



**Internationale
Göttinger Reihe**

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Silke Jurczykga

Organverantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht

eine exemplarische Erörterung von Organpflichten bei einem Unternehmenskauf, dem Abwerben von Mitarbeitern und change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen

Band 80



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 80





**ORGANVERANTWORTLICHKEIT
IM GESELLSCHAFTSRECHT UND
IM UNTREUESTRAFRECHT**

eine exemplarische Erörterung von Organpflichten
bei einem Unternehmenskauf, dem Abwerben von Mitarbeitern
und change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen

Silke Jurczyga

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades einer Doktorin der Rechte
durch die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2017

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2016

Dekan: Prof. Dr. Wolfram Cremer

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Klaus Bernsmann

Zweitberichterstatterin: Prof. Dr. Andrea Lohse

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 2016

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2017

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2017

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9638-0

eISBN 978-3-7369-8638-1



VORWORT

Diese Arbeit befasst sich mit gesellschaftsrechtlichen und untreuerechtlich relevanten Pflichten des Vorstands, der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats in drei konkreten, praxisrelevanten Fallkonstellationen. Das Ziel besteht darin, die Reichweite der Verantwortlichkeit der Organmitglieder auszuloten, wobei eine solche rechtliche Risikoanalyse nur eine Momentaufnahme eines im Fluss befindlichen Rechtsbereichs sein kann.

Mein Dank gilt den beiden Betreuern der Dissertation, Prof. Dr. Klaus Bernsmann und Prof. Dr. Andrea Lohse, die die intradisziplinären Themen bereitgestellt und die Arbeit begutachtet haben. Für die ideelle und materielle Förderung des Promotionsprojekts danke ich dem Bochumer Nachwuchsforscherkolleg intradisziplinäre Rechtswissenschaft mit den wissenschaftlichen Leitern und den Kollegiaten aus der Rechtspraxis sowie der Ruhr University Research School.

Frankfurt am Main, im Dezember 2016

Silke Jurczykga





INHALTSÜBERSICHT

EINLEITUNG	1
KAPITEL 1 PFLICHTEN DES LEITUNGSORGANS DER VERÄUßERNDEN GESELLSCHAFT BEI COMPLIANCE-VERSTÖßEN DER ZIELGESELLSCHAFT	11
KAPITEL 2 VERHALTEN DES VORSTANDS BEI EINEM GEMEINSCHAFTLICHEN, BESTANDSGEFÄHRDENDEN UNTERNEHMENSWECHSEL VON MITARBEITERN	87
KAPITEL 3 PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS BEI CHANGE OF CONTROL-KLAUSELN IN VORSTANDSANSTELLUNGS- VERTRÄGEN	115
KAPITEL 4 SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR CORPORATE COMPLIANCE.....	167
SCHLUSS.....	193
LITERATURVERZEICHNIS	199





INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	1
A. Rechtspraktische Relevanz der Untersuchung	3
B. Ziel, Gang und Grenzen der Arbeit	8
KAPITEL 1. PFLICHTEN DES LEITUNGSORGANS DER VERÄUßERNDEN GESELLSCHAFT BEI COMPLIANCE-VERSTÖßEN DER ZIELGESELLSCHAFT	11
A. Ausgangsfall.....	12
I. Exemplarischer Ausgangsfall	12
II. Ablauf eines Unternehmenskaufs	13
1. Sondierung und erste Vereinbarungen	14
2. Analyse: Due Diligence und Unternehmensbewertung	15
3. Vertragsverhandlungen.....	16
4. Abschluss des Unternehmenskaufvertrags und Vollzug	17
5. Post-M&A-Phase.....	17
B. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft bei einem Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft	18
I. Außenverhältnis: vorvertragliche Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Aufklärung über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft	19
1. Grundsatz: keine allgemeine Aufklärungspflicht.....	20



Inhalt

2.	Formel der allgemeinen Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht.....	22
3.	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur vorvertraglichen Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen allgemein.....	23
	a) Ablehnung einer Aufklärungspflicht	24
	b) Anerkennung einer Aufklärungspflicht	24
	c) Einordnung der Entscheidungen.....	27
4.	Schlussfolgerungen zur Aufklärungspflicht über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft	30
	a) Aufklärungspflicht nur bei Kenntnis und Existenzgefährdungspotential des Compliance-Verstoßes.....	30
	b) Kriterien für den Umfang der Aufklärungspflicht.....	33
Exkurs:	Risikozuordnung durch Compliance-Garantien im Unternehmenskaufvertrag	36
	a) Garantien im Unternehmenskaufvertrag	37
	b) Rechtliche Einordnung und Muster von Compliance-Garantien	38
	c) Gesetzliche Grenzen des Haftungsausschlusses im Übrigen	41
II.	Innenverhältnis: gesellschaftsrechtliche Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Aufklärungspflichtverletzung.....	41
	1. Aufklärungspflichtverletzung und Betrug des Leitungsorgans im Außenverhältnis.....	43

IV



a)	Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis	45
b)	Vermeintlich nützliche Pflichtverletzung.....	47
2.	Bloße Aufklärungspflichtverletzung des Leitungsorgans im Außenverhältnis	48
a)	Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis	48
b)	Sorgfaltspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis	52
aa)	Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans	52
bb)	Sorgfalt bei der Entscheidung zur Aufklärungspflichtverletzung.....	56
cc)	Justiziabilität der Entscheidung des Leitungsorgans und Haftungsfreiraum.....	59
C.	Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft	64
I.	Pflichtverletzung als Unrechtskern der Untreue.....	65
1.	Missbrauchstatbestand bei der Organuntreue.....	65
2.	Treuebruchtatbestand bei der Organuntreue	67
II.	Qualität der untreuestrafrechtlichen Pflicht und ihre Verletzung.....	68
1.	Gesellschaftsrechtsakzessorietät der Organuntreue	69
2.	Differenz zwischen gesellschaftsrechtlicher und untreuestrafrechtlicher Pflichtverletzung	71
3.	Konkretisierung der Differenz anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	73
a)	Evidenz der Pflichtwidrigkeit.....	76



Inhalt

b)	Kein Wertungswiderspruch	77
c)	Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm	78
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse	83

KAPITEL 2. VERHALTEN DES VORSTANDS BEI EINEM GEMEIN- SCHAFTLICHEN, BESTANDSGEFÄHRDENDEN UNTERNEHMENSWECHSEL VON MITARBEITERN..... 87

A.	Ausgangsfall.....	88
B.	Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds bei einem gemeinschaftlichen, bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel von Mitarbeitern	89
I.	Gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot.....	90
1.	Grundsatz: Erlaubtsein des Abwerbens von Mitarbeitern.....	90
2.	Grenzen des Abwerbens durch externe Dritte und Erst-Recht-Schluss betreffend das Vorstandsmitglied ...	91
a)	Modalitäten der Kontaktaufnahme	92
b)	Zweck der Abwerbung	93
c)	Mittel der Abwerbung.....	93
3.	Gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot für das Vorstandsmitglied.....	95
a)	Bestandsverantwortung.....	96
b)	Organschaftliche Treuepflicht	98
c)	Treuepflicht und konkretisierendes Wettbewerbsverbot	101



d)	Treuepflicht und konkretisierende Verschwiegenheitspflicht	103
e)	Grenzen des gesellschaftsrechtlichen Abwerbeverbots.....	103
II.	Gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff bei Kenntnis des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter.....	105
C.	Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft.....	109
I.	Evidenz der Pflichtwidrigkeit	109
II.	Kein Wertungswiderspruch	111
III.	Vermögensschutzzweck der primär verletzten Norm	111
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	113

KAPITEL 3. PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS BEI CHANGE OF CONTROL-KLAUSELN IN VORSTANDSANSTELLUNGS-VERTRÄGEN			115
A.	Ausgangsszenario		116
I.	Risiken in der Situation vor einem Kontrollwechsel.....		117
II.	Rechtlicher Hintergrund		118
III.	Change of control-Klausel als Neutralitätsvehikel.....		121
IV.	Vereinfachtes Muster einer change of control-Klausel		123
B.	Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Aufsichtsrats bei der Vereinbarung von change of control-Klauseln.....		124
I.	Zulässigkeit von change of control-Klauseln dem Grunde nach		126



Inhalt

1.	Vergütungsentscheidung als unternehmerische Entscheidung.....	126
2.	Leistung-Gegenleistung-Prinzip und Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen	127
3.	Ansicht der Legislative	129
4.	Ansicht der Judikative: Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs.....	129
5.	Ansicht in der Literatur.....	131
6.	Zeitpunkt der Vereinbarung.....	131
II.	Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Aufsichtsrats bei der Gestaltung von change of control-Klauseln.....	134
1.	Zentrale Elemente einer change of control-Klausel	134
2.	Der abstrakte Prüfungsmaßstab	136
a)	Sorgfaltspflicht.....	137
b)	Angemessenheitsgebot nach § 87 Abs. 1 AktG ...	137
aa)	Dogmatik	138
bb)	Angemessenheit im Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds	139
cc)	Angemessenheit im Verhältnis zur Lage der Gesellschaft	141
dd)	Üblichkeit	142
ee)	Ausrichtung auf nachhaltige Entwicklung ...	144
c)	Empfehlung nach Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK.....	144
d)	Justiziabilität der Entscheidung des Aufsichtsrats und Haftungsfreiraum.....	146

VIII



3.	Ansichten in der Literatur	146
a)	Ansicht von Bork.....	146
b)	Ansicht von Cramer.....	149
c)	Ansicht von Weiland	151
4.	Eigene Ansicht.....	152
a)	Tatbestandsvoraussetzungen und Sonderkündigungsrecht	153
b)	Zahlungszusage	156
c)	Zinsabschlag	159
d)	Anrechnung anderweitiger Vergütung	159
e)	Sonderzahlung	160
C.	Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft.....	161
I.	Evidenz der Pflichtwidrigkeit	162
II.	Kein Wertungswiderspruch	163
III.	Vermögensschutzzweck der primär verletzten Norm	163
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	164

KAPITEL 4. SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR CORPORATE

	COMPLIANCE	167
A.	Grundlagen.....	168
I.	Begriffsbestimmung.....	169
1.	Corporate Compliance als Gesamtkonzept mit zwei Komponenten.....	169
2.	Regelarten in der Compliance	172
3.	Ebenen von Compliance-Systemen.....	173



Inhalt

II.	Funktion von und Motivation zur Etablierung von Compliance-Systemen	174
III.	Relative Rechtspflicht zur Etablierung von Compliance-Systemen	176
B.	Compliance-Strukturen auf der Organebene.....	179
I.	Problemaufriss	179
II.	Lösungsansatz	181
1.	Direkte Berichtslinie zwischen Aufsichtsrat und Compliance Beauftragtem	181
2.	Dogmatische Begründung.....	182
3.	Erfordernis der Zustimmung des Vorstands.....	184
4.	Anmerkungen zur effektiven Ausgestaltung	185
III.	Ergebnis.....	187
C.	Handlungsempfehlungen für Organe bezüglich der Problemkreise	187
I.	Empfehlungen für das Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft und für den Erwerber zum Umgang mit Compliance-Verstößen der Zielgesellschaft.....	188
II.	Empfehlungen für das wechselnde Vorstandsmitglied zum Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Gremiums- kollegen und für die Gesellschaft	190
III.	Empfehlungen für den Aufsichtsrat zur Gestaltung der change of control-Klausel im Vorstands- anstellungsvertrag	191
	SCHLUSS	193
	LITERATURVERZEICHNIS	199



EINLEITUNG

Einleitung

Die Frage nach dem Zusammenspiel und Spannungsfeld gesellschaftsrechtlicher und untreuestrafrechtlicher Verantwortlichkeit von Organmitgliedern in Kapitalgesellschaften bildet die intradisziplinäre, abstrakte Ausgangsfrage dieser Arbeit. Dabei stehen konkret drei rechtspraktisch relevante Problemkreise im Fokus, anhand derer die gesellschaftsrechtlichen und die untreuestrafrechtlichen Pflichten der Gesellschaftsorgane¹ erörtert werden.

Den ersten Problemkreis bildet die Frage nach einer gesellschaftsrechtlichen bzw. untreuestrafrechtlichen Pflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführer der veräußernden Gesellschaft gegenüber dieser zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft, den eine standardgemäße Due Diligence im Vorfeld des Unternehmenskaufs nicht aufgedeckt hätte.

Der zweite Problemkreis beinhaltet die Frage nach einem an das einzelne Vorstandsmitglied gerichteten, gesellschaftsrechtlichen Verbot zur Initiierung eines gemeinschaftlichen, bestandsgefährdenden Unternehmenswechsels von Mitarbeitern der Gesellschaft zu einem Wettbewerber (gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot) bzw. einer gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht des Vorstandsmitglieds in dieser Situation sowie nach den untreuestrafrechtlichen Pflichten.

Den dritten Problemkreis formt die Frage nach den gesellschaftsrechtlichen bzw. untreuestrafrechtlichen Pflichten des Aufsichtsrats hinsichtlich

¹ Die Bezeichnungen Vorstand, Aufsichtsrat oder Geschäftsführer meinen grundsätzlich sowohl das Gesellschaftsorgan als auch die einzelnen Mitglieder, da auch ihnen insoweit Organqualität zukommt; s. *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 76 Rn 4; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn 6; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 76 Rn 80; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 76 Rn 10. A.A.: *Weber* in Hölterers AktG, § 76 Rn 5.

der Vereinbarung von change of control-Klauseln² in Vorstandsanstellungsverträgen.

A. Rechtspraktische Relevanz der Untersuchung

Entsprechend der Intradisziplinarität der Untersuchung ist die Arbeit gleichermaßen im Wirtschaftsprivatrecht, genauer im Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht, sowie im Wirtschaftsstrafrecht, genauer im Untreuestrafrecht, zu verorten. Die gesellschaftsrechtliche und die untreuestrafrechtliche Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, also die gesellschaftsrechtliche Organhaftung bzw. Organinnenhaftung³ gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG und die kernstrafrechtliche Organuntreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB in Kapitalgesellschaften, erhielten zuletzt Aufmerksamkeit durch eine Reihe tatsächlicher bzw. vermeintlicher wirtschaftsstrafrechtlicher Skandale, die im Jahr 2007 beginnende Finanzmarkt- und Schuldenkrise, die zunehmende Pflicht und Bereitschaft zur Anspruchsverfolgung gegenüber Gesellschaftsorganen und das gestiegene öffentliche Bewusstsein für Wirtschaftskriminalität. Im Zuge der rechtlichen Aufarbeitung dieser Ereignisse und der sukzessiven Verschärfung durch die Legislative und die Judikative etablierte⁴ sich die

² Sie werden auch als change in control-Klauseln und seltener als Kontrollwechselklauseln bezeichnet.

³ Der Oberbegriff Organhaftung wird grundlegend verstanden als die Pflicht, für Schäden im Zusammenhang mit der Organtätigkeit einzustehen. Organhaftung bezeichnet daher einerseits die vorliegend thematisierte Haftung der Organe im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft (Organinnenhaftung, gesellschaftsrechtliche Organhaftung). Andererseits meint Organhaftung die Haftung der Organe im Außenverhältnis gegenüber Personen, zu denen weder eine organchaftliche noch eine vertragliche Beziehung besteht, seien es Anteilseigner, Gläubiger, Arbeitnehmer, Wettbewerber, der Staat oder sonstige Dritte (Organaußenhaftung). Daneben umfasst Organhaftung die zugerechnete Haftung der Gesellschaft für ihre Organe.

⁴ Bis in die 1990er Jahre war die rechtliche Verantwortung von Organen gegenüber der Kapitalgesellschaft rechtspraktisch kaum relevant. So konstatiert *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd 1, 1980, S. 624, bzgl. des Aufsichtsrats: „Die Haftungsvorschriften verkörpern kein ‚lebendes Recht‘, da Haftungsklagen in

Einleitung

Organverantwortlichkeit zu einem Kernelement des Kapitalgesellschaftsrechts und des Wirtschaftsstrafrechts; sie rückte zunehmend in den Fokus der Rechtswissenschaft, der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und auch der medialen und gesellschaftlichen Diskussion. So wird der Rechtsrahmen für das Handeln von Gesellschaftsorganen durch die Legislative und die Judikative im Fluss gehalten und weiterentwickelt.⁵ Auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene tragen dazu insbesondere die Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)⁶ als gesetzliche Verankerung der Rechtsfigur des Geschäftsleiterermessens sowie das Gesetz zur Angemessenheit

Großunternehmen und Publikumsgesellschaften in der Bundesrepublik nicht erhoben werden.“ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1. A. 1986, und 4. A. 2002, je § 28 III 1 d, sieht dies ebenso: „Die Aufsichtsratschaftung hat in der Gerichtspraxis lange Zeit keine bedeutende Rolle gespielt.“

Von Werder, DB 1987, 2265, 2265, erweitert die Aussage auf Leitungsorgane: „Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder des Leitungsorgans einer Unternehmung, die mit mangelnder Sorgfalt bei der Unternehmensführung begründet werden, spielen [...] bislang rechtstatsächlich kaum eine nennenswerte Rolle. [Sie sind ...] bisher ‚kein ‚lebendes‘ Recht“. Kübler, Gesellschaftsrecht, 1. A. 1981 bis 5. A. 1998, je § 15 III 5, hält ebenfalls fest: *„Der Vorstand unterliegt gemäß § 93 [AktG] für seine Geschäftsführungstätigkeit einer zivilrechtlichen Haftung, die nach dem Wortlaut des Gesetzes von außerordentlicher Strenge ist, sich aber seit längerem als für die Praxis wenig bedeutsam erwiesen hat. Diesen Schluß legt der Umstand nahe, daß Schadensersatzprozesse gegen Vorstandsmitglieder zum seltenen Ausnahmefall geworden sind.“* In der 6. A. 2006, § 15 III 5, vermerken Kübler/Assmann: *„Die Haftung der Vorstandsmitglieder ist nach dem Wortlaut des Gesetzes von außerordentlicher Strenge, hat sich aber über die ersten Jahrzehnte der Nachkriegszeit als für die Praxis wenig bedeutsam erwiesen. Noch [in ...] der Diskussion um die Reform des Aktienrechts [...] von 1998 wurde geltend gemacht, die Haftung der Vorstände aus § 93 [AktG] sei lediglich ein Papiertiger. Die Dinge haben sich zwischenzeitlich indessen gewandelt: der Papiertiger hat Krallen bekommen.“*

⁵ Zur Entwicklung der allg. Organhaftungstatbestände s. *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 1-10, § 116 Rn 1-6; *Lutter* in K/S HB Managerhaftung, § 1 Rn 2-7, 10-13, 30. *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173, 1173, spricht von einer seit 1998 andauernden „Aktienrechtsreform in Permanenz“.

Zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts s. *Dannecker* in W/J HB Wirtschaftsstrafrecht, Kap 1.D; *Taschke*, NZWiSt 2012, 9, 9-11, und 41, 41-45, und 89, 89-94; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn 48-54; *Wittig* in G/J/W Wirtschaftsstrafrecht, Einf Rn 7-15.

⁶ Kodifizierung durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl I 2802, zuvor etabliert

der Vorstandsvergütung⁷ bei. Weitere Reformen sind vorgesehen.⁸ Auf der wirtschaftsstrafrechtlichen Ebene ist der klassische Tatbestand der Untreue seit nunmehr rund 80 Jahren⁹ im Kern unverändert und umso mehr von Leitentscheidungen der Judikative geprägt. Hervorzuheben sind der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ zur Verfassungsmäßigkeit im Jahr 2010 und daran anschließende Urteile¹¹ des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.

Diese Entwicklung bewirkte auch einen Wandel hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung. Entscheidungsträgern auf der Organebene drohen Schadensersatzforderungen seitens der Gesellschaft und Strafverfolgungsrisiken.¹² Die gesetzlichen Regelungen zur Unternehmensführung und die konkretisierenden Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind streng und werden konsequenter durchgesetzt. Dies resultiert in einer geschärften Sensibilität der Betroffenen für die Tragweite gesellschaftsrechtlicher und strafrechtlicher Verantwortlichkeit.

So liegen auch den drei Problemkreisen Ausgangssituationen zugrunde, die zunehmend Aufmerksamkeit auf sich ziehen.

durch höchstrichterliche Rechtsprechung in der Figur des Geschäftsleiterermessens, erstmals explizit in BGHZ 75, 96-116 – Herstatt, und insb. in BGHZ 135, 244, 244-257 – ARAG/Garmenbeck. Anders als vielfach interpretiert enthielt es laut *Goette* in GS M. Winter, S. 153, 157, und *ders.*, DStR 2009, 51, 56 f., keine grundlegenden Neuerungen, schärfte allerdings das Bewusstsein der Entscheider und bildete die Grundlage der Entwicklung. Die deutsche Business Judgment Rule ist angelehnt an die U.S.-amerikanische, genauer an die *Principles of Corporate Governance* des American Law Institute.

⁷ VorstAG, vom 31. Juli 2009, BGBl I 2509.

⁸ S. Koalitionsvertrag zur 17. Legislaturperiode I.3.2.

⁹ S. zur Historie BVerfGE 126, 170, 172-175; *Rentrop*, Untreue, S. 253 f., 261-270; *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 a.A.

¹⁰ BVerfGE 126, 170, 170-233.

¹¹ Insb. BGHSt 56, 203, 203-222; BGH NStZ 2011, 520, 520 f.; BGH NStZ 2011, 280, 280 f.; BGHSt 55, 288, 288-314; BGHSt 55, 266, 266-287.

¹² Zur Entwicklung der Strafverfolgung bei Wirtschaftsdelikten s. *Taschke*, NZWiSt 2012, 9, 9-11, und 41, 41-45, und 89, 89-94.

Einleitung

Die Frage nach einer Aufklärungspflicht des Leitungsorgans bei einem Unternehmenskauf ist nicht allein aufgrund der weiterhin hohen Anzahl und Volumina von M&A-Transaktionen¹³ während der letzten beiden Dekaden relevant. Sie ist auch eine Rückwirkung von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen und Wirtschaftsstrafverfahren.¹⁴ Denn dort können die Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft zu Tage treten, die die im Rahmen des vorausgegangenen Unternehmenskaufs standardgemäß durchgeführte Due Diligence nicht aufdeckte. Erwägt der Erwerber eine Inanspruchnahme der veräußernden Gesellschaft aufgrund fehlender oder unzureichender Aufklärung, so stellt sich für die veräußernde Gesellschaft parallel die Frage nach der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht ihres Leitungsorgans ihr gegenüber.

Auch erleben Unternehmen, insbesondere solche, deren Erfolg auf einem speziellen Dienstleistungsportfolio, den Fertigkeiten und Kenntnissen der Mitarbeiter und personengebundenen Kundenbeziehungen basiert, regelmäßig einen gemeinschaftlichen Unternehmenswechsel von Mitarbeitern, sei es als verlierendes oder als aufnehmendes Unternehmen. Anlässlich eines Unternehmenswechsels von Organmitgliedern und Mitarbeitern

¹³ Im Jahr 2011 wurden laut M&A Review 2012, S. 42 f., in Deutschland rund 1.600 angekündigte Transaktionen mit einem Gesamtvolumen von rund 60 Mrd. USD verzeichnet; dies sei ein zwischenzeitlicher Tiefstand. Zu Entwicklung und Tendenzen des deutschen M&A-Markts sowie Ursachen und Verlauf von M&A-Wellen s. *Picot/Picot/Müller-Stewens* in *Picot HB M&A*, I. 1., II. Zu Motiven und ökonomischem Erfolg von Unternehmenskäufen s. *Hülsberg*, *Unternehmenserwerbe*, S. 15-50; *Seibt* in *Seibt BFB M&A*, Teil A. I.

¹⁴ Dazu oben mit Fn 12. Das Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2010 des *Bundekriminalamts*, S. 6, gibt den Anteil der Wirtschaftskriminalität an den insgesamt polizeilich bekannt gewordenen Straftaten mit 1,7% an, und zwar rund 100.000 Fälle mit rund 37.000 Tatverdächtigen und einem Schaden von rund 4,7 Mrd. Euro, Tendenz steigend; nach Ansicht des BKA geben diese Daten das tatsächliche Ausmaß nur eingeschränkt wieder. Der Studie *Wirtschaftskriminalität der Martin-Luther-Universität und der PricewaterhouseCoopers AG* zufolge berichtet jedes zweite Unternehmen, durch Wirtschaftskriminalität geschädigt worden zu sein, wobei ein Drittel der Fälle und damit die größte Gruppe Vermögensdelikte seien, S. 17 f.; s.a. Studie *Compliance und Unternehmenskultur der Martin-Luther-Universität und der PricewaterhouseCoopers AG*, S. 14 f.

en bloc in der Bau-Branche entschied das Bundesarbeitsgericht, dass die Abwerbung von Mitarbeitern durch einen Konkurrenten ausnahmsweise unlauter und wettbewerbswidrig gemäß §§ 3, 4 Nr. 10 UWG sei, wenn besondere Umstände hinzukämen.¹⁵ Daraus lassen sich Schlussfolgerungen für die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Vorstands der betroffenen Gesellschaft ableiten.

Ferner sind change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen – ursprünglich ein Produkt der anglo-amerikanischen Kautelarpraxis und im deutschen Rechtssystem eine vergleichsweise neue Erscheinung – infolge der Internationalisierung des Rechtsverkehrs und der hohen Anzahl von Unternehmensübernahmen¹⁶ weit verbreitet.¹⁷ Auch wenn der Deutsche Corporate Governance Kodex eine Empfehlung zur Höhe der Zahlungszusage gibt und Gesellschaften diese allgemein akzeptieren,¹⁸ fehlt es doch an rechtsverbindlichen Leitvorgaben zur Gestaltung von change of control-Klauseln. Zudem besteht keine Pflicht zur Einhaltung der Empfehlungen des DCGK, sondern bloß eine Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung und auch nur für börsennotierte Gesellschaften (§ 161 AktG). Das Rahmenthema der Vorstandsvergütung¹⁹ ist in der Rechtswissenschaft, Rechtspraxis, Gesetzgebung, Rechtsprechung und öffentlichen Diskussion präsent. Insbesondere das Mannesmann-Verfahren²⁰ in den Jahren 2004 bis 2006, die Finanzmarkt- und Schuldenkrise

¹⁵ BAGE 143, 165, 165-176.

¹⁶ S. oben Fn 14.

¹⁷ Der Corporate Governance Report 2011 von *von Werder/Böhme*, DB 2011, 1285, 1285-1990, und 1345, 1345-1353, enthält keine Angaben zur Befolungsquote der zugehörigen Empfehlung des DCGK.

¹⁸ So bzgl. DAX-Unternehmen der Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung, S. 19 f., 22; s.a. *Kohl/Rapp/Wolff*, AR 2011, 108, 109, zu DAX- und MDAX-Unternehmen.

¹⁹ Dazu samt Entwicklung *Osterloh/Rost*, Introduction, S. 7, 7-19; *Prinz/Schwalbach*, Managementvergütung, S. 133, 133-154; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 156-214; s.a. *DSW*, Studie zur Vergütung der Vorstände in DAX- und MDAX-Unternehmen im Geschäftsjahr 2010.

²⁰ BGHSt 50, 331, 331-346; vorgehend LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3275-3287, anschließend LG Düsseldorf Beschluss über die vorläufige Einstellung

Einleitung

beginnend im Jahr 2007 und die gesetzgeberische Neufassung der Vorgaben mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung²¹ im Jahr 2009 beendeten das „jahrzehntelang[e ...] Dornröschendasein“²² des § 87 AktG als maßgebliche Norm. Aus der neuen Gesetzeslage und der vorhandenen Rechtsprechung und Literatur lassen sich Vorgaben für die Handhabung von change of control-Klauseln als Element der Vorstandsvergütung ableiten.

B. Ziel, Gang und Grenzen der Arbeit

Die Arbeit möchte einen Beitrag zur Diskussion um gesellschaftsrechtliche und untreuerechtliche Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen und um Corporate Compliance leisten, und zwar bezogen auf die Pflichten und Pflichtverletzung in den drei skizzierten Problemkreisen. Diese werden separat untersucht (**Kapitel 1, 2 und 3**), wobei aufgrund der breiten Sachverhaltsspektren und der Vielzahl denkbarer Rechtsfragen der Untersuchungsrahmen begrenzt ist: Innerhalb jedes Problemkreises wird eine repräsentative Fallgestaltung ausgewählt und vereinfacht dargestellt (Exemplifizierung). Sie dient der Anschaulichkeit und als Grundlage der Untersuchung. Die aus ihrer Analyse gewonnenen Erkenntnisse werden schließlich soweit möglich zusammengefasst und auf den jeweiligen Problemkreis als solchen übertragen (Abstraktion).

Die Untersuchung des jeweiligen konkreten Problemkreises erfolgt entsprechend der intradisziplinären, abstrakten Ausgangsfrage in zweierlei Hinsicht: Zuerst wird das Bestehen originär gesellschaftsrechtlicher Pflichten der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft untersucht.

des Verfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO vom 29.11.2006 und Beschluss über die endgültige Einstellung vom 5.2.2007.

²¹ VorstAG, vom 31.7.2009, BGBl I 2509.

²² *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 18 Rn 164.



Anschließend werden die untreuerafrechtlichen Pflichten der Gesellschaftsorgane bzw. Pflichtverletzungen erörtert.²³

Einen Bogen um die Verantwortlichkeitsprüfungen in den einzelnen Problemkreisen spannen ausgewählte Fragen der Corporate Compliance auf der Organebene und die Ableitung von Handlungsempfehlungen und Verhaltenskriterien für die Rechtsanwendungspraxis bezüglich der drei Problemkreise (**Kapitel 4**).

²³ Entsprechend sind andere Pflichten ausgeklammert. Zudem bleiben Auswirkungen etwaiger Zustimmungen der Eigner, insb. Hauptversammlungsbeschlüsse und Weisungen der Gesellschafter, ebenso außer Betracht wie Elemente der Rechtsfolgenseite und Fragen um Beweislast, Anspruchsdurchsetzung, Verjährung, Vergleich, Haftungsfreistellung, Entlastung, Generalbereinigung, Verzicht, sonstige Vereinbarungen zur Haftungsbefreiung oder -milderung, D&O-Versicherbarkeit etc.





KAPITEL 1

PFLICHTEN DES LEITUNGSORGANS DER VERÄUßERNDEN GESELLSCHAFT BEI COMPLIANCE-VERSTÖßEN DER ZIELGESELLSCHAFT



Den ersten Problemkreis bildet die Frage nach einer gesellschaftsrechtlichen (**B.**) bzw. untreuestrafrechtlichen (**C.**) Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A²⁴-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft, den eine standardgemäße Due Diligence²⁵ im Vorfeld des Unternehmenskaufs nicht aufgedeckt hätte (**A.**).

A. Ausgangsfall

Die Darstellung des exemplarischen Ausgangsfalls (**I.**) unterstützt ein Abriss des Ablaufs eines Unternehmenskaufs (**II.**).

I. Exemplarischer Ausgangsfall

Die Ziel AG ist eine in Deutschland ansässige, weltweit tätige Gesellschaft im alleinigen Eigentum der Parent AG. Nach der Durchführung einer standardgemäßen Due Diligence, die keine Compliance-Verstöße offenlegte, veräußert die Parent AG die Ziel AG im Wege des Anteilsverkehrs.

Kurz nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags wird öffentlich bekannt, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen gegen die Ziel AG als Gesellschaft, einige Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter geführt werden – etwa wegen des Verdachts auf Korruption, Untreue oder Kartellabsprachen. Die Ermittlungen betreffen Ereignisse aus der Zeit, zu der die

²⁴ Die Begriffe Unternehmenskauf, Unternehmenstransaktion, Unternehmensakquisition und Fusionen und Übernahmen (Mergers & Acquisitions, M&A) werden als Sammelbegriffe und meist synonym gebraucht und bezeichnen den Prozess als Ganzes, mit schuldrechtlichen und dinglichen Komponenten.

²⁵ Nicht von Belang sind Fragen im Kontext der Due Diligence, etwa das Recht oder die Pflicht des Erwerbers zur Durchführung, die Pflicht des Veräußerers zur Gestattung sowie Rechte und Pflichten der Zielgesellschaft bzw. ihrer Organe und rechtliche Konsequenzen der Durchführung oder Nichtdurchführung.

Parent AG Eigentümerin der Ziel AG war. Umfangreiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungen und unternehmensinterne Untersuchungen fördern systemimmanente Delinquenzstrukturen der Ziel AG, also einen Compliance-Verstoß, zu Tage.

Der Erwerber macht zivilrechtliche Ansprüche gegen die Parent AG geltend, da sie den Compliance-Verstoß der Ziel AG nicht offen gelegt habe; er erklärt die Anfechtung des Unternehmenskaufvertrags und verlangt die Rückabwicklung des Unternehmenskaufs, hilfsweise Wertabschlag bzw. Schadensersatz für direkte und indirekte Folgen des Compliance-Verstoßes, etwa Umsatzeinbußen, Reputationsschäden, Vertragsstrafen wegen Verzögerungen bei Projekten, Ausschluss von Projekten, Wegfall von Geschäftsbeziehungen, defizitäre Mitarbeitermotivation, Kosten der Aufklärung und Aufarbeitung des Compliance-Verstoßes, Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft, Umstrukturierung und Neuausrichtung der Ziel AG, Kosten eines etwaigen Gerichtsverfahrens gegen die Ziel AG als Gesellschaft im In- und Ausland, Geldbußen samt Gewinnabschöpfung, Kosten eines etwaigen Rechtsstreits der Ziel AG mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern bzw. Mitarbeitern, mögliche Steuernachforderungen, Rückzahlungen eines konzerninternen Liquiditätsausgleichs etc.

II. Ablauf eines Unternehmenskaufs

Die Veräußerung bzw. der Erwerb eines Unternehmens ist ein durchaus standardisierter Prozess. Transaktionsspezifische Gestaltungsvarianten²⁶ beruhen grundsätzlich auf den für die Grundkonstellation – private Übernahme aller Anteile einer Kapitalgesellschaft ohne eigene Beteiligung, Konzernbindung und Börsennotierung, von einem einzigen Verkäufer

²⁶ Besonderheiten ergeben sich etwa durch die rechtliche Gestaltung des Transaktionsprozesses (öffentliche Übernahme, feindliche bzw. unkoordinierte Übernahme, Bieter- oder Auktionsverfahren, Grenzüberschreitungen) und des Kaufvertrags, durch Charakteristika der Zielgesellschaft (Rechtsform, Publikums- oder Familiengesellschaft, Konzern, Konzerngesellschaft, Börsennotierung, Immobiliengesellschaft, Krise bzw. Insolvenz), des Erwerbers (strategischer Investor, Finanzinvestor) oder der Finanzierung.

nach deutschem Recht im Wege des Anteilserwerbs – geltenden Regeln und typischen Elementen (a) – e)).²⁷

Die etablierten Mechanismen dienen dem Ausgleich der Interessen der Parteien. Die Interessen des Erwerbsinteressenten, des Veräußerers und der Zielgesellschaft – sie können divergieren, aber auch zusammenfallen – betreffen insbesondere die Transaktionssicherheit, die Kaufpreishöhe, die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags, die Offenlegung bzw. Geheimhaltung von Informationen über die Zielgesellschaft und deren Handhabung nach der Transaktion. Besonders hinsichtlich der Offenlegung nachteiliger Informationen besteht ein Interessenkonflikt des Veräußerers, da dies zwar den Kaufpreis reduzieren aber auch das Haftungsrisiko senken kann. Der Erwerbsinteressent seinerseits ist auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Information angewiesen.

1. Sondierung und erste Vereinbarungen

Zunächst bestimmen Veräußerer und Interessent das exakte Zielobjekt, den Kreis potentieller Erwerber bzw. Konkurrenten sowie den Rahmen des Kaufpreises und die Verkaufsbedingungen. Ernsthaft Kaufinteressierten legt der Veräußerer ein Informationsmemorandum vor, das die Grundlage einer ersten Analyse der Zielgesellschaft bildet und keine vertraulichen Informationen enthält. Bei konkreteren Vertragsverhandlungen wird zur Wahrung des Geheimhaltungsinteresses des Verkäufers bezüglich der Verkaufsabsicht und sensibler Informationen über die Zielgesellschaft und zum Schutz der Organe vor den Konsequenzen einer rechtswidrigen Informationsweitergabe eine Vertraulichkeitsvereinbarung geschlossen.

²⁷ Zum Ablauf von Unternehmenskäufen s. *Andreas* in B/F BMHB Due Diligence, § 2 Rn 6-14, 21 f.; *Berens/Mertens/Strauch* in B/B/S Due Diligence, S. 21-55; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 19; *Hölters/Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, I.C., VII.; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, I.; *van Kann* in van Kann PHB Unternehmenskauf, I.D; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, II.; *Picot* in Picot HB M&A, IX., X.

Zudem kann eine Partei eine Absichtserklärung abgeben, in der sie einseitig ihr Transaktionsinteresse und insbesondere bisherige Verhandlungsergebnisse sowie Vereinbarungen über den weiteren Verhandlungsverlauf dokumentiert. Die andere Partei zeichnet gegebenenfalls gegen. Alternativ können beide Parteien Verhandlungsergebnisse zu einzelnen Eckpunkten gemeinsam schriftlich in einer Punktation festhalten. Regelmäßig begründet keine dieser Vereinbarungen eine Pflicht zum Vertragsschluss (§ 154 Abs. 1 BGB).²⁸ Allerdings entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB mit der gegenseitigen Pflicht zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen.

2. Analyse: Due Diligence und Unternehmensbewertung

Sind beide Verhandlungspartner ernsthaft an einer Transaktion interessiert, so nimmt der Erwerbsinteressent innerhalb eines vereinbarten Zeitraums regelmäßig eine Prüfung der rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Kaufobjekts und der Chancen und Risiken des Kaufs, die Due Diligence, vor, und zwar anhand von durch den Veräußerer zur Verfügung gestellter Dokumente sowie von Antworten auf gestellte Fragen.²⁹ Die Due Diligence dient der Ermittlung, Offenlegung, Analyse und Dokumentation entscheidungsrelevanter und unternehmensbewertungsrelevanter Informationen (insbesondere so genannte red flags und deal breaker) sowie der Minimierung der Informationsasymmetrie zwischen den Parteien und dem Beleg der Sorgfalt der

²⁸ Für eine hohe Transaktionssicherheit können die Verhandlungspartner einen beiderseits verbindlichen Vorvertrag schließen oder ein einseitiges Optionsrecht vereinbaren. Da dazu der Inhalt des Hauptvertrags feststehen bzw. richterlich bestimmbar sein muss, dieser also auch direkt geschlossen werden könnte, geschieht dies recht selten.

²⁹ Ursprünglich bedeutete der Begriff due diligence gebotene, erforderliche, verkehrübliche Sorgfalt. Mittlerweile ist er als eigener Terminus für die Risikoprüfung der Zielgesellschaft etabliert.

Entscheidungsträger.³⁰ Als Sachgesamtheit und operativer Organismus stellt ein Unternehmen ein Bündel sich ständig ändernder Forderungen und Verbindlichkeiten dar, dessen Bewertung³¹ mit Unsicherheiten verbunden ist. Zwar ist letztlich allein die Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer und damit das marktwirtschaftliche Prinzip von Angebot und Nachfrage kaufpreisbestimmend,³² allerdings ermöglicht die Unternehmensbewertung eine Ermittlung des Werts der Zielgesellschaft anhand nachvollziehbarer Kriterien.

Eine Due Diligence erfolgt mehrmals während des Transaktionsprozesses, wobei die Intensität des Informationsaustauschs mit dem Verhandlungsstadium korrespondiert: In der Sondierungsphase findet die so genannte pre(-negotiation) Due Diligence statt. In der Analysephase wird die (pre-acquisition) Due Diligence durchgeführt. Zwischen Vertragsschluss und Vertragsvollzug prüft der Erwerber die Abrechnungsbilanz (post-signing Due Diligence, confirmatory Due Diligence), gegebenenfalls zwecks Kaufpreisanpassung. Sobald der Erwerber freien Zugang zu allen Informationen hat, kann er eine so genannte post-acquisition Due Diligence durchführen, insbesondere zur Überprüfung der Vertragserfüllung und zur Geltendmachung von Freistellungs- und Garantieansprüchen.

3. Vertragsverhandlungen

Die Schwerpunkte der sich anschließenden Vertragsverhandlungen bilden die Regelungen zu Kaufpreis, Garantien und Haftung. Für jede Partei gibt es Bereiche des Entgegenkommens und Aspekte, auf deren Durchsetzung

³⁰ S. *Beisel/Andreas* in B/F BMHB Due Diligence, § 1 Rn 11-16, 23-34, § 2 Rn 30-41; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 2 Rn 4; *Berens/Schmitting/Strauch* in B/B/S Due Diligence, S. 69-82; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 19 Rn 74, 75.

³¹ Dazu *Klein/Jonas* in B/B/S Due Diligence, S. 155-175; *Widmann* in Hölters HB Unternehmenskauf, II. Zur Vereinheitlichung der Bewertungspraxis hat das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland „Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ (IDW S1) erstellt.

³² So *Hölters* in Hölters HB Unternehmenskauf, I.C. Rn 173.

zwingend bestanden wird. Üblicherweise dokumentieren die Parteien die kaufpreisbestimmenden Faktoren und Annahmen und die Kaufpreisregelung und die Garantien im Unternehmenskaufvertrag reflektieren sie.

Zur adäquaten Risikoallokation schaffen die Parteien regelmäßig ein eigenes, umfassendes Haftungssystem, das, soweit zulässig, die gesetzliche Haftung unabhängig vom Rechtsgrund ausschließt und ersetzt.³³

4. Abschluss des Unternehmenskaufvertrags und Vollzug

Gelingen die Vertragsverhandlungen, wird ein Unternehmenskaufvertrag geschlossen (Verpflichtungsebene). Anschließend folgen die Kaufpreiszahlung und – falls Bedingungen³⁴ zu erfüllen sind später – der Vollzug des Unternehmenskaufvertrags (Verfügungsebene), also die Eigentumsübertragung.

5. Post-M&A-Phase

Schließlich folgt der praktische Vollzug der Transaktion, beispielsweise eine post-acquisition Due Diligence, Kaufpreisanpassungen, Neustruktur-

³³ Dazu unten B.I.Exkurs; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 19 Rn 46-48, Kap 20.4 (mit Muster); *Berens/Schmitting/Strauch/Picot* in B/B/S Due Diligence, S. 94-98, 310-313; *Eigler* in van Kann PHB Unternehmenskauf, III.A., B. mit Anh III.6, 7 (mit Muster); *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 21 Rn 64-75, 206-233 mit Anh 5 (mit Muster); *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 641, 643, 676-733; *von Hoyenberg* in S/W MVHB Bd 2, IV.3, IV.4 mit Anm 100, 101, IV.5 (mit Muster); *Hübner*, BB 2010, 1483, 1483; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 153, 154, 894-907, Anh 1, 3, 4 (mit Muster); *Louven*, M&A, §§ 7, 8, 11 (mit Muster); *Picot* in Picot HB M&A, X.6.; *von Schorlemer* in L/P/G BFB GmbHR, D.III. mit Anm 26-30, 47-49 (mit Muster); *Schrader/Bastuck* in Seibt BFB M&A, C.II.1. mit Anm 92, 93, C.II.2. mit Anm 90, C.II.3. mit Anm 30, 32, C.III.2 mit Anm 25, 27, D.I. (mit Muster); *Semler* in Hölterers HB Unternehmenskauf, VII. Rn 237-239, 249 mit Anh A.I., II., III. (mit Muster); *Wächter*, M&A Litigation, Rn 354-474; *Wenz* in Meyer-Landrut FB GmbHR, D.1, 2 mit Anm 23-25, 32-40.

³⁴ Dies ergibt sich aus gesetzlichen Vorgaben bzw. dem Unternehmenskaufvertrag, etwa kartellrechtliche Freigaben, öffentlich-rechtliche Genehmigungen, gesellschaftsrechtliche Zustimmungserfordernisse, Modalitäten zur Kaufpreiszahlung und Sicherheitsleistung, Vorlage von Zwischenabschlüssen und Abspaltung von Unternehmensteilen.

turierungen und Eingliederungen in die Organisationsstruktur des Erwerbers. Ist der Erwerber ein Finanzinvestor, so bereitet er eine Weiterveräußerung vor.

B. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft bei einem Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft

Die Frage nach einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft betrifft zwei ineinandergreifende Pflichtverhältnisse: das Pflichtverhältnis zwischen der veräußernden Gesellschaft und dem Erwerber als Außenverhältnis und das Pflichtverhältnis zwischen dem Leitungsorgan und der veräußernden Gesellschaft als Innenverhältnis. Mit Blick auf diese Pflichten ist zu beachten, dass die Beurteilung eines Verhaltens als pflichtgemäß oder pflichtwidrig grundsätzlich aus der ex ante-Perspektive³⁵ erfolgt.

Zunächst ist zu klären, ob und inwiefern der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis gegenüber dem Erwerber eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung über konkrete Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft obliegt (**I.**). Eine solche vorvertragliche Aufklärungspflicht ist die Pflicht, den potentiellen Vertragspartner unaufgefordert über Umstände zu informieren. Anschließend ist zu untersuchen, ob die Verletzung einer solchen Aufklärungspflicht im Außenverhältnis zugleich eine Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis begründet (**II.**).

³⁵ BGHZ 175, 365, 371 (Rn 20) – UMTS; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 109, Kap 8 Rn 1; *Bittmann*, NStZ 2011, 361, 363; *Bock*, Compliance, S. 506-511, 782; *Fischer*, StGB, § 266 Rn 68; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 242; *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265, 266, 273; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 202.

I. Außenverhältnis: vorvertragliche Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Aufklärung über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft

Die Frage nach einer solchen Aufklärungspflicht stellt sich während der Vertragsverhandlungen, also vor Vertragsschluss, und ausschließlich in Konstellationen, in denen die veräußernde Gesellschaft zwischen zwei Optionen wählt: eigeninitiative Aufklärung versus Schweigen. Die Rechtsgrundlage einer solchen vorvertraglichen Aufklärungspflicht bildet das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber im Sinne von §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

Im Kern ist die Frage nach dieser Aufklärungspflicht eine Frage der Risiko- und Verantwortungszuordnung: Fallen Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft in die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Erwerbers (Erkundigungspflicht) oder in die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Veräußerers (Aufklärungspflicht)?

Anhand des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes zu Aufklärungspflichten (1.), der Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht beim Kauf allgemein (2.) und beim Unternehmenskauf allgemein (3.) lassen sich Schlussfolgerungen (4.) für eine etwaige vorvertragliche Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (*culpa in contrahendo*) im Sinne der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ziehen.

Da der Ausschluss der Haftung für vorvertragliches Verschulden (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) im Unternehmenskaufvertrag grundsätzlich zulässig und üblich ist,³⁶ werden in einem Exkurs Compliance-Garantien im Unternehmenskaufvertrag vorgestellt.

³⁶ S. unten Exkurs.

Von der vorgestellten Konstellation zu unterscheiden und vorliegend nicht relevant sind Konstellationen, in denen die veräußernde Gesellschaft eigeninitiativ oder auf Nachfrage des Erwerbers, ausdrücklich oder konkludent eine Falschinformation erteilt oder Verdeckungsmaßnahmen ergreift;³⁷ die Frage nach einer Aufklärungspflicht stellt sich nicht.

Ebenso wenig ist die Frage nach einer Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über konkrete Compliance-Verstöße zu verwechseln mit der Frage nach einer deliktischen Organaußenhaftung bzw. Betrugsstrafbarkeit des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse – das Verhältnis zwischen der veräußernden Gesellschaft, handelnd durch das Leitungsorgan, und dem Erwerber einerseits und andererseits das Verhältnis zwischen dem Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft und dem Erwerber – und um zwei unterschiedliche rechtliche Anknüpfungspunkte – Vorvertragsrecht einerseits und andererseits Deliktsrecht.

1. Grundsatz: keine allgemeine Aufklärungspflicht

Das deutsche Zivilrecht kennt keine allgemeine, vorvertragliche Aufklärungspflicht – es besteht keine generelle Pflicht zur Information der anderen Vertragspartei hinsichtlich aller potentiell entscheidungsrelevanten Umstände.³⁸ Grundsätzlich obliegt es jeder Vertragspartei selbst, ihre

³⁷ Die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft bzw. Antwort, die dadurch verletzt würde, ist allgemein anerkannt, s. BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079 f.; BGHZ 180, 205, 205 (LS); BGH Grundeigentum 2008, 983, 984; BGH NJW 1977, 1055, 1056; *Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 132, § 311 Rn 70, 91; *Ellenberger/Grüneberg* in Palandt BGB, § 123 Rn 5a, § 311 Rn 40; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 32, § 241 Rn 55, § 311 Rn 74; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 115 f.; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485 f.; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.a); *ders.* in *B/B/S Due Diligence*, S. 303; *Singer/von Finckenstein/Olzen* in *Staudinger*, § 123 Rn 10, § 241 Rn 449; *Wächter*, *M&A Litigation*, Rn 491-497.

³⁸ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NZG 1998, 506, 507; BGH NJW-RR 1996, 429; BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1970, 653, 655; *Armbrüster/Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 31, 36, § 241

Interessen wahrzunehmen bzw. zu schützen, die notwendigen Informationen zu beschaffen, sich eine gesicherte Entscheidungsgrundlage zu erschaffen und die Vorteile und Nachteile einer Entscheidung zu ermitteln (caveat emptor).³⁹ Sie trägt dieses Risiko.

Insbesondere muss eine Partei die andere Partei nicht ungefragt über einen Umstand aufklären, von dem sie annehmen kann, dass die andere Partei nachfragt, falls sie Wert auf die Information legt.⁴⁰

Der dargelegte Grundsatz beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie und auf dem darin enthaltenen Prinzip der Selbstverantwortung für rechtsgeschäftliches Handeln.⁴¹ Grundsätzlich hat jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs selbst und eigenverantwortlich für die Wahrung seiner eigenen Interessen zu sorgen (caveat emptor).

Zudem ist jedem Synallagma ein Interessenwiderstreit zwischen den Parteien inhärent. Jede Partei verfolgt, abgesehen von Rücksichtnahmepflichten zugunsten der anderen, grundsätzlich ihre eigenen Interessen.

Rn 142, § 311 Rn 72; *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 5; *Feuerborn* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131, 138; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Olzen/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, 13, 18, § 241 Rn 455, Eckpfeiler D Rn 50.

³⁹ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1987, 909, 910; *Armbrüster/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 31, 36, § 311 Rn 72; *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 5; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30, § 311 Rn 75; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485; *Picot* in Picot HB M&A, IX.2., 4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 298, 300; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, Eckpfeiler D Rn 50; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 498, 500.

⁴⁰ BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1987, 909, 910; *Armbrüster/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 36, § 311 Rn 91; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 1 Rn 57; *Picot* in B/B/S Due Diligence, S. 303; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; s.a. *Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 311 Rn 75.

⁴¹ *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30, § 311 Rn 75; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 129; *Singer/von Finckenstein/Olzen* in Staudinger, § 123 Rn 10, § 241 Rn 444.



Eine fremdnützige Interessenwahrnehmung wie die Aufklärung des anderen ist dem Synallagma grundsätzlich fremd. Demnach kann einer Partei eine Pflicht zur Aufklärung nicht bloß deshalb obliegen, weil sie Kenntnis von Informationen hat, die der anderen Partei (vermutlich) unbekannt, aber für ihre Entscheidung über den Vertragsschluss vernünftigerweise von wesentlicher Bedeutung sind.⁴²

2. Formel der allgemeinen Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht

Die Verhaltenspflichten während der Vertragsverhandlungen, genauer die Rücksichtnahmepflichten und insbesondere die Aufklärungspflichten während Kaufvertragsverhandlungen, sind in den Normen zum vorvertraglichen Schuldverhältnis (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) nicht konkret benannt, sondern anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.⁴³ Nach der allgemeinen, von der Rechtsprechung entwickelten Formel besteht eine vorvertragliche Aufklärungspflicht nur ausnahmsweise und in engen Grenzen, und zwar ausschließlich über solche dem Veräußerer bekannten Umstände, die für den Entschluss des Erwerbers von wesentlicher Bedeutung sind, etwa weil sie den Vertragszweck vereiteln können, sofern er die Mitteilung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung redlicherweise erwarten kann,⁴⁴ wenn also das

⁴² BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1970, 653, 655; s.a. *Bachmann/Roth* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 142; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128; *Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 311 Rn 75; *Olzen* in Staudinger, § 241 Rn 444.

⁴³ BGH NJW 1991, 1223, 1224; BGH NJW 1987, 909, 910; BGH NJW 1970, 653, 655; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 115, 138 f.; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Löwisch/Busche* in Staudinger, § 123 Rn 10, § 311 Rn 118, Eckpfeiler F Rn 76.

⁴⁴ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079; BGH NJW 2010, 858, 858; BGH NJW 2007, 3057, 3059; BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NJW 2002, 1042, 1043 mit Verweis auf BGH NJW 2001, 2163, 2163-2165 und BGH NJ 2001, 483, 483; BGH NJW 2001, 64, 64; BGH NJW 2000, 803, 804; BGH NZG 1998, 506, 507; BGHZ 132, 30, 34; BGH NJW-RR 1996, 429; BGHZ 117, 280, 283; BGH NJW 1991, 1223, 1224; BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW-RR 1988, 394, 394; BGH NJW 1987,

Schweigen gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstieße. Es obliegt grundsätzlich dem Erwerber, sich zu informieren und nachzufragen. Das Risiko liegt bei ihm.

Für eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Veräußerers über einen bestimmten Umstand müssen demnach drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Kenntnis⁴⁵ des Veräußerers von dem Umstand, Potential des Umstands zur Vereitelung des Vertragszwecks des Erwerbers oder sonstige wesentliche Entscheidungsrelevanz und Erwartbarkeit der Aufklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung.

3. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur vorvertraglichen Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen allgemein

Rechtsprechung zu einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht speziell über Compliance-Verstöße bei Unternehmenskäufen und basierend auf der aktuellen Rechtslage ist nicht ersichtlich. Deshalb wird auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen, die allgemein zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten bei Unternehmenskäufen und

909, 910; BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1980, 2460, 2461; BGH NJW 1979, 2243, 2243; BGH WM 1976, 401, 402; BGH NJW 1970, 653, 655; *Armbrüster/Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 32, 36, § 241 Rn 148, § 311 Rn 83, 91; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 1 Rn 53, 57; *Eigler* in van Kann PHB Unternehmenskauf, III.A.I.3.; *Ellenberger/Grüneberg* in Palandt BGB, § 123 Rn 5b, § 311 Rn 40; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 31, 33, § 241 Rn 56, § 311 Rn 75; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 91 Rn 96, § 21 Rn 18; *Haas/Müller*, GmbHR 2004, 1169, 1172; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131, 138; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 636; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485, 1489; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 74; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 298, 301-303; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Olzen/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, 13, 18, § 241 Rn 442-445, 455, Eckpfeiler D Rn 49, 50; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 506.

⁴⁵ Eine Aufklärungspflicht kann sachlogisch nur bei Kenntnis der Information, bei einer Informationsasymmetrie bestehen; *Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 140, § 311 Rn 76; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 231 m.w.N.

bezogen auf Sachverhalte vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 ergangen sind (a), b), c) .

a) Ablehnung einer Aufklärungspflicht

Der Bundesgerichtshof verneinte im Jahr 1986 bei dem Kauf eines Sportgeschäfts zum Preis von rund 100.000 DM die Pflicht des Veräußerers, vorvertraglich „zu offenbaren, daß seine Ehefrau alsbald ein Konkurrenzgeschäft eröffnen werde.“⁴⁶

Ebenso entschied der Bundesgerichtshof im Jahr 1988 zum Kauf einer Arztpraxis zum Preis von 150.000 DM, dass der Veräußerer nicht verpflichtet war, im Vorhinein darüber zu informieren, dass einige sehr hohe Honorarträge auf einige wenige Patienten entfielen. Es obliege dem Erwerber, derartigen Risiken vorzubeugen, und zwar durch entsprechendes Nachfragen.⁴⁷

Im Jahr 1991 verneinte der Bundesgerichtshof zum Kauf einer Steuerberaterpraxis in Form einer GmbH zum Preis von wohl 170.000 DM unter Berücksichtigung der Umstände und Abwägung der tangierten Interessen des konkreten Einzelfalls und der Geschäftsgewandtheit des Erwerbers eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Veräußerers über die Unzuverlässigkeit eines Mitarbeiters. Vielmehr habe der Erwerber sich zu informieren, sei es durch Nachfragen, Einsichtnahme in Unterlagen oder Einholen von Auskünften.⁴⁸

b) Anerkennung einer Aufklärungspflicht

Der Bundesgerichtshof entschied im Jahr 1995 bezüglich des Kaufs eines Unternehmens aus dem Sektor der Informationstechnologie zum Preis von 1,3 Mio. DM, dass dem Veräußerer eine vorvertragliche Aufklärungs-

⁴⁶ BGH NJW 1987, 909, 910.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 763, 764.

⁴⁸ BGH NJW 1991, 1223, 1224.

pflcht über eine kündigungsbedingte Umsatzreduktion um 40% kurz vor dem Vertragsschluss obliege.⁴⁹

Im Jahr 1998 bejahte der Bundesgerichtshof bei dem Erwerb von einem Drittel der Geschäftsanteile einer Handelsgesellschaft zum Preis von 17.000 DM eine vorvertragliche Aufklärungspflicht über die angespannte finanzielle Lage der Gesellschaft bzw. über drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Konkursreife, also die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft. Denn der Vertragszweck des Erwerbers, nämlich die Fortführung einer Gesellschaft unter seiner Beteiligung, sei ernsthaft gefährdet.⁵⁰

Gleichermaßen verneinte der Bundesgerichtshof im Jahr 2001 in zwei Urteilen bei dem Kauf von zwei Fünfteln der Geschäftsanteile einer Baustoffhandelsgesellschaft zum Nennwert von rund 21.000 DM zwar das Vorliegen eines Unternehmenskaufs im Sinne des damaligen Kaufrechts, bejahte allerdings eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich aller „Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung“; denn damit sei der vom Erwerber verfolgte Vertragszweck der Beteiligung an einer lebensfähigen Gesellschaft zumindest ernsthaft gefährdet.⁵¹ Der Bundesgerichtshof spricht von einer gesteigerten Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen. So sei beim Erwerb eines Unternehmens „insbesondere zu berücksichtigen, daß der Kaufinteressent – für den Verkäufer erkennbar – sich ein einigermaßen zutreffendes Bild von den wertbildenden Faktoren [...] nur an Hand der [...] Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers machen kann. Diese Erschwerung der Bewertung des Kaufobjekts durch einen außenstehenden Interessenten, die auch durch dessen möglicherweise vorhandene

⁴⁹ BGH NJW-RR 1996, 429.

⁵⁰ BGH NZG 1998, 506, 507.

⁵¹ BGH NJW 2001, 2163, 2163, 2164 (LS); s.a. BGH Urteil vom 15.6.2005 – VIII ZR 118/03 Rn 11, 13; BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NJW 2002, 1042, 1043.

Sachkunde nicht ausgeglichen wird, und seine besondere Abhängigkeit von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen [...] sowie die regelmäßig weitreichenden wirtschaftlichen Folgen der Kaufentscheidung rechtfertigen es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen“.⁵²

Im Folgejahr knüpfte der Bundesgerichtshof an die drei vorausgegangenen Entscheidungen an und entschied zum Kauf eines Fitnessstudios zum Preis von rund 240.000 DM: Der Veräußerer habe dem Erwerber „*ungefragt sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens zu offenbaren, wenn diese dazu führen können, daß die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft ernsthaft gefährdet ist, weil ihr Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung droht*“.⁵³

Zwei Jahre darauf wiederholte der Bundesgerichtshof bezüglich der Veräußerung des Großteils der Geschäftsanteile an einer Werbeagentur zum Preis von rund 62.000 DM, dass sich die Aufklärungspflicht „*auf alle Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung*“, erstrecke.⁵⁴

Bereits im Jahr 2001, rund zwei Monate vor der eben dargestellten Entscheidung aus demselben Jahr, hatte sich der Bundesgerichtshof zum Unternehmenskauf eines Getränkegroßhandels im Wege des Einzelrechtserwerbs zum Preis von rund 1,2 Mio. DM aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Vertragszwecks, explizit dafür ausgesprochen, dass sich die grundsätzlich gesteigerte Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen wiederum reduzieren könne, wenn der Erwerber keine Schulden übernehme und das Unternehmen in seinen eigenen, bran-

⁵² S. Nachweis zuvor.

⁵³ BGH NZG 2002, 644, 645, mit Verweis auf BGH NJW 2001, 2163, 2163-2165, und BGH NZG 1998, 506, 506 f.

⁵⁴ BGH Urteil vom 15.6.2005 – VIII ZR 118/03 Rn 11, 13, mit Verweis auf BGH NJW 2001, 2163, 2163-2165.

chengleichen Betrieb eingliedern wolle. Denn dann bestehe der Vertragszweck des Erwerbers primär in dem Erwerb des Kundenstamms, der Erhöhung des Marktanteils und der gewinnbringenden Erzielung von Synergieeffekten. Selbst dann und auch wenn kaum Verbindlichkeiten übernommen würden, seien die in den Vorjahren erwirtschafteten Verluste und die Gründe dafür nicht ohne Bedeutung für seine Kaufentscheidung, denn sie könnten auch künftig negativ wirken. *„Da diese Umstände geeignet waren, den Vertragszweck [...] zu vereiteln oder zumindest erheblich zu gefährden, war [...] der Veräußerer] verpflichtet, den [...] Erwerber] im Zuge der Vertragsverhandlungen auf die Verluste der vergangenen Jahre auch ungefragt hinzuweisen.“* Dieser Aufklärungspflicht habe der Veräußerer allerdings bereits genügt, indem er den Erwerber explizit darauf hinwies, er *„wolle verkaufen, weil es sich bei dem verkauften Unternehmen in der geführten Form um ein Verlustgeschäft handele.“* Da der Erwerber hinreichend sach- und branchenkundig war und vor dem Erwerb die Gelegenheit zur ausgiebigen Selbstinformation gehabt und jede erfragte Information erhalten hatte, musste der Veräußerer die Verluste der vergangenen Jahre nicht ungefragt im Einzelnen darlegen. Vielmehr sei von dem Erwerber zu erwarten, dass er sich auf den vorausgegangenen Hinweis des Veräußerers die relevanten, aussagekräftigen Unterlagen hätte vorlegen lassen, wenn sie für ihn von Interesse gewesen wären.⁵⁵

c) Einordnung der Entscheidungen

Die Rechtsprechung zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten bei Unternehmenskäufen im Allgemeinen ist gefestigt. Der Bundesgerichtshof wendet den dargestellten Grundsatz – keine allgemeine Aufklärungspflicht – und die Formel für das ausnahmsweise Bestehen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht stringent auf Unternehmenskäufe an und bestätigt beides ausdrücklich: Grundsätzlich obliegt dem Veräußerer

⁵⁵ BGH NJW 2002, 1042, 1043 f.

keine vorvertragliche Aufklärungspflicht. Das Risiko liegt bei dem Erwerber. Zu einer Risikoverlagerung kommt es ausschließlich bei einem Umstand, der sowohl dem Veräußerer bekannt ist als auch eine Existenzgefährdung für die Zielgesellschaft birgt. Dann bestehe⁵⁶ eine vorvertragliche Aufklärungspflicht. In den anderen Fällen steht es dem Erwerber stets frei, nachzufragen und den Veräußerer damit zur wahrheitsgemäßen Antwort zu verpflichten.

Zur Begründung stellt der Bundesgerichtshof darauf ab, dass eine Existenzgefährdung das Potential zur Vereitelung des Vertragszwecks des Erwerbers, nämlich die Fortführung einer lebensfähigen Gesellschaft, hat. Aufgrund dessen haben existenzgefährdende Umstände eine wesentliche Entscheidungsrelevanz und die Aufklärung darüber ist nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung zu erwarten. Zudem bezieht der Bundesgerichtshof ein, dass es dem Erwerber grundsätzlich frei stehe bzw. es an ihm liege, sich selbst zu informieren und insbesondere nachzufragen.

Hinsichtlich des Umfangs der vorvertraglichen Aufklärungspflicht nimmt der Bundesgerichtshof bei Unternehmenskäufen eine grundsätzliche Steigerung der Aufklärungspflicht an. Er begründet dies mit der ökonomischen Tragweite von Unternehmenskäufen, der limitierten und erschwerten Möglichkeit des Erwerbers zur Selbstinformation und seiner Abhängigkeit vom Veräußerer dabei. Gleichzeitig betont der Bundesgerichtshof die Notwendigkeit zur Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls und eröffnet darüber die Möglichkeit zur Reduktion des Umfangs der Aufklärungspflicht.

Als Kriterien zieht der Bundesgerichtshof auch insoweit den Vertragszweck, die Ausgestaltung des Unternehmenskaufvertrags, die Geschäftsgewandtheit und Sachkenntnis des Erwerbers und die konkret voraus-

⁵⁶ Henssler in FS Hopt, S. 113, 131 f., kommt bei abstrakter Anwendung der Formel zu demselben Ergebnis; s.a. *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 638.

gegangene Gelegenheit zur Selbstinformation, insbesondere durch Nachfragen, heran. Darüber hinaus sei relevant, ob von dem Erwerber erwartet werden könne, dass er auf den Hinweis auf das existenzgefährdende Risiko hin, weitere Information verlangte, sofern er Wert darauf lege.

Die Rechtsprechung zum Umfang der vorvertraglichen Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen ist allerdings, wie der Bundesgerichtshof selbst andeutet,⁵⁷ einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Lediglich die Aussage, dass der Umfang sich anhand des konkreten Einzelfalls bestimmt, ist verallgemeinerungsfähig.

Mit Blick auf den Kontext der Rechtsprechung ist zudem folgendes zu bedenken: Zum einen betreffen die Entscheidungen die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002. Damals wurden die Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis aufgrund der Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Gewährleistungsrechts für Unternehmenskäufe erheblich weiter gefasst. Durch die Schuldrechtsreform sind diese Schwächen weitgehend behoben und die vertraglichen Regelungen reichen weiter. Der Anwendungsbereich und die Funktion der culpa in contrahendo bei Unternehmenskäufen sind verändert; die vorvertraglichen Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis sind heute enger gefasst.⁵⁸

Zum anderen wird die weit überwiegende Anzahl von post-M&A-Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden. Vor staatlichen Gerichten wird nur eine geringe Anzahl von Sachverhalten verhandelt, die zudem tendenziell atypische Fälle des Unternehmenskaufs darstellen, etwa der Erwerb von Kleinunternehmen, Praxen und Geschäftsanteilen im unteren

⁵⁷ BGH NJW 2002, 1042, 1043.

⁵⁸ So auch *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 114 f., 133; *Eigler* in van Kann PHB Unternehmenskauf, III.A.I.3. A.A. (ohne Begründung): wohl *Haas/Müller GmbH* 2004, 1169, 1172; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 5 Rn 17.

finanziellen Rahmen durch unerfahrene und weniger weitreichend beratene Erwerber.⁵⁹

4. Schlussfolgerungen zur Aufklärungspflicht über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft

Anhand des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes zu Aufklärungspflichten, der Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht beim Kauf allgemein und der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf allgemein lassen sich Schlussfolgerungen zum Bestehen (**a**) und zum Umfang (**b**) einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft, den eine standardgemäße Due Diligence nicht aufdeckt, aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ziehen.

a) Aufklärungspflicht nur bei Kenntnis und Existenzgefährdungspotential des Compliance-Verstoßes

Grundsätzlich besteht keine vorvertragliche Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Aufklärung des Erwerbers über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft. Das ändert sich der Formel gemäß ausnahmsweise, wenn zum einen die veräußernde Gesellschaft Kenntnis von dem Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft hat und zum anderen der Compliance-Verstoß das Potential zur Vereitelung des Vertragszwecks des Erwerbers oder sonstige wesentliche Entscheidungsrelevanz hat und die Aufklärung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung erwartet werden kann. Aus der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt sich ableiten, dass eine vorvertragliche Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Aufklärung des Erwerbers über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft ausschließlich dann besteht,

⁵⁹ Vgl. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 113, 133 f.; *Hölters* in Hölters HB Unternehmenskauf, I. Rn 194, 195; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 1313-1350.

wenn der Compliance-Verstoß eine Existenzgefährdung birgt und die veräußernde Gesellschaft Kenntnis davon hat.

Diese Risikoordnung behält die grundsätzliche Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien entsprechend der Privatautonomie, der Selbstverantwortung und der Interessenwahrung im Synallagma (caveat emptor) bei: Compliance-Verstöße fallen grundsätzlich in die Risikosphäre des Erwerbers.⁶⁰ Ausnahmsweise fallen existenzgefährdende Compliance-Verstöße in die Verantwortungssphäre des Veräußerers, sofern er Kenntnis davon hat. Über diese muss der Veräußerer aufklären, über nicht-existenzgefährdende nicht. Hinsichtlich letzterer ist der Erwerber allerdings keinesfalls schutzlos: Er kann selbst aktiv werden und sich selbst schützen. Es obliegt ihm, seine Interessen zu wahren und es steht ihm stets frei, nachzufragen und den Veräußerer damit zur wahrheitsgemäßen Antwort über die Compliance der Zielgesellschaft zu verpflichten. Darüber hinaus ist der Erwerber nicht schutzwürdig.

Diese Risikoordnung wird den Gegebenheiten von Unternehmenskäufen gerecht. Auch wenn ein Unternehmenskauf regelmäßig kein alltägliches Geschäft ist und besondere Risiken birgt, so treffen dabei doch typischerweise geschäftsgewandte, sachkundige Parteien unterstützt von Experten aufeinander. Es herrschen sozusagen Waffengleichheit und Professionalität. Zudem ist ein Unternehmenskauf⁶¹ ein intensiver und durchaus standardisierter Prozess mit typischen Elementen, die dem Interessenausgleich zwischen den Parteien dienen. Dieser Prozess bietet dem Erwerber nicht nur allgemein Gelegenheiten zur Information bzw. Nachfrage auch über einen Compliance-Verstoß, sondern plant sie sogar eigens und wiederholt ein, etwa in Form von Marktrecherchen, Informationsmemoranda, Due Diligence, Präsentationen des Managements und Vertragsverhandlungen. Der Erwerber kann beispielsweise Fragen zur

⁶⁰ Allg. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 138; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 349 f.

⁶¹ Dazu ausführlich oben A.II.



Compliance der Zielgesellschaft in die Due Diligence aufnehmen (Compliance Due Diligence).⁶² Parallel bzw. alternativ besteht die Möglichkeit, abstrakte Risiken durch Regelungen im Unternehmenskaufvertrag aufzufangen.⁶³ Legt der Erwerber also Wert auf Informationen über Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft, so bietet sich ihm vielfach die Gelegenheit, nachzufragen und den Veräußerer damit zur wahrheitsgemäßen Antwort zu verpflichten. Fragt der Erwerber trotz seiner Professionalität und Expertise, der mehrfachen Gelegenheit und der allgemeinen Präsenz der Thematik Compliance nicht nach, so lässt sich annehmen, dass diese Information für ihn nicht relevant ist. Dann muss der Veräußerer darüber auch nicht aufklären.

Fehlt dem Veräußerer die Kenntnis über das Ausmaß des Compliance-Verstoßes der Zielgesellschaft und besteht damit Unsicherheit hinsichtlich des Potenzials der Existenzgefährdung, so hat der Veräußerer darüber, also über das Nichtwissen und über die Basis seines Kenntnisstands aufzuklären. Denn Arglist liegt bereits bei bedingtem Vorsatz vor⁶⁴ und eine

⁶² Auch als Integrity Due Diligence bezeichnet und nicht zu verwechseln mit der Compliance der Transaktion selbst, also der regelkonformen Durchführung, dazu *Fietz* in *Umnuß Compliance*, Kap 9; *Jäger/Rödl/Campos Nave*, *PHB Compliance*, S. 340-386. Zur Compliance-Due Diligence *Andreas/Störk/Görtz* in *B/F BMHB Due Diligence*, § 41, Anh S. 707-710 (mit Muster); *Fietz* in *Umnuß Compliance*, Kap 9 Rn 63; *Liese*, *BB-Spezial* 2010/4, 27, 28-30 (mit Muster); *Mellert* in *W/vL Compliance*, S. 92 f.; *Peemöller/Reinel-Neumann*, *BB* 2009, 206, 207-210; *Picot* in *B/B/S Due Diligence*, Checkliste 5.3; *Rieder/Falge* in *G/I/B Compliance*, Kap 5 Rn 780, 786-833; *Schug*, *Vorstandshaftung*, S. 197; s.a. oben A.II.

⁶³ Dazu unten Exkurs.

⁶⁴ Der Vertragspartner muss also wissen oder zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt, die der andere nicht kennt, und dass der Vertrag bei Kenntnis nicht oder zumindest nicht mit dem bestehenden Inhalt geschlossen worden wäre, so die einhellige Ansicht, s. *BGH NJW-RR* 2012, 1078, 1079; *BGH NJW* 2007, 3057, 3059; *BGH NJW-RR* 2003, 989, 989-990 (LS); *BGH NJW* 2001, 2326, 2327; *BGH NJW* 2001, 64, 64; *BGH NJW* 1980, 2460, 2461; *BGH NJW* 1977, 1055, 1055; *Armbrüster* in *S/R MK-BGB*, § 123 Rn 17; *Ellenberger* in *Palandt BGB*, § 123 Rn 11; *Feuerborn* in *D-L/H/R NK-BGB*, § 123 Rn 61-64; *Singer/von Finckenstein* in *Staudinger*, 2012, § 123 Rn 46, 47.

Angabe ohne hinreichende, zuverlässige Beurteilungsgrundlage „*ins Blaue hinein*“ würde eine arglistige Pflichtverletzung darstellen,⁶⁵ während die Offenlegung des Fehlens einer Beurteilungsgrundlage abhilft.

Eine Pflicht des Veräußerers zur weiterführenden Aufklärung bzw. eine Pflicht des Veräußerers zur Selbstinformation bis hin zur Durchführung einer eigenen, verkäuferseitigen Compliance Due Diligence (Vendor Compliance Due Diligence)⁶⁶, mag sich faktisch aus der Verhandlungssituation ergeben, eine generelle Rechtspflicht dazu besteht allerdings nicht.⁶⁷

b) Kriterien für den Umfang der Aufklärungspflicht

Zum Umfang dieser Aufklärungspflicht enthalten weder der Grundsatz noch die Formel eine unmittelbare Auskunft und die Rechtsprechung hat die Einzelfallabhängigkeit hervorgehoben. Gleichwohl lassen sich Kriterien dafür identifizieren, wo im Einzelfall der Umfang der Aufklärungspflicht über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft auf der Skala zwischen einem bloßen ausdrücklichen Hinweis auf einen Compliance-Verstoß und einer detaillierten, vollumfänglichen Offenlegung anzusiedeln ist.

Anfangs sind zwei Kriterien zu nennen, die den Umfang der Pflicht gegen Null reduzieren können. Den Veräußerer bzw. dessen Leitungsorgan kann mit Blick auf möglicherweise eigenes, strafrechtlich relevantes Verhalten im Zusammenhang mit dem Compliance-Verstoß keine Pflicht zur Information über eigenes Fehlverhalten treffen, denn ihm kann keine Pflicht zur Selbstbeichtigung aufgegeben werden (*nemur tenetur se ipsum*

⁶⁵ BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079 f.; BGH NJW 2001, 2326, 2327; BGH NJW 1980, 2460, 2461; BGH NJW 1977, 1055, 1055; *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 11; *Feuerborn* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 32, 64; *Singer/von Finckenstein* in Staudinger, § 123 Rn 47.

⁶⁶ Allg. dazu *Andreas* in B/F BMHB Due Diligence, § 2 Rn 23-27; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 21 Rn 15-35; *Nawe/Nagel* in B/B/S Due Diligence, S. 775-800.

⁶⁷ Allg. *Emmerich* in S/R MK-BGB, § 311 Rn 76.

accusare).⁶⁸ Ebenso kann die Verschwiegenheitspflicht des Leitungsorgans des Veräußerers nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG⁶⁹ der Offenlegung von Geheimnissen und vertraulichen Angaben entgegenstehen.⁷⁰

Maßgeblich für die Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft ist das Kernmoment des Grundsatzes: Die grundsätzliche Risikozuordnung von Compliance-Verstößen der Zielgesellschaft in die Sphäre des Erwerbers, begründet mit der Selbstverantwortung, der Privatautonomie, der Konzeption des Synallagmas und der Schutzfunktion von Aufklärungspflichten, gibt eine Tendenz vor (*caveat emptor*). Dem Erwerber wird ein bestimmtes Engagement abverlangt und das schlägt sich auch bei dem Umfang der Aufklärung nieder. So ist dem Erwerber beispielsweise nach einem ausdrücklichen Hinweis auf einen Compliance-Verstoß und damit bei grundlegender Kenntnis zuzumuten, dass er selbst nach weiterreichender Information fragt, sofern er Wert darauf legt.

Ein gleichermaßen bedeutsames Kriterium stellt der Vertragszweck des Erwerbers – er ist bereits ein Kernelement der Formel – dar. Dabei ist nicht nur der allgemeine Vertragszweck, nämlich Erwerb bzw. Beteiligung an einer lebensfähigen Gesellschaft, sondern auch der konkrete Vertragszweck, also die Motivation zu gerade dieser Transaktion und die Akquisitionsstrategie, in die Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft einzubeziehen. Darin einfließen können auch die von den Parteien im

⁶⁸ Allg. *Emmerich* in S/R MK-BGB, § 311 Rn 78; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 301 f. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 130, 135, spricht allgemeiner von Eigeninteressen des Veräußerers.

⁶⁹ Sie obliegt auch Geschäftsführern und besteht, wenn die Informationsweitergabe einen Nachteil für die Gesellschaft darstellen könnte (objektives Geheimhaltungsinteresse) bzw. wenn die Gesellschaft die Geheimhaltung will (subjektives Geheimhaltungsinteresse). Dazu statt vieler *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 187-221; *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 33-36.

⁷⁰ Allg. *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 301 f. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 130, 135, spricht allgemeiner von Eigeninteressen des Veräußerers.

Unternehmenskaufvertrag vereinbarte Risikoverteilung und dessen ökonomische Balance.

Darüber hinaus existieren weitere Kriterien, die besonders bei Unternehmenskäufen bedeutsam sind. Das ist zum einen der Grad der Geschäftsgewandtheit, Erfahrung, Sach- und Branchenkenntnis, Professionalität und Expertise der Beteiligten einer Unternehmenstransaktion.⁷¹ Je höher dieser Grad der Geschäftsgewandtheit insbesondere des Erwerbers ist, desto geringer sind die Anforderungen zur Erfüllung der Aufklärungspflicht. Genügen kann bereits der Hinweis, denn er wird einen geschäftsgewandten und interessierten Erwerber zur Aufforderung zu einer detaillierten Offenlegung veranlassen.

Zum anderen sind dies die Intensität bzw. Dauer der Verhandlungen und die konkret vorausgegangene Gelegenheit des Erwerbers zur Selbstinformation.⁷² Die Standardisierung des Unternehmenstransaktionsprozesses bewirkt regelmäßig beides: eine hohe Verhandlungsintensität und die Einplanung von Gelegenheiten zur Erkundigung.⁷³ Dies erlaubt die Thematisierung entscheidungserheblicher Informationen und verringert die Informationsasymmetrie und die Abhängigkeit des Erwerbers. Entsprechend reduziert sich auch der Umfang der Aufklärungspflicht.

⁷¹ Allg. *Armbüster/Bachmann/Roth* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 33, 36, § 241 Rn 141, 154; *Berens/Schmitting/Strauch/Picot* in B/B/S Due Diligence, S. 93, 301 f.; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 130 f., 135; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 637; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.b); *Singer/von Finckenstein/Olzen/Huber/Busche* in Staudinger, § 123 Rn 15, § 241 Rn 438, Eckpfeiler D Rn 50, F Rn 79. Laut *Bachmann/Roth* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 141, *Semler/Hölter/Hölter* in *Hölter HB Unternehmenskauf*, VII. Rn 228, X. Rn 52, und *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.2., 4.b), besteht dann nur ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht.

⁷² Allg. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 130, 135, 138 f.; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 638; s.a. *Armbüster* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 32; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.2., 4.b).

⁷³ Dazu ausführlich oben A.II.

Die beiden Kriterien Geschäftsgewandtheit und Verhandlungsintensität laufen zu einem weiteren Kriterium zusammen: Spricht ein professioneller, geschäftsgewandter Erwerbsinteressent während eines intensiven, standardisierten Verhandlungsprozesses und trotz wiederholter Gelegenheit eine bestimmte Information wie die Compliance der Zielgesellschaft nicht an, so kann er im Nachhinein gehindert sein zu argumentieren, dass diese Information von wesentlicher Bedeutung für seine Erwerbsentscheidung war. Ein etwaiges Zuwiderhandeln gegen das eigene frühere Verhalten des Erwerbes verstieße gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB (*venire contra factum proprium*).

Des Weiteren sind die ökonomische Tragweite und der Risikogehalt des Unternehmenskaufs einzubeziehen.⁷⁴ Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Ursachen⁷⁵ des Compliance-Verstoßes und seine Außer-/Gewöhnlichkeit, wobei die allgemeine Präsenz der Thematik Compliance nicht unbeachtet bleiben kann.

Exkurs: Risikoordnung durch Compliance-Garantien im Unternehmenskaufvertrag

Die Frage nach einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft bzw. deren Verletzung stellt der Erwerber üblicherweise nach Abschluss und Vollzug des Unternehmenskaufvertrags. Denn erst dann kommt es, wie auch im Ausgangsfall, zur Entdeckung des Compliance-Verstoßes der Zielgesellschaft. Da der zu diesem Zeitpunkt bestehende Unternehmenskaufvertrag solche post-M&A-Rechtskonflikte regeln soll, bildet – neben der Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht – insbesondere eine unternehmenskaufvertragliche Compliance-Garantie (**a**), **b**)) einen potentiellen rechtlichen Anknüpfungspunkt für den Erwerber zur Inanspruchnahme der veräußernden Gesellschaft.

⁷⁴ Allg. *Armbrüster/Bachmann* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 32, § 241 Rn 148; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 173; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.b).

⁷⁵ Allg. *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 130, 135.

Dabei sind auch der unternehmenskaufvertragliche Haftungsausschluss und dessen Grenzen einzubeziehen (c)).

a) Garantien im Unternehmenskaufvertrag

Das gesetzliche Gewährleistungsrecht nach §§ 433 ff. BGB ist bei Unternehmenskäufen und zur Lösung eines post-M&A-Rechtskonflikts regelmäßig nicht sach- und interessengerecht und die Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind ungeeignet oder nicht praktikabel.⁷⁶ Daher vereinbaren die Parteien im Unternehmenskaufvertrag üblicherweise ein eigenes, umfassendes Haftungssystem, bestehend aus drei Komponenten: Garantiekatalog, Regelung der Rechtsfolgen von Garantieverstößen, Haftungsausschluss im Übrigen.

Der Garantiekatalog⁷⁷ – regelmäßig werden selbständige Garantien im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB vereinbart⁷⁸ – beschreibt den Zustand der Zielgesellschaft und bestätigt die Richtigkeit der einbezogenen Angaben; er enthält verschuldensunabhängige Haftungstatbestände.

Die Rechtsfolgenvereinbarung regelt zum einen die Folgen des Nichtzutreffens einer Garantie, wobei primär Geldersatz vorgesehen ist, und zum anderen mögliche Ausschlussgründe wie die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers. Eine Gegenausnahme bildet vorsätzliches oder arglistiges Verhalten des Verkäufers. Ferner werden die Rügepflicht nach § 377 HGB ausgeschlossen, Haftungsobergrenzen und Bagatellklauseln vereinbart und Verjährungsregeln getroffen.

⁷⁶ Nach § 453 Abs. 1 BGB ist das Kaufrecht entsprechend anwendbar. Zur gesetzlichen Gewährleistung bei Unternehmenskäufen und zur Unzulänglichkeit der Regelungen s. einfürend *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII.

⁷⁷ Auch bezeichnet als Gewährleistungskatalog, Beschaffenheitsvereinbarungen, Zusicherungen oder representations & warranties. S. A.II.3), auch zu Mustern; allg. *Flick*, Garantie beim Unternehmenskauf, S. 51-75, 115-121, 125-148, 227-229; *Wildscheck*, Garantieklauseln, Kap 5.A.

⁷⁸ Im Gegensatz zu Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder Beschaffenheitsgarantien (§§ 443, 444 BGB).

Der Haftungsausschluss erfasst regelmäßig Ansprüche aus der gesetzlichen Gewährleistung (§§ 433 ff. BGB), aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB), aus Delikt (§§ 823 ff. BGB) oder aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

Das Haftungssystem des Unternehmenskaufvertrags regelt die Aufteilung von Risiko und Verantwortung zwischen Veräußerer und Erwerber. Risiken der Zielgesellschaft werden im Unternehmenskaufvertrag – falls ihre Behebung zuvor nicht erfolgte – unterschiedlich reflektiert: Abstrakte, also unbekannte und unaufgeklärte⁷⁹ Risiken werden über Garantien abgesichert. Konkrete, also bekannte Risiken erfasst der Unternehmenskaufvertrag über deren Offenlegung und Dokumentation – die Kenntnis des Erwerbs ist ein Haftungsausschlussgrund, sodass die Garantie bei konkreten Risiken nicht greift – und über die Freistellung des Erwerbers bei bislang nicht bezifferbaren Risiken oder die Einpreisung bei bereits bezifferbaren Risiken.⁸⁰

b) Rechtliche Einordnung und Muster von Compliance-Garantien

Den gegenläufigen Interessen entsprechend favorisiert der Erwerber umfangreiche und der Veräußerer wenn überhaupt minimalistische Garantien im Unternehmenskaufvertrag. Die Stellschrauben dafür sind der Inhalt der Garantie, eine Beschränkung anhand der Wesentlichkeit, die Ausgestaltung als objektive oder subjektive Garantie, die Beweislastregelung und die Verjährung.⁸¹

⁷⁹ S. *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 349 f.

⁸⁰ S.a. *Berens/Schmitting/Strauch* in *B/B/S Due Diligence*, S. 97 f.; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 370, 371; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 907; *Louven*, M&A, S. 4.

⁸¹ S. *Louven*, M&A, S. 2-5; *Schrader/Seibt* in *Seibt BFB M&A*, C.I. Zeilen 9, 11, 16, 21.

Bezogen auf eine Compliance-Garantie-Klausel,⁸² sofern sie in dem Garantiekatalog enthalten ist,⁸³ bedeutet dies, dass sie beispielsweise die Vereinbarkeit mit allen Rechtsvorschriften oder lediglich die Vereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzesvorgaben vorsehen kann. Parallel dazu kann sie auf die objektive Richtigkeit (objektive Garantie) abstellen oder durch das zusätzliche Erfordernis der Kenntnis des Veräußerers beschränkt werden (subjektive Garantie). Innerhalb der subjektiven Garantie kann noch der Grad der Kenntnis von positiver Kenntnis hin zu Kennenmüssen als grob fahrlässige oder fahrlässige Unkenntnis variieren. Zudem kann der Umfang des maßgeblichen Personenkreises beginnend bei den Organen des Veräußerers über die Organe der Zielgesellschaft hin zu Verhandlungsführern und leitenden Angestellten verschieden festgelegt sein.

Die käuferfreundlichste, also umfangreichste Compliance-Garantie sieht kenntnisunabhängig die Vereinbarkeit mit allen Rechtsvorschriften vor. Sie könnte lauten:

Der Verkäufer erklärt in Form selbständiger Garantieversprechen im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB, dass die

⁸² Die nachfolgenden Muster sind gebildet unter Berücksichtigung von *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Anh 1 Rn 645, 679, Anh 3 Rn 1377, 1394; *Louven*, M&A, S. 38; *Schrader/Bastuck* in *Seibt BFB M&A*, C.II.2, 3, C.III.2, D.I.

⁸³ *Eigler* in *van Kann PHB Unternehmenskauf*, III.B.III.12., ordnet Angaben zu rechtswidrigem Verhalten der Zielgesellschaft im Garantiekatalog als selten, aber nicht unüblich ein; die Muster in Anh III.6, 7, und in *Hölters HB Unternehmenskauf*, Anh A.I., II., III., und in *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 20.4, enthalten keine Compliance-Garantien. *Wildscheck*, Garantieklauseln, und *Grub/Thiem* in *H/S VB GesR*, § 19 Rn 102-126, thematisieren Compliance als typische Risiken; das Muster des letzten in Anh 5 enthält keine Compliance-Garantie.

Die Muster von *von Hoyenberg* in *S/W MVHB Bd 2*, IV.3, *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Anh 1, 3, *Wenz* in *Meyer-Landrut FB GmbHR*, D.2, und *Schrader* in *Seibt BFB M&A*, C.II.2, C.II.3, C.III.2, enthalten Compliance-Garantien, bei letzteren sogar die knappen Muster. Auch die standardisierte Liste von *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 691, enthält eine Compliance-Garantie.

Geschäftsbetriebe des Zielunternehmens stets unter Beachtung aller anwendbaren Rechtsvorschriften geführt werden.

Allerdings ist eine solche Compliance-Garantie regelmäßig nicht leistbar und praktisch unwahrscheinlich. Käuferfreundlich beschränkt werden könnte die Compliance-Garantie entweder über die Wesentlichkeit oder über die Kenntnis des Veräußerers, wobei der Kenntnisbegriff käuferfreundlich weit gefasst wäre und auf einen großen Personenkreis abstellen würde. Die Varianten könnten lauten:

Der Verkäufer erklärt in Form selbständiger Garantieversprechen im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB, dass die Geschäftsbetriebe des Zielunternehmens im Wesentlichen im Einklang mit allen wesentlichen Rechtsvorschriften geführt werden.

Oder:

Der Verkäufer erklärt in Form selbständiger Garantieversprechen im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB, dass nach Kenntnis des Verkäufers die Geschäftsbetriebe des Zielunternehmens stets unter Beachtung aller anwendbaren Rechtsvorschriften geführt werden. Kenntnis des Verkäufers umfasst alle Umstände, die [Personen eines großen Personenkreises] kannten, kennen oder kennen müssen oder deren Kenntnis ihnen nach den anwendbaren gesetzlichen Regeln zuzurechnen sind.

Hingegen ist eine verkäuferfreundliche Compliance-Garantie beschränkt auf die Vereinbarkeit mit Gesetzesvorgaben im Wesentlichen und stellt nur auf die positive Kenntnis eines kleinen Personenkreises ab. Sie könnte lauten:

Der Verkäufer erklärt in Form selbständiger Garantieversprechen im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB, dass nach

Kenntnis des Verkäufers die Geschäftsbetriebe des Zielunternehmens im Wesentlichen im Einklang mit allen wesentlichen Rechtsvorschriften (und unter Vorliegen derjenigen Genehmigungen und Erlaubnisse, deren Nichtbeachtung die Geschäftstätigkeit im Ganzen wesentlich beeinträchtigen würde,) geführt werden. Kenntnis des Verkäufers umfasst nur die tatsächliche Kenntnis der [Personen eines kleinen Personenkreises].

c) **Gesetzliche Grenzen des Haftungsausschlusses im Übrigen**

Die einschlägigen gesetzlichen Grenzen eines Ausschlusses der gesetzlichen Haftung im Übrigen bilden Vorsatz bzw. Arglist des Veräußerers. Gemäß § 276 Abs. 3 BGB ist die Haftung für Vorsatz nicht im Voraus ausschließbar; der Veräußerer haftet für vorsätzliches Verhalten. Ebenso wenig kann der Anfechtungsgrund der arglistigen, also zumindest bedingt vorsätzlichen Täuschung nach § 123 BGB abbedungen werden; die Norm ist zwingendes Recht.⁸⁴ Darüber hinaus wird die Vertragsfreiheit von den §§ 134, 138, 242 BGB begrenzt.

II. **Innenverhältnis: gesellschaftsrechtliche Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Aufklärungspflichtverletzung**

In Bezug auf das Innenverhältnis ist zu untersuchen, ob eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis zugleich die Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis begründet. Anders formuliert: Obliegt dem Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur

⁸⁴ BGH NJW 2007, 1058, 1058 f. (LS); *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 1; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 257.



Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über konkrete Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft?

Eine Verletzung der Aufklärungspflicht – dies geschieht durch Schweigen, also Unterlassen der Aufklärung – kann sowohl einen Anspruch des Erwerbers aus culpa in contrahendo nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Schadensersatz gegebenenfalls bis hin zum Rückgängigmachen des Unternehmenskaufvertrags begründen als auch einen Anfechtungsgrund in Form der Täuschung durch Unterlassen im Sinne des § 123 BGB darstellen. Beides ist nicht vertraglich abdingbar⁸⁵ und kommt daher stets in Betracht. In welcher Form der Erwerber die Geltendmachung seiner Rechte gegenüber der veräußernden Gesellschaft vornimmt, ist für diese Untersuchung nicht relevant; das Vorliegen der Voraussetzungen der Normen⁸⁶ wird unterstellt.

Die Parteien des Unternehmenskaufvertrags sind die veräußernde Gesellschaft, handelnd durch ihr Leitungsorgan, und der Erwerber. Das Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft hat grundsätzlich keine eigenen vor- bzw. kaufvertraglichen Pflichten gegenüber dem Erwerber. Denn das Verhalten des Leitungsorgans gilt als eigenes Verhalten der

⁸⁵ § 123 BGB ist nicht abdingbar, die culpa in contrahendo nicht bei Vorsatz. S.a. oben I.Exkurs.c).

⁸⁶ Voraussetzungen des § 123 BGB: Täuschung (durch Unterlassen der Aufklärung, also Schweigen trotz Aufklärungspflicht), irrumsbedingte Abgabe einer Willenserklärung, Kausalität, Arglist (zumindest bedingter Vorsatz) und Rechtswidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit der Täuschung.

Voraussetzungen der culpa in contrahendo: Anwendbarkeit, vorvertragliches Schuldverhältnis, Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB (Verletzung einer Aufklärungspflicht durch Unterlassen, Schweigen), Vertretenmüssen im Sinne des § 276 BGB (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), Kausalität, Schaden. Der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo neben dem gesetzlichen Kaufrecht bzw. dem Unternehmenskaufvertrag ist limitiert und umstritten, s. BGHZ 180, 205, 206, 210-214 (LS, Rn 13-24); *Emmerich* in S/R MK-BGB, § 311 Rn 93-97; *Flick*, Garantie beim Unternehmenskauf, S. 194 f.; *Grüneberg* in Palandt BGB, § 311 Rn 14; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1484; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 222-225; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 478-490.

Gesellschaft (organschaftliche Zurechnung) und privatrechtliche Folgen treffen nur die Gesellschaft, nicht ihr Leitungsorgan.⁸⁷ Aber dem Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft obliegt im Innenverhältnis die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Erfüllung der Pflichten der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis (§§ 76, 78 AktG; §§ 6, 35, 37 GmbHG). Zu diesen Pflichten der Gesellschaft zählt auch die etwaige vorvertragliche Aufklärungspflicht gegenüber dem Erwerber. Verletzt das Leitungsorgan seine Pflicht zur Erfüllung dieser Pflicht der Gesellschaft, so wird dies der Gesellschaft nach dem in § 31 BGB enthaltenen rechtsformübergreifenden Rechtssatz⁸⁸ als eigene Pflichtverletzung zugerechnet.

Nachfolgend werden zwei Arten der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung im Außenverhältnis unterschieden: Einerseits die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung, die zugleich einen Betrug gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gemäß §§ 263, 13 StGB darstellt (1.), und andererseits die bloße vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung (2.). Dabei kommen als Anknüpfung für die Übertragung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht bzw. ihrer Verletzung im Außenverhältnis die Legalitätspflicht und Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis – auch sie können durch Unterlassen⁸⁹ verletzt werden – in Betracht.

1. Aufklärungspflichtverletzung und Betrug des Leitungsorgans im Außenverhältnis

Mit der Verletzung der vorvertraglichen Pflicht der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis zur Aufklärung des Erwerbers über einen ihr

⁸⁷ Allg. *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 III 1.

⁸⁸ *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 IV 1-4; *Kleindiek* in *K/S HB Managerhaftung*, § 10 Rn 27, 28.

⁸⁹ *Bürgers/Israel* in *B/K HK-AktG*, § 93 Rn 19; *Hoffmann/Liebs*, Geschäftsführer, Rn 7010; *Schneider* in *K/S HB Managerhaftung*, § 2 Rn 12.

bekannt, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft könnte das Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft auch einen Betrug gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gemäß §§ 263, 13 StGB begehen.

Als Erfolgsdelikt setzt der Betrug auf der objektiven Tatbestandsebene eine Täuschung durch Unterlassen seitens des Leitungsorgans, einen Irrtum des Erwerbers, eine Vermögensverfügung und einen Vermögensschaden des Erwerbers sowie einen durchgehenden Kausalzusammenhang voraus und auf der subjektiven Tatbestandsebene den Vorsatz des Leitungsorgans und die Absicht rechtswidriger, stoffgleicher Bereicherung, wobei sich diese auch auf die veräußernde Gesellschaft als Dritte beziehen kann.⁹⁰ Dabei ist hinsichtlich der Täuschung folgendes zu beachten: Während eine Täuschung durch Unterlassen im Sinne des § 123 BGB bei Schweigen, also Unterlassen trotz der *vorvertraglichen Aufklärungspflicht* bejaht wurde, bedürfte es für eine Täuschung durch Unterlassen im Sinne der §§ 263, 13 StGB eines Schweigens, also eines Unterlassens trotz der *strafrechtlichen Garantenpflicht* des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber. Eine solche Garantenpflicht ist eine rechtliche Handlungspflicht, die aus der Garantenstellung folgt.⁹¹ Als Anknüpfungspunkt für eine solche Garantenstellung käme das Vertragsverhältnis zu dem Erwerber in Betracht, allerdings nur, wenn besondere Umstände hinzuträten, etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis, überlegenes Fachwissen oder dauernde Geschäftsbeziehungen.⁹²

⁹⁰ *Beukelmann* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 263 Rn 2; *Lesch* in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 16 Rn 27; *Tiedemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 263 Rn 2; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 14 II.

⁹¹ Funktional wird unterschieden zwischen Beschützer- und Überwachergarant, s. *Fischer*, StGB, § 13 Rn 9; *Heuchemer* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 13 Rn 33-37; *Stree/Bosch* in S/S StGB, § 13 Rn 7, 9.

⁹² Allg. BGH NStZ 2010, 502, 502; BGHSt 46, 196, 203; *Cramer/Perron* in S/S StGB, § 263 Rn 22; *Fischer*, StGB, § 13 Rn 20, § 263 Rn 46; *Hebenstreit* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 47 Rn 26; *Hefendehl* in J/M MK-StGB, § 263 Rn 181-190; *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 263 Rn 160-162.

Angenommen in der konkreten Sachverhaltskonstellation wären die Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt oder die Voraussetzungen des Versuchs lägen vor, so wäre eine Strafbarkeit des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft wegen Betrugs durch Unterlassen gemäß §§ 263, 13 StGB bzw. versuchten Betrugs durch Unterlassen gemäß §§ 263, 13, 22, 23 StGB gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gegeben. Es wird erörtert, ob die Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht im Außenverhältnis einhergehend mit einem solchen (versuchten) Betrug zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis begründet **(a)** und ob sich gegebenenfalls eine etwaige Nützlichkeit der Pflichtverletzung auswirkt **(b)**.

a) Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis

Die Legalitätspflicht bildet die äußerste Grenze des Entscheidungs- und Handlungsfreiraums der Gesellschaftsorgane. Sie bezeichnet die Pflicht zu rechtskonformem Verhalten bei der Amtsausübung sowohl im Außenverhältnis als auch im Innenverhältnis, und zwar hinsichtlich der Vorgaben aus dem Gesetz, dem Gesellschaftsvertrag und aus Beschlüssen bzw. Weisungen seitens der Hauptversammlung, des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafter.⁹³ Das Organ hat seine eigenen Pflichten zu erfüllen und gleichermaßen für die Einhaltung der Pflichten der Gesellschaft und ihr

⁹³ Allg. anerkannt s. Ziffer 4.1.3 DCGK; BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37); BGHSt 55, 266, 275 f. (Rn 29); BGHZ 133, 370, 375; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 7; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 55 f.; *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 431 f.; *ders.*, Managerhaftung, S. 5, 28; *Hauschka*, AG 2004, 461, 465; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 98; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 8, 10; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 7, 10; *Lohse* in FS Hüffer, S. 581, 584, 597; *Lücke/Simon* in S/I NK-GmbHG, § 43 Rn 19; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 67, 71; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 53-55; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 65; *Schneider* in FS Hüffer, S. 905, 909; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 504-508, 517 f.; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 198 f.; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 17.

rechtskonformes Verhalten zu sorgen. Dabei wird die Pflicht der Gesellschaft zur Rechtskonformität im Außenverhältnis übertragen in eine Pflicht des Organs gegenüber der Gesellschaft: Es ist ihr gegenüber verpflichtet, für ihr rechtskonformes Verhalten im Außenverhältnis zu sorgen.⁹⁴ Diese Pflicht umfasst sowohl die Rechtstreue des eigenen Handelns des Organs als auch die Pflicht zur Verhinderung von Verstößen gegen externe Pflichten der Gesellschaft durch Organe und Mitarbeiter.⁹⁵

Die Legalitätspflicht folgt aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht, die die Rechtmäßigkeit bedingt.⁹⁶ Hinsichtlich ihrer Erfüllung besteht kein Ermessen, es ist eine gebundene Entscheidung – es existiert ein einziges sozusagen rechtlich richtiges Entscheidungsergebnis.⁹⁷

Der (versuchte) Betrug des Leitungsorgans gegenüber dem Erwerber stellt einen Gesetzesverstoß dar, sogar gegen eine Strafnorm. Das Leitungsorgan verletzt dadurch zugleich die Pflicht zur Rechtskonformität bei der Amtsausübung. Dabei besteht auch kein Ermessen. Ein (versuchter) Betrug des Leitungsorgans durch Unterlassen der Aufklärung gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gemäß §§ 263, 13 StGB bzw. §§ 263, 13,

⁹⁴ BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 504-509, 512; s.a. BGHZ 176, 204, 220 f. (Rn 38) – Gamma; BGHZ 133, 370, 375; BGH NJW 1988, 1321, 1323; *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 430-432; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 53 f.; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 65; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 17, 23.

⁹⁵ *Hauschka*, AG 2004, 461, 465; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509, 512; s.a. *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 432; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 191; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199.

⁹⁶ S. unten 2.b)aa); BGHSt 55, 266, 275 f. (Rn 29); *Geiser*, Leitungspflichten, S. 55; *Hüffer*, AktG, § 93 Rn 4; *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 5; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 6; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 53; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509; *Winnen*, Innenhaftung, S. 61; s.a. *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 432-436; *ders.*, Managerhaftung, 2009, S. 5, 28.

⁹⁷ BT-Drs. 15/5092 S. 11, 33; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 55, 56, Kap 8 Rn 1; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 7; *Fleischer* in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 7 Rn 23; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 28; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 16, 22; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 8; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 515.

22, 23 StGB begründet daher stets eine Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis.

b) Vermeintlich nützliche Pflichtverletzung

Auch eine vermeintlich nützliche Pflichtverletzung des Leitungsorgans, also eine altruistische Verletzung von Pflichten der Gesellschaft im Außenverhältnis zu ihrem ökonomischen Vorteil,⁹⁸ stellt eine Verletzung der Legalitätspflicht des Leitungsorgans im Innenverhältnis dar.⁹⁹ Andernfalls würde das Legalitätsprinzip durchbrochen.¹⁰⁰ Dies ist abzulehnen, da die der Gesellschaft gesetzlich gesetzten Grenzen auch für das für sie handelnde Organ gelten und nur wenn die Haftung beide erfasst, kann die Regelung ihre Funktion, namentlich Schadensprävention und Verhaltenssteuerung, erfüllen.¹⁰¹ Zudem ist die Legalitätspflicht nach der Wertung des Aktienrechts nicht disponibel und hat Vorrang vor anderen Verhaltensmaximen, erst recht vor rein wirtschaftlich betrachteten.¹⁰²

⁹⁸ Zum Begriff s. *Harzenetter*, Nützliche Pflichtverletzung, S. 41-51.

⁹⁹ So die verbreitetere Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37); BGHSt 55, 266, 275 f. (Rn 29); *Buchta* in van Kann Vorstand, Rn 265; *Fleischer* in F/G MK-GmbHG, § 43 Rn 43; *ders.* in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn 36; *ders.*, NJW 2009, 2337, 2337 f.; *ders.* in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 7 Rn 22; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 68 f.; *Hölters* in Hölters AktG, § 93 Rn 75; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 99; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 9; *Kort* in FS Hopt, S. 983, 992 f.; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 10, 71; *Lohse* in FS Hüffer, S. 581, 584, 597; *Lücke/Simon* in S/I NK-GmbHG, § 43 Rn 21; *Ludwig/Zeising* in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 466; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 71; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn 6; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 65; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 93 Rn 77; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 512-517; *Weber* in Hölters AktG, § 76 Rn 26; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 4 Rn 112, § 11 Rn 62; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199; *Winnen*, Innenhaftung, S. 166-168; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 23.

¹⁰⁰ S. *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 440 f.; *Harzenetter*, Nützliche Pflichtverletzung, S. 69-116, 166 f.

¹⁰¹ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 516.

¹⁰² BGHSt 55, 266, 275 f. (Rn 29); *Baums*, ZGR 2011, 218, 224; *Fleischer* in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 7 Rn 22; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 99;

2. **Bloße Aufklärungspflichtverletzung des Leitungsorgans im Außenverhältnis**

Ist keine Betrugsstrafbarkeit gegeben, so handelt es sich um eine bloße Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht über einen der veräußernden Gesellschaft bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft. Zu untersuchen ist, ob auch eine solche bloße Aufklärungspflichtverletzung im Außenverhältnis zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht **(a)** oder der Sorgfaltspflicht **(b)** des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis begründet.

a) **Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis**

Ob eine bloße Aufklärungspflichtverletzung zugleich eine Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis begründet, hängt davon ab, ob Vertragspflichten bzw. vorvertragliche Pflichten der Gesellschaft ein Bestandteil der Legalitätspflicht des Leitungsorgans sind. Erfasste die Legalitätspflicht solche Pflichten, so bestünde kein Ermessen hinsichtlich der Erfüllung von Vertragspflichten bzw. vorvertraglichen Pflichten der Gesellschaft und ihre Verletzung wäre zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht des Leitungsorgans. Erfasste die Legalitätspflicht solche Pflichten nicht, so hätte das Leitungsorgan einen Entscheidungs- und Handlungsspielraum bzw. ein Ermessen hinsichtlich der Erfüllung von Vertragspflichten bzw. vorvertraglichen Pflichten der Gesellschaft; es wäre eine unternehmerische Entscheidung, für die im Innenverhältnis gegenüber der veräußernden Gesellschaft die Sorgfaltspflicht gälte und deren Justiziabilität, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule vorlägen, begrenzt wäre.

Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 9; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 71; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 514 f.; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 65.

Für die Einbeziehung von Vertragspflichten der Gesellschaft in die Legalitätspflicht des Leitungsorgans und damit die Einordnung der Vertragserfüllung als gebundene Entscheidung¹⁰³ spricht, dass eine Differenzierung zwischen den von der Legalitätspflicht erfassten gesetzlichen Pflichten und vertraglichen Pflichten nicht sachgerecht scheint.¹⁰⁴ Auch Vertragspflichten sind zu ihrer Verbindlichkeit auf die Anerkennung durch die Rechtsordnung angewiesen. Ohnehin überschneiden sich vertragliche und gesetzliche Pflichten bzw. Ansprüche häufig und eine Abgrenzung sei schwierig.¹⁰⁵

Allerdings stellt eine Überschneidung von Pflichten mit unterschiedlicher Rechtsgrundlage ebenso wenig ein Argument für deren Gleichbehandlung dar wie Abgrenzungsschwierigkeiten. Insbesondere verkennt die Argumentation zugunsten der Einbeziehung von Vertragspflichten der Gesellschaft in die Legalitätspflicht des Leitungsorgans, dass es an einer Anerkennung der Vertragspflicht durch die Rechtsordnung überhaupt nicht fehlt. Der Schutz der Vertragstreue ist ein wichtiges Rechtsgut und die Anerkennung der Vertragspflicht durch die Rechtsordnung erfolgt dort, wo die Pflicht besteht, nämlich im Außenverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertragspartner. Gegebenenfalls tritt die deliktische Haftung des Leitungsorgans gegenüber dem Vertragspartner der Gesellschaft hinzu. Das Pflichtverhältnis im Außenverhältnis hat andere Pflichtenträger und eine andere Funktion als das Pflichtverhältnis im Innenverhältnis. Die Ablehnung oder Befürwortung der Übertragung der Vertragspflicht von dem Außenverhältnis in das Innenverhältnis als Legalitätspflicht betrifft nur das Innenverhältnis und wirkt sich nicht auf die

¹⁰³ Wiedemann, ZGR 2011, 183, 199; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 17, 23a; wohl auch Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 82.

¹⁰⁴ S. Wiedemann, ZGR 2011, 183, 199; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 23a.

¹⁰⁵ S. Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 23a.

Anerkennung der Vertragspflicht durch die Rechtsordnung und auf den Schutz des Vertragspartners aus; sie sind nicht beeinträchtigt.¹⁰⁶

Zugunsten der Einbeziehung von Vertragspflichten der Gesellschaft in die Legalitätspflicht des Leitungsorgans wird weiter vorgebracht, dass Vertragspflichten nicht geringwertiger seien als gesetzliche Pflichten und dass daher das Argument der vermeintlichen Nützlichkeit einer Pflichtverletzung auch hier nicht durchdringen dürfe.¹⁰⁷

Allerdings geht es nicht um eine Einordnung der Pflichten nach Wertigkeiten, sondern um Konsequenzen aus ihren grundlegenden Unterschieden. So ist die Entstehungsgrundlage der einen Pflichten das Gesetz und die der anderen Pflichten ein Rechtsgeschäft, sodass letztere im Gegensatz zu ersteren aus einer Freiwilligkeit der Beteiligten und in Kenntnis der Rechtsfolgen zustande kommen. Ferner gilt bei der Entscheidung über den Abschluss eines Vertrags der Grundsatz der Privatautonomie – jede Partei kann über den Abschluss, den Vertragspartner und die Vertragsregelungen entscheiden. Damit trägt sie aber auch das Risiko einer nachteiligen Entscheidung, etwa die Auswahl eines pflichtwidrig handelnden Vertragspartners. Das gilt nicht für die gesetzliche Pflichtenbindung. Zudem gelten gesetzliche Ge- und Verbote grundsätzlich absolut, während ein Vertragsverhältnis von der Relativität geprägt ist; es betrifft nur die Parteien und nicht Dritte und hat eine andere Bindungskraft.¹⁰⁸ Bei gesetzlichen Pflichten ist die Situation anders. Eine Differenzierung scheint aufgrund dessen angebracht und sachlich gerechtfertigt.

Zudem führt die Ausklammerung von Vertragspflichten der Gesellschaft aus der Legalitätspflicht des Leitungsorgans nicht dazu, dass jede Ent-

¹⁰⁶ S. *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 436; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 67; *Schneider* in FS Hüffer, S. 905, 911 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 519.

¹⁰⁷ *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199.

¹⁰⁸ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518.

scheidung zwischen Vertragserfüllung und Vertragsverletzung eine unternehmerische ist und dem Leitungsorgan stets ein Entscheidungs- und Handlungsfreiraum und Ermessen zukommen. Denn besonders eklatante Vertragsbrüche können einen Betrug darstellen, sodass bereits deshalb eine Legalitätspflichtverletzung vorliegt.¹⁰⁹ Nur die einfache Vertragsverletzung wäre eine unternehmerische Entscheidung des Leitungsorgans.

Die Ausklammerung von Vertragspflichten der Gesellschaft aus der Legalitätspflicht des Leitungsorgans würde auch der Komplexität der zugrunde liegenden Sachverhalte des Wirtschaftslebens gerecht. Die Pflichten zwischen Vertragsparteien sind nicht immer unzweideutig zu bestimmen. Ihre Übertragung in das Innenverhältnis über die Legalitätspflicht würde zu einer übermäßigen Einschränkung des Entscheidungs- und Handlungsfreirums führen und zulasten der Gesellschaft gehen.¹¹⁰

Daher sind Vertragspflichten der Gesellschaft kein Bestandteil der Legalitätspflicht des Leitungsorgans. Bei der Entscheidung zwischen Erfüllung und Verletzung der Vertragspflichten der Gesellschaft hat das Leitungsorgan einen Entscheidungs- und Handlungsfreiraum bzw. Ermessen; es handelt sich um eine unternehmerische Entscheidung, für die im Innenverhältnis gegenüber der veräußernden Gesellschaft die Sorgfaltspflicht gilt und deren Justiziabilität, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule vorliegen, begrenzt ist.¹¹¹

¹⁰⁹ Dazu ausführlich oben 1.a).

¹¹⁰ Geiser, Leitungspflichten, S. 62-64.

¹¹¹ *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 8, 11; *Fleischer* in F/G MK-GmbHG, § 43 Rn 40; *ders.* in *Fleischer HB Vorstandsrecht*, § 7 Rn 20; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 62-64; *Haas/Müller*, GmbHR 2004, 1169, 1171 f.; *Habersack* in FS Schneider, S. 429, 436, 441; *Harzenetter*, Nützliche Pflichtverletzung, S. 66-68, 165; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 100; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 9; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 11; *Lücke/Simon* in S/I NK-GmbHG, § 43 Rn 22; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 67; *Schneider* in FS Hüffer, 905, 910-914, 916; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 93 Rn 73; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518 f., 535; *Weber/Hölter* in Hölter AktG, § 76 Rn 27, § 93 Rn 77; *Wiesner* in Hoffmann-Becking MHB AG, § 25 Rn 4.

Wenn dies auf vertragliche Pflichten zutrifft, so gilt dies auch für vorvertragliche Pflichten, also bloße Rücksichtnahme- und insbesondere Aufklärungspflichten. Folglich stellt die bloße Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über einen ihr bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft gegenüber dem Erwerber im Außenverhältnis keine gesellschaftsrechtliche Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis dar.

b) Sorgfaltspflichtverletzung des Leitungsorgans im Innenverhältnis

Die bloße Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht könnte allerdings eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans im Innenverhältnis gegenüber der veräußernden Gesellschaft (**aa**), **bb**) begründen. Dabei ist die Justiziabilität der Entscheidungen des Leitungsorgans einzubeziehen (**cc**).

aa) Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans

Den innerhalb der äußersten Grenze der Legalität verbleibenden Entscheidungs- und Handlungsfreiraum des Gesellschaftsorgans füllt inhaltlich die allgemeine Sorgfaltspflicht aus. Diese normiert § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG für den Vorstand und über § 116 Satz 1 AktG auch für den Aufsichtsrat und § 43 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer. Die Sorgfaltspflicht gilt während der Amtszeit¹¹² und besteht aus Rechtmäßigkeit, Ordnungs-

Landwehrmann in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 10, 11, *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 71, und *Thümmel*, Haftung Manager, Rn 184, beziehen auch „allgemein anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral“ ein. A.A.: *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 8; *Fleischer* in F/G MK-GmbHG, § 43 Rn 32; *ders.* in *Fleischer HB Vorstandsrecht*, § 7 Rn 15; *Hölters* in *Hölters AktG*, § 93 Rn 70; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 101; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 520.

¹¹² *Hüffer*, AktG, § 93 Rn 4; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 2.

mäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.¹¹³ Die Sorgfaltspflicht ist als Generalklausel gestaltet und die konkreten Anforderungen sind anhand der einzelnen Situation zu bestimmen: Das Leitbild bildet dabei ein pflichtbewusster, selbständiger Leiter bzw. Aufseher und Ratgeber eines Unternehmens der konkreten Art, Größe und Lage, der mit fremden Mitteln wirtschaftet und fremden Vermögensinteressen – denen der Gesellschaft – ähnlich wie ein Treuhänder verpflichtet ist; dieser objektive Verhaltensmaßstab lässt Üblichkeiten der Branche oder des Unternehmens und individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten des Organmitglieds außen vor.¹¹⁴

Bei der Ausübung der Sorgfalt kommen dem Organ ein Entscheidungs- und Handlungsfreiraum und Ermessen¹¹⁵ zu. Dieser weit gefasste und ökonomisch unabdingbare Entscheidungs- und Handlungsfreiraum gründet auf der Eigenart der unternehmerischen Tätigkeit: Sie ist geprägt von dem Zukunftsbezug der Entscheidungen, der Komplexität der Sachlage, der Unvollkommenheit der Information sowie von Prognosen und Einschätzungen als Entscheidungsbasis, Marktrelativität, dynamischen Entwicklungen, Zeitdruck und entscheidenderindividuellen Komponenten und daher risikobehaftet. Auch unter Berücksichtigung der Erkenntnisse

¹¹³ *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 5-7; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 6-8; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 2 Rn 15, § 4 Rn 109, § 11 Rn 58.

¹¹⁴ So allg. Ansicht, s. *Bank/Patzina* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 49, 50, Kap 7 Rn 9, 15, Kap 8 Rn 1; *Buchta* in van Kann Vorstand, Rn 263; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 3, § 116 Rn 3; *Fichtelmann* in B/B/F/K/S HK-GmbHR, § 42 Rn 14; *Hüffer*, AktG, § 93 Rn 4; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 6; *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 4; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 5; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 51, 52; *Lücke/Simon* in S/I NK-GmbHG, § 43 Rn 15; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn 3, 4; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 93 Rn 24; *Wiesner* in Hoffmann-Becking MHB AG, § 21 Rn 2; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 9, 11.

¹¹⁵ BT-Drs. 15/5092 S. 11; BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS; BGHZ 135, 244, 254 f. – ARAG/Garmenbeck; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 20 f.; s.a. *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 1.

der wirtschaftswissenschaftlichen und verhaltenspsychologischen Entscheidungsforschung kann sich eine Entscheidung dieser Art einem einzigen objektiv richtigen Entscheidungsergebnis entziehen und sie bleibt eine Entscheidung unter Unsicherheit.¹¹⁶ Das Risiko ist der unternehmerischen Tätigkeit immanent und birgt die Chance des Erfolgs – chancenreiche Geschäfte sind risikoreich und Unternehmer müssen Risiken eingehen und eingehen dürfen. Daher „*sind der einforderbaren Entscheidungsqualität und damit auch dem Vorwurf einer pflichtwidrigen Aufgabenwahrnehmung [...] inhärente Grenzen gesetzt*“.¹¹⁷ Nicht jede Entscheidung, deren Risiko sich zum Schaden verwirklicht, kann eine Pflichtverletzung des Organs begründen, denn dann wäre das Organ faktisch entscheidungs- und handlungsunfähig bzw. zu rein defensivem und risiko- und damit chancenaverssem Verhalten gezwungen. Unternehmerische Tätigkeit verlangt eine grundsätzliche, weit gefasste Entscheidungs- und Handlungsflexibilität.¹¹⁸

Bei der Ausübung dieses Entscheidungs- und Handlungsfreiraums ist das Leitungsorgan an inhaltliche Vorgaben gebunden, die sich wie folgt darstellen: Die Gesellschaft als solche ist ein interessenmonistischer Verband, bei dem Interessen der einzelnen Anteilseigner bzw. eigene Interessen der Gesellschaft maßgeblich sind. Darüber hinaus ist die Gesellschaft auch Trägerin und Betreiberin eines Unternehmens, in dem persönliche und sachliche Werte zu einer wirtschaftlichen und sozialen

¹¹⁶ BT-Drs. 15/5092 S. 11; BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS; BGHZ 135, 244, 244, 253 f. (LS) – ARAG/Garmenbeck; BGHSt 50, 331, 336 – Mannesmann; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 37, 39, 175; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 53, 340 f.; *Wendler*, Justiziabilität, S. 148, 237-255, 315, 318; s.a. *Baums*, ZGR 2011, 218, 222 f.

¹¹⁷ *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 78 f., 175; s.a. BT-Drs. 15/5092 S. 11 f.; BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS; BGHZ 135, 244, 244, 253 f. (LS) – ARAG/Garmenbeck; *Pauker*, Geschäftsleiterhaftung, S. 222.

¹¹⁸ So einhellig BT-Drs. 15/5092 S. 11 f.; BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS; BGHZ 135, 244, 244, 253 f. (LS) – ARAG/Garmenbeck; *Kort/Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 76 Rn 51, § 93 nF Rn 48, 49; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 37, 39; *Pauker*, Geschäftsleiterhaftung, S. 222 f., 258 f.; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen Vorstand, S. 343; *Wendler*, Justiziabilität, S. 151-154.

Einheit verbunden sind und das durch seine interessenpluralistische Struktur aus den Interessen der Anteilseigner, der Mitarbeiter, der Geschäftspartner, der Gläubiger und der Allgemeinheit sowie dem Interesse am dauerhaften Bestand des Unternehmens und an seiner dauerhaften Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit gekennzeichnet ist. Mit Blick darauf hat das Leitungsorgan das Unternehmen unter Beachtung der interessenpluralistischen Struktur zu leiten, die in dem Unternehmen zusammentreffenden Interessen, sollten sie nicht übereinstimmen, gegeneinander abzuwägen (praktische Konkordanz), wobei keine allgemeine Rangfolge besteht, und eine sachgerechte Entscheidung zum Ausgleich der Interessen zu treffen.¹¹⁹

Das so genannte shareholder value-Konzept, das den Interessen der Anteilseigner Vorrang einräumt,¹²⁰ und das Konzept der Ausrichtung des Organhandels am Gesellschaftsinteresse als eigenem Interesse der Gesellschaft losgelöst von den Interessen des einzelnen Anteilseigners¹²¹ passen kaum zur Struktur des Unternehmens als wirtschaftliche und soziale Einheit aus persönlichen und sachlichen Werten. Für einen interessenpluralistischen Ansatz sprechen auch der historische Wille des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 76 AktG sowie die grundgesetzlichen Erwägungen zum sozialen Rechtsstaat und zur Sozialgebundenheit des Eigentums

¹¹⁹ Hüffer, AktG, § 76 Rn 12-15; Spindler in G/H MK-AktG, § 76 Rn 64-93, § 93 Rn 21. Vgl. Präambel, Ziffern 3.1, 4.1.1, 4.3.3, 5.5.1 DCGK; Baums in FS Huber, S. 657, 666; Goette, Leitlinien, S. 140, 145; Hettich in van Kann Vorstand, Rn 162; Kort/Hopt/Roth in H/W GK-AktG, § 76 Rn 64, § 93 Rn 87, § 111 Rn 103; Kort, ZIP 2008, 717, 717; Lücke in L/S BMHB Vorstand, § 3 Rn 16, 17; Ludwig/Zeising in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 466; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 76 Rn 10, 18, 19, 21, 22, 31, 33; Oltmanns/Landwehrmann in Heidel NK-AktR, AktG § 76 Rn 8, § 93 Rn 61; Rahlmeyer, Vorstandshaftung, S. 40; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 14; Seibt in K.S/L AktG, § 76 Rn 12; Wellhöfer/Peltzer/Müller, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 2 Rn 18; Wendler, Justiziabilität, S. 134, 267-270, 315; J. Winter, Compliance, S. 44; s.a BVerfGE 14, 263, 282; BT-Drs. 15/5092 S. 11.

¹²⁰ Fleischer in F/G MK-GmbHG, § 43 Rn 16-19.

¹²¹ Wiedemann, ZGR 2011, 183, 194-196.

(Artt. 20, 28 und 14 GG).¹²² Mit Blick darauf, dass der Vorstand aufgrund der Eigenverantwortlichkeit nicht starr an ein einziges Interesse gebunden sein kann und dass die Unterschiede zwischen den einzelnen Auffassungen bei einer langfristigen Ausrichtung der einzelnen Interessen und einem moderaten Verständnis der Ansätze schwächer werden,¹²³ soll diese Thematik¹²⁴ vorliegend nicht vertieft werden.

bb) Sorgfalt bei der Entscheidung zur Aufklärungspflichtverletzung

Die Entscheidung des Leitungsorgans zwischen Erfüllung und Verletzung der Vertragspflichten der Gesellschaft ist, wie bereits dargelegt, eine unternehmerische. Das Leitungsorgan hat einen Entscheidungs- und Handlungsfreiraum bzw. Ermessen. Da diese unternehmerische Entscheidung der Sorgfaltspflicht unterliegt, muss das Leitungsorgan eine Prüfung im Wege der Abwägung zwischen Vertragserfüllung und Vertragsverletzung vornehmen.¹²⁵ Dies gilt gleichermaßen hinsichtlich vorvertraglicher Pflichten der veräußernden Gesellschaft wie der Aufklärungspflicht über einen ihr bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft: Das Leitungsorgan muss der Sorgfalt entsprechend die Erfüllung und die Verletzung der Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der in dem Unternehmen der veräußernden Gesellschaft zusammen-

¹²² Ausführlich Hüffer, AktG, § 76 Rn 12-15; Spindler in G/H MK-AktG, § 76 Rn 64-93.

¹²³ Während die Interessen beispielsweise bezüglich einer kurzfristigen Gewinnmaximierung divergieren, haben sowohl die Anteilseigner, die Mitarbeiter, die Gläubiger, die Geschäftspartner und die Allgemeinheit ein Interesse an der dauerhaften Rentabilität des Unternehmens. S. Spindler in G/H MK-AktG, § 76 Rn 73, 74, 78, 93. Vgl. Fleischer in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 1 Rn 34, 35; Hopt/Roth in H/W GK-AktG, § 111 Rn 104; Kort in FS Hopt, S. 983, 992 f.; Lutter/Krieger, Aufsichtsrat, Rn 893; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 76 Rn 19; Seibt in K.S/L AktG, § 76 Rn 12; Thümmel, Haftung Manager, Rn 17.

¹²⁴ Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 43, spricht von der „unendliche[n] Geschichte‘ des Gesellschaftsrechts“.

¹²⁵ S. Haas/Müller, GmbHR 2004, 1169, 1171-1173; Habersack in FS Schneider, S. 429, 436, 441; Schneider in FS Hüffer, S. 905, 910-914, 916; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 518 f.

treffenden pluralistischen Interessen gegeneinander abwägen und eine sachgerechte Entscheidung zum Ausgleich etwaiger gegenläufiger Interessen treffen.

Da die Entscheidung primär eine ökonomische ist, wäre die Verletzung der Aufklärungspflicht sorgfaltsgemäß, wenn die Summe der Chancen und Risiken der veräußernden Gesellschaft daraus die Summe ihrer Chancen und Risiken bei der Erfüllung der Aufklärungspflicht aufwiegt. Kurz: Die Aufklärungspflichtverletzung, also das Schweigen muss sich für die veräußernde Gesellschaft lohnen und von Vorteil, zumindest neutral sein.

In die Abwägung können mehrere Kriterien einfließen. Zuerst ist die Sensibilität der Information über den konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft zu bestimmen.¹²⁶ Bei einem allzu ungewissen bzw. hohen Compliance-Risiko sollte sogar von einem Verkauf der Zielgesellschaft vorerst abgesehen bzw. die Vertragsverhandlungen abgebrochen werden, solange der Compliance-Verstoß nicht untersucht bzw. behoben ist.

Außerdem muss das Leitungsorgan das Entdeckungsrisiko für den Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft und gegebenenfalls auch für die Aufklärungspflichtverletzung in die Abwägung einbeziehen und zwar auf dreierlei Ebenen: Die Entdeckung durch den Erwerber kann nach sich ziehen, dass er seine Rechte gegenüber der veräußernden Gesellschaft geltend macht. Bei einem Bekanntwerden bei staatlichen Institutionen kommt das Risiko der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit dem Compliance-Verstoß hinzu. Eine Entdeckung durch die Öffentlichkeit kann zudem in erheblichen Reputationseinbußen der Zielgesellschaft und der veräußernden Gesellschaft resultieren.

Weitere Kriterien für die Entscheidung zwischen Schweigen und Aufklärung lassen sich um die beiden Kernkriterien Vertragsabschluss und

¹²⁶ Allg. *Haas/Müller*, GmbHR 2004, 1169, 1171 f.



Vertragssicherheit gruppieren, die sich gegenüberstehen: So ist einerseits im Fall des Schweigens die Wahrscheinlichkeit des Vertragsabschlusses nicht tangiert und die veräußernde Gesellschaft muss im Unternehmenskaufvertrag nicht einmal Abschlüsse auf den Kaufpreis oder Haftungsfreistellungen hinnehmen. Hingegen könnte die Aufklärung den Vertragsabschluss gefährden. Zwar könnte ein solches Risiko für den Erwerber mit einer besonderen Strategie eventuell weniger von Belang sein, ebenso könnte der Erwerber aber auch gänzlich vom Kauf abrücken. Auch die Vertragsvorbereitungen können erheblich ressourcenaufwändiger werden und sich verzögern, wenn der Erwerber die vollständige Untersuchung des Compliance-Verstoßes bis hin zu einer Vendor Compliance Due Diligence¹²⁷ und sogar die Beseitigung fordert. Zudem könnte der Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft durch Einpreisungen oder Haftungsfreistellungen im Unternehmenskaufvertrag aufzufangen sein.

Andererseits ist im Fall der Aufklärung die Vertragssicherheit wesentlich höher, denn das Risiko ist offengelegt. Aus dem ihm bekannten Risiko kann der Erwerber keine – unvorhergesehenen – Ansprüche gegen die veräußernde Gesellschaft geltend machen. Insbesondere ist das Risiko der Anfechtung (§ 123 BGB) und damit der Rückübertragung der Zielgesellschaft oder der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 1, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) ausgeschlossen; die Veräußerung ist endgültig. Entsprechend sind das Risiko eines zeit- und kostenaufwendigen Rechtsstreits und die damit einhergehende Unsicherheit minimiert. Ferner werden auch Transaktionsaufwendungen nicht nutzlos. Hingegen besteht im Fall des Schweigens das Risiko, dass der Erwerber bei der Entdeckung des Compliance-Verstoßes nicht nur Ansprüche aus den Garantien des Unternehmenskaufvertrags, sondern auch sämtliche oben genannten Rechte bis hin zur Rückabwicklung gegenüber der veräußernden Gesellschaft geltend macht. Dazu kommt das Risiko

¹²⁷ Dazu oben I.4.a) a.E.

eines aufwendigen Rechtsstreits und der damit einhergehenden Unsicherheit.

Schließlich ist in die Abwägung zwischen Schweigen und Aufklärung auch der Reputationsschaden der veräußernden Gesellschaft, den das Schweigen im Fall der Entdeckung hinterlassen könnte, einzubeziehen. Er betrifft zum einen das Ansehen der veräußernden Gesellschaft als Verkäufer und Vertragspartner. Zum anderen könnte der Verdacht aufkommen, dass nicht nur die Zielgesellschaft, sondern die veräußernde Gesellschaft selbst von Compliance-Verstößen betroffen ist. Beides könnte künftigen Geschäftsbeziehungen zu dem Erwerber und zu anderen Vertragspartnern schaden.

Abstrakt beurteilt scheint regelmäßig die Summe der Chancen und Risiken der Aufklärung, also der Pflichterfüllung, die Summe der Chancen und Risiken des Schweigens, also der Pflichtverletzung, zu überwiegen. Regelmäßig wird also das Leitungsorgan seine Sorgfaltspflicht durch die Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über einen ihr bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft erfüllen. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht scheint nur ausnahmsweise sorgfaltspflichtgemäß zu sein.

cc) Justiziabilität der Entscheidung des Leitungsorgans und Haftungsfreiraum

Angenommen die Entscheidung des Leitungsorgans – sei es für die Erfüllung und die Verletzung der Aufklärungspflicht über einen bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft – führt zu einem Schaden der Gesellschaft, so stellt sich die Frage, ob sich das unternehmerische Risiko verwirklicht hat (haftungsirrelevante Fehlentscheidung) oder ob das unternehmerische Ermessen „*deutlich überschritten*“ bzw. die „*Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen*,

in unverantwortlicher Weise überspannt“ wurde (haftungsrelevante Fehlentscheidung).¹²⁸

Die Entscheidung des Leitungsorgans wäre lediglich begrenzt gerichtlich überprüfbar, wenn die Voraussetzungen der Business Judgment Rule gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG,¹²⁹ die für den Geschäftsführer entsprechend gilt,¹³⁰ erfüllt wären. Sie begründet die unwiderlegbare Rechtsvermutung der pflichtgemäßen Entscheidung des Leitungsorgans zwischen Erfüllung und Verletzung der Aufklärungspflicht über einen bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft, auch wenn sich das Risiko zum Schaden realisierte. Der Entscheidungsinhalt unterfiele dem Haftungsprivileg und wäre der gerichtlichen Kontrolle entzogen.¹³¹

In der Business Judgment Rule ist der Grundsatz der Haftungsfreiheit für unternehmerische (Fehl)Entscheidungen rechtlich verankert. Ihrer Konzeption nach gibt die Business Judgment Rule den Prüfungsmaßstab und

¹²⁸ BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck; ebenso BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS.

¹²⁹ S.a. BGHZ 135, 244, 253 f. – ARAG/Garmenbeck; BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS; BGHSt 50, 331, 336 – Mannesmann.

¹³⁰ Zwar existiert im GmbHG keine vergleichbare Regelung, allerdings weist der Gesetzgeber in BT-Drs. 15/5092 S. 12, ausdrücklich darauf hin, dass sie nicht auf die Aktiengesellschaft begrenzt ist, sondern – ohne explizite positiv-rechtliche Normierung – für unternehmerische Betätigungen bei allen Rechtsformen entsprechend und innerhalb rechtsformspezifischer Grenzen gilt. Ebenso BGH NJW 2008, 3361, 3361 f. (LS); *Bank* in P/B/S/S-W, Haftung Unternehmensorgane, Kap 8 Rn 4; *Drescher*, Haftung Geschäftsführer, Rn 62; *Fleischer*, NZG 2011, 521, 523-527; *Goette*, Leitlinien, S. 140, 145; *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn 68; *Hauschka*, GmbHR 2007, 11, 12; *Jula*, Geschäftsführer, S. 296; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 16; *Lutter/Schneider* in K/S HB Managerhaftung, § 1 Rn 16, § 2 Rn 17; *Moeder/Theiselmann* in Heybrock PK-GmbHR, § 43 Rn 4, 5; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn 9; *Strohn*, ZInsO 2009, 1417, 1420.

¹³¹ Allg. BT-Drs. 15/5092 S. 11 f.; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 10; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 94. Zur Rechtsdogmatik s. *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 120-156, 345; *Winnen*, Innenhaftung, S. 97-105, 461. Die Einordnung kann dahinstehen, da die Entscheidung in der Sache nicht davon abhängt, so auch *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 15; *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 14; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 11.

damit die Begrenzung der gerichtlichen Überprüfbarkeit unternehmerischer Entscheidungen vor, schafft damit einen Haftungsfreiraum und ein Haftungsprivileg für unternehmerische (Fehl)Entscheidungen, sichert so den notwendigen Entscheidungs- und Handlungsfreiraum und verhindert risiko- und damit chancenaverses Verhalten der Organe.¹³² Das ihr zugrunde liegende Prinzip besteht in der beschränkten Überprüfbarkeit des Entscheidungsergebnisses bei voller Überprüfbarkeit des Entscheidungsfindungsvorgangs.¹³³ Die Einhaltung des Verfahrens für den Entscheidungsfindungsvorgang, das die Business Judgment Rule vorgibt, – sie definiert insoweit pflichtgemäßes Verhalten und fungiert damit als Konkretisierung des unternehmerischen Ermessens und der Sorgfalt – gewährt die rechtliche Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses.

Der Business Judgment Rule soll auch das Ausschalten des Rückschaufehlers gelingen: Das Gericht soll bei der Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung – im zwischenzeitlich erlangten Wissen um den negativen Ausgang – nicht dazu verleitet sein, ex post das schadensstiftende Moment als vorhersehbar einzustufen und so überhöhte Anforderungen an die Sorgfalt zu stellen.¹³⁴ Das Organ konnte dieses Wissen ex ante im Zeitpunkt der Entscheidung nicht haben. Entsprechend müssen die Voraussetzungen der Business Judgment Rule ex ante vorlie-

¹³² BT-Drs. 15/5092 S. 1, 10-12; BGH NZG 2011, 549, 550; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 229; *Fleischer*, NZG 2011, 521, 522; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 8; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 499; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 13; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 106, 341; *Wendler*, Justiziabilität, S. 260; *Winnen*, Innenhaftung, S. 93-95.

¹³³ Vgl. *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 8, 499; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 31; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 60; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 347.

¹³⁴ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 228 f.; *Fleischer*, NZG 2011, 521, 522; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 8; *Kindler* in FS Goette, S. 231, 232; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 13; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 60; *Winnen*, Innenhaftung, S. 93 f.

gen, wobei die subjektive, objektiv nachvollziehbare Einschätzung des Leitungsorgans den Prüfungsmaßstab¹³⁵ bildet.

Vorliegend ist der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule eröffnet, da die Entscheidung über die Erfüllung oder Verletzung der Aufklärungspflicht eine unternehmerische ist. Die Business Judgment Rule kann auf alle unternehmerischen Entscheidungen der Organe in Form von Handeln bzw. Unterlassen angewandt werden, jedoch nicht beim Fehlen einer Entscheidung im Sinne von bloßer Untätigkeit und gebundenen Entscheidungen.¹³⁶

Des Weiteren muss das Leitungsorgan die konkrete Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information treffen.¹³⁷ Dies gewährleistet dreierlei: Die Entscheidung ist keine rein intuitive, sondern eine informierte und reflektierte. Der Umfang der Informationsbasis korrespondiert mit der Tragweite und dem Risikogehalt der konkreten Entscheidung. Der notwendige Entscheidungsfreiraum wird gewährt und gleichzeitig an einen objektiven Maßstab gebunden.

Der Bundesgerichtshof will mit der an das Organ gerichteten Forderung, „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen,¹³⁸ dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Norm und dem Willen des Gesetzgebers

¹³⁵ S. BT-Drs. 15/5092 S. 11; vgl. *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 229; *Ek*, Haftung Geschäftsführer, S. 29 f.; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 30-32; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 23; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 70; *Winnen*, Innenhaftung, S. 461-464.

¹³⁶ Allg. BT-Drs. 15/5092 S. 11; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 230; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 15; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 19; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 17-22.

¹³⁷ S. BT-Drs. 15/5092 S. 12; ebenso BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck, und BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS („sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen“).

¹³⁸ BGH NJW 2008, 3361, 3361 (LS); s.a. *Goette*, DStR 2009, 51, 57.

nicht widersprechen, sondern stellt ebenfalls darauf ab, dass das Organ „*situationsbezogen sachgerecht informiert*“ ist.¹³⁹

Das Erfordernis des Handelns „zum Wohle der Gesellschaft“ überschneidet sich inhaltlich mit der Sorgfaltspflicht.¹⁴⁰ In dieser Voraussetzung soll auch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Handelns ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse enthalten sein.¹⁴¹ Auch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Gutgläubigkeit bedarf nach Ansicht des Gesetzgebers nicht der expliziten Erwähnung im Gesetzeswortlaut.¹⁴² Da bei Bösgläubigkeit regelmäßig ein anderes Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt sein wird, ist die Bedeutung nachrangig.¹⁴³

¹³⁹ So *Goette* in GS M. Winter, S. 153, 158 (jede andere Interpretation sei eine Missdeutung); *Hüffer*, AktG, § 93 Rn 4g; *Kindler* in FS *Goette*, S. 231, 232 f.; s.a. BGHZ 175, 365, 368 f. (Rn 11) – UMTS, und BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck („*sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen*“), worauf BGH NJW 2008, 3361, 3362, letztlich über BGHZ 152, 280, 280-290, verweist; *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385, 2388 f.

I.E. einhellige Ansicht, s. *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 591; *Buchta* in van Kann Vorstand, Rn 273; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 13; *Ek*, Haftung Geschäftsführer, S. 28-30; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2339; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 18; *Hauschka*, GmbHR 2007, 11, 16; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 18; *Knappke*, Vorstandshaftung, S. 22 f.; *Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 3 Rn 16; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 98; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 492 f.; *Lutter*, DZWIR 2011, 265, 267; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 32, 33; *Meyer*, CCZ 2011, 41, 42; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 60; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 81 f.; *Schneider*, DB 2011, 99, 101; *Wendler*, Justiziabilität, S. 273-276; *Winnen*, Innenhaftung, S. 199-209, 223 f., 462 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 15; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 24; *Ludwig/Zeising* in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 509; *Wendler*, Justiziabilität, S. 267-270; s.a. BT-Drs. 15/5092 S. 11.

¹⁴¹ BT-Drs. 15/5092 S. 11. S.a. *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 21 f.; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 25, 26; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 353 f.

¹⁴² BT-Drs. 15/5092 S. 11; ebenso *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 231; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 16, § 116 Rn 18; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 42; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 77. *Buchta* in van Kann Vorstand, Rn 274 und *Geiser*, Leitungspflichten, S. 38 f. halten es für verzichtbar.

¹⁴³ *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 31; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 77; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 67; *Wendler*, Justiziabilität, S. 272; s.a. *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 358.

Ob die Voraussetzungen der Business Judgment Rule vorliegen, ist für den konkreten Einzelfall zu bestimmen.

C. Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft

Im Hinblick auf das Strafrecht stellt sich die Frage, ob das Leitungsorgan mit der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung der Aufklärungspflicht über einen existenzgefährdenden, ihr bekannten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft zugleich eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung verwirklicht hat.

Die Organuntreue, also die Untreue nach § 266 StGB begangen von Organmitgliedern zum Nachteil der Kapitalgesellschaft, ist eine exemplarische Ausprägung des Untreuetatbestands.¹⁴⁴ Das geschützte Rechtsgut ist das zu betreuende Vermögen des Treugebers – bei der Organuntreue also das Gesellschaftsvermögen – , das vor Schädigungen von innen heraus geschützt werden soll.¹⁴⁵ § 266 StGB ist ein Vermögensschädigungsdelikt, ein Erfolgsdelikt, ein Sonderdelikt und ein Pflichtverletzungsdelikt.¹⁴⁶ Zunächst wird das Tatbestandsmerkmal der Pflicht-

¹⁴⁴ Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 118; Kuhlen, JR 2011, 246, 246; Schilha, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 215; Schünemann in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 2, 242; ders., Organuntreue, S. 7; Theile, wistra 2010, 457, 458.

¹⁴⁵ S. BVerfGE 126, 170, 200 f.; BGHSt 56, 203, 222 (Rn 63); BGHSt 55, 288, 300 f. (Rn 35, 36); Adick, Organuntreue, S. 4 f.; Bernsmann, GA 2009, 296, 303; Bräunig, Untreue, S. 58; Burghart in B/vR HBFA GesR, Kap 25 Rn 97; Dierlamm in J/M MK-StGB, § 266 Rn 1, 2; Hoffmann, Untreue, S. 277; Krause in K/S HB Managerhaftung, § 35 Rn 25; Mansdörfer, Wirtschaftsstrafrecht, Rn 347, 351; Rönnau, ZStW 119 (2007), 886, 890-893; Saliger in S/S/W StGB, § 266 Rn 1, 3; Schilha, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 217 f., 224; Schilling, Veruntreuung, S. 48; Schünemann in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 1, 21, 23; Seier in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 10; Wittig in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 2, 3. Zur Frage der Dispositionsbefugnis s. Hohn in FS Rissing-van Saan, S. 259, 259-274.

¹⁴⁶ BVerfGE 126, 170, 203, 205 f., 212; BGHSt 55, 288, 304 (Rn 42); Kindhäuser in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 1, 2; Schünemann in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 1, 21, 29, 189; Waßmer in G/J/W Wirtschaftsstrafrecht, StGB § 266 Rn 10,

verletzung erörtert (I.) und anschließend wird geprüft, ob eine untreue-
strafrechtliche Pflichtverletzung des Leitungsorgans vorliegt (II.).

I. Pflichtverletzung als Unrechtskern der Untreue

Die Tathandlung des Untreuetatbestands besteht in einer Pflichtverletzung gegenüber dem Treugeber, und zwar entweder in Form einer im Außenverhältnis wirksamen, aber im Innenverhältnis pflichtwidrigen Ausübung der Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis (Missbrauchstatbestand, 1.) oder in Form der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht (Treubruchtatbestand, 2.). Die Differenzierung entfaltet – zumindest für die Organuntreue – kaum praktische Relevanz.¹⁴⁷ Den Kern beider Varianten bildet die Inkongruenz zwischen den Verhaltensanforderungen und dem realen Verhalten des Treuepflichtigen, also des Organmitglieds, hinsichtlich des anvertrauten Vermögens.¹⁴⁸

1. Missbrauchstatbestand bei der Organuntreue

Die Tathandlung des Missbrauchstatbestands ist der rechtswirksame Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen (Pflichtverletzung). Eine solche Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis haben der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Geschäftsführer aufgrund ihrer Vertretungsmacht hinsichtlich des für sie fremden Vermögens der Gesellschaft.¹⁴⁹ Ein Missbrauch der Verfügungs- oder

11; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn 2. A.A. Schmid in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 4 (Vermögensverschiebungsdelikt).

¹⁴⁷ S. BGHSt 50, 331, 341 f. – Mannesmann; Adick, Organuntreue, S. 7 f.; Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 27; Krause in K/S HB Managerhaftung, § 35 Rn 28; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, 326, 327; Seibt/Schwarz, AG 2010, 301, 304; Thomas in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 17 Rn 134.

¹⁴⁸ Kindhäuser in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 3; Schilha, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 226; Schmid in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 1; Thomas in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 17 Rn 40; s.a. Schünemann in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 1, 21, 29.

¹⁴⁹ S. Adick, Organuntreue, S. 7; Kindhäuser in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 85; Schmid in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 15; Schünemann in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 35, 245, 258.

Verpflichtungsbefugnis liegt vor, wenn der Treuepflichtige im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis rechtsverbindlich handelt, also ein rechtswirksames Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft vornimmt, und dabei die Grenzen des im Innenverhältnis einzuhaltenden, enger gefassten rechtlichen Dürfens bewusst überschreitet und somit im Widerspruch zu seinen Pflichten im Innenverhältnis agiert. Der Treuepflichtige nutzt die Diskrepanz zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis, zwischen Dürfen und Können, aus.¹⁵⁰

Der Umfang der Vertretungsbefugnis des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Geschäftsführer im Außenverhältnis, also das rechtliche Können, ist gesetzlich vorgegeben und unbeschränkt (§§ 78, 82 Abs. 1 AktG bzw. § 112 AktG bzw. §§ 35, 37 Abs. 2 GmbHG).

Die Reichweite des rechtlichen Dürfens (§ 82 Abs. 2 AktG, § 37 Abs. 1 GmbHG) folgt aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Treuepflichtigen, also aus außerstrafrechtlichen Normen.¹⁵¹ Für den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Geschäftsführer ist grundsätzlich abzustellen auf §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. §§ 111 Abs. 1, 116 Satz 1 i.V.m. 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. §§ 6, 35, 37, 43 Abs. 1 GmbHG und damit auch auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Organe gegenüber der Gesellschaft.¹⁵²

¹⁵⁰ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NSTZ 2011, 280, 280; *Beukelmann* in D/D/R GesStR, StGB § 266 Rn 22; *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 35; *Fischer*, StGB, § 266 Rn 9, 28; *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 82; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 43, 46, 47, 74; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 48, 98; *Wittig* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 13.

¹⁵¹ BVerfGE 126, 170, 204 f.; zustimmend BGHSt 55, 288, 300 (Rn 35); *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 8d; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1122.

¹⁵² So BVerfGE 126, 170, 204 f.; zustimmend BGHSt 55, 266, 275 (Rn 28) und BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37); ebenso *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 226; *Brammsen*, wistra 2009, 85, 86-91; *ders.*, ZIP 2009, 1504, 1507; *Hoffmann/Liebs*, Geschäftsführer, Rn 7145; *Krause* in K/S HB Managerhaftung, § 35

Der Missbrauchstatbestand kann folglich nur durch rechtsgeschäftliches oder hoheitliches und zugleich rechtswirksames Handeln oder Unterlassen verwirklicht werden. Bei Realakten oder Überschreitungen des rechtlichen Könnens als nicht rechtswirksame Handlungen kommt der Treuebruchtatbestand in Betracht.

2. Treuebruchtatbestand bei der Organuntreue

Die Tathandlung des Treuebruchtatbestands ist die Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, die aus dem Treueverhältnis folgt und eine Vermögensbetreuungspflicht darstellt.¹⁵³ Dem Vorstand, dem Aufsichtsrat und den Geschäftsführern obliegt gegenüber der jeweiligen Gesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht in diesem Sinne.¹⁵⁴

Die Pflichtverletzung kann durch rechtsgeschäftliches, hoheitliches oder tatsächliches und durch rechtswirksames oder rechtsunwirksames Handeln bzw. Unterlassen erfolgen.¹⁵⁵ Die Reichweite der Pflicht folgt ebenfalls aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Treuepflichtigen, also aus außerstrafrechtlichen Normen.¹⁵⁶ Für den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Geschäftsführer ist dabei grundsätzlich abzustellen auf §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1

Rn 30-32; *Schumacher*, Vermögensbetreuungspflichten, S. 27-29; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 227; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn 40.

¹⁵³ *Fischer*, StGB, § 266 Rn 35; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 93, 142; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 129; *Wittig* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 25.

¹⁵⁴ S. oben 1.; *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 58, 59; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 94, 120; *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 60, 245, 256, 258; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn 3b, 403; *Wittig* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 25, 34.8.

¹⁵⁵ S. *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 64; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 93, 142; *Wittig* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 36.

¹⁵⁶ BVerfGE 126, 170, 204 f.; zustimmend BGHSt 55, 288, 300 (Rn 35); *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 8d; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1122.



Satz 1 AktG bzw. §§ 111 Abs. 1, 116 Satz 1 i.V.m 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. §§ 6, 35, 37, 43 Abs. 1 GmbHG und somit auch auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Organe gegenüber der Gesellschaft.¹⁵⁷

Vorliegend besteht die Pflichtverletzung des Leitungsorgans letztlich in einem Schweigen trotz gesellschaftsrechtlicher Pflicht zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts bzw. trotz vorvertraglicher Aufklärungspflicht. Ein solches Schweigen hat keinen Erklärungswert und ist rechtlich unerheblich. Bei einem solchen Unterlassen¹⁵⁸ des Leitungsorgans kommen Pflichtverletzungen im Sinne des Missbrauchstatbestands nicht in Betracht, sondern Pflichtverletzungen im Sinne des Treuebruchtatbestands.

II. Qualität der untreuestrafrechtlichen Pflicht und ihrer Verletzung

Um prüfen zu können, ob eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung vorliegt, ist die Qualität der untreuestrafrechtlichen Pflicht und ihrer Verletzung und damit die Differenz zwischen gesellschaftsrechtlicher und

¹⁵⁷ So BVerfGE 126, 170, 204 f.; zustimmend BGHSt 55, 266, 275 (Rn 28) und BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37); ebenso *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 226; *Brammsen*, wistra 2009, 85, 86-91; *Fischer*, ZStW 123 (2011), 816, 823 f.; *Krause* in K/S HB Managerhaftung, § 35 Rn 30-32; *Schumacher*, Vermögensbetreuungspflichten, S. 27-29; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 227.

¹⁵⁸ Da die besondere Pflichtenstellung des Treuepflichtigen nach § 266 StGB eine Garantenstellung gegenüber dem Vermögen des Treugebers begründet, kann der Tatbestand durch Tun bzw. Unterlassen gleichermaßen verwirklicht werden und beide Begehungsformen sind unmittelbar subsumierbar. BGH NJW 2011, 3528, 3529; *Fischer*, StGB, § 266 Rn 32, 55; *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 266 Rn 28; *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 202; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 72, 76-79; *Stree/Bosch* in S/S StGB, vor § 13 Rn 136; *Volk* in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 2 Rn 7; *Waßmer* in G/J/W Wirtschaftsstrafrecht, StGB § 266 Rn 11; *Wittig* in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 15, 36.

untreuestrafrechtlicher Pflichtverletzung eines Organmitglieds zu erörtern (1., 2., 3.).

1. Gesellschaftsrechtsakzessorietät der Organuntreue

Die gesellschaftsrechtliche Organinnenhaftung und die Organuntreue öffnen den Raum und setzen die Grenzen im Widerstreit zwischen Entscheidungs- und Handlungsfreiraum und Verantwortung der Gesellschaftsorgane. Sie sind die maßgeblichen Normen zur Regelung dieser Lebenssachverhalte. Da die Tatbestände der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Organinnenhaftung (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG) und der Organuntreue (§ 266 Abs. 1 StGB) strukturell deckungsgleich gestaltet sind, bildet das Verhältnis zwischen der gesellschaftsrechtlichen und der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung die Krux ihres Zusammenspiels. So setzt die Organinnenhaftung die Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht voraus, also der Legalitätspflicht, der Sorgfaltspflicht, der Treuepflicht oder einer der Konkretisierungen oder Ableitungen. Hingegen verlangt die Organuntreue mit dem Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis bzw. mit der Vermögensbetreuungspflichtverletzung die Verletzung einer untreuestrafrechtlichen Pflicht.

Gemeinsam ist den beiden Arten von Pflichtverletzung, dass die Beurteilung des Verhaltens des Organmitglieds als Pflichterfüllung oder Pflichtverletzung ex ante erfolgt, dass die Pflichtverletzung sowohl in einem aktiven Tun als auch in einem Unterlassen bestehen kann und dass das Organmitglied nur die Verletzung eigener Pflichten zu verantworten hat.

Zudem muss eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung enthalten bzw. kann ein gesellschaftsrechtskonformes Verhalten des Organmitglieds keine untreuestrafrecht-

liche Pflichtverletzung darstellen – gesellschaftrechtskonformes Verhalten ist nicht strafbar.¹⁵⁹

Die Gesellschaftsrechtsakzessorietät der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung lässt sich damit begründen, dass beide, Gesellschaftsrecht und Strafrecht, Teil einer Gesamtrechtsordnung und eines Rechtssystems sind. Bei Berührungen und Verknüpfungen gilt das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung.¹⁶⁰ Demzufolge ist bei der Auslegung von Rechtsnormen darauf zu achten, dass sich die Gesamtheit gesetzlicher Vorgaben zu einem widerspruchsfreien Ganzen zusammenfügt und im Gleichklang steht. Wertungswidersprüche und Divergenzen sind zu vermeiden und die Auslegungen bzw. Handhabung und die Ergebnisse sind anhand der Kernelemente und Wertungen aufeinander abzustimmen (Konkordanz). Dies gilt auch bezüglich der Untreue.¹⁶¹

Zudem gilt der allgemeine Grundsatz der Zivilrechtsakzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts: Viele Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts sind nicht autonom, sondern akzessorisch, also von außerstrafrechtlichen Normen abhängig. Die Auslegung einer Norm im Strafrecht darf, auch im Sinne der Einheit der Rechtsordnung, nicht über ihre Auslegung im Wirt-

¹⁵⁹ S. BVerfGE 126, 170, 204 f., 210; *Adick*, Organuntreue, S. 13, 79 f.; *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 37; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 226; *Brammssen*, wistra 2009, 85, 86; *ders.*, ZIP 2009, 1504, 1506, 1511; *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089, 1090 f.; *Hoffmann*, Untreue, S. 277; *Krause* in K/S HB Managerhaftung, § 35 Rn 32, 33; *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157, 157-188; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 886, 905; *Saliger* in S/S/W StGB, § 266 Rn 31; *Schilha*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 42, 265; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326, 329; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304, 314; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn 124 und BT, Rn 26a; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1122; i.E. wohl auch *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 93-100, *ders.*, ZIS 2012, 183, 186-191, *ders.*, Organuntreue, S. 28.

¹⁶⁰ Dazu *K.Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung, S. 9, 11-28; s.a. BVerfGE 126, 170, 210; BGH StV 2012, 19, 21; BGHSt 47, 295, 307-311; *Theile*, ZIS 2011, 616, 616-628, mit einer Analyse der aktuellen Situation.

¹⁶¹ BVerfGE 126, 170, 210.

schaftsrecht hinausreichen; rechtmäßiges Verhalten ist nicht strafbar.¹⁶² Auch dies gilt bezüglich der Untreue.¹⁶³

Für eine Gesellschaftsrechtsakzessorietät der Organuntreue spricht auch, dass so selbständig das Gesellschaftsrecht und das Strafrecht als Rechtsgebiete auch sein mögen und so sehr die Rechtsfolgen der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung und der Organuntreue divergieren mögen, ihr Ziel und ihre Funktionen konform gehen: Beide dienen dem Schutz des Gesellschaftsvermögens vor Schädigungen durch die Gesellschaftsorgane von innen und beide dienen sowohl der Kompensation als auch verhaltenssteuernd der Prävention.

2. Differenz zwischen gesellschaftsrechtlicher und untreuerafrechtlicher Pflichtverletzung

In der Folge stellt sich die Frage, ob jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung zugleich eine untreuerafrechtliche Pflichtverletzung darstellt (strenge Akzessorietät¹⁶⁴) oder ob die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine untreuerafrechtliche Pflichtverletzung ist und zwischen beiden eine Differenz besteht (asymmetrische Akzessorietät¹⁶⁵). Dazu hilft ein Blick auf

¹⁶² Bock, Compliance-Diskussion, S. 63, 65; ders., Compliance, S. 770 f., 784; Lüderssen, Finanzmarktkrise, S. 211, 230; Lutter, NZG 2010, 601, 602 f.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn 124 und BT, Rn 26a; Volk in FS Hamm, S. 803, 804.

¹⁶³ BVerfGE 126, 170, 204 f.; zustimmend BGHSt 55, 288, 300, 302 (Rn 35, 38).

¹⁶⁴ So wohl Raum in W/J HB Wirtschaftsstrafrecht, Kap 4 Rn 74; Wittig in von Heintschel-Heinegg StGB, § 266 Rn 35; Kaufmann, Organuntreue, S. 26, 153.

¹⁶⁵ Lüderssen in FS Eser, S. 163, 163-180; s.a. BVerfGE 126, 170, insb. 210; BGHSt 55, 288, 300, 302 (Rn 35, 38); Adick, Organuntreue, S. 13; Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 38; Bosch/Lange, JZ 2009, 225, 227, 232-234; Bräunig, Untreue, S. 92; Brammsen, wistra 2009, 85, 87-91; ders., ZIP 2009, 1504, 1506 f., 1511; Brüning/Samson, ZIP 2009, 1089, 1090 f.; Hoffmann, Untreue, S. 277; Safferling, NStZ 2011, 376, 377; Saliger in S/S/W StGB, § 266 Rn 31; Schilha, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 42; Seibt/Schwarz, AG 2010, 301, 315; Theile, ZIS 2011, 616, 627; ders., wistra 2010, 457, 459; Waßmer in G/J/W Wirtschaftsstrafrecht, StGB § 266 Rn 65; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 20

einige Strafrechtsprinzipien: Der Grundsatz der ultima ratio¹⁶⁶ besagt im Wesentlichen, dass das Strafrecht als schärfstes Mittel staatlichen Eingriffs in die Grundrechte des Individuums nur zuletzt, als äußerstes eingesetzt werden darf. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts stellt auf die Strafwürdigkeit des Verhaltens und auf die Schutzwürdigkeit des Rechtsguts gegenüber verschiedenen Arten der Beeinträchtigungen ab; nicht jedes Unrecht erfordert Strafe.¹⁶⁷ Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz darf in die individuelle Freiheit nur mittels Strafnormen eingegriffen werden, wenn und soweit dies der Schutz essentieller Rechtsgüter gebietet und ein Strafbedürfnis besteht.¹⁶⁸ Schließlich müssen Strafnormen dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹⁶⁹ Mit Blick auf die strafrechtsbegrenzenden Grundsätze darf nicht jeder Rechtsverstoß strafbar sein und nicht jede gesellschaftsrechtliche darf eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung sein; die Akzessorietät der untreuestrafrechtlichen zur gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung sollte limitiert¹⁷⁰ sein.

Dies lässt sich nicht nur bezogen auf die Rechtsfolgen von Organinnenhaftung und Organuntreue – Schadensersatz und Strafe –, sondern auch mit Blick auf die Funktionen begründen: Detailliert betrachtet, ist die

Rn 42-45; s.a. *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 93-100; *ders.*, ZIS 2012, 183, 186-191.

¹⁶⁶ Dazu BVerfGE 120, 224, 239 f., 256 – Inzestverbot; BVerfGE 88, 203, 203-366 insb. 257 f. – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfGE 39, 1, 1-93 insb. 46 f., 77 f. – Schwangerschaftsabbruch I; *Nöckel*, Marktwirtschaftsstrafrecht, Rn 426; zu den Folgen für die Strafverteidigung s. *Hamm*, *Begrenzung*, S. 44, 44-52.

¹⁶⁷ *Grunst/Volk* in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 1 Rn 106, 107; *Nöckel*, Marktwirtschaftsstrafrecht, Rn 424 f. Nach *Volk*, JZ 1982, 85, 89 sei die Lückenhaftigkeit der Strafgesetze eine Tugend.

¹⁶⁸ S. *Volk*, JZ 1982, 85, 88, der zugleich vor einer Pervertierung und einem Verschleiß des Strafrechts warnt; *Grunst/Volk* in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 1 Rn 108.

¹⁶⁹ BVerfGE 120, 224, 239-241 – Inzestverbot; BVerfGE 90, 145, 145 f., 172 f. – Cannabis.

¹⁷⁰ S.a. BVerfGE 126, 170, 210; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn 111, 124.

Kompensation bei der Organinnenhaftung eine Schadenskompensation, während diejenige bei der Organuntreue ein Ausgleich strafrechtlicher Schuld ist. Ebenso ist die Prävention bei der Organinnenhaftung eine Schadensprävention, während diejenige bei der Organuntreue eine Straftatprävention ist. Die Organinnenhaftung und die Organuntreue schützen mit dem Gesellschaftsvermögen zwar dasselbe Rechtsgut, aber nicht zwangsläufig vor denselben Beeinträchtigungen.

3. Konkretisierung der Differenz anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Mit der limitierten Akzessorietät geht eine Differenz zwischen der gesellschaftsrechtlichen und der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung einher. Den Inhalt dieser Differenz sollen vorliegend die Kriterien bilden, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit und insbesondere Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) des Untreuetatbestands aus dem Jahr 2010 nennt.¹⁷¹ Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts soll den Ausgangspunkt dieser Untersuchung bilden, da sie sich innerhalb der lang anhaltenden Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands sowie um seine Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit hervorhebt. Dies geschieht zum einen durch die intensive Thematisierung der essentiellen Frage der

¹⁷¹ BVerfGE 126, 170, 170, 200-212 (LS). Dem Bundesverfassungsgericht hinsichtlich Bestimmtheit und Verfassungskonformität zustimmend: *Kuhlen*, JR 2011, 246, 251; *Radtke*, GmbHR 2010, 1121, 1127 (weiterhin Reformierung fordernd); *Safferling*, NStZ 2011, 376, 377 (weitere Konkretisierung fordernd); *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 8, 8a; *Waßmer* in G/J/W Wirtschaftsstrafrecht, StGB § 266 Rn 16, 17; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn 4; s.a. *Bittmann*, ZGR 2009, 931, 955; *Neurath* in Heybrock PK-GmbHR, S. 4.

A.A.: *Dierlamm* in J/M MK-StGB, § 266 Rn 3-6. Kritisch zur Argumentation des BVerfG und a.A. bzgl. des Treuebruchtatbestands *Honsell* in FS Roth, S. 277, 279 f.; s.a. *Perron* in FS Heinz, S. 796, 801 f., 807. *Schünemann*, ZIS 2012, 183, 192 f., und *ders.*, Organuntreue, S. 45, lehnt die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ab und hat bei korrekter Anwendung des § 266 StGB als Erfolgsdelikt keine Bedenken, s.a. *ders.* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 24-28.

Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands. Zum anderen ist das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Grundgesetzes sowohl Teil der Judikative als auch unabhängiges Verfassungsorgan (Artt. 92-94, 99, 100 GG), sodass seinen Entscheidungen ein hohes Gewicht in der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit einer Norm und eine besondere Rechtsanwendungsrelevanz zukommen.

Zudem spricht für die Anwendung der Kriterien des Bundesverfassungsgerichts, dass sie eine restriktive, verfassungskonforme Auslegung und Handhabung des Tatbestandsmerkmals der untreuerelevanten Pflichtverletzung ermöglichen: Das Bundesverfassungsgericht bejaht – unter gleichzeitiger Aufstellung strikter Anforderungen an die Handhabung des Tatbestands – die Vereinbarkeit des § 266 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und die Verfassungsmäßigkeit. Das Rechtsgut sei ebenso klar erkennbar wie die Gefahren, vor denen geschützt werden soll, und der Tatbestand könne *„trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden“*. Dazu seien *„die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche [...] zu vermeiden und de[r ...] Charakter des Untreuetatbestands als [...] Vermögensdelikt[...] zu bewahren.“*¹⁷²

Damit formuliert das Bundesverfassungsgericht drei Kriterien zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuerelevanten Pflichtverletzung des § 266 Abs. 1 StGB: Zu der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung müssen kumulativ die Evidenz der Pflichtwidrigkeit **(a)**, die Freiheit von Wertungswidersprüchen **(b)**

¹⁷² BVerfGE 126, 170, 170, 200 (LS), 210. Der Bundesgerichtshof in Strafsachen rezipiert die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in eigenen nachfolgenden Entscheidungen, insb. BGHSt 56, 203, 203-222; BGH NStZ 2011, 520, 520 f.; BGH NStZ 2011, 280, 280 f.; BGHSt 55, 288, 288-314; BGHSt 55, 266, 266-287; s.a. BVerfG NJW 2012, 907, 907, 916 (LS).

und der Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm (c)) hinzukommen. Nur dann handelt es sich um eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung. Mittels dieser drei Kriterien lässt sich der Abstand zwischen der gesellschaftsrechtlich gesetzten Grenze und der untreuestrafrechtlich gesetzten Grenze, auch im Sinne des grundgesetzlichen Präzisierungsgebots, nachhaltig bestimmen. Die drei Kriterien ermöglichen die Handhabung des § 266 StGB entsprechend den strafrechtsbegrenzenden Grundsätzen. Ohne die drei Kriterien könnte die untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung zu einem bloßen Annex und Reflex der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung verkommen. Mit den drei Kriterien hingegen fallen gesellschaftsrechtliche und untreuestrafrechtliche Pflichtverletzungen auseinander, soweit es angebracht ist, und laufen gleich, sobald es angebracht ist.

Ferner verhindern die drei Kriterien, dass der Untreuetatbestand über das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung faktisch zum Fahrlässigkeitstatbestand verkommt. Untreue ist ein reines Vorsatzdelikt, Fahrlässigkeit ist straflos. Allerdings verleitet das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung aufgrund seiner Namensidentität mit der zentralen Komponente der Fahrlässigkeit im Zivil- und im Strafrecht zu einer Interpretation, die einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gleichkommen kann. Tatbestandsvoraussetzungen dürfen nicht derart umgangen werden. So wie das subjektive Tatbestandsmerkmal der Untreue, der Vorsatz, enger gefasst ist als das der Organinnenhaftung, das Verschulden, so muss auch die untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung enger gefasst sein und mehr verlangen als die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung.¹⁷³

¹⁷³ S.a. *Honsell* in FS Roth, S. 277, 281-285; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 117; *Thomas* in Volk MAHB Wirtschaftsstrafsachen, § 17 Rn 40-42.

a) Evidenz der Pflichtwidrigkeit

Das erste Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreu strafrechtlichen Pflichtverletzung bildet die Evidenz der Pflichtwidrigkeit.¹⁷⁴ Die Untreue strafbarkeit ist auf die klaren und deutlichen Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken. Der ultima ratio-Grundsatz tritt durch dieses Kriterium besonders hervor.

Das Evidenzerfordernis untersagt insbesondere das bloße Abstellen auf die Verletzung der – ihrerseits auch unbestimmten und generalklauselartigen – allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Organpflichten nach § 93 AktG bzw. § 116 AktG bzw. § 43 GmbHG zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung nach § 266 StGB. Dies „würde nicht nur dem Untreuetatbestand jegliche Kontur nehmen; es wäre [...] nicht mehr mit der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts zu vereinbaren.“¹⁷⁵

Vorliegend wurde die Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans durch Unterlassen der Aufklärung des Erwerbers ausschließlich und stets bejaht, wenn zugleich eine Betrugs strafbarkeit vorliegt. Die Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht, die einhergeht mit einer Betrugs strafbarkeit, mag dies auch in einem anderen Rechtsverhältnis als dem gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis sein, stellt sich als schwerwiegend dar und ist ein klarer, deutlicher Fall pflichtwidrigen Handelns. Das zeigt sich auch daran, dass ausnahmsweise das Prinzip der Haftungskonzentration auf die Organinnenhaftung durchbrochen wird und eine deliktische Organaußenhaftung des Leitungsorgans selbst gegenüber dem Erwerber in Betracht kommt. Die Evidenz der Pflichtwidrigkeit ist gegeben.

¹⁷⁴ BVerfGE 126, 170, 210; zustimmend *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3196 f.; s.a. *Adick*, Organuntreue, S. 80; *Tiedemann*, Wirtschafts strafrecht BT, Rn 4a, 400; vgl. *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 312-315; ablehnend *Schünemann*, ZIS 2012, 183, 193.

¹⁷⁵ BGHSt 55, 288, 302 (Rn 38).

Die Sorgfaltspflichtverletzung des Leitungsorgans durch Unterlassen der Aufklärung des Erwerbers kommt lediglich in den Fällen einer bloßen, vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung in Betracht und auch nur, wenn die Abwägung zwischen der Erfüllung und der Verletzung der Aufklärungspflicht sorgfaltswidrig war. Sie folgt also nicht stringent aus der Pflichtverletzung im Außenverhältnis. Zudem sind die in die Abwägung einzustellenden Kriterien zahlreich und komplex. Daher ist die Pflichtwidrigkeit nicht als klarer und deutlicher Fall anzusehen. Darüber hinaus ist eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung, der die bloße Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs-, also Rücksichtnahmepflichten zugrunde liegt, wesentlich weniger schwerwiegend als eine, der ein Betrug zugrunde liegt. Die Evidenz einer solchen Sorgfaltspflichtverletzung ist erheblich schwächer als diejenige der Legalitätspflichtverletzung und zweifelhaft.

b) Kein Wertungswiderspruch

Das zweite Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung stellt die Freiheit von Wertungswidersprüchen zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen dar.¹⁷⁶ Dahinter steht das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, demzufolge bei der Auslegung von Rechtsnormen darauf zu achten ist, dass sich die Gesamtheit gesetzlicher Vorgaben zu einem widerspruchsfreien Ganzen zusammenfügt und im Gleichklang steht.¹⁷⁷ Wertungswidersprüche und Divergenzen sind zu vermeiden und die Auslegungen bzw. Handhabung und die Ergebnisse sind anhand der Kernelemente und Wertungen aufeinander abzustimmen (Konkordanz).

¹⁷⁶ BVerfGE 126, 170, 210; BGHSt 55, 288, 300 (Rn 35); zustimmend *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3196 f.; vgl. *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 312-315.

¹⁷⁷ So BVerfGE 126, 170, 210. Dazu oben II.; *K.Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung, S. 9, 28.

Ein solcher Wertungswiderspruch ist vorliegend weder hinsichtlich der Legalitätspflichtverletzung noch hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung ersichtlich. Vielmehr sind die Schutzrichtungen und die Funktionen der Organverantwortung im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht, wie zuvor erörtert, insoweit gleichläufig.

c) Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm

Das dritte Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung formt das Erfordernis, dass die primär verletzte Norm – entsprechend dem Schutzzweck des Untreuetatbestands – ihrerseits auch genuin dem Schutz des Vermögens des Treugebers dienen muss,¹⁷⁸ bei der Organuntreue also dem Schutz des Gesellschaftsvermögens. *„Nur dann, wenn die unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst vermögensschützenden Charakter hat, liegt der untreuespezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB vor.“*¹⁷⁹ Andernfalls wäre der Untreuetatbestand *„zu einem alles überstrahlenden Universaldelikt aufgeblasen“*.¹⁸⁰ Aus einem Verstoß gegen eine nichtvermögensschützende Norm lässt sich keine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung ableiten.

Maßgeblich ist dabei die primär verletzte Norm.¹⁸¹ Ein Legalitätspflichtverstoß des Organs, der zugleich eine Pflichtverletzung im Innen-

¹⁷⁸ BVerfGE 126, 170, 210; BGHSt 56, 203, 203, 211 (LS, Rn 24, 25); BGHSt 55, 288, 288, 300-303 (LS, Rn 35-39); *Brammsen*, ZIP 2009, 1504, 1506 f.; *Corsten*, wistra 2010, 206, 207 f.; *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3196 f.; *Schilha*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 237-242; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 135a; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 207-210; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn 40a, 129; s.a. *Adick*, Organuntreue, S. 13; *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089, 1090 f.; *Jäger* in FS Otto, S. 593, 601-608; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326, 329. Differenzierend *Brand/Sperling*, AG 2011, 233, 237-244. A.A.: *Perron* in S/S StGB, § 266 Rn 37.

¹⁷⁹ BGHSt 55, 288, 300 f. (Rn 36).

¹⁸⁰ *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 208.

¹⁸¹ BGHSt 55, 288, 301-303 (Rn 37-39).

verhältnis gegenüber der Gesellschaft nach § 93 AktG bzw. § 116 i.V.m. § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG darstellt, begründet daher keine untreue-straftrechtliche Pflichtverletzung, solange er keine gesellschaftsvermögensschützende Norm betrifft.¹⁸² Denn eine etwaige primär verletzte Norm ohne (gesellschafts)vermögensschützenden Charakter wird nicht dadurch (gesellschafts)vermögensschützend, dass ihre Verletzung zugleich eine Verletzung der vermögensschützenden Pflicht gegenüber der Gesellschaft darstellt.¹⁸³ Ließe man jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung für eine Pflichtverletzung nach § 266 StGB genügen, so stellte jeder Legalitätspflichtverstoß, also jeder Gesetzesverstoß des Organs, eine strafbare Untreuehandlung dar.¹⁸⁴ Dies liefe dem Kerngedanken des Untreuetatbestands und des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zuwider.

Das Erfordernis des vermögensschützenden Charakters der primär verletzten Norm ist auch nicht bereits dann erfüllt, wenn das Gesetz bei ihrer Verletzung eine zwingende finanzielle Sanktion gegen den Treugeber – vorliegend gegen die Gesellschaft – vorsieht.¹⁸⁵ Andernfalls läge in jeder Ordnungswidrigkeit eine untreuestraftrechtliche Pflichtverletzung.¹⁸⁶

Vorliegend ist die primär verletzte Norm die vorvertragliche Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, nicht etwa die Legalitätspflicht oder Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans. Die vorvertragliche Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB dient nicht dem Schutz des Vermögens der veräußernden Gesellschaft als Treugeber. Folglich fehlt es

¹⁸² BGHSt 55, 288, 301-303 (Rn 37-39); s.a. *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 188.

¹⁸³ BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37, 38).

¹⁸⁴ BGHSt 55, 288, 301 f. (Rn 37, 38); s.a. *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157, 168.

¹⁸⁵ BGHSt 56, 203, 203, 211 (LS, Rn 25); s.a. *Jäger* in FS Otto, S. 593, 601-608. BGHSt 55, 288, 288, 300 f. (LS, Rn 36) lies dies noch offen.

A.A. wohl: *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 184.

¹⁸⁶ S.a. *Mansdörfer*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn 368.



insoweit am Vermögensschutzzweck der primär verletzten Norm und damit an der Untreurelevanz einer mit der Aufklärungspflichtverletzung einhergehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung.

Daran ändert auch nichts, dass gleichzeitig mit der Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB weitere Normen verletzt sein können. So ist nicht relevant, dass zugleich ein Betrug durch Unterlassen des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gemäß §§ 263, 13 StGB im Außenverhältnis vorliegen kann. Denn § 263 StGB ist weder die primär verletzte Norm, noch dient die Vorschrift in dieser Konstellation dem Schutz des Vermögens der veräußernden Gesellschaft.

Ebenso wenig kommt es darauf an, dass zugleich eine Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis bestehen kann. Da die primär verletzte Norm maßgeblich ist, begründet eine Legalitätspflichtverletzung des Organs im Innenverhältnis keine untreuerechtliche Pflichtverletzung, solange primär keine vermögensschützende Norm betroffen ist. Denn ließe man jede Verletzung der Legalitätspflicht für eine Pflichtverletzung nach § 266 StGB genügen, so stellte jedweder Gesetzesverstoß des Organs zugleich eine Untreuehandlung dar und wäre gegebenenfalls strafbar.

Auch nicht entscheidend ist, dass zugleich eine Sorgfaltspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis gegeben sein kann. Die Sorgfaltspflicht dient zwar dem Schutz des Vermögens der veräußernden Gesellschaft als Treugeber,¹⁸⁷ allerdings ist sie nicht die primär verletzte Norm.

Schließlich wirkt sich auch nicht aus, dass die Verletzung der primär verletzten Norm – vorliegend die vorvertragliche Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB – mit etwaigen Schadensersatzansprü-

¹⁸⁷ S. oben B.II.2.b.aa).

chen Dritter gegen die Gesellschaft als Treugeber einhergehen könnte.¹⁸⁸ Denn allein damit, dass eine aus sich selbst heraus nicht vermögensschützende Norm als Rechtsfolge eine Schadensersatzpflicht des Treugebers normiert, lässt sich ein vermögensschützender Charakter dieser Norm zugunsten des Treugebers nicht begründen. Er wäre konstruiert. Andernfalls wäre absurderweise jeder Schadensersatznorm zu unterstellen, dass sie dem Vermögensschutz des Anspruchsgegners diene.

Mit dem Ergebnis deckt sich auch, dass andernfalls ein Wertungswiderspruch zwischen der Einordnung der Legalitätspflichtverletzung und der Sorgfaltspflichtverletzung bestünde, die letztlich beide auf dem Unterlassen der Aufklärung des Erwerbers beruhen: Es kann nicht sein, dass das Leitungsorgan in Betrugskonstellationen, also den schwerwiegenderen Verfehlungen, nicht nach § 266 StGB strafbar sein kann, bei bloßen vertraglichen Aufklärungspflichtverletzungen hingegen schon. Mit einem solchen Wertungswiderspruch fehlte es gerade an dem Kriterium der Freiheit von Wertungswidersprüchen und die Untreuerrelevanz der Pflichtverletzung wäre spätestens aus diesem Grund zu verneinen.

Gegen eine Untreuerrelevanz der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen spricht auch, dass zu der Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht erst mehrere Zwischenschritte hinzutreten müssen, bevor die veräußernde Gesellschaft tatsächlich in Anspruch genommen werden könnte. So müsste der Erwerber die Aufklärungspflichtverletzung überhaupt entdecken. Zudem müssten die weiteren Voraussetzungen

¹⁸⁸ BGHSt 55, 288, 288 (LS) in Anknüpfung an BVerfGE 126, 170, 170-233; s.a. BGHSt 56, 203, 203 (LS); *Dierlamm* in J/M MK-StGB, § 266 Rn 174; *Jäger* in FS Otto, S. 593, 602-608; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 135a.

Nach *Perron* in S/S StGB, § 266 Rn 37, könne das Auslösen eines Schadensersatzanspruchs gegen den Treugeber eine untreuerechtliche Pflichtverletzung darstellen; ein Bezug zum Vermögen des Treugebers sei nicht nötig. Nach *Fischer*, StGB, § 266 Rn 53, und *Krause* in K/S HB Managerhaftung, § 35 Rn 59, beide ohne nähere Ausführungen, könne das Auslösen von Schadensersatzansprüchen gegen die Gesellschaft eine Untreue darstellen.

etwaiger Anspruchsgrundlagen, deren Vorliegen bislang unterstellt wurde, gegeben sein. Ferner müsste der Anspruch gegen die veräußernde Gesellschaft auch durchsetzbar sein, dürfte also insbesondere nicht verjährt sein. Des Weiteren liegt die Entscheidung über die Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen die veräußernde Gesellschaft allein in der Sphäre des Erwerbers. Schließlich müsste das Vorbringen des Erwerbers zu etwaigen Anspruchsvoraussetzungen den zivilprozessualen Anforderungen, insbesondere den Beweisregeln, genügen. Vor dem Hintergrund dieser Vielzahl selbständiger und außerhalb des Einflusses des Leitungsorgans liegender Zwischenschritte, die notwendigerweise auf die Verletzung der primären Norm im Außenverhältnis folgen müssten, lässt sich wohl kaum¹⁸⁹ der untreuespezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB bejahen.

In Konstellationen wie der diesem Problemkreis zugrunde liegenden plädiert Jäger¹⁹⁰ für die Übertragung der Rechtsfigur der neutralen Handlung auf den Untreuetatbestand: Handlungen mit bloß mittelbarem Vermögensbezug, also *„Handlungen, die nur schadensersatzauslösend wirken können, stellen sich [...] als untreueneutral dar, solange ihnen der notwendige Innenbezug zum Vermögen des Geschäftsherrn fehlt [Neutralität im Innenverhältnis]. Ein Verhalten, das daher keinen spezifischen Bezug zum Innenverhältnis aufweist, sondern sich in einer reinen Außenaktivität erschöpft, [...] kann daher die Treuebruchsalternative grundsätzlich nicht erfüllen.“* Handlungen mit bloß mittelbarem Vermögensbezug bzw. nachträglichem, reflexartigen Vermögensbezug über Dritte seien nicht hinreichend und nicht von § 266 StGB erfasst. Ihnen fehle der vermögens-

¹⁸⁹ Vgl. Saliger in S/S/W StGB, § 266 Rn 75, Schmid in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 179a, und Seier in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 215, denen zufolge die Untreuestrafbarkeit jedenfalls an der fehlenden Unmittelbarkeit des Schadens aufgrund der Entdeckung als notwendigem Zwischenschritt scheitert.

¹⁹⁰ Jäger in FS Otto, S. 593, 601-608.

bzw. untreuespezifische Sinnbezug. Nur bei einem unmittelbaren, internen Vermögensbezug seien der vermögens- bzw. untreuespezifische Sinnbezug und damit das spezifische Untreueunrecht gegeben. Daher sei das Innenverhältnis zum Geschäftsherrn maßgeblich, dessen Vermögen durch das Verhalten des Treuepflichtigen betroffen sein müsse. Andernfalls sei ein vermögens- bzw. untreueneutrales Verhalten anzunehmen. Die Anwendung dieses Ansatzes auf die diesem Problemkreis zugrunde liegenden Konstellationen entspricht dem Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Grundsätzlich obliegt der veräußernden Gesellschaft bei einem Unternehmenskauf im Außenverhältnis keine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung des Erwerbers über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft (*caveat emptor*), es sei denn, der Compliance-Verstoß birgt eine Existenzgefährdung und die veräußernde Gesellschaft hat Kenntnis davon. Weder hinsichtlich der veräußernden Gesellschaft nicht bekannter noch hinsichtlich nicht-existenzgefährdender Compliance-Verstöße besteht eine Aufklärungspflicht. Ist der veräußernden Gesellschaft nicht bekannt, ob der Compliance-Verstoß ein existenzgefährdendes Ausmaß hat, so hat sie über dieses Nichtwissen und über die Basis der Kenntnis aufzuklären.

Der Umfang der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft ist abhängig von dem konkreten Einzelfall. Zur Bestimmung des Umfangs können bestimmte Kriterien herangezogen werden, insbesondere die Risikoordnung nach dem Kernmoment des Grundsatzes, der Vertragszweck, die Geschäftsgewandtheit des Erwerbers und die Intensität der Unternehmenskaufverhandlungen.

Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht besteht in der Nichtaufklärung oder der unzureichenden Aufklärung, also dem Schweigen über einen der



veräußernden Gesellschaft bekannten, existenzgefährdenden Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft trotz der Pflicht zur Offenlegung. Es ist eine Pflichtverletzung durch Unterlassen.

Die Verletzung dieser vorvertraglichen Aufklärungspflicht im Außenverhältnis kann im Innenverhältnis zugleich die Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführer der veräußernden Gesellschaft begründen. Dem Leitungsorgan obliegt eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung dieser vorvertraglichen Aufklärungspflicht. Sie stellt eine Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht bzw. der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht dar.

Geht mit der Aufklärungspflichtverletzung ein Betrug bzw. Betrugsversuch des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft durch Unterlassen der Aufklärung gegenüber und zum Nachteil des Erwerbers gemäß §§ 263, 13 StGB bzw. §§ 263, 13, 22, 23 StGB einher, so liegt stets eine Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis vor.

Die bloße vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung gegenüber dem Erwerber im Außenverhältnis stellt keine gesellschaftsrechtliche Legalitätspflichtverletzung des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis dar. Die Entscheidung des Leitungsorgans über die Erfüllung oder die Verletzung der identifizierten vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft ist eine unternehmerische. Die Abwägung muss der Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft genügen. Als Kriterien, die in die Abwägung einzustellen sind, wurden insbesondere die Sensibilität der Information, das Entdeckungsrisiko, der Vertragsschluss und die Vertragssicherheit identifiziert. Zumindest die abstrakte Abwägung zeigt, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft tendenziell nicht der Sorgfaltspflicht entspricht.



Die Justiziabilität der Entscheidung des Leitungsorgans zwischen Erfüllung und Verletzung der bezeichneten Aufklärungspflicht lässt sich durch die Beachtung der Anforderungen der Business Judgment Rule begrenzen.

Die Untreuerrelevanz der Verletzung der identifizierten gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis aufgrund der Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis scheidet grundsätzlich aus. Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung in Form der Legalitätspflichtverletzung durch Unterlassen der Aufklärung des Erwerbers, also in den Betrugskonstellationen, sind zwar die Evidenz der Pflichtwidrigkeit und die Freiheit von Wertungswidersprüchen gegeben. Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung in Form der Sorgfaltspflichtverletzung durch Unterlassen der Aufklärung des Erwerbers, also in den Konstellationen der bloßen vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung, ist zwar zunächst die Freiheit von Wertungswidersprüchen gegeben, allerdings ist bereits die Evidenz der Pflichtwidrigkeit zweifelhaft. Letztlich fehlt es hinsichtlich beider Formen der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung am vermögensschützenden Charakter der primär verletzten Norm.





KAPITEL 2

VERHALTEN DES VORSTANDS BEI EINEM GEMEINSCHAFTLICHEN,
BESTANDSGEFÄHRDENDEN UNTERNEHMENSWECHSEL VON MITARBEITERN



Der zweite Problemkreis beinhaltet die Frage nach gesellschaftsrechtlichen Pflichten (**B.**) des involvierten Vorstandsmitglieds und nach untreuestrafrechtlichen Risiken (**C.**) in der Situation des gemeinschaftlichen und bestandsgefährdenden Unternehmenswechsels einer Abteilung bzw. der Leistungsträger des Unternehmens zu einem Wettbewerber (**A.**). Das Vorstandsmitglied der betroffenen Gesellschaft kann einerseits involviert sein durch die aktive Initiierung des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter oder andererseits durch Untätigkeit trotz Kenntnis davon.

A. Ausgangsfall

Die in Deutschland ansässige Consult AG ist in einer Branche tätig, in der Erfolg auf den Fertigkeiten und Kenntnissen der Mitarbeiter bzw. auf den personengebundenen Kundenbeziehungen basiert. Die Wettbewerberin Service AG beschließt, ihre Geschäftstätigkeit in einem Geschäftsfeld zu intensivieren, in dem die Consult AG marktführend ist. Dazu gründet sie einen Unternehmensbereich neu, etwa eine Abteilung, einen Standort oder eine Tochtergesellschaft.

Kurz darauf erklären mehrere Mitarbeiter des entsprechenden Unternehmensbereichs der Consult AG zeitgleich und zu demselben Termin die ordentliche Kündigung ihres Dienst- bzw. Arbeitsvertrags. Sie begründen dies mit der Sorge um die berufliche Perspektive, etwa bedingt durch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft oder einen gerade erfolgenden Übernahmeversuch. In ihrer Gesamtheit sind die Kündigungen bzw. der Weggang der Mitarbeiter bestandsgefährdend für die Consult AG.

Alle kündigenden Mitarbeiter schlossen vor der Erklärung ihrer Kündigung Dienst- bzw. Arbeitsverträge mit der Service AG und beginnen zeitlich nahtlos ihre Tätigkeit in dem neu gegründeten Unternehmensbereich, der das gleiche Geschäftsmodell wie derjenige der Consult AG hat und fliegend startet.

Die Consult AG erleidet Beeinträchtigungen in Form des Verlusts der Qualifikationen und Fertigkeiten, Kontakte und Akquisitionsstärken des

ehemaligen Personals sowie des reduzierten Auftragseingangs, des entgangenen Gewinns und der notwendigen Freistellung der Mitarbeiter von der Pflicht zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung. Hinzu kommen Kosten für den Personalüberhang, beauftragte Personalvermittler und Rechtsverfolgung.

Auch ein Vorstandsmitglied der Consult AG wechselt zur Service AG. Zudem ist es in den gemeinschaftlichen, bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel der Mitarbeiter involviert. Unklar ist allerdings, ob die Involvierung in der aktiven Initiierung des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter oder in der Untätigkeit trotz Kenntnis davon besteht.

B. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds bei einem gemeinschaftlichen, bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel von Mitarbeitern

Im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Vorstandsmitglied ein gesellschaftsrechtliches Verbot der aktiven Initiierung des gemeinschaftlichen, bestandsgefährdenden Unternehmenswechsels der Mitarbeiter (gesellschaftsrechtliches Abwerbungsverbot) trifft (**I.**). Anknüpfungspunkte für ein solches Verbot sind die Bestandsverantwortung und die organschaftliche Treuepflicht nebst ihren Konkretisierungen in Form des Wettbewerbsverbots und der Verschwiegenheitspflicht.

Anschließend ist zu untersuchen, ob und inwieweit dem Vorstandsmitglied eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff bei Kenntnis des gemeinschaftlichen Unternehmenswechsels der Mitarbeiter obliegt (**II.**). Anknüpfungspunkte für eine solche Eingriffspflicht sind die Bestandsverantwortung und die organschaftliche Treuepflicht nebst ihren Konkretisierungen in Form organinterner Informationspflichten.



I. Gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot

Die Erörterung eines gesellschaftsrechtlichen Verbots der aktiven Initiierung des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter (gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot) beginnt mit dem allgemeinen Grundsatz (1.) und den Grenzen des Abwerbens¹⁹¹ von Mitarbeitern durch externe Dritte, die sich im Wege des Erst-Recht-Schlusses als Mindestmaß auf das Vorstandsmitglied übertragen lassen (2.). Daran anknüpfend wird ein gesellschaftsrechtliches Verbot des Abwerbens für das Vorstandsmitglied als Treuepflichtigen untersucht (3.).

1. Grundsatz: Erlaubtsein des Abwerbens von Mitarbeitern

In einer freien Marktwirtschaft gilt das Prinzip des freien Wettbewerbs, und zwar auch hinsichtlich der Arbeitskraft bzw. Arbeitsleistung der Arbeitnehmer. Eine Gesellschaft hat keinen Anspruch auf den Bestand des Mitarbeiterstamms. Die Mitarbeiter sind frei in der Wahl ihres Arbeitsplatzes und in ihrer Berufsplanung. Dies beruht auf dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Deshalb ist auch das Abwerben von Mitarbeitern grundsätzlich erlaubt.¹⁹²

Dagegen schützen können sich Gesellschaften durch Zugeständnisse an die Mitarbeiter und vertragliche Wettbewerbsverbote. Da ihnen diese

¹⁹¹ Das Abwerben von Mitarbeitern meint das Einwirken auf einen Mitarbeiter zur Begründung eines neuen Arbeits- oder Dienstverhältnisses mit einem anderen Vertragspartner; die Initiative liegt bei dem Abwerbenden, nicht bei dem Abzuwerbenden. Allg. zur Mitarbeiterabwerbung mit Phänomenologie, Hintergründen und Historie s. *Meurer*, Abwerbung, S. 13-50, 53-55; *Schlieper*, Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, S. 91 f.; *Schmeding*, Abwerbung, S. 1-13; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 122-128.

¹⁹² BAGE 143, 165, Rn 15; BGHZ 171, 73, 77 f. (Rn 14, 16) – Außendienstmitarbeiter; BGH NJW 2006, 1665, 1666 – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGHZ 158, 174, 178 – Direktansprache am Arbeitsplatz I; BAGE 17, 338, 343; *Insam*, Eingriffe Dritter, S. 150, 200; *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 452 f.; *Meurer*, Abwerbung, S. 128; *Rengshausen*, Headhunting, S. 15-23, 187 f., 251; *Schlieper*, Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, S. 92, 111; *Schmeding*, Abwerbung, S. 71-76, 389; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 133, 135-137, 255.

Option offensteht, darf das Abwerben auch bewusst und planmäßig stattfinden und es ist grundsätzlich unerheblich, wie viele Mitarbeiter abgeworben werden, über welche Qualifikation sie verfügen, welche Positionen sie innehaben und ob das Abwerben zum Aufbau eines neuen Unternehmens geschieht.¹⁹³

2. Grenzen des Abwerbens durch externe Dritte und Erst-Recht-Schluss betreffend das Vorstandsmitglied

Bei der Mitarbeiterabwerbung sind abwerbenden externen Dritten, etwa Wettbewerbern oder Personalvermittlern, allerdings Grenzen gesetzt: Treten besondere Umstände hinzu, so ist das Abwerben von Mitarbeitern wettbewerbswidrig.¹⁹⁴ Diese besonderen Umstände lassen sich in drei Fallgruppen einteilen, und zwar nach der Modalität der Kontaktaufnahme (**a**)), dem Zweck der Abwerbung (**b**)) und den Mitteln der Abwerbung (**c**)).

Die Grenzen für das Abwerben durch Externe gelten erst recht für das Abwerben durch ein Vorstandsmitglied sozusagen als Internen, und zwar ungeachtet seiner besonderen Pflichtenstellung als Organmitglied. Denn ein Verhalten gegenüber Mitarbeitern einer Gesellschaft, das für einen externen Dritten als wettbewerbswidrig gilt, kann einem Vorstandsmitglied

¹⁹³ *Insam*, Eingriffe Dritter, S. 190-196; *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 453; *Meurer*, Abwerbung, S. 84-95; *Rengshausen*, Headhunting, 3. Teil; *Schmeding*, Abwerbung, S. 248-262; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 135-137, 196-198, 200-202. Zu den Schutzmöglichkeiten s. insb. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, §§ 7, 8, 24; s.a. bereits BAGE 17, 338, 346.

¹⁹⁴ Einschlägig sein können §§ 3, 4 Nr. 10, § 4 Nr. 1, § 7 UWG. Das UWG ist anwendbar, da das Abwerben eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist, und Unternehmen, die um Arbeitskräfte konkurrieren, Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind.

BAGE 143, 165, Rn 15; BGHZ 171, 73, 77 (Rn 14) – Außendienstmitarbeiter; BGH NJW 2006, 1665, 1666 – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGHZ 158, 174, 178 – Direktansprache am Arbeitsplatz I; BAGE 17, 338, 343; *Insam*, Eingriffe Dritter, S. 150; *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 452; *Meurer*, Abwerbung, S. 128; *Rengshausen*, Headhunting, S. 48-168, 251 f.; *Schlieper*, Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, S. 92-112; *Schmeding*, Abwerbung, S. 34-41; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 121 f., 130-133, 137, 255.

als zum einen sozusagen internem Dritten bezüglich der Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und ihren Mitarbeitern und zum anderen Organmitglied dieser Gesellschaft erst recht nicht erlaubt sein. Die Grenzen des Abwerbens durch externe Dritte bilden daher die minimalen Grenzen des Abwerbens von Mitarbeitern durch das Vorstandsmitglied.

a) Modalitäten der Kontaktaufnahme

Der Abwerbende kann zu dem Abzuwerbenden telefonisch, schriftlich per Brief, E-Mail oder Nachricht in einem sozialen Netzwerk und durch eine persönliche Ansprache Kontakt aufnehmen.

Während Telefonanrufe unter privaten Telefonnummern grundsätzlich wettbewerbsrechtlich zulässig sind, sind Anrufe auf dienstlichen Telefonen des Abzuwerbenden dies nur, wenn sie auf die Kontaktaufnahme beschränkt sind, also kurz gehalten sind und inhaltlich in der Darlegung des Anrufzwecks und gegebenenfalls einer Rückmeldebitte bestehen.¹⁹⁵

Die schriftliche Kontaktaufnahme per Brief ist zulässig, hingegen ist der Versand von E-Mails und Nachrichten über soziale Netzwerke ohne die ausdrückliche Einwilligung des Abzuwerbenden nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig.¹⁹⁶

Das unaufgeforderte, persönliche Aufsuchen des Abzuwerbenden an seinem Arbeitsplatz ist als nicht unwesentliche Störung des Mitarbeiters und damit als unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG unzulässig.¹⁹⁷

¹⁹⁵ BGH NJW 2008, 855, 855 f. (LS) – Direktansprache am Arbeitsplatz III; BGH NJW 2006, 1665, 1665 f. (LS) – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGHZ 158, 174, 174 f., 179-185 (LS) – Direktansprache am Arbeitsplatz I; *Insam*, Eingriffe Dritter, S. 202; *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 453 f.; *Rengshausen*, Headhunting, S. 189, 252; *Schlieper*, Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, S. 92-112, 214; *Schmeding*, Abwerbung, S. 163-247, 391; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 150-155.

¹⁹⁶ *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 454; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 155-157.

¹⁹⁷ *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 454 f.; *Schmeding*, Abwerbung, S. 391; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 157-160.

b) Zweck der Abwerbung

Das Abwerben von Mitarbeitern kann wettbewerblich unlauter sein, wenn der Abwerbende den Zweck verfolgt, den Mitbewerber, also den Arbeitgeber des Abzuwerbenden, zu behindern. Dies ist der Fall, wenn der Abwerbende eine ernsthafte Beeinträchtigung bezweckt, also wenn sich das Abwerben als wettbewerbliche Kampfmaßnahme darstellt und die Absicht des Abwerbenden zur Schädigung des Mitbewerbers erkennen lässt. Eine Bestandsgefährdung ist nicht notwendig. Die Schädigungsabsicht ist offensichtlich, wenn für den Abgeworbenen kein Bedarf besteht. Auch das überwiegende oder gar ausschließliche Abwerben von Mitarbeitern eines bestimmten Mitbewerbers ungeachtet der Marktsituation spricht dafür. Allein aus der Anzahl der abgeworbenen Mitarbeiter kann eine Schädigungsabsicht nur einzelfallabhängig hergeleitet werden.¹⁹⁸

Das Abwerben von Mitarbeitern kann auch wettbewerblich unlauter sein, wenn der Abwerbende den Zweck verfolgt, von dem Abgeworbenen im Sinn einer Ausbeutung Geschäftsinterna des Mitbewerbers zu erhalten, etwa wenn es sich um unbefugt beschaffte Informationen handelt oder der Abwerbende den Abgeworbenen zum Verrat von Interna auffordert. Die schlichte Weitergabe redlich erlangter Informationen steht dem Abgeworbenen hingegen frei.¹⁹⁹

c) Mittel der Abwerbung

Das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Abwerbenden und dem Mitbewerber, also dem bisherigen Arbeitgeber des Abgeworbenen, allein macht die Abwerbung nicht wettbewerbswidrig.

¹⁹⁸ BGHZ 171, 73, 81-83 (Rn 22, 23) – Außendienstmitarbeiter; *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 455 f.; *Meurer*, Abwerbung, S. 84-95; *Schmeding*, Abwerbung, S. 390 („Vernichtungswettbewerb“); *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 137-149, 165-167, 200-202.

¹⁹⁹ *Köhler* in FS Buchner, S. 452, 456; *Meurer*, Abwerbung, S. 97-107; *Schlieper*, Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, S. 111; *Schmeding*, Abwerbung, S. 342-344, 392; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 161-165, 198-200, 256.

Denn dem Arbeitgeber stehen die bereits dargelegten Schutzmöglichkeiten im Verhältnis zu den abzuwerbenden Mitarbeitern sowie Schutzmöglichkeiten und zivilrechtliche Ansprüche gegen den Abwerbenden zu, sodass es eines zusätzlichen Schutzes nicht bedarf.²⁰⁰

Im Gegensatz zum bloßen Ausnutzen eines Vertragsbruchs des Abzuwerbenden gilt das Verleiten zum Vertragsbruch, also das gezielte und bewusste Hinwirken auf den Vertragsbruch des Abzuwerbenden bzw. seine Beschäftigung vor der ordnungsgemäßen Beendigung des bisherigen Vertragsverhältnisses, als wettbewerbswidrig. Das Verleiten stellt einen unmittelbaren Angriff auf die Betätigung des bisherigen Arbeitgebers des Abzuwerbenden als Mitbewerber dar und die Heimlichkeit des Vorgehens nimmt ihm die Möglichkeit des Abwendens. Zudem kann der bisherige Arbeitgeber sich oftmals aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht bei dem Abgeworbenen als seinem Vertragspartner schadlos halten.²⁰¹

Auch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Abzuwerbenden, etwa durch Überrumpeln oder übertriebenes Anlocken, gilt als wettbewerbswidrig.²⁰²

Gleichermaßen wettbewerbswidrig ist das kollusive, also ein auf eine Schädigung der von der Abwerbung betroffenen Gesellschaft zielendes Zusammenwirken des Abwerbenden mit Mitarbeitern bzw. Organmitgliedern der betroffenen Gesellschaft bei der Abwerbung von (weiteren)

²⁰⁰ Köhler in FS Buchner, S. 452, 456; Schmeding, Abwerbung, S. 270-273; Ziegler, Arbeitsrecht und UWG, S. 171-173, 256.

²⁰¹ BGHZ 171, 73, 73, 77 f. (LS, Rn 14-16) – Außendienstmitarbeiter; BAGE 17, 338, 338, 343 (LS); OLG Thüringen WRP 1997, 363, 364; Rengshausen, Headhunting, S. 188 f.; Schmeding, Abwerbung, S. 110-161, 389 f. Differenzierend Köhler in FS Buchner, S. 452, 457-459; Ziegler, Arbeitsrecht und UWG, S. 137-149, 173-179, 182-196, 255, 257.

²⁰² LAG Düsseldorf Urteil vom 23.2.2010 – 17 Sa 1133/08 Rn 76, nachfolgend BAGE 143, 165, Rn 15, 16; s.a. Ziegler, Arbeitsrecht und UWG, S. 203, 256 f.

Mitarbeitern.²⁰³ Das gilt auch für das Bereitstellen eines vereinfachten und verkürzten Bewerbungsverfahrens nebst der Abgabe von Einstellungszusagen für die Abzuwerbenden, erst recht, wenn es eine Sogwirkung herbeiführt.²⁰⁴ Das bloße Vorlegen einer vorformulierten Kündigungserklärung als Kündigungshilfe ist hingegen nicht wettbewerbswidrig.²⁰⁵

3. Gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot für das Vorstandsmitglied

Im Gegensatz zu externen Dritten hat das Vorstandsmitglied als Organmitglied der Gesellschaft dieser gegenüber eine besondere Pflichtenstellung inne. Ihm obliegen insbesondere die Bestandsverantwortung und die organschaftliche Treuepflicht mit den Konkretisierungen in Form des Wettbewerbsverbots und der Verschwiegenheitspflicht. Aufgrund dessen könnte für das Vorstandsmitglied ein gesellschaftsrechtliches Abwerbeverbot bestehen.

Das Verhalten des Vorstandsmitglieds innerhalb des Lebenssachverhalts des Abwerbens von Mitarbeitern lässt drei Komponenten erkennen: (1) Bestandsgefährdung der betroffenen Gesellschaft, (2) Entzug von Personal aus der betroffenen Gesellschaft nebst Intervention in langfristig angelegte Vertragsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten und (3) Akquise von Personal für eine andere, nämlich die abwerbende Gesellschaft. Anhand dessen ist zu prüfen, ob die genannten gesellschaftsrechtlichen Organpflichten des Vorstandsmitglieds (**a**) – **d**) betroffen sind und ob folglich das Vorstandsmitglied aufgrund seiner besonderen Pflichtenstellung einem grundsätzlichen gesellschaftsrechtlichen Abwerbeverbot unterliegt. Gegebenenfalls sind dessen Grenzen (**e**) zu bestimmen.

²⁰³ BAGE 143, 165, Rn 16; OLG Thüringen WRP 1997, 363, 364 f.; *Hitzler*, Loyalitätskonflikte, S. 206; *Schmeding*, Abwerbung, S. 274-283, 390 f.

²⁰⁴ LAG Düsseldorf Urteil vom 23.2.2010 – 17 Sa 1133/08 Rn 78-83, nachfolgend BAGE 143, 165, Rn 15, 16.

²⁰⁵ BGH NJW 2005, 2012, 2012 f. (LS) – Kündigungshilfe; *Schmeding*, Abwerbung, S. 263-267, 390; *Ziegler*, Arbeitsrecht und UWG, S. 202 f., 256.

a) Bestandsverantwortung

Der Vorstand trägt die Verantwortung für den Bestand der Gesellschaft, er hat ihn zu sichern und Gefahren von ihm abzuwenden. Ein Verhalten, das den Bestand der Gesellschaft gefährdet, insbesondere das Eingehen von Risiken, die im Fall ihrer Realisierung den Bestand der Gesellschaft gefährden, steht diametral im Widerspruch zur Bestandsverantwortung des Vorstands.²⁰⁶

Dies folgt auch aus den Vorgaben und dem Sinn und Zweck des § 91 Abs. 2 AktG: Demnach obliegt dem Vorstand die Pflicht, Maßnahmen zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen zu treffen und ein Überwachungssystem dazu einzurichten.

Darüber hinaus steht die Entscheidung über die freiwillige Beendigung der Gesellschaft, die zudem in einem geordneten Verfahren zu erfolgen hat, allein der Hauptversammlung und damit letztlich den Eigentümern der Gesellschaft zu (§§ 119 Abs. 1 Nr. 8, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG), nicht dem Vorstand.

Ruft das Vorstandsmitglied durch das Abwerben von Mitarbeitern eine Bestandsgefährdung für die betroffene Gesellschaft hervor, so ist dies unvereinbar mit der Verantwortung des Vorstandsmitglieds für den Bestand der Gesellschaft.

Dies gilt umso mehr als das Abwerben von Mitarbeitern keine Situation ist, die beides, Chancen und Risiken, für die Gesellschaft birgt. Das

²⁰⁶ BGHSt 49, 147, 158 f.; OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117, 119 – IKB; *Baums*, ZGR 2011, 218, 238; *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089, 1092; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 242 f.; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 20 f.; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn 13, § 93 Rn 4; *Kort* in H/W GK-AktG, § 76 Rn 51; *Lutter*, Haftungsfrage, S. 150, 152; *ders.*, DZWIR 2011, 265, 268; *ders.*, ZIP 2009, 197, 199; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 24; s.a. *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 231; *Fischer*, StGB, § 266 Rn 67a.

Abwerben der Mitarbeiter und deren gemeinschaftlicher, bestandsgefährdender Weggang beinhalten keine Chance, die sich alternativ zum Risiko als Vorteil für die Gesellschaft realisieren könnte. Das Abwerben und der Unternehmenswechsel der Mitarbeiter stellen ausschließlich einen Nachteil bzw. eine Gefahr für die Gesellschaft dar, und zwar eine, die nicht nur eine hohe Eintrittswahrscheinlichkeit hat, sondern auch von bestandsgefährdendem Ausmaß ist. Darüber hinaus ist die Bestandsgefährdung beim Abwerben von Mitarbeitern sogar eine gezielt geschaffene Gefahr für die Gesellschaft.

Teils wird eine Relativierung der Bestandsverantwortung des Vorstands gefordert. So wird vermehrt²⁰⁷ vertreten, dass nicht zwingend von einer Bestandsgefährdung auf eine Pflichtverletzung zu schließen sei. Unter Umständen könne das bestandsgefährdende Vorgehen der Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen dienen und unternehmerische Erwägungen könnten dafür sprechen, etwa wenn die Gesellschaft nur so die Chance habe, am Markt zu bleiben. Es sei eine Abwägung vorzunehmen, bei der insbesondere die Risikoimmanenz des Geschäftsmodells, die Risikoeintrittswahrscheinlichkeit sowie potentielle Vermeidungs- und Absicherungsmaßnahmen und Alternativen einzubeziehen seien. Gegebenenfalls sei das bestandsgefährdende Vorgehen rechtmäßig.

Eine solche Konstellation liegt in der Situation des Abwerbens von Mitarbeitern gerade nicht vor. Die Relativierung berührt das Ergebnis nicht.

Auch Redeke²⁰⁸ nimmt eine Relativierung vor, indem er zwischen konkret und abstrakt bestandsgefährdenden Risiken differenziert: Das Eingehen konkret bestandsgefährdender Risiken, also solcher, bei denen ex ante die

²⁰⁷ *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 590, 594; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 82, § 93 nF Rn 36; *Meyer*, CCZ 2011, 41, 43, 46; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 13; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 328 f.

²⁰⁸ *Redeke*, ZIP 2010, 159, 160-167; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 242 f., hält die Differenzierung für wenig weiterführend; s.a. *Florstedt*, AG 2010, 315, 320 f.

Realisierung des Risikos überwiegend wahrscheinlich ist, sei stets pflichtwidrig, während das Eingehen abstrakt bestandsgefährdender Risiken nicht per se untersagt sei, da der Bestand einer Gesellschaft ohnehin ständig abstrakt gefährdet sei.

In der vorliegenden Konstellation ist das Risiko der Mitarbeiterabwerbung konkret bestandsgefährdend für die betroffene Gesellschaft. Nach Redekes Ansicht ist das Eingehen eines solchen Risikos stets pflichtwidrig. Diese Differenzierung berührt das Ergebnis daher ebenso wenig.

b) Organschaftliche Treuepflicht

Die nicht gesetzlich normierte, aber allseits anerkannte,²⁰⁹ allgemeine organschaftliche Treuepflicht verlangt von den Organmitgliedern, das Organhandeln ausschließlich an den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen²¹⁰ auszurichten, eigene Interessen oder solche Dritter zurückzustellen und Interessenkonflikte zu vermeiden bzw. zugunsten der Gesellschaft zu lösen (Loyalität).²¹¹ Die Treuepflicht folgt aus der Organstellung und ist begründet mit der Verfügungsmacht über

²⁰⁹ Für den Aufsichtsrat gilt sie wegen des Nebenamts eingeschränkt, s. *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 184 f.; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 116 Rn 8; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 116 Rn 173, 190; *Patzina* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 7 Rn 48.

²¹⁰ Dazu auch ausführlich oben Kapitel 1.B.II.2.b)aa).

²¹¹ Einhellige Ansicht, s. *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 172-175, 186; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 6; *Diekmann/Marsch-Barner* in P/M/W MHB GmbH, § 45 Rn 2; *Drescher*, Haftung Geschäftsführer, Rn 75, 76; *Frodermann/Schäfer* in H/F/J HB AktR, Kap 7 Rn 176; *Kindler* in FS Goette, S. 231, 235 f.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn 12; *Kort/Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 84 Rn 76, 428, § 93 Rn 145, § 116 Rn 173; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 26, 95, 96; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 8, 19-23; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 91, § 15 Rn 115, § 32 Rn 87; *Schneider/Krieger* in K/S HB Managerhaftung, § 2 Rn 33, 34, § 3 Rn 31; *Schultze-Petzold* in B/vR HBFA GesR, Kap 11 Rn 447; *Seibt* in K.S/L AktG, § 76 Rn 7; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 93 Rn 92; *Weber* in Hölters AktG, § 76 Rn 7; s.a. BGHSt 50, 331, 335-339 – Mannesmann; BGHZ 135, 244, 245 (LS) – ARAG/Garmenbeck.

das fremde Vermögen und der vertrauensbasierten Kooperation der Organe untereinander.²¹² Entsprechend gilt die Treuepflicht grundsätzlich während der Amtszeit des Organmitglieds.²¹³ Hinsichtlich der Pflichterfüllung besteht kein Ermessen, es ist eine gebundene Entscheidung,²¹⁴ allerdings trifft das Organ bei der Ausübung seiner Treuepflicht Ermessensentscheidungen.²¹⁵

Die zweite Komponente des Lebenssachverhalts des Abwerbens ist der Entzug von Personal aus der betroffenen Gesellschaft, also der Verlust von Mitarbeitern und Arbeitsleistung. Damit einher geht das Eindringen in die langfristig angelegten Vertragsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten, namentlich den Mitarbeitern; das Vorstandsmitglied interveniert in diese Vertragsverhältnisse zu Ungunsten der Gesellschaft und auf der Gegenseite des Synallagmas.

Damit setzt das Vorstandsmitglied die Gesellschaft Nachteilen aus. Das Verhalten widerspricht den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Zudem gewichtet das Vorstandsmitglied eigene Interessen bzw. Interessen Dritter stärker als die in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Folglich verstößt das Vorstandsmitglied durch das Abwerben von Mitarbeitern gegen seine Pflicht zur Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden plu-

²¹² *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 174; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 57; *Hüffer*, AktG, § 84 Rn 9; *Seibt* in K.S/L AktG, § 84 Rn 19; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 4 Rn 97.

²¹³ *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 183; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 95.

²¹⁴ BT-Drs. 15/5092 S. 11, 33; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 55, Kap 8 Rn 1; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 230; *Hölters* in Hölters AktG, § 93 Rn 114; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 93 nF Rn 16, 21; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 8, 82; *Schneider* in K/S HB Managerhaftung, § 2 Rn 15; *Spindler* in Spindler/Stilz AktG, § 116 Rn 58; *Winnen*, Innenhaftung, S. 182 f.

²¹⁵ *S. Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 82, 83; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 15-18, 30-32.

ralistischen Interessen und gegen das Loyalitätsgebot und damit gegen seine Treuepflicht.²¹⁶

Auch diesbezüglich fällt zusätzlich ins Gewicht, dass das Abwerben von Mitarbeitern keine Situation ist, die beides, Chancen und Risiken, für die Gesellschaft birgt. Die Treuepflicht gebietet dem Vorstandsmitglied, Maßnahmen zu unterlassen, die den sicheren Eintritt einer Schädigung der Gesellschaft zur Folge haben.²¹⁷

Die Treuepflichtverletzung wird noch deutlicher, wenn das Vorstandsmitglied bei der Abwerbung der Mitarbeiter kollusiv, also in der Absicht der Schädigung der von der Abwerbung betroffenen Gesellschaft, mit dem Abwerbenden zusammenwirkt und dessen Interessen gegenüber den Interessen der betroffenen Gesellschaft und zu deren Nachteil stärker gewichtet.²¹⁸ Das gilt auch, wenn das Vorstandsmitglied den Mitarbeitern für den Unternehmenswechsel ein vereinfachtes und verkürztes Bewerbungsverfahren bei der abwerbenden Gesellschaft bereitstellt, Einstellungszusagen von dort weiterleitet und insgesamt eine Sogwirkung herbeiführt.²¹⁹

Ebenso wenig vereinbar mit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen ist es, wenn das Vorstandsmitglied zur Abwicklung der Mitarbeiterabwerbung auf technische und personelle Ressourcen der betroffenen Gesellschaft zugreift.²²⁰

²¹⁶ So auch OLG Thüringen WRP 1997, 363, 364; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 88 Rn 21; vgl. *Hitzler*, Loyalitätskonflikte, S. 206; *Insam*, Eingriffe Dritter, S. 145, 150, 202.

²¹⁷ S. BGHSt 50, 331, 335 f. – Mannesmann; *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht, Kap 3 Rn 119; *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 220; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 21.

²¹⁸ So auch BAGE 143, 165, Rn 16; OLG Thüringen WRP 1997, 363, 364 f.

²¹⁹ S. LAG Düsseldorf Urteil vom 23.2.2010 – 17 Sa 1133/08 Rn 78-83, BAGE 143, 165, Rn 16.

²²⁰ S. BAGE 143, 165, Rn 16; allg. *Spindler* in G/H MK-AktG, § 93 Rn 92.

c) Treuepflicht und konkretisierendes Wettbewerbsverbot

Das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot für den Vorstand gemäß § 88 Abs. 1 AktG ist eine spezialgesetzlich normierte Konkretisierung²²¹ der Treuepflicht: § 88 AktG untersagt dem Vorstand jede professionelle Tätigkeit außerhalb seines Organamts und den Wettbewerb mit der Gesellschaft.²²² Das Wettbewerbsverbot dient dem Schutz der Gesellschaft, zum einen vor dem anderweitigen Einsatz der Arbeitskraft des Leitungsorgans und zum anderen vor Wettbewerbshandlungen und Konkurrenzgeschäften des eigenen Leitungsorgans.²²³ Es gilt während der Amtszeit des Vorstandsmitglieds.²²⁴

Die Treuepflicht und das Wettbewerbsverbot gebieten dem Vorstand, seine ganze Arbeitskraft vorbehaltlos in den Dienst der Gesellschaft zu stellen und verbieten ihm, Funktionen außerhalb der Gesellschaft zu übernehmen, die mit seinen Organpflichten kollidieren.²²⁵

²²¹ *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 88 Rn 1; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 164; *Kort*, ZIP 2008, 717, 717 f.

²²² *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn 1027; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 88 Rn 1; *Kort* in H/W GK-AktG, § 88 Rn 1; *ders.*, ZIP 2008, 717, 717 f.; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 88 Rn 2; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 88 Rn 1; s.a. *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 163.

²²³ BGH NJW 2001, 2476, 2476 (LS); BGH NJW 1997, 2055, 2056; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 280, 285; *Bauer/von Medem*, GWR 2011, 435, 435; *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 206; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 88 Rn 1; *Hüffer*, AktG, § 88 Rn 1; *Kort* in H/W GK-AktG, § 88 Rn 1, 3; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 88 Rn 2; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 88 Rn 1; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 69; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 408; *Seibt* in K.S/L AktG, § 88 Rn 1; *Thümmel*, Haftung Manager, Rn 136; *Verse* in K/S HB Managerhaftung, § 22 Rn 5; s.a. *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 166.

²²⁴ *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 280; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn 1027; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 88 Rn 3; *Kort* in H/W GK-AktG, § 88 Rn 108; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 88 Rn 6; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 88 Rn 2; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 88 Rn 8; *Thümmel*, Haftung Manager, Rn 136; *Verse* in K/S HB Managerhaftung, § 22 Rn 10.

²²⁵ *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 282, 285; *Fleischer* in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 9 Rn 16; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 156; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 20; *Mertens/Cahn*

Die dritte Komponente des Lebenssachverhalts des Abwerbens ist die Akquise von Personal für eine andere, nämlich die abwerbende Gesellschaft. Das Vorstandsmitglied der betroffenen Gesellschaft nimmt die Akquise von Mitarbeitern für die abwerbende Gesellschaft vor. Es veranlasst die Beendigung der Vertragsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Mitarbeitern bzw. treibt sie voran. Die Akquisetätigkeit des Vorstandsmitglieds kann von der Ansprache der Abzuwerbenden, über die Kontaktvermittlung und die Organisation der Kommunikation und des Bewerbungsverfahrens bis hin zur Verhandlung von Elementen der Arbeits- und Dienstverträge reichen.

Dabei entzieht das Vorstandsmitglied der betroffenen Gesellschaft seine eigene Arbeitskraft. Darüber hinaus setzt es seine eigene Arbeitskraft auch noch zugunsten eines Wettbewerbers der betroffenen Gesellschaft ein und ist für sie tätig. Denn die betroffene Gesellschaft und die abwerbende Gesellschaft sind Wettbewerber hinsichtlich der Arbeitskraft bzw. Arbeitsleistung der Mitarbeiter. Das Abwerben ist eine geschäftliche Tätigkeit und eine Wettbewerbstätigkeit. Die Tätigkeit der Mitarbeiterakquise zugunsten einer anderen Gesellschaft kollidiert aufgrund der Wettbewerbstätigkeit und des Entzugs der eigenen Arbeitskraft des Vorstandsmitglieds währenddessen mit dem dem Vorstandsmitglied obliegenden gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot und der Treuepflicht und stellt einen Verstoß dagegen dar.²²⁶

Das Abwerben von Mitarbeitern fällt nicht in den Bereich der zulässigen bloßen Vorbereitungshandlungen und vorbereitenden Hilfsgeschäfte für nachvertragliche Tätigkeiten des Vorstandsmitglieds.²²⁷

in Z/N KK-AktG, § 88 Rn 2, § 93 Rn 96; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 66; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 76 Rn 14, § 88 Rn 1, § 93 Rn 92.

²²⁶ Vgl. BAG Urteil NJW 2009, 105, 106; BAG WM 1973, 25, 26; BAGE 143, 165, Rn 16; *Hitzler*, Loyalitätskonflikte, S. 205 f.; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 88 Rn 21.

²²⁷ S. BAG NJW 2009, 105, 106 f.; BAG WM 1973, 25, 26; BAGE 14, 72, 72 (LS); *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 88 Rn 14; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 88

d) Treuepflicht und konkretisierende Verschwiegenheitspflicht

Die Pflicht des Vorstands zur Verschwiegenheit nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG ist eine spezialgesetzlich normierte Konkretisierung²²⁸ der Treuepflicht und wesentliches Element der Corporate Governance.²²⁹ Die Verschwiegenheitspflicht dient der Wahrung und Sicherung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen und dementsprechend sind diese maßgeblich für die Entscheidung zwischen Verschweigen und Offenlegen einer Information.²³⁰ Die Verschwiegenheitspflicht gilt über die Amtszeit des Vorstandsmitglieds hinaus.²³¹

Konsequenterweise darf das Vorstandsmitglied für das Abwerben von Mitarbeitern weder während der Ausübung des Organamts noch nach dessen Beendigung Informationen heranziehen, die der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht unterfallen, etwa Personaldaten und Gehaltsangaben²³² sowie sonstige vertrauliche Informationen über die betroffene Gesellschaft bzw. ihre Mitarbeiter.

e) Grenzen des gesellschaftsrechtlichen Abwerbverbots

Die erste Grenze des gesellschaftsrechtlichen Abwerbverbots ist die zeitliche: Das gesellschaftsrechtliche Abwerbverbot gilt während der

Rn 21; *Thüsing* in *Fleischer HB Vorstandsrecht*, § 4 Rn 93; *Verse* in *K/S HB Managerhaftung*, § 22 Rn 23; vgl. *Meurer*, *Abwerbung*, S. 213-215.

²²⁸ *Bank* in *P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane*, Kap 6 Rn 291; *Kort/Hopt* in *H/W GK-AktG*, § 84 Rn 426, § 93 Rn 72, 187; *Schnabel/Lücke* in *L/S BMHB Vorstand*, § 6 Rn 84.

Konkretisierung der Treue- und Sorgfaltspflicht: *Bürgers/Israel* in *B/K HK-AktG*, § 93 Rn 47; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 93 Rn 113.

²²⁹ *Lutter* in *R/K/L/vW DCGK*, Rn 391.

²³⁰ *Bank* in *P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane*, Kap 6 Rn 291; *Habersack*, *Managerhaftung*, S. 5, 30 f.; *Hopt* in *H/W GK-AktG*, § 93 Rn 190; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 93 Rn 120, 121.

²³¹ *Bürgers/Israel* in *B/K HK-AktG*, § 93 Rn 47; *Hopt* in *H/W GK-AktG*, § 93 Rn 216; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 93 Rn 122; *Schnabel/Lücke* in *L/S BMHB Vorstand*, § 6 Rn 86; *Seyfarth* in *Liebers FBFA Arbeitsrecht*, 2011, L Rn 168.

²³² Vgl. *Bauer/von Medem*, *GWR* 2011, 435, 436; *Hitzler*, *Loyalitätskonflikte*, S. 208 f., 388; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 88 Rn 14.

Amtszeit des Vorstandsmitglieds, nicht darüber hinaus.²³³ Denn die Bestandsverantwortung, die Treuepflicht gegenüber der betroffenen Gesellschaft und das Wettbewerbsverbot enden mit der Beendigung des Organamts.²³⁴ Danach ist dem (ehemaligen) Vorstandsmitglied das Abwerben von Mitarbeitern erlaubt; es gelten – abgesehen von der fortbestehenden Verschwiegenheitspflicht – die gleichen Grenzen wie für externe Dritte. Dem Vorstandsmitglied obliegt dann vielmehr die Treuepflicht gegenüber der neuen Gesellschaft.

Die zweite Grenze des gesellschaftsrechtlichen Abwerbeverbots ist die inhaltliche: Dem Vorstandsmitglied obliegt ein grundsätzliches Abwerbeverbot, allerdings kein Anwerbe- oder Einstellungsverbot. Liegt kein Abwerben vor und nahm das Vorstandsmitglied keinen Einfluss auf den Weggang des Mitarbeiters von der betroffenen Gesellschaft, so können der Mitarbeiter und die neue Gesellschaft ein Arbeitsverhältnis begründen. Die betroffene Gesellschaft hat kein berechtigtes Interesse daran, dem Mitarbeiter den Wechsel zu der neuen Gesellschaft des Vorstandsmitglieds zu untersagen. Allerdings ist aufgrund des zuvor Gesagten Vorsicht geboten, falls die Anstellung des Mitarbeiters durch das wechselnde Vorstandsmitglied selbst und während dessen Amtszeit bei der bisherigen Gesellschaft geschieht.

Problematisch ist, dass die Einordnung der Ereignisse als Abwerbung einerseits oder als Anwerbung bzw. bloße Einstellung andererseits sehr diffizil und abhängig von dem konkreten Einzelfall ist. Im Wesentlichen sind das Vorgehen des Vorstandsmitglieds, also die Aktionen und ihre Intensität, sowie der Ablauf des Geschehens entscheidend. Ins Gewicht fallen das grundgesetzlich geschützte Interesse der Mitarbeiter an ihrer beruflichen Entwicklung, die grundlegende Zulässigkeit persönlicher Gespräche und das Wissen des Angesprochenen um die hervorgehobene

²³³ S.a. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn 1027, 1031; vgl. *Meurer*, Abwerbung, S. 215.

²³⁴ S. oben b), c).

Position des Vorstandsmitglieds und um dessen profunde Kenntnis der Gesellschaft und ihrer wirtschaftlichen Lage. Ebenso kann der Zeitpunkt bedeutsam sein – vor oder nach der Kündigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses durch den Mitarbeiter.²³⁵

Die gezielte, systematische Ansprache ausgewählter Personen oder gar eine Abwerbekampagne lassen sich noch leicht einordnen. Schwieriger ist hingegen die Abgrenzung zwischen dem Verbreiten einer Wechselstimmung und der bloßen Mitteilung des eigenen Wechsels. Gleiches gilt für die Unterscheidung der Anregung eines Wechsels durch das Vorstandsmitglied von der bloßen Beantwortung entsprechender Fragen der Mitarbeiter. Auch das Stärken der Wechselgeneigtheit des Mitarbeiters und das Setzen von Wechselanreizen sind anders einzuordnen als eine Wechselinitiative des Mitarbeiters, die vielgründig motiviert sein kann.

Unter Umständen bildet bereits die bloße Information über den Weggang und den Wechsel des Vorstandsmitglieds zu einer anderen Gesellschaft einen Wechselanreiz für Mitarbeiter. Daher empfiehlt sich die Bekanntgabe durch den Gesamtvorstand bzw. den Vorstandsvorsitzenden der betroffenen Gesellschaft statt durch das wechselnde Vorstandsmitglied selbst. So lässt sich bereits der Anschein vermeiden, dass das wechselnde Vorstandsmitglied durch die Bekanntgabe gegenüber den Mitarbeitern andere Interessen als solche der Gesellschaft verfolge.

II. Gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff bei Kenntnis des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter

Dem wechselnden Vorstandsmitglied könnte eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff bei Kenntnis des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter obliegen. Denn das Vorstandsmitglied wird zwar nicht selbst aktiv, aber es lässt zu, dass die Gesellschaft einem Personal-

²³⁵ Vgl. *Hitzler*, Loyalitätskonflikte, S. 208 f.

entzug und einer Intervention in ihre langfristig angelegten Vertragsverhältnisse zu ihren Mitarbeitern durch externe Dritte ausgesetzt ist.

Nach dem Prinzip der Gesamtverantwortung des Leitungsorgans ist der Gesamtvorstand für genuine Leitungsentscheidungen und bei grundlegenden Angelegenheiten zuständig.²³⁶ Ein bestandsgefährdender Unternehmenswechsel von Mitarbeitern der Gesellschaft ist darunter einzuordnen. Damit fällt die Entscheidung über einen dem Unternehmenswechsel entgegenwirkenden Eingriff der betroffenen Gesellschaft in den Pflichtenkreis des Gesamtvorstands. Konsequenterweise darf das einzelne Vorstandsmitglied nicht eigenständig eingreifen und allein Handlungen vornehmen.

Dem wechselnden Vorstandsmitglied könnte allerdings eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff dergestalt obliegen, dass es der Gesellschaft die Möglichkeit zu einem solchen entgegenwirkenden Eingriff ihrerseits verschaffen muss. Dies wäre eine gesellschaftsrechtliche Pflicht des Vorstandsmitglieds zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information der Gesellschaft, also des Gesamtvorstands, über den bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel der Mitarbeiter. Nur wenn der bestandsgefährdende Unternehmenswechsel von Mitarbeitern zur Kenntnis des Gesamtvorstands gelangt, kann dieser sich damit befassen und die Gesellschaft kann reagieren. Aus dem Prinzip der Gesamtverantwortung folgt die Pflicht des einzelnen Organmitglieds zur Kommunikation im Gesamtorgan, also dazu, Angelegenheiten, die der Gesamtverantwortung des Vorstands unterfallen, dem Vorstand als

²³⁶ S. *Hauschka*, AG 2004, 461, 463; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 76 Rn 45, § 77 Rn 23, 24; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 76 Rn 4, 5, § 77 Rn 9; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 27; *Schmidt-Husson* in Hauschka Corporate Compliance, § 7 Rn 8, 13; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 412; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 1 Rn 20, § 4 Rn 6.

Gesamtorgan unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.²³⁷ Ein bestandsgefährdender Unternehmenswechsel von Mitarbeitern ist eine solche Angelegenheit, und dem wechselnden Vorstandsmitglied obliegt daher die Pflicht, den Gesamtvorstand zu informieren.

Zudem gebietet die Bestandsverantwortung²³⁸ dem Vorstandsmitglied, bestandsgefährdende Risiken von der Gesellschaft abzuwenden. Bei einem bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel von Mitarbeitern darf das Vorstandsmitglied folglich nicht tatenlos bleiben und ist verpflichtet, einzugreifen bzw. der Gesellschaft eine Möglichkeit zum entgegenwirkenden Eingriff zu verschaffen.

Darüber hinaus verlangt die Treuepflicht, das Organhandeln ausschließlich an den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen auszurichten, eigene Interessen oder solche Dritter zurückzustellen und Interessenkonflikte zu vermeiden bzw. zugunsten der Gesellschaft zu lösen (Loyalität).²³⁹ Der Unternehmenswechsel von Mitarbeitern, also der Verlust von Personal und die Intervention in langfristig angelegte Vertragsverhältnisse der Gesellschaft zu den Mitarbeitern schadet der betroffenen Gesellschaft und steht den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen diametral entgegen. Folglich darf das Vorstandsmitglied auch aufgrund dessen nicht tatenlos bleiben und ist verpflichtet einzugreifen bzw. der Gesellschaft eine Möglichkeit zum entgegenwirkenden Eingriff zu geben.

Aus der Treuepflicht leitet sich die Pflicht des einzelnen Organmitglieds zur Offenheit, Kommunikation und zum Informationsaustausch im Kollegialorgan als Pflicht zur kollegialen, vertrauensvollen Zusammenarbeit

²³⁷ S. *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 74; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 77 Rn 16; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 77 Rn 9; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 27.

²³⁸ Dazu ausführlich oben I.3.a).

²³⁹ S. oben ausführlich I.3.b).



ab.²⁴⁰ Auch aufgrund dessen ist das Vorstandsmitglied verpflichtet, den Gesamtvorstand über den bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel von Mitarbeitern in Kenntnis zu setzen und der Gesellschaft durch diese Information die Möglichkeit zum entgegenwirkenden Eingreifen zu geben.²⁴¹

Ferner ist das Vorstandsmitglied zur Offenlegung von Interessenkonflikten gegenüber dem Gesamtvorstand verpflichtet.²⁴² Dem Wechsel von einer zur anderen Gesellschaft ist der Wechsel der Loyalität von einer zur anderen Gesellschaft inhärent. Auf der rechtlichen Ebene vollzieht sich dieser Loyalitätswechsel am Tag der Beendigung des bisherigen Organamts. Auf der faktischen Ebene handelt es sich um einen Prozess; Loyalität springt sozusagen nicht über, sie wandert. Idealerweise sind die rechtliche und die faktische Ebene deckungsgleich, realiter ist das nicht zwingend. Davor sind auch Vorstandsmitglieder nicht gefeit und es besteht zumindest ein potentieller Interessenkonflikt. Das wechselnde Vorstandsmitglied hat dem Gesamtvorstand den potentiellen Interessenkonflikt offenzulegen. Da sich dieser potentielle Interessenkonflikt unmittelbar auf Entscheidungen im Kontext zu dem Unternehmenswechsel der Mitarbeiter bezieht, ist das Vorstandsmitglied auch verpflichtet,

²⁴⁰ *Frodermann/Schäfer* in H/F/J HB AktR, Kap 7 Rn 173; *Kort/Hopt* in H/W GK-AktG, § 84 Rn 78, § 93 Rn 132; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 35; *Lücke/Schnabel* in L/S BMHB Vorstand, § 3 Rn 37, § 6 Rn 410; *Ludwig/Zeising* in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 502; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 81, 82, 110; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 65, 83; *Seibt* in K.S/L AktG, § 76 Rn 7.

²⁴¹ OLG Thüringen WRP 1997, 363, 364 f., sieht das Nichtinformieren der anderen Organmitglieder über einen bestandsgefährdenden Unternehmenswechsel von (allen) Mitarbeitern als Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Pflicht.

²⁴² *Borsdorff*, Interessenkonflikte, S. 203 f.; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 93 Rn 6; *Fleischer* in Fleischer HB Vorstandsrecht, § 9 Rn 12; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 23; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 185; *Landwehrmann* in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 35; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 110; *Seibt* in K.S/L AktG, § 76 Rn 7.

dem Gesamtvorstand diese Information offenzulegen. So kann der Gesamtvorstand entscheiden und eine Beurteilung im Sinne der Gesellschaft vornehmen.

C. Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft

Im Hinblick auf das Strafrecht stellt sich die Frage, ob ein Verstoß des Vorstandsmitglieds gegen das Abwerbeverbot oder gegen die gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information des Gesamtvorstands bei Kenntnis des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter zugleich eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung darstellt. Da der Verstoß des Vorstandsmitglieds gegen das Abwerbeverbot ein Realakt ist und der Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Eingriffspflicht in einem Unterlassen besteht, kommen auch diesbezüglich Pflichtverletzungen im Sinne des Treuebruchtatbestands²⁴³ in Betracht.

Mit Blick auf die Qualität der untreuerelevanten Pflichtverletzung sollen zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung im Sinne des Treuebruchtatbestands die vom Bundesverfassungsgericht²⁴⁴ genannten Kriterien herangezogen werden, die kumulativ erfüllt sein müssen: Evidenz der Pflichtwidrigkeit (I.), Freiheit von Wertungswidersprüchen (II.) und Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm (III.).

I. Evidenz der Pflichtwidrigkeit

Das erste Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung bildet die Evidenz der Pflichtwidrigkeit.²⁴⁵

²⁴³ Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.I.

²⁴⁴ BVerfGE 126, 170, 170, 200-212 (LS). Dazu bereits ausführlich oben Kapitel 1.C.II., insb. 3.

²⁴⁵ Dazu bereits ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.a).

Das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot für das Vorstandsmitglied und seine gesellschaftsrechtliche Eingriffspflicht durch Information des Gesamtvorstands sind grundsätzlicher Art und sehr weitreichend, beinahe umfassend. Konsequenterweise kann nicht jeder Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot und nicht jede Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht ein klarer und deutlicher Fall pflichtwidrigen Handelns sein. Der Grad der Klarheit und Deutlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung variiert.

Hinsichtlich der Eingriffspflicht ist zusätzlich ihr Charakter als bloße Informationspflicht, nicht etwa als vollumfängliche Eingriffspflicht zur eigenständigen Aktion, zu bedenken.

Nicht bei jedem, sondern nur bei einem klaren, deutlichen Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot und nicht bei jeder, sondern nur bei einer klaren, deutlichen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht ist das Kriterium der Evidenz erfüllt.

Ein solch klarer, deutlicher Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot und eine solch klare, deutliche Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht des Vorstandsmitglieds liegen insbesondere in den Konstellationen vor, in denen der Eintritt des Nachteils zulasten der Gesellschaft bereits von vornherein sicher feststeht.²⁴⁶

Erst recht bestehen ein solch klarer, deutlicher Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot und eine solch klare, deutliche Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht des Vorstandsmitglieds, wenn der Unternehmenswechsel der Mitarbeiter – wie im Ausgangsfall zugrunde gelegt – in eine Bestandsgefährdung für die Gesellschaft mündet.²⁴⁷ Das folgt zum einen aus der generellen Intensität und Drastik derartiger Situationen; regelmäßig steht das Überleben der Gesellschaft

²⁴⁶ Allg. *Adick*, Organuntreue, S. 81, 122.

²⁴⁷ Allg. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn 4a; s.a. *Schumacher*, Vermögensbetreuungspflichten, S. 36 f.

auf dem Spiel. Zum anderen steht dem Vorstand die Entscheidung über die freiwillige Beendigung der Gesellschaft schlichtweg nicht zu.²⁴⁸ Die Evidenz der Pflichtwidrigkeit ist gegeben.

II. Kein Wertungswiderspruch

Das zweite Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung stellt die Freiheit von Wertungswidersprüchen zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen dar.²⁴⁹

Solche Wertungswidersprüche sind in der vorliegenden Konstellation nicht ersichtlich. Vielmehr sind die Schutzrichtungen und die Funktionen der Organverantwortung im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht insoweit gleichläufig.²⁵⁰

III. Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm

Das dritte Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung formt das Erfordernis des vermögensschützenden Charakters der primär verletzten Norm. Sie muss, entsprechend dem Schutzzweck des Untreuetatbestands, selbst dem Schutz des Vermögens des Treugebers, vorliegend also dem Schutz des Gesellschaftsvermögens der betroffenen Gesellschaft, dienen.²⁵¹

Das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot für das Vorstandsmitglied und seine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information des Gesamtvorstands stellen beide eine Konkretisierung der Bestandsverantwortung und der Treuepflicht mit ihren Konkretisierungen und Ableitungen dar. Die Bestandsverantwortung dient dem Schutz der Gesellschaft und ihres Vermögens.²⁵² Die Treuepflicht ist

²⁴⁸ S. oben B.I.3.a).

²⁴⁹ Dazu bereits ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.b).

²⁵⁰ S. oben Kapitel 1.C.II.3.b).

²⁵¹ Dazu bereits ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.c).

²⁵² S. oben B.I.3.a).

begründet mit der Verfügungsmacht über das fremde Vermögen und hat die Pflicht zur Betreuung und damit auch zum Schutz des Vermögens der Gesellschaft zum Kern.²⁵³

Nun stellt sich die Frage, ob die herausgearbeiteten Konkretisierungen dieser beiden gesellschaftsvermögensschützenden Normen, namentlich das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot für das Vorstandsmitglied bzw. die gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information des Gesamtvorstands, ebenfalls dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen.

Das träfe zu, wenn die (abzuwerbenden) Mitarbeiter, präziser formuliert ihre Arbeitsleistung einschließlich der Kompetenz, des Wissens und der Kontakte, qualitativ Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens der Gesellschaft wären. Die Arbeitsleistung zählt zum Vermögen des Arbeitenden.²⁵⁴ Für die Gesellschaft ist die Arbeitsleistung der Mitarbeiter jedenfalls von Wert. Dies zeigt insbesondere die Vergütung, die die Gesellschaft im Gegenzug entrichtet. Auch Gratifikationszahlungen für unternehmenstreue Mitarbeiter, Ausnahmeregelungen für Leistungsträger in Sozialplänen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen über das Bestehen bestimmter Arbeitsverträge weisen darauf hin.

Allerdings ist nicht die Arbeitsleistung der Mitarbeiter Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens der Gesellschaft, sondern die vertraglich begründeten Forderungen, die die Gesellschaft gegenüber ihren Mitarbeitern und dem Vorstandsmitglied auf die Erbringung der Arbeitsleistung hat. Forderungen zählen zum strafrechtlich geschützten Vermögen.²⁵⁵ Die

²⁵³ S. oben B.I.3.b.); s.a. BGHSt 50, 331, 335 f. – Mannesmann.

²⁵⁴ S. *Cramer/Perron* in S/S StGB, § 263 Rn 155, § 266 Rn 39; *Hefendehl/Dierlamm* in J/M MK-StGB, § 263 Rn 396, § 266 Rn 180; *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 263 Rn 236, § 266 Rn 94; *Tiedemann/Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 263 Rn 138 § 266 Rn 166.

²⁵⁵ *Beukelmann/Wittig* in von Heintzel-Heinegg StGB, § 263 Rn 40, § 266 Rn 39; *Fischer*, StGB, § 263 Rn 91, § 266 Rn 110; *Junker* in B/F VHB, Teil 1.F Rn 42; *Cramer/Perron* in S/S StGB, § 263 Rn 85, § 266 Rn 39; s.a. *Kindhäuser* in K/N/P NK-StGB, § 263 Rn 228, § 266 Rn 94.

Forderungen der Gesellschaft auf die Erbringung der Arbeitsleistung beruhen auf den Arbeits- bzw. Dienstverträgen zwischen der Gesellschaft und den Mitarbeitern bzw. dem Vorstandsmitglied. Gerade die Intervention in diese langfristig angelegten Vertragsverhältnisse der Gesellschaft zu ihren Ungunsten sollen das gesellschaftsrechtliche Abwerbverbot für das Vorstandsmitglied und seine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information des Gesamtvorstands verhindern. Zudem schützen sie das Vermögen der Gesellschaft gerade vor der untreuespezifischen Schädigung, nämlich der Schädigung von innen heraus, die dem Vorstandsmitglied aufgrund seiner Organstellung in der Gesellschaft möglich ist. Sie dienen folglich dem Schutz des Gesellschaftsvermögens.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Dem wechselnden Vorstandsmitglied obliegt ein gesellschaftsrechtliches Verbot der aktiven Initiierung des Unternehmenswechsels der Mitarbeiter, kurz ein gesellschaftsrechtliches Abwerbverbot, und zwar bis zum Ende der Organstellung. Das Verbot stellt eine Konkretisierung der Bestandsverantwortung und der organschaftlichen Treuepflicht des Vorstandsmitglieds nebst Wettbewerbsverbot und Verschwiegenheitspflicht dar.

Kongruent dazu obliegt dem Vorstandsmitglied auch die gesellschaftsrechtliche Pflicht, die Gesellschaft vor Abwerbungsversuchen anderer zu schützen: Ihm obliegt eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum entgegenwirkenden Eingriff durch Information des Gesamtvorstands über den Unternehmenswechsel der Mitarbeiter, und zwar beginnend ab der Kenntnis von der Wechselintention der Mitarbeiter und endend mit dem Ende der Möglichkeit des Entgegenwirkens, spätestens mit dem Ende der Organstellung. Diese gesellschaftsrechtliche Eingriffspflicht stellt eine Konkretisierung der Bestandsverantwortung und der organschaftlichen Treuepflicht nebst organinternen Informationspflichten dar.



Die Untreuerrelevanz der Verletzung der identifizierten gesellschaftsrechtlichen Pflichten des wechselnden Vorstandsmitglieds, sei es ein Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Abwerbeverbot oder eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Eingriffspflicht durch Information des Gesamtvorstands, ist nur in den Fällen gegeben, die zusätzlich zu den beiden grundsätzlich vorliegenden Kriterien des gesellschaftsvermögensschützenden Charakters der primär verletzten Norm und der Freiheit von Wertungswidersprüchen auch das Kriterium der Evidenz der Pflichtwidrigkeit aufweisen. Die Evidenz der Pflichtwidrigkeit liegt stets vor, wenn der Eintritt des Nachteils zulasten der Gesellschaft bereits von vornherein sicher feststeht bzw. wenn der Unternehmenswechsel der Mitarbeiter in eine Bestandsgefährdung für die Gesellschaft mündet.



KAPITEL 3

PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS BEI CHANGE OF CONTROL-KLAUSELN IN VORSTANDSANSTELLUNGSVERTRÄGEN

Der dritte Problemkreis beinhaltet die Frage nach den gesellschaftsrechtlichen Pflichten (**B.**) des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit change of control-Klauseln²⁵⁶ in Vorstandsanstellungsverträgen (**A.**) und nach untreuestrafrechtlichen Konsequenzen (**C.**).

Regelungen, die change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen lediglich ähnlich sind, insbesondere Abfindungen,²⁵⁷ Anerkennungsprämien,²⁵⁸ sogenannte Mannesmann-Klauseln,²⁵⁹ Halte- bzw. Bleibeprämien²⁶⁰ und Transaktionsboni²⁶¹ sowie change of control-Klauseln in Verträgen der Gesellschaft mit leitenden Angestellten oder Dritten, werden nicht untersucht.

A. Ausgangsszenario

In der Situation vor einem Kontrollwechsel werden Risiken für die Gesellschaft und für die Vorstandsmitglieder (**I.**) offenbar. Der rechtliche

²⁵⁶ Sie werden auch als change in control-Klauseln und seltener als Kontrollwechselklauseln bezeichnet und beziehen sich sowohl auf den Kontrollwechsel als auch die erstmalige Kontrollbegründung.

²⁵⁷ Die Gesellschaft zahlt dem Vorstandsmitglied infolge der vorzeitigen Auflösung des Vorstandsanstellungsvertrags unabhängig von einer Übernahme die ausstehenden Bezüge bis zum regulären Ende der Vertragslaufzeit in einem Betrag aus bzw. die Abfindung tritt an deren Stelle (Abwicklung).

²⁵⁸ Diese Sonderzahlung der Gesellschaft an das Vorstandsmitglied ist nicht vertraglich vorgesehen, sondern wird unmittelbar vor oder nach der Übernahme durch den Aufsichtsrat oder den Erwerber zugesprochen, unabhängig von dem Ausscheiden aus der Gesellschaft. „*Kompensationslose Anerkennungsprämien*“ sieht der Bundesgerichtshof als dem Grunde nach unzulässig an, BGHSt 50, 331, 331 f. (LS) – Mannesmann.

²⁵⁹ Infolge des Urteils (BGHSt 50, 331, 331-346) wurden in Vorstandsanstellungsverträge Klauseln aufgenommen, die die Möglichkeit zur Sondervergütung für außerordentliche Leistungen nach dem Ermessen des Aufsichtsrats bieten, s. *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 150, 189 (mit Muster).

²⁶⁰ Sie wird dem Vorstandsmitglied nach der Übernahme von dem Erwerber oder der Zielgesellschaft angeboten, um es trotz der rechtlichen Möglichkeit auszuscheiden, zu halten.

²⁶¹ Sie werden zwischen einem Vorstandsmitglied der Zielgesellschaft und dem potentiellen Erwerber oder dem Verkäufer während des Übernahmeprozesses mit Blick auf den Transaktionserfolg und die Kaufpreishöhe, ungeachtet des Ausscheidens aus der Zielgesellschaft vertraglich vereinbart.

Hintergrund dieser Risiken (II.) ist zu klären. Die change of control-Klausel kann eine Lösung bieten (III.). Zur Veranschaulichung wird ein vereinfachtes Muster (IV.) vorgestellt.

I. Risiken in der Situation vor einem Kontrollwechsel

Für eine Gesellschaft, die zum Ziel eines Übernahmeverhabens wird – es steht exemplarisch für den Kontrollwechsel –, sind die Neutralität, Unbefangenheit und Objektivität des Vorstands essentiell. Die Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen²⁶² muss die alleinige Verhaltensmaxime für das Handeln des Vorstands bilden.

Ein (potentieller) Kontrollwechsel ist allerdings nicht nur für die Gesellschaft ein einschneidender Vorgang. Er birgt auch für die Vorstandsmitglieder Risiken. So kann sich bei einer Übernahme das Risiko des unfreiwilligen Ausscheidens aus dem Organamt erhöhen. Denn letztendlich kann ein Vorstandsmitglied seine Abberufung aufgrund eines Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung kaum verhindern und sie bliebe bis zur gegenteiligen Feststellung durch ein Gericht wirksam (§ 84 Abs. 3 AktG). Ebenso kann eine Übernahme regelmäßig Veränderungen in der Gesellschaft mit sich bringen, aufgrund derer das Vorstandsmitglied seinerseits aus dem Organamt ausscheiden möchte. Ob die Gesellschaft bzw. das Vorstandsmitglied jeweils dessen Verbleib oder Ausscheiden anstreben, ergibt sich letztlich aus der konkreten Kontrollwechselsituation, also dem Einzelfall, der ex ante nicht vorhersehbar ist. Fest steht allerdings, dass eine Übernahmesituation eigene, persönliche Interessen des Vorstandsmitglieds hervorruft – in die eine oder in die andere Richtung. Diese persönlichen Interessen des Vorstandsmitglieds in der Übernahmesituation können mit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen im Widerspruch stehen (Prinzipal-Agent-Konflikt). Die Neutralität, Unbefangenheit und Objektivität der

²⁶² Dazu ausführlich oben Kapitel 1.B.II.2.b).



Vorstandsmitglieder und damit die Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen sind in der Situation des Kontrollwechsels potentiell gefährdet.

Deshalb sollte Einklang zwischen den divergierenden Interessen hergestellt werden. Zudem haben sowohl die Gesellschaft als auch die Vorstandsmitglieder ein gemeinsames Interesse daran, in der Situation des Kontrollwechsels zeitnah Rechtsklarheit über den weiteren Verlauf zu erhalten, die Beherrschbarkeit der Risiken herzustellen und den Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten zu erhalten.

II. Rechtlicher Hintergrund

Auf der rechtlichen Ebene betrifft die Frage des Bleibens oder Ausscheidens des Vorstandsmitglieds sowohl seine Organstellung in der Gesellschaft, also die gesellschaftsrechtliche Ebene, als auch den Vorstandsanstellungsvertrag²⁶³ mit der Gesellschaft, also die schuldrechtliche Ebene. Die Organstellung kann entweder durch Abberufung des Vorstandsmitglieds seitens der Gesellschaft oder durch Niederlegung des Organamts seitens des Vorstandsmitglieds oder beidseitig einvernehmlich beendet werden.

Hingegen existiert der Vorstandsanstellungsvertrag, der auch die Vergütung regelt, nach der Trennungstheorie grundsätzlich losgelöst von der

²⁶³ Nach einhelliger Ansicht ein Dienstvertrag, genauer ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 611 ff., 675 BGB, s. *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 84 Rn 13; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 84 Rn 24; *Frodermann/Schäfer* in H/F/J HB AktR, Kap 7 Rn 121; *Haas/Ohlendorf*, Anstellungsvertrag Vorstandsmitglied, S. 12; *Hüffer*, AktG, § 84 Rn 11; *Kort* in H/W GK-AktG, § 84 Rn 272; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 41; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, Rn 384; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 84 Rn 34; *Ohmann-Sauer* in K/K/L/O-S/S/U BFB Arbeitsrecht, B.II.1 Anm 1; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 84 Rn 10; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 18; *Seibt* in K.S/L AktG, § 84 Rn 23; *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 151; *Thüsing* in *Fleischer HB Vorstandsrecht*, § 4 Rn 53; *Wiesner* in Hoffmann-Becking MHB AG, § 21 Rn 1.

Organstellung.²⁶⁴ Er kann regelmäßig nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB beendet werden. Da ein solcher nicht bereits aus den Gegebenheiten eines Kontrollwechsels resultiert, besteht der Vorstandsansetzungsvertrag und damit der Vergütungsanspruch des Vorstandsmitglieds regelmäßig weiter bis zum regulären Ende der Vertragslaufzeit, also maximal fünf Jahre.

Mit Blick auf die Notwendigkeit, die Neutralität der Vorstandsmitglieder und damit eine Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen sicherzustellen, könnte vorgebracht werden: Die Vorstandsmitglieder sind aufgrund ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten ohnehin zur Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen und zur Neutralität in der Situation des Kontrollwechsels verpflichtet. Eine zusätzliche Maßnahme dafür, die mit einer Zahlungszusage einherginge, stelle eine Doppelvergütung dar.

Es trifft zu, dass die Vorstandsmitglieder ohnehin grundsätzlich zur Neutralität verpflichtet sind. Das Bestehen einer Rechtspflicht resultiert aber nicht zwingend in ihrer Erfüllung. Realiter können in der Übernahme-situation die eigenen, persönlichen Interessen die Entscheidungsfindung der Vorstandsmitglieder zumindest unbewusst beeinflussen. In der

²⁶⁴ Rechtsdogmatisch wird auf der normativen Grundlage des § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG allg. unterschieden zwischen der gesellschaftsrechtlichen Organebene mit der Bestellung bzw. Abberufung des Vorstandsmitglieds als einseitigem, mitwirkungsbedürftigem, körperschaftlichem Organisationsakt und der schuldrechtlichen Ebene des Vorstandsansetzungsvertrags, s. BGH NJW 1989, 2683, 2683 f.; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 84 Rn 7; *Hüffer*, AktG, § 84 Rn 2; *Kort* in H/W GK-AktG, § 84 Rn 1, 8, 16; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 6; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 Rn 358, 359; *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 8-11; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 84 Rn 4, 34; *Ohmann-Sauer* in K/K/L/O-S/S/U BFB Arbeitsrecht, B.II.1 Anm 1; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 1, 19-23; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 14 III2b; *Seibt* in K.S/L AktG, § 84 Rn 5; *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 146; *Thüsing* in *Fleischer HB Vorstandsrecht*, § 4 Rn 1, 2; *Weber* in *Hölters AktG*, § 84 Rn 2.

besonderen Situation des Kontrollwechsels bedarf es daher eines Gegengewichts zur Aufrechterhaltung und Absicherung der Neutralität des Vorstandsmitglieds und der Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen.

Darüber hinaus besteht der Anspruch des Vorstandsmitglieds auf die Zahlung der Vergütung bis zum regulären Ende des Vorstandsanstellungsvertrags ohnehin. Eine Zahlungszusage aufgrund einer neutralitätssichernden Maßnahme wäre lediglich ein Surrogat bzw. die Abgeltung eines bestehenden, legitimen Anspruchs des Vorstandsmitglieds. Mit dem Argument der Doppelvergütung angreifbar wäre bloß ein darüber hinausgehender Betrag, aber auch nur, sofern ihm kein Nutzen für die Gesellschaft gegenübersteht.

Dies verdeutlicht auch, warum eine Kopplungsklausel im Vorstandsanstellungsvertrag, also die Kopplung seines Bestehens an das Bestehen der Organstellung,²⁶⁵ nur auf den ersten Blick weiterhilft. Die Kopplungsklausel ermöglicht die deckungsgleiche Beendigung des Vorstandsanstellungsvertrags und der Organstellung. Mit dem Ausscheiden aus dem Organamt endet – nach Ablauf einer Kündigungsfrist – der Anstellungsvertrag und es besteht Klarheit für das gesamte Rechtsverhältnis. Sie schützt die Gesellschaft sogar vor der weiteren Vergütungspflicht. Allerdings verlöre ein Vorstandsmitglied bei einem Kontrollwechsel damit nicht nur sein Organamt, sondern zugleich den Vergütungsanspruch aus dem Vorstandsanstellungsvertrag. Dieser zusätzliche Nachteil steigert das Risiko eigener, persönlicher Interessen des Vorstandsmitglieds und stört

²⁶⁵ Dazu BGH NJW 1989, 2683, 2683 f. (LS); *Frodermann/Schäfer* in H/F/J HB AktR, Kap 7 Rn 140; *Haas/Ohlendorf*, Anstellungsvertrag Vorstandsmitglied, S. 17, 26, 76 f., 163 (mit Muster); *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 8, 9, 264-269, Teil 4.D (mit Muster); *Lingemann* in B/L/D/H AFB Arbeitsrecht, Kap 5 Rn 6, M5.1 (mit Muster); *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 Rn 359, 379, 444, M1903 (mit Muster); *Ohmann-Sauer* in K/K/L/O-S/S/U BFB Arbeitsrecht, B.II.1 mit Anm 15, 16 (mit Muster); *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 22, 454, 455 (mit Muster); *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 150, 204 (mit Muster).

die Neutralität, Unbefangenheit und Objektivität zusätzlich erheblich. Dies wiederum wird zum Nachteil für die Gesellschaft und die in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Letztlich wirkt eine Kopplungsklausel in der Situation des Kontrollwechsels kontraproduktiv.

Für die Beurteilung der change of control-Klauseln bleiben etwaige Kopplungsklauseln in Vorstandsstellungsverträgen daher unbeachtet. Denn sie kommen grundlegend der Gesellschaft zugute, nicht den Vorstandsmitgliedern. Wahrt eine change of control-Klausel in einem Vorstandsstellungsvertrag ohne eine Kopplungsklausel die in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen, so tut es eine change of control-Klausel in einem Vorstandsstellungsvertrag mit einer Kopplungsklausel erst recht.

III. Change of control-Klausel als Neutralitätsvehikel

Eine Lösung zur Schaffung eines Interessengleichklangs zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern in der Situation des Kontrollwechsels, also zur Sicherung der Neutralität der Vorstandsmitglieder und einer Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen bietet eine change of control-Klausel im Vorstandsstellungsvertrag: Liegt ein Kontrollwechsel und gegebenenfalls weitere Voraussetzungen vor, so sieht sie, bei Beendigung des Organamts,²⁶⁶ ein vertragliches, außerordentliches Kündigungsrecht für den Vorstandsstellungsvertrag vor und bei dessen Aus-

²⁶⁶ Klauseln, die für den Zahlungsanspruch lediglich einen Kontrollwechsel voraussetzen und nicht auch die Beendigung des Organamts (Transaktionsboni), und Klauseln, die für den Zahlungsanspruch einen Kontrollwechsel und den Verbleib des Vorstandsmitglieds im Organamt voraussetzen (Halte-, Bleibeprämien,), behandelt diese Arbeit nicht.



übung, also dem vollständigen Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft, einen Zahlungsanspruch des Vorstandsmitglieds.²⁶⁷

Eine change of control-Klausel bietet beiden, der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied, die Option zur vollständigen rechtlichen Trennung, also zur deckungsgleichen Beendigung der Organstellung und des Vorstandsanstellungsvertrags, und zwar laufzeitunabhängig, rechtsstreitfrei und geräuschlos. Sie regelt die zu erfüllenden Bedingungen und insbesondere die finanziellen Konsequenzen für die Gesellschaft und das Vorstandsmitglied, und zwar einvernehmlich und ex ante. Damit nimmt sie die Unsicherheit aus der Situation, macht sie vorhersehbar und beherrschbar, federt etwaige finanzielle Nachteile des Vorstandsmitglieds ab und fängt so etwaige persönliche Interessen auf. Durch diese Absicherung ex ante löst die change of control-Klausel den potentiellen Interessenkonflikt in der abstrakten Situation eines Kontrollwechsels in der Gesellschaft auf. Sie schafft folglich nicht nur im Vorhinein Rechtsklarheit, macht für beide Beteiligten die Risiken beherrschbar und ermöglicht nachhaltig Rechtsfrieden. Im Wesentlichen ebnet die change of control-Klausel durch die Absicherung ex ante den Weg für die Neutralität, Unbefangenheit und Objektivität des Vorstands und der einzelnen Vorstandsmitglieder in der Übernahmesituation und für die Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralis-

²⁶⁷ So das Grundverständnis, s. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 3 f.; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 322, 326; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 83-89; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 567; *Dörrwächter/Trafkowski*, NZG 2007, 846, 847; *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 86 f.; *Kort* in H/W GK-AktG, § 87 Rn 359; *ders.*, AG 2006, 106, 106; *Korts*, BB 2009, 1876, 1876; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 494-496; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 285; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 Rn 476, 477; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 85; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 224; *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 205; *Weiland*, Änderungsklauseln, 2011, S. 11.

tischen Interessen.²⁶⁸ Die change of control-Klausel schützt damit berechnigte Interessen beider Parteien des Vorstandsanstellungsvertrags.

IV. Vereinfachtes Muster einer change of control-Klausel

Dieses Muster²⁶⁹ einer change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag enthält exemplarisch die typischen Regelungen. Es handelt sich um eine vereinfachte Darstellung, die den Fokus auf die für diese Untersuchung maßgeblichen Elemente legt und andere ausspart.

Erfolgt bei der Gesellschaft ein Kontrollwechsel und kommt es dadurch zu einer nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds, so hat das Vorstandsmitglied das Recht, den Vorstandsanstellungsvertrag außerordentlich mit einer Frist von ... Monaten zum Monatsende (Kündigungsfrist) zu kündigen (Sonderkündigungsrecht) und sein Amt mit dieser Frist niederzulegen. Die Kündigung ist binnen ... Monaten nach der Kenntnisnahme von dem Kontrollwechsel zu erklären (Ausschlussfrist).

²⁶⁸ S.a. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 1 f., 5-19; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 85 f.; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 567-569; *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 87; *Kort* in H/W GK-AktG, § 87 Rn 359, 360; *ders.*, AG 2006, 106, 106; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 494; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 286; *Lutter*, BB 2009, 1874, 1875 f.; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 85; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 115.

²⁶⁹ Nach *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Anh 2.1; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 227-229; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 357 f.; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 89 f.; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 292-294, Teil 4.C, Teil 4.D; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 M1912, M1918, M1921; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 230, 455.

Vertragsmuster ohne change of control-Klausel: *van Kann* Vorstand, Muster A; *Haas/Ohlendorf*, Anstellungsvertrag Vorstandsmitglied, A.II.; *Hölters/Favocchia* in H/M MVHB Bd 1, V.51; *Lingemann* in B/L/D/H AFB Arbeitsrecht, Kap 5 M5.1; *Ohmann-Sauer* in K/K/L/O-S/S/U BFB Arbeitsrecht, B.II.1; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 453, 454; *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 150; *Terbrack/Lohr* in Heidel NK-AktR, AktG § 84 Rn 39.

Die Gesellschaft hat unter den gleichen Voraussetzungen ebenfalls ein solches Sonderkündigungsrecht.

Ein Kontrollwechsel in diesem Sinn liegt vor, wenn Eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds in diesem Sinn liegt vor, wenn

Bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts hat das Vorstandsmitglied gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf eine einmalige Zahlung von ... Jahresgesamtvergütungen zuzüglich einer Sonderzahlung in Höhe von Der Anspruch auf die Sonderzahlung besteht nur, wenn die Gesellschaft das Sonderkündigungsrecht ausübt oder das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft einvernehmlich erfolgt, und nicht, wenn das Vorstandsmitglied das Sonderkündigungsrecht ausübt. Das Zahlungsvolumen wird pauschal zwecks Abzinsung und Anrechnung anderweitiger Vergütung um ... % gekürzt.

B. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Aufsichtsrats bei der Vereinbarung von change of control-Klauseln

Die change of control-Klausel ist regelmäßig im Vorstandsanstellungsvertrag niedergelegt und die Zahlungszusage daraus ist ein Bestandteil der Gesamtbezüge des Vorstands.²⁷⁰ Im Rahmen der Personalkompetenz fällt der Abschluss der Vorstandsanstellungsverträge mit der Entscheidung über Vorstandsbezüge und change of control-Klauseln in die Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats²⁷¹ als Vertreter der Gesellschaft gegenüber

²⁷⁰ Bork, Change of Control-Klauseln, S. 67-70; Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 210, 323; Bürgers/Israel in B/K HK-AktG, § 87 Rn 3; Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 238 f.; Hüffer, AktG, § 87 Rn 4b; Korts, BB 2009, 1876, 1876 f.; Weiland, Änderungsklauseln, S. 115; Ziemons in FS Huber, S. 1035, 1040.

²⁷¹ Bauer/Arnold, DB 2006, 260, 264; Bork, Change of Control-Klauseln, S. 34-36, 41, 231; Küttner in FS DAV ArbR, S. 493, 501 f.; Lutter/Krieger, Aufsichtsrat, Rn 421.

dem Vorstand einschließlich potentieller²⁷² Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Satz 1 AktG, § 112 AktG, § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG).

Im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht stellt sich die Frage nach den gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft bei der Vereinbarung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag. Sie besteht aus zwei sich stufenweise stellenden Einzelfragen: Sind change of control-Klauseln dem Grunde nach zulässig und bis zu welchem Zeitpunkt sind sie vereinbar? Wenn sie es sind, welche gesellschaftsrechtlichen Pflichten obliegen dem Aufsichtsrat bei der Gestaltung von change of control-Klauseln?

Die Gestaltung von change of control-Klauseln ist sehr vielseitig, eine typische Fassung existiert bislang nicht. Der Sache nach bildet die zwingende Tatbestandsvoraussetzung des Kontrollwechsels bzw. der erstmaligen Kontrollbegründung in der Gesellschaft das Kernelement einer change of control-Klausel. Für eine klare Definition bietet sich die Bezugnahme auf gesetzliche Anzeige- und Mitteilungspflichten (§§ 16, 20 AktG, §§ 29, 35 WpÜG, §§ 20, 21 WpHG) und gesetzlich festgelegte Ereignisse wie den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, eine Eingliederung, eine Verschmelzung, eine Vermögensübertragung oder einen Rechtsformwechsel sowie die Festlegung einer faktischen Hauptversammlungsmehrheit an.²⁷³

Darüber hinaus kann eine change of control-Klausel viele weitere Elemente haben, von denen nachfolgend sechs zentrale zur Differenzierung herausgegriffen werden: (1) eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung

²⁷² *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 112 Rn 19; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 28 III 1 a.

²⁷³ Vgl. *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 263; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 20-23, 118-139; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 327-334; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 87 f.; *Korts*, BB 2009, 1876, 1877, 1881 f.; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 494 f.; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 287, 288; *Ohmann-Sauer* in K/K/L/O-S/S/U BFB Arbeitsrecht, B.II.1 Anm 18; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 225; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 13 f.

der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung, (2) Gestaltung der Sonderkündigungsrechte, (3) Gestaltung der Zahlungszusage, (4) Abzinsung, (5) Anrechnung anderweitiger Vergütung, (6) Leistung einer zusätzlichen Sonderzahlung. Die ersten beiden Elemente sind allgemeiner Art, die anderen vier beziehen sich speziell auf die Bemessung des Volumens der Zahlungszusage. Diese sechs Elemente sind zum einen für sich genommen zu analysieren, zum anderen sind die Rückwirkungen, die durch die Kombinationen miteinander entstehen können, einzubeziehen. Den Prüfungsmaßstab speziell für die vergütungsbezogenen Elemente einer change of control-Klausel bildet das Angemessenheitsgebot nach § 87 Abs. 1 AktG; den Prüfungsmaßstab für alle Elemente und für die kombinierte Klausel bildet generell die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats.

I. Zulässigkeit von change of control-Klauseln dem Grunde nach

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von change of control-Klauseln dem Grunde nach wird die Entscheidung des Aufsichtsrats darüber kategorisiert (1.) und auf die grundsätzliche Wahrung des Prinzips von Leistung und Gegenleistung und der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen überprüft (2.). Darauf aufbauend werden die Ansichten des Gesetzgebers (3.), der Rechtsprechung (4.) und in der Literatur (5.) zur Zulässigkeit von change of control-Klauseln dem Grunde nach dargelegt. Schließlich werden die Auswirkungen des Zeitpunkts der Vereinbarung der change of control-Klauseln erörtert (6.).

1. Vergütungsentscheidung als unternehmerische Entscheidung

Aufgrund des Zukunftsbezugs und der Prognosen hinsichtlich des Leistungsaustauschverhältnisses zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft ist die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Vereinbarung und die Gestaltung des Vorstandsanstellungsvertrags und der Vorstandsvergütung und damit auch über die change of control-Klausel eine

unternehmerische,²⁷⁴ wobei eine zusätzliche Prognose hinsichtlich eines potentiellen Kontrollwechsels hinzukommt; der Aufsichtsrat hat Ermessen und die Justiziabilität der Entscheidung ist, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule²⁷⁵ vorliegen, begrenzt.²⁷⁶

2. Leistung-Gegenleistung-Prinzip und Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen

Dem Synallagma des Vorstandsanstellungsvertrags liegt das Prinzip von Leistung und Gegenleistung zugrunde. Der Vergütungsleistung der Gesellschaft an das Vorstandsmitglied muss eine Gegenleistung des Vorstandsmitglieds als zukünftiger Nutzen für die Gesellschaft gegenüberstehen. Das gilt auch für change of control-Klauseln als Vergütungselement.

Wie bereits ausgeführt kommt die change of control-Klausel sowohl dem Vorstandsmitglied als auch der Gesellschaft zu Gute: Der Gesellschaft dient sie primär als Sicherung der Neutralität, Unbefangenheit und Objektivität des Vorstands und der Vorstandsmitglieder sowie der Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen in der potentiellen Situation eines zukünftigen Kontrollwechsels. Zudem schafft die change of control-Klausel ex ante Rechtsklarheit für diese potentielle, zukünftige Situation, lässt für beide Beteiligten die Risiken der Situation beherrschbar werden, schafft die Option zur sofortigen,

²⁷⁴ Dazu allg. Kapitel 1.B.II.2.b)cc).

²⁷⁵ Sie findet über § 116 Satz 1 AktG auf unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats Anwendung.

²⁷⁶ S. BGHSt 50, 331, 336 – Mannesmann; BGHZ 135, 244, 254 f. – ARAG/Garmenbeck; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 225; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 203; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 570; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 87 Rn 39; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 16; *van Kann/Fischbach* in van Kann Vorstand, Rn 483; *Korts*, BB 2009, 1876, 1878, 1880; *Krause*, NStZ 2011, 57, 62; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 178; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 4; *Schünemann* in L/R-vS/T LK-StGB, § 266 Rn 260; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 23; *Weber* in Hölterers AktG, § 87 Rn 14; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 37, 116 f.

rechtsstreitfreien Beendigung des Rechtsverhältnisses und ermöglicht dadurch nachhaltig Rechtsfrieden.

Ferner kann die Vereinbarung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag für das zuwerbende bzw. zuhaltende Vorstandsmitglied einen Anreiz zur (erneuten) Übernahme des Organamts und zum Abschluss bzw. zur Verlängerung des Vorstandsanstellungsvertrags darstellen. Dann liegt der zukünftige Nutzen der Gesellschaft in der Gewinnung bzw. Bindung des Vorstandsmitglieds.²⁷⁷

Ein Nebeneffekt zugunsten der Gesellschaft, der allerdings nicht das Synallagma zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied, mit dem die change of control-Klausel vereinbart ist, betrifft, ist die allgemeine Erhöhung der Attraktivität der Gesellschaft für potentielle Manager.

Nicht in die Waagschale geworfen werden eine etwaige Abschreckungsfunktion²⁷⁸ der change of control-Klausel sowie der Einsatz des Vorstandsmitglieds in der potentiellen Situation des Kontrollwechsels, denn der Wechsel der Aktionäre liegt im Wesen der Aktiengesellschaft und der Vorstand hat seine Aufgaben grundsätzlich ungeachtet der Zusammensetzung des Aktionärskreises zu erfüllen.²⁷⁹

²⁷⁷ S. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 17-19; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 85; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 87; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 38 f.; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1038.

²⁷⁸ Zur Abschreckung konzipierte Klauseln – der so genannte goldene Fallschirm wird verteidigungsstrategisch als so genannte Giftpille eingesetzt – sind selten und eine Klausel, die eine Zahlung in einer tatsächlich abschreckend wirkenden Höhe vorsieht, verstößt regelmäßig gegen das Angemessenheitsgebot, s. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 210-214; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 86, 246-251; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 64 f.; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1039.

²⁷⁹ S. *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 497; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86.

3. Ansicht der Legislative

Der Gesetzgeber sieht change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen als dem Grunde nach zulässig an. Andernfalls würde er nicht in zwingenden, positivrechtlichen Vorgaben wie § 285 Satz 1 Nr. 9 a) HGB, § 289 Abs. 4 Nr. 9 HGB, § 314 Abs. 1 Nr. 6a HGB und § 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB Bezug auf sie nehmen. Auch würde der Gesetzgeber andernfalls kaum über § 161 AktG an den DCGC, der in Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK eine Empfehlung bezüglich change of control-Klauseln enthält, anknüpfen.

4. Ansicht der Judikative: Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Gerichtliche Entscheidungen unmittelbar zu change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen sind nicht ersichtlich, sodass auf die Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs²⁸⁰ zu nachträglichen Sonderzahlungen und Anerkennungsprämien an Vorstandsmitglieder zurückgegriffen wird. Die dort aufgestellten Grundsätze und Kernaussagen sollen auf change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen übertragen werden.

Der Bundesgerichtshof hat drei Fallgruppen nachträglicher Sonderzahlungen an Vorstandsmitglieder gebildet und rechtlich eingeordnet: Von vornherein dienstvertraglich vereinbarte, nachträgliche Sonderzahlungen

²⁸⁰ BGHSt 50, 331, 331-346 – Mannesmann. Eine umfassende Analyse der Entscheidung findet sich bei *Baums* in FS Huber, S. 657, 657-675; *Cappel*, Untreuestrafrecht Mannesmann; *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit Vorstandsvergütung; *Grattenthaler*, Vergütung Vorstandsmitglieder; *Hüffer*, BB 2003 Beilage 7, 1, 1-38 (Gutachten); *Liebers/Hoefs*, ZIP 2004, 97, 97-103 (Gutachten); *Nöckel*, Marktwirtschaftsstrafrecht, Rn 293-324; *Nussbaum*, Anerkennungsprämien; *Rixe*, Anerkennungsprämien; *Rolshoven*, Anerkennungsprämien; *Schiinemann*, Organuntreue, S. 42-69; *Zech*, Untreue. Aus der Vielzahl von Aufsätzen s. *Liebers/Hoefs*, ZIP 2004, 97, 101 f., mit über 30 internationalen Praxisbeispielen für Abfindungszahlungen an ausscheidende Mitglieder von Leitungsorganen.

sind dem Grunde nach zulässig.²⁸¹ Nicht dienstvertraglich vereinbarte, nachträgliche Sonderzahlungen mit einem zukünftigen Nutzen für die Gesellschaft sind dem Grunde nach zulässig; ein solcher Nutzen für die Gesellschaft kann insbesondere eine Anreizwirkung auf das begünstigte Vorstandsmitglied oder auf andere oder potentielle Vorstandsmitglieder zur Erbringung außergewöhnlicher Leistungen sein.²⁸² Nicht dienstvertraglich vereinbarte, nachträgliche Sonderzahlungen für eine erbrachte, dienstvertraglich geschuldete Leistung, also mit ausschließlich belohnendem Charakter und ohne zukünftigen Nutzen für die Gesellschaft sind als „*kompensationslose Anerkennungsprämien*“ dem Grunde nach unzulässig.²⁸³

Nach der Differenzierung des Bundesgerichtshofs bedarf es für die Zulässigkeit einer nachträglichen Zahlung an ein Vorstandsmitglied also entweder einer dienstvertraglichen Vereinbarung als Rechtsgrund oder eines zukünftigen Nutzens für die Gesellschaft.

Dies lässt sich auf change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen übertragen: Eine change of control-Klausel ist dem Grunde nach zulässig, wenn sie ex ante dienstvertraglich vereinbart ist oder wenn sie einen zukünftigen Nutzen für die Gesellschaft hat.

Wie bereits dargelegt sind change of control-Klauseln grundsätzlich im Vorstandsanstellungsvertrag vereinbart und sie haben insbesondere durch die Sicherung der Neutralität des Vorstandsmitglieds in der potentiell zukünftigen Situation eines Kontrollwechsels einen zukünftigen Nutzen für die Gesellschaft. Hinzu kommen ihr Beitrag zur Rechtsklarheit und zum Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten und ihre Anreizwirkung²⁸⁴ auf das

²⁸¹ BGHSt 50, 331, 336 f. – Mannesmann.

²⁸² BGHSt 50, 331, 337 – Mannesmann.

²⁸³ BGHSt 50, 331, 331 f., 337-342 (LS) – Mannesmann.

²⁸⁴ Auch geschaffen durch die vertragliche Vereinbarung vorab, vgl. BGHSt 50, 331, 340 – Mannesmann.

zu werbende bzw. zu haltende Vorstandsmitglied zur (erneuten) Übernahme des Organamts und zum Abschluss bzw. zur Verlängerung des Vorstandsanstellungsvertrags und damit die Gewinnung bzw. Bindung des Vorstandsmitglieds.

Change of control-Klauseln erfüllen mithin sogar beide der vom Bundesgerichtshof alternativ aufgestellten Kriterien. Sie sind auch im Lichte der Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs als dem Grunde nach zulässig anzusehen.

5. Ansicht in der Literatur

Nach der in der Literatur einhellig vertretenen Auffassung sind change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen grundsätzlich dem Grunde nach zulässig, auch und insbesondere im Lichte der Mannesmann-Entscheidung.²⁸⁵ Hinsichtlich der konkreten Gestaltung von change of control-Klauseln besteht wiederum Uneinigkeit.

6. Zeitpunkt der Vereinbarung

Über die Zulässigkeit von change of control-Klauseln dem Grunde nach besteht jedenfalls insoweit Einigkeit, als es die Vereinbarung im Zeitpunkt des Abschlusses oder der Verlängerung des Vorstandsanstellungsvertrags parallel zur (erneuten) Übernahme des Organamts betrifft.

²⁸⁵ *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 263, 266; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 102 f., 209, 225, 231; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 342; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 87 Rn 3; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 236-238; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 568; *Hüffer*, AktG, § 87 Rn 4b; *Kort* in H/W GK-AktG, § 87 Rn 364, 367, 369; *ders.*, AG 2006, 106, 107, 109; *Korts*, BB 2009, 1876, 1877, 1884; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 290; *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 201; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, Rn 425; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 85; *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 14; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 224; *Schilha*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 309, 398; *Spindler* in G/H MK-AktG, § 87 Rn 82; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 151 f.; *Weber* in Hölters AktG, § 87 Rn 44; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 34-42, 116 f.; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1040, 1047.

Change of control-Klauseln können aber auch nachträglich, also während des bestehenden Vertragsverhältnisses und parallel zur Ausübung des Organamts vereinbart werden. Geschieht dies losgelöst von einer konkreten Kontrollwechselsituation, so ist im Lichte der Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs²⁸⁶ ebenfalls die Zulässigkeit dem Grunde nach gegeben. Denn sie sind ex ante dienstvertraglich vereinbart und haben einen zukünftigen Nutzen für die Gesellschaft in Form der Sicherung der Neutralität des Vorstandsmitglieds und einer Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen sowie ihres Beitrags zur Rechtsklarheit und zum Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten. Der Nutzen der Gewinnung bzw. Bindung des Vorstandsmitglieds tritt dahinter zurück.

Als weiterer Nutzen für die Gesellschaft zu sehen ist die Gleichbehandlung mit den Vorstandsmitgliedern, mit denen bei dem Abschluss ihres Vorstandsanstellungsvertrags eine change of control-Klausel vereinbart wurde. Die Gesellschaft hat so die Gelegenheit, mit jedem einzelnen Vorstandsmitglied eine change of control-Klausel zu vereinbaren und damit hinsichtlich des gesamten Vorstands die Neutralität und die Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen in der Situation des Kontrollwechsels zu sichern.

Aufgrund dieser Vorteile für die Gesellschaft wahrt die nachträgliche Vereinbarung einer change of control-Klausel losgelöst von einer konkreten Kontrollwechselsituation auch grundsätzlich die in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Folglich ist sie dem Grunde nach zulässig.²⁸⁷ Allerdings ist aufgrund des nachträglichen

²⁸⁶ BGHSt 50, 331, 331-346 – Mannesmann.

²⁸⁷ S. BGHSt 50, 331, 336-338 – Mannesmann; *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 264; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 243 f.; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 570; *Kort* in H/W GK-AktG, § 87 Rn 365; *ders.*, AG 2006, 106, 108 f.; *Korts*, BB 2009, 1876, 1878, 1884; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 290; *Schilha*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 309; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 152. *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 48 f., 115-119 verlangt einen sachlichen Grund und ordnet die Vorteile der Gesellschaft als solchen ein.

Eingriffs in die Vergütungsstruktur besonders auf die Angemessenheit²⁸⁸ zu achten.

Schließlich können change of control-Klauseln auch nachträglich mit Blick auf einen konkreten Kontrollwechsel vereinbart werden. Dabei ist zunächst die Neutralitätspflicht des Vorstands der Zielgesellschaft in einer Übernahmesituation nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG zu beachten. Allerdings genügt eine change of control-Klausel regelmäßig nicht als Abwehrmaßnahme in diesem Sinn.

Ob eine change of control-Klausel, die nachträglich im Kontext einer konkreten Kontrollwechselsituation vereinbart wird, als Vereinbarung *im Vorhinein* gesehen werden kann bzw. ob sie den zuvor beschriebenen Nutzen für die Gesellschaft noch erreichen kann oder einer kompensationslosen Anerkennungsprämie gleich kommt, ist anhand der Gegebenheiten des Einzelfalls zu beurteilen.²⁸⁹ Wird beides verneint, so ist sie, im Lichte der Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs,²⁹⁰ dem Grunde nach unzulässig. Schlimmstenfalls setzt sie sogar Fehlanreize zur Förderung des Kontrollwechsels entgegen dem Neutralitätsgebot und der Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen, etwa durch eine Zahlungszusage, die den Vorstand zum Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags ungeachtet seines Inhalts motiviert.

²⁸⁸ Dazu ausführlich unten II.2.b).

²⁸⁹ S.a. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 97-103; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 236-238; *Kort* in H/W GK-AktG, § 87 Rn 366; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 290; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, Rn 425; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 152. *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 61 f., 115-119, verlangt einen sachlichen Grund für die Vereinbarung einer change of control-Klausel und sieht als solchen neben den genannten auch ausnahmsweise eine nachträgliche Vergütung für noch nicht abgegoltene, außergewöhnliche Leistungen, sofern sie angemessen ist.

²⁹⁰ BGHSt 50, 331, 331-346 – Mannesmann.

II. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Aufsichtsrats bei der Gestaltung von change of control-Klauseln

Nach der Vorstellung der sechs ausgewählten Elemente von change of control-Klauseln (1.), wird der Prüfungsmaßstab erörtert (2.). Darauf aufbauend werden die in der Literatur vertretenen Ansichten zur Gestaltung von change of control-Klauseln in Vorstandsansetzungsverträgen (3.) ausgewertet. Dabei bilden die ausführlichen Arbeiten von Bork, Cramer und Weiland²⁹¹ den Schwerpunkt. Schließlich folgt die Stellungnahme (4.) zur Gestaltung von change of control-Klauseln in Vorstandsansetzungsverträgen.

1. Zentrale Elemente einer change of control-Klausel

Wie bereits ausgeführt ist der Kontrollwechsel die zentrale, der Sache nach zwingende Tatbestandsvoraussetzung einer change of control-Klausel, und der Zahlungsanspruch des Vorstandsmitglieds verlangt faktisch die Beendigung des Organamts, sei es durch Abberufung seitens der Gesellschaft, durch Niederlegung seitens des Vorstandsmitglieds oder beidseitig einvernehmlich. Von den sechs weiteren, zur Differenzierung herausgegriffenen Elementen sind die ersten beiden allgemeiner Art, die anderen vier regeln das Volumen der Zahlungszusage. Die Elemente sind zum einen für sich genommen zu analysieren, zum anderen sind die Rückwirkungen, die durch die Kombinationen miteinander entstehen können, einzubeziehen.

Das erste Element ist eine zweite Tatbestandsvoraussetzung neben dem Kontrollwechsel, namentlich eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds. Die Formulierung ist weit und allgemein gehalten und die Beeinträchtigungsmöglichkeiten sind vielgestaltig. Insbesondere die Abberufung des Vorstandsmitglieds aus dem Organamt stellt eine solche Beeinträchtigung dar, aber auch die Änderung des

²⁹¹ Bork, Change of Control-Klauseln; Cramer, Change of Control-Klauseln; Weiland, Änderungsklauseln.

Ressortinhalts, des Aufgabenbereichs, der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit oder der Strategie sowie der Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags.²⁹² Auch diesbezüglich empfiehlt sich eine klare Definition in der change of control-Klausel. Zur Herstellung des Zusammenhangs zwischen dem Kontrollwechsel und der mehr als unerheblichen Beeinträchtigung – schließlich soll sie kontrollwechselbedingt sein – kann rechtstechnisch auf eine widerlegbare Vermutung²⁹³ zurückgegriffen werden. Zu klären ist, ob diese zweite Tatbestandsvoraussetzung in einer change of control-Klausel enthalten sein darf oder sogar sein muss.

Das zweite Element der change of control-Klausel bildet das Sonderkündigungsrecht für den Vorstandsanstellungsvertrag, wobei es dessen nur bei Vorstandsanstellungsverträgen ohne Kopplungsklausel bedarf. Bezüglich des Sonderkündigungsrechts ist zu klären, ob nur das Vorstandsmitglied, nur die Gesellschaft oder beide kündigungsberechtigt sind und ob eine Befristung des Sonderkündigungsrechts und eine Kündigungsfrist vereinbart werden.

Das dritte Element bildet die Zahlungszusage. Der Berechnungsmodus dafür kann entweder starr die Auszahlung der gesamten ausstehenden Vergütung bei regulärer Vertragslaufzeit vorsehen oder bestimmte Faktoren einbeziehen und flexibel gestaltet sein sowie eine Höchstgrenze enthalten.

Das vierte Element ist ein etwaiger Zinsabschlag. Regulär würde die ausstehende Vergütung gestaffelt gezahlt. Gemäß der change of control-Klausel erfolgt eine einmalige Zahlung zu einem vorgezogenen Zeitpunkt, sodass über einen Zinsabschlag nachzudenken ist.

²⁹² S. *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 263; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 87 f.; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 89.

²⁹³ S. *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 88; *Kort*, AG 2006, 106, 107; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 M1912, M1918.

Das fünfte Element bildet eine etwaige Anrechnung anderweitiger Vergütung. Da die Rechtsbeziehung zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft gänzlich endet, könnte das Vorstandsmitglied eine anderweitige entgeltliche Tätigkeit aufnehmen. Ob die Vergütung dafür auf die aufgrund der change of control-Klausel zu leistende Zahlung angerechnet und damit deren Zahlungsvolumen reduziert wird und wie dies zu erfolgen hätte, ist zu klären.

Das sechste Element formt eine etwaige zusätzliche Sonderzahlung über die Abgeltung des bestehenden Vergütungsanspruchs bei regulärer Vertragslaufzeit hinaus. Ihre rechtlichen Grenzen sind zu bestimmen.

2. Der abstrakte Prüfungsmaßstab

Die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Gestaltung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag ist als Vergütungsentscheidung eine unternehmerische, er hat Ermessen und die Justiziabilität der Entscheidung ist, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule²⁹⁴ vorliegen, begrenzt. Die Beurteilung dieser Entscheidung als pflichtgemäß oder pflichtwidrig erfolgt ex ante, also zum Zeitpunkt der Vereinbarung,²⁹⁵ und damit abstrakt, ungeachtet der konkreten Interessenslage in einer potentiellen Kontrollwechselsituation.

Den Prüfungsmaßstab für alle sechs Elemente und für ihre Kombination bildet die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats **(a)**), denn eine change of control-Klausel ist mehr als eine Vergütungszusage. Den Prüfungsmaßstab speziell für die vergütungsbezogenen Elemente einer change of control-Klausel bildet das Angemessenheitsgebot nach § 87 Abs. 1 AktG **(b), c)**). Die Justiziabilität der Entscheidung des Aufsichtsrats **(d)**) ist zu berücksichtigen.

²⁹⁴ S. oben ausführlich Kapitel 1.B.II.2.b)cc).

²⁹⁵ *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 87 Rn 4; *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 8; *Weber* in Hölter's AktG, § 87 Rn 18; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 37.

a) Sorgfaltspflicht

Dem Aufsichtsrat obliegt eine Sorgfaltspflicht²⁹⁶ entsprechend seinen Aufgaben²⁹⁷ (§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Das gilt auch bei der Entscheidung über die Gestaltung der change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag.²⁹⁸

b) Angemessenheitsgebot nach § 87 Abs. 1 AktG

Das Angemessenheitsgebot nach § 87 Abs. 1 AktG ist sowohl für die Bemessung allein des Zahlungsvolumens aufgrund der change of control-Klausel maßgeblich als auch für die Bemessung der Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds einschließlich des Zahlungsvolumens aufgrund der change of control-Klausel.²⁹⁹ Da es sich um eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats handelt und er einen Entscheidungs- und Handlungsspielraum hat, kann eine Bandbreite von Gestaltungen der change of control-Klausel angemessen sein. § 87 Abs. 1 AktG enthält

²⁹⁶ Dazu ausführlich oben Kapitel 1.B.II.2.b), aa).

²⁹⁷ S. *Breuer/Fraune* in Heidel NK-AktR, AktG § 116 Rn 1; *Bürgers/Israel* in B/K HK-AktG, § 116 Rn 1; *Drygala* in K.S/L AktG, § 116 Rn 1; *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 116 Rn 11, 66, 71; *Hüffer*, AktG, § 116 Rn 1; *Krause*, NStZ 2011, 57, 58 f., 61; *Ludwig/Zeising* in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 675; *Thümmel*, Haftung Manager, Rn 238; *Wolff* in H/F/J HB AktR, Kap 8 Rn 104 f.

²⁹⁸ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 346; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 233; *Korts*, BB 2009, 1876, 1878 f., 1884; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 37, 116 f.; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1037 f., 1047; s.a. BGHSt 50, 331, 335 f. – Mannesmann.

²⁹⁹ § 87 AktG regelt die Höhe der Vergütung, nicht die Zulässigkeit dem Grunde nach, s. BGHSt 50, 331, 339 – Mannesmann; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 343; *Cahn* in FS Hopt, S. 431, 433; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 233-235, 238; *Hüffer*, AktG, § 87 Rn 4b; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 89; *Kort*, AG 2006, 106, 107; *Korts*, BB 2009, 1876, 1878 f., 1884; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 289; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 Rn 478; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 7; *Reufels* in H/R Arbeitsverträge, § 3 Rn 227; *Seibt* in K.S/L AktG, § 84 Rn 73, § 87 Rn 14; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 25 f., 37-42, 115-122; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1040.

Nach *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 208, ist das Angemessenheitsgebot „Prüfungsmaßstab für Grund und Höhe“ einer change of control-Klausel.

kein Gebot zur Festlegung der angemessensten aller Vergütungen, sondern ein Gebot zur Festlegung einer angemessenen Vergütung. Pflichtwidrig sind nur Gestaltungen von change of control-Klauseln außerhalb der Bandbreite des Angemessenen, also unangemessene Gestaltungen.³⁰⁰ Basierend auf der Erörterung der Dogmatik (**aa**) und der Tatbestandsmerkmale (**bb** – **ee**), sollen die Grenzen der angemessenen Gestaltungen von change of control-Klauseln bestimmt werden.

aa) Dogmatik

Das Angemessenheitsgebot dient dem Schutz der Gesellschaft und der Aktionäre und Gläubiger vor einem übermäßigen Abfluss finanzieller Mittel durch exorbitante, nicht leistungsadäquate Vorstandsbezüge und damit unmittelbar dem Schutz des Gesellschaftsvermögens.³⁰¹ Nicht zur Aufgabe hat die Norm eine Beurteilung der Qualität der Arbeitsleistung oder die Festlegung der fairen Vergütung; sie ist ebenso wenig bestimmbar wie der gerechte Preis.

§ 87 Abs. 1 AktG stellt eine Einschränkung der Vertragsfreiheit und eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht und als solche eine Beschränkung des Entscheidungs- und Handlungsfreiraums und des Ermessens des Aufsichtsrats bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung dar.³⁰² Ein etwaiges

³⁰⁰ Allg. *van Kann/Fischbach* in *van Kann Vorstand*, Rn 482, 483; *Lücke* in *L/S BMHB Vorstand*, § 2 Rn 125; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 87 Rn 4, 7; *Stenzel*, *Vorstandsvergütung*, S. 390.

³⁰¹ *S. Bosse*, *HB Vorstandsvergütung*, Rn 207; *Bürgers/Israel* in *B/K HK-AktG*, § 87 Rn 1; *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG*, § 87 Rn 1; *Hüffer*, *AktG*, § 87 Rn 1; *van Kann/Fischbach* in *van Kann Vorstand*, Rn 482; *Kort* in *H/W GK-AktG*, § 87 Rn 1; *Korts*, *BB* 2009, 1876, 1879; *Mertens/Cahn* in *Z/N KK-AktG*, § 87 Rn 2; *Oltmanns* in *Heidel NK-AktR*, *AktG* § 87 Rn 1; *Patzina* in *P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane*, Kap 7 Rn 39; *Schilha*, *Aufsichtsratsstätigkeit*, S. 256; *Seibt* in *K.S/L AktG*, § 87 Rn 1, 2; *Stenzel*, *Vorstandsvergütung*, S. 24; *Weber* in *Hölters AktG*, § 87 Rn 1.

³⁰² *BT-Drs.* 16/12278 S. 5; *Bürgers/Israel* in *B/K HK-AktG*, § 87 Rn 1; *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG*, § 87 Rn 1; *Hüffer*, *AktG*, § 87 Rn 1; *Kort* in *H/W GK-AktG*, § 87 Rn 1; *Seibt* in *K.S/L AktG*, § 87 Rn 1, 2; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht EAT*, Rn 122; *Weber* in *Hölters AktG*, § 87 Rn 17.

Einverständnis der Aktionäre bzw. der Hauptversammlung mit der Vergütungsregelung ist nach dem Wortlaut des § 120 Abs. 4 AktG und dem korrespondierenden Willen des Gesetzgebers unbeachtlich.³⁰³

Die Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG³⁰⁴ sind selbständig und müssen kumulativ erfüllt sein – die Angemessenheit einer Vergütung indiziert nicht ihre Üblichkeit und umgekehrt.³⁰⁵ Da die Kriterien nicht abschließend sind,³⁰⁶ können etwa der Marktwert und die Verhandlungsposition des Vorstandsmitglieds miteinbezogen werden.³⁰⁷

bb) Angemessenheit im Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds

Das Volumen des Zahlungsanspruchs aus der change of control-Klausel muss angemessen im Verhältnis zu den Leistungen und den Aufgaben des Vorstandsmitglieds sein. Den Beurteilungsmaßstab bildet der individuelle Beitrag³⁰⁸ des Vorstandsmitglieds zur zielgerichteten Entwicklung der Gesellschaft. Die Angemessenheit ist insoweit als unbestimmter Rechtsbegriff ausfüllungsbedürftig. Einzubeziehen sind die Art, der Umfang, die Schwierigkeit und die Komplexität der Aufgaben des Vorstandsmitglieds

³⁰³ So auch *Breuer/Fraune* in Heidel NK-AktR, AktG § 116 Rn 3d; *Cahn* in FS Hopt, S. 431, 447; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 498; *Seyfarth* in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 174.

³⁰⁴ Zu Kritik daran *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 122-127, 139-164.

³⁰⁵ S. *Cahn* in FS Hopt, S. 431, 433; *Hüffer*, AktG, § 87 Rn 2; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 16; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 139; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 254; vgl. *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 215-218; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 5, und *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 62 (Aufschaukelungseffekt). A.A. wohl: *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 10.

³⁰⁶ *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 62; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 222; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 14; *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 8, 9; *Weber* in Hölter AktG, § 87 Rn 16.

³⁰⁷ *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 120, 124; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 14; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 4.

³⁰⁸ *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 307; *Weber* in Hölter AktG, § 87 Rn 20.

sowie das Maß an Verantwortung, die Risiken und die Bedeutung für die Gesellschaft.³⁰⁹ Bezüglich der Leistungen des Vorstandsmitglieds kann der Aufsichtsrat seine Entscheidung, zumindest bei der erstmaligen Bestellung, nur auf Prognosen stützen.

Bosse³¹⁰ stellt einen sachdienlichen, nicht abschließenden Katalog von Kriterien für die Angemessenheit im Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds zusammen, die er als „*personenbezogene Faktoren*“ bezeichnet: Vorstandsvorsitz oder einfaches Vorstandsmitglied, Relevanz des Ressorts für die Gesellschaft, Zuschnitt des Ressorts, Anzahl nachgeordneter Mitarbeiter, Umsatzverantwortung, Internationalität, Qualität der bisherigen Tätigkeit in der Gesellschaft, Entwicklung der Gesellschaft während der bisherigen Bestellung aufgrund spezifischer Beiträge des Vorstandsmitglieds, Dauer der bisherigen Vorstandstätigkeit, Dauer der bisherigen Betriebszugehörigkeit, Teamfähigkeit, Führungsverantwortung und -erfahrung, Qualität der Berichterstattung an den Aufsichtsrat, Mitarbeiterzufriedenheit und Fluktuation, Qualifikation einschließlich Berufs- und Auslandserfahrung, akademischem Hintergrund und spezifischer Kenntnisse, Lebensalter, Höhe und Struktur bisheriger Vergütung, Verlust arbeitsrechtlicher Absicherung, Nachteile aufgrund des beruflichen Wechsels, familiäre bzw. finanzielle Belastungen aufgrund eines Ortswechsels³¹¹ sowie Inhalte etwaiger Alternativangebote. Dabei ordnet Bosse³¹² die Leistungen des Vorstandsmitglieds im Vergleich zu den Aufgaben als nachrangig ein, sofern der

³⁰⁹ *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 12.

³¹⁰ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 226; s.a. *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 124; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 14; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 4; *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 9.

³¹¹ Aber nicht die Familiensituation, da § 87 AktG nicht dem Schutz des Vorstandsmitglieds diene und dies nicht unternehmerischem Denken entspreche, so *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 63; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 225; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 124. A.A.: *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 4.

³¹² *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 223, 224; s.a. *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 124.

Aufsichtsrat noch keine Erfahrung mit der Arbeit des Vorstandsmitglieds hat, und fasst bisherige Leistungen in anderen Gesellschaften unter die Qualifikation des Vorstandsmitglieds.

Gegebenenfalls sind auch branchenspezifische Besonderheiten³¹³ oder ein überobligatorisches persönliches Engagement in einer vorausgegangenen Krise der Gesellschaft³¹⁴ zu berücksichtigen. Dies gilt auch für die nicht selbst herbeigeführte Aufgabe der Sanierung der Gesellschaft,³¹⁵ da das Vorstandsmitglied eigene finanzielle Risiken eingeht.

cc) Angemessenheit im Verhältnis zur Lage der Gesellschaft

Das Volumen des Zahlungsanspruchs aus der change of control-Klausel muss auch angemessen im Verhältnis zur Lage der Gesellschaft sein. Die Angemessenheit ist insoweit als unbestimmter Rechtsbegriff ausfüllungsbedürftig. Die Lage der Gesellschaft umfasst die Vermögens- und Wirtschaftslage, den Geschäftserfolg und die Prognose.³¹⁶

Bosse³¹⁷ stellt auch dafür einen sachdienlichen, nicht abschließenden Katalog von Kriterien zusammen, die er als „*unternehmensbezogene Faktoren*“ bezeichnet: Eigenkapital (absolut, quotale), Jahresüberschuss bzw. -fehlbetrag, Bilanzsumme, Dividendenhöhe, Aktienkursentwicklung, Liquidität, Umsatz, Umsatzrendite, Eigenkapitalrendite, Verschuldungsgrad und Cashflow, sonstige betriebswirtschaftliche Kennzahlen, Struktur des Unternehmens, Mitarbeiteranzahl und ihre Entwicklung, Umsatz pro Mitarbeiter, Börsennotierung (Staat, Segment/Index oder Freiverkehr),

³¹³ Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 232, 233.

³¹⁴ Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 15; Oltmanns in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 4.

³¹⁵ Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 232, 233; Fischer in B/F VHB, Teil 3.B Rn 136; Lücke in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 124; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 9; Stenzel, Vorstandsvergütung, S. 34 f.

³¹⁶ Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 227; Lohse, Unternehmerisches Ermessen, S. 307; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 9; Oltmanns in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 4.

³¹⁷ Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 227-231; s.a. Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 9.

Aktionärsstruktur, Konzernierung, Arbeitnehmermitbestimmung, ausländische Tochtergesellschaften und Verhältnis von Auslands- zu Inlandsumsatz.

Lücke³¹⁸ schlägt mittels eines Stufenmodells Orientierungswerte für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung vor, deren Überschreitung einer Begründung bedürfe; es bestünden widerlegbare Vermutungen für Angemessenheit und Unangemessenheit.

dd) Üblichkeit

Das Volumen des Zahlungsanspruchs aus der change of control-Klausel muss marktüblich sein. Auch dieses Kriterium ist unscharf und setzt zudem einen fairen Wettbewerb auf einem Markt für Führungskräfte voraus.

Zur Bestimmung der Üblichkeit der Vergütung werden ein horizontaler Vergleich mit der Vorstandsvergütung in Gesellschaften ähnlicher Branche, Größe und Rechtsform sowie ein vertikaler Vergleich mit dem unternehmensindividuellen Vergütungsgefüge angestellt.³¹⁹

Bei der Bildung der horizontalen Vergleichsgruppe hat der Aufsichtsrat einen Beurteilungsspielraum,³²⁰ allerdings sind nach dem Willen des Gesetzgebers und aufgrund systemischer Unterschiede wie Vertragslaufzeiten und Organhaftungsrisiken grundsätzlich nur Gesellschaften aus

³¹⁸ Lücke in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 127.

³¹⁹ BT-Drs. 16/12278 S. 5; Bosse, HB Vorstandsvergütung, Rn 237-261; Lücke in L/S BMHB Vorstand, § 2 Rn 124; Oltmanns in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 5; Seibt in K.S/L AktG, § 87 Rn 10; Rieble/Schmittlein, Vergütung von Vorständen, Rn 139-164; s.a. Lohse, Unternehmerisches Ermessen, S. 304-307. Kritisch zu diesem Merkmal Cahn in FS Hopt, S. 431, 433-435; Drygala in FS Schneider, S. 275, 280-283; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 16, 17.

³²⁰ Seibt in K.S/L AktG, § 87 Rn 10.

dem deutschen Rechtsraum einzubeziehen.³²¹ Eine Überschreitung um 25% wird als nicht mehr üblich angesehen.³²²

Hinsichtlich des vertikalen Vergleichs hat sich kein bestimmtes Vielfaches der durchschnittlichen Mitarbeitervergütung der Gesellschaft als Begrenzung der Vorstandsvergütung etabliert.³²³ Faktisch liegt der Mittelwert der DAX-Unternehmen bei einem Verhältnis von 1 zu 50,³²⁴ der auch als Orientierungswert dienen könne.³²⁵ Bei anderen Unternehmen sei ein niedrigerer Wert üblich.³²⁶

Ausnahmsweise darf die Vergütung das Übliche übersteigen, wenn ein besonderer Grund vorliegt. In Betracht kommt die aufgrund der Unternehmenslage notwendige Rekrutierung eines besonders geeigneten und speziell qualifizierten Kandidaten wie ein Restrukturierungsexperte, ein besonderer Branchenkenner oder ein Kandidat mit hervorragenden Kundenkontakten.³²⁷ Auch ein internationaler Wettbewerb um den Kandidaten,³²⁸ Alternativangebote an ihn³²⁹ oder seine bisherige Vergütungshöhe³³⁰ können ein besonderer Grund sein.

³²¹ BT-Drs. 16/12278 S. 5; so auch *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 61; *Fischer* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 137; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 142-144; *Weber* in Hölters AktG, § 87 Rn 22. Der Markt für Führungskräfte ist laut *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 247-249, und *Drygala* in FS Schneider, S. 275, 279, primär national. A.A. wohl: *van Kann/Fischbach* in van Kann Vorstand, Rn 493.

³²² *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 305.

³²³ So auch explizit *Ludwig/Zeising* in B/vR HBFA GesR, Kap 12 Rn 437.

³²⁴ „Studie zur Vergütung der Vorstände in DAX- und MDAX-Unternehmen im Geschäftsjahr 2010“ des DSW, S. 31, 56.

³²⁵ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 256, 258, der allerdings erst einen Wert von 1:100 als kritisch und rechtfertigungsbedürftig ansieht.

³²⁶ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 257.

³²⁷ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 263; *Oltmanns* in Heidel NK-AktR, AktG § 87 Rn 5.

³²⁸ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 263; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 8; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 144; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 120.

³²⁹ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 262; *Cahn* in FS Hopt, S. 431, 435; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen, Rn 165.

³³⁰ *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 263.

ee) Ausrichtung auf nachhaltige Entwicklung

Jedenfalls börsennotierte Gesellschaften müssen die Vergütungsstruktur auf die nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausrichten. Die variablen Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben und für außerordentliche Entwicklungen soll eine Begrenzung vereinbart sein. Diese Voraussetzung statuiert in der Sache nichts Neues, denn Nachhaltigkeit strebt ein gutes, verantwortungsvolles Management im Zweifel ohnehin an. Bestehen die variablen Bezüge innerhalb eines Jahres mindestens zur Hälfte aus langfristigen Vergütungselementen, so wird die Anforderung als erfüllt angesehen.³³¹

c) Empfehlung nach Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK

Der DCGK enthält in Ziffer 4.2.3 Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 eine Empfehlung zur maximalen Höhe der Zahlungszusage aufgrund der change of control-Klausel. Diese beläuft sich auf die dreifache Jahresgesamtvergütung, zusätzlich begrenzt auf die 1,5-fache Vergütung bei regulärer Vertragslaufzeit. Diese doppelte Schranke für die Bemessung der Zahlungszusage soll vor einer Freigiebigkeit³³² des Aufsichtsrats bei Entscheidungen über Sonderzahlungen und Abfindungen schützen.

Eine bindende Konkretisierung des Angemessenheitsgebots bzw. der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats stellt die Empfehlung des DCGK allerdings nicht dar: Die Empfehlungen des DCGK als demokratisch nicht legitimiertes Regelwerk (*soft law*) haben eine limitierte Rechtsqualität und können keine über die gesetzlich geregelten hinausgehenden Organpflichten begründen.³³³ Ihre Beachtung ist freiwillig; sie sind gemäß der Präambel und dem Willen des Gesetzgebers nicht verbindlich.

³³¹ Seyfarth in Liebers FBFA Arbeitsrecht, L Rn 178.

³³² Lutter, BB 2009, 1874, 1874.

³³³ Insoweit besteht Einigkeit, s. Präambel; BT-Drs. 14/8769 S. 21; BGHZ 180, 9, 23 (Rn 26) – Kirch/DB; Bank in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 350; Hüffer, AktG, § 161 Rn 3; Kindler, Compliance, S. 1, 5 f.; Landwehrmann/Fischer zu Cramburg in Heidel NK-AktR, AktG § 93 Rn 68, 69,

Eine Abweichung vom DCGK allein hat keine Rechtsfolgen. Denn solange der Gesetzgeber die Einhaltung der Empfehlungen zur Disposition stellt und die Abweichung ermöglicht, kann ein Verhalten unter Wahrnehmung dieser Möglichkeit nicht pflichtwidrig sein, zumindest nicht aus diesem Grund.³³⁴ Hingegen stellt ein Verstoß gegen die Erklärungs-pflicht³³⁵ nach § 161 AktG (Abgabe-, Wahrheits- und Berichtigungs-pflicht) eine Pflichtverletzung dar.³³⁶ Nicht die Empfehlungen des DCGK, sondern die Erklärung der Organe nach § 161 AktG bindet und begründet die Rechtspflicht zur Beachtung der Empfehlungen, während der DCGK den Pflichteninhalt enthält; er erlangt mittelbar³³⁷ Verbindlichkeit.

DCGK Rn 3; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 271-294, 489 f.; *Lutter* in GS M. Winter, S. 447, 451; *ders.* in FS Huber, S. 871, 872-874; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 63 f.; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 13 Rn 35; *Ringleb/von Werder* in R/K/L/vW DCGK, Rn 20, 43, 51-65, 121; *Runte/Eckert* in B/K HK-AktG, § 161 Rn 53; *Schlitt*, DB 2007, 326, 326; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326, 326; *Schnabel/Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 6 Rn 49; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 4 Rn 126. Abweichend *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26 II3b; *Kort* in FS K.Schmidt, 2009, S. 945, 959 f., 962-964.

³³⁴ *Lutter* in FS Hopt, S. 1025, 1033; *Ringleb* in R/K/L/vW DCGK, Rn 51-65; *Runte/Eckert* in B/K HK-AktG, § 161 Rn 53; *Tödtmann/Schauer*, ZIP 2009, 995, 998; s.a. *Schlitt*, DB 2007, 326, 330.

³³⁵ Comply or explain why not, mit opt out; bestehend aus vergangenheitsbezogener Wissens- und zukunftsbezogener Absichtserklärung, s. BT-Drs. 14/8769 S. 22; BGHZ 180, 9, 19 f. (Rn 19) – Kirch/DB; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 349; *Lutter* in FS Hopt, S. 1025, 1026 f.; *ders.* in FS Huber, S. 871, 876 f. Verpflichtet sind die Organe einer börsennotierten Gesellschaft; denen einer nicht börsennotierten Gesellschaft wird die Einhaltung empfohlen, s. Präambel DCGK. *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 1 Rn 41, und *Thümmel*, Haftung Manager, Rn 20, sprechen von einer Ausstrahlungswirkung. Die Befoligungsquote sei hoch und stabil, so der „Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung“, 2010, S. 15, 46 f., der Corporate Governance Report 2011 von *von Werder/Böhme*, DB 2011, 1285, 1285-1990, und 1345, 1345-1353, und die Analyse von *Kohl/Rapp/Wolff*, AR 2011, 108, 108-110. *Gehling*, ZIP 2011, 1181, 1182 und *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173, 1174 wollen von Befolgung nicht auf Akzeptanz schließen.

³³⁶ *Hüffer*, AktG, § 161 Rn 25; ausführlich *Lutter* in GS M. Winter, S. 447, 448-452; *ders.* in FS Hopt, S. 1025, 1026-1028 f.; *ders.* in R/K/L/vW DCGK, Rn 1620; *ders.* in FS Huber, S. 871, 881; *Tödtmann/Schauer*, ZIP 2009, 995, 999.

³³⁷ *Lutter* in R/K/L/vW DCGK, Rn 1615; *ders.* in FS Huber, S. 871, 872-874.

Die Empfehlungen des DCGK können den Aufsichtsrat nicht von seiner Pflicht zur eigenständigen Prüfung der change of control-Klausel entbinden. Wäre die Höchstgrenze eine verpflichtende Vorgabe, so würden der Entscheidungs- und Handlungsfreiraum des Aufsichtsrats und sein Ermessen unterlaufen.

d) Justiziabilität der Entscheidung des Aufsichtsrats und Haftungsfreiraum

Da es sich bei der Entscheidung des Aufsichtsrats hinsichtlich einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag um eine unternehmerische Entscheidung handelt, wäre der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG³³⁸ eröffnet. Eine vollumfängliche gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung ließe sich durch die Erfüllung aller Voraussetzungen der Business Judgment Rule vermeiden.

3. Ansichten in der Literatur

Die Arbeiten³³⁹ von Bork (**a**)), Cramer (**b**)) und Weiland (**c**)) setzen sich mit change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen ausführlich, wenn auch ohne strafrechtliche Würdigung, auseinander.

a) Ansicht von Bork

Bork untersucht change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen, die neben dem Kontrollwechsel das darauf beruhende Ausscheiden des Vorstandsmitglieds für die Begründung der Zahlungszusage verlangen, und bezeichnet sie als double trigger-Regelungen.³⁴⁰

³³⁸ S. oben ausführlich Kapitel 1.B.II.2.b)cc).

³³⁹ *Bork*, Change of Control-Klauseln, 2009; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, 2009; *Weiland*, Änderungsklauseln, 2011.

³⁴⁰ Im Gegensatz zu single trigger-Klauseln, die allein auf den Kontrollwechsel und nicht auch auf das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds abstellen, so *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 4, 41; ebenso *Dörrwächter/Trafkowski*, NZG 2007, 846, 847; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 291.

Bork differenziert zwischen einem „*autonomen Sonderkündigungsrecht*“, das lediglich einen Kontrollwechsel voraussetzt, und einem „*reaktiven Sonderkündigungsrecht*“, das einen Kontrollwechsel und eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds etwa in Form der kontrollwechselbedingten Beendigung des Organamts verlangt.³⁴¹

Dementsprechend betrachtet er die Elemente (1) und (2) von change of control-Klauseln aufgrund ihrer Wechselwirkung gemeinsam und differenziert anhand der Art des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft.³⁴² Die einvernehmliche Beendigung der Organstellung und des Vorstandsanstellungsvertrags sei allgemein zulässig und diene dem Ausgleich der Interessen der Beteiligten; sie könne daher auch in einer change of control-Klausel vorab geregelt werden. Ein Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft sei in einer change of control-Klausel vereinbar, denn es gehe nicht über die Möglichkeiten des Aufsichtsrats nach § 84 AktG hinaus. Dem Vorstandsmitglied dürfe kein autonomes, sondern nur ein reaktives Sonderkündigungsrecht zukommen; es dürfe also nur unter der weiteren Tatbestandsvoraussetzung der mehr als unerheblichen Beeinträchtigung seiner Stellung den Vorstandsanstellungsvertrag kündigen. Denn unter Vorliegen dieser zweiten Tatbestandsvoraussetzung handele das Vorstandsmitglied lediglich reaktiv, und zwar reagiere es auf eine Sachlage, die in der Verantwortungssphäre der Gesellschaft liege. Hingegen widerspreche ein autonomes Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitglieds, das allein den Kontrollwechsel voraussetze, den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Denn die Entscheidung über den Verbleib oder Weggang des Vorstandsmitglieds läge allein in dessen Hand und die Gesellschaft hätte keine Möglichkeit zur Einflussnahme. Das Vorstandsmitglied könnte ungeachtet einer Beeinträchtigung und sogar gegen den Willen der Gesellschaft gehen. In

³⁴¹ Bork, Change of Control-Klauseln, S. 30 f., 157-163.

³⁴² Bork, Change of Control-Klauseln, S. 154-168, 232.

dieser Situation erfolge kein Interessenausgleich und die Schutzfunktion der change of control-Klausel werde durch ein autonomes Sonderkündigungsrecht ad absurdum geführt. Zudem habe das Vorstandsmitglied kein schutzwürdiges Interesse an einem solchen Sonderkündigungsrecht.

Des Weiteren sei eine Befristung des Sonderkündigungsrechts auf ein Jahr nicht unangemessen, denn etwaige Umstrukturierungen könnten zeitintensiv sein.³⁴³ Einer Kündigungsfrist bedürfe es wegen der Absehbarkeit aufgrund der ex ante Vereinbarung der change of control-Klausel nicht.³⁴⁴

Bork³⁴⁵ erachtet die vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs als zulässig, aber für die Bemessung des Zahlungsvolumens als unvollständig. Das Vorstandsmitglied habe einen legitimen, den allgemeinen Grundsätzen entsprechenden Anspruch auf die Zahlung der – angemessenen – Vergütung aufgrund des Vorstandsanstellungsvertrags. Allerdings müsse das Vergütungsvolumen der Funktion der change of control-Klausel entsprechen. So sei im Fall einer kurzen regulären Restlaufzeit des Vorstandsanstellungsvertrags und einer hohen Wahrscheinlichkeit für die Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds falls kein Kontrollwechsel stattfinde, eine Begrenzung des Zahlungsvolumens auf die Vergütung bei regulärer Vertragsbeendigung nicht zweckdienlich. Ebenso stelle diese Regelung ein Vorstandsmitglied, dessen Anstellungsvertrag noch eine lange reguläre Restlaufzeit habe, besser als ein Vorstandsmitglied, bei dem dies nicht so sei. In dieser Situation wäre die Neutralität zufallsabhängig. Change of control-Klauseln sollten jedoch gerade den Zufall ausschalten. Eine starre Regelung der Zahlungszusage aufgrund der change of control-Klausel entspreche daher nicht deren Zweck. Bork heißt die Empfehlung in Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK aufgrund ihrer sachdienlichen Konzeption und des internationalen Standards gut: Eine Zahlungszusage von bis zu drei Jahresvergütungen sei

³⁴³ Bork, Change of Control-Klauseln, S. 164 f., 232.

³⁴⁴ Bork, Change of Control-Klauseln, S. 33.

³⁴⁵ Bork, Change of Control-Klauseln, S. 188-201, 209, 232 f.

grundsätzlich angemessen, letztlich sei die Bemessung aber eine Einzelfallentscheidung. Auch ein über drei Jahresvergütungen hinausgehendes Zahlungsvolumen könne angemessen sein, und auch ein dahinter zurückbleibendes unangemessen. Bei einer Abweichung von der Empfehlung des DCGK nach oben empfiehlt Bork eine besondere Begründung. Eine Abweichung nach unten könne bei sehr jungen Vorstandsmitgliedern oder bei Vorstandsmitgliedern kurz vor dem Ruhestand angebracht sein.

b) **Ansicht von Cramer**

Cramer untersucht zwei Arten von change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen:³⁴⁶ Die eine setzt für das Sonderkündigungsrecht und die Zahlungszusage lediglich einen Kontrollwechsel voraus; sie wird als single trigger-Regelung bezeichnet. Die andere enthält eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung neben dem Kontrollwechsel; sie wird als double trigger-Regelung bezeichnet.

Nach Cramer³⁴⁷ könnten beide Gestaltungen zur Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen geeignet sein; dies sei einzelfallabhängig. Vorzugswürdig seien jedoch Klauseln mit zwei Tatbestandsvoraussetzungen. Denn sei lediglich der Kontrollwechsel verlangt, so stünde die Ausübung des Sonderkündigungsrechts im Belieben des Vorstandsmitglieds. Zudem brächten diese Klauseln die Gefahr, den Zweck der change of control-Klausel, namentlich die Neutralität des Vorstandsmitglieds und eine Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen zu verfehlen, indem sie einen Anreiz zum Hinarbeiten auf den Kontrollwechsel ungeachtet der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen lieferten. Da sie aber in Einzelfällen notwendig zur Gewinnung eines geeigneten Vorstandskandidaten sein könnten und

³⁴⁶ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 86-88.

³⁴⁷ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 86-88, 235 f.

damit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen entsprechen könnten, lehnt Cramer sie nicht per se ab.

Cramer empfiehlt eine Befristung des Sonderkündigungsrechts und eine Kündigungsfrist.³⁴⁸

Hinsichtlich der Angemessenheit des Volumens der Zahlungszusage aufgrund der change of control-Klausel differenziert Cramer.³⁴⁹ Bei einer change of control-Klausel, die lediglich den Kontrollwechsel als Tatbestandsvoraussetzung für das Sonderkündigungsrecht und die Zahlungszusage enthalte, bilde die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs die Höchstgrenze des Angemessenen. Bei einer change of control-Klausel, die zwei Tatbestandsvoraussetzungen für das Sonderkündigungsrecht und die Zahlungszusage enthalte, sei zusätzlich eine Sonderzahlung in Höhe von maximal einer Jahresvergütung angemessen. Die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs entspreche dem ohnehin bestehenden Anspruch des Vorstandsmitglieds, diene seiner Neutralität und der Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen und könne zur Gewinnung von Vorstandskandidaten nützen. Eine darüber hinaus gehende Sonderzahlung in Höhe einer Jahresvergütung motiviere den Vorstand zur Entscheidungsfindung allein unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen und gleiche kontrollwechselbedingte, berufliche Nachteile des Vorstandsmitglieds aus. Dieser Absicherung bedürfe es nicht für Fälle, in denen das Vorstandsmitglied aufgrund der alleinigen Tatbestandsvoraussetzung des Kontrollwechsels selbst und nach Belieben über seinen Weggang entscheide.

Zudem sei bei dieser Gestaltung eine Abzinsung zwingend vorzunehmen.³⁵⁰

³⁴⁸ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 158 f.

³⁴⁹ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 241-243.

³⁵⁰ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 243.

c) **Ansicht von Weiland**

Weiland untersucht change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen, die neben dem Kontrollwechsel eine zweite Tatbestandsvoraussetzung enthalten, entweder den Verbleib des Vorstandsmitglieds in der Gesellschaft oder sein Ausscheiden, sei es auf Betreiben der Gesellschaft, auf eigene Veranlassung oder beidseitig einvernehmlich. Er bezeichnet sie als double trigger-Regelung.³⁵¹ Vorliegend sind nur diejenigen, die das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft vorsehen, relevant.

Weiland³⁵² differenziert für die Gestaltung der change of control-Klausel zwischen dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds auf Betreiben der Gesellschaft einschließlich des einvernehmlichen Ausscheidens und zwischen dem Ausscheiden auf Veranlassung des Vorstandsmitglieds. Scheide das Vorstandsmitglied auf Betreiben der Gesellschaft oder einvernehmlich aus der Gesellschaft aus, so sei die vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs rechtlich unbedenklich. Sie ermögliche die Aufhebung des Vorstandsanstellungsvertrags, behalte den Schutz des Vorstandsmitglieds aus § 84 Abs. 3 AktG bei und sei interessengerecht. Hingegen sei eine vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs nicht interessengerecht, wenn das Vorstandsmitglied auf eigene Veranlassung ausscheide. Es handele sich um eine Abfindung, die nur zulässig sei, wenn ein sachlicher Grund bestehe. Ausnahmsweise könne dies die nachträgliche Vergütung noch nicht abgegoltener außergewöhnlicher Leistungen des Vorstandsmitglieds sein.

Weder eine Abzinsung noch eine Anrechnung anderweitiger Vergütung sieht Weiland als zwingend an.³⁵³

³⁵¹ Im Gegensatz zu single trigger-Klauseln, die allein den Kontrollwechsel voraussetzen, so *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 15-17.

³⁵² *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 50-55, 65, 76-78, 115-122.

³⁵³ *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 118.

Eine Sonderzahlung über die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs hinaus komme nur im Fall des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds auf Betreiben der Gesellschaft einschließlich des einvernehmlichen Ausscheidens in Betracht. Sie sei nicht interessengerecht und stelle eine Abfindung dar, die nur zulässig sei, wenn ein sachlicher Grund bestehe. Ausnahmsweise könne dies die nachträgliche Vergütung noch nicht abgegotener außergewöhnlicher Leistungen des Vorstandsmitglieds sein. § 84 AktG sei zu bedenken.³⁵⁴

4. Eigene Ansicht

Die Funktion einer change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag besteht in der Sicherung der Neutralität des Vorstandsmitglieds und der Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen in der Situation eines Kontrollwechsels. Die change of control-Klausel fungiert als Neutralitätsvehikel, indem sie ex ante eine Absicherung des Vorstandsmitglieds für die abstrakte Situation eines potentiellen Kontrollwechsels bereitstellt. Dadurch schafft sie zugleich Rechtsklarheit für alle Beteiligten.

Bei ihrer Gestaltung (a) – e)) kommt dem Aufsichtsrat ein Entscheidungs- und Handlungsfreiraum zu. Den Prüfungsmaßstab bilden das Angemessenheitsgebot und, da eine change of control-Klausel mehr als eine bloße Vergütungszusage ist, die Sorgfaltspflicht. Insbesondere ist darauf zu achten, dass die change of control-Klausel situationsabhängig nicht konträr wirkt und der Neutralität des Vorstandsmitglieds und den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen in der Kontrollwechselsituation zuwiderläuft. Sie darf daher dem Vorstandsmitglied weder Fehlanreize zum vorzeitigen Ausscheiden aus der Gesellschaft und zum Hinarbeiten auf einen Kontrollwechsel ungeachtet der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen bieten noch

³⁵⁴ Weiland, Änderungsklauseln, S. 53-55, 76-78, 118, 120.

umgekehrt ein Verhindern des Kontrollwechsels anregen. Die Neutralität darf nicht in ein Interesse an dem Kontrollwechsel bzw. an seiner Verhinderung umschlagen.

a) **Tatbestandsvoraussetzungen und Sonderkündigungsrecht**

Die ersten beiden Elemente, namentlich eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung und die Gestaltung des Sonderkündigungsrechts, stehen in einer Wechselbeziehung zueinander: Ein Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft kommt ihr zu Gute und wahrt daher ihr Wohl und ihre Interessen. Ob ein einseitiges Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft auch mit Blick auf den Grundgedanken des § 622 Abs. 6 BGB rechtlich zulässig ist, kann dahinstehen, da es regelmäßig nicht zielführend wäre. Denn bestimmt die Gesellschaft allein über den Verbleib oder das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds, so ist die ex ante Absicherung des Vorstandsmitglieds limitiert und damit die Funktion der change of control-Klausel als Neutralitätsvehikel reduziert.

Ein einseitiges Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitglieds ist als einseitiges Lösungsrecht von einem Vertrag regelmäßig nicht mit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen vereinbar,³⁵⁵ insbesondere nicht, wenn es lediglich einen Kontrollwechsel voraussetzt. Die Entscheidung über den Verbleib oder das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds stünde allein in dessen Belieben. Das Vorstandsmitglied könnte bereits aufgrund eines bloßen Kontrollwechsels ausscheiden, ohne dass die Ausübung seiner Tätigkeit davon tangiert wäre

³⁵⁵ So auch *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 157-160, 232; *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 292, 293; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86; *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1039; s.a. *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 88; *Korts*, BB 2009, 1876, 1882. A.A. mit Einschränkungen: *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 86-88, 235 f.; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 154 f.

und sogar, wenn die Gesellschaft sich dagegen ausspräche. Sie hätte keinen Einfluss darauf. Ein solches Sonderkündigungsrecht stünde darüber hinaus im Konflikt mit dem Grundsatz, dass der Vorstand seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft ungeachtet der Zusammensetzung des Aktionärskreises zu erfüllen hat.³⁵⁶ Ferner könnte es in Kombination mit der Gestaltung der Zahlungszusage sogar in einem eigenen Interesse des Vorstandsmitglieds an dem Kontrollwechsel und damit in der Aufhebung der Neutralität resultieren. Auch ein schutzwürdiges Interesse des Vorstandsmitglieds an einem solchen Sonderkündigungsrecht ist nicht ersichtlich.³⁵⁷ Ebenso greift das Argument der Gewinnung des Vorstandskandidaten mittels einer mit einem solchen Sonderkündigungsrecht ausgestatteten change of control-Klausel³⁵⁸ nicht durch, denn diese Funktion der Klausel ist eine sekundäre und es existieren wesentlich geeignetere Mittel zur Unterbreitung eines attraktiven Angebots an einen Kandidaten.

Setzt das Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitglieds hingegen zusätzlich zu dem Kontrollwechsel eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds voraus, so ist dies sachgerecht und zielführend.³⁵⁹ Denn dadurch erfasst die change of control-Klausel den Sachverhalt, für den sie konzipiert ist und bei dessen Eintritt sie schützen soll. Die Gesellschaft behält Einfluss auf die Entscheidung über Verbleib oder Ausscheiden des Vorstandsmitglieds. Diese Gestaltung dient dann als Neutralitätsvehikel den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen und schafft ex ante Rechtsklarheit.

³⁵⁶ So auch *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86.

³⁵⁷ So auch *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 157-160, 232.

³⁵⁸ So *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 235 f., 241 f.

³⁵⁹ So auch *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 263; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 156-163, 232; *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 335 mit 339; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 86-88, 235 f.; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86; s.a. *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 88; *Korts*, BB 2009, 1876, 1882.

Der Gefahr, dass es der zweiten Tatbestandsvoraussetzung, einer mehr als unerheblichen Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds, an Klarheit mangelt,³⁶⁰ kann durch ihre klare Definition in der change of control-Klausel begegnet werden. Das funktioniert auch bei der Tatbestandsvoraussetzung des Kontrollwechsels. Zudem ist darauf zu achten, dass ein Zusammenhang zwischen der mehr als unerheblichen Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds und dem Kontrollwechsel verlangt wird – es muss eine kontrollwechselbedingte Beeinträchtigung sein.

Verlangt das Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitglieds neben dem Kontrollwechsel zwingend eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung, empfiehlt es sich, dies auch für das Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft vorzusehen und die Sonderkündigungsrechte deckungsgleich zu gestalten.

Eine Befristung des Sonderkündigungsrechts³⁶¹ erhöht die Rechtsklarheit. Zudem stärkt sie den Zusammenhang zwischen dem Kontrollwechsel, der Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds und der Entscheidung über seinen Verbleib oder sein Ausscheiden. Der Zeitraum ist mit Blick auf die Besonderheiten des Unternehmens zu bemessen. Er sollte weit genug gefasst sein, um übereilten Entscheidungen vorzubeugen. Der vollständige Eintritt aller Veränderungen aufgrund des Kontrollwechsels ist jedoch nicht zwingend abzuwarten, da sich die wesentlichen Veränderungen regelmäßig zu Beginn abzeichnen und eine zeitnahe Entscheidung der Rechtsklarheit dient.

³⁶⁰ *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103, gibt das zu bedenken; s.a. *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 263; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 87.

³⁶¹ *S. Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 340 (ein bis drei Monate); *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 88 f. (drei Monate); *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 495 (max. ein Jahr); *Lindemann* in B/F VHB, Teil 3.B Rn 292, 293.

Die Vereinbarung einer Kündigungsfrist³⁶² ermöglicht die Suche eines Nachfolgers und die geordnete Übergabe der Leitung des Unternehmens und verhindert eine plötzliche Führungslosigkeit. Sollte sich für den konkreten Kontrollwechsel ein solcher Zeitraum als nicht notwendig³⁶³ erweisen, so wäre wohl vergleichsweise unproblematisch ad hoc eine Regelung zu finden.

b) Zahlungszusage

Da das Vorstandsmitglied ohnehin einen vertraglichen Anspruch auf Vergütung hat, gilt die vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs als grundsätzlich zulässig³⁶⁴ und angemessen, sofern die reguläre Vergütung des Vorstandsmitglieds dem Angemessenheitsgebot genügt.

Diese starre Gestaltung der Zahlungszusage kann allerdings in Konflikt geraten mit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen. Denn sie kann dem Vorstandsmitglied den Anreiz zu einem kontrollwechselbedingten Ausscheiden aus der Gesellschaft bieten und es dadurch zu einem Hinwirken auf den Kontrollwechsel ungeachtet des Wohls und der Interessen der Gesellschaft veranlassen. Ebenso könnte sie einen Anreiz zur Verhinderung des Kontrollwechsels ungeachtet der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen bieten.

Beispielsweise die Einbeziehung der Restlaufzeit der Amtsperiode des Vorstandsmitglieds in die Überlegung verdeutlicht dies:³⁶⁵ Eignet sich

³⁶² *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 340; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 88.

³⁶³ So generell *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 33.

³⁶⁴ So *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 264 f.; *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 190, 232 f.; *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 241-244; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 570; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 500; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86; *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 153 (teils); *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 50 f., 65, 118, 120 (teils); *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1040 f., 1047.

³⁶⁵ S.a. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 188-201; *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2104; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 89.

der Kontrollwechsel ein Jahr vor dem Ende der Amtsperiode, so sieht die starre Gestaltung die Zahlung einer Jahresvergütung vor. Wäre das Vorstandsmitglied ohne den Kontrollwechsel wahrscheinlich wiederbestellt worden, so ist es schlechter gestellt. Eignet sich der Kontrollwechsel ein Jahr nach Beginn der Amtsperiode, so sieht die starre Gestaltung die Zahlung von regelmäßig vier Jahresvergütungen vor. Damit wäre das Vorstandsmitglied im Ergebnis besser gestellt und finanziell besser abgesichert. Denn da es nicht mehr als Organmitglied der Gesellschaft tätig ist, entfällt das der Tätigkeit generell innewohnende Risiko der Amtsbeendigung aus anderen Gründen, etwa infolge von Fehlentscheidungen, nebst der Kündigung des Vorstandsanstellungsvertrags aus wichtigem Grund, und die volle Vergütungszahlung wäre abschließend gesichert. Um derartige Interessenkonflikte zu vermeiden, ist die Gestaltung der Zahlungszusage in Relation zu setzen zur Restlaufzeit der Amtsperiode des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt des potentiellen Kontrollwechsels.

Ein weiteres Beispiel zur Verdeutlichung von Fehlanreizen bei der starren Gestaltung der Zahlungszusage zeigt sich anhand der Einbeziehung des Alters des Vorstandsmitglieds in die Überlegung:³⁶⁶ Ein Vorstandsmitglied, bei dem an das reguläre Ende der Amtszeit der Ruhestand anschließt, könnte geneigt sein, diesen Zeitpunkt durch ein kontrollwechselbedingtes Ausscheiden aus der Gesellschaft vorzuziehen. Ein Vorstandsmitglied, bei dem an das reguläre Ende der Amtszeit der Ruhestand nicht unmittelbar anschließt, könnte weniger wechselgeneigt sein und dazu tendieren, die Chancen für seine Wiederbestellung durch das Ausbleiben des Kontrollwechsels zu erhöhen. Folglich ist zur Vermeidung von Fehlanreizen auch das Alter des Vorstandsmitglieds bei der Gestaltung der Zahlungszusage zu berücksichtigen.

³⁶⁶ S.a. *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 188-201; *Kliemt/Tiling*, ArbRB 2006, 86, 89.

Noch deutlicher wird die Gefahr der starren Vergütungszusage anhand eines Vergleichs der Vorstandsmitglieder untereinander. Haben die Vorstandsansetzungsverträge unterschiedliche Restlaufzeiten bzw. sind die Vorstandsmitglieder unterschiedlich weit von dem Ruhestand entfernt, so ist die Neutralität der einzelnen Mitglieder und des Vorstands insgesamt und damit auch die effektive Zusammenarbeit der Mitglieder gefährdet.³⁶⁷ Dies widerspricht den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen.

Schließlich könnte eine starre Gestaltung der Zahlungszusage aufgrund der Höhe der finanziellen Belastung der Gesellschaft sogar die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats zur Bestellung und Abberufung des Vorstandsmitglieds nach § 84 AktG beeinträchtigen.³⁶⁸

Für die Absicherung ex ante und daher zur Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen ist eine flexible Gestaltung der Zahlungszusage vorzunehmen.³⁶⁹ Sie sollte jedenfalls relativ zur Restlaufzeit der Amtsperiode des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt des potentiellen Kontrollwechsels sein, gegebenenfalls das Alter des Vorstandsmitglieds berücksichtigen und sicherheitshalber eine Höchstgrenze³⁷⁰ vorsehen. Die vorausgegangene Überlegung hat gezeigt, dass grundsätzlich bei einer kurzen Restlaufzeit ein Aufschlag auf die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs zweckförderlich ist und bei einer langen Restlaufzeit ein Abzug geboten ist.

³⁶⁷ Daher ist auch eine Gleichbehandlung aller Vorstandsmitglieder mittels einer einheitlichen Abfindungspauschale, wie sie *Stenzel*, *Vorstandsvergütung*, S. 153 f., anführt, abzulehnen.

³⁶⁸ S.a. *Cramer*, *Change of Control-Klauseln*, S. 244 f.; *Kliemt/Tiling*, *ArbRB 2006*, 86, 89; *Küttner* in *FS DAV ArbR*, S. 493, 501; *Weiland*, *Änderungsklauseln*, S. 76-80, 120 (nur bei Sonderzahlung).

³⁶⁹ So auch *Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK*; s.a. *Bork*, *Change of Control-Klauseln*, S. 188-201, 232 f.; *Kliemt/Tiling*, *ArbRB 2006*, 86, 88 f.

³⁷⁰ S.a. *Kort* in *H/W GK-AktG*, § 87 Rn 362.

Ausgehend davon, dass die Entscheidung über die Wiederbestellung nach etwa vier Jahren der regelmäßig fünfjährigen Amtszeit ansteht, bilden zwei Jahre den ungefähren Mittelwert des Zeitraums, in dem sich der abstrakt und ex ante in der change of control-Klausel zu regelnde, potentielle Kontrollwechsel ereignen kann. Eine Zahlungszusage in Höhe von zwei Jahresgesamtvergütungen erscheint daher grundsätzlich angemessen, sowohl bei einem Kontrollwechsel zu Beginn, in der Mitte und am Ende der Amtszeit als Vorstandsmitglied.

c) Zinsabschlag

Ein Zinsabschlag ist regelmäßig sach- und interessengerecht,³⁷¹ denn das Vorstandsmitglied erhält die Vergütungszahlung nicht wie ursprünglich vereinbart gestaffelt. Stattdessen erfolgt aufgrund der change of control-Klausel eine einmalige Gesamtzahlung zum vorgezogenen Zeitpunkt. Eine pauschale Abzinsung ist daher angemessen.

d) Anrechnung anderweitiger Vergütung

Auch die Anrechnung anderweitiger Vergütung ist sach- und interessengerecht.³⁷² Sie entspricht dem Prinzip des Dienstvertragsrechts (§ 615 Satz 2 BGB). Da allerdings die Beteiligten im Sinne der Rechtsklarheit und des Rechtsfriedens die endgültige, sofortige Beendigung des Rechtsverhältnisses anstreben, muss für die Anrechnung eine andere Tätigkeit hypothetisch unterstellt werden. Deshalb empfiehlt sich eine pauschale, anteilige Anrechnung etwaiger anderweitiger Vergütung. Sie ist angemessen und auch praktikabler als eine detaillierte fortlaufende Berechnung. Bei Vorstandsmitgliedern nahe des ruhestandsfähigen Alters kann eine Ausnahme angebracht sein.

³⁷¹ So auch *Cramer*, Change of Control-Klauseln, S. 243 (teils zwingend); *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 153.

³⁷² *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86; *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 570. *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 500, und *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 153, halten den Verzicht darauf für zulässig.

e) Sonderzahlung

Hinsichtlich der zusätzlichen Sonderzahlung über die vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs hinaus bedarf es einer Gegenleistung bzw. eines Nutzens für die Gesellschaft. Die der Neutralitätssicherung dienende ex ante Absicherung des Vorstandsmitglieds ist bereits durch die change of control-Klausel an sich und die Zahlungszusage erreicht. In bestimmten Konstellationen enthält die Zahlungszusage aufgrund der flexiblen Gestaltung sogar bereits eine zusätzliche Sonderzahlung zu diesem Zweck.³⁷³ Wie bereits ausgeführt kann eine Sonderzahlung nicht mit der Leistung des Vorstandsmitglieds in der Kontrollwechselsituation begründet werden.³⁷⁴ Ebenso wenig können berufliche Nachteile des Vorstandsmitglieds zur Begründung herangezogen werden,³⁷⁵ denn dieses Risiko wohnt der Organtätigkeit grundsätzlich inne und ist bereits in die reguläre Vergütung eingepreist. Als Nutzen der Gesellschaft kommen allerdings die vollständige, sofortige, komplikationslose und rechtsstreitfreie Beendigung des Rechtsverhältnisses mit dem Vorstandsmitglied und die entsprechende Rechtsklarheit und der Rechtsfrieden in Betracht. Die Sonderzahlung liefert dem Vorstandsmitglied den Anreiz, der change of control-Klausel und insbesondere einem Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft zuzustimmen. Dieser Nutzen und der Interessenausgleich schlagen allerdings nur in der Situation des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds auf Betreiben der Gesellschaft einschließlich der einvernehmlichen Beendigung durch. Verlässt das Vorstandsmitglied die Gesellschaft auf eigene Veranlassung, entspräche eine Sonderzahlung einer Belohnung dafür, und das kann nicht gewollt sein. Mithin ist eine Sonderzahlung nur bei Beendigung seitens

³⁷³ S. oben b) a.E.

³⁷⁴ S. oben B.I.2.

³⁷⁵ So auch *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1040; s.a. *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 153. A.A.: *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 500.

der Gesellschaft im Gegenzug zur sofortigen, rechtsstreitfreien, endgültigen Beendigung des Rechtsverhältnisses angemessen.³⁷⁶

Ihre Höhe ist einzelfallabhängig zu bestimmen. Den Ausgangspunkt kann eine Jahresgesamtvergütung bilden, anteilig gekürzt auf die Jahre, die das Vorstandsamt tatsächlich ausgeübt wurde.³⁷⁷

C. Untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft

Im Hinblick auf das Strafrecht stellt sich die Frage, ob ein Verstoß des Aufsichtsrats gegen das Angemessenheitsgebot und die Sorgfaltspflicht bei der Gestaltung von change of control-Klauseln zugleich eine untreuestrafrechtliche Pflichtverletzung darstellt. Da der Aufsichtsrat für den Abschluss der Vorstandsanstellungsverträge einschließlich der Vereinbarung von change of control-Klauseln zuständig ist und dabei die Gesellschaft vertritt und rechtsgeschäftlich verpflichtet,³⁷⁸ kommen diesbezüglich Pflichtverletzungen im Sinne des Missbrauchstatbestands³⁷⁹ in Betracht.

³⁷⁶ *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 264 f., befürwortet eine Zahlungszusage in Höhe der Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs ohne Abzinsung, Anrechnung anderweitiger Vergütung und Sonderzahlung. I.E. auch *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 118-122. *Bosse*, HB Vorstandsvergütung, Rn 348, *Dauner-Lieb*, DB 2008, 567, 570 f., und *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 87 Rn 86, befürworten die grundsätzliche Begrenzung der Zahlungszusage auf die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs ohne Sonderzahlung.

³⁷⁷ S.a. *Ziemons* in FS Huber, S. 1035, 1042 f., 1047; ferner *Stenzel*, Vorstandsvergütung, S. 153. *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 500, sieht keine Rechtsgrundlage für eine Begrenzung und plädiert für die Berücksichtigung der individuellen Situation der Vorstandsmitglieder.

³⁷⁸ S. oben A., B.I.1. und 2. Die Vereinbarung einer change of control-Klausel ist rechtsverbindlich; sie ist wirksam, solange sie nicht sittenwidrig nach § 138 BGB ist, so *Bork*, Change of Control-Klauseln, S. 205-208; *Korts*, BB 2009, 1876, 1880; *Küttner* in FS DAV ArbR, S. 493, 498; *Lücke* in H/L/M Arbeitsrecht, § 1 Rn 457; *Seibt* in K.S/L AktG, § 87 Rn 17; *Weiland*, Änderungsklauseln, S. 89-93, 121.

³⁷⁹ Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.I.

Mit Blick auf die Qualität der untreuerelevanten Pflichtverletzung sollen zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung im Sinne des Missbrauchstatbestands die vom Bundesverfassungsgericht³⁸⁰ genannten Kriterien herangezogen werden, die kumulativ erfüllt sein müssen: Evidenz der Pflichtwidrigkeit (**I.**), Freiheit von Wertungswidersprüchen (**II.**) und Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm (**III.**).

I. Evidenz der Pflichtwidrigkeit

Das erste Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung bildet die Evidenz der Pflichtwidrigkeit.³⁸¹

Die Vorgaben zur Gestaltung einer change of control-Klausel, die sowohl dem Angemessenheitsgebot als auch der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats entspricht, sind zahlreich und komplex und stehen zudem in Wechselbeziehung zueinander. Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot bzw. die Sorgfaltspflicht kann sich im konkreten Einzelfall zum einen daraus ergeben, dass die Gestaltung einer change of control-Klausel eine oder mehrere der einzelnen Vorgaben missachtet, und zum anderen aus der Gesamtschau der Klausel und der tatsächlichen Rahmenbedingungen folgen. So erscheinen der Verzicht auf das Element der unerheblichen Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung und die Gestaltung des Sonderkündigungsrechts als zweiseitiges Recht zugunsten des Vorstandsmitglieds als deutlicher pflichtwidrig als etwa eine Gestaltung des Kündigungsrechts als einseitig oder ohne Befristung bzw. Kündigungsfrist. Ebenso erscheint die Vereinbarung einer Sonderzahlung mit Belohnungscharakter und in besonderer

³⁸⁰ BVerfGE 126, 170, 170, 200-212 (LS). Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.II., insb. 3.

³⁸¹ Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.a).

Höhe als deutlicher pflichtwidrig als eine starre Vergütungszusage ungeachtet der Restlaufzeit der Amtsperiode des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt des potentiellen Kontrollwechsels. Auch der Verzicht sowohl auf eine Abzinsung als auch auf eine Anrechnung anderweitiger Vergütung erscheint als deutlicher pflichtwidrig als beispielsweise der Verzicht auf eines der beiden Elemente. Die Gestaltung einer change of control-Klausel unter Missachtung vieler der Vorgaben erscheint auch als deutlicher pflichtwidrig als eine Gestaltung unter Missachtung einer Vorgabe.

Folglich ist nicht jeder Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot und die Sorgfaltspflicht bei der Gestaltung einer change of control-Klausel ein klarer und deutlicher Fall pflichtwidrigen Handelns. Der Grad der Klarheit und Deutlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung variiert. Nicht bei jeder, sondern nur bei einer klaren, deutlichen Verletzung der Gestaltungsvorgaben bzw. des Angemessenheitsgebots und der Sorgfaltspflicht ist der Plusfaktor der Evidenz gegeben.

II. Kein Wertungswiderspruch

Das zweite Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung stellt die Freiheit von Wertungswidersprüchen zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen dar.³⁸²

Solche Wertungswidersprüche sind in der vorliegenden Konstellation nicht ersichtlich. Vielmehr sind die Schutzrichtungen und die Funktionen der Organverantwortung im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht insoweit gleichläufig.³⁸³

III. Vermögensschutz als Zweck der primär verletzten Norm

Das dritte Kriterium zur Konkretisierung und Restriktion des Tatbestandsmerkmals der untreuestrafrechtlichen Pflichtverletzung formt das Erfor-

³⁸² Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.b).

³⁸³ S. oben Kapitel 1.C.II.3.b).

dernis des vermögensschützenden Charakters der primär verletzten Norm. Sie muss, entsprechend dem Schutzzweck des Untreuetatbestands, selbst dem Schutz des Vermögens des Treugebers, vorliegend also dem Schutz des Gesellschaftsvermögens der betroffenen Gesellschaft, dienen.³⁸⁴

Die Vereinbarung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag, die eine der zwingenden Gestaltungsvorgaben nicht erfüllt, stellt eine Verletzung des Angemessenheitsgebots und der Sorgfaltspflicht dar. Das Angemessenheitsgebot dient dem Schutz der Gesellschaft vor einem übermäßigen Abfluss finanzieller Mittel durch exorbitante, nicht leistungsadäquate Vorstandsbezüge und damit unmittelbar dem Schutz des Gesellschaftsvermögens.³⁸⁵ Die Sorgfaltspflicht ist vorliegend konkretisiert zu dem Verbot der Aufnahme inadäquat gestalteter change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträge und damit letztlich zu dem Verbot der Vereinbarung von Verträgen zum Nachteil der Gesellschaft. Mithin dient auch sie dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag sichert die Neutralität des Vorstandsmitglieds und die Entscheidungsfindung unter Wahrung der in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen in der Situation eines Kontrollwechsels (Neutralitätsvehikel), indem sie ex ante eine Absicherung des Vorstandsmitglieds für die abstrakte Situation eines potentiellen Kontrollwechsels bereitstellt. Dadurch schafft sie zugleich Rechtsklarheit für alle Beteiligten.

Change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen sind dem Grunde nach zulässig. Darüber besteht Einigkeit zwischen Legislative, Judikative und den Stimmen in der Literatur. Sind sie von Anfang an im

³⁸⁴ Dazu ausführlich oben Kapitel 1.C.II.3.c).

³⁸⁵ S. oben B.II.2.b)aa).

Vorstandsanstellungsvertrag enthalten, ist dies unbedenklich, hingegen ist bei der nachträglichen Vereinbarung besondere Vorsicht geboten.

Der Aufsichtsrat hat bei der Gestaltung von change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen einen Entscheidungs- und Handlungsfreiraum. Den Prüfungsmaßstab bilden das Angemessenheitsgebot und die Sorgfaltspflicht. Die Justiziabilität der Entscheidung des Aufsichtsrats ist, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule vorliegen, begrenzt.

Die rechtliche Gestaltung von change of control-Klauseln in Vorstandsanstellungsverträgen variiert. Zur Schaffung einer rechtskonformen change of control-Klausel bedarf es einer ausbalancierten Gestaltung. So wahrt regelmäßig nur ein beidseitiges Sonderkündigungsrecht die in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen, und das Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitglieds muss neben dem Kontrollwechsel eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung enthalten. Das empfiehlt sich auch für das Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft. Zudem sind eine Befristung des Kündigungsrechts und eine Kündigungsfrist ratsam.

Die Zahlungszusage darf nicht starr die vollständige Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs vorsehen. Vielmehr muss die Gestaltung flexibel und jedenfalls relativ zur Restlaufzeit der Amtsperiode des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt des potentiellen Kontrollwechsels erfolgen, gegebenenfalls das Alter des Vorstandsmitglieds berücksichtigen und sicherheitshalber eine Höchstgrenze vorsehen. Bei einer kurzen Restlaufzeit ist regelmäßig ein Aufschlag auf die Abgeltung des bei regulärer Vertragslaufzeit bestehenden Vergütungsanspruchs zweckförderlich und bei einer langen Restlaufzeit ein Abzug geboten. Die Zahlungszusage ist einzelfallabhängig zu bestimmen, wobei grundsätzlich zwei Jahresgesamtvergütungen angemessen erscheinen, sowohl bei einem Kontrollwechsel zu Beginn, in der Mitte und zum Ende

der Amtszeit des Vorstandsmitglieds. Ein pauschaler Zinsabschlag und eine pauschale anteilige Anrechnung anderweitiger Vergütung sind grundsätzlich angemessen. Eine Sonderzahlung ist nur bei der Beendigung seitens der Gesellschaft im Gegenzug zur sofortigen, rechtsstreitfreien, endgültigen Beendigung des Rechtsverhältnisses angemessen. Ihre Höhe ist einzelfallabhängig zu bestimmen, wobei sich im Regelfall anbietet, eine Jahresgesamtvergütung zu Grunde zu legen und sie anteilig auf die Jahre, die das Vorstandsmitglied das Amt ausgeübt hat, zu kürzen.

Die Vereinbarung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag, die eine der zwingenden Gestaltungsvorgaben nicht erfüllt, liegt außerhalb der Bandbreite der angemessenen, sorgfältigen Gestaltungen. Sie stellt eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats in Form einer Verletzung des Angemessenheitsgebots und der Sorgfaltspflicht dar.

Die Untreuerrelevanz der Verletzung der identifizierten gesellschaftsrechtlichen Pflicht durch die Vereinbarung einer change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag, die eine der zwingenden Gestaltungsvorgaben nicht erfüllt und damit eine Verletzung des Angemessenheitsgebots bzw. der Sorgfaltspflicht darstellt, ist nur in den Fällen gegeben, die zusätzlich zu den beiden grundsätzlich vorliegenden Plusfaktoren des gesellschaftsvermögensschützenden Charakters der primär verletzten Norm und der Freiheit von Wertungswidersprüchen auch den Plusfaktor der Evidenz der Pflichtwidrigkeit aufweisen.



KAPITEL 4

SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR CORPORATE COMPLIANCE

Regelkonformes Verhalten von Gesellschaften und Mitarbeitern kann nicht nur durch das Mittel der Repression im Wege der Fremdsteuerung durch den Staat als Akteur erreicht werden, sondern auch durch Prävention und im Wege der Selbststeuerung durch die Gesellschaften.³⁸⁶ Das Verhältnis zwischen staatlichen Eingriffen und dem Vorgehen der Gesellschaften ist ungeklärt.³⁸⁷

Um einen Bogen um die Ergebnisse zu den einzelnen Problemkreisen zu spannen, reißt diese Arbeit eine der Rechtsfragen aus dem Themenkomplex Compliance an. Der von der Rechtspraxis geprägte Begriff Compliance bedarf der Klärung und das Konzept bedarf der Einordnung (**A.**), bevor die Frage nach Compliance und Compliance-Systemen³⁸⁸ in Gesellschaften auf der Organebene thematisiert wird (**B.**). Abrundend werden die Ergebnisse der drei Problemkreise mit dem Ziel der Compliance des Verhaltens der betroffenen Organmitglieder in Handlungsempfehlungen für sie (**C.**) übertragen.

A. Grundlagen

Corporate Compliance ist ein Präventionskonzept, das dort ansetzt, wo Rechtsverstöße nicht situativ, sondern systembedingt auftreten. Sie ist ein wesentliches Element der Corporate Governance³⁸⁹ und ein ökonomisches

³⁸⁶ S. Bock, Compliance, S. 771 f.; Campos Nave, Regeltreue, S. 157-166; Pape, Compliance, S. 43-45; Sieber in FS Tiedemann, S. 449, 474-480; Burgi, CCZ 2010, 41, 42-45, auch zu den staatlichen Ansatzpunkten Regelsetzung, Regel-durchsetzung und Sanktion von Regelverstößen.

³⁸⁷ Burgi, CCZ 2010, 41, 44 f.; Hüffer in FS Roth, S. 299, 307; ausführlich Sieber in FS Tiedemann, 2008, S. 449, 459-463.

³⁸⁸ Den Studien Wirtschaftskriminalität und Compliance und Unternehmenskultur, der Martin-Luther-Universität und der PricewaterhouseCoopers AG zufolge berichtet jedes zweite Unternehmen, ein Compliance-System etabliert zu haben, wobei der Anteil unter den großen, international ausgerichteten, börsennotierten Unternehmen erheblich größer ist, S. 40, 42 bzw. S. 12-14. Auch Standards zur Zertifizierung von Compliance-Systemen bestehen, etwa der IDW-Standard Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980).

³⁸⁹ So einheitlich AKEIÜ, DB 2010, 1509, 1510; Bürkle, BB 2007, 1797, 1801; Fleischer, NJW 2009, 2337, 2338; Geiser, Leitungspflichten, S. 9; Hüffer in FS

Konzept zur Prävention rechtlicher und wirtschaftlicher Risiken. Sie ist rechtlich geboten und ökonomisch sinnvoll. Der Begriffsbestimmung (I.) folgt ein kurzer Blick zum einen auf die Funktion von und die Motivation zur Etablierung von Compliance-Systemen (II.) und zum anderen auf die Frage, ob eine Rechtspflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems besteht (III.).

I. Begriffsbestimmung

Zur Erschließung des Terminus Corporate Compliance werden das Konzept (1.), die Regelarten (2.) und die Ebenen von Compliance-Systemen (3.) betrachtet.

1. Corporate Compliance als Gesamtkonzept mit zwei Komponenten

Es existiert weder eine Legaldefinition von Corporate Compliance noch handelt es sich um einen normativen Begriff oder einen präzisierten Forschungsbegriff.³⁹⁰ Die Übersetzung des Begriffs Compliance als Regelbefolgung oder Regelkonformität ist unvollkommen. Eine Begrenzung von Compliance auf das rechtliche Moment griffe zu kurz. Corporate Compliance umfasst – über den Begriffskern besteht in der Sache

Roth, S. 299, 299; *Rotsch* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 1 Kap 4 Rn 3; *Schmidt*, Compliance, S. 19 f.; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 219; *Sigle/Werwigk* in H/S VB GesR, § 17 Rn 11; *J. Winter*, Compliance, S. 7. Compliance gehört in das Gesamtgefüge aus Unternehmensverantwortung, Unternehmensethik, Risikomanagement, Corporate Governance, Corporate Citizenship und Corporate Social Responsibility.

³⁹⁰ Compliance hat ihren Ursprung im anglo-amerikanischen Rechtskreis und ihre Entwicklung ist vom Rechtsverständnis des common law getrieben. Der deutsche Gesetzgeber verwendet den Begriff bloß (§ 33, § 33b, § 34d, § 39 WpHG). Der DCGK bezieht sich darauf (Ziffern 3.4, 4.1.3, 5.2, 5.3.2), ebenso der PCGK (Ziffern 3.1.3, 4.1.2). In der Rechtsprechung und Literatur hat sich noch kein einheitliches Begriffsverständnis herausgebildet. Unlängst wurde Compliance höchstrichterlich thematisiert in BGHSt 54, 44, 49 f. (Rn 26-28); BGHSt 52, 323, 325, 330, 335 f. (Rn 8, 24, 41); s.a. Erwähnung in BVerfGE 126, 170, 177. Zur Compliance-Forschung *Lehmann*, Compliance, S. 43-61.

Einigkeit – zwei Komponenten: Die Einhaltung von unternehmensbezogenen Regeln durch die Gesellschaft selbst, ihre Organe und Mitarbeiter (Legalitätspflicht, Integrität) zum einen und zum anderen ein organisatorisch-strategisches System der Gesellschaft als Akteur zur Sicherstellung dieser umfassenden Regelkonformität.³⁹¹ Dies stellt sich nämlich nicht von selbst ein. Regelmanagement oder „*Sicherung der Legalität*“³⁹² wären probate Äquivalente des Begriffs Compliance.

Die erste Komponente, die Legalitätspflicht, bildet das materiell-rechtliche Substrat der Compliance, während erst die Kombination mit der zweiten Komponente, dem System mit der Gesellschaft als Akteur, Compliance zu einer tatsächlichen Neuerung macht.³⁹³ Angetrieben wurde diese Neuerung durch die zunehmende Regulierung und die Komplexität und Dichte der Vorgaben. Ohne die zweite Komponente wäre Compliance

³⁹¹ AKEIÜ, DB 2010, 1509, 1510; Bock, Compliance-Diskussion, S. 63, 63; ders., wistra 2011, 201, 201; ders., Compliance, S. 21 f., 764, 780 (auch speziell Criminal Compliance); Burgi, CCZ 2010, 41, 41; Campos Nave, Regeltreue, S. 91 f.; Jäger/Rödl/Campos Nave, PHB Compliance, S. 25; Eidam, Unternehmen und Strafe, Rn 1936; Ek, Haftungsrisiken Vorstand Aufsichtsrat, S. 217; Fissenewert in Behringer Compliance, S. 55; Geiser, Leitungspflichten, S. 3; Goette, ZHR 175 (2011), 388, 390 f.; Hauschka in Hauschka Corporate Compliance, § 1 Rn 2; Holzhauser, Compliance, S. 11, 13; Hüffer, AktG, § 76 Rn 9a; ders. in FS Roth, S. 299, 299-303; Kindler, Compliance, S. 1, 1 f., 15; Klindt/Pelz/Theusinger, NJW 2010, 2385, 2385; Kort in FS Hopt, S. 983, 983; Lücke in L/S BMHB Vorstand, § 3 Rn 15, 110, 111; Moosmayer, Compliance, S. 1 f.; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 91 Rn 34; Michalke, StV 2011, 245, 245 f.; Pape, Compliance, S. 22; Pietrek, Compliance, S. 32; Poppe/Rieder/Falge in G/I/B Compliance, Kap 1 Rn 30, Kap 2 Rn 1; Rau, Compliance, S. 21; Rotsch in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 1 Kap 4 Rn 6, 58; ders. in FS Samson, S. 141, 141 f.; ders., ZIS 2010, 614, 617 (speziell Criminal Compliance); Schug, Vorstandshaftung, S. 219; Sieber in FS Tiedemann, S. 449, 451, 479; Sigle/Werwigk in H/S VB GesR, § 17 Rn 9; Strothmeyer, Compliance, S. 19-22; Theile, wistra 2010, 457, 457; Vetter in W/vL Compliance, S. 33; Weber/Hölterers in Hölterers AktG, § 76 Rn 28, § 93 Rn 91; Wellhöfer/Peltzer/Müller, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 4 Rn 162; J. Winter, Compliance, S. 12-14, 43; s.a. Ziffer 4.1.3 DCGK.

³⁹² S. Lutter in FS Hüffer, S. 617, 617.

³⁹³ S. Hüffer in FS Roth, S. 299, 299-303; Klindt/Pelz/Theusinger, NJW 2010, 2385, 2385; Strothmeyer, Compliance, S. 120 f.; A.A. wohl: Liese, BB Beilage 2008/5, 17, 22; s.a. Rotsch in FS Samson, S. 141, 141; ders., ZIS 2010, 614, 614.

nur ein schillernder Begriff für eine altbekannte Selbstverständlichkeit – die Legalitätspflicht.

Theoretisch könnte die zweite Komponente, das System, sämtliche potentiell tangierten Vorgaben und Elemente der ersten Komponente, der Legalitätspflicht, widerspiegeln. Das entspräche allerdings nicht der Funktion der zweiten Komponente: Compliance dient zur Vermeidung regelwidriger und zur Aufrechterhaltung regelkonformer Strukturen. Das System schließt aus, dass die Regelbeachtung vom Zufall abhängt und stellt sicher, dass sie *mit System* geschieht. So werden die systembedingten Risiken für die Regelkonformität der Gesellschaft begrenzt. Das Compliance-System hat systembedingte Risiken als materiell-rechtlichen Bezugspunkt. Ein Fehlverhalten einzelner kann ein Compliance-System kaum verhindern und es ist auch nicht darauf ausgerichtet. Als Abbilder der Zivilgesellschaft sind Gesellschaften bzw. Unternehmen gleichermaßen von Regelverstößen durch Individuen betroffen. Ein Compliance-System versetzt eine Gesellschaft in die Lage, individuelles Fehlverhalten nicht zu einem systembedingten werden zu lassen und das Aufdecken³⁹⁴ solchen Fehlverhaltens zeugt von der Effektivität des Compliance-Systems.

Konsequenterweise fokussiert die zweite Komponente, das System, die systembedingten Risiken der konkreten Gesellschaft und beschränkt sich dadurch auf das Wesentliche. Welche Regelungsbereiche aus der Vielzahl von Themengebieten der ersten Komponente, der Legalitätspflicht, in der zweiten Komponente, dem System, enthalten sein sollen, ist gesellschaftsindividuell zu entscheiden. Eine allgemeingültige, starre Festlegung wäre weder im Wege einer Beschränkung auf ausgewählte

³⁹⁴ Bei der Einführung von Compliance-Systemen kann die Anzahl der (entdeckten) Straftaten zumindest kurzfristig steigen. Dies beruht nicht auf einer absolut steigenden Häufigkeit, sondern erklärt sich mit der Verschiebung von Delikten aus dem Dunkelfeld in das Hellfeld (Kontrollparadoxon); Compliance-Systeme leuchten das Dunkelfeld aus.

Rechtsgebiete noch mittels einer funktionalen Einteilung nach Unternehmensbereichen sachdienlich oder möglich.³⁹⁵ Denn der Risikograd und die Compliance-Relevanz einzelner Bereiche unterscheiden sich von Gesellschaft zu Gesellschaft, abhängig insbesondere von Größe, Struktur, Internationalität, Branche, Unternehmenskultur und Compliance-Historie.³⁹⁶ Der Sache nach soll ein Compliance-System folglich auch rechtsgebiets- bzw. unternehmensbereichsübergreifend funktionieren.

2. Regelarten in der Compliance

Zur Begriffsbestimmung gehört es auch, zu klären, welche Art von Regeln einzuhalten sind: lediglich Gesetzesvorgaben oder auch unternehmenseigene Vorgaben oder Vertragspflichten gegenüber Dritten? Die Antwort auf die Frage, ob Compliance auch die Erfüllung vertraglicher Pflichten umfasst, hängt von dem Inhalt der ersten Komponente, der Legalitätspflicht, ab und ist in der Sache bereits diskutiert und verneint³⁹⁷ worden. Die Legalitätspflicht bildet als zwingender Inhalt der Compliance deren Untergrenze, während die Aufnahme unternehmenseigener Vorgaben,

³⁹⁵ Einzig eine grobe Ordnung nach generell obligatorischen und nach gesellschaftsspezifisch einschlägigen Elementen ist machbar: Zur ersten Gruppe zählen Regeln zur Strukturierung, Führung und Finanzierung der Gesellschaft, zu Steuern und Bilanzen und zur Kriminalitätsprävention (Criminal Compliance) sowie Regeln zu Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und Datenschutz. Die zweite Gruppe beinhaltet beispielsweise Bank- und Finanzwesen, Einkauf und Vertrieb mit Marketing und Produkthaftung, Exportkontrolle und Außenwirtschaft, Wettbewerbsrecht, Börsen und Kapitalmarktrecht, Informationstechnologie, gewerblichen Rechtsschutz, Umweltaspekte und öffentliche Kommunikation.

³⁹⁶ Abhängig davon wird ein Kompilat aus einzelnen Maßnahmen zusammengestellt. Es sei nur so viel gesagt: Erstens bewirkt ein effektives Compliance-System, dass der Mitarbeiter in der konkreten Situation aktiv und positiv entscheidet, im Einklang mit den in dem Unternehmen zusammentreffenden pluralistischen Interessen, mit seinen Kernwerten und mit Recht und Ethik zu agieren und sein Verhalten persönlich verantworten kann. Nicht die Anzahl der Regeln entscheidet, sondern ihre wirksame Implementierung; Adressaten müssen aus Überzeugung agieren. Zweitens funktioniert Compliance nur mit Compliance, sie bedarf selbst der Einhaltung von Regeln.

³⁹⁷ S. oben Kapitel 1.B.II.2.a).

Standards und Ethikregeln optional³⁹⁸ ist und diese die Obergrenze bilden. Compliance wird daher auch als Fortentwicklung des Leitbildes des ehrbaren Kaufmanns gesehen.³⁹⁹

3. Ebenen von Compliance-Systemen

Methodisch setzt Compliance an drei Ebenen an: Prävention samt Beratung, Überwachung bzw. Kontrolle (permanent, periodisch und anlassabhängig) und gegebenenfalls Aufklärung mit Repression – kurz: vorbeugen, erkennen, reagieren.⁴⁰⁰ Compliance Beauftragte bzw. Compliance Abteilungen befassen sich dementsprechend mit der Risikoanalyse,⁴⁰¹ der Organisation des Compliance-Systems, der Regelsetzung bzw. Regelpräzisierung,⁴⁰² der Sensibilisierung für Compliance und dem Compliance-Bekenntnis im Unternehmen⁴⁰³ samt Mitarbeiterschulung und -beratung, sowie der Fallbearbeitung einschließlich turnusmäßiger Berichte an das Leitungs- bzw. Kontrollorgan. Zudem kann ein externer Compliance-Monitor einbezogen werden. Die Erkenntnisse aus der Fallbearbeitung werden zur Aktualisierung und Weiterentwicklung des Compliance-Systems genutzt. Dessen Effektivität bleibt dadurch erhalten und wird nicht überschätzt.

³⁹⁸ *Behringer* in *Behringer Compliance*, S. 52; *Bock*, *Compliance*, S. 20; *Pietrek*, *Compliance*, S. 30; *Poppe* in *G/I/B Compliance*, Kap 1 Rn 3; *Schug*, *Vorstandshaftung*, S. 198-200; *Sieber* in *FS Tiedemann*, S. 449, 454 f.; *Strothmeyer*, *Compliance*, S. 55-58. *Hüffer* in *FS Roth*, S. 299, 302 f., zählt sie nicht dazu.

³⁹⁹ So *Rieder/Falge* in *G/I/B Compliance*, Kap 2 Rn 1; *Ruter/Rosken*, *DB* 2011, 1123, 1125; *Stober*, *NJW* 2010, 1573, 1573-1575.

⁴⁰⁰ Zu Empfehlungen anhand der Perspektive von Wirtschaftsdelinquenten s. *Schuchter*, *Wirtschaftsstrafäter*, S. 208-214.

⁴⁰¹ Dazu *Fischer*, *Compliance und Crime Due Diligence*, S. 103, 107-112.

⁴⁰² Compliance-Kodizes und codes of conduct leisten eine konkrete, allgemeinverständliche und anwenderorientierte Übersetzung und Kommentierung der abstrakt formulierten gesetzlichen Pflichten.

⁴⁰³ S.a. *Schuchter*, *Wirtschaftsstrafäter*, S. 208-214.



Die Kommunikation und Kooperation⁴⁰⁴ zwischen dem Unternehmen, den Mitarbeitern, Dritten und dem Compliance Beauftragten stellen ein wesentliches Element eines effektiven Compliance-Systems dar. Dies verkennt der hin und wieder gemachte Vorhalt, Compliance-Systeme seien eine reine Marketing-Strategie ohne eigene Funktion. Denn nachdrückliche, interne wie externe Kommunikation und ein unmissverständliches Bekenntnis zu dem Bestreben nach Compliance belegen, dass Rechtstreue und die Ablehnung rechtswidrigen Verhaltens gelebt und nach außen getragen werden. Compliance und Heimlichkeit sind unvereinbar. Compliance ist allerdings nicht nur ein Gesamtkonzept und ein Schlagwort für all das zuvor Genannte. Es ist auch eine Erwartungshaltung und ein Bekenntnis: Der Staat und die Zivilgesellschaft erwarten Regeltreue und Integrität von Unternehmen, Unternehmen bekennen sich dazu und erwarten Regeltreue und Integrität von Geschäftspartnern und Mitarbeitern.

II. Funktion von und Motivation zur Etablierung von Compliance-Systemen

Bereits die Begriffsbestimmung zeigt, dass die primäre Funktion⁴⁰⁵ von Compliance in der Vermeidung von Regelbrüchen und der Aufrechterhaltung von Regelkonformität besteht, und zwar sowohl gegenüber dem Unternehmen als auch aus dem Unternehmen heraus gegenüber Dritten. Das Unternehmen kann ebenso Geschädigter wie Verantwortlicher sein und Compliance kommt stets eine Schutzfunktion zu. Das Compliance-System schützt das Unternehmen vor den Konsequenzen von Regelverstößen wie Schäden, Schadensersatzforderungen anderer Geschädigter, Verwaltungsmaßnahmen, straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen

⁴⁰⁴ So auch in der Medizin, der Disziplin, aus der der Begriff Compliance oder Komplianz herrührt; er bezeichnet das kooperative Verhalten des Patienten bei der Behandlung. Corporate Compliance hat ihren Ursprung wohl im Bankwesen.

⁴⁰⁵ Zur Wirksamkeit von Compliance-Systemen *Pape, Compliance*, S. 154-203.

Sanktionen, Reputationseinbußen etc. und dient damit der Risiko-, Folgen-, Haftungs- und Schadensprävention und -reduktion.⁴⁰⁶

Daneben kann ein Compliance-System zur Qualitätssicherung, Prozessoptimierung und Wirtschaftlichkeit beitragen.⁴⁰⁷ Hinzu treten ein Reputationsgewinn und ein Wettbewerbs- und Marketingvorteil⁴⁰⁸ sowie ein positiver Effekt auf die Unternehmensbewertung. Compliance wird zum faktischen Marktvorteil und Non-Compliance wird abgestraft. Compliance ist also nicht nur rechtlich geboten, sondern auch ökonomisch sinnvoll.

Die Nachteile von Compliance-Systemen können, abhängig von der konkreten Ausgestaltung, in einem Mehr an Aufwand, Kosten und Bürokratie bis hin zu einer Hemmung von Unternehmensabläufen, negativen Kosten-Nutzen-Relationen und Einbußen in der Wirtschaftlichkeit bestehen.⁴⁰⁹ Auch eine Zweckentfremdung als kosmetische Maßnahme⁴¹⁰ ist möglich.

Motiviert ist Compliance einerseits negativ durch das Entdeckungsrisiko und die Sanktionsintensität und andererseits positiv durch die aufge-

⁴⁰⁶ Allg. anerkannt, s. *AKEIÜ*, DB 2010, 1509, 1510; *Bock*, Compliance-Diskussion, S. 63, 63-66, 73 f.; *Campos Nave*, Regeltreue, S. 109; *Eckert* in van Kann Vorstand, Rn 725; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 3 f.; *Hauschka* in Hauschka Corporate Compliance, § 1 Rn 24; *Hüffer* in FS Roth, S. 299, 300 f.; *Pietrek*, Compliance, S. 32 f.; *Poppe* in G/I/B Compliance, Kap 1 Rn 57, 60; *Rau*, Compliance, S. 25; *Rotsch* in FS Samson, S. 141, 157-159; *ders.*, ZIS 2010, 614, 615; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 201; *Sieber* in FS Tiedemann, S. 449, 473; *Sigle/Werwigk* in H/S VB GesR, § 17 Rn 10; *Strothmeyer*, Compliance, S. 23-25; *Vetter* in W/vL Compliance, S. 35; *J. Winter*, Compliance, S. 14 f.

⁴⁰⁷ *Pape*, Compliance, S. 215; *Pietrek*, Compliance, S. 34; *Poppe* in G/I/B Compliance, Kap 1 Rn 58, 63; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 203; *Strothmeyer*, Compliance, S. 25 f.

⁴⁰⁸ *Eckert* in van Kann Vorstand, Rn 724, 726; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 256 f.; *Pape*, Compliance, S. 215; *Pietrek*, Compliance, S. 35; *Poppe* in G/I/B Compliance, Kap 1 Rn 65; *Rau*, Compliance, S. 25; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 201-203; *Strothmeyer*, Compliance, S. 27, 237-239; *J. Winter*, Compliance, S. 15.

⁴⁰⁹ S.a. *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2977 f.

⁴¹⁰ S.a. *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2978 f.; *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385, 2385; *Pape*, Compliance, S. 216; *Sieber* in FS Tiedemann, S. 449, 477.

zeigten Vorzüge der Regelkonformität. Optimalerweise funktioniert Compliance als System aus Anreiz und Sanktion: Regelmissachtung wird sanktioniert, Regelbeachtung nicht bloß neutral behandelt, sondern belohnt.⁴¹¹

III. Relative Rechtspflicht zur Etablierung von Compliance-Systemen

Konsequenterweise stellt sich die Frage, ob Unternehmen zur Etablierung eines Compliance-Systems verpflichtet sind – nicht zu verwechseln mit der Frage, ob die Legalitätspflicht besteht. Explizit gesetzlich normiert ist eine allgemeine Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems nicht, weder im Aktiengesetz noch im DCGK⁴¹². Spezialgesetzliche Vorgaben⁴¹³ sind auf sektorspezifische Risiken zugeschnitten und begründen eine sektorspezifische Pflicht, keine allgemeine.

Ob eine allgemeine Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen, präziser aktienrechtlichen Normen⁴¹⁴ und Pflichten zur Leitung, Sorgfalt, Legalität, Organisation, Überwachung und Corporate Governance oder aus der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsvorschrift⁴¹⁵ oder aus einer Gesamtschau bzw. Gesamtanalogie zu den genannten Regeln folgt, ist umstritten. Im Wesentlichen werden zwei Grundpositionen vertreten:

⁴¹¹ Vgl. *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2977 f.; *Rau*, Compliance, S. 217-238; *Sieber* in FS Tiedemann, S. 449, 471-473.

⁴¹² Ziffern 3.4, 4.1.3, 5.2, 5.3.2 DCGK beziehen sich auf Compliance; s. *Ringleb* in R/K/L/vW DCGK, Rn 618.

⁴¹³ § 161 AktG, §§ 309 f. AktG, § 317 HGB, § 33 WpHG, § 33b WpHG, § 34d WpHG, § 25a KWG, § 25c KWG, § 64a VAG, § 12 AGG.

⁴¹⁴ § 76 Abs. 1 AktG, § 91 Abs. 2 AktG, § 93 Abs. 1 AktG, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG.

⁴¹⁵ § 130 OWiG.

Der einen Auffassung zufolge obliegt dem Leitungsorgan die Pflicht zur Errichtung eines Compliance-Systems und bei der konkreten Ausgestaltung besteht Ermessen.⁴¹⁶

Nach der anderen Ansicht ist sowohl die Entscheidung über die Errichtung als auch über die Ausgestaltung eines Compliance-Systems eine unternehmerische und abhängig von den Unternehmensspezifika und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; das Leitungsorgan hat Ermessen und muss den Anforderungen der allgemeinen Sorgfaltspflicht genügen, wobei die Justiziabilität der Entscheidung begrenzt ist, sofern die Voraussetzungen der Business Judgment Rule eingehalten werden.⁴¹⁷ Im

⁴¹⁶ S. *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1798, 1800; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392-400; *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn 75d; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.S/L AktG, § 93 Rn 6; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, S. 94-96, 443-446, 493, 502; *Lücke* in L/S BMHB Vorstand, § 3 Rn 113; *Meier-Greve*, BB 2009, 2555, 2557; *Pietrek*, Compliance, S. 97; *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265, 270; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 141g; *Vetter/Wecker/Galla* in W/vL Compliance, S. 37, 65; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 4 Rn 163; *Wiederholt/Walter*, BB 2011, 968, 969 f., 972; wohl auch *Moosmayer*, Compliance, S. 5 f.; *Schmidt*, Compliance, S. 87, 113, 245 f.

⁴¹⁷ S. *AKEIÜ*, DB 2010, 1509, 1510-1512, 1518; *Bock*, Compliance-Diskussion, S. 63, 73 f.; *Campos Nave*, Regeltreue, S. 97-99; *Dierlamm* in G/I/B Compliance, Kap 6 Rn 109-113; *Eckert* in van Kann Vorstand, Rn 712, 713; *Fleischer* in F/G MK-GmbHG, § 43 Rn 145; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 49-53, 249 f.; *Hauschka* in Hauschka Corporate Compliance, § 1 Rn 23; *Hölters* in Hölters AktG, § 93 Rn 92; *Holzhauser*, Compliance, S. 11, 14-343; *Hüffer* in FS Roth, S. 299, 304 f.; *Kindler*, Compliance, S. 1, 4 f., 7; *Kort* in FS Roth, S. 407, 409, 411 f., 422; *ders.* in FS Hopt, S. 983, 994 f., 1002, missverständlich 984, 991; *Mertens/Cahn* in Z/N KK-AktG, § 91 Rn 34-27, § 93 Rn 80; *Michalke*, StV 2011, 245, 246; *Pape*, Compliance, S. 131-134, 212 f., 217 f., der sich aber für eine Erweiterung des DCGK ausspricht; *Rau*, Compliance, S. 38 f.; *Ringleb* in R/K/L/vW DCGK, Rn 618, 628; *Rotsch* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 1 Kap 4 Rn 18; *Sigle/Werwigk* in H/S VB GesR, § 17 Rn 14, 15; *Strothmeyer*, Compliance, S. 113 f., 270; *Weber* in Hölters AktG, § 76 Rn 29; *J. Winter*, Compliance, S. 44-46; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103, 1105 f., 1125; *Theile*, wistra 2010, 457, 459-461; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199 f.; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn 17.

Einzelfall könne eine Rechtspflicht zur Errichtung eines Compliance-Systems bestehen.⁴¹⁸

Einigkeit besteht darüber, dass das Leitungsorgan zur Leitung, Sorgfalt, Legalität, Organisation, Überwachung und *Corporate Governance* sowie zur Verhinderung von Schädigungen der Gesellschaft und zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen zur Sicherung der Regelkonformität verpflichtet ist und dabei nur zum Teil Ermessen hat. Die aufgrund dieser Pflichten zu ergreifenden Maßnahmen können so umfangreich sein, dass sie in ihrer Gesamtschau ein Compliance-System darstellen. Gleichfalls kann sich das Kompilat der Pflichten faktisch zu einer Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems verdichten.⁴¹⁹ Für eine absolute Rechtspflicht fehlt es an verlässlichen Kriterien zur konkreten Ausgestaltung eines effektiven Compliance-Systems und damit zur Pflichterfüllung.⁴²⁰ Zudem ist der auf Art. 14 GG basierende Grundsatz der Organisationsfreiheit des Unternehmens zu wahren.⁴²¹ Entscheidend ist letztlich die Erfüllung der aufgeführten Einzelpflichten – das Fehlen eines Compliance-Systems allein beeinträchtigt kein Rechtsgut.

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems kann mithin nur eine relative sein, keine absolute.⁴²² Die Relativität ergibt sich daraus, dass die Einrichtung eines umfassenden Compliance-Systems nicht für jedes Unternehmen obligatorisch ist, dass aber jedes Leitungsorgan zwingend, regelmäßig und anhand der Anforderungen der aufgeführten Einzelpflichten zu prüfen hat, ob das Unternehmen faktisch einer konkreten Pflicht zur

⁴¹⁸ S. *AKEIÜ*, DB 2010, 1509, 1511; *Geiser*, Leitungspflichten, S. 50; *Hüffer* in FS Roth, S. 299, 304; *Strothmeyer*, Compliance, S. 270; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103, 1105 f., 1125.

⁴¹⁹ Vgl. *Liese*, BB Beilage 2008/5, 17, 17-22.

⁴²⁰ So auch *Geiser*, Leitungspflichten, S. 249-253, mit Vorschlag eines Regelwerks vergleichbar dem DCGK; s.a. *Kort* in FS Hopt, S. 983, 985.

⁴²¹ *Kindler*, Compliance, S. 1, 4; *Kort* in FS Hopt, S. 983, 985.

⁴²² *Hüffer* in FS Roth, S. 299, 304, spricht von einer relativen oder grundsätzlichen Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems.

Etablierung eines Compliance-Systems unterliegt, und zwar eines unternehmensspezifisch und bedarfsgerecht zu gestaltenden.

B. Compliance-Strukturen auf der Organebene

Mit Blick auf die Compliance der Gesellschaftsorgane stellen sich insbesondere zwei Fragen: Wer überprüft, ob sich die Vorstandsmitglieder compliant, also rechtskonform verhalten? Sind Organmitglieder Teil des Compliance-Systems eines Unternehmens oder setzt es erst eine Organisationsebene darunter an?⁴²³ Nachdem das Dilemma der Ausgangssituation (**I.**) näher erfasst ist, wird dazu ein Lösungsansatz (**II.**) entwickelt.

Die Frage nach Compliance-Strukturen auf der Vorstandsebene und nach der Überprüfung der Compliance des Vorstandshandelns ist weder zu verwechseln mit der Frage nach der Überwachung der Compliance bzw. des Compliance-Systems der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat,⁴²⁴ noch mit der Frage, ob und inwieweit sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats auf Organisationsebenen unterhalb der Organebene erstreckt.

I. Problemaufriss

Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft funktioniert nach dem dualen Modell: Der Vorstand trägt die Leitungsverantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG), und dem Aufsichtsrat obliegt die Überwachung der Leitungstätigkeit des Vorstands (§ 111 Abs. 1 AktG). Beide sind entsprechend ihrer organschaftlichen Legalitätspflicht zu rechtmäßigem Verhalten verpflichtet und damit zur Compliance ihres Verhaltens.

⁴²³ Nicht alle Compliance-Systeme erfassen die Organebene, so die Studie Compliance und Unternehmenskultur der *Martin-Luther-Universität* und der *PricewaterhouseCoopers AG*, S. 19 f.

⁴²⁴ Dazu *Lutter* in FS Hüffer, S. 617, 617-625; *Sünner*, CCZ 2008, 56, 56-59; *Nonnenmacher/Pohle/von Werder*, DB 2009, 1447, 1450 f., und DB 2007, 2412, 2414 f.

Um dem Aufsichtsrat die Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe zu ermöglichen, sind dem Vorstand Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat auferlegt und der Aufsichtsrat hat entsprechende Informationsrechte (§ 90 AktG). Dieses Konzept könnte auf die Überprüfung der Compliance des Vorstandshandelns übertragen werden und so als Compliance-Struktur auf der Vorstandsebene fungieren. Allerdings müsste der Vorstand dann über eigene (potentielle) Rechtsverstöße berichten bzw. Vorstandsmitglieder müssten auf (potentielle) Rechtsverstöße ihrer Gremiumskollegen hinweisen. An der Effektivität und Zuverlässigkeit eines solchen Konzepts können sich Zweifel aufdrängen.

Zusätzlich besteht das Dilemma, das der Bundesgerichtshof in der Entscheidung ARAG/Garmenbeck und der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem UMAG ansprechen:⁴²⁵ Zum einen existiert stets eine Informationsasymmetrie zulasten des Kontrollierenden, also des Aufsichtsrats. Zum anderen ist der Kontrollierende auch Kontrollierter. Dadurch kann es zu Interessenkollisionen kommen, sei es bei kollegialer Verbundenheit oder bei abgeschlossenen Angelegenheiten aus der eigenen Amtszeit, sei es als Leitungs- oder als Überwachungsorgan. Denn ein Vorwurf diesbezüglich geht stets mit dem Eingeständnis der Verletzung der eigenen Leitungs- bzw. Überwachungspflicht einher.⁴²⁶ Das Phänomen wird als „Krähendoktrin“⁴²⁷ und „Beißhemmung innerhalb des old-boys-networks“⁴²⁸ charakterisiert. Die „Rechtsdurchsetzung stellt sich bekanntlich als Achillesferse jeder Innenhaftung dar“⁴²⁹ und das duale Modell wirkt

⁴²⁵ BT-Drs. 15/5092; BGHZ 135, 244, 244-257 – ARAG/Garmenbeck.

⁴²⁶ Goette, Leitlinien, S. 140, 148; Lutter, Haftungsfrage, S. 150, 154, 156; Mertens/Cahn in Z/N KK-AktG, § 93 Rn 6; Patzina in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 1 Rn 9; Seibert, ZRP 2011, 166, 168; Wellhöfer/Peltzer/Müller, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 15 Rn 9 („Akzessorietät der Haftung [des Aufsichtsrats] bei der Überwachung des Vorstands“).

⁴²⁷ Goette, Leitlinien, S. 140, 148.

⁴²⁸ Seibert, ZRP 2011, 166, 168.

⁴²⁹ Thole, ZHR 173 (2009), 504, 507; s.a. Semler in FS Goette, S. 499, 512.

„grotesk“ und „doppelt verfehlt“, wenn die Beteiligten in dieselbe Angelegenheit involviert sind.⁴³⁰ Nichts anderes gilt hinsichtlich der Realisierung einer effektiven Compliance-Struktur auf der Vorstandsebene.

II. Lösungsansatz

Allerdings ließe sich eine effektive Compliance-Struktur auf der Vorstandsebene schaffen (1.), die sowohl dogmatisch anhand des Aktienrechts begründbar wäre (2.), als auch mit den Vorgaben des Aktienrechts und der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft im Einklang stünde (3.). Auf eine effektive Ausgestaltung des Konzepts wäre zu achten (4.).

1. Direkte Berichtslinie zwischen Aufsichtsrat und Compliance Beauftragtem

Eine effektive Compliance-Struktur auf der Vorstandsebene ließe sich schaffen, wenn nicht der Vorstand selbst, sondern eine unabhängige Kontrollinstitution dem Aufsichtsrat über die Compliance des Vorstandsverhaltens berichtet. Diese Aufgabe könnte der Compliance Beauftragte übernehmen. Dazu könnte eine direkte Berichtslinie zwischen dem Compliance Beauftragten und dem Aufsichtsrat etabliert werden. Dem Compliance Beauftragten könnten das Recht gegeben und die Pflicht auferlegt werden, turnusmäßig und anlassabhängig Bericht an den Aufsichtsrat über die Compliance des Vorstandsverhaltens zu erstatten und dem Aufsichtsrat könnte ein entsprechendes Informationsrecht gegenüber dem Compliance Beauftragten eingeräumt werden.⁴³¹

⁴³⁰ Lutter in FS Hopt, S. 1025, 1028 f.; ders., ZIP 2009, 197, 200.

⁴³¹ S.a. Behringer in Behringer Compliance, S. 397; Bürkle in Hauschka Corporate Compliance, § 8 Rn 29, 30; Geiser, Leitungspflichten, S. 210 f.; Kort in FS Roth, S. 407, 419; Raus/Lützelner, CCZ 2012, 96, 99; Schug, Vorstandshaftung, S. 214; vgl. Hopt/Roth in H/W GK-AktG, § 111 Rn 519-521.

2. Dogmatische Begründung

Der Aufsichtsrat kann seine organschaftlichen Pflichten nur erfüllen, wenn er über eine angemessene Informationsgrundlage hinsichtlich der Leitungstätigkeit des Vorstands verfügt. Mit der Auferlegung einer Pflicht zur Erledigung einer Aufgabe geht die Befugnis zur Erledigung dieser Aufgabe einher, einschließlich aller notwendigen vorgelagerten Befugnisse.

So kann der Aufsichtsrat seine Pflicht zur nachträglichen und begleitenden Überwachung der Leitungstätigkeit des Vorstands einschließlich der Rechtmäßigkeit, also Compliance dieser Leitungstätigkeit⁴³² nach § 111 Abs. 1 AktG nur dann erfüllen, wenn er Zugang zu den entsprechenden Informationen über die Leitungstätigkeit hat. Die Pflicht zur Überwachung der Leitungstätigkeit muss einhergehen mit der Befugnis dazu, also mit der Befugnis zur Überwachung der Leitungstätigkeit des Vorstands einschließlich der Rechtmäßigkeit, also der Compliance dieser Leitungstätigkeit.⁴³³

Auch zur Erfüllung seiner Legalitätspflicht ist der Aufsichtsrat auf eine angemessene Informationsgrundlage angewiesen. Seine organschaftliche Legalitätspflicht schließt die Pflicht ein, für die Rechtmäßigkeit, also Compliance des Verhaltens der Gesellschaft und ihrer Organe zu sorgen sowie bei Pflichtverletzungen des Vorstands verhindernd einzugreifen und ihn zu pflichtgemäßem Verhalten anzuhalten.⁴³⁴ Ohne die entsprechenden Informationen darüber wäre auch dies nicht leistbar und auch

⁴³² S. *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1800; *Goette* in GS M.Winter, S. 153, 156; *Kort* in FS Hopt, S. 983, 997; *Lutter* in FS Hüffer, S. 617, 617; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, Rn 72; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 15 Rn 100; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 125 f.

⁴³³ S.a. *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1800; *Raus/Lützelner*, CCZ 2012, 96, 99.

⁴³⁴ BGH NZG 2011, 1271, 1274; *Fissenewert/Lehr* in Behringer Compliance, S. 355; *Goette* in GS M.Winter, S. 153, 156; *Habersack* in G/H MK-AktG, § 116 Rn 33; *Krause*, NStZ 2011, 57, 60 f.; *ders.* in K/S HB Managerhaftung,

diesbezüglich rührt aus der Pflicht die Befugnis zum Erhalt entsprechender Informationen.

Ebenso ist der Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Pflicht zur Geltendmachung etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand⁴³⁵ auf eine angemessene Informationsgrundlage angewiesen. Das Bestehen und die Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs infolge eines Compliance-Verstoßes des Vorstands sowie das Prozessrisiko lassen sich ohne die zugehörigen Informationen nicht prüfen.⁴³⁶

Weniger zur Herleitung der besagten Berichtspflicht eignen sich die aktienrechtlichen Vorgaben betreffend den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats und seine Aufgabenfelder nach § 107 Abs. 3 AktG.⁴³⁷ Denn zum einen ist Compliance überhaupt nicht erwähnt. Zum anderen ist von Systemen die Rede, sodass höchstens das Compliance-System der Gesellschaft darunter zu fassen wäre⁴³⁸ und damit eine andere⁴³⁹ Frage thematisiert würde.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit Blick auf die in Rede stehende direkte Berichtslinie zwischen Compliance Beauftragtem und Aufsichtsrat befürwortend geäußert: Einem garantenpflichtigen Innenrevisionsleiter eines

§ 35 Rn 31; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, Rn 73, 892; *Schilha*, Aufsichtsrats-tätigkeit, S. 210 f., 394; s.a. *Brammsen*, ZIP 2009, 1504, 1510; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103, 1109.

⁴³⁵ Dies ist in Rechtsprechung und Schrifttum grundsätzlich anerkannt, s. BGHZ 135, 244, 244 f., 252-256 (LS) – ARAG/Garmenbeck; *Ek*, Haftungsrisiken Vorstand Aufsichtsrat, S. 198 f.; *Goette* in GS M. Winter, S. 153, 156-161; *Habersack* in G/H MK-AktG, § 111 Rn 35; *Krause*, NSTZ 2011, 57, 62; *Krieger/Sailer-Coceani/Drygala* in K.S/L AktG, § 93 Rn 35, § 116 Rn 10; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 15 Rn 102; *Schmid* in M-G/B HB Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn 123; *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung Vorstand Aufsichtsrat Geschäftsführer, § 2 Rn 72.

⁴³⁶ S.a. *Raus/Lützelner*, CCZ 2012, 96, 99.

⁴³⁷ S.a. Ziffer 5.3.2 DCGK.

⁴³⁸ Dazu *Sünner*, CCZ 2008, 56, 56 f.; *Nonnenmacher/Pohle/von Werder*, DB 2009, 1447, 1450 f., und DB 2007, 2412, 2414 f.

⁴³⁹ S. oben B. Abs. 2.

Unternehmens bzw. einem ohnehin garantenpflichtigen Compliance Beauftragten obliege die Pflicht zur Beanstandung bzw. Abwendung erkannter Rechtsverstöße eines Vorstandsmitglieds, und zwar mittels Bericht an den Vorsitzenden des Vorstands oder des Aufsichtsrats.⁴⁴⁰

3. Erfordernis der Zustimmung des Vorstands

Die Etablierung einer direkten Berichtslinie zwischen dem Compliance Beauftragten und dem Aufsichtsrat und die zugehörigen Berichtspflichten und Berichtsbefugnisse des Compliance Beauftragten bzw. die Informationsrechte des Aufsichtsrats hinsichtlich der Compliance des Vorstandsverhaltens können anhand der aktienrechtlich vorgeschriebenen, organchaftlichen Pflichten und damit einhergehenden Befugnisse des Aufsichtsrats begründet werden. Allerdings ist bei der Ausgestaltung einer solchen direkten Berichtslinie darauf zu achten, dass sie nicht mit den Vorgaben des Aktienrechts und der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft konfligiert. Das Aktienrecht sieht vor, dass der Aufsichtsrat und nicht Dritte die Leitungstätigkeit des Vorstands überwachen und dass der Aufsichtsrat Berichte vom Vorstand erhält und nicht von Dritten.

Da sich an diesem Konzept hinsichtlich der Compliance des Vorstandsverhaltens die dargelegten Bedenken zeigen, ist insoweit eine Modifikation geboten: Die Etablierung der direkten Berichtslinie zwischen dem Compliance Beauftragten und dem Aufsichtsrat mit den zugehörigen Berichtspflichten und Berichtsbefugnissen des Compliance Beauftragten bzw. Informationsrechten des Aufsichtsrats hinsichtlich der Compliance des Vorstandsverhaltens ist zwingend zu binden an die vorherige Zustimmung⁴⁴¹ des Vorstands als primär und originär Berichtspflichtiger und die

⁴⁴⁰ BGHSt 54, 44, 49-52 (Rn 26-31).

⁴⁴¹ Vgl. *Sünner*, CCZ 2008, 56, 59; *Nonnenmacher/Pohle/von Werder*, DB 2009, 1447, 1451, und DB 2007, 2412, 2415.

Berichterstattung hat gegebenenfalls im Beisein des Vorstands zu erfolgen. Dann stünde die Etablierung einer solchen direkten Berichtslinie im Einklang mit den aktienrechtlichen Vorgaben und der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft. Zudem wäre ein solches Compliance-System mit entsprechender Transparenz für die drei Beteiligten, Vorstand, Aufsichtsrat und Compliance Beauftragter, gestaltet.

Mit Blick auf etwaige praktische Probleme im akuten Einzelfall erscheint es sachdienlich, eine solche vorherige Zustimmung des Vorstands losgelöst vom Einzelfall als abstrakt-generelle Zustimmung einzuholen. Des Weiteren erscheint es sachdienlich, zugleich vorab die generelle Zustimmung des Vorstands zur Berichterstattung in seiner Abwesenheit einzuholen, und zwar für den Fall, dass der Vorstand seine Anwesenheit aus welchen Gründen auch immer nicht oder nur zu einem späteren Zeitpunkt einrichten kann.

Der Vorstand könnte sogar zur Erklärung seiner Zustimmung verpflichtet sein, und zwar aufgrund seiner organschaftlichen Treuepflicht. Denn mit der organschaftlichen Pflichtenbindung des Vorstands muss die Möglichkeit des Aufsichtsrats zur Überprüfung der Pflichterfüllung einhergehen.

4. Anmerkungen zur effektiven Ausgestaltung

Bei der Ausgestaltung der direkten Berichtslinie wäre zu erwägen, sofern es angebracht erscheint, für Fälle (potentieller) Rechtsverstöße einzelner Vorstandsmitglieder eine vorrangige Berichtspflicht des Compliance Beauftragten gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden als vorgeschaltete Eskalationsstufe festzulegen und die Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat erst als nachgeordnete Stufe vorzusehen.

Im Sinne der Effektivität des Konzepts ist zudem sicherzustellen, dass der Compliance Beauftragte tatsächlich als unabhängige Kontrollinstitution agieren kann. Dazu sind in seinem Arbeits- bzw. Dienstvertrag idealerweise eine Funktionsbeschreibung und die direkte Pflicht und Befugnis

zum Bericht an den Aufsichtsrat über einschlägige Geschehnisse zu verankern.⁴⁴² Dabei ist den Gefahren vorzubeugen, die aus dem obiter dictum einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs folgen könnten: Es beschreibt die Möglichkeit aus einer nicht untreuestrafrechtlich relevanten Gesetzesnorm durch ihre bloße Wiedergabe in einem Vertrag eine untreuestrafrechtlich relevante Pflicht zu generieren.⁴⁴³

Bedingt durch das Anstellungsverhältnis steht der Compliance Beauftragte in einer Abhängigkeit zur Gesellschaft und bedingt durch sein Tätigkeitsfeld in einer Abhängigkeit zum Vorstand. Um diese Abhängigkeit minimal zu halten, ist sie auf Organisatorisches und Finanzielles zu beschränken. Der Compliance Beauftragte ist ausschließlich auf die Wahrung von Wohl und Interessen des Unternehmens zu verpflichten, er ist hierarchisch abzusichern⁴⁴⁴ und ihm sind Weisungsfreiheit⁴⁴⁵ und Sanktionsschutz zuzusichern. Insbesondere könnte sich der Aufsichtsrat die Zustimmung⁴⁴⁶ zur Einstellung und Entlassung des Compliance Beauftragten vorbehalten (§ 111 Abs. 4 AktG).

⁴⁴² S.a. *Kort* in FS Roth, S. 407, 418 f.; *Raus/Lützelner*, CCZ 2012, 96, 96.

⁴⁴³ BGHSt 56, 203, 211 f. (Rn 26-28): Voraussetzung seien (1) eine selbständige, interne Vertragspflicht (Hauptpflicht) über die Beachtung eines bestimmten Gesetzes, wobei die Aufforderung zu gesetzestreuem Verhalten zu allgemein ist, (2) zwecks Vermeidung von Vermögenseinbußen aufgrund des Verstoßes zulasten des Verpflichtenden, (3) die Kommunikation dessen, (4) ein anzuerkennendes Interesse des Verpflichtenden an der Ausgestaltung als vermögensschützende Hauptpflicht und (5) ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Aufgaben des Verpflichteten und dem zu schützenden Vermögen zur Rechtfertigung der Statuierung strafrechtlicher Pflichten. Dazu *Fischer*, ZStW 113 (2011), 816, 824.

⁴⁴⁴ S. *Bürkle* in Hauschka Corporate Compliance, § 8 Rn 31, 32; *Rau*, Compliance, S. 40; *Raus/Lützelner*, CCZ 2012, 96, 96. Im Konzern könnten Compliance Beauftragte der Tochter- und Enkelgesellschaften unmittelbar an die Muttergesellschaft gebunden sein.

⁴⁴⁵ S. *Bürkle* in Hauschka Corporate Compliance, § 8 Rn 33; *Rau*, Compliance, S. 40.

⁴⁴⁶ Vgl. *Hopt/Roth* in H/W GK-AktG, § 111 Rn 521.

III. Ergebnis

Compliance-Strukturen auf der Vorstandsebene in Form einer direkten Berichtslinie zwischen dem Compliance Beauftragten und dem Aufsichtsrat mit den zugehörigen Berichtspflichten und Berichtsbefugnissen des Compliance Beauftragten bzw. Informationsrechten des Aufsichtsrats hinsichtlich der Compliance des Vorstandsverhaltens sind – sofern angestrebt – aktienrechtlich zulässig, wenn sie an die vorherige, idealerweise abstrakt-generelle Zustimmung des Vorstands als primär und originär Berichtspflichtiger gebunden sind und die Berichterstattung gegebenenfalls im Beisein des Vorstands erfolgt oder der Vorstand der Berichterstattung in seiner Abwesenheit vorher, idealerweise abstrakt-generell, zustimmt.

C. Handlungsempfehlungen für Organe bezüglich der Problemkreise

Die Ergebnisse der Verantwortlichkeitsprüfung der drei Problemkreise werden, auch mit Blick auf ihre praktische Handhabbarkeit, in konkrete, praxistaugliche Kriterien für die Abgrenzung des rechtmäßigen von rechtswidrigem Verhalten und in Regeln für konkrete Entscheidungsszenarien in der Praxis (I., II., III.) übertragen.⁴⁴⁷ Das Haftungsrisiko mag sich nicht ausschalten lassen, aber es lässt sich minimieren.

⁴⁴⁷ Dabei sei darauf hingewiesen, dass die Handlungsempfehlungen aus den Ergebnissen dieser Arbeit abgeleitet sind und dass sie keine allgemeine Verbindlichkeit haben und schon gar nicht die profunde Prüfung des konkreten Sachverhalts ersetzen können. Darüber hinaus befinden sich die Organinnenhaftung und die Organuntreue im Fluss. Für eine nachhaltige Belastbarkeit der Handlungsempfehlungen sind weitere auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170, 170-233) folgende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichtsbarkeit abzuwarten. Die Handlungsempfehlungen dienen der Sensibilisierung für Verantwortlichkeitsrisiken der Organe und als Brückenschlag zwischen der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis. Von allgemeinen Hinweisen zur Haftungsvermeidung wie der Dokumentation des Entscheidungsprozesses etc. wird abgesehen.

I. Empfehlungen für das Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft und für den Erwerber zum Umgang mit Compliance-Verstößen der Zielgesellschaft

Das Ziel des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft besteht in dem Schutz der Gesellschaft vor einer nachträglichen Inanspruchnahme durch den Erwerber der Zielgesellschaft. Lässt sich der Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft nicht rechtzeitig ausräumen, so sollte das Leitungsorgan daher den Erwerber aus eigener Initiative vorvertraglich umfassend über bekannte, existenzgefährdende Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft aufklären. Besteht Unklarheit über das Existenzgefährdungspotential eines Compliance-Verstoßes, so hat das Leitungsorgan regelmäßig zwei Optionen: Entweder das Leitungsorgan klärt über die Unklarheit des Ausmaßes des Compliance-Verstoßes und die Basis seiner Kenntnis auf. Oder das Leitungsorgan untersucht den Compliance-Verstoß selbst, führt gegebenenfalls eine Vendor Compliance Due Diligence⁴⁴⁸ durch und klärt ergebnisabhängig auf oder nicht.

Parallel zur Aufklärung sollte das Leitungsorgan auf eine Regelung im Unternehmenskaufvertrag zum Umgang mit offengelegten Risiken bestehen. Darüber hinaus sollten die Aufklärung und ihr Umfang im Unternehmenskaufvertrag dokumentiert werden, um einer Inanspruchnahme der veräußernden Gesellschaft durch den Erwerber vorzubeugen.

Abgesehen davon sind aus der Sicht der veräußernden Gesellschaft Compliance-Garantien im Unternehmenskaufvertrag zu vermeiden oder zumindest eng und präzise zu fassen. Entsprechende Muster⁴⁴⁹ sind vorhanden.

Die Justiziabilität der Entscheidung des Leitungsorgans hinsichtlich der Aufklärung des Erwerbers über Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft

⁴⁴⁸ Dazu oben Kapitel 1.B.I.4.a) und Kapitel 1.B.II.2.b)bb).

⁴⁴⁹ S. oben Kapitel 2.B.I.Exkurs.

lässt sich, sofern es sich im konkreten Fall um eine unternehmerische Entscheidung handelt, durch die Beachtung der Anforderungen der Business Judgment Rule begrenzen.

Für den Erwerber der Zielgesellschaft hängt der Erfolg des Unternehmenskaufs von der zutreffenden Einschätzung der Zielgesellschaft und ihrer Chancen und Risiken ab. Deshalb sollte er verhindern, unwissentlich Compliance-Risiken „einzukaufen“. Dazu sind die Compliance-Risiken aufzudecken bzw. der Umgang damit im Unternehmenskaufvertrag zugunsten des Erwerbers zu regeln.

Empfehlenswert ist daher die direkte Befragung des Veräußerers und – sofern realisierbar – die Durchführung einer Compliance Due Diligence vor dem Vertragsschluss, entweder als separates Element der Due Diligence oder integriert in deren andere Bereiche. Unter Beachtung des Entscheidungs- und Handlungsfreiraums des Erwerbers sollte die Compliance Due Diligence zum einen zielgesellschaftsspezifische Compliance-Risikobereiche auf wesentliche Compliance-Risiken und Compliance-Verstöße abfragen und zum anderen ein etwaiges Compliance-System der Zielgesellschaft erfassen und prüfen, um die Rechtskonformität der Zielgesellschaft, das Compliance-Risikopotential, den Integrationsaufwand und den Aufwand der Haftungsvermeidung einschätzen zu können.

Gegebenenfalls könnte nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags eine (zweite) Compliance Due Diligence durchgeführt werden, um Verstöße möglichst zeitnah aufzudecken und zu beheben und um Ansprüche gegen den Veräußerer geltend machen zu können.

Aus der Sicht des Erwerbers sind umfangreiche Compliance-Garantien des Verkäufers zu unbekanntem und unaufgeklärtem⁴⁵⁰ Risiken sowie Erklärungen des Managements der Zielgesellschaft⁴⁵¹ dazu oder Garantien

⁴⁵⁰ Allg. *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, S. 349 f.

⁴⁵¹ Dazu allg. *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 752; *Scheuffele*, GmbHR 2010, 965, 965-972; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1093-1102.

über die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vendor Compliance Due Diligence Reports vorzugswürdig. Auch dazu sind Muster⁴⁵² vorhanden.

II. Empfehlungen für das wechselnde Vorstandsmitglied zum Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Gremiumskollegen und für die Gesellschaft

Die inhaltliche Abgrenzung zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Verhalten des wechselnden Vorstandsmitglieds gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft ist eine Gratwanderung. Dies gilt umso mehr als das Szenario kaum planbar ist und sich das Vorstandsmitglied schwerlich absichern kann. Der sichere Weg für das Vorstandsmitglied ist damit ein Verzicht auf jegliche Interaktion mit Mitarbeitern, die in Verbindung mit einem Unternehmenswechsel gesehen werden kann, unter Verweis auf seine Pflichtenbindung gegenüber der Gesellschaft.

Der Zeitpunkt hingegen hat sich als recht zuverlässig bei der Abgrenzung zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Verhalten des wechselnden Vorstandsmitglieds gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft erwiesen. Nach der Beendigung des Organamts ist dem Vorstandsmitglied die Interaktion mit Mitarbeitern erlaubt, solange es seiner Verschwiegenheitspflicht genügt. Will die Gesellschaft dies abwenden, kann sie mit dem Vorstandsmitglied ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot und eine Vertragsstrafe vereinbaren.

Über Abwerbeversuche Dritter und mögliche Unternehmenswechsel der Mitarbeiter sollte das Vorstandsmitglied den Gesamtvorstand informieren, sobald es Kenntnis davon hat.

⁴⁵² S. oben Kapitel 2.B.I.Exkurs.

III. Empfehlungen für den Aufsichtsrat zur Gestaltung der change of control-Klausel im Vorstandsanstellungsvertrag

Auf die Abfassung eines weiteren⁴⁵³ Musters für eine change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag wird verzichtet – es bedarf ohnehin einer für den konkreten Einzelfall maßgeschneiderten Lösung. Stattdessen werden die maßgeblichen Kriterien zur Gestaltung einer rechtskonformen change of control-Klausel zusammengestellt. Sie sollte ein beidseitiges Sonderkündigungsrecht und neben dem Kontrollwechsel eine daraus resultierende und mehr als unerhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Vorstandsmitglieds als zweite Tatbestandsvoraussetzung enthalten. Eine Befristung des Sonderkündigungsrechts und eine Kündigungsfrist sind ratsam. Als Zahlungszusage erscheinen grundsätzlich zwei Jahresgesamtvergütungen angemessen, sowohl bei einem Kontrollwechsel zu Beginn, in der Mitte als auch zum Ende der Amtszeit des Vorstandsmitglieds. Gegebenenfalls ist das Alter des Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen. Ein pauschaler Zinsabschlag und eine pauschale anteilige Anrechnung anderweitiger Vergütung sind grundsätzlich angemessen. Eine Sonderzahlung ist nur bei der Beendigung seitens der Gesellschaft angemessen. Dabei ist für die Höhe im Regelfall eine Jahresgesamtvergütung zu Grunde zu legen und anteilig auf die Jahre, die das Vorstandsmitglied das Amt ausgeübt hat, zu kürzen.

Bei der nachträglichen Vereinbarung einer change of control-Klausel ist besondere Vorsicht geboten.

Die Justiziabilität der Entscheidung des Aufsichtsrats hinsichtlich einer change of control-Klausel in einem Vorstandsanstellungsvertrag lässt sich durch die Beachtung der Voraussetzungen der Business Judgment Rule begrenzen.

⁴⁵³ S. oben Kapitel 3.A.IV.





SCHLUSS

Schluss

Die gesellschaftsrechtlichen und untreuerafrechtlichen Pflichten der Organmitglieder in den drei konkreten Problemkreisen sind identifiziert und die Verantwortlichkeitsprüfung ist abgeschlossen. Damit ist ein kleiner Fleck in der Grauzone von gesellschaftsrechtskonformem über gesellschaftsrechtswidriges bis hin zu untreuerafrechtlich relevantem Verhalten erhellt.

Der intradisziplinäre Ansatz der Arbeit half, Erkenntnisgrenzen zu überwinden, insbesondere mit Blick auf die Differenz zwischen der gesellschaftsrechtlichen und einer untreuerafrechtlichen Pflichtverletzung als Krux des Zusammenspiels gesellschaftsrechtlicher und untreuerafrechtlicher Organverantwortlichkeit.

Das gesetzliche Modell der Organinnenhaftung leistet sowohl die Zuweisung von Raum und Grenzen für unternehmerische Freiheit und unternehmerische Verantwortlichkeit als auch die adäquate Zuordnung von Risiko und Verantwortung. Damit geht die Risikobeherrschbarkeit für alle Beteiligten einher. Letztlich deckt das Modell alle seine Aufgaben ab, das System funktioniert. Eine gesetzliche Verschärfung der Organhaftung ist weder geboten noch im Interesse der aufgezeigten Regelungsbalance oder der Normstabilität. Die Schlagkraft der Normen *de lege lata* ist ausreichend, die Organhaftung ist scharf,⁴⁵⁴ allein ihre praktische Realisierung, also die Normanwendung und -durchsetzung, bedarf der Optimierung.

Zutreffend sind die Vagheit und Unbestimmtheit der Regelungen der Organinnenhaftung: Zu der Unübersichtlichkeit der speziellen Pflichten tritt die generalklauselartige Fassung der allgemeinen Pflichten und Verhaltensmaximen bzw. ihrer Voraussetzungen: Entscheidungs- und Handlungsfreiraum, Sorgfalt, unternehmerisches Ermessen und Business

⁴⁵⁴ So auch BT-Drs. 15/5092 S. 1; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2343; *Goette*, Leitlinien, S. 140, 149; *ders.*, DStR 2009, 51, 56 f.; *Hopt* in H/W GK-AktG, § 93 Rn 14; *Lutter*, Haftungsfrage, S. 150, 150; *ders.* in K/S HB Managerhaftung, § 1 Rn 9, 30; *ders.*, DZWIR 2011, 265, 268; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 14 V1 a.E.; *Schug*, Vorstandshaftung, S. 92; *Seibert*, ZRP 2011, 166, 168; *Semler* in FS *Goette*, S. 499, 500, auch zur Praktikabilität.

Judgment Rule sind vage und unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies wiegt umso schwerer, als sich die Begriffe aufeinander beziehen und einander konkretisieren sollen.

Besondere Achtsamkeit ist hinsichtlich der Organuntreue geboten. Das zur Organinnenhaftung Gesagte trifft im Wesentlichen auch auf die Organuntreue zu: Das Konzept des § 266 StGB, sofern die Norm grundsätzlich wohlwollend, verfassungskonform und als ultima ratio angewandt wird, leistet den Schutz des Rechtsguts Gesellschaftsvermögen und hat eine vielseitige Präventionswirkung – es funktioniert grundsätzlich. Ebenso weist der Wortlaut des § 266 StGB als abstrakt-generell gestaltete Norm eine Vagheit und Unbestimmtheit auf, und zwar in besonders hohem Maß.⁴⁵⁵

Erschwerend tritt hinzu, dass die Gesellschaftsrechtsakzessorietät der Organuntreue eine Überführung der Vagheit und Unbestimmtheit der gesellschaftsrechtlichen Regelungen in den Straftatbestand bewirkt und sich darin eine Potenzierung der Unsicherheit ergibt, die verfassungsrechtlich bedenklich werden kann. Diese Vagheit und Unbestimmtheit ist dem Untreuetatbestand nun einmal „angeboren“ und „kaum vermeidbar“.⁴⁵⁶ Denn ein weit gefasster Handlungs- und Entscheidungsfreiraum erfordert nun einmal eine gewisse Vagheit in seiner rechtlichen Verankerung.⁴⁵⁷ Die abstrakt-generelle Normgestaltung zur Erfassung vielfältiger Lebenssachverhalte birgt generell eine Randunschärfe. Das trifft umso mehr zu,

⁴⁵⁵ Schilling, Veruntreuung, S. 184 f., 253-258, übt umfassend Kritik.

⁴⁵⁶ Bernsmann, GA 2007, 219, 219. Dazu auch Bittmann, ZGR 2009, 931, 955; Bräunig, Untreue, S. 393, 406-408; Jahn, ZIP 2006, 738, 744; Mansdörfer, Wirtschaftsstrafrecht, Rn 348. Seibert, ZRP 2011, 166, 169, sieht sie sogar als „nicht unerwünscht“ an, da ein Straftatbestand „nur dann eine glaubhafte präventive Drohung dar[stellt], wenn man nicht genau weiß, wann er zugreift [... und] man sich [nicht] mit Hilfe ganzer Heerscharen von Beratern einrichten [kann]. Nur die Unsicherheit zwingt zur Vorsicht und fließt in die Risikoabwägung der Akteure ein.“

⁴⁵⁷ S. Lohse, Unternehmerisches Ermessen, S. 6 f., 37, 497; s.a. BVerfGE 126, 170, 195 f.; Kindler in FS Goette, S. 231, 238.

Schluss

wenn die Erfassung eines Freiraums statt nur einer einzelnen Freiheit beabsichtigt ist. Die Vagheit und Unbestimmtheit sind den Regelungen der Organinnenhaftung und der Organuntreue immanent und letztlich sachnotwendig und sachgerecht. Alles andere ginge an der Rechtswirklichkeit vorbei.

Daher kann eine sachgerechte Konkretisierung und Ausdifferenzierung kaum von der Legislative verlangt werden bzw. gewollt sein. Dies obliegt vielmehr der Rechtsprechung: Für sie statuiert das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) den Auftrag, „*Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot)*“, insbesondere bei Tatbeständen, die durch Generalklauseln weit und unscharf gefasst sind.⁴⁵⁸

Letztlich besteht die Aufgabe nicht in der Zeichnung eines Mängelprofils der Normen begleitet von Lamenti. Angesichts der zugrunde liegenden, letztlich auch ökonomischen Notwendigkeit der Normgestaltung dieser Art und der Akzessorietät geht es vielmehr um die Annahme einer Herausforderung, namentlich die rechtsstaatliche, verfassungskonforme, rechtsgut- und freiheitsschützende Handhabung des Untreuetatbestands.

Das Recht und das Leistungsvermögen eines Rechtssystems werden „*immer wieder [...] auf die Grenzen ihrer Möglichkeiten stoßen. Sie ergeben nur eine unfertige Ordnung, die sich in der Auslegung und Anwendung entwickelt und vervollständigt, ohne je ‚fertig‘ zu werden. Sie bilden auch kein selbstgenügsames, in sich geschlossenes System. Vielmehr zehren sie vom guten Willen und vom Ethos derer, an die sie sich richten.*“⁴⁵⁹

So ist auch die zukünftige Entwicklung der Organinnenhaftung und der Organuntreue kritisch zu begleiten. Die Vagheit ist beiden inhärent und

⁴⁵⁸ BVerfGE 126, 170, 171, 198 f. (LS); s.a. *Kuhlen*, JR 2011, 246, 248-250.

⁴⁵⁹ *Isensee*, Recht als Grenze, S. 8.

die Differenz zwischen beiden ist entsprechend der strafrechtsbegrenzenden Prinzipien, der Rechtssicherheit und der rechtsstaatlichen Freiheit zu schützen und zu stärken. Diese Gebote gelten umso mehr vor dem Hintergrund bevorstehender Entwicklungen der Rechtsprechung infolge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts⁴⁶⁰ und der Forderung der Justizministerkonferenz⁴⁶¹ nach der Strafbarkeit allein der vorsätzlichen Verletzung kaufmännischer Sorgfaltspflichten.

⁴⁶⁰ BVerfGE 126, 170, 170-233.

⁴⁶¹ Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 9.11.2011, II. 2: Gesetzliche Maßnahmen zur Stärkung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (abrufbar unter <http://www.justiz.de/justizministerkonferenz/index.php>).



LITERATURVERZEICHNIS

Publikationen sind im Fußnotenapparat meist mit aus den vollständigen Titeln gebildeten Kurztiteln zitiert. Statistiken und Studien sind mit ausführlichen Angaben in den jeweiligen Fußnoten zitiert und nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen. Eine Fußnote am Ende eines Absatzes bezieht sich regelmäßig auf den gesamten Absatz; sie bezieht sich allein auf den letzten Satz des Absatzes, wenn der vorletzte Satz auch mit einer Fußnote schließt.

Achenbach, Hans (Hrsg.) / Ransiek, Andreas (Hrsg.)

Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2012.

Adick, Markus

Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment. Die strafrechtliche Bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln, Frankfurt am Main u.a. 2010.

Balthasar, Stephan / Hamelmann, Uwe

Finanzkrise und Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG: Grenzen der Justiziabilität unternehmerischer Entscheidungen, WM 2010, S. 589-594.

Bartl, Harald / Bartl, Angela / Fichtelmann, Helmar / Koch, Detlef / Schlarb, Eberhard

GmbH-Recht. Heidelberger Kommentar, 6. Auflage, Heidelberg 2009.

Bauer, Jobst-Hubertus / Lingemann, Stefan / Diller, Martin / Haußmann, Katrin

Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage, Köln 2011.

Bauer, Jobst-Hubertus / Medem, Andreas von

Rechtliche und taktische Hinweise zu Wettbewerbsverboten mit Vorständen und Geschäftsführern, GWR 2011, S. 435-438.

Bauer, Jobst-Hubertus / Arnold, Christian

Vorstandsverträge im Kreuzfeuer der Kritik – Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung, von Change-in-Control-Klauseln und der Drittvergütung von Vorstandsmitgliedern unter Berücksichtigung der verschärften Publizitätspflichten – , DB 2006, S. 260-266.

Bauer, Jobst-Hubertus / Diller, Martin

Wettbewerbsverbote. Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 6. Auflage, München 2012.

Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred

GmbHG. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar, 19. Auflage, München 2010.

Baums, Theodor

Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht, ZGR 2011, S. 218-274.

Baums, Theodor

Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder, in: Baums, Theodor (Hrsg.) et al., Festschrift für Ulrich Huber, Tübingen 2006, S. 657-675.

Behringer, Stefan

Compliance kompakt. Best Practice im Compliance Management, 2. Auflage, Berlin 2011.

Beisel, Daniel (Hrsg.) / Friedhold, Andreas (Hrsg.)

Beck'sches Mandats-Handbuch Due Diligence, 2. Auflage, München 2010.

Beisel, Wilhelm / Klumpp, Hans-Hermann

Der Unternehmenskauf. Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 6. Auflage, München 2009.

Benz, Jochen / Klindt, Thomas

Compliance 2020 – ein Blick in die Zukunft, BB 2010, S. 2977-2980.

Berens, Wolfgang (Hrsg.) / Brauner, Hans (Hrsg.) / Strauch, Joachim (Hrsg.)

Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 6. Auflage, Stuttgart 2011.

Bernsmann, Klaus

Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB, GA 2007, S. 219-237.

Bernsmann, Klaus

Untreue und Korruption – der BGH auf Abwegen, GA 2009, S. 296-313.

Bittmann, Folker

Risikogeschäft – Untreue – Bankenkrise, NSTZ 2011, S. 361-369.

Bittmann, Folker

Strafrecht und Gesellschaftsrecht, ZGR 2009, S. 931-980.

Bock, Dennis

Criminal Compliance, Baden-Baden, 2011.

Bock, Dennis

Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit. Zur Legitimation eines neuen wirtschaftsregulierenden Rechtsgebiets, wistra 2011, S. 201-206.

Bock, Dennis

Stand der strafrechtswissenschaftlichen Compliance-Diskussion in Deutschland, in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, Baden-Baden 2012, S. 63-76.

Bockemühl, Jan (Hrsg.)

Handbuch des Fachanwalts. Strafrecht, 5. Auflage, Köln 2012.

Bork, Björn

Change of Control-Klauseln in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern, Köln 2009.



Borsdorff, Roland

Interessenkonflikte bei Organmitgliedern. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht, Frankfurt am Main u.a. 2009.

Bosch, Nikolaus / Lange, Knut Werner

Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, S. 225-237.

Bosse, Christian

Handbuch Vorstandsvergütung. Eine Praxishilfe mit Checklisten und Mustern, Köln 2010.

Böttger, Marcus (Hrsg.)

Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Münster 2011.

Brammsen, Jörg

Aufsichtsratsuntreue, ZIP 2009, S. 1504-1511.

Brammsen, Jörg

Vorstandsuntreue. Aktienrechtliche Unternehmensführung auf dem Prüfstand des § 266 StGB, wistra 2009, S. 85-91.

Brand, Christian / Sperling, Christian

Legalitätsverstöße in der Aktiengesellschaft als untreuerelevante Pflichtverletzung?, AG 2011, S. 233-244.

Bräunig, Alexander

Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts, Berlin 2011.

Bross, Nikolaus (Hrsg.) / Flohr, Eckhard (Hrsg.)

Vertragshandbuch. Geschäftsführer – Vorstand – Aufsichtsrat. Rechtliche Darstellung – Vertragsmuster – Satzungsklauseln, Münster 2011.

Brüning, Janique / Samson, Erich

Bankenkrise und strafrechtliche Haftung wegen Untreue gem. § 266 StGB, ZIP 2009, S. 1089-1094.

- Büchel, Helmut (Hrsg.) / Rechenberg, Wolf-Georg von (Hrsg.)
Handbuch des Fachanwalts. Handels- und Gesellschaftsrecht,
2. Auflage, Köln 2011.
- Bürgers, Tobias (Hrsg.) / Körber, Torsten (Hrsg.)
Aktiengesetz. Heidelberger Kommentar, 2. Auflage, Heidel-
berg 2011.
- Burgi, Martin
Compliance im Staat – Staat und Compliance, CCZ 2010,
S. 41-45.
- Bürkle, Jürgen
Corporate Compliance als Standard guter Unternehmensfüh-
rung des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2007,
S. 1797-1801.
- Cahn, Andreas
Vorstandsvergütung als Gegenstand rechtlicher Regelung,
in: Grundmann, Stefan (Hrsg.) et al., Unternehmen, Markt und
Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin u.a. 2010,
S. 431-455.
- Campos Nave, Susana
Rechtsstaatliche Regeltreue? Corporate Compliance als zwin-
gende Antwort des freiheitsliebenden Unternehmens im
Wirtschaftsstrafrecht, Frankfurt am Main 2012.
- Cappel, Alexander
Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestraf-
recht. Das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als
Beispiele eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts, Frankfurt
am Main 2009.
- Corsten, Johannes
Pflichtverletzung und Vermögensnachteil bei der Untreue,
wistra 2010, S. 206-210.
- Cramer, Carsten
Change-of-control-Klauseln im deutschen Unternehmensrecht,
Baden-Baden 2009.

Dauner-Lieb, Barbara

Change of Control-Klauseln nach Mannesmann, DB 2008,
S. 567-571.

Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.) / Heidel, Thomas (Hrsg.) / Ring, Gerhard
(Hrsg.)

Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch.

Band 1 Allgemeiner Teil. §§ 1-240, EGBGB, 2. Auflage,
Baden-Baden 2012;

Band 2/1 Schuldrecht §§ 241-610, 2. Auflage, Baden-Baden
2012.

Deiters, Mark

Untreue und Finanzmarktkrise, in: Kempf, Eberhard (Hrsg.)
et al., Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Mo-
ral, Berlin 2010, S. 132-140.

Dittrich, Elisabeth

Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der
Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen. Zugleich ein
Beitrag zur rechtlichen Behandlung von Vorstandsvergütungen
in deutschen Aktiengesellschaften, Berlin 2007.

Dölling, Dieter (Hrsg.) / Duttge, Gunnar (Hrsg.) / Rössner, Dieter (Hrsg.)

Gesamtes Strafrecht. StGB – StPO – Nebengesetze. Handkom-
mentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2011.

Dörrwächter, Jan / Trafkowski, Armin

Anmerkungen zum Abfindungs-Cap in Nummer 4.2.3 n.F. des
Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2007, S. 846-
851.

Drescher, Ingo

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 6. Auflage, Köln
2009.

Drygala, Tim

Die neue Pflicht des Vorstands zur Bescheidenheit, in: Bur-
gard, Ulrich (Hrsg.) et al., Festschrift für Uwe H. Schneider,
Köln 2011, S. 275-293.

Eidam, Gerd

Unternehmen und Strafe. Vorsorge- und Krisenmanagement,
3. Auflage, Köln u.a. 2008.

Ek, Ralf

Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, 2. Auflage,
München 2010.

Ek, Ralf

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, München 2011.

Fischer, Daniel

Compliance und Crime Due Diligence, in: Holzhauser, Guido
(Hrsg.) et al., Interdisziplinäre Aspekte von Compliance,
Baden-Baden 2011, S. 103-114.

Fischer, Thomas

Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel
der Untreue – Finanzkrise und Strafrecht, ZStW 123 (2011),
S. 816-826.

Fischer, Thomas

Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar, 59. Auflage,
München 2012.

Fleischer, Holger

Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009,
S. 2337-2343.

Fleischer, Holger

Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers
und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, S. 521-
527.

Fleischer, Holger (Hrsg.)

Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.

Fleischer, Holger (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaf-
ten mit beschränkter Haftung. GmbHG.

Band 2 §§ 35-52, München 2012.

Flick, Martin

Die Garantie beim Unternehmenskauf, Berlin 2007.

Florstedt, Tim

Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, AG 2010, S. 315-323.

Freund, Stefan

Konturierungen der Organpflichten von Geschäftsführern und Vorständen, GmbHR 2011, S. 238-243.

Gehling, Christian

Diskussionsbericht zu „Deutscher Corporate Governance Kodex – Eine kritische Bestandsaufnahme“, ZIP 2011, S. 1181-1182.

Geiser, Martina

Leitungspflichten des Vorstandes in der AG. Grenzziehung zwischen der Business Judgment Rule und den notwendigen Anforderungen an eine Compliance-Organisation, Hamburg 2010.

Goette, Wulf

„Zur ARAG/Garmenbeck-Doktrin“, in: Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.) et al., Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 153-166.

Goette, Wulf

Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), S. 388-400.

Goette, Wulf

Leitlinien der Managerhaftung aus Sicht höchstrichterlicher Rechtsprechung, in: Köster, Thomas (Hrsg.), Das Unternehmerbild in der sozialen Marktwirtschaft und die Managerhaftung. Unternehmer-Verantwortung nach den Ergebnissen des 1. und 2. Röpke-Symposiums, Düsseldorf 2009, S. 140-149.

Goette, Wulf

Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DStR 2009, S. 51-57.

- Goette, Wulf (Hrsg.) / Habersack, Mathias (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz.
Band 2 §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 3. Auflage, München
2008.
- Görling, Helmut (Hrsg.) / Inderst, Cornelia (Hrsg.) / Bannenberg, Britta
(Hrsg.)
Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche, Heidel-
berg u.a. 2010.
- Graf, Jürgen / Jäger, Markus / Wittig, Petra
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2011.
- Grattenthaler, Tino
Die Vergütung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesell-
schaften. Eine grundlegende Betrachtung mit ausgesuchten
Schwerpunkten aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Frankfurt
am Main u.a. 2007.
- Haas, Hermann / Ohlendorf, Bernd
Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds der Aktiengesell-
schaft, 2. Auflage, München 2010.
- Haas, Ulrich / Müller, Henning
Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Zusammen-
hang mit Unternehmens(ver)käufen, GmbHR 2004, S. 1169-
1180.
- Habersack, Mathias
Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Burgard,
Ulrich (Hrsg.) et al., Festschrift für Uwe H. Schneider, Köln
2011, S. 429-441.
- Habersack, Mathias
Managerhaftung, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Managerhaftung.
Karlsruher Forum 2009, Karlsruhe 2010, S. 5-40.
- Hamann, Hartmut / Sigle, Axel
Vertragsbuch Gesellschaftsrecht. Gestaltung, Finanzierung,
Internationalisierung, Mergers & Acquisitions und Nachfolge.
Handbuch, 2. Auflage, München 2012.



Hamm, Rainer

Begrenzung des Wirtschaftsstrafrechts durch die Grundsätze der ultima ratio, der Bestimmtheit der Tatbestände, des Schuldgrundsatzes, der Akzessorietät und der Subsidiarität, in: Kempf, Eberhard (Hrsg.) et al., Die Handlungsfreiheit des Unternehmers. Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, Berlin 2009, S. 44-52.

Harzenetter, Tobias

Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen. Illegales Verhalten von Vorstandsmitgliedern in der Absicht, das Unternehmenswohl zu fördern, und die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG, Hamburg 2008.

Hassemer, Winfried

Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts, wistra 2009, S. 169-174.

Hassemer, Winfried

Warum Strafe sein muss, Berlin 2009.

Hauschka, Christoph

Ermessensentscheidungen bei der Unternehmensführung, GmbHR 2007, S. 11-16.

Hauschka, Christoph

Corporate Compliance – Unternehmensorganisatorische Ansätze zur Erfüllung der Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern, AG 2004, S. 461-480.

Hauschka, Christoph (Hrsg.)

Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Auflage, München 2010.

Heidel, Thomas (Hrsg.)

Nomos-Kommentar Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2011.

Heidenhain, Martin (Hrsg.) / Meister, Burkhardt (Hrsg.)

Münchener Vertragshandbuch.

Band 1 Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, München 2011.

- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.)
Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2010.
- Henn, Günter (Hrsg.) / Frodermann, Jürgen (Hrsg.) / Jannott, Dirk (Hrsg.)
Handbuch des Aktienrechts, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2009.
- Henssler, Martin
Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung beim Unternehmenskauf, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.) et al., Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin u.a. 2010, S. 113-139.
- Heybrock, Hasso (Hrsg.)
Praxiskommentar zum GmbH-Recht, 2. Auflage, Münster 2010.
- Hitzler, Burkard
Loyalitätskonflikte bei Arbeitnehmern und GmbH-Fremdgeschäftsführern, Baden-Baden 2006.
- Hoffmann, Dietrich / Liebs, Rüdiger
Der GmbH-Geschäftsführer. Handbuch für die Praxis des Unternehmers und Managers, 3. Auflage, München 2009.
- Hoffmann, Maike
Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern, Baden-Baden 2010.
- Hoffmann-Becking, Michael
Zehn kritische Thesen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, ZIP 2011, S. 1173–1176.
- Hoffmann-Becking, Michael
Abfindungsleistungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder, ZIP 2007, S. 2101-2110.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts.
Band 4 Aktiengesellschaft, 3. Auflage, München 2007.

Hohn, Kristian

„Freie“ und „unfreie“ Verfügungen über das Vermögen,
in: Bernsmann, Klaus (Hrsg.) et al., Festschrift für Ruth
Rissing-van Saan, Berlin u.a. 2011, S. 259-274.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.)

Aktiengesetz. Kommentar, München 2011.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.)

Handbuch Unternehmenskauf, 7. Auflage, Köln 2010.

Holzapfel, Hans-Joachim / Pöllath, Reinhard

Unternehmenskauf in Recht und Praxis. Rechtliche und steuerliche Aspekte, 14. Auflage, Köln 2010.

Holzhauser, Guido

Must have or nice to have – Gesellschafts- und kapitalmarkt-rechtliche Grundlagen von Compliance, in: Holzhauser, Guido (Hrsg.) et al., Interdisziplinäre Aspekte von Compliance, Baden-Baden 2011, S. 11-38.

Honsell, Heinrich

Die Strafbarkeit der Untreue, in: Altmeppen, Holger (Hrsg.) et al., Festschrift für Günter H. Roth, München 2011, S. 277-285.

Hopt, Klaus (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.)

Aktiengesetz. Großkommentar.

Band 3 §§ 76-94, 4. Auflage, Berlin 2009;

Band 4 §§ 95-117, 4. Auflage, Berlin 2006.

Hörnle, Tatjana

Straftheorien, Tübingen 2011.

Hübner, Rudolf

Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf,
BB 2010, S. 1483-1489.

Hüffer, Uwe

Aktiengesetz, 10. Auflage, München 2012.

Hüffer, Uwe

Compliance im Innen- und Außenrecht der Unternehmen, in: Altmeyden, Holger (Hrsg.) et al., Festschrift für Günter H. Roth, München 2011, S. 299-307.

Hüffer, Uwe

Mannesmann/Vodafone: Präsidiumsbeschlüsse des Aufsichtsrats für die Gewährung von „Appreciation Awards“ an Vorstandsmitglieder. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Deutschen Bank AG, BB-Beilage 2003, S. 1-38.

Hülsberg, Frank

Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben. Haftungsvermeidung für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte, Köln 2010.

Hümmerich, Klaus (Hrsg.) / Lücke, Oliver (Hrsg.) / Mauer, Reinhold (Hrsg.)

Arbeitsrecht. Vertragsgestaltung, Prozessführung, Personalarbeit, Betriebsvereinbarungen, 7. Auflage, Baden-Baden 2011.

Hümmerich, Klaus (Hrsg.) / Reufels, Martin (Hrsg.)

Gestaltung von Arbeitsverträgen. Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Auflage, Baden-Baden 2011.

Insam, Alexander

Eingriffe Dritter in das Arbeitsverhältnis. Mobbing, Druckkündigung und Headhunting, Berlin 2004.

Isensee, Josef

Recht als Grenze – Grenzen des Rechts, Bonn 2009.

Jäger, Axel / Rödl, Christian / Campos Nave, José

Praxishandbuch Corporate Compliance. Grundlagen – Checklisten – Implementierung, Weinheim 2009.

Jäger, Christian

Untreue durch Auslösung von Schadensersatzpflichten und Sanktionen, in: Dannecker, Gerhard (Hrsg.) et al., Festschrift für Harro Otto, Köln 2007, S. 593-608.

Jahn, Joachim

Nach dem Mannesmann-Urteil des BGH: Konsequenzen für
Wirtschaft, Justiz und Gesetzgeber, ZIP 2006, S. 738-745.

Jescheck, Hans-Heinrich

Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457-462.

Joecks, Wolfgang (Hrsg.) / Miebach, Klaus (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Auflage 2011;

Band 4 §§ 263-358 StGB, §§ 1-8, 105, 106 JGG, 2006.

Jula, Rocco

Der GmbH-Geschäftsführer. Rechte und Pflichten, Anstellung,
Vergütung und Versorgung, Haftung und Strafbarkeit, 3. Auf-
lage, Berlin u.a. 2009.

Kann, Jürgen van (Hrsg.)

Vorstand der AG. Führungsaufgaben, Rechtspflichten und
Corporate Governance, 2. Auflage, Berlin 2012.

Kann, Jürgen van (Hrsg.)

Praxishandbuch Unternehmenskauf. Leitfaden Mergers &
Acquisitions, Stuttgart 2009.

Kaufmann, Jochen

Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften, Frank-
furt am Main u.a. 1999.

Kindhäuser, Urs (Hrsg.) / Neumann, Ulfrid (Hrsg.) / Paeffgen, Hans-
Ullrich (Hrsg.)

Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch.

Band 1 §§ 1-145, 3. Auflage, Baden-Baden 2010;

Band 2 §§ 146-358, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.

Kindler, Peter

Vorstands- und Geschäftsführerhaftung mit Augenmaß – Über
einige neuere Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des
BGH zu §§ 93 AktG und 43 GmbHG, in: Habersack, Mathias
(Hrsg.) et al., Festschrift für Wulf Goette, München 2011,
S. 231-238.

Kindler, Peter

Corporate Compliance – Grundpflichten und Haftungsgefahren für Unternehmensleiter nach Aktienrecht, in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, Baden-Baden 2012, S. 1-15.

Klemm, Bernd (Hrsg.) / Kornbichler, Hendrik (Hrsg.) / Löw, Hans-Peter (Hrsg.) / Ohmann-Sauer, Ingrid (Hrsg.) / Schwarz, Eckard (Hrsg.) / Ueber, Thomas (Hrsg.)

Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2009.

Kliemt, Michael / Tiling, Christian von

Change of Control-Klauseln in Dienstverträgen, ArbRB 2006, S. 86-90.

Klindt, Thomas / Pelz, Christian / Theusinger, Ingo

Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2010, S. 2385-2391.

Knappke, Till

Effizienz der Vorstandshaftung nach dem UMAG, Hamburg 2008.

Knott, Hermann (Hrsg.) / Mielke, Werner (Hrsg.)

Unternehmenskauf, 4. Auflage, Köln 2012.

Kohl, Christian / Rapp, Marc Steffen / Wolff, Michael

Kodexakzeptanz 2011: Analyse der Entsprechenserklärungen um DCGK, AR 2011, S. 108-110.

Köhler, Helmut

Zur Abwerbung von Mitarbeitern, in: Bauer, Jobst-Hubertus (Hrsg.) et al., Festschrift für Herbert Buchner, München 2009, S. 452-460.

Kort, Michael

Corporate Governance-Grundsätze als haftungsrechtlich relevante Verhaltensstandards?, in: Bitter, Georg (Hrsg.) et al., Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 945-964.

Kort, Michael

Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.) et al., Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin u.a. 2010, S. 983-1003.

Kort, Michael

Rechtsfragen der Compliance-Organisation von Unternehmen außerhalb spezialgesetzlich geregelter Branchen im deutschen Recht, in: Altmeppen, Holger (Hrsg.) et al., Festschrift für Günter H. Roth, München 2011, S. 407-422.

Kort, Michael

Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG, ZIP 2008, S. 717-725.

Kort, Michael

„Change-of-Control“-Klauseln nach dem „Mannesmann“-Urteil des BGH – zulässig oder unzulässig?, AG 2006, S. 106-109.

Korts, Sebastian

Die Vereinbarung von Kontrollwechselklauseln in Vorstandsverträgen, BB 2009, S. 1876-1884.

Krause, Daniel

Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates, NStZ 2011, S. 57-65.

Kremer, Thomas

Der Deutsche Corporate Governance Kodex auf dem Prüfstand: bewährte Selbst- oder freiwillige Überregulierung?, ZIP 2011, S. 1177-1181.

Krieger, Gerd (Hrsg.) / Schneider, Uwe H. (Hrsg.)

Handbuch Managerhaftung. Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen, typische Risikobereiche, 2. Auflage, Köln 2010.

Krüger, Matthias

Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB. Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, NStZ 2011, S. 369-375.

Kübler, Friedrich

Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 1981;
Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986;
Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1990;
Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 1994;
Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1998.

Kübler, Friedrich / Assmann, Heinz-Dieter

Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Heidelberg u.a. 2006.

Kuhlen, Lothar

Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue – zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010, JR 2011, S. 246-254.

Küttner, Wolfdieter

Change of Control-Klauseln in Vorstandsverträgen, in: Bauer, Jobst-Hubertus (Hrsg.) et al., Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, Bonn 2006, S. 493-503.

Laufhütte, Heinrich (Hrsg.) / Rissing-van Saan, Ruth (Hrsg.) / Tiedemann, Klaus (Hrsg.)

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar.

Band 1 Einleitung, §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin 2007;

Band 9/1 §§ 263-266b, 12. Auflage, Berlin 2012.

Lehmann, Erik

Corporate Governance, Compliance & Crime, in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, Baden-Baden 2012, S. 43-61.

Liebers, Hans-Joachim (Hrsg.)

Formularbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, Köln 2011.

Liebers, Hans-Joachim / Hoefs, Christian

Anerkennungs- und Abfindungszahlungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder. Gutachten, ZIP 2004, S. 97-103.



Liese, Jens

Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?, BB Beilage 2008/5, S. 17-22.

Liese, Jens

Compliance in Due-Diligence-Fragelisten. Oder: Ob ein Mensch klug ist, erkennt man an seinen Antworten. Ob ein Mensch weise ist, erkennt man an seinen Fragen, BB-Special 2010/4, S. 27-30.

Loeck, Henning

Strafbarkeit des Vorstands der Aktiengesellschaft wegen Untreue, Frankfurt am Main u.a. 2006.

Lohse, Andrea

Unternehmerisches Ermessen. Zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat, Tübingen 2005.

Lohse, Andrea

Schmiergelder als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht, in: Kindler, Peter (Hrsg.) et al., Festschrift für Uwe Hüffer, München 2010, S. 581-601.

Lorz, Rainer (Hrsg.) / Pfisterer, Benedikt (Hrsg.) / Gerber, Olaf (Hrsg.)

Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010.

Louven, Christoph

M&A, Unternehmenskauf, Frankfurt am Main, 2. Auflage 2012.

Lücke, Oliver (Hrsg.) / Schaub, Bernhard (Hrsg.)

Beck'sches Mandats-Handbuch. Vorstand der AG, 2. Auflage, München 2010.

Lüderssen, Klaus

Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, in: Kempf, Eberhard (Hrsg.) et al., Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, Berlin 2010, S. 211-235.

Lüderssen, Klaus

Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?,
in: Arnold, Jörg (Hrsg.) et al., Festschrift für Albin Eser,
München 2005, S. 163-180.

Lutter, Marcus

Wie stellt sich die Haftungsfrage dar?, in: Köster, Thomas
(Hrsg.), Das Unternehmerbild in der sozialen Marktwirtschaft
und die Managerhaftung. Unternehmer-Verantwortung nach
den Ergebnissen des 1. und 2. Röpke-Symposiums, Düsseldorf
2009, S. 150-156.

Lutter, Marcus

Haftung und Verantwortlichkeit – Verantwortung von Orga-
nen und Beratern, DZWIR 2011, S. 265-270.

Lutter, Marcus

Zur Bindung der Organmitglieder an die Kodex-Erklärung
nach § 161 AktG, in: Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.) et
al., Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 447-
452.

Lutter, Marcus

Deutscher Corporate Governance Kodex und die Erklärungen
nach § 161 AktG, in: Baums, Theodor (Hrsg.) et al., Fest-
schrift für Ulrich Huber, Tübingen 2006, S. 871-883.

Lutter, Marcus

Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, S. 197-201.

Lutter, Marcus

Zivilrechtlich korrekt und doch strafbar? Das kann nicht sein,
NZG 2010, S. 601-603.

Lutter, Marcus

Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität in Unternehmen,
in: Kindler, Peter (Hrsg.) et al., Festschrift für Uwe Hüffer,
München 2010, S. 617-625.

Lutter, Marcus

Das Abfindungs-Cap in Ziff. 4.2.3 Abs. 3 und 4 des Deutschen
Corporate Governance-Kodex, BB 2009, S. 1874-1876.



Lutter, Marcus

Der Kodex und das Recht, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.) et al., Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin u.a. 2010, S. 1025-1037.

Lutter, Marcus (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.)

GmbH-Gesetz. Kommentar, 17. Auflage, Köln 2009.

Lutter, Marcus / Krieger, Gerd

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Auflage, Köln 2008.

Mansdörfer, Marco

Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln, Heidelberg u.a. 2011.

Marsch-Barner, Reinhard

Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), S. 723-734.

Meier-Greve, Daniel

Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, BB 2009, S. 2555-2560.

Mertens, Hans-Joachim

Schadensfragen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Medicus, Dieter (Hrsg.) et al., Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart 1992, S. 561-582.

Mertens, Hans-Joachim

Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart u.a. 1967.

Meurer, Thomas

Die Zulässigkeit der Abwerbung von Mitarbeitern unter lauterkeits- und vertragsrechtlichen Gesichtspunkten, Hamburg 2012.

Meyer, Andreas

Finanzmarktkrise und Organhaftung, CCZ 2011, S. 41-47.

Meyer-Landrut, Andreas (Hrsg.)

Formularbuch GmbH-Recht, Köln 2011.

Michalke, Regina

Untreue – Neue Vermögensbetreuungspflichten durch Compliance-Regeln, StV 2011, S. 245-251.

Michalski, Lutz (Hrsg.)

Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz).

Band 1 Systematische Darstellungen, §§ 1-34, 2. Auflage, München 2010;

Band 2 §§ 35-84, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Auflage, München 2010.

Moosmayer, Klaus

Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Auflage, München 2012.

Müller-Gugenberger, Christian (Hrsg.) / Bieneck, Klaus (Hrsg.)

Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Auflage, Köln 2011.

Nöckel, Anja

Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts, Heidelberg u.a. 2012.

Nonnenmacher, Rolf / Pohle, Klaus / Werder, Axel von

Aktuelle Anforderungen an Prüfungsausschüsse. Leitfaden für Prüfungsausschüsse (Audit Committees) unter Berücksichtigung der 8. EU-Richtlinie, DB 2007, S. 2412-2417.

Nonnenmacher, Rolf / Pohle, Klaus / Werder, Axel von

Aktuelle Anforderungen an Prüfungsausschüsse. Leitfaden für Prüfungsausschüsse (Audit Committees) unter Berücksichtigung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), DB 2009, S. 1447-1454.

Nussbaum, Matthias

Abfindungen und Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder deutscher Aktiengesellschaften. „Goldene Handschläge“ und „Fallschirme“, Frankfurt am Main u.a. 2009.

Osterloh, Margit / Rost, Katja

Introduction to the Special Issue, in: Osterloh, Margit (Hrsg.) et al., *Der Anstieg der Management-Vergütung: Markt oder Macht?*, Baden-Baden 2011, S. 7-24.

Paefgen, Walter

Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.

Palandt, Otto (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 71. Auflage, München 2012.

Pape, Jonas

Corporate Compliance – Rechtspflichten zur Verhaltenssteuerung von Unternehmensangehörigen in Deutschland und den USA, Berlin 2011.

Patzina, Reinhard / Bank, Stefan / Schimmer, Dieter / Simon-Widmann, Michael

Haftung von Unternehmensorganen. Vorstände Aufsichtsräte Geschäftsführer, München 2010.

Pauker, Werner

Unternehmen – Risiko – Haftung. Die Funktion der Geschäftsführerhaftung vor dem Hintergrund der Steuerung und Verteilung unternehmerischer Risiken, Baden-Baden 2008.

Peemöller, Volker / Reinel-Neumann, Birgit

Corporate Governance und Corporate Compliance im Akquisitionsprozess, BB 2009, S. 206-210.

Perron, Walter

Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Hilgendorf, Eric (Hrsg.) et al., *Festschrift für Wolfgang Heinz*, Baden-Baden 2012, S. 796-807.

Picot, Gerhard (Hrsg.)

Handbuch Mergers & Acquisitions. Planung, Durchführung, Integration, 5. Auflage, Stuttgart 2012.

Pietrek, Anna Carolin

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers aus Compliance-Pflichten, Hamburg 2012.

Priester, Hans-Joachim (Hrsg.) / Mayer, Dieter (Hrsg.) / Wicke, Hartmut (Hrsg.)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts.

Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, München 2012.

Prinz, Enrico / Schwalbach, Joachim

Zum Stand der Managervergütung in Deutschland und Europa: Ein aktuelles Porträt, in: Osterloh, Margit (Hrsg.) et al., Der Anstieg der Management-Vergütung: Markt oder Macht?, Baden-Baden 2011, S. 133-154.

Radtke, Henning

Strafrechtliche Untreue durch Manager und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz – Folgerungen aus dem Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010, GmbHR 2010, S. 1121-1127.

Rahlmeyer, Niklas

Vorstandshaftung zwischen traditionellem deutschen Aktienrecht und kapitalmarktorientierter Corporate Governance, Baden-Baden 2010.

Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger

Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 5. Auflage, München 2010.

Ransiek, Andreas / Hüls, Silke

Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft, ZGR 2009, S. 157-189.

Rau, Charlotte

Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit. Materiellrechtliche Fragen der sanktionsrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit unter Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen, Frankfurt am Main u.a. 2010.



Raus, Nadja / Lützeler, Martin

Berichtspflicht des Compliance Officers – zwischen interner Eskalation und externer Anzeige, CCZ 2012, S. 96-101.

Redeke, Julian

Zu den Organpflichten bei bestandsgefährdenden Risiken, ZIP 2010, S. 159-167.

Redeke, Julian

Zur gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit der Informationsgrundlage im Rahmen der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, ZIP 2011, S. 59-64.

Rengshausen, Anselm

Headhunting. Wettbewerbs- und arbeitsrechtliche Probleme des telefonischen Abwerbungsanrufs am Arbeitsplatz, Aachen 2007.

Rentrop, Katrin

Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, Berlin 2007.

Rieble, Volker / Schmittlein, Benjamin

Vergütung von Vorständen und Führungskräften. Vergütungsregulierung durch VorstAG und Aufsichtsrecht, München 2011.

Rieder, Markus / Holzmann, Daniel

Die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Organhaftung, AG 2011, S. 265-274.

Ringleb, Henrik-Michael / Kremer, Thomas / Lutter, Marcus / Werder, Axel von

Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 4. Auflage, München 2010.

Rixe, Nikolaus

Die aktien- und strafrechtliche Beurteilung nachträglicher Anerkennungsprämien, Baden-Baden 2010.

Rolshoven, Max

Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Anerkennungsprämien, Köln 2006.

Rönnau, Thomas

Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119 (2007), S. 887-926.

Roth, Günther / Altmeyen, Holger

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar, 7. Auflage, München 2012.

Rotsch, Thomas

Criminal Compliance, ZIS 2010, S. 614-617.

Rotsch, Thomas

Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung, in: Joecks, Wolfgang (Hrsg.) et al., Festschrift für Erich Samson, Heidelberg 2010, S. 141-160.

Ruter, Rudolf / Rosken, Anne

Was ist ein ehrbarer Aufsichtsrat / Beirat? Welche Bedeutung nimmt er im Rahmen einer nachhaltigen Unternehmensführung ein?, DB 2011, S. 1123-1126.

Säcker, Franz (Hrsg.) / Rixecker, Roland (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Band 1 Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 6. Auflage, München 2012;

Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012.

Saenger, Ingo (Hrsg.) / Inhester, Michael (Hrsg.)

GmbH-Gesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2011.

Safferling, Christoph

Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09, NStZ 2011, S. 376-379.

Saliger, Frank

Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, S. 3195-3198.

Satzger, Helmut (Hrsg.) / Schmitt, Bertram (Hrsg.) / Widmaier, Gunter (Hrsg.)

Strafgesetzbuch Kommentar, Köln 2009.

Schauer, Martin

Zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht, in: Altmeppen, Holger (Hrsg.) et al., Festschrift für Günter H. Roth, München 2011, S. 687-694.

Scheuffele, Friedrich

Stellungnahmen zu Garantie-Erklärungen beim Unternehmenskauf. Pandora-Büchse für Geschäftsführer der zu veräußernden GmbH?, GmbHR 2010, S. 965-972.

Schilha, Ralph

Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, Berlin 2008.

Schilling, Daniel

Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts, Frankfurt am Main u.a. 2009.

Schlieper, Patrick

Der Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG, Hamburg 2011.

Schlimm, Katrin

Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft. Die Kodifikation einer „Business Judgment Rule“ deutscher Prägung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Baden-Baden 2009.

Schlitt, Christian

Die strafrechtliche Relevanz des Corporate Governance Kodexes, DB 2007, S. 326-330.

Schlösser, Jan / Dörfler, Roman

Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex, *wistra* 2007, S. 326-333.

Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung (AKEIÜ)

Compliance: 10 Thesen für die Unternehmenspraxis, *DB* 2010, S. 1509-1518.

Schmeding, Michael

Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Abwerbung von Arbeitskräften. Zugleich ein Beitrag zum Stand des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen beim Arbeitsplatzwechsel, Hamburg 2006.

Schmidt, Bernd

Compliance in Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 2010.

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln u.a. 2002;

Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, Köln u.a. 1986

Schmidt, Karsten

Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, Berlin 1994, S. 9-29.

Schmidt, Karsten (Hrsg.) / Lutter, Marcus (Hrsg.)

Aktiengesetz. Kommentar.

Band 1 §§ 1-149, 2. Auflage, Köln 2010.

Schneider, Uwe H.

Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit. Ein Beitrag zum Management der Organhaftung, *DB* 2011, S. 99-103.

Schneider, Uwe H.

Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in: Kindler, Peter (Hrsg.) et al., *Festschrift für Uwe Hüffer*, München 2010, S. 905-916.



Literaturverzeichnis

Schönke, Adolf / Schröder, Horst

Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010.

Schuchter, Alexander

Perspektiven verurteilter Wirtschaftsstraftäter. Gründe ihrer Handlungen und Prävention in Unternehmen, Wiesbaden 2012.

Schug, Christoph

Risikoeinschränkung und -transfer in der Vorstandshaftung, Baden-Baden 2010.

Schumacher, Juha

Vermögensbetreuungspflichten von Kapitalgesellschaftsorganen, Baden-Baden 2010.

Schünemann, Bernd

Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, ZIS 2012, S. 183-194.

Schünemann, Bernd

Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, Berlin 2004.

Schütze, Rolf (Hrsg.) / Weipert, Lutz (Hrsg.)

Münchener Vertragshandbuch.

Band 2 Wirtschaftsrecht I, 6. Auflage, München 2009.

Seibert, Ulrich

Gesetzliche Steuerungsinstrumente im Gesellschaftsrecht, ZRP 2011, S. 166-169.

Seibt, Christoph (Hrsg.)

Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2. Auflage, München 2011.

Seibt, Christoph / Schwarz, Simon

Aktienrechtsuntreue. Analyse und aktienrechtsspezifische Konturierung der Untreuestrafbarkeit von Geschäftsleitern bei Pflichtverletzungen, AG 2010, S. 301-315.

Seibt, Christoph / Wunsch, Oliver

Managementgarantien bei M&A-Transaktionen, ZIP 2008,
S. 1093-1102.

Semler, Johannes

Überlegungen zur Praktikabilität der Organhaftungsvorschriften, in: Habersack, Mathias (Hrsg.) et al., Festschrift für Wulf Goette, München 2011, S. 499-512.

Sieber, Ulrich

Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität, in: Sieber, Ulrich (Hrsg.) et al., Festschrift für Klaus Tiedemann, Köln u.a. 2008, S. 449-484.

Spindler, Gerald (Hrsg.) / Stilz, Eberhard (Hrsg.)

Kommentar zum Aktiengesetz.

Band 1 §§ 1-149, 2. Auflage, München 2010.

Staudinger, J. von (Hrsg.)

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 90-124, 130-133, Berlin 2012;

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-243, Berlin 2009;

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 311, 311a, 312, 312a-f, Berlin 2005;

Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2012.

Stenzel, Roman

Rechtliche und empirische Aspekte der Vorstandsvergütung,
Jena 2012.

Stober, Rolf

Ist der Ehrbare Kaufmann der Schlüssel für Compliance-Anforderungen?, NJW 2010, S. 1573-1575.

Strohn, Lutz

Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, S. 1417-1425.

Strothmeyer, Uta

Compliance. Risikobegrenzung und Imagevorteil, Jena 2010.

Sünner, Eckart

Rechtliche Grundlagen für Aufsichtsratsprüfungsausschüsse und ihre Aufgabenwahrnehmung auf dem Gebiet der Compliance, CCZ 2008, S. 56-59.

Taschke, Jürgen

Zur Entwicklung der Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen in der Bundesrepublik Deutschland – Bemerkungen aus der Praxis, NZWiSt 2012, S. 9-11.

Taschke, Jürgen

Zur Entwicklung der Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen in der Bundesrepublik Deutschland – Teil 2: Zur strafrechtlichen Haftung des Managements, NZWiSt 2012, S. 41-45.

Taschke, Jürgen

Zur Entwicklung der Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen in der Bundesrepublik Deutschland – Teil 3: Auf dem Weg zur Privatisierung der Strafverfolgung, NZWiSt 2012, S. 89-94.

Theile, Hans

Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht. Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht, ZIS 2011, S. 616-628.

Theile, Hans

Strafbarkeitsrisiken der Unternehmensführung aufgrund rechtswidriger Mitarbeiterpraktiken. Kann die Nichteinrichtung einer Compliance-Organisation eine strafbare Untreue nach § 266 StGB begründen?, wistra 2010, S. 457-462.

Thole, Christoph

Managerhaftung für Gesetzesverstöße. Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR 173 (2009), S. 504-535.

Thomas, Sven

Das allgemeine Schädigungsverbot des § 266 Abs. 1 StGB, in: Michalke, Regina (Hrsg.) et al., Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 767-782.

Thümmel, Roderich

Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten. Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 4. Auflage, Stuttgart u.a. 2008.

Tiedemann, Klaus

Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Auflage, Köln 2010.

Tiedemann, Klaus

Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten 3. Auflage, München 2011.

Tödtmann, Ulrich / Schauer, Michael

Der Corporate Governance Kodex zieht scharf, ZIP 2009, S. 995-1000.

Umnuß, Karsten (Hrsg.)

Corporate Compliance Checklisten. Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden, 2. Auflage, München 2012.

Volk, Klaus

Untreue und Gesellschaftsrecht. Ein Dschungelbuch, in: Michalke, Regina (Hrsg.) et al., Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 803-813.

Volk, Klaus

Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, S. 85-92.

Volk, Klaus (Hrsg.)

Münchener Anwaltshandbuch. Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, München 2006.

Wabnitz, Heinz-Bernd (Hrsg.) / Janovsky, Thomas (Hrsg.)

Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007.

Wächter, Gerhard

M&A-Litigation. Transaktionsstreitigkeiten. Ursachen – Anspruchsgrundlagen – Schaden – Durchsetzung, Köln 2012.



Wecker, Gregor (Hrsg.) / Laak, Hendrik van (Hrsg.)

Compliance in der Unternehmerpraxis, 2. Auflage, Wiesbaden 2009.

Weiland, Stephan

Änderungsklauseln in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern. Die Zulässigkeit von Vergütungszusagen aus Anlass des Wechsels der Kontrolle über Unternehmen, Frankfurt am Main u.a. 2011.

Wellhöfer, Werner / Peltzer, Martin / Müller, Welf

Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer mit GmbH-Geschäftsführer, München 2008.

Wendler, Jan-Sebastian

Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht. Business Judgment Rule und UMAG, Frankfurt am Main u.a. 2007.

Werder, Axel von

Organisation der Unternehmensleitung und Haftung des Top-Managements, DB 1987, S. 2265-2273.

Werder, Axel von / Böhme, Jenny

Corporate Governance Report 2011. Zur tatsächlichen Anwendung ausgewählter Kodexbestimmungen für Hauptversammlung und Aufsichtsrat (Teil I), DB 2011, S. 1285-1990.

Werder, Axel von / Böhme, Jenny

Corporate Governance Report 2011. Zur tatsächlichen Anwendung ausgewählter Kodexbestimmungen für Hauptversammlung und Aufsichtsrat (Teil II), DB 2011, S. 1345-1352.

Wessing, Jürgen / Krawczyk, Lucian

Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, S. 1121-1124.

Wiedemann, Herbert

Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft, ZGR 2011, S. 183-217.

Wiedemann, Herbert

Gesellschaftsrecht.

Band 1, München 1980.

Wiederholt, Norbert / Walter, Andreas

Compliance-Anforderungen an die Unternehmensorganisati-
onspflichten, BB 2011, S. 968-972.

Wildscheck, Michael

Das Recht des Unternehmenskaufs in Deutschland und Frank-
reich unter besonderer Berücksichtigung von Garantieklauseln.
Eine rechtsvergleichende Studie zur deutschen und französi-
schen Kautelarpraxis, Frankfurt am Main 2011.

Winnen, Armin

Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG. Eine Un-
tersuchung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der Durchsetzungs-
möglichkeiten von Innenhaftungsansprüchen, Baden-Baden
2009.

Winter, Johannes

Vorstandsorganisation und Compliance, Frankfurt am Main
u.a. 2011.

Winter, Martin

Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Com-
pliance“, in: Kindler, Peter (Hrsg.) et al., Festschrift für Uwe
Hüffer, München 2010, S. 1103-1127.

Wittig, Petra

Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, München 2011.

Zech, Susanne

Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesell-
schaft, Frankfurt am Main u.a. 2007.

Ziegler, Florian

Arbeitsrecht und UWG, Hamburg 2011.

Ziemons, Hildegard

Angemessene Vorstandsvergütung und Change of Control
Klauseln, in: Baums, Theodor (Hrsg.) et al., Festschrift für
Ulrich Huber, Tübingen 2006, S. 1035-1047.



Literaturverzeichnis

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.) / Noack, Ulrich (Hrsg.)
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz.
Band 2/1 §§ 76-94 AktG, 3. Auflage, Köln 2010.







LEBENS LAUF

2014 – heute | Rechtsanwältin

2014 | Zweite juristische Staatsprüfung

2012 – 2014 | Juristischer Vorbereitungsdienst, Berlin und New York

2010 – 2012/2016 | Promotionsprojekt

2009/2010 | Erste juristische Staatsprüfung (Erste Prüfung)

2004 – 2009/2010 | Studium der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main





