

Rechtsgutachten

zu den Pflichten von Vorstand und Verwaltungsrat
der Bayerischen Landesbank
im Zusammenhang mit dem Kauf der Hypo Group Alpe Adria

im Auftrag
des Untersuchungsausschusses des
Bayerischen Landtags

erstattet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Bonn

unter Mitarbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter

Johanna Stenglein

Marco Tautges

Dennis Veenhuis

Übersicht

I.	Auftrag	1
II.	Rechtsgrundlagen	1
	1. Unmittelbare Anwendbarkeit	1
	2. Entsprechende Anwendbarkeit des AktG	2
III.	Die rechtliche Grundlage für den Beteiligungserwerb an der HGAA	2
	1. BayernLB als Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)	2
	2. Aufgaben der BayernLB	3
	3. Bindung des Handelns der BayernLB an einen öffentlichen Zweck	4
	4. Unzulässigkeit des Erwerbs der Beteiligung an der HGAA	4
IV.	Einzelfragen	5
	1. Anwendbare Vorschriften für die Geschäftstätigkeit der BayernLB	5
	2. Regelung der Zusammensetzung von Vorstand und Verwaltungsrat	6
	2.1 Zusammensetzung des Vorstands	6
	2.2 Zusammensetzung des Verwaltungsrats	7
	3. Vorschriften, die sich mit der Arbeit des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB beschäftigen	9
	3.1 Vorstand	9
	3.1.1 Bestimmungen des BayLBG	9
	3.1.2 Bestimmungen der Satzung der BayernLB	9
	3.1.3 Bestimmungen der Geschäftsordnung Vorstand der BayernLB	9
	3.2 Verwaltungsrat	10
	3.2.1 Bestimmungen des BayLBG	10
	3.2.2 Bestimmungen der Satzung der BayernLB	10
	3.2.3 Bestimmungen der Geschäftsordnung der BayernLB	11

4. Gesetzliche Aufgabenzuweisungen an den Vorstand und den Verwaltungsrat	11
4.1 Aufgaben des Vorstands	11
4.2 Aufgaben des Verwaltungsrats	13
5. Erfahrungsgemäße Ausgestaltung der Aufgabenverteilung von Vorstand und Verwaltungsrat bei ähnlichen Instituten in der Praxis	14
5.1 Landesbank Baden-Württemberg (LBBW)	15
5.1.1 Aufgaben des Vorstands der LBBW	15
5.1.2 Aufgaben des Verwaltungsrats der LBBW	15
5.1.3 Vergleich mit den Aufgaben des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB	16
5.2 Landesbank Hessen-Thüringen (Helaba)	18
5.2.1 Aufgaben des Vorstands der Helaba	18
5.2.2 Aufgaben des Verwaltungsrats der Helaba	18
5.2.3 Vergleich mit den Aufgaben des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB	19
6. Arbeitsweise des Verwaltungsrats im Vergleich zu der bankenüblichen Handlungsweise eines Aufsichtsrats	21
6.1 Vergleich der Arbeitsweisen im Hinblick auf aktienrechtliche Vorgaben	21
6.1.1 Aufgabenzuweisung	21
6.1.2 Arbeitsweise	22
6.2 Vergleich der Arbeitsweise im Hinblick auf privatrechtlich organisierte Banken	25
6.2.1 Deutsche Bank	25
6.2.1.1 Stellvertretung	25
6.2.1.2 Einberufung von Aufsichtsratssitzungen	25
6.2.1.3 Beschlußfähigkeit	26
6.2.1.4 Beschlußmehrheit	27
6.2.1.5 Sitzungsprotokolle	27

6.2.1.6	Interessenkonflikte und Verschwiegenheitspflichten	27
6.2.1.7	Überwachungsinstrumente	27
6.2.1.8	Ausschüsse	29
6.2.2	Commerzbank	30
6.2.2.1	Stellvertretung	30
6.2.2.2	Einberufung von Aufsichtsratssitzungen	30
6.2.2.3	Beschlußfähigkeit	31
6.2.2.4	Beschlußmehrheit	32
6.2.2.5	Sitzungsprotokolle	32
6.2.2.6	Interessenkonflikte und Verschwiegenheitspflichten	32
6.2.2.7	Überwachungsinstrumente	32
6.2.2.8	Ausschüsse	33
6.3	Zusammenfassung	34
7.	Kontrollpflicht des Verwaltungsrats	34
7.1	Kontrolle der Geschäftsführung	34
7.2	Entsprechende Anwendung der Grundsätze des Aktienrechts	34
7.3	Kontrolle der Leitung der Bank durch den Vorstand	35
7.4	Überwachungsmaßstab	37
7.4.1	Legalität der Unternehmensführung	37
7.4.2	Ordnungsmäßigkeit der Unternehmensführung	38
7.4.3	Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung	38
7.4.4	Zweckmäßigkeit der Unternehmensführung	39
7.5	Intensität der Überwachung	39
7.6	Durchsetzung von Monita	40
7.7	Zustimmungsvorbehalte	41
7.7.1	Erhöhte Sorgfaltsanforderungen	41
7.7.2	Vorlage des Vorstands an den Verwaltungsrat	43
7.7.3	Unternehmenskauf	43
7.7.4	Zusammenfassung	45
8.	Befugnisse zur Durchsetzung der Kontrolle	46
9.	Wahrnehmung der Kontrollfunktion in der Praxis	46
10.	Sorgfalt	47

10.1 Vorstand	47
10.1.1 Allgemeines	47
10.1.1.1 Legalitätspflicht	47
10.1.1.2 Planungs- und Steuerungsverantwortung	48
10.1.1.3 Organisationsverantwortung	49
10.1.1.4 Finanzverantwortung	49
10.1.1.5 Informationsverantwortung	50
10.1.2 Unternehmenskauf	50
10.1.2.1 Due Diligence	50
10.1.2.2 Weitere Aspekte	51
10.1.2.3 Pflicht zur Vorlage an den Verwaltungsrat	52
10.2 Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats und seiner Mitglieder	52
10.2.1 Allgemeines	52
10.2.2 Pflichten des Verwaltungsrats im Überblick	53
10.2.3 Allgemeiner Sorgfaltsmaßstab	53
10.2.4 Unternehmenskauf	54
10.3 Unternehmerisches Ermessen (Business Judgment Rule)	55
10.3.1 Allgemeines	55
10.3.2 Unternehmenskauf	56
11. Haftung	57
11.1 Vorstand	57
11.1.1 Haftung entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	57
11.1.2 Pflichtverletzung und Verschulden	58
11.1.3 Kausalität	59
11.1.4 Beweislastumkehr	59
11.1.5 Gläubiger der Haftung	59
11.1.6 Umfang der Schadensersatzpflicht	59
11.1.7 Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs	60
11.2 Verwaltungsrat	61

11.2.1	Regelung der Satzung	61
11.2.2	Pflichtverletzung	62
11.2.3	Schaden	62
11.2.4	Verschulden	62
11.2.5	Gläubiger der Haftung	63
11.2.6	Umfang der Schadensersatzpflicht	63
11.2.7	Beweislastumkehr	63
11.2.8	Geltendmachung des Schadensersatzanspruches	63
11.3	Haftung und Business Judgment Rule	64
12.	Schluß	65

ff.

(zit.: *Böttcher*, NZG 2005, 49)

Böttcher, Lars

Organpflichten beim Unternehmenskauf,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007,
S. 481 ff.

(zit.: *Böttcher*, NZG 2007, 481)

Bürgers, Tobias/Körber, Torsten (Hrsg.)

Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz,
Heidelberg 2008

(zit.: *Bearbeiter*, in Bürgers/Körber)

Bürkle, Jürgen

Corporate Compliance als Standard guter
Unternehmensführung des Deutschen Corpo-
rate Governance Kodex, Betriebs-Berater
2007, S. 1797 ff.

(zit.: *Bürkle*, BB 2007, 1797)

Claussen, Carsten P.

Abgestufte Überwachungspflicht des Auf-
sichtsrats?, Die Aktiengesellschaft 1984, S.
20 f.

(zit.: *Claussen*, AG 1984, 20)

Eggenberger, Jens

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

(zit.: *Eggenberger*)

Ehlers, Dirk

Die wirtschaftliche Betätigung der öffent-
lichen Hand in der Bundesrepublik Deutsch-
land, Juristenzeitung 1990, S. 1089 ff.

(zit.: *Ehlers*, JZ 1990, 1089)

Eisenhardt, Ulrich

Gesellschaftsrecht, 14. Auflage, München

2009

(zit.: Eisenhardt)

Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.)

Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage
Berlin 2005

(*Bearbeiter*, in Erichsen/Ehlers)

Fischer, Reinfrid

Haftung und Abberufung von Bankvorständen,
Deutsches Steuerrecht 2007, S. 1083 ff.

(zit.: *Fischer*, DStR 2007, 1083)

Fleck, Hans-Joachim

Das Organmitglied – Unternehmer oder
Arbeitnehmer?, Festschrift für Hilger und
Stumpf, S. 196 ff.

(zit.: *Fleck*, FS Hilger/Stumpf)

Fleischer, Holger (Hrsg.)

Handbuch des Vorstandsrechts, München
2006

(zit.: *Bearbeiter*, in HdbVorstandsR)

Fleischer, Holger

Corporate Compliance im aktienrechtlichen
Unternehmensverbund, Corporate Com-
pliance Zeitschrift 2008, S. 1 ff.

(zit.: *Fleischer*, CCZ 2008, 1)

Fleischer, Holger

Aktuelle Entwicklungen der Managerhaf-
tung, Neue Juristische Wochenschrift 2009,
S. 2337 ff.

(zit.: *Fleischer*, NJW 2009, 2337)

Fleischer, Holger/Körper, Torsten

Due Diligence und Gewährleistung beim
Unternehmenskauf, Betriebs-Berater 2001, S.
841 ff.

(zit.: *Fleischer/Körper*, BB 2001, 841)

- Fonk, Hans-Joachim
Zustimmungsvorbehalte des AG-Aufsichtsrats, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2006, S. 841 ff.
(zit.: *Fonk*, ZGR 2006, 841)
- Goette, Wulf
Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1995, S. 648 ff.
(zit.: *Goette*, ZGR 1995, 648)
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§ 76-117, 3. Auflage, München 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in MünchKommAktG)
- Götz, Heinrich
Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, Die Aktiengesellschaft 1995, S. 337 ff.
(zit.: *Götz*, AG 1995, 337)
- Grunewald, Barbara
Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Tübingen 2008
(zit.: *Grunewald*)
- Habersack, Mathias
Managerhaftung, Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, Versicherungsrecht Schriftenreihe 43, S. 5 ff.
(zit.: *Habersack*, VersR-Schriften 43)
- Hauschka, Christoph E.
Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 877 ff.

(zit.: *Hauschka*, ZIP 2004, 877)

Heidel, Thomas (Hrsg.)

Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2007

(zit.: *Bearbeiter*, in Heidel)

Hemeling, Peter

Gesellschaftsrechtliche Fragen der Due Dilligence beim Unternehmenskauf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 169 (2005), S. 274 ff.

(zit.: *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274)

Hill, Hermann

In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?, Betriebs-Berater 1997, S. 425 ff.

(zit.: *Hill*, BB 1997, 425)

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 3. Auflage, München 2007

(zit.: *Bearbeiter*, in MünchHdbAG)

Hölters, Wolfgang (Hrsg.)

Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Auflage, Köln 2005

(zit.: *Bearbeiter*, in Hölters)

Holzappel, Hans-Joachim/Pöllath, Reinhard

Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Auflage, Köln 2005

(zit.: *Holzappel/Pöllath*)

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.)

Aktiengesetz Großkommentar

- Dritter Band: §§ 76-94, 4. Auflage, Berlin 2008

- Vierter Band: §§ 95-117, 4. Auflage,

- Berlin 2006
(zit.: *Bearbeiter*, in GroßkommAktG)
- Hüffer, Jens
Vorstandspflichten beim Zustimmungsvorbehalt für M&A-Transaktionen, Festschrift für Uwe Hüffer, München 2010
(zit.: *J. Hüffer*, FS Hüffer)
- Hüffer, Uwe
Die leistungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 47 ff.
(zit.: *Hüffer*, NZG 2007, 47)
- Hüffer, Uwe
Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010
(zit.: *Hüffer*)
- Ipsen, Hans Peter
Rechtsfragen zur „Ausgliederung“ des Werbefernsehens, Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 2102 ff.
(zit.: *Ipsen*, NJW 1963, 2102)
- Isensee, Josef
Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, Der Betrieb 1979, S. 145 ff.
(zit.: *Isensee*, DB 1979, 145)
- Jäger, Axel
Aktiengesellschaft, München 2004
(zit.: *Jäger*)
- Katz, Alfred
Kommunale Wirtschaft, Stuttgart 2004
(zit.: *Katz*)
- Kiethel, Kurt
Vorstandshaftung aufgrund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, Neue

- Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1999, S. 976 ff.
(zit.: *Kiethe*, NZG 1999, 976)
- Kiethe, Kurt
Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2005, S. 177 ff.
(zit.: *Kiethe*, BKR 2005, 177)
- Koch, Jens
Compliance-Pflichten im Unternehmensverbund?, Wertpapier-Mitteilungen 2009, S. 1013 ff.
(zit.: *Koch*, WM 2009, 1013)
- Koenig, Christian
Zur Anwendbarkeit der Ultra-vires-Lehre im Falle des Überschreitens der gesetzlich begrenzten Aufgaben öffentlicher Kreditanstalten am Beispiel einer Landesbank, Wertpapier-Mitteilungen 1995, S. 317 ff.
(zit.: *Koenig*, WM 1995, 317)
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H. (Hrsg.)
Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage, Köln 2010
(zit.: *Bearbeiter*, in HdbManagerhaftung)
- Kropff, Bruno/Semler, Johannes (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3: §§ 76-117 AktG, 2. Auflage, München 2004
(zit.: *Bearbeiter*, in MünchKommAktG, 2. Aufl.)
- Liekefett, Kai Haakon
Due Diligence bei M&A-Transaktionen, Berlin 2005

(zit.: *Liekefett*)

Liese, Jens/Theusinger, Ingo

Zur Frage der Geschäftsführerhaftung aufgrund einer Fehlinvestition, Betriebs-Berater 2007, S. 71 f.

(zit.: *Liese/Theusinger*, BB 2007, 71)

Löbbe, Marc

Unternehmenskontrolle im Konzern, Heidelberg 2003

(zit.: *Löbbe*)

Lutter, Marcus

Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, Köln/Berlin/Bonn/München 1991

(zit.: *Lutter*, Sparkassenorgane)

Lutter, Marcus

Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Auflage, Köln 2006

(zit.: *Lutter*, Aufsichtsrat)

Lutter, Marcus

Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, Die Aktiengesellschaft 1991, S. 249 ff.

(zit.: *Lutter*, AG 1991, 249)

Lutter, Marcus

Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 841 ff.

(zit.: *Lutter*, ZIP 2007, 841)

Lutter, Marcus

Bankenkrise und Organhaftung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 197 ff.

(zit.: *Lutter*, ZIP 2009, 197)

Lutter, Marcus

Professionalisierung des Aufsichtsrats, Der Betrieb 2009, S. 775 ff.

(zit.: *Lutter*, DB 2009, 775)

Lutter, Marcus

Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, Betriebs-Berater 2009, S. 786 ff.

(zit.: *Lutter*, BB 2009, 786)

Lutter, Marcus/Krieger, Gerd

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Auflage, Köln 2008

(zit.: *Lutter/Krieger*)

Marsch-Barner, Reinhard/Schäfer, Frank A.
(Hrsg.)

Handbuch börsennotierte AG, 2. Auflage, Köln 2009

(zit.: *Bearbeiter*, in Marsch-Barner/Schäfer)

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München 2009

(zit.: *Maurer*)

Paefgen, Walter G.

Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, S. 891 ff.

(zit.: *Paefgen*, NZG 2009, 891)

Pahlke, Anne-Kathrin

Risikomanagement nach KonTraG – Überwachungspflichten und Haftungsrisiken für den Aufsichtsrat, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 1680 ff.

(zit.: *Pahlke*, NJW 2002, 1680)

Palandt, Otto

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010

(zit.: *Bearbeiter*, in Palandt)

- Peus, Egon A. Der Aufsichtsratsvorsitzende, Köln 1983
(zit.: *Peus*)
- Potthoff, Erich/Trescher, Karl/Theisen, Manuel René Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Auflage, Stuttgart 2003
(zit.: *Potthoff/Trescher/Theisen*)
- Püttner, Günter Die öffentlichen Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart/München/Hannover 1985
(zit.: *Püttner*)
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, München 2010
(zit.: *Raiser/Veil*)
- Scharpf, Christian Kommunales Unternehmensrecht in Bayern, München 2004
(zit.: *Scharpf*)
- Scharpf, Christian Die Konkretisierung des öffentlichen Zwecks, Verwaltungsarchiv 2005, S. 485 ff.
(zit.: *Scharpf*, VerwArch 2005, 485)
- Schlitt, Christian Der aktive Aufsichtsratsvorsitzende, Der Betrieb 2005, S. 2007 ff.
(zit.: *Schlitt*, DB 2005, 2007)
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.) Aktiengesetz Kommentar, Erster Band: §§ 1-149, Köln 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in K. Schmidt/Lutter)
- Schmidt-Aßmann, Eberhardt/Schoch, Friedrich Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2008

- (zit.: *Bearbeiter*, in Schmidt-Aßmann/
Schoch)
- Schneider, Hannes/Busch, Torsten
Swappeschäfte der Landesbanken, Wertpa-
pier-Mitteilungen 1995, S. 326 ff.
(zit.: *Schneider/Busch*, WM 1995, 326)
- Schönberger, Katja
Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichts-
rates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des
Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2-4 AktG),
Jena 2006
(zit.: *Schönberger*)
- Seibt, Christoph H. (Hrsg.)
Beck'sches Formularbuch Mergers &
Acquisitions, München 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in BeckFormM&A)
- Semler, Johannes
Die Unternehmensplanung in der Aktien-
gesellschaft, Zeitschrift für Unternehmens-
und Gesellschaftsrecht 1983, S. 1 ff.
(zit.: *Semler*, ZGR 1983, 1)
- Semler, Johannes
Leitung und Überwachung der Aktiengesell-
schaft, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/Mün-
chen 1996
(zit.: *Semler*)
- Semler, Johannes/Peltzer, Martin (Hrsg.)
Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder,
München 2005
(zit.: *Bearbeiter*, in Semler/Peltzer)
- Semler, Johannes/v. Schenck, Kersten
(Hrsg.)
Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder,
3. Auflage, München 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in Semler/v. Schenck)

- Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger (Hrsg.) Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band 1, München 2001
(zit.: *Bearbeiter*, in Semler/Volhard)
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.) Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1-178, München 2007
(zit.: *Bearbeiter*, in Spindler/Stilz)
- Storr, Stefan Der Staat als Unternehmer, Tübingen 2001
(zit.: *Storr*)
- Thode, Bernd Der öffentliche Auftrag der Landesbanken, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1994, S. 172 ff.
(zit.: *Thode*, ZfgKW 1994, 172)
- Völter, Michael Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern von Sparkassen, 1993
(zit.: *Völter*)
- Wellhöfer, Werner/Peltzer, Martin/Müller, Welf (Hrsg.) Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, München 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in Wellhöfer/Peltzer/Müller)
- Werner, Rüdiger Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen – die Pflicht des Vorstands zur Due Dilligence, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 989 ff.
(zit.: *Werner*, ZIP 2000, 989)
- Wulf, Daniel Der Verwaltungsrat öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, Köln/Berlin/Bonn/München

1992

(zit.: *Wulf*)

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band
2: §§ 76-117, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/
München 1996

(zit.: *Bearbeiter*, in KölnKommAktG)

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.)

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band
2/1: §§ 76-94, 3. Auflage, Köln 2010

(zit.: *Bearbeiter*, in KölnKommAktG)

I. Auftrag

Der Bayerische Landtag hat am 24.02.2010 die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses beschlossen zur Prüfung einer großen Anzahl von Fragen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Hypo Group Alpe Adria (**HGAA**) durch die Bayerische Landesbank (**BayernLB**). Ein Exemplar dieses Beschlusses ist als *Anlage 1* diesem Gutachten beigelegt.

Der Untersuchungsausschuss seinerseits hat am 09.03.2010 einen Beweisbeschluss gefasst, wonach durch Sachverständigengutachten eine große Anzahl von abstrakten Rechtsfragen geklärt werden soll. Ein Exemplar dieses Beschlusses ist als *Anlage 2* diesem Gutachten beigelegt.

Der Unterzeichnende wurde neben Prof. Dr. Reiner Schmidt zum Sachverständigen bestellt.

II. Rechtsgrundlagen

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Rechtsgrundlagen für die Beantwortung der dem Gutachter gestellten Fragen sind vor allem

- 1.1 das „Gesetz über die Bayerische Landesbank“ (**BayLBG**),
- 1.2 die „Satzung der Bayerischen Landesbank“ (**Satzung Bayern LB**),
- 1.3 die „Geschäftsordnung für den Vorstand der BayernLB“ (**GO Vorstand Bayern LB**) und
- 1.4 aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Vorschriften des Kreditwesengesetzes (**KWG**)¹ sowie das Rundschreiben 18/2005 der BaFin vom 20.12.2005 über Mindestanforderungen an das Risikomanagement.

Diese Unterlagen haben in den vergangenen Jahren verschiedene Änderungen erfahren. Da der Untersuchungsausschuss Fragen im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb der BayernLB an der HGAA zu untersuchen und dieser am 22.05.2007 stattgefunden hat, geht es jeweils um die Fassung *vor* diesem Zeitpunkt.

¹ Siehe dazu ausführlich *Lutter*, ZIP 2009, 197, 198 ff.; *Wulf*, S. 26 f.

Für das BayLBG sind mithin maßgebend die Fassungen vom 19.07.2005 bis zum 31.12.2006, vom 01.01.2007 bis zum 30.04.2007 sowie vom 01.05.2007 bis zum 31.12.2008.

Für die Satzung der BayernLB ist maßgebend die Fassung vom 08.07.2005, nicht aber diejenige vom 11.09.2009, denn zu diesem Zeitpunkt war der Beteiligungserwerb bereits abgeschlossen.

Für die Geschäftsordnung für den Vorstand der BayernLB ist die Fassung vom 01.07.2006 maßgebend.

2. Entsprechende Anwendbarkeit des AktG

Im Übrigen sind kaum weitere rechtliche Grundlagen zu ermitteln, weil es im öffentlichen Recht keine allgemeinen Regeln für öffentliche Unternehmen und ihre Organe sowie deren Rechte und Pflichten vergleichbar dem AktG, dem GmbHG und dem GenG im Privatrecht mit ihren eingehenden Regeln zu Vorstand und Aufsichtsrat gibt. Es hat sich daher in der wissenschaftlichen Literatur nach und nach die Ansicht durchgesetzt, dass auf öffentliche Unternehmen wie die BayernLB ersatzweise die Regeln des Aktienrechts entsprechend anzuwenden sind.² Im übrigen geht die BayernLB selbst von der entsprechenden Anwendbarkeit des Aktiengesetzes aus, indem sie dies unter II. 1. a. ihrer Corporate Governance-Grundsätze selbst in dieser Weise anspricht.

III. Die rechtliche Grundlage für den Beteiligungserwerb an der HGAA

1. BayernLB als Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)

Die BayernLB ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts, deren Träger der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband Bayern sind, Art. 3 Abs. 1 S. 1 BayLBG. Als solche ist sie per definitionem ein durch Gesetz begründeter Bestand von Mitteln, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind.³

² Püttner, S. 21, 231; Badura, FS Schlochauer, S. 3, 11 ff.; vgl. zur Organhaftung Fischer, in HdbManagerhaftung, § 19 Rn. 9; Kiethe, BKR 2005, 177, 178; Lutter, Sparkassenorgane, S. 10 ff.; ders., BB 2009, 786, 790 f.

³ Burgi, in Erichsen/Ehlers, § 7 Rn. 13; Maurer, § 23 Rn. 46; vgl. auch Püttner, S. 61.

2. Aufgaben der BayernLB

Ihre Aufgaben beschreibt das BayLBG in den hier maßgebenden und gleichlautenden Fassungen vom 01.01.2007 und 01.05.2007 wie folgt:

„Art. 2 Aufgaben

- (1) ¹Die Bank hat insbesondere die Aufgaben einer Staatsbank sowie einer Kommunal- und Sparkassenzentralbank. ²Sie hat durch ihre Geschäftstätigkeit den Freistaat Bayern und seine kommunalen Körperschaften einschließlich der Sparkassen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, insbesondere der Strukturförderaufgaben, zu unterstützen.
- (2) Zu den Aufgaben der Bank gehört auch die Ausgabe von Pfandbriefen und sonstigen Schuldverschreibungen sowie die Begründung von Schuldbuchforderungen.
- (3) ¹Die Bank kann alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäften betreiben sowie alle sonstigen Geschäfte, die der Bank dienen. ²Die Geschäfte der Bank sind nach kaufmännischen Grundsätzen unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags zu führen.
- (4) ¹Die Bank kann zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Geschäfte Unternehmen oder Beteiligungen daran erwerben oder veräußern, sich an Verbänden beteiligen sowie eigene selbständige Einrichtungen errichten. ² Die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten bedarf der Zustimmung des Freistaates Bayern und des Sparkassenverbands Bayern.“

§ 3 der Satzung nimmt darauf Bezug, während § 4 der Satzung formuliert:

„Beteiligungen

Die Bank kann andere Unternehmen und Beteiligungen an Unternehmen erwerben und veräußern, sich an Verbänden beteiligen sowie eigene selbständige Einrichtungen errichten. Die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten bedarf der Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern.“

3. Bindung des Handelns der BayernLB an einen öffentlichen Zweck

Alles Handeln der öffentlichen Hand, sei es unmittelbar oder mittelbar über eine AöR, muss einem **öffentlichen Zweck** dienen.⁴ Dieser ist im BayLBG von 2007 und in der damals gültigen Satzung vielfach angesprochen mit Formulierungen wie „zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben“ oder „unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags“.

Erst im BayLBG vom 27.07.2009 finden sich in dem *geänderten* Art. 2 Abs. 1 weitergehende Formulierungen, wonach die Bank

„... eine im Wettbewerb stehende Geschäftsbank [ist], die sich regional schwerpunktmäßig auf Bayern, Deutschland und die angrenzenden Wirtschaftsräume Europas konzentriert.“

Diese Fassung des BayLBG ist auf die Vorgänge von Januar bis Mai 2007 *nicht anwendbar*.

4. Unzulässigkeit des Erwerbs der Beteiligung an der HGAA

Wie bereits gesagt muss jedes unmittelbare und – wie hier – mittelbare Handeln des Staates einem öffentlichen Zweck dienen. Dieser öffentliche Zweck ist weit zu verstehen im Sinne eines wie auch immer gearteten Nutzens für die Bürger.⁵ Er bezieht sich auf den Unternehmenszweck und nicht auf jede einzelne unternehmerische Handlung.⁶ Bei seiner Festlegung steht dem Staat eine weite Einschätzungsprärogative zu.⁷ Der Staat darf sogar bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke Erträge erzielen⁸, *jedoch ist die ausschließliche Absicht der Gewinnerzielung kein öffentlicher Zweck*⁹. Dies ist eine Ausprägung des Grundsatzes, dass öffentliche Unternehmen durch Leistung dienen und nicht durch Ertrag.¹⁰ Diese weitgehend unstrittige Feststellung der Wissenschaft dient einerseits dem Schutz des

⁴ BVerfGE 61, 82, 107; *Badura*, FS Schlochauer, S. 3, 19 f.; *Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1091; *Koenig*, WM 1995, 319, 320; *Lutter*, BB 2009, 786, 789; *Püttner*, S. 128; *Scharpf*, S. 102 f.; *ders.*, VerwArch 2005, 485, 487 f.

⁵ BVerwG BayVBl. 1978, 375; OVG NRW DÖV 2005, 220; *Burgi*, in Erichsen/Ehlers, § 7 Rn. 13; *Maurer*, § 23 Rn. 46; vgl. auch *Badura*, FS Schlochauer, S. 3, 6; *Katz*, S. 26.

⁶ *Katz*, S. 22.

⁷ *Badura*, FS Schlochauer, S. 3, 6; *Hill*, BB 1997, 425, 429, der von der „Einschätzungsprärogative der demokratisch legitimierten Gemeindevertretungen“ spricht; *Lutter*, BB 2009, 786, 789; vgl. zur Tragweite auch BGH WRP 1959, 83, 84.

⁸ So *Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1091; *Röhl*, in Schmidt-Aßmann/Schoch, S. 94; *Thode*, ZfgKW 1994, 172, 173.

⁹ BVerfGE 61, 82, 107; *Hill*, BB 1997, 425, 429; *Ipsen*, NJW 1963, 2102, 2107; *Isensee*, DB 1979, 145, 149; *Lutter*, BB 2009, 786, 789; *Schneider/Busch*, WM 1995, 326, 328; *Thode*, ZfgKW 1994, 172, 174.

¹⁰ *Katz*, S. 26.

Vermögens der öffentlichen Hand vor wirtschaftlichen Risiken, wie sie mit Geschäften in der Absicht der Gewinnerzielung stets verbunden sind.¹¹ Sie dient aber auch der Transparenz: Die öffentliche Hand hat sich durch Steuern und Abgaben zu finanzieren, nicht durch die allgemeine Beteiligung am Wirtschaftsverkehr.¹² Sähe man auch eine ausschließliche oder primär auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeit als zulässig an, so ließe sich damit jegliches Geschäftsgebaren rechtfertigen, und die Zweckbindung der Anstalt öffentlichen Rechts würde von innen ausgehöhlt.¹³

Unter diesem Gesichtspunkt war der Erwerb der HGAA durch die BayernLB **rechtlich unzulässig**.¹⁴ Denn welchem öffentlichen Zweck im Sinne eines Nutzens für die bayerischen Bürger hätte er dienen können außer einer – gescheiterten – Absicht der Gewinnerzielung und der Ausweitung der Geschäfte in weit von Bayern entfernte Gegenden und der Kreditierung von Ausländern: Dafür steht das vom Freistaat verwaltete Vermögen der bayerischen Bürger von Rechts wegen nicht zur Verfügung.¹⁵

IV. Einzelfragen

Im Folgenden werden die dem Gutachter gestellten Einzelfragen erörtert und beantwortet. Dabei wird unterstellt, dass der Erwerb der Adria durch die BayernLB entgegen der hier vertretenen Auffassung rechtlich zulässig war.

1. Anwendbare Vorschriften für die Geschäftstätigkeit der BayernLB

Zunächst wird auf die obigen Ausführungen¹⁶ Bezug genommen. Auf die BayernLB sind in dem kritischen Zeitraum vom Dezember 2006 bis Mai 2007 vor allem anwendbar

¹¹ Die BayernLB hat dies mit den Milliarden-Verlusten im Zusammenhang mit dem Erwerb der amerikanischen Wertpapiere drastisch erlebt. Der Erwerb dieser Wertpapiere hat keinem öffentlichen Zweck gedient und erfolgte in reiner Absicht der Gewinnerzielung. *Er war rechtlich unzulässig*, vgl. dazu Lutter, BB 2009, 786, 789 f.; ferner Katz, S. 24; Storr, S. 117.

¹² Vgl. Ehlers, JZ 1990, 1089, 1091; Isensee, DB 1979, 145, 149; Lutter, BB 2009, 786, 789. Der Bayerische Landtag hat das offensichtlich gemerkt, denn in dem bis zum 27.07.2009 gültigen BayLBG lautete der Aufgabenbereich wie oben zitiert. Erst im Gesetz vom 27.07.2009 wurde Art. 2 Abs. 1 geändert wie ebenfalls oben bereits zitiert. Ob diese neue Bestimmung von 2009 vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof Bestand hätte, erscheint dem Gutachter höchst zweifelhaft. Das aber ist für die hier zu untersuchenden Vorgänge vom Januar bis Mai 2007 ohne Bedeutung, da diese Änderung damals noch nicht beschlossen war.

¹³ Lutter, BB 2009, 786, 789; Thode, ZfgKW 1994, 172, 174.

¹⁴ Vgl. dazu auch VGH Sachsen, Urteil v. 28.08.2009 – Vf. 41-I-08, Rn. 175 ff.

¹⁵ Lutter, BB 2009, 786, 789; generell sehr deutlich dazu Koenig, WM 1995, 319, 321; ferner Katz, S. 24; Storr, S. 117 f.

¹⁶ Siehe sub II.

- 1.1 das BayLBG, wobei für die Vorgänge um den Erwerb der HGAA die Fassungen vom 01.01.2007 bis zum 30.04.2007 und vom 01.05.2007 bis zum 31.12.2008 maßgebend sind,
- 1.2 die Satzung BayernLB in der Fassung vom 08.07.2005 und
- 1.3 das KWG in seiner Fassung vom 09.09.1998 mit den bis Mai 2007 in Kraft getretenen Änderungen¹⁷.
- 1.4 Für den Vorstand der BayernLB maßgebend ist darüber hinaus die GO Vorstand BayernLB vom 01.07.2006.

2. Regelung der Zusammensetzung von Vorstand und Verwaltungsrat

2.1 Zusammensetzung des Vorstands

Gemäß Art. 7 Abs. 2 BayLBG wird die Zusammensetzung des Vorstands durch die Satzung geregelt.

Diese bestimmt in ihrem § 7 Abs. 2 S. 1, dass der Vorstand aus mindestens drei ordentlichen Mitgliedern bestehen muss. Darüber hinaus können stellvertretende Mitglieder bestellt werden, wobei diese gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 Satzung BayernLB innerhalb des Vorstands die gleichen Rechte und Pflichten wie die ordentlichen Mitglieder haben.

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder erfolgt gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 1 BayLBG durch den Verwaltungsrat. Gesetz und Satzung formulieren übereinstimmend in Art. 7 Abs. 3 S. 2 BayLBG bzw. § 7 Abs. 3 Satzung BayernLB, dass die Bestellung der Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre erfolgen kann, wobei eine wiederholte Bestellung ebenso zulässig ist wie eine vorzeitige Abberufung aus wichtigem Grund. Der Vorstandsvorsitzende ist vom Verwaltungsrat aus dem Kreis der ordentlichen Mitglieder zu bestimmen (§ 7 Abs. 2 S. 3 Satzung BayernLB).

¹⁷ Im kritischen Zeitraum zwischen Dezember 2006 und Mai 2007 sind mehrere Änderungen in Kraft getreten: Am 23.11.2006, am 31.12.2006 und am 01.01.2007 traten Änderungen durch Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie in Kraft (BGBl. I 2006, S. 2606) betreffend die Inhaltsübers., §§ 1, 1a, 2, 2a, 2b bis 2d, 8, 8a, 8b, 8c, 8d, 10, 10a, 10b, 10c, 11, 12, 12a, 13, 13a, 13b, 13c, 14, 15, 18, 19, 20, 20a bis 20c, 22, 24, 24c, 25, 25a, 25b, 26a, 28, 29, 30, 31, 33, 33a, 33b, 35, 44, 44a, 44b, 45, 45a, 45b, 46d, 46e, 49, 53, 53b, 53e, 55a, 55b, 56, 64a, 64c, 64e, 64f, 64h KWG; ebenfalls am 01.01.2007 traten die Änderungen durch Art. 12 Abs. 14 des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister in Kraft (BGBl. I 2006, S. 2553) betreffend die §§ 46, 46a KWG; am 20.01.2007 traten Änderungen durch Art. 8 Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz in Kraft (BGBl. I 2007, S. 10) betreffend § 1 KWG.

2.2 Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat besteht grundsätzlich¹⁸ aus zehn Mitgliedern (Art. 8 Abs. 2 S. 1 BayLBG bzw. § 8 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB). Ihm gehören je fünf Vertreter des Freistaates Bayern und des Sparkassenverbands Bayern an (Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayLBG bzw. § 8 Abs. 1 S. 2 Satzung BayernLB).

Im Einzelnen setzt sich der Verwaltungsrat gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 3 BayLBG bzw. § 8 Abs. 1 S. 3 Satzung BayernLB zusammen aus

1. dem Staatsminister der Finanzen,
2. dem Staatsminister des Innern,
3. je einem Vertreter der Staatsministerien der Finanzen, des Innern und für Wirtschaft, Verkehr und Technologie,
4. dem 1. Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern,
5. dem Geschäftsführenden Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern,
6. dem Vorsitzenden des Fachbeirats des Sparkassenverbands Bayern (Landesobmann der bayerischen Sparkassen),
7. einem Vorstandsmitglied einer bayerischen Sparkasse und
8. einem Vertreter der bayerischen kommunalen Spitzenverbände.

Für jedes Verwaltungsmitglied kann ein Stellvertreter bestellt werden (Art. 8 Abs. 2 S. 4 BayLBG bzw. § 8 Abs. 1 S. 4 Satzung BayernLB).

Die Vertreter der Staatsministerien der Finanzen, des Innern und für Wirtschaft, Verkehr und Technologie (Mitglieder nach Art. 8 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 BayLBG) und ihre Stellvertreter werden auf Vorschlag der Stellen, die sie vertreten, durch das Staatsministerium der Finanzen bestellt. Gleiches gilt für die Stellvertreter des Staatsministers der Finanzen sowie des Staatsministers des Innern (Mitglieder nach Art. 8 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 und 2 BayLBG), vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 5 BayLBG.

Das Vorstandsmitglied einer bayerischen Sparkasse und der Vertreter der bayerischen kommunalen Spitzenverbände (Mitglieder nach Art. 8 Abs. 2 S. 3 Nr. 7 und 8 BayLBG) und ihre Vertreter werden ebenso vom Sparkassenverband Bayern bestellt wie die Stellvertreter des 1. Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern, des geschäftsführenden

¹⁸ Im Fall der Beleihung einer juristischen Person des Privatrechts mit der Trägerschaft an der Bank gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 BayLBG kann der beliehene Träger bis zu vier weitere Mitglieder unter Berücksichtigung seiner eigenen Anteilseignerverhältnisse in den Verwaltungsrat entsenden; der beliehene Träger bestellt die von ihm in den Verwaltungsrat zu entsendenden Mitglieder und ihre Stellvertreter, vgl. Art. 8 Abs. 3 BayLBG i.V.m. § 8 Abs. 2 Satzung BayernLB.

Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern und des Vorsitzenden des Fachbeirats des Sparkassenverbands Bayern (Mitglieder nach Art. 8 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 bis 6 BayLBG), vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 6 BayLBG.

Den Vorsitz des Verwaltungsrats führen im Wechsel von drei Jahren der Staatsminister der Finanzen und der Geschäftsführende Präsident des Sparkassenverbands Bayern (Art. 8 Abs. 4 S. 1 BayLBG bzw. § 8 Abs. 3 S. 1 Satzung BayernLB). Stellvertreter des Vorsitzenden ist jeweils der nicht amtierende Vorsitzende (Art. 8 Abs. 4 S. 2 BayLBG bzw. § 8 Abs. 3 S. 2 Satzung BayernLB). Die weitere Stellvertretung regelt der Verwaltungsrat durch Beschluss (§ 8 Abs. 3 S. 3 Satzung BayernLB).

Die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder und ihrer Stellvertreter beträgt grundsätzlich höchstens drei Jahre (Art. 8 Abs. 5 S. 1 BayLBG bzw. § 9 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB). Gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB sind von dieser Regelung logischerweise ausgenommen die funktionsgebundenen Verwaltungsratsmitgliedschaften. Dazu gehören die Mitgliedschaften des Staatsministers der Finanzen, des Staatsministers des Innern, des 1. Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern, des Geschäftsführenden Präsidenten des Sparkassenverbands Bayern und des Vorsitzenden des Fachbeirats des Sparkassenverbands Bayern (Mitglieder nach § 8 Abs. 1 S. 3 Nr. 1, 2, 4, 5 und 6 Satzung BayernLB).

Soweit die Verwaltungsratsmitgliedschaft nicht funktionsgebunden ist, ist eine wiederholte Bestellung zulässig (Art. 8 Abs. 5 S. 2 BayLBG bzw. § 9 Abs. 1 S. 2 Satzung BayernLB).

Ist die Verwaltungsratsmitgliedschaft funktionsbezogen, endet die Amtsdauer vorzeitig bei Ausscheiden aus den vertretenen Institutionen (Art. 8 Abs. 5 S. 3 BayLBG bzw. § 9 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Satzung BayernLB). Nach Ablauf der Amtszeit dauert das Amt bis zum Eintritt der neu entsandten Mitglieder fort (§ 9 Abs. 1 S. 3 Satzung BayernLB).

Nach Art. 9 BayLBG und § 12 Satzung BayernLB kann der Verwaltungsrat Ausschüsse bilden. Die genaue Zusammensetzung ist in § 12 Satzung BayernLB bestimmt.

3. Vorschriften, die sich mit der Arbeit des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB beschäftigen

3.1 Vorstand

3.1.1 Bestimmungen des BayLBG

Das BayLBG trifft lediglich eine Aussage hinsichtlich der Aufgaben des Vorstands: Art. 7 Abs. 1 BayLBG bestimmt, dass der Vorstand die Geschäfte der Bank führt. Art. 11 BayLBG enthält Regelungen zur Vertretung der Bank.¹⁹

3.1.2 Bestimmungen der Satzung BayernLB

Die Satzung bestimmt in § 7 Abs. 1 und § 18 Abs. 1 zunächst das Gleiche.

Darüber hinaus enthält die Satzung Regelungen

- zur Einberufung der Sitzung (§ 7 Abs. 4 S. 1),
- zur Funktion des Vorstandsvorsitzenden (§ 7 Abs. 4 S. 1 und 2),
- zum Geschäftsgang und der Geschäftsordnung (§ 7 Abs. 5 S. 1),
- zur Pflicht des Vorstands, dem Verwaltungsrat seine Geschäftsverteilung zur Kenntnis zu geben (§ 7 Abs. 5 S. 2),
- zur Beschlussfähigkeit (§ 7 Abs. 5 S. 3),
- zur erforderlichen Beschlussmehrheit (§ 7 Abs. 5 S. 4),
- zur Beschlussfassung bei Interessenkonflikten eines Vorstandsmitglieds (§ 7 Abs. 6),
- zu gegenüber dem Verwaltungsrat bestehenden (§ 13),
- zur Vertretungs- und Zeichnungsbefugnis (§ 18),
- zu Verschwiegenheitspflichten (§ 19 Abs. 1) und
- zu Prüfungspflichten (§ 22 Abs. 3).

3.1.3 Bestimmungen der GO Vorstand BayernLB

Vorschriften, die sich eingehend mit der Arbeit des Vorstands beschäftigen, finden sich in der GO Vorstand BayernLB vom 01.07.2006.

¹⁹ Vgl. ausführlich zu den Aufgabenzuweisungen unten sub IV.4.

Sie enthalten Regelungen

- zu den Aufgaben des Vorstands (§ 1)²⁰,
- zum Vorstandsvorsitz (§ 2),
- zur Geschäftsverteilung (§ 3) und zu den Dezernaten (§ 4),
- zu Abwesenheit und Urlaub (§ 5),
- zu Sitzungen und Beschlüssen (§ 6),
- zur Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse von Gremien, wie insbesondere auch des Verwaltungsrats (§ 7),
- zu in der Person eines Vorstandsmitglieds bestehenden Interessenkonflikten ähnlich § 7 Abs. 6 Satzung BayernLB (§ 8) und
- zur internen Revision (§ 10).

3.2 Verwaltungsrat

3.2.1 Bestimmungen des BayLBG

Das BayLBG trifft in Art. 8 Abs. 1 Aussagen über die Aufgaben des Verwaltungsrats. Danach hat der Verwaltungsrat die Richtlinien für die Geschäftspolitik der Bank zu beschließen und deren Geschäftsführung zu überwachen.²¹

Darüber hinaus kann der Verwaltungsrat nach Art. 9 S. 1 BayLBG beratende oder beschließende Ausschüsse bilden.

3.2.2 Bestimmungen der Satzung BayernLB

Die Satzung BayernLB beschäftigt sich sehr viel eingehender mit dem Verwaltungsrat.

Regelungen zum Geschäftsgang des Verwaltungsrats sind primär in § 10 Satzung BayernLB normiert. Sie beinhalten Bestimmungen

- zur Einberufung von Sitzungen (§ 10 Abs. 1 und 2),
- zur Beschlussfähigkeit (§ 10 Abs. 3),
- zur erforderlichen Beschlussmehrheit (§ 10 Abs. 4 S. 1 und 2)²²,
- zu in der Person eines Verwaltungsratsmitglieds bestehenden Interessenkonflikten (§ 10 Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 7 Abs. 6),

²⁰ Vgl. hierzu näher sub IV.4.1.

²¹ Vgl. hierzu näher sub IV.4.2 und sub IV.7.

²² Zu den Verwaltungsratsbeschlüssen, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, siehe § 11 Abs. 4 Satzung BayernLB.

- zur Beschlussfassung in dringenden Fällen (§ 10 Abs. 5),
- zur Beschlussfassung im Wege der schriftlichen Umfrage (§ 10 Abs. 6),
- zur Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Sitzungen des Verwaltungsrats (§ 10 Abs. 7) und
- zur Option des Verwaltungsrats, sich eine Geschäftsordnung zu geben (§ 10 Abs. 8).

Über die Satzung BayernLB verstreut finden sich weitere Vorschriften, die sich mit der Arbeit des Verwaltungsrats beschäftigen. Zu nennen sind

- § 7 Abs. 7 S. 1, wonach der Vorsitzende sowie der stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrats in besonderen Fällen an Sitzungen des Vorstands teilnehmen können,
- § 22 Abs. 2, wonach dem Vorsitzenden sowie dem stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats das Recht zur Prüfung des Geschäftsbetriebs sowie sämtlicher Rechtsverhältnisse der Bank zusteht,
- § 11 zu den Aufgaben des Verwaltungsrats²³,
- § 12 zur Bildung und Arbeitsweise von Ausschüssen,
- § 19 Abs. 1 zu Verschwiegenheitspflichten der Verwaltungsratsmitglieder und
- § 19 Abs. 2 zur Haftung der Verwaltungsratsmitglieder²⁴.

3.2.3 Bestimmungen der Geschäftsordnung der BayernLB

Eine Geschäftsordnung des Verwaltungsrats existiert nicht.

In § 9 GO Vorstand BayernLB ist jedoch analog zu § 22 Abs. 2 Satzung BayernLB das Recht des Vorsitzenden sowie des stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats niedergelegt, den Geschäftsbetrieb sowie sämtliche Rechtsverhältnisse der Bank zu prüfen.

4. Gesetzliche Aufgabenzuweisungen an den Vorstand und den Verwaltungsrat

4.1 Aufgaben des Vorstands

Die dem Vorstand zugewiesenen Aufgaben umfassen

²³ Ausführlich hierzu siehe unten sub IV.4.2.

²⁴ Ausführlich hierzu siehe unten sub IV.11.

- die Führung der Geschäfte der Bank (Art. 7 Abs. 1 BayLBG bzw. § 7 Abs. 1 Satzung BayernLB), wobei er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat (§ 1 Abs. 1 S. 2 GO Vorstand BayernLB),
- die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation (§ 25a Abs. 1 KWG),
- die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Bank (Art. 11 BayLBG bzw. § 18 Abs. 1 Satzung BayernLB),
- umfangreiche Berichtspflichten gegenüber dem Verwaltungsrat (§ 13 Satzung BayernLB), insbesondere bei wichtigen und strategischen Entscheidungen und Geschäften, die für die Rentabilität oder Liquidität der Bank von erheblicher Bedeutung sein können, so rechtzeitig, dass der Verwaltungsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 Satzung BayernLB), sowie
- die Prüfung des Geschäftsbetriebs der Bank (§ 22 Abs. 3 Satzung BayernLB).

Eine konkrete Ausgestaltung der Aufgaben des Vorstands findet sich in der Geschäftsordnung des Vorstands. Danach obliegen ihm

- Entscheidungen über Angelegenheiten von grundsätzlicher oder besonderer wirtschaftlicher Bedeutung, wie insbesondere auch die Festlegung der Beteiligungsstrategie (§ 1 Abs. 2 GO Vorstand BayernLB),
- die Festlegung der zur Unternehmenssteuerung erforderlichen Rahmenbedingungen (§ 1 Abs. 2 GO Vorstand BayernLB),
- Entscheidungen von erheblicher Bedeutung, die zur Steuerung und Sicherung des Erhalts der BayernLB notwendig sind (§ 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB), und
- die Verantwortung für die Einrichtung und die Funktionsfähigkeit der internen Revision (§ 10 Abs. 1 GO Vorstand BayernLB).

Nach § 25a Abs. 1 KWG obliegt dem Vorstand die Pflicht, für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation zu sorgen. Er hat danach die Einhaltung der von der BayernLB zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen sicherzustellen. § 25a KWG enthält jedoch nicht nur die Aufgabenzuweisung der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation, sondern sieht darüber hinaus einen konkreten Maßnahmenkatalog vor. Insbesondere hat der Vorstand für ein angemessenes Risikomanagement zu sorgen (§ 25a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG). Dieses muss ein internes Kontrollsystem umfassen, das insbesondere Prozesse zur Identifizierung,

Beurteilung, Steuerung sowie Überwachung und Kommunikation der Risiken beinhaltet.

4.2 Aufgaben des Verwaltungsrats

Eine dem heutigen § 36 Abs. 3 KWG vergleichbare Regelung, die an die Zuverlässigkeit und Sachkunde von Verwaltungsratsmitgliedern besondere Anforderungen stellt, gab es für den maßgeblichen Zeitraum nicht.²⁵

Die dem Verwaltungsrat gesetzlich zugewiesenen Aufgaben umfassen

- die Richtlinienkompetenz für die Geschäftspolitik der Bank (Art. 8 Abs. 1 BayLBG bzw. § 11 Abs. 1 Satzung BayernLB),
- die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands (Art. 8 Abs. 1 BayLBG bzw. § 11 Abs. 1 Satzung BayernLB),
- die Vertretung der Bank gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats (Art. 11 BayLBG bzw. § 18 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB),
- weitere Aufgabenzuweisungen nach § 11 Abs. 2 Satzung BayernLB und
- Zustimmungspflichten (§ 11 Abs. 3 Satzung BayernLB).

Die Aufgabenzuweisungen nach § 11 Abs. 2 Satzung BayernLB haben zum Gegenstand

- den Jahres- und Konzernabschluss (Nr. 1 und 2),
- Regelungen zur Organschaft und Anstellung von Vorstandsmitgliedern (Nr. 3),
- die Aufstellung von Grundsätzen zur Anstellung, Besoldung und Entlassung der Bediensteten der Bank (Nr. 4),
- die Bildung von Ausschüssen (Nr. 5),
- Zustimmungs- bzw. Kenntnisnahmevorbehalte bei Krediten und Bürgschaften (Nr. 6),
- Zustimmungsvorbehalte bei bestimmten Arten von Geschäften (Nr. 7) und
- die Höhe der Vergütung für die Haftungsfunktion des Eigenkapitals der Bayerischen Landesbodenkreditanstalt (Nr. 8).

²⁵ § 36 Abs. 3 KWG wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht vom 29. Juli 2009, vgl. BGBl. I, S. 2305, eingeführt.

Nach § 11 Abs. 3 Satzung BayernLB bedarf, soweit der Verwaltungsrat nichts Abweichendes beschließt, eine Vielzahl von Maßnahmen des Vorstands der Zustimmung des Verwaltungsrats.²⁶

Unter anderem gehört hierzu 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 S. 2 Satzung BayernLB (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung BayernLB). Nach § 4 S. 2 Satzung BayernLB bedarf die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten der Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern.²⁷ Während für bestimmte Beschlussgegenstände qualifizierte Mehrheiten erforderlich sind (§ 11 Abs. 4 Satzung BayernLB), genügt für einen Beschluss über den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen eine einfache Mehrheit.

Die Zustimmungspflicht hinsichtlich des Erwerbs von Unternehmensbeteiligungen wird von § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB konkretisiert. Die Norm sieht Bagatellgrenzen vor, innerhalb derer gewisse Geschäfte zustimmungsfrei sind.²⁸ Hierzu gehört auch der Erwerb von Beteiligungen bei einem Kaufpreis von nicht mehr als 5 Mio. Euro. Die GO Vorstand BayernLB sieht überdies Rückausnahmetatbestände vor: So bleibt es bei einer Zustimmungspflicht, wenn beispielsweise die Beteiligung für die Bank, den Freistaat Bayern oder den Sparkassenverband Bayern von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Der Erwerb größerer Beteiligungen bedarf demnach der Zustimmung durch den Verwaltungsrat.

5. Erfahrungsgemäße Ausgestaltung der Aufgabenverteilung von Vorstand und Verwaltungsrat bei ähnlichen Instituten in der Praxis

Unter ähnlichen Institutionen, die mit der BayernLB vergleichbar sind, sind andere Landesbanken zu verstehen, die wie die BayernLB in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert sind.

²⁶ Ebenso § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB.

²⁷ Ebenso § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB.

²⁸ Dieser Regelung hat der Verwaltungsrat der BayernLB mit der Genehmigung der GO Vorstand BayernLB vom 01.07.2006 nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 Satzung BayernLB am 05.07.2006 in den Grenzen des § 11 Abs. 3 Satzung BayernLB („Soweit der Verwaltungsrat nichts Abweichendes beschließt, [...]“) zugestimmt.

Unter dieser Prämisse soll in diesem Gutachten auf die Ausgestaltung der Aufgabenverteilung von Vorstand und Verwaltungsrat bei der Landesbank Baden-Württemberg (**LBBW**) und der Landesbank Hessen-Thüringen (**Helaba**) eingegangen werden.

5.1 Landesbank Baden-Württemberg

Für den fraglichen Zeitraum ist das Gesetz über die Landesbank Baden-Württemberg (Landesbankgesetz – **LBWG**) in der Fassung vom 11.11.1998 mit seinen Änderungen bis zum 22.05.2007 maßgeblich.

Darüber hinaus ist die Satzung der LBBW (**Satzung LBBW**) in der Fassung maßgeblich, die sie im kritischen Zeitraum zwischen Dezember 2006 und Mai 2007 hatte. Weil diese Fassung jedoch nicht verfügbar war, wurden für die Erstellung dieses Gutachtens hilfsweise die Bestimmungen der aktuellen Satzung in der Fassung vom 22.06.2009 herangezogen. Die im fraglichen Zeitraum gültige Geschäftsordnung des Vorstands sowie die Geschäftsordnung des Verwaltungsrats der LBBW waren ebenfalls nicht verfügbar, so dass diese keine Berücksichtigung finden konnten.

Hieraus ergibt sich folgende Aufgabenverteilung:

5.1.1 Aufgaben des Vorstands der LBBW

Dem Vorstand obliegt

- die Geschäftsführung der Landesbank (§ 13 Abs. 1 LBWG bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 Satzung LBBW), wobei der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat (§ 22 Abs. 1 S. 2 Satzung LBBW),
- die Vertretung der Landesbank (§ 13 Abs. 1 LBWG bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 Satzung LBBW),
- die Zuständigkeit für alle Angelegenheiten der Landesbank, sofern nicht nach dem LBWG oder der Satzung eine andere Zuständigkeit bestimmt ist (§ 13 Abs. 2 LBWG bzw. § 22 Abs. 2 S. 1 Satzung LBBW) und
- eine Berichtspflicht an den Vorsitzenden der Trägerversammlung und den Vorsitzenden des Verwaltungsrats über wichtige Vorkommnisse (§ 22 Abs. 1 S. 1 Satzung LBBW).

5.1.2 Aufgaben des Verwaltungsrats der LBBW

Dem Verwaltungsrat obliegt/en

- die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands (§ 11 Abs. 1 LBWG bzw. § 15 Abs. 1 Satzung LBBW),
- die Entscheidung über die Grundsätze der Geschäftspolitik (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 LBWG bzw. § 15 Abs. 2 Nr. 1 Satzung LBBW),
- weitere Aufgabenzuweisungen nach § 11 Abs. 2 LBWG bzw. § 15 Abs. 2 Satzung LBBW, darunter die Beschlusskompetenz hinsichtlich des Erwerbs von Beteiligungen an Unternehmen, wobei sich die Beschlusskompetenz nach der Geschäftsordnung des Vorstands richtet, soweit nicht die Trägerversammlung zuständig ist (§ 11 Abs. 2 Nr. 6 LBWG bzw. § 15 Abs. 2 Nr. 6 Satzung LBBW), und
- neben weiteren Überwachungspflichten nach § 15 Abs. 4 Satzung LBBW die Überwachung des internen Revisionssystems und des Risikomanagementsystems²⁹.

Um den Anforderungen entsprechen zu können, legt § 9 Abs. 2 LBWG überdies fest, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und ihre Stellvertreter wirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde besitzen und geeignet sein sollen, die Landesbank zu fördern und bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Weiterhin muss nach § 9 Abs. 3 LBWG bzw. § 12 Abs. 4 Satzung LBBW mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats über Sachverstand in Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.

5.1.3 Vergleich mit den Aufgaben des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB

Vergleichend lässt sich feststellen, dass die Aufgabenverteilungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der **BayernLB** und der **LBBW** im Wesentlichen übereinstimmen.

Es lassen sich jedoch auch einige Unterschiede aufzeigen:

Hinsichtlich der **Berichtspflichten** ist auffällig, dass diese bei der BayernLB nach § 13 Satzung BayernLB allein dem Verwaltungsrat gegenüber bestehen, während bei der LBBW nach § 22 Abs. 1 S. 1 Satzung LBBW eine Berichtspflicht bei wichtigen Vorkommnissen nicht nur gegenüber dem Verwaltungsrat, sondern auch der Trägerversammlung besteht.

²⁹ Diese Überwachungspflicht nach § 15 Abs. 4 Satzung LBBW kann nach Maßgabe des § 15 Abs. 6 Satzung LBBW an einen Prüfungsausschuss übertragen werden.

Bezüglich der **internen Kontrolle** liegt bei der LBBW die Zuständigkeit für die Überwachung des internen Revisionssystems und des Risikomanagementsystems beim Verwaltungsrat bzw. einem Prüfungsausschuss, vgl. § 15 Abs. 4 Satzung LBBW. In der BayernLB obliegt die interne Kontrolle hingegen entsprechend § 25a Abs. 1 KWG dem Vorstand (vgl. § 13 Abs. 2 S. 1 und insbesondere § 22 Abs. 3 Satzung BayernLB).

Als weiterer Unterschied lässt sich hervorheben, dass hinsichtlich der Aufgaben des Verwaltungsrats der BayernLB keine § 9 Abs. 2 und 3 und § 12 Abs. 4 Satzung LBBW vergleichbaren Bestimmungen existieren, die **Anforderungen an die Erfahrung und Sachkunde der Verwaltungsratsmitglieder** aufstellen. Dies mag jedoch auf den Umstand zurückzuführen sein, dass die hier mangels Verfügbarkeit der maßgeblichen Rechtsgrundlagen zugrunde gelegten Vorschriften zur LBBW aktuelleren Datums sind und daher die Änderungen in §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 AktG sowie die bereits oben angesprochene Einfügung des § 36 Abs. 3 KWG berücksichtigen konnten, was dem bayerischen Landesgesetzgeber sowie dem Satzungsgeber der BayernLB im Jahre 2007 selbstverständlich nicht möglich war.

Auch hinsichtlich der Aufgabenzuweisungen lassen sich Unterschiede ausmachen, insbesondere mit Blick auf Entscheidungen, die den **Erwerb von Unternehmensbeteiligungen** betreffen: Gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 6 LBWG hat in der LBBW der Verwaltungsrat nach Maßgabe der Geschäftsordnung des Vorstands über den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen zu beschließen, soweit nicht die Trägerversammlung³⁰ zuständig ist. Diese ist nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 LBWG zuständig für den Erwerb von Beteiligungen an Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen sowie von wesentlichen Beteiligungen an Finanzdienstleistungsinstitutionen und Finanzunternehmen. Die Zuständigkeit für Beteiligungen an Kreditinstituten liegt demnach bei der LBBW bei der Trägerversammlung. Die Vorschriften betreffend die BayernLB bestimmen hingegen, dass die grundsätzliche Entscheidungskompetenz beim Erwerb von Unternehmensbeteiligungen beim Vorstand liegt. Darüber hinaus bestehen im Unterschied zur LBBW lediglich Zustimmungserfordernisse: Nach § 4 S. 2 Satzung BayernLB muss bei der Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband Bayern zustimmen. Bei einem Erwerb von Unternehmensbeteiligungen ist die Zustimmung des Verwaltungsrats

³⁰ Die Trägerversammlung besteht aus den Trägern der LBBW (§ 8 Abs. 1 S. 1 LBWG). Träger sind gemäß § 4 Abs. 1 LBWG das Land Baden-Württemberg, der Sparkassenverband Baden-Württemberg und die Landeshauptstadt Stuttgart.

erforderlich (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung bzw. § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB), sofern nicht die angestrebte Beteiligung unter die Ausnahme des § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB fällt.

5.2 Landesbank Hessen-Thüringen

Für den fraglichen Zeitraum ist der Staatsvertrag über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen (**HelabaStV**) vom 10.03.1992 mit allen bis zum 22.05. 2007 in Kraft getretenen Änderungen maßgeblich.

Darüber hinaus ist die Satzung der Helaba (**Satzung Helaba**) in der Fassung maßgeblich, die sie im kritischen Zeitraum zwischen Dezember 2006 und Mai 2007 hatte. Weil diese Fassung jedoch nicht verfügbar war, wurden für die Erstellung dieses Gutachtens hilfsweise die Bestimmungen der aktuellen Satzung in der Fassung vom 11.09.2009 herangezogen. Die im fraglichen Zeitraum gültige Geschäftsordnung des Vorstands sowie die Geschäftsordnung des Verwaltungsrats der LBBW waren ebenfalls nicht verfügbar, so dass diese keine Berücksichtigung finden konnten.

5.2.1 Aufgaben des Vorstands der Helaba

Dem Vorstand obliegt/en

- die Geschäftsführung der Bank (Art. 10 Abs. 4 HelabaStV),
- die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Bank gegenüber Dritten, ausgenommen der Angelegenheiten, in denen die Trägerversammlung nach Art. 10 Abs. 2 S. 2 HelabaStV die Bank gegenüber den Vorstandsmitgliedern und den Verwaltungsratsmitgliedern vertritt (Art. 10 Abs. 4 HelabaStV bzw. § 9 Abs. 5 S. 1 Satzung Helaba), und
- Berichtspflichten gegenüber der Trägerversammlung und dem Verwaltungsrat (§ 19 Abs. 1 Satzung Helaba).

5.2.2 Aufgaben des Verwaltungsrats der Helaba

Aufgaben des Verwaltungsrats sind insbesondere

- die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands, wozu er Richtlinien aufstellen kann (Art. 10 Abs. 3 S. 1 HelabaStV bzw. § 12 Abs. 1 S. 1 Satzung Helaba),
- weitere Zuständigkeiten nach § 12 Abs. 2 Satzung Helaba, darunter

- der Erlass einer Geschäftsordnung für sich und seine Ausschüsse (Nr. 1),
- der Erlass einer Geschäftsanweisung für den Vorstand (Nr. 2),
- die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses und die Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des internen Revisionssystems und des Risikomanagementsystems (Nr. 3),
- die Überwachung der Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses (Nr. 4),
- die Überprüfung und Überwachung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, insbesondere der von diesem für die Bank erbrachten zusätzlichen Leistungen (Nr. 5),
- die Feststellung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses, die Billigung der Lageberichte sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Jahresüberschusses, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt (Nr. 6), und
- die Anträge an die Trägerversammlung zur Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrates (Nr. 7)

und

- Zustimmungserfordernisse nach § 12 Abs. 3 Satzung Helaba, darunter insbesondere die Übernahme und der Erwerb von Beteiligungen, soweit die Trägerversammlung keine Ausnahme nach § 9 Abs. 2 S. 3 Satzung Helaba zugelassen hat (§ 12 Abs. 3 Nr. 7 Satzung Helaba).

Um ihre Aufgaben erfüllen zu können, schreibt die Satzung Helaba in § 11 Abs. 1 S. 2 vor, dass 24 der 36 Verwaltungsratsmitglieder „sachkundig“ sein müssen. Darüber hinaus muss nach § 11 Abs. 1 S. 3 Satzung Helaba mindestens ein Verwaltungsratsmitglied unabhängig sein und über Sachverstand in Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.

5.2.3 Vergleich mit den Aufgaben des Vorstands und des Verwaltungsrats der BayernLB

Auch ein Vergleich der Aufgabenverteilung von Vorstand und Verwaltungsrat zwischen den Instituten Helaba und BayernLB fördert weitgehende Gemeinsamkeiten zutage.

Jedoch sind auch hier einige Unterschiede hervorzuheben.

Zunächst fällt im Hinblick auf die fachliche Kompetenz der Verwaltungsratsmitglieder auf, dass sich in den Rechtsgrundlagen für die BayernLB keine § 11 Abs. 1 Satzung Helaba vergleichbare Bestimmungen finden lassen, die **Anforderungen an die Erfahrung und Sachkunde der Verwaltungsratsmitglieder** stellen. Hier gilt allerdings das bereits oben zur LBBW formulierte Caveat entsprechend.³¹

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich der **Kompetenz zum Erlass der Geschäftsordnung des Vorstands**: Während bei der Helaba nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satzung Helaba der Verwaltungsrat die Geschäftsordnung des Vorstands („Geschäftsanweisung“) erlässt, gibt sich bei der BayernLB der Vorstand die Geschäftsordnung selbst, vgl. § 7 Abs. 5 Satzung. Er hat die Geschäftsordnung allerdings dem Verwaltungsrat bekannt zu geben. Änderungen der Geschäftsordnung unterliegen einem Zustimmungserfordernis des Verwaltungsrats nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 Satzung BayernLB.

Ebenso divergieren die Aufgabenzuweisungen hinsichtlich der **Richtlinienkompetenz**: Für die Helaba beschließt die Trägerversammlung über grundlegende Richtungsänderungen der Geschäftspolitik (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Satzung Helaba). In der BayernLB hat hingegen der Verwaltungsrat die Richtlinienkompetenz für die Geschäftspolitik der Bank (Art. 8 Abs. 1 BayLBG bzw. § 11 Abs. 1 Satzung).

Auch hinsichtlich der **internen Kontrolle** zeigen sich Unterschiede: So liegt bei der Helaba die Zuständigkeit für die Wirksamkeit der internen Kontrolle beim Verwaltungsrat (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 Satzung Helaba). In der BayernLB obliegt die interne Kontrolle hingegen entsprechend § 25a Abs. 1 KWG dem Vorstand (§ 13 Abs. 2 S. 1 und insbesondere § 22 Abs. 3 Satzung BayernLB).

Wie bei der LBBW besteht für den Vorstand der Helaba die **Berichtspflicht** nicht nur gegenüber dem Verwaltungsrat, sondern auch gegenüber der Trägerversammlung (§ 19 Abs. 1 Satzung Helaba). Der Vorstand der BayernLB hat diese Berichtspflicht nur gegenüber dem Verwaltungsrat (§ 13 Satzung BayernLB).

Die **Übernahme und der Erwerb von Beteiligungen** erfordern sowohl bei der BayernLB als auch bei der Helaba grundsätzlich die Zustimmung

³¹ Sub IV.5.1.3.

des Verwaltungsrats, sofern keine Ausnahmen gelten (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung BayernLB, § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB und § 12 Abs. 3 Nr. 7 Satzung Helaba). Über die zustimmungsfreien Ausnahmen beschließt bei der BayernLB der Verwaltungsrat (vgl. § 11 Abs. 3 Satzung BayernLB: „Soweit der Verwaltungsrat nichts Abweichendes beschließt [...]“), bei der Helaba die Trägerversammlung (§ 9 Abs. 2 S. 3 Satzung Helaba).

Die Beteiligung an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten bedarf bei der BayernLB generell der Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern (§ 4 S. 2 Satzung BayernLB). Bei der Helaba ist für alle Beteiligungen von mehr als dem vierten Teil der Anteile eines anderen Unternehmens oder einer Veränderung oder einer gänzlichen oder teilweisen Veräußerung einer solchen Beteiligung die Genehmigung der Trägerversammlung einzuholen (§ 9 Abs. 2 S. 1 Satzung Helaba), wobei die Trägerversammlung unabhängig von der prozentualen Höhe der Beteiligung für die vorgenannten Geschäfte und Maßnahmen generell oder im Einzelfall besondere Bestimmungen treffen kann (§ 9 Abs. 2 S. 2 Satzung Helaba) und generell oder im Einzelfall die Genehmigungsbedürftigkeit erweitern und Ausnahmen zulassen kann (§ 9 Abs. 2 S. 3 Satzung Helaba).

6. Arbeitsweise des Verwaltungsrats der BayernLB im Vergleich zu der bankenüblichen Handlungsweise eines Aufsichtsrats

6.1 Vergleich der Arbeitsweisen im Hinblick auf aktienrechtliche Vorgaben

Sofern Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisiert sind, sind die aktienrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Arbeitsweise des Aufsichtsrats zu beachten. Darüber hinaus findet das Aktienrecht ersatzweise Anwendung auf Anstalten des öffentlichen Rechts.³² Maßgeblich für den fraglichen Zeitraum ist das Aktiengesetz mit allen bis zum 22.05.2007 in Kraft getretenen Änderungen.

6.1.1 Aufgabenzuweisung

Die oben³³ dargestellte Aufgabenverteilung zwischen Vorstand und Verwaltungsrat der BayernLB entspricht im Wesentlichen der Aufgabenverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Insbesondere gehört es zu den Aufgaben des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, die Geschäftsführung zu

³² Siehe schon oben sub II.2.

³³ Siehe sub IV.4.

überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG). Als einzige Besonderheit ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass der Verwaltungsrat der BayernLB über die Richtlinien der Geschäftspolitik beschließt, während diese Befugnis dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nicht bzw. nur im Zusammenwirken mit dem Vorstand zusteht³⁴.

6.1.2 Arbeitsweise

Vorschriften zur Arbeitsweise des Aufsichtsrats finden sich in den §§ 95 ff. AktG.

Im Wesentlichen entspricht die Arbeitsweise des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft der Arbeitsweise des Verwaltungsrats der BayernLB. Wie die folgende Gegenüberstellung zeigt, können jedoch auch einige Unterschiede ausgemacht werden.

Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich bei der *Zusammensetzung* des Verwaltungsrats: So können für jedes Mitglied des Verwaltungsrats der **BayernLB** nach Art. 8 Abs. 2 S. 4 BayLBG bzw. § 8 Abs. 1 S. 4 Satzung *Vertreter* bestellt werden³⁶. Dies ist im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nicht möglich. So verpflichtet § 111 Abs. 5 AktG zur persönlichen Wahrnehmung der Aufgaben. Explizit bestimmt § 101 Abs. 3 S. 1 AktG entsprechend, dass die Bestellung von Stellvertretern nicht möglich ist³⁷. Durch den möglicherweise häufigen Wechsel der Personen im Verwaltungsrat kann die Kontinuität seiner Arbeit und die Informiertheit dieser wechselnden Personen negativ betroffen sein. Wenngleich diese möglichen Auswirkungen zwar im Gesetz angelegt sind, bedeutet dies nicht, dass eine Diskontinuität oder Uninformiertheit nicht den Personen angelastet werden kann. Diese möglichen Folgen sind zwangsläufig mit der Möglichkeit der Stellvertretung verbunden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie nicht vermeidbar sind. Mitglieder des Verwaltungsrats haben nach § 19 Abs. 2 S. 1 Satzung die Bank nach besten Kräften zu fördern. Ihnen obliegen danach entsprechende Sorgfaltspflichten sich bei einer Stellvertretung ausreichend zu informieren.

³⁴ Vgl. *Lutter*, Aufsichtsrat, Rn. 50 ff.

³⁶ Genauere Bestimmungen finden sich in Art. 8 Abs. 2 S. 5 und 6 BayLBG.

³⁷ Es können nach Maßgabe von § 101 Abs. 3 S. 2 bis 4 AktG lediglich Ersatzmitglieder bestellt werden, die Mitglied des Aufsichtsrats werden, wenn das Aufsichtsratsmitglied vor Ablauf seiner Amtszeit wegfällt.

Sowohl der Verwaltungsrat als auch der Aufsichtsrat (einer börsennotierten Aktiengesellschaft³⁸) müssen mindestens zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten (§ 10 Abs. 1 S. 2 Satzung und § 110 Abs. 3 S. 1 AktG).

Ein weiterer Unterschied findet sich hinsichtlich des **Erfordernisses von Niederschriften**: § 107 Abs. 2 AktG legt fest, dass über die Sitzungen des Aufsichtsrats eine Niederschrift anzufertigen ist. Eine explizite diesbezügliche Regelung existiert für Sitzungen des Verwaltungsrats der BayernLB nicht.

Für die **Einberufung des Aufsichtsorgans** gilt: Nach § 110 Abs. 1 S. 1 AktG kann jedes Aufsichtsratsmitglied unter Angabe des Zwecks und der Gründe vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats die Einberufung des Aufsichtsrats verlangen.³⁹ Bei der **BayernLB** bedarf es nach § 10 Abs. 1 S. 3 Satzung BayernLB hierzu eines Quorums von drei Mitgliedern des Verwaltungsrats.⁴⁰

Weitere Differenzen zeigen sich hinsichtlich der **Beschlussfähigkeit des Aufsichtsorgans**: Soweit die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats nicht gesetzlich geregelt ist, kann sie durch die Satzung bestimmt werden (§ 108 Abs. 2 S. 1 AktG). Ist sie weder gesetzlich noch durch die Satzung geregelt, ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen der Aufsichtsrat nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt (§ 108 Abs. 2 S. 2 AktG). Nach § 10 Abs. 3 S. 1 Satzung BayernLB ist der Verwaltungsrat der BayernLB beschlussfähig, wenn sämtliche Mitglieder eingeladen worden sind und die Mehrheit seiner Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt. Während nach dem Aktiengesetz unter den dort normierten Voraussetzungen also die Teilnahme der Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder genügt, bedarf es für die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats der BayernLB der Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder plus eines weiteren Mitglieds. Allerdings sieht die Satzung der BayernLB darüber hinaus vor, dass bei Beschlussunfähigkeit zur Erledigung derselben Tagesordnungspunkte binnen zwei Wochen eine neue Sitzung einberufen werden kann, in der der Verwaltungsrat ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen Mitglieder beschlussfähig ist. Auf diese Folge ist bei der Einberufung

³⁸ Handelt es sich nicht um eine börsennotierte Aktiengesellschaft, kann der Aufsichtsrat beschließen, dass lediglich eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist (§ 110 Abs. 3 S. 2 AktG).

³⁹ Wird seinem Verlangen nicht entsprochen, kann es unter Mitteilung des Sachverhalts und Angabe der Tagesordnung selbst den Aufsichtsrat einberufen (§ 110 Abs. 2 AktG).

⁴⁰ Sofern der Aufsichtsrat nicht durch einen anderen der nach § 10 Abs. 1 S. 3 Satzung Berechtigten einberufen wird.

der zweiten Sitzung ausdrücklich hinzuweisen (§ 10 Abs. 3 S. 2 und 3 Satzung BayernLB).

Hinsichtlich der **Mehrheitserfordernisse** sind die Anforderungen vergleichbar: Sofern sich aus dem Gesetz oder der Satzung nichts Abweichendes ergibt, trifft der Aufsichtsrat seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit.⁴¹ Entsprechendes gilt nach § 10 Abs. 4 S. 1 Satzung BayernLB.⁴²

Sowohl der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft als auch der Verwaltungsrat der BayernLB können für verschiedene Aufgaben **Ausschüsse** bilden (§ 107 Abs. 3 AktG bzw. § 12 Satzung BayernLB). Während § 107 Abs. 3 S. 3 AktG eine regelmäßige Berichtspflicht der Ausschüsse über ihre Arbeit gegenüber dem Aufsichtsrat vorsieht, normiert § 12 Abs. 1 S. 5 Satzung BayernLB lediglich ein Auskunftsrecht des Verwaltungsrats hinsichtlich der in den Ausschüssen gefassten Beschlüsse.

Um seine Überwachungsaufgaben wahrnehmen zu können, hat der Aufsichtsrat zahlreiche **Einsichts- und Prüfungsrechte** (§ 111 Abs. 2 S. 1 AktG). Insbesondere hat er das Recht, Sachverständige zu beauftragen (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG). Vergleichbare Prüfungsrechte ergeben sich für den Verwaltungsrat der BayernLB aus § 22 Abs. 2 S. 1 und 3 Satzung BayernLB bzw. § 9 GO Vorstand BayernLB.

Zwar können gemäß § 111 Abs. 4 S. 1 AktG Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung und der Aufsichtsrat müssen aber gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner **Zustimmung** vorgenommen werden dürfen. Auch die Satzung der BayernLB legt in ihrem § 11 Abs. 3 einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte fest. Dieser Katalog entspricht weitgehend den üblichen Zustimmungskatalogen von Aktiengesellschaften.⁴³

Zur sorgfältigen Überwachung der Geschäftsführung nach §§ 111 Abs. 1, 116 S. 1, 93 AktG gehört es auch, auf die ordnungsgemäße Erfüllung der sich für den Vorstand aus **§ 90 AktG** ergebenden Berichtspflichten zu achten. Danach hat der Vorstand unter anderem gemäß § 90 Abs. 1 S.

⁴¹ *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 108 Rn. 24; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 108 Rn. 30; *Hüffer*, § 108 Rn. 6; *Lutter/Krieger*, Rn. 730.

⁴² Besondere Mehrheitserfordernisse ergeben sich aus § 11 Abs. 4 Satzung BayernLB.

⁴³ Vgl. dazu *Kropff*, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 63 ff. und Anlage § 8-1; *Lutter/Krieger*, Rn. 109; siehe auch *J. Hüffer*, FS Hüffer, S. 365, 370 f.

1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 4 AktG Bericht über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, möglichst so rechtzeitig zu erstatten, dass der Aufsichtsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen. Entsprechendes gilt für die BayernLB nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 Satzung BayernLB.

6.2 Vergleich der Arbeitsweise im Hinblick auf privatrechtlich organisierte Banken

Eine konkretere Ausprägung erhält die Arbeitsweise des Aufsichtsrats in den Satzungen und Geschäftsordnungen der Banken.

In diesem Gutachten soll ein Vergleich mit der Arbeitsweise der **Deutsche Bank AG** (nachfolgend: Deutsche Bank) und der **Commerzbank AG** (nachfolgend: Commerzbank) als privatrechtlich organisierten Banken angestellt werden.

6.2.1 Deutsche Bank

Maßgeblich für den fraglichen Zeitraum sind ausweislich der Informationen der Deutschen Bank die Satzung der Deutschen Bank (**Satzung Deutsche Bank**) vom 31.01.2007 sowie die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats (**GO AR Deutsche Bank**) vom 31.07.2006.

6.2.1.1 Stellvertretung

Entsprechend den Bestimmungen des AktG gibt es im Aufsichtsrat der Deutschen Bank keine Stellvertretung. Anderes gilt, wie bereits oben⁴⁴ dargestellt, für den Verwaltungsrat der BayernLB.

6.2.1.2 Einberufung von Aufsichtsratssitzungen

Ebenfalls entsprechend der aktienrechtlichen Vorgabe werden Aufsichtsratssitzungen vom Vorsitzenden, im Falle seiner Verhinderung von seinem Stellvertreter, einberufen, so oft das Gesetz oder die Geschäfte es erfordern (§ 11 Abs. 1 Satzung Deutsche Bank). Für die BayernLB gilt nach § 10 Satzung BayernLB grundsätzlich Entsprechendes. Auf Verlangen der Aufsichtsbehörde, des stellvertretenden Vorsitzenden oder wenn mindestens drei Mitglieder des Vorstands oder drei Mitglieder des Verwaltungsrats es unter Angabe des Verhandlungsgegenstands beantragen, muss der Verwaltungsrat der

⁴⁴ Siehe sub IV.6.1.2.

BayernLB unverzüglich einberufen werden (§ 10 Abs. 1 S. 3 Satzung BayernLB).

Die Frist der Einberufung beträgt für den Aufsichtsrat der Deutschen Bank grundsätzlich mindestens zwei Wochen und erfolgt auf schriftlichem oder elektronischem Weg (§ 1 Abs. 1 S. 1 GO AR Deutsche Bank). In als dringend angesehenen Fällen kann die Einladung innerhalb kürzerer Fristen und auch mündlich, telefonisch, per Telefax, telegraphisch oder auf elektronischem Weg erfolgen, zwischen Einladung und Sitzungstag müssen jedoch auch in diesen Fällen mindestens zwei Tage liegen (§ 1 Abs. 2 S. 1 GO AR Deutsche Bank). Konkrete Fristen für die Einberufung finden sich für den Verwaltungsrat der BayernLB nicht. Allerdings sieht die Satzung der BayernLB in § 10 Abs. 5 für dringende Fälle, in denen eine Beschlussfassung des Verwaltungsrats nicht abgewartet werden kann, vor, dass der Vorsitzende im Einvernehmen mit dem stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats die erforderlichen Entscheidungen anstelle des Verwaltungsrats treffen kann. Diese Entscheidungen sind in der nächsten Sitzung dem Verwaltungsrat unter Darlegung des Grundes der Dringlichkeit bekannt zu geben.

Beschlüsse des Aufsichtsrats können in der **Deutschen Bank** auch ohne Einberufung einer Sitzung im Wege schriftlicher, telegrafischer, fernmündlicher oder elektronischer Abstimmung gefasst werden, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter dies anordnet (§ 11 Abs. 3 S. 1 Satzung Deutsche Bank bzw. § 2 GO AR Deutsche Bank). Die Herbeiführung eines Beschlusses des Verwaltungsrats im Weg der schriftlichen Umfrage ist auch bei der BayernLB möglich, sofern nicht ein Mitglied binnen einer Woche nach Absendung der Mitteilung die Behandlung in einer Sitzung wünscht (§ 10 Abs. 6 Satzung BayernLB).

6.2.1.3 Beschlussfähigkeit

Der Aufsichtsrat der Deutschen Bank ist beschlussfähig, wenn die nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 Satzung Deutsche Bank eingeladenen Mitglieder mindestens zur Hälfte persönlich oder durch schriftliche Stimmabgabe an der Beschlussfassung teilnehmen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Satzung Deutsche Bank). Wie bereits erörtert⁴⁵, bedarf es zur Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats der BayernLB der Teilnahme der *Mehrheit* der Verwaltungsratsmitglieder, wobei die besonderen

⁴⁵ Vgl. hierzu oben sub IV.6.1.2.

Regeln bei Beschlussunfähigkeit gelten (§ 10 Abs. 3 S. 1 Satzung BayernLB).

6.2.1.4 Beschlussmehrheit

Gemäß § 11 Abs. 4 Satzung Deutsche Bank werden die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Deutschen Bank mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst, soweit nicht gesetzlich etwas anderes vorgesehen ist. Entsprechendes gilt nach § 10 Abs. 4 Satzung BayernLB für die BayernLB. Für die Beschlussfassung des Aufsichtsrats der Deutschen Bank sind überdies die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zu beachten.

6.2.1.5 Sitzungsprotokolle

Nach § 3 GO AR Deutsche Bank ist der Aufsichtsrat der Deutschen Bank verpflichtet, ein Ergebnisprotokoll seiner Sitzungen zu erstellen. Eine entsprechende explizite Bestimmung findet sich für den Verwaltungsrat der BayernLB nicht.

6.2.1.6 Interessenkonflikte und Verschwiegenheitspflichten

Vergleichbare Regelungen zu Interessenkonflikten finden sich für die Aufsichtsratsmitglieder der Deutschen Bank bzw. die Verwaltungsratsmitglieder der BayernLB in § 4 Abs. 5 bis 7 GO AR Deutsche Bank und in § 10 Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 7 Abs. 6 Satzung BayernLB.

Sowohl die Aufsichtsratsmitglieder der Deutschen Bank als auch die Verwaltungsratsmitglieder der BayernLB unterliegen vergleichbaren Verschwiegenheitspflichten (§ 5 GO AR Deutsche Bank bzw. § 19 Abs. 1 Satzung BayernLB).

6.2.1.7 Überwachungsinstrumente

Im Rahmen der Wahrnehmung seiner Überwachungspflicht hat der Aufsichtsrat der Deutschen Bank auch darauf zu achten, dass der Vorstand seine Berichtspflichten nach § 90 AktG erfüllt (§ 6 Abs. 1 GO AR Deutsche Bank). Der Bericht hat gemäß § 6 Abs. 2 GO AR Deutsche Bank in der Regel schriftlich zu erfolgen; sofern erforderlich, ist aber im Einzelfall auch eine mündliche Berichterstattung möglich. Entsprechendes ergibt sich für den Verwaltungsrat der BayernLB aus § 11 Abs. 1 i.V.m. § 13 Satzung BayernLB. Hervorzuheben ist, dass in der Satzung der BayernLB in § 13 Abs. 3 S. 2 explizit das Recht des

Verwaltungsrats genannt ist, einen Bericht des Vorstands beispielsweise über wesentliche geschäftliche Vorgänge zu verlangen. In der Sache aber gilt das gleiche auch für den Aufsichtsrat der Deutschen Bank.

Der Aufsichtsratsvorsitzende der Deutschen Bank hat mit dem Vorstand nach § 6 Abs. 5 GO AR Deutsche Bank regelmäßigen Kontakt zu halten und mit ihm die Strategie, die Geschäftsentwicklung und das Risikomanagement zu beraten. Über wichtige Ereignisse ist der Aufsichtsratsvorsitzende unverzüglich zu informieren. Sodann ist der Aufsichtsrat zu informieren und erforderlichenfalls eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einzuberufen. Entsprechendes ergibt sich für den Verwaltungsrat der BayernLB aus § 13 Abs. 4 Satzung BayernLB.

Zur Erfüllung seiner Aufgaben kann der Aufsichtsrat der Deutschen Bank nach seinem pflichtgemäßen Ermessen Wirtschaftsprüfer, Rechts- und sonstige interne und externe Berater hinzuziehen, deren Kosten die Gesellschaft trägt (§ 5 Abs. 4 GO AR Deutsche Bank). Entsprechendes gilt für den Verwaltungsrat der BayernLB nach § 22 Abs. 2 S. 3 Satzung BayernLB bzw. § 9 GO Vorstand BayernLB.

Ein weiteres Instrument des Aufsichtsorgans zur Überwachung der Geschäftsführung sind die Zustimmungserfordernisse. Auch in der Deutschen Bank bedürfen nach § 7 GO AR Deutsche Bank i.V.m. § 13 Satzung Deutsche Bank eine Reihe von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats. Insbesondere ist eine Zustimmung erforderlich bei der Übernahme von Beteiligungen an anderen Unternehmen, die nach dem KWG der Zustimmung des Aufsichtsorgans eines Kreditinstituts bedürfen (§ 13 Abs. 1 lit. c Satzung Deutsche Bank). Auch der Erwerb und die Veräußerung sonstiger Beteiligungen bedürfen seiner Zustimmung, soweit der Gegenstand 2 % des haftenden Eigenkapitals der Gesellschaft nach dem KWG übersteigt (§ 13 Abs. 1 lit. d Satzung Deutsche Bank).

Eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat besteht bei Erwerb und Veräußerung solcher Beteiligungen ab 1 % des haftenden Eigenkapitals.

Auf die Zustimmungsbedürftigkeit des Erwerbs von Unternehmensbeteiligungen bei der BayernLB wurde bereits eingegangen.⁴⁶ Im Vergleich zu den Zustimmungsregeln des Aufsichtsrats der Deutschen Bank lassen sich die Regelungen der BayernLB zusammenfassend wie folgt darstellen:

⁴⁶ Siehe oben sub IV.4.2.

In jedem Fall ist eine Zustimmung des Freistaats Bayern und des Sparkassenverbands Bayern erforderlich bei Beteiligungen an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (§ 4 S. 2 Satzung BayernLB und § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB).

Hinsichtlich der Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Verwaltungsrats der BayernLB beim Erwerb von Unternehmensbeteiligungen ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Vergleich zu den Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats in der Deutschen Bank unterschiedlich geregelt: Einer Zustimmung des Verwaltungsrats der BayernLB bedarf es grundsätzlich bei dem Erwerb jeglicher Unternehmensbeteiligungen (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung BayernLB i.V.m. § 1 Abs. 3 GO Vorstand Bayern LB). Es bestehen jedoch auch hier Ausnahmen: Zustimmungsfrei ist unter anderem der Erwerb von Beteiligungen mit einem Kaufpreis von nicht mehr als fünf Mio. Euro. Von dieser Bagatellgrenze gibt es wiederum Rückausnahmen: So bleibt es unter anderem bei einer Zustimmungspflicht, wenn die Beteiligung für die Bank, für den Freistaat Bayern oder den Sparkassenverband Bayern von grundsätzlicher Bedeutung ist oder aus bankenaufsichtsrechtlichen Gründen die Zustimmung des Aufsichtsorgans erforderlich ist (§ 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB).

6.2.1.8 Ausschüsse

Der Aufsichtsrat der Deutschen Bank kann nach § 8 GO AR Deutsche Bank, § 12 Satzung Deutsche Bank Ausschüsse bestellen. Soweit gesetzlich zugelassen, können den Ausschüssen auch entscheidende Befugnisse übertragen werden.

Insbesondere bildet der Aufsichtsrat unter anderem einen Risikoausschuss (§ 10 GO AR Deutsche Bank), der in den Grenzen des § 10 Abs. 3 GO AR Deutsche Bank über Beteiligungserwerbe entscheidet: So beschließt der Ausschuss gemäß § 10 Abs. 3 lit. a GO AR Deutsche Bank über Kreditgewährungen einschließlich der Übernahme von Beteiligungen an anderen Unternehmen im Sinne von § 13 Abs. 1 lit. c Satzung Deutsche Bank⁴⁷, die nach dem KWG der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen⁴⁸. Darüber hinaus entscheidet er gemäß § 10 Abs. 3 lit. b GO AR Deutsche Bank über

⁴⁷ Nach § 13 Abs. 1 lit. c Satzung Deutsche Bank ist die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich zu Kreditgewährungen einschließlich der Übernahme von Beteiligungen an anderen Unternehmen, die nach dem KWG der Zustimmung des Aufsichtsorgans eines Kreditinstituts bedürfen.

⁴⁸ So etwa bei nach § 15 KWG bei Organkrediten.

Beteiligungserwerbe im Sinne von § 13 Abs. 1 lit. d Satzung Deutsche Bank⁴⁹, sofern der Wert der Beteiligung 3 % des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigt und es sich um eine Beteiligung handelt, die voraussichtlich nicht länger als zwölf Monate im vollen oder teilweisen Besitz der Bank verbleiben soll.

Auch der Verwaltungsrat der BayernLB kann Ausschüsse bilden (§ 12 Satzung BayernLB). Als verpflichtender Ausschuss ist jedoch allein der Bilanzprüfungsausschuss vorgesehen (§ 12 Abs. 3 S. 1 Satzung BayernLB). Der Verwaltungsrat kann aber weitere Ausschüsse bilden (§ 12 Abs. 3 S. 2 Satzung BayernLB). Inwieweit ihnen Entscheidungskompetenzen zukommen, ist in den Bestimmungen zur BayernLB nicht geregelt.

6.2.2 Commerzbank

Maßgeblich für den fraglichen Zeitraum sind ausweislich der Informationen der Commerzbank die Satzung der Commerzbank (**Satzung Commerzbank**) vom 31.01.2007, die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats (**GO AR Commerzbank**) vom 02.11.2006 sowie die Geschäftsordnung des Vorstands (**GO Vorstand Commerzbank**) vom 01.04.2006.

6.2.2.1 Stellvertretung

Entsprechend den Bestimmungen des Aktiengesetzes ist auch beim Aufsichtsrat der Commerzbank keine Stellvertretung der Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen. Anderes gilt, wie bereits dargestellt⁵⁰, für den Verwaltungsrat der BayernLB.

6.2.2.2 Einberufung von Aufsichtsratssitzungen

Der Aufsichtsratsvorsitzende der Commerzbank beruft die Sitzungen des Aufsichtsrats unter Angabe der einzelnen Tagesordnungspunkte mit einer Frist von zwei Wochen in Textform ein. In dringenden Fällen kann die Frist angemessen verkürzt und die Einberufung mündlich, telefonisch, durch Telefax oder durch andere gebräuchliche Telekommunikationsmittel vorgenommen werden (§ 14 Abs. 1 Satzung Commerzbank bzw. § 5 Abs. 1 GO AR Commerzbank). Unter Angabe des Zwecks und der Gründe kann jedes Aufsichtsratsmitglied oder der

⁴⁹ Nach § 13 Abs. 1 lit. d Satzung Deutsche Bank ist die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich zum Erwerb und zur Veräußerung von sonstigen Beteiligungen, soweit der Gegenstand 2 % des haftenden Eigenkapitals der Gesellschaft nach dem KWG übersteigt.

⁵⁰ Siehe oben sub IV.6.1.2.

Vorstand der Commerzbank vom Aufsichtsratsvorsitzenden die unverzügliche Einberufung des Aufsichtsrats verlangen (§ 6 Abs. 1 GO AR Commerzbank).⁵¹

Vergleichbares gilt – wenngleich ohne Festsetzung konkreter Fristen – für den Verwaltungsrat der BayernLB. Jedoch bedarf es, wie bereits erörtert, für die Einberufung durch Verwaltungsratsmitglieder eines Quorums von mindestens drei Mitgliedern (§ 10 Abs. 1 S. 2 Satzung BayernLB).

Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Commerzbank werden in Sitzungen gefasst. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann Beschlüsse aber auch schriftlich, telefonisch, in Textform, in elektronischer oder in einer anderen vergleichbaren Form fassen lassen. Ein Widerspruchsrecht gegen die Beschlussfassung außerhalb von Sitzungen steht den Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht zu (§ 14 Abs. 2 Satzung Commerzbank bzw. § 7 Abs. 5 GO AR Commerzbank).

Auch der Verwaltungsrat der **BayernLB** kann einen Beschluss im Wege der schriftlichen Umfrage herbeiführen. Dies gilt jedoch nur, wenn nicht ein Mitglied binnen einer Woche nach Absendung der Mitteilung die Behandlung in einer Sitzung wünscht (§ 10 Abs. 6 BayernLB).

6.2.2.3 Beschlussfähigkeit

Der Aufsichtsrat der Commerzbank ist beschlussfähig, wenn mindestens zehn Mitglieder, also mindestens die Hälfte⁵², an der Beschlussfassung teilnehmen (§ 14 Abs. 3 Satzung Commerzbank). Auch finden sich in den Bestimmungen zum Aufsichtsrat der Commerzbank Regelungen für die Teilnahme an der Beschlussfassung von abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern⁵³. Explizite Regelungen für die Teilnahme von abwesenden Verwaltungsratsmitgliedern an der Beschlussfassung existieren für die BayernLB nicht. Hinsichtlich der Beschlussfähigkeit bedarf es, wie bereits erörtert⁵⁴, der Teilnahme der Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder, wobei die besonderen Regeln bei Beschlussunfähigkeit gelten (§ 10 Abs. 3 S. 1 Satzung BayernLB).

⁵¹ Die Sitzung hat dann innerhalb von zwei Wochen nach der Einberufung zu erfolgen. Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe der Tagesordnung selbst den Aufsichtsrat einberufen (§ 6 Abs. 2 GO AR Commerzbank).

⁵² Gemäß § 11 Abs. 1 Satzung Commerzbank besteht der Aufsichtsrat aus 20 Mitgliedern.

⁵³ Vgl. § 14 Abs. 3 Satzung Commerzbank und § 7 Abs. 2 GO AR Commerzbank, wonach eine Teilnahme an der Beschlussfassung auch durch schriftliche Stimmabgabe, Stimmabgabe per Telefax bzw. Videoübertragung und Telefon möglich ist.

⁵⁴ Siehe oben sub IV.6.1.2.

Die Satzung der Commerzbank enthält darüber hinaus besondere Möglichkeiten zur Vertagung, wenn nicht alle Aufsichtsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen, vgl. § 14 Abs. 5 und 6 Satzung Commerzbank. Vergleichbare Regelungen finden sich für den Verwaltungsrat der BayernLB nicht.

6.2.2.4 Beschlussmehrheit

Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Commerzbank werden mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit gesetzlich nicht zwingend etwas anderes bestimmt ist (§ 14 Abs. 4 S. 1 Satzung Commerzbank bzw. § 7 Abs. 3 GO AR Commerzbank). Entsprechendes gilt nach § 10 Abs. 4 Satzung BayernLB für die BayernLB. Für die Beschlussfassung des Aufsichtsrats der Commerzbank sind überdies die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zu beachten.

6.2.2.5 Sitzungsprotokolle

Über die Sitzungen des Aufsichtsrats der Commerzbank ist eine Niederschrift anzufertigen (§ 14 Abs. 8 Satzung Commerzbank bzw. § 7 Abs. 7 GO AR Commerzbank). Werden Beschlüsse nicht in Sitzungen gefasst, sind diese vom Aufsichtsratsvorsitzenden schriftlich zu bestätigen und in die Niederschrift über die nächste Aufsichtsratssitzung aufzunehmen (§ 7 Abs. 8 GO AR Commerzbank). Vergleichbare explizite Regeln existieren für den Verwaltungsrat der BayernLB nicht.

6.2.2.6 Interessenkonflikte und Verschwiegenheitspflichten

In Bezug auf Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern bzw. Verwaltungsratsmitgliedern finden sich in den Regelwerken der Commerzbank und der BayernLB vergleichbare Regelungen (vgl. § 3 Abs. 5 bis 7 GO AR Commerzbank bzw. § 10 Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 7 Abs. 6 Satzung BayernLB).

Auch die Verschwiegenheitspflichten eines Aufsichtsratsmitglieds der Commerzbank sowie eines Verwaltungsratsmitglieds der BayernLB sind vergleichbar (vgl. § 10 Abs. 2 Satzung Commerzbank bzw. § 3 Abs. 2 bis 4 GO AR Commerzbank bzw. § 19 Abs. 1 Satzung BayernLB).

6.2.2.7 Überwachungsinstrumente

In der Commerzbank entscheidet über die Hinzuziehung von Sachverständigen der Aufsichtsratsvorsitzende (§ 7 Abs. 6 GO AR Commerzbank). Da für den Verwaltungsrat der BayernLB die Satzung in

§ 22 Abs. 2 S. 1 (bzw. § 9 S. 1 GO Vorstand BayernLB) bestimmt, dass nur der Vorsitzende sowie der stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrats das Recht haben, unter anderem sämtliche Rechtsverhältnisse der Bank zu prüfen, ist davon auszugehen, dass auch nur sie gemäß § 22 Abs. 2 S. 3 Satzung BayernLB (bzw. § 9 S. 3 GO Vorstand BayernLB) Sachverständige im Sinne der Norm beauftragen können. Auch diese Regelungen sind also vergleichbar.

In Bezug auf Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsorgans sieht die Satzung der Commerzbank in § 9 Satzung vor, dass die GO Vorstand Commerzbank Geschäfte bestimmt, zu deren Vornahme der Vorstand der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, wobei der Aufsichtsrat bestimmen kann, dass noch andere Arten von Geschäften seiner Zustimmung bedürfen. Entsprechend hält die GO Vorstand Commerzbank Zustimmungsvorbehalte bereit, darunter insbesondere auch einen Zustimmungsvorbehalt bei Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen, wenn der Wert des Geschäfts im Einzelfall 1 % des haftenden Eigenkapitals der Commerzbank AG übersteigt (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GO).⁵⁵

Für den Zustimmungsvorbehalt des Verwaltungsrats der BayernLB gilt das oben⁵⁶ Gesagte: Grundsätzlich ist jeder Erwerb einer Unternehmensbeteiligung zustimmungsbedürftig (§ 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung BayernLB i.V.m. § 1 Abs. 3 GO Vorstand Bayern LB), es sei denn es handelt sich um ein zustimmungsfreies Geschäft nach § 1 Abs. 3 GO Vorstand BayernLB und es greift kein Rückausnahmetatbestand ein.

6.2.2.8 Ausschüsse

Der Aufsichtsrat der Commerzbank kann nach § 13 Satzung Commerzbank Ausschüsse bilden und ihnen, soweit gesetzlich zulässig, Entscheidungsbefugnisse übertragen. Genauere Bestimmungen finden sich in den §§ 8 ff. GO AR Commerzbank. Insbesondere ist hier ein Risikoausschuss vorgesehen. Zum Aufgabengebiet des Risikoausschusses gehört die Behandlung von Risiken wie Markt-, Kredit- und operationelle Risiken (vgl. § 12 Abs. 2 GO AR Commerzbank). Er ist zuständig für die Beschlussfassung über Finanz- und Kreditgeschäfte des Vorstands, die nach dem KWG der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, mit Ausnahme der in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

⁵⁵ Nicht zustimmungsbedürftig sind gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GO Vorstand Commerzbank Erwerbsgeschäfte, die mit Unternehmen des Commerzbank-Konzerns abgeschlossen werden.. Diese Geschäfte unterliegen lediglich einer Berichtspflicht (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 GO Vorstand Commerzbank).

⁵⁶ Sub IV.6.2.1.7.

bis 5 und § 12 KWG genannten Kredite. Darüber hinaus unterliegen seiner Zustimmung die in § 9 Satzung Commerzbank i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 3 GO Vorstand Commerzbank genannten Angelegenheiten.⁵⁷ Auch nimmt der Ausschuss gewisse Berichte des Vorstands entgegen (vgl. § 12 Abs. 3 GO AR Commerzbank). Für den Verwaltungsrat der **BayernLB** gilt im Vergleich das oben⁵⁸ Gesagte.

6.3 Zusammenfassung

Die eingehende vergleichende Analyse hat keine relevanten Unterschiede bei den Kompetenzregeln zwischen Vorstand und Verwaltungsrat sowie bei den Regeln zur Arbeitsweise des Verwaltungsrates zwischen der BayernLB einerseits sowie der Helaba und der LBBW andererseits ergeben. Entsprechendes gilt für den Vergleich zwischen der BayernLB einerseits sowie der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG andererseits: Zuständigkeit und Arbeitsweise des Verwaltungsrates der BayernLB entsprechen in hohem Maße der Zuständigkeit und der Arbeitsweise des Aufsichtsrats von Deutscher Bank und Commerzbank. Einzige Besonderheit: Für die Mitglieder des Verwaltungsrats der BayernLB kann je ein Vertreter bestellt werden, der anstelle des ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds an den Arbeiten und Sitzungen des Verwaltungsrats teilnehmen kann – eine Lösung, die das AktG expressis verbis verbietet.

7. Kontrollpflicht des Verwaltungsrats

7.1 Kontrolle der Geschäftsführung

Die Kontrolle der Geschäftsführung des Vorstands ist dem Verwaltungsrat sowohl im BayLBG (Art. 8 Abs. 1) als auch in der Satzung BayernLB (§ 11 Abs. 1) ausdrücklich zugewiesen. Gesetz und Satzung sagen allerdings kein Wort dazu, was das im Einzelnen bedeutet. Die Kontrollpflicht des Verwaltungsrats wird mithin weder vom BayLBG noch von der Satzung BayernLB näher beschrieben. Das gleiche gilt im Übrigen auch für § 111 Abs. 1 AktG.

7.2 Entsprechende Anwendung der Grundsätze des Aktienrechts

Wie die Kontrollaufgabe im Detail ausgestaltet ist und wie mithin der Verwaltungsrat seine Kontrollaufgabe in der Praxis wahrzunehmen hat, ist durch Auslegung von Gesetz und Satzung aus ihrem Wortlaut und

⁵⁷ Vgl. hierzu soeben sub IV.6.2.2.7.

⁵⁸ Sub IV.6.2.1.8.

ihrer Funktion abzuleiten.⁵⁹ Da es hierzu im Recht der öffentlichen Unternehmen kaum Literatur⁶⁰ und überhaupt keine Rechtsprechung gibt, ist es angebracht, auf die zu § 111 Abs. 1 AktG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen⁶¹. Diese Vorschrift weist dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft – übereinstimmend mit Art. 8 Abs. 1 BayLBG und § 11 Abs. 1 Satzung BayernLB – die Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung zu. Auf diese Weise kann man sich auch die außerordentlich reichhaltige aktienrechtliche Literatur⁶² und die zu diesem Themenkreis ergangene Rechtsprechung⁶³ nutzbar machen.

7.3 Kontrolle der Leitung der Bank durch den Vorstand

Wenn § 11 Abs. 1 Satzung BayernLB dem Verwaltungsrat die Überwachung der **Geschäftsführung des Vorstands** zuweist, bewirkt dies in Anlehnung an die aktienrechtlichen Grundsätze eine doppelte Einschränkung der Kontrollpflicht:

Zum einen beschränkt sich die Überwachung auf die **Vorstandsmitglieder**, so dass der Verwaltungsrat nicht sämtliche Mitarbeiter der Landesbank überwachen muss. Allerdings kann nach einer starken Literaturlauffassung im Einzelfall die Pflicht des Verwaltungsrats bestehen, auch nachgeordnete Ebenen in die Überwachung einzubeziehen, sofern dort Führungsentscheidungen getroffen oder wesentliche Einzelmaßnahmen ergriffen werden.⁶⁴

⁵⁹ Ähnlich für das Aktienrecht *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 8.

⁶⁰ Siehe nur *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 86 ff.; *Völter*, S. 152 ff.

⁶¹ Ebenso *Völter*, S. 153 f.; *Wulf*, S. 103; vgl. dazu auch *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 87 f.; zur entsprechenden Anwendung der Organhaftungsregeln des Privatrechts siehe *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 10 ff.; *ders.*, BB 2009, 786, 791.

⁶² Vgl. *Bürgers/Israel*, in *Bürgers/Körber*, § 111 Rn. 2 ff.; *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 111 Rn. 4 ff.; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 18 ff.; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 22 ff.; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 150 ff.; *Hüffer*, § 111 Rn. 2 ff.; *Lutter/Krieger*, Rn. 63 ff.; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 11 ff.; *Raiser/Veil*, § 15 Rn. 1 ff.; v. *Schenck*, in *Semler/v. Schenck*, § 7; *Semler*, Rn. 85 ff.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 6 ff.

⁶³ Vgl. BGHZ 69, 207, 213 ff. (zum Umfang der Überwachungspflicht); BGHZ 75, 120, 133; BGHZ 114, 127, 129 f. (jeweils zu den Überwachungsmaßstäben); BGHZ 135, 244, 252 ff. (zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitgliedern).

⁶⁴ Vgl. *Breuer/Fraune*, in *Heidel*, § 111 Rn. 5; *Bürgers/Israel*, in *Bürgers/Körber*, § 111 Rn. 3; *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 111 Rn. 8; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 252 ff.; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 21; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 9; a.A. – gegen eine Ausdehnung der Überwachungspflicht auf nachgeordnete Ebenen – OLG Köln AG 1978, 17, 21; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 21; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 24; *Jäger*, § 22 Rn. 12; *Lutter/Krieger*, Rn. 68 f.; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Rn. 342; v. *Schenck*, in *Semler/v. Schenck*, § 7 Rn. 30 ff.; *Semler*, Rn. 115 ff.; wohl auch BGHZ 75, 120, 133, nach dem es zur Kompetenz des Aufsichtsrats gehört zu prüfen, ob die Überwachung der Angestellten in ordnungsgemäßer Weise vom Vorstand besorgt wird, der die unmittelbare Überwachung dieser Angestellten jedoch nicht zur Pflicht des Aufsichtsrats erhebt.

Zum anderen hat der Verwaltungsrat selbstverständlich nicht das gesamte Geschehen in der BayernLB zu überwachen, sondern lediglich die **Geschäftsführung** des Vorstands. Dabei ist der Begriff der Geschäftsführung in § 111 Abs. 1 AktG allerdings – was auf den ersten Blick vielleicht naheliegend erscheinen mag – nicht mit demjenigen in § 77 AktG gleichzusetzen. Da dieser denkbar weit zu verstehen ist und sämtliche tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen, gewöhnlichen und außergewöhnlichen Handlungen für die Gesellschaft meint⁶⁵, führte eine Zugrundelegung dieser Definition im Rahmen des § 111 Abs. 1 AktG zu einer Überspannung der Anforderungen an die Kontrollpflichten des Verwaltungsrats⁶⁶. Die ganz herrschende Meinung setzt daher den Begriff der „Geschäftsführung“ in § 111 Abs. 1 AktG mit dem der „Leitung“ in § 76 Abs. 1 AktG gleich.⁶⁷ Mithin beschränkt sich die Überwachungspflicht des Verwaltungsrats der BayernLB auf die **Leitung der Bank** durch den Vorstand, d.h. die Führungsentscheidungen und wichtigen Einzelmaßnahmen des Vorstands.⁶⁸ Wenngleich auch das laufende Tagesgeschäft in den Aufgabenbereich des Vorstands fällt, umfasst die Überwachungspflicht des Verwaltungsrats dieses nicht.⁶⁹ Das Tagesgeschäft ist nicht Sache des Verwaltungsrats und kann es schon aus praktischen Gründen nicht sein. Seine Überwachungspflicht betrifft alleine die **Leitungsmaßnahmen** des Vorstands. Dazu gehören in Anlehnung an § 90 Abs. 1 AktG⁷⁰ insbesondere

- die Unternehmensplanung des Vorstands,
- die interne Organisation und Kontrolle,
- die Kontrolle des Risikos, der Liquidität und der Compliance,
- die Besetzung der nachgeordneten Stellen,
- die Delegation und ihre Kontrolle sowie

⁶⁵ *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 77 Rn. 3; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 159; *Hüffer*, § 77 Rn. 3; *Spindler*, in MünchKommAktG, § 77 Rn. 6; *Wiesner*, in MünchHdbAG, § 22 Rn. 1.

⁶⁶ *Breuer/Fraune*, in Heidel, § 111 Rn. 5; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 159; *Hüffer*, § 111 Rn. 3.

⁶⁷ *Bürgers/Israel*, in Bürgers/Körber, § 111 Rn. 3; *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 6; *Hoffmann-Becking*, in MünchHdbAG, § 29 Rn. 22; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 160; *Lutter/Krieger*, Rn. 63; *Spindler*, in Spindler/Stilz, § 111 Rn. 7.

⁶⁸ Vgl. *Bürgers/Israel*, in Bürgers/Körber, § 111 Rn. 3; *Habersack*, in MünchKommAktG, § 111 Rn. 19 f.; *Hoffmann-Becking*, in MünchHdbAG, § 29 Rn. 23; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Spindler*, in Spindler/Stilz, § 111 Rn. 8.

⁶⁹ *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 8; *Habersack*, in MünchKommAktG, § 111 Rn. 19; *Lutter/Krieger*, Rn. 66; v. *Schenck*, in Semler/v. Schenck, § 7 Rn. 35.

⁷⁰ Diese Vorschrift dient der herrschenden Meinung zur Konkretisierung der Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats, vgl. *Breuer/Fraune*, in Heidel, § 111 Rn. 5; *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 7; *Hoffmann-Becking*, in MünchHdbAG, § 29 Rn. 23; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 162 ff.; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Lutter/Krieger*, Rn. 64 f.; *Mertens*, in KölnKommAktG, § 111 Rn. 14, 29; *Spindler*, in Spindler/Stilz, § 111 Rn. 8.

- alle Dinge, die nur der Vorstand erledigen kann, wie die Berichte an den Verwaltungsrat, die Aufstellung der Bilanz, die Abgabe von Steuererklärungen etc.

Dieses sehr umfangreiche „Paket“ hat der Gesamtvorstand als Leitungsaufgabe, und dieses „Paket“ hat der Verwaltungsrat zu überwachen.⁷¹

7.4 Überwachungsmaßstab

Zentrale Gegenstände der Überwachung sind mithin:

7.4.1 Legalität der Unternehmensführung

Der Verwaltungsrat ist mitverantwortlich dafür, dass der Vorstand Gesetz und Satzung beachtet und für deren Einhaltung in der Bank durch entsprechende organisatorische Maßnahmen sorgt.⁷² Das gilt vor allem für die Regeln des KWG und die Anordnungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) dazu (§ 6 Abs. 3 KWG), aber nachdrücklich auch für das Kartellverbot und das Bestechungsverbot.⁷³ Der Verwaltungsrat hat sich durch ständige Nachfragen und Wünsche nach Vorlagen und Vorträgen von Mitarbeitern davon zu überzeugen, dass die vom Vorstand zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Handelns getroffenen Maßnahmen wirksam sind und vom Vorstand fortlaufend daraufhin kontrolliert werden.⁷⁴

Zur Legalität der Unternehmensführung einer öffentlichrechtlichen Bank gehört aber auch die Frage, ob der Bank bestimmte Geschäfte überhaupt erlaubt sind.⁷⁵ Das war hier nicht nur bei den desaströsen Kredit-Ersatzgeschäften höchst zweifelhaft⁷⁶, sondern eben auch beim Erwerb der Beteiligung an der HGAA⁷⁷.

⁷¹ Sehr ausführlich *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 167 ff.

⁷² Vgl. *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 111 Rn. 15; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 26; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 301 ff.; *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 96; *Lutter/Krieger*, Rn. 72 f.; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Rn. 490; v. *Schenck*, in *Semler/v. Schenck*, § 7 Rn. 140 ff.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 15.

⁷³ So auch *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 302; *Semler*, Rn. 186 f.; *Völter*, S. 154.

⁷⁴ Zu dieser Compliance-Pflicht des Vorstands vgl. *OLG Jena GWR* 2009, 449; *Bürkle*, *BB* 2007, 1797, 1799; *Fleischer*, *CCZ* 2008, 1, 5; *Löbbe*, S. 180 ff.; a.A. – gegen eine Pflicht des Vorstands zur Implementierung eines Compliance-Systems *Hauschka*, *ZIP* 2004, 877, 878; *Koch*, *WM* 2009, 1013, 1017 ff.; *Kort*, in *GroßkommAktG*, § 91 Rn. 65 ff.

⁷⁵ Vgl. *OLG Düsseldorf ZIP* 2010, 28, wo der Vorstand die Schranken der Satzung missachtet hatte.

⁷⁶ Vgl. *VGH Sachsen*, Urteil v. 28.08.2009 – Vf. 41-I-08, Rn. 175, 178 ff., 182 ff.; siehe auch *Lutter*, *BB* 2009, 786.

⁷⁷ Dazu schon oben sub III.2.-4.

7.4.2 Ordnungsmäßigkeit der Unternehmensführung

Die Ordnungsmäßigkeit in der Leitung der Bank bedeutet zunächst einmal eine der Größe, Struktur und Eigenart der Bank entsprechende angemessene Organisation unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse und Erfahrungen.⁷⁸ Hier muss sich der Verwaltungsrat davon überzeugen, dass der Vorstand die Bank tatsächlich leiten und steuern kann, obwohl er als Vorstand selbst nur Anweisungen und Impulse zu geben vermag. Es geht also um eine korrekte und effiziente Leitung der Bank trotz Delegation.

Zur Ordnungsmäßigkeit gehört aber auch eine ständige und effektive Information des Vorstands durch die Mitarbeiter „von unten“ sowie ein effektives Rechnungswesen und Controlling und das bereits angesprochene Risiko-Management.⁷⁹ Der Verwaltungsrat hat sich also laufend davon zu überzeugen, dass alle diese Maßnahmen einer ordnungsgemäßen Leitung tatsächlich getroffen sind und funktionieren.⁸⁰

7.4.3 Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung

Der Vorstand hat die Lebens- und Überlebensfähigkeit der Bank zu sichern: Von Verlusten kann niemand leben, ohne ausreichende Erträge sinkt die Investitions- und Innovationskraft der Bank. Der Verwaltungsrat hat sich also regelmäßig davon zu überzeugen, dass der Vorstand die Sicherung der **Liquidität** der Bank, ihre **Finanzierung** und ihre angemessene **Ertragskraft** als ständige und zentrale Aufgabe seiner Leitung vor Augen hat und mit entsprechenden Maßnahmen auch zu sichern versteht. Bei einer konkreten unternehmerischen Entscheidung hat er sich ein Bild von den Erträgen und Aufwendungen zu machen, die mit dieser Entscheidung verbunden sind, und anhand dessen deren Wirtschaftlichkeit und Risiken zu prüfen.⁸¹

Dabei steht bei einer öffentlich-rechtlichen Bank die Erfüllung des öffentlichen Auftrags im Zentrum, nicht der Ertrag. Insofern unterscheidet sie sich grundlegend von einer privaten Bank. Ihr Ziel ist gerade nicht ein höchster Ertrag, sondern die Erfüllung eines

⁷⁸ Vgl. *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 16; *Lutter/Krieger*, Rn. 74; *Pahlke*, NJW 2002, 1680, 1685; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Rn. 491; v. *Schenck*, in Semler/v. Schenck, § 7 Rn. 139; *Semler*, Rn. 184 f.; kritisch zur Erforderlichkeit dieses Kriteriums *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 309.

⁷⁹ Vgl. *Lutter/Krieger*, Rn. 79 f.

⁸⁰ Vgl. *Habersack*, in MünchKommAktG, § 111 Rn. 20; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 49 f.

⁸¹ Vgl. *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 16; *Götz*, AG 1995, 337, 350; *Hopt/Roth*, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 307; *Lutter*, Sparkassenorgane, S. 97; *Lutter/Krieger*, Rn. 83; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Rn. 494; v. *Schenck*, in Semler/v. Schenck, § 7 Rn. 144; *Semler*, Rn. 191.

öffentlichen Zwecks etwa durch die Förderung des Mittelstandes oder junger Unternehmer durch zinsgünstige Kredite etc.

7.4.4 Zweckmäßigkeit der Unternehmensführung

Die Zweckmäßigkeit der Leitung⁸² ist in den meisten der soeben angesprochenen Aspekte schon mit enthalten und daher in der Regel keine eigene Kategorie der Überwachung: Eine unzumutbare Organisation oder Finanzierung ist eben schlecht und daher nicht ordnungsgemäß oder nicht wirtschaftlich und unter diesen Gesichtspunkten vom Verwaltungsrat zu beanstanden. Im Übrigen kann die ständige Umorganisation des Unternehmens und damit die Verlagerung von Ressourcen nach innen statt nach außen ein Beispiel für die Unzumutbarkeit der Unternehmensführung sein.

7.5 Intensität der Überwachung

Die Erfüllung des Überwachungsauftrags durch den Verwaltungsrat setzt nicht voraus, dass er sämtliche vom Vorstand initiierten Maßnahmen kennt, geschweige denn kontrolliert. Eine totale Überwachung durch den Verwaltungsrat würde diesen nicht nur überfordern, sondern stünde auch im Konflikt mit dem Grundsatz des Art. 7 Abs. 1 BayLBG und des § 7 Abs. 1 Satzung BayernLB, dass der Vorstand die Geschäfte der Bank führt. Grundsätzlich ist der Verwaltungsrat daher nicht zur Vornahme einer Detailkontrolle verpflichtet.⁸³

Wenngleich sich die Literatur hinsichtlich der Einzelheiten teilweise uneins ist, entspricht es doch herrschender Auffassung, dass sich Art und Umfang der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsorgans der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zum jeweiligen Zeitpunkt anzupassen haben. Dementsprechend intensiviert sich seine Überwachungspflicht mit einer signifikanten oder sogar existenzbedrohenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.⁸⁴ Darüber hinaus können Aspekte wie die Branche, in der das Unternehmen tätig ist, oder die Risikoträchtigkeit bestimmter

⁸² Dazu vgl. *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 306; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 11; v. *Schenck*, in *Semler/v. Schenck*, § 7 Rn. 145; *Semler*, Rn. 192 ff.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 16 ff.; *Völter*, S. 155 ff.

⁸³ *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 262; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 12; siehe auch schon oben sub IV.7.3.

⁸⁴ OLG Stuttgart BB 2006, 1019, 1021; LG München I AG 2007, 827, 828; *Bürgers/Israel*, in *Bürgers/Körber*, § 111 Rn. 6; *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 111 Rn. 17, 20; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 27b; *Hüffer*, § 111 Rn. 7; *ders.*, NZG 2007, 47, 49; *Lutter/Krieger*, Rn. 86 ff.; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 20; v. *Schenck*, in *Semler/v. Schenck*, § 7 Rn. 155 f.; *Semler*, Rn. 231 ff.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 25 f.; a.A. *Claussen*, AG 1984, 20 f.

Bereiche eine Rolle spielen.⁸⁵ Zur Frage, ob auch die Tragweite bestimmter Geschäfte, wie beispielsweise der Erwerb einer Beteiligung an einem anderen Unternehmen, ein solcher Aspekt sein kann, nimmt die Literatur in diesem Zusammenhang nicht Stellung. Auf den ersten Blick spricht dafür einiges, liegt doch auch in diesem Fall eine von der Normallage des Unternehmens abweichende Sondersituation vor, die den Verwaltungsrat zur besonders aufmerksamen Beobachtung der Leitung der Bank durch den Vorstand anhalten sollte. Dazu an späterer Stelle näher.⁸⁶

Eine Ausprägung des Prinzips, dass sich die Kontrollintensität nach der jeweiligen Situation des Unternehmens richtet, findet sich in § 7 Abs. 7 Satzung BayernLB: Danach können der Vorsitzende sowie der stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrats auf Wunsch „in besonderen Fällen“ an den Sitzungen des Vorstands teilnehmen. Ob ein besonderer Fall vorliegt, bestimmt der Vorsitzende des Aufsichtsrats.

7.6 Durchsetzung von Monita

Ist der Verwaltungsrat mit den vom Vorstand getroffenen Maßnahmen nicht zufrieden und geht der Vorstand auf die entsprechenden Diskussionspunkte des Verwaltungsrats nicht ein, so kann der Verwaltungsrat⁸⁷

- förmliche Beanstandungen formulieren,
- die Geschäftsordnung für den Vorstand ändern und darin die fraglichen Punkte ansprechen, etwa einem Vorstandsmitglied die Liquiditätsversorgung zuweisen und monatliche Berichterstattung verlangen,
- zusätzliche Zustimmungsvorbehalte beschließen und
- äußerstenfalls Vorstandsmitglieder abberufen, was aber einen wichtigen Grund voraussetzt, also z.B. ein nach wie vor unzureichendes Risiko-Controlling und Risiko-Management.

Dem Verwaltungsrat steht aber **kein Weisungsrecht** gegenüber dem Vorstand zu.⁸⁸

⁸⁵ Vgl. *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 25.

⁸⁶ Siehe unten sub IV.7.7.1.

⁸⁷ Zu den Überwachungsmitteln vgl. *Bürgers/Israel*, in *Bürgers/Körper*, § 111 Rn. 7 f.; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 27 f., 31 ff.; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 28 ff.; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 325 ff.; *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 99 ff.; *Lutter/Krieger*, Rn. 85, 100 ff.; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 31 ff.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 30.

⁸⁸ *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 12, 43; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 32.

7.7 Zustimmungsvorbehalte

7.7.1 Sorgfaltsanforderungen an den Verwaltungsrat

An anderer Stelle⁸⁹ ist bereits ausgeführt worden, dass den Verwaltungsrat in der Unternehmenskrise eine Pflicht zur intensivierten Überwachung des Vorstands trifft. Ob das auch für solche Geschäfte gilt, die nach der Satzung oder nach einem Beschluss des Aufsichtsrats bzw. des Verwaltungsrats seiner Zustimmung bedürfen, ist in der aktienrechtlichen Literatur umstritten.

Gelegentlich werden Zustimmungsvorbehalte für den Aufsichtsrat – wie sie hier in § 11 Abs. 3 Satzung BayernLB für den Verwaltungsrat vorgesehen sind – als „mitunternehmerische“ Entscheidungen des Aufsichtsrats eingeordnet.⁹⁰ Folgt man dieser die Einflussnahmemöglichkeit des Aufsichtsorgans betonenden Ansicht, ist es nur konsequent, dem Verwaltungsrat eine Pflicht zur intensiven Prüfung aufzuerlegen, bevor er seine Zustimmung zu der Maßnahme erteilt. Er muss dann aufgrund seiner Teilhabe an der Geschäftsführung des Vorstands über ein Informationsniveau verfügen, das dem des Vorstands vergleichbar ist.⁹¹ Mit anderen Worten: Der Verwaltungsrat muss sich nicht nur sämtliche Unterlagen vorlegen lassen, die auch dem Vorstand zur Verfügung stehen, sondern diese auch sehr eingehend auf Vollständigkeit und Richtigkeit prüfen.⁹² Von den Mitgliedern des Verwaltungsrats ist demnach zu verlangen, dass sie mit besonderer Sorgfalt vorgehen.

Zum gleichen Ergebnis könnte man gelangen, wenn man in den Mittelpunkt stellt, dass einem Zustimmungsvorbehalt nur solche Geschäfte unterworfen werden dürfen, die nach Umfang, Gegenstand, Bedeutung oder Risiko für ein Unternehmen der betreffenden Art und Größe aus dem routinemäßigen Geschäftsbetrieb signifikant herausragen oder von spezifischer unternehmensstrategischer Bedeutung sind⁹³.

⁸⁹ Siehe oben sub IV.7.5.

⁹⁰ Näher Lutter, FS Albach, S. 226 ff.; ebenso Hoffmann-Becking, in MünchHdbAG, § 29 Rn. 39; Pahlke, NJW 2002, 1680, 1686; Semler, in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 251; ders., Rn. 212.

⁹¹ So Schlitt, DB 2005, 2007; Semler, in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 252.

⁹² Semler, in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 252.

⁹³ So oder ähnlich Bürgers/Israel, in Bürgers/Körber, § 111 Rn. 23; Drygala, in K. Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 43; Hoffmann-Becking, in MünchHdbAG, § 29 Rn. 44; J. Hüffer, FS Hüffer, S. 365, 368 ff.; Hopt/Roth, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 641; Mertens, in KölnKommAktG, § 111 Rn. 66; Potthoff/Trescher/Theisen, Rn. 1755; v. Schenck, in Semler/v. Schenck, § 7 Rn. 238; Spindler, in Spindler/Stilz, § 111 Rn. 68; eingehend Schönberger, S. 106 ff.; Wulf, S. 40 f.; in diese Richtung auch Begründung RegE zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17; Ziff. 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

Indes wird dieser auch vom Verfasser befürwortete Standpunkt von der überwiegenden Meinung in der Literatur nicht geteilt: Sie versteht die zugunsten des Aufsichtsrats bestehenden Zustimmungsvorbehalte nicht als mitunternehmerische Entscheidungen, sondern – wenngleich auch sie die hohe Verantwortung des Aufsichtsrats betont⁹⁴ – „nur“ als Mittel einer präventiven Kontrolle⁹⁵ und differenziert zwischen der Informationsbasis, auf welcher der Aufsichtsrat seine Entscheidung über die Zustimmung zu treffen hat, und der Frage, wie eingehend die erlangten Informationen zu prüfen sind: Die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Zustimmung zu der Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands stellt eine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgment Rule (§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG)⁹⁶ dar⁹⁷, so dass sie auf angemessener informatorischer Grundlage zu erfolgen hat. Der Verwaltungsrat muss sich angesichts der Tragweite der zu treffenden Entscheidung daher vom Vorstand mit allen Informationen versorgen lassen, die für seine Entscheidung von Bedeutung sein können. Allerdings müssen diese Informationen weder in Form der Originaldokumente bereitgestellt werden noch müssen sie ein Detailwissen vermitteln, das sich das Aufsichtsratsmitglied nur im Rahmen des Studiums der Originaldokumente aneignen könnte. Hinsichtlich der Frage nach der Prüfungstiefe postuliert die herrschende Meinung keine über das übliche Maß hinausgehenden Anforderungen, sondern lässt eine Plausibilitätsprüfung der Aufsichtsratsmitglieder genügen.⁹⁸ Begründet werden diese relativ laxen Anforderungen mit der Initiativ- und Informationshoheit des Vorstands und dem Nebenamtscharakter der Aufsichtsrats Tätigkeit, der eine Befassung mit sämtlichen Einzelheiten schon rein praktisch nicht zulasse.⁹⁹

⁹⁴ Vgl. *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 583: „Bei Erklärung der Zustimmung trifft den Aufsichtsrat eine gesteigerte Mitverantwortung.“; *Kropff*, in *Semler/v. Schenck*, § 8 Rn. 72 f.: „Wenige Entscheidungen sind gleich schwierig und bedürfen gleich stark der Mitprüfung durch den Aufsichtsrat, weil das Streben nach Größe auch bei guten Vorständen das kritische Urteil trübt. Der Aufsichtsrat muss daher bei bedeutenden Vorhaben unabhängig von ihrem Preis Wert auf eine umfassende Unterrichtung legen.“

⁹⁵ Vgl. *BGH BB* 2007, 283, 284; *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 111 Rn. 37; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 100; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 583; *Hüffer*, § 111 Rn. 16; sehr klar *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 66: „[...] begründen Zustimmungsvorbehalte nicht etwa eine Mitentscheidungskompetenz, sondern sind Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates.“

⁹⁶ Zu dieser eingehend siehe unten sub IV.10.3.

⁹⁷ *Fonk*, *ZGR* 2006, 841, 861; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 127; *J. Hüffer*, *FS Hüffer*, S. 365, 366, 371 f.; *Kropff*, in *Semler/v. Schenck*, § 8 Rn. 73, 110.

⁹⁸ Die zum fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH ergangene Entscheidung *BGH NZG* 2007, 187 steht der herrschenden Lehre nicht entgegen: Hier ging es um einen krassen Fall, in dem der Aufsichtsrat keinerlei Erkundigungen eingeholt hatte, vgl. *Leitsatz* und Rn. 12.

⁹⁹ Vgl. *Fonk*, *ZGR* 2006, 841, 861 ff.; *Habersack*, in *MünchKommAktG*, § 111 Rn. 127; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 668 f.; *J. Hüffer*, *FS Hüffer*, S. 365, 372; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 111 Rn. 85.

Den folgenden Ausführungen liegt diese überwiegende Meinung der Literatur zugrunde.

7.7.2. Vorlage des Vorstands an den Verwaltungsrat

Die Vorlage des Vorstands an den Verwaltungsrat muss einerseits so beschaffen sein, dass sie dem Verwaltungsrat eine angemessene informatorische Grundlage für seine Entscheidung bietet, andererseits aber auch der Tatsache Rechnung tragen, dass Aufsichtsratsmitglieder nur ein Nebenamt ausüben. Bei zustimmungspflichtigen Geschäften kann daher in aller Regel auf die Vorlage der Originaldokumente verzichtet werden. Es ist hinreichend, allerdings auch notwendig, dass der Vorstand die wesentlichen Eckdaten des jeweiligen Geschäfts in komprimierter Form darstellt.¹⁰⁰

7.7.3 Unternehmenskauf

Die soeben¹⁰¹ beschriebenen Sorgfaltsanforderungen an die Kontrolle durch den Verwaltungsrat der BayernLB gelten – da diese Geschäfte nach § 11 Abs. 3 Nr. 4 der Satzung BayernLB der Zustimmung des Verwaltungsrats bedürfen – auch für den Erwerb von Unternehmen oder den Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen.

In Anbetracht der Tragweite der Entscheidung über einen Unternehmenskauf muss der Verwaltungsrat Wert auf eine umfassende Unterrichtung legen.¹⁰² Das ergibt sich aus der Anwendung der Business Judgment Rule, die ein Handeln auf angemessener informatorischer Grundlage verlangt.

Die Untersuchung des Zielunternehmens sowohl unter wirtschaftlichen, technischen und finanziellen als auch unter rechtlichen und bilanziellen Gesichtspunkten gehört heutzutage zum state of the art der Transaktionspraxis.¹⁰³ Eine solche sog. Due Diligence-Prüfung seitens der Bietergesellschaft dient einerseits der Bewertung des Zielunternehmens und somit der Ermittlung eines adäquaten Kaufpreises, andererseits der Identifizierung von Chancen und Risiken,

¹⁰⁰ *Fonk*, ZGR 2006, 841, 862.

¹⁰¹ Siehe oben sub IV.7.7.1.

¹⁰² Vgl. *Kropff*, in *Semler/v. Schenck*, § 8 Rn. 73.

¹⁰³ Eingehend zur Due Diligence beim Unternehmenskauf *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf; *Beisel*, in *Beisel/Klumpp*, 2. Kapitel; *Berens/Brauner/Strauch*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen; *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb; *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence-Prüfung; *Holzapfel/Pöllath*, Rn. 12 ff.; *Liekefett*, Due Diligence bei M&A-Transaktionen; *Semler*, in *Hölters*, Teil VII Rn. 29 ff.

die mit dem Erwerb einhergehen. Einige Stimmen in der Literatur halten den Vorstand der Bietergesellschaft aufgrund seiner sich aus § 93 Abs. 1 AktG ergebenden Sorgfaltspflicht grundsätzlich für verpflichtet, vor der Durchführung eines Unternehmenskaufs eine Due Diligence-Prüfung selbst vorzunehmen oder in Auftrag zu geben; anderenfalls mache er sich im Schadensfalle ersatzpflichtig nach § 93 Abs. 2 AktG.¹⁰⁴ Die wohl herrschende Lehre schließt sich dem mit der Einschränkung an, eine derartige Pflicht könne nur dann angenommen werden, wenn dem Geschäft wegen seiner Größe und seiner Auswirkungen auf die Bietergesellschaft grundsätzliche Bedeutung zukomme, und lässt von der so beschränkten Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence abermals eine Ausnahme für den Fall zu, dass die Geschäftsführung nach einer Gesamtwürdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls und einer umfassenden Risikoabwägung zu der Auffassung gelangt, dass ein Erwerb auch ohne Due Diligence-Prüfung im Unternehmensinteresse liegt.¹⁰⁵ Der Kreis derjenigen, die eine Due Diligence-Pflicht ablehnen, schrumpft hingegen zunehmend.¹⁰⁶

Besteht nach diesen Grundsätzen eine Pflicht des Vorstands zur Durchführung einer Due Diligence, ist der Bericht über diese Prüfung vom Verwaltungsrat mit der gebotenen Sorgfalt zu studieren und auf seine Plausibilität hin zu prüfen. Originalunterlagen müssen wie gesagt in der Regel nicht vorgelegt werden. Hält der Due Diligence-Bericht der Plausibilitätskontrolle nicht stand, trifft das Aufsichtsratsmitglied eine Nachforschungspflicht, ggf. ist der Bericht unter Hinzuziehung des für ihn Verantwortlichen zu diskutieren.

Hinsichtlich des Mindestinhalts dieses Berichts und der sich daran anschließenden Prüfungspflichten des Verwaltungsrats gilt Folgendes:

Selbstverständlich muss sich der Verwaltungsrat ein Bild über die Angemessenheit des beabsichtigten Kaufpreises machen. Sofern der Vorstand zum Zwecke der Ermittlung des Kaufpreises ein externes Sachverständigengutachten eingeholt hat, ist dieses oder eine von dem

¹⁰⁴ Böttcher, NZG 2005, 49, 52, 54; Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 79; Fleischer/Körber, in Berens/Brauner/Strauch, S. 219, 237; Fonk, ZGR 2006, 841, 861; Kieth, NZG 1999, 976, 982; vorsichtiger Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 80.

¹⁰⁵ So oder ähnlich Angersbach, S. 146 ff.; Böttcher, NZG 2007, 481, 483 f.; Hemeling, ZHR 169 (2005), 274, 276 f.; Hüffer, § 93 Rn. 4b; Liese/Theusinger, BB 2007, 71, 72; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 86; Werner, ZIP 2000, 989, 990 ff.; siehe bereits LG Hannover AG 1977, 198, 200: „Einer Beteiligung dieses Ausmaßes hätte zunächst eine umfangreiche und mit äußerster Sorgfalt zu führende Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse [...] vorangehen müssen.“; siehe auch OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 436 f. und zweiter Leitsatz.

¹⁰⁶ Siehe nur Lutter/Krieger, Rn. 119: „[...] kann derzeit noch keine allgemeine und regelmäßige Pflicht des Vorstands zur Durchführung dieser Prüfung angenommen werden.“

Gutachter erstellte Zusammenfassung dem Aufsichtsrat vorzulegen.¹⁰⁷ Der Vorstand muss dem Verwaltungsrat gegenüber zu Voraussetzungen, Methode und Ergebnissen des Gutachtens Stellung nehmen.¹⁰⁸ Ist kein externer Gutachter eingeschaltet worden, hat der Vorstand seine selbst vorgenommene Bewertung dem Verwaltungsrat gegenüber schriftlich darzulegen.¹⁰⁹

Darüber hinaus muss der Verwaltungsrat in die Lage versetzt werden, die mit dem Unternehmenskauf verbundenen Chancen und Risiken zu bewerten.¹¹⁰ Er muss darüber befinden können, ob die Chancen die Risiken in einem Maße überwiegen, das seine Zustimmung zu dem Geschäft rechtfertigt. Dementsprechend muss der ihm vorgelegte Due Diligence-Bericht die wesentlichen Ergebnisse der Prüfung präsentieren¹¹¹: Er muss Aussagen zur *wirtschaftlichen Lage* des Zielunternehmens und zu seinem wirtschaftlichen Umfeld, d.h. insbesondere zu seiner Position im Markt, enthalten. Darüber hinaus sind die wesentlichen Ergebnisse der Financial Due Diligence, d.h. der umfassenden Analyse der *finanziellen und bilanziellen Situation* des Zielunternehmens, darzulegen. In diesem Rahmen sind dem Verwaltungsrat insbesondere die sich aus den Bilanzen und sonstigen Buchhaltungsunterlagen der vergangenen drei bis fünf Jahre ergebenden Chancen und Risiken hinsichtlich der Liquidität und Ertragskraft der Zielgesellschaft zu erläutern. Auch mit dem Unternehmenskauf einhergehende *rechtliche und insbesondere steuerrechtliche Risiken* sind dem Aufsichtsrat darzulegen. Über diese Angaben hinaus können auch Angaben zu den Ergebnissen der technischen Due Diligence, der Umwelt-Due Diligence oder der Human Resources Due Diligence erforderlich sein, sofern sich aus diesen Bereichen besondere Chancen und Risiken für das Geschäft ergeben. All diese Angaben hat der Verwaltungsrat auf ihre Plausibilität zu prüfen.

Der Vorstand hat schließlich zu berichten, auf welche Weise er gegen evtl. vorhandene Risiken vertraglich Vorsorge getroffen hat. Zu diesem Zwecke kann es erforderlich sein, dem Verwaltungsrat den Vertragsentwurf vorzulegen, den dieser wiederum – ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – zu prüfen hat; denn nur dann kann der Verwaltungsrat das verbleibende Risiko abschätzen.

¹⁰⁷ Vgl. Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 74; Lutter/Krieger, Rn. 119.

¹⁰⁸ Vgl. Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 74; Lutter/Krieger, Rn. 119.

¹⁰⁹ Vgl. Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 75.

¹¹⁰ Vgl. Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 76; Lutter/Krieger, Rn. 119; Semler, Rn. 211.

¹¹¹ Zu den Arten von Due Diligence-Überprüfungen siehe Beisel, in Beisel/Klumpp, 2. Kapitel Rn. 6 ff.; Dietzel, in Semler/Volhard, § 9 Rn. 178 ff.; Fleischer/Körber, BB 2001, 841; Holzappel/Pöllath, Rn. 13; Krämer, in Marsch-Barnier/Schäfer, § 10 Rn. 3 ff.; siehe auch die Formulare bei Seibt, in BeckFormM&A, B.VI.2. bis B.VI.6., S. 54 ff.

7.7.4 Zusammenfassung

Noch einmal: Durch Aufnahme in den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte stellt die Satzung den Verwaltungsrat im konkreten Fall in eine besondere Verantwortung. Nicht mehr wie üblich allein der Vorstand, sondern nunmehr beide Gremien gemeinsam tragen die Verantwortung für die fragliche Maßnahme. Beide treffen dabei eine sogenannte unternehmerische Entscheidung. Dafür steht ihnen ein breites unternehmerisches Ermessen zu, vorausgesetzt, sie haben sich beide zuvor angemessen informiert.

Dabei hat der Verwaltungsrat zu berücksichtigen, dass der Vorstand in einem solchen Fall eine „rosa Brille“ trägt. Denn er will die fragliche Maßnahme, sonst würde er nicht um die Zustimmung des Verwaltungsrats nachsuchen. Und er will sich natürlich auch nicht durch eine Ablehnung des Verwaltungsrats blamieren.

Kurz: Der Verwaltungsrat muss in solchen Fällen die Argumente des Vorstands mit Geduld und angemessener Zeit hinterfragen und sich mit Sorgfalt eine eigene Meinung zu dem geplanten Geschäft bilden.

8. Befugnisse zur Durchsetzung der Kontrolle

siehe dazu bereits oben sub IV.7.6

9. Wahrnehmung der Kontrollfunktion in der Praxis

Die ständig steigende Bedeutung der Aufgaben des Kontrollorgans Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat¹¹² einerseits¹¹³ und die gewisse Schwerfälligkeit des Aufsichtsrats (zu viele Mitglieder – bis zu 20) bzw. des Verwaltungsrats (hochrangige Regierungs- und Verbandsvertreter mit einem engen Zeitbudget) andererseits haben in der Praxis des Aufsichtsrats zu einer starken Bildung von **Ausschüssen** geführt.¹¹⁴ So gibt es heute in praktisch allen größeren Aktiengesellschaften einen Personal-Ausschuss (Präsidial-Ausschuss) und einen Kontroll-Ausschuss (Audit Committee), die sich mit der zeitaufwändigen Findung neuer Vorstandsmitglieder und dem Aushandeln ihrer Verträge vorbereitend beschäftigen bzw. die Rechnungslegung und das Controlling überwachen und den Jahresabschluss und Konzernabschluss mit dem

¹¹² Siehe oben sub IV.7.

¹¹³ Zu den gestiegenen Anforderungen siehe *Lutter*, DB 2009, 775.

¹¹⁴ Dazu siehe *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 107 Rn. 229, 231 ff.; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 51 f.; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 107 Rn. 78 f.

Abschlussprüfer erörtern und die Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat/Verwaltungsrat vorbereiten. Darüber hinaus werden in der Praxis insbesondere Risikoausschüsse gebildet, die unter anderem für den Erwerb von Beteiligungen zuständig sind, sofern nicht der gesamte Aufsichtsrat entscheiden muss.¹¹⁵

Im Übrigen ist es Sache des Vorsitzenden des Verwaltungsrats und seiner Mitarbeiter, die Tagesordnung der Sitzungen aufzustellen und die einzelnen Tagesordnungspunkte durch Berichte so vorzubereiten, dass sie zügig diskutiert und abgewickelt werden können.¹¹⁶

10. Sorgfalt

Jedes Mitglied eines Vorstands oder eines Verwaltungsrats ist zu sorgfältiger Erfüllung seiner Pflichten und Aufgaben verpflichtet. Das ergibt sich aus § 93 Abs. 1 bzw. § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG und ist daher ganz unstrittig. Schwierig ist nur festzustellen, was das im Einzelnen bedeutet.¹¹⁷

10.1 Vorstand

10.1.1 Allgemeines

Der Vorstand ist zur Leitung der Bank verpflichtet. Sein diesbezüglich bestehendes Pflichtenprogramm lässt sich wie folgt auffächern¹¹⁸:

10.1.1.1 Legalitätspflicht

Der Vorstand muss die Vorgaben der Gesetze – insbesondere des BayLBG und des KWG sowie die nach § 6 Abs. 3 KWG getroffenen Anordnungen der BaFin – und die Satzung genauestens beachten, muss also für die Legalität der Geschäftsführung der Bank und des Konzerns sorgen.¹¹⁹

Während sich dies für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft aus ihrer Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) ergibt, hält das KWG

¹¹⁵ Vgl. oben sub IV.6.2.1.8 für die Deutsche Bank und sub IV.6.2.2.8 für die Commerzbank.

¹¹⁶ Dazu vgl. *Hoffmann-Becking*, in MünchHdbAG, § 31 Rn. 39 ff.; *Lutter/Krieger*, Rn. 691 f.; *Peus*, S. 24 ff.; *Semler*, in *Semler/v. Schenck*, § 4 Rn. 74 f.

¹¹⁷ Eingehend dazu *Fleischer* in *Fleischer*, HdbVorstandsR, § 7; *ders.*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 10 ff.; *Hopt*, in *GroßkommAktG*, § 93 Rn. 78 ff.

¹¹⁸ In Anlehnung an *Fleischer*, HdbVorstandsR, § 7 Rn. 4 ff.; *ders.*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 10 ff.

¹¹⁹ So schon oben sub IV.7.4.1; zur Legalitätspflicht des Vorstands vgl. *Abeltshausen*, S. 205 ff.; *Fleischer*, in *HdbVorstandsR*, § 7 Rn. 4 ff.; *ders.*, NJW 2009, 2337 f.; *Hopt*, in *GroßkommAktG*, § 93 Rn. 98 ff.; *Peltzer*, in *Semler/Peltzer*, § 9 Rn. 1 ff.; *Raiser/Veil*, § 14 Rn. 78 ff.; *Spindler*, in *MünchKommAktG*, § 93 Rn. 63 ff.; *Wiesner*, in *MünchHdbAG*, § 25 Rn. 4; *Wulf*, S. 29.

mit seinem § 25a für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute¹²⁰ eine Sondervorschrift bereit, die besondere organisatorische Pflichten aufstellt und in einer früheren Fassung schon im kritischen Zeitraum zwischen Dezember 2006 und Mai 2007 galt. Nach der damaligen Fassung der Vorschrift musste ein Institut über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der von den Instituten zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet (§ 25a Abs. 1 S. 1 KWG). Damit war insbesondere, wenngleich nicht ausschließlich, auch die Legalitätspflicht angesprochen. § 25 Abs. 1 S. 2 KWG wies die Verantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation des Instituts den Geschäftsleitern zu. In S. 3 wurde diese Verpflichtung in verschiedene Richtungen konkretisiert.

10.1.1.2 Planungs- und Steuerungsverantwortung

Dem Vorstand obliegt darüber hinaus die Pflicht, für eine ordnungsgemäße Unternehmensplanung zu sorgen.¹²¹ Sie umfasst insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung (vgl. § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG) für das laufende und das folgende Geschäftsjahr, insbesondere bei größeren Unternehmen können jedoch weitere Bereiche hinzutreten.¹²² Anschaulich ist diese Pflicht dahingehend umschrieben worden, ihre Erfüllung verlange Antworten auf die Frage, „was heute getan werden muss, um morgen etwas zu erreichen“.¹²³ Das dem Vorstand grundsätzlich zustehende Ermessen hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Unternehmensplanung wird für die BayernLB durch § 11 Abs. 1 Satzung BayernLB eingeschränkt, wonach der Verwaltungsrat die Richtlinien für die Geschäftspolitik der Bank beschließt. Der Vorstand muss sich bei der Ausgestaltung seiner Planungsverantwortung daher im Rahmen der vom Verwaltungsrat aufgestellten Richtlinien bewegen.¹²⁴

Neben seiner Planungsverantwortung trifft den Vorstand eine umfassende Steuerungs-, Koordinierungs- und Überwachungsaufgabe, die ihn verpflichtet, den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz, und die Lage der Gesellschaft im Auge zu behalten (vgl. § 90 Abs. 1 Nr.

¹²⁰ § 25a KWG nennt lediglich Institute als Adressaten dieser besonderen Organisationspflichten, meint damit ausweislich des § 1 Abs. 1b aber Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG und Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1a KWG.

¹²¹ *Abeltshauer*, S. 216 ff.; *Fleischer*, in *HdbVorstandsR*, § 7 Rn. 38; *ders.*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 48; *Hopt*, in *GroßkommAktG*, § 93 Rn. 108; *Landwehrmann*, in *Heidel*, § 93 Rn. 55; *Lutter*, *AG* 1991, 249, 250 f.; *Semler*, *ZGR* 1983, 1, 12; *Wiesner*, in *MünchHdbAG*, § 25 Rn. 7.

¹²² Vgl. *Fleischer*, in *HdbVorstandsR*, § 7 Rn. 38; *ders.*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 48; *Mertens/Cahn*, in *KölnKommAktG*, § 93 Rn. 83.

¹²³ *Semler*, *ZGR* 1983, 1, 16; *ders.*, Rn. 16.

¹²⁴ Zur Richtlinienkompetenz der Verwaltungsräte von Sparkassen vgl. *Fischer*, in *HdbManagerhaftung*, § 19 Rn. 64; *Wulf*, S. 44 f.

3 AktG). Er hat die Vielzahl der im Unternehmen waltenden Kräfte zu bündeln und gezielt einzusetzen und das gesamte Unternehmensgeschehen unter Legalitäts-, Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeitaspekten zu beobachten.¹²⁵

10.1.1.3 Organisationsverantwortung

Zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters gehört auch der Aufbau einer Organisationsstruktur mit klaren Leitungs- und Verantwortungsbereichen. Den Vorstand trifft in diesem Rahmen die Pflicht, für einen möglichst klaren und reibungslosen Ablauf der innerbetrieblichen Vorgänge zu sorgen.¹²⁶ Zudem hat der Vorstand sicherzustellen, dass die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch hinreichend qualifiziertes Personal auch tatsächlich erfüllt werden.¹²⁷ Schließlich umfasst die Organisationsverantwortung des Vorstands auch die Pflicht, für eine laufende Kontrolle der an Mitarbeiter delegierten Aufgaben zu sorgen.¹²⁸

10.1.1.4 Finanzverantwortung

Dem Vorstand obliegt des weiteren die Finanzverantwortung, d.h. die finanzielle Steuerung des Unternehmens. Er hat dementsprechend das Unternehmen durch geeignete Finanzierungsmaßnahmen mit den finanziellen Mitteln auszustatten, die zur Realisierung der betrieblichen Ziele erforderlich sind.¹²⁹ Auch ist der Vorstand nach der gesetzlichen Wertung des § 90 Abs. 1 Nr. 2-4 AktG verpflichtet, sich stets ein genaues Bild von der Lage der Gesellschaft, vom Gang der Geschäfte, der Rentabilität der Gesellschaft und von allen Geschäften zu machen, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können¹³⁰ (siehe auch § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 KWG). Der Vorstand muss also die Bank bezüglich Liquidität und Ertrag laufend beobachten¹³¹ und eine funktionierende Revision und ein

¹²⁵ Dazu vgl. *Fleischer*, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 40; *ders.*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 50; *Semler*, Rn. 17.

¹²⁶ *Fleischer*, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 42; *ders.*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 52.

¹²⁷ BGHZ 133, 370, 378 (zur GmbH); *Fleischer*, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 42; *Hopt*, in GroßkommAktG, § 93 Rn. 107; *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 54; *Wiesner*, in MünchHdbAG, § 25 Rn. 7.

¹²⁸ *Abeltshauser*, S. 223; *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 60; *Mertens/Cahn*, in KölnKommAktG, § 93 Rn. 84.

¹²⁹ Vgl. *Claussen*, in Semler/Peltzer, § 3 Rn. 1 unter der Kapitelüberschrift „Die Finanzierung der Aktiengesellschaft als Vorstandsaufgabe“; *Hopt*, in GroßkommAktG, § 93 Rn. 96.

¹³⁰ *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 56; *Mertens/Cahn*, in KölnKommAktG, § 93 Rn. 83; *Wiesner*, in MünchHdbAG, § 25 Rn. 7.

¹³¹ *Fleischer*, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 43; *ders.*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 53; *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 56.

funktionierendes Controlling und Risikomanagement installieren¹³² (siehe auch § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 KWG). In diesen Kontext ist auch die Pflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 2 AktG einzuordnen, wonach er geeignete Maßnahmen zu treffen hat, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.¹³³

10.1.1.5 Informationsverantwortung

Schließlich hat der Vorstand den Informationsfluss im Unternehmen sicherzustellen, weil Unternehmensplanung, Unternehmenssteuerung und Unternehmenskontrolle ohne präzise und zeitnahe Informationen schlechterdings nicht vorstellbar sind. Das erfordert die Einrichtung eines leistungsfähigen Berichtswesens auf allen Unternehmensebenen, damit der Vorstand zeitnah über jede Entwicklung von Bedeutung unterrichtet wird.¹³⁴

Schließlich muss der Vorstand dem Verwaltungsrat offen, getreulich und zeitgerecht nach § 13 Satzung BayernLB berichten.

10.1.2 Unternehmenskauf

Soweit sich der Vorstand selbst um den Abschluss eines bestimmten Geschäfts kümmert, hat er naturgemäß die besonderen Sorgfaltsregeln in Bezug auf dieses Geschäft zu beachten.

10.1.2.1 Due Diligence

Bei einem Unternehmenskauf bedeutet das in erster Linie, dass er grundsätzlich eine Due Diligence durchzuführen bzw. zu veranlassen hat, sobald dem Geschäft gewisse Bedeutung zukommt.¹³⁵ Ziel dieser Prüfung ist wie bereits gesagt die Aufklärung der im zu erwerbenden Unternehmen schlummernden Risiken. Soweit der Vorstand nach diesen Grundsätzen zur Durchführung einer Due Diligence verpflichtet ist, hat diese alle Aspekte einzubeziehen, aus denen sich besondere Risiken für die Bank ergeben können.¹³⁶

Besondere Sorgfalt hat der Vorstand daher zunächst bezüglich der wirtschaftlichen Lage des Zielunternehmens aufzuwenden. Im Rahmen

¹³² Fleischer, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 41; ders., in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 51; Götz, AG 1995, 337, 338; Hopt, in GroßkommAktG, § 93 Rn. 107; Jäger, § 21 Rn. 74.

¹³³ Vgl. Hopt, in GroßkommAktG, § 93 Rn. 97, 107.

¹³⁴ Vgl. Fleischer, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 44; ders., in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 54; Mertens/Cahn, in KölnKommAktG, § 93 Rn. 84.

¹³⁵ Siehe dazu schon oben sub IV.7.7.3.

¹³⁶ Zum Folgenden siehe auch schon oben sub IV.7.7.3 und die Nachweise in Fn. 100.

der sog. *Business* oder *Commercial Due Diligence* hat er sich zunächst einen fundierten Überblick zu verschaffen über das wirtschaftliche Umfeld, in dem sich das zu erwerbende Unternehmen bewegt; Gegenstand der Prüfung sind insofern die Position des Unternehmens im Markt, die Wettbewerbsfähigkeit der Produkte und Dienstleistungen, eventuell vorhandene gewerbliche Schutzrechte sowie die Beziehungen zu den wichtigsten Geschäftspartnern. Darüber hinaus fällt unter die *Business Due Diligence* die Untersuchung der Aufbauorganisation einschließlich der Anteilseignerstruktur und der Corporate Governance.

Die *Financial Due Diligence* hat die umfassende Analyse der finanziellen und bilanziellen Situation des Zielunternehmens zum Gegenstand. Diese erfolgt in aller Regel auf der Grundlage der Jahresabschlussunterlagen der letzten drei bis fünf Jahre, sollte darüber hinaus aber auch die wichtigsten Bankgeschäfte des Unternehmens einbeziehen.

Die *Legal Due Diligence* ist elementarer Bestandteil einer jeden Due Diligence-Prüfung. In ihrem Rahmen werden die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Zielunternehmens untersucht (z.B. Mängel der Satzung, verdeckte Sachgründungen, Einhaltung von Mitteilungspflichten, Ordnungsgemäßheit evtl. Kapitalmaßnahmen und Bezugsrechtsausschlüsse). Des Weiteren sind sämtliche Vermögensgegenstände (z.B. Grundstücke, gewerbliche Schutzrechte) und Vertragsbeziehungen zu Dritten sowie evtl. anhängige Rechtsstreitigkeiten auf ihre Risiken hin zu analysieren.

Die *Tax Due Diligence* zielt auf die Erkennung steuerlicher Risiken, insbesondere auf die Aufdeckung noch offener Steuerverbindlichkeiten und möglicher Steuernachforderungen.

10.1.2.2 Weitere Aspekte

Auf der Grundlage der so gewonnenen Informationen muss der Vorstand weitere Überlegungen anstellen bzw. Maßnahmen treffen: *Erstens* hat er den angemessenen Kaufpreis für das zu erwerbende Unternehmen zu ermitteln. In der Regel wird er zu diesem Zwecke ein externes Sachverständigengutachten einholen müssen. *Zweitens* muss er sich Klarheit darüber verschaffen, wie er den Unternehmenskauf zu finanzieren gedenkt, und die dazu ggf. erforderlichen Maßnahmen vorbereiten und mit den Eigentümern erörtern. In den Vertragsverhandlungen mit der Geschäftsführung der Zielgesellschaft hat er – *drittens* – ganz besonders auf eine sorgfältige Formulierung der Vertragsklauseln hinzuwirken. Im Zweifel ist hier Sachverstand von

außen hinzuzuziehen, zumal dieser Sachverstand reichlich und in hoher Qualität zur Verfügung steht. Steht der Kaufpreis fest, muss er *viertens* eine Return on Investment-Analyse vornehmen, d.h. unter worst case- und unter best case-Annahmen ermitteln, wann der Kaufpreis wieder „eingespielt“ sein wird. *Fünftens* hat er zu prüfen, ob das erforderliche Management für das zu erwerbende Unternehmen zur Verfügung steht.

10.1.2.3 Pflicht zur Vorlage an den Verwaltungsrat

Der Erwerb von Unternehmen sowie der Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen bedarf nach § 11 Abs. 3 Nr. 4 Satzung BayernLB der Zustimmung des Verwaltungsrats. Zu den Unterlagen, die der Vorstand vorzulegen hat, habe ich an anderer Stelle bereits vorgetragen.¹³⁷ Bezüglich des Zeitpunkts der Vorlage wird man aus unternehmenspolitischer Sicht sagen können, dass eine frühzeitige Unterrichtung des Verwaltungsrats über das geplante Geschäft dem Kommunikationsprozess zwischen den Organen im Allgemeinen förderlich ist. Aus gesellschaftsrechtlicher Warte ist anzumerken, dass ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Verwaltungsrats seine Funktion als präventives Kontrollinstrument nur dann erfüllen kann, wenn die Vorlage in einem Stadium erfolgt, in dem ein evtl. Veto des Verwaltungsrats auch noch Wirkung entfalten kann. Die Gesellschaft darf demnach zum Zeitpunkt der Vorlage noch nicht durch den Vorstand (vgl. §§ 78 Abs. 1, 82 Abs. 1 AktG) vertraglich gebunden worden sein.¹³⁸

Der Vorstand hat dem Verwaltungsrat einen angemessenen Zeitraum zur Überprüfung der Vorlage zuzugestehen. Als wünschenswert werden gemeinhin zwei Wochen angesehen. Allerdings soll von den Verwaltungsratsmitgliedern im Ernstfall eine gewisse Flexibilität verlangt werden können, so dass ausnahmsweise auch ein Wochenende zum Studium der Vorstandsvorlage genügen kann.¹³⁹

10.2 Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats und seiner Mitglieder

10.2.1 Allgemeines

Der Verwaltungsrat handelt stets als Gruppe. Die zehn Mitglieder des Verwaltungsrats erfüllen ihre Pflichten mithin nur **in der Gruppe**, kein Mitglied des Verwaltungsrats hat als einzelner Rechte und Pflichten gegenüber dem Vorstand; das Mitglied kann nur Anträge und

¹³⁷ Siehe oben sub IV.7.7.2 und IV.7.7.3.

¹³⁸ Vgl. J. Hüffer, FS Hüffer, S. 365, 374 ff.

¹³⁹ Vgl. Fonk, ZGR 2006, 841, 859; J. Hüffer, FS Hüffer, S. 365, 373.

Anregungen in der Gruppe formulieren und entsprechende Beschlüsse herbeiführen.

10.2.2 Pflichten des Verwaltungsrats im Überblick

Über die Pflichten des Verwaltungsrats haben wir schon gesprochen.¹⁴⁰
Zu seinen Aufgaben gehören insbesondere

- die Bestellung und Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern,
- die Überwachung der Leitung der Bank durch den Vorstand¹⁴¹,
- die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Billigung des Konzernabschlusses und
- die Zustimmung zu einzelnen Maßnahmen des Vorstands¹⁴².

10.2.3 Allgemeiner Sorgfaltsmaßstab

Dass der Verwaltungsrat seine Aufgaben stets mit aller Sorgfalt zu erfüllen hat, versteht sich von selbst und findet in § 116 S. 1 AktG in einem schlichten Verweis auf § 93 AktG Ausdruck. Abzustellen ist selbstverständlich nicht auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, sondern auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Verwaltungsratsmitglieds.¹⁴³ Hinsichtlich der Pflicht des Verwaltungsrats zur Überwachung der Geschäftsführung¹⁴⁴ bedeutet dies im Einzelnen: Er muss *erstens* sämtliche Berichte des Vorstands, insbesondere diejenigen nach § 90 Abs. 1 AktG bzw. nach § 13 Satzung BayernLB, sorgfältig studieren. Während er diese im Normalfall lediglich auf ihre Plausibilität hin untersuchen muss, können ihn besondere Umstände wie eine wirtschaftliche Krise des Unternehmens zu einer vertieften Prüfung der Vorstandsberichte verpflichten.^{145 146} *Zweitens* muss er laufend die Entwicklung der Finanzlage der Bank hinsichtlich Liquidität, Ertragskraft und Verschuldung überprüfen.¹⁴⁷ *Drittens* hat er die vom Vorstand eingerichteten Revisions-, Controlling-, Compliance- und Risikomanagement-Systeme laufend auf ihre Leistungsfähigkeit und

¹⁴⁰ Siehe oben sub IV.4.2.

¹⁴¹ Näher dazu oben sub IV.7.

¹⁴² Näher dazu oben sub IV.7.7.

¹⁴³ Vgl. P. Doralt/W. Doralt, in Semler/v. Schenck, § 13 Rn. 30; Fischer, in HdbManagerhaftung, § 19 Rn. 62; Hoffmann-Becking, in MünchHdbAG, § 33 Rn. 58; Hopt/Roth, in GroßkommAktG, § 116 Rn. 11; Hüffer, § 116 Rn. 2; Spindler, in Spindler/Stilz, § 116 Rn. 7.

¹⁴⁴ Dazu eingehend oben sub IV.7.

¹⁴⁵ Dazu schon oben sub IV.7.5 und unten sub IV.10.2.4.

¹⁴⁶ Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 64, 70, 987; Pahlke, NJW 2002, 1680, 1684; v. Schenck, in Semler/v. Schenck, § 7 Rn. 137; Semler, Rn. 158.

¹⁴⁷ Siehe schon oben sub IV.7.4.3.

Plausibilität hin zu überprüfen.¹⁴⁸ Und *viertens* muss er seine eigenen Entscheidungen mit aller Genauigkeit und Sorgfalt vorbereiten.

10.2.4 Unternehmenskauf

Insbesondere zur Überwachung¹⁴⁹ sowie zur Zustimmung zu bestimmten Geschäften des Vorstands¹⁵⁰ habe ich bereits an anderer Stelle ausführlich vorgetragen. Dabei steht hier der Unternehmenskauf der HGAA im Zentrum.

Wie oben¹⁵¹ bereits gesagt, hat der Verwaltungsrat im Falle derartiger zustimmungsbedürftiger Geschäfte keine besonderen Sorgfaltsanforderungen zu beachten. Er kann sich bei seiner Informationsbeschaffung auf die Unterlagen stützen, die ihm der Vorstand in diesem Zusammenhang vorlegt¹⁵² und hat diese auf ihre Plausibilität zu überprüfen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf

- die Begründung des Vorstands für den geplanten Kauf,
- alle Aspekte des vom Vorstand vorgelegten Due Diligence-Berichts, insbesondere die untersuchten Jahresabschlüsse und Konzernabschlüsse des zu erwerbenden Unternehmens, und
- die Meinung des Sachverständigen zum Kaufpreis.

Je nach den Umständen des Einzelfalls kann eine Erhöhung der Sitzungs- und Berichtsfrequenz erforderlich sein. Auch muss der Verwaltungsrat von seinem Informationsrecht aktiv Gebrauch machen: Fehlen erforderliche Unterlagen, kann und muss er beim Vorstand zusätzliche Berichte anfordern.¹⁵³ Eine Nachforschungspflicht des Verwaltungsrats besteht auch dann, wenn die vom Vorstand zur Verfügung gestellten Unterlagen in sich nicht schlüssig sind, sie also bei der Plausibilitätskontrolle durchfallen.¹⁵⁴ Ferner kann der Verwaltungsrat bei Bedarf externe Sachverständige einschalten. Zur Vergabe

¹⁴⁸ Vgl. *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 210 ff.; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 49 f.; *Lutter/Krieger*, Rn. 985 f.; *Pahlke*, NJW 2002, 1680, 1685.

¹⁴⁹ Siehe oben sub IV.7.

¹⁵⁰ Siehe oben sub IV.7.7.

¹⁵¹ Sub IV.7.7.1.

¹⁵² Vgl. *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 29, § 33 Rn. 62a; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 116 Rn. 126; *Kropff*, in *Semler/v. Schenck*, § 8 Rn. 110, 112; *Semler*, Rn. 158.

¹⁵³ Vgl. *Drygala*, in *K. Schmidt/Lutter*, § 116 Rn. 8; *Fleischer*, in *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 39; *Hoffmann-Becking*, in *MünchHdbAG*, § 29 Rn. 29, § 33 Rn. 62a; *Hopt/Roth*, in *GroßkommAktG*, § 111 Rn. 172, 175; *Lutter/Krieger*, Rn. 212, 220; *Mertens*, in *KölnKommAktG*, § 116 Rn. 13; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 35.

¹⁵⁴ Vgl. *Kropff*, in *Semler/v. Schenck*, § 8 Rn. 112 f.

entsprechender Aufträge ist er von sich aus berechtigt und evtl. sogar verpflichtet.¹⁵⁵

Entscheidet er ohne die soeben erneut aufgelisteten Unterlagen, handelt er im Zweifel pflichtwidrig, weil riskant, es sei denn unabdingbare Erfordernisse im Interesse der Bank verlangten ein solches riskantes Vorgehen.¹⁵⁶

10.3 Unternehmerisches Ermessen (Business Judgment Rule)

10.3.1 Allgemeines

Bei der Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung wie dem Kauf eines anderen Unternehmens gilt es zu differenzieren zwischen der Entscheidung als solcher einerseits und ihrer Vorbereitung andererseits. Für erstere, also die unternehmerische Entscheidung (Kauf oder nicht), steht dem Vorstand und dem Verwaltungsrat ein *unternehmerisches Ermessen* zu, das diese Entscheidung von der Frage nach richtig oder falsch von Rechts wegen freistellt. Das ist ein allgemeiner Grundsatz des Unternehmensrechts, der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.04.1997 allgemein formuliert worden ist¹⁵⁷ und mithin auch für öffentliche Unternehmen gilt. Die Entscheidung selbst von Vorstand und Verwaltungsrat gilt damit *rechtlich als unangreifbar* – soweit sie nicht per se rechtswidrig ist¹⁵⁸ –, mag ihr wirtschaftliches Ergebnis auch noch so desaströs sein. Diese Freistellung von einer inhaltlichen Überprüfung gilt aber nur dann, wenn die Vorbereitungsphase sorgfältig durchlaufen wurde und insbesondere alle relevanten Informationen sorgfältig zusammengetragen worden sind.¹⁵⁹ Entscheidend für die rechtliche Überprüfung einer getroffenen unternehmerischen Entscheidung ist also deren Vorbereitung, nicht ihr Ergebnis.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Vgl. dazu BGHZ 85, 293, 300 – Hertie; Hopt/Roth, in GroßkommAktG, § 111 Rn. 749 ff., § 116 Rn. 132; Kropff, in Semler/v. Schenck, § 8 Rn. 113; Mertens, in KölnKommAktG, § 111 Rn. 94 ff.; Raiser/Veil, § 15 Rn. 110.

¹⁵⁶ Zur Frage des unternehmerischen Ermessens siehe sogleich sub IV.10.3.

¹⁵⁷ BGHZ 135, 244, 253 f. – ARAG/Garmenbeck: „[...] daß dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muß, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit *schlechterdings* [Hervorhebung durch den Verf.] nicht denkbar ist. [...] Eine Schadensersatzpflicht [...] kann erst dann in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind [...]“; zur Bedeutung der Business Judgment Rule prägnant Fleischer, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 46.

¹⁵⁸ Siehe oben sub III.

¹⁵⁹ Dazu oben sub IV.7.7.3 und IV.10.1.2.

¹⁶⁰ Dazu eingehend Lutter, ZIP 2007, 841 ff.; siehe auch Fleischer, in HdbVorstandsR, § 7 Rn. 45 ff.; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 35 ff., jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen.

Der Bundesgesetzgeber hat dieses Privileg des freien, rechtlich nicht nachprüfbar unternehmerischen Ermessens inzwischen¹⁶¹ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufgenommen. Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied – über § 116 S. 1 AktG gilt gleiches für ein Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglied – bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Norm begründet mithin eine Vermutung der Rechtmäßigkeit der unternehmerischen Entscheidung.¹⁶² Sie wird wie zuvor schon in der Rechtsprechung und Literatur als allgemeiner rechtlicher Grundsatz unternehmerischen Handelns verstanden. Allerdings erweitert § 93 Abs. 1 S. 2 AktG den Schutz der Organmitglieder gegenüber der Rechtsprechung des BGH insoweit, als er eine Pflichtverletzung des Organmitglieds auch dann ausschließt, wenn zwar die Informationsgrundlage objektiv nicht hinreichend war, das Organmitglied jedoch vernünftigerweise annehmen durfte, eine hinreichende Informationsgrundlage sei gegeben.¹⁶³

10.3.2 Unternehmenskauf

Praktisch bedeutet das: Die Beantwortung der Frage, ob der Erwerb der Beteiligung an der HGAA vertretbar war oder nicht, hängt von dreierlei ab: Zunächst ist zu untersuchen, ob die Entscheidung über den Beteiligungserwerb vom Vorstand und/oder Verwaltungsrat auf angemessener Informationsgrundlage getroffen wurde.¹⁶⁴ Dabei richten sich die Informationsbedürfnisse in ihrem Umfang und ihrer Detailgenauigkeit naturgemäß insbesondere nach Größe, Ausmaß und Bedeutung der Entscheidung.¹⁶⁵ Daneben können der zeitliche Vorlauf, die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten der Informationsbeschaffung sowie Kosten und Nutzen weiterer Informationsbeschaffung eine Rolle spielen.¹⁶⁶ Haben die Organmitglieder unter diesen Gesichtspunkten auf angemessener informatorischer Grundlage gehandelt, kann ihnen ein Verstoß gegen ihre Sorgfaltspflicht nicht zum Vorwurf gemacht werden. War die Informationsgrundlage hingegen objektiv nicht angemessen, ist

¹⁶¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) v. 22.09.2005, BGBl. I, S. 2802.

¹⁶² Vgl. *Paefgen*, NZG 2009, 891, 892.

¹⁶³ Vgl. dazu *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 70; *Krieger/Sailer*, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 14; *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 98; *Spindler*, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 47.

¹⁶⁴ Dazu bereits oben sub IV.7.7.3 und sub IV.10.1.2.

¹⁶⁵ *Böttcher*, NZG 2007, 481, 484; *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 69; *ders.*, NJW 2009, 2337, 2338, 2339; *Krieger/Sailer*, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 13; *Landwehrmann*, in Heidel, § 93 Rn. 98; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 844; *Spindler*, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 47 f.

¹⁶⁶ *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 69; *Krieger/Sailer*, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 13; *Spindler*, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 47.

weitergehend zu fragen, ob die Organmitglieder gleichwohl vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Wird auch das verneint, ist zu prüfen, ob die Entscheidung bei ausreichender Information vernünftigerweise anders getroffen worden wäre.¹⁶⁷

11. Haftung

11.1 Vorstand

Entsprechend dem hohen Maß an Verantwortung, welches die Mitglieder des Vorstands zu tragen haben, unterliegen diese im zivilen Korporationsrecht auch einer scharfen persönlichen Haftung gegenüber ihrer Gesellschaft.¹⁶⁸ Weder das BayLBG noch die Satzung der BayernLB formulieren auch nur einen Satz zum Problem der Haftung des Vorstands. Da sich diese Normen mithin als unergiebig erweisen, ist auf die Regelungen des Aktiengesetzes zurückzugreifen als allgemein gültige Aussagen für die Haftung von Organmitgliedern unternehmerisch tätiger juristischer Personen¹⁶⁹.

11.1.1 Haftung entsprechend § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Die zentrale Haftungsnorm des zivilen Korporationsrechts bildet § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.¹⁷⁰ Danach sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflicht verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die Haftung beginnt mit dem Wirksamwerden der Bestellung des Vorstandsmitglieds und endet mit dem Ablauf seiner Amtszeit bzw. dem Widerruf seiner Bestellung.¹⁷¹

Die Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG baut auf der organschaftlichen Stellung des Vorstandsmitglieds auf und beruht nicht auf dem

¹⁶⁷ In dem US-amerikanischen Fall *Smith v. Van Gorkum*, 488 A. 2d 858 (Delaware 1985), hatte der Chairman eines board of directors zu einer Sitzung ohne alle Unterlagen geladen. Dort berichtete er von einem Übernahmeangebot für die Aktien der Gesellschaft zu einem Preis von 50 US-\$ pro Stück bei einem aktuellen Börsenpreis von 30 US-\$. Der board stimmte nach kurzer Debatte von weniger als einer Stunde zu. Später verklagte ein Aktionär die Mitglieder des boards auf Schadensersatz und wies nach, dass die Aktien in Wirklichkeit 75 US-\$ wert waren. Das Gericht verurteilte die Mitglieder des boards auf die Differenz wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht (negligence). Sie hätten sich vor der Entscheidung eingehend informieren müssen.

¹⁶⁸ *Eisenhardt*, § 39 II, S. 309; *Fleischer*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 1.

¹⁶⁹ *Fischer*, in *HdbManagerhaftung*, § 19 Rn. 9 f.; *Lutter*, *Sparkassenorgane*, S. 11 f.; *Püttner*, S. 231; *Völter*, S. 98.

¹⁷⁰ *Fleischer*, in *HdbVorstandsR*, § 11 Rn. 1; *Hüffer*, § 93 Rn. 11; *Raiser/Veil*, § 14 Rn. 65; *Spindler*, in *MünchKommAktG*, § 93 Rn. 10.

¹⁷¹ *Fleischer*, in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 166 f.; *Krieger/Sailer*, in *K. Schmidt/Lutter § 93 Rn. 2*; *Wiesner*, in *MünchHdbAG*, § 26 Rn. 4.

Anstellungsvertrag.¹⁷² Demnach kommen als Pflichtverletzungen im Sinne des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auch nur organbezogene Tätigkeiten in Betracht. In diesem Bereich verdrängt die Haftungsnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG als organschaftliche Haftung diejenige aus dem Dienstvertrag.¹⁷³ Das gilt auch für die Vorstandsmitglieder der BayernLB.

11.1.2 Pflichtverletzung und Verschulden

Die Verpflichtung zum Schadensersatz entsprechend § 93 Abs. 2 S. 1 AktG setzt zunächst einmal eine **Pflichtverletzung** voraus. Diese liegt immer vor, wenn der Vorstand gegen das Gesetz oder die Satzung verstoßen hat.¹⁷⁴ Sie liegt weiter vor, wenn der Vorstand gegen die Regeln der Sorgfalt verstoßen hat¹⁷⁵.

Im Übrigen setzt das Gesetz **Verschulden** voraus. Der Verschuldensmaßstab ist in der Formulierung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG enthalten: Es ist die „**Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters**“ einzuhalten. Diese richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, wonach der Schuldner für die vorsätzliche oder auch nur leicht fahrlässige Verletzung seiner vertraglichen oder, wie hier, gesetzlichen Pflicht haftet¹⁷⁶.

Dieser Verschuldensmaßstab kann durch den Anstellungsvertrag nicht zugunsten eines Vorstandsmitglieds abgemildert werden.¹⁷⁷ Auch die Grundsätze beschränkter Arbeitnehmerhaftung finden zugunsten der Vorstandsmitglieder keine Anwendung.¹⁷⁸

11.1.3 Kausalität

¹⁷² Eisenhardt, § 39 II, S. 310; Fleischer, in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 2 ff.; Grunewald, C IV 3, S. 264; Habersack, in VersR-Schriften 43, S. 5, 8; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 2; so für die Sparkassen auch Lutter, Sparkassenorgane, S. 12.

¹⁷³ Überwiegende Ansicht, vgl. für die GmbH BGH WM 1989, 1335 (1337); BGH ZIP 1997, 199 (200); Fleischer, in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 36; Hüffer, AktG § 93 Rn. 11; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 10; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 1 Rn. 32; so wohl auch Grunewald, C IV 3, S. 264; für die Sparkassen Lutter, Sparkassenorgane, S. 12 f., 62.

¹⁷⁴ Sehr deutlich zum Recht der Sparkassen Fischer, DStR 2007, 1083, 1088; Lutter, Sparkassenorgane, S. 17.

¹⁷⁵ Dazu oben sub IV.10.1

¹⁷⁶ Fleischer, in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 56; Hopt, in GroßKommAktG, § 93 Rn. 253; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 29; Lutter, Sparkassenorgane, S. 4 ff., 56; Raiser/Veil, § 14 Rn. 21; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 2 Rn. 31.

¹⁷⁷ Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 4; ders., in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 6; Hüffer, § 93 Rn. 1; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 3; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 158; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 7 Rn. 13, 34; Wiesner, in MünchHdbAG, § 26 Rn. 4; für Sparkassen Lutter, Sparkassenorgane, S. 63.

¹⁷⁸ Fleck, FS Hilger/Stumpf, S. 196, 214 ff.; Fleischer, in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 1; Grunewald, C IV 3, S. 264; Hüffer, § 93 Rn. 14; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 29; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 158; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 7 Rn. 14, 36.

Weiter ist **Kausalität** zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds und dem Schaden der Gesellschaft erforderlich.¹⁷⁹ Dieser Zusammenhang besteht immer dann, wenn eine Tatsache – hier: die Pflichtverletzung – im Allgemeinen und nicht nur unter besonderen Umständen zur Herbeiführung des Schadens geeignet ist.¹⁸⁰

11.1.4 Beweislastumkehr

Seit den Tagen des Reichsgerichts¹⁸¹ gehört es zum Standard des deutschen zivilen Korporationsrechts, dass die Gesellschaft nur die *möglicherweise* pflichtwidrige Handlung des Organmitglieds sowie den kausalen Eintritt des Schadens dartun und nachweisen muss (heute § 93 Abs. 2 S. 2 AktG), während es dem Organmitglied obliegt, darzutun und zu beweisen, dass seine Handlung nicht pflichtwidrig war und ihn kein Verschulden trifft.¹⁸² Dazu findet sich im BayLBG und in der Satzung der BayernLB keinerlei Hinweis. Da sich die Probleme insoweit zwischen der BayernLB, der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG in keiner Weise unterscheiden, halte ich eine *entsprechende Anwendbarkeit* dieser Beweisregeln auf die Haftung der Vorstände der BayernLB für gerechtfertigt¹⁸³.

11.1.5 Gläubiger der Haftung

Die hier soeben erläuterte Haftung besteht **nur** gegenüber der Bank, nicht gegenüber den Trägern der Bank und nicht gegenüber außenstehenden Dritten. Verletzen Vorstandsmitglieder ihre organschaftlichen Pflichten, führt dies nur zu einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Dies gilt auch dann, wenn das Handeln des Vorstandsmitglieds Dritte geschädigt hat.

11.1.6 Umfang der Schadensersatzpflicht

¹⁷⁹ Fischer, DStR 2007, 1083, 1087; Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 202; ders., in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 11 ff.; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 30.

¹⁸⁰ Grundsatz der Kausalitätslehre aus BGHZ 137, 11; vgl. Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 203; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 30; siehe auch Heinrichs, in Palandt, Vor § 249 Rn. 59.

¹⁸¹ Vgl. Schilling, in GroßkommAktG, 3. Aufl., § 93 Anm. 17 m.w.N.

¹⁸² BGHZ 152, 280, 284; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 31; umfassend zur Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Business Judgment Rule Paefgen, NZG 2009, 891 ff.

¹⁸³ Eindeutig Fischer, in HdbManagerhaftung, § 19 Rn. 55 f.; für die Anwendung auf Sparkassen Fischer, DStR 2007, 1083, 1088; Lutter, Sparkassenorgane, S. 60; grundlegend Goette, ZGR 1995, 648, 671 ff.

Das einzelne Vorstandsmitglied hat nur für eigenes Verschulden einzustehen. Für den Fall, dass mehrere Mitglieder des Vorstandes bezüglich eines Schadens jeder für sich die Haftungsvoraussetzungen erfüllen, haften sie der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB).¹⁸⁴ Danach ist jedes haftende Mitglied des Vorstandes verpflichtet, der geschädigten Gesellschaft die Ersatzleistung in vollem Umfang zu erbringen. Dem Leistenden steht in dem Fall gegenüber den anderen haftenden Vorstandsmitgliedern ein Anspruch auf Ausgleich im Innenverhältnis zu.¹⁸⁵

Die gesamtschuldnerische Haftung korrespondiert mit dem Charakter des Vorstands als Kollegialorgan. Damit geht die Gesamtverantwortung einher.¹⁸⁶ Das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied kann nicht einwenden, es liege ein Mitverschulden des Verwaltungsrates etwa durch mangelnde Überwachung vor.¹⁸⁷ So sind Unterschiede in der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft ohne Belang, finden jedoch Berücksichtigung für den Regress im Innenverhältnis unter den Vorstandsmitgliedern (§ 254 BGB).¹⁸⁸

Für Art und Umfang des Schadensersatzes gelten die bürgerlich-rechtlichen Regeln. Nach § 249 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.¹⁸⁹ Die Haftung geht der Höhe nach auf den *vollen, der Bank entstandenen Schaden*.

11.1.7 Geltendmachung des Schadensersatzanspruches

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches der Bank gegenüber einem Mitglied des Vorstandes erfolgt durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats (§ 18 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB). Dies betrifft alle Vorstandsmitglieder, auch die bereits ausgeschiedenen.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Fischer, DSStR 2007, 1083, 1087; Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 219; ders., in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 57, 81; Hüffer, § 93 Rn. 18; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 25; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 2 Rn. 45.

¹⁸⁵ Vgl. Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 219; Hüffer, § 93 Rn. 18; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 25; schon für den Aufsichtsrat P. Doralt/W. Doralt, in Semler/v. Schenck, § 13 Rn. 138.

¹⁸⁶ Habersack, in VersR-Schriften 43, S. 5, 25; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 1 Rn. 14, 20.

¹⁸⁷ Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 219; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 2 Rn. 45.

¹⁸⁸ Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 220; ders., in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 57, 82; Hüffer, § 93 Rn. 18; Wellhöfer, in Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 2 Rn. 45 ff.

¹⁸⁹ Näher hierzu Fleischer, in HdbVorstandsR, § 11 Rn. 62 ff.; Habersack, in VersR-Schriften 43, S. 5, 33; Hüffer, § 93 Rn. 15; Krieger/Sailer, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 30; Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn. 154.

¹⁹⁰ BGH DB 2009, 779, 780; Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 167, 248; Habersack, in VersR-Schriften 43, S. 5, 35 f.; Hüffer, § 112 Rn. 2; Raiser/Veil, § 14 Rn. 97; Wellhöfer, in

Der Vorsitzende des Verwaltungsrats muss das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Bank gegenüber dem Vorstandsmitglied selbstständig prüfen und durchsetzbare Ansprüche verfolgen.¹⁹¹ Von einer Geltendmachung des Anspruchs darf er ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Unternehmenswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Anderen außerhalb des Unternehmenswohls liegenden, die Vorstandsmitglieder persönlich betreffenden Gesichtspunkten, darf der Verwaltungsrat nur in Ausnahmefällen Raum geben.¹⁹²

11.2 Verwaltungsrat

11.2.1 Regelung der Satzung

Im Gegensatz zum Vorstand enthält die Satzung der BayernLB in ihrem § 19 Abs. 2 S. 2 eine Regelung zur Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates mit folgendem Wortlaut:

„Verletzt ein Mitglied des Verwaltungsrates [...] vorsätzlich oder grob fahrlässig seine gesetzlichen oder satzungsmäßigen Pflichten, so hat es der Bank den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“

Zu dieser Regelung ist der Satzungsgeber aufgrund der Ermächtigung in Art. 16 Abs. 1 BayLBG berechtigt.¹⁹³

Mit dieser Formulierung in § 19 Abs. 2 Satz 2 der Satzung ist zweierlei gesagt:

Zum einen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates für die Verletzung ihrer Pflichten und den daraus angerichteten Schaden haften und

zum anderen, dass sie nicht für leicht fahrlässige, sondern nur für grob fahrlässige und vorsätzliche Verletzung dieser ihrer Pflichten haften.

Wellhöfer/Peltzer/Müller, § 2 Rn. 73; vergleiche dazu statt vieler die Begründung von *Fleischer*, in HdbVorstandsR, § 9 Rn. 46 (die sog. „nachwirkende Treuepflicht“).

¹⁹¹ Siehe grundlegend BGHZ 135, 244, 253 ff. – ARAG/Garmenbeck (zur AG); *Eisenhardt*, § 39 II, S. 310; *Fischer*, DSrR 2007, 1083, 1088; *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 248; *Grunewald*, C IV 3, S. 266; *Krieger/Sailer*, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 35.

¹⁹² So grundlegend für den Aufsichtsrat der AG BGHZ 135, 244, 255; ebenso *Fleischer*, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 248; *Habersack*, in VersR-Schriften 43, S. 5, 36; *Lutter/Krieger*, Rn. 990; *Krieger/Sailer*, in K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 35.

¹⁹³ Zu vergleichbaren Regelungen für das Recht der Sparkassen vgl. *Lutter*, Sparkassenorgane, S. 125 f.; siehe auch die Darstellung von *Fischer*, in HdbManagerhaftung, § 19 Rn. 7 ff.; gegen eine Möglichkeit der Haftungsfreistellung durch die Satzung *Wulf*, S. 84 ff.

11.2.2 Pflichtverletzung

Eine Haftung von Mitgliedern des Verwaltungsrats kommt nur als Folge einer schuldhaften Pflichtverletzung in Betracht. Eine solche Pflichtverletzung wäre – neben der in der Satzung angesprochenen Verletzung von Gesetz oder Satzung – vor allem die *unsorgfältige* Handhabung ihrer Aufgaben.¹⁹⁴ Denn natürlich sind die Mitglieder des Verwaltungsrats zu solcher Sorgfalt verpflichtet, wie das die §§ 93, 116 AktG für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft formulieren. Dieser allgemeine Grundsatz des Korporationsrechts ist hier entsprechend anwendbar.¹⁹⁵

11.2.3 Schaden

Die Haftung setzt – wie es § 19 Abs. 2 S. 2 Satzung BayernLB sagt – weiter voraus, dass die Pflichtverletzung *kausal* zu einem Schaden der Bank geführt hat.

Hat also der Verwaltungsrat bei der Bestellung eines Vorstandsmitglieds unsorgfältig gehandelt (= Pflichtverletzung), stellt sich dieser als Betrüger heraus, der Geld der Bank unterschlagen hat, so haften die Mitglieder des Verwaltungsrats für diesen Schaden aus der Unterschlagung.

11.2.4 Verschulden

Nach der oben zitierten Bestimmung der Satzung der BayernLB haften die Mitglieder des Verwaltungsrats und ihre Vertreter nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Grobe Fahrlässigkeit wird von Rechtsprechung und Literatur gemeinhin definiert als „Verletzung der erforderlichen Sorgfalt im besonders schweren Maße“ und „wenn nicht beachtet wird, was jedermann einleuchten müsste“.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Näher dazu oben sub IV.10.2.

¹⁹⁵ Vgl. *Fischer*, in HdbManagerhaftung, § 19 Rn. 61 f., 96; *ders.*, DStR 2007, 1083, 1083; *Lutter*, Sparkassenorgane, S. 75 f.; *Völter*, S. 106 ff.; vgl. die Darstellung zur AG bei *P. Doralt/W. Doralt*, in Semler/v. Schenck, § 13 Rn. 20 ff.; *Drygala*, in K. Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 1, der besondere Rücksicht darauf nimmt, dass die Ausübung des Aufsichtsratsmandates Nebentätigkeit ist; *Lutter/Krieger*, Rn. 981 ff.; *Raiser/Veil*, § 15 Rn. 91; *Spindler*, in Spindler/Stilz, § 116 Rn. 7 ff.

¹⁹⁶ BGH in ständiger Rspr., zuletzt BGH NJW 2005, 981; *Lutter*, Sparkassenorgane, S. 128; vgl. im übrigen *Heinrichs*, in Palandt, § 277 Rn. 4.

Um diese grobe Fahrlässigkeit zu erfüllen, müssten der Verwaltungsrat und seine Mitglieder also die von ihnen geforderte und oben näher geschilderte Sorgfaltspflicht in *grober Weise außer Acht gelassen haben*.

11.2.5 Gläubiger der Haftung

Die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates besteht ebenfalls **nur** gegenüber der Bank, nicht gegenüber den Trägern der Bank und nicht gegenüber außenstehenden Dritten.

Es kann auf die Ausführungen zur Vorstandshaftung verwiesen werden.

11.2.6 Umfang der Schadensersatzpflicht

Haben mehrere Verwaltungsratsmitglieder ihre Pflichten verletzt, sind sie der Bank zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.¹⁹⁷

Nach Art und Umfang entspricht der Schadensersatz des Verwaltungsratsmitgliedes ebenfalls den Anforderungen des allgemeinen Schadensrechts des BGB, so dass auf die Ausführungen unter IV.11.1.6 entsprechend verwiesen werden kann.

11.2.7 Beweislastumkehr

Auch für die Mitglieder des Verwaltungsrates gilt die Beweislastumkehr als allgemeines Prinzip des Korporationsrechts;¹⁹⁸ auf die Ausführungen oben IV.11.1.4 kann verwiesen werden.

11.2.8 Geltendmachung des Schadensersatzanspruches

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 Satzung BayernLB wird die Bank gegenüber Mitgliedern des Verwaltungsrats durch den Vorsitzenden der Generalversammlung vertreten. Dieser ist nach den allgemeinen Grundsätzen der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁹⁹ verpflichtet, den etwaigen Schadensersatzanspruch der Bank gegen Mitglieder des Verwaltungsrats auch tatsächlich geltend zu machen.

¹⁹⁷ Völter, S. 236; im Ergebnis auch Lutter, Sparkassenorgane, S. 125; ausführlich zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft P. Doralt/W. Doralt, in Semler/v. Schenck, § 13 Rn. 138; Fleischer, in Spindler/Stilz, § 93 Rn. 248; Habersack, in VersR-Schriften 43, S. 5, 25; Hüffer, § 93 Rn. 18; Mertens/Cahn, in KölnKommAktG, § 93 Rn. 50.

¹⁹⁸ Vgl. Lutter, Sparkassenorgane, S. 144; Völter, S. 230 f.

¹⁹⁹ Vgl. BGHZ 135, 244, 253 ff.

11.3 Haftung und Business Judgment Rule

Wie oben bereits eingehend geschildert²⁰⁰, steht den Mitgliedern von Vorstand und Verwaltungsrat (nur) bei unternehmerischen Entscheidungen ein breites unternehmerisches Ermessen zu, das von den Gerichten nicht nachgeprüft werden kann. Eine Überprüfung der Frage, ob es richtig war, die Beteiligung an der HGAA zu kaufen, ist also rechtlich grundsätzlich nicht möglich und kann mithin auch nicht zu Schadensersatzansprüchen gegen die Mitglieder von Vorstand und Verwaltungsrat führen.

Das gilt dann nicht, wenn die *Vorbereitung* der Entscheidung unsorgfältig getroffen wurde, also nicht alle erforderlichen Informationen eingeholt und bedacht wurden. Wurden sie jedoch eingeholt und bedacht und wurde trotzdem für den Kauf votiert, so ist das bis zur Grenze der Unverantwortlichkeit den Mitgliedern von Vorstand und Verwaltungsrat *nicht vorwerfbar*. Überprüfbar ist also Stand und Maß der Information und Vorbereitung, nicht die Entscheidung als solche.

²⁰⁰ Sub IV.10.3.

12. Schluss

Die Untersuchung hat eine hohe Übereinstimmung in den Zuständigkeiten der Organe Vorstand und Verwaltungsrat mit den Organen anderer öffentlich-rechtlicher Landesbanken und den Organen Vorstand und Aufsichtsrat privatrechtlicher Aktien-Banken ergeben. Diese Übereinstimmung setzt sich fort bei den rechtlichen Pflichten der Vorstandsmitglieder und Verwaltungsräte/Aufsichtsräte sowie ihrer persönlichen Haftung im Falle einer schuldhaften Pflichtverletzung. Einzige Besonderheit ist hier, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats der BayernLB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften, während alle anderen Organmitglieder für Vorsatz und jede Form der Fahrlässigkeit, also auch *leichte Fahrlässigkeit* haften.

Das Privileg der Business Judgment Rule kommt allen Organmitgliedern bei unternehmerischen Entscheidungen zugute, vorausgesetzt, sie haben sich vor der Entscheidung angemessen informiert.



Bonn, 20.05.2010

(Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter)