

II. Pflichtenstellung und Haftung des Multiorganwalters

Es stellt sich nun also die Frage, wie sich der Multiorganwalter angesichts eines der in Kapitel I. beispielhaft identifizierten Interessengegensätze zu verhalten hat. Wenngleich die reichhaltige Diskussion dazu eigenständige Monographien füllt,⁹² ist diese Frage nach der persönlichen Pflichtenstellung des Multiorganwalters nicht einfach zu beantworten. Ein Patentrezept zur Auflösung von Interessenkonflikten ist noch nicht erfunden,⁹³ zumal Interessenkonflikte je nach Fallgestaltung unterschiedlich akzentuiert sein können.⁹⁴ Ziel des Kapitels ist es daher auch nicht, die Diskussion in allen Verästelungen nachzuvollziehen, sondern einige allgemeine Grundsätze herauszuarbeiten.

A. Gesetzlicher Rahmen

Dazu ist zunächst der gesetzliche Rahmen zu rekapitulieren, wenngleich die Vorgaben des Gesetzes denkbar knapp sind. Sofern keine ausdrücklichen Vorschriften (etwa zu Inlichgeschäften⁹⁵ bestehen, gibt § 70 AktG dem Multiorganwalter lediglich vor, sich bei jeder Entscheidung am »Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie [des] öffentliche[n] Interesse[s]« zu orientieren.

Jeden Organwalter trifft daher zunächst die Pflicht, bei seiner Tätigkeit für die Gesellschaft die »Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters« einzuhalten (§ 84 AktG; § 25 GmbHG). Über diese Pflicht zur ordentlichen Geschäftsführung hinaus resultiert aus der Stellung des Organwalters als Treuhänder fremden Vermögens aber auch eine umfassende Treuepflicht.⁹⁶ Der Organwalter muss die

92 S nur *Anders*, Vorstandsdoublemandate; *Krebs*, Interessenkonflikte; *Oulds*, Auflösung; s auch *Riss*, Doppelorganschaft.

93 *Fischer*, In memoriam Duden 55 (72).

94 *Anders*, Vorstandsdoublemandate 138.

95 Vgl §§ 80, 97 AktG; §§ 18 Abs 5, 25 Abs 4 GmbHG.

96 *Fleischer*, WM 2003, 1045; *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 116 Rz 43; *Wiedemann*, Organverantwortung 11 ff; krit *Keinert/Keinert-Kisin*, Interessenkonflikte 82 ff.

Geschäfte des Machtgebers in dessen bestem Interesse »*redlich*« (§ 1009 ABGB) führen⁹⁷ und ist der Gesellschaft gegenüber zur umfassenden Loyalität verpflichtet.⁹⁸

Diese für die Bewältigung von Interessenkonflikten einschlägige⁹⁹ »*Interessenwahrungspflicht*«¹⁰⁰ trifft jeden Organwalter. Wenngleich die Zentralnorm des § 70 AktG unmittelbar nur auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft anwendbar ist, normiert etwa § 99 AktG ihre sinnngemäße Anwendung auf den Aufsichtsrat einer AG.¹⁰¹

Bezweifelt wird mitunter die sinnngemäße Anwendbarkeit des § 70 AktG auf den Geschäftsführer einer GmbH. Dagegen wird das Weisungsrecht der Generalversammlung angeführt, das bei Leitung der GmbH einen »*freieren Spielraum*«¹⁰² als in der Aktiengesellschaft lasse. Freilich ist die rechtmäßige Weisung ein Sonderfall, die eine (sonst bestehende!) Haftung des Geschäftsführers ausschließt und daher am besten als Rechtfertigungsgrund, nämlich als Einwilligung in die Schädigung, zu deuten ist.¹⁰³ Dies ändert aber nichts daran, dass die allgemeinen Grundsätze des § 70 AktG und des § 1009 ABGB auch für die Geschäftsführer jedenfalls einer mehrgliedrigen GmbH gelten (zur Einpersonengesellschaft S 47 f).¹⁰⁴ Die folgenden allgemeinen Überlegungen können somit auch für die GmbH auf dem Gebot des § 70 AktG aufbauen.

Für den Multiorganwalter steht damit das Unternehmenswohl an erster Stelle, wobei nicht zwischen den Interessen des Unternehmens und jenen der Gesellschaft als Unternehmensträger unterschieden werden muss.¹⁰⁵ Die Interessen der Gesellschafter, Arbeitnehmer oder anderer Stakeholder dürfen aber nur soweit mitberücksichtigt werden, als es das Unternehmenswohl zulässt.¹⁰⁶

97 U. Torggler, *ecolex* 2009, 920.

98 Dreher, JZ 1990, 896 (897); Fleischer, WM 2003, 1045 (1050 f).

99 Fischer, In memoriam Duden 55 (61); Merkt, ZHR 159, 423 (429); Schauer, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Rz 13.

100 P. Bydliński in *KBB*² § 1009 Rz 2.

101 Doralt/Diregger in *MüKo*, AktG⁴ ÖKonzernR Rz 45 mwN; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 99 Rz 32 mwN; U. Torggler in *FS Fenyves* 1033 (1035).

102 Kastner in *FS Kralik* 407 (412 f).

103 Vgl *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 247 (248).

104 Vgl *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 247 (249); *Krejci*, GesRZ 1984, 146 (152); *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 64.

105 S *Krejci*, GesRZ 1984, 146 (152).

106 *Hüffer* in *FS Raiser* 163 (169 f); *Kastner* in *FS Schmitz I* 82 (85); *Krejci*, GesRZ 1984, 199; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 4/428.

Das Wohl der aufnehmenden Gesellschaft gibt dem Multiorganwalter somit eine vergleichsweise klare Richtung vor. Bei Tätigkeiten für die aufnehmende Gesellschaft hat deren Wohl immer Vorrang. Der Organwalter darf daher nach unbestrittener Ansicht nicht die Interessen der außenstehenden zu Lasten der aufnehmenden Gesellschaft verfolgen.¹⁰⁷

Gleichzeitig befreit den Multiorganwalter sein Amt in der aufnehmenden Gesellschaft nicht von der Treuepflicht gegenüber dem außenstehenden Rechtsträger.¹⁰⁸ Er bleibt daher nach § 70 AktG und § 1009 ABGB auch dem Wohl der außenstehenden Gesellschaft verpflichtet, weil er nicht durch Annahme eines weiteren Amtes einseitig seine Pflichten reduzieren kann. Der Multiorganwalter ist also beiden Gesellschaften zur umfassenden Treue verpflichtet.¹⁰⁹

Im Idealfall kann er die Interessen beider Gesellschaften nun miteinander vereinbaren, wozu er nach allgemeinen auftragsrechtlichen Regeln auch verpflichtet ist.¹¹⁰ Er kann sich beispielsweise in Einzelfällen darauf berufen, gar keiner Verschwiegenheitspflicht zu unterliegen, weil der »Geheimnisherr« kein Interesse an der Geheimhaltung hat.¹¹¹ Erwägt etwa die Gesellschaft X die Markteinführung eines Produkts, mit dem die Gesellschaft Y am Markt bereits Schwierigkeiten hat, so kann der Hinweis auf den übersättigten Markt durch den in beiden Gesellschaften vertretenen Aufsichtsrat beiden Gesellschaften nützen: X sieht von einer unrentablen Investition ab und Y erspart sich einen Konkurrenten.¹¹² Auch eine bloß teilweise Weitergabe von Informationen, die eine Schädigung des Geheimnisherrn vermeidet, wird für zulässig gehalten.¹¹³ In diesen Fällen besteht freilich schon gar kein Interessengegensatz.

107 BGH NJW 1962, 864 (866); NJW 1975, 1412 (1413); BGHZ 106, 54 (65); *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605); *Lutter*, ZHR 145, 224 (241); *Werner*, ZHR 145, 252 (261 ff); *Semler* in FS Stiefel 719 (735); *Semler/Stengel*, NZG 2003, 1 (8); *Spindler* in MüKo, AktG⁴ § 76 Rz 50 mwN; *Mertens/Cahn* in KK, AktG³ § 100 Rz 17; *Schlegelberger/Quassowski*³ § 88 Rz 22; *U. Torggler* in FS Torggler 1215 (1216).

108 *Koziol* in FS Frotz 351 (354); *Riss*, Doppelorganschaft 67, 110.

109 *U. Torggler* in FS Fenyves 1033 (1034, 1038 ff).

110 *Ch. Rabl*, NZ 2015, 41 (43); vgl auch *Kalss*, ecolex 2009, 923 (923); *Riss*, ecolex 2010, 156 (156); dazu *Frotz St./Schörghofer*, Interessenkonflikte, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Rz 27 ff; vgl auch *U. Torggler* in FS Fenyves 1033 (1034 ff).

111 *Fischer*, In memoriam Duden 55 (68); *Riss*, Doppelorganschaft 21; zum Bankgeheimnis *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I² Rz 2/56.

112 *Lutter*, ZHR 145, 224 (236, FN 37).

113 *Riss*, Doppelorganschaft 20.

Besteht ein Interessengegensatz, kann der Multiorganwalter aber zwischen die Mühlen geraten. Schon nach allgemeinen Regeln (§ 1009 ABGB) schuldet er nämlich – wie *Schey* es ausdrückt – nicht nur »billiges Vermitteln zwischen gegnerischen Interessen [...], sondern schlechthin die Pflicht rückhaltloser Unterordnung unter das Interesse des anderen«. ¹¹⁴ Ist der Multiorganwalter aber beiden Gesellschaften zur umfassenden Treue verpflichtet, scheint ihn seine Stellung als Doppelmandatar gleichzeitig zum »Mittelstürmer der einen« und »Libero der anderen Mannschaft« zu machen. ¹¹⁵

Dennoch erlaubt das Gesetz Multiorganschaften und privilegiert sie sogar in besonders heiklen Fällen – im Konzern oder bei Beteiligungen der öffentlichen Hand. Angelegte Interessengegensätze werden also von der Rechtsordnung bewusst hingenommen. Dem Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, dass er den Multiorganwalter dadurch mit einem perplexen Anforderungsprofil regelmäßig unvereinbareren Pflichten überfordern wollte. Damit geht die Rechtsordnung offenbar davon aus, dass nicht jeder Interessengegensatz auch eine Pflichtenkollision begründet.

Vielmehr wird es Fälle geben, in denen eine Handlung des Multiorganwalters zwar den Interessen eines Rechtsträgers zuwiderläuft, aber dennoch diesem gegenüber nicht rechtswidrig ist, weil den Multiorganwalter keine Pflicht zur Interessenwahrung trifft. In der Lehre wird hier verbreitet von einem »Scheinkonflikt« ¹¹⁶ oder einem »schlichten Interessenkonflikt« ¹¹⁷ gesprochen. Bei genauerem Hinsehen unterliegt der Multiorganwalter meist einem solchen »Scheinkonflikt«. ¹¹⁸

¹¹⁴ *Schey*, Obligationsverhältnisse 531 f.

¹¹⁵ *Wiedemann*, Organverantwortung 24.

¹¹⁶ *Riss*, Doppelorganschaft 19 ff.

¹¹⁷ *Ausf Anders*, Vorstandsdoublemandate 134 ff; *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 100 Rz 85 mwN; krit *Hopt/Roth* in GroßK, AktG⁴ § 100 Rz 133.

¹¹⁸ *Anders*, Vorstandsdoublemandate 138 ff, 160 f; s auch *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 100 Rz 85 mwN; *Riss*, Doppelorganschaft 19 ff; *Werner*, ZHR 145, 252 (257).

B. »Scheinkonflikte«

1. Einteilung in »Pflichtenkreise«?

In diesem Zusammenhang unterscheidet eine verbreitete Auffassung im Anschluss an *Ulmer* verschiedene »Pflichtenkreise«. ¹¹⁹ Der Multiorganwalter habe immer die Interessen derjenigen Gesellschaft zu berücksichtigen, in deren Pflichtenkreis er gerade tätig werde. ¹²⁰ Übe er das Amt in der aufnehmenden Gesellschaft aus, habe er daher (nur) deren Interessen zu wahren. Agiere er hingegen außerhalb von deren Geschäftssphäre, habe er (nur) die Interessen der außenstehenden Gesellschaft zu wahren. Eine Pflichtenkollision wäre demnach gar nicht denkbar.

Diese Einteilung in Pflichtenkreise ist als Faustregel sinnvoll. Sie ist aber zu schematisch, weil die heiklen Fälle häufig im Zwischenbereich angesiedelt sind. ¹²¹ Schließlich legt der Multiorganwalter seinen »Pflichtentalar« nicht »nach Erledigung der Dienstgeschäfte beim Pförtner wieder ab«. ¹²² Die umfassende organschaftliche Treuepflicht stellt an ihn vielmehr Anforderungen, die weit über die sorgfältige Erledigung der Amtsgeschäfte hinausgehen. Die Pflichtenkreise aus zwei Ämtern können sich daher überlagern. ¹²³

Das verdeutlicht das bereits bekannte Beispiel des Ministers, der als Kernkraftgegner im Aufsichtsrat eines Kernkraftunternehmens sitzt. Ihm ist es nach der Rechtsprechung untersagt, politisch den Ausstieg aus der Kernkraft zu propagieren, wenn das Unternehmen gerade umfangreich in die Kernenergie investiert hat und durch einen Ausstieg erhebliche Vermögenseinbußen erleiden würde. ¹²⁴ Obwohl man die politische Tätigkeit des Ministers wohl unproblematisch dem Pflichten-

119 *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605 ff); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 76 Rz 107; *Habersack* in *MüKo*, AktG⁴ § 100 Rz 88 ff; § 116 Rz 47; *Hopt/Roth* in *GroßK*, AktG⁴ § 116 Rz 177 ff; vgl auch *Fischer*, In memoriam Duden 55 (63 ff); *Keinert/Keinert-Kisin*, Interessenkonflikte 58 ff; diff *Krebs*, Interessenkonflikte 203 ff.

120 BGH NZG 2009, 744; *Schürnbrand*, Organschaft 327; *Verse*, AG 2015, 413 (414); *Artmann*, Organschaft 61; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 76 Rz 107; *Wirth* in *FS Bauer* 1147 (1157) spricht von der »Zwei-Hüte-Theorie«.

121 *Dreher*, JZ 1990, 896 (900); *Lutter*, ZHR 145, 224 (248 f); *Wiedemann*, Organverantwortung 25 f.

122 *Wiedemann*, Organverantwortung 25.

123 Bei der Wahrnehmung von Geschäftschancen kann bspw unklar sein, welchem Geschäftskreis diese zuzuordnen sind, *Merkt*, ZHR 159, 423 (438 ff).

124 OLG Hamburg NJW-RR 1990, 673.

kreis der Gebietskörperschaft zuordnen kann und ein Minister grundsätzlich selbstverständlich Kernkraftgegner sein darf, strahlt hier also die Pflicht aus dem Aufsichtsratsamt in den Pflichtenkreis der Gebietskörperschaft aus. Will der Minister Aufsichtsrat des Energieversorgers bleiben, darf er nicht zu dessen Lasten den Ausstieg aus der Kernkraft betreiben.

Diese Entscheidung kann man im Einzelnen natürlich kritisieren,¹²⁵ aber offenkundig gibt es Fälle, in denen sich die Pflichtenkreise aus zwei Ämtern überlagern. Das verdeutlicht auch das bereits bekannte Beispiel der versuchten Übernahme der Thyssen-AG durch die Krupp-AG, die durch die Deutsche Bank, deren Vorstandsmitglied gleichzeitig dem Aufsichtsrat der Thyssen-AG angehörte, finanziert werden sollte. Offenbart der Bankvertreter im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung der Zielgesellschaft die Übernahmepläne der Angreifergesellschaft, handelt er formal im Pflichtenkreis der Zielgesellschaft. Darauf kann er sich freilich nicht berufen, da die Treuepflicht zur Bank (und zur Angreifergesellschaft als deren Kundin) von ihm gerade auch im Aufsichtsrat der Zielgesellschaft Verschwiegenheit fordert.¹²⁶

2. Grenzen der Treuepflicht

Das Abstellen auf Pflichtenkreise hilft somit gerade in heiklen Fällen nicht weiter. Dennoch steht hinter der Einteilung in Pflichtenkreise ein zutreffender Gedanke, über den Einigkeit besteht: nicht jeder Interessengegensatz begründet eine Pflichtenkollision. Vielmehr haben auch Treuepflichten Grenzen.¹²⁷

So muss sich etwa ein Minister nicht bei jeder politischen Entscheidung von den Interessen eines Unternehmens leiten lassen, dessen Organ er angehört.¹²⁸ Er darf daher selbstverständlich eine Erhöhung der

125 Zust aber *Decher*, ZIP 1990, 277 (282 ff); *Dreher*, JZ 1990, 896 (899).

126 *Spindler* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 116 Rz 98; *Habersack* in *MüKo*, AktG⁴ § 100 Rz 89; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁶ Rz 924; s auch *Lutter*, RdW 1987, 314 (319); aA offenbar *Werner*, ZHR 145, 252 (260 f).

127 *Lutter*, ZHR 145, 224 (248 f).

128 *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1606). Fraglich erscheint freilich etwa, ob sich ein Staatssekretär, der als Aufsichtsrat eines Industrieunternehmens für die Fusion mit einem anderen Unternehmen stimmt, auf die Grenzen der Treuepflicht berufen kann, wenn er diese Fusion später in seiner Rolle als Staatssekretär im Wirtschaftsministerium untersagt, vgl dazu *Dreher*, JZ 1990, 896 (900); *Mertens/Cahn* in *KK*, AktG³ § 116 Rz 31.

Körperschaftsteuer fordern, auch wenn diese dem Unternehmen schadet. Ein Bankvorstand darf die Erhöhung von Kreditzinsen beschließen, selbst wenn sich dies auf die Gesellschaft, deren Aufsichtsrat er angehört, nachteilig auswirkt.¹²⁹ Der Vorstand des Zulieferers darf in seinem Unternehmen ökonomisch zweckmäßige Produktionsumstellungen anordnen, auch wenn sich diese auf den Abnehmer, deren Aufsichtsrat er angehört, nachteilig auswirken.¹³⁰

Freilich darf in diesen Fällen der Multiorganwalter auch anders entscheiden. Der Minister darf auch eine Steuersenkung durchführen, der Bankvorstand eine unternehmerisch vernünftige Senkung der Kreditzinsen beschließen, und der Vorstand des Zulieferers von Produktionsumstellungen auch absehen, wenn dies wirtschaftlich gleich zweckmäßig ist. Dem Multiorganwalter steht also ein freies Ermessen zu.

Auch bei Entscheidungen, die der Multiorganwalter genuin als Organ der aufnehmenden Gesellschaft trifft, kommt ihm ein gewisser Ermessensspielraum bei der Bestimmung des Unternehmenswohls zugute. Das zeigt sich im Allgemeinen bei Spenden und Sponsoring. Spenden an karitative, künstlerische oder sportliche Einrichtungen werden überwiegend selbst dann für zulässig gehalten, wenn sie der Gesellschaft keinen unmittelbar messbaren Nutzen verschaffen, solange sich die Aufwendungen in einem vernünftigen Rahmen halten und ein Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit besteht.¹³¹ Die Gesellschaft soll – wie Privatpersonen auch¹³² – »good [corporate] citizen«¹³³ sein dürfen.

Diese Lehre lässt sich auch für die Multiorganfälle fruchtbar machen. So wird es dem Vertreter der öffentlichen Hand erlaubt sein, sich im Aufsichtsrat des Energieversorgers für freiwillige Maßnahmen zum Umwelt- oder Arbeitnehmerschutz einzusetzen, wenn diese Maßnahmen zu vertretbaren Kosten und ohne Gefährdung des Unternehmensinteresses implementiert werden können¹³⁴ (zu Arbeitnehmervertretern siehe noch S 48 f). Der Multiorganwalter wird auch legitime

129 Werner, ZHR 145, 252 (258 f).

130 Fischer, In memoriam Duden 55 (72).

131 BGH WM 2002, 564; *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (200 ff); *Ch. Nowotny*, RdW 2002, 258; krit *U. Torggler*, wbl 2009, 168 (175 f).

132 Vgl § 26 S 2 ABGB.

133 *H.P. Westermann*, ZIP 1990, 771 (774).

134 Vgl dazu und zum Folgenden *Brüggemeier/Damm*, Einwirkung 72; *Krejci*, GesRZ 1984, 199.

Anliegen der Gesellschafter oder Geschäftspartner kommunizieren dürfen (etwa wenn die Pflege von Geschäftsbeziehungen dem langfristigen Rentabilitätsinteresse des Unternehmens nützt). Nicht jedes Einstehen für externe Interessen ist daher pflichtwidrig, da – gerade im Aufsichtsrat – Interessenpluralität herrschen darf und soll.¹³⁵ Das Unternehmenswohl wird auch von den Interessen der Stakeholder mitbestimmt, deren Stimmen im Rahmen eines »*dialektischen Prozess[es]*«¹³⁶ die Unternehmensziele mitdefinieren. Dieser offene Meinungs-austausch soll nicht durch das Damoklesschwert einer rigiden Haftungsordnung unmöglich gemacht werden.

Wenngleich dem Multiorganwalter somit ein Ermessensspielraum bei der Amtsführung verbleibt, ist die Grenze des Unternehmenswohls aber auch für ihn unverrückbar.¹³⁷ Der Vorrang des Wohls der aufnehmenden Gesellschaft gilt dabei auch im faktischen Konzern (dazu noch S 43 ff) und auch für die Vertreter der öffentlichen Hand.¹³⁸ Sofern also etwa ein Anliegen eines Gesellschafters erkennbar dem Wohl der aufnehmenden Gesellschaft zuwiderläuft, hat der Multiorganwalter davon Abstand zu nehmen.¹³⁹

Eine Pflichtenkollision wird damit freilich noch nicht begründet, wenn der Multiorganwalter gegenüber dem betroffenen Stakeholder nicht verpflichtet ist, zu Lasten der aufnehmenden Gesellschaft zu handeln. Dann liegt wieder ein »Scheinkonflikt« vor: dem Multiorganwalter steht zwar kein freies Ermessen zu, er unterliegt aber nur der Pflicht, dem Wohl der aufnehmenden Gesellschaft zu dienen, hingegen keiner Pflicht gegenüber einem anderen Auftraggeber.

Beispiele dafür sind bereits bekannt. Der Bankvertreter darf seiner notleidenden Bank keine Liquidität verschaffen, indem er die Ausstellung eines Wechsels durch die aufnehmende Gesellschaft veranlasst; er ist dazu gegenüber seiner Bank aber auch nicht verpflichtet.¹⁴⁰ Der Bank-

135 *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 100 Rz 75.

136 *Lutter*, ZHR 145, 224 (227).

137 BGH NJW 1962, 864 (866); NJW 1975, 1412 (1413); BGHZ 106, 54 (65); *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605); *Lutter*, ZHR 145, 224 (241); *Werner*, ZHR 145, 252 (261 ff); *Semler* in FS Stiefel 719 (735); *Semler/Stengel*, NZG 2003, 1 (8); *Spindler* in MüKo, AktG⁴ § 76 Rz 50 mwN; *Mertens/Cahn* in KK, AktG³ § 100 Rz 17; *Riss*, Doppelorganschaft 19 mwN; *Schlegelberger/Quassowski*³ § 88 Rz 22; *U. Torggler* in FS Torggler 1215 (1216).

138 *Ch. Nowotny*, RdW 1999, 283 (286); *Säcker* in FS Rebmann 781 (790 ff mwN).

139 *Riss*, Doppelorganschaft 19 mwN.

140 *Werner*, ZHR 145, 252 (262); *Lutter*, RdW 1987, 314 (318, FN 26); *Krebs*, Interessenkonflikte 207.

vertreter, der im Aufsichtsrat eines Textilunternehmens sitzt, muss den Vorstand dieses Unternehmens informieren, dass eine Veranlagung der hohen Unternehmensgewinne am Girokonto »seiner« Bank unzweckmäßig ist; er unterliegt aber gegenüber seiner Bank auch keiner Pflicht, seine Kollegen beim Textilunternehmen darüber im Dunkeln zu lassen.¹⁴¹ Der Bürgermeister darf eine Tarifierhöhung beim Energieversorger nicht aus wahltaktischen Gründen verzögern;¹⁴² er unterliegt aber gegenüber der Gemeinde auch keiner Pflicht dazu.

Dogmatisch ist die Lösung dieser Fälle in der beschränkten Reichweite der Treuepflicht zu verorten. So wie es dem Organwalter etwa unbenommen bleibt, in seiner Freizeit gefährlichen Sportarten nachzugehen oder zu rauchen, darf er grundsätzlich auch politische Funktionen oder Ehrenämter übernehmen und sich in anderen Gesellschaften wirtschaftlich betätigen, ohne sich stets dem Vorwurf der Pflichtwidrigkeit auszusetzen.¹⁴³ Zwar ist die Interessenwahrungspflicht die »Kardinalspflicht«¹⁴⁴ des Beauftragten, sie reicht aber nicht unbegrenzt weit. Davon geht offenkundig auch der Gesetzgeber aus, indem er Multiorganschaften erlaubt und gerade in Situationen angelegter Interessengegensätze sogar privilegiert. Nicht alle Entscheidungen des Multiorganwalters sind daher überhaupt von der Treuepflicht zu seiner Gesellschaft betroffen.

Im Einzelfall kann es natürlich schwierig sein, die Grenzen der Treuepflicht zu bestimmen, wie wiederum der Kernenergie-Fall zeigt. Ganz unzweifelhaft darf der Minister in seiner politischen Funktion grundsätzlich ein Verbot der Kernenergie propagieren. Nach der Rechtsprechung liegt auch im Umstand allein, dass er als Kernkraftgegner Aufsichtsratsmitglied eines Kernkraftunternehmens sei, noch keine Pflichtverletzung.¹⁴⁵ Zulässig wird es auch sein, im Unternehmen den ökonomisch vertretbaren und geordneten Ausstieg aus der Kernenergie und den Umstieg auf andere Energiequellen zu betreiben.¹⁴⁶

141 *Klug* in FS W. Schmidt 39 (54); *Lutter*, ZHR 145, 224 (240 f).

142 BGH NJW 1962, 864.

143 *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1050 f); *Spindler* in MüKo, AktG⁴ § 93 Rz 108 ff.

144 9 Ob 37/05; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰³ § 1009 Rz 25.

145 OLG Hamburg NJW-RR 1990, 673; im Ergebnis zust *Decher*, ZIP 1990, 277 (282 ff); *Dreher*, JZ 1990, 896 (899).

146 Vgl dazu *Brüggemeier/Damm*, Einwirkung 80 ff, die aber von einem – vor dem Hintergrund von § 70 AktG mE nicht haltbaren – gleichberechtigten Nebeneinander von Rentabilitätsinteresse und öffentlichem Interesse ausgehen.

Die Grenze des Zulässigen ist aber eben nach der Judikatur erreicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied als Minister den Ausstieg aus der Kernkraft propagiert, obwohl dem Energieversorger dadurch erhebliche Verluste drohen, weil man sich dort gerade zu umfangreichen – nur langfristig amortisierbaren – Investitionen in Kernkraftwerke entschlossen hat. Der Minister, der die Nutzung von Atomenergie nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, muss dann das Amt beim Energieversorger eben zurücklegen.

3. Offenlegung und Stimmenthaltung

Von einem bloßen »Scheinkonflikt« lässt sich nur bedingt sprechen, wenn sich die Interessen beider Gesellschaften widersprechen und kollidierende Rechtspflichten nicht ausgeschlossen werden können. Trotzdem kann man sich in diesen Fällen mitunter mit einer Offenlegung des Konflikts behelfen. Die Offenlegung ermöglicht es dem jeweiligen Gremium, den Multiorganwalter von bestimmten Informationen und Sitzungen auszuschließen¹⁴⁷ oder ihm sein Stimmrecht zu entziehen.¹⁴⁸ Auch eine Stimmenthaltung ist denkbar.

So könnte sich etwa der Bankvorstand seiner Stimme enthalten, wenn im Vorstand über einen Prozess gegen eine Gesellschaft beraten wird, deren Aufsichtsrat er angehört.¹⁴⁹ Praktikabel erscheint die Offenlegung weiters bei Rechtsgeschäften zwischen den beiden Gesellschaften des Doppelmandatars. Hat bspw der Aufsichtsrat über die Aufnahme eines Kredits zu entscheiden, besteht für den Bankvorstand im Aufsichtsrat eine Pflicht zu »temporärer Selbstbeurlaubung«,¹⁵⁰ wenn »seine« Bank als Vertragspartnerin in Betracht kommt. Er hat sich daher

147 S C-Regel 46 des ÖCGK; vgl auch *Apathy* in *Schwimann/Kodek* § 1009 Rz 7.

148 S etwa *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 604; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015 (1021 ff); *Frotz St./Schörghofer*, Interessenkonflikte, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat³ Rz 33 ff; *Keinert/Keinert-Kisin*, Interessenkonflikte 89 ff; *Kunz/Liemberger*, Vorständstätigkeit, in *Kalss/Frotz St./Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 198 ff; *Petersen/Schulze De la Cruz*, NZG 2012, 453; *Streyll*, Problematik 183 ff, 210 ff; vgl aber *Dreher*, JZ 1990, 896 (901 f, 904).

149 *Werner*, ZHR 145, 252 (268). Ob eine Rechtspflicht besteht, die Führung eines berechtigten Prozesses gegen die eigene Gesellschaft zu unterlassen, ist fraglich. Dennoch ist jeder Anschein der Befangenheit zu vermeiden, um die Interessen beider Gesellschaften zu wahren.

150 *Lutter*, ZHR 145, 224 (248, 247).

der Stimme zu enthalten, hat der Beratung fernzubleiben und darf keine Sonderkenntnisse aus seinem Nebenamt für die Bank nutzen.¹⁵¹

Wenngleich ein bloß passives Stimmverhalten regelmäßig nicht ausreichen wird, um eine Haftung abzuwenden,¹⁵² kann der Multiorganwalter mit etwas Fingerspitzengefühl somit auch heikle Situationen auflösen und seiner Treuepflicht gegenüber beiden Gesellschaften gleichermaßen gerecht werden. Da das Gesetz die Organverflechtung erlaubt, muss es dem Multiorganwalter auch gestattet sein, sich aus bestimmten Interessenkonflikten »herauszuhalten«.

C. »Echte« Pflichtenkollisionen

1. Das Problem: Pflicht zum Rücktritt?

Wirklich problematisch wird es für den Multiorganwalter damit erst, wenn er zwei widerstreitenden Rechtspflichten unterliegt, denen er nicht durch Enthaltung gerecht werden kann.¹⁵³ Da er beide Pflichten privatautonom begründet hat, hat er nämlich grundsätzlich auch für ihre Erfüllung einzustehen.¹⁵⁴

151 Zu großzügig ist daher der Standpunkt, dass der Multiorganwalter etwa als Organmitglied des Zulieferers bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit der aufnehmenden Gesellschaft nur das aktive Zuwiderhandeln gegen die Interessen der aufnehmenden Gesellschaft zu unterlassen habe (*Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605 ff); *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 116 Rz 47; *Hopt/Roth* in GroßK, AktG⁴ § 116 Rz 177 ff; *Krebs*, Interessenkonflikte 203 ff).

152 *Dreher*, JZ 1990, 896 (901); *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605); *Koziol* in FS Frotz 351 (354); *Spindler* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 116 Rz 87 mwN; zur Stimmenthaltung auch *S.H. Schneider*, NZG 2009, 1413 (1414).

153 Nur selten lassen sich echte Pflichtenkollisionen befriedigend durch Offenlegung des Konflikts und Stimmenthaltung auflösen (großzügiger *Fischer*, In memoriam Duden 55 (65)). So wird etwa der Konzernvertreter sich nicht darauf berufen können, dass er die Interessen der Konzernmutter an der Verhinderung einer Markteinführung offengelegt und sich im Übrigen aus der Abstimmung herausgehalten habe. Denn allein die Offenlegung der Konzerninteressen kann einen psychologischen Druck auf die anderen Aufsichtsratsmitglieder erzeugen, sodass ein bloß passives Stimmverhalten des Konzernvertreeters nicht ausreichen wird, vgl auch *Dreher*, JZ 1990, 896 (901); *Ulmer*, NJW 1980, 1603 (1605); *Koziol* in FS Frotz 351 (354); *Spindler* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 116 Rz 87 mwN. Eine Offenlegung des Konflikts ist weiters gerade dann kein gangbarer Weg, wenn dem die Verschwiegenheitspflicht des Multiorganwalters entgegensteht.

154 *Fischer*, In memoriam Duden 55 (64); *Mestmäcker*, Konzerngewalt 255; *Riss*, Doppelorganschaft 30 ff.

Als bereits bekanntes Beispiel für eine »echte« Pflichtenkollision kann wiederum die geplante Übernahme der Thyssen-AG durch die Krupp-AG dienen, die durch die Deutsche Bank finanziert werden sollte. Hier besteht grundsätzlich eine Pflicht des Bankvertreters, die anderen Aufsichtsratsmitglieder der Zielgesellschaft (Thyssen) über die geplante Übernahme zu informieren.¹⁵⁵ Gleichzeitig besteht eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Bank und mittelbar gegenüber der Angreifergesellschaft (Krupp).¹⁵⁶ Somit kollidieren zwei unvereinbare Rechtspflichten miteinander.

Das Kollidieren einer Rede- mit einer Schweigepflicht ist geradezu der Paradefall einer echten Pflichtenkollision. Beispiele dafür lassen sich beliebig bilden. Muss etwa, wer aus seiner Vorstandstätigkeit bei A weiß, dass eine Auslandsinvestition zum Scheitern verurteilt ist, diese Erfahrung mit seinen Aufsichtsratskollegen bei B teilen, obwohl A durch diese Offenlegung ein zumindest immaterieller Schaden entstehen würde?¹⁵⁷ Muss der Bankvorstand, dessen Bank gerade versucht, toxische Wertpapiere abzustoßen, diese Information offenlegen, wenn er als Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens über die Veranlagung in ebensolche Papiere zu beraten hat, obwohl der Bank durch das Bekanntwerden ihrer Exposition ein Schaden droht? Muss der Bankvorstand dem zweifelnden Aufsichtsrat der A-AG, der auf Vorschlag seines Vorstands über eine Abwehrinvestition gegen ein vermeintlich geplantes Konkurrenzprodukt der B-AG berät, offenlegen, dass die B-AG, deren Aufsichtsrat er auch angehört, tatsächlich eine solche Markteinführung plant?¹⁵⁸ Muss der Bankvorstand, der aus seinem Amt bei X von bahnbrechenden Forschungsergebnissen weiß, diese Information seinen Bankkollegen offenlegen, die über die Kreditvergabe an X' Konkurrenten Y beraten, der in bald veraltete Technologien investieren will?

Als weitere »echte« Pflichtenkollision könnte man sich vorstellen, dass eine vielversprechende Markteinführung durch die Tochtergesellschaft dem Konzerninteresse widerspricht. Der Konzernvertreter im Aufsichtsrat der Tochter wird hier unvereinbaren Pflichten gegenüber der

155 *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 100 Rz 89; s noch II.C.5.

156 *Spindler* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 116 Rz 98; *Habersack* in MüKo, AktG⁴ § 100 Rz 89; *Lutter*, RdW 1987, 314 (319); aA offenbar *Werner*, ZHR 145, 252 (260 f).

157 *Wiedemann*, Organverantwortung 28.

158 Vgl *Lutter*, ZHR 145, 224 (232).