

Sind Vorstandsmitglieder einer AG wirklich Treuhänder?

Von Elena Dubovitskaya, Hamburg

- I. Treuepflicht der Vorstandsmitglieder und ihre dogmatischen Grundlagen
- II. Vorstandsmitglieder als Treuhänder
 1. Treuhand im Zivilrecht
 2. Einfluss des angloamerikanischen Rechts
 3. Sachliche Begründung der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht
- III. Fazit: nur eine Metapher?

983 Sind Vorstandsmitglieder einer AG wirklich Treuhänder?

Wiss. Referentin Dr. Elena Dubovitskaya*

Die Vorstandsmitglieder einer AG werden oft als Treuhänder bezeichnet; mit dieser treuhänderischen Stellung wird ihre besondere Treuepflicht begründet. Aber hat diese Bezeichnung wirklich einen dogmatischen Wert? Nach der kurzen Darstellung der Treuepflicht der Vorstandsmitglieder wird untersucht, inwieweit sich die „Treuhändlung“ in die zivil- und gesellschaftsrechtliche Dogmatik einfügt, ob sie dem Einfluss des angloamerikanischen Rechts geschuldet ist und welche Rolle sie im modernen wissenschaftlichen Diskurs spielt.

I. Treuepflicht der Vorstandsmitglieder und ihre dogmatischen Grundlagen

Im heutigen Gesellschaftsrecht ist allgemein anerkannt, dass die Vorstandsmitglieder einer AG besonderen Treubindungen unterliegen.¹ Die Treuepflicht der Vorstandsmitglieder ist bisher, anders als die Sorgfaltspflicht, im Ganzen nicht gesetzlich geregelt, obwohl eine entsprechende Regelung *de lege ferenda* gefordert wird.² Als einzelne normierte Ausprägungen der Treuepflicht der Vorstandsmitglieder gelten das Wettbewerbsverbot (§ 88 I AktG) und die Verschwiegenheitspflicht (§ 93 I 3 AktG). Angesichts einer fehlenden gesetzlichen Gesamregelung der Treuepflicht zählt es zu den Aufgaben der Rechtsprechung und Literatur, den Begriff mit einem praxistauglichen Inhalt zu füllen. Einen Beitrag dazu leistet der DCGK, der sich dem Thema Treuepflicht in Nr. 4.3. („Interessenkonflikte“) widmet. Nr. 4.3.3 DCGK enthält dabei eine allgemeine Umschreibung der Treuepflicht: Die Vorstandsmitglieder sind dem Unternehmensinteresse verpflichtet und dürfen nicht bei ihren Entscheidungen per

984 sönliche Interessen verfolgen und Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, für sich nutzen. Das Unternehmensinteresse bedeutet dabei entsprechend der in Deutschland herrschenden Meinung, dass neben den Eigentums- und Gewinnmaximierungsinteressen der Aktionäre auch die Interessen der Mitarbeiter, der Kunden, der Gläubiger und ganz allgemein der sonstigen, dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) berücksichtigt werden, jedenfalls insoweit, als die jeweiligen Stakeholder nicht bereits durch das geltende Gesellschafts- oder Konzernrecht (Kunden, Gläubiger) bzw. Mitbestimmungs- oder Arbeitsrecht (Mitarbeiter) geschützt sind.³

Die vom Schrifttum vorgeschlagene allgemeine Formulierung der Treuepflicht ähnelt derjenigen des DCGK: Kraft der Treuepflicht müssen die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft loyal dienen und ihr Wohl über andere, insbesondere über eigene

* Die Autorin ist wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

1 *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, 2. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 8; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 3. Aufl. 2010, § 93 AktG Rn. 113, 116; *ders.*, WM 2003, 1045; *Hopt* in *Großkomm. z. AktG*, 4. Aufl. 2008, § 93 AktG Rn. 72, 144 f.; *Koch* in *Hüffer*, 11. Aufl. 2014, § 84 AktG Rn. 10; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm. z. AktG*, 3. Aufl. 2010, § 93 AktG Rn. 95; *G. Roth*, Das Treuhandmodell des Investmentrechts, 1972, S. 260.

2 *Fleischer*, DB 2014, 1971.

3 *Ringleb* in *Ringleb ua*, DCGK, 5. Aufl. 2014, Rn. 565. Zum Stakeholder bzw. Shareholder-Ansatz s. *Fleischer* in *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, HdB Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 185 ff.

Interessen stellen.⁴ Innerhalb dieser generalklauselartig beschriebenen Treuepflicht werden einzelne Fallgruppen herausgearbeitet, in denen jeweils spezifische Verhaltensregeln gelten. Solche besondere Verhaltenspflichten bestehen etwa im Hinblick auf den loyalen Einsatz für die Gesellschaft, Eigengeschäfte mit der Gesellschaft, die Nutzung von Geschäftschancen und Aneignung von Gesellschaftsressourcen, die Annahme von Zuwendungen Dritter und die Ermöglichung angemessener Kontrolle der Einhaltung der Treuepflicht.⁵

Die organschaftliche Treuepflicht wird durch die Organstellung der Vorstandsmitglieder begründet. Das begleitende Anstellungsverhältnis erzeugt in der Regel kongruente Treubindungen. Dieser Umstand ist dem für das deutsche Gesellschaftsrecht charakteristischen Dualismus zwischen der organschaftlichen Bestellung und dem Anstellungsverhältnis geschuldet. Die „Absicherung“ der organschaftlichen Treubindungen durch das Anstellungsverhältnis wird nur dann bedeutsam, wenn das Bestellungsverhältnis fehlt oder nichtig ist und umgekehrt.⁶

Die Organstellung bzw. die Bestellung der Vorstandsmitglieder bildet die formelle Grundlage für die organschaftliche Treuepflicht. Oft wird neben dieser formellen Grundlage eine weitere, eher sachliche Grundlage für die Entstehung der Treuepflicht angeführt: die treuhänderische Stellung des Vorstands.⁷ Es wird auch vom „Organ mit treuhänderischer Funktion“,⁸ vom „treuhänderischen Verwalter fremden Vermögens“,⁹ vom „Treuhänder fremden Vermögens“¹⁰ oder vom „Treuhänder der Aktionäre“¹¹ gesprochen. Die Rechtsprechung, die insoweit als Beleg herangezogen wird, ist allerdings in dieser Frage wenig deutlich. Sie nennt zwar Vorstandsmitglieder „Verwalter fremden Vermögens“,¹² aber ein Verwalter muss nicht zwingend Treuhänder sein. Am aussagekräftigsten ist noch das Urteil zur Tätigkeit eines vorläufigen Geschäftsführers der Treuhandanstalt (§ 16 TreuhandG), in dem die Tätigkeit eines Geschäftsführers als „selbstständige treuhänderische Wahrnehmung fremder Vermögens-

-
- 4 Vgl. etwa *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, § 93 AktG Rn. 9; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rn. 114; *ders.*, WM 2003, 1045 (1050); *Hopt* in *Großkomm. z. AktG*, § 93 Rn. 72, 145; *Krieger/Sailer-Coceani* in *Karsten Schmidt/Lutter*, 2. Aufl. 2010, § 93 AktG Rn. 16; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm. z. AktG*, § 93 AktG Rn. 95; *U. Schmidt* in *Heidel*, 4. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 32. Im älteren Schrifttum, etwa bei *Hueck*, wurden zwei Aspekte der Treuepflicht betont: zum einen das Verbot jeder Schädigung der Interessen der Gemeinschaft und deren Angehörigen, zum anderen das Gebot, sich für diese Interessen mit allen Kräften einzusetzen (*Hueck*, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, 1947, S. 15).
- 5 Vgl. etwa *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 126 ff.; *Henze*, *HRR-Aktienrecht*, 5. Aufl. 2002, Rn. 482.
- 6 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 117; *ders.*, WM 2003, 1045 (1046); *Weisser*, *Corporate Opportunities*, 1991, S. 137; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 39 sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass das Anstellungsverhältnis die organschaftliche Treuepflicht modifizieren kann, insbesondere die Treubindungen abschwächen, wenn der Pflichtige unentgeltlich tätig wird. Dies wird indes bei Vorstandsmitgliedern einer AG kaum der Fall sein.
- 7 *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, 3. Aufl. 2014, § 93 Rn. 3; *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, § 93 AktG Rn. 8; *Grundmann*, *Der Treuhandvertrag*, 1997, S. 269; *Hopt* in *Großkomm. z. AktG*, § 93 Rn. 72, 144; *Möllers* in *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *HdB Corporate Governance*, S. 423, 427 f.; *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Aufl. 2010, § 14 Rn. 91; *Weisser*, *Corporate Opportunities*, S. 136; *Wiedemann*, *FS Heinsius*, 1991, 949 (951).
- 8 *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm. z. AktG*, § 93 AktG Rn. 95.
- 9 *MHdb AG/Wiesner*, 3. Aufl. 2007, § 25 Rn. 2, 11; ähnlich *U. Schmidt* in *Heidel*, § 93 AktG Rn. 30.
- 10 *MüKoAktG/Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 108, wobei es sich um eine nicht ganz gelungene Formulierung handelt.
- 11 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 114; ähnlich *ders.*, WM 2003, 1045.
- 12 *BGHSt* 50, 331 (346) = NZG 2006, 141 (142).

interessen“ bezeichnet wird.¹³ Es ist allerdings nicht ganz klar, ob diese Bezeichnung etwas mit der besonderen Konstellation des zu entscheidenden Falls zu tun hatte oder ob der *BGH* allgemein die Geschäftsführertätigkeit als treuhänderisch ansieht.

Es gibt natürlich auch Gegner der Treuhandlösung;¹⁴ sie sind allerdings in der Minderheit. Sie argumentieren, dass die Stellung der Vorstandsmitglieder als Organmitglieder der AG vom Gesetz derart institutionalisiert sei, dass es des Rückgriffs auf die Treuhand nicht bedürfe. Die einzelnen Treuepflichten lassen sich sachgerecht anhand der Stellung der Vorstandsmitglieder als Organmitglieder der AG begründen.¹⁵ Es wird befürchtet, dass die Treuhandlösung den Fokus einseitig auf die Interessen der Aktionäre legen kann und das Unternehmensinteresse¹⁶ dabei zu kurz kommt, obwohl dem Vorstand wirtschaftlich gesehen nicht nur das Vermögen der Aktionäre, sondern auch das der Kreditgeber sowie die Disposition über menschliche Arbeitskraft anvertraut sind.¹⁷ Zudem widerstreite die Annahme, dass zwischen dem einzelnen Aktionär und dem einzelnen Vorstandsmitglied ein Treuhandverhältnis bestehe, der verbandsrechtlichen Dogmatik des auf die Gesellschaft selbst bezogenen Organverhältnisses. Diese Annahme führe zudem zu Pflichtenkollisionen in der Person des einzelnen Vorstandsmitglieds.¹⁸

II. Vorstandsmitglieder als Treuhänder

1. Treuhand im Zivilrecht

Aus wirtschaftlicher Sicht verwaltet der Vorstand fremdes Vermögen. Auch ein Treuhänder verwaltet regelmäßig fremdes Vermögen. Fraglich ist, inwieweit zwischen den beiden nicht nur wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Gemeinsamkeiten bestehen. Die Frage lässt sich nicht so schnell beantworten, weil es in der zivilrechtlichen Lehre keinen Konsens über den Begriff der Treuhand gibt.¹⁹ Nach der (wohl herrschenden) Definition liegt eine Treuhand vor, wenn der Treugeber aus seinem Vermögen (so

985

genanntes Unmittelbarkeitsprinzip) einen Gegenstand (Treugut) dem Treuhänder zu eigener Rechtszuständigkeit überträgt mit der Maßgabe, dass der Treuhänder die übertragene Rechtsmacht nur gemäß dem Treuhandvertrag auszuüben hat.²⁰ Manche verzichten auf das Unmittelbarkeitsprinzip, halten aber an dem Erfordernis, dass ein Treugut vorhanden sein muss, fest: Ohne Treugut keine Treuhand!²¹ Vereinzelt wird aber auch dieses Erfordernis fallen gelassen und nur davon gesprochen, dass der Treuhänder vom Treugeber eine Rechtsstellung eingeräumt bekomme, die er nur nach der Maßgabe eines schuldrechtlichen Treuhandvertrags ausüben dürfe.²² Diese Definition ist naturgemäß sehr

13 *BGHZ* 129, 30 (34) = *NJW* 1995, 1291.

14 *Mülbert* in *Großkomm. z. AktG*, vor § 118–147 Rn. 194 f.; *W. Müller*, *FS Semler*, 1993, 195 (209); vgl. auch *Schwark/Geiser*, *ZHR* 161 (1997), 739 (764), die Ansprüche der Aktionäre gegen den Vorstand als „Treuhand der Aktionäre“ beim Delisting ablehnen.

15 *Mülbert* in *Großkomm. z. AktG*, vor § 118–147 Rn. 195; *W. Müller*, *FS Semler*, 1993, 195 (209).

16 Zum Unternehmensinteresse vgl. Fn. 3.

17 *W. Müller*, *FS Semler*, 195 (209).

18 *Mülbert* in *Großkomm. z. AktG*, vor § 118–147 Rn. 194.

19 *Palandt/Ellenberger*, *BGB*, 74. Aufl. 2015, Überbl. v. § 104 Rn. 25; *Gernhuber*, *JuS* 1988, 355; vgl. auch *Soergel/Leptien*, 13. Aufl. 1999, vor § 164 Rn. 51 f.

20 So die Formulierung der hM bei *Soergel/Leptien*, vor § 164 Rn. 51; ähnlich *Erman/Maier-Reimer*, 13. Aufl. 2011, vor § 164 Rn. 16 und *Stoffels* in *NK-BGB*, 2. Aufl. 2012, § 164 Rn. 20.

21 *Soergel/Leptien*, vor § 164 Rn. 52, 55.

22 Vgl. *MüKoBGB/Schramm*, 6. Aufl. 2012, vor § 164 Rn. 28.

unscharf. Bei den „klassischen“ Treuhandarten verzichtet man auf das Treuguterfordernis jedenfalls nicht: Bei der Vollrechtstreuhand wird dem Treuhänder eine Rechtsinhaberschaft am Treugut übertragen, bei der Ermächtigungstreuhand immerhin eine Verfügungsmacht darüber eingeräumt. Die entsprechenden Rechte übt der Treuhänder im Interesse des Treugebers, aber *im eigenen Namen* aus.²³

Hier wird der Unterschied zum Vorstandshandeln deutlich: Der Vorstand einer AG nimmt ihre Interessen nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der AG wahr. Er verwaltet zwar das Vermögen der AG, erhält aber insoweit keine eigene Rechtszuständigkeit: Weder wird er Eigentümer wie bei der Vollrechtstreuhand noch kann er im eigenen Namen über das Gesellschaftsvermögen verfügen, wie dies bei der Ermächtigungstreuhand der Fall wäre. Der Vorstand ist lediglich der organschaftliche Vertreter. Will man also eine Parallele zur Treuhand ziehen, so kommt aus zivilrechtlicher Sicht allenfalls die so genannte Vollmachtstreuhand in Betracht. Bei dieser Art der Treuhand gibt es kein Treugut, über das der Treuhänder eigenständig verfügen kann;²⁴ stattdessen erhält er vom Treugeber eine unwiderrufliche Vollmacht und tritt dementsprechend nach außen im Namen des Treugebers auf. Die Zwecke des Treuhandvertrags werden bei der Vollmachtstreuhand mittels Stellvertretung verfolgt.²⁵ Mit der Vollmachtstreuhand haben sich im Zivilrecht allerdings „nur wenige befreunden können“.²⁶ *Coing*, der manchmal als ihr Befürworter angeführt wird, meinte, dass sie nur in ihrer Funktion der herkömmlichen Treuhand vergleichbar sei; die rechtliche Konstruktion sei dagegen so andersartig, dass man „nur von treuhandähnlicher Rechtsgestaltung oder Quasitreuhand“ sprechen könne.²⁷ Bis heute wird die Vollmachtstreuhand im Zivilrecht nur vereinzelt als Treuhand angesehen;²⁸ überwiegend wird sie der unmittelbaren Stellvertretung und nicht den Treuhandverhältnissen zugeordnet.²⁹

Indem die gesellschaftsrechtliche Literatur den AG-Vorstand als Treuhänder bezeichnet, weicht sie also vom herrschenden zivilrechtlichen Verständnis der Treuhand ab. Im Schrifttum wird diese Problematik selten angesprochen.³⁰ Hervorzuheben ist an dieser Stelle die Ansicht von *Grundmann*, der den Umstand, dass der Geschäftsleiter nicht im eigenen, sondern im fremden Namen handelt, deshalb als unwesentlich einordnet, weil er das Treuhandverhältnis primär vom Innenverhältnis her versteht.³¹ Für das echte Treuhandverhältnis sei dabei charakteristisch, dass seine Hauptpflicht (Treuepflicht im engeren Sinne) einseitig auf die Wahrung der Interessen des Treugebers ausgerichtet sei; die Interessen des Treuhänders dürfen nicht berücksichtigt werden. Dies erkläre sich dadurch, dass sich die Treuepflicht im engeren Sinne auf geldwerte Positionen beziehe, die der Treuhänder übertragen bekomme, ohne dafür eine

23 *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, II, 15. Aufl. 1960, S. 1103; *Soergel/Leptien*, vor § 164 Rn. 53, 73; *Erman/Maier-Reimer*, 13. Aufl. 2011, vor § 164 Rn. 16; *Staudinger/Schilken*, Neubearb. 2014, vor § 164 Rn. 48; *Stoffels* in NK-BGB, § 164 Rn. 21; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 49 Rn. 62.

24 *Soergel/Leptien*, vor § 164 Rn. 52.

25 *Wolf/Neuner*, § 49 Rn. 64.

26 *Gernhuber*, JuS 1988, 355.

27 *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 97.

28 *BGHZ* 41, 98 = *NJW* 1964, 1319; *MüKoBGB/Schramm*, vor § 164 Rn. 31, 37.

29 *Soergel/Leptien*, vor § 164 Rn. 73; *Staudinger/Schilken*, vor §§ 164 ff. Rn. 48; *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 402; *Stoffels* in NK-BGB, § 164 Rn. 21; *Wolf/Neuner*, § 49 Rn. 64; vgl. auch *Erman/Maier-Reimer*, vor § 164 Rn. 16 (Einordnung als Treuhandverhältnis zweifelhaft).

30 Siehe *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 269, 421; kurzer Hinweis bei *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 114.

31 *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 87 ff.

Gegenleistung zu erbringen.³² Dabei könne die Tätigkeit des Treuhänders nicht als Gegenleistung für die Übertragung des Treuguts angesehen werden: Sie erfolge um Vergütungswillen und werde daher durch die vereinbarte Vergütung vollständig abgegolten.³³ Dies gelte insbesondere für die Tätigkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft: Auch sie wird durch seine Vergütung vollständig abgegolten. Zusätzliche Werte wie Rechtsinhaberschaften, Einfluss- und Entscheidungsmacht sowie Informationspositionen (*Grundmann* fasst den Begriff des Treuguts weit auf) werden dem Geschäftsführer daher unentgeltlich übertragen. Seine Stellung sei daher treuhänderisch.³⁴

Diese Betrachtung des Treuhandverhältnisses, mag sie auch in sich schlüssig und scharfsinnig sein, hat sich bisher nicht als herrschend etabliert. Die herrschende Lehre nennt die Vorstandsmitglieder einer AG *Treuhänder*, ohne auf das Innenverhältnis abzustellen und ohne die dabei entstehenden Widersprüche zum herkömmlichen Verständnis der Treuhand aufzulösen. Es wird ferner auch nicht darüber diskutiert, wer der Treugeber ist, obwohl dies keineswegs eindeutig ist (Ist es die Gesellschaft selbst? Sind es ihre Aktionäre? Sind es womöglich auch ihre Gläubiger und weitere Stakeholder?). Die Frage ist schon deshalb interessant, weil der Treuhänder zur Wahrung der Interessen des Treugebers verpflichtet ist und die Diskussion über die rechtliche Stellung des Vorstands auf diese Weise mit der Diskussion über die für sein Handeln maßgeblichen Interessen³⁵ verknüpft werden könnte.

2. Einfluss des angloamerikanischen Rechts

986 Sucht man nach den Gründen, die das Schrifttum dazu bewegen, Vorstandsmitglieder als Treuhänder anzusehen, so mag insoweit der Einfluss des englischen und US-amerikanischen Rechts eine Rolle gespielt haben.³⁶ In England wurden die Direktoren der Gesellschaft von der Rechtsprechung häufig als *agents*,³⁷ als *managing partners*³⁸ oder eben als *trustees*³⁹ (Treuhandler) angesehen. Der dogmatische Ursprung dieser Sichtweise ist nicht ganz klar. Einige⁴⁰ führen sie auf die Entwicklung des englischen Gesellschaftsrechts im 18. Jahrhundert zurück, auf die Zeit, in der es zu zahlreichen unseriösen Gründungen von *joint stock companies* kam. Das englische Parlament reagierte darauf mit dem Bubble Act von 1720, der die meisten existierenden *joint stock companies* für illegal und nichtig erklärte sowie die Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit für die Zukunft drastisch verschärfte. Die Folgen für das Wirtschaftsleben waren gravierend: Das Gesetz verursachte eine große Aktienkrise, die als „South Sea Bubble“ in die Geschichte einging. Die *joint stock company* verschwand für mehrere Jahrzehnte vom Markt. Um die strengen Eintragungserfordernisse zu umgehen, wick der Geschäftsverkehr auf die nicht rechtsfähige

32 *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 193.

33 *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 193, 197, 269, 546.

34 *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 269.

35 Siehe oben Fn. 3.

36 So andeutungsweise *Möllers* in *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, HdB Corporate Governance, S. 423, 427 f.

37 *Great Eastern Rly Co v. Turner* (1872) 8 Ch. App 149 (152), Lord Selborne; *Ferguson v. Wilson* (1866) 2 Ch. App 77 (89), Cairns LJ; *Aberdeen Railway Co v. Blaikie Bros* (1854) 1 Macq. H. L. 461 (471), Lord Cranworth LC, HL.

38 *Re Forest of Dean Coal Mining Co* (1878) 10 Ch. D 450 (453), Jessel MR.

39 *Great Eastern Rly Co v. Turner* (1872) 8 Ch. App 149 (152), Lord Selborne; *Re Lands Allotment Co* [1894] 1 Ch. 616 (631), Lindley LJ; *Selangor United Rubber Estates Ltd v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W. L. R. 1555 (1574–1577), Ungood-Thomas J.

40 *Davies/Worthington*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 9th Ed. 2012, P. 525; *Cooke*, Corporation, Trust and Company, 1950, P. 110–111, 154.

deed of settlement company aus, die eine Mischung zwischen Gesellschaft und Treuhand darstellte. Um das Fortbestehen der *deed of settlement company* beim Tod oder bei der Insolvenz der Gesellschafter zu gewährleisten, wurde regelmäßig ein separates Gremium von Direktoren errichtet, das die Aufgaben der Geschäftsführung wahrnahm. Das Gesellschaftsvermögen wurde an *trustees* übertragen, manche von denen waren zugleich Direktoren.⁴¹ Es wird vermutet, dass die Equity-Rechtsprechung die Direktoren aus diesem Grund als *trustees* qualifizierte und zwar auch dann, wenn sie im konkreten Fall mit den eigentlichen *trustees* nicht identisch waren, denn sie verwalteten dennoch ein treuhänderisches Vermögen. Dies änderte sich zwar nach dem Wiederaufleben der rechtsfähigen Gesellschaft nach dem Joint Stock Companies Act 1844, da das Gesellschaftsvermögen nun der Gesellschaft selbst gehörte. Die Gerichte wandten jedoch das Trustrecht auf die Direktoren analog an, zumal sie ohnehin dazu tendierten, jedermann *trustee* zu nennen, der eine fiduziarische Position innehatte.⁴² Andere meinen, die Bezeichnung der Direktoren als *trustees* habe mit der beschriebenen historischen Entwicklung nichts zu tun und erkläre sich lediglich dadurch, dass der Rechtsprechung kein anderer geeigneter Terminus zur Verfügung stand und dass sie das Wort „trust“ gebrauchte, um das Vertrauen zu bezeichnen, das den Direktoren mit ihrer Bestellung entgegen gebracht wurde. Das Rechtsinstitut des Trust im technischen Sinne sei damit jedenfalls nie gemeint worden.⁴³

Unabhängig davon, wie die *trustee*-Bezeichnung entstanden ist: Heute ist sie jedenfalls Geschichte. Im modernen englischen Gesellschaftsrecht werden die Geschäftsleiter nicht mehr als *trustees* angesehen: „to describe directors as trustees is today neither strictly correct nor invariably helpful“.⁴⁴ *Davies/Worthington* tendieren dazu, sie als *agents* oder, wenn sie zusammen handeln, als Organ der Gesellschaft zu beschreiben; als *agents* stehen die Direktoren in einer Vertrauensbeziehung (*fiduciary relationship*) zur Gesellschaft. Die Pflichten, die aus dieser Beziehung resultieren, ähneln sich unter sachlichen Aspekten den Pflichten eines *trustee* und auch die Haftung kann genauso weit reichen, wie dessen Haftung bei *breach of trust*.⁴⁵ Überwiegend werden die Direktoren aber im Hinblick auf ihre Vertrauensstellung und die sich daraus ergebenden Pflichten (*fiduciary duties*) schlicht *fiduciaries* genannt.⁴⁶ Dabei soll es sich um einen neutralen Begriff handeln, der das Vertrauensverhältnis in den Vordergrund stellt, ohne jedoch den *trust* im technischen Sinne zu meinen:⁴⁷ „A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence“.⁴⁸ Auch die Vorschriften des neuen Companies Act 2006, die bestimmte Pflichten der Direktoren betreffen (Sec. 171–173, 175–177), basieren auf den vom *equity law* ent-

41 Dazu eingehend *Davies*, *Gower’s Principles of Modern Company Law*, 6th Ed. 1997, P. 24–29 (die Folgeauflagen enthalten die Ausführungen zur historischen Entwicklung nicht mehr); *Farrar/Hannigan*, *Farrar’s Company Law*, 4th Ed. 1998, P. 18–19; *Morse et. al.*, *Palmer’s Company Law*, Vol. 1, 25th Ed. 1992, Looseleaf, Stand: Apr. 2007, P. 1007–1009.

42 *Davies/Worthington*, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, 9th Ed. 2012, P. 525.

43 *Sealy*, *Cambridge L. J.* Vol. 25 (1967), P. 83, 85–86.

44 *Davies/Worthington*, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, 9th Ed. 2012, P. 525 mit Verweis auf *Romer J.* in *City Equitable Fire Insurance Co*, Re [1925] Ch. 407 (426).

45 *Davies/Worthington*, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, 9th Ed. 2012, P. 525.

46 *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver* [1967] 2 AC 134 (159), Lord Porter; *Farrar/Hannigan*, *Farrar’s Company Law*, 4th Ed. 1998, P. 377–378; *Hannigan*, *Company Law*, 3th Ed. 2012, P. 276; *Mayson/French/Ryan*, *Company Law*, 2013–2014 Ed., P. 478–480.

47 *Bedkowski*, *Die Geschäftsleiterpflichten*, 2006, S. 108.

48 *Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998] Ch. 1 (18), Millett LJ.

wickelten fiduziarischen Prinzipien und müssen dementsprechend ausgelegt und angewandt werden.⁴⁹

Das US-amerikanische Recht hat eine ähnliche Entwicklung durchgemacht. Auch dort wurde das aus dem englischen Recht übernommene Trustkonzept mit der Zeit verworfen und die *trust*- sowie *agency*-Grundsätze auf die Unternehmensleiter nur noch analog angewandt. Diese Grundsätze wurden durch die Rechtsprechung vielfach modifiziert; auf diese Weise entwickelten sich besondere fiduziarische Pflichten, die nicht mehr auf solchen Rechtsfiguren wie *trust* oder *agency* basieren, sondern vielmehr mit der organschaftlichen Stellung des *boards* und den Funktionen der Unternehmensleiter verbunden sind.⁵⁰

Es wäre also verkehrt, die Bezeichnung der Vorstandsmitglieder als Treuhänder dem Einfluss des englischen oder des US-amerikanischen Rechts zuzuschreiben. In beiden Rechtssystemen werden die Direktoren bei der Erfüllung ihrer fiduziarischen Pflichten nicht als *trustees*, sondern als *fiduciaries* betrachtet. Natürlich handelt es sich dabei nicht um zwei wesensverschiedene Rechtskonstruktionen, denn auch eigentliche *trustees* sind *fiduciaries*: Zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber besteht ein fiduziarisches Rechtsverhältnis.⁵¹ Die fiduziarischen Pflichten der Direktoren sind daher denen der *trustees* sehr ähnlich. Und was die Haftungsfolgen (*remedies*) angeht, tendiert das englische Recht teilweise immer noch zur Gleichstellung.⁵² Aber im Ganzen wird heute niemand behaupten, dass Direktoren *trustees* der Gesellschafter oder der Gesellschaft sind: Dieses historische Trustkonzept ist im modernen UK- und USA-Gesellschaftsrecht weitestgehend überholt.

3. Sachliche Begründung der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht

Oben wurde darauf hingewiesen, dass die Treuepflicht der Vorstandsmitglieder formell aus ihrer Organstellung und sachlich aus ihrer treuhänderischen Stellung abgeleitet wird. Bemerkenswert ist, dass daneben eine Diskussion über die „sachliche Seinsberechtigung“⁵³ der Treuepflicht geführt

987 wird, in der die Treuhänderstellung der Vorstandsmitglieder keine Rolle zu spielen scheint. Die ältere Literatur⁵⁴ und Rechtsprechung⁵⁵ sahen die Grundlage der Treuepflicht in dem Vertrauensverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand. So wies das *RG* in einer Entscheidung, in der es um die Kündigung des Anstellungsvertrags eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) ging, darauf hin, dass das Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft auf gegenseitigem

49 *Mayson/French/Ryan*, Company Law, 2013–2014 Ed., P. 478; vgl. auch *Hannigan*, Company Law, 3th Ed. 2012, P. 276.

50 *Abeltshauser*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 50 ff.; *Weisser*, Corporate Opportunities, S. 20 f.

51 *Mayson/French/Ryan*, Company Law, 2013–2014 Ed., P. 478.

52 Siehe *Hannigan*, Company Law, 3th Ed. 2012, P. 277–278.

53 So *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 116.

54 Siehe *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 65 f., der dabei auch auf die Abhängigkeit des Vorstands vom Willen der Hauptversammlung hinweist. *Hueck*, der heute ebenfalls als prominenter Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Vertrauenslehre gilt (*Grundmann*, Der Treuhandvertrag, S. 136 f.; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 116 Fn. 465), stellte bei der Begründung der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht primär auf andere Faktoren ab, vor allem auf den gemeinsamen Zweck, auch wenn er das Vertrauensmoment gelegentlich ansprach, vgl. *Hueck*, FS Hübner, 1935, 72 (80, 87 f.); *ders.*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 12 ff.

55 *RG* v. 4.10.1929 – 92/29, II, JW 1930, 1929; *BGHZ* 13, 188 (192 f.) = NJW 1954, 998; *BGHZ* 20, 239 (246) = NJW 1956, 906.

Vertrauen beruhe. Dieses Treuverhältnis erfordere seitens der Gesellschaft eine sorgsame Prüfung, ob eine zur Kündigung berechtigende pflichtwidrige Handlung tatsächlich vorliege.⁵⁶ Später wurde diese Sichtweise vom *BGH* geteilt, als dieser einen Vertrauensentzug seitens der Hauptversammlung als einen wichtigen Grund für die Abberufung des Vorstands einstufte. „Der Grund hierfür liegt darin, dass die Stellung des Vorstandes auf Vertrauen gegründet ist und dass seine Machtbefugnisse nur in dem ihm entgegengebrachten Vertrauen ihre Berechtigung finden.“⁵⁷ Ein Vertrauensverhältnis besteht nach der Rechtsprechung des *BGH* aber nicht nur zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft, sondern auch zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, was die Vorstandsmitglieder dem Aufsichtsrat gegenüber zu unbedingter Offenheit verpflichtet.⁵⁸

Diese Sichtweise entspricht in ihrer Betonung des Vertrauensverhältnisses dem Standpunkt des angloamerikanischen Rechts. Auch heute finden sich im Schrifttum gelegentlich Stimmen, die den Ursprung der Treuepflicht der Vorstandsmitglieder (zumindest auch) in dem Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und der Gesellschaft sehen.⁵⁹ Ansonsten wurde die Lehre vom Vertrauensverhältnis in Deutschland in den letzten Jahrzehnten durch die Lehre von der Einwirkungsmacht abgelöst (was wiederum gegen den Einfluss des angloamerikanischen Rechts auf die deutsche Treuepflichtsdogmatik spricht). Die Lehre von der Einwirkungsmacht entwickelte sich bei der Diskussion über die Treuepflicht der Aktionäre, die vor allem von *Fechner* und *Hueck* in den 40er Jahren des letzten Jahrhunderts geführt wurde.⁶⁰ Während *Hueck* jegliche Treuepflicht der Aktionäre ablehnte,⁶¹ argumentierte *Fechner*, dass die Rechtsstellung der Aktionäre ihnen Einfluss auf die Gesellschaft und damit auf das Unternehmen und die darin tätigen Personen erlaube. Diese Rechtsmacht über die Personen im Personenverband erzeuge eine Treuepflicht des Aktionärs im strengen Sinne des Wortes auf Grund seiner Einschaltung in die konkrete Ordnung, die er mittelbar oder unmittelbar zu ändern oder zu gestalten vermöge.⁶² Später wurden diese Gedanken von *Mestmäcker* aufgegriffen. Letzterer sprach zwar noch im Sinne der bisherigen Vertrauenslehre davon, dass die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats eine „Stellung besonderen Vertrauens“ innehaben und der Gesellschaft „durch eine gesteigerte Treuepflicht“ verbunden seien.⁶³ Die Begründung für diese besondere Treuepflicht sah *Mestmäcker* aber – in fast wörtlicher Anlehnung an das Konzept *Fechners* – in der gesellschaftsrechtlichen Verfügungsmacht der Verwaltungsträger über eine personenrechtliche Ordnung. Daraus folgerte er allgemein, dass jeder, der Organfunktionen ausübe, zur Treue verpflichtet sei.⁶⁴

Ihre heutige Gestalt erhielt die Lehre von der Einwirkungsmacht durch *Zöllner*,⁶⁵ der wiederum nicht die Geschäftsleiter, sondern die Gesellschafter im Blick hatte. *Zöllner* stellte fest, dass das Kriterium des eingeräumten persönlichen Vertrauens bei der Begründung der Treuepflicht immer dann versagt, wenn keine persönlichen Bindungen der Gesellschafter untereinander bestehen und die Mitgliedschaft somit keine

56 *RGv.* 4.10.1929 – 92/29, II, JW 1930, 1929.

57 *BGHZ* 13, 188 (192 f.) = NJW 1954, 998.

58 *BGHZ* 20, 239 (246) = NJW 1956, 906.

59 *Hölters* in *Hölters*, § 93 Rn. 114; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm. z. AktG*, § 93 AktG Rn. 95.

60 Vgl. einerseits *Fechner*, *Die Treubindungen des Aktionärs*, 1942, S. 75 ff.; andererseits *Hueck*, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, 1947, S. 14 ff.

61 *Hueck*, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, S. 14 f.

62 *Fechner*, *Die Treubindungen des Aktionärs*, S. 75 ff.

63 *Mestmäcker*, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, 1958, S. 214.

64 *Mestmäcker*, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, S. 214 f.

65 *Zöllner*, *Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, S. 341 f.

Elemente persönlichen Vertrauens aufweist.⁶⁶ Aus diesem Grund schlug er vor, statt auf das persönliche Vertrauen auf den Einfluss des Gesellschafters auf die Angelegenheiten der Gesamtheit abzustellen. Ein solcher Einfluss hänge vom Ermessen ab, das dem Einzelnen durch die Rechtsordnung eingeräumt werde und sei dann groß, wenn die Leistung des Betroffenen im Rahmen des betreffenden Rechtsverhältnisses nicht von vornherein festgelegt werden könne oder wenn er nicht nur eine einmalige, sondern eine dauernde Einwirkungsmöglichkeit besitze. Beides sei bei den Gesellschaftern, soweit sie ihre Stimmrechte ausüben, der Fall. Die Gesellschafter besitzen dabei eine objektive, von der Rechtsordnung vermittelte Macht, die dort zum Tragen kommt, „wo die Interesseneinwirkung eine laufende und wechselnde ist und sich unter stetig sich wandelnden Umständen vollzieht, mit anderen Worten wo die Rechtsordnung gezwungen ist, dem Rechtsinhaber einen weiten Spielraum des Ermessens einzuräumen, um die sachgerechte Verwirklichung des Zwecks dieses Rechtsverhältnisses zu ermöglichen“.⁶⁷

Die moderne Literatur⁶⁸ überträgt dieses Konzept auf die Geschäftsleiter und insbesondere auf die Vorstandsmitglieder, weil diesen durch die Rechtsordnung ebenfalls ein sehr weitreichendes Ermessen in den Angelegenheiten der Gesellschaft eingeräumt wird. Dabei kommt sie – wie oben bereits erwähnt – ganz ohne Rekurs auf die Treuhand aus. Die besondere Einwirkungsmacht des Vorstands wird nicht etwa aus seiner Treuhänderstellung oder aus dem Treuhandvertrag abgeleitet. Im Gegenteil: Die Lehre von der Einwirkungsmacht geht davon aus, dass diese Macht nicht durch ein Rechtsgeschäft, sondern nur durch die Rechtsordnung vermittelt werden kann.⁶⁹

III. Fazit: nur eine Metapher?

Ist nun die Bezeichnung der Vorstandsmitglieder einer AG als Treuhänder nur eine Metapher, die sich im Gesellschaftsrecht eingebürgert hat? Zivilrechtlich sind Vorstandsmitglieder je-

988

denfalls nicht als Treuhänder anzusehen, da der Vorstand bei der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens keine eigene Rechtszuständigkeit erhält und nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der AG tätig wird. Auch im gesellschaftsrechtlichen Diskurs spielt die Treuhandlösung kaum eine Rolle, weder bei der sachlichen Begründung der Treuepflicht des Vorstands, noch in der Diskussion über die Werte und Interessen, die für das Vorstandshandeln maßgeblich sein sollen. Ein Blick ins angloamerikanische Recht zeigt, dass dort die Direktoren einer Gesellschaft zwar historisch (auch) als Treuhänder angesehen wurden, diese Sichtweise jedoch weitestgehend überholt ist.

All dies spricht dafür, dass die Treuhandlösung auch hierzulande keine „erst gemeinte“ dogmatische Konstruktion, sondern eine rechtliche Metapher, ein griffiges und einprägsames Label darstellt. Sie führt vor Augen, dass ein Vorstandsmitglied eben kein Firmeninhaber ist: Er operiert mit fremden Vermögenswerten und unterliegt dementsprechend engen Treubindungen. Mit der Verwendung von Metaphern im rechtlichen Bereich sollte man allerdings vorsichtig sein, da sie schnell zu Missver-

66 Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 341.

67 Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 342.

68 Bedkowski, Die Geschäftsleiterpflichten, 2006, S. 309; Fleischer in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rn. 116; ders., WM 2003, 1045 (1046); Hopt, ZGR 2004, 1 (18 ff.); Möllers in Hommelhoff/Hopt/v. Werder, HdB Corporate Governance, S. 423, 427; Weisser, Corporate Opportunities, S. 133; MHdb AG/Wiesner, § 21 Rn. 12, § 25 Rn. 11; für die GmbH Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 35 GmbHG Rn. 39.

69 So ausdrücklich Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 342.

ständnissen und falschen Schlüssen führen können. Dies gilt übrigens nicht nur für die Treuhand-Metapher, sondern auch für das dogmatische Konstrukt der Treuepflicht, das ebenfalls metaphorische Züge besitzt. Es wäre auch hier fatal, der Macht der Metapher zu verfallen und aus der Treuepflicht immer neue Vorstandspflichten zu konstruieren, ohne eine sorgfältige Abwägung mit den eigenen Interessen der Vorstandsmitglieder vorzunehmen.

Bereits der US-amerikanische Jurist *Benjamin Cardozo* sagte in einem vielzitierten Satz: „Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it.“⁷⁰ Bei der Bezeichnung der Vorstandsmitglieder als Treuhänder sollte nicht aus dem Blick geraten, dass die Gesellschaft nach hiesigem Verständnis kein *nexus of contracts* ist und dass die Vorstandsmitglieder nicht auf der Basis einer schuldrechtlichen Beziehung zu ihren Treugebern, den Aktionären, handeln, sondern auf Grund ihres Organverhältnisses zur AG.⁷¹ Sie leiten die Gesellschaft nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch im Interesse weiterer Stakeholder, einschließlich der Arbeitnehmer. Letzteres scheint in der wirtschaftlichen Realität häufig in Vergessenheit zu geraten. Die Aufgabe des Rechts ist, bei solchen Missständen Abhilfe zu schaffen; die Verwendung ausdrucksvoller Metaphern darf es nicht von dieser essentiellen Aufgabe ablenken.

70 Berkey v. Third Ave. Ry. Co., 155 N. E. 58, 61 (N. Y. 1926).

71 Vgl. insoweit bereits *Milbert* in Großkomm. z. AktG, vor § 118–147 Rn. 194.