

Gesetzesauslegung und Lückenschließung haben. Zudem bedürfe es bei der Sanktion von Rechtsverletzungen einer Verhaltenssteuerung.

In einem kollisionsrechtlichen Beitrag setzt sich *Jan von Hein* mit der Anwendung der Rom-II-Verordnung auf die Prospekthaftung auseinander. Er qualifiziert die Haftung aus *culpa in contrahendo* sowie § 826 BGB und die spezialgesetzliche Prospekthaftung stimmig als Kapitalmarkt(delikts)recht. Zugleich hält er die Ausnahmetatbestände der Rom-II-Verordnung für das Wertpapier- und Gesellschaftsrecht nicht für einschlägig. Er legt Art. 1 II lit. c Rom-II-Verordnung eng aus und verweist darauf, dass die Prospekthaftung nicht auf einer spezifisch wertpapierrechtlichen Funktion beruhe, da sie nicht im Zusammenhang mit der Umlauffunktion des Wertpapiers stehe. Dazu geht er systematisch auf die Parallelregelungen in Art. 1 II lit. d Rom-I-Verordnung und Art. 6 IV lit. d Rom-I-Verordnung ein. Auch Art. III lit. d Rom-II-Verordnung greife nicht, da es sich nicht um eine organisationsrechtliche Regelung handle. Daher spricht er sich für die Anwendung der Rom-II-Verordnung aus.

Angesichts des begrenzten Raumes, der für eine Buchbesprechung zur Verfügung steht, ist es leider nicht möglich, vollständig auf die wohlfundierten Beiträge des Sammelbandes einzugehen. Erwähnt seien daher nur die Beiträge von *Daniel Busse* zur verdeckten Einlegung von Dienstleistungen, von *Felix Steffek* zum Gläubigerschutz in Kapitalgesellschaften und von *Stefan Prigge* zur *Corporate Governance*-Forschung in den Rechtswissenschaften und der Volkswirtschaftslehre. *Heike Schweitzer* setzt sich mit dem Ermessen des Vorstands einer Zielgesellschaft bei der *due diligence* für eine Beteiligungsveräußerung auseinander. Zum Kapitalmarktrecht äußern sich zudem *Dirk Bliesener* und *Patrick Leyens*. Die Festgabe reflektiert in hervorragender Weise, in welcher Bandbreite sich der Jubilar und seine Mitarbeiter mit den einzelnen Facetten des Wirtschaftsrechts auseinandersetzen. Die Vielfalt der Beiträge und die wissenschaftliche Durchdringung der Materie sowie ihr methodisches Vorgehen machen diesen Band zu einem Gewinn für seine Leser.

Kiel

CLAUDIA SCHUBERT

*Du Plessis, Jean J., Bernhard Großfeld, Claus Luttermann, Ingo Saenger, Otto Sandrock: German Corporate Governance in International and European Context.* – (Berlin, Heidelberg, New York:) Springer (2007). XIV, 292 S.

I. »Made in Germany« ist nicht nur ein Qualitätssiegel für deutsche Autos oder Maschinen, sondern auch für deutsches Recht.« Mit diesen Worten wirbt die ehemalige Bundesjustizministerin im Vorwort der Broschüre »Law – Made in Germany«<sup>1</sup> für die Vorzüge des Rechtsstandorts Deutschland. Die Broschüre ist Teil einer Informations- und Werbekampagne des offenen »Bündnisses für das deutsche Recht«, in dem sich das Bundesministerium der Justiz mit den deutschen Justizorganisationen aus Anwaltschaft, Notariat und Richterschaft

<sup>1</sup> Hrsg. von der Bundesnotarkammer (BNotK), der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), dem Deutschen Anwaltverein (DAV), dem Deutschen Notarverein (DNotV) und dem Deutschen Richterbund (DRB); erhältlich unter <[www.lawmadeinGermany.de](http://www.lawmadeinGermany.de)>.

zusammengeschlossen hat, um die Position des deutschen Rechts im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu verbessern.<sup>2</sup> Das Zehn-Punkte-Programm des Bündnisses – zu dessen Geist sich auch der Koalitionsvertrag der Bundesregierung bekennt<sup>3</sup> – enthält eine Konzentration auf das Wirtschaftsrecht (Punkt 2) und einen Aufruf zur Verbesserung der Außendarstellung des deutschen Rechts (Punkt 10). Von nun an werden »Botschafter für das deutsche Recht«<sup>4</sup> gesucht.

Mit *Jean du Plessis*, *Bernhard Großfeld*, *Claus Luttermann*, *Ingo Saenger* und *Otto Sandrock* haben sich wohlbekannte Botschafter für das deutsche Wirtschaftsrecht bereits auf den Weg gemacht. Ihre Botschaft betrifft die *Corporate Governance* in Deutschland mit ihren europäischen und internationalen Bezügen. Ganz im Sinne des »Bündnisses für deutsches Recht« zielt das Buch auf eine Vermittlung des deutschen Gesellschaftsrechts samt seiner arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Bezüge an ein internationales Publikum außerhalb Deutschlands (Vorwort, S. V). Dazu bedient es sich der heutigen Lingua franca: Text (1–256), Gesetzesanhang (257–274), Autoreninformationen (275–276), Rechtsprechungs- und Gesetzesverzeichnis (277–286) und Index (287–292) sind durchgehend in britischem Englisch verfasst.

II. Im Zentrum der Darstellung steht die rechtliche Organisation und Leitung von Großunternehmen, genauer der Aktiengesellschaft (AG) und größerer Typen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Ein Schwerpunkt wird auf die unternehmerische Mitbestimmung gelegt. Nach einer kurzen Einführung von *du Plessis* und *Großfeld* in die deutschen Gesellschaftstypen (Kapitel 1) geben *du Plessis* und *Saenger* einen Überblick über die Debatte zur Corporate Governance in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Deutschen Corporate Governance Kodex (Kapitel 2). Bereits dieses Kapitel lässt zwei besondere Stärken deutlich werden, die auch die übrigen Kapitel prägen. Zum einen zeichnet für sämtliche<sup>5</sup> Kapitel ein Ko-Autorenteam bestehend aus *du Plessis* und einem weiteren Autor verantwortlich. So wird sichergestellt, dass herausragende Kenntnis des deutschen Rechts stets aus einer zweifachen Perspektive mit einer auffallenden Sensibilität für rechtsvergleichende Vermittlung verbunden wird. Zum anderen beschränkt sich die Darstellung nicht auf eine höchst präzise und verständliche Vermittlung des Gesetzesrechts, seiner richterlichen Anwendung und wissenschaftlichen Durchdringung. Vielmehr werden durchgehend rechtskulturelle und rechtshistorische Brücken geschlagen, die

<sup>2</sup> Dazu Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 27. 10. 2008; das Bündnispapier und die Pressemitteilung können auf der Website des Ministeriums abgerufen werden, <www.bmj.de>.

<sup>3</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP zur 17. Legislaturperiode, S. 109: »Die deutsche Rechtsordnung ist ein internationaler Standortvorteil der Bundesrepublik. Wir wollen deren Vorzüge [...] auf internationaler Ebene deutlich herausstellen.«

<sup>4</sup> So die ehemalige Bundesjustizministerin Zypries auf dem »Symposium zum zehnjährigen Bestehen des German Law Journal«, Pressemitteilung des Ministeriums vom 2. 7. 2009, abrufbar unter <www.bmj.de>.

<sup>5</sup> Eine Ausnahme bildet das allein von *Luttermann* verfasste Kapitel 7 zur Rechnungslegung.

dem Leser praktisch wichtiges Hintergrundwissen für die Kommunikation mit deutschen Juristen und anderen Beteiligten mit auf den Weg geben.

Im Anschluss daran stellen *du Plessis* und *Saenger* die drei wesentlichen Organe einer AG bzw. GmbH vor: die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung, den Vorstand bzw. die Geschäftsführer (Kapitel 3) und den Aufsichtsrat (Kapitel 4). Die Darstellung leidet dabei nicht unter der teilweise parallelen Behandlung des Aktien- und GmbH-Rechts. Ganz im Gegenteil profitiert sie davon, indem strukturelle Übereinstimmungen aufgezeigt und Unterschiede in ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang herausgehoben werden. Der Schwerpunkt der Publikation liegt insgesamt klar auf dem Recht der AG. Die folgenden beiden Kapitel sind der für ausländische Juristen erklärungsbedürftigen Mitbestimmung gewidmet. *Du Plessis* und *Sandrock* nehmen den Leser mit auf eine Reise von den historischen Wurzeln der Mitbestimmung über das geltende Recht bis hin zu aktuellen Fragen, etwa hinsichtlich der Rolle der Arbeitnehmervertreter in der Aufsichtsratspraxis und der Probleme der Gehaltsfestlegung (Kapitel 5). Anschließend weitet sich die Perspektive auf die Einflüsse des Europäischen Rechts auf die deutsche Mitbestimmung (Kapitel 6).

Im Anschluss daran vermittelt *Luttermann* anschaulich die Rechnungslegung, und zwar unter dem zielführenden Aspekt der Dokumentation guter Corporate Governance (Kapitel 7). Nachdem *du Plessis* und *Luttermann* die Besonderheiten der Unternehmensfinanzierung in Deutschland durch Banken vermittelt haben (Kapitel 8), weiten die beiden Autoren erneut den Fokus. Dem Interesse des ausländischen Adressatenkreises entsprechend werden die Corporate Governance in Europa, die OECD Principles of Corporate Governance sowie die Corporate Governance in ausgewählten Ländern (UK, USA und Australien) behandelt (Kapitel 9).

Zur Zielgruppe des hier rezensierten Buchs gehören zwar vor allem ausländische, englischsprachige Manager, Anwälte und Studenten (Vorwort, S. VI). Die Lektüre hat aber auch für den im deutschen Recht ausgebildeten Juristen einen besonderen Reiz, der sich aus der Perspektive von außen auf das deutsche Gesellschaftsrecht ergibt. Aus diesem Blickwinkel sei es erlaubt, drei Themen der Publikation herauszugreifen und kritisch zu beleuchten.

III. In Kapitel 3 geben *du Plessis* und *Saenger* einen konzisen und ausgewogenen Überblick über Funktionen, Rechte, Kompetenzen und Verantwortung des Vorstands. Neben der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Sorgfalts- und Treuepflichten der Vorstandsmitglieder erklären die Autoren den Lesern auch gekonnt die praktisch relevanten Aspekte der Durchsetzung der Innenhaftung (58 ff.). Der ausländische Jurist gewinnt so einen umfassenden Blick auf das deutsche Recht der Vorstandsverantwortung. Dazu gehört auch die Problematik der Beweislast, insbesondere dass die Gesellschaft das pflichtwidrige Verhalten des Vorstandsmitglieds und den adäquat verursachten Schaden darzulegen und zu beweisen hat, während der Gesellschaft die Beweislastumkehr in § 93 II 2 AktG zugutekommt. Danach trifft die Beweislast, ob die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt wurde, das verklagte Vorstandsmitglied.

Bei der Beschreibung der Rechtsrealität (62 f.) vertreten die Autoren die Ansicht, die Normausgangslage biete zwar mannigfaltige Haftungsgründe für die

Vorstandshaftung, praktisch spiele diese jedoch keine große Rolle. Das beschreibt meines Erachtens zwar zutreffend die Rechtspraxis in den 1990er Jahren.<sup>6</sup> Mittlerweile hat sich der Wind jedoch gedreht. In diese Richtung weisen nicht nur die Einschätzungen des Schrifttums.<sup>7</sup> Auch die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen der vergangenen Jahre legen berechtigt Zeugnis von der Realität der Vorstandshaftung ab.<sup>8</sup> Die Gründe dafür sind unter anderem eine erhöhte Durchsetzungsbereitschaft der Aufsichtsräte, kritischer Verfolgungsdruck der informierten Öffentlichkeit sowie die stetig steigenden Anforderungen der Kapitalmärkte, der Rechtsprechung und des Gesetzgebers. Mit dieser Entwicklung steht die Rechtswirklichkeit in Deutschland nicht allein. Während die Managerhaftung für die Leitungsorgane US-amerikanischer Kapitalgesellschaften ein alltägliches Thema ist,<sup>9</sup> geht in diese Richtung selbst die Entwicklung im englischen Recht, das für seine traditionelle Großzügigkeit gegenüber den Direktoren bekannt ist. In England hat man in der Jahrhundertreform durch den Companies Act 2006 nicht nur die Direktorenpflichten in den ss. 170 bis 181 Companies Act 2006 ausführlich statuiert. Auch die Veröffentlichung von Urteilen, in denen die Direktoren englischer Kapitalgesellschaften in die Haftung genommen werden, nimmt in den letzten Jahren merklich Fahrt auf.<sup>10</sup>

IV. In Kapitel 4 analysieren *du Plessis* und *Saenger* die Rolle des Aufsichtsrats für die Corporate Governance in Deutschland. Dabei arbeiten sie anschaulich die dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten heraus, die sich aus dem teilweise ungeklärten Pflichten- und Verantwortungskanon des Aufsichtsrats ergeben (101 ff., 109 f.). Die Verwirrung nimmt ihren Ausgangspunkt in § 116 Satz 1 AktG, wonach für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder § 93 AktG betreffend die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß gilt.<sup>11</sup> Diese Regel stiftet deshalb Unordnung, weil Vorstand und Aufsichtsrat unterschiedliche Aufgaben haben. Der Vorstand hat die Aktiengesellschaft gem. § 76 I AktG unter eigener Verantwortung zu leiten, während der Aufsichtsrat die Geschäftsführung gem. § 111 I AktG zu überwachen hat. Die Autoren weisen zutreffend darauf hin (109), dass der Aufsichtsrat nach modernem Verständnis nicht nur auf die Überwachung

<sup>6</sup> *Hopt*, Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997: AG 1997, 42 (43) (Sonderheft: Die Aktienrechtsreform August 1997); *Lutter*, Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung: ZHR 159 (1995) 287 (304).

<sup>7</sup> *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten\* (2008) 23f.; *Sven H. Schneider*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konzern, in: Handbuch Managerhaftung, hrsg. von *Krieger/Uwe H. Schneider* (2007) 215, 217; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> (-*Spindler*) (2008) § 93 Rz.3 (zitiert: Münch. Komm. AktG [-*Bearb.*]); *Bötcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 1047f.

<sup>8</sup> Siehe nur die Zusammenstellung bei *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung: NJW 2009, 2337ff.

<sup>9</sup> *Thümmel* (oben N. 7) 25.

<sup>10</sup> Siehe nur *Zacaroli*, The Company's Remedies for Breach of Directors' General Duties, in: *Company Directors*, hrsg. von *Mortimore* (2009) 333ff. und die dort zitierte Rechtsprechung.

<sup>11</sup> Mit Ausnahme der Vorschrift in § 93 II 3 AktG über den Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen.

beschränkt ist, sondern dem Vorstand als institutionalisierter Berater und »Sparingspartner« zur Seite steht.

Meines Erachtens ist die Aufgabenbeschreibung des Aufsichtsrats sogar noch weiter zu korrigieren. In Einzelfällen hat der Aufsichtsrat sogar unternehmerische Entscheidungen zu treffen,<sup>12</sup> etwa bei Ausübung des Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 IV 2 AktG oder bei Personalentscheidungen wie der Bestellung des Vorstands oder der Entscheidung über das Vergütungssystem. Als Lösung bietet sich an, das Pflichtenprogramm des Aufsichtsrats an der jeweils ausgeübten Funktion (insbesondere Überwachung vs. unternehmerische Entscheidung) zu orientieren,<sup>13</sup> statt dem Aufsichtsrat ein starres Pflichtenkorsett, geltend für sämtliche Entscheidungen, vorzugeben. Die im englischen Companies Act 2006 niedergeschriebene Erfahrung des in Jahrhunderten gereiften Schatzes richterrechtlicher Grundsätze weist in dieselbe Richtung. Section 174, die die Sorgfaltspflicht statuiert, orientiert die Sorgfaltsanforderungen ebenfalls an der jeweils ausgeübten Funktion. Die Norm verlangt von den Direktoren, »the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company«. Dass die englische Norm vor dem Hintergrund des monistischen statt des deutschen dualistischen Regelungsansatzes mit vom Vorstand formal getrenntem Aufsichtsrat formuliert ist, macht bei der hier behandelten Frage keinen Unterschied.

V. In Kapitel 8 untersuchen *du Plessis* und *Luttermann* die Rolle der deutschen Banken für die Corporate Governance. Der traditionell starke Einfluss der Banken ergebe sich nicht nur aus der verhältnismäßig hohen Fremdkapitalquote deutscher Unternehmen. Eine wichtige Rolle spiele vielmehr der Umstand, dass die Banken die Stimmrechte aus den Aktien ausübten (vgl. § 135 AktG), die Anleger bei ihnen üblicherweise deponiert haben. Da die Aktionäre in der Rechtspraxis nur selten Weisungen erteilten, stimmten die Banken häufig entsprechend ihren eigenen Vorschlägen ab (siehe § 135 II und III AktG). Hinzu käme der direkte Einfluss der Banken aus eigenen Aktien, nämlich solchen aus dem Eigenhandel und solchen aus den Investmentgesellschaften, welche wiederum von den Banken kontrolliert würden. Bei der Wahl des Aufsichtsrats fände die Einflussmacht der Banken ihren Widerhall unmittelbar, später auch mittelbar in den durch den Aufsichtsrat getroffenen Entscheidungen. Entsprechend der allgemeinen Meinung konstatieren die Autoren allerdings auch, dass der Einfluss der Banken in den letzten Jahren im Zuge der Auflösung der sog. »Deutschland AG« schwindet. Sie verweisen hier überzeugend auf statistische Erhebungen zur Eigentümerstruktur der größten deutschen Banken. Hier ist im Verlauf der vergangenen Jahre eine eindeutige Internationalisierung und Zersplitterung zu bemerken, so dass man zum einen kaum noch von den »deutschen Banken« sprechen und zum anderen nur noch schwer eine einheitliche, klar definierte Interessenlage ausmachen kann.

Interessanterweise hat die jüngste Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise eine

---

<sup>12</sup> Münch. Komm. AktG (-*Habersack*) § 93 Rz. 3.

<sup>13</sup> Vgl. Großkommentar zum Aktiengesetz<sup>4</sup> (-*Hopt/Roth*) (2005) § 116 Rz. 71; *Hüffer*, Aktiengesetz<sup>9</sup> (2010) § 116 Rz. 3; Münch. Komm. AktG<sup>3</sup> (-*Habersack*) § 116 Rz. 16.

Gegenbewegung zum langsam schwindenden Einfluss der Banken auf die Corporate Governance ausgelöst. Wegen des Liquiditätsmangels bzw. der eher zögerlichen Kreditvergabe in Sanierungskonstellationen, sind die Banken in jüngerer Zeit dazu übergegangen, Sanierungen nicht im Wege von Sanierungskrediten zu finanzieren, sondern statt dessen die Kreditforderungen gegen die notleidenden Unternehmen in Eigenkapitalbeteiligungen umzuwandeln (*Debt/Equity-Swap*). In der Breite ergibt sich daraus, dass die Banken in zunehmendem Maße in eine Eigentümerstellung bei Unternehmen hineinwachsen, die sie zuvor nur durch Fremdkapital finanziert hatten. Ob sich hieraus die »Deutschland AG II« ergibt, bleibt abzuwarten. Die Entwicklung ist jedoch gerade unter dem Aspekt der Rahmenbedingungen der Corporate Governance im Blick zu behalten.

VI. *Du Plessis, Großfeld, Luttermann, Saenger und Sandrock* versprechen im Vorwort, den Leser in das System der deutschen Corporate Governance, seine wirtschaftlichen Hintergründe und die zentralen Reformdebatten einzuführen. Dieses Versprechen lösen sie voll und ganz ein. Das Buch ist sicherlich eines der umfassendsten und tiefgründigsten englischsprachigen Beiträge zur deutschen Corporate Governance. Die Themen werden kenntnisreich, ausgewogen und präzise vermittelt, der Schreibstil ist durchweg ansprechend und abwechslungsreich. Von solchen Botschaftern des deutschen Wirtschaftsrechts lässt man sich nur zu gern im Ausland vertreten. Das Buch kann seinen Adressaten, insbesondere englischsprachigen Managern, Anwälten und Studenten, daher in jeder Hinsicht sehr empfohlen werden. Die Verfasser des Werkes haben sich bereits jetzt um den Rechtsstandort Deutschland höchst verdient gemacht. Dem Rezensenten bleibt daher nur ein Wunsch offen: Die Autoren mögen sich beizeiten ein zweites Mal als Botschafter auf den Weg machen und uns auf die 2. Auflage nicht lange warten lassen.

Hamburg

FELIX STEFFEK

*Wilhelmi, Theresa*: Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht. Zugleich eine Untersuchung zu Parallelitäten, Divergenzen und Interdependenzen von internationalem Privatrecht und internationalem Strafrecht. (Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2007.) – Frankfurt a. M., Berlin, Bern usw.: P. Lang (2007). XXXV, 462 S. (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht. Bd. 147.)

*Theresa Wilhelmi* vergleicht in ihrer (durch *Bernd v. Hoffmann* betreuten) Trierer Dissertation das Internationale Privat- und Strafrecht in seinen Grundstrukturen und geht speziell der Frage nach, ob und in welchem Umfang das im Internationalen Strafrecht vorherrschende *Weltrechtsprinzip* (S. 70 ff., 114 ff., 377 ff.)<sup>1</sup> bzw. die *universale Jurisdiktion* (13 ff., 72) auch in das Internationale Pri-

<sup>1</sup> § 6 StGB, § 1 in Verb. mit § 6 VStGB; der deutsche Katalog des § 6 StGB geht viel weiter als der Weltrechtskatalog anderer Staaten (*Wilhelmi* 217). Dies gilt insbesondere für den Vertrieb von Betäubungsmitteln (§ 6 Nr. 5 StGB) und die Verbreitung harter pornographischer Schriften. – Rechtsvergleichend zieht die Verfasserin die Rechtsordnungen Österreichs, der