² Auch aus der Richtlinienkompetenz des Verwaltungsrates kann nicht gefolgert werden, dass an die Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsleitungsaufgabe des Vorstands und damit mittelbar auch an die hieran anknüpfenden Sorgfaltspflichten andere Anforderungen zu stellen wären, da sich die Richtlinienkompetenz auf eine Absteckung der Ziele beschränkt.²³³

Für die Übertragung der Sorgfaltspflichtendogmatik kann daher in vollem Umfang auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (IV. 3. b) aa). Hauptargument ist auch hier die organisationsrechtlich neutrale Ausgestaltung des aktienrechtlichen Organhaftungsrechts²³⁴ sowie die Anlehnung der Kompetenzen und Aufgaben des Vorstands bei der BayernLB an das Aktienrecht²³⁵ und das sich in den CGG widerspiegelnde Selbstverständnis der Organe der BayernLB. So sind denn auch die in der Literatur herausgearbeiteten sieben Grundpflichten des (Sparkassen-)Vorstands²³⁶ – nämlich die Pflicht zur Einhaltung von Gesetz,²³⁷ Satzung und Geschäftsordnung und Anstellungsvertrag, die Pflicht zur Förderung des unternehmerischen Erfolgs, die Pflicht zur Schadensabwehr, die Pflicht zur angemessenen internen Organisation und Personalführung, die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit den Vorstandskollegen und den anderen Organen, die Pflicht zur Verschwiegenheit und Wahrung der Vertraulichkeit sowie die Pflicht zur persönlichen Loyalität und Treue – Spiegelbilder des aktienrechtlichen Pflichtenkatalogs.

Für die Legalitätspflicht kann daher auf das Aktienrecht verwiesen werden. Die Ergänzungsfunktion des Anstellungsvertrages als Pflichtenquelle gilt auch für das öffentliche Bankenrecht.²³⁸

²³² Im Ergebnis ebenso *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 117; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (772).

²³³ *Wagner*, Organisationsrecht der Landesbanken, S. 218, bezweifelt aus diesem Grund die Vergleichbarkeit von aktienrechtlicher und landesbankrechtlicher Eigenverantwortlichkeit der Leitungsaufgabe.

²³⁴ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 114.

²³⁵ So auch *Helmrich/Schick*, Die beliebene Sparkassen-Holding AG, BKR 2003, 882 (883), die von einer der Aktiengesellschaft nachgebildeten Aufgabenverteilung ausgehen; *Bohn*, Die Anstalt des öffentlichen Rechts unter Berücksichtigung des Wandels der Anstalt durch die Beteiligung Dritter, S. 170, spricht von einer Annäherung der Organisationsstruktur bzw. einer „Assimilation der Organverfassungen“.

²³⁶ Vgl. hierzu *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 15.

²³⁷ So muss insbesondere die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der branchenspezifischen Regelungen als selbstverständliche Verpflichtung der Geschäftsleitung auch im öffentlichen Unternehmen gelten, vgl. *Preußner*, Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen, NZG 2005, 575 (577).

²³⁸ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 13.

Der Unternehmenszweck eines öffentlichen Unternehmens folgt aus seiner Satzung oder seinem gesetzlichen Auftrag, hier aus Art. 2 BayLBG, und ist wie im Aktienrecht deshalb von Bedeutung, weil sich das Organhandeln an ihm auszurichten hat.²³⁹ Auch im öffentlichen Anstaltsrecht ist davon auszugehen, dass Organe, die bei der Ausführung eines Geschäfts außerhalb jeglichen öffentlichen Zwecks bzw. bei der BayernLB außerhalb des öffentlichen Auftrags, der Inhalt und Schranken der Organtätigkeit bestimmt, handeln und damit die Schranken der Organtätigkeit missachten, objektiv pflichtwidrig handeln.²⁴⁰ Der Untersuchungsausschuss wird also zu prüfen haben, wie die Satzung der BayernLB auszulegen ist und inwieweit durch den Unternehmenskauf der öffentliche Auftrag der BayernLB überschritten wurde, der nach Art. 2 Abs. 3 S.2 BayLBG bei der Führung der Geschäfte zu beachten ist.²⁴¹

Auch die Grundsätze der unternehmerischen Entscheidung können aus dem Aktienrecht übertragen werden.²⁴² Zwar trifft das Vorstandsmitglied – von unvermeidbaren Risiken abgesehen – keine Haftung für eine Fehlentscheidung, jedoch muss die Entscheidung sorgfältig vorbereitet und zu Stande gekommen sein. Andernfalls ist die Entscheidung schon auf Grund der unsorgfältigen Entscheidungsvorbereitung pflichtwidrig.²⁴³ Hinsichtlich des Umfangs der zu beschaffenden Informationen kann wiederum auf das Aktienrecht verwiesen werden.

Durch den öffentlichen Auftrag werden die Kriterien für unternehmerische Entscheidungen inhaltlich modifiziert. Die zu berücksichtigenden Belange sind anders als bei rein privatrechtlichen Unternehmungen zu gewichten, was insbesondere bedeutet, dass geprüft werden muss, ob das unternehmerische Risiko erkannt wurde und mit Rücksicht auf den öffentlichen Auftrag dennoch übernommen wurde.²⁴⁴ Dass sich die Geschäftstätigkeit der

²³⁹ Zur Ausstrahlungswirkung des Unternehmenszwecks auf die Unternehmensverfassung: *Kirschbaum*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, BKR 2006, 139 (141).

²⁴⁰ *Lutter*, Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, BB 2009, 786 (791).

²⁴¹ Ohne generelle Vorbehalte gegenüber Beteiligungsaktivitäten unter der Prämisse, dass schon die Wettbewerbsteilnahme als solche als im öffentlichen Interesse angesehen wird und die öffentliche Zweckbindung nicht über Gebühr in den Hintergrund tritt: *Dörries*, Zur Rechtsstellung der Landesbanken, S. 164 f.

²⁴² *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (772).

²⁴³ Vgl. hierzu *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 25, der es insbesondere als pflichtwidrig ansieht, sich alleine auf Informationen vom „Hörensagen“ zu stützen, die nicht durch ausreichende Unterlagen belegt sind.

²⁴⁴ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 21, der auf S. 39 – jedenfalls im Sparkassenrecht – von einem deutlich eingeschränkten Spielraum für Risikoentscheidungen ausgeht; vgl. aus der Perspektive

BayernLB an einer restriktiveren Risikopolitik als die einer reinen Geschäftsbank ausrichten muss, folgt schon aus der insoweit einschränkenden Formulierung des Art. 2 Abs. 3 S. 2 BayLBG (siehe I. 1. und 2.). Dabei darf die Mittelverwendung zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags keineswegs willkürlich oder zufällig sein, sondern muss sich in ein vom Vorstand zu erwirtschaftendes Konzept für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags einfügen oder durch besondere Erwägungen gerechtfertigt sein.²⁴⁵

Auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit bei arbeitsteiliger Geschäftsführung kann weitgehend auf das Aktienrecht verwiesen werden. Dabei muss die Ressortaufteilung so koordiniert werden, dass ein reibungsloser Geschäftsablauf gewährleistet ist und alle Führungsaufgaben abgedeckt sind, da andernfalls eine Gesamtverantwortlichkeit des Vorstands wegen Organisationsverschuldens in Betracht kommt. Die Aufteilung in Einzelressorts führt dabei zu einer Erweiterung der Sorgfaltspflichten insoweit, als dem Ressortleiter angesichts der Spezialisierung eine erhöhte Sorgfaltspflicht abverlangt wird, während sich die Sorgfaltspflicht der Vorstandskollegen auf eine sorgfältige Überwachung beschränkt.²⁴⁶ Dabei trifft die Pflicht zur Organisation der Ressortüberwachung den Vorstand als Gesamtorgan, dem auch die Kontrollbefugnisse zustehen, während die Kontrollaufgabe durch das einzelne Vorstandsmitglied ausschließlich anlassbezogen ist.²⁴⁷ Bei Beschlüssen kann es bei einschneidenden Entscheidungen erforderlich sein, dass das Vorstandsmitglied auch bei Beschlussvorlagen eines anderen Vorstandsmitglieds nicht nur eine Plausibilitätskontrolle, sondern eine umfassende Prüfung der sachgerechten Vorbereitung vornimmt, insbesondere wenn sich Anhaltspunkte für eine unsorgfältige Vorbereitung ergeben.²⁴⁸ Besonderheiten ergeben sich im öffentlichen Anstaltsrecht insoweit, als das gegen die Beschlussvorlage stimmende Mitglied bei rechtswidrigen Beschlüssen, die grundlegend für die Geschäftstätigkeit sind oder einen hohen Schaden erwarten lassen, nicht nur die Möglichkeit und gegebenenfalls die Pflicht hat, den Verwaltungsrat anzurufen, sondern - als ultima ratio - auch die Aufsichtsbehörde einschalten kann bzw. je nach Brisanz dies auch tun

des Verwaltungsrats ähnlich *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Bd. I, S. 137 (153), der aus den öffentlichen Aufgaben eines öffentlichen Unternehmens zusätzliche Überwachungspflichten folgert.

²⁴⁵ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 21 f.

²⁴⁶ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 31.

²⁴⁷ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 32.

²⁴⁸ *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 33.

muss.²⁴⁹

Festzuhalten ist nach alledem, dass auch die unter Berufung auf die in der Rechtsprechung bejahte Amtsträger- und Beamteneigenschaft der Vorstandsmitglieder bei der Wahrnehmung der Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank gegen die Übertragung der aktienrechtlichen Grundsätze vorgebrachten Bedenken²⁵⁰ jedenfalls im Bereich der Sorgfaltspflichten und der Haftung nicht zu überzeugen vermögen, wenn es – wie hier beim Unternehmenskauf – um den Bereich der allgemeinen Geschäftstätigkeit der Landesbank geht.

b) Die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats

aa) Die Regelung der Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats

Die Sorgfaltspflichten der Verwaltungsratsmitglieder sind nicht geregelt (vgl. dazu bereits oben, IV. 3. b), werden jedoch über die in § 19 Abs. 2 der Satzung vorgesehene Haftung der Verwaltungsratsmitglieder abgesichert. So haftet das Verwaltungsratsmitglied bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihm obliegenden gesetzlichen oder satzungsmäßigen Pflichten und hat der Bank nach § 19 Abs. 2 S. 2 der Satzung – ebenso wie ein stellvertretendes Mitglied nach § 19 Abs. 2 S. 3 der Satzung – den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

bb) Die Anwendbarkeit des Aktienrechts

Auch für den Fall, dass die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats nicht speziell durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt sind, wie dies bei der BayernLB der Fall ist, ist – wie oben (IV. 3. b) aa) bereits ausführlich dargestellt – auf die §§ 93, 116 AktG analog zurückzugreifen, da diese Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind.²⁵¹

Obwohl es sich bei dem in § 11 Abs. 3 Nr. 4 der Satzung geregelten Zustimmungserfordernis des Verwaltungsrats beim Beteiligungserwerb um eine präventive Kontrollfunktion handelt, müssen an das Überwachungs- und Kontrollorgan wie im Aktienrecht ähnliche Anforderungen hinsichtlich der Pflicht zur informierten Entscheidung gestellt werden wie an das Geschäftsleitungsorgan selbst. Je umfangreicher die Geschäftsführungsmaßnahmen an die Zustimmung des Verwaltungsrates geknüpft sind, desto schwerwiegender sind des-

²⁴⁹ Ähnlich für das Sparkassenrecht *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 34.

²⁵⁰ *Preußner*, Organisationsrecht des Aufsichtsrates von Anstalten des Öffentlichen Rechts, LKV 2004, 299 (301).

²⁵¹ *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (765).

sen Pflichten insbesondere dann, wenn eine Maßnahme in die mitentscheidende Kompetenz des Verwaltungsrats fällt.²⁵² Das oben zu den Sorgfaltspflichten beim Beteiligungserwerb zum Aufsichtsrat Gesagte gilt demnach entsprechend für den Verwaltungsrat der BayernLB.

VI. Die Binnenhaftung

1. Die Haftung des Vorstands

a) Die Haftung bei der Aktiengesellschaft

§ 93 Abs. 2 AktG regelt die Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft²⁵³ infolge der Verletzung von Organpflichten des Vorstandsmitglieds. Die Außenhaftung gegenüber Dritten ist demgegenüber auf enge Ausnahmefälle begrenzt²⁵⁴ und soll daher im Folgenden keiner näheren Betrachtung unterzogen werden. Der neben der organschaftlichen Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG bestehende Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB iVm Anstellungsvertrag geht in der Spezialregelung des § 93 Abs. 2 AktG auf.²⁵⁵

aa) Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG

(1) Pflichtverletzung

§ 93 Abs. 2 AktG betrifft die persönliche Haftung des Vorstandsmitglieds²⁵⁶ für die Verletzung von Pflichten im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG sowie von anstellungsvertraglichen

²⁵² Ähnlich *Wulf*, der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 104; für das Sparkassenrecht angedeutet bei *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 104; vermittelnd und für eine volle Überprüfungspflicht aller Einzelheiten und Folgen jedenfalls bei ernsthaften Bedenken: *Püttner*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, S. 137 (143); a. A. wohl *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (766), der für die Mitwirkungstätigkeit des Verwaltungsrats bei der Geschäftsführung nur die Überwachungs-Sorgfaltspflichten und nicht die schärferen Geschäftsführungs-Sorgfaltspflichten zu Grunde legt.

²⁵³ Selbst wenn Aktionäre Ansprüche geltend machen könnten, würden sich diese nur auf Leistung an die Gesellschaft richten. § 93 AktG ist jedoch – anders als u. U. § 266 AktG – nicht als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Aktionäre anzusehen, vgl. *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 19.

²⁵⁴ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 11 Rn. 1; so können sich Dritte nicht auf § 823 Abs. 2 i. V. m § 93 AktG, sondern lediglich auf § 92 Abs. 2 AktG, § 400 AktG und § 266 a StGB als Schutzgesetze bzw. auf eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1 i. V. m § 311 Abs. 3 BGB bei Inanspruchnahme besonderen Vertrauens berufen, vgl. *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 20 ff.

²⁵⁵ *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 11 Rn. 3.

²⁵⁶ Zu Beginn und Ende der Haftung sowie zum Begriff des Vorstandsmitglieds *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 12.

Pflichten.²⁵⁷ Obwohl es sich bei § 93 Abs. 2 AktG um eine Haftung für eine persönliche Pflichtverletzung handelt, wird die Pflichtenbindung unzuständiger Vorstandsmitglieder durch die Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands nicht aufgehoben, sondern lediglich im Sinne einer allgemeinen Aufsichtspflicht inhaltlich modifiziert (dazu bereits oben).²⁵⁸ Die Haftung wird nur durch eine persönliche Pflichtverletzung des einzelnen Vorstandsmitglieds ausgelöst, so dass bei Gremienentscheidungen – grob vereinfacht gesagt – ein zustimmendes Vorstandsmitglied stets pflichtwidrig handelt, während ein dagegen stimmendes Vorstandsmitglied jedenfalls dann nicht pflichtwidrig handelt, wenn es weitere Maßnahmen zur Unterbindung der Beschlussausführung ergreift.²⁵⁹

(2) Verschulden

Das Vorstandsmitglied haftet nicht, wenn es dem in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG festgelegten Sorgfaltsstandard entsprochen hat. Dabei ist dem Vorstandsmitglied das Verschulden nachgeordneter Mitarbeiter weder nach § 278 BGB noch nach § 831 BGB zuzurechnen.²⁶⁰ Eine eigene Pflichtverletzung und ein Eigenverschulden des Vorstandsmitglieds kann sich jedoch aus einer unzulässigen Aufgabendelegation von Kernaufgaben, der Auswahl ungeeigneter Mitarbeiter oder der unzulänglichen Überwachung bzw. Instruktion ergeben (sog. Organisations- bzw. Überwachungsverschulden).²⁶¹ Das Mitverschulden anderer Vorstandsmitglieder oder ein Überwachungsverschulden von Aufsichtsratsmitgliedern kann gegenüber der Gesellschaft nicht als Mitverschulden nach § 254 BGB eingewendet werden.²⁶²

(3) Adäquat kausaler Schaden der Gesellschaft

Die schuldhafte Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds muss adäquat kausal einen Schaden herbeigeführt haben, der sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB

²⁵⁷ Ausdifferenzierter hingegen Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 13, der zwischen der Leitungsaufgabe aus § 76 AktG, den Treubindungen, der Konkretisierung durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, gesetzlichen Einzelpflichten und der allgemeinen Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 AktG sowie den Pflichten aus dem Anstellungsvertrag unterscheidet.

²⁵⁸ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 13.

²⁵⁹ Ausführlich zur Behandlung von Gremienentscheidungen Kieth, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177 (181 ff.); Fleischer, § 11 Rn. 40 ff, dort auch zur Pflicht zum Einschreiten gegen die Ausführung rechtswidriger Beschlüsse und zu den Sorgfaltspflichten der bei der Beschlussfassung verhinderten Vorstandsmitglieder.

²⁶⁰ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 14.

²⁶¹ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 14.

²⁶² Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 11 Rn. 59.

bestimmt.

(4) Beweislast

Infolge der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG angeordneten Beweislastumkehr hat die Gesellschaft Eintritt und Höhe des Schadens sowie Handlung und adäquate Kausalität zwischen Schaden und Handlung darzulegen und zu beweisen, während das Vorstandsmitglied die Darlegungs- und Beweislast trifft, dass die Handlung nicht objektiv pflichtwidrig und nicht schuldhaft war.²⁶³ Damit erstreckt sich – anders als im Allgemeinen Zivilrecht – nach wohl überwiegender Auffassung die Beweislast des Vorstandsmitglieds auch auf die fehlende (objektive) Pflichtwidrigkeit.²⁶⁴ Eine Beweiserleichterung unter dem Aspekt der Tatsachennähe wird jedoch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder diskutiert, die keinen Zugriff mehr auf Gesellschaftsunterlagen haben.²⁶⁵

(5) Haftungsausschluss durch Hauptversammlungsbeschluss

Die Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder ist nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ausgeschlossen, wenn die schadensstiftende Handlung auf einem gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss beruht, während die Billigung durch den Aufsichtsrat nach § 93 Abs. 4 S. 2 AktG nicht zum Ausschluss der Haftung führt.

(6) Verjährung

Der Anspruch aus § 93 AktG verjährt nach § 93 Abs. 6 AktG in fünf Jahren beginnend mit der Entstehung des Anspruchs.²⁶⁶

bb) Deliktische Haftung

Eine Haftung kann sich ferner aus § 826 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB ergeben. Die strafrechtliche Rechtsprechung zur Untreue von Vorstandsmitgliedern kann im Rahmen des Gutachtenauftrags nicht näher behandelt werden. Auch hier fokus-

²⁶³ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 16.

²⁶⁴ Spindler, in Münchener Kommentar AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 163; Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 11 Rn. 71; Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 16 m. weit. Nachw., der davon ausgeht, dass wohl auch die Rechtsprechung und insbesondere der BGH so zu verstehen ist, obwohl auch Anhaltspunkte für eine auf das Verschulden beschränkte Beweislastumkehr in der Rechtsprechung zu finden sind.

²⁶⁵ Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 17.

²⁶⁶ Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rn. 36 f, dort auch zur Verjährung sonstiger Schadenersatzansprüche aus anderen Vorschriften nach den für diese geltenden Regelungen.

siert sich die Prüfung vor allem auf den Pflichtwidrigkeitsvorwurf auf Grund nicht ausreichender Risikoprüfung bzw. der Eingehung unvertretbarer Risiken.²⁶⁷

b) Die Haftung bei der Anstalt des Öffentlichen Rechts

aa) Haftungstatbestand

Eine Haftungsnorm für Vorstandsmitglieder findet sich weder im BayLBG noch in der Satzung oder der Geschäftsordnung des Vorstands, sondern lediglich in Ziffer II. 1. a) CGG. Für das öffentliche Korporationsrecht bieten sich grundsätzlich drei Möglichkeiten der Herleitung der Vorstandshaftung an. Zunächst könnte die – dann durch Parteidisposition einschränkbare – Haftung aus einer Verletzung des Anstellungsverhältnisses,²⁶⁸ das die Vorstandsmitglieder zur Sorgfalt bei der Amtsausübung verpflichtet, hergeleitet werden.²⁶⁹ Eine Anlehnung an das Öffentliche Dienstrecht bzw. das Gemeinderecht scheidet hingegen – anders als im Sparkassenrecht – für das Landesbankenrecht schon angesichts der Ausgestaltung der Landesbanken und der Vorstandsposition aus. Alternativ könnte auf die aktienrechtlichen Regelungen der Organhaftung zurückgegriffen werden. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum geht von einer analogen Anwendung der Organhaftungsregeln des Privatrechts aus und begründet die Analogie mit der identischen Struktur der rechtlich vollständig verselbständigten Korporation sowie der Organisation und Unabhängigkeit der Organe.²⁷⁰ Daneben erscheint die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Haftungsgrundlage schon deswegen konsequent, weil auch die Sorgfaltspflichten als Tatbestands-

²⁶⁷ Ausführlich hierzu *Schmitt*, Untreue von Bank- und Sparkassenverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2006, 125 ff.; *Lehleiter/Hoppe*, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2007, 178 (179 ff.).

²⁶⁸ Die Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellung findet sich im Recht der BayernLB beispielsweise in § 11 Abs. 2 Nr. 3 der Satzung, wonach der Verwaltungsrat über die Bestellung, [...], Anstellung der Vorstandsmitglieder sowie die Regelung ihrer Dienstverträge beschließt.

²⁶⁹ Vgl. zum Sparkassenrecht *Hauschka*, Die Dienstrechtsstellung der Vorstandsmitglieder der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, S. 116; differenzierend dagegen *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (775), der einen Vorrang der vertraglichen Haftung bei fehlender Verweisung in Gesetz, Satzung oder Anstellungsvertrag auf § 93 AktG annimmt.

²⁷⁰ *Lutter*, Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, BB 2009, 786 (790 f.); *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 116 f.; für Sparkassenvorstände *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 5, 11 ff.; allgemein kritisch zur Übertragung aktienrechtlicher Grundsätze auf die Tätigkeit des Vorstands wegen der Amtsträgereigenschaft des Vorstands *Preußner*, Organisationsrecht des Aufsichtsrates von Anstalten des Öffentlichen Rechts, LKV 2004, 299 (301), der aber dennoch von der Anwendbarkeit des aktienrechtlichen Sorgfaltsmaßstabs ausgeht, vgl. *Preußner*, NZG 2005, 575 (577). *Berg*, BayVBl. 2000, 385 (389), lehnt die analoge Anwendung des § 93 AktG für das Sparkassenrecht aus kompetenzrechtlichen Gründen ab.

merkmal der Haftung aus dem Aktienrecht abgeleitet werden. Selbst wenn man einen subsidiären Rückgriff auf das Anstellungsverhältnis befürwortet: wenn das Bestellungsverhältnis Grundlage und Maßstab der Haftung nicht bestimmt,²⁷¹ bedarf es für die Vorstandschaftung bei der BayernLB angesichts der in den CGG verbindlich geregelten Haftungsgrundlage und des in der Geschäftsordnung bestimmten Sorgfaltspflichtenmaßstabs keines Rückgriffs auf den Anstellungsvertrag.²⁷²

Letztlich kann hier eine Entscheidung dahinstehen, da sich die Haftung jedenfalls auch aus den Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder ergibt²⁷³ und diese nach den zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht kraft Parteidisposition beschränkt ist, so dass sich Unterschiede allenfalls bei der Verjährung ergeben können.

bb) Haftungsmaßstab

Die für Sparkassenvorstände teilweise nach Bayerischem Sparkassenrecht befürwortete Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, die aus der fehlenden Haftungsregelung im Sparkassengesetz und dem Rückgriff auf die Regelungen für kommunale Wahlbeamte über Art. 20 Abs. 2 S. 1 BaySpkG aus Art. 49 Abs. 1 KWBG abgeleitet wird,²⁷⁴ ist nicht auf die Vorstandshaftung bei der BayernLB übertragbar.

Für die Landesbanken, aber auch für die Sparkassen, plädiert der Großteil der Literatur für eine Verantwortlichkeit für jedes fahrlässige Verhalten nach den allgemeinen Grundsätzen.²⁷⁵ Maßgeblich hierfür ist die Überlegung, dass Machtstellung und Haftung einander

²⁷¹ *OLG Nürnberg*, Beschluss v. 5.3.2008 – 4 W 71/08, BKR 2008, 470 (472) zur pflichtwidrigen Kreditvergabe durch Sparkassenvorstände, die das Gericht als Verletzung spezieller sparkassenrechtlicher Organpflichten (Art. 2 Abs. 1 BaySpkG iVm §§ 7, 17 BaySpkO), deren Folgen nach Haftungsgrundlage und Maßstab über die Verweisung in Art. 20 Abs. 2 SparkG geregelt sind, und nicht als Verletzung des Dienstvertrages – wie beispielsweise das Fernbleiben von der Dienststelle oder das Verhalten gegenüber Mitarbeitern – einstufte.

²⁷² A. A. wohl für das Sparkassenrecht *Hauschka*, Die Dienstrechtsstellung der Vorstandsmitglieder der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, S. 116, FN 53, mit dem wenig überzeugenden Argument, eine Organhaftung könne nur durch den Gesetzgeber geschaffen und nicht per Analogie hergeleitet werden.

²⁷³ Vgl. dazu die zur Verfügung gestellten Passagen der Vorstandsverträge, die in „§ 2 Pflichten“ vorsehen, dass das Vorstandsmitglied „alle Obliegenheiten seines Dienstes unter seiner persönlichen Verantwortung und Haftung nach den jeweiligen Bestimmungen der Gesetze, der Satzung und den Weisungen der Organe der Bank zu erledigen [hat].“

²⁷⁴ *Kieth*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177 (182); ebenso *OLG Nürnberg*, a. a. O.; *Berg*, BayVBl. 2000, 385 (389 f.).

²⁷⁵ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 118; so auch *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 5, der es als anerkannt ansieht, dass die Vorstandsmitglieder der Sparkassen kein beamtenrechtliches Haftungsprivileg mehr genießen, sondern regelmäßig Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten haben; *Schlierbach*, Das

entsprechen müssen und die Vorstandsmitglieder die Verantwortung für die Verwaltung fremden Vermögens tragen. Ferner wird die unbeschränkte Haftung auch aus der Bestellung bzw. der mit der Übertragung von Organfunktionen verbundenen Verpflichtung zu objektiv korrekter Aufgabenerfüllung begründet.²⁷⁶ Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass eine Haftungsprivilegierung angesichts des im Organhaftungsrecht allgemein anerkannten Grundsatzes der Haftung für jede Fahrlässigkeit nur durch den Gesetzgeber, nicht hingegen durch den Satzungsgeber geschaffen werden kann,²⁷⁷ so dass eine per Analogie hergeleitete Haftungsbegrenzung erst Recht verneint werden müsste. Angesichts der im Recht der BayernLB fehlenden Haftungsbeschränkung für Vorstandsmitglieder und der wortlautgleichen Formulierung des Sorgfaltsmaßstabs wie im Aktienrecht in der Geschäftsordnung ohne Hinweis auf eine etwaige Haftungsbegrenzung ist daher für eine Haftungsbegrenzung kein Raum. Auch findet sich – anders als im Bayerischen Sparkassengesetz – keine offene Verweisung in das Gemeinderecht.

cc) Beweislastumkehrregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG

Die Anwendung der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG wird für das Sparkassenrecht von einem Teil der Literatur mit dem Argument abgelehnt, es fehle schon an einer planwidrigen Regelungslücke, somit also an einer der Voraussetzungen für eine Analogie.²⁷⁸ Dagegen wird für das Landesbankenrecht von einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage ausgegangen, da die Vorstandsmitglieder näher am Geschehen sind und über die erforderlichen Informationen verfügen.²⁷⁹

dd) Haftungsausschluss

(1) Billigung durch Generalversammlung/Verwaltungsrat

Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 220, für hauptamtliche Vorstandsmitglieder.

²⁷⁶ Fischer, Haftung und Abberufung von Bankvorständen, DStR 2007, 1083 (1083); dies darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, dass die organschaftliche Haftung bei Mängeln des Bestellungsakts entfällt, da eine Haftung auch bei faktischer Amtsausübung mit Wissen des Bestellungsorgans greift, vgl. Lutter, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 12.

²⁷⁷ Lutter, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 12 und S. 13, Fn. 58, unter Verweis auf die Mustersatzung in Hessen.

²⁷⁸ Kieth, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 177 (183).

²⁷⁹ Grimm, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 120; vgl. zur Vermutung der mangelnden oder unsorgfältigen Vorbereitung bei einer (nach Art oder Schnelligkeit) untypischen Entscheidung: Lutter, Rechte und Pflichten von Sparkassenorganen, S. 60.

Der Haftungsausschluss des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gilt bei einer Entscheidung, die auf einem Beschluss der Generalversammlung beruht, im Landesbankenrecht analog.²⁸⁰ Die nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 BayLBG erforderliche Zustimmung des Freistaates Bayern und des Sparkassenverbandes kann einem Generalversammlungsbeschluss nach § 94 Abs. 4 S. 1 AktG analog nicht gleichgestellt werden, da es sich dabei nicht um eine Zustimmung eines Organs der BayernLB, sondern die Zustimmung der mittelbaren Träger handelt.

Auf die Billigung einer Maßnahme durch den Verwaltungsrat kann sich der Vorstand schon nach § 93 Abs. 4 S. 2 AktG analog nicht berufen, auch wenn angesichts des möglichen politischen Drucks über den Verwaltungsrat Zielkonflikte entstehen können, da es letztlich entscheidend darauf ankommt, dass der Verwaltungsrat grundsätzlich nicht in die Geschäftsführung eingreifen darf.²⁸¹

(2) Wirkungen eines Entlastungsbeschlusses

Nach Art. 10 Abs. 1 Nr. 4 BayLBG und § 14 Abs. 1 Nr. 6 der Satzung beschließt bei der BayernLB die Generalversammlung über die Entlastung des Vorstands auf Vorschlag des Verwaltungsrats bzw. nach Art. 10 Abs. 1 Nr. 5 BayLBG und § 14 Abs. 1 Nr. 7 der Satzung über die Entlastung des Verwaltungsrats – jeweils nach Vorberatung durch den Verwaltungsrat –, vgl. auch Ziffer III. 1. S. 2 CGG. Die Wirkung der Entlastung ist weder in der Satzung, noch im Landesbankengesetz geregelt und muss daher nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt werden.

Für den Fall der Entlastung von Vorstand bzw. Verwaltungsrat durch den Träger wird in der sparkassenrechtlichen Literatur eine Verzichtswirkung teilweise deshalb verneint, weil diesem der sparkasseninterne Prüfbericht und damit wesentliche Geschäfts- und Prüfungsunterlagen nicht zur Verfügung stehen.²⁸² Bei einer sparkasseninternen Entlastung des Vorstands durch den Verwaltungsrat wird dagegen eine Verzichtswirkung angenommen.²⁸³ Die analoge Anwendung des § 120 Abs. 2 S. 2 AktG wird u. a. mit dem Argument verneint,

²⁸⁰ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 118.

²⁸¹ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 119; i. Erg. ebenso *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (755).

²⁸² *Völter*, Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern von Sparkassen, S. 237 f.; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 260 f.; *Lutter*, Rechte und Pflichten von Sparkassenorganen, S. 159 (zum Sparkassenverwaltungsrat).

²⁸³ *Lutter*, Rechte und Pflichten von Sparkassenorganen, S. 156; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 261.

dass es im Landesbankenrecht mit zwei mittelbaren Trägern wie bei der BayernLB keines Schutzes der Minderheitsaktionäre wie im Aktienrecht bedarf.²⁸⁴ Auch wird aus der Zusammenschau der an das Aktienrecht angelehnten Formulierung des Sorgfaltsmaßstabs und dem Schweigen des Gesetzgebers zur Wirkung des Entlastungsbeschluss eine bewusste Entscheidung für eine Verzichtswirkung gefolgert.²⁸⁵ Bei § 120 Abs. 2 S. 2 AktG handle es sich um eine Spezialregelung des Aktienrechts, die weder im Zivil-, Auftrags-, Vereins-, Personengesellschafts-, GmbH- noch im Genossenschaftsrecht²⁸⁶ rezipiert wird und es fehle ein konkreter Anknüpfungspunkt für eine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Verzichtswirkung.²⁸⁷ Auch wird für Vorstandsmitglieder auf die strengere Haftung im Vergleich zum Beamtenrecht verwiesen.²⁸⁸ Die Verzichtswirkung soll – bei fehlender Satzungsregelung der Entlastungswirkung – jedenfalls dann gelten, wenn die Regressansprüche bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar waren.²⁸⁹

Aus der Tatsache, dass bei der BayernLB die Generalversammlung Entlastungsorgan und gleichzeitig Organ der BayernLB ist und auf Grund der Vorberatung durch den Verwaltungsrat über diesen sämtliche Prüfungsunterlagen einsehen kann und nach § 19 Abs. 1 S. 1 der Satzung denselben Schweigepflichten unterliegt wie die übrigen Organmitglieder, könnte eine Verzichtswirkung der Entlastung abgeleitet werden.

Dagegen spricht jedoch, dass das Recht der BayernLB stärker dem Aktienrecht angenähert ist, als dem Sparkassenrecht. Eine Ablehnung der Analogie zum Aktienrecht lediglich im Hinblick auf die Wirkung eines Entlastungsbeschlusses ist inkonsequent und nicht zu begründen.²⁹⁰ Eine pauschale Annahme einer Verzichtswirkung wäre auch im Hinblick auf das Vorschlagsrecht des Verwaltungsrats in § 14 Abs. 1 Nr. 6 der Satzung und das generell

²⁸⁴ Wulf, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 114; *aus der Fünften*, der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 229.

²⁸⁵ Rümker, in FS Pleyer, S. 99 (101 f.); Wulf, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 114.

²⁸⁶ Vgl. hierzu ausführlich für das GenG *Bottermann*, Die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Kreditgenossenschaft, S. 42 ff; vgl. hierzu aber *BGH*, NZG 2005, 562 (563).

²⁸⁷ Rümker, in: FS Werner (1984), S. 745 (758); *Hauschka*, Die Dienstrechtsstellung der Vorstandsmitglieder der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, S. 114 f; für das Sparkassenrecht: *Kieth*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 177 (184).

²⁸⁸ *Kieth*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 177 (184). Geltung beanspruchen kann dieses Argument – auch nach der Systematik *Kiethes* – jedoch nur für den Sparkassenvorstand außerhalb Bayerns.

²⁸⁹ Rümker, in: FS Werner (1984), S. 745 (758 f.); *aus der Fünften*, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 228.

²⁹⁰ Der BGH hat die analoge Anwendung des § 120 Abs. 2 S. 2 AktG zuletzt für die eG ausdrücklich offengelassen, vgl. *BGH*, NZG 2005, 562 (563).

vorgesehene Vorberatungsrecht des Verwaltungsrats hinsichtlich seiner eigenen Entlastung wenig plausibel, da dann der Verwaltungsrat im Endergebnis durch eine entsprechende Beschlussvorbereitung eine umfassende Verzichtswirkung erreichen könnte.

Jedenfalls aber müssen die Wirkungen der Entlastung angesichts des öffentlichen Auftrags der BayernLB und der mittelbaren Trägerschaft des Freistaates und seiner an Recht und Gesetz gebundenen Vertreter in der Generalversammlung dahingehend eingeschränkt werden, dass eine Verzichtswirkung nur dann eintritt, wenn die Generalversammlung tatsächlich keine einwandfreie Geschäftsführung des Vorstands und Überwachung durch den Verwaltungsrat festgestellt hat, nicht jedoch dann, wenn eine fehlerhafte Geschäftsführung oder Überwachung vorsätzlich oder fahrlässig gedeckt wird.²⁹¹ Die Entlastung steht also nicht im freien Ermessen der Entlastungsorgane, sondern muss dem pflichtgemäßen Ermessen entsprechen, so dass – wie im GmbH-Recht – der Entlastungsbeschlusses wegen Verstoßes gegen die Interessen der Gesellschaft bzw. die Treuepflicht jedenfalls dann angefochten werden kann, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt.²⁹² Daher wird ggf. zu prüfen sein, wie rechtswidrige Organbeschlüsse bei der BayernLB zu behandeln sind.

Generell ist zu beachten, dass sich die Verzichtswirkung nur auf Ansprüche erstreckt, die bei sorgfältiger Prüfung erkennbar sind. Eine Erkennbarkeit ist nur gegeben, wenn sich aus der Berichterstattung Anhaltspunkte für Ansprüche ergeben, nicht hingegen dann, wenn die Ansprüche nicht oder in den wesentlichen Punkten nur so unvollständig erkennbar sind, dass die Mitglieder des Entlastungsorgans die Tragweite der Entlastungsentscheidung bei Anlegung eines lebensnahen, vernünftigen Maßstabs nicht zu überblicken vermögen. Dies betrifft insbesondere Ansprüche, die nur bei eingehendem Vergleich und bei rechtlicher Auswertung verschiedener, nicht vollständig vorliegender Unterlagen ersichtlich sind.²⁹³ Die Verzichtswirkung wird selbst dann tendenziell verneint, wenn der Prüfer im Prüfungsbericht auf Regressansprüche hinweist und der Aufsichtsrat in Kenntnis des Prüfungsberichts den Antrag auf Entlastung stellt, da das Entlastungsorgan angesichts der

²⁹¹ Ähnlich die Argumentation von *aus der Füntten*, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, S. 230 f., der jedoch den pflichtwidrigen Entlastungsbeschluss als wirksam ansieht und lediglich Schadensersatzansprüche gegen das Entlastungsorgan prüfen will.

²⁹² BGHZ 153, 47 (51); BGH, NZG 2005, 77 (78), jeweils zur Aktiengesellschaft.

²⁹³ BGH, NZG 2002, 195 (197). Dasselbe gilt, wenn die zu entlastenden Organe auf Nachfragen ausweichen, Tatsachen verschweigen oder gar verschleiern, vgl. *Schindler*, in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, § 46 Rn. 66.2. (Stand: 15.01.2010).

Kontrollpflicht des Aufsichtsrats trotz genereller Kritik an der Geschäftspolitik davon ausgehen darf, dass sich die Tätigkeit des zu entlastenden Organs im Normbereich bewegt.²⁹⁴ Auch geht eine unklare oder widersprüchliche Berichterstattung zu Lasten der zu entlastenden Organe und schließt eine Verzichtswirkung aus.²⁹⁵ Diese Grundsätze müssen auch für die Wirkung der Entlastung der Organe der BayernLB gelten.

2. Die Haftung des Verwaltungsrats

a) Die Haftung des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft

Über den Verweis des § 116 AktG wird § 93 Abs. 2 AktG sinngemäß für anwendbar erklärt. Die Haftung abmildernde Satzungsklauseln oder Vereinbarungen sind unzulässig.²⁹⁶ Hinsichtlich des Verschuldens ist zu beachten, dass ein objektiver Verschuldensmaßstab für alle Aufsichtsratsmitglieder gilt, so dass diese für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, die von einem durchschnittlichen Aufsichtsratsmitglied erwartet werden kann, und sich nicht mit Erklärungen wie „Das habe ich nicht verstanden“ oder „Das ging über meine Fähigkeiten hinaus“ exkulpieren können, wenn es ihnen an den erforderlichen Mindestkenntnissen und –fähigkeiten fehlt.²⁹⁷ Nach umstrittener Ansicht ist davon auszugehen, dass besondere Kenntnisse einzelner Aufsichtsratsmitglieder für diese den Verschuldensmaßstab erhöhen, da diese häufig wegen ihrer besonderen Kenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt werden.²⁹⁸

Die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gilt über den Verweis des § 116 AktG im gleichen Umfang wie für den Vorstand, umfasst also auch die objektive Pflichtverletzung, jedoch mit der Modifikation, dass die Gesellschaft darlegen muss, dass der eingetretene Schaden zumindest möglicherweise auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Aufsichtsrats beruht.²⁹⁹

²⁹⁴ *BGH*, NZG 2002, 195 (198) zur Genossenschaft.

²⁹⁵ *Schindler*, in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, § 46 Rn. 66.2. (Stand: 15.01.2010).

²⁹⁶ *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 116 Rn. 8; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 1012.

²⁹⁷ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 1005.

²⁹⁸ *Buchta/van Kann*, Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, DStR 2003, 1665 (1669); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 1008; a. A. *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 116 Rn. 3.

²⁹⁹ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 1009; *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 116 Rn.16.

b) Die Haftung bei der Anstalt des Öffentlichen Rechts

Da die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder in der Satzung geregelt ist und die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist, erübrigt sich eine Diskussion um die Übertragbarkeit der Grundsätze des Aktienrechts jedenfalls hinsichtlich des Haftungstatbestands.³⁰⁰

Die Frage der Übertragbarkeit ist daher allenfalls für die in der Satzung nicht geregelten Elemente – wie z.B. Verjährung, Beweislast und Wirkung der Entlastung – von Bedeutung.

Die in der Satzung vorgesehene Haftungsbeschränkung kann zwar mit der Literatur kritisiert werden,³⁰¹ ist jedoch letztlich von der Ermächtigungsgrundlage im Landesbankengesetz und der darin eingeräumten Organisationshoheit gedeckt.³⁰² Die durch den Gesetzgeber eingeräumte Satzungshoheit umfasst die Befugnis, die Binnenorganisation der Landesbank in eigener Verantwortung zu regeln, so dass auch Abweichungen von den aktienrechtlichen Haftungs- und Organisationsgrundsätzen zulässig sind.³⁰³

Die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 116 AktG gilt angesichts der vergleichbaren Interessenlage für Verwaltungsratsmitglieder im Landesbankenrecht nach überwie-

³⁰⁰ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 141; wohl i.Erg. auch *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (766), der jedoch das Treue- und Pflichtenverhältnis wiederum aus der Organstellung ableitet; für das Sparkassenrecht: *Völter*, Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern von Sparkassen, S. 98 ff.; abzulehnen ist dagegen die vor allem im Sparkassenrecht von *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (766), vertretene Ableitung der Haftung aus dem öffentlich-rechtlichen Treue- und Pflichtenverhältnis, da sowohl Haftung als auch Treue und Pflichtenverhältnis auf der logisch vorrangigen Pflichtenstellung beruhen; vgl. *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 141.

³⁰¹ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 149; mit beachtlichen Argumenten auch: *Wulf*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, S. 84 ff., der insbesondere die willkürliche Herauslösung des Rechtsinstituts der dem Haftungsrecht generell fremden beamtenrechtlichen Haftungsprivilegs kritisiert und zudem die schlicht-hoheitliche Natur der Tätigkeit in Frage stellt; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (766), betont zudem, dass die Nebenberuflichkeit der Tätigkeit schon durch die im Vergleich zum Geschäftsführer verringerten Sorgfaltspflichten berücksichtigt wird und daneben das Verwaltungsratsmitglied in besonderem Maße Treuhänderfremder Vermögensinteressen ist.

³⁰² Allgemein zur Herleitung und Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung für das Sparkassenrecht: *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 180 ff.

³⁰³ Ähnlich die Argumentation Preußners zur Zulässigkeit der Stellvertreterregelung für den Verwaltungsrat in der Satzung der Landesbank Berlin, die mit dem Argument angegriffen wurde, das Errichtungsgesetz sehe eine Stellvertretung nicht vor, vgl. *Preußner*, Organisationsrecht des Aufsichtsrats von Anstalten des Öffentlichen Rechts, LKV 2004, 299 (301) unter Bezugnahme auf *LG Berlin*, AZ 9 O 311/02; a. A. wohl *Lutter*, der im Sparkassenrecht – jedenfalls für Vorstandsmitglieder – eine Haftungsbeschränkung nur im Errichtungsgesetz für zulässig hält.

gender Auffassung analog.³⁰⁴

Die Stellvertreterhaftung entspricht der Haftung des vertretenen Verwaltungsratsmitglieds. Sofern das Wissen und ggf. eine Pflichtverletzung des Stellvertreters dem Vertretenen zugerechnet wird (dazu oben), bilden Vertetener und Vertreter jedoch im Rahmen der Gesamtschuld eine Haftungseinheit.

Zur Entlastungswirkung gilt das oben Gesagte entsprechend.

C. Schlussbemerkung

Ebenso wie andere Landesbanken verlagerte die BayernLB in den letzten Jahren ihre Geschäftstätigkeit zunehmend auf das Kreditgeschäft mit Unternehmen sowie in den Bereich Auslandsfinanzierung und in das Interbankengeschäft. Dabei hatte sie wegen der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung der Länder bzw. des Freistaats Bayern bis zum 18.07.2005 einen Wettbewerbsvorteil. Gemäß einer Vereinbarung vom Juli 2001 mit der Europäischen Kommission laufen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Jahr 2015 endgültig aus.³⁰⁵

Es fragt sich, ob diese Schwerpunktverlagerung der Tätigkeit der Bayerischen Landesbank noch von ihrem öffentlichen Auftrag gedeckt ist, wie er sich aus Art. 2 Abs. 2 BayLBG ergibt. Danach hat die Bank mit ihrer Geschäftstätigkeit den Freistaat Bayern und seine kommunalen Körperschaften einschließlich der Sparkassen in der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu unterstützen. Die Geschäfte der Bank sind eben nicht nur nach kaufmännischen Grundsätzen, sondern sie sind „unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags zu führen“ (Art. 2 Abs. 3 Satz 2 BayLBG). Oder anders formuliert: Die kaufmännische Geschäftstätigkeit der BayernLB darf deren öffentlichen Auftrag nicht gefährden. Es ist vorstellbar, dass ebenso wie in Sachsen gerichtlich festgestellt wird, die BayernLB sei ihrem gesetzlichen Auftrag nicht gerecht geworden.³⁰⁶

Der grundsätzliche Reformbedarf, wie er etwa vom Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung für die Landesbanken gesehen wird, konnte im

³⁰⁴ *Grimm*, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichrechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht, S. 151; *Rümker*, in: FS Werner (1984), S. 745 (766).

³⁰⁵ *Henneke*, Sparkassen- und Landesbankenstruktur nach der Finanzkrise, DVBl. 2010, 472 ff. (474).

³⁰⁶ Vgl. *SächsVerfGH*, Urt. v. 28.08.2009, in: SächsVBl. 2010, 10 (20 ff.).

Rahmen dieses Gutachtens nicht angesprochen werden.³⁰⁷ Ob es gelingen kann, im Rahmen der derzeitigen Organisationsstruktur und in der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt, die den Zugang zum Kapitalmarkt verwehrt, zu leistungsfähigeren Landesbanken zu kommen, ist letztlich eine wirtschaftspolitische Frage. Die Reformvorschläge, die auf eine Rücknahme staatlichen Einflusses, auf die Ausgliederung des öffentlichen Auftrags und auf die Herstellung einer größeren Kapitalmarktnähe unter Beibehaltung des Verbundcharakters der Sparkassen hinauslaufen, zeigen jedenfalls in die richtige Richtung.

³⁰⁷ Vgl. hierzu Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem. Effizienz steigern – Stabilität erhöhen. Expertise im Auftrag der Bundesregierung, Juni 2008, Textziff. 239 ff.

Literaturverzeichnis

aus der Fünten, Heinz, Der Verwaltungsrat der Sparkasse, Berlin 1969.

Bihr, Dietrich, Due Diligence: Geschäftsführungsorgane im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen, BB 1998, S. 1198 ff.

Bohn, Ulf Jürgen, Die Anstalt des Öffentlichen Rechts unter Berücksichtigung des Wandels der Anstalt durch die Beteiligung Dritter, Tübingen 2005.

Böttcher, Lars, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, S. 481 ff.

Böttcher, Lars, Verpflichtung des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, S. 49 ff.

Bottermann, Peter, Die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Kreditgenossenschaft, sowie des genossenschaftlichen Prüfungsverbandes unter besonderer Berücksichtigung des § 1 GenG, Gelsenkirchen-Buer 1991.

Buchta, Jens / Van Kann, Jürgen, Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft – aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, DStR 2005, S. 1665 ff.

Dörries, Georg, Zur Rechtsstellung von Landesbanken, unter besonderer Berücksichtigung der Westdeutschen Landesbank, Frankfurt a. M. u. a. 1988.

Eggenberger, Jens, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, Frankfurt a.M. 2001.

Ehlers, Dirk, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1094 ff.

Fischer, Reinfrid, Haftung und Abberufung von Bankvorständen, DStR 2007, S. 1083 ff.

Fischer, Reinfried, Entlastung des Sparkassenvorstands und Bestätigung der Sparkassenaufsichtsbehörde, WM 2007, S. 1005 ff.

Fleischer, Holger, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, S. 2337 ff.

Fleischer, Holger, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, S. 3525 ff.

Fleischer, Holger, Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.

Fleischer, Holger / Körber, Thorsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 2001, S. 841 ff.

Fritzen, Roland, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform, Bonn 2004.

Gernoth, Jan P., Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Risikomanagement und die daraus resultierenden Haftungsfolgen für den Aufsichtsrat, DStR 2001, S. 299 ff.

Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno, Aktiengesetz, Kommentar, München 1974.

Grimm, Martin, Organisationsrecht der Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht und Aktienrecht – Eine Untersuchung zur Übertragbarkeit aktienrechtlicher Bestimmungen auf das Organisationsrecht der Landesbanken, Gladbeck/Westf. 1988.

- Hanke Kerstin/Socher Oliver*, Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance. Der Unternehmenskauf in der Planungs- und Bieterphase, NJW 2010, S. 664 ff.
- Hauschka, Christoph*, Die Dienstrechtsstellung der Vorstandsmitglieder der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, Berlin 1981.
- Helmrich, Klaus / Schick, Olaf*, Die beliebene Sparkassen-Holding AG – Ein Modell für die Zukunft, BKR 2003, S. 882 ff.
- Henneke, Hans-Günter*, Sparkassen- und Landesbankstruktur nach der Finanzkrise, DVBl. 2010, S. 472 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael*, Aufgaben des Aufsichtsrats, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007, § 29.
- Hoffmann-Becking, Michael*, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007, § 33.
- Hopt Klaus J. /Wiedemann Herbert* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. IV, 4. Aufl., Berlin u. a. 2006.
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 8. Aufl., München 2008.
- Hüffer, Uwe*, Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, NZG 2007, S. 47 ff.
- Kiethe, Kurt*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, S. 177 ff.
- Kiethe, Kurt*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, S. 976 ff.
- Kirschbaum, Tom*, Die Entwicklung eines Public Corporate Governance Kodex für öffentliche Banken, BKR 2006, S. 139 ff.
- Knöfler, Kathrin*, Rechtliche Auswirkungen der Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, Frankfurt u. a. 2001.
- Kock, Martin / Dinkel, Renate*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgement Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, S. 441 ff.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. II (Hrsg. Zöllner), 2. Aufl., Köln u. a. 1996
- Kort, Michael*, Standardisierung der Lenkung von Wirtschaftsprozessen durch Corporate Governance-Grundsätze, in: Stelmach/R.Schmidt (Hrsg.), Krakauer- Augsburgischer Rechtsstudien, Bd. 3, Warschau 2008, S. 129 ff.
- Krüger, Dirk / Kalbfleisch, Eberhard*, Due Diligence beim Kauf und Verkauf von Unternehmen – Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf -, DStR 1999, S. 174 ff.
- Langenbucher, Katja*, Vorstandshandeln und Kontrolle – zu einigen Neuerungen des UMAG, DStR 2005, S. 2083 ff.
- Lehleiter, Gunther / Hoppe, Christian*, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2007, S. 178.
- Lutter, Marcus*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, Köln u. a. 1991.
- Lutter, Marcus*, Interessenkonflikte und Business Judgement Rule, in: FS Canaris, 2007, S. 245 ff.

- Lutter, Marcus*, Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, BB 2009, S. 786 ff.
- Lutter, Marcus / Krieger, Gerd*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., Köln 2008.
- Lubos, Günter*, Besonderheiten bei der Übernahme von Kristenunternehmen – Praxisprobleme bei Due Diligence, Risiko- und Kaufpreisermittlung –, DStR 1999, S. 951 ff.
- Maunz/Dürig/Herzog* (Hrsg.), Kommentar zum GG, Loseblattausgabe, München.
- Möschel, Wernhard*, Privatisierung öffentlicher Kreditinstitute, WM 1999, S. 1455 ff.
- Müller, Klaus J.*, Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, S. 2196 ff.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. II (Hrsg. Goette/Habersack/Kalss), 3. Aufl., München 2008; Bd. Va (Hrsg. Kropff/Semler), 2. Aufl., München 2003.
- Neusinger Ulrich, Lindt Peter*, Ein Unternehmen auf dem Vormarsch – 7 Jahre bayerisches Kommunalunternehmen, BayVBl. 2002, S. 689 ff.
- Ossenbühl, Fritz*, Satzung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, 3. Aufl., 2007, Bd. V, § 105, S. 353 ff.
- Paefgen, Walter*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, S. 891 ff.
- Pentz, Andreas*, Vorstand und Aufsichtsrat, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006, § 16.
- Picot, Gerhard / Mentz, Alexander / Seydel, Eberhard* (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, München 2003.
- Preußner, Joachim*, Corporate Governance in Öffentlichen Unternehmen, NZG 2005, S. 575 ff.
- Preußner, Joachim*, Organisationsrecht des Aufsichtsrates von Anstalten des Öffentlichen Rechts- Rechtliche Aspekte zur Tätigkeit von Aufsichtsräten am Beispiel der Landesbank Berlin (LBB), LKV 2004, S. 299 ff.
- Preußner, Joachim / Pananis, Panos*, Risikomanagement und strafrechtliche Verantwortung – Corporate Governance am Beispiel der Kreditwirtschaft, BKR 2004, S. 347 ff.
- Püttner, Günter*, Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit von Mitgliedern der Überwachungsorgane, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. I, Baden-Baden 1980.
- Reischauer Friedrich / Kleinhaus, Joachim / Becker, Egon*, Kreditwesengesetz, Loseblatt, Berlin.
- Rümker, Dietrich*, Zur Organverfassung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, in: Hadding (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, am 17. Oktober 1984, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin u. a. 1984, S. 745 ff.
- Rümker, Dietrich*, Probleme der Entlastung im Bereich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, in: Hofmann/Meyer-Cording/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 1986, S. 99 ff.
- Schäfer, Hans / Missling, Patrick*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1999, S. 441 ff.
- Scharpf, Christian*, Kommunales Unternehmensrecht in Bayern, München 2004.

- Schiedermaier, Manfred / Kolb, Franz-Josef*, Der Aufsichtsrat, in: Müller/Rödter (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, mit KGaA, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, München 2004, § 7.
- Schlierbach, Helmut*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Stuttgart 2003.
- Schmidt, Reiner*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, 3. Aufl., 2006, Bd. IV, § 92, S.885 ff.
- Schmidt, Reiner*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg u. a. 1990.
- Schmitt, Bertram*, Untreue von Bank- und Sparkassenverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2006, S. 125 ff.
- Schwark, Eberhard*, Zum Haftungsmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder einer AG, in: Hadting (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, am 17. Oktober 1984, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin u. a. 1984, S. 841 ff.
- Scott, Cornelia*, Organisatorische Aspekte der Due Diligence, in: Scott (Hrsg.), Due Diligence in der Praxis, Wiesbaden 2001, S. 14 ff.
- Semler, Johannes / Stengel, Arndt*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften am Beispiel von Konflikten bei der Übernahme, NZG 2003, S. 1 ff.
- Spindler, Gerald*, Sonderprüfung und Pflichten des Bankvorstands in der Finanzmarktkrise – Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09 – IKB, NZG 2010, S. 281 ff.
- Storr, Stefan*, Der Staat als Unternehmer, Tübingen 2001.
- Thode, Bernd / Peres, Holger*, Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, VerwArch 1998, Bd. 89, S. 439 ff.
- Twiehaus, Uwe*, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, Göttingen 1965.
- Völter, Michael*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., Stuttgart 2005.
- Wagner, Dominique*, Organisationsrecht der Landesbanken und öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten, Frankfurt a.M. 1999.
- Wolff, Eberhard*, Wieviel Freiheit vom Staat? Sparkassenorgane zwischen Managerhaftung und öffentlichem Dienstrecht, WM 1992, S. 1469 ff.
- Wulf, Daniel*, Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, Befugnisse und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute des Bundes und der Länder, Köln u.a. 1992.