

CORPORATE GOVERNANCE – HAFTUNGSFRAGEN

Andreas Zahradnik

Der am 1.10.2002 veröffentlichte österreichische Corporate Governance Kodex beruht auf einer privaten Initiative und ist gesetzlich nicht verankert. Dennoch kann im Fall der Unterwerfung unter einen solchen Kodex die Nichteinhaltung zu Haftungen führen. Der Kodex wird sich aber auch auf Unternehmen auswirken, die sich ihm nicht unterworfen haben, wenn seine Grundsätze über erhöhte Sorgfaltspflichten Eingang in die Rechtsprechung finden.

1. RECHTSNATUR DES KODEX

Der Österreichische Corporate Governance Kodex¹⁾ vom September 2002 wurde vom österreichischen Arbeitskreis für Corporate Governance herausgegeben. Gesetzliche Begleitmaßnahmen gibt es nicht. Der Kodex soll österreichischen Aktiengesellschaften einen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung des Unternehmens zur Verfügung stellen. Er richtet sich vorrangig an börsennotierte Aktiengesellschaften. Auch nicht börsennotierten Gesellschaften wird aber empfohlen, sich daran zu orientieren. Nach der Präambel erlangt der Kodex "durch freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen" Geltung.

Soweit der Kodex nur gesetzliche Bestimmungen wiedergibt ("Legal Requirements", die mit "L" gekennzeichnet sind), sind diese ohnehin verbindlich. Die Aufnahme in den Kodex erscheint aber insoweit sinnvoll, um hier bei den Gesellschaftsorganen eine entsprechende Bewusstseinsbildung herbeizuführen. Dies bezweckt wohl auch die dem Kodex angeschlossene "Kurzübersicht zum österreichischen Aktienrecht", die als aktienrechtlicher "Crashkurs" dienen kann.

Bei den übrigen als "Comply or Explain" ("C") und "Recommendations" ("R")²⁾ gekennzeichneten Bestimmungen des Kodex stellt sich aber die Frage, wie diese rechtlich

¹⁾ Einen Überblick zum Thema Corporate Governance geben GesRZ 2002 Sonderheft Corporate Governance, trend Manager 22002 Corporate Governance sowie die Beiträge in diesem Heft. Der Österreichische Corporate Governance Kodex kann auf der Homepage <http://www.corporate-governance.at> heruntergeladen werden.

²⁾ "Comply or Explain" bedeutet, dass diese Bestimmungen entweder eingehalten werden müssen oder die Nichteinhaltung (öffentlich) erklärt werden muss. "Recommendations" sind bloße Empfehlungen, deren Nichteinhaltung weder offen zu legen noch zu begründen ist.

einzuordnen sind. Da der Kodex von einer privaten Initiative herausgegeben wurde, ist er als rechtlich unverbindliche Empfehlung zu betrachten. Auch für den Fall der Unterwerfung eines Unternehmens unter die Bestimmungen des Kodex sieht dieser für den Fall der Nichteinhaltung keinerlei Sanktionen vor. Diese wären auch nicht durchsetzbar. Einen anderen Weg geht hier etwa die Wiener Börse mit ihrem "Regelwerk Prime Market". Hier müssen Unternehmen, die in das Top-Segment Prime Market der Wiener Börse aufgenommen werden wollen, sich in einem Vertrag mit der Wiener Börse zur Einhaltung bestimmter Regelungen, insbesondere Publizitätsvorschriften, die über das Börsegesetz hinausgehen, verpflichten. Im Fall der Nichteinhaltung kann die Wiener Börse auf vertraglicher Grundlage Sanktionen setzen.

Der Corporate Governance Kodex hingegen basiert auf der – im Kodex selbst nicht genannten - Annahme, dass Unternehmen, die sich nicht dem Kodex unterwerfen oder ihn trotz Unterwerfung nicht einhalten, vom Kapitalmarkt sanktioniert werden. Unternehmen, die den Kodex einhalten, sollen sich daher aufgrund höheren Vertrauens der Investoren leichter am Kapitalmarkt finanzieren und höhere Börsenkurse erzielen können. Hier wird immerhin von einer Kursprämie am Kapitalmarkt von bis zu 20 % oder mehr gesprochen³⁾.

Der Corporate Governance Kodex ist auch gesetzlich nicht verankert. Es handelt sich daher um aus dem angloamerikanischen Bereich bekanntes "Soft Law"⁴⁾. Derartige Systeme der freiwilligen (rechtlich sanktionslosen) Selbstverpflichtung werden zum Teil als unwirksam kritisiert⁵⁾. Dennoch gibt es am Kapitalmarkt offenbar, insbesondere auch bei ausländischen Investoren, eine entsprechende Nachfrage, weshalb wohl dem Grunde nach die Etablierung eines österreichischen Corporate Governance Kodex – auch in Verbindung mit den oben angesprochenen Bewusstseinsbildungsprozessen – sinnvoll zu sein scheint⁶⁾.

³⁾ Vgl *Mostböck*, Corporate Governance aus Sicht des Kapitalmarktes, GesRZ 2002 Sonderheft Corporate Governance 41 (42).

⁴⁾ Vgl *Hopt*, Corporate Governance in Europa: Neue Regelungsaufgaben und Soft Law, GesRZ 2002 Sonderheft Corporate Governance 4; *Zahradnik*, trend Margaer 2/2002 Corporate Governance 10.

⁵⁾ Siehe etwa *Roth/Büchtele*, Corporate Governance: Gesetz und Selbstverpflichtung, GesRZ 2002, 63 (69) mwN, die diagnostizieren, dass derartige Systeme einer Selbstverpflichtung in der Praxis allesamt gescheitert sind; kritisch auch *Krejci*, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex? VR 2002, 145.

⁶⁾ Vgl zu diesem wirtschaftlichen Aspekt auch *Krejci*, VR 2002, 145 (147).

2. HAFTUNGSFRAGEN

2.1. Rechtliche Relevanz und mögliche Haftungsgrundlagen

Aufgrund der Einordnung des Österreichischen Corporate Governance Kodex als "Soft Law" und fehlender Sanktionen sowohl im Kodex als auch auf gesetzlicher Ebene, könnte der Jurist geneigt sein, die Befassung mit dem Thema einzustellen. Auch Organe der angesprochenen Aktiengesellschaften könnten dazu verleitet sein, sich – im Hinblick auf die erwartete positive Resonanz am Kapitalmarkt – dem Kodex bedenkenlos zu unterwerfen und es bei der Einhaltung nicht so genau zu nehmen, da harte rechtliche Sanktionen nicht vorgesehen sind. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, könnte sich dies als folgenschwerer Irrtum herausstellen. Schon dem juristischen Laien wäre es wohl unverständlich, dass es rechtlich belanglos sein soll, wenn ein Unternehmen in der in Punkt 58 vorgesehenen jährlichen Erklärung die Einhaltung des Kodex öffentlich behauptet, dies aber nicht zutrifft.

Zur Illustration können folgende Beispiele dienen:

- Beispiel 1: Die Gesellschaft macht im Anhang des Konzernabschlusses nicht gemäß Punkt 66 (C) des Kodex detaillierte Anlagen über bestimmte Risiken (zB betreffend off-balance-sheet Transaktionen – insofern könnte diese Klausel als "Enron-Klausel" bezeichnet werden -, Derivatengeschäfte etc), behauptet aber im Geschäftsbericht die Einhaltung des Kodex. Ein Anleger stützt darauf einen Schadenersatzanspruch, da er bei Kenntnis dieser Risiken keine Aktien erworben hätte und der Kurs nach bekannt werden der Unrichtigkeit der Angaben einbrach.
- Beispiel 2: Eine Aktiengesellschaft unterwirft sich öffentlich dem Kodex, hält sich aber in der Folge nicht daran und erklärt dies auch nicht. Dadurch erlangt dieses Unternehmen unter Umständen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen, die sich an die Corporate Governance Kodex-Bestimmungen halten.
- Beispiel 3: Entgegen Punkt 47 (C) des Kodex gewährt das Unternehmen einem Aufsichtsratsmitglied einen Kredit. Dieser Kredit wird uneinbringlich.

Zu beachten ist allerdings, dass es auch Kodexbestimmungen gibt, die bei Nichteinhaltung kaum einen konkret feststellbaren Schaden auslösen können. So hat etwa nach Regel 17 (C) der Vorstand Kommunikationsaufgaben, die das Erscheinungsbild des Unternehmens für die Stakeholder wesentlich prägen, umfassend wahrzunehmen. Auch stellt sich bei manchen Bestimmungen, die nicht als "Legal Requirements" gekennzeichnet sind, die Frage, ob sich diese Verpflichtungen nicht ohnehin schon aus dem geltenden Recht ergeben. So sieht Punkt 21 (R) etwa vor, dass der Vorstand Vorkehrungen zu treffen hat, dass die

Bestimmungen der Emittenten-Compliance-Verordnung, soweit wirtschaftlich vertretbar, im gesamten Unternehmen umgesetzt werden. Dabei handelt es sich um eine bloße "Recommendation". Da die auf Grundlage des §82 Abs 5a BörseG erlassene Emittenten-Compliance-Verordnung verbindlich ist, ist hier nicht ganz klar, inwieweit der Kodex über das Gesetz hinausgeht (natürlich ist diese Bestimmung, die der Verhinderung von Insiderhandel dient, nur für börsennotierte Unternehmen von Relevanz).

Aus den obengenannten Beispielen ist ersichtlich, dass die Nichteinhaltung von Corporate Governance Grundsätzen zu wesentlichen Schäden bei Dritten oder der Gesellschaft führen kann. Vor allem in der deutschen⁷⁾ aber auch zum Teil bereits in der österreichischen Literatur werden daher mögliche Haftungsgrundlagen dargestellt. Nach der deutschen Literatur und den mE möglicherweise weiters anwendbaren österreichischen Bestimmungen kommen folgende Haftungsgrundlagen in Frage:

- Unrichtige Darstellungen nach § 255 AktG;
- Anlehnung an die zivilrechtliche Prospekthaftung;
- Wettbewerbsrecht;
- Sorgfaltspflichten und Verpflichtung aus dem Vorstandsvertrag;
- Übernahme durch die Rechtsprechung und Geltung als Handelsbrauch.

Die folgenden Ausführungen sollen und können nur einen Überblick über die in diesem Zusammenhang anzustellenden Überlegungen geben:

2.2. Unrichtige Darstellungen nach § 255 AktG

Nach § 255 Abs 1 AktG ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe zu bestrafen, wer als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats, Beauftragter oder Abwickler einer Aktiengesellschaft die Verhältnisse der Gesellschaft (oder mit ihr verbundener Unternehmen) oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, unrichtig wiedergibt, verschleiern oder verschweigt. Dies muss unter anderem in Berichten, Darstellungen und Übersichten betreffend die Gesellschaft, die an die Öffentlichkeit oder die Gesellschafter gerichtet sind (wie insbesondere der Jahresabschluss), in einer öffentlichen Aufforderung zur Beteiligung an der Gesellschaft, in Auskünften an die Hauptversammlung

⁷⁾ Der deutsche Corporate Governance Kodex ist unter <http://www.corporate-governance-code.de> abrufbar.

oder gegenüber dem Abschlussprüfer oder dem Aufsichtsrat erfolgen, um die Strafbarkeit auszulösen.

Es stellt sich daher die Frage, ob diese Bestimmung auch dann anwendbar ist, wenn sich eine Aktiengesellschaft zur Einhaltung eines⁸⁾ Corporate Governance Kodex bekennt, im Geschäftsbericht (also ebenfalls öffentlich) die Einhaltung behauptet, dies aber nicht zutrifft (zu denken wäre hier an das oben genannte Beispiel 1, wenn off-balance-sheet Transaktionen verschwiegen oder "verschleiert" werden). Diese Frage ist mE zu bejahen. § 255 AktG erfasst nämlich nicht nur nach dem Gesetz zwingende Darstellungen, sondern auch aus Eigeninitiative erstattete Berichte⁹⁾. Es spielt daher keine Rolle, dass die aufgrund des Corporate Governance Kodex erfolgten Veröffentlichungen der Gesellschaft auf freiwilliger Basis erfolgen. Durch die Veröffentlichung der Information, dass der Corporate Governance Kodex eingehalten wird, wird die Öffentlichkeit unrichtig informiert, wenn es tatsächlich relevante off-balance-sheet Transaktionen gibt. Die Öffentlichkeit kann dann nämlich davon ausgehen, dass solche Transaktionen eben nicht existieren.

Als Schutzgesetz nach § 1311 ABGB kann §255 AktG auch Grundlage zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Organe der Gesellschaft, aber auch (vor allem als Beitragstätter) Angestellte oder Externe, wie etwa Wirtschaftstreuhänder etc, sein¹⁰⁾. Neben den Organen haftet dem Geschädigten auch die Gesellschaft, der etwa im Falle des Vorstands auch deliktisches Verhalten in Ausübung des Vorstandsmandats zuzurechnen ist¹¹⁾.

Dem geschützten Personenkreis gehören neben der Gesellschaft selbst deren Gläubiger, Gesellschafter und Anteilsrwerber an¹²⁾.

Im Beispiel 1 könnte – Vorsatz vorausgesetzt – daher ein Aktionär, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Behauptung, es gäbe keine off-balance-sheet Transaktionen, Aktien erworben hat, gestützt auf § 255 AktG Schadenersatzansprüche gegen die Organe und die Gesellschaft geltend machen. Problematisch wird allerdings unter Umständen die Kausalitätsfrage sein,

⁸⁾ Zu beachten ist, dass die Gesellschaft sich nicht unbedingt dem Österreichischen Corporate Governance Kodex unterwerfen muss, sondern diesen modifizieren oder einen gänzlich eigenen Kodex verwenden könnte, wie dies zum Teil der Fall ist; dies macht aber für die nachfolgenden Überlegungen keinen Unterschied.

⁹⁾ *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 255 Rz 12.

¹⁰⁾ Vgl. *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 255 Rz 5 f.

¹¹⁾ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 77 bis 84 Rz 102.

¹²⁾ *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 255 Rz 4; ebenso zur Parallelbestimmung in §122 GmbHG *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 122 Rz 2, jeweils mwN.

weil schwer feststellbar sein könnte, ob etwa ein Kursabsturz der Aktie überhaupt oder ausschließlich auf das bekannt werden des Vorhandenseins solcher Transaktionen zurückzuführen ist. Für die Kursbildung spielen nämlich zahlreiche Faktoren eine Rolle. Schwierig wird hier allerdings in der Regel der Nachweis des Vorsatzes sein. Diesen hätte der Geschädigte zu beweisen, da im Bereich der deliktischen Haftung keine Beweislastumkehr gilt¹³). Daher ist zu untersuchen, ob es weitere Anspruchsgrundlagen gibt, die eine Haftung bereits bei Fahrlässigkeit begründen könnten.

2.3. Anlehnung an die zivilrechtliche Prospekthaftung

In der deutschen Diskussion nimmt die Frage breiten Raum ein, ob bei Verstößen gegen den Corporate Governance Kodex eine Haftung in Anlehnung an die von der Judikatur entwickelten Grundsätze der zivilrechtlichen Prospekthaftung oder der Haftung aus *culpa in contrahendo* (also aus Verschulden bei der Vertragsanbahnung) in Frage kommt¹⁴). Dabei wird allerdings immer nur eine Haftung für falsche Erklärungen über die Einhaltung des Kodex in der Öffentlichkeit erörtert (die bloße Nichteinhaltung ist bei den "Comply or Explain" Bestimmungen ja dann Kodex-konform, wenn dies auch öffentlich erklärt wird). In der deutschen Diskussion wird eine Haftung auf dieser Grundlage eher ablehnend beurteilt¹⁵). Hingegen halten *Roth/Büchtele*¹⁶) eine solche Haftung für denkbar.

In Österreich wird die zivilrechtliche Prospekthaftung mit einer eigenständigen schadenersatzrechtlichen Sonderbeziehung oder als Spielart der Haftung für *culpa in contrahendo* begründet¹⁷). In diesem Rahmen kann nicht auf die rechtsdogmatische Diskussion zur zivilrechtlichen Prospekthaftung eingegangen werden¹⁸). *Koziol* folgend

¹³) Für Deutschland weist *Bachmann*, Der "Deutsche Corporate Governance Kodex": Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, WM 2002, 2137 (2141) mwN in FN 91 darauf hin, dass deshalb die entsprechenden Straftatbestände des deutschen Rechts praktisch kaum Bedeutung erlangt haben.

¹⁴) Siehe *Berg/Stöcker*, Anwendungs- und Haftungsfragen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, WM 2002, 1569 (1580 f); *Bachmann*, WM 2002, 2137 (2140 f); siehe dazu auch *Roth/Büchele*, Corporate Governance: Gesetz und Selbstverpflichtung, GesRZ 2002, 63 (69), jeweils mwN.

¹⁵) Vgl *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569 (1580 f); *Bachmann*, WM 2002, 2137 (2140 f).

¹⁶) *Roth/Büchele*, GesRZ 2002, 63 (69).

¹⁷) Siehe dazu *Weber*, Kapitalmarktrecht (1999) 451 und die dort in FN 296 und 297 zitierte Literatur.

¹⁸) Vgl dazu *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993) Rz 6/68 ff mwN, der insbesondere in Rz 6/71 festhält, dass zwischen Delikten und Verletzungen von Schuldverhältnissen keine scharfe Grenze und keine unüberbrückbaren Gegensätze bestehen, sondern vielmehr ein fließender Übergang feststellbar ist.

können aber die für rechtliche Sonderbeziehungen geltenden folgenden Haftungsvoraussetzungen auch für den Bereich der Herausgabe von Prospekten herangezogen werden¹⁹⁾:

- Tätigkeit im eigenen geschäftlichen Interesse.
- Der Prospekt zielt auf eine Einwirkung auf den geschäftlichen Verkehr ab.
- Der Anleger ist weitgehend auf die Auskünfte der Emittenten und sonstigen Prospektverantwortlichen angewiesen.
- Aus dieser Abhängigkeit des Anlegers ergibt sich eine besondere Gefährlichkeit der Auskünfte, weshalb auch die Sorgfaltspflichten zu intensivieren sind.
- Der Kapitalmarkt soll funktionsfähig erhalten bleiben, weshalb es ökonomisch zweckmäßig ist, dass der Emittent die Informationslast trägt und nicht die Information jedem einzelnen Anleger überlassen und damit eine Vervielfachung der Kosten bewirkt wird.

ME lassen sich diese Grundsätze durchaus auf fahrlässig falsche oder unvollständige öffentliche Erklärungen über die Einhaltung von Corporate Governance Grundsätzen erstrecken. Das Unternehmen, das sich dem Kodex unterwirft und dessen Einhaltung öffentlich bestätigt wird jedenfalls im eigenen geschäftlichen Interesse tätig und zielt wohl auch auf eine Einwirkung auf den geschäftlichen Verkehr ab (wie oben ausgeführt, erhoffen sich die Unternehmen durch die Unterwerfung unter den Kodex eine Besserstellung am Kapitalmarkt). Wie auch bei der Prospekthaftung ist insbesondere der Anleger auf die Auskünfte des Unternehmens angewiesen (im oben genannten Beispiel kann sich der Anleger etwa von sich aus kein Bild über off-balance-sheet Transaktionen machen). Durch unrichtige Auskünfte wird auch eine besondere Gefahrenlage geschaffen, da die Anleger auf die Richtigkeit vertrauen dürfen. Auch ist dem Anleger wohl das Einholen eigenständiger Auskünfte oft entweder nicht möglich (siehe oben) oder aus den genannten ökonomischen Gesichtspunkten für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht sinnvoll. Eine der zivilrechtlichen Prospekthaftung nachgebildete Haftung der Gesellschaft für falsche Erklärungen bezüglich der Einhaltung des Corporate Governance Kodex wäre daher durchaus denkbar.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die deutsche und auch die österreichische Rechtsprechung sich bei der zivilrechtlichen Prospekthaftung vor allem auf

¹⁹⁾ Siehe dazu und zu den einzelnen Punkten *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Rz 6/71 mwN in FN 213 bis 218.

eine Weiterentwicklung der Lehre der *culpa in contrahendo* stützt²⁰). Auf Grundlage der *culpa in contrahendo* ist eine Haftung für falsche Erklärungen hinsichtlich der Einhaltung des Corporate Governance Kodex aber (noch) schwerer begründbar als bei der Prospekthaftung. Während bei der Prospekthaftung der Anleger die Aktien unmittelbar oder mittelbar (über eine Emissionsbank) vom Emittenten "erwirbt", geht es hier lediglich um Geschäfte im Sekundärmarkt. Es besteht daher kein einer Vertragsanbahnung vergleichbares Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Anleger. Vielmehr geht es im Sekundärmarkt um Geschäfte der Anleger untereinander, da die Aktien der primären Zielgruppe des Corporate Governance Kodex schon börsennotiert sind. Dies trifft allerdings auch auf die Frage der Haftung für ad-hoc-Meldungen (nach § 82 Abs 6 BörseG) zu. Für unterbliebene oder unrichtige ad-hoc-Meldungen wird aber eine Haftung der Emittentin vertreten²¹). Im Unterschied zum Corporate Governance Kodex ist § 82 Abs 6 BörseG allerdings als Schutzgesetz²²) zugunsten der Anleger anzusehen. Beim Corporate Governance Kodex kann sich die Haftung hingegen lediglich auf die obigen umstrittenen allgemeinen zivilrechtlichen Gründe stützen. Anders als in Deutschland gibt es im österreichischen Recht keine Bestimmung, die eine Veröffentlichung betreffend die Einhaltung des Kodex vorschreibt. § 161 dAktG sieht nämlich verpflichtend eine öffentliche Entsprechens-Erklärung vor. Es ist allerdings offen, ob diese Bestimmung als Schutzgesetz zugunsten der Anleger anzusehen ist²³).

Eine persönliche Haftung der Organe, insbesondere natürlich des für die Veröffentlichung zuständigen Vorstands, kommt wohl nur nach den allgemeinen Grundsätzen für die Haftung eines Vertreters in Frage. Eine solche Haftung wäre möglich, wenn das Organ ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maß persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und die Verhandlungen dadurch beeinflusst hat, was auch für den Bereich der zivilrechtlichen Prospekthaftung gilt²⁴). Bei Fehlinformation über die Einhaltung von Corporate Governance

²⁰) Zustimmend *Brawenz*, Zur Prospekthaftungsrechtsprechung des OGH, *ecolex* 1992 310 (311); kritisch *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol* Rz 6/68, jeweils mwN; vgl OGH SZ 63/136 und RdW 1992, 12, wo der OGH von einer Haftung gegenüber dem auf den Prospekt vertrauenden Anleger wegen "Schadenersatz aus Verschulden bei Vertragsabschluss sowie für die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten schon vor Geschäftsabschluss" spricht.

²¹) Vgl *Kalss*, *Anlegerinteressen* (2001) 325 ff mwN.

²²) Im Sinne des § 1311 ABGB; vgl dazu allgemein *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II² (1992) § 1311 Rz 4 ff.

²³) Dies wird offenbar überwiegend ablehnend beurteilt: *Bachmann*, WM 2002, 2137 (2142); *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569 mwN mit Verweis auf *Hopt* in *Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer* (Hrsg), *Corporate Governance* (2002) 27, 52, der es zumindest nicht für ausgeschlossen hält, dass § 161 dAktG als Schutzgesetz herangezogen werden kann.

²⁴) Siehe *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol* Rz 6/71.

Grundsätzen wird dies aber in der Regel wahrscheinlich eine geringere praktische Rolle spielen. Ein direkter Kontakt, der Basis für eine solche Haftung sein könnte, zwischen Organ und Anleger oder allenfalls anderen geschädigten Dritten, wird eher selten vorliegen.

2.4. Wettbewerbsrecht

Nur kurz sollte erwähnt werden, dass die unrichtige öffentliche Erklärung, man halte sich an den Corporate Governance Kodex, Konkurrenten (oder allenfalls Verbände) auch zu Klagen nach dem UWG wegen unlauteren Wettbewerbs berechtigen könnte (siehe Beispiel 2 oben). Da das Corporate Governance Konzept ja darauf basiert, dass Unternehmen, die sich an einen Corporate Governance Kodex halten, sowohl am Kapitalmarkt, aber auch im sonstigen wirtschaftlichen Verkehr, ein höheres Vertrauen entgegengebracht wird, kann eine solche Falscherklärung natürlich zu Wettbewerbsvorteilen führen. ME wäre die unrichtige Behauptung, sich an den Kodex zu halten, – jedenfalls wenn es um wesentliche Verstöße geht – wohl als Handlung gegen die guten Sitten anzusehen (selbst wenn kein Gesetzesverstoß vorliegen sollte). Dies könnten Konkurrenzunternehmen mit Unterlassungsklage verfolgen.

2.5. Sorgfaltspflichten und Verpflichtung aus dem Vorstandsvertrag

Eine Haftung der Vorstandsmitglieder kommt wohl auch auf Grundlage der Sorgfaltspflicht nach Aktiengesetz bzw auf Grundlage des Vorstandsvertrages in Betracht. Gemäß § 84 Abs 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Sollte die Gesellschaft daher etwa wegen falscher Erklärungen über die Einhaltung des Corporate Governance Kodex in Anspruch genommen werden, könnte sie – Kausalität und Verschulden vorausgesetzt – Regress beim Vorstand nehmen. Falsche Erklärungen über die Einhaltung von Corporate Governance Grundsätzen abzugeben, kann wohl kaum als in Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angesehen werden. Schließlich gehört es zu den Pflichten des Vorstands, drohenden Schäden für die Gesellschaft vorzubeugen²⁵).

Denkbar wäre aber auch eine Haftung des Vorstands aufgrund bloß gesellschaftsinterner Vorgänge. Zieht man das obige Beispiel 3 heran, in dem das Unternehmen vertreten durch den Vorstand einem Mitglied des Aufsichtsrates entgegen Punkt 47 des Kodex einen Kredit gewährt (der uneinbringlich wird), ist zu klären, ob eine Haftung des Vorstands in Frage kommt. Zunächst ist es natürlich nicht primärer Zweck der Regelung, die Gesellschaft vor

²⁵) Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 77 bis 84 Rz 95.

Kreditausfällen zu schützen. Vielmehr geht es dabei wohl darum, dass der Aufsichtsrat nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis vom Vorstand gelangt. Allerdings ist die Verhinderung von Kreditausfällen vom "Schutzzweck" dieser Regelung mitumfasst, weil der Vorstand nicht leichtfertig Kredite vergeben soll, um einem Aufsichtsratsmitglied einen Gefallen zu erweisen.

Da der Corporate Governance Kodex aber nicht verbindlich ist und hier auch die obigen Haftungsgrundlagen nicht zur Anwendung gelangen können, ist zu klären, ob hier eine Haftung in Frage kommt. Dies insbesondere, da aktienrechtlich eine Kreditgewährung an ein Aufsichtsratsmitglied nicht grundsätzlich verboten ist²⁶⁾. War zum Zeitpunkt der Kreditvergabe nach pflichtgemäßem Ermessen nicht zu erwarten, dass der Kredit nicht zurückgezahlt werden kann, würde wohl nach Aktienrecht keine Haftung eintreten. Anders wäre dies natürlich zu beurteilen, wenn es ein generelles verbindliches Verbot der Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder gäbe (zB in der Satzung).

Eine Unterwerfung des einzelnen Vorstandsmitglieds unter den Kodex ist nicht vorgesehen. Zwar hält der Kodex in Punkt 59 (C) fest, dass für die Einhaltung der Corporate Governance Grundsätze und die Begründung von Abweichungen jenes Organ verantwortlich ist, welches Adressat der jeweiligen Regelung ist, doch kann der an sich unverbindliche Kodex hier natürlich keine Rechtspflichten begründen. Insofern würde eine Haftung des Vorstandes daher ausscheiden. Eine solche ließe sich allenfalls damit begründen, dass durch die Übernahme des Corporate Governance Kodex (die ja durch den Vorstand für die Gesellschaft erklärt wird), eine konkludente Ergänzung des Vorstandsvertrages eintritt. Schließlich wäre es etwas eigenartig, wenn sich die Gesellschaft zur Einhaltung der Grundsätze "verpflichtet", aber den Vorstand intern keinerlei Verantwortung dafür trifft. Dies insbesondere, als die obigen Ausführungen gezeigt haben, dass sehr wohl Haftungsfolgen bei Nichteinhaltung des Kodex und einer diesbezüglichen falschen Erklärung denkbar sind. Andererseits ist fraglich, ob der Vorstand tatsächlich im Sinne des § 863 Abs 1 ABGB stillschweigend durch "Unterwerfung" unter den Kodex namens der Gesellschaft in einer alle vernünftigen Zweifel ausschaltenden Weise schlüssig erklärt, dass er auch mit einer diesbezüglichen Anpassung des Vorstandsvertrages einverstanden ist. Eine ähnliche Frage gilt auch bei Abschluss eines neuen Vorstandsvertrages bei einer Gesellschaft, die sich bereits einem Corporate Governance Kodex unterworfen hat. Hier ist wohl eine ausdrückliche Regelung im Vorstandsvertrag zu empfehlen, wonach das Vorstandmitglied sich verpflichtet, die Corporate Governance Grundsätze im Unternehmen entsprechend umzusetzen.

²⁶⁾ *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG* §§ 77 bis 84 Rz 40.

2.6. Übernahme durch die Rechtsprechung und Geltung als Handelsbrauch

Eine weitere Möglichkeit für den Corporate Governance Kodex, zumindest mittelbare rechtliche Verbindlichkeit zu erlangen, ist die Übernahme in die Rechtsprechung zur Konkretisierung von allgemeinen Rechtsbegriffen. Hier ist insbesondere an den bereits erwähnten Sorgfaltsmaßstab nach § 84 Abs 1 AktG für den Vorstand, aber auch nach § 99 AktG für den Aufsichtsrat (der auf § 84 AktG verweist), zu denken. So hat die Rechtsprechung schon bisher grundsätzlich unverbindliche, von nicht mit der Rechtsetzung betrauten Institutionen entwickelte Empfehlungen oder Richtlinien übernommen. Dies gilt etwa für die "Verhaltensregeln zur Anlageberatung", eine Empfehlung der Bundeskreditsektion vom Dezember 1994, also eines ebenfalls unverbindlichen Werks²⁷). Weiters werden im Zusammenhang mit der Corporate Governance Diskussion die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung genannt, die als Beispiel für die Initiativfunktion solcher Regelwerke mit Empfehlungscharakter dienen können²⁸).

ME ist daher durchaus damit zu rechnen, dass die Corporate Governance Grundsätze bei entsprechend verbreiteter Anwendung über die Interpretation der genannten Generalklauseln in der Rechtsprechung zu einer Erhöhung der Sorgfaltsmaßstäbe führen werden²⁹). Dies hätte dann auch Auswirkungen auf Unternehmen, die sich dem Corporate Governance Kodex nicht unterwerfen.

Die Annahme eines Handelsbrauches im Sinne des § 346 HGB (im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche) erscheint für den Corporate Governance Kodex allerdings weniger relevant³⁰), weil es hier nicht um die Auslegung von Handelsgeschäften zwischen Kaufleuten geht, bei der die Handelsbräuche entsprechend zu berücksichtigen sind³¹).

²⁷) Vgl *Zahradnik*, Finanzdienstleistungen und Wertpapieraufsicht (1997) 46, 116 und die dort zitierten Materialien zum WAG.

²⁸) Siehe *Theisen*, Corporate Governance – eine neue Leitkultur für die Unternehmensführung? RWZ 2001/51 bei FN 86 und 87.

²⁹) Zu den diesbezüglich in Deutschland erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken der Verschärfung von Sorgfaltspflichten über Empfehlungen siehe *Berg/Stöcker*, WM 2002 1569, 1572 mwN in FN 56.

³⁰) Zur diesbezüglichen deutschen Diskussion siehe *Bachmann*, WM 2002, 2137 (2138).

³¹) Siehe *Kramer* in *Straube*, HGB I² § 346 Rz 24 ff; eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage soll hier unterbleiben.

3. FAZIT

Aus der Einordnung des Corporate Governance Kodex als "Soft Law" ergeben sich zahlreiche rechtliche Zweifelsfragen im Hinblick auf die Haftung bei Verstößen gegen Corporate Governance Grundsätze über die Sanktionierung am Kapitalmarkt hinaus. ME können jedenfalls vorsätzlich falsche Erklärungen über die Einhaltung des Corporate Governance Kodex – Kausalität für einen Schaden vorausgesetzt – zu einer Haftung der Organe und der Gesellschaft führen.

Weiters ist, wenn einzelne Corporate Governance Grundsätze zu Standards am Markt werden, eine Übernahme in der Rechtsprechung zur Interpretation von Sorgfaltsmaßstäben zu erwarten. Der Corporate Governance Kodex erlangt dann auf diesem Umweg Bedeutung auch für Unternehmen, die sich ihm nicht unterwerfen. Auch können unrichtige Angaben über die Befolgung von Corporate Governance Grundsätzen Grundlage für Wettbewerbsklagen sein.

Offen bleibt vor allem, ob die Gerichte in Anlehnung an die (umstrittene) zivilrechtliche Prospekthaftung eine Haftung der Gesellschaft (bzw. unter weiteren Voraussetzungen ihrer Organe) für fahrlässig falsche Erklärungen über die Einhaltung von Corporate Governance Grundsätzen bejahen werden. Unklar ist schließlich auch, inwieweit die Unterwerfung unter den Corporate Governance Kodex auch eine Änderung der Vorstandsverträge bewirkt.

Aufgrund dieser erheblichen Rechtsunsicherheiten erschiene doch eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert. Bis dahin bleibt die weitere Literatur und wohl auch Rechtsprechung zu dieser Thematik abzuwarten. Bloße Lippenbekenntnisse betreffend die Einhaltung des Corporate Governance Kodex sind jedenfalls nicht zu empfehlen.