

SCHÄFFER

POESCHEL

Vorwort

Die Globalisierung hat in den vergangenen 20 Jahren die Wirtschaftswelt geprägt. Dem World Investment Report der Vereinten Nationen zufolge wurden im Jahr 1990 noch 35.000 global tätige Konzerne gezählt, im Jahr 2000 waren es bereits mehr als 63.000; nur acht Jahre später lag die Zahl bei 82.000 – ein Wachstum von 134 Prozent binnen zwei Dekaden. Im Zuge dieser Entwicklung haben viele Manager zunehmend Organfunktionen in anderen Ländern übernommen. Immer öfter sind sie als geschäftsführendes oder beaufsichtigendes Organmitglied bei Beteiligungen oder Tochtergesellschaften tätig.

Parallel zur Globalisierung hat sich das Umfeld für Manager auf internationaler Ebene verrechtlicht. Sorgfaltswidrige Entscheidungen, fehlerhafte Information des Kapitalmarkts, gefälschte Bilanzen, veruntreute Gelder, manipulierte Kurse – all dies hat insbesondere in den vergangenen zehn Jahren vermehrt zu Schadensersatzklagen sowie strafrechtlichen Ermittlungs- und Gerichtsverfahren gegen Manager geführt. Die Fälle erstrecken sich auf unterschiedlichste Länder, Branchen und Unternehmensgrößen. Dabei kann eine zivilrechtliche Haftung oder strafrechtliche Verfolgung mitunter auch dann in Betracht kommen, wenn der jeweilige Manager keine persönlichen Vorteile gezogen hat.

Kurzum: Jeder Geschäftsführer und jedes Vorstandsmitglied ist einem persönlichen Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt. Dieses steigt mit zunehmender Zahl der Stakeholder (z. B. Aktionäre/Investoren, Mitarbeiter, Lieferanten, Gläubiger, Insolvenzverwalter). Denn sofern sich Dritte, die keinen persönlichen Bezug zur Geschäftsleitung haben, übervorteilt sehen, beschreiten sie oft frühzeitig den Rechtsweg. In diesem Umfeld ist es für international tätige Manager schon zum eigenen Schutz geboten, sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit in dem jeweiligen Land proaktiv auseinander zu setzen. Eine gesunde Sensibilität für mögliche Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken zu entwickeln, sollte das Ziel sein.

In diesem Sinne ist das vorliegende Werk eine Arbeitshilfe für den international tätigen Manager. Es schildert in stets gleicher Struktur und anhand typischer Praxissituationen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Geschäftsleitung in den wichtigsten 23 Industrie- und Schwellenländern. Eine Ausnahme stellt Japan dar: aufgrund der verheerenden Erdbebenkatastrophe im Frühjahr 2011 fand sich seinerzeit verständlicherweise kein Autorenteam vor Ort, das sich dem Buchprojekt widmen konnte – für die nächste Auflage werden wir alles daran setzen, dieses wichtige Land ebenfalls abzudecken.

Bedanken möchte ich mich an dieser Stelle zunächst bei den mehr als 50 Autoren, die in relativ kurzer Zeit ein einzigartiges Werk sowohl auf Deutsch als auch Englisch erstellt haben. Großer Dank gebührt insbesondere Frau Marita Mollenhauer und Frau Claudia Knapp-Domonkos, die verlagsseitig maßgeblich dazu beigetragen haben, dass dieses Werk in derart kurzer Zeit veröffentlicht werden konnte. Mein herzlicher Dank gilt ebenfalls Herrn Roman Schmidt, Bereichsvorstand Corporate Finance der Commerzbank AG, der dieses internationale Buchprojekt stets unterstützt hat.

Liebe Leserinnen und Leser, die Wirtschaftswelt ist global geworden und hat sich für international tätige Manager zunehmend verrechtlicht. Ich hoffe, dass Ihnen dieses Buch das notwendige Rüstzeug an die Hand gibt, um als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied operative und strategische Entscheidungen bei Ihren internationalen Mandaten rechtssicher zu treffen.

Dabei wünsche ich Ihnen jedenfalls eine glückliche Hand. Sollten Sie Verbesserungsvorschläge oder sonstige Anregungen haben, würde ich mich über eine E-Mail an ruediger.theisemann@commerzbank.com freuen.

Rüdiger Theisemann

Frankfurt am Main, August 2011

Einführung

Anders als in Deutschland und anderen kontinentaleuropäischen Ländern haben australische Gesellschaften kein zweistufiges Leitungsorgan. Neben der Hauptversammlung gibt es nur ein Leitungsorgan, das die Gesellschaft führt, die grundlegenden Standards ihrer Geschäftstätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht. Dieses Organ setzt sich aus sämtlichen Direktoren der Gesellschaft (*board of directors*) zusammen.

Im Vergleich dazu sind in einem zweistufigen System generell zwei Exekutivorgane zusätzlich zu der Hauptversammlung vorgeschrieben, von denen ein Organ die Geschäfte der Gesellschaft führt (Geschäftsführung, Board of Managing Directors) und das andere die Geschäftsführung überwacht (Aufsichtsrat, Supervisory Board). Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden von den Gesellschaftern eines Unternehmens gewählt und haben die Aufgabe, deren Interessen durch die Art der Unternehmensführung (Governance) zu fördern und die geschäftsführenden Direktoren anzustellen und zu überwachen.

Jedoch setzen sich die meisten australischen Leitungsorgane, insbesondere die von börsennotierten Unternehmen, aus geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Direktoren zusammen. Das Leitungsorgan als Ganzes trägt die kollektive Verantwortung dafür, den Erfolg der Gesellschaft zu fördern, indem es die Geschäfte der Gesellschaft führt und überwacht.

Das Leitungsorgan (board of directors):

- sorgt für die unternehmerische Leitung der Gesellschaft im Rahmen angemessener und effektiver Kontrollen, die die Bewertung und das Management der Risiken ermöglichen;
- formuliert die strategischen Ziele der Gesellschaft, sorgt für eine ausreichende finanzielle und personelle Ausstattung, die der Gesellschaft die Erreichung ihrer Ziele ermöglicht, und überprüft die Ergebnisse der Geschäftsführung; und
- definiert die Werte und Standards der Gesellschaft und sorgt dafür, dass ihre Verpflichtungen gegenüber den Anteilseignern und anderen Personen verstanden und eingehalten werden.

Zusätzlich zu diesen Anforderungen, die für alle Direktoren gelten, umfasst die Aufgabe der nicht geschäftsführenden Direktoren folgende Hauptelemente:

Strategie – die Strategieentwicklung konstruktiv voranzutreiben und mitzugestalten;

Ergebnisse – die Ergebnisse der Geschäftsführung in Bezug auf Vorgaben und Ziele, die auf Versammlungen vereinbart wurden, zu überprüfen und die Berichterstattung über die Ergebnisse zu überwachen;

Risiken – sich davon zu überzeugen, dass die Finanzinformationen zutreffend sind und dass die Finanzkontrollen und die Risikomanagementsysteme stabil und geeignet sind; und

Personal – dafür verantwortlich zu sein, dass angemessene Vergütungsniveaus für geschäftsführende Direktoren festgesetzt werden, eine führende Rolle bei der Ernennung, und nötigenfalls bei der Abberufung, des senior management und bei der Planung der Nachfolger einzunehmen.

Außerdem haften nicht-geschäftsführende Direktoren allgemeinrechtlich gegenüber der Gesellschaft genauso wie jeder andere Direktor. Daher gelten die im Folgenden genannten Pflichten der Direktoren, wenn nichts anderes angegeben ist, für geschäftsführende und nicht-geschäftsführende Direktoren gleichermaßen.

Der Begriff »Direktor« (*director*) umfasst nach der Definition in § 9 des australischen *Corporations Act* (siehe Anhang 1) auch Personen, die nicht im rechtstechnischen Sinne als Direktoren bestellt wurden, wenn sie in der Funktion eines Direktors handeln oder wenn die Direktoren der Gesellschaft gewohnheitsmäßig nach den Anweisungen oder Wünschen dieser Personen handeln.

Der Begriff »Geschäftsleiter« (*officer*) ist ebenfalls im *Corporations Act* definiert und umfasst einen größeren Kreis von Personen, zu denen auch die Direktoren gehören. Er umfasst ausdrücklich auch Personen, nach deren Anweisungen die Direktoren gewohnheitsmäßig handeln.

A. Pflichten bei unternehmerischen Entscheidungen

Die Pflichten der Direktoren ergeben sich aus dem Billigkeitsrecht (*equity*), dem Gewohnheitsrecht (*common law*; darunter auch dem Vertragsrecht) und dem kodifizierten Recht (*statute*). Die wichtigsten Pflichten von australischen Direktoren umfassen:

- die Sorgfaltspflichten;
- Loyalität gegenüber der Gesellschaft und Handeln nach Treu und Glauben; und
- die Pflicht, Informationen oder ihre Organfunktion nicht zu missbrauchen.

Die wichtigste Pflicht eines Direktors besteht darin, ehrlich, nach Treu und Glauben und nach besten Kräften im Interesse der Gesellschaft zu handeln. Außerdem darf ein Direktor nicht zulassen, dass widerstreitende Interessen oder persönliche Vorteile gegenüber den Interessen der Gesellschaft sein Handeln beeinflussen.

Die vorstehenden Pflichten gelten sowohl für Direktoren als auch für Geschäftsleiter.

I. Zielrichtung der Pflichten

Im Wesentlichen bestehen diese Pflichten gegenüber der Gesellschaft. Praktisch betrachtet setzt die Gesellschaft sich jedoch aus den Anteilseignern zusammen. Von daher sind die Anteilseigner die Begünstigten dieser Pflichten. Die Pflichten bestehen gegenüber den Anteilseignern in ihrer Gesamtheit. Ein Direktor muss bei seiner Tätigkeit daher darauf achten, nicht nur die Interessen bestimmter Anteilseigner zu vertreten.

Befindet sich die Gesellschaft in einer angespannten finanziellen Lage, hat dies nach dem Präzedenzrecht (*case law*) zur Folge, dass auch hinsichtlich der Gläubiger der Gesellschaft bestimmte Pflichten seitens der Direktoren entstehen könnten. Die Treuepflichten (*fiduciary duties*) der Direktoren erstrecken sich nicht auf die Arbeitnehmer der Gesellschaft.

II. Sorgfaltspflichten

Die Sorgfaltspflichten (*duties of care, skill and diligence*) berühren die Frage, ob die Direktoren bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft mit der notwendigen Sorgfalt gehandelt haben.

1. Sorgfalt

Unter dem *common law* müssen Direktoren ihre Aufgaben und ihr Amt mit angemessener Sorgfalt führen. Der *Corporations Act* enthält eine entsprechende Regelung in § 180(1):

Direktoren und andere Führungskräfte der Gesellschaft müssen bei der Ausübung ihrer Befugnisse und bei der Erfüllung ihrer Pflichten und Aufgaben das Maß an Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit aufwenden, das eine vernünftig handelnde Person aufwenden würde, wenn:

- (a) *sie Direktor oder Geschäftsleiter einer vergleichbaren Gesellschaft wäre, die sich in derselben Lage wie die Gesellschaft befindet, und*

- (b) *sie dieselbe Funktion ausüben würde, und dieselben Verantwortlichkeiten innerhalb der Gesellschaft tragen würde wie der Direktor oder der Geschäftsleiter.*

Dieser Standard hat im Wesentlichen einen objektiven Charakter, beinhaltet aber auch ein gewisses subjektives Element. Er berücksichtigt die besonderen Umstände der Gesellschaft, die besondere Funktion, die von einem Direktor ausgeübt wird und die Verantwortlichkeiten des jeweiligen Direktors. In dem Fall *Daniels v Anderson* (1995) 13 ACLC 614 hat das Gericht wie folgt festgestellt:

»Eine Person, die in die Funktion eines Direktors in einer bestimmten Gesellschaft eintritt, übernimmt die Verantwortung, dass sie ihre Aufgaben als Direktor ausreichend versteht. Diese Pflicht variiert nach Größe und Geschäft der jeweiligen Gesellschaft und nach den Erfahrungen/Qualifikationen, mit der sich der Direktor für die Position in der entsprechenden Gesellschaft qualifiziert hat.«

Direktoren müssen bei der Ausübung ihrer Befugnisse und bei der Erfüllung ihrer Aufgaben diejenige Sorgfalt anwenden, die eine vernünftig handelnde dritte Person anwenden würde, wenn sie Direktor einer Gesellschaft wäre und sich diese Gesellschaft sich in einer vergleichbaren Lage befinden würde, wie die Gesellschaft des Direktors und wenn diese Person vergleichbare Verantwortung tragen würde wie der jeweilige Direktor.

In dem Fall *Daniels (handelnd für Deloitte Haskins & Sells) v AWA Ltd* (1995) 37 NSWLR 438, befand der vorsitzende Richter Rogers CJ in der ersten Instanz, dass nicht geschäftsführende Direktoren (*non-executive directors*) einen geringeren Sorgfaltsstandard zu erfüllen hätten und nur verpflichtet seien, die Geschäftsführung innerhalb der Gesellschaft intern zu überwachen.

Die Berufungsinstanz (*Appeal Court*) kam jedoch zu der Auffassung, dass dies von den Umständen im Einzelfall abhängt. Der Standard variiere je nach Ausbildung und Qualifikation des Direktors. Wenn ein Direktor eine bestimmte Qualifikation besitze, sei er auch verpflichtet, diese einzusetzen. Auf der anderen Seite sollte er, wenn er nicht in der Lage ist, die Position auszufüllen, diese gar nicht erst annehmen. Der Standard könne nicht niedriger angesetzt werden, um den Mangel an Kompetenz eines einzelnen Direktors Rechnung zu tragen.

Direktoren von australischen Gesellschaften sind nunmehr verpflichtet, über einen Mindeststandard an Kompetenz und Sachverstand hinsichtlich der Angelegenheiten der Gesellschaft zu verfügen.

2. Qualifikation

Der *Corporations Act* stellt keine ausdrücklichen Anforderungen an die Qualifikationen der jeweiligen Direktoren. Jedoch sind diese Anforderungen in den Sorgfaltspflichten, die der jeweilige Direktor nach der allgemeine Formulierung in § 180(1) zu erfüllen hat, stillschweigend mit enthalten.

Ein Direktor muss kein höheres Maß an Qualifikationen aufweisen als von einer Person mit seinen Kenntnissen oder seiner Erfahrung vernünftigerweise erwartet werden kann. Wenn ein Direktor jedoch eine spezielle Qualifikation besitzt, so wird von ihm erwartet, dass er diese bei der Erfüllung seiner Aufgaben einzusetzen. Die Pflicht besteht nicht nur subjektiv. Direktoren müssen über ein Mindestmaß an Qualifikation verfügen.

3. Gewissenhaftigkeit

Direktoren haben das Maß an Gewissenhaftigkeit aufzuwenden, das erforderlich ist, um über die Angelegenheiten und die finanzielle Lage der Gesellschaft ausreichend informiert zu sein. Dafür wird zumindest die regelmäßige Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsleitung (*board*) erwartet.

Wie bei der Sorgfaltspflicht orientiert sich die Pflicht zur Gewissenhaftigkeit an dem Maß an Gewissenhaftigkeit, das eine vernünftig handelnde Person aufwenden würde, wenn diese ein Geschäftsführer einer Gesellschaft wäre und diese Gesellschaft sich in derselben Lage befinden würde wie die Gesellschaft des jeweiligen Direktors, und wenn die Person dieselben Verantwortlichkeiten hätte wie der jeweilige Direktor.

III. Bedeutung der Sorgfaltspflicht

Der *Corporations Act* bietet nur wenig Anhaltspunkte dafür, was im Wesentlichen unter Sorgfalt zu verstehen ist. Zur Bestimmung des Begriffs, wird daher das *common law* hinzugezogen. Ein kürzlich verhandelter Fall stützt die Auffassung, dass jeder Direktor zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht

- über Kenntnis der Angelegenheiten der Gesellschaft verfügen muss, die er benötigt, um Entscheidungen treffen zu können, die von ihm als Direktor erwartet werden. Die Sorgfaltspflicht beinhaltet auch, sich mit dem Geschäft und der Art des Betriebs der Gesellschaft vertraut zu machen und dafür zu sorgen, dass der Geschäftsführung die notwendigen Mittel zur Verfügung stehen, um die Führung der Geschäfte der Gesellschaft zu überprüfen und sich von dem ordnungsgemäßen Betrieb der Gesellschaft überzeugen zu können. Wichtig ist, dass jeder Direktor in der Lage ist, die finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaft zu verstehen und ausreichend informiert ist, um zu einer fundierten Einschätzung (*reasonably informed opinion*) der Finanzlage der Gesellschaft kommen zu können. Direktoren haben die Finanzlage der Gesellschaft kontinuierlich zu beobachten, indem sie regelmäßig die Finanzberichte der Gesellschaft prüfen;
- die Geschäftsführung anzuleiten und zu überwachen hat. Direktoren müssen angemessene Maßnahmen ergreifen, die sie in die Lage versetzen, die Geschäftsführung ihrer Gesellschaft anleiten und überwachen zu können. Eine von den Direktoren überwachte Geschäftsführung (*directorial management*) erfordert nicht eine detaillierte Überprüfung des Tagesgeschäfts, sondern eine allgemeine Überwachung der Angelegenheiten und Strategien der Gesellschaft. Alle Direktoren haben die Pflicht, Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft zu überwachen oder dafür zu sorgen, dass sie überwacht werden und ihr Handeln auf geeignete Informationen gestützt ist. Dazu gehört auch die Überwachung der Umsetzung von Strategieentscheidungen der Geschäftsführung und der Einführung von Managementsystemen; und
- an der Geschäftsführung teilzuhaben hat. Ein Direktor hat dafür Sorge zu tragen, dass
 - Sitzungen stattfinden. Die Direktoren müssen so häufig zusammentreten, wie von ihnen für notwendig gehalten wird, um ihre Funktionen ordnungsgemäß ausüben zu können. Das kann eine höhere Sitzungsfrequenz bedeuten, wenn die Gesellschaft mit einer Sache befasst ist, die ein besonderes Augenmerk erfordert;
 - er selbst an den Sitzungen teilnimmt. Der stille Direktor (*sleeping director*) kann in australischen Gesellschaften nicht mehr bestehen, da Direktoren an den Sitzungen der Gesellschaft teilnehmen müssen. Geschäftsführende Direktoren müssen an allen

Sitzungen teilnehmen und Direktoren ohne eigenen Geschäftsbereich müssen an den meisten Sitzungen teilnehmen;

- er sich in angemessener Weise beteiligt. Die bloße Teilnahme reicht nicht aus. Direktoren müssen gut vorbereitet an den Sitzungen teilnehmen und unabhängige Entscheidungen treffen;
- er sich beraten lässt. Direktoren haben auch sicherzustellen, dass sie sich von Sachverständigen oder externen Beratern beraten lassen, wenn eine Beratung, die in einer bestimmten Situation erforderlich ist, durch die eigenen Kräfte der Gesellschaft nicht gewährleistet werden kann; und
- die Pflichten eines Direktors versteht. Eine Person, die die Funktion eines Direktors in einer Gesellschaft annimmt, übernimmt die Verpflichtung, den Umfang und den Inhalt der Aufgaben, die ein Direktor zu erfüllen hat, ausreichend zu verstehen. Diese Aufgaben variieren je nach Größe und Geschäft der Gesellschaft und nach Erfahrung und Qualifikation, mit denen sich der Direktor für die Berufung in diese Funktion qualifiziert hat.

IV. Pflicht zur Loyalität und zum Handeln nach Treu und Glauben

Nach § 181(1) muss ein Direktor oder ein anderer Geschäftsleiter seine Befugnisse und Aufgaben

- nach Treu und Glauben und im besten Interesse der Gesellschaft; und
- zu einem zulässigen Zweck,

ausüben bzw. erfüllen.

Diese Anforderung begründet die Pflicht zum ehrlichen Handeln und verpflichtet die Direktoren dazu

- ihre Befugnisse ausschließlich für zulässige Zwecke der Gesellschaft auszuüben;
- tatsächliche oder potenzielle Konflikte zwischen ihren Pflichten gegenüber der Gesellschaft und ihren persönlichen Interessen oder Pflichten gegenüber anderen zu vermeiden; und
- der Gesellschaft gegenüber Rechenschaft über geschäftliche Möglichkeiten abzulegen, die sich ihnen aufgrund, oder im Laufe ihrer Funktion als Direktoren bieten.

Der Verstoß gegen die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben kann eine Straftat begründen, wenn die Geschäftsführer oder andere Geschäftsleiter grob fahrlässig (*reckless*) oder vorsätzlich unehrlich sind und wenn sie ihre Befugnisse und ihre Pflichten nicht in Treu und Glauben, im besten Interesse der Gesellschaft oder zu einem zulässigen Zweck ausüben bzw. erfüllen.

V. Die Pflicht, Informationen oder die eigene Position nicht zu missbrauchen

Nach australischem Recht darf eine Person Informationen, die sie aufgrund ihrer Funktion als Direktor, Geschäftsleiter oder Mitarbeiter einer Gesellschaft erlangt hat, nicht dazu missbrauchen, einen Vorteil für sich selbst oder für eine andere Person zu erlangen oder der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen.

Gemäß § 183(1) darf ein Direktor, ein Gesellschaftssekretär (*Secretary*) oder ein anderer Geschäftsleiter oder ein Arbeitnehmer der Gesellschaft ebenso seine Position nicht dazu missbrauchen,

- einen Vorteil für sich selbst oder für eine andere Person zu erlangen; oder
- der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen.

Jeder Missbrauch einer Information oder Missbrauch der eigenen Position, ob vorsätzlich oder fahrlässig, kann eine zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Zu beachten ist, dass die jeweiligen Informationen nicht vertraulich sein müssen und dass das Verbot des Missbrauchs von Informationen auch dann noch weiter gilt, wenn die Person aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

VI. Delegation

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben muss ein Direktor die Möglichkeit haben, bestimmte Funktionen an andere Personen zu delegieren. Das australische Recht erkennt dies an und bestimmt, dass die Ausübung von delegierten Befugnissen ebenso rechtswirksam ist wie die Ausübung durch den Direktor selbst.

Allerdings ist die Errichtung einer entsprechenden internen Kontrolle zur Unterbindung eines Missbrauchs der delegierten Verantwortungsbereiche notwendig. Direktoren sind für die Ausübung delegierter Befugnisse verantwortlich, es sei denn, dass der Direktor annehmen durfte, dass die Person, an die Befugnisse delegiert wurden,

- die Befugnisse unter Einhaltung der den Direktoren obliegenden Pflichten ausüben würde; und
- nach Einholung entsprechender Auskünfte und Informationen, im Hinblick auf die delegierten Befugnisse zuverlässig und kompetent sei.

Das aktuelle *case law* erkennt an, dass es für einzelne Direktoren in großen Gesellschaften unmöglich ist, sich mit dem gesamten Tagesgeschäft einer Gesellschaft zu beschäftigen. Romer hat in dem Fall *Re City Equitable Fire Insurance* [1925] Ch 407 anerkannt, dass:

»... je größer das Geschäft der Gesellschaft ist, desto zahlreicher und wichtiger die Angelegenheiten werden, die zwangsläufig den Managern (*managers*), Buchprüfern und übrigen Beschäftigten überlassen werden müssen.«

VII. Vertrauensschutz

Ein Direktor darf auf die Beratung durch professionelle Berater vertrauen, sofern er nach Treu und Glauben gehandelt hat und die Beratungsleistung unvoreingenommen bewertet hat. Der Nachweis dafür, dass der Direktor keinen Vertrauensschutz genießt, ist von den Personen zu erbringen, die einen Schaden erlitten haben.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass § 189 nicht auf Geschäftsleiter (*officers*) anzuwenden ist. Zudem ist nicht klar geregelt, wie der Vertrauensschutz hinsichtlich einer Beratung durch externe Personen, die keine »professionellen Berater« oder »Experten« sind, zu bewerten ist, wenn an sich alle Umstände für einen Vertrauensschutz sprechen.

VIII. Zahlungsunfähigkeit

Direktoren können für Pflichtverstöße unter dem Corporations Act haftbar sein, wenn eine Gesellschaft Verbindlichkeiten eingeht (*incurs a debt*) und

- die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig ist (oder durch das Eingehen dieser Verbindlichkeit zahlungsunfähig wird); und
- zu diesem Zeitpunkt berechtigterweise Grund zur Annahme besteht, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder werden würde.

Wenn ein Direktor

- zu diesem Zeitpunkt weiß, dass berechtigterweise Grund zur Annahme besteht, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder werden würde, oder wenn eine vernünftig denkende Person in einer ähnlichen Position in einer Gesellschaft, die sich in derselben Lage wie die Gesellschaft befindet, sich darüber bewusst wäre, kann der Direktor zur Zahlung einer Geldstrafe verpflichtet werden; oder
- den Verdacht hat, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder durch das Eingehen der Verbindlichkeit zahlungsunfähig werden würde und dies in verwerflicher Weise verschwiegen hat, würde der Direktor eine strafbare Handlung (*offence*) begehen, die eine Geldstrafe und/oder eine Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren nach sich ziehen kann.

Das Gesetz verpflichtet einen Direktor dazu, bei der Ausübung seiner Befugnisse und der Erfüllung seiner Pflichten das Maß an Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit aufzuwenden, welches eine vernünftig handelnde Person aufwenden würde, wenn sie Direktor einer Gesellschaft in derselben Lage wie die Gesellschaft wäre. Ein Direktor verstößt gegen seine Pflichten, wenn eine Gesellschaft zahlungsunfähig wird und der Direktor keine ausreichende Kenntnis von den Angelegenheiten seiner Gesellschaft hatte, um zu einer fundierten Einschätzung ihrer Finanzen zu gelangen.

Nach dem *Corporations Act* kann ein Direktor zudem bis zu 20 Jahre von der Geschäftsführung einer Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn er innerhalb der letzten sieben Jahre als Direktor von zwei oder mehr Gesellschaften tätig war, die Insolvenz angemeldet haben, und wenn die Gerichte zu dem Schluss gekommen sind, dass die Art, in der diese Gesellschaften geführt wurden für die Insolvenz der Gesellschaften verantwortlich war und der Ausschluss dieses Direktors berechtigt ist.

Tipps für die praktische Anwendung:

- Die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ist regelmäßig zu überprüfen. Zudem sollten regelmäßig von der Geschäftsführung Berichte zur aktuellen Finanzlage der Gesellschaft angefordert werden.
- Je nach Größe der Organisation, ist sicherzustellen, dass ein System aus kompetenten Buchprüfern, Credit Controllern und/oder ein Finanzmanagement vorhanden ist, auf das sich der Vorstand verlassen kann.
- Wenn Zweifel an der Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft bestehen, ist eine unabhängige Beratung zu empfehlen.
- Refinanzierungsvereinbarungen oder andere Änderungsvereinbarungen zu Finanzierungen, die voraussichtlich das Eingehen einer Verbindlichkeit für die Gesellschaft nach sich ziehen, sollten nur abgeschlossen werden, nachdem die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt einer eingehenden Überprüfung unterzogen wurde.

- Neben anderen Geschäftsverbindlichkeiten können auch gängige Kapitalmaßnahmen (*common capital management arrangements*), zum Beispiel zur Zahlung von Dividenden, zur Kapitalverringerung oder zur Rücknahme von Anteilen das Eingehen einer Verbindlichkeit bedeuten.
- Nach §§ 588V und 588W muss eine Holding einem Insolvenzverwalter gegenüber Rechenschaft über einen von einer zahlungsunfähigen Tochtergesellschaft aufgenommenen Kredit ablegen, wenn eine Holding oder ihre Direktoren Grund zur Annahme hatten, dass die Tochtergesellschaft infolge der Kreditaufnahme zahlungsunfähig werden würde. Dies gilt auch, sofern vernünftigerweise davon auszugehen ist, dass eine solche Holding aufgrund ihrer Kontrolle über die Geschäfte der Tochtergesellschaft sich dessen hätte bewusst sein müssen.
- Es ist darauf zu achten, dass Erklärungen zur Zahlungsfähigkeit (*solvency statements*) qualifiziert sind (wie es bei Verhandlungen über bestehende Finanzierungsvereinbarungen der Fall ist).

IX. Direktoren von 100%-igen Tochtergesellschaften

Nach § 187 des *Corporations Act* wird von einem Direktor einer 100%-igen Tochtergesellschaft einer juristischen Person angenommen, dass er nach Treu und Glauben und im besten Interesse der Tochtergesellschaft handelt, sofern

- die Satzung der Tochtergesellschaft den Direktor ausdrücklich bevollmächtigt, im besten Interesse der Holding zu handeln; und
- der Direktor nach Treu und Glauben und im besten Interesse der Holding handelt; und
- die Tochtergesellschaft zum Zeitpunkt des Handelns des Direktors nicht zahlungsunfähig ist und durch das Handeln des Direktors nicht zahlungsunfähig wird.

Der herrschenden Meinung der australischen Literatur zufolge handeln die Direktoren von 100%-igen Tochtergesellschaften dann im besten Interesse der Gesellschaft, wenn sie im Interesse aller Anteilseigner dieser Gesellschaft handeln.

X. Nominee Directors (Treuhand)

Hierbei handelt es sich um Direktoren, die von Fonds, Anteilseignern oder Gläubigern ernannt werden und die gegenüber diesen Personen loyal sind bzw. Interessen vertreten, bei denen es sich nicht notwendigerweise um die Interessen der Gesellschaft handelt (bzw. um die der jeweiligen Anteilseigner oder, unter gewissen Umständen, um die ihrer Gläubiger).

Darf ein solcher Direktor als Vertreter der ihn einsetzenden Person handeln, ohne dabei Rücksicht auf seine Treue- und sonstigen Pflichten gegenüber der Gesellschaft nehmen zu müssen? Hierbei geht es insbesondere um folgende Pflichten und Fragestellungen:

- Vermeidung von Interessenkonflikten;
- Verwendung von vertraulichen Informationen zum Vorteil der ihn einsetzenden Person;
- Verwertung von Sicherheiten, die der Person gewährt wurden, die ihn eingesetzt hat, und

- ob die Person, die ihn einsetzt, als *shadow director* (faktischer Direktor) gesehen werden kann und kann dies zur Haftung dieser Person für das Verhalten seiner Erfüllungshelfen führen?

Die Pflichten ergeben sich aus dem *equity law*, dem *common law* und dem *Corporations Act*.

Die Direktoren sind verpflichtet, zum Wohle der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit (und, unter bestimmten Umständen, ihrer Gläubiger) und für einen zulässigen Zweck zu handeln. Für die Praxis bedeutet dies:

- Direktoren dürfen ihre Befugnisse nur zum Wohle der Gesellschaft ausüben;
- Tatsächliche oder potenzielle Konflikte zwischen ihren Pflichten gegenüber der Gesellschaft, ihren persönlichen Pflichten und ihren Pflichten Dritten gegenüber (z. B. der Person, die sie einsetzt) sind zu vermeiden;
- Direktoren haben der Gesellschaft gegenüber Rechenschaft über geschäftliche Möglichkeiten ablegen, die sich ihnen als Direktor bieten; und
- Direktoren müssen darauf achten, alle Anteilseigner und Gläubiger gleich zu behandeln.

Direktoren dürfen weder ihre Position noch die Informationen, die sie als Direktoren erhalten, missbrauchen. Damit ist es ihnen untersagt:

- Informationen dazu zu missbrauchen, einen Vorteil für sich oder für Dritte (z. B. die sie einsetzende Person) zu erlangen oder der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen; und
- ihre Position dazu zu missbrauchen, einen Vorteil für sich selbst oder für Dritte (z. B. die sie einsetzende Person) zu erlangen oder der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen.

Unter bestimmten Umständen kann ein Konflikt unvermeidbar sein. In einem solchen Fall

- sollte der Direktor seine Konfliktstellung aufgeben, indem er sich auf seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft konzentriert oder indem er zurücktritt; oder
- falls ein Schutz beider Interessen ohne Rücktritt möglich ist, kann auch diese Option in Betracht gezogen werden.

Eine Enthaltung ist nicht unbedingt die Lösung. In dem Fall *Benson v Heathorn* (1842) hat das Gericht die Auffassung vertreten, eine Gesellschaft habe »das Recht, die Stimme jedes Direktors und den Rat und die Meinung jedes Direktors zu Angelegenheiten zu hören, die dem Vorstand zur Entscheidung vorgelegt werden«.

Obwohl Direktoren Interessenskonflikte vermeiden sollten, verfolgen australische Gerichte bei solchen Fällen einen wirtschaftlich realistischen Ansatz. Hier einige Beispiele:

In dem Fall *Levin v Clark* (1962) waren Direktoren dazu eingesetzt worden, einen Anteilseigner/Pfandgläubiger zu vertreten und in erster Linie im Interesse der benennenden Person zu handeln. Das Gericht erkannte an, dass es im Interesse der Gesellschaft liegen kann, einen Direktor im Vorstand (*board*) zu haben, der ausschließlich im Interesse eines Dritten handelt, und der als solcher durchaus als im Interesse der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit handelnde Person gelten kann.

Die Befugnisse und Pflichten eines *Nominee Directors* könnten sich nicht nur nach der Vereinbarung richten, welche die Ausübung dieser Befugnisse und Pflichten regelt, sondern auch nach den Wünschen der Gesellschaft. In dem Fall *Re Broadcasting Station 2GB* (1965) hielt das Gericht es für zulässig, die Treuepflichten des *Nominee Directors* einzugrenzen, um eine echte Berücksichtigung der Interessen der Person, die ihn eingesetzt hatte, zu ermöglichen.

Im Fall *Japan Abrasive Materials v Australian Fused Materials* (1998) wurde *Re Broadcasting Station 2GB* Rechnung getragen, aber im Fall *Bennetts v Board of Fire Commissioners* (1967) wurde ein strengerer und konservativerer Ansatz gewählt. Hier vertrat das Gericht die folgende Auffassung,

- Die Position eines Direktors als Vorstandsmitglied darf nicht ausschließlich zur Vertretung der Interessen der Gruppe, die ihn gewählt hat, benutzt werden. Die erste Priorität eines jeden Geschäftsführers muss die Förderung der Interessen der Gesellschaft an sich sein.
- Ein Vorstandsmitglied dient nicht ausschließlich der Kommunikation der Interessen der Personen, die es eingesetzt haben.
- In Konfliktsituationen sind *Nominee Directors* immer verpflichtet, die Interessen des Vorstands über die Interessen der Personen zu stellen, die sie vertreten.

Das Gericht hat nicht versucht, die Urteile in den Fällen *Leven v Clark* und *Station 2GB* aufeinander abzustimmen. Diese gehen davon aus, dass die Pflichten eines Direktors von den Vereinbarungen zwischen dem Direktor, der Person die er vertritt und der Gesellschaft abhängen.

Benennungsrechte in Satzungen oder Gesellschaftervereinbarungen sollten die Position eines *Nominee Directors* anerkennen und diesem das Recht einräumen, Informationen an die Person weiterzugeben, die er vertritt.

Nach § 267 des *Corporations Act* gilt ein Pfandrecht (*charge*), das von einer Beteiligungsgesellschaft zu Gunsten einer mit dem Geschäftsführer verbundenen Person eingeräumt wurde, als nichtig, wenn der Gläubiger innerhalb von sechs Monaten, nachdem das Pfandrecht eingeräumt wurde, Maßnahmen zu dessen Durchsetzung ergreift (sofern nicht ein Gericht die Genehmigung zur Durchsetzung erteilt hat – wobei nachgewiesen werden muss, dass die Durchsetzung gerecht und billig ist).

Wenn ein Pfandrecht vereinbart wird, ist sicherzustellen, dass das Pfandrecht vor der Berufung des benannten *Nominee Director* in die Geschäftsführung bestellt wird.

XI. Shadow Directors (faktische Direktoren)

Ein *shadow director* ist ein Direktor, der zwar nicht ausdrücklich als Direktor bestellt wurde, der jedoch einen erheblichen faktischen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft hat. Der professionell erteilte Rat eines Beraters ist jedoch nicht ausreichend, um diesen als *shadow director* zu qualifizieren.

Das Verhalten, das eine Person vorzeigen muss, um sich als *shadow director* zu qualifizieren beschreibt Finn J sehr präzise in *Australian Securities Commission v AS Nominees Limited* (1995) 62 FCR 504; 133 ALR 1; 18 ACSR 459; 13 ACLC 1822:

»Der Gedanke in diesem § ... ist, dass ein Dritter pfeift und die Direktoren in ihrer Eigenschaft als Direktoren danach tanzen ... Dieser § wirft folgende Frage auf: An welcher Stelle werden die Entscheidungen in einigen oder sämtlichen Angelegenheiten tatsächlich getroffen? Wenn sie von einem Dritten getroffen werden ... und dieser nicht als »Berater« gilt, ... dann steht es [dem Gericht] frei, diese Person im Sinne des *Corporations Law* als Direktor zu sehen.«

Nur eine natürliche Person kann ein formal berufener Direktor (Absatz (a) der Definition in Anhang 1) oder ein faktischer Direktor (Absatz (b)(i) der Definition) sein. Eine Gesellschaft kann jedoch als *shadow director* qualifiziert werden. Im Fall *Standard Chartered Bank of Australia Limited v Antico* (1995) 38 NSWLR 290 befand das Gericht, dass eine Gesell-

schaft (*Pioneer*) *shadow director* einer anderen Gesellschaft (*Giant*) war. Folgende Gründe wurden angegeben:

- Pioneer hatte die effektive Kontrolle über Giant, da sie 42% der Anteile an Giant hielt, während die übrigen großen Anteilseigner jeweils nur rund 10%, 6%, 6% und 3% der Anteile an Giant hielten;
- Pioneer übte die Kontrolle über die Geschäftsführung und die Finanzen von Giant aus, und Entscheidungen bezüglich der Vermögenswerte von Giant wurden effektiv von Pioneer getroffen; und
- Pioneer verlangte von Giant die Anwendung der Rechnungslegungsnormen, die sie für ihre eigene Rechnungslegung benutzte.

In zwei früheren neuseeländischen Fällen (einer durch Anrufung des *Privy Council*) wurde anerkannt, dass eine Gesellschaft grds. ein *shadow director* sein kann. In diesen Fällen wurde die Behauptung nicht ordentlich vertreten oder durch Fakten belegt: *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Limited* [1991] 1 AC 187 und *Dairy Containers Limited v NZI Bank Limited* [1993] 1 NZLR 160; (1995) 13 ACLC 3211.

In *Australian Securities Commission v AS Nominees & Ors* (1995) 13 ACLC 1,822 befand das Gericht:

»An welcher Stelle werden die Entscheidungen in einigen oder sämtlichen Angelegenheiten tatsächlich getroffen? Wenn sie von einem Dritten getroffen werden ... und dieser nicht als »Berater« gilt, ... dann ist es möglich, diese Person im Sinne des Corporations Law als Direktor zu sehen.«

Direktoren einer Gesellschaft müssen ein »gewöhnheitsmäßiges Handeln« nach den Anweisungen oder Wünschen des *shadow director* an den Tag legen. Dies kann auch dann festgestellt werden, wenn die Anweisungen sich nicht auf alle Entscheidungen der Geschäftsführung erstrecken: *Australian Securities Commission v AS Nominees & Ors* (1995) 13 ACLC 1,822.

Die Absichten oder Motive des angeblichen *shadow director* bei der Artikulierung seiner Anweisungen oder Wünsche an die Geschäftsführer der Gesellschaft sind nicht maßgeblich: *Standard Chartered Bank v Antico* (1995) 13 ACLC 1,381.

Es ist nicht erforderlich, dass die Anweisungen oder Wünsche den formal berufenen Direktoren der Gesellschaft ausdrücklich mitgeteilt werden: *Australian Securities Commission v AS Nominees & Ors* (1995) 13 ACLC 1,822.

Harman J befand in dem Fall *Re Unisoft Group (no 3)* [1994] 1 BCLC 609:

»[Die Direktoren] müssen Personen sein, die regelmäßig nach den Vorgaben oder Anweisungen des *shadow directors* handeln. Die Anforderung der »Regelmäßigkeit« ergibt sich aus dem Absatz zu dem »gewöhnheitsmäßigen Handeln« der Direktoren. Das bedeutet ein Handeln, das nicht nur einmalig, sondern über einen gewissen Zeitraum und als regelmäßiges Verhalten erfolgt.«

In *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding & Ors* [2005] EWHC 1638 befand das Gericht, dass die Frage nach dem *shadow director* sich nicht in dem Moment stellt, in dem Vorgaben oder Anweisungen erteilt werden, sondern in dem Moment, in dem sie von der Geschäftsführung in Handlungen umgesetzt werden.

Handeln Direktoren auf Rat einer Person, die diesen in der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben erteilt, die mit ihrer beruflichen Qualifikation oder mit ihrer Geschäftsbeziehung zu den Direktoren der Gesellschaft oder der juristischen Person einhergehen,

so bedeutet dies nicht automatisch, dass die Person als eine Person anzusehen ist, nach deren Anweisungen oder Wünschen die Direktoren gewohnheitsgemäß handeln.

XII. Satzung

Direktoren sollten mit Verboten oder Beschränkungen vertraut sein, die nach der Satzung der Gesellschaft für die Befugnisse der Gesellschaft oder des Boards gelten. Die Satzung hat die rechtliche Wirkung eines Vertrages zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Direktoren, durch den sich die Direktoren zur Einhaltung der Satzung verpflichten.

XIII. Strafen und andere Sanktionen

Der *Corporations Act* enthält eine Reihe von »Bußgeldbestimmungen« (*civil penalty provisions*), die nach den oben genannten Ausführungen auf Direktoren anwendbar sind und benennt die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen im Falle eines Verstoßes gegen diese Bestimmungen. Die Regeln für die Beweisführung und das Verfahren in Zivilrechtsangelegenheiten finden Anwendung wenn die Verhängung eines Bußgeldes beantragt wird.

Der Verstoß gegen eine Bußgeldbestimmung stellt keine strafbare Handlung dar, wenn die Person den Verstoß weder wissentlich noch vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat. Handelt sie unehrlich und in der Absicht, einen Vorteil für sich oder für eine andere Person zu erlangen, oder in der Absicht des Betrugs oder der Täuschung, so macht sie sich strafbar. Wenn das Gericht zu der Überzeugung gekommen ist, dass eine Person gegen eine Bußgeldbestimmung verstoßen hat, kann es anordnen, dass die Person die Gesellschaft für erlittene Verluste zu entschädigen und der Gesellschaft den Betrag, den sie als Vorteil erlangt hat, zu bezahlen hat.

Die folgenden strafbaren Handlungen ergeben sich aus § 184 des *Corporations Act*:

- Ein Direktor macht sich strafbar, wenn er fahrlässig oder vorsätzlich unehrlich handelt und wenn er seine Befugnisse und seine Pflichten nicht nach Treu und Glauben im besten Interesse der Gesellschaft oder zu einem zulässigen Zweck ausübt bzw. erfüllt.
- Ein Direktor macht sich strafbar, wenn er seine Position in unehrlicher Weise nutzt: sei es mit der Absicht, direkt oder indirekt einen Vorteil für sich selbst oder für eine andere Person zu erlangen oder der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen. Dies gilt auch wenn er fahrlässig handelt und dabei nicht bedenkt, dass er für sich oder für Dritte direkt oder indirekt einen Vorteil erlangen könnte oder der Gesellschaft einen Schaden zufügen könnte.
- Eine Person, die Informationen aufgrund ihrer aktuellen oder früheren Position als Direktor erhalten hat, macht sich strafbar, wenn sie diese Informationen auf unehrliche Weise nutzt. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies mit der Absicht geschah, direkt oder indirekt einen Vorteil für sich selbst oder für Dritte zu erlangen oder der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen oder ob diese Nutzung fahrlässig erfolgte.

Nach § 588G des *Corporations Act* begeht ein Direktor eine strafbare Handlung, wenn

- die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingeht, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig ist oder falls sie durch die Aufnahme der Verbindlichkeit zahlungsunfähig wird;