

Eder, Peter Florian

Research Report

Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln - Mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 50

Provided in Cooperation with:

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Hostert (Luxembourg)

Suggested Citation: Eder, Peter Florian (2023) : Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln - Mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis, EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 50, European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Wiltz

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/280793>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

EIKV-Schriftenreihe zum
Wissens- und Wertemanagement

Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln

Mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis

Peter Florian Eder



IMPRESSUM

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Herausgeber: André Reuter, Thomas Gergen

© EIKV Luxembourg, 2016 – 2023

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV)

Château de Wiltz

L-9516 Wiltz - GD de Luxembourg

info@eikv.org

www.eikv.org

**Rechtskonformes postakquisitorisches
Vorstandshandeln**
Mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis

Peter Florian Eder

Die nachfolgende Arbeit wurde als Thesis zur Erlangung eines Doctorate in Business Administration (DBA) bei der DTMD University for Digital Technologies in Medicine and Dentistry, DTMD University eingereicht und mit „summa cum laude“ bewertet. Betreuer der Thesis war Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen

Besondere Erwähnung

Die DTMD University for Digital Technologies in Medicine and Dentistry stimmen den in der vorliegenden Thesis ausgedrückten Meinungen weder zu, noch werden diese abgelehnt. Die ausgedrückten Meinungen sind als diejenigen des Autors anzusehen.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	1
Abkürzungsverzeichnis	5
Abbildungsverzeichnis	8
Fallbeispielverzeichnis	9
1 Einleitung.....	1
1.1 Hintergrund	1
1.2 Ziel der Arbeit und Forschungsfragen.....	2
1.3 Vorgehensweise und Methodologie	3
1.4 Abgrenzungen und Begriffsdefinitionen	6
2 Integrationsphase nach Unternehmensübernahmen	8
2.1 Kritischer Erfolgsfaktor aus betriebswirtschaftlicher Sicht.....	8
2.2 Ziele, Maßnahmen und praktische Schwierigkeiten.....	11
2.3 Herausforderungen aus rechtlicher Perspektive	14
3 Allgemeine transaktionsunabhängige Verhaltenspflichten	18
3.1 Fallbeispiel 1: Allgemeinrechtliche Vorgaben für Leitungsentscheidungen	18
3.1.1 Gesellschaftsrechtliche Hauptpflichten	18
3.1.2 Allgemeine Leitungsgrundsätze.....	20
3.1.2.1 Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht	20
3.1.2.2 Eigenverantwortlichkeit und Weisungsunabhängigkeit.....	24
3.1.2.3 Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung	27
3.2 Rechtsfolgen pflichtwidriger Unternehmensleitung	29
3.2.1 Allgemeine Entwicklungstendenzen	29
3.2.2 Systematisierung von Ansprüchen	30
3.2.2.1 Zivilrechtliche Haftung gegenüber Dritten nur in Ausnahmefällen	31
3.2.2.2 Zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft	31

3.2.2.3	Strafrechtliche Haftung und Haftung nach dem OWiG	32
3.2.3	Fallbeispiel 2: Sorgfaltshaftung für falsche Geschäftsentscheidungen.....	32
3.2.3.1	Bedeutung und Normzweck von § 93 AktG.....	33
3.2.3.2	Objektive Pflichtverletzung durch den Vorstand	34
3.2.3.2.1	Haftungsbeschränkungen	35
3.2.3.2.2	Unternehmerische Entscheidung	36
3.2.3.2.3	Gutgläubigkeit und Unabhängigkeit	36
3.2.3.2.4	Angemessene Information	37
3.2.3.2.5	Zwischenergebnis	40
3.2.3.3	Verschulden.....	40
3.2.3.4	Kausaler Schaden	41
3.2.3.5	Fallbeispiel 2: Ergebnis.....	42
3.2.4	Abberufung aus wichtigem Grund	43
4	Besondere Verhaltenspflichten beim Unternehmenskauf.....	45
4.1	Haftungsrisiko Unternehmenskauf.....	45
4.2	Fallbeispiel 3: Pflicht und Ermessen beim Unternehmenskauf	47
4.2.1	Die Akquisitionsentscheidung	47
4.2.1.1	Entscheidungsspielraum	47
4.2.1.2	Ermessensgrenzen.....	48
4.2.1.3	Nichthandeln.....	50
4.2.1.4	Faktische Pflichten ohne Beurteilungsspielraum	50
4.2.2	Strukturierung und Organisation des Übernahmeprozesses	52
4.2.3	Informationsweitergabe und Verhandlungsaufnahme	54
4.2.4	Due-Diligence	57
4.2.5	Kaufpreis- und Vertragsgestaltung	64
4.2.6	Fallbeispiel 3: Ergebnis.....	69
5	Erweiterte Leitungspflichten nach Übernahme	70
5.1	Fallbeispiel 4: Leitungspflichten im Konzern	71
5.1.1	Leistungsverantwortung im faktischen Konzern	72
5.1.1.1	Umfang und Reichweite	72
5.1.1.2	Schranken des Einflusses	75
5.1.2	Typische Rechtsfragen nach Unternehmensübernahme	78
5.1.2.1	Erhöhtes Haftungsrisiko.....	78

5.1.2.2	PMI: Rechtspflicht oder unternehmerisches Ermessen?.....	78
5.1.2.3	Post Closing Due Diligence	81
5.1.3	Mittel zur Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen	83
5.1.3.1	Organbesetzungen	84
5.1.3.2	Konzernweite Zustimmungsvorbehalte	86
5.1.3.3	Abschluss eines Unternehmensvertrags i. S. v. § 291 AktG	88
5.2	Haftung aufgrund fehlerhafter Konzernleitung	92
5.2.1	Nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags	92
5.2.2	Bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags	94
5.3	Interessenskollisionen im Unternehmensverbund	95
5.3.1	Fallbeispiel 5: Von außen veranlasste Rechtsgeschäfte	96
5.3.1.1	Ersatzansprüche gegen das beherrschende Unternehmen	98
5.3.1.1.1	Abhängigkeitsbedingte, nachteilige Einflussnahme ohne Ausgleich.....	98
5.3.1.1.2	Weitere Anspruchsgrundlagen	103
5.3.1.2	Ersatzansprüche gegen die einflussnehmenden Letztbegünstigten	106
5.3.1.3	Ersatzansprüche gegen die gesetzlichen Vertreter	108
5.3.1.4	Ersatzansprüche zugunsten des Minderheitsaktionärs	110
5.3.1.5	Fallbeispiel 5: Ergebnis.....	111
5.3.2	Fallbeispiel 6: Handeln nach den Vorstellungen der Konzernspitze.....	112
5.3.2.1	Veranlasste sonstige Maßnahmen ohne direkte Abhängigkeit	114
5.3.2.2	Konzernfinanzierung und dissentierende Organmitglieder.....	116
5.3.2.3	Verhaltenspflichten bei konzerninternen Anteilsübertragungen	121
5.3.3	Veränderte Haftungslage im Vertragskonzern.....	123
5.3.4	Exkurs: Einflussnahme im faktischen GmbH-Konzern	127
6	Konzerndimensionale Compliance-Pflichten	133
6.1	Ausgangslage im Einzelunternehmen	133
6.1.1	Bedeutung, Definition und Rechtsgrundlage von Compliance	133
6.1.2	Fallbeispiel 7: Compliance-relevante Fragen im Vorfeld von Übernahmen.....	138
6.1.2.1	Umfang der Compliance-Pflichten in der Einzelgesellschaft	139
6.1.2.2	Praktische Legalitätspflicht bei Unternehmenstransaktionen	141
6.1.3	Fallbeispiel 8: Unternehmerische Entscheidung unter Unsicherheit.....	145
6.1.3.1	Umgang mit unklaren Sach- oder Rechtslagen.....	146
6.1.3.2	Vertragsabschluss trotz verbleibender Verdachtsmomente	149
6.1.3.3	Offenlegungspflichten von identifizierten Compliance-Verstößen	152

6.2	Erweiterte Pflichtenlage im Konzern	154
6.2.1	Fallbeispiel 9: Compliance-Verantwortung nach erfolgter Übernahme.....	154
6.2.1.1	Konzerndimension der Compliance-Pflicht.....	155
6.2.1.2	Anforderungen an die Konzern-Compliance-Organisation	161
6.2.1.3	Umsetzung innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Grenzen.....	165
6.2.2	Fallbeispiel 10: Konzerninterne Kompetenzüberschreitungen	169
6.2.2.1	Zustimmungsvorbehalte als Mittel der Konzernüberwachung.....	170
6.2.2.2	Wirkung unautorisierter Geschäftsführungsmaßnahmen	173
6.2.2.3	Ersatzansprüche aufgrund von Kompetenzüberschreitung.....	175
6.2.3	Fallbeispiel 11: Rechtsverletzungen in Tochtergesellschaften	180
6.2.3.1	Rechtsfolgen für den Vorstand der Tochtergesellschaft.....	180
6.2.3.2	Rechtsfolgen für den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft	183
6.2.3.3	Rechtsfolgen für die Konzernobergesellschaft und -organe.....	184
7	Ergebnis.....	189
7.1	Rechtlicher Rahmen für postakquisitorisches Vorstandshandeln	189
7.2	Konkretisierung postakquisitorischer Verhaltenskriterien anhand der spezifischen Sorgfaltspflichten im Transaktionsprozess.....	191
7.3	Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme zum Zweck der Integration	193
7.4	Typische Problemfelder und Haftungsgefahren nach vollzogener Übernahme.....	194
7.5	Handlungsempfehlungen zur Reduktion postakquisitorischer Haftungsrisiken	197
	Literaturverzeichnis.....	201

ABKÜRZUNGSVEREICHNIS

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft(en)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AR	Aufsichtsrat(s)
BB	Betriebs-Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Business Judgement
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
c. i. c.	Culpa in contrahendo
CMS	Compliance Management System
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DD	Due Diligence
d. h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
Ebd.	Ebenda
EUR	Euro
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWeRK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf.	gegebenenfalls

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich / e / en / er / es
GwG	Geldwäschegesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
hins.	hinsichtlich
h. M.	herrschende(r) Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung(en)
i.d.F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
i. Z. m.	in Zusammenhang mit
LG	Landesgericht
M&A	Mergers & Acquisitions
MAR	Marktmissbrauchsverordnung
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
o.	oben
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pkt.	Punkt
PMI	Post Merger Integration
Rn	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
sog.	sogenannt / e / en / er / es
StGB	Strafgesetzbuch
u.	unten
u. a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
USD	US-Dollar
VerSanG	Verbandsanktionengesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZWF	Zeitschrift für Wirtschaftlichen Fabrikbetrieb

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1: Ober- und Untergrenze der Kaufpreisfindung.	66
Abbildung 2: Gesellschaftsstruktur nach Übernahme der Gaming AG.	73
Abbildung 3: Konzernstruktur in Fallbeispiel 5 nach Integration.....	99
Abbildung 4: Übersicht über die Ansprüche aus Fallbeispiel 5.....	111
Abbildung 5: Überblick über die konzerninternen Maßnahmen aus Fallbeispiel 6.....	113
Abbildung 6: Die veränderten Ansprüche im faktischen GmbH-Konzern.....	132
Abbildung 7: Überblick über die Ansprüche aus Fallbeispiel 10 und 11.....	188

FALLBEISPIELVERZEICHNIS

Fallbeispiel 1: Allgemeinrechtliche Vorgaben für Leitungsentscheidungen.....	18
Fallbeispiel 2: Sorgfaltshaftung für falsche Geschäftsentscheidungen.....	32
Fallbeispiel 3: Pflicht und Ermessen beim Unternehmenskauf.....	47
Fallbeispiel 4: Leitungspflichten im Konzern.....	71
Fallbeispiel 5: Von außen veranlasste Rechtsgeschäfte.....	96
Fallbeispiel 6: Handeln nach den Vorstellungen der Konzernspitze.....	112
Fallbeispiel 7: Compliance-relevante Fragen im Vorfeld von Übernahme.....	138
Fallbeispiel 8: Unternehmerische Entscheidung unter Unsicherheit.....	145
Fallbeispiel 9: Compliance-Verantwortung nach erfolgter Übernahme.....	154
Fallbeispiel 10: Konzerninterne Kompetenzüberschreitungen.....	169
Fallbeispiel 11: Rechtsverletzungen in Tochtergesellschaften.....	180

1 Einleitung

1.1 Hintergrund

Unternehmensübernahmen stellen die Geschäftsleitung nicht nur wegen ihrer hohen Komplexität vor große Herausforderungen, sondern verlangen in besonderer Weise unternehmerische Prognose- und Ermessensentscheidungen, die sich im Nachhinein nicht selten als Fehleinschätzungen mit enormer wirtschaftlicher Tragweite herausstellen. Stellt sich eine Akquisition im Nachhinein als unternehmerische Fehlentscheidung heraus, wird in erster Linie der Vorstand, der die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet, für die Fehlentwicklung verantwortlich gemacht. Auch wenn sich das Risiko einer Inanspruchnahme für gescheiterte M&A-Transaktionen in der Vergangenheit als vergleichsweise gering erwies, ist angesichts von ausbleibenden Gewinnen und drohenden Ausfällen bei der Rückführung von Kreditverpflichtungen in wirtschaftlich turbulenten Zeiten von einer zunehmenden Tendenz zur Verfolgung von Pflichtverletzungen und steigender haftungsrechtlicher Relevanz von allfälligen Versäumnissen für das um Schadensbegrenzung bemühte Unternehmen einerseits und die betroffene Geschäftsleitung andererseits auszugehen.

Rn 1

Spezielle Haftungsbestimmungen für Unternehmenserwerbe und die Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung gibt es im deutschen Rechtssystem nicht. Mögliche Anspruchsgrundlagen ergeben sich aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen und den von der Rspr. speziell in Bezug auf die Phase des Transaktionsprozesses entwickelten Anhaltspunkten für regelkonformes Vorstandsverhalten. Werden Auskünfte über die finanziellen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft in nicht ausreichendem Maße eingeholt, Risiken nicht angemessen bei der Kaufpreisermittlung berücksichtigt, Chancen und Risiken im Hinblick auf die Durchführung der Transaktion nicht ausreichend abgewogen oder Kaufverträge unvollständig gelassen, gelten gemeinhin die Grenzen für die notwendige Inkaufnahme unternehmerischer Risiken als überschritten und die Voraussetzungen für haftungsrechtlich relevantes Fehlverhalten als gegeben. Die Durchführung von DD-Prüfungen oder die Einholung unabhängiger Gutachten über die finanzielle Angemessenheit von Kaufpreisen gehören mittlerweile zum state-of-the-art bei Unternehmenskäufen und verdeutlichen grds. Problembewusstsein in Bezug auf Haftungsrisiken für Sorgfaltspflichtverletzungen während des Transaktionsprozesses.

Rn 2

Weit weniger Beachtung fanden bislang die Verhaltenspflichten von Vorstandsmitgliedern in Bezug auf die Zeit und rechtlichen Besonderheiten nach Vertragsabschluss¹. Sie wurden von der Fachliteratur nur vereinzelt und fragmentiert in Bezug auf Detailspekte aufgegriffen und waren erst in wenigen Prozessen anlässlich fehlgeschlagener Unternehmensintegration Gegenstand gerichtlicher Aufarbeitung. Rn 3

Das Haftungsrisiko bei Unternehmensübernahmen ist jedoch keineswegs nur auf den Transaktionsprozess selbst und die genannten Themenkomplexe i. Z. m. dem Erfordernis einer DD-Prüfung, angemessener Preisfindung und ausreichender Vertragsdokumentation beschränkt. Die Sorgfaltspflicht ist phasenunabhängig und erstreckt sich in gleicher Weise auf die Zeit nach Vertragsabschluss, wo es eines umfassenden Verständnisses über die rechtliche Durchsetzbarkeit von Integrationsmaßnahmen gleichermaßen bedarf wie grds. Sensibilität in Bezug auf die in dieser Phase typischen Sonderrechtsprobleme wie die Veranlassung nachteiliger Rechtsgeschäfte, den Abschluss von Geschäften mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, die verbotene Einflussnahme durch Mehrheitsgesellschafter, die Ausgestaltung von Corporate -Governance oder Compliance-Verstöße innerhalb von Konzernen. Rn 4

1.2 Ziel der Arbeit und Forschungsfragen

Ziel der Arbeit ist der Beitrag zu einem bislang wenig entwickelten Diskussionsstand und einem zukünftig hoffentlich erhöhten Problembewusstsein über die Rechte und besonderen Verhaltenspflichten von Vorstandsmitgliedern im Anschluss an Unternehmensübernahmen. Rn 5

Die Arbeit wird aus den in verschiedenen Rechtsgebieten und Sonderproblemen verstreuten maßgeblichen Normen einen rechtlichen Ordnungsrahmen für regelkonformes Verhalten bei typischen postakquisitorischen Managemententscheidungen skizzieren und die hohe praktische Relevanz des Themas verdeutlichen, indem sie in einer Reihe von Fallbeispielen das umfangreiche Haftungspotential für die Vorstandsmitglieder des übernehmenden sowie übernommenen Unternehmens herausarbeitet. Rn 6

Im Mittelpunkt des Interesses steht die Frage: Rn 7

- Welche maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen bestimmen den Rahmen für postakquisitorische Entscheidungen von Vorstandsmitgliedern in Mutter- und

¹ Hülsberg, Frank M., Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben: Haftungsvermeidung für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte, in: Baetge/Kirsch/Thiele, RL und WP, S. 183.

Tochterunternehmen bei der Integration eines übernommenen Unternehmens in den Konzernverbund des Erwerbers?

Aus dieser Hauptforschungsfrage ergeben sich die folgenden weiteren Einzelfragen:

Rn 8

- Inwieweit können die speziellen Sorgfaltspflichten vor Vertragsabschluss als Verhaltenskriterien auf die Phase nach Vertragsunterzeichnung übertragen werden und lässt sich damit z. B. die Frage nach einer möglichen rechtlichen Integrationsverpflichtung des Konzernvorstands klären?
- Innerhalb welcher Grenzen hat der Konzernvorstand die Möglichkeit zur Einwirkung auf die übernommene Gesellschaft zum Zweck der Integration?
- Worin bestehen die typischen rechtlichen Problemfelder und Haftungsgefahren in der Zeit nach vollzogener Übernahme?
- Welche Handlungsempfehlungen für Vorstände gibt es, um potentielle postakquisitorische Haftungsrisiken zu reduzieren?

1.3 Vorgehensweise und Methodologie

Statt einem Sonderrecht für die Vorstandspflichten bei Unternehmensübernahmen gibt es im deutschen Recht nur allgemein formulierte Rechtsvorschriften und punktuelle Rechtsprechung, die speziell in Bezug auf die Zeit nach Vertragsunterzeichnung noch nicht weiter konkretisiert wurden. Aus diesem Grund geht es in der Arbeit zunächst um Rechtsdogmatik bei der Bestimmung und Auslegung der in diesem Zusammenhang haftungsrechtlich relevanten gesetzlichen Vorschriften, Rspr.-Beispiele und der daraus hervorgegangenen allgemeinen Rechtsauffassung.

Rn 9

In Frage kommen zuerst die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen des § 93 (1) AktG, deren zufolge Vorstandsmitglieder im Innenverhältnis für die Schäden einzustehen haben, die der Gesellschaft durch die nicht pflichtgemäße Anwendung der aus Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters erforderlichen Sorgfalt entstanden sind. Solange die Grenzen der in § 93 (2) S. 2 AktG verankerten BJM Rule nicht überschritten werden, verfügt das Management bei unternehmerischen Entscheidungen über einen weiten Ermessensspielraum und kann bei Schäden für sich Haftungsprivilegierung in Anspruch nehmen.

Rn 10

Welche spezifischen Anforderungen die allgemein gehaltenen Tatbestandsmerkmale der BJM Rule an das Verhalten von Vorständen bei Unternehmensübernahmen stellen und für welche Pflichtverletzungen während des Transaktionsprozesses Vorstände einstehen müssen, war in den vergangenen Jahren Gegenstand einer

Rn 11

Reihe von wegweisenden höchstrichterlichen Entscheidungen² und beliebtes Thema einer Vielzahl von Veröffentlichungen. Daraus entstanden für die Zeit vor Vertragsunterzeichnung spezifische Sorgfaltspflichten, die mittlerweile zu weitgehend anerkanntem Gewohnheitsrecht wurden und in der gegenständlichen Untersuchung als weiterer Maßstab für die Konkretisierung postakquisitorischer Verhaltenskriterien in Betracht kommen.

Besondere Relevanz in Bezug auf die Integrationsphase von Unternehmen haben zudem konzernrechtliche Bestimmungen. Sie regeln nicht nur die konzerndimensionalen Leitungs- und Kontrollpflichten der Vorstandsmitglieder im Mutter- und Tochterunternehmen, sondern auch die Zulässigkeit integrativer Maßnahmen und die Schranken von Einflussnahme in einer Unternehmensphase, in der Konfliktsituationen durch Aufeinandertreffen der besonderen Verantwortung des Tochtervorstands für das eigene Unternehmen mit den Interessen der um raschen Integrationserfolg bemühten Konzernspitze des herrschenden Unternehmens charakteristisch sind³.

Rn 12

Zur Anwendung kommt die für postakquisitorische Vorstandspflichten als maßgeblich bestimmte Rechtsdogmatik in der Folge in Bezug auf Sachverhaltsbeispiele und eine Reihe unterschiedlicher daraus resultierender Fallkonstellationen. Diese sollen einschlägige, in der Unternehmenspraxis häufig anzutreffende Entscheidungssituationen im Anschluss an M&A-Transaktionen schildern und haben den Zweck, die speziellen Rechtsprobleme in ihren komplexen Zusammenhängen zu veranschaulichen und die hohe Praxisrelevanz des Themas zu exemplifizieren.

Rn 13

Die Frage, wie weit die Einflussnahme der Konzernleitung auf Geschäftsentscheidungen der neu in den Konzernverbund eingetretenen Tochtergesellschaft gehen darf und wann die Grenzen von rechtskonformem Vorstandsverhalten bei der Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen überschritten sind, wird anhand eines für die Tochtergesellschaft nachteiligen Vertragsabschlusses, der ausschließlich aufgrund des Einflusspotentials der beherrschenden Muttergesellschaft zustande kommt, einer abhängigkeitsbedingten Überlassung von Betriebsmitteln der Tochtergesellschaft zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft, die der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft alleine nicht beschließen würde, und einer angeordneten Veräußerung einer dem Grunde nach profitablen Beteiligung der beherrschten Gesellschaft zum Zweck der Konzernportfoliobereinigung beantwortet. Wie umfassend das aus der Vorstandstätigkeit im Anschluss an Unternehmensübernahmen

Rn 14

² Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, in NZG 2011, S. 1271 – 1275; BGH, Urteil vom 14.7.2008 – II ZR 202/07, in NJW 2008, S. 3361 – 3363; BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, in NJW 2017, S. 578 – 582.

³ Vetter, Interessenskonflikte im Konzern, S. 343.

resultierende Haftungspotential ist, soll die Arbeit darüber hinaus zumindest Überblicksmäßig, da eine vollständige Abhandlung aller denkmöglichen Einzelfälle den Rahmen sprengen würde, anhand von Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen und dem direkten Eingriff eines beherrschenden Gesellschafters in die grds. weisungsfreie und eigenverantwortliche Geschäftsleitung einer Konzernobergesellschaft – wie er in der Praxis in fremdgeführten Konzernen mit überschaubarem Aktionärskreis nicht ungewöhnlich ist – verdeutlichen.

Ein weiterer Abschnitt widmet sich der konzernweiten Compliance-Pflicht und der Folgen mangelhafter Compliance. Häufig bilden im Anschluss an Übernahmen betriebswirtschaftlich notwendige Umstrukturierungen den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit, währenddessen Compliance-Aspekte generell und Überlegungen zur gezielten Einbindung des Zielunternehmens in die Compliance-Struktur des Konzerns weniger Beachtung finden. Ein Grund besteht darin, dass Geschäftsleiter ohnedies verpflichtet sind, sich im Rahmen ihrer Geschäftsführung rechtmäßig zu verhalten und im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren für rechtmäßiges Verhalten der übrigen für die Gesellschaft handelnden Personen Sorge zu tragen⁴. Die Mitglieder der Geschäftsleitung der Obergesellschaft sind jedoch, auch wenn es an einer expliziten Pflicht zur konzernweiten Legalitätskontrolle fehlt, zumindest zur allgemeinen Schadenabwendung in der Obergesellschaft verpflichtet, woraus folgt, dass sie im Rahmen der konzernrechtlichen Möglichkeiten auch dafür Sorge zu tragen haben, dass Compliance-widrige Vorgänge zum Schaden der Obergesellschaft in Tochtergesellschaften verhindert, aufgeklärt und sanktioniert werden⁵, wobei ihnen hins. der konkreten Maßnahmen und Ausgestaltung der Compliance-Organisation unternehmerisches Ermessen in Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens zukommt. Wie im Beispiel einer neu übernommenen Konzerngesellschaft, in der es zu potentiellen Haftungsansprüchen i. Z. m. vorvertraglichem Vertrauensschaden aufgrund der faktischen Exekution eines dem Grunde nach zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfts durch einen die Kompetenzen überschreitenden Tochtervorstand sowie umfangreichen wirtschaftlichen Schaden anlässlich eines jahrelangen Integritätsprüfungsverfahrens mit behördlichem Verbot zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen wegen Unterhaltung einer Geschäftsbeziehung zu aufgrund von Steuerhinterziehung und Geldwäsche verurteilten Geschäftspartnern kam, stellt sich die Frage nach der Haftung des Vorstands der Tochtergesellschaft, Vorstands der Muttergesellschaft sowie der Muttergesellschaft selbst.

Rn 15

⁴ Verse, Compliance im Konzern, S. 403.

⁵ Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2307.

Antworten darauf liefert die Arbeit, indem sie die Sachverhaltsangaben unter die Tatbestandsmerkmale der in Frage kommenden Rechtsnormen subsumiert und daraus den logischen Schluss auf die vom Gesetzgeber intendierten Rechtsfolgen zieht.

Die Rechtsnormen, Entscheidungen und Literaturmeinungen, die als maßgeblich für die Zeit nach Abschluss einer Unternehmensübernahme identifiziert wurden, werden gemeinsam mit den für diese Phase typischen rechtlichen Problemfeldern und den daraus resultierenden Haftungsgefahren am Ende der Arbeit zusammengefasst und sollen dem Leser als Maßstab zur Beantwortung der Frage dienen, ab wann bei Entscheidungen nach Übernahme die Geschäftsleiter einer AG Gefahr laufen, die Grenzen rechtskonformen Handelns zu überschreiten und ihre Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsleitung zu verletzen.

Rn 16

1.4 Abgrenzungen und Begriffsdefinitionen

Grundlage für die Arbeit bildet die deutsche Rechtsordnung. Sie gilt in Bezug auf die im Mittelpunkt stehende Organisationsverfassung einer AG als Vorbild für die Rechtsentwicklung vieler anderer Staaten, wie z. B. Österreich, wo mit Ausnahme von Teilbereichen die betreffenden gesetzlichen Regelungen in weiten Teilen jenen des deutschen Rechts entsprechen und wo die Judikatur des BGHs aufgrund von deutlich höherem Fallaufkommen regelmäßig in die eigene höchstrichterliche Rspr. einfließt⁶.

Rn 17

Im Fokus steht das deutsche Unternehmens-, Gesellschafts- und Konzernrecht. Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten wie dem deutschen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht oder Empfehlungen aus dem DCGK kommen darüber hinaus nur zur Anwendung, wenn das Thema oder daraus resultierende Spezialfragen eine rechtsgebietsübergreifende Bearbeitung erforderlich machen. Arbeitsrechtliche Fragen und Rechtsprobleme aufgrund von grenzüberschreitenden Sachverhalten bleiben außer Betracht.

Rn 18

Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln steht im gegenständlichen Kontext bedeutungsgleich für die Grundsätze einer gesetzeskonformen, problembewussten und verantwortungsvollen Unternehmensführung und -kontrolle in der Integrationsphase von akquirierten Unternehmen. Sie beginnt unmittelbar nach Abschluss des sachenrechtlichen Vollzugs des Erwerbs (Closing) und ist – wenn gleich i. d. R. a priori nicht eindeutig hins. des Endzeitpunkts bestimmbar – in

Rn 19

⁶ Vgl. *Ettmayer/Pflug*, Was uns verbindet, was uns unterscheidet, S. 8.

Abhängigkeit unterschiedlicher Entscheidungs- und Einflussfaktoren wie Integrationsstiefe und Komplexität des Integrationsobjekts zumindest innerhalb eines flexiblen Zeitraums endlich ist⁷. Die Bezeichnungen M&A und Übernahmen stehen dabei als Sammelbegriffe synonym für die vielfältigen Erscheinungsformen von Unternehmensverkäufen und -käufen, Unternehmenszusammenschlüssen, Kooperationen, Allianzen und Joint Ventures.

Untersuchungsgegenstand ist der im Anschluss an Unternehmensübernahmen häufig anzutreffende Fall einer AG als Teil eines Aktienkonzerns, wobei im Hinblick auf die unterschiedlichen Anforderungen an die Organpflichten des Vorstands strikt danach differenziert wird, ob es sich bei der Gesellschaft um ein innerhalb des Konzernverbands abhängiges Tochterunternehmen oder ein die Unternehmensgruppe leitendes, beherrschendes Unternehmen handelt. Eine andere Rechtsform wird abgesehen von einem Exkurs in den Bereich des GmbH-Konzernrechts, wo am Beispiel eines existenzgefährdenden Eingriffs durch einen beherrschenden Anteiliger die Unterschiede zur Haftungsordnung im Aktienkonzern veranschaulicht werden sollen, nicht behandelt. Zumal eine detaillierte Darlegung aller denkbaren Konzernkonstellationen den Rahmen der Arbeit bei Weitem sprengen würde, basiert die Arbeit auf der vereinfachenden Annahme, dass keines der an der Übernahmetransaktion beteiligten Unternehmen börsennotiert ist, alle Tochterunternehmen nach Übernahme im Mehrheitsbesitz stehen und alle Unternehmen vorübergehend in rechtlicher Selbständigkeit weitergeführt werden.

Rn 20

Haftungsfragen werden vorwiegend beschränkt auf den Bereich der Innenhaftung und die Verantwortung der Leitungsorgane gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft erörtert. Auf etwaige Anspruchsgrundlagen im Außenverhältnis – wie im Falle strafrechtlich relevanter Tatbestände oder vorvertraglicher Pflichtverletzungen – geht die Arbeit – sofern notwendig – nur am Rande ein.

Rn 21

Die Fallbeispiele im zweiten Teil der Arbeit verdeutlichen stellvertretend für regelmäßig in der Zeit nach Übernahme anzutreffende Sachverhalte die hohe Praxisrelevanz des gegenständlichen Themas.

Rn 22

⁷ V. Hoyningen-Huene, Integration nach Unternehmensakquisitionen, S. 200 f.

2 Integrationsphase nach Unternehmensübernahmen

2.1 Kritischer Erfolgsfaktor aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Akquisitorisches Wachstum ist ein seit langer Zeit unverändert bedeutender Bestandteil von Unternehmensstrategien, führt jedoch – wie in empirischen Untersuchungen immer wieder festgestellt wird – in der Unternehmenspraxis häufig nicht zu den erwarteten ökonomischen Zielen⁸.

Rn 23

Insb. in den vergangenen Jahren hat der Wunsch nach Expansion vor dem Hintergrund steigenden globalen Wettbewerbs zu einem beispiellosen Anstieg des Volumens an M&A-Transaktionen geführt. Angetrieben von zuvor noch nie da gewesenen geldpolitischen Interventionen der führenden Zentralbanken und umfangreichen staatlichen Unterstützungsmaßnahmen als Reaktion auf die Auswirkungen der COVID-19 Pandemie erreichten laut Financial Times die weltweiten Fusions- und Übernahmeaktivitäten im Jahr 2021 ihren Höchststand seit Beginn der Aufzeichnungen und lagen mit einem Gesamtwert von USD 5,8 Mrd. um 54 % höher als vor Ausbruch der Pandemie⁹.

Rn 24

Aus kaufmännischer Perspektive gilt die Entscheidung zur Investition in ein bislang fremdes Unternehmen als vorteilhaft, wenn die Summe der diskontierten erwarteten Nettorückflüsse aus dem Investitionsprojekt den Gesamtwert des erforderlichen Investitionsvolumens übersteigt bzw. der Nettogesamtkapitalwert des Investitionsprojekts positiv ist¹⁰. Die konkreten Beweggründe für Unternehmenskäufe sind vielfältig und reichen unter der Voraussetzung, dass sie dem allgemein übergeordneten Ziel der Unternehmenswertmaximierung dienen und nicht allein persönliche Motive der Unternehmensleitung vorrangig sind, von finanziellen Motiven wie einem verbesserten Zugang zu Finanzmitteln über bilanzpolitische Vorteile oder die Möglichkeit zur Senkung der Steuerlast bis zu strategischen Gründen wie dem Gewinnen von Marktanteilen zur Erlangung einer verbesserten Stellung auf Beschaffungs- und Absatzmärkten, der risikodiversifizierenden Erweiterung des Leistungsprogramms auf neue Produkte und neue Märkte oder dem Ausnutzen von Synergiepotentialen¹¹. Insb. die Erzielung von Synergien, die vielfältige Ausprägungen annehmen können, ist ein oft zitiertes Transaktionsmotiv¹².

Rn 25

⁸ Gerpott/Neubauer, Integrationsgestaltung und Zusammenschlusserfolg, ZfbF 2011, S. 119.

⁹ Wiggins/Asgari/Fontanella-Khan/Massoudi, Dealmaking surges highest levels on record.

¹⁰ Piehler, Kontraktgestaltung bei M&A Transaktionen, S. 9 f.

¹¹ Freiling/Reckenfelderbäumer, Markt und Unternehmung, S. 247.

¹² Piehler, Kontraktgestaltung bei M&A Transaktionen, S.10.

Synergien bezeichnen überadditive Effekte, die sich aus der Verbindung von vormals unabhängigen Unternehmen ergeben und in Bezug auf Unternehmensübernahmen ein insgesamt verbessertes Ertragspotential aufgrund von zusammenschlussbedingten Kostensenkungen (Kostensynergien) oder Steigerung von Umsatzerlösen (Erlössynergien) im Vergleich zur eigenständigen Fortführung von Käufer- und Zielunternehmen erwarten lassen¹³. Erlössynergien resultieren aus dem Zugang zu neuen Märkten durch eine breitere geografische Abdeckung, neuen Kunden, neuen Technologien oder neuen Geschäftsmodellen¹⁴, Kostensynergien dagegen ergeben sich aus Skaleneffekten (Economies-of-Scale) durch Stückkostensenkungen aufgrund gesteigerter Produktion oder Reichweiteneffekten (Economies-of-Scope), sofern sich die gemeinsame Produktion divergierender Produkte in einem Unternehmen als kostengünstiger erweist als die arbeitsteilige Erstellung von Gütern in voneinander getrennten Unternehmen¹⁵. Voraussetzung für die Realisierung von erlös- und kostenseitigen Synergiepotentialen ist die Möglichkeit der Nutzung gemeinsamer Ressourcen¹⁶. Nachteilig wirken sich hingegen neben den Aufwendungen, die mit einem Unternehmenserwerb einhergehen, sog. Dis-Synergien aus, sobald Unternehmensverbindungen die Demotivation von Mitarbeitern (z. B. durch Unterschiede in der Unternehmenskultur oder Veränderungen in der Führungs- und Organisationsstruktur), den Verlust von Marktanteilen aufgrund abwandernder Kunden oder ineffiziente Prozesse zur Folge haben¹⁷.

Rn 26

Nachhaltige Synergieeffekte waren etwa ein Kernelement der Strategie der Bayer AG, als mit der Übernahme von Monsanto für einen Kaufpreis von EUR 60 Mrd. in 2016 der größte Zukauf durch ein deutsches Unternehmen außerhalb Deutschlands bekanntgegeben und in 2018 nach Vorliegen aller kartellrechtlichen Zustimmungen abgeschlossen wurde: So wurde in einer Investorenpräsentation 2018 ein Anstieg des aufgrund des Zusammenschlusses nutzbaren jährlichen Nettosynergiepotentials auf bis zu EUR 1,2 Mrd., davon EUR 1,0 Mrd. an Kostensynergien und EUR 0,2 Mrd. an Erlössynergien, innerhalb von 5 Geschäftsjahren bei transaktionsbedingten Einmalkosten zur Synergierrealisierung von rd. EUR 1,5 Mrd. und bei einem pro forma adjustierten Gesamtergebnis beider Unternehmen von EUR 4,8 Mrd. in 2017 in Aussicht gestellt¹⁸. Den Großteil der kostenseitigen

Rn 27

¹³ Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, HB M&A, S. 886.

¹⁴ Ebd., S. 887.

¹⁵ Burde, Bewertung von Synergiepotentialen, S. 10 ff.

¹⁶ Ebd., S. 9.

¹⁷ Studt, Nachhaltigkeit in der Post Merger Integration, S. 17.

¹⁸ Bayer AG Investor Relations, Monsanto Acquisition Update June 2018, S. 15 – 20, <https://www.bayer.com/sites/default/files/Bayer_Investor_Presentation_Monsanto_Acquisition_Update_June_2018_final.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023.

Verbundvorteile erwartete man mit insgesamt 70 % im Verwaltungs- und Vertriebsbereich, wo z. B. die gemeinsame Nutzung von IT-Plattformen, die Zusammenlegung von zentralen Verwaltungsfunktionen, die Konsolidierung von Beschaffungsressourcen und eine konzernweite Etablierung bewährter Erfolgskonzepte ins Auge gefasst wurden¹⁹. Zusätzliche Aussagekraft erhielten die Umsatz- und Kostensynergien aufgrund eines im Vorfeld veröffentlichten Hinweises, die Plausibilität der o. g. Annahmen sei Bayer gegenüber durch eine externe Unternehmensprüfung bestätigt worden²⁰.

Erweist sich die Summe der realisierten Synergien aus Übernahme und Eingliederung des Zielunternehmens als größer als die an den Verkäufer bezahlte Übernahmepremie, d. h. jener Teil des Kaufpreises, der den Wert des akquirierten Unternehmens unter Stand-Alone-Betrachtung übersteigt, konnte der theoretische Gesamtunternehmenswert aus den beiden zusammengeführten Unternehmen erfolgreich gesteigert und sog. Shareholder-Value für die neuen Anteilseigner geschaffen werden²¹. Übersteigen die Kosten der Übernahme die geschaffenen Synergien, gilt eine Akquisition nach dem von den meisten Studien bei der Begriffsdefinition von Akquisitionserfolg verwendeten Erfolgsbegriff als gescheitert und die Akquisitionsziele als verfehlt²².

Rn 28

Betriebswirtschaftliche Studien über den Erfolg von Unternehmenstransaktionen haben gezeigt, dass bei durchschnittlich 2/3 aller Transaktionen die gewünschten Effekte nicht erzielt wurden und die Mehrzahl der untersuchten Transaktionen mangels nennenswerter Unternehmenswertsteigerung als nicht erfolgreich beurteilt wurden²³. Als Hauptursache für das Scheitern von Transaktionen wurde neben der Fehlbeurteilung von Synergiepotentialen vor dem Vertragsabschluss in erster Linie die mangelhafte Integration des Zielunternehmens nach Vollzug der Übernahme angeführt²⁴. Weiteres zeigte sich, dass transaktionserfahrene Unternehmen mit professionellem Integrationsmanagement zu höheren Erfolgsquoten bei der Erzielung von Shareholder Value tendieren als Unternehmen, die M&A-Transaktionen

Rn 29

¹⁹ Ebd., S. 18 f.

²⁰ *Bayer AG Investor Relations*, Ad-hoc-Mitteilung nach § 15 WpHG: Bayer und Monsanto schaffen ein weltweit führendes Unternehmen der Agrarwirtschaft, <https://www.bayer.com/sites/default/files/2020-11/Ad-hoc_2016-09-14_d.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023.

²¹ *Dvorak, Michael*, Berücksichtigung von Synergien in Bewertung und Preisfindung, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 861.

²² *Baum*, Mißerfolgskriterien internationaler Akquisitionen, S. 20; vgl. u. Abbildung 1: Ober- und Untergrenze der Kaufpreisfindung.

²³ *Unger, Martin*, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 874 f.

²⁴ *Bauch*, Planung und Steuerung der Post Merger-Integration, S. 2.

opportunitätsgetrieben verfolgen und über weniger professionelle Integrationskapazitäten verfügen²⁵.

Als ein bekanntes und verlustträchtiges Beispiel für eine gescheiterte Unternehmenstransaktion aufgrund von mangelhafter Integration gilt der Zusammenschluss von Daimler Benz und Chrysler aus dem Jahr 1998: Waren beide Seiten anfangs von einer erheblich verbesserten Wettbewerbsposition auf den wichtigen Weltmärkten mit einer breiteren Produktpalette und beträchtlichen Skaleneffekten durch die Nutzung von Plattformkonzepten und Gleichteilen überzeugt, setzte nach der anfänglichen Euphorie rasch Ernüchterung ein, als aufgrund massiver kultureller Unterschiede, eines zu geringen Integrationsgrades und kaum aufeinander abgestimmter Modellprogramme das verheißungsvoll angekündigte Synergiepotential für das gemeinsame Unternehmen ausblieb²⁶. In ähnlicher Weise führten Kommunikationsdefizite im Anschluss an die Vertragsunterzeichnung der Übernahme der Investmentbank Merrill Lynch durch die Bank of America in 2009 zur Abwanderung von Schlüsselarbeitkräften und weitgehendem Ausbleiben der erwarteten Synergieeffekte²⁷.

Rn 30

Es überrascht vor diesem Hintergrund wenig, dass nach Meinung verschiedener Autoren der Integrationsphase bzw. dem Integrationsprozess im Transaktionsverlauf eine wichtige, wenn nicht sogar die wichtigste, Rolle im Hinblick auf den langfristigen Transaktionserfolg zukommt²⁸. Der Transaktionsphase dagegen wird zwar speziell in Bezug auf die Bewertung des erwarteten Synergiepotentials und dem von zukünftigen Erträgen abhängigen Übernahmepreis auch grundlegende Bedeutung beigemessen, im Vergleich zur Integrationsphase gilt sie allerdings als insgesamt weniger entscheidend²⁹.

Rn 31

2.2 Ziele, Maßnahmen und praktische Schwierigkeiten

Die Integrationsphase, die im Fachjargon als PMI oder Vernetzungs- oder Zusammenführungsphase bezeichnet wird³⁰, hat zum Ziel, die verschiedenen Organisationsstrukturen, Geschäftsprozesse, Unternehmenskulturen und Strategien von Käufer- und Verkäuferunternehmen zu vereinheitlichen und die mit der Transaktion verfolgten Ziele sowie im Vorfeld identifizierten Wertsteigerungspotentiale durch die

Rn 32

²⁵ Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 875.

²⁶ Wallentowitz/Freialdenhoven/Olschewski, Strategien in der Automobilindustrie, S. 55 f.

²⁷ Rathnow, Peter, „Wettbewerbsvorteil oder Desaster“: Die Erfolgswahrscheinlichkeiten von Akquisitionen deutlich erhöhen, in: *Kuckertz/Middelberg*, PMI im Mittelstand, S. 147.

²⁸ Schuster, Integration von Organisationen, S. 23; Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 880.

²⁹ Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 876.

³⁰ Graewe, Erfolgsfaktoren für M&A Transaktionen, S. 2541.

Zusammenführung heterogener Unternehmen innerhalb eines Konzernverbunds in Wertsteigerungen zu überführen³¹.

Auch wenn die Integrationsphase im Allgemeinen erst nach Abschluss der Transaktionsphase und rechtlichem Vollzug der Übernahme zum Zeitpunkt des Übergangs der Verfügungsmacht an den Käufer beginnt, wird der Grundstein zum Integrationsmanagement im Idealfall frühzeitig am Beginn des M&A-Prozesses gelegt und die Integrationsstrategie mit den strategischen Grundprinzipien der Integration geplant³².

Rn 33

In Abhängigkeit vom jeweils gewählten Integrationsgrad, also der Frage, in welchem Ausmaß die an der Transaktion beteiligten Unternehmen organisatorisch und kulturell zusammengeführt werden, haben sich in der Praxis drei Grundintegrationsformen mit der partiellen Integration als Regelfall aller M&A-Transaktionen zwischen den beiden Extremformen der Autonomie und selbständigen Fortführung des neu erworbenen Unternehmens als völlig unabhängige Einheit (Stand-Alone-Ansatz) einerseits und der vollständigen Absorption des neuen Unternehmens andererseits etabliert³³. Dabei gelten der Integrationsgrad und das Ausmaß an Synergien als umso höher, je ähnlicher die Geschäftsfelder der beteiligten Unternehmen sind, wodurch Übernahmen von Unternehmen auf derselben Wertschöpfungsstufe bzw. demselben Produkt- oder Marktsegment größeres Wertsteigerungspotential und bessere Umsetzungsaussichten versprechen als sog. konglomerate Verbindungen zwischen branchenfremden Unternehmen mit wenigen Überlappungen³⁴. Demgegenüber steigt mit zunehmendem Integrationsgrad die Komplexität der Integrationsaufgabe und Gefahr von letztlich ausbleibendem Akquisitionserfolg, welche sich in der Praxis durch eine hohe Qualifikation des Integrationsmanagements begrenzen lässt³⁵.

Rn 34

Als Hauptträger der Integrationsverantwortung gilt laut empirischen Umfragen die Unternehmensführung, die in den meisten Fällen ein interdisziplinäres Projektteam zur operativen Durchführung der Integration des gekauften Unternehmens bestimmt³⁶. Der Integrationsprozess stellt dabei für gewöhnlich höchste Anforderungen an das Management, indem in einer Phase, in der Unsicherheiten und Ängste unter

Rn 35

³¹ *Abele/Elzenheimer/Bundschuh*, ZWF 2004, S. 239 ff.; *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 68.

³² *Furtner*, Management von Unternehmensakquisitionen, S. 101 ff.

³³ *Vogel*, M&A: Ideal und Wirklichkeit, S. 248 f.

³⁴ *Mayerhofer*, Handbuch Fusionsmanagement, S. 18 f.

³⁵ *Vogel*, M&A: Ideal und Wirklichkeit, S. 249.

³⁶ *Roediger*, Werte Schaffen durch M&A-Transaktionen, S. 221 f.

Mitarbeitern a priori für eine Destabilisierung der Unternehmensorganisation sorgen, zwei Unternehmen in kürzester Zeit zu vereinigen und weiterzuentwickeln sind, ohne das operative Taggeschäft zu vernachlässigen³⁷. Die Fülle operativer Integrationsmaßnahmen reicht von der Einordnung des gekauften Unternehmens unter eine gemeinsame Gesamtstrategie über die Zusammenführung von Aufbau- und Ablauforganisationen bis zur Etablierung einer gemeinsamen Koordinations-, Steuerungs- und Führungsstruktur und Entwicklung einer gemeinsamen Vertrauens- und Wertebasis³⁸. Zu den gängigsten Integrationsmaßnahmen zählen z. B. die Zusammenlegung von Vertriebseinheiten einschließlich der Übertragung von Kundenstämmen und Vertriebsrechten zur Hebung von Kostensynergien, die Schließung unrentabler Produktionsbereiche zur Verbesserung der Gesamtkapazitätsauslastung über Fixkostendegression und die Einsparung von aufgrund der Akquisition redundant gewordenen Konzernfunktionen³⁹.

Auch wenn die frühzeitige und sorgfältige Planung des Integrationsprozesses als einer der entscheidenden Faktoren für den Erfolg von Unternehmenstransaktionen gilt, ist die Unternehmensleitung vor Vertragsabschluss meist mit Vertragsverhandlungen und in nur seltenen Fällen mit Integrationsdesign und -vorbereitung beschäftigt⁴⁰. Ist das Closing vollzogen, tendiert die Unternehmensleitung gemeinsam mit Transaktionsberatern häufig rasch wieder zu neuen Themen und überlassen die Integrationsaufgabe trotz hohen Bedarfs an Managementkompetenz nicht selten hierarchisch nachgeordneten Leitungsebenen⁴¹. Genauso häufig lässt sich demgegenüber feststellen, dass sich Mitglieder der Unternehmensleitung in der Integrationsphase in einer neuen Doppelrolle wiederfinden, in der sie selbst um ihren Arbeitsplatz konkurrieren und sich speziell im Anschluss an strategisch bedeutende Akquisitionen, für die im Vorfeld in der Hoffnung auf zumindest kurzfristig positive Trends an den Aktienmärkten oftmals überzogene Erwartungen an Synergien, Kostenreduktionen und Personalabbau geschürt wurden, mit erheblichem Handlungsdruck konfrontiert sehen, wenn es um rasch vorzeigbare Erfolge beim Aufbau neuer Organisationsstrukturen, der Schließung von Standorten oder der Reduktion von Führungsebenen geht⁴². Die Anforderungen des Käuferunternehmens treffen das gekaufte Unternehmen indes meist unvorbereitet, oft fehlen die personellen Ressourcen und die benötigte fachliche Kompetenz und als unrealistisch empfundene

Rn 36

³⁷ Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, HB M&A, S. 881.

³⁸ Mayerhofer, Handbuch Fusionsmanagement, S. 23.

³⁹ Hervé, Yves, Wertorientierte Verrechnungspreisplanung, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, Rn 201.

⁴⁰ Unger, Martin, Post-Merger-Integration, in: Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, HB M&A, S. 882.

⁴¹ Ebd., S. 881.

⁴² Mayerhofer, Handbuch Fusionsmanagement, S. 14 f.

Synergievorgaben sorgen für Unsicherheit und Frustration bei dessen Verantwortlichen⁴³.

Da die Integrationsphase am Ende des Erwerbsvorgangs neben der Strategieentwicklungsphase am Beginn als erfolgskritisch gilt und eine halbherzig oder zögerlich vollzogene Unternehmensintegration mit verspäteten oder generell ausbleibenden Synergieerfolgen häufig das Scheitern von Übernahmen zur Folge hat⁴⁴, ist für den betriebswirtschaftlichen Erfolg einer Transaktion entscheidend, dass die Unternehmensführung sich der Bedeutung der Integrationsphase frühzeitig bewusst wird und den Integrationsprozess zügig, konsequent und zielgerichtet mit dem erforderlichen Maß an Managementkompetenz und -aufmerksamkeit vorantreibt⁴⁵.

Rn 37

2.3 Herausforderungen aus rechtlicher Perspektive

Das typische wirtschaftsanwaltliche Aufgabenspektrum in der postakquisitorischen Phase umfasst gesellschaftsrechtliche, handelsrechtliche, arbeitsrechtliche, steuerrechtliche und patentrechtliche Rechtsgebiete und erstreckt sich von der Unterstützung bei der Erfüllung von Kaufvertragsverpflichtungen, der Ermittlung des finalen Kaufpreises und dem Vollzug des Eigentumsübergangs über die Neubesetzung von Gremien und arbeitsrechtliche Fragestellungen wie z. B. die Überarbeitung von Individual- und Kollektivarbeitsverträgen, Anpassung an einheitliche Erwerberstandards und Vertragsverlängerungen wichtiger Schlüsselpersonen bis zur Durchsetzung allfälliger Gewährleistungs- und Haftungsansprüche im Nachgang der Übernahme⁴⁶. Gleichzeitig ist die Integration des Geschäftsbetriebs in die Unternehmensgruppe des Erwerbers häufig Auslöser von umfangreichen Restrukturierungsmaßnahmen entlang der gesamten Konzernwertschöpfungskette mit tiefgreifenden und nachhaltigen Einschnitten in die Organisation der Zielgesellschaft, die betriebswirtschaftlich naheliegend erscheinen, sich aber aus rechtlicher Sicht nicht als ohne weiteres durchsetzbar erweisen.

Rn 38

Ein in der Praxis häufig anzutreffendes Beispiel einer Integrationsmaßnahme, deren Durchsetzbarkeit rechtliche Grenzen gesetzt sind, ist die sog. Post Closing DD wie sie im Anschluss an die dringende Notverstaatlichung der Hypo Alpe-Adria Bank und rasch vollzogenen Übernahme der Anteile der Bayern LB durch die Republik Österreich im Jahr 2010 beauftragt wurde. Die Durchführung einer Post Closing DD,

Rn 39

⁴³ *Wietzke*, Post Merger Integration, S. 2.

⁴⁴ *Ebd.*, S. 7; *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 37 ff.

⁴⁵ *Unger, Martin*, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 877, 882.

⁴⁶ *Hettler, Stephan /Stratz, Rolf-Christian*, Steuerung des M&A-Prozesses, in: *Hettler/Stratz/Hörtnagl*, Handbuch Unternehmenskauf, Rn 116 – 119.

in der nach Vollzug der Anteilsübertragung am Zielunternehmen wirtschaftlich und rechtlich geprüft werden soll, ob das erworbene Unternehmen den im Kaufvertrag vereinbarten Eigenschaften entspricht oder ob andernfalls gewährleistungsanspruchsbegründende Mängel bestehen und noch vor Eintritt der Verjährung beanstandet werden können, ist in einem professionell strukturierten Akquisitionsprozess aus Erwerbersicht empfehlenswert⁴⁷.

Ob für den Konzernvorstand im Einzelfall eine Untersuchungspflicht im Anschluss an Übernahmen aufgrund seiner allgemeinen Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung besteht, lässt sich nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände, z. B. bei begründetem Anlass zur Annahme von Gewährleistungsansprüchen oder bei Verdacht auf Gesetzesverstöße, nicht aber generalisierend beantworten⁴⁸. Generell wird die Erwerbengesellschaft ihr Informationsbedürfnis sowie den Integrationsprozess bei freundlichen Übernahmen leichter durchsetzen können als bei umkämpften, von gegenseitigen Ressentiments geprägten Übernahmen, welche zum Glück nicht den Regelfall bei M&A-Transaktionen bilden⁴⁹. Bei feindlichen Übernahmen ist die Bereitschaft zur Kooperation beim Vorstand der Zielgesellschaft i. d. R. begrenzt, sodass sich für den Vorstand der Erwerbengesellschaft zwangsläufig die Frage stellt, ob die Geschäftsleitung der übernommenen Gesellschaft allenfalls zur Zulassung einer Post Closing DD verpflichtet werden kann.

Rn 40

Im Gegensatz zu konzernverbundenen GmbHs, deren Geschäftsführung selbst wirtschaftlich nachteiligen Weisungen bis zur strafrechtlichen Grenze Folge leisten muss⁵⁰, besteht für den Vorstand der Konzernmutter im Fall einer AG und bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags kein allgemeines Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft, der seinerseits das eigene Handeln ausschließlich am Interesse der Gesellschaft zu orientieren und bei börsennotierten Gesellschaften zudem den aufgrund der Öffentlichkeit und der beteiligten außenstehenden Aktionäre erhöhten Transparenzerfordernissen Rechnung zu tragen hat⁵¹. Der Zugriff auf Informationen bzw. der Informationsfluss zwischen Übernehmer und Zielgesellschaft generell erweist sich im Fall einer AG folglich als problematisch und kann von den Parteien nur im Rahmen ihrer beteiligungsrechtlichen Grenzen und Berücksichtigung der konzernrechtlichen Informationsordnung durchgesetzt werden⁵².

Rn 41

⁴⁷ *Brugger*, Handbuch Unternehmenserwerb, Rn 2464 ff.

⁴⁸ *V. Falkenhausen*, Die Post-M&A Due Diligence, S. 1211 f.

⁴⁹ *Mayerhofer*, Handbuch Fusionsmanagement, S. 21.

⁵⁰ *Maschann*, Weisungsrecht im Matrix-Konzern, S. 1561.

⁵¹ *Fromholzer, Ferdinand / Hasselbach, Kai / V. Werder, Andreas*, II. Der Unternehmenskauf börsennotierter Unternehmen (Public to Private), in: *Eilers/Koffka/Mackensen/Paul*, Private Equity, Rn 114.

⁵² Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 28 ff.

Zur Durchsetzung der Integrationsmaßnahmen ist es das Ziel jedes Erwerbers, nach erfolgter Übernahme möglichst rasch die Kontrolle über die Geschäftsführung der Zielgesellschaft zu erlangen und auf solche Weise Einfluss auf die für den Unternehmensverbund bedeutenden Geschäftsleitungsentscheidungen nehmen zu können⁵³. Wie unter Rn 35 ausgeführt gilt es bei personellen Redundanzen Personalabbaupläne rasch und konsequent umzusetzen, Führungsstrukturen zu vereinheitlichen, Unternehmensteile und -funktionen konzernintern zu verlagern und ggf. einen umfassenden Konzernumbau einschließlich einer Neuordnung des Beteiligungsportfolios und Abverkauf von nicht mehr betriebsnotwendigem Anlagevermögen einzuleiten.

Rn 42

Auch wenn diese Maßnahmen sich als betriebswirtschaftlich probate Mittel zur erforderlichen Synergiegewinnung qualifizieren, stellen sie gleichzeitig einen erheblichen Eingriff in die Leitungsautonomie und Organisation der trotz Übernahme nach wie vor rechtlich selbstständigen Zielgesellschaft und nicht selten eine Kollision der Interessen zwischen Mutter- und Tochterunternehmen dar. Sie benötigen daher trotz Integrations- und Erfolgsdruck besondere rechtliche Eingriffsmöglichkeiten, für die der Gesetzgeber Grundregeln wie z. B. § 311 AktG etabliert hat, wonach die abhängige Gesellschaft für sie nachteilige Maßnahmen auf Veranlassung der Mutter durchführen kann (aber nicht muss), ihr jedoch der dadurch entstehende Nachteil auszugleichen ist⁵⁴. Personalabbau etwa ist nur zulässig, sofern das abhängige Tochterunternehmen weiterhin den Unternehmensfunktionen nachkommen kann, währenddessen Unternehmens- und Funktionsverlagerungen nur insofern in Frage kommen, als der Vorstand des Tochterunternehmens sie auch mit konzernfremden Dritten abgeschlossen hätte⁵⁵.

Rn 43

Das deutsche Gesellschaftsrecht enthält kein eigenes Handlungs- oder Haftungsregime für Unternehmensübernahmen. Im Gegensatz zum Übernahmeprozess selbst, wo den Sorgfaltspflichten der Verantwortlichen zunehmend Aufmerksamkeit geschenkt wird und sich z. B. die Durchführung einer DD im Vorfeld des Vertragsabschlusses oder die Einholung einer Fairness Opinion zur Validierung von Kaufpreisen inzwischen als Best Practices etabliert haben, ist der Diskussionsstand insb. in Bezug auf die postakquisitorische Phase noch wenig entwickelt und es ist anzunehmen, dass es den Verantwortlichen in der Unternehmenspraxis im Anschluss an

Rn 44

⁵³ Fromholzer, Ferdinand / Hasselbach, Kai / V. Werder, Andreas, II. Der Unternehmenskauf börsennotierter Unternehmen (Public to Private), in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul, Private Equity, Rn 114.

⁵⁴ Dieckmann, Hans, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, Rn 72.

⁵⁵ Ebd., Rn 77 – 79.

Übernahmen nicht selten an Problembewusstsein fehlt. Für die Beantwortung von zentralen praktischen Fragestellungen, wie z. B. nach einem allfälligen Ermessensspielraum des Konzernvorstands in Bezug auf die Integration von neu erworbenen Tochterunternehmen, nach einer eventuellen Untersuchungspflicht nach Kaufvertragsunterzeichnung, nach den Grenzen des Informationsflusses oder nach den konkreten Eingriffsmöglichkeiten, stehen lediglich generalklauselartige Rechtsnormen in den aktien- und konzernrechtlichen Haftungsgrundlagen und punktuelle Rspr. zur Verfügung. Gleichzeitig ist vor dem Hintergrund der herausragenden Bedeutung der Integration für den Erfolg eines Unternehmenserwerbs und der Aufgabe des Managements, bekannte Misserfolgskriterien auszuschalten und Erfolgsfaktoren für das Unternehmen nutzbar zu machen⁵⁶, von einer Pflicht zu einer umfassenden und professionellen rechtlichen Auseinandersetzung mit der postakquisitorischen Phase und den typischen Fallstricken als Teil der Sorgfaltspflicht der Unternehmensleitung auszugehen, für deren Konkretisierung die vom Gesetzgeber und Rspr. entwickelten Maßstäbe nur beschränkt ausreichen und konkret anwendbare Handlungsempfehlungen vielfach fehlen.

⁵⁶ Hülsberg, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 50.

3 Allgemeine transaktionsunabhängige Verhaltenspflichten

3.1 Fallbeispiel 1: Allgemeinrechtliche Vorgaben für Leitungsentscheidungen

Sachverhalt:

Die Holding AG ist ein in Form einer nicht börsennotierten deutschen AG fremdgeführtes Familienunternehmen mit Firmensitz in Deutschland und jahrelanger Unternehmenstradition. 70 % der Anteile werden vom Unternehmensgründer („UBO“) gehalten, 30 % der Anteile wurden inzwischen auf dessen Sohn übertragen („UBO-Sohn“). Die Holding ist seit mehr als 30 Jahren im Bereich der Medizintechnik tätig und Anbieter mehrerer bekannter Medizinprodukte, deren Wachstumsraten aufgrund zunehmender Konkurrenz aus Billiglohnländern zuletzt rückläufig waren.

Der aus zwei Mitgliedern bestehende Vorstand gelangt zur Auffassung, dass das aktuelle Produktangebot des Unternehmens offenbar eine Sättigungsphase erreicht hat, und rechnet mit einem sukzessiven Verlust von Marktanteilen. Konkret besteht die Gefahr, dass die Umsatzerlöse in Zukunft die Deckungsbeitragsgrenzen nicht mehr überschreiten und die Holding AG nachhaltig in die Verlustzone bringen könnten. Die allgemeine Gefährdungslage i. Z. m. Compliance-Verstößen wurde in der Medizintechnik bislang als gering eingestuft, so dass die Compliance-Organisation der Holding als verhältnismäßig wenig entwickelt gilt.

Vor diesem Hintergrund wird im Vorstand über eine Änderung der Strategie diskutiert. Man ist sich der wirtschaftlichen Tragweite dieser notwendigen Entscheidung bewusst, die Vorstandsmitglieder bewerten die zur Verfügung stehenden Optionen unterschiedlich und fürchten sich vor rechtlichen Konsequenzen bei ausbleibendem Erfolg. Vorstandsmitglied Richard Bange plädiert für umfangreiche Investitionen in Forschung und Entwicklung und eine raschere Weiterentwicklung der aktuellen Produktpalette, das tendenziell risikobereitere Vorstandsmitglied Guido Kuhn hingegen präferiert den vollständigen Ausstieg aus der traditionellen Medizintechnik und die Erschließung eines neuen Geschäftsfelds durch Aufnahme der Produktion von Glücksspieltechnologie und Eröffnung eigener Spielhallen, mit deren Bau er in Zukunft die Baufirma seiner Ehefrau beauftragen möchte. Zudem kommt es wie in der Vergangenheit regelmäßig zur informellen direkten Einflussnahme auf die operative Geschäftsführung durch den UBO, der mit dem Einstieg in das Glücksspielwesen die Möglichkeit von schnellem Geld für sich sieht. Bange und Kuhn haben Zweifel an der Rechtmäßigkeit der ihnen gegenüber erteilten Geschäftsführungsanweisungen und erwägen die anstehende Strategieentscheidung zu möglicherweise haftungsbefreienden Zwecken notfalls dem AR vorzulegen.

Vorstand Bange und Kuhn fragen sich, nach welchen rechtlichen Grundsätzen die Entscheidung zur zukünftigen Ausrichtung der Holding AG zu treffen ist.

Rn 45

3.1.1 Gesellschaftsrechtliche Hauptpflichten

Die Pflichten des Vorstands einer AG richten sich nach den aktienrechtlichen Vorgaben. Zu berücksichtigen sind daneben die Vorschriften des DCGK, der als Antwort auf die tendenziöse Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsverfahrens in Bezug auf notwendige Regulierungserfordernisse und einem in weiten Teilen schwer verständlichen und übermäßig großem Konvolut an Paragraphen auf Initiative des deutschen Justizministeriums als Modell der Selbstverpflichtung ins Leben gerufen wurde⁵⁷. Wenngleich bei den Vorschriften des DCGK keine Rechtspflicht per se besteht,

Rn 46

⁵⁷ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht: § 21 Organe der AG, Rn 15.

sondern gem. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG diese nur im Hinblick auf eine jährlich von Vorstand und AR abzugebende Erklärung darüber, ob dem DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen des DCGK nicht angewendet wurde oder werden und aus welchen Gründen nicht, besteht, hat der Kodex wichtige Informations- und Dokumentationsfunktion, indem er gesetzliche Regelungen präzisiert und die darin zum Ausdruck kommenden Anforderungen mit, soweit eine positive Entsprechungserklärung abgegeben wurde, verpflichtenden Empfehlungen oder rechtlich unverbindlichen Anregungen konkretisiert.

Die AG ist als juristische Person allein nicht handlungsfähig, sondern erlangt ihre Handlungsfähigkeit erst durch Handlungen, Unterlassungen oder Zustände, die durch Organe veranlasst oder beherrscht werden⁵⁸. Während Grundlagenentscheidungen Aufgabe der HV sind und die Überwachung des Vorstands Angelegenheit des AR ist, ergeben sich die Hauptaufgaben des Vorstands aus §§ 76 – 78 AktG und umfassen die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung, die alleinige Geschäftsführung und die Vertretung der AG nach außen⁵⁹.

Rn 47

I. Z. m. der Leitungsfunktion des Vorstands unterscheidet das Gesetz trotz inhaltlicher Überschneidungen zwischen der nicht delegierbaren Leitung der AG gem. § 76 AktG und der auf nachgeordnete Unternehmensebenen übertragbaren Geschäftsführung gem. § 77 AktG insofern, als der umfassendere Begriff Geschäftsführung jedes tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigwerden des Vorstands für die AG beschreibt, während die Unternehmensleitung mit der strategischen Führung des Unternehmens, insb. der Festlegung der Unternehmenspolitik, den Entscheidungen über die zu übernehmenden geschäftlichen und finanziellen Risiken und den Maßnahmen zur organisatorischen Durchsetzung der Unternehmenspolitik, nur einen herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung umfasst⁶⁰.

Rn 48

Konkrete Anforderungen, auf welche Weise der Vorstand die Leitungsfunktion wahrzunehmen hat, gibt es im Gesetz nicht. Der Bezugspunkt des Leistungsauftrags ist gem. § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft und zugleich das von ihr betriebene Unternehmen i. S. einer auf die Erreichung bestimmter Zwecke gerichteten wirtschaftlichen Einheit, als dessen Inhaberin die Gesellschaft fungiert⁶¹. Als Maßstab dient

Rn 49

⁵⁸ Heider, Karsten, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 42 f.

⁵⁹ Kort, Michael, § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Hopt/Wiedemann, AktG-GroKo, Rn 30; Kort, Michael, § 2. Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands, in: Fleischer, Hb Vorstandsrecht, Rn 9 f.

⁶⁰ Spindler, Gerald, § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 15 – 17.

⁶¹ Weber, Markus, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Hölters/Weber, AktG Komm, Rn 18.

das Gesellschaftsinteresse, dem Vorrang gegenüber sonst bestehenden Interessen einzuräumen ist und das, sofern die Satzung keine davon abweichenden Regelungen in Bezug auf den Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck enthält, im Wesentlichen darin besteht, den Bestand des in der Gesellschaft verfassten Unternehmens zu sichern und für dessen dauerhafte Rentabilität zu sorgen, also konsequenterweise der nachhaltigen Erhaltung seiner Rentabilität und langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts⁶². Aus der organschaftlichen Stellung der Geschäftsleitungsorgane folgt neben der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen darüber hinaus eine allgemeine Treuepflicht, die von Vorstandsmitgliedern ein loyales Verhalten bei ihren Einwirkungsmöglichkeiten auf das treuhänderisch verwaltete Gesellschaftsvermögen verlangen und z. B. gem. §§ 93 Abs. 1 S. 3, 116 S. 2 AktG zu besonderer Verschwiegenheit über während der Amtszeit erlangter Informationen oder gem. § 88 Abs. 1 AktG einem strikten Wettbewerbsverbot hins. Geschäftschancen der Gesellschaft verpflichten⁶³.

Zum Eingangsbeispiel unter Rn 45 ist festzustellen, dass die Grundausrichtung der zukünftigen wirtschaftlichen Aktivitäten der Holding als strategische Entscheidung zu den wichtigsten Leitungsaufgaben der Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn gehört. Bange und Kuhn haben sich bei dieser Richtungsentscheidung strikt an die Vorgaben des Aktienrechts und, sofern sie sich zur Einhaltung des DCGK verpflichtet erklärten, dessen Grundsätze zu halten. Leitlinien bilden das Gesellschaftsinteresse an einem dauerhaft gesicherten und profitablen Unternehmensbestand sowie der in der Satzung vorgegebene Unternehmensgegenstand, der im Falle eines Einstiegs in das Glücksspielwesen gem. § 179 AktG einer allfälligen Änderung bedarf. Keinesfalls darf sich Kuhn aufgrund seiner Treuepflicht von persönlichen Interessen und seiner persönlichen Beziehung zu einem potentiellen zukünftigen Geschäftspartner leiten lassen, sondern hat den potentiellen Interessenskonflikt unverzüglich Vorstandsmitglied Bange und dem AR offenzulegen⁶⁴.

Rn 50

3.1.2 Allgemeine Leitungsgrundsätze

3.1.2.1 Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht

Die Vorstandsmitglieder haben die Gesellschaft unter Einhaltung von Gesetz und Satzung zu leiten⁶⁵. Diese sog. Legalitätspflicht ist nicht im Gesetz geregelt, sondern

Rn 51

⁶² Dörrwächter, Jan, § 4 Leitung als Vorstandsaufgabe, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 30 – 32.

⁶³ Nazari-Khanachayi, Haftung im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Rn 167.

⁶⁴ Arnold, Michael, § 7 Organpflichten, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 65 f.

⁶⁵ Vgl. u. Pkt. 6.1 ff.

resultiert aus einer Reihe von Vorschriften⁶⁶ und zählt zu den Hauptleistungspflichten eines gewissenhaften Vorstands. Dies gilt dem Grund nach auch für sog. nützliche Pflichtverletzungen: Nützliche Gesetzesverstöße, d. h. Handlungen, die gesetzeswidrig sind, der AG aber wirtschaftliche oder rechtliche Vorteile bringen, sind ausnahmslos unzulässig; nützliche Vertragsverletzungen, also die bewusst in Kauf genommene Verletzung vertraglicher Verpflichtungen der Gesellschaft durch den Vorstand, müssen dagegen unter engen Voraussetzungen und zurückhaltendem Gebrauch nicht notwendigerweise einen Pflichtverstoß darstellen⁶⁷. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit kann folglich nur innerhalb der Grenzen des gesetzlich Erlaubten bestehen⁶⁸.

Die Vorstandsmitglieder müssen nicht nur in ihrem eigenen Handeln die für das Unternehmen geltenden Gesetze, Verordnungen und Rechtsvorschriften beachten, sondern haben im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren für jederzeit gesetzeskonformes Verhalten aller übrigen im Namen der Gesellschaft handelnden Personen im Rechts- und Geschäftsverkehr Rechnung zu tragen (Legalitätspflicht i. w. S. oder Legalitätskontrollpflicht)⁶⁹.

Rn 52

Unbestritten ist was heute gemeinhin als „Compliance“⁷⁰ bezeichnet wird, nämlich dass Unternehmen, Organmitglieder und Mitarbeiter sich rechtmäßig verhalten müssen und die Sicherung von rechtmäßigem Verhalten von Unternehmen und Organmitgliedern eine der Hauptleistungspflichten des Vorstands ist⁷¹. Weniger eindeutig ist, inwieweit es eine weiterführende Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer institutionalisierten Compliance-Organisation bzw. eines Compliance-Management-Systems (CMS) gibt⁷².

Rn 53

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines CMS nach vorgegebenen Mindeststandards besteht für Unternehmen, sofern sie nicht einem regulierten Wirtschaftsbereich wie z. B. der Finanzwirtschaft angehören und aufgrund spezieller Vorschriften dazu veranlasst werden, nicht⁷³. Dennoch ist das Bestehen einer Vorstandspflicht zur angemessenen Compliance-Organisation inzwischen nach h. M. anerkannt, auch wenn in Ermangelung einer eindeutigen gesetzlichen Normierung

Rn 54

⁶⁶ Siehe dazu z. B. §§ 91 Abs. 2, 396 AktG, Grundsatz 5 DCGK i.d.F. vom 28.4.2022.

⁶⁷ *Tödtmann, Ulrich / Winstel, Marc*, § 13 Compliance als Vorstandsaufgabe, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 19 – 22.

⁶⁸ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 402.

⁶⁹ *Hoffmann-Becking, Michael*, § 25 Organpflichten der Vorstandsmitglieder, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 32; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 403.

⁷⁰ Vgl. hins. Definition u. Pkt. 6.1.1.

⁷¹ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1322.

⁷² *Koch, Jens*, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 13; *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1322.

⁷³ *Hein*, Compliance, S. 74; *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 917.

die rechtliche Grundlage dafür nicht eindeutig ist⁷⁴. Als Anknüpfungspunkte eignen sich z. B. die gesellschaftsrechtlichen Leitungspflichten des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, zu der die Organisationsverantwortung und die Pflicht zum Aufbau einer effizienten Unternehmensstruktur und -organisation zählen⁷⁵, die Sorgfaltspflichten nach § 93 Abs. 1 AktG oder die Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikofrüherkennungssystems gem. § 91 AktG gleichermaßen wie die sanktionsrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf durch vertretungsberechtigte Personen begangene, die Gesellschaftspflichten verletzenden Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten gem. § 30 OWiG oder auf die gem. § 130 Abs. 1 OWiG unterlassenen Aufsichtsmaßnahmen über Mitarbeiter⁷⁶. Aus der Gesamtschau der vorgenannten Bestimmungen folgt jedenfalls die Pflicht zur Einrichtung einer ordnungsgemäßen Compliance Organisation.

Die entscheidende Frage für den Vorstand besteht darin, wie eine ordnungsgemäße Compliance Organisation ausgestaltet sein muss, um den rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden⁷⁷. Auch wenn erneut eindeutige Anhaltspunkte im Gesetz fehlen, liegen inzwischen eine Reihe von Urteilen und Empfehlungen vor, die für die Konkretisierung der Compliance-Pflicht und organisatorischen Anforderungen einer Compliance-Organisation herangezogen werden können.

Rn 55

Als wegweisend für ihr Anforderungsprofil erwies sich die i. Z. m. der Aufdeckung der Korruptionsaffäre bei Siemens ergangene sog. Neubürger-Entscheidung des Landgerichts München I aus 2013, wonach der Klage der Siemens AG auf Schadensersatz durch ein ehemaliges Vorstandsmitglied wegen Unterlassens einer angemessenen Reaktion auf bekannt gewordene Compliance-Verstöße und Verletzung der Organisationspflichten bei der Einrichtung und Überwachung eines Compliance-Management-Systems stattgegeben wurde⁷⁸. Hins. der Einzelausgestaltung der Compliance-Organisation erkannte das Gericht zwar dem Vorstand einen erheblichen Beurteilungsspielraum zu, stellte jedoch fest, dass der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht der Vorstandsmitglieder erst nach Einrichtung einer auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation unter Beachtung von Art, Größe und Organisation des Unternehmens, der zu beachtenden

Rn 56

⁷⁴ *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 917.

⁷⁵ *Pelz, Christian*, § 5. Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufsichtspflicht, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance, Rn 38.

⁷⁶ *Hein*, Compliance, S. 71 ff.; *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 62 f.; *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1323 ff.; *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 917.

⁷⁷ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 402.

⁷⁸ LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 -, in NZG 2014, S. 345 – 349 (S. 347).

Rechtsvorschriften, der geographischen Präsenz sowie von Verdachtsfällen aus der Vergangenheit Genüge getan ist⁷⁹.

Verlangt wird eine an die Gesellschaft und ihre Verhältnisse angepasste, vom Einzelfall abhängige Überwachungsstruktur, deren organisatorische Ausgestaltung dem jeweiligen Vorstandsermessen gleichermaßen obliegt wie die Frage, ob er Compliance-Aufgaben selbst wahrnimmt oder an Dritte delegiert, die Compliance-Organisation als Teil der Rechtsabteilung einrichtet oder als eigene Abteilung führt, den verantwortlichen Mitarbeitern ausschließlich Compliance-relevante Aufgaben oder ihnen andere Aufgaben überträgt⁸⁰. Mit dem Ermessen geht jedoch Ungewissheit darüber einher, inwieweit die nach Ermessen getroffenen Compliance-Maßnahmen im Falle eines Verstoßes von Gerichtswegen als ausreichend beurteilt werden würden⁸¹.

Rn 57

Zu den nach h. M. anerkannten Grundsätzen ordnungsgemäßer Legalitätskontrolle zählen zumindest (i) ein glaubwürdiger „Tone-from-the-Top“ dahingehend, dass Rechtsverletzungen ausnahmslos nicht geduldet werden, (ii) klare Aufgabenverantwortlichkeiten, (iii) die Einstufung von Unternehmensbereichen in Abhängigkeit von Compliance-Risiken, (iv) die sorgfältige Auswahl sachkundiger Mitarbeiter, (v) die stichprobenartige Überwachung von Mitarbeitern und (vi) die konsequente Klärung und Beendigung von Verstößen.

Rn 58

Bezugnehmend auf das Eingangsbeispiel unter Rn 45 ist anzunehmen, dass mit der Änderung der strategischen Ausrichtung und einem Wechsel von der wenig riskanten Medizintechnik in das Glücksspielwesen, das in der Vergangenheit häufig stellvertretend für Unregelmäßigkeiten i. Z. m. Geldwäsche oder Korruption stand, erhöhte Anforderungen an die Compliance-Prozesse der Holding einhergehen werden. Vor dem Hintergrund einer gesteigerten Risikolage ist den Vorstandsmitgliedern Bange und Kuhn ein deutlich über aktuelle Best Practices hinausgehender Standard bei der Ausgestaltung der Compliance-Organisation und ihrer Ausstattung mit den erforderlichen Kompetenzen, Ressourcen und Durchgriffsrechten anzuraten. Eine externe Zertifizierung über die Effektivität der Compliance-Organisation kann zusätzliche Vergewisserung darüber bieten, inwieweit die getroffenen Maßnahmen geeignet sind, der Legalitätskontrollpflicht und Compliance-Verantwortung von Bange und Kuhn gerecht zu werden, führt jedoch bei Rechtsverstößen nicht zu einer Exkulpation gem. §§ 30, 130 OWiG⁸². Entscheidend ist für Strafverfolgungs-

Rn 59

⁷⁹ *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest, S. 324.

⁸⁰ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1325.

⁸¹ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 403.

⁸² *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 404.

und Aufsichtsbehörden, dass es nicht nur bei der Existenz eines nach außen beachtlichen Compliance-Systems bleibt, sondern dass dieses mit Nachdruck von der Führungsebene unterstützt wird⁸³.

3.1.2.2 Eigenverantwortlichkeit und Weisungsunabhängigkeit

Die Leitung obliegt gem. § 76 Abs. 1 AktG dem Vorstand unter eigener Verantwortung. Weder Anteilseigner noch AR sind befugt, dem Vorstand bei der Ausübung seiner Leitungsmacht Weisungen zu erteilen. Eine Ausnahme davon besteht lediglich für Rechtsgeschäfte von besonderer Bedeutung, die gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG aufgrund von Bestimmung durch Satzung oder AR unter Zustimmungsvorbehalt stehen, sowie Fragen der Geschäftsführung, sofern gem. § 119 Abs. 2 AktG der Vorstand eine Entscheidung durch die HV verlangt⁸⁴. Mit Ausnahme der im Vertragskonzern vorgesehenen Einflussmöglichkeiten⁸⁵ sind Weisungen an den Vorstand grds. unbeachtlich und insb., wenn sie dem Unternehmenswohl widersprechen, nichtig und entfalten bei Befolgung niemals haftungsbefreiende Wirkung gegenüber dem verantwortlichen Vorstand⁸⁶. Im Gegensatz dazu sieht das GmbH-Recht für die Geschäftsführer einer GmbH von vornherein keine eigenständige Kompetenz vor, und den GmbH-Gesellschaftern steht per Beschlussfassung jegliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung offen⁸⁷.

Rn 60

Konfliktsituationen i. Z. m. der Einflussnahme auf Vorstandmitglieder sind typischerweise auf Interessensgegensätze in der von der ökonomischen Theorie als Prinzipal-Agent-Verhältnis bezeichneten Beziehung zwischen Eignern und Management zurückzuführen und treten häufig innerhalb von Unternehmensgruppen und in Form von AG geführten Familienunternehmen zutage⁸⁸. Während in großen Konzernen die Rechtsform und die damit verbundenen Anforderungen bewusst gewählt werden, um den Handel von Anteilen an regulierten Märkten zu erleichtern, und in Familienunternehmen der Einsatz der AG geeignet ist, wenn sich Gesellschafter im Wesentlichen auf ihre kapitalmäßige Beteiligung zurückziehen oder bei einem nach mehreren Generationenwechsel unüberschaubar groß gewordenen Gesellschafterkreis eine weiterhin unabhängige und starke Unternehmensleitung gewährleisten möchten, ist bei Familienunternehmen mit weniger Gesellschaftern das mit

Rn 61

⁸³ Veit, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 5.

⁸⁴ Fleischer, Holger, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Spindler/Stilz, Komm AktG, Rn 57 f.

⁸⁵ Vgl. u. Pkt. 5.1.3.3.

⁸⁶ Parsché, Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder, S. 11, 154.

⁸⁷ Adler, Verbot der Nachteilszufügung, S. 57.

⁸⁸ Lange, Corporate Governance im Familienunternehmen, S. 2585; Vetter, Interessenskonflikte im Konzern, S. 344 ff.

der Bezeichnung der Leitungs- und Überwachungsorgane assoziierte Renommee ein häufig anzutreffendes Motiv für die Gründung einer AG⁸⁹. Trotz der für Kapitalgesellschaften typischen Trennung zwischen dem von den Aktionären zu tragendem unternehmerischem Risiko und der sich in den Händen des Managements befindenden Verfügungsgewalt und ungeachtet der gesetzlich zwingend vorgesehenen Kompetenzverteilung zwischen Gesellschaftern, AR und Vorstand ist gerade in Familienunternehmen aufgrund der hohen emotionalen Verbundenheit der Eigentümer mit ihrer Gesellschaft häufig die Tendenz zur verstärkten Einmischung in das operative Tagesgeschäft der Geschäftsführung und der Wunsch nach einem hohen Maß an Flexibilität, unternehmerische Entscheidungen aktiv mitgestalten zu wollen, ausgeprägt⁹⁰. Auch wenn die Weisungsfreiheit des Vorstands in § 76 Abs. 1 AktG garantiert ist und es einer rechtlichen Verbindlichkeit von Weisungen eines Gesellschafters gegenüber dem Vorstand fehlt, ergibt sich der faktische formlose Einfluss von Aktionären, die vermeinen dem Vorstand dennoch Weisungen erteilen oder mit ihm vorab Vereinbarungen zur zukünftigen Leitung der Gesellschaft abschließen zu können, in der Praxis allein insofern aus der wirtschaftlichen Realität, als sich jeder angewiesene, karrierebewusste Vorstand davor hüten wird, eine Weisung unbegründet nicht zu befolgen⁹¹.

Befolgt der Vorstand die Anweisung trotz fehlender Weisungsgebundenheit, so liegt es an seiner eigenen Verantwortung, die Handlungen stets am Wohl des Unternehmens unter sachgerechter Berücksichtigung der Interessen von Aktionären, Arbeitnehmern und Öffentlichkeit auszurichten⁹². Demgegenüber haben Anteilseigner i. d. R. rein finanzielle Motive und eine kürzere Perspektive für die Wertsteigerung ihres Kapitaleinsatzes, woraus zumindest teilweise gegensätzliche Interessenlagen resultieren.⁹³

Rn 62

Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG haftet den Gläubigern allein das Gesellschaftsvermögen und eine Haftung der Aktionäre mit dem privaten Vermögen ist dem Grunde nach ausgeschlossen, weshalb zuordnungsrechtlich streng zwischen dem Vermögen der juristischen Person und dem Vermögen der Anteilseigner zu unterscheiden ist⁹⁴. Dieses für Kapitalgesellschaften maßgebliche Trennungsprinzip gilt jedoch nicht

Rn 63

⁸⁹ *Dethleff*, Unzulässigkeit der Einflussnahme; *V. Rechenberg, Wolf-Goerg*, Teil I: Einleitung – Abgrenzung der Familienunternehmen von anderen Unternehmen, in: *V. Rechenberg/Thies/Wiechers*, HB Familienunternehmen, S. 86.

⁹⁰ *V. Rechenberg, Wolf-Goerg*, Teil I: Einleitung – Abgrenzung der Familienunternehmen von anderen Unternehmen, in: *V. Rechenberg/Thies/Wiechers*, HB Familienunternehmen, S. 173.

⁹¹ *Adler*, Verbot der Nachteilszufügung, S. 55.

⁹² *Schindera*, Kompetenzverteilung in der AG, S. 51.

⁹³ *Vogel*, M&A: Ideal und Wirklichkeit, S. 32.

⁹⁴ *Heider, Karsten*, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 46.

uneingeschränkt und wird ausnahmsweise durchbrochen, wenn die Gesellschaftsform von den dahinterstehenden Aktionären als schützender Schleier auf eine Weise missbraucht wird, die dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht⁹⁵.

Eine bestimmte Fallgruppe für die Durchbrechung des Trennungsprinzips ist der Haftungsdurchgriff auf Aktionäre nach § 117 Abs. 1 AktG, welche unter vorsätzlicher Ausnutzung ihrer Machtstellung Organmitglieder oder leitende Angestellte der Gesellschaft zu einer das Gesellschaftsvermögen oder Vermögen von anderen Aktionären mindernden Maßnahme veranlassen⁹⁶. Zweck der Norm ist es sicherzustellen, dass ein Alleinaktionär oder maßgeblich beteiligter Aktionär – auch wenn eine unmittelbare Weisung an den Vorstand rechtlich ausgeschlossen ist – allein aufgrund der starken wirtschaftlichen Stellung und der Möglichkeit, die Gesellschaftsorgane nach eigenen Vorstellungen zu besetzen, nicht derartigen Druck auf Vorstandsmitglieder ausüben kann, dass sich diese trotz Weisungsfreiheit seinem Willen beugen und seinen Wünschen zum Nachteil der Gesellschaft entsprechen⁹⁷. Kommt es dennoch zur vorsätzlich schädigenden Einflussnahme, kann sowohl im Innenverhältnis von der Gesellschaft selbst gem. § 117 Abs. 1 S. 1 AktG als auch auf direktem Weg von den Gläubigern der Gesellschaft gem. § 117 Abs. 1 S. 1 AktG sowie unmittelbar geschädigten Aktionären nach Maßgabe von § 117 Abs. 1 S. 2 AktG Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden, sofern die praktische Durchsetzung nicht am Nachweis, dass der Vorstand nicht aus freien Stücken gehandelt hat, sondern von dem Aktionär mit Vorsatz zu dem Eingriff bestimmt worden ist, oder durch einen per HV-Beschluss gem. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG erzwungenen Anspruchsverzicht scheitert⁹⁸.

Rn 64

In Bezug auf das Eingangsbeispiel unter Rn 45 käme ein unmittelbarer und persönlicher Haftungsdurchgriff auf das Privatvermögen des UBO durch Gläubiger der Gesellschaft auf Grundlage von § 117 Abs. 1, 5 S. 1 AktG in Betracht, wenn der Wechsel in das risikobehaftete, bislang unbekannte Glücksspielwesen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und dessen Ablehnung mangels Masse zur Folge hätte und die vorangegangene Entscheidungsfindung der Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn durch den UBO und die gezielte Ausnutzung seiner Mehrheitsbeteiligung so beeinflusst worden wäre, dass nicht mehr das Interesse der Gesellschaft am langfristig rentablen Fortbestand oder eine angemessene

Rn 65

⁹⁵ Fock, Till, AktG § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 39 f.

⁹⁶ Hoffmann-Becking, Michael, § 27 Schädigung durch Einflussnahme auf die Gesellschaft, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 2 – 6.

⁹⁷ Heider, Karsten, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 52.

⁹⁸ Calise, Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, S. 80.

Informationslage, sondern die finanziellen Motive des UBO ausschlaggebend für die Willensbildung i. Z. m. der strategischen Ausrichtung der Holding waren. In einem solchen Fall wäre zudem von einer Pflichtverletzung von Bange und Kuhn gem. § 93 Abs. 1 AktG auszugehen, für die eine Haftungsbefreiung aufgrund von Billigung durch den AR, sollten Bange und Kuhn dies in Erwägung ziehen, generell aufgrund von § 93 Abs. 4 S. 2 AktG ausgeschlossen ist. Vielmehr würden die AR-Mitglieder selbst nach § 117 Abs. 2 AktG i. V. m. § 93, 116 AktG gesamtschuldnerisch neben dem Hauptaktionär und den Vorstandsmitgliedern haften.

Die Gefahr von schädigender vorsätzlicher Einflussnahme auf den Vorstand besteht insb. in einer personalistisch geprägten AG, welche von ihren Gesellschaftern nicht selten als Gegenstand eigener Interessensverfolgung benutzt wird.⁹⁹ Zur Beherrschung von kritischen Situationen ist in Familienunternehmen mit Fremdmanagement in besonderem Maße auf funktionierende Corporate-Governance-Strukturen zu achten und jegliche Form von Beeinflussung des operativen Tagesgeschäfts durch nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter zu unterbinden¹⁰⁰. Andernfalls droht – auch wenn die praktische Bedeutung von § 117 AktG zum Schutz der Entscheidungsstruktur in einer AG als gering gilt¹⁰¹ – vorsätzlich einflussnehmenden Aktionären und den ihre Pflichten verletzenden Organe die Gefahr, trotz grds. gültigem Trennungsprinzip im Außenverhältnis als eine Einheit mit der Gesellschaft betrachtet zu werden¹⁰².

Rn 66

3.1.2.3 Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung

Gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Den Beurteilungsmaßstab dafür bildet die Sorgfaltspflicht eines pflichtbewussten repräsentativen Leiters eines Unternehmens vergleichbarer Art, Größe und wirtschaftlicher Lage, der nach den strengen Verhaltensgrundsätzen eines treuhändischen Verwalters fremden Vermögens handelt¹⁰³. Der Vorstand hat demnach die ihm obliegende Planungs- und Steuerungsverantwortung, die Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung sowie Informationsverantwortung auf sachgerechte Weise wahrzunehmen und die Geschäfte der Gesellschaft wirtschaftlich i. S. einer

Rn 67

⁹⁹ Heider, Karsten, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 47.

¹⁰⁰ Lange, Corporate Governance im Familienunternehmen, S. 2585.

¹⁰¹ Kort, Michael, § 117 Schadenersatzpflicht, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG Groko, Rn 20.

¹⁰² Heider, Karsten, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 55.

¹⁰³ Dauner-Lieb, Barbara, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Henssler/Strohn, GesRecht, Rn 7.

sparsamen Inanspruchnahme von Vermögenswerten und der grds. verpflichtenden Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen, sofern dem nicht berechnete Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, sowie zweckmäßig unter Vermeidung unvertretbarer Risiken zu leiten¹⁰⁴.

Die Beurteilung des Vorstandshandelns hat aus einer ex-ante Sicht zu erfolgen, d. h. nach dem tatsächlichen Bild, wie es sich dem Vorstand zum Zeitpunkt der Willensbildung bot und aufgrund dessen unter einer von gesellschaftsfremden Einflüssen freien Abwägung von einer sachlichen Rechtfertigung der unternehmerischen Entscheidung auszugehen war¹⁰⁵. Bei einer retrospektiven Beurteilung würden in Kenntnis der nach der Entscheidung eingetretenen Tatsachen überzogene Anforderungen an die organschaftliche Sorgfaltspflicht drohen (sog. Hindsight-Bias) und verkannt werden, dass der Großteil unternehmerischer Entscheidungen infolge ihrer Zukunftsbezogenheit und nicht justiziablen Einschätzungen unter Unsicherheit und erheblichem Zeitdruck getroffen und unternehmerisches Handeln ohne dem Eingehen von Risiken im Allgemeinen undenkbar wäre¹⁰⁶.

Rn 68

Wäre § 93 AktG als Erfolgshaftung konzipiert, würde dies die persönliche Einstandspflicht von Vorstandsmitgliedern für das unternehmerische Risiko des Erfolgseintritts bedeuten und, zumal die Übernahme eines solchen Risikos in keinem angemessenen Verhältnis zu den Chancen und Kompensationsmöglichkeiten eines typischen Vorstands stünde, Überabschreckung zwangsläufig zu übertrieben risikoaversen Managementverhalten und der Außerachtlassung von für die Erreichung des Unternehmenszwecks notwendiger Geschäftsinitiativen führen¹⁰⁷. Die primäre Aufgabe des Vorstands liegt gerade nicht in der Reduktion von Risiko, sondern in der Suche nach dem rechten Maß an Risikobereitschaft¹⁰⁸. Geschäftsleitungsorganen wird aus diesem Grund in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ein breiter Ermessensspielraum bei der Erfüllung ihrer Pflichten im Rahmen von unternehmerischen Entscheidungen eingeräumt¹⁰⁹.

Rn 69

Die Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn unter Rn 45 sollen trotz aller Regeltreue in der Lage bleiben, die für ihr Unternehmen notwendige und unter Umständen nicht mit partikulären Kapitalgeberinteressen kongruente Strategieentscheidung zu

Rn 70

¹⁰⁴ Fischer, Frank / Freytag, Lars / Koenen, Karl / Walbert, Michael, Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG, in: Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand, S. 1486.

¹⁰⁵ Hülsberg, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 60 f.

¹⁰⁶ Spindler, Gerald, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 48.

¹⁰⁷ Fuhrmann/Heinen/Schilz, Gesetzliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume, S. 1369.

¹⁰⁸ Langenbacher, Vorstandshandeln und Kontrolle, S. 2084.

¹⁰⁹ Nazari-Khanachayi, Haftung im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Rn 185.

treffen, ohne sich, solange sie auf einer hinreichenden Informationsgrundlage und zum Wohl der Gesellschaft handeln, durch ein drohendes Haftungsrisiko in der Ausführung ihrer Geschäftsleiterpflichten gehemmt zu fühlen¹¹⁰. Entsteht der Gesellschaft dennoch Schaden, ist von der Verwirklichung von unvorhersehbarem Unternehmensrisiko auszugehen, dessen Erfolg gleichermaßen wie Gefahr von der Gesellschaft bzw. deren Anteilseignern und nicht von den Organen der Gesellschaft zu tragen ist¹¹¹. Bange und Kuhn haften nach § 93 AktG folglich nicht für den endgültigen Erfolg ihrer Strategieentscheidung, sondern nur für sorgfaltswidriges Verhalten i. Z. m. ihrer Entscheidungsfindung¹¹².

Das unternehmerische Ermessen bei dieser Entscheidungsfindung ist nicht schrankenlos, sondern eng an die Voraussetzungen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geknüpft, anhand derer der Gesetzgeber im Anschluss an die zentrale Entscheidung des BGH im Fall ARAG/Garmenbeck zur Frage nach Schadenersatzpflicht auslösenden Sorgfaltspflichten¹¹³ die in anglo-amerikanischen Rechtskreisen als sog. BJM Rule bekannten Grundsätze für die Bestimmung von rechtskonformer unternehmerischer Ermessensausübung in das deutsche Recht übernommen hat¹¹⁴. Demnach handelt der Vorstand pflichtgemäß, solange er bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln.

Rn 71

3.2 Rechtsfolgen pflichtwidriger Unternehmensleitung

3.2.1 Allgemeine Entwicklungstendenzen

Galt in der Vergangenheit die praktische Bedeutung der zivilrechtlichen Haftung durch die Unternehmensführung einer AG lange als gering, trugen spektakuläre Verurteilungen von Vorstandsmitgliedern und die zunehmende Kodifizierung von Berichts- und Risikomanagementverpflichtungen als Antwort auf eine ganze Reihe von Fällen eklatanter Leitungsversäumnisse zuletzt zu immer schärfer werdenden Rahmenbedingungen in Gesetzgebung und Rspr. in Bezug auf die Haftung von AG-Leitungsorganen bei¹¹⁵.

Rn 72

¹¹⁰ Veit, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 15.

¹¹¹ Brugger, Wirtschaftsrecht, S. 76.

¹¹² Nauheim/Goette, Managerhaftung, S. 2521.

¹¹³ Vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95, in NJW 1997, S. 1926 – 1928 (S. 1926).

¹¹⁴ Dauner-Lieb, Barbara, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Henssler/Strohn, GesRecht, Rn 17.

¹¹⁵ Ritter, Thomas, § 24 Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Schüppen/Schaub, AnwHB Aktienrecht, Rn 1 ff.

Beispielhaft für die zunehmende Prozessneigung gegen Vorstandsmitglieder von AG zu erwähnen sind das Schienenkartellverfahren, in dem Thyssenkrupp in einer Klage gegen einen ehemaligen Geschäftsführer vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder i. H. v. EUR 191 Mio. infolge von Kartellverstößen eines Tochterunternehmens in den Jahren 2001 bis 2011 zurückfordert und der Frage nachgegangen wird, ob Leitungsorgane einer Gesellschaft für deren Kartellbußen haften können¹¹⁶, die Verurteilung des ehemaligen Finanzvorstands der Siemens AG durch das Landgericht München I auf Schadenersatz i. H. v. EUR 15 Mio. i. Z. m. Compliance-Pflichtverletzungen und Schmiergeldzahlungen an ausländische Amtsträger¹¹⁷ oder die Schadenersatzzahlungen ehemaliger Konzernvorstände an Volkswagen i. H. v. EUR 17,8 Mio. wegen fahrlässiger Verletzung aktienrechtlicher Sorgfaltspflichten i. Z. m. dem 2015 bekanntgewordenen Skandal um manipulierte Abgaswerte bei Dieselfahrzeugen¹¹⁸. Weniger öffentliche Aufmerksamkeit kommt einer Vielzahl weiterer Haftungsfälle gegen Organmitglieder zu, die weniger bekannte, nicht börsennotierte AG oder Tochtergesellschaften börsennotierter AG betreffen¹¹⁹.

Rn 73

Geschäftsleiter in deutschen Unternehmen sehen sich folglich in zunehmendem Maße mit der Gefahr zivilrechtlicher Haftung wegen aus dem Unternehmen heraus begangenen Rechtsverstößen sowohl im Verhältnis zu Dritten als auch insb. im Innenverhältnis gegenüber der von den Folgen der Pflichtverletzung betroffenen AG konfrontiert¹²⁰. Vor diesem Hintergrund müssen sich die verantwortlichen Vorstandsmitglieder über das Ausmaß ihrer Pflichten und Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen im Klaren sein.

Rn 74

3.2.2 Systematisierung von Ansprüchen

Eine ausdrückliche Normierung von Haftungsansprüchen in Form eines eigenen kodifizierten Vorstandshaftungsrechts fehlt jedoch. Mögliche Rechtsgrundlagen ergeben sich neben § 93 AktG aus einer Reihe anderer Gesetze wie dem BGB, dem OWIG, dem Verkaufsprospektgesetz, dem Wertpapierhandelsgesetz und der Abgabenordnung verstreut¹²¹.

Rn 75

Gem. dem das Kapitalgesellschaftsrecht prägenden Grundsatz der Haftungskonzentration soll die Verantwortung des Vorstands prinzipiell im Innenverhältnis

Rn 76

¹¹⁶ *Behrendt/Ellen*, Schienenkartellverfahren: Managerhaftung ungeklärt.

¹¹⁷ LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, in NZG 2014, S. 345 – 349 (S. 347).

¹¹⁸ *Grahn*, Schadenersatz an VW.

¹¹⁹ *Brommer*, Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung, S. 19.

¹²⁰ *Nietsch/Hastenrath*, Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – Teil 1, S. 177.

¹²¹ *Ritter, Thomas*, § 24 Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 6.

gegenüber der eigenen Gesellschaft bestehen und eine organschaftliche Pflichtverletzung in erster Linie zu einer Haftung der Geschäftsleitung gegenüber der AG führen, während eine unmittelbare Außenhaftung der Vorstandsmitglieder nur innerhalb enger Grenzen und aufgrund besonderer Rechtfertigung nur in Ausnahmefällen bei Verletzung einer direkten persönlichen Verpflichtung gegenüber einem geschädigten Dritten in Betracht kommt¹²².

3.2.2.1 Zivilrechtliche Haftung gegenüber Dritten nur in Ausnahmefällen

Das Spektrum an möglichen Grundlagen für eine direkte zivilrechtliche Inanspruchnahme im Außenverhältnis durch Dritte oder Aktionäre ist diffus: Es umfasst neben insb. der deliktischen Haftung gem. §§ 823 ff. BGB i. V. m. einem Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB – wie z. B. unterlassener Vermögensbetreuungspflicht gem. § 266 StGB – als strafrechtliche Zentralnorm des Wirtschaftsrechts, zivilrechtliche Ansprüche aus vorvertraglicher Haftung gem. § 311 Abs. 3 BGB und weitere Ersatzansprüche aus spezialgesetzlichen Außenhaftungstatbeständen aus z. B. dem Umwandlungsgesetz, der Insolvenzordnung, dem Wettbewerbsrecht oder dem Immaterialgüterrecht¹²³.

Rn 77

Zu einer Eigenhaftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Dritten kann es z. B. ausnahmsweise kommen, wenn sie i. Z. m. der c. i. c.-Haftung Vertragsverhandlungen durch besondere Inanspruchnahme von persönlichem Vertrauen beeinflussen oder ein erhebliches Eigeninteresse am Zustandekommen eines Vertrags haben und dieses Verhalten gerade nicht der Gesellschaft zugeordnet werden kann, oder wenn Vertreter einer überschuldeten oder zahlungsunfähig gewordenen AG die zum Schutz von Gläubigern vorgesehenen Antragsfristen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verletzen¹²⁴.

Rn 78

3.2.2.2 Zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft

Im Gegensatz zur noch wenig durchdrungenen Außenhaftung von Vorstandsmitgliedern beruht die Innenhaftung gegenüber der AG im Wesentlichen auf den Vorschriften von § 93 Abs. 2 AktG, denen im Vergleich zu daneben bestehenden spezielleren Anspruchsgrundlagen wie z. B. § 117 Abs. 1 AktG aufgrund der aus

Rn 79

¹²² *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 307 f.; *Kletecka, Andreas / Kronthaler, Christoph*, 44. Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht, in: *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand, S. 1354.

¹²³ *Rothenburg, Vera*, § 11 Haftung der Vorstandsmitglieder, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 98 ff.; *Ritter, Thomas*, § 24 Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 57 ff.

¹²⁴ *Kletecka, Andreas / Kronthaler, Christoph*, 44. Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht, in: *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand, S. 1355 ff.

Gesellschaftsrecht günstigeren Beweislastverteilung höhere praktische Bedeutung zukommt. Denn entgegen den allgemeinen Grundsätzen ist nicht die Klägerin in Bezug auf Pflichtwidrigkeit und Verschulden beweispflichtig, sondern das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied muss die aus seiner Sicht unzutreffende Vermutung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden nachweisen¹²⁵.

3.2.2.3 Strafrechtliche Haftung und Haftung nach dem OWiG

Neben der auf Ersatz von entstandenem Schaden ausgerichteten zivilrechtlichen Haftung im Innen- und Außenverhältnis droht Vorstandsmitgliedern bei strafrechtlichen Verstößen, zu denen die im gegenständlichen Zusammenhang relevanten Straftatbestände Untreue, Betrug, Bilanzfälschung, Korruption und fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gehören, die persönliche Inanspruchnahme durch Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte mit der Folge von Geld- oder Freiheitsstrafen und, sofern gem. §§ 130, 9 OWiG die begangenen Rechtsverstöße im Unternehmen durch ausreichende Aufsichtsmaßnahmen hätten verhindert werden können, die Verhängung von Bußgeldern nach dem OWiG¹²⁶.

Rn 80

3.2.3 Fallbeispiel 2: Sorgfaltshaftung für falsche Geschäftsentscheidungen

Sachverhalt¹²⁷:

Infolge anhaltend schlechter Geschäfte in der traditionellen Medizintechnik und zunehmend schwindender Liquiditätsreserven nahm zuletzt der Handlungsdruck auf die beiden Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn zu. Nicht zuletzt deshalb wurde eine Aufteilung der Vorstandssagenden nötig, sodass Bange nunmehr für den Unternehmensbereich F&E und Produktion und Kuhn für das Ressort Unternehmensstrategie zuständig ist.

Vorstandsmitglied Kuhn hat sich im Rahmen seiner neuen Aufgabe in Bezug auf die Frage nach der strategischen Neuausrichtung umfassend anhand von zur Verfügung stehenden Marktdaten und Gesprächen mit Branchenexperten und internen Fachleuten über aktuelle Trends in der Medizintechnik informiert und zur Vergewisserung ein renommiertes internationales Managementberatungsunternehmen mit der Überprüfung der bestehenden Strategie und Ausarbeitung einer Studie über Strategieoptionen beauftragt, welche zum Schluss kam, dass bei Aufstockung des jährlichen Forschungsbudgets um EUR 1 Mio. und bei selbst durchschnittlichem Innovationserfolg auch in Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit mit hoher Nachfrage nach den runderneuertem Medizinprodukten der Holding AG zu rechnen sein wird.

Zugleich schwört Kuhn auf den Insidertipp eines befreundeten Politikberaters, der ihm von Plänen über eine Liberalisierung des Online-Glücksspielmarktes nach den bevorstehenden Bundestagswahlen erzählt, und sieht in hoffnungsfroher Erwartung dessen trotz vorsichtiger Warnungen aus Branchenkreisen großes Erfolgspotential durch eine langfristige Transformation der Holding AG in ein Glücksspielunternehmen.

Rn 81

¹²⁵ *Rothenburg, Vera*, § 11 Haftung der Vorstandsmitglieder, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 98 ff.; *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 203 f.; vgl. u. Rn 96.

¹²⁶ *Nawroth, Christoph*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 103.

¹²⁷ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung des Eingangsfalls in Fallbeispiel 1 unter Rn 45.

In einer der folgenden Vorstandssitzungen erläutert Kuhn seinem Kollegen Bange mit knappen Worten die geplanten Änderungen, woraufhin trotz knapper Kassen sowohl die Aufstockung des Forschungsbudgets um jährlich EUR 1 Mio. als auch die vorläufig mit einem Budget von EUR 1 Mio. dotierte Gründung der NewCo AG („NewCo“) als 100 % Tochter für den Aufbau von Glücksspielkompetenz trotz Warnung aus informierten Branchenkreisen, die Online-Öffnung sei längst nicht beschlossene Sache, entschieden werden.

Bereits nach einem Jahr erweisen sich beide Entscheidungen als erfolglos: Innerhalb der Medizintechnik verliert das traditionelle Kerngeschäft der Holding-AG trotz intensiverer Forschung weitere Marktanteile an aufstrebende digitale Produktlösungen. Und mit einer Liberalisierung des nationalen Online-Glücksspiels ist aufgrund eines überraschenden politischen Umbruchs bis auf Weiteres nicht mehr zu rechnen.

Der Holding AG entsteht dadurch ein Abschreibungsaufwand von EUR 1 Mio. für erfolglosen Forschungsaufwand und ein vorläufiger Anlaufverlust in Bezug auf die neu gegründete NewCo von zusätzlich EUR 1 Mio. Sowohl Bange als auch Kuhn zeigen sich zerknirscht und haben vor dem Hintergrund vermehrter Organhaftungsklagen Bedenken hins. einer drohenden Inanspruchnahme auf Schadenersatz.

Den Angaben des Sachverhalts unter Rn 81 zufolge hat die Holding AG möglicherweise auf Basis von § 93 Abs. 2 S. 1 AktG i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG Anspruch auf Schadenersatz gegen ihre beiden Vorstandsmitglieder i. H. v. insgesamt EUR 2 Mio. Voraussetzung ist, dass Bange und Kuhn bei der strategischen Entscheidung ihre organschaftlichen Pflichten schuldhaft verletzt und der Holding AG aufgrund dessen Schaden entstanden ist.

Rn 82

3.2.3.1 Bedeutung und Normzweck von § 93 AktG

Die herausragende anspruchsbegründende Norm für die zivilrechtliche Haftung von Mitgliedern des Vorstands für Pflichtverletzungen im Innenverhältnis ist § 93 Abs. 2 AktG. Im Außenverhältnis greift § 93 Abs. 2 AktG als Teil der sog. Haftungskette, welche in Fällen zur Anwendung kommt, in denen es bei Schädigung von Dritten aufgrund von organschaftlichen Pflichtverstößen an einer direkten Anspruchsgrundlage gegen den Vorstand mangelt und der geschädigte Dritte sich zunächst regelmäßig an das aufgrund des Fehlverhaltens seiner Organträger selbst ersatzpflichtig gewordene Unternehmen hält und sich das Unternehmen in weiterer Folge im Innenverhältnis bei dem betreffenden pflichtwidrig handelnden Mitarbeiter regressiert¹²⁸.

Rn 83

Der Normzweck von § 93 Abs. 2 AktG dient einerseits dem unmittelbaren Schutz des Gesellschaftsvermögens und indirekt dem Schutz von Gesellschaftern, Arbeitnehmern und Gläubigern, indem der Gesellschaft ein Ausgleich für Schäden geschaffen werden soll, die ihr aufgrund eines vom in § 93 Abs. 1 AktG auferlegten Pflichtenkanon und Verschuldensmaßstab sorgfältiger Geschäftsführung abweichenden Handelns oder Untätigbleibens von Vorständen entstanden sind;

Rn 84

¹²⁸ Veit, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 8.

andererseits setzt sie die Vorstände dem Risiko einer nicht unerheblichen persönlichen Haftung aus und entfaltet damit verhaltenssteuernde Präventionswirkung im Hinblick auf die allgemeine Gefahr, Vorstände könnten sich wegen des Auseinanderfallens von Handelndem und der wirtschaftlich letztlich Haftenden verleitet sehen, die Angelegenheiten der Gesellschaft nicht mit derselben Sorgfalt wahrzunehmen, die sie in eigener Sache anzuwenden pflegen würden¹²⁹.

Verstärkt wird der Normzweck der Haftungsvorschriften von § 93 Abs. 2 AktG dadurch, das sie gleichermaßen wie die ihnen zugrundeliegenden Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 AktG von zwingender Natur sind und nicht durch Dienstvertrag, Geschäftsordnung, Satzung oder AR-Beschluss abgeändert werden können, wobei nach h. M. auch eine Verschärfung in Richtung einer Erfolgshaftung aus den unter Rn 69 genannten Gründen ausscheidet¹³⁰. Eine Aushöhlung des Präventionscharakters durch Risikoüberwälzung auf Versicherungsdienstleister scheitert an den in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG vorgesehenen Grenzen der Versicherbarkeit, deren zufolge der Vorstand bei Abschluss einer Organ-Haftpflichtversicherung verpflichtend einen Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens oder zumindest dem 1,5-fachen seiner jährlichen Festvergütung zu übernehmen hat. In Anerkennung von potentiellen Haftungsfällen ergibt sich aber aus § 93 Abs. 4 S. 1 AktG die Möglichkeit zur präventiven Exkulpation durch Vorlage einer Geschäftsführungsmaßnahme zur gesetzmäßigen Beschlussfassung durch die HV.

Rn 85

Die Haftung von Vorstandsmitgliedern nach § 93 Abs. 2 AktG erfordert dieselben tatbestandsmäßigen Voraussetzungen wie die deliktische Schadenersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB, d. h. (i) eine pflichtwidrige Handlung oder ein pflichtwidriges Unterlassen, (ii) einen Schaden für die Gesellschaft, (iii) Kausalität zwischen der Handlung/dem Unterlassen und dem Schaden und (iv) ein schuldhaftes Verhalten des Vorstandsmitglieds¹³¹.

Rn 86

3.2.3.2 Objektive Pflichtverletzung durch den Vorstand

Die Sorgfaltspflicht des Vorstands bei der Geschäftsführung und seine Verantwortlichkeit gegenüber der AG beginnt mit dem Zeitpunkt seiner Bestellung¹³². Ausgangspunkt für die Frage, ob Bange und Kuhn haften, ist die einzelfallbezogene

Rn 87

¹²⁹ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 21 Organe der AG, Rn 81; *Kock/Dinkel*, Zivilrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 441; *Spindler, Gerald*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 1.

¹³⁰ *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 60.

¹³¹ *Ritter, Thomas*, § 24 Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 119 – 130.

¹³² *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 12.

Bestimmung einer möglichen Verletzung ihrer sich im Wesentlichen – wie in Pkt. 3.1.2 erläutert – aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. der BJM Rule ergebenden gesetzlichen Pflichtenposition¹³³.

Eine gesetzeswidrige Verletzung einer der in § 93 Abs. 3 AktG als selbständige Anspruchsgrundlagen normierten Sondertatbestände ist nicht ersichtlich. Bange und Kuhn könnten jedoch die von ihnen verlangte Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften, zum Wohl und Interesse der Gesellschaft handelnden Geschäftsführers durch Aufstockung des Forschungsbudgets trotz angespannter Liquiditätssituation und Gründung eines Start-up-Tochterunternehmens in einer Branche mit regulatorisch ungewissen Aussichten objektiv verletzt haben. Da der Sachverhalt keine gegenteiligen Angaben enthält, ist davon auszugehen, dass beide Entscheidungen unter den in der Satzung vorgesehenen und im Handelsregister eingetragenen Unternehmensgegenstand fallen. Beide Entscheidungen waren zukunftsbezogene Prognosen, die unter erheblicher Unsicherheit und Zeitdruck zustande kamen und sich erst nachträglich als wirtschaftlich unpassend herausstellten¹³⁴. Für solche Entscheidungen wird dem Vorstand nach h. M. ein weiter Handlungsspielraum und die Möglichkeit zum bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken mit der Gefahr von Fehlprognosen zugebilligt, da ohne dem ein unternehmerisches Handeln nicht möglich wäre¹³⁵.

Rn 88

3.2.3.2.1 Haftungsbeschränkungen

Das Aktienrecht ist tendenziell zurückhaltend was Abmachungen zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern in Bezug auf die Nichtverfolgung von Schadenersatzansprüchen im Innenverhältnis anbelangt und im Gegensatz zu GmbHs kann die Innenhaftung von Vorständen generell nicht beschränkt werden¹³⁶.

Rn 89

Bestehen Bedenken in Bezug auf ein eventuell bestehendes haftungsrechtliches Risiko, liegt es im Ermessen des Vorstands gem. § 119 Abs. 2 AktG von seiner Möglichkeit zur Vorlage einer Geschäftsführungsfrage zur Beschlussfassung durch die HV Gebrauch zu machen, welche, sofern ein wirksamer Beschluss zustande kommt, die Entlassung des Vorstands aus seiner Verantwortung für die Durchführung der Maßnahme im Verhältnis zur AG gem. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zur Folge hat¹³⁷.

Rn 90

¹³³ Ritter, Thomas, § 24 Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Schüppen/Schaub, AnwHB Aktienrecht, Rn 119.

¹³⁴ Vgl. o. Rn 68.

¹³⁵ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95, in NJW 1997, S. 1926 – 1928 (S. 1926); KG, Urteil vom 22.3.2005 – 14 U 248/03, in Beck RS 2005, FS. 5974.

¹³⁶ Pflück/Lattwein, Haftungsrisiken für Manager, S. 115.

¹³⁷ Hoffmann, AktG §119 Rechte der Hauptversammlung., in: Henssler, GrKomm AktG, Rn 23.

Gläubiger können jedoch ungeachtet eines HV-Beschlusses weiterhin direkt vom Vorstand Ersatz verlangen, soweit sie von der AG zuvor nicht ausreichend Befriedigung erlangen und die Ersatzpflicht entweder auf einen der in § 93 Abs. 3 AktG ausdrücklich genannten Tatbestände oder einem groben Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht zurückzuführen ist.

Der Vorstand handelt nicht pflichtwidrig und eine Haftung ist ausgeschlossen, solange die Grenzen für ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Ermessen nicht deutlich überspannt werden¹³⁸ und solange gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei der unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise anzunehmen ist, auf Grundlage angemessener Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln.

Rn 91

3.2.3.2 Unternehmerische Entscheidung

Auch wenn ein allgemein anerkanntes, randscharfes Begriffsverständnis einer unternehmerischen Entscheidung bislang fehlt¹³⁹, ist nach h. M. eine unternehmerische Entscheidung im Gegensatz zu rechtlich gebundenen Entscheidungen ohne haftungstatbestandlichem Beurteilungsspielraum, wie insb. Treuepflichten, Informationspflichten und sonstige Gesetzes- und Satzungsverstöße, aufgrund ihrer Zukunftsbezogenheit geprägt durch Prognosen und nicht justiziablen Einschätzungen und kann innerhalb einer Reihe unterschiedlicher Entscheidungsmöglichkeiten sowohl positives Tun als auch Unterlassen i. S. eines bewussten Entschlusses des Nichthandelns umfassen¹⁴⁰. Vor dem Hintergrund schlecht laufender Geschäfte sahen sich Bange und Kuhn zum unternehmerischen Handeln gezwungen, wozu ihnen zum Zeitpunkt der Entscheidung eine Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten mit durchwegs maßgeblichem Einfluss auf den zukünftigen Erfolg der Holding AG vorlag, so dass Bange und Kuhn eine bewusste unternehmerische Entscheidung i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG trafen.

Rn 92

3.2.3.3 Gutgläubigkeit und Unabhängigkeit

Voraussetzung für die Haftungsbefreiung einer unternehmerischen Entscheidung ist, dass sie im zum Wohl der Gesellschaft, in guten Glauben und frei von Sonderinteressen getroffen wird. Mangels gegenteiliger Angaben ist im gegenständlichen

Rn 93

¹³⁸ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95, in NJW 1997, S. 1926 – 1928 (S. 1926).

¹³⁹ *Nietsch/Hastenrath*, Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – Teil 1, S. 179.

¹⁴⁰ *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2521, 2522; *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 88 f.

Fall vom Vorliegen dieser Erfordernisse auszugehen¹⁴¹: Bange und Kuhn trafen die Entscheidung im guten Glauben und gingen von der Richtigkeit ihres Handelns zum Wohle ihrer Gesellschaft aus, indem sie zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der subjektiven Auffassung waren, die Ertragsentwicklung der Holding AG aufgrund von Investitionen in langjährig etablierte Produkte und in eine zukunftssträchtige Branche langfristig positiv beeinflussen zu können. Ihre Entscheidung kam frei von Sonderinteressen und Fremdeinflüssen zustande und eine nachteilige Beeinflussung durch eine eventuell offenzulegende oder die Zustimmung des AR bedingende Interessenskollision war nicht ersichtlich¹⁴².

3.2.3.2.4 Angemessene Information

Laut § 93 Abs. 1 S. 2 AktG muss die Vorstandsentscheidung weiters auf Basis von angemessener Information erfolgen. Ungeachtet dessen, dass die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs „angemessen“ nicht unerheblichen Interpretationsspielraum öffnet¹⁴³, gilt das Handeln auf angemessener Informationsgrundlage als das in der Praxis wichtigste Enthauptungskriterium¹⁴⁴. Die Einschätzung, welche Informationsgrundlage angemessen ist, unterliegt erneut einer mit der eigentlichen unternehmerischen Entscheidung vergleichbaren und selbst in den Anwendungsbereich der BJM Rule fallenden summarischen Beurteilung des Vorstands von Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten, Branchenüblichkeit der Informationsbeschaffung, der zeitlichen und wirtschaftlichen Eilbedürftigkeit und Tragweite der Entscheidung sowie den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls¹⁴⁵. Gesetzgeber und Rspr. verhindern auf diese Weise die übermäßig repressive Verrechtlichung und Pseudoobjektivierung einer auf nicht messbaren Faktoren wie z. B. Instinkt, Erfahrung, Phantasie und dem richtigen Gespür für Entwicklungen, Märkte und Kunden aufbauenden unternehmerischen Entscheidung, ohne unbesonnene und leichtsinnige Entscheidungen auf Kosten der Stakeholder der Gesellschaft zu fördern¹⁴⁶.

Rn 94

Der Entscheidung zur Aufstockung des Forschungsbudgets gingen nicht nur selbständige Recherchen durch Kuhn voraus; er unterzog seine Erkenntnisse darüber hinaus der Plausibilisierung durch fremde Fachkunde, von der er annehmen durfte,

Rn 95

¹⁴¹ Vgl. *Schmidt, Uwe*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 88 – 94.

¹⁴² Vgl. o. Rn 50.

¹⁴³ V. *Falkenhausen*, Haftung außerhalb der Business Judgment Rule, S. 650.

¹⁴⁴ *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 55.

¹⁴⁵ *Schmidt, Uwe*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 85 ff.; *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 88 f.

¹⁴⁶ *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2524 f.

sie sei dazu befähigt und unabhängig. Die Einholung der Strategiestudie erfolgte indes nicht routinemäßig mit der Absicht von lediglich formaler Absicherung, sondern diene der Objektivierung des Entscheidungsprozesses im Allgemeinen und Vergewisserung der eigenen Erkenntnisse von Kuhn im Speziellen¹⁴⁷. Wiewohl es nach dem Aktienrecht Mindestvorgaben hins. der Dokumentation der Entscheidungsvorbereitung genauso wenig gibt wie für die Form der unternehmerischen Entscheidung durch den Vorstand selbst, wird in Anlehnung an § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht selten die These vertreten, dass ab einem bestimmten Grad an Entscheidungskomplexität die Dokumentation zu einem unabdingbaren Bestandteil der Entscheidungsfindung werden würde, ohne die eine sorgfältige Abwägung von Szenarien per se nicht möglich sei.¹⁴⁸ Die von Kuhn eingeholte Strategiestudie ist jedenfalls zu begrüßen und kann im späteren Schadensfall entlastend in Bezug auf seine Darlegungsobliegenheit i. Z. m. fehlender Pflichtwidrigkeit wirken.

Entgegen dem allgemeinen zivilprozessrechtlichen Grundsatz über die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast, wonach jedem Anspruchsteller der Beweis für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der sie begünstigenden Rechtsnorm obliegt¹⁴⁹, muss ein wegen Organhaftung belangter Vorstand darlegen, dass er das getan hat, was ihm § 93 Abs. 1 S. 1 AktG aufträgt, nämlich die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters¹⁵⁰. Der Vorstand trägt die volle Beweislast in Bezug auf sämtliche Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und muss vor Gericht den Nachweis insb. für fehlende objektive Pflichtverletzung und fehlendes Verschulden (subjektive Pflichtverletzung) erbringen, währenddessen die Gesellschaft vertreten durch den AR nur den entstandenen Schaden, d. h. die schädigende Handlung oder Unterlassung, die Höhe des entstandenen Schadens und den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Vorstandsmitglieds und dem entstandenen Schaden¹⁵¹. Nach höchstrichterlicher Rspr. rechtfertigt sich diese Abweichung von der grds. dem Anspruchsteller obliegenden Beweislast für anspruchsbegründende Umstände insofern, als dass sich bei der Beurteilung der Umstände organschaftlichen Verhaltens und der für die Pflichtmäßigkeit organschaftlichen Verhaltens maßgeblichen Gesichtspunkte die

Rn 96

¹⁴⁷ Vgl. *Fleischer, Holger*, § 7. Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 58.

¹⁴⁸ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 100 ff.

¹⁴⁹ *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, Rn 437.

¹⁵⁰ *Schmidt, Uwe*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 110 f.

¹⁵¹ *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 208.

Gesellschaft i. d. R. in einer Beweisnot und gegenüber dem Vorstand im Nachteil befände¹⁵².

Aus der Gesamtschau der von Kuhn in Bezug auf die Aufstockung des Forschungsbudgets herangezogenen und dokumentierten Informationsquellen ist eine angemessene Entscheidungsgrundlage i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG anzunehmen. Bei der Entscheidung zur Gründung der NewCo und anschließendem Einstieg in das Glücksspielwesen fehlt es dagegen an einer sorgfältigen Vorbereitung: Kuhn verlässt sich blind auf die subjektive Einschätzung eines Bekannten und blendet kritische Fachmeinungen von vornherein aus, anstatt auf die grds. verfügbaren Informationsquellen als Ausgleich für sein eigenes Informationsdefizit zurückzugreifen, sich umfassend in Bezug auf die Besonderheiten und Risikofaktoren der Glücksspielbranche zu erkundigen und eine im Hinblick auf die Tragweite der Entscheidung ausreichend angemessene Basis für eine sachgerechte Strategieentscheidung zu sorgen. Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der BJM Rule ist zumindest bei diesem Teil des Vorstandsbeschlusses nicht gegeben und eine Haftungsprivilegierung erscheint wegen Verletzung der Informationsobliegenheit nicht gerechtfertigt, so dass Kuhn bei der Entscheidung zur Gründung des NewCo nicht im Ermessensspielraum des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und somit pflichtwidrig handelte.

Rn 97

Fraglich ist im Sachverhalt von Rn 81, ob Bange aufgrund des gemeinsamen Beschlusses selbst eine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorgeworfen werden kann. Grds. gilt, dass jedes Vorstandsmitglied nur für die eigene schuldhaftige Pflichtverletzung einzustehen hat, nicht aber für das Verhalten anderer Vorstandsmitglieder¹⁵³. Ein Anknüpfungspunkt könnte das für die Organisation der Vorstandsarbeit maßgebliche Gesamtgeschäftsführungsprinzip sein, wonach die Geschäftsführung dem Vorstand als Gesamtorgan obliegt und selbst eine allfällige interne Geschäftsverteilung die Verantwortung der einzelnen Mitglieder nicht auf den ihnen übertragenen Teilbereich begrenzt¹⁵⁴. Die Bildung von Vorstandsressorts – wie im gegenständlichen Beispiel – modifiziert die individuelle Verantwortung dahingehend, dass jedes Mitglied nunmehr vorwiegend für das ihm zugeordnete Ressort verantwortlich ist, für die Ressorts der anderen Mitglieder aber zumindest eine Überwachungspflicht trägt, welche zwar die Annahme zulässt, das Vorstandsmitglied würde von seinen Kollegen von sich aus zutreffend und vollständig informiert, zugleich aber einen regelmäßigen und im konkreten Anlassfall von

Rn 98

¹⁵² BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00, in NJW 2003, S. 125 – 127 (S. 125).

¹⁵³ Schmidt, Uwe, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Heidel, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 115.

¹⁵⁴ Weber, Markus, AktG § 77 Geschäftsführung, in: Hölters/Weber, AktG Komm, Rn 31.

Fehlentwicklungen oder Zweifeln an der Kompetenz von Vorstandskollegen intensivierte wechselseitigen Informationsaustausch über relevante Vorgänge und Entwicklungen verlangt¹⁵⁵. Die Intensität der Überwachungspflicht ist jedoch nicht unumstritten und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab¹⁵⁶.

Im gegenständlichen Fall hatte Bange lange Zeit Kenntnis von den Plänen seines Kollegen Kuhn¹⁵⁷, unterließ in Anbetracht der wirtschaftlichen Tragweite der anstehenden Entscheidung jedoch zusätzliche Recherchen anzustellen und sich spätestens in der Vorstandssitzung umfassend von Kuhn über die Risiken und Erfolgsaussicht des Einstiegs in das Glücksspielwesen sowie die pflichtgemäße Aufbereitung der Entscheidung informieren zu lassen. Es liegt daher nahe, dass sich auch Bange pflichtwidrig i. Z. m. der Gründung des Start-up-Tochterunternehmens infolge einer mangelnden Wahrnehmung seiner Überwachungspflichten i. S. einer erkennbaren sorgfältigen und kritischen Begleitung der gesamten Geschäftsführung verhalten hat¹⁵⁸.

Rn 99

3.2.3.2.5 Zwischenergebnis

Im Fallbeispiel 2¹⁵⁹ haben sowohl Bange als auch Kuhn die Grenzen des ihnen bei der Geschäftsführung zustehenden Ermessensspielraums in Bezug auf die Entscheidung zur Gründung der NewCo fahrlässig überschritten und die gesetzlichen Sorgfaltspflichten verletzt.

Rn 100

3.2.3.3 Verschulden

Die Verpflichtung zum Schadenersatz setzt voraus, dass die Pflichtverletzung des Vorstands auf schuldhafte Weise – d. h. gem. § 276 BGB vorsätzlich oder fahrlässig – erfolgte. Eine Haftungsmilderung aufgrund leichter Fahrlässigkeit kommt nach h. M. nicht in Betracht¹⁶⁰.

Rn 101

Kuhn handelte aufgrund seiner „Bauchentscheidung“ jedenfalls fahrlässig, wäre es ihm im Vorfeld der Entscheidung doch zumutbar und möglich gewesen, durch angemessene Informationsbeschaffung zu einer unter Chancen- und Risiko-Aspekten ausgewogeneren Entscheidung zu finden. Auch am Verschulden von Bange bei der Verletzung seiner Überwachungspflicht als unzuständiges Vorstandsmitglied

Rn 102

¹⁵⁵ *Drygala/Staake/Szalaj*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 21 Organe der AG, Rn 51, 90.

¹⁵⁶ *Koch, Jens*, AktG § 77 Geschäftsführung, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 14.

¹⁵⁷ Vgl. o. Rn 45.

¹⁵⁸ Vgl. *Fleischer*, Grundsatz der Gesamtverantwortung, S. 455.

¹⁵⁹ Vgl. o. Rn 86.

¹⁶⁰ Vgl. *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandmitglieder, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 248.

gegenüber dem zuständigen Vorstandsmitglied Kuhn stehen Zweifel außer Frage, ist doch im Allgemeinen eine objektive Verletzung ohne subjektive Pflichtverletzung schlichtweg nicht vorstellbar. Zwar steht es Bange frei, entlastende Umstände vorzubringen, doch trifft ihn dafür vor Gericht die volle Beweislast.

Ein über den zivilrechtlichen Schadenersatz hinausgehenden Vorwurf wegen Untreue gem. § 266 StGB scheidet am Fehlen des dafür zumindest erforderlichen bedingten Vorsatzes von Kuhn¹⁶¹.

Rn 103

3.2.3.4 Kausaler Schaden

Für die Bestimmung von Art und Umfang des wiedergutzumachenden Schadens kommen die zivilrechtlichen Regeln von §§ 249 ff. BGB zur Anwendung, die den Vorstand verpflichten, jenen Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Bei einer AG kommt grds. nur ein Vermögensschaden in Betracht, der sich auf Basis der sog. Differenzhypothese aus einem Vergleich des Gesellschaftsvermögens zwischen seinem gegenwärtigen Zustand und dem hypothetischen Zustand ohne Eintritt des die Ersatzpflicht begründenden Ereignisses errechnet¹⁶² und bei Compliance-Verstößen z. B. auch Verbandsgeldbußen nach dem OWiG sowie Aufklärungs- und Rechtsverfolgungskosten umfassen kann¹⁶³.

Rn 104

Unerheblich im Hinblick auf Ersatzansprüche nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bleibt mangels Pflichtwidrigkeit der zugrundeliegenden Beschlussfassung der Abschreibungsaufwand infolge des erweiterten Forschungsbudgets. Aufgrund einer objektiv und subjektiv pflichtwidrigen Entscheidung ihrer Vorstandsmitglieder ist der Holding AG allerdings ein vorläufiger Anlaufverlust im erst neu gegründeten Tochterunternehmen entstanden, ohne dem das Vermögen der Holding AG einen um EUR 1 Mio. höheren Wert hätte. Nach h. M. sind bei der Schadensberechnung, zumal die Gesellschaft sich aufgrund der Pflichtverletzung eines Organs nicht bereichern soll, neben den Nachteilen etwaige Vorteile, die in einem adäquat kausalen Zusammenhang zum Schadensereignis stehen, unter dem Gesichtspunkt eines Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen, sofern die Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadenersatzanspruchs nicht widersprechen und den Geschädigten nicht auf

Rn 105

¹⁶¹ *Gündel*, Unternehmerisches Ermessen und Untreue, S. 400.

¹⁶² *Nazari-Khanachayi*, Haftung im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Rn 209.

¹⁶³ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 403.

unzumutbare Weise belasten und den Schädiger nicht unbillig begünstigen würde¹⁶⁴.

3.2.3.5 Fallbeispiel 2: Ergebnis

Die Holding AG hat sohin in Fallbeispiel 2¹⁶⁵ Anspruch auf Schadenersatz gegen ihren Vorstand i. H. v. EUR 1 Mio. aufgrund der Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Entscheidung zur Gründung der NewCo und daraus resultierenden Anlaufverlusten. Da der Schaden durch Pflichtverletzungen beider Vorstände verursacht wurde, haften Bange und Kuhn der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner nach § 421 BGB ohne Rücksichtnahme, ob einer von beiden den Schaden selbst unmittelbar pflichtwidrig verursacht oder nur das andere pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglied nicht ausreichend überwacht hat¹⁶⁶. Die geschädigte Gesellschaft kann sowohl Bange als auch Kuhn auf den gesamten Schaden in Anspruch nehmen, woraufhin Bange und Kuhn einander gegenüber zum Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB und in Abhängigkeit von Schwere der Pflichtverletzung, Grad des Verschuldens und Ressortzuständigkeit zum Ausgleich gegenüber dem jeweils in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied verpflichtet sind¹⁶⁷. Erlangt die Holding AG in der Folge einen durch den Ersatz begründenden Umstand bedingten wirtschaftlichen Vorteil, indem es womöglich doch zu einer raschen Liberalisierung des Online-Glücksspiels kommt und die NewCo wider Erwarten den Geschäftsbetrieb wie geplant aufnehmen kann, ist dieser mit dem beanspruchten Schaden zu saldieren, wobei das schädigende Vorstandsmitglied in Bezug auf die durch die Pflichtverletzung entstandenen Vermögensvorteile erneut beweispflichtig ist¹⁶⁸.

Rn 106

Der Schadenersatzanspruch gegen Bange und Kuhn verjährt § 93 Abs. 6 AktG zufolge erst nach fünf Jahren, wobei ein dazwischen gefasster Beschluss der HV über ihre Entlastung genauso wenig wie eine im Vorfeld getroffene gesellschaftsinterne – und daher rechtsunwirksame – Abmachung über die Nichtverfolgung von Ansprüchen keinen Verzicht der Gesellschaft auf die ihr zustehenden Ersatzansprüche im Innenverhältnis bedeutet.

Rn 107

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 12.11.2009 – VII ZR 233/08, in NJW 2010, S. 675 – 676 (S. 676); *Hölters, Wolfgang*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 242.

¹⁶⁵ Vgl. o. Rn 86.

¹⁶⁶ *Hölters, Wolfgang*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 227 f.

¹⁶⁷ *Rothenburg, Vera*, § 11 Haftung der Vorstandsmitglieder, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 88 f.

¹⁶⁸ *Hölters, Wolfgang*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 242.

Bei der gerichtlichen und außergerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche vertritt gem. § 112 AktG der AR die Interessen der geschädigten Holding AG und ist zur Geltendmachung verpflichtet, sofern eine eigene mehrstufige Prüfung im Einzelfall zum Ergebnis führt, dass (i) die tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, (ii) mit einem erfolgreichen Ausgang des Rechtsstreits zu rechnen ist und (iii) es keine gewichtigen Interessen und Belange der Gesellschaften gibt, die ein Absehen von der Anspruchsverfolgung trotz ausreichender Erfolgsaussichten rechtfertigen würden¹⁶⁹. Macht der AR Ansprüche dennoch nicht geltend, wird er selbst i. Z. m. § 116 S. 1 AktG i. V. m. § 93 AktG gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig. Eine Klageberechtigung der Aktionäre im eigenen Namen gibt es nur für den Fall eines untätig bleibenden AR durch Erhebung einer Aktionärsklage gem. § 148 AktG im Anschluss an ein Klagezulassungsverfahren, aufgrund dessen prohibitiven Voraussetzungen Aktionärsklagen in der Praxis ohne wesentliche Bedeutung bleiben¹⁷⁰, oder bei vorsätzlicher schädigender Einflussnahme auf Gesellschaftsorgane gegen die pflichtwidrig handelnden und zusammen mit dem Einflussnehmer selbst gesamtschuldnerisch haftenden Vorstandsmitglieder¹⁷¹.

Rn 108

3.2.4 Abberufung aus wichtigem Grund

Eine weitere Möglichkeit zur Sanktionierung regelwidrigen Vorstandsverhaltens ist neben der verpflichtenden Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen die Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund durch den AR gem. § 84 Abs. 4 S. 1 AktG.

Rn 109

Als wichtige Gründe für eine sofortige Abberufung werden in § 84 Abs. 4 S. 2 AktG (i) grobe Pflichtverletzung, (ii) Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sowie (iii) Vertrauensentzug durch die HV genannt. Als grobe Pflichtverletzungen kommen Compliance-Verstöße¹⁷², wiederholte Ressortübergriffe und Kompetenzverletzungen in Bezug auf andere Gesellschaftsorgane, Beeinträchtigungen von Gesellschaftsvermögen oder Gesellschaftsinteressen, unüberbrückbare Auffassungsunterschiede oder privates Fehlverhalten in Betracht, im Hinblick auf mangelhafte Fähigkeiten zur Geschäftsführung regelmäßig hingegen lange Krankheit oder das Fehlen von Spezialkenntnissen zur Bewältigung bestimmter

Rn 110

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95, in NJW 1997, S. 1926 – 1928 (S. 1927 f.); *Hoffmann-Becking, Michael*, § 29 Aufgaben des Aufsichtsrats, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 38 – 42.

¹⁷⁰ *Koch, Jens*, § 30 Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der AG als Kläger oder Beklagte, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 51 f.

¹⁷¹ Vgl. o. Rn 64.

¹⁷² *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 21.

Sondersituationen¹⁷³. Die Frage, ob die Voraussetzungen für das Vorliegen des wichtigen Grundes i. S. v. § 84 Abs. 4 S. 2 AktG vorliegen, ist gleichermaßen wie die eher hypothetische Frage, ob der AR trotz wichtigem Abberufungsgrund noch Abberufungsermessen für sich in Anspruch nehmen darf, indes anhand des Einzelfalls zu prüfen¹⁷⁴.

Wäre im Sachverhalt unter Rn 81 der Entscheidung zur Gründung der NewCo ein Verstoß gegen einen internen Zustimmungsvorbehalt vorausgegangen, wäre aufgrund der zum Zeitpunkt der Entscheidung angespannten wirtschaftlichen Situation der Holding AG und dem mit der Entscheidung einhergehenden finanziellen Aufwand wohl von einer groben Pflichtwidrigkeit und in der Folge vom Vorliegen eines wichtigen Grundes zur sofortigen Abberufung der Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn auszugehen. Zweifelhaft hingegen erscheint die Annahme, eine einmalige Verletzung der Informations- und Überwachungsobliegenheit würde es der Holding AG unzumutbar machen, das Verbleiben der beiden Vorstände bis zum regulären Ende ihrer Funktionsperiode abzuwarten und in ausreichender Weise Grund für die Notwendigkeit ihrer unverzüglichen Abberufung sein.

Rn 111

¹⁷³ *Liebscher, Thomas*, § 6 Vorstand, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG, Rn 50.

¹⁷⁴ *Ebd.*, Rn 50, 52.

4 Besondere Verhaltenspflichten beim Unternehmenskauf

4.1 Haftungsrisiko Unternehmenskauf

Unternehmenskäufe und -verkäufe sind – wie unter Rn 29 dargestellt – riskante Entscheidungen, die i. d. R. erhöhtes Fehlerrisiko und Potential für erheblichen wirtschaftlichen Schaden in den beteiligten Unternehmen mit sich bringen. Ausdrückliche Regelungen für die Pflichten von Vorständen speziell bei M&A-Transaktionen gibt es im deutschen Gesellschaftsrecht jedoch nicht. Als Rahmen zur Bestimmung für die besonderen Vorstandspflichten bei Unternehmenskäufen stehen allein die generalklauselartig gehaltenen Rechtsnormen der in Pkt. 3 i. Z. m. den allgemeinen transaktionsunabhängigen Leitungsgrundsätzen genannten Gesetze, d. h. insb. AktG, OWiG, DCGK, einschließlich ihrer Interpretationen in Gesetzescommentierungen oder die in diesem Zusammenhang relevanten Erkenntnisse der Rspr. zur Verfügung. Als generelle Leitlinie gelten bei Unternehmenskäufen dieselben Leitungsgrundsätze und Haftungsnormen bei Pflichtverletzungen wie bei allen anderen der Unternehmensleitung obliegenden Entscheidungen¹⁷⁵.

Rn 112

Während höchstrichterliche Rspr. zu Schadenersatzpflichten von Vorständen und AR-Mitgliedern in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat, galt die Rspr. zu den die Schadenersatzpflicht auslösenden Sorgfaltspflichten und den hierfür anzulegenden Maßstab bis zu ARAG/Garmenbeck-Entscheidung als selten¹⁷⁶ und, sofern doch, wurde die Haftung, sei es für fehlgeschlagene Investitionsentscheidung oder verletzte Überwachungspflichten, tendenziell verneint¹⁷⁷. Erst in den vergangenen Jahren gewann die rechtliche Aufarbeitung von Sorgfaltspflichtverletzungen zunehmend an Bedeutung¹⁷⁸. Rechtssprechungsbeispiele für organschaftliche Sorgfaltspflichtverletzungen speziell i. Z. m. Unternehmenserwerben finden sich bis heute in nur wenigen Urteilen. Zu nennen sind beispielhaft (i) die Entscheidung des LG Hannover von 1977 zur Pflicht des Vorstands zur Überprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse einer zur Übernahme anstehenden Gesellschaft¹⁷⁹, (ii) die Klage der Bayern LB gegen mehrere frühere Vorstandsmitglieder auf Schadenersatz u. a. aufgrund von Außerachtlassung umfangreicher Risiken bei der Entscheidung zum Kauf der Hypo Group Alpe Adria Bank im Jahr 2007¹⁸⁰, (iii) die

Rn 113

¹⁷⁵ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 579 ff.; vgl. o. Pkt. 3.1.2.

¹⁷⁶ *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 4.

¹⁷⁷ *Kalss*, Organhaftung in Österreich, S. 159.

¹⁷⁸ Vgl. o. Pkt. 3.2.

¹⁷⁹ LG Hannover, Urteil vom 23.2.1977 –1 O 123/75, in *FHZivR* 23 Nr. 4537.

¹⁸⁰ *Lange*, D&O Versicherung und Managerhaftung, Rn 271.

Schadenersatzklage von Conergy in 2011 gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden und weitere Vorstandsmitglieder i. Z. m. dem Eingehen bestandsgefährdender Risiken aufgrund riskanter Unternehmenskäufe¹⁸¹, oder (iv) das BGH-Urteil aus 2011 über die Verpflichtung von organschaftlichen Vertretern zur Einholung von qualifiziertem Rat und dessen sorgfältiger Plausibilitätskontrolle im Falle fehlender eigener Sachkunde¹⁸².

Die Gründe für die bislang im Vergleich zu Risiko und Komplexität überraschend verhaltene Prozessneigung bei Unternehmenskäufen in Bezug auf Organpflichtverletzungen sind mannigfaltig: Zum einen gilt der Unternehmenskauf aufgrund seiner vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten als ein in hohem Maße einzelfallgeprägter Rechtsbereich, der bei Streitigkeiten häufig nicht veröffentlichten Vergleichslösungen zugeführt wird¹⁸³; zum anderen sind die Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern außerhalb des Innenverhältnisses begrenzt und das u. a. für Unternehmenskäufe zur Anwendung kommende Haftungsprivileg der BJM Rule macht Urteile über im Einzelfall überschrittene Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums zu praktisch schwer justiziablen Entscheidungen¹⁸⁴. Zukünftig ist vor dem Hintergrund eines zuletzt spürbaren Anstiegs an Sonderuntersuchungen zu durchgeführten Unternehmenskäufen jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die anhaltend große Anzahl an nicht erfolgreichen Übernahmen vermehrt von Aufsichtsräten und Aktionären zum Anlass für die Prüfung von Schadenersatzansprüchen genommen werden wird¹⁸⁵.

Rn 114

Auch wenn die unübersichtliche Rechtslage, punktuelle Rspr. und ein wegen der enormen wirtschaftlichen Tragweite des Themas schnell wachsender Bestand an überwiegend betriebswirtschaftlicher Literatur mit einer breiten Auswahl an Handlungsempfehlungen ein einheitliches Verständnis zur wahren Sachlage hins. der rechtlichen Grenzen in der Unternehmenspraxis erschweren, bedingt die größer werdende Haftungsrelevanz des Themas ein zunehmendes Maß an juristischem Problembewusstsein. Aus Sicht der beteiligten Vorstandsmitglieder empfiehlt sich dazu, eine Konkretisierung und Strukturierung von Umfang und Ausprägung ihrer allgemein gültigen transaktionsunabhängigen und besonderen transaktionsspezifischen Geschäftsleiterpflichten sowie Voraussetzungen zur Vermeidung von Haftungsrisiken anhand der wesentlichen regelmäßig zu beachtenden Themenfelder in

Rn 115

¹⁸¹ Ebd., Rn 275.

¹⁸² BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, in NZG 2011, S. 1271 – 1275 (S. 1273).

¹⁸³ *Schiffer/Mayer*, Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf, S. 2627.

¹⁸⁴ *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 2.

¹⁸⁵ *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 1.

den einzelnen Phasen eines Erwerbsprozesses unterteilt in Entscheidungen mit und ohne Ermessensspielraum und bedarfsweise getrennt für Vorstände von Veräußerer-, Ziel- und Erwerberunternehmen vorzunehmen¹⁸⁶.

4.2 Fallbeispiel 3: Pflicht und Ermessen beim Unternehmenskauf

Sachverhalt¹⁸⁷:

Im traditionellen Medizintechniksegment haben die zusätzlichen Forschungsausgaben keine neuen Marktanteile für die Holding AG gebracht und der Aufbau von Glücksspielkompetenz in der NewCo schreitet aufgrund der generellen Knappheit an qualifizierten Entwicklern und trotz zwischenzeitlich erfolgter Liberalisierung des nationalen Online-Glücksspielmonopols nur schleppend voran.

Aus Eigentümerkreisen erhalten die Vorstandsmitglieder Bange und Kuhn die Information, ein Mehrheitsanteil an der bekannten Gaming AG stünde zum Verkauf. Die Gaming AG ist ein seit langem etablierter gewerbsmäßiger Betreiber zahlreicher Glücksspielhallen und im Besitz der dafür nötigen gewerbe-, bau- und glücksspielrechtlichen nationalen Erlaubnissen. Daneben betreibt die Gaming AG eine eigene Forschungsabteilung, in der über die Jahre hinweg wertvolle Vorarbeit im Hinblick auf das erwartete Ende des Online-Glücksspielmonopols und eine Reihe vielsprechender IP-Rechte i. Z. m. Online-Glücksspielen entwickelt wurden. Bange und Kuhn bringen weiters in Erfahrung, der UBO begrüße die Mehrheitsübernahme auf Basis eines bilateral mit dem Eigentümer der Gaming AG akkordierten Kaufpreises und würde nunmehr ein rasches Tätigwerden von „sein“ beiden Vorständen „erwarten“.

Bange vertritt die Meinung, eine teure Übernahme könnte die Holding AG in der aktuellen wirtschaftlichen Verfassung übergebührlich belasten. Zugleich hat er vor dem Hintergrund des bevorstehenden Auslaufens seiner Amtszeit Bedenken, eine Nichtbefolgung der UBO Anweisung würden seine Aussichten auf Wiederbestellung durch den mit Familienmitgliedern des UBO besetzten AR erheblich reduzieren. Kuhn hingegen ist begeistert und der Überzeugung, der Aufwand der grds. in sein Vorstandsressort fallenden Transaktionsabwicklung würde sich diesmal in engen Grenzen halten, zumal der Verkäufer eine Prüfung des Zielunternehmens von vornherein pauschal ausschließen würde, die vertragswesentlichen Bedingungen im Vorfeld vereinbart worden seien und die knappen Kapazitäten in den von ihm geführten Fachabteilungen eine über einen längeren Zeitraum laufende Analyse der Gaming AG ohnehin nicht möglich machen würden.

Bange und Kuhn sind, nachdem in einem Zivilverfahren gegen sie die Pflichtwidrigkeit der Entscheidung zur Gründung der NewCo festgestellt wurde und es in der Folge zu einem außergerichtlichen Vergleich mit der Holding AG kam, hins. der Grenzen ihres unternehmerischen Ermessens verunsichert und fragen sich, wie sie sich unter den vorliegenden Umständen zu verhalten haben, um im Falle eines erfolglosen Erwerbs der Gaming AG nicht erneut zur persönlichen Haftung in Anspruch genommen zu werden.

Rn 116

4.2.1 Die Akquisitionsentscheidung

4.2.1.1 Entscheidungsspielraum

Die Entscheidung über die Durchführung eines Unternehmenskaufs fällt sowohl auf Seiten des Erwerbers als auch auf Seiten des Veräußerers unter die Geschäftsleitungsautonomie des Vorstands und erfordert nur, wenn der Beteiligungserwerb in den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG fällt oder die Transaktionsstruktur Umwandlungs- oder Kapitalmaßnahmen enthält, die

Rn 117

¹⁸⁶ Vgl. *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 157.

¹⁸⁷ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 2 unter Rn 81.

Zustimmung durch den AR bzw. die HV¹⁸⁸. Sie zählt zum Kernbereich unternehmerischen Handelns und ist infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch unsichere Prognosen und einer Vielzahl an in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten geprägt.

Außer Frage steht nach h. M., dass es sich bei der Entscheidung zum Kauf oder Verkauf eines Unternehmens nicht um eine rechtlich gebundene Entscheidung ohne haftungstatbestandliche Freistellung, sondern um den Musterfall einer unternehmerischen Entscheidung i. S. v. § 93 AktG handelt, für die der Vorstand unter den strengen Voraussetzungen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Schadenfalls das Haftungsprivileg der BJM Rule in Anspruch nehmen kann¹⁸⁹. Dies betrifft nicht nur die Frage, ob ein Unternehmen gekauft oder verkauft werden soll, sondern auch auf welche Weise, unter welchen Bedingungen und in Bezug auf welches Zielunternehmen dies geschieht¹⁹⁰.

Rn 118

Es liegt im Laufe des Entscheidungsprozesses bis zum Vollzug der Transaktion am Ermessen des Vorstands unternehmerische Einzelentscheidungen darüber zu treffen, ob eine Akquisition unter strategischen Gesichtspunkten und den alternativen Handlungsmöglichkeiten Sinn ergibt, ob der gebotene Kaufpreis in angemessener Relation zu den zukünftig erwarteten unsicheren Ertragschancen, Synergien und Integrationskosten steht, ob die mit der Übernahme einhergehenden Veränderung mit der Gesamtrisikoposition des Unternehmens vereinbar ist oder ob von der Übernahme potentiell bestandsgefährdende Entwicklungen für das eigene Unternehmen ausgehen können¹⁹¹.

Rn 119

4.2.1.2 Ermessensgrenzen

Das Abwägen von Vor- und Nachteilen zwischen organischem Wachstum und Akquisition und den dazu in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten, die Auswahl des geeigneten Zielunternehmens, die Beurteilung der Risikotragfähigkeit und die Letztentscheidung, ein Unternehmen zu kaufen oder verkaufen, bedingen im Einzelfall ein größtmögliches Maß an Entscheidungsflexibilität. Dafür räumt der Gesetzgeber den Vorständen breiten Handlungsspielraum und das Recht, unter Inkaufnahme von Risiken zu handeln, ein, zieht jedoch die Grenze zwischen akzeptablem

Rn 120

¹⁸⁸ *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 198; *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 106 f.; vgl. o. Pkt. 3.1.1.

¹⁸⁹ *Gleißner*, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen, S. 126.

¹⁹⁰ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 104 f.

¹⁹¹ *Gleißner*, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen, S. 129; *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 161 f.

Wagnis und verantwortungslosem Hasardieren dort, wo schon zum Ex-ante-Zeitpunkt der Entscheidung nicht von einer sorgfältig auf angemessener Informationsgrundlage vorbereiteten und kritisch abgewogenen Sachentscheidung zum Wohl der Gesellschaft auszugehen war und der treuhänderische Arbeitsauftrag in Bezug auf das ihnen anvertraute Kapital überschritten wird.

Für die Übernahme der Holding AG besteht aufgrund dessen, dass sie im gegenständlichen Fall als risikoträchtig erscheint, nicht a priori ein pauschales Transaktionsverbot¹⁹². Denn für die in § 93 Abs. 1 AktG normierte Sorgfaltspflicht gibt es keinen objektiv festgeschriebenen, allgemein gültigen Maßstab. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, in dem es im Speziellen auf die Verkehrsauffassung darüber ankommt, ob Bange und Kuhn im Falle einer nachträglichen gerichtlichen Aufarbeitung auf für das Gericht objektiv nachvollziehbare Art der Nachweise gelingt, zum Entscheidungszeitpunkt und unter Ausblendung der erst im weiteren Geschehensablauf eingetretenen Umstände, die zuvor nicht bekannt waren und sich weder positiv noch negativ auf die Entscheidungsfindung auswirken konnten, ausschließlich zum Wohl und im Interesse der Gesellschaft gehandelt zu haben¹⁹³.

Rn 121

Nicht zum Wohl der Gesellschaft und ohne zustehendem Geschäftsleiterermessen würden Bange und Kuhn bei einem Unternehmenserwerb handeln, wenn sich bei genauerem Hinsehen die Geschäftsanteile an der Gaming AG als eindeutig nicht werthaltig mit fehlender Aussicht auf eine zukünftig positive Ertragsentwicklung herausgestellt hätten oder man von vornherein mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit vorhersagen konnte, dass die Übernahme der Gaming AG auf Seiten der Holding AG zu einer übergebürlichen Beanspruchung der Kapitalbasis und erheblichen Gefahr von Überschuldung führen wird¹⁹⁴.

Rn 122

Unverantwortlich und pflichtwidrig, weil nicht zum Wohl der Gesellschaft und nicht frei von Sonderinteressen, Interessenskonflikten und sachfremden Einflüssen, würde Kuhn handeln, wenn nicht die wirtschaftlich vernünftigen Interessen der Holding AG an Ertragsstärkung und Wettbewerbsvorteilen, sondern persönliche Beweggründe, wie z. B. die im vorliegenden Fall vorhandene Aussicht auf zukünftige Bauauftragsvergaben an die Baufirma der ihm persönlich nahestehenden Gattin, sollte es zu einer Ausweitung der Geschäftstätigkeiten in ein bislang

Rn 123

¹⁹² *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1582.

¹⁹³ *Dühring*, Die Business Judgement Rule, S. 8; *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 583 f.

¹⁹⁴ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 6 f.

branchenfremdes Geschäftsfeld kommen¹⁹⁵, die maßgeblichen Gründe zugunsten der Entscheidung darstellen¹⁹⁶. Dasselbe gilt für Bange, würde er sich bei seiner Zustimmung zum Kauf allein von Bedenken i. Z. m. einer bevorstehenden Vertragsverlängerung leiten lassen.

4.2.1.3 Nichthandeln

Ob Banges Zurückhaltung gegenüber dem Erwerb der Holding AG in Fallbeispiel 3¹⁹⁷ als haftungsprivilegierte unternehmerische Entscheidung gewertet werden kann, für die er in der Folge unter Umständen in Anspruch genommen werden kann, ist weniger eindeutig.

Rn 124

Eine unternehmerische Entscheidung i. S. v. § 93 AktG kann nicht nur in einem positiven Tun, sondern auch in Form eines Unterlassens einer Geschäftschance bestehen, solange sie durch bewusstes Handeln oder bewusstes Abstandnehmen erfolgt¹⁹⁸. Bange ist in derselben Weise wie Kuhn verpflichtet, unternehmerische Chancen für die Holding AG zu suchen und diese zu nutzen, jedoch unter angemessener Berücksichtigung der Unternehmenslage sowie Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken¹⁹⁹. Entscheidet sich Bange in Anbetracht der angespannten Finanzsituation und den mit einem Branchenwechsel zwangsläufig verbundenen Unsicherheiten bewusst gegen den Kauf der Gaming AG, und stellt sich nachträglich entgegen seinen Erwartungen heraus, dass dadurch eine lukrative Geschäftschance aus Sicht der Holding AG verpasst wurde, verdient seine Entscheidung zum Abstandnehmen im Grunde denselben Schutz vor Haftungsfolgen wie die andernfalls risikobewusste Entscheidung zum Kauf²⁰⁰. Schlichte Untätigkeit ist unter keinen Umständen eine haftungsprivilegierte Entscheidung²⁰¹ gleichermaßen wie eine – in der Praxis nur schwer vorstellbare – unterbliebene Unternehmensübernahme, bei der die Existenzgefährdung des eigenen Unternehmens aufgrund des Unterlassens im Vorhinein absehbar war.

Rn 125

4.2.1.4 Faktische Pflichten ohne Beurteilungsspielraum

Trotz erheblichem Beurteilungsspielraum darf keinesfalls der Eindruck entstehen, der gesamte Entscheidungsprozess bis zum finalen Vollzug der

Rn 126

¹⁹⁵ Vgl. o. Rn 45.

¹⁹⁶ *Dühring*, Die Business Judgement Rule, S. 9.; *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2523 f.

¹⁹⁷ Vgl. o. Rn 116.

¹⁹⁸ *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortung der Vorstandmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 50 f.

¹⁹⁹ *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2522.

²⁰⁰ Vgl. *Kock/Dinkel*, Zivilrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 443.

²⁰¹ *Dühring*, Die Business Judgement Rule, S. 8.

Unternehmensübernahme würde ausnahmslos von diskretionärem Ermessen der Geschäftsleitung bestimmt²⁰². Denn eine Reihe wiederkehrender Themenfelder, die in der Praxis typisch für Unternehmensübernahmen sind, unterliegen rechtlich gebundenen Entscheidungen ohne tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und stehen nicht unter dem Schutz der Haftungsprivilegierung durch die BJM Rule.

Zu den faktischen Vorstandspflichten, deren Verletzung Schadenersatzanspruch der Gesellschaft zur Folge hat, gehören in erster Linie Vorgaben aus Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnung, für die die Regeln der BJM Rule nicht zur Anwendung kommen²⁰³. Fahrlässig pflichtwidriges Vorstandsverhalten würde vorliegen, wenn Bange und Kuhn die Transaktion vollziehen, ohne davor geprüft zu haben, inwieweit der Beteiligungserwerb an der branchenfremden Gaming AG vom satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand der Holding AG gedeckt ist. Kein Ermessen steht Bange auch in Bezug auf die aus der horizontalen Delegation von Entscheidungszuständigkeiten innerhalb des Gesamtvorstands resultierenden Erfordernis zur residualen Beaufsichtigung des für den Übernahmeprozess ressortzuständigen Vorstandskollegen Kuhn und der Plausibilisierung von vorgelegten Entscheidungsgrundlagen auf Faktizität und Widerspruchsfreiheit über Ressortgrenzen hinweg²⁰⁴. Denn eine Geschäftsverteilung unter Vorstandsmitgliedern hebt die Pflichtenbindung unzuständiger Mitglieder nicht auf. Ermessen kommt Bange in diesem Zusammenhang lediglich bei der Frage nach der Intensität der Kontrolldichte zu, welche von der Komplexität der Transaktion, der wirtschaftlichen Bedeutung der Übernahme oder einem konkreten Anlassfall für berechtigte Zweifel abhängt²⁰⁵ und im vorliegenden Fall aus der Gesamtschau der Umstände als hoch anzusehen ist.

Rn 127

Kein Ermessen steht Vorständen bei einem Unternehmenserwerb unter völlig unvertretbaren wirtschaftlichen, steuerlichen oder gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen zu, denn dieser ist, weil von vorherein mit der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geforderten Ausrichtung am Unternehmenswohl unvereinbar, regelmäßig pflichtwidrig²⁰⁶. Dasselbe gilt für die Gewährleistung eines unter Compliance-Standards rechtmäßigen Transaktionsprozesses. Weitere spezifische i. Z. m. der Akquisitionentscheidung stehende Vorstandspflichten ohne rechtlichen Beurteilungsspielraum ergeben sich aus der Prüfung, ob allein aufgrund der Marktposition der

Rn 128

²⁰² *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2521.

²⁰³ *Sailer-Coceani*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, S. 136.

²⁰⁴ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 97 f.

²⁰⁵ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 21 Organe der AG, Rn 51; *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1581.

²⁰⁶ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 586.

Erwerbergesellschaft mit wettbewerbsrechtlichen Anmeldungserfordernissen oder sogar einem Vollzugsverbot der beabsichtigten Unternehmensübernahme zu rechnen ist und sich, sofern ja, ein kostspieliger Transaktionsprozess in einem frühen Stadium der Transaktion bereits erübrigt²⁰⁷, sowie im Falle einer Beteiligung börsennotierter Unternehmen aus den Vorschriften des WpHG in Bezug auf Ad-Hoc-Publikationsvorschriften, Mitteilungsobliegenheiten bei Über- oder Unterschreiten von bestimmten Stimmrechtsanteilsschwellen sowie das gesetzliche Verbot von Insidergeschäften²⁰⁸.

4.2.2 Strukturierung und Organisation des Übernahmeprozesses

Aufgabe der Geschäftsleitung ist es, den Unternehmenserwerb mit der gebotenen Sorgfalt zu strukturieren, wozu u. a. die ordnungsgemäße Planung und geordnete Durchführung der Transaktion nach den in der betreffenden Branche anerkannten Erkenntnissen und Erfahrungsgrundsätzen zählen²⁰⁹. Der von den Vorstandsmitgliedern zu erbringende Aufwand im Hinblick auf Vorbereitung, Organisation und Vollzug des Transaktionsprozesses ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls und erhöht sich im Allgemeinen in Abhängigkeit von der Bedeutung des Zukaufs und daraus resultierender Risikoexposition des Unternehmens²¹⁰.

Rn 129

Fehlende unternehmensinterne Ressourcen wie in Fallbeispiel 3²¹¹ exkulpieren den Vorstand nicht von dessen Organisationspflicht und haben bei Prozessdefiziten infolge vernachlässigter Pflichten die Gefahr persönlicher Haftung nach § 93 AktG zur Folge. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass Bange und Kuhn sämtliche Aufgaben im Unternehmen höchstpersönlich wahrnehmen müssen. Während Leitungs- und Überwachungspflichten im Allgemeinen delegationsfeindlich sind, genießen Bange und Kuhn bei bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen²¹² wie der organisatorischen Umsetzung des Unternehmenserwerbs Ermessensspielraum in Bezug auf die Frage, wieviel von ihnen selbst erledigt werden muss und ob bzw. in welchem Ausmaß Verantwortung an sachverständige unternehmensinterne Stellen oder

Rn 130

²⁰⁷ Hermann, Gert / Etmayer, Wendelin, Der Vorstand bei M&A-Transaktionen, in: Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand, S. 820.

²⁰⁸ Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: Krieger/Schneider, HB Managerhaftung, Rn 4 – 50.

²⁰⁹ Vgl. Dühring, Die Business Judgement Rule, S. 8; analog: Gunßer, Christian, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: Oppenländer/Trörlitzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 11.

²¹⁰ Seibt/Wollenschläger, Haftungsrisiken für Manager, S. 1582.

²¹¹ Vgl. o. Rn 116.

²¹² Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 269.

externe Berater wie z. B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmens- und Steuerberater delegiert werden kann.

Unternehmenspraktische Relevanz gewinnt diese Frage insb. bei kompetitiven Auktionsverfahren, in denen Kaufinteressenten innerhalb kürzester Zeit eine Unzahl von Unterlagen und Daten in Datenräumen bei gleichzeitig limitierten Fragemöglichkeiten zu verarbeiten haben und zwangsläufig auf die Involvierung sachverständiger Dritter angewiesen sind. Wo i. Z. m. der Überantwortung von Aufgaben an Dritte die Grenzen zur organschaftlichen Sorgfaltspflichtverletzung liegen, ist selbst in der Rspr. nicht zur Gänze geklärt²¹³.

Rn 131

Im Allgemeinen gilt, dass der Vorstand, auch wenn Berater eingeschaltet werden, alleiniger Entscheidungsträger bleibt und eine vollständige Delegation der unternehmerischen Entscheidung über eine Akquisition als solche an außenstehende Dritte unzulässig ist²¹⁴. Zugleich gilt, dass ein Geschäftsleiter nach den Maßstäben des § 93 Abs. 1 AktG delegieren kann, sofern nicht originäre Leitungsaufgaben betroffen sind²¹⁵. Bange und Kuhn können im Fallbeispiel 3²¹⁶ Teile der Entscheidungsvorbereitung und operativen Umsetzung des Unternehmenserwerbs horizontal innerhalb des Vorstands, vertikal an nachgelagerte Mitarbeitererebenen oder an externe Dienstleister delegieren und sind dazu ggf., sollten sie selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügen oder sich die unternehmensinternen Ressourcen als nicht ausreichend in Bezug auf Fachkunde oder Kapazitäten erweisen, sogar gezwungen²¹⁷. Dabei steht ihnen grds. Vertrauen darauf zu, dass sich das innerhalb des Vorstandskollegiums beauftragte Vorstandsmitglied sorgfältig um seine Ressorthemen kümmert und, sofern die nachgeordneten Führungsebenen oder die unternehmensfremden Berater sachkundig besetzt und überwacht werden, übertragene Aufgaben innerhalb und außerhalb des Unternehmens sorgfältig wahrgenommen werden²¹⁸.

Rn 132

Bange und Kuhn können sich nicht ausschließlich „blind“ auf die erhaltenen Angaben verlassen, sondern müssen die Abläufe und Ergebnisse der übertragenen Aufgaben bezogen auf den jeweiligen Einzelfall selbst überprüfen und bei Anhaltspunkten darüber, dass die zuständigen Delegationsempfänger ihren Pflichten nicht nachkommen würden, einschreiten. Denn die Delegation von Aufgabenwahrnehmung

Rn 133

²¹³ *Sailer-Coceani*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, S. 135.

²¹⁴ *Dörrwächter, Jan*, § 4 Leitung als Vorstandsaufgabe, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 46.

²¹⁵ *Freund*, Brennpunkte der Organhaftung, S. 1422.

²¹⁶ Vgl. o. Rn 116.

²¹⁷ *Goette, Wulf*, § 4 Aufgaben und Kompetenzen, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 2399.

²¹⁸ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 97 – 99.

führt zu keiner Verlagerung der dahinterstehenden Vorstandspflichten²¹⁹ und entbindet Bange und Kuhn nicht von ihrer Verantwortung für die sorgfältige Auswahl, Anleitung und Überwachung der handelnden Personen²²⁰. Erst nachdem sich Bange und Kuhn in Bezug auf eine ausreichend sachkundige Besetzung der zu prüfenden Fachgebiete und die Unabhängigkeit der Informationsquellen im Hinblick auf eigene wirtschaftliche Interessen oder sonstige Fremdeinflüsse vergewissert und das erhaltene Gutachten einer Plausibilitätsprüfung hins. Vollständigkeit, Konsistenz und Widerspruchsfreiheit unterzogen haben, dürfen sie nach h. M. von einer verantwortungsvollen Delegation ausgehen und ungeachtet dessen, ob es sich um die Informationsverarbeitung durch einen internen oder externen Delegationsempfänger handelte, mit haftungsbefreiender Wirkung darauf vertrauen, auch wenn sich der Rat später als falsch herausstellen sollte²²¹.

4.2.3 Informationsweitergabe und Verhandlungsaufnahme

Essentieller Bestandteil einer pflichtgemäßen unternehmerischen Entscheidung ist gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine umfassende Informationsgrundlage. Jeder Kaufinteressent für ein Unternehmen benötigt zur Konkretisierung von Übernahmeinteresse und Kaufpreisbestimmung Informationen über das Target, jeder Verkäufer umgekehrt Auskünfte über den jeweiligen Bieter, um dessen Fähigkeit zur Abwicklung der beabsichtigten Transaktion zu beurteilen. Daraus ergibt sich ein wechselseitiges Bedürfnis am Austausch von Informationen, die geeignet sind, den Geschäftsbetrieb der involvierten Unternehmen bei öffentlichem Bekanntwerden oder anderweitigem Missbrauch nachhaltig zu beeinträchtigen. Es stellt sich daher häufig die nicht unproblematische Frage, welche konkreten Informationen einem potentiellen Erwerber offengelegt werden dürfen und welche Gesellschaftsdaten einem veräußerungswilligen Gesellschafter bereitgestellt werden müssen²²².

Rn 134

Die rechtliche und wirtschaftliche Notwendigkeit zum Austausch von schutzwürdigen Informationen war in der Vergangenheit wiederholt Anlass zur Diskussion darüber, inwieweit dem Vorstand trotz organschaftlicher Treuepflicht und daraus resultierender Verschwiegenheitspflicht, die zum strikten Stillschweigen über sämtliche vertraulichen die AG betreffenden Angaben und Geheimnisse verpflichten, ein eigener

Rn 135

²¹⁹ Nawroth, Christoph, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 106.

²²⁰ Hülsberg, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 53 f.; vgl. o. Rn 98 und Rn 99 insb. hins. der Pflicht zur residualen Überwachung von Vorstandsmitgliedern durch wechselseitige Berichte über Ressortgrenzen im Falle organinterner Arbeitsteilung.

²²¹ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, in NZG 2011, S. 1271 – 1275 (S. 1273); *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 99.

²²² Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 1.

Ermessensspielraum i. Z. m. der Weitergabe von sensiblen Informationen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen zustehen würde. Durchgesetzt hat sich dazu die mittlerweile h. M., dass die Auskunftserteilung innerhalb der pflichtgemäßen Ermessensgrenzen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG unter Abwägung der Ernsthaftigkeit des Kaufinteresses, dem Ausmaß und der Wahrscheinlichkeit von Vorteilen für die eigene Gesellschaft, der Gefahr einer nachteiligen Informationsverwendung sowie des aktuellen Stands der Verhandlungen rechtlich möglich sei²²³.

Sofern es zum Austausch wichtiger Informationen kommt, gelten Geheimhaltungsvereinbarungen oder „Non-Disclosure-Agreements“ inzwischen unbestritten zu den Best Practice Bestandteilen von Unternehmenstransaktionen, indem sich die Vertragsparteien verpflichten, Informationen über Vertragsverhandlungen und alle weiteren nicht öffentlich zugänglichen Daten, die ihnen erst aus Anlass der Transaktion zur Verfügung gestellt werden, streng vertraulich zu behandeln, bei Verhandlungsabbruch entweder zu retournieren oder zu vernichten und im Falle von Verschwiegenheitsverletzungen an den anderen Ausgleich durch Zahlung einer Vertragsstrafe oder pauschalierten Schadenersatz zu leisten. Die praktische Bedeutung von Vertraulichkeitsvereinbarungen ist dabei keineswegs nur auf die Sanktionsmöglichkeiten für – i. d. R. nur schwer nachzuweisende – Pflichtverstöße beschränkt, sondern resultiert aus einer nicht zu unterschätzenden psychologischen (Präventiv-)Wirkung insofern, als ihre persönliche Unterzeichnung geeignet ist, den Vertragsparteien und allen am Erwerbsvorgang beteiligten Personen die Problematik der Informationsweitergabe und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten (nochmals) ausdrücklich vor Augen zu führen²²⁴.

Rn 136

In den meisten Fällen enthalten Geheimhaltungsvereinbarungen weitere wichtige risikoausschließende Bestimmungen i. Z. m. dem Ausschluss von Ersatzansprüchen für den Falle eines späteren Verhandlungsabbruchs und Scheitern der Transaktion. Denn mit der Aufnahme von Verhandlungen über einen Unternehmenserwerb kommt zwischen potentiell dem Käufer und Verkäufer ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB zustande, das die Vertragsparteien einander gegenüber zu besonderen Aufklärungs- und Obhutsobliegenheiten gem. § 241 Abs. 2 BGB in Bezug auf das im Laufe der Verhandlungen zunehmende Vertrauen des jeweils anderen am tatsächlichen Zustandekommen des beabsichtigten

Rn 137

²²³ Ziegler, Due Diligence im Spannungsfeld zur Geheimhaltungspflicht, S. 252 f.

²²⁴ Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 168; Seibt, Christoph, 1. Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen einer börsennotierten Aktiengesellschaft und einem Erwerbsinteressenten (zielgesellschaftsfreundlich), in: Seibt, FormularHB M&A, Anmerkungen 1. Zweck.

Vertragsabschlusses verpflichtet und dazu führen kann, dass Verhandlungen nicht mehr jederzeit ohne Vorliegen eines wichtigen Abbruchgrunds beendet werden können²²⁵. Während zu Beginn von Verhandlungen das Recht der Vertragsparteien an Privatautonomie gegenüber dem schutzwürdigen Vertrauen der Gegenpartei überwiegt und Gespräche ohne Angabe eines triftigen Grundes beendet werden können, tritt das Interesse der anderen Partei mit Fortschreiten der Verhandlungen nach h. M. zunehmend in den Vordergrund und erhöht bei Verhandlungsabbruch die Gefahr einer schuldhaften Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB und Inanspruchnahme auf Ersatz von Vertrauensschaden gem. c. i. c.²²⁶. Schutz davor können Haftungsausschlussklauseln bieten, sofern ihre Vereinbarung frühzeitig mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen und innerhalb der Grenzen von §§ 138, 242 BGB explizit oder im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt und es in der Folge nicht zu einer vorsätzlichen Schädigung der anderen Partei kommt²²⁷.

Für die Folgen einer Pflichtverletzung aus dem durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen eines Vertreters begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses gem. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 311 Abs. 2 BGB haftet grds. die Gesellschaft als Vertretene und nicht das Vorstandsmitglied als ihr gesetzlicher Vertreter²²⁸. Ausnahmsweise kommt nach höchstrichterlicher Rspr. auch eine persönliche Haftung des Vertreters für Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Betracht, „wenn er entweder dem Vertragsgegenstand besonders nahesteht und bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichsam in eigener Sache handelt oder wenn er gegenüber dem Verhandlungspartner in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat“²²⁹. Würde wiederum die Geschäftsleitung der Gaming AG gegenüber Bange und Kuhn vorsätzlich verschweigen, dass sich die Zielgesellschaft in einer Unternehmenskrise ohne Aussicht auf Sanierungserfolg befindet, käme zusätzlich eine Haftung der Geschäftsleitung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB in Betracht²³⁰.

Rn 138

Einen Anspruch aus c. i. c. könnte sich in Fallbeispiel 3²³¹ ergeben, wenn Kuhn in der Hoffnung, aktuelle Auftragsvergaben der Gaming AG zugunsten der Baufirma seiner Frau beeinflussen zu können, eine eigentlich nicht vorhandene

Rn 139

²²⁵ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 20.

²²⁶ *Geyrhalter/Zimbigl/Strehle*, Haftungsrisiken aus Scheitern von Vertragsverhandlungen, S. 1561.

²²⁷ *Geyrhalter/Zimbigl/Strehle*, Haftungsrisiken aus Scheitern von Vertragsverhandlungen, S. 1562.

²²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 18.9.1990 – XI ZR 77/89, in NJW-RR 1991, S. 289 – 290 (S. 290).

²²⁹ *Reese*, Haftung von Managern im Außenverhältnis, S. 688 f.

²³⁰ Vgl. *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 589 f.

²³¹ Vgl. o. Rn 116.

Abschlussbereitschaft seiner Gesellschaft vorspiegeln, in den Vertragsverhandlungen mit den Eigentümern der Gaming AG aufkommende Zweifel am tatsächlichen Zustandekommen der Übernahme mit dem Hinweis auf seine persönliche Verlässlichkeit („Mir können Sie doch vertrauen!“) zerstreuen und auf solche Weise Gewähr für den erfolgreichen Geschäftsabschluss gegenüber den Verhandlungspartnern vermitteln würde, dass sich diese in der weiteren Folge zur Tötigung von letzten Endes vergeblichen Aufwendungen veranlasst sehen²³².

4.2.4 Due-Diligence

Vor der Einführung der BJM Rule gab es im deutschen Gesellschaftsrecht keine ausdrückliche gesetzliche Obliegenheit des Käufers zur Untersuchung des zu erwerbenden Unternehmens vor Vertragsabschluss, sodass eine solche bis dahin als eher unüblich galt und die zwischen den Vertragsparteien bestehende Informationsasymmetrie meist mit den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen und im Einzelfall äußerst umfangreichen vertraglichen Gewährleistungs- und Garantiekatalogen behoben wurde²³³. Durch das UMAG kam es in 2005 u. a. zu einer Änderung von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und Verankerung der bis dahin nur im US-amerikanischen Recht bekannten Grundsätze der BJM Rule, deren wichtigstes Kriterium die Verpflichtung des Käufers ist, sich im Rahmen einer Akquisitionsentscheidung angemessen über alle entscheidungsrelevanten Umstände zu informieren und in Anlehnung an das sog. Caveat-Emptor-Prinzip das Zielunternehmen umfassend zu prüfen und zu besichtigen, bevor dieses gekauft wird²³⁴.

Rn 140

Auch wenn die gemeinhin als DD bezeichnete Pflicht zur sorgfältigen Untersuchung eines Zielunternehmens unter wirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Gesichtspunkten heute als internationaler Marktstandard weitgehend unbestritten ist, kommt es in der Unternehmenspraxis im Spannungsfeld zwischen Informationspflichten des Käufers einerseits und Aufklärungspflichten des Verkäufers andererseits immer wieder zu Unsicherheiten insb. in Bezug auf die rechtliche Einordnung der Fragen, (i) ob es für den Vorstand einer Erwerbengesellschaft ein Recht oder sogar eine unbedingte gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer DD vor Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags gibt, (ii) ob die Zielgesellschaft eine

Rn 141

²³² Vgl. analog: *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 11 Organe der GmbH, Rn 103.

²³³ *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 158.

²³⁴ *Böttcher*, Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence, S. 51 f.

solche Untersuchung zulassen muss und (iii) welcher Umfang an Informationen als angemessen i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG anzusehen ist²³⁵.

Dass bloße Bauchentscheidungen oder Entscheidungen „ins Blaue hinein“ ohne genauere Informationen über die Hintergründe eines erworbenen Unternehmens regelmäßig pflichtwidrig sind²³⁶, ist gleichermaßen unbestritten wie der betriebswirtschaftliche Nutzen einer transparenten Aufbereitung und risikogerechten Verdichtung von entscheidungsrelevanten Daten zu einer fundierten Entscheidungsvorlage zur Beurteilung von Erfolgsaussichten und Gefahren einer beabsichtigten Unternehmenstransaktion²³⁷. Ob aus diesem Grund eine allgemeine Rechtspflicht zur Durchführung einer DD unter allen Umständen zu bejahen ist, wird in der Literatur aus unterschiedlichen Blickwinkeln bewertet²³⁸: Zum Teil wird argumentiert, diese würde sich aus der zumindest beim professionellen Unternehmenskauf vorherrschenden Verkehrssitte und dem andernfalls nicht zu kontrollierenden Haftungsrisiko von Vorständen aufgrund von § 93 Abs. 2 S. 1, 2 AktG, wonach ohne hinreichende Informationsbasis eine pflichtgemäße Ermessenausübung i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht möglich wäre, ergeben. Nach überwiegender Ansicht wird, auch wenn eine DD im Normalfall als notwendig erscheint, eine generelle unbedingte Prüfpflicht vor Unternehmenserwerben abgelehnt und stattdessen auf das jeweilige Vorstandsermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls abgestellt. Konkrete Aussagen der Rspr. dazu finden sich in einem Urteil des BGH aus 1977 und einem Urteil des OLG Oldenburg aus dem Jahr 2007, deren zufolge dem Beteiligungserwerb an verlustträchtigen oder insolvenzreifen Unternehmen jedenfalls eine gründliche Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Gesellschaftsverhältnisse voranzugehen hat²³⁹.

Rn 142

Von einer DD ist z. B. unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten abzusehen, wenn die aus einer ex-ante-Sicht zu erwartenden Informationen über das Zielunternehmen und der daraus zu ziehende Nutzen für die Akquisitionsentscheidung und den

Rn 143

²³⁵ Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 159 f.

²³⁶ Veit, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 16.

²³⁷ Gleißner, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen, S. 126 ff.

²³⁸ Vgl. analog: Gunßer, Christian, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: Oppenländer/Tröltzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 13; Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 162; Schiffer/Mayer, Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf, S. 2628.

²³⁹ Vgl. analog: Fleischer, Holger, GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer, in: Fleischer/Goette, Kommentar GmbHG, Rn 100; BGH, Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 150/75, in NJW 1977, S. 2311 – 2313 (S. 2312 f.); OLG Oldenburg, Urteil vom 22.6.2006 – 1 U 34/03, in NZG 2007, S. 434 – 439 (S. 436 ff.).

Übernahmeprozess die mit ihrer Gewinnung verbundenen Kosten nicht rechtfertigen²⁴⁰. Weitere denkbare Sonderfälle nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände können die geringe wirtschaftliche Bedeutung einer Transaktion, die kategorische Weigerung eines Zielunternehmens zur Zulassung der DD aufgrund von eigenem überwiegenden Geheimhaltungsinteresse oder aus Konkurrenzgründen, eine beschränkte Datenverfügbarkeit oder besonderer Zeitdruck in Ausnahmefällen wie einem Bieterverfahren sein, in denen im Falle zeitlicher Verzögerungen das Risiko bestünde, eine aussichtsreiche Geschäftschance aus der Hand zu geben²⁴¹. In Bezug auf die Frage, worauf sich die DD beziehen muss und wie tief ihre Prüfung gehen muss, gilt die für den Einzelfall anzuwendende Faustregel, je bedeutender die Transaktion, desto intensiver die Prüfung²⁴².

Wird aus berechtigten Gründen auf die Durchführung einer DD vor Kaufvertragsabschluss verzichtet oder ist diese schlichtweg nicht möglich, ist die sorgfältige Geschäftsleitung im Umkehrschluss zur Schaffung eines angemessenen Risikoausgleichs für das bestehende Ungleichgewicht aus generellem Wissensvorsprung des Verkäufers und dem eigenen Informationsdefizit verpflichtet²⁴³. Handelt es sich um eine komplexe Transaktion von größerer Bedeutung mit erheblichen zu übernehmenden Risiken oder wird ein (verlustträchtiges) Unternehmen aus einer Insolvenz erworben, ist eine DD vor Vertragsabschluss nicht wegzudenken und, sollte sich ihre Durchführung oder die Aufklärung von im Rahmen der Transaktionsvorbereitung aufgetauchten Ungereimtheiten als nicht möglich erweisen, Anlass, um vom Kauf Abstand zu nehmen²⁴⁴.

Rn 144

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass es keine pauschale Rechtspflicht zur DD gibt, der Vorstand einer Erwerbengesellschaft für den wichtigen Fall eines Unternehmenskaufs jedoch nur pflichtgemäß handelt, wenn er alle ihm unter den konkreten Umständen zur Verfügung stehenden, für die Akquisitionsentscheidung maßgeblichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft und die daraus resultierenden Informationen einer wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilung unterzogen hat²⁴⁵. Ist ihre

Rn 145

²⁴⁰ Böttcher, Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence, S. 54; vgl. Wirth-Duncan, Bettina, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: Flick/Glocke/Schaumburg, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 584 f.

²⁴¹ Vgl. analog: Gunßer, Christian, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: Oppenländer/Trölitzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 14; Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 162 f.; Nauheim/Goette, Managerhaftung, S. 2524 f.

²⁴² Vgl. analog: Gunßer, Christian, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: Oppenländer/Trölitzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 15.

²⁴³ Vgl. u. Rn 190.

²⁴⁴ Vgl. analog: Gunßer, Christian, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: Oppenländer/Trölitzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 14.

²⁴⁵ Seibt/Wollenschläger, Haftungsrisiken für Manager, S. 1579.

Durchführung im Einzelfall möglich und erweisen sich Zeit- und Kostenaufwand als nicht völlig außer Verhältnis zu Größe oder Kaufpreis der Transaktion, ist in der Unternehmenspraxis kaum ein Grund denkbar, der den Verzicht der Geschäftsleitung, die Durchführung einer DD vom Verkäufer zu verlangen, als sorgfältige Ausübung unternehmerischen Ermessens rechtfertigen würde²⁴⁶.

Ressourcenknappheit, eine konkludente Einigung auf Ebene der wirtschaftlichen Eigentümer und die Weigerung der Zielgesellschaft zur Offenlegung von Informationen sind für die Vorstände Bange und Kuhn in Fallbeispiel 3²⁴⁷ folglich keinesfalls ausreichend, um von einer gründlichen Prüfung der Gaming AG ohne weiteres abzusehen. Vielmehr ist die verweigerte DD, sofern sie ohne plausible Begründung erfolgt, als Warnsignal für Bange und Kuhn zu werten²⁴⁸ und sich zwangsläufig die Frage nach den Alternativen stellt.

Rn 146

Ein Rechtsanspruch auf Zulassung einer DD gibt es für einen außenstehenden Erwerber nicht: Die Entscheidung über die Zulassung oder Verweigerung einer DD sowie Umfang und Detailgenauigkeit der bereitgestellten Informationen liegt in der Ziel-AG – sofern es in der Satzung keinen Zustimmungsvorbehalt durch den AR gibt – i. d. R. allein im Ermessen des Vorstands, dem es obliegt, die jeweiligen Vor- und Nachteile der Informationspreisgabe unter Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen, wie z. B. dem grds. Interesse der Gesellschaft an Geheimnisschutz und Einhaltung von datenschutzrechtlichen Bestimmungen einerseits und dem Interesse an der Zulassung der DD zur Förderung des Transaktionsprozesses aus Sicht verkaufswilliger Aktionäre und nicht zuletzt angesichts von aus der Übernahme zu erwartenden positiven Synergieeffekten aus Sicht der Gesellschaft andererseits, anhand der BJM Rule einander gegenüber abzuwägen hat²⁴⁹. In wenigen Ausnahmefällen, in denen der Bestand des Unternehmens nur mehr durch Beitritt eines neuen kapitalzuführenden Investors gewährleistet werden kann, reduziert sich der Ermessensspielraum auf Null und der Vorstand ist zur Zulassung nicht mehr nur berechtigt, sondern es trifft ihn sogar eine Pflicht die DD durch den Erwerbsinteressenten zuzulassen²⁵⁰.

Rn 147

Bei der Entscheidung darf der Vorstand der Gaming AG die aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmenskaufs erhöhten Aufklärungspflichten

Rn 148

²⁴⁶ Böttcher, Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence, S. 54.

²⁴⁷ Vgl. o. Rn 116.

²⁴⁸ Vgl. Fischer, Holger, Due Diligence im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Berens/Brauner/Strauch, Due Diligence, S. 211.

²⁴⁹ Körber, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence, S. 268 ff.

²⁵⁰ Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 166.

gegenüber dem schutzbedürftigen außenstehenden Erwerber nicht außer Acht lassen, denn ihm fehlt als Außenstehender der Einblick in die internen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft. Der Erwerber ist von den Angaben des Verkäufers abhängig, woraus diesen die Pflicht trifft, nach Treu und Glauben all jene Umstände offenzulegen, die geeignet sind, auf eine allfällige Gefährdung der langfristigen Überlebensfähigkeit der Gesellschaft schließen zu lassen, und mit deren Verschweigen ein Käufer im Regelfall nicht rechnen würde, zumal dies einer Vereitelung des eigentlichen Vertragszwecks des Unternehmenskaufs gleichkäme²⁵¹. Ein vorsätzliches Verschweigen von Umständen, von denen der Verkäufer annimmt, dass sie dem Käufer unbekannt sind und dass ihre Unkenntnis Einfluss auf dessen Willensentschluss haben könnte, ist als Täuschungshandlung zu sehen²⁵² und hätte in weiterer Folge u. a. die Unwirksamkeit des in den meisten Unternehmenskaufverträgen vereinbarten weitreichenden Haftungsausschlusses zur Folge²⁵³. Eine Pflichtverletzung wäre demgegenüber ebenso zutreffend, würden bei einer Informationsweitergabe durch den Vorstand der Gaming AG notwendige Verfahrensvorkehrungen zum Schutz des Geheimhaltungsinteresses der eigenen Gesellschaft ausbleiben, wie z. B. der grds. verpflichtende Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung vor Beginn der Due-Diligence-Prüfung²⁵⁴, die Einrichtung eines Datenraums mit klar definierten Benutzungsregeln und individuell begrenzten Zugriffsrechten, die vollständige Dokumentation aller offengelegten Informationen oder die Preisgabe sensibler Informationen in anonymisierter Form oder sukzessiv durch ein gestuftes Verfahren in Abhängigkeit vom Stadium der Vertragsverhandlungen²⁵⁵.

In einer derartigen Situation von Bange und Kuhn zu verlangen, vom beabsichtigten Kauf der Gaming AG Abstand zu nehmen, und seinen unternehmerischen Gestaltungsspielraum als auf diese einzig richtige Handlungsmöglichkeit beschränkt zu betrachten – wie es Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur in der Vergangenheit taten²⁵⁶ – wäre unrichtig und ließe das Ermessen des Vorstands der Zielgesellschaft außer Acht, die Informationsweitergabe aufgrund berechtigter Motive zu verweigern. Korrekt ist die Annahme einer Verpflichtung von Bange und Kuhn, nach anderen Möglichkeiten als Ausgleich für das aus der Auskunftsverweigerung resultierende Informationsdefizit zu suchen, sollten sich auch öffentlich zugängliche Informationen

Rn 149

²⁵¹ *Schiffer/Mayer*, Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf, S. 2628.

²⁵² BGH, Urteil vom 4.3.1998 – VIII ZR 378-96, in NJW-RR 1998, S. 1406 f.

²⁵³ OLG München, Urteil vom 3.12.2020 – 23 U 5742/19, in NZG 2021, S. 423 – 429 (S. 423).

²⁵⁴ Vgl. *Austmann*, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, S. 284; weiters o. Rn 136.

²⁵⁵ *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 57.

²⁵⁶ *Kieth*, Vorstandhaftung bei fehlerhafter Due Diligence, S. 983.

als nicht ausreichend und die Einschaltung unabhängiger, zur anonymisierten Berichterstattung verpflichteter Intermediäre als nicht möglich erweisen. Als letzte Handlungsalternative in Betracht käme für Bange und Kuhn nur mehr die Berücksichtigung der erhöhten Risiken in Form eines Kaufpreisabschlags oder umfangreichen vertraglichen Gewährleistungs- und Garantiekatalogs mit Nachholung der DD zum ehestmöglichen Zeitpunkt nach Vollzug der Anteilsübertragung, um auf diese Weise eventuelle Ersatzansprüche unverzüglich geltend zu machen²⁵⁷.

Generell sind die Anforderungen an sorgfältiges Vorstandsverhalten in Situationen, die zeitnahes Handeln unter Druck oder Zwang erforderlich machen, nicht überzogen hoch anzusetzen²⁵⁸. Ab wann der Ausgleich für verweigerter Einsichtnahme als ausreichend gilt, obliegt wiederum derselben Ermessenseinschätzung wie die Frage, ab wann im konkreten Fall einer zugelassenen DD die Informationen und deren Beschaffung als angemessen erachtet werden können. Denn auch wenn dem Grunde nach alle verfügbaren Informationsquellen ausgeschöpft werden müssen²⁵⁹, wird laut BGH-Rspr. dem Vorstand ein vom Einzelfall abhängiger Spielraum zugestanden, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung unter Berücksichtigung der Faktoren Zeit, Kosten und Nutzen sowie der Bedeutung der Entscheidung selbst abzuwägen²⁶⁰. Während eine DD regelmäßig bestimmten Mindestanforderungen zu genügen hat, ist es von den Einzelheiten des jeweiligen Einzelfalls abhängig, worauf sie sich bezieht und wie tief die Prüfung geht²⁶¹. Eine Haftung des Käufers für eine mangelhafte bzw. nicht ausreichend tiefgreifende DD z. B. in Form eines Verlusts der Gewährleistungsrechte wird jedenfalls, zumal es keine allgemeine Pflicht zur Prüfung im Rahmen eines Unternehmenskaufes gibt²⁶², nach überwiegender Ansicht nur selten in Betracht kommen²⁶³.

Rn 150

Kommt es in der Folge dennoch zu einer Inanspruchnahme auf Schadenersatz aufgrund von Unzulänglichkeiten in der Informationsbeschaffung, kommt der sorgfältigen Dokumentation des jeweiligen Sachverhalts, der Entscheidungsprozesse und

Rn 151

²⁵⁷ Vgl. *Beisel, Andreas*, § 7 Haftung des Vorstands im Spannungsfeld zwischen Offenlegung und Vertraulichkeit, in: *Beisel/Andreas*, MandatsHB DD, Rn 40; analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 14; *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 163.

²⁵⁸ *Beisel, Andreas*, § 7 Haftung des Vorstands im Spannungsfeld zwischen Offenlegung und Vertraulichkeit, in: *Beisel/Andreas*, MandatsHB DD, Rn 44.

²⁵⁹ BGH, Urteil vom 14.7.2008 – II ZR 202/07, in NJW 2008, S. 3361 – 3363 (S. 3362).

²⁶⁰ BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, in NJW 2017, S. 578 – 582 (S. 580).

²⁶¹ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 15.

²⁶² Vgl. o. Rn 145.

²⁶³ *Schiffer/Mayer*, Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf, S. 2629.

ihrer Begründung maßgebliche Bedeutung für die Abwehr von Ansprüchen zu²⁶⁴. Denn gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG obliegt es im Haftungsprozess dem betroffenen Vorstandsmitglied darzulegen, ob er bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Der Stellenwert einer aussagekräftigen Protokollierung der den Organen bekannten Informationen und der angestellten Chancen- und Risikoüberlegungen kann daher bei Unternehmensübernahmen nicht hoch genug eingeschätzt werden²⁶⁵, auch wenn unternehmerische Entscheidungen des Vorstands formfrei gefasst werden können und das Aktienrecht keine ausdrücklichen Vorgaben zu Form und Umfang einer Entscheidungsvorbereitung unternehmerischer Entscheidungen enthält²⁶⁶. Der Vorteil, dem Gericht bei Verdacht einer Fehlentscheidung später anhand schriftlicher DD-Berichte, standardisierter Beschlussvorlagen und protokollierter Gremiensitzungen den Nachweis über den sachgerechten Entscheidungsweg und der zum Entscheidungszeitpunkt verfügbaren Daten und Informationen führen zu können, überwiegt dabei der Lästigkeit der Pflichterfüllung²⁶⁷. Denn kommt es nach Vertragsabschluss zu einem Szenario, dessen hypothetischer Eintritt in der Entscheidungsvorbereitung Teil der Risikobeurteilung war, wird eine Haftung regelmäßig nicht in Betracht kommen; problematisch sind Fälle, in denen nicht in der Entscheidungsvorlage enthaltene, jedoch erkennbare Risiken eintreten und somit Defizite in der Entscheidungsvorbereitung zu Tage treten²⁶⁸.

Diese Dokumentationsempfehlung zur Entkräftung einer möglichen Organhaftung erscheint auf weniger komplexe Entscheidungsprobleme ausreichend. Bei der Entscheidung zum Erwerb eines Unternehmens handelt es sich jedoch um eine hochkomplexe Ermessensentscheidung, der i. d. R. vielschichtige Einschätzungen, Prognosen und Szenarien zugrunde liegen, deren sorgfältige Abwägung ohne ausreichende Dokumentation schlichtweg nicht mehr möglich wäre. In diesem Fall wird die Dokumentationsarbeit zum konstitutiven Bestandteil des Entscheidungsprozesses und aufgrund von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zur verpflichtenden Aufgabe eines sorgfältig handelnden Vorstands²⁶⁹.

Rn 152

²⁶⁴ *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 2.

²⁶⁵ *Sailer-Coceani*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, S. 135.

²⁶⁶ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 100.

²⁶⁷ *Hülsberg*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 74.

²⁶⁸ *Gleißner*, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen, S. 127.

²⁶⁹ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 102 f.

4.2.5 Kaufpreis- und Vertragsgestaltung

DD, Kaufpreisfindung und Vertragsgestaltung sind untrennbar miteinander verflochtene, miteinander in Wechselwirkung stehende Themenkomplexe: Die anhand der DD gewonnenen Erkenntnisse bilden die Grundlage für die Bewertung des Zielunternehmens, die Kaufpreisverhandlungen und eine interessensgerechte Abbildung der identifizierten Risiken im Unternehmenskaufvertrag.

Rn 153

Der Kaufpreis in Relation zum Unternehmenswert ist ein entscheidender Erfolgsfaktor für den ökonomischen Erfolg einer Unternehmensübernahme und zentraler Bestandteil des Unternehmenskaufvertrages. Seine Höhe, Herleitung und vertragliche Ausgestaltung obliegen gleichermaßen wie die Akquisitionsentscheidung selbst dem freien Geschäftsleiterermessen²⁷⁰ und sind vom Anwendungsbereich der BJM Rule geschützt, solange der Wert der Zielgesellschaft aufgrund angemessener Information sachlich unbefangen in einem solchen Verfahren bestimmt wurde, das den Eigenheiten des Erwerbsobjekts entspricht und auch sonst situationsgerecht ist²⁷¹. Der Vorstand muss prüfen, ob der zu zahlende Kaufpreis in einem angemessenen Verhältnis zu den Gewinnchancen bei Erwerb des Unternehmens stehen, und hat dazu das Zielunternehmen zu bewerten²⁷². Problematisch wird es, wenn der gezahlte oder empfangene Kaufpreis signifikant vom Ergebnis der Unternehmensbewertung abweicht und eine Begründung durch Sachargumente fehlt²⁷³.

Rn 154

Zu den Vorstandspflichten bei der Bewertung von Unternehmen im Rahmen von M&A-Transaktionen gibt es nur wenige konkrete punktuelle Anhaltspunkte²⁷⁴. Als anerkannt gilt nach h. M. etwa, dass die allgemeine Grundsätze der Unternehmensbewertung herangezogen werden können, aber nicht unbedingt müssen²⁷⁵, dass Sachverständigengutachten im Zweifelsfall hins. der Kaufpreisbildung entlastend wirken können, aber keine ausreichende Entscheidungsvorlage darstellen und dass ein routinemäßiges Einholen externer Bewertungsgutachten ohne weitere Abwägung der durch den Unternehmenskauf zusätzlich zu erwartenden Erträge mit den zusätzlichen finanziellen Risiken i. d. R. nicht ausreichend sein wird²⁷⁶.

Rn 155

²⁷⁰ *Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph*, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 60.

²⁷¹ *Hüffer*, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 575.

²⁷² *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 162.

²⁷³ *Sailer-Coceani*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, S. 135.

²⁷⁴ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 114.

²⁷⁵ *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 180.

²⁷⁶ *Gleißner*, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen, S. 128.

Ausgangspunkt für die Kaufpreisbildung ist die Ermittlung des objektivierte Unternehmenswertes bzw. des Stand-Alone-Marktwerts, der der Summe der Barwerte der aus dem Verkaufsobjekt zu erwartenden Free Cash-Flows unter Annahme einer unveränderten Fortführung in der aktuellen Marktsituation mit dem bisherigen Management entspricht. Dazu stehen in der Praxis verschiedene weder betriebswirtschaftlich noch rechtlich zwingend vorgeschriebene substanzwertorientierte, markt-wertbasierte und ertragsbasierte Bewertungsverfahren mit jeweils unterschiedlich zu treffenden Bewertungsannahmen zur Verfügung, deren Auswahl entscheidende Auswirkung auf die Bewertung des Zielunternehmens und deshalb auch eine persönliche Befassungspflicht des Vorstands zur Folge hat²⁷⁷.

Rn 156

Für die Kaufpreisfindung beachtenswert sind für den Käufer überdies die aus der Integration des Zielunternehmens in den Unternehmensverbund und gemeinsamen Geschäftsentwicklung resultierenden Synergieeffekte, Restrukturierungskosten und Projektrisiken, die in Form einer strategischen Übernahmeprämie zusammen mit dem Stand-Alone-Wert den kombinierten bzw. subjektiven kombinierten Unternehmenswert ergeben²⁷⁸. Währenddessen der Stand-Alone-Marktwert transaktionsbedingte Veränderungen zukünftiger Cash-Flows außer Acht lässt, berücksichtigt der subjektive Unternehmenswert darüber hinaus das für den Käufer mögliche Wertsteigerungspotential.

Rn 157

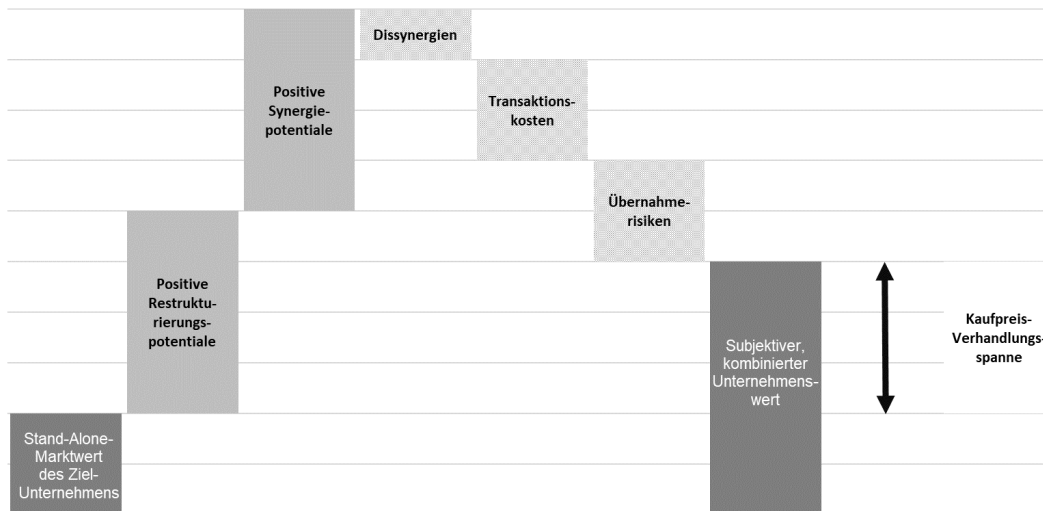
Demnach würde sich bei einer Kaufpreiseinigung unterhalb des Standalone-Werts die Transaktion aus Verkäufersicht nicht mehr lohnen, wohingegen bei einem Kaufpreis oberhalb des kombinierten Unternehmenswerts die vom Käufer bezahlte, über den eigenständigen Wert des Übernahmeobjekts hinausgehende Transaktionsprämie nicht mehr ausreichend durch Wertsteigerungspotential gerechtfertigt wäre. Stand-Alone-Marktwert und kombinierter Unternehmenswert markieren folglich die Grenzpreise für die Verhandlungsspanne, innerhalb deren eine Kaufpreiseinigung aus den Blickwinkeln von Käufer und Verkäufer gerade noch als wirtschaftlich vertretbar gilt²⁷⁹.

Rn 158

²⁷⁷ Hülsberg, Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben, S. 201 – 204.

²⁷⁸ Rademacher, Controlling von M&A-Projekten, S. 66 – 69.

²⁷⁹ Defren, Desinvestitionsmanagement, S. 146; vgl. o. Rn 28.

Abbildung 1: Ober- und Untergrenze der Kaufpreisfindung²⁸⁰.

Je weiter die Grenzen des wirtschaftlich Vertretbaren im Rahmen der Kaufpreisgestaltung erreicht oder in Ausnahmefällen sogar überschritten werden, umso umfangreicher sind die zugrundeliegenden Argumente abzuwägen und zu dokumentieren²⁸¹. Sind die Argumente objektiv und aufgrund hinreichender Dokumentation nachvollziehbar, kommt eine unverantwortliche Überspannung von Risikobereitschaft und eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht in Betracht; zeigen sich im Nachhinein Defizite in der Wertermittlung oder fehlte eine ausreichend kritische Reflexion auf Basis von Sachargumenten – wie es in Fallbeispiel 3²⁸² zutreffend wäre –, würden Bange und Kuhn auf die Prüfung der Angemessenheit des Kaufpreises verzichten und sich „blind“ auf die Ergebnisse der informellen Vorgespräche in Eigentümerkreisen verlassen, erscheint die Überschreitung unternehmerischen Ermessens naheliegend²⁸³.

Rn 159

Generell empfiehlt sich bei großvolumigen Transaktionen oder Unternehmensübernahmen, deren wirtschaftlicher oder strategischer Mehrwert sich nicht bereits am ersten Blick erschließt, die Einholung von Expertengutachten (sog. Fairness Opinions), zumal damit verhindert werden kann, dass in Kenntnis der tatsächlichen Ereignisse die Einschätzungen, die zu einer Kaufentscheidung führten, im Rückblick anders wahrgenommen werden als sie sich zum Entscheidungszeitpunkt darstellten (sog. Rückschaufehler oder Hindsight-Bias). Dies bedeutet keineswegs, dass sich Geschäftsleiter hinter routinemäßig beauftragten Sachverständigengutachten verstecken können, und entbindet diese nicht von der eigenen Pflicht zur sorgfältigen

Rn 160

²⁸⁰ Vgl. Wirtz, Mergers & Acquisitions Management, S. 203.

²⁸¹ Weißhaupt, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 121.

²⁸² Vgl. o. Rn 116.

²⁸³ Vgl. Weißhaupt, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 121 ff.

und regelmäßigen Plausibilisierung der Ergebnisse delegierter Aufgaben und Unabhängigkeit von beigezogenen Beratern von persönlichen Interessenskonflikten²⁸⁴. Auch wenn unternehmensfremde Berater eingeschaltet werden, bleibt der Vorstand alleiniger Entscheidungsträger und eine Delegation der zu treffenden Entscheidung an außenstehende Dritte ist unzulässig²⁸⁵.

Den Kaufpreis allein auf das Verhandlungsergebnis der Parteien über die Unternehmensbewertung zu reduzieren, ließe seine enge Wechselwirkung mit den übrigen Bestimmungen im Unternehmenskaufvertrag außer Acht. Vielmehr gilt es, durch vertragliche Ausgestaltung der Transaktionsvereinbarung die wesentlichen bewertungsrelevanten Faktoren abzusichern bzw. die im Angebotspreis enthaltenen Annahmen z. B. anhand von Gewährleistungsregeln wie Garantien und Freistellungen oder von Preisanpassungsregelungen wie variablen Kaufpreisbestandteilen, die erst zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt nach Anteilsübertragung in Abhängigkeit vom Eintritt bestimmter im Vorhinein definierter finanzieller oder nicht finanzieller Erfolgsparameter fällig werden, in ausreichendem Maße zu verankern²⁸⁶.

Rn 161

Erweist sich eine vertragliche Absicherung als nicht durchsetzbar, ist dies bei der Kaufpreisbemessung in Form von Preisabschlägen zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für die in der DD identifizierten Risiken oder sonstige Unsicherheiten, deren Erkenntnisse in derselben Weise Eingang in den Unternehmenskaufvertrag finden müssen: So stünde es einer Erwerbengesellschaft frei, im Gegenzug für einen angemessenen Risikoschlag oder umfangreiche Garantieerklärungen auf jegliche Informationslieferung im Rahmen einer DD zu verzichten und dennoch ein risikobehaftetes Zielunternehmen zu erwerben; umgekehrt würden Garantien oder Abschläge vom Kaufpreis obsolet, sofern die DD im Vorfeld ein umfassendes und schlüssiges Bild über die Geschäftslage ergeben hat²⁸⁷.

Rn 162

Nicht selten erweisen sich mit zunehmendem Fortschritt der Vertragsverhandlungen die zwischen Käufer und Verkäufer bestehenden Interessensgegensätze als unüberbrückbar: Währenddessen der Käufer i. d. R. im Kaufvertrag auf eine weitreichende Haftung des Verkäufers abzielt und die Einbringlichkeit späterer Ersatzansprüche sicherstellen will, liegt es im Interesse des Verkäufers die potentielle Haftung mit einem schmalen Garantiekatalog, der Abgabe von Garantien nur „nach bestem Kenntnis“ und der Deckelung von Ansprüchen unter einem niedrigen

Rn 163

²⁸⁴ Vgl. o. Rn 133.

²⁸⁵ *Dörrwächter, Jan*, § 4 Leitung als Vorstandsaufgabe, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 46.

²⁸⁶ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Trölitzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 19.

²⁸⁷ *Weißhaupt*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen, S. 112 f.

Haftungshöchstbetrag auf das geringstmögliche Mindestmaß zu begrenzen²⁸⁸, ohne im Gegenzug Konzessionen im Kaufpreis hinnehmen zu müssen. In diesen Fällen bietet sich der Einsatz von Gewährleistungsversicherungen (sog. W&I-Insurance) an, anhand deren die Haftung des Verkäufers für vertragliche Gewährleistungsverletzungen gegen Bezahlung einer Versicherungsprämie an einen Versicherer übertragen und die Interessen beider Vertragsparteien – jene des Verkäufers durch Ermöglichung von Haftungsbeschränkungen zu seinen Gunsten sowie jene des Käufers durch die erweiterte Haftung des Versicherers – gewahrt werden können²⁸⁹.

Kaufpreis, Kaufvertrag und Risiken sind im Gesamtkontext zueinander zu sehen und erlauben zusammen eine gezielte Risikoverlagerung zwischen Verkäufer und Käufer, für die den Parteien im Rahmen der Vertragsgestaltung unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht²⁹⁰. Dieses Vorstandsermessen bei der Ausgestaltung von Kaufpreis und Einzelheiten des Unternehmenskaufvertrags ist unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls weitreichend, aber keinesfalls unbegrenzt²⁹¹. So muss der Unternehmenskaufvertrag frei von Gesetzes- oder Satzungsverstößen sein und Formvorschriften, gesellschaftsrechtliche oder kapitalmarktrechtliche Informationspflichten, allfällige kartellrechtliche Vollzugsverbote sowie in der Satzung vorgesehene Zustimmungsvorbehalte zugunsten des AR durch Vollzugs- bzw. Closing-Bedingungen berücksichtigen. Unterbleiben diese Regelungen im Kaufvertrag oder kommt es bei der Unterzeichnung des vorgelegten Kaufvertragsentwurfs zu einem Alleingang des Vorstands, droht die Haftung für dadurch eingetretene Schäden aufgrund von Pflichtverletzungen, die sich im Nachgang auch nicht durch die Eilbedürftigkeit der jeweiligen Situation oder sonstige Umstände, die Anlass zur Annahme bieten würden, das Vorstandsverhalten sei zum Wohl der Gesellschaft gewesen, rechtfertigen lassen²⁹². Nicht das lückenlose Lesen von Due-Diligence-Berichten, Bewertungsgutachten und dem gesamten Vertragskonvolut wird vom Vorstand verlangt, wohl aber die summarische Kenntnis der wesentlichen Chancen und Risiken und ihrer angemessenen Berücksichtigung in den Konditionen der Transaktion²⁹³.

Rn 164

²⁸⁸ *Hoinig/Klingen*, Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf, S. 1245.

²⁸⁹ *Ebd.*, S. 1246.

²⁹⁰ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 19; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.6.2011 – 21 W 18/11, in BeckRS 2011, 17042.

²⁹¹ Vgl. o. Rn 128.

²⁹² *Nauheim/Goette*, Managerhaftung, S. 2521.

²⁹³ *Sailer-Coceani*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, S. 135.

4.2.6 Fallbeispiel 3: Ergebnis

Der Unternehmenskauf der Gaming AG in Fallbeispiel 3²⁹⁴ ist eine genuin unternehmerische Entscheidung, die allein dem Vorstandsermessen von Bange und Kuhn obliegt. Dasselbe gilt für die Entscheidungsvorbereitung einschließlich der Fragen zur DD, die Vertragsverhandlungen, die Kaufpreisbildung und die Vertragsgestaltung. Ausdrückliche Handlungsvorgaben durch den Gesetzgeber gibt es nicht und Verrechtlichungstendenzen, die auf eine persönliche Erfolgshaftung der Unternehmensvertreter für typischerweise unter Unsicherheit getroffene und von nicht justiziablen Prognosen getragenen Entscheidungen hinauslaufen würden, trat die Rspr. in der Vergangenheit wiederholt entgegen.

Rn 165

Das Eingehen von Risiken auf der Suche nach Geschäftschancen ist ein Teil der Leitungspflichten von Bange und Kuhn und schlichte Fehleinschätzungen reichen in der Praxis für ihre persönliche Inanspruchnahme nicht aus, solange das Entscheidungsermessen nicht in völlig unverantwortlicher Weise überspannt wurde und nicht mit dem gesetzlichen Auftrag zum Schutz von Gesellschaftsvermögen und langfristigen Bestand des Unternehmens²⁹⁵ auf für sie im Voraus erkennbare Weise unvereinbar war. Der Erwerb der Anteile an der Gaming AG ist zulässig, solange Bange und Kuhn alle in einem angemessenen Verhältnis zur Transaktion stehenden Informationsquellen ausschöpfen, die damit einhergehenden wesentlichen Chancen und Risiken innerhalb einer wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtwürdigung sorgfältig und auf nachvollziehbare Art und Weise abwägen, die Erkenntnisse im Gesamtkontext mit Kaufpreis und Vertragsgestaltung ausreichend berücksichtigen und im Zuge der Transaktion es zu keiner Verletzung von rechtlich gebundenen Entscheidungen ohne tatbestandlichem Beurteilungsspielraum kommt.

Rn 166

Bange und Kuhn droht im späteren Schadensfall die Gefahr persönlicher Haftung für pflichtwidriges Vorstandsverhalten, wenn ohne Veranlassung marktübliche Standards in der Entscheidungsvorbereitung missachtet wurden, eine Angemessenheitskontrolle des Kaufpreises zur Gänze unterblieb, auf die typischen Absicherungsmaßnahmen im Kaufvertrag unter Inkaufnahme von sowohl unbekanntem als auch auf der Hand liegenden Risiken verzichtet wurde oder die Übernahme der Gaming AG und die mit ihr verfolgte Strategie aus Sicht der Holding AG von Vorherem als schlichtweg unternehmerisch unvertretbar erkennbar war²⁹⁶.

Rn 167

²⁹⁴ Vgl. o. Rn 116.

²⁹⁵ Vgl. o. Rn 49.

²⁹⁶ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.6.2011 – 21 W 18/11, in BeckRS 2011, 17042.

5 Erweiterte Leitungspflichten nach Übernahme

Nach Vollzug der Anteilsübernahme besteht zwischen dem Übernehmer und der Zielgesellschaft ein faktisches Konzernverhältnis²⁹⁷. Dies ist der Fall, wenn im Anschluss an die Erlangung einer Mehrheitsbeteiligung die Zielgesellschaft vom Übernehmer kraft tatsächlicher Herrschaftsmacht (faktisch) geleitet wird²⁹⁸ und kein Unternehmensvertrag besteht.

Rn 168

In einer solchen Konstellation droht das ausgewogene System des AktG, dessen Leitbild die unabhängige Gesellschaft ist, in der Unternehmensleitung, Aktionäre und Gläubiger ausnahmslos am langfristigen Bestand der Gesellschaft sowie an einem möglichst hohen Ertrag des in ihrem gemeinsamen Interesse betriebenen und von Dritten unabhängigen Unternehmens interessiert sind und wo aus diesem Grund auf eine besondere Sicherung der Gesellschafter und Gläubiger gegen gesellschaftsschädigende Verhaltensweisen einzelner Gesellschafter verzichtet werden kann, zu scheitern²⁹⁹. Denn gelingt es einem Aktionär sich maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensleitung zu verschaffen, besteht die Gefahr, dass der AR von einem Überwachungsorgan sukzessive zum eigentlichen Leitungsorgan verkommt, über das der Großaktionär in untere Konzernebenen hineinregiert, und der Vorstand anstelle der Interessen aller Aktionäre und Gläubiger nur mehr die Weisungen eines einzelnen Aktionärs mit anderweitigen unternehmerischen Interessen verfolgt³⁰⁰. Eine blinde Umsetzung von Vorgaben kann für den Vorstand erhebliche rechtliche Konsequenzen zur Folge haben, sollte sich die Maßnahme als für die eigene Gesellschaft nachteilig herausstellen³⁰¹. Dies ist insb. in der Phase nach einer Unternehmensübernahme keine Seltenheit, sobald sich eine Integrationsmaßnahme, wie z. B. die Verlagerung der Produktion aus einem Land in ein anderes, als zwar vorteilhaft für den nunmehr bestehenden Unternehmensverbund erweist, jedoch für die unmittelbar betroffene Gesellschaft mit Nachteilen verbunden ist³⁰². Demgegenüber ist anzuerkennen, dass für den Vorstand einer beherrschenden AG, die an der Spitze eines Konzerns steht, weitergehende Verhaltenspflichten gelten müssen, als dies bei einer unverbundenen AG der Fall ist³⁰³.

Rn 169

²⁹⁷ *Austmann*, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, S. 285.

²⁹⁸ *Liebscher, Thomas*, § 14 Konzernrecht, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG, Rn 70.

²⁹⁹ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: § 1. Einleitung, Rn 25.

³⁰⁰ *Ebd.*, Rn 25.

³⁰¹ *Mundhenke/Hannemann*, Organhaftung im internationalen Konzern.

³⁰² *Nawroth, Christoph*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 113.

³⁰³ *Feltl*, Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, S. 358.

Es stellt sich im Anschluss an eine Unternehmensübernahme für die Geschäftsleitung des Übernehmers gleichermaßen wie für die Geschäftsleitung der nunmehr abhängigen Gesellschaft die Frage, inwieweit die Rechte und Pflichten von Vorstandsmitgliedern im Unternehmensverbund erweitert, verkürzt oder anderweitig verändert werden³⁰⁴. Antworten darauf und auf alle weiteren aus einer Unternehmensverbindung resultierenden gesellschaftsrechtlichen Fragen enthält das in §§ 291 ff. AktG geregelte Recht der „verbundenen Unternehmen“: Diese gemeinhin als Konzernrecht bezeichnete Teildisziplin des Gesellschaftsrechts regelt die Zulässigkeit von Verbindungen von rechtlich weiterhin selbständigen Unternehmen, die Auswirkungen dieser Unternehmensverbindung auf die Verfassung der beteiligten Gesellschaften und die Grenzen für die Verfolgung spezifischer Interessen eines Mehrheitsgesellschafters³⁰⁵ und sind gemeinsam mit den gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien maßgeblich für den rechtlichen Rahmen der im Unternehmensverbund (veränderten) Organpflichten, Zuständigkeiten und Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern.

Rn 170

5.1 Fallbeispiel 4: Leitungspflichten im Konzern

Sachverhalt³⁰⁶:

Nachdem sich Bange und Kuhn über ihre Verhaltenspflichten bei der Übernahme der Gaming AG beraten ließen, gelang es ihnen, die Gegenpartei von den Vorteilen einer gewissenhaften Planung und Durchführung der Transaktion angesichts von andernfalls drohenden Haftungsrisiken zu überzeugen. Im Rahmen einer DD durch einen externen Wirtschaftsprüfer konnte ein umfassender Einblick in die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Gaming AG ohne erkennbare Deal Break gewonnen werden und eine eingeholte Fairness Opinion bestätigte die Angemessenheit des beabsichtigten Kaufpreises, so dass Bange und Kuhn im Anschluss an eine sorgfältige Chancen- und Risikoabwägung zur Auffassung gelangten, dass unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Kaufvertragsverhandlungen der Erwerb eines Mehrheitsanteils von 80 % an der Gaming AG aus Sicht der Holding AG unternehmerisch vertretbar sei, woraufhin der Unternehmenskauf im Rahmen eines schriftlichen Vorstandbeschlusses, der die wesentlichen Umstände und der Entscheidung zugrundeliegenden Überlegungen enthielt, entschieden und vor kurzem erfolgreich vollzogen wurde. Daneben wurde in einer Aktionärsvereinbarung mit dem mit 20 % als Minderheitsaktionär verbleibenden Verkäufer festgelegt, dass die Gaming AG als unabhängiges Unternehmen unter der Leitung des aktuellen Vorstands für die Dauer von zumindest 3 Jahren sowie mit unverändertem Gesellschaftszweck fortgeführt werden sollte.

Bange und Kuhn sind sich bewusst, dass im Übernahmepreis ein erhebliches Synergiepotential eingepreist war und dass für eine nachhaltige Gesamtwertsteigerung eine zügige und konsequente Umsetzung des entworfenen Integrationsplans unabdingbar ist. Sie stehen unter Erfolgsdruck und es gilt im Grunde, alte Strategien zu überdenken, gemeinsame Businesspläne auszuarbeiten und die gesamte Aufbau- und Ablauforganisation der beiden Unternehmen im Hinblick auf Optimierungsmöglichkeiten zu hinterfragen. Demgegenüber sieht sich der Vorstand der übernommenen Gaming AG, Frank Halmig, erstmals in seiner Unternehmensgeschichte mit der Mehrheitskontrolle durch ein anderes Unternehmen konfrontiert.

Rn 171

³⁰⁴ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 1.

³⁰⁵ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: § 1. Einleitung, Rn 2 f.

³⁰⁶ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 3 unter Rn 116.

Auf beiden Seiten herrscht Unklarheit über die individuellen Verhaltenspflichten bei der Umsetzung der Unternehmensintegration. Bange und Kuhn fragen sich, inwieweit es für sie als Vertreter der Käufergesellschaft – ungeachtet der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit zur PMI des Neuerwerbs – eine rechtliche Verpflichtung dazu gibt, aus der im Falle eines Scheiterns die Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme droht, und wie weit ihre Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Tochtergesellschaft reichen. Für den Vorstand der Gaming AG, der das Unternehmen bislang unter eigener Verantwortung und im Interesse aller Aktionäre und Gläubiger leitete, zeichnet sich dagegen ein Loyalitätskonflikt speziell bei tiefgreifenden Integrationsmaßnahmen ab, bei denen sich die besonderen Interessen ihres eigenen Unternehmens von denen des neuen einflussreichen Großaktionärs unterscheiden. Als Bange und Kuhn ihn dazu bewegen wollen, an einer Post-Closing DD mitzuwirken, stellt er sich erstmals die Frage nach der Folgepflicht.

5.1.1 Leitungsverantwortung im faktischen Konzern

Aus Sicht von Bange und Kuhn ist zu prüfen, inwieweit es aufgrund der Mehrheitsübernahme der Gaming AG zu einer Ausdehnung ihrer bislang auf die eigene Gesellschaft beschränkten Leitungspflicht zu einer nunmehr zentralen Konzernleitungspflicht gekommen ist.

Rn 172

5.1.1.1 Umfang und Reichweite

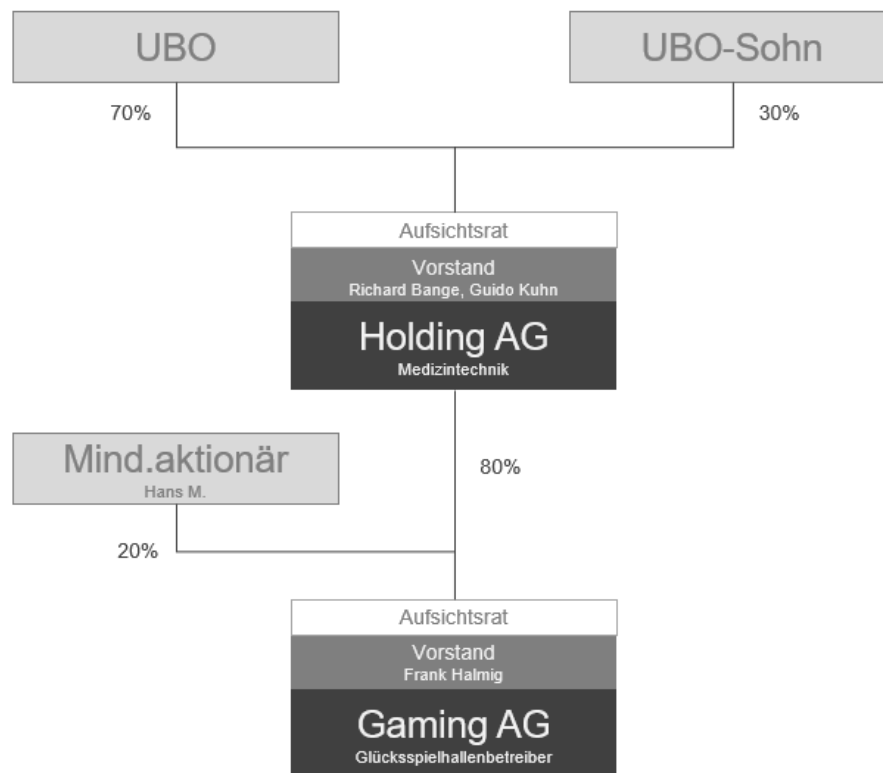
Da das deutsche Konzernrecht den Konzern nicht als eigenständigen Rechtsträger anerkennt, bleiben alle Organmitglieder aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerngesellschaften auch innerhalb eines Unternehmensverbands allein ihrer jeweiligen Gesellschaft gegenüber gem. § 76 Abs. 1 AktG verpflichtet³⁰⁷. Außer Frage steht jedoch, dass den Konzernvorstand Pflichten treffen, die über jene hinausgehen, die der Vorstand einer singulären Gesellschaft ohne abhängige Tochtergesellschaften zu erfüllen hat, und dass sein Verhalten pflichtwidrig wäre, wenn er sich nur auf die Leitung der eigenen Gesellschaft beschränkt, ohne auf die abhängige Gesellschaft Bedacht zu nehmen³⁰⁸. Eine Konzernleitungspflicht gegenüber abhängigen Gesellschaften i. S. einer Verpflichtung, die aus der Unternehmensbeteiligung resultierende Herrschaftsmacht auszuüben, um die Tochtergesellschaft unter einheitlicher Leitung zu einem Konzernverbund zusammenzufassen und diesen Unternehmensverbund von oben bis in alle Einzelheiten zu lenken, lehnt die h. M. ab³⁰⁹.

Rn 173

³⁰⁷ Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2306.

³⁰⁸ Frotz, Stephan / Schörghofer, Paul, 24. Der Vorstand im Konzern, in: Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand, Rn 10.

³⁰⁹ Fleischer, Corporate Compliance im Unternehmensverbund, S. 3; Schockenhoff, Haftung und Enthaftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 201 f.; Mundhenke/Hannemann, Organhaftung im internationalen Konzern; Singer, Konzerndimension von Zustimmungsvorbehalten, S. 138 f.

Abbildung 2: Gesellschaftsstruktur nach Übernahme der Gaming AG.

Die Leitung der eigenen Gesellschaft i. S. des Wortlauts von § 76 Abs. 1 AktG darf jedoch nicht als Beschränkung auf die Muttergesellschaft verstanden werden, sondern schließt den gesamten Unternehmensverbund mit ein³¹⁰. Dazu zählen die Erwerbengesellschaft und der in ihr Gesellschaftsvermögen übergegangene Beteiligungsbesitz an dem Tochterunternehmen gleichermaßen wie der Unternehmensverbund in seiner Gesamtheit³¹¹. Auch wenn dem Konzernvorstand daraus keine allumfassende Pflicht zur zentralen Konzernleitung erwächst, ist anerkannt, dass sich die Leitungsverantwortung³¹² auf das gesamte Vermögen des Unternehmensverbunds erstreckt, und dem Vorstand der herrschenden Muttergesellschaft eine über die lediglich gewissenhafte Ausübung der Beteiligungsrechte hinausgehende konzernbezogene Leitungsverantwortung obliegt³¹³.

Rn 174

Die Anforderungen an das Management haben sich aufgrund der Anteilsübernahme an der Gaming AG verändert und Bange und Kuhn können sich nicht länger von den

Rn 175

³¹⁰ Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 117.

³¹¹ Ebd., Rn 100; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 3.

³¹² Vgl. o. Rn 47 ff.

³¹³ Fleischer, Holger, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: Fleischer, Hb Vorstandsrecht, Rn 18.

Belangen ihrer Unternehmensbeteiligung distanzieren: War ihre Führungsfunktion in den vier wesentlichen Bereichen Planung und Steuerung, Organisation, Finanzplanung und Informationsversorgung bislang auf die eigene unverbundene AG begrenzt, erstreckt sich ihre Leitungsverantwortung nunmehr auf die gesamte Unternehmensgruppe³¹⁴. Bange und Kuhn obliegt fortan die Vorgabe des strategischen Rahmens, innerhalb dessen die Unternehmensgruppe operieren soll, die kritische Begleitung der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung aller Konzerngesellschaften, die Schaffung einer effizienten Konzernorganisation, die Sicherstellung konzernweiter Liquidität und die Gewährleistung von konzernweit effizientem Informationsfluss³¹⁵. Zur Leitung des Unternehmensverbunds zählt nicht nur das operative Management, sondern auch die Überwachung der eigenen und untergeordneten Strukturen in Bezug auf die Einhaltung geltenden Rechts im Allgemeinen und die Etablierung einer konzernweit funktionierenden Compliance-Struktur im Speziellen³¹⁶. Im Hinblick auf Umfang und Organisation der konzernweiten Leitungspflicht verfügen Bange und Kuhn, sofern es um wirtschaftliche Fragen geht, über einen weiten Ermessensspielraum nach den Regeln von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG³¹⁷ und es gilt, dass ihre Pflichten zur Einwirkung auf Tochtergesellschaften nicht weiter reichen können als die konzernrechtlichen Möglichkeiten zur Einflussnahme³¹⁸ und die sich aus der Gesellschaftereigenschaft ergebenden allgemeine Beteiligungsrechte der Konzernobergesellschaft.

Die Möglichkeiten von Bange und Kuhn, auf die Geschäftsleitung der Gaming AG Einfluss zu nehmen, um zur Vollendung der Unternehmensübernahme aus Konzernsicht zweckmäßige Integrationsmaßnahmen durchzusetzen, sind im faktischen Aktienkonzern – anders als bei Personengesellschaften – auf die auf lediglich grundlegende Fragen limitierten Gesellschafterrechte in der HV der Gaming AG begrenzt und beschränken sich auf das Recht zur Besetzung von Führungspositionen, Ausübung von Zustimmungsrechten und das ihnen als Anteilsvertreter zur sachgemäßen Abarbeitung der Tagesordnung im Rahmen der HV zustehende Auskunftsrecht nach § 131 AktG³¹⁹. Bange und Kuhn haben jedoch kein Recht, dem Vorstand der Gaming AG direkt oder mittelbar über HV bzw. AR verbindliche Weisungen zur

Rn 176

³¹⁴ *Artt*, Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern, S. 260.

³¹⁵ Vgl. *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 19 – 31.

³¹⁶ Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, in NZG 2014, S. 345 – 349 (S. 347).

³¹⁷ Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 5; *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 19 – 31.

³¹⁸ *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2307.

³¹⁹ *Artt*, Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern, S. 260.

Leitung seiner Gesellschaft zu erteilen, und auch keinen Anspruch, dass dieser seine Unternehmensstrategie und Geschäftspolitik mit ihnen abstimmt. Denn § 76 Abs. 1 AktG differenziert nicht zwischen den Leitungsorganen von unverbundenen oder verbundenen AGs und der Vorstand der abhängigen Gesellschaft bleibt innerhalb des faktischen Unternehmensverbands weiterhin zur eigenverantwortlichen Unternehmensleitung im Interesse des eigenen Geschäftsbetriebs verpflichtet³²⁰.

5.1.1.2 Schranken des Einflusses

Ungeachtet des fehlenden Weisungsrechts erkennt der Gesetzgeber die faktischen Möglichkeiten zur Einflussnahme von Mehrheitsaktionären auf den Tochtervorstand an, zum Schutz der Interessen von weiteren Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern in der abhängigen Gesellschaft vor nachteiliger Ungleichbehandlung jedoch nur unter den engen Grenzen von § 311 Abs. 1 AktG. Dieser bildet den zentralen Verhaltensmaßstab für den Vorstand des Mutterunternehmens im faktischen AG-Konzern und enthält den Grundsatz, dass Einflussnahme zulässig ist, solange es sich nicht um Veranlassung eines für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Rechtsgeschäfts oder nachteiligen Maßnahme handelt, es sei denn, die dadurch entstandenen Nachteile werden ausgeglichen. Bange und Kuhn können zur Verwaltung des Beteiligungsvermögens dem Vorstand der Gaming AG Ratschläge, Anregungen oder Anweisungen erteilen, aber nur so weit, solange es dadurch nicht zu einer Minderung oder Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gaming AG kommt oder die nachteilige Einflussnahme gegenüber der Gaming AG gesondert ausgeglichen wird³²¹. Dies ändert nichts an der unveränderten Fortgeltung von § 76 Abs. 1 AktG, demzufolge der Vorstand der Gaming AG zwar berechtigt ist, den Anweisungen von Bange und Kuhn zu folgen und das Verhalten an den Vorstellungen des neuen Mehrheitsaktionärs auszurichten, jedoch keineswegs dazu verpflichtet werden kann.

Rn 177

Kommt es zu einer Einflussnahme von außen, erweitert sich innerhalb des neuen Unternehmensverbands der Pflichtenkreis für die Geschäftsleitung der Gaming AG dahingehend, als er nunmehr für jeden Einzelfall zu prüfen hat, inwieweit die jeweilige Maßnahme mit den Interessen der eigenen Gesellschaft verträglich ist³²².

Rn 178

³²⁰ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 7.

³²¹ *Ebd.*, Rn 74 – 77; *Hüffer*, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 589.

³²² Vgl. *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Röding*, HoldHB, Rn 113.

Erweist sich die Maßnahme als nicht nachteilig, bleibt es ihm überlassen, sie vorzunehmen oder zu unterlassen; ergibt die Prüfung, dass die Maßnahme zwar im Konzerninteresse, aber zum Nachteil der eigenen Gesellschaft sei, darf er sie trotz Nachteiligkeit nur ergreifen, wenn er davor die Ausgleichsfähigkeit des Nachteils festgestellt und sich mit dem herrschenden Unternehmen auf dessen Ausgleichsbereitschaft und die Art des Ausgleichs verständigt hat³²³. Bestreitet das herrschende Unternehmen den nachteiligen Charakter der Maßnahme oder bestehen Zweifel an dessen Bereitschaft oder Fähigkeit zum Ausgleich, hat die begehrte Maßnahme und Befolgung der Weisung zu unterbleiben³²⁴. Über die Beziehungen seiner Gesellschaft zu anderen verbundenen Unternehmen und alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die innerhalb eines Geschäftsjahres auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen vorgenommen oder unterlassen wurden, hat der Vorstand der Gaming AG gem. § 312, 314 AktG nach Ende des Geschäftsjahres jedenfalls schriftlich an den AR zu berichten.

Wäre in Fallbeispiel 4³²⁵ der Konzerntatbestand gem. § 18 AktG nicht erfüllt, würden sich für Bange und Kuhn die Grenzen der zulässigen Einflussnahme auf die Gaming AG aus dem gesetzlichen Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG ergeben, das offene oder verdeckte Vermögensübertragungen an Aktionäre außerhalb des Bilanzgewinns und insb. Rechtsgeschäfte mit Aktionären zu marktunüblichen Bedingungen, bei denen ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht, verbietet³²⁶. Im vorliegenden Konzernsachverhalt gehen jedoch die allgemeine Bestimmungen von § 57 AktG die spezialgesetzlichen Vorschriften von § 311 AktG vor³²⁷.

Rn 179

Als Ergebnis der Anteilsübernahme trifft Bange und Kuhn eine nunmehr auf den gesamten Unternehmensverbund ausgeweitete Leitungsverantwortung, für deren konsequente Umsetzung eine rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht fehlt. Demgegenüber wird vom Vorstand der Gaming AG nicht mehr nur die unverändert sorgfältige Geschäftsleitung in der Tochtergesellschaft erwartet, sondern auch rechtskonformes Verhalten im Spannungsfeld zwischen von oben vorgegebenen Entscheidungen und der für ihn maßgeblichen Partikularinteressen der eigenen Gesellschaft. Pflichtverletzungen daraus können zu persönlichen Ansprüchen sowohl

Rn 180

³²³ Vgl. *Knoll, Heinz-Christian*, § 52 Probleme im faktischen Konzern, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 208.

³²⁴ *Habersack, Matthias*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 78.

³²⁵ Vgl. o. Rn 171.

³²⁶ *Kleinert/Mayer*, Geschäfte der AG mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, S. 316 f.

³²⁷ *Bayer, Walter*, AktG § 57 Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 7.

auf Ebene der Konzernobergesellschaft als auch auf Ebene der Konzerntochter auf Grundlage der Haftung nach § 93 AktG und der im Falle eines faktischen Konzernverhältnisses vorrangigen bes. Vorschriften von §§ 317 Abs. 3, 318 AktG führen³²⁸.

Persönliche Ansprüche gegen Bange und Kuhn aus fehlerhafter Konzernleitung können bei der Konzernobergesellschaft auf Grundlage von §§ 317, 117 AktG oder § 826 BGB entstehen, wenn sie auf unzulässige Weise in die Geschäftsleitung der Gaming AG eingreifen und eine Schadenersatzpflicht der eigenen Gesellschaft gegenüber der abhängigen Gesellschaft verursachen³²⁹, oder wenn aufgrund übermäßig lockerer Konzernführung oder der Verletzung von Organisations- und Überwachungspflichten ein Verlust auf Ebene der Tochtergesellschaft einen Reflexschaden der Muttergesellschaft zur Folge hat, der wiederum zur Anspruchsverfolgung gegen den Konzernvorstand auf Grundlage der Haftungsgrundsätze von § 93 Abs. 2 S. 1 AktG berechtigt³³⁰. Auf Ebene der Tochtergesellschaft sind Ansprüche aus fehlerhafter Konzernleitung im Grunde ausgeschlossen, zumal nach h. M. eine Konzernleitungspflicht gegenüber der abhängigen AG im faktischen Konzern aufgrund fehlender Rechtsgrundlage und der begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten des herrschenden Unternehmens abzulehnen ist³³¹. Die einzige mögliche Anspruchsrichtung gegen Bange und Kuhn aus der Tochtergesellschaft ergibt sich im faktischen Aktienkonzern nach Maßgabe von § 317 Abs. 3 AktG, wonach die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, die ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme gegen die Interessen der beherrschten Gesellschaft veranlassen, ohne Ausgleich zu leisten, gegenüber der geschädigten Tochtergesellschaft neben der beherrschenden Gesellschaft gesamtschuldnerisch haften³³². In allen vorgenannten Haftungsfällen steht zwar der Schadenersatzanspruch der geschädigten Gesellschaft zu, kann aber gem. § 317 Abs. 4 AktG i. V. m. § 309 Abs. 4 AktG auch von einem Aktionär oder einem Gläubiger geltend gemacht werden, sofern diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können³³³.

Rn 181

Die Verantwortlichkeit des Vorstands der Gaming AG bleibt dagegen auf die eigene Gesellschaft beschränkt: Er haftet lediglich gem. § 318 Abs. 1 S. 1 AktG für Verstöße gegen die Pflicht zur korrekten Erstellung des Abhängigkeitsberichts nach

Rn 182

³²⁸ Vgl. *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortung der Vorstandmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 10.

³²⁹ Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 19.

³³⁰ Vgl. *Bayer, Walter / Scholz, Philipp*, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 782.

³³¹ Vgl. *Fleischer, Holger*, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 101.

³³² *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2310.

³³³ Vgl. *Altmeyden, Holger*, § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 71.

§ 312 AktG oder gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für eine Verletzung seiner Prüfpflichten nach §§ 311 ff. AktG bei der Veranlassung von Rechtsgeschäften oder Maßnahme durch gesellschaftsfremde Dritte³³⁴.

5.1.2 Typische Rechtsfragen nach Unternehmensübernahme

5.1.2.1 Erhöhtes Haftungsrisiko

Angesichts der erweiterten gesellschafts- und konzernrechtlichen Anforderungen an die Leitungsorgane innerhalb des aus der Übernahme der Gaming AG-Anteile hervorgegangenen Unternehmensverbands ist die Annahme einer erhöhten Gefahr für das Managements, Pflichten zu verletzen und persönlich in Anspruch genommen zu werden, naheliegend. Dies gilt zumindest für mangelhafte PMI-Umsetzung aber als keineswegs zutreffend.

Rn 183

Auch wenn Fehler bei der Umsetzung der Integration heute als eine Hauptursache für das Scheitern von Übernahmetransaktionen bekannt sind³³⁵, sind persönliche Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder wegen Pflichtverletzungen im Anschluss an den Vollzug einer Unternehmensübernahme bislang selten und führen in der Unternehmenspraxis allenfalls zu einer Abberufung der betroffenen Personen³³⁶. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden Haftungsrisiken aufgrund fehlerhafter PMI – im Unterschied zur Frage der Haftung der Geschäftsleitung für Mängel während des Erwerbsvorgangs – bislang nicht näher beleuchtet³³⁷. Mitunter ein Grund dafür mag sein, dass es für Entscheidungen in der Post-Closing Phase in gleicher Weise an speziellen gesetzlichen Regelungen fehlt wie für die Verhaltenspflichten der Geschäftsleitung während des Transaktionsprozesses.

Rn 184

5.1.2.2 PMI: Rechtspflicht oder unternehmerisches Ermessen?

Bei der Unternehmensintegration handelt es sich in erster Linie um eine betriebswirtschaftlich notwendige Aufgabe des Managements, die durchgeführt werden muss, um eine Übernahme im Ergebnis zu einem Erfolg zu machen³³⁸. Die mit der Übernahme angestrebten unternehmerischen Ziele müssen konsequent verfolgt und das im Kaufpreis eingepreiste Synergiepotential aus der Zusammenführung der Unternehmen so rasch wie möglich gehoben werden. Fraglich ist, inwieweit es

Rn 185

³³⁴ Vgl. o. Rn 178.

³³⁵ *Vetter*, Interessenskonflikte im Konzern, S. 350; vgl. o. Rn 29 ff.

³³⁶ *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1579.

³³⁷ *Ebd.*, S. 1579.

³³⁸ *Fietz, Eike*, Kapitel 12. Mergers & Acquisitions, in: *Umnuß*, Corporate Compliance, Rn 145.

hierfür eine rechtliche Verpflichtung gibt, für die die Geschäftsleitung schlechtesten Falls in Anspruch genommen werden kann.

Als anerkannt gilt, dass es sich bei der Frage, ob und wie ein erworbenes Unternehmen in den Unternehmensverbund integriert werden soll, um keine rechtlich gebundene Entscheidung, sondern um eine gleichermaßen unternehmerische Ermessensentscheidung handelt wie bei der vorgelagerten Frage, ob und zu welchen Konditionen ein Unternehmen erworben wird³³⁹. Die aus § 93 AktG resultierenden Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung beschränken sich beim Unternehmenskauf nicht auf den Erwerbsvorgang selbst und sind keinesfalls mit Unterzeichnung des Kaufvertrags erledigt, sondern reichen über die ordnungsgemäße Vorbereitung und Durchführung der Transaktion hinaus³⁴⁰. So ist zwingend, dass die Geschäftsleitung des Käuferunternehmens nach Vollzug der Transaktion Maßnahmen ergreift, um das Zielunternehmen in die Unternehmensstruktur des Käufers zu integrieren³⁴¹, und die Umsetzung des Integrationsplans in seinen inhaltlichen und zeitlichen Vorgaben in regelmäßigen Abständen überwacht³⁴². Um welche Maßnahmen es sich hierbei konkret handelt, bleibt der selbständigen Ermessensentscheidung des Managements überlassen³⁴³. In Bezug auf Fallbeispiel 4³⁴⁴ folgt, dass die Frage nach dem „Ob“ der Unternehmensintegration selbst nicht zur Disposition von Bange und Kuhn steht, das „Wie“ – also die konkrete Ausgestaltung derselben sowie das Ausmaß und die Mittel ihrer Umsetzung – hingegen ihrem breiten Vorstandsermessen unterliegt.

Rn 186

Dieser Ermessensspielraum ist geschützt, solange die Enthauptungskriterien der BJM Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfüllt sind. Dazu empfiehlt sich als Verhaltensmaßstab für die Zeit nach dem formalen Wechsel der Kontrolle über das Zielunternehmen ein Rückgriff auf die Erkenntnisse der betriebswirtschaftlichen Forschung zur Erklärung empirischer Einflussfaktoren auf den Zusammenschlusserfolg von aus Übernahmen resultierenden Unternehmensverbänden und den daraus entwickelten praktischen Handlungsempfehlungen zur Überführung von akquisitionsbedingten Wertsteigerungspotentialen in tatsächliche Wertsteigerungen³⁴⁵. So gilt die frühzeitige Prüfung der Integrationsfähigkeit eines Zielunternehmens

Rn 187

³³⁹ Vgl. *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1580.

³⁴⁰ Vgl. analog: *Gunßer, Christian*, § 36 Die Pflichten des Geschäftsführers in Unternehmens(ver)kaufssituationen, in: *Oppenländer/Tröltzsch*, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung, Rn 5 f.

³⁴¹ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 588.

³⁴² *Beisel, Daniel*, § 2 Due Diligence, in: *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Rn 30.

³⁴³ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 588.

³⁴⁴ Vgl. o. Rn 171.

³⁴⁵ Vgl. *Gerpott/Neubauer*, Integrationsgestaltung und Zusammenschlusserfolg, ZfB 2011, S. 119.

gleichermaßen wie der Entwurf eines Integrationsplans mit den wesentlichen Schritten zur Unternehmenszusammenführung als essentieller Teil der Entscheidungsvorbereitung für die postakquisitorische Phase; stellt sich nachträglich heraus, dass die Geschäftsleitung dieser Informationsbeschaffungspflicht in nicht ausreichendem Maße nachgekommen ist, ist ein „Handeln auf angemessener Information“ im Streitfall nur schwer zu rechtfertigen³⁴⁶. Zum „Wohle der Gesellschaft“ ist die Entscheidung zur Übernahme einer Gesellschaft, wenn sie von der Geschäftsleitung ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse und zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung in der Erwartung eines positiven Beitrags zur langfristigen Unternehmensentwicklung, z. B. durch die Schaffung von Synergieeffekten, getroffen wurde³⁴⁷; verabsäumt die Geschäftsleitung nach Abschluss der Transaktion das Voranschreiten des Integrationsprozesses zu überwachen oder bleiben notwendige Integrationsmaßnahmen zur Synergieerschließung als Ganzes aus, ist nicht weiter von einer nachhaltigen Stärkung der Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens auszugehen.

Umfang und Intensität der Unternehmenszusammenführung und ihrer Prozesskontrolle sind zwar aufgrund der Art, Komplexität und strategischen Bedeutung des Zielunternehmens, der Akquisitionsstrategie und dem gewählten Integrationsansatz vorgegeben³⁴⁸, hängen aber in ihrer konkreten Ausgestaltung von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Als Entscheidungsparameter für pflichtgemäßes Vorstandermessen empfehlen sich dieselben Kriterien, die für die Entscheidung über die Ausübung von Konzernleitung sowie Ausmaß und Mittel ihrer Umsetzung maßgeblich sind: Demnach erfordern reine Finanzinvestitionen i. d. R. eine weniger enge Einbindung in die Konzernstruktur als reine Finanzinvestitionen, wohingegen Unternehmensbeteiligungen mit angespannten wirtschaftlichen Verhältnissen straffer zu führen sind³⁴⁹. In jedem Fall muss es sich bei der Vorstandsentscheidung um eine bewusste Handlung oder ein bewusstes Unterlassen handeln, ein bloß passives Untätigbleiben ist keine unternehmerische Entscheidung und unter keinen Umständen haftungsprivilegiert³⁵⁰. Zudem muss objektiv erkennbar sein, aus welchen Gründen der Vorstand eine bestimmte Entscheidung anderen Alternativen vorgezogen hat, so dass zur Vermeidung späterer Haftungsrisiken und der beim Management

Rn 188

³⁴⁶ *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1581.

³⁴⁷ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick/Glocke/Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 584.

³⁴⁸ Vgl. *Unger, Martin*, Post-Merger-Integration, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HB M&A, S. 885 f.

³⁴⁹ *Schima, Georg / Artl, Marie-Agnes*, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rn 9.43 f.

³⁵⁰ *Kalss, Susanne*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 386.

liegenden Beweislast auf eine sorgfältige schriftliche Dokumentation des Sachverhalts und des Entscheidungsprozesses zu achten ist³⁵¹.

5.1.2.3 Post Closing Due Diligence

Eine in der postakquisitorischen Phase typischerweise wiederkehrende Rechtsfrage ist die Verpflichtung zur Durchführung einer Post Closing DD. Generell ist die (erneute) systematische Untersuchung der Zielgesellschaft nach Vertragsschluss – wie es die beiden Weltkonzerne General Electric und Siemens routinemäßig tun³⁵² – in einem professionell strukturierten Prozess zu empfehlen³⁵³. In der Unternehmenspraxis blieb sie bislang unüblich und häufig wird erst gar nicht geprüft, ob eine Post Closing DD zumindest angezeigt ist³⁵⁴. Das Management kann sich dadurch allerdings Haftungsgefahren aussetzen, wie eine Konkretisierung der vorgenannten Verhaltenspflicht verdeutlicht.

Rn 189

Auf der Hand liegt die Pflicht zur Durchführung einer Post Closing DD in Fällen, in denen sich eine DD vor Unterzeichnung des Kaufvertrags z. B. aus Zeitgründen oder aufgrund der Weigerung der Geschäftsleitung des Zielunternehmens zur Offenlegung von Informationen als unmöglich erwies; dann hat der Vorstand wenigstens auf Durchführung einer Post Closing DD hinzuwirken.³⁵⁵ Naheliegend ist eine Untersuchung nach Closing auch in anderen Fällen: Nach den Grundsätzen des ARAG/Garmenbeck-Urteils³⁵⁶ trifft den zur ordentlichen Geschäftsführung verpflichteten Vorstand eine grds. Pflicht zur Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft³⁵⁷. Die Post Closing DD kann Aufschluss darüber bieten, ob das erworbene Unternehmen den vertraglich vereinbarten Eigenschaften entspricht oder gewährleistungsanspruchs begründende Mängel vorliegen³⁵⁸. Insofern kommt der Post Closing DD Informationsbeschaffungsfunktion zu, ohne der allfällige Ersatzansprüche der Gesellschaft nicht oder nicht rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung zutage kommen würden³⁵⁹. Auch wenn sich nach Ansicht einzelner Literaturmeinungen daraus eine konkrete Untersuchungspflicht ergibt³⁶⁰, bleibt die Entscheidung zur Durchführung einer Post Closing DD dennoch eine vom jeweiligen Einzelfall abhängige

Rn 190

³⁵¹ *Seibt/Wollenschläger*, Haftungsrisiken für Manager, S. 1582.

³⁵² *Lucks, Kai*, 3.2.1. Der Informationsprozess und Due Diligence, in: *Lucks*, M&A Projekte, S. 111.

³⁵³ *Brugger*, Handbuch Unternehmenserwerb, Rn 2482.

³⁵⁴ *V. Falkenhausen*, Die Post-M&A Due Diligence, S. 1209.

³⁵⁵ *Beisel, Daniel*, § 2 Due Diligence, in: *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Rn 30; vgl. o. Rn 144.

³⁵⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95, in NJW 1997, S. 1926 – 1928 (S. 1926).

³⁵⁷ *Schmolke, Klaus Ulrich*, § 147: Geltendmachung von Ersatzansprüchen, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, AktG Groko, Rn 189.

³⁵⁸ *Brugger*, Handbuch Unternehmenserwerb, Rn 2482.

³⁵⁹ *V. Falkenhausen*, Die Post-M&A Due Diligence, S. 1210.

³⁶⁰ *Brugger*, Handbuch Unternehmenserwerb, Rn 2482.

unternehmerische Ermessensentscheidung und eine allgemeingültige Aussage darüber, ob eine Post Closing DD verpflichtend sei, lässt sich nicht treffen³⁶¹.

Bange und Kuhn sind in Fallbeispiel 4³⁶² jedenfalls gut beraten von einer Post Closing DD Gebrauch zu machen, zumal einerseits objektiv nachvollziehbare Gründe fehlen, die gegen ihre Durchführung sprechen, und andererseits die Richtigkeit und Vollständigkeit der Annahmen und Ergebnisse aus der vor Vertragsunterzeichnung durchgeführten DD damit auf Basis eines nunmehr veränderten Zugangs zur Gaming AG überprüft werden können. Einen Anspruch auf Durchsetzung der Post Closing DD gegen den Willen der Geschäftsleitung der Gaming AG gibt es jedoch nach wie vor nicht³⁶³. Aus dessen Sicht ist der Informationsfluss an die Konzernmutter generell unter dem Aspekt des Nachteils kritisch zu sehen und an die Gewährung eines Nachteilsausgleichs gebunden³⁶⁴. Sollte sich die angeordnete Informationsbereitstellung nach einer genauen Überprüfung als problematisch in Bezug auf die Interessen des eigenen Geschäftsbetriebs herausstellen und ein Ausgleich durch die Holding AG nicht angedacht oder nicht möglich sein, wäre der Vorstand der Gaming AG verpflichtet, die Befolgung der Weisung des Konzernvorstands zu verweigern³⁶⁵. In diesem Fall beschränken sich die Möglichkeiten von Bange und Kuhn auf die vom Gesetzgeber vorgesehenen Beteiligungsrechte, die sich im Wesentlichen im Auskunftsrecht der HV und der Einflussnahme über entsandte AR-Mitglieder erschöpfen³⁶⁶. Letztere Rechte sind zur Beschaffung von notwendigen Informationen für die Durchführung einer Post Closing DD jedoch zum Großteil ungeeignet: das Fragerecht der HV erstreckt sich laut § 131 AktG lediglich auf Angelegenheiten der Gesellschaft, soweit dies zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunktes erforderlich ist, wohingegen sämtliche AR-Mitglieder bei der Wahrnehmung ihrer Organrechte ausschließlich dem jeweiligen Unternehmensinteresse verpflichtet sind³⁶⁷.

Rn 191

Bange und Kuhn sind somit auf das Mitwirken von Halmig angewiesen, ohne dass sich die Post Closing DD – auch wenn diese regelmäßig geboten sein mag – zwangsläufig mangels Durchsetzbarkeit im faktischen Aktienkonzern als undurchführbar erweisen wird. Unterlassen Bange und Kuhn die Post Closing DD, obwohl

Rn 192

³⁶¹ V. *Falkenhausen*, Die Post-M&A Due Diligence, S. 1209.

³⁶² Vgl. o. Rn 171.

³⁶³ Vgl. o. Rn 176 und Rn 182.

³⁶⁴ *Hüffer*, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 590.

³⁶⁵ Vgl. *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Röding*, HoldHB, Rn 113.

³⁶⁶ Vgl. o. Rn 176.

³⁶⁷ *Habersack, Mathias*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 17.

ihre Durchführung mit überschaubarem Zeit- und Kostenaufwand und ohne übergebührlige Beeinträchtigung der neu erworbenen Gesellschaft möglich wäre, oder bleibt eine bewusste Entscheidung darüber aus, drohen beiden Vorstandsmitgliedern persönliche Haftungsgefahren³⁶⁸. Halmig sollte, sofern es zur Weitergabe von Informationen kommt, der Konzernmutter eine Vertraulichkeitsverpflichtung zum Schutz der trotz Unternehmensverbund weiterhin unverändert bestehenden Interessen seiner Gesellschaft an der Geheimhaltung von sensiblen Daten abverlangen³⁶⁹. Entstehen der Gaming AG aufgrund der Post Closing DD Aufwendungen wie interner Management-Aufwand, sind diese Nachteile genauso wie alle anderen anfallenden Planungskosten i. Z. m. Integrationsmaßnahmen im Einzelfall zu quantifizieren und durch die Konzernmutter gem. § 317 AktG ausgleichspflichtig³⁷⁰.

5.1.3 Mittel zur Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen

Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten der Konzernspitze auf die ihr nachgeordneten Gesellschaften sind abhängig von der Rechtsform der nachgeordneten Gesellschaften und der jeweiligen Konzernart³⁷¹. Im Gegensatz zum faktischen GmbH-Konzern, in dem die Geschäftsleitung der Obergesellschaft befugt ist, durch Weisungen direkten Einfluss auf die Geschäftsführungs- und Organisationsmaßnahmen in Tochtergesellschaften zu nehmen³⁷², sind die rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten zur Umsetzung von Konzernleitung und Konzernüberwachung im faktischen Aktienkonzern – wie in Pkt. 5.1.1 dargestellt – beschränkt. Ein verbindliches Weisungsdurchgriffsrecht fehlt und die Verpflichtung der Organe in nachgeordneten AGs, vorrangig im Interesse der eigenen Gesellschaft zu handeln, und das Verbot, Einfluss des herrschenden Unternehmens dazu zu benutzen, um das abhängige Unternehmen zu ihm nachteiligen Geschäften zu veranlassen, setzen der Durchsetzung und Durchsetzbarkeit von Integrationsmaßnahmen enge Grenzen. Innerhalb dieser Grenzen ist dem herrschenden Unternehmen eine Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft nach §§ 311 ff. AktG aber nicht untersagt und es kann insb. durch Ausübung der aus der Gesellschaftereigenschaft resultierenden Beteiligungsrechte seine Vorstellungen über dessen Geschäftspolitik einbringen³⁷³.

Rn 193

³⁶⁸ Vgl. V. Falkenhausen, Die Post-M&A Due Diligence, S. 1212.

³⁶⁹ Dieckmann, Hans, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, Rn 85.

³⁷⁰ Vgl. Austmann, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, S. 291 f.

³⁷¹ Hannemann/Mundhenke, Konzernleitung: Matrixstrukturen im Fokus.

³⁷² Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2308.

³⁷³ Altmeyden, Holger, AktG § 317 Schranken des Einflusses, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKo-AktG, Rn 405; vgl. Schima, Georg / Art, Marie-Agnes, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rn 9.66 f.

5.1.3.1 Organbesetzungen

Die Besetzung von Organ- und Führungspositionen im Konzern gehört nicht nur zu den zentralen Aufgaben des Konzernholding-Vorstands³⁷⁴, sondern gilt, soweit auf diese Weise eine personelle Verflechtung zwischen Ober- und Untergesellschaft geschaffen werden kann, auch als wirkungsvolles Mittel zur Durchsetzung von Interessen innerhalb eines Konzerns³⁷⁵. So dient das der HV zustehende Recht auf Abberufung und Bestellung von AR-Mitgliedern gem. § 103 AktG bzw. § 119 Abs. 1 Z. 1 AktG im Anschluss an Übernahmen regelmäßig dazu, den veränderten Beteiligungsverhältnissen Rechnung zu tragen, indem der neue Anteilseigentümer amtierende Aufsichtsräte vor Ablauf ihrer Amtszeit mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen – sofern die Satzung kein anderes Mehrheitserfordernis vorschreibt – abberuft und im Anschluss durch eigene Vertrauensleute ersetzt³⁷⁶. Erfordert es das Wohl der Konzernobergesellschaft, verändert sich nach Meinung einzelner Literaturmeinungen die grds. als Recht konzipierte Entsendung von AR-Mitgliedern in eine Ausübungspflicht³⁷⁷.

Rn 194

Bei der Wahl der AR-Mitglieder gilt – abgesehen von wenigen Ausnahmen – der Grundsatz der Wahlfreiheit³⁷⁸. Gesetzlich zulässig ist nicht nur die Mitgliedschaft im AR mehrerer Konzerngesellschaften einschließlich gleichzeitiger Mitgliedschaft im AR der Konzernobergesellschaft und AR der Konzerntochter, sondern auch die Besetzung des AR der Untergesellschaft mit Vorständen der Obergesellschaft, womit der Gesetzgeber eine faktische Möglichkeit für Doppelmandatare zur Konzernleitung über Einflussnahme im AR der Untergesellschaft geschaffen hat, ohne das eigentlich fehlende Weisungsrecht der Obergesellschaft zu ersetzen³⁷⁹. Zulässig sind Organverflechtungen im Konzern nur, soweit sie mit dem in § 105 Abs. 1 AktG geregelten Grundsatz der Funktionstrennung zwischen Vorstand und AR bzw. Geschäftsleitung und deren Überwachung vereinbart sind³⁸⁰. Für AR-Mitglieder der Obergesellschaft ist nicht nur die Mitgliedschaft im Vorstand der Obergesellschaft ausgeschlossen, sondern gem. Überkreuzverbot von § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AktG

Rn 195

³⁷⁴ *Krieger, Gerd*, § 7 Überwachung durch den Aufsichtsrat und die Gesellschafter der Holding, in: *Lutter/Bayer*, Holding HB, Rn 7.46.

³⁷⁵ *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 16.

³⁷⁶ *Dieckmann, Hans*, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: *Paschos/Fleischer*, Handbuch Übernahmerecht, Rn 40 ff.

³⁷⁷ *Schima, Georg / Artl, Marie-Agnes*, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rn 9.74.

³⁷⁸ *Habersack, Mathias*, AktG § 101 Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 7.

³⁷⁹ *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 17 f.

³⁸⁰ *Koch, Jens*, AktG § 105 Unvereinbarkeit der Zugehörigkeit zum Vorstand und zum Aufsichtsrat, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 1.

auch die Mitgliedschaft in der Geschäftsleitung jeder weiteren Kapitalgesellschaft innerhalb des Konzerns, denn wer selbst andere Personen überwacht, soll im dualistischen System des deutschen Aktienrechts seinerseits nicht in einer anderen Gesellschaft von dieser überwachten Personen kontrolliert werden³⁸¹. Um die Integration der Gaming AG in Fallbeispiel 4³⁸² mit Nachdruck voranzutreiben, könnten Bange und Kuhn daher entweder selbst als Aufsichtsräte in der Gaming AG einziehen oder eine Neubesetzung des AR mit den Interessen der Holding AG gegenüber gut gewogenen Personen in Erwägung ziehen.

Die stärkste Einflussmöglichkeit des neu besetzten AR auf die Geschäftsleitung des Tochterunternehmens liegt in seiner Berechtigung zur Bestellung und Abberufung des Vorstands gem. § 84 AktG. Bei der Bestellung einer neuen Geschäftsleitung nach erfolgter Übernahme ist zu beachten, dass Vorstandsmitglieder zum Schutz ihrer eigenverantwortlichen Leitung³⁸³ nicht ohne Weiteres, sondern gem. § 84 Abs. 4 S. 1 AktG grds. nur aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden können und dass ein Kontrollwechsel allein als nicht ausreichend gilt³⁸⁴. Lehnt der im Amt befindende Vorstand aus nicht nachvollziehbaren Gründen die Zusammenarbeit mit dem neuen Aktionär kategorisch ab und verweigert er die Umsetzung der notwendigen Integrationsmaßnahmen trotz Rücksichtnahme auf die in § 311 AktG vorgesehenen Einflusssschranken, kann sich daraus ein sachlicher Grund für eine vorzeitige Abberufung ergeben³⁸⁵. Sollte sich dies in Fallbeispiel 4³⁸⁶ als zutreffend erweisen und in der Gaming AG zu einer rechtmäßigen Abberufung des bisherigen Vorstands führen, wäre unter Voraussetzung einer Einwilligung der Aufsichtsräte beider Gesellschaften sogar ein Doppelmandat von Bange und Kuhn im Vorstand der Muttergesellschaft sowie gleichzeitig im Vorstand der Tochtergesellschaft zulässig³⁸⁷.

Rn 196

Auch wenn personelle Verflechtungen im Konzern aufgrund von Mehrfach Tätigkeiten eine nach h. M. und höchstrichterlicher Rspr. zulässige und insb. im faktischen Aktienkonzern effektive Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschäftsleitung von Untergesellschaften sind, ist aus Sicht der betroffenen Akteure mit derartigen Doppelmandaten nicht selten besonderes Konfliktpotential bei divergierenden

Rn 197

³⁸¹ Habersack, Mathias, AktG § 100 Persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 34.

³⁸² Vgl. o. Rn 171.

³⁸³ Vgl. o. Pkt. 3.1.2.2.

³⁸⁴ Dieckmann, Hans, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, Rn 24 f.

³⁸⁵ Dieckmann, Hans, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, Rn 30.

³⁸⁶ Vgl. o. Rn 171.

³⁸⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2009 – II ZR 170/07, in NZG 2009, S. 744 – 746 (S. 744).

Gesellschaftsinteressen verbunden³⁸⁸. Denn während ein Doppelmandatsträger als Vorstandsmitglied der herrschenden Muttergesellschaft uneingeschränkt deren Interessen wahrzunehmen, hat er sich als AR- oder Vorstandsmitglied der Tochtergesellschaft für deren Belange einzusetzen³⁸⁹. Zur Auflösung der daraus resultierenden Loyalitätskonflikte dienen dieselben Grundsätze wie für Interessenskonflikte von entsandten Aufsichtsräten in nicht verbundenen Unternehmen, wonach entsandte AR-Mitglieder aufgrund ihres Auftragsverhältnisses zum entsendungsberechtigten Aktionär zwar angehalten sind, die Interessen der Konzernobergesellschaft im AR zu artikulieren³⁹⁰, aber als Angehörige des Gesellschaftsorgans letztlich den Belangen der jeweiligen Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben haben, ohne an die Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein³⁹¹. Entsandte AR-Mitglieder sowie Vorstandsdoppelmandanten können die Interessen der Konzernobergesellschaft in ihren Gremien vertreten; diese müssen jedoch hinter die Interessen der Gesellschaft zurücktreten, wenn es dadurch zu einer Verletzung des Unternehmenswohls der eigenen Gesellschaft käme³⁹².

5.1.3.2 Konzernweite Zustimmungsvorbehalte

Eine weitere Möglichkeit zur Konzernintegration ist die Etablierung von Zustimmungsvorbehalten. So ist in der AG gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die HV oder der AR im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gehalten, an die jeweiligen Erfordernisse der Gesellschaft zugeschnittene Zustimmungsvorbehalte festzulegen, die den Vorstand bei der Vornahme wichtiger Rechtsgeschäfte an die Zustimmung des AR bindet und diesen auf diese Weise an der Entscheidungsfindung in dem Unternehmen beteiligt. Die konzernweite Durchsetzung von Zustimmungsvorbehalten ist unter rechtskonformer Zuhilfenahme von Beteiligungsrechten Aufgabe des Konzernvorstands³⁹³ und es wäre unproblematisch zulässig, wenn Bange und Kuhn in Fallbeispiel 4³⁹⁴ als Vertreter der beherrschenden Obergesellschaft grundlegende Geschäftsleitungsmaßnahmen der übernommenen Gaming AG nach Neubesetzung des AR mit Vertrauenspersonen indirekt ihrer eigenen Kontrolle unterwerfen würden³⁹⁵. Der Katalog an zustimmungspflichtigen Geschäften muss jedoch auf

Rn 198

³⁸⁸ *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 20.

³⁸⁹ *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, Leitung der Aktiengesellschaft, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 58.

³⁹⁰ *Arlt*, Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern, S. 261.

³⁹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 29.1.1962 – II ZR 1/61, in NJW 1962, S. 864 – 868 (S. 866).

³⁹² *Schima, Georg / Arlt, Marie-Agnes*, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rn 9.78.

³⁹³ *Schima, Georg / Arlt, Marie-Agnes*, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rn 9.98.

³⁹⁴ Vgl. o. Rn 171.

³⁹⁵ Vgl. *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 106.

bestimmte Arten von Geschäften und Maßnahmen von grundlegender Bedeutung beschränkt bleiben³⁹⁶ und darf keinesfalls so weit gehen, dass die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Tochtervorstands Halmig bei nicht über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausreichenden Geschäften bedroht wäre und die Geschäftsleitung über das Tochterunternehmen letztlich dem AR zukommen würde³⁹⁷. Zudem haben die neuen AR-Mitglieder gleichermaßen wie der Vorstand ausschließlich dem eigenen Unternehmenswohl zu dienen und können zustimmungspflichtige Geschäfte nicht ohne weiteres „auf Wunsch“ des Konzernvorstands verweigern³⁹⁸.

Unzulässig wäre angesichts der weiterhin aufrechten Leitungssouveränität von Halmig, würden Bange und Kuhn einen direkten Zustimmungsvorbehalt zugunsten der beherrschenden Gesellschaft durchsetzen, zumal im Falle einer AG Zustimmungserfordernisse zugunsten der übergeordneten Konzerngesellschaft weder durch die Satzung noch durch Weisung begründet werden können³⁹⁹. Ein dennoch etablierter Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Holding AG wäre allenfalls ausschließlich unter den Voraussetzungen von § 311 Abs. 1 AktG und nur soweit zulässig, als bei nachteiliger Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen der betreffende Nachteil gegenüber der Gaming AG einen Ausgleich erfahren würde⁴⁰⁰.

Rn 199

Für die Entscheidung über Erteilung oder Versagung einer Zustimmung steht dem AR gem. § 116 S. 1 AktG i. V. m. § 93 AktG unternehmerisches Ermessen zu: Stimmt er einer zustimmungspflichtigen Maßnahme zu, ist der Tochtervorstand zur Durchführung berechtigt, aber nicht verpflichtet; lehnt er sie ab, ist der Vorstand, sofern kein zustimmender HV-Beschluss nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG vorliegt, dazu nicht berechtigt⁴⁰¹. Für Pflichtverletzungen von AR-Mitgliedern gelten die für die Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern maßgeblichen Bestimmungen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sinngemäß und ein AR handelt nicht rechtswidrig, solange er sich bei seiner Entscheidung an die Voraussetzungen der BJM Rule hält⁴⁰². Eine Einstandshaftung des entsendenden Unternehmens für Pflichtverletzungen des abgeordneten Organmitglieds verneint der BGH aufgrund Unvereinbarkeit mit der

Rn 200

³⁹⁶ *Spindler, Gerald*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 80 f.

³⁹⁷ *Dieckmann, Hans*, § 25 Rechtliche Aspekte der Integration vor Durchführung von Strukturmaßnahmen, in: *Paschos/Fleischer*, Handbuch Übernahmerecht, Rn 19.

³⁹⁸ *Rodewig, Heinrich / Rothley, Oliver*, § 9 Mitwirkung des Aufsichtsrats bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung, in: *V. Schenck/Wilsing*, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 105.

³⁹⁹ *Schockenhoff*, Haftung und Enthaftung von Geschäftsleitern in Konzernen, S. 217.

⁴⁰⁰ *Spindler, Gerald*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 121; *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 105.

⁴⁰¹ *Ott, Nicolas*, §38 Sonstige Zustimmungen zu Geschäftsführungsmaßnahmen, in: *Reichert*, Arb.Hb. HV, Rn 20.

⁴⁰² Vgl. *Briem, Robert*, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in: *Kalss/Kunz*, HB AR, Rn 60.

unabhängigen und eigenverantwortlichen Rechtstellung von AR-Mitgliedern und dem nach h. M. fehlenden Weisungsrecht⁴⁰³. Trifft der Vorstand eine zustimmungspflichtige Entscheidung ohne vorherige Zustimmung des AR oder trotz verweigerter Zustimmung, handelt er rechtswidrig und wird nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht nur im Innenverhältnis zur geschädigten Gesellschaft schadenersatzpflichtig, sondern kann unter Umständen aufgrund eines wichtigen Grundes auch vorzeitig abberufen werden, währenddessen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis aufgrund der nach § 78 AktG nicht beschränkbar alleinigen Vertretungsmacht des Vorstands unberührt bleibt⁴⁰⁴.

Auch wenn Zustimmungserfordernisse im faktischen Aktienkonzern zu den wenigen rechtlich zulässigen Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten der Konzernleitung gehören, ist bei konzernweiter Etablierung in der Unternehmenspraxis Zurückhaltung geboten: Denn bei Anwendung im Übermaß droht die Gefahr, die Eigeninitiative und Kreativität der Geschäftsleitung von Konzerntöchtern durch Bevormundung zu beeinträchtigen und insb. in mehrstufigen Unternehmensgruppen die Entscheidungsfindung bei genehmigungspflichtigen Sachverhalten durch ggf. notwendig werdende Mehrfachbeschlüsse und komplizierte Zustimmungsregelungen nicht unwesentlich zu erschweren oder zu verlängern⁴⁰⁵. Zudem sollte die Gefahr von Autoritätsverlust für Organvertreter von Konzerntöchtern nicht verkannt werden, wurde erst einmal offensichtlich, dass es letztlich der Konzernvorstand ist, der die faktische Entscheidung trifft⁴⁰⁶.

Rn 201

5.1.3.3 Abschluss eines Unternehmensvertrags i. S. v. § 291 AktG

Ohne einen Unternehmensvertrag i. S. v. §§ 291 ff. AktG sind integrativen Maßnahmen zur Vollendung einer Unternehmensübernahme durch die Bestimmungen von §§ 311 ff. AktG und das Verbot der Einlagenrückgewähr enge Grenzen gesetzt und nur soweit möglich, als die Einflussnahme auf das Tochterunternehmen nicht nachteilig oder zwar nachteilig, aber einzelausgleichsfähig und bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen wird⁴⁰⁷. Eine Mehrheitsbeteiligung allein vermittelt somit in einer AG kein besonderes Maß an Einfluss, solange es sich um einen faktischen

Rn 202

⁴⁰³ V. Schenck, Kersten, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: V. Schenck, Aufsichtsrat, Rn 800 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Briem, Robert, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in: Kalss/Kunz, HB AR, Rn 73 f.; Kolb, Franz-Josef, § 7 Der Aufsichtsrat, in: Drinhausen/Eckstein, HB AG, Rn 86.

⁴⁰⁵ Rodewig, Heinrich / Rothley, Oliver, § 9 Mitwirkung des Aufsichtsrats bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung, in: V. Schenck/Wilsing, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 102.

⁴⁰⁶ Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel, S. 42.

⁴⁰⁷ Hüffer, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 589 – 591; vgl. o. Pkt. 5.1.1.2.

Konzern bzw. die schwächste der drei im AktG geregelten Formen der Unternehmensverbindung handelt⁴⁰⁸.

Viel weitreichendere Möglichkeiten zum Eingriff in das Unternehmen der Zielgesellschaft und dessen Integration in den Unternehmensverbund des Übernehmers haben Bange und Kuhn in Fallbeispiel 4⁴⁰⁹ nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags⁴¹⁰. Im Unterschied zum faktischen Konzern, in dem der Konzernvorstand über keinerlei rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht verfügt und der Tochtervorstand berechtigt, aber keineswegs verpflichtet ist, den Vorstellungen der Obergesellschaft zu folgen⁴¹¹, erlangt im Vertragskonzern das herrschende Unternehmen nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags das Recht, gem. § 308 AktG der abhängigen Gesellschaft verbindliche Weisungen zu erteilen. In der abhängigen AG dagegen tritt an die Stelle der bisherigen eigenverantwortlichen Leitung durch den eigenen Vorstand dessen nunmehrige Folgepflicht und die daraus resultierende fremdbestimmte Führung durch das herrschende Unternehmen⁴¹². Damit erledigen sich die Zweifelsfragen von Bange und Kuhn über die Einflussgrenzen im faktischen Konzern und die Gaming AG kann aufgrund nunmehr zulässigen „Durchregieren“ des Konzernvorstands vollständig in den Konzern integriert werden⁴¹³.

Rn 203

Voraussetzung für das Weisungsrecht ist die Eintragung des Beherrschungsvertrags im Handelsregister, dessen Abschluss nach § 293 AktG die Zustimmung beider HV mit einer Mehrheit von jeweils zumindest drei Viertel der Stimmen voraussetzt und in Fallbeispiel 4⁴¹⁴ mit dem übernommenen Mehrheitsanteil an der Gaming AG und unter Voraussetzung der Zustimmung beider Anteilseigner der H-Holding AG durchsetzbar ist. Die vertragstypischen Elemente des Beherrschungsvertrags umfassen i. d. R. neben der Vereinbarung, die Unternehmensleitung einem anderen Unternehmen zu unterstellen, und dem Weisungsrecht die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens, den außenstehenden Aktionären einen Entschädigungsleistung nach § 304 AktG als Ausgleich für die Beeinträchtigung ihrer Gewinnaussichten aufgrund der nunmehr weisungsgebundenen Tätigkeit der Gesellschaft zu gewähren und aufgrund des Verlusts mitgliedschaftlicher Herrschaftsrechte, die in Zukunft vorwiegend von dem herrschenden Unternehmen ausgeübt werden, die Möglichkeit nach § 305 AktG anzubieten, gegen Abfindung aus der

Rn 204

⁴⁰⁸ Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 31 Faktischer Konzern, Rn 1.

⁴⁰⁹ Vgl. o. Rn 171.

⁴¹⁰ Vgl. *Austmann*, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, S. 286, 291.

⁴¹¹ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 72.

⁴¹² *Fleischer, Holger*, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 115.

⁴¹³ Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 32 Vertragskonzernrecht, Rn 6.

⁴¹⁴ Vgl. o. Rn 171.

Gesellschaft auszuscheiden⁴¹⁵. Nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt werden muss der Schutz von außenstehenden Tochtergläubigern, zumal dieser sich bereits aus dem in § 302 AktG geregelten Ausgleichsanspruch der beherrschten Gesellschaft für während der Vertragsdauer entstehende Jahresverluste ergibt⁴¹⁶.

Verweigert in Fallbeispiel 4⁴¹⁷ Halmig nach Vollzug der Anteilsübernahme die Durchführung einer Post Closing DD, könnte er in weiterer Folge von Bange und Kuhn im Rahmen eines Beherrschungsvertrags dazu angewiesen werden⁴¹⁸. Die Reichweite der Weisungsbefugnis von Bange und Kuhn erstreckt sich nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags auf den gesamten Tätigkeitsbereich des Tochtervorstands und schließt neben wesentlichen Leitungsmaßnahmen Anweisungen im laufenden Tagesgeschäft mit ein⁴¹⁹. Zulässig sind gem. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG auch Weisungen, die zwar nachteilig für die Gesellschaft, aber zum Nutzen des herrschenden Unternehmens oder eines mit ihm und der Gesellschaft verbundenen Konzernunternehmens ist, sofern der Nachteil für die Gesellschaft nicht außer Verhältnis zu den Vorteilen für das herrschende bzw. das konzernverbundene Unternehmen steht⁴²⁰. Zumal nach § 291 Abs. 3 AktG Leistungen der Gesellschaft unter Beherrschungsverträgen nicht unter das Verbot der Einlagerückgewähr fallen und die abhängige Gesellschaft für die Vertragsdauer durch die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens ausreichend geschützt ist, stünden Bange und Kuhn aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive selbst entschädigungslose Eingriffe in die Vermögenssubstanz der Untergesellschaft gleichermaßen frei wie die Vorgabe unangemessener Verrechnungspreise für konzerninterne Leistungen oder die Anordnung uneingeschränkter Zugriffe auf vertrauliche Gesellschaftsinformationen⁴²¹. Die Zulässigkeitsgrenzen wären überschritten, würden Bange und Kuhn Halmig zu illegalem Glücksspiel anweisen, zumal dadurch zwingende gesetzliche Vorschriften verletzt werden würden, oder die Gaming AG unverhältnismäßig schädigen, ohne dass dem auf Konzernebene vergleichbare Vorteile gegenüberstünden.

Rn 205

⁴¹⁵ Veil, Unternehmensverträge, S. 121 f.; Veil, Rüdiger / Walla, Fabian, AktG § 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag, in: Henssler, GrKomm AktG, Rn 76, 88.

⁴¹⁶ Altmeyden, Holger, AktG § 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 77.

⁴¹⁷ Vgl. o. Rn 171.

⁴¹⁸ Vgl. Hölter, Wolfgang / Hölter, Tanja, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 165.

⁴¹⁹ Krieger, Gerd, § 71 VertragskonzeRn (Beherrschungsvertrag), in: Hoffmann-Becking, HB Gesellschaftsrecht, Rn 151.

⁴²⁰ Veil, Rüdiger / Walla, Fabian, AktG § 308 Leitungsmacht, in: Henssler, GrKomm AktG, Rn 24 ff.

⁴²¹ Vgl. Krieger, Gerd, § 71 VertragskonzeRn (Beherrschungsvertrag), in: Hoffmann-Becking, HB Gesellschaftsrecht, Rn 153 f.; Veil, Rüdiger / Walla, Fabian, AktG § 308 Leitungsmacht, in: Henssler, GrKomm AktG, Rn 34.

Ob ein Beherrschungsvertrag erforderlich ist, ist vom Konzernvorstand in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls zu prüfen⁴²². Generell empfiehlt sich – wie in Fallbeispiel 4⁴²³ –, nach Übernahme der Mehrheitsbeteiligung einen Beherrschungsvertrag zur leichteren und insb. rechtssicheren Durchsetzung von Konzernleitung abzuschließen. Andernfalls wäre aus Rücksicht auf die verbliebenen Aktionärs- und Gläubigerinteressen in der Tochtergesellschaft Zurückhaltung bei der Durchsetzung der Beherrschungsmöglichkeiten geboten⁴²⁴. Angesichts dessen überrascht es, dass die Verbreitung von Beherrschungsverträgen bei AGs in der Unternehmenspraxis bisher als selten galt und die Mehrzahl der Unternehmensverbände entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers nach wie vor nicht als Vertragskonzerne, sondern als faktische Konzerne organisiert sind⁴²⁵. Praktische Relevanz haben Beherrschungsverträge meist nur – wiewohl dies zur Begründung von steuerlichen Organschaften nicht mehr zwingend erforderlich wäre – in Kombination mit Gewinnabführungsverträgen; der Abschluss isolierter Beherrschungsverträge aus konzernorganisatorischen Gründen ist hingegen selten anzutreffen⁴²⁶.

Rn 206

Über weitergehende Weisungsrechte verfügt ein Erwerber lediglich im Eingliederungskonzern, der gem. §§ 320 ff. AktG die intensivste Form der Konzernorganisation darstellt und dem Erwerberunternehmen unter Voraussetzung einer Mehrheitsbeteiligung von zumindest 95 % sowie Zustimmung der eigenen Aktionäre die Möglichkeit gibt, das abhängige Unternehmen so zu leiten, als sei es rechtlich nicht mehr selbstständig⁴²⁷. Anders als bei einem Beherrschungsvertrag bedürfen Weisungen im Eingliederungskonzern keiner Legitimation mehr durch ein Interesse der Konzernobergesellschaft oder einer konzernverbundenen Gesellschaft, im Gegenzug scheiden außenstehende Aktionäre gegen Abfindung in Aktien der Muttergesellschaft aus und im Außenverhältnis haftet gegenüber Gläubigern neben der Gesellschaft nunmehr die beherrschende Gesellschaft gesamtschuldnerisch⁴²⁸. Die Eingliederung sei an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber erwähnt, zumal ihre praktische Bedeutung aufgrund des nicht gerechtfertigten Mehraufwands im Vergleich zu einer Verschmelzung von Mutter- und Tochterunternehmen als gering

Rn 207

⁴²² *Schockenhoff*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 210 f.

⁴²³ Vgl. o. Rn 171.

⁴²⁴ *Hüffer*, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 589 – 591.

⁴²⁵ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 2. Abschnitt. Unternehmensverträge: § 11. Beherrschungsvertrag, Rn 6.

⁴²⁶ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 2. Abschnitt. Unternehmensverträge: § 11. Beherrschungsvertrag, Rn 6.; *Veil, Rüdiger / Walla, Fabian*, AktG § 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 75.

⁴²⁷ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 32 Vertragskonzernrecht, Rn 52.

⁴²⁸ *Habersack, Mathias*, AktG § 221 [Wandel-, Gewinnschuldverschreibungen], in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 317.

gilt⁴²⁹ und eine Durchsetzung in Fallbeispiel 4⁴³⁰ schon an dem nicht ausreichenden Mehrheitsanteil scheitern würde.

5.2 Haftung aufgrund fehlerhafter Konzernleitung

5.2.1 Nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags

Der wichtigste Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche aus fehlerhafter Konzernleitung im Vertragskonzern ist die Verletzung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, die gem. § 309 Abs. 1 AktG von den Vertretern des herrschenden Unternehmens bei der Erteilung von Weisungen gegenüber dem Tochterunternehmen erwartet wird. Als haftungsbegründend i. S. einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung nach § 309 Abs. 1 AktG gilt, wenn die erteilte Weisung gegen das Gesetz, die Satzung oder den Beherrschungsvertrag verstößt oder existenzgefährdende Wirkung für die abhängige Gesellschaft hat⁴³¹. § 309 AktG trägt damit dem Umstand Rechnung, dass mit Abschluss eines Beherrschungsvertrags die Leitungsmacht auf den Konzernvorstand übergeht und dieser konsequenterweise zu derselben sorgfältigen Unternehmensleitung verpflichtet sein muss wie der Geschäftsleiter einer Einzelgesellschaft⁴³². Ist strittig, ob bei einer Weisung das geforderte Maß an Sorgfalt angewandt wurde, obliegt dem Konzernvorstand nach § 309 Abs. 1 S. 2 AktG die Nachweiserbringung⁴³³.

Rn 208

Führt eine schuldhafte unsorgfältige Weisungserteilung oder die Erteilung einer die Grenzen von § 308 AktG überschreitende Weisung⁴³⁴ durch den Konzernvorstand zu einem Schaden in der abhängigen Gesellschaft und gelingt es dem Konzernvorstand nicht, die speziell für diesen Fall zu seinen Lasten vorgesehene Kausalitätsvermutung zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu widerlegen⁴³⁵, haftet er gegenüber der Gesellschaft gem. § 309 Abs. 2 S. 1 AktG gesamtschuldnerisch, womit eine die über die jeweiligen Gesellschaftsgrenzen hinausgehende Organverantwortlichkeit begründet wird, die das Recht sonst nicht kennt⁴³⁶. Haftungsrechtlich werden die Organe der Muttergesellschaft so behandelt, als seien sie Organe der Tochter,

Rn 209

⁴²⁹ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 32 Vertragskonzernrecht, Rn 55.

⁴³⁰ Vgl. o. Rn 171.

⁴³¹ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 56.

⁴³² Vgl. o. Rn 67 und Rn 203.

⁴³³ *Henkel, Udo*, § 53 Unternehmensverträge, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 27.

⁴³⁴ Als Beispiel sei eine aus Sicht der abhängigen Gesellschaft nachteilige Anordnung genannt, die mit keinerlei Vorteilen für das beherrschende Unternehmen oder den Konzern verbunden ist.

⁴³⁵ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 2. Abschnitt. Unternehmensverträge: § 23. Leitungsmacht und Haftung des herrschenden Unternehmens, Rn 70 f.

⁴³⁶ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 32 Vertragskonzernrecht, Rn 38.

so dass konsequenterweise der Gesamtmaßstab von § 93 AktG einschließlich der BJM Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auch auf sie zur Anwendung kommt⁴³⁷.

Neben die Haftung des Vorstands tritt die (in der Praxis wohl wichtigere) Haftung des herrschenden Unternehmens selbst⁴³⁸, die nach h. M. anerkannt ist, sobald die Voraussetzungen einer persönlichen Inanspruchnahme seiner gesetzlichen Vertreter nach § 309 Abs. 2 S. 1 AktG vorliegen, wiewohl umstritten ist, aus welcher konkreten Grundlage – § 309 AktG, § 31 BGB oder § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. einer Verletzung des Beherrschungsvertrags – dieser Anspruch resultiert⁴³⁹. Zusätzlich kommt die Haftung von Organen der Tochtergesellschaft nach § 310 Abs. 1 AktG in Betracht, sofern sie schuldhaft die ihnen obliegende organschaftliche Pflicht zur Prüfung erteilter Weisungen in Bezug auf Rechtmäßigkeit und zum Hinweis auf nicht unmittelbar für die herrschende Gesellschaft erkennbare Nachteile verletzt und unzulässige Weisungen schuldhaft befolgt haben⁴⁴⁰. Maßgeblich ist § 310 AktG als eigener Haftungstatbestand über die ohnehin parallel dazu bestehende Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG hinaus nur insofern, als es ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern der abhängigen Gesellschaft und der herrschenden Gesellschaft sowie Einzelklagerechte zugunsten von Aktionären und Gläubigern bewirkt⁴⁴¹.

Rn 210

Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs nach § 309 AktG steht nach § 78 AktG in erster Linie dem Tochtervorstand als Vertreter der geschädigten Gesellschaft zu, währenddessen die in § 309 Abs. 4 AktG vorgesehene Geltendmachung durch Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger angesichts von dem durch den klagenden Aktionär zu tragenden Prozessrisiko einerseits und dem nach §§ 302, 303 AktG i. d. R. ausreichenden Gläubigerschutz andererseits eine zu vernachlässigende Rolle zufällt⁴⁴². Da in der Praxis zudem von einer Tendenz des Tochtervorstands zur Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen das herrschende Mutterunternehmen auszugehen ist, vermögen die geringe Bedeutung von § 309 AktG und der Umstand, dass gerichtliche Entscheidungen dazu bisweilen ausblieben, nicht zu überraschen⁴⁴³. Unberührt davon bleiben

Rn 211

⁴³⁷ Ebd., Rn 37.

⁴³⁸ Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn 634.

⁴³⁹ *Leuring, Dieter / Goertz, Alexander*, AktG § 309 Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 55 f.

⁴⁴⁰ *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 207.

⁴⁴¹ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 92.

⁴⁴² *Habersack, Mathias*, AktG § 309 Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 124 ff.

⁴⁴³ *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 206.

andere denkbare Haftungstatbestände wie die Haftung wegen missbräuchlicher Ausnutzung des Einflusses auf das abhängige Unternehmen gem. § 117 AktG⁴⁴⁴, die Haftung aufgrund deliktischer Anspruchsgrundlagen (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB und § 826 BGB) oder die Haftung wegen Verletzung der Treuepflicht⁴⁴⁵.

5.2.2 Bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags

Ein vom Vertragskonzern abweichendes Schutzkonzept verfolgt der Gesetzgeber im faktischen Konzern: Fehlt ein Beherrschungsvertrag, sollten die abhängige Gesellschaft und deren außenstehende Aktionäre und Gläubiger nicht nur vor bloß unsorgfältig erteilten oder lediglich unverhältnismäßigen Weisungen geschützt werden, sondern gegen jegliche Form von nachteiliger Einflussnahme, indem § 311 AktG die Veranlassung nachteiliger Rechtsgeschäfte entweder generell verbietet oder nur unter der Bedingung eines vollwertigen Ausgleichs bis zum Ende des Geschäftsjahres gestattet⁴⁴⁶. Kommt es zur nachteiligen Einflussnahme und unterbleibt in der Folge ein Nachteilsausgleich, haben nach § 317 Abs. 1, 3 AktG sowohl das herrschende Unternehmen als auch deren für die Veranlassung verantwortliche gesetzliche Vertreter für den der Tochtergesellschaft daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner einzustehen. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Haftung im faktischen Konzern ist nicht die Nachteilszufügung an sich, sondern die Versäumung ihres verpflichtenden Ausgleichs⁴⁴⁷, wobei es auf ein Verschulden des herrschenden Unternehmens oder seiner gesetzlichen Vertreter nicht ankommt⁴⁴⁸.

Rn 212

Bei der Haftung im faktischen Konzern handelt es sich um eine verschuldensunabhängige, an den unterbliebenen Nachteilsausgleich anknüpfende Veranlassungshaftung⁴⁴⁹, deren Geltendmachung primär Sache des Tochtervorstands ist, jedoch – wie die konzernrechtlichen Ersatzansprüche bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags – auch von Aktionären der geschädigten Tochtergesellschaft in Bezug auf Leistung an die Gesellschaft oder von Gläubigern der Tochtergesellschaft in Bezug

Rn 213

⁴⁴⁴ Dazu Koch, Jens, AktG § 117 Schadenersatzpflicht, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 14: „Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags und unzulässiger Ausübung von Leitungsmacht kann idealkonkurrierend neben der Haftung nach §§ 309, 310 eine Ersatzpflicht nach § 117 in Betracht kommen.“

⁴⁴⁵ Emmerich/Habersack, Konzernrecht: 2. Abschnitt. Unternehmensverträge: § 23. Leitungsmacht und Haftung des herrschenden Unternehmens, Rn 77; Leuering, Dieter / Goertz, Alexander, AktG § 309 Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, in: Hölters/Weber, AktG Komm, Rn 7.

⁴⁴⁶ Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 211.

⁴⁴⁷ Drygala/Staake/Szalaj, Kapitalgesellschaftsrecht: § 31 Faktischer Konzern, Rn 43.

⁴⁴⁸ Emmerich/Habersack, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 27. Verantwortlichkeit der Beteiligten, Rn 5.

⁴⁴⁹ Habersack, Matthias, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: Emmerich/Habersack/Schürmbrand, Konzernrecht Komm, Rn 11.

auf Leistung an sich verlangt werden kann⁴⁵⁰. Dazu ist vom Kläger das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnis, die Veranlassung und der Schadenseintritt zu beweisen, wohingegen das einflussnehmende Unternehmen die Beweislast für die Entlastung nach § 317 Abs. 2 AktG, den nicht nachteiligen Charakter der Veranlassung und die Ausgleichsgewährung trägt⁴⁵¹.

Neben dem herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichen Vertretern haften im Falle einer Versäumung eines gem. § 311 AktG gebotenen Nachteilsausgleichs und unter den Voraussetzungen von § 317 AktG die Mitglieder des Tochtervorstands nach § 318 Abs. 1 AktG für die unterlassene Angabe der nachteiligen Maßnahme in ihrer Berichtspflicht über Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen gem. § 312 AktG.

Rn 214

Wie im Fall von § 309 AktG⁴⁵² gilt die praktische Bedeutung der Konzernhaftung nach § 317 AktG aufgrund der erheblichen Kosten, die klagende Aktionäre oder Gläubiger in derartigen Schadenersatzprozessen auf sich nehmen müssen, der schwierigen Nachweiserbringung für die – dem Kläger obliegenden Beweislast – und der Einschränkung für klagende Aktionären, nur Leistung an die Gesellschaft verlangen zu können, als bislang gering⁴⁵³.

Rn 215

5.3 Interessenskollisionen im Unternehmensverbund

Besonders intensiver Einflussnahme von außen sind typischerweise Gesellschaften ausgesetzt, die sich im Anschluss an einen Eigentümerwechsel erstmals in einem Konzernumfeld wiederfinden⁴⁵⁴. Die Notwendigkeit einer engen Einbindung der Zielgesellschaft in den Unternehmensverbund des Übernehmers aus betriebswirtschaftlicher Perspektive bedingt i. d. R. die Durchsetzung weitreichender Eingriffe in die Organisationsstruktur, Geschäftsprozesse und Unternehmensstrategie eines bislang üblicherweise autonom geführten Unternehmens. Dort treffen nunmehr die Konzernleitungspflichten des Muttervorstands auf die besondere Verantwortung des Tochtervorstands für das eigene Unternehmen⁴⁵⁵, woraus sich nicht selten nur

Rn 216

⁴⁵⁰ Knoll, Heinz-Christian, § 52 Probleme im faktischen Konzern, in: Schüppen/Schaub, AnwHB Aktienrecht, Rn 122 – 126.

⁴⁵¹ Koch, Jens, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 12.

⁴⁵² Vgl. o. Rn 211.

⁴⁵³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 27. Verantwortlichkeit der Beteiligten, Rn 1; Leuring, Dieter / Goertz, Alexander, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: Hölter/Weber, AktG Komm, Rn 4.

⁴⁵⁴ Vetter, Interessenskonflikte im Konzern, S. 349.

⁴⁵⁵ Schilling, Myriam, A. Gesellschaftsrecht, in: Hilber, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 8 f.

persönliches Konfliktpotential, sondern bei Verletzung von konzernrechtlichen Verhaltenspflichten auch erhebliche Haftungsrisiken für die Beteiligten ergeben.

Wie weit die Einwirkungsmöglichkeiten des Konzernvorstands reichen und wie umfassend als Gegenstück dazu die Folgepflicht des Tochtervorstands ist, hängt vom Bestehen eines Beherrschungsvertrags und der Frage ab, ob es sich im konkreten Fall um einen als faktischen Konzern oder einen als Vertragskonzern organisierten Unternehmensverbund handelt⁴⁵⁶. Eine Berechtigung für das herrschende Unternehmen, durch eine Maßnahme im Konzerninteresse das Tochterinteresse einzuschränken, und ein zugleich ausreichendes Maß an Rechtssicherheit für die ausführenden Organe bei der Befolgung von Konzernvorgaben gibt es nur im Vertragskonzern aufgrund des Weisungsrechts nach § 308 AktG⁴⁵⁷. Im faktischen Konzern dagegen fehlt es an einer rechtlich gesicherten Konzernleitungsbefugnis und es liegt am Vorstand der abhängigen Tochtergesellschaft zu beurteilen, inwieweit er den Vorstellungen der Muttergesellschaft unter Berücksichtigung von § 311 AktG folgen darf oder nicht.

Rn 217

5.3.1 Fallbeispiel 5: Von außen veranlasste Rechtsgeschäfte

Sachverhalt⁴⁵⁸:

Im Anschluss an die Übernahme der Gaming AG setzten Bange und Kuhn die strategische Neuausrichtung der Holding AG weiter fort und es folgte eine Reihe weiterer Zukäufe, darunter die 100 %-Anteilsübernahme an der Betco AG.

Die Betco AG ist ein Anbieter von Online Glücksspiel- und Sportwettssystemtechnologie und entwickelt im Rahmen von Projektaufträgen spezielle, an die jeweiligen regulatorischen Marktanforderungen angepasste Plattformlösungen, deren IP-Rechte nach Fertigstellung in das Eigentum des Auftraggebers übergehen. Die Betco AG erwirtschaftet mit rund 25 Mitarbeitern einen Jahresumsatz von rund EUR 2 Mio. mit zuletzt stark rückläufiger Tendenz, nachdem die vom Regulator wiederholt in Aussicht gestellte Liberalisierung des lokalen Online Glücksspiel- und Sportwettmarkts, der bislang unter einem Staatsmonopol stand, mehrfach verschoben wurde und das Interesse potentieller Marktteilnehmer konsequenterweise spürbar nachgelassen hat. Bange und Kuhn erwarten vom Erwerb der Betco AG komplementäre Effekte zur erst kürzlich übernommenen Gaming AG und versprechen sich von der Bündelung von terrestrischen Glücksspielbetrieb und Online-Technologiekompetenz innerhalb eines Unternehmensverbunds Wettbewerbsvorteile bei der strategischen Transformation der Holding AG vom traditionellen Medizintechnikanbieter zum integrierten und diversifizierten Mischkonzern. Aufgrund der zuletzt stark gesunkenen Profitabilität und gleichzeitig wachsenden Verschuldung in der Betco AG wird ein symbolischer Verkaufspreis von EUR 1 gegen Übernahme der Unternehmensschulden vereinbart, so dass Bange und Kuhn zur Auffassung gelangen, einen günstigen Zukauf zu tätigen und die finanzielle Belastung aus Sicht der Holding AG in Grenzen halten zu können. Zum Abschluss eines Beherrschungsvertrag i. S. v. § 291 AktG kommt es nicht.

Einige Monate nach Übernahme im Mai 2018 sind die Bilanzreserven in der Betco AG aufgebraucht und es bedarf der dringenden Zufuhr von frischem Kapital, um den Fortbestand der Gesellschaft weiter aufrechterhalten zu können. In der Zwischenzeit konnte politischer Konsens in Bezug auf die regulatorischen Rahmenbedingungen des nationalen Online Glücksspiel- und Sportwettmarkts

Rn 218

⁴⁵⁶ Vgl. o. Pkt. 5.1.1 und Pkt. 5.1.3.3.

⁴⁵⁷ Beck, Konzernhaftung in Deutschland, S. 121 f.

⁴⁵⁸ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 4 unter Rn 171.

erzielt werden, woraufhin die Vergabe der ersten Online-Lizenzen durch die Glückspielbehörde per 01. Oktober 2018 festgelegt wurde. Vor diesem Hintergrund kommen Bange und Kuhn auf die Idee, dass sich ja die zuvor übernommene Gaming AG um eine Online-Lizenz bewerben und die Entwicklung einer eigenen Online-Plattform bei der Betco AG in Auftrag geben könnte.

Halmig lehnt diese Pläne nach einem informellen Gespräch mit Bange und Kuhn vehement ab. In seinen Augen sollte sich seine Gesellschaft weiterhin auf das traditionelle Kerngeschäft konzentrieren und den besonders umkämpften Online-Markt besser international etablierten Nischenanbietern überlassen, deren finanzielle Möglichkeiten bei der Akquisition von Neukunden aufgrund zuletzt gestiegener Börsenkurse in diesem Marktsegment viel weitreichender seien. Auch außenstehende Fachleute sehen die Erfolgsaussichten von rein terrestrischen Spielhallenbetreibern im Online-Bereich durchwegs kritisch. Zudem hält Halmig die technischen Entwicklungsmöglichkeiten der Betco AG aufgrund lang ausgebliebener Investitionen im Vergleich zu Mitbewerbern als veraltet und auch der Zuschlag im Bewerbungsverfahren sei keineswegs gewiss. Bange und Kuhn sind völlig anderer Ansicht. Sie sind sich der (finanziellen) Bedeutung des Auftrags aus Sicht der Betco AG bewusst und von deren Fähigkeiten unverändert überzeugt. Außerdem wollen sie anhand der angeordneten Zusammenarbeit zwischen den beiden Tochterunternehmen beweisen, dass sie mit den getätigten Zukäufen genau richtig lagen. Sie „empfehlen“ Halmig eindringlich, seine ablehnende Haltung angesichts der wirtschaftlich zunehmend angespannten Lage in der Betco AG noch einmal grundlegend zu überdenken.

Halmig, dessen Anstellungsvertrag mit Ende Juni 2018 endet und zur Erneuerung ansteht, gibt daraufhin im Mai 2018 im Namen der Gaming AG die Entwicklung einer Online-Plattform für eine Gesamtsumme von EUR 4,0 Mio. in Auftrag und setzt auf Seiten der Gaming AG den Bewerbungsprozess in Gang. Ungeachtet der erkennbaren Wesentlichkeit der Entscheidung blieb eine interne Wirtschaftlichkeitsrechnung aus. Entgegen den Erwartungen verzögern sich Entwicklungsarbeiten auf Seiten der Betco AG erheblich und die Bewerbung, die eine vollständig funktionsfähige und homologierte Online-Plattform voraussetzt, kann nicht vor Ende Dezember 2018 von der Gaming AG eingereicht werden. 6 Monate später im Juni 2019 ist das behördliche Lizenzprüfungsverfahren abgeschlossen und die Gaming AG erhält die Erlaubnis, als Betreiber im nationalen Online Glückspiel- und Sportwettmarkt mit der von der Betco AG entwickelten Plattform tätig zu werden.

Inzwischen sind sämtliche namhafte Online-Anbieter aktiv und der Gaming AG gelingt es trotz signifikanter Marketing-Aufwendungen von rd. EUR 1,0 Mio. nicht, jene Marktanteile zu gewinnen, die für den nachhaltig profitablen Betrieb des Online-Geschäftszweigs notwendig wären. Mitunter verantwortlich sind die deutlich flexibleren und leistungsfähigeren Plattformlösungen eines Konkurrenten der Betco AG, auf die die Mitbewerber der Gaming AG zurückgegriffen haben. Ein Jahr später im Juni 2020, nachdem der Gaming AG seit Mai 2018 ein Aufwand von in Summe EUR 6,0 Mio. entstanden ist, sieht sich Halmig auf dringendes Anraten von seinerseits konsultierten Strategieberatern schließlich gezwungen, den Online-Geschäftszweig mangels realistischer Aussichten auf eine Trendwende endgültig aufzugeben und den Teilbetrieb zu einem Preis von EUR 1,0 Mio. an einen Mitbewerber abzutreten. In der im Juni 2020 stattfindenden ordentlichen HV macht Halmig von seiner Vorlagebefugnis gem. § 119 Abs. 2 AktG Gebrauch und legt die Entscheidung zur Beendigung der Online-Aktivitäten aufgrund der damit verbundenen Tragweite der HV zur Beschlussfassung vor, welche die Entscheidung in der Folge einstimmig beschließt.

Der 20 %-Minderheitsaktionär Hans M. ist empört über das Ausmaß der fehlgeschlagenen Strategie und ortet kollusives Zusammenwirken zwischen dem Vorstand der Gaming AG und den gesetzlichen Vertreter der Holding AG bzw. Betco AG. Als Beispiel dient ihm ein von ihm beauftragtes unabhängiges Gutachten über die Angemessenheit der Konditionen beim Erwerb der Online-Plattform, worin der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis von EUR 4,0 Mio. in Relation zu vergleichbaren Angeboten als um etwa 60 % überteuert beurteilt wurde. Hans M. befürchtet zudem, dass die beiden Privataktionäre der Holding AG die eigentlichen Urheber für die in der Gaming AG getroffenen Entscheidungen waren. Er möchte – falls notwendig – dagegen auch gerichtlich vorgehen und fragt sich, welche rechtlichen Möglichkeiten er dazu hat.

5.3.1.1 Ersatzansprüche gegen das beherrschende Unternehmen

Zu prüfen ist in Bezug auf den Sachverhalt ein Schadenersatzanspruch der geschädigten Gaming AG gegen das durch Bange und Kuhn vertretene Mutterunternehmen. Rn 219

5.3.1.1.1 Abhängigkeitsbedingte, nachteilige Einflussnahme ohne Ausgleich

Eine Grundlage könnte sich aus der im faktischen Konzern maßgeblichen Anspruchsnorm von § 317 Abs. 1 S. 1 AktG ergeben⁴⁵⁹. Anspruchsvoraussetzung dafür wäre eine Schädigung des abhängigen Unternehmens aufgrund der benachteiligenden Einflussnahme durch ein herrschendes Unternehmen ohne hinreichenden Ausgleich i. S. v. § 311 AktG⁴⁶⁰. Rn 220

(a) Anwendbarkeit von § 311 AktG. Die Anwendbarkeit von § 311 AktG ist gegeben, wenn es sich bei dem abhängigen Unternehmen um eine AG handelt, ein Abhängigkeitsverhältnis mit einem anderen Unternehmen besteht und zwischen den beiden verbundenen Unternehmen kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wurde⁴⁶¹. Abhängigkeit wird nach § 17 Abs. 2 AktG vermutet, sobald sich ein Unternehmen nach § 16 AktG im Mehrbesitz eines anderen Unternehmens befindet⁴⁶². Sämtliche Voraussetzungen sind zutreffend. Die Gaming AG ist in der Rechtsform einer AG organisiert, eine Mehrheit von 80 % ihrer Geschäftsanteile steht im Besitz der Holding AG und ein Beherrschungsvertrag zwischen den beiden Unternehmen ist nicht vorliegend. Die Gaming AG gilt sohin als ein von der Holding AG abhängiges bzw. beherrschtes Unternehmen und die Anwendbarkeit von § 311 AktG ist eröffnet. Rn 221

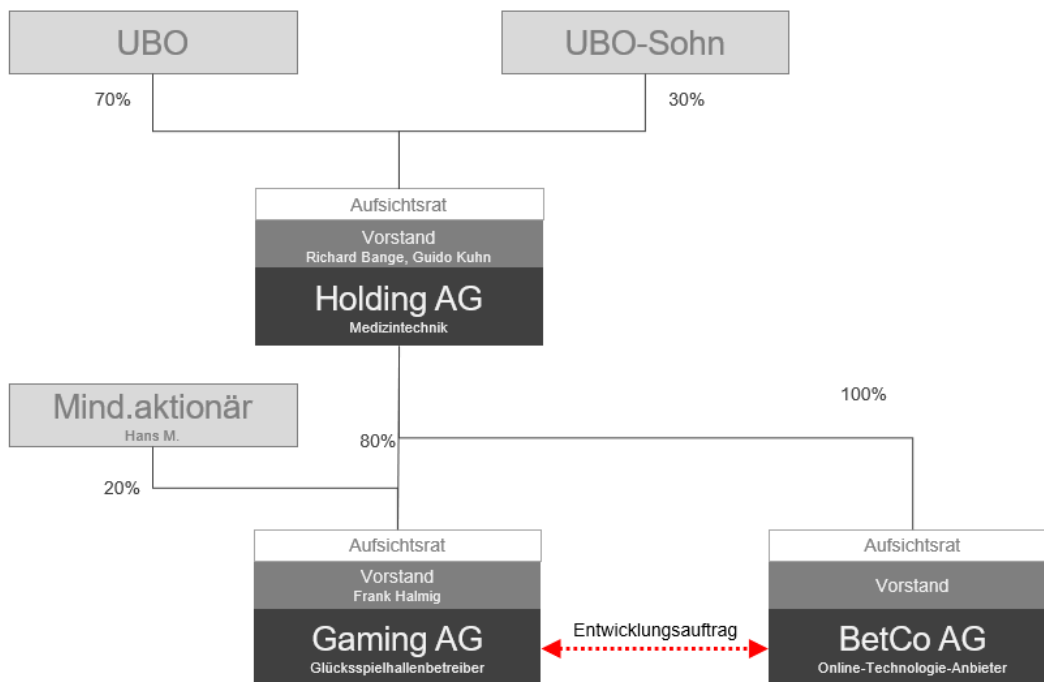
(b) Veranlassung eines nachteiligen Rechtsgeschäfts oder einer Maßnahme zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft. Die Haftung nach § 317 AktG setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft veranlasst hat, ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme zu ihrem Nachteil vorzunehmen oder zu unterlassen. Rn 222

⁴⁵⁹ Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn 168 – 178.

⁴⁶⁰ *Grigoleit, Christoph*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 2, 4.

⁴⁶¹ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 24. Grundlagen, Rn 19 – 21.

⁴⁶² *Peres, Holger / Walden, Daniel*, AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 16.

Abbildung 3: Konzernstruktur in Fallbeispiel 5 nach Integration.

Nachteiligen Charakter haben Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen, die eine Minderung oder eine Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft zur Folge haben und als Folge der Abhängigkeit getätigt wurden⁴⁶³. Wäre eine Maßnahme unter Berücksichtigung der entscheidungsrelevanten Umstände zum Zeitpunkt ihrer Vornahme oder Unterlassung auch von einem ordentlichen und gewissenhaft handelnden Geschäftsleiter einer nicht i. S. v. § 17 AktG abhängigen Gesellschaft getroffen worden, fehlt es ihr – auch wenn daraus ein späterer Vermögensschaden resultiert – bereits an dem nachteiligen Charakter⁴⁶⁴.

Rn 223

Als nachteilige Maßnahme könnte die Bewerbung der Gaming AG zum Erhalt einer Online-Lizenz in Betracht kommen. Von der Teilnahme am Vergabeverfahren war jedoch keine unmittelbar nachteilige Auswirkung auf die Vermögens- oder Ertragslage der Gaming AG zu erwarten. Der Bewerbung zugrundeliegend war die keineswegs unwesentliche Entscheidung von Halmig zum Eintritt in ein für die Gesellschaft bislang unbekanntes Geschäftsfeld. Entscheidungen zur strategischen Ausrichtung eines Unternehmens gelten gleichermaßen wie Investitionsentscheidungen gemeinsam als unternehmerische Entscheidungen, für die die Geschäftsleitung innerhalb der

Rn 224

⁴⁶³ Koch, Jens, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 24 f.

⁴⁶⁴ Emmerich/Habersack, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 25. Nachteilige Einflussnahme und Nachteilsausgleich, Rn 15, 18.

Grenzen der BJM Rule breiten Ermessenspielraum genießt⁴⁶⁵. Vorliegend ist jedoch bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung sowohl für Halmig selbst als auch außenstehende Marktbeobachter offensichtlich, dass es sich hierbei um eine besonders risikobehaftete Richtungsentscheidung mit zwangsläufig erheblichem mehrjährigen Investitionsbedarf und langfristig ungewissem Ausgang handelt, deren nachteilige Auswirkung in Bezug auf den Geschäftsverlauf der Gesellschaft man anhand einer gewöhnlichen Investitions- und Wirtschaftlichkeitsrechnung ohne weiteres ermitteln hätte können. So wäre aus Sicht eines pflichtbewussten Geschäftsleiters schon im Mai 2018 durch Gegenüberstellung der dieser Investition zuzurechnenden Erträge und Aufwendungen unter Berücksichtigung ihrer jeweils erwarteten Eintrittswahrscheinlichkeiten und einer Abzinsung zum Beurteilungszeitpunkt das nur schwer vertretbare Missverhältnis zwischen Chancen und Risiken erkennbar geworden⁴⁶⁶. Es ist daher davon auszugehen, dass sich der ordentliche und gewissenhafte Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft unter davon abgesehen gleichen Verhältnissen anders als Halmig verhalten und von vorherein die Idee einer Lizenzbewerbung nicht weiterverfolgt hätte, so dass es sich hierbei i. V. m. der Beauftragung der Schwestergesellschaft und dem anschließenden Geschäftseintritt in den Online-Markt dem Ergebnis nach um eine aus Sicht der Gaming AG abhängigkeitsbedingt getätigte, nachteilige Maßnahme handelt.

Auch der Abschluss des Werkvertrags mit der Betco AG zur Entwicklung und Lieferung der Online-Plattform im Gegenwert von EUR 4,0 Mio. ist unter dem Nachteilsbegriff von § 311 AktG zu prüfen. Unzweifelhaft als Nachteil gilt der Unterschiedsbetrag aus dem zwischen den Schwestergesellschaften vereinbarten Kaufpreis und dem laut Bewertungsgutachten angemessenen Marktpreis i. H. v. EUR 2,5 Mio., zumal von einem unabhängigen und pflichtbewussten Geschäftsleiter i. d. R. nicht anzunehmen ist, er würde Geschäfte zu marktunüblichen Bedingungen abschließen. Darüber hinaus ist auch der übrige Teil des Werkvertrags, weil es ohne der Strategieänderung keinerlei Veranlassung zum Erwerb einer vermeintlich technologisch zweitklassigen Online-Plattform gegeben hätte, als ein für die Gaming AG nachteiliges, anlässlich der Abhängigkeit von der Holding AG abgeschlossenes Rechtsgeschäft zu qualifizieren.

Rn 225

⁴⁶⁵ Vgl. o. Pkt. 3.1.2.3 und Pkt. 3.2.3.1.

⁴⁶⁶ Vgl. *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 221; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 25. Nachteilige Einflussnahme und Nachteilsausgleich, Rn 35 f.; *Koch, Jens*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 35.

Eine Haftung i. Z. m. den von der Gaming AG getroffenen nachteiligen Maßnahmen erfordert zusätzlich eine Veranlassung durch das herrschende Unternehmen. Es muss für das Zustandekommen der Maßnahmen ein Wunsch des herrschenden Unternehmens – ob als förmliche Weisung, Anregung oder sonst wie erkennbare Erwartung – ursächlich oder zumindest mitursächlich gewesen sein⁴⁶⁷, wobei es auf ein Verschuldenserfordernis des Veranlassenden nach heute h. M. nicht ankommt⁴⁶⁸. Laut Sachverhalt wurde die Idee zur Bewerbung um eine Online-Lizenz und Erteilung eines Auftrags an die Betco AG für die Erstellung einer Online-Plattform erstmals in einem informellen Gespräch von Bange und Kuhn an Halmig herangetragen und, nachdem sich dieser zunächst ablehnend zeigte, im Rahmen einer formlosen Bitte erneuert. Im Übrigen enthält der Sachverhalt keine weiteren Anhaltspunkte über eine konkrete Einflussnahme durch Bange und Kuhn. Problematisch wäre dies nach den allgemeinen zivilprozessrechtlichen Beweislastregeln, wonach jede Partei die Beweislast für alle Voraussetzungen einer von ihr in Anspruch genommenen Norm trägt⁴⁶⁹ und im Streitfall dem Kläger die Beweispflicht für das Vorliegen der Pflichtverletzung obliegt, zumal der klagenden Partei – sei es die abhängige Gesellschaft, einer der Aktionäre oder Gläubiger oder der Insolvenzverwalter – im Normalfall die Nachweiserbringung über die Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme durch das herrschende Unternehmen mangels belastenden Materials nicht gelingen wird. Aus diesem Grund besteht nach ganz h. M. für den Nachweis der Veranlassung durch das herrschende Unternehmen eine – wiewohl in den Einzelheiten umstrittene – Beweiserleichterung insofern, als nach dem natürlichen Geschehensablauf im Falle einer durch das abhängige Unternehmen vorgenommenen nachteiligen Maßnahme anzunehmen ist, dass dies auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens erfolgt sei⁴⁷⁰. Aus Halmigs risikoreicher Entscheidung zum Einstieg in ein bislang unternehmensfremdes Geschäftsfeld entgegen zu diesem Zeitpunkt gültiger Markttrends ergab sich für die finanziell angeschlagene Schwes-tergesellschaft die Gelegenheit zu einem lukrativen Auftrag und für Bange und Kuhn eine Möglichkeit, die andernfalls zwangsläufig drohende Insolvenz eines erst vor kurzem erst übernommenen Tochterunternehmens abzuwenden. Es liegt aus diesem Grund die Vermutung nahe, Halmig sei bei seiner Entscheidung nicht zuletzt in der Hoffnung auf eine nahe Vertragsverlängerung den Erwartungen des

⁴⁶⁷ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 77.

⁴⁶⁸ *Koch, Jens*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 5.

⁴⁶⁹ BGH, Urteil vom 17.2.1970 – III ZR 139/67, in NJW 1970, S. 946 – 951 (S. 947).

⁴⁷⁰ *Leuering, Dieter / Goertz, Alexander*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 76 f.

Konzernvorstands gefolgt und der Abschluss des Werkvertrags zwischen den Schwestergesellschaften sei auf Veranlassung durch Bange und Kuhn als Vertreter der beherrschenden Gesellschaft erfolgt.

(c) Kein Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres. Die nachteilige Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen ist nicht per se rechtswidrig, sondern gem. § 311 AktG nur, wenn die hieraus entstehenden Nachteile nicht durch Gewährung gleichwertiger Vorteile bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen werden. Aus dieser Ausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens resultiert keine unmittelbar durchsetzbare Forderung zugunsten der abhängigen Gesellschaft; vielmehr erlischt die Pflicht bei Nichterfüllung nach Ablauf des Geschäftsjahres und wandelt sich in einen Schadenersatzanspruch nach § 317 AktG um⁴⁷¹.

Rn 227

Laut Sachverhalt traf Halmig die nachteilige Geschäftsentscheidung im Mai 2018, weshalb der zugefügte Nachteil noch während des laufenden Geschäftsjahres bis spätestens Ende 2018 entweder tatsächlich oder durch Gewährung eines Rechtsanspruchs durch die Gaming AG auszugleichen gewesen wäre⁴⁷². Auch wäre, wiewohl die tatsächliche Gesamthöhe des aus der Maßnahme resultierenden Vermögensnachteils erst gegen Ende 2019 feststand, schon in 2018 auf Grundlage einer gewöhnlichen Investitionsrechnung anhand des errechneten Kapitalwerts annäherungsweise bezifferbar und die Gewährung einer Kompensation z. B. in Form einer verbindlichen Zusage der Holding AG zum Ausgleich von sich erst später konkretisierenden Nachteilen⁴⁷³ möglich gewesen. Dennoch kam es vorliegend in 2018 zu keinem Nachteilsausgleich. Der Einwand, einem späteren Nachteilsausgleich stünde entgegen, dass die nachteilige Veranlassung einem anderen Zweck und gerade nicht dem Konzerninteresse gedient hat⁴⁷⁴, ist aufgrund der augenscheinlichen Umstände des Sachverhalts auszuschließen, so dass die Anspruchsvoraussetzung von § 317 AktG eröffnet sind.

Rn 228

(d) Schaden. Zu ersetzen ist gem. § 317 Abs. 1 S. 1 AktG der aus einer nachteilsbegründenden Einflussnahme resultierende Schaden nach den Regeln von § 249 Abs. 1 BGB. Da der Schadenersatzanspruch auf Rückgängigmachung des

Rn 229

⁴⁷¹ Müller, Hans Friedrich, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: Spindler/Stilz, Komm AktG, Rn 49.

⁴⁷² Emmerich/Habersack, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 25. Nachteilige Einflussnahme und Nachteilsausgleich, Rn 47.

⁴⁷³ Vgl. Habersack, Matthias, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: Emmerich/Habersack/Schürmbrand, Konzernrecht Komm, Rn 66.

⁴⁷⁴ Altmeyden, Holger, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKo-AktG, Rn 308 f.

unzulässigen Eingriffs gerichtet ist, muss der Ausgleich alle Verluste erfassen, die infolge des Eingriffs entstanden sind⁴⁷⁵, so dass neben dem unmittelbar durch das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme entstehenden Nachteil nach h. M. sämtliche nach einer allfälligen Vorteilsanrechnung zurechenbaren Folgenachteile als ersatzpflichtig gelten⁴⁷⁶. Infolge der Entscheidung Halmigs zur Lizenzbewerbung, Anschaffung der Online-Plattform und Aufnahme der Geschäftstätigkeit ist der Gaming AG seit Mai 2018 ein Gesamtaufwand von EUR 6,0 Mio. entstanden, dem im Juni 2020 ein Veräußerungserlös von EUR 1,0 Mio. gegenübersteht. Der vorliegend zu ersetzende Schaden beträgt nach Aufrechnung von Aufwendungen und Erträgen EUR 5,0 Mio.

(e) Ergebnis: Die Gaming AG hat daher in Fallbeispiel 5⁴⁷⁷ auf Grundlage von § 317 Abs. 1 i. V. m. § 311 AktG Anspruch auf Schadenersatz gegen die Holding AG i. H. v. EUR 5,0 Mio. Rn 230

Der Ersatzanspruch erlischt nach einer 5-jährigen Verjährungsfrist beginnend mit der Anspruchsentstehung, regelmäßig mit Ablauf des Geschäftsjahres der nachteiligen, kompensationslos gebliebenen Veranlassung⁴⁷⁸, diesfalls zum Jahresende 2023. Die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der Holding AG obliegt Halmig, wozu er, um sich anderenfalls nicht selbst gegenüber der geschädigten Gesellschaft nach Maßgabe von § 93 Abs. 2 AktG schadenersatzpflichtig zu machen, persönlich rechtlich verpflichtet ist⁴⁷⁹. Der Ersatzanspruch kann daneben von einem Gläubiger der Gaming AG mit Leistung direkt an ihn selbst, sofern er von der Gesellschaft nicht ausreichend Befriedigung erlangen kann, oder vom Minderheitsaktionär Hans M. – mit dem Unterschied, dass dieser nur Leistung an die Gesellschaft verlangen kann – geltend gemacht werden⁴⁸⁰. Rn 231

5.3.1.1.2 Weitere Anspruchsgrundlagen

Verletzt ein herrschendes Unternehmen gem. § 311 AktG die Schranken der zulässigen Einflussnahme auf eine abhängige AG, kommen i. d. R. neben der Schadenersatzpflicht nach § 317 AktG die deliktische Haftung wegen vorsätzlicher Rn 232

⁴⁷⁵ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 367.

⁴⁷⁶ *Altmeyen, Holger*, § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 35 – 41; *Grigoleit, Christoph*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 6.

⁴⁷⁷ Vgl. o. Rn 218.

⁴⁷⁸ *Grigoleit, Christoph*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 9.

⁴⁷⁹ *Habersack, Matthias*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 26.

⁴⁸⁰ Vgl. *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 133.

schädigender Beeinflussung nach § 117 AktG, eine Haftung wegen Treuepflichtverletzung und ein Verstoß gegen die Vorschriften i. Z. m. dem Verbot der Einlagenrückgewähr gem. §§ 57, 60, 62 AktG in Betracht⁴⁸¹.

(i) Schadenersatz nach § 117 AktG wegen vorsätzlicher schädlicher Einflussnahme. § 117 AktG verbietet ausdrücklich die vorsätzliche Ausnutzung von Einfluss auf die unabhängige Leitung einer AG zur Veranlassung von gesellschafts- oder aktionärsschädigendem Handeln insofern, als die abhängige Gesellschaft von jedem, der ihre Organmitglieder vorsätzlich zu einer schädigenden Handlung beeinflusst, Schadenersatz verlangen kann. Die Haftung nach § 117 AktG konkurriert mit der Haftung nach § 317 AktG, solange die Schädigung in einem vorsätzlichen Veriteln liegt; in allen anderen Fällen verliert sie aufgrund der höheren Anforderungen ihre (praktische) Bedeutung im Vergleich zu § 317 AktG, welcher, anders als § 117 AktG, seinerseits nicht vorsätzliches Handeln verlangt und den Adressatenkreis der Einflussnahme nicht begrenzt⁴⁸². Eine Beweiserleichterung wie im Fall von § 317 AktG⁴⁸³ ist für die Inanspruchnahme von § 117 AktG nicht vorgesehen und nach den allgemeinen Regeln sind die anspruchsbegründenden Umstände vom Kläger zu beweisen⁴⁸⁴, weshalb die Haftung nach § 117 AktG in der Praxis nicht selten – wie im vorliegenden Fallbeispiel 5⁴⁸⁵ – an der Nachweisbarkeit vorsätzlicher Einflussnahme scheitert.

Rn 233

(ii) Schadenersatz wegen Verletzung der Treuepflicht. Ergänzend zur Haftung nach § 317 AktG wäre eine Haftung des herrschenden Unternehmens aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. einer Treuepflichtverletzung denkbar⁴⁸⁶. So ist nach ganz h. M. anerkannt, dass sowohl zwischen der AG und den Aktionären als auch unter den Aktionären untereinander ein Treueverhältnis besteht, welches den einzelnen Aktionär bei der Ausübung oder Nichtausübung seiner Rechte zur angemessenen Rücksichtnahme gegenüber den Interessen der Gesellschaft und Mitgesellschafter verpflichtet⁴⁸⁷. Die nachteilige Einwirkung auf das Gesellschaftsunternehmen wäre sohin eine Verletzung der Treuepflicht eines Aktionärs gegenüber der AG⁴⁸⁸. Dieser

Rn 234

⁴⁸¹ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 137; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn 168, 179 – 201.

⁴⁸² *Kropff, Bruno*, Der konzernrechtliche Ersatzanspruch – ein zahnlöser Tiger?, in: *Westermann/Mock*, Festschrift, S. 245; *Kutscher*, Organhaftung, S. 324.

⁴⁸³ Vgl. o. Rn 226.

⁴⁸⁴ *Leuering, Dieter / Goertz, Alexander*, AktG § 117 Schadenersatzpflicht, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 10.

⁴⁸⁵ Vgl. o. Rn 218.

⁴⁸⁶ *Schatz, Matthias / Schödel, Sebastian*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 3.

⁴⁸⁷ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 23 Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten, Rn 15 f., 19.

⁴⁸⁸ *Koch, Jens*, AktG § 53a Gleichbehandlung der Aktionäre, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 19.

Fall wird im faktischen Konzern ausdrücklich durch die spezielleren konzernrechtlichen Bestimmungen von §§ 311 ff. AktG geregelt, so dass ein allfälliger Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB aufgrund von Treuepflichtverletzung, auch wenn hierfür im Unterschied zur Haftung nach § 117 AktG leichte Fahrlässigkeit ausreichen würde⁴⁸⁹, regelmäßig durch die Haftung gem. § 317 Abs. 1 AktG i. V. m. § 311 AktG und die danach anerkannten Beweiserleichterungen verdrängt wird⁴⁹⁰. Dasselbe gilt für Fallbeispiel 5⁴⁹¹, indem ein allfälliger Schadenersatzanspruch gegen die Holding AG aufgrund der Verletzung ihres Treueverhältnisses gegenüber der Gaming AG hinter die bestätigten Ersatzansprüche von § 317 Abs. 1 AktG i. V. m. § 311 AktG zurücktritt.

(iii) Anspruch auf Rückgewähr durch Empfang verbotener Leistungen nach § 62 AktG. Von den strikten Kapitalbindungsregeln von § 57 AktG ausgenommen sind unter einem Abhängigkeitsverhältnis getätigte nachteilige Maßnahmen, solange der erforderliche Nachteilsausgleich nach § 311 AktG ordnungsgemäß geleistet wurde⁴⁹². Kann das herrschende Unternehmen aufgrund von Zeitablauf von der Privilegierung gem. § 311 AktG nicht mehr Gebrauch machen und ist der gebotene Ausgleich endgültig ausgeblieben, gilt die Aussetzung von § 57 AktG als aufgehoben und die daraus folgenden Rechtsfolgen gem. § 62 AktG treten neben jene von § 317 AktG⁴⁹³. Bei Vermögenszuwendungen zwischen Schwestergesellschaften wie in Fallbeispiel 5⁴⁹⁴, die auf Veranlassung durch ein beherrschendes Unternehmen zustande kamen, haftet das herrschende Unternehmen außer nach § 317 AktG (sowie bei vorsätzlicher Einflussnahme nach § 117 AktG⁴⁹⁵) nach § 62 AktG i. V. m. einer verbotenen Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG⁴⁹⁶. Eine verbotene Rückgewähr von Einlagen wird angenommen, wenn die Leistung der Gesellschaft in einem objektiven Missverhältnis zur Gegenleistung steht, somit die von der Gesellschaft erbrachte Leistung einem Fremdvergleich nicht Stand hält⁴⁹⁷. Dies ist im

Rn 235

⁴⁸⁹ *Leuring, Dieter / Goertz, Alexander*, AktG § 117 Schadenersatzpflicht, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 1.

⁴⁹⁰ Vgl. *Altmeyen, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 15; *Grigoleit, Christoph / Tomasic, Lovro*, AktG § 117 Schadenersatzpflicht, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 6; *Koch, Jens*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 52; *Verse, Dirk A.*, 13. Kapitel: Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: *Bayer/Habersack*, AR im Wandel, Rn 45.

⁴⁹¹ Vgl. o. Rn 218.

⁴⁹² *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 52.

⁴⁹³ *Bämreuther*, Ausgabe neuer Aktien, S. 250; *Koch, Jens*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 17.

⁴⁹⁴ Vgl. o. Rn 218.

⁴⁹⁵ Vgl. o. Rn 233.

⁴⁹⁶ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 52.

⁴⁹⁷ *Bank, Stefan*, Kapitel 6. Pflichtverletzungen durch Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, in: *Patzina u.a.*, Haftung von Unternehmensorganen, Rn 124.

vorliegenden Sachverhalt auf die Differenz zwischen dem vereinbarten Pauschalpreis für die Online-Plattform von EUR 4,0 Mio. und dem geringeren Preis von EUR 2,5 Mio., den laut Wertgutachten voneinander unabhängige Dritte unter den gleichen oder ähnlichen Bedingungen vereinbart hätten, zutreffend, mit der Konsequenz eines Rückgewähranspruchs der geschädigten Gaming AG i. H. v. EUR 1,5 Mio. Schuldner des Rückgewähranspruchs ist – wiewohl die Vermögenszuwendung nicht direkt an den Aktionär, sondern an einen Dritten erfolgt ist – der Aktionär, die Gaming AG; dadurch, dass der begünstigte Dritte, also die Betco AG, zur Gänze im Eigentum der Gaming AG steht, ist sie diesfalls einem Aktionär gleichzustellen, so dass für die Rückgewähr nicht nur die Gaming AG, sondern auch die Betco AG selbst als Gesamtschuldner haften⁴⁹⁸.

Ergebnis: Die eigenständige Relevanz von Schadenersatz wegen vorsätzlich schädigender Einflussnahme, Treuepflichtverletzung oder verbotener Einlagenrückgewähr ist in Bezug auf das Fallbeispiel 5⁴⁹⁹ im Vergleich zu den Ansprüchen von § 317 AktG gering. Während die Anwendbarkeit von § 117 AktG – wie häufig – am Vorsätzlichkeitskriterium scheitert, wird die allgemeine Haftung wegen Treuepflichtverletzung von den spezialgesetzlichen Vorschriften des § 317 AktG verdrängt. Allein aus verbotener Einlagenrückgewähr resultiert infolge mangelnder Drittvergleichsfähigkeit ein eigenständiger Anspruch, wird jedoch von dem zur Anwendung kommenden umfassenderen Schadenersatzanspruch auf Grundlage von § 317 AktG überlagert.

Rn 236

5.3.1.2 Ersatzansprüche gegen die einflussnehmenden Letztbegünstigten

Das für juristische Personen typische Trennungsprinzip, wonach gegenüber Gläubigern der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen, nicht aber das private Vermögen der Anteilseigner haftet, bietet außenstehenden Aktionären keinen absolut uneingeschränkten Schutz, sondern erfährt in einzelnen gesetzlichen Regelungen, darunter § 317 AktG und § 117 AktG, sowie wenigen von der Rspr. anerkannten Durchgriffsfällen Einschränkung⁵⁰⁰.

Rn 237

Ein direkter Schadenersatzanspruch der geschädigten Gesellschaft gegen die Aktionäre der beherrschenden Gesellschaft käme im vorliegenden Sachverhalt i. Z. m. § 317 Abs. 1 AktG i. V. m. § 311 AktG in Betracht. Dazu bedürfte es derselben

Rn 238

⁴⁹⁸ Bayer, Walter, AktG § 62 Haftung der Aktionäre beim Empfang verbotener Leistungen, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 12, 15, 18.

⁴⁹⁹ Vgl. o. Rn 218.

⁵⁰⁰ Heider, Karsten, § 1 Wesen der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 47 – 50; vgl. o. Rn 63.

Voraussetzungen, die zuvor i. Z. m. den Ersatzansprüchen gegen die Holding AG geprüft wurden. Zumal das in § 317 AktG geforderte Abhängigkeitsverhältnis gem. § 17 Abs. 2 AktG eine Mehrheitsbeteiligung voraussetzt, scheidet ein Anspruch gegen den nur mit einem Minderheitenanteil von 30 % beteiligten UBO-Sohn von vornherein aus. Ein Anspruch gegen den UBO-Vater könnte demgegenüber daran scheitern, dass dieser zum einen nicht direkt an der geschädigten Gesellschaft beteiligt ist und zum anderen als natürliche Person auch nicht als herrschendes Unternehmen i. S. v. § 317 AktG gilt. Eine direkte Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft ist jedoch keineswegs erforderlich, zumal nach § 16 Abs. 4 AktG auch nur mittelbar gehaltene Unternehmensanteile, d. h. Anteile, die ein abhängiges Unternehmen hält, unter Voraussetzung einer Mehrheitsbeteiligung dem herrschenden Unternehmen zugerechnet werden⁵⁰¹. Die konzernrechtlichen Begrifflichkeiten sind zudem auf natürliche Personen anwendbar, sofern sie neben der Beteiligung an dem abhängigen Unternehmen eine anderweitige wirtschaftliche Betätigung, insb. in einer weiteren Gesellschaft, aufweisen⁵⁰². Letzteres ist im Falle des UBO-Vaters nicht zutreffend, da er vorliegend nur über eine Beteiligung verfügt. Da sich natürliche Personen durch Einbringung ihrer Beteiligungen in eine Holding-Gesellschaft leicht der Konzernhaftung entziehen könnten, wird die Unternehmenseigenschaft eines Holding-Gesellschafters auch angenommen, wenn er seine Anteile in einer Holding nur „geparkt“ und die Verwaltung der Anteile im Grunde weiterhin durch ihn erfolgt, d. h. er selbst faktisch unternehmerisch tätig wird⁵⁰³. Im Sachverhalt fehlen mit Ausnahme eines vagen Verdachtsmoments konkrete Anhaltspunkte für eine beherrschende Einflussnahme durch den UBO-Vater, so dass es ihm an der Unternehmenseigenschaft fehlt und die Anwendbarkeit der konzernrechtlichen Vorschriften von §§ 311 ff. AktG gegenständlich nicht eröffnet ist. Aus demselben Grund scheidet ein Anspruch gegen den UBO-Vater wegen vorsätzlich schädigender Einflussnahme auf die Holding AG gem. § 117 AktG aus.

Lediglich am Rande erwähnt werden soll an dieser Stelle die nur grds. denkbare Haftung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG für den Fall, dass dieser ohne Bestellung als Vorstand so umfassend und in einem über die bloße Beschäftigung mit den Geschäften der Gesellschaft so weit hinausgehendem Maße in die Geschäftsleitung eingreift, dass er selbst als faktisches

Rn 239

⁵⁰¹ *Krebs, Christian A.*, AktG § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 12.

⁵⁰² *Hasselbach, Kai*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 413.

⁵⁰³ *Bayer, Walter*, AktG § 15 Verbundene Unternehmen, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 30 f.

Vorstandsmitglied angesehen werden könnte⁵⁰⁴. Denn anders als das GmbH-Recht, wo auf die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsleiters zurückgegriffen wird, um die Fälle unerlaubter Einflussnahme auf die Geschäftsleitung zu erfassen, regelt das Aktienrecht den Schutz vor dieser Form von Einflussnahme ausdrücklich in § 117 Abs. 1 AktG, so dass es einer eigenen Qualifikation als faktisches Vorstandsmitglied nicht mehr bedarf⁵⁰⁵.

5.3.1.3 Ersatzansprüche gegen die gesetzlichen Vertreter

Neben den Ersatzansprüchen gegen das herrschende Unternehmen und derer Gesellschafter könnten sich Ersatzansprüche gegen die gesetzlichen Vertreter von sowohl beherrschendem Unternehmen i. Z. m. § 317 Abs. 3 AktG, § 117 Abs. 1 AktG, § 93 Abs. 2 AktG, als auch gegen die Vorstände der abhängigen Gesellschaft aufgrund von § 318 Abs. 1 S. § 117 Abs. 2 AktG sowie 1 AktG § 93 Abs. 2 AktG ergeben⁵⁰⁶.

Rn 240

Gem. § 317 Abs. 3 AktG haften bei einer kompensationslos gebliebenen nachteiligen Einflussnahme neben dem herrschenden Unternehmen deren gesetzliche Vertreter regelmäßig persönlich als Gesamtschuldner für den dadurch eingetretenen Schaden. Bange und Kuhn sind daher gegenüber der Holding AG und im Außenverhältnis gegenüber der Gaming AG gesamtschuldnerisch zum Ersatz eines Schadens von EUR 5,0 Mio. verpflichtet, wobei wie nach Abs. 1 der Nachweis für schuldhaftes Verhalten nicht erforderlich ist⁵⁰⁷. Wird zuerst die Holding AG nach § 317 Abs. 1 AktG in Anspruch genommen, kann sich diese anschließend nach Maßgabe von § 93 Abs. 2 AktG bei Bange und Kuhn regressieren⁵⁰⁸. Eine persönliche Haftung aufgrund vorsätzlich schädigender Einflussnahme gem. § 117 Abs. 1 AktG scheidet vorliegend aufgrund nicht ausreichender Nachweisbarkeit des Vorsatzkriteriums aus⁵⁰⁹.

Rn 241

Frank Halmig könnte sich dagegen wegen Verletzung seiner Berichtspflichten nach § 312 AktG über mit dem herrschenden Unternehmen oder auf dessen Veranlassung abgeschlossene oder unterlassene Rechtsgeschäfte schadenersatzpflichtig gemacht haben. Der Bericht dient zur Schaffung von Transparenz über

Rn 242

⁵⁰⁴ Ehricke, Ulrich, § 42 Einpersonen-Gesellschaft, in: *Hopt/Wiedemann*, AktG-GroKo, Rn 43.

⁵⁰⁵ Ehricke, Ulrich, § 42 Einpersonen-Gesellschaft, in: *Hopt/Wiedemann*, AktG-GroKo, Rn 43.

⁵⁰⁶ Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn 168, 204 f.

⁵⁰⁷ *Schatz, Matthias / Schödel, Sebastian*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 15.

⁵⁰⁸ Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 3. Abschnitt. Faktischer Konzern: § 27. Verantwortlichkeit der Beteiligten, Rn 4; o. Pkt. 3.2.3.1 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. o. Rn 233.

konzernmäßige Transaktionen, als Grundlage für eine Überprüfung durch den Abschlussprüfer, AR und Sonderprüfer sowie als Informationsquelle für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen⁵¹⁰. Die Verletzung der Berichtspflicht gilt als die im faktischen Konzern mit Abstand wichtigste Anspruchsgrundlage gegen (pflichtvergessene) Vorstandsmitglieder⁵¹¹ und hat zur Folge, dass diese gem. § 318 Abs. 1 AktG für den daraus entstandenen „Berichtsschaden“, nicht aber für den Schaden, der durch die nachteilige Einflussnahme als solche veranlasst wurde⁵¹², ersatzpflichtig werden. Der Sachverhalt in Fallbeispiel 5⁵¹³ enthält jedoch keine Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung von § 312 AktG.

Ein Anspruch gegen Halmig könnte sich aus § 93 Abs. 2 AktG ergeben, sofern er mit der Entscheidung zur Lizenzbewerbung, Erschließung eines neuen Geschäftsfelds und Beauftragung der Schwestergesellschaft die gegenüber seiner Gesellschaft bestehenden Sorgfaltspflichten schuldhaft verletzt hat. Dass dies unzweifelhaft zutreffend ist, wurde unter Rn 224 und Rn 225 bejaht, denn kein ordentlicher und gewissenhafter, umfassend informierter und unabhängiger Geschäftsleiter einer auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichteten Gesellschaft würde sich für eine Geschäftsstrategie entscheiden oder Rechtsgeschäfte abschließen, die die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft auf erkennbare Weise nachteilig beeinflussen. § 93 AktG wird allerdings durch den Privilegierungsrahmen von § 311 AktG als Spezialnorm verdrängt und eine Organhaftung des Tochtervorstands scheidet aus, sofern bei nachteiliger Einflussnahme der Nachteil ausgeglichen wird⁵¹⁴. Halmig hätte sohin, bevor er der Veranlassung durch Bange und Kuhn gefolgt ist, zu prüfen gehabt, inwieweit die Maßnahme nachteilig für seine Gesellschaft ist und die Nachteile daraus ausgleichsfähig sind, und – sofern zutreffend – Bange und Kuhn auf den Nachteil hinzuweisen und sich von deren Bereitschaft zum Nachteilsausgleich zu überzeugen gehabt⁵¹⁵. Halmig wurde dem genauso wenig gerecht wie der Pflicht sicherzustellen, dass am Geschäftsjahresende die verursachten Vermögensnachteile von der Holding AG ausgeglichen werden, und in der Folge Schadenersatzansprüche aufgrund von unterlassenem Nachteilsausgleich gegen die Holding AG zu

Rn 243

⁵¹⁰ *Grigoleit, Christoph*, AktG § 312 Bericht des Vorstands über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 1.

⁵¹¹ *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 124.

⁵¹² *Schatz, Matthias / Schödel, Sebastian*, AktG § 318 Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 6.

⁵¹³ Vgl. o. Rn 218.

⁵¹⁴ *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 218.

⁵¹⁵ Vgl. *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 31.

verfolgen⁵¹⁶. Da Halmig eine Exkulpation aufgrund fehlenden Verschuldens gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG angesichts der Faktenlagen nicht gelingen wird, haftet er gegenüber der Gaming AG nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf Schadenersatz i. H. v. EUR 5,0 Mio. Eine persönliche Haftung von Halmig aufgrund vorsätzlich schädigender Einflussnahme gem. § 117 Abs. 1 AktG scheidet wie zuvor gegenüber dem herrschenden Unternehmen und deren gesetzlichen Vertretern aus⁵¹⁷.

5.3.1.4 Ersatzansprüche zugunsten des Minderheitsaktionärs

Ein eigener Ersatzanspruch gegen das beherrschende Unternehmen bzw. dessen gesetzliche Vertreter als Gesamtschuldner wegen nachteiliger Einflussnahme steht einem Minderheitsaktionär gem. § 317 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 317 Abs. 3 AktG zu, wenn ihm ein eigener Schaden entstanden ist, der nicht durch Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen ausgeglichen werden kann⁵¹⁸. Im Fallbeispiel 5⁵¹⁹ gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass es z. B. zu einer Dividendenkürzung infolge des unterbliebenen Nachteilsausgleichs und einem somit über die bloße Wertminderung der Anteile hinausgehenden, individuellen Schaden für Hans M. gekommen wäre. Aus demselben Grund scheidet auch ein sonst möglicher direkter Anspruch von M. gegen die Holding AG als Mitaktionär i. Z. m. einer Verletzung der nach höchstrichterlicher Rspr. anerkannten Pflicht zur Treue bzw. Rücksichtnahme gegenüber Interessen von Mitgesellschaftern⁵²⁰ aus.

Rn 244

Trotz fehlender Grundlage für einen eigenen Ersatzanspruch muss Hans M. nicht zwangsläufig auf Wahrung seiner Minderheitsinteressen verzichten, sollte eine weitere Verfolgung der Ansprüche der geschädigten Gaming AG ausbleiben. Denn gem. § 317 Abs. 4 AktG i. V. m. § 309 Abs. 4 S. 1, 2 AktG kann ein nach § 317 Abs. 1 S. 1 AktG bestehender Schadenersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft auch von jedem Aktionär geltend gemacht werden. Hans M. könnte somit selbst, sollte Halmig als gesetzlicher Vertreter untätig bleiben, Schadenersatz auf Grundlage von § 317 Abs. 1 AktG i. V. m. § 311 AktG i. H. v. von der Holding AG mit Leistung an die Gaming AG verlangen. Sollten daneben eine Verfolgung der bestehenden Ansprüche gegen Halmig ausbleiben, könnte Hans M. auf Grundlage von § 148 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 147 Abs. 1 AktG zudem den der Gaming AG

Rn 245

⁵¹⁶ Vgl. *Liebscher, Thomas*, § 14 Konzernrecht, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG, Rn 77 f.

⁵¹⁷ Vgl. o. Rn 233 und Rn 241.

⁵¹⁸ Vgl. *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 133.

⁵¹⁹ Vgl. o. Rn 218.

⁵²⁰ Vgl. o. Rn 234.

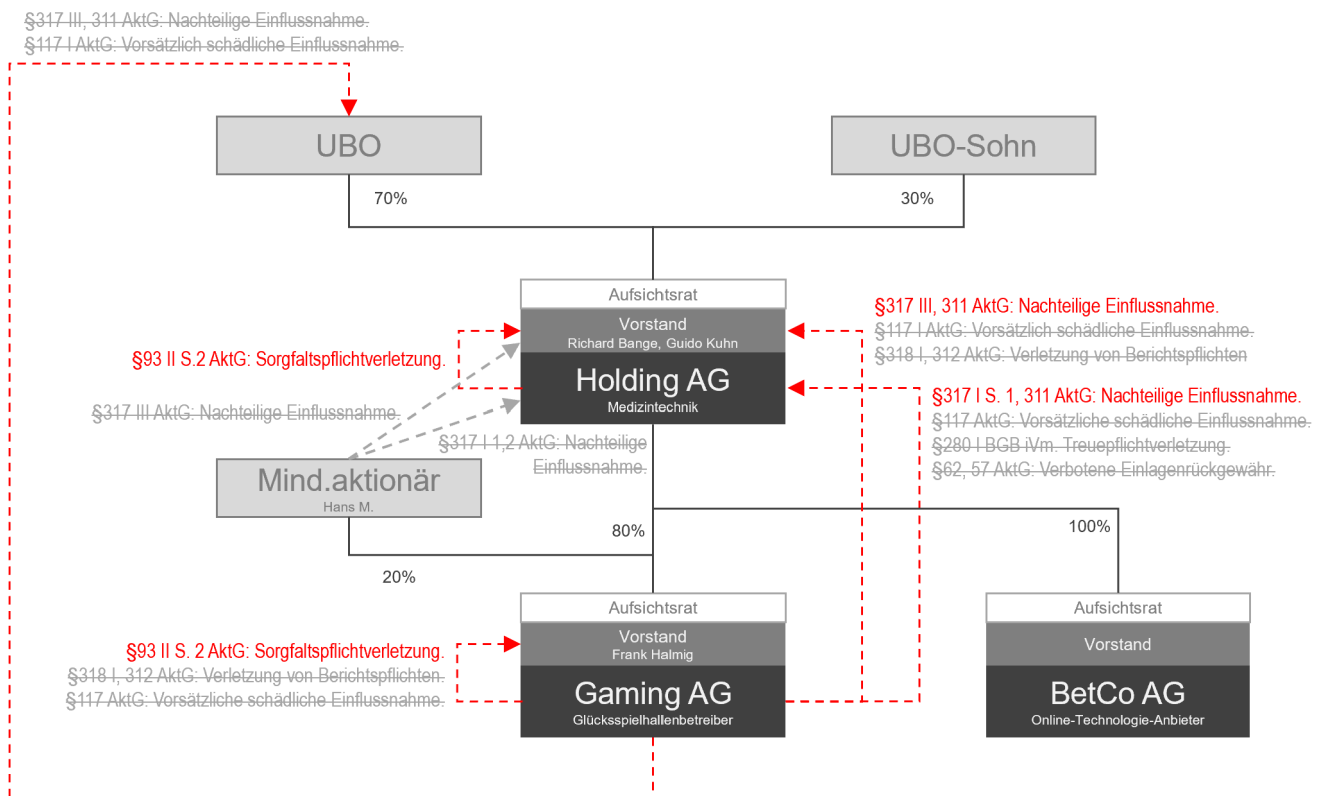
zustehenden Schadenersatzanspruch gegen ihren Vorstand nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG durchsetzen⁵²¹.

5.3.1.5 Fallbeispiel 5: Ergebnis

Die Gaming AG hat sohin als abhängige Gesellschaft Ersatzansprüche gegen die Holding AG wegen kompensationsloser, nachteiliger Einflussnahme nach §§ 317 Abs. 1, 311 AktG, gegen die Vorstände Bange und Kuhn als gesamtschuldnerisch haftende Vertreter des herrschenden Unternehmens nach §§ 317 Abs. 3, 311 AktG und gegen den eigenen Vorstand Halmig aufgrund Verletzung von Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Die Holding AG hat bei Inanspruchnahme das Recht auf Regress gegen Bange und Kuhn nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Minderheitsaktionär Hans M. dagegen hat keine eigenen Ansprüche, sondern kann nur die Ansprüche der Gaming AG in ihrem Namen und mit anschließender Leistung an die Gesellschaft geltend machen.

Rn 246

Abbildung 4: Übersicht über die Ansprüche aus Fallbeispiel 5.



⁵²¹ Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn 226.

5.3.2 Fallbeispiel 6: Handeln nach den Vorstellungen der Konzernspitze

Sachverhalt⁵²²:

Der lukrative Auftrag zur Lieferung einer Online-Plattform an das Schwesterunternehmen konnte nur vorübergehend für Entspannung in der Betco AG sorgen. Im Juni 2020 gerät die Betco AG erneut in Liquiditätsnot. Um den Fortbestand der Betco AG zu sichern, sehen sich Bange und Kuhn als Eigentümervertreter zu weiteren Maßnahmen verpflichtet.

(i) **Betriebsmittelüberlassung.** Seit Jahren betreibt die Gaming AG, nahezu unbemerkt neben dem profitablen Spielhallenbetrieb, eine kleine Forschungsabteilung, aus der eine Reihe von IP-Rechten für Online-Glücksspiele hervorging und die in der Zwischenzeit in eine eigens gegründete Tochterfirma namens R&D AG ausgegliedert wurde. Könnte die Betco AG auf diese IP-Rechte zugreifen, bestünde die Möglichkeit, zukünftig selbst als B2C-Anbieter aktiv zu werden und neben den bisherigen B2B-Aktivitäten diese neue Einnahmequelle zu nutzen. Bange und Kuhn bringen sich ein und geben in einem Gespräch mit dem Vorstand der R&D AG zu verstehen, dass es das Beste für den Konzern wäre, wenn die R&D AG ihre IP-Rechte der Betco AG auf zumindest vorübergehend unentgeltlicher Basis, da die IP-Rechte bislang nicht selbst genutzt wurden, zur Verfügung stellen würde.

(ii) **Darlehensgewährung.** Die Gaming AG verfügt aufgrund gut laufender Geschäfte anders als die Betco AG über hinreichend Liquidität, die aufgrund der aktuell herrschenden Zinspolitik nur gegen Bezahlung von Negativzinsen, bestenfalls ohne Zinsertrag bei Banken veranlagt werden kann. Vor diesem Hintergrund halten Bange und Kuhn die Bereitstellung eines Konzerndarlehens für naheliegend und nehmen Kontakt mit dem Vorstand der Gaming AG auf. Dieser wurde inzwischen um eine weitere Person, Jutta Bohm, erweitert. Die Gaming AG benötigt zwar im September 2020 die freien Finanzmittel zur lang geplanten Eröffnung eines neuen Spielhallenstandorts selbst, kann aber bis dahin für 3 Monate darauf vorübergehend verzichten. Die erst vor kurzem neu bestellte Bohm ist skeptisch und erläutert in einem Gespräch mit Halmig ihre Bedenken in Bezug auf eine von ihm ins Spiel gebrachte direkte Darlehensgewährung an die Schwestergesellschaft ohne weitere Kenntnisse über deren genaue finanzielle Lage. Der lang gediente Halmig sieht dies anders und ist der Auffassung, das Darlehen gebühre sich allein aus Loyalität gegenüber Bange und Kuhn und dem Konzern. Die Entscheidung zur kurzfristigen Darlehensgewährung wird daraufhin trotz fehlenden Einstimmigkeitsprinzips in Form eines einstimmigen Vorstandsbeschlusses gefällt und, da Darlehensgewährungen unter einen internen Zustimmungsvorbehalt des Konzernvorstands stehen, von Bange und Kuhn genehmigt, woraufhin die Betco AG ein unverzinstes und unbesichertes Darlehen i. H. v. EUR 1,0 Mio., fällig per 30.09.2020, erhält.

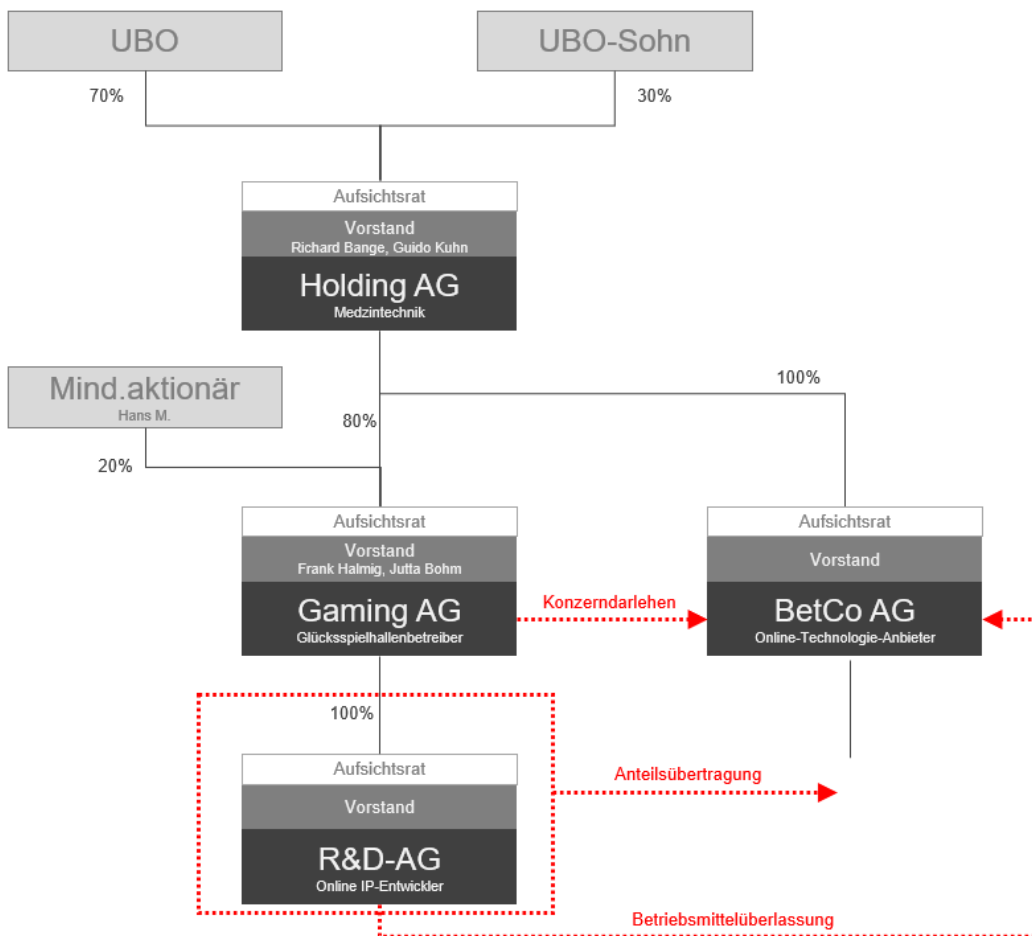
Nach Ablauf der 3 Monate hat sich nichts an der Situation der Betco AG verändert und die aus dem Darlehen erhaltenen Mittel wurden zur Erhaltung des Geschäftsbetriebs verbraucht. Der bislang nichtsahnende Halmig ist entsetzt, als er nach Ablauf der Fälligkeit von den Finanzproblemen der Schwester erfährt, gleichermaßen wie Bange und Kuhn, als sie von der geplanten Investition in der Gaming AG und der nunmehr unvermeidlich gewordenen Verschiebung erfahren.

(iii) **Beteiligungsveräußerung.** Nach Rücksprache mit dem Management der Betco AG kommen Bange und Kuhn zur Auffassung, dass nur mehr der Verkauf und die Übertragung der R&D AG von der Gaming AG an die Betco AG deren langfristigen Unternehmensbestand gewährleisten kann. Zur Finanzierung des Kaufpreises würde der UBO Finanzmittel aus seinem Privatvermögen beisteuern und im Zuge einer Kapitalerhöhung zu einem Erwerb eines Mehrheitsanteils von 51 % an der Betco AG bereit sein.

Bange und Kuhn wollen davor Klarheit hins. der Rechtslage in Bezug auf die Betriebsmittelüberlassung und Darlehensgewährung schaffen und noch vor Ablauf des Geschäftsjahres 2020 wissen, wie sie sich pflichtgemäß zu verhalten haben, damit die Anteile an der R&D AG auf rechtskonformer Weise zwischen den Konzerngesellschaften übertragen werden können.

Rn 247

⁵²² Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 5 unter Rn 218.

Abbildung 5: Überblick über die konzerninternen Maßnahmen aus Fallbeispiel 6.

Betriebsmittelüberlassungen, Darlehensgewährungen⁵²³ und Anteilsübertragungen zwischen Konzerngesellschaften sind in der Konzernpraxis nicht unüblich. Sie dienen dem allgemeinen Konzerninteresse und sind Ausdruck faktischer Konzernleitungsmacht, deren Ausübung nach §§ 311 ff. AktG auch ohne Unternehmensvertrag nach h. M. zulässig und rechtlich anerkannt ist⁵²⁴. Gleichzeitig sind diese Maßnahmen typische Beispiele, anhand deren das Spannungsfeld zwischen dem übergeordneten Konzerninteresse und dem Partikularinteresse einer neu in den Konzern eingetretenen Gesellschaft erstmals zutage tritt. Auch handelt es sich dabei aus Sicht der Einzelgesellschaft, solange ihnen kein hinreichend großer Ausgleich gegenübersteht, um nachteilige Maßnahmen, die von einem pflichtgemäß handelnden Geschäftsleiter eines unabhängigen Unternehmens nicht ergriffen werden würden.

Rn 248

⁵²³ Vgl. Knoll, Heinz-Christian, § 52 Probleme im faktischen Konzern, in: Schüppen/Schaub, AnwHB Aktienrecht, Rn 98.

⁵²⁴ Fleischer, Holger, § 311. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen, in: Hopt/Wiedemann, AktG-GroKo, Rn 14.

Betriebsmittelüberlassungen, Darlehensgewährungen und Anteilsübertragungen zwischen miteinander verbundenen Gesellschaften sind, sofern sie auf Veranlassung von außen zustande kommen, in hohem Maße anfällig für Interessenkonflikte und bedingen von den beteiligten Akteuren ein erhöhtes Maß an Sensibilität gegenüber der vom Gesetzgeber vorgesehenen Reichweite faktischer Konzernleitungsmacht. Fraglich ist daher, ob in den vorliegenden Fällen die Grenzen zulässiger Einflussnahme überschritten wurden und Haftungsansprüche entstanden sind.

Kein Unterschied zur Prüfung der Ansprüche in Fallbeispiel 5⁵²⁵ besteht insofern, als weiterhin das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen einem herrschenden Unternehmen und mehrerer in der Rechtsform einer AG geführten Gesellschaften i. S. v. § 17 AktG vermutet wird, ein Beherrschungsvertrag nach wie vor nicht vorliegt und die Vornahme der Maßnahmen laut Sachverhalt mutmaßlich auf die abhängigkeitsbedingte Intervention durch Vertreter des herrschenden Unternehmens im Interesse des herrschenden Unternehmens oder eines mit ihm verbundenen Unternehmen zurückzuführen war. Damit liegen die tatbestandlichen Grundvoraussetzungen für die Anwendung von §§ 311 ff. AktG vor.

Rn 249

5.3.2.1 Veranlasste sonstige Maßnahmen ohne direkte Abhängigkeit

Anders als in Fallbeispiel 5⁵²⁶ liegt der Betriebsmittelüberlassung im vorliegenden Beispiel kein direktes Abhängigkeitsverhältnis zwischen einer Mutter- und Tochtergesellschaft mehr zugrunde. Dies schließt die Geltung der §§ 311 ff. AktG nicht aus, zumal nach § 17 Abs. 1 AktG auch eine lediglich mittelbare Einflussmöglichkeit auf eine Gesellschaft für die Annahme von beherrschendem Einfluss ausreicht⁵²⁷. Im sog. mehrstufigen Konzern werden nachteilige Veranlassungen jenem herrschenden Unternehmen zugerechnet, von dem sie ausgingen⁵²⁸. Da der Betriebsmittelüberlassung durch die R&D AG ein Gespräch mit dem Konzernvorstand vorausging und ein Mitwirken der gesetzlichen Vertreter der Gaming AG nicht ersichtlich ist, liegt die Vermutung einer nachteiligen Veranlassung im Verhältnis der Muttergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft nahe, welche in der Folge der Muttergesellschaft, also der Holding AG, zuzurechnen ist.

Rn 250

Mangels Angaben im Sachverhalt ist anzunehmen, dass die Überlassung der IP-Rechte zwischen den Schwestergesellschaften ohne Vertragsgrundlage erfolgte.

Rn 251

⁵²⁵ Vgl. o. Rn 218.

⁵²⁶ Ebd., Rn 218.

⁵²⁷ *Habersack, Mathias*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 17.

⁵²⁸ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 80.

Auch dies ist unerheblich, zumal nach dem Wortlaut von § 311 AktG das Schädigungsverbot nicht lediglich auf konkrete Rechtsgeschäfte beschränkt ist, sondern auch für alle sonstigen Geschäftsführermaßnahmen gilt, die Auswirkungen auf die Vermögens- und Ertragslage der abhängigen Gesellschaft haben können, einschließlich der Unterlassung solcher Handlungen⁵²⁹. Notwendige Voraussetzung ist, dass das veranlasste Rechtsgeschäft bzw. die veranlasste Maßnahme nachteiligen Charakter hat. Dazu ist bei sonstigen Maßnahmen darauf abzustellen, ob der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft unter Beachtung seiner Sorgfaltspflichten nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vergleichbar entschieden hätte⁵³⁰. Dies ist gegenständlich zu verneinen, da ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eines gedachten unabhängigen Unternehmens eigene Vermögenswerte einem Dritten nicht ohne Entgelt überlassen würde.

Unwesentlich ist des Weiteren die Frage, ob der Vorstand der R&D AG die Maßnahme lediglich aus „vorausgehendem Gehorsam“ oder auf Veranlassung der Konzernspitze getätigt hat. Denn an die Begrifflichkeit der Veranlassung i. S. einer ursächlichen Einflussnahme eines herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft sind keine hohen Anforderungen zu stellen und es bedarf weder einer klaren Anordnung, noch besonderen Nachdrucks⁵³¹. Ausreichend ist, dass die Erklärung von Bange und Kuhn, was sie im konkreten Fall für am besten hielten, aus der Perspektive des Vorstands der R&D-AG als ein bestimmtes von ihnen erwartetes Verhalten verstanden werden konnte.

Rn 252

Eine nachteilige Einflussnahme ist sohin vorliegend. Der Gesetzgeber verbietet nicht schlechthin jede Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen, sondern akzeptiert selbst nachteilige Einflussnahme im übergeordneten Konzerninteresse als faktische Tatsache, wenn das nachteilige Rechtsgeschäft (bzw. die Maßnahme) sich isolieren lässt, es ausgleichsfähig ist und entweder innerhalb des Geschäftsjahres ausgeglichen wird oder am Ende des Geschäftsjahres eine verbindliche Ausgleichsregelung getroffen wird⁵³². Die überlassenen IP-Rechte waren als weitere Einnahmequelle für die in finanzielle Nöte geratene Schwestergesellschaft gedacht und hatten die Sicherung ihres wirtschaftlichen Fortbestands zum Zweck. Da der daraus erwartete Vorteil aus der Perspektive des herrschenden Unternehmens ohne

Rn 253

⁵²⁹ *Leuring, Dieter / Goetz, Alexander*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 49.

⁵³⁰ *Koch, Jens*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 34.

⁵³¹ *Leuring, Dieter / Goetz, Alexander*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 40.

⁵³² *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKo-AktG, Rn 31 f., 475.

Zweifel den Nachteil in der überlassenden Gesellschaft, wo das entwickelte geistige Eigentum bislang nicht kommerziell genutzt wurde, übertrafen, lag die Maßnahme im Konzerninteresse. Die Höhe des Nachteils aus Sicht der Gaming AG wäre zudem ohne weiteres nach Maßgabe eines Fremdvergleichs mit marktüblichen Drittgeschäften feststellbar und durch ein Nutzungsentgelt in Form eines einmaligen Pauschalbetrags oder einer erfolgsabhängigen Beteiligung an den erwirtschafteten Umsätzen ausgleichsfähig gewesen. Zum Nachteilsausgleich oder der Begründung eines Rechtsanspruchs im Rahmen einer Ausgleichsvereinbarung kam es allerdings bislang nicht. Der Privilegierungsrahmen von § 311 Abs. 1 AktG ist im vorliegenden Fallbeispiel ⁵³³ dennoch nicht überschritten, zumal der Nachteil aus der bisher kompensationslos gebliebenen Überlassung von Betriebsmitteln noch rechtzeitig vor Ablauf des Geschäftsjahres von der Holding AG ausgeglichen werden kann. Bis dahin besteht kein Schadenersatzanspruch aus §§ 317, 318 AktG.

5.3.2.2 Konzernfinanzierung und dissentierende Organmitglieder

Darlehensgewährungen zwischen Konzerngesellschaften, wechselseitige Haftungsübernahmen und Sicherheitenbestellungen bis hin zur Teilnahme von Konzerngesellschaften an einem konzernweiten zentralen Cash-Management stehen in der Konzernpraxis an der Tagesordnung⁵³⁴ und sind Integrationsmaßnahmen, mit denen sich neu übernommene Gesellschaften häufig als erstes innerhalb des Unternehmensverbundes konfrontiert sehen. Maßnahmen der Konzernfinanzierung im Allgemeinen waren in der Vergangenheit wiederholt Diskussionsgegenstand in Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen § 57 AktG als zentrale Vorschrift der aktienrechtlichen Vermögensbindung und den Spezialregeln für den faktischen Aktienkonzern nach von §§ 311 ff. AktG⁵³⁵. Konkreter Anlassfall waren insb. Rechtsprobleme, die sich aus der zunehmenden Verbreitung zentraler Konzernfinanzierung⁵³⁶ und der Einbeziehung faktisch konzernierter AGs in ein zentrales Cash-Management (Cash Pooling) ergaben.

Rn 254

Dabei werden Überschuss- bzw. Unterdeckungsbeträge der laufenden Bankkonten der am zentralen Cash Management teilnehmenden Konzernunternehmen (sog. Unterkonten) fortwährend auf ein zentrales Zielkonto bei der Konzernmutter, einer

Rn 255

⁵³³ Vgl. o. Rn 247.

⁵³⁴ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 58.

⁵³⁵ *Habersack, Mathias*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 47.

⁵³⁶ *Wirth, Andreas*, § 19 Finanzierung und Kapitalmarktrecht, in: *Beisel/Andreas*, MandatsHB DD, Rn 29.

Zwischenholding oder einer eigens gegründeten Finanzierungsgesellschaft zusammengefasst⁵³⁷. Die konsolidierte Zusammenführung der Finanzmittel auf einem Zielkonto erleichtert die Liquiditätssteuerung aus Sicht der Konzernleitung⁵³⁸ und bewirkt, dass die Netto-Liquidität des Konzerns zu insgesamt günstigeren Marktkonditionen angelegt bzw. aufgenommen werden kann⁵³⁹. Cash Pooling verlangt, dass positive Tagessalden auf Unterkonten zugunsten des Zielkontos abgeschöpft werden dürfen, während negative Salden auf Unterkonten mittels Liquiditätsbereitstellung von der das Zielkonto betreibenden Gesellschaft auszugleichen sind, wodurch es in rechtlicher Hinsicht zu wechselseitigen Ausgleichsforderungen und Ausgleichsansprüchen zwischen den am Cash Pool teilnehmenden Konzerngesellschaften kommt⁵⁴⁰.

Währenddessen die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Finanzierungsverbundes von Konzernunternehmen im Vertragskonzern unbestritten war und ist, stellte sich im faktischen Konzern regelmäßig die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Vorschriften von §§ 57, 311 ff. AktG⁵⁴¹. Manche Gerichte und Autoren⁵⁴² wollten etwa die Gewährung „aufsteigender“ Darlehen nach Maßgabe der strengen Kapitalerhaltungsregeln von § 57 AktG a.F. beurteilt wissen⁵⁴³, wonach mit Ausnahme des Bilanzgewinns und weniger gesetzlichen Ausnahmen das Gesellschaftsvermögen gebunden und nicht ausgeschüttet werden darf und jede Darlehensgewährung durch eine abhängige AG an einen Mehrheitsaktionär gegen die Kapitalerhaltungspflicht verstoßen würde, während im Gegensatz dazu dem herrschenden Unternehmen nach den spezielleren Regeln von §§ 311 ff. AktG offene und verdeckte Vermögensverlagerungen bei Ausgleich gestattet seien. Angesichts der betriebswirtschaftlichen Vorteile von Cash Pooling sah sich der Gesetzgeber in 2008 veranlasst, darauf durch eine Neuregelung von § 57 AktG zu reagieren, in dem er im neu eingefügten § 57 Abs. 1 S. 3 AktG klarstellte, dass eine Einlagenrückgewähr bei Leistungen einer AG nicht vorliege, wenn diese durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder

Rn 256

⁵³⁷ *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKo-AktG, Rn 226 f.

⁵³⁸ *Wirth, Andreas*, § 19 Finanzierung und Kapitalmarktrecht, in: *Beisel/Andreas*, MandatsHB DD, Rn 30.

⁵³⁹ *Larisch, Tobias*, IV. Cash Management/Cash Pool, in: *Eilers/Rödding/Schmalenbach*, Unternehmensfinanzierung, Rn 542.

⁵⁴⁰ *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKo-AktG, Rn 228.

⁵⁴¹ *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKo-AktG, Rn 232.

⁵⁴² Vgl. *Wackerbarth/Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht II, S. 186.

⁵⁴³ *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 60.

Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind⁵⁴⁴. Weiters stellte der BGH im MPS-Urteil fest, dass die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren „upstream-Darlehens“ durch eine abhängige AG an einen Mehrheitsaktionär unter der Voraussetzung der Vollwertigkeit der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung nicht nur keinen Verstoß gegen § 57 AktG darstelle, sondern per se auch kein nachteiliges Rechtsgeschäfts i. S. v. § 311 AktG sei⁵⁴⁵, wodurch der Verdrängung des § 57 AktG durch §§ 311 ff. AktG für Darlehensgewährungen durch abhängige Gesellschaften keine gesonderte Bedeutung mehr zukommt und bei nachteiligem Charakter sofortiger Nachteilsausgleich zu leisten ist⁵⁴⁶.

Daraus ergibt sich für den Vorstand einer abhängigen Gesellschaft i. Z. m. konzerninterner Darlehen die Pflicht, im Zeitpunkt der Darlehensvergabe zu prüfen, inwieweit die Maßnahme im Hinblick auf Verzinsung, Ausfallsrisiko und die Liquiditätslage der Gesellschaft nachteilig ist, und bei nicht drittvergleichsfähiger Verzinsung für Nachteilsausgleich nach § 311 AktG zu sorgen oder in Fällen, in denen trotz Sicherheitenbestellung die Vollwertigkeit des Anspruchs nicht gewährleistet werden kann oder eine Gefährdung der eigenen Liquiditätslage droht, die Auszahlung zu verweigern⁵⁴⁷.

Rn 257

Fragwürdig ist in Fallbeispiel 6⁵⁴⁸, ob §§ 311 ff. AktG zur Anwendung kommt. Dies scheidet im direkten Verhältnis zwischen der darlehensgebenden Gaming AG und der Betco AG mangels Abhängigkeit aus. Gegen die Anwendung im Verhältnis zur Holding AG spricht, dass Bange und Kuhn zwar hins. eines Konzerndarlehens beim Tochtervorstand angefragt, den Tochtervorstand aber weder zu einer konkreten Maßnahme angewiesen noch die konkrete Ausgestaltung der Maßnahme – denkbar wäre auch die Gewährung eines upstream-Darlehens an die Konzernmutter selbst oder die Einforderung von Sicherheiten gewesen – oder Konditionen des Darlehensvertrags auf erkennbare Weise beeinflusst haben. Aufgrund des internen Zustimmungsvorbehalts hatten Bange und Kuhn Kenntnis über die von Halmig und Bohm getroffene Darlehensentscheidung und die Gelegenheit, den Tochtervorstand über die Finanzprobleme der Betco AG aufzuklären und auf den möglicherweise mangelhaften Rückzahlungsanspruch hinzuweisen. Genau dies verlangt die analoge Auslegung von §§ 311 ff. AktG bei einem Vergleich zu Cash Pooling Konstellationen, in

Rn 258

⁵⁴⁴ Vgl. analog: *Vogt, Frederik*, § 21 Die GmbH im Konzern, in: *Prinz/Winkeljohann*, Handbuch GmbH, Rn 321.

⁵⁴⁵ BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07, in NZG 2009, S. 107 – 110 (S. 107).

⁵⁴⁶ *Habersack, Mathias*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 47.

⁵⁴⁷ *Habersack, Mathias*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 47a.

⁵⁴⁸ Vgl. o. Rn 247.

denen nicht die Konzernmutter, sondern eine Schwestergesellschaft als Betreiber des Cash Pools fungiert⁵⁴⁹. In diesen Fällen hat das herrschende Unternehmen, von dem ja die Teilnahme am Cash Pooling veranlasst wurde, sicherzustellen, dass diese für die abhängige AG dauerhaft ungefährlich ist, und muss dazu kontrollieren und aufklären, wenn der Rückgewähranspruch nicht mehr vollwertig erscheint⁵⁵⁰. Dies ist im Beispielfall nicht passiert.

Es ist nicht die veranlasste Gewährung des Konzerndarlehens per se, nicht die fehlende Verzinsung, die vor dem Hintergrund des aktuellen Marktzinsniveaus einem Drittvergleich standhält, und nicht die Liquiditätslage des Darlehensgebers, sondern die durch das herrschende Unternehmen unterlassene Aufklärung über die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs, worin vorliegend die konkrete Nachteilszufügung gegenüber dem abhängigen Unternehmen i. S. v. § 311 AktG zu sehen ist. Ein nachträglicher Nachteilsausgleich ist ungeachtet des noch laufenden Geschäftsjahres wegen des eingetretenen Zahlungsausfalls nicht mehr möglich. Die Gaming AG hat daher aus §§ 311, 317 Abs. 1 S. 1 AktG einen Ersatzanspruch gegen die Holding AG für den ausstehenden Darlehensbetrag, die Verzugszinsen und den mittelbaren Folgeschaden⁵⁵¹, der ihr aufgrund der notwendigen Verschiebung des Investitionsprojekts entstanden ist⁵⁵². Neben der Holding AG haften Bange und Kuhn gem. § 317 Abs. 3 AktG persönlich als Gesamtschuldner.

Rn 259

Ebenso haften Halmig und Bohm gegenüber der eigenen Gesellschaft für die schuldhaftige Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten nach § 93 Abs. 1 AktG. Denn als Treuhänder haben sie fremde Vermögensinteresse zu wahren und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden⁵⁵³. Dieser Verhaltensgrundsatz gilt ungeachtet der Privilegierung der §§ 311 ff. AktG zugunsten des herrschenden Unternehmens⁵⁵⁴. Halmig und Bohm hätten vor Ausreichung des Darlehens an die Betco AG die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs und das daraus resultierende Kreditrisiko für ihre Gesellschaft zu prüfen gehabt. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung wäre dabei nicht erforderlich gewesen⁵⁵⁵. Angesichts

Rn 260

⁵⁴⁹ *Altmeyden, Holger*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 252.

⁵⁵⁰ *Ebd.*, Rn 252.

⁵⁵¹ Vgl. *Grigoleit, Christoph*, AktG § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 6.

⁵⁵² Auf die Prüfung weiterer Ansprüche aufgrund von vorsätzlich schädlicher Einflussnahme nach § 117 AktG, Treuepflichtverletzung oder verbotener Einlagenrückgewähr gem. § 62 AktG wird an dieser Stelle aufgrund von Überlagerung durch §§ 311, 317 AktG verzichtet und stattdessen auf die Ausführungen in Pkt. 5.3.1.1.2 verwiesen.

⁵⁵³ *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortung der Vorstandmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 25 f.

⁵⁵⁴ *Pentz/Sollanek*, Cash-Pooling im Konzern, S. 38.

⁵⁵⁵ Vgl. *Kraft, Ernst-Thomas / Rieckers, Oliver*, § 16 Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 81 f.

der zu diesem Zeitpunkt angespannten Vermögens- und Ertragslage der Schwes-tergesellschaft darf angenommen werden, dass im Anschluss an eine Bonitätsprü-fung rasch Zweifel in Bezug auf die termingerechte Erfüllung der Forderung aufge-kommen wären und die Darlehensgewährung von einem ordentlichen und gewis-senhaften Geschäftsleiter konsequenterweise abgelehnt oder jedenfalls an eine hin-reichende Besicherung geknüpft worden wäre. Weiters bestand nach Darlehens-vergabe die Pflicht, die Bonität der Betco AG fortlaufend auf etwaige Änderungen zu überprüfen und auf eine sich andeutende Verschlechterung mit einer Kündigung des Darlehens oder der Forderung nach weiteren Kreditsicherheiten zu reagieren⁵⁵⁶. All diesen Anforderungen wurden Halmig und Bohm in Fallbeispiel 6⁵⁵⁷ nicht gerecht, so dass ein Sorgfaltspflichtverstoß gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorliegt, für den beide nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG als Gesamtschuldner haften.

Fraglich ist, ob nach § 426 BGB i. V. m. § 254 BGB die mit Halmig gesamtschuld-nerisch haftende Bohm aufgrund des Einwands, sie sei dem ungeprüften Darlehen von Anfang an skeptisch gegenübergestanden, im Innenverhältnis gegenüber ihrem lang gedienten Vorstandskollegen Ausgleich für geringeren Grad von individuellem Verschulden i. Z. m. der Entscheidung zur Darlehensvergabe erlangen kann⁵⁵⁸. Dies kommt nicht in Betracht und Bohm kann sich nicht auf das Argument berufen, ihr Abstimmungsverhalten sei unter Einfluss eines dominierenden Vorstandsmit- glieds gestanden und jeder Widerstand dagegen von vorherein aussichtslos gewe- sen, da sie selbst vorliegend einem rechtswidrigen Vorstandsbeschluss zugestimmt und auf diese Weise pflichtwidrig i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG handelte⁵⁵⁹. Ebenso nicht ausreichend wäre eine bloße Stimmenthaltung gewesen, sodass Bohm kor-rekterweise ihre Bedenken mit hinreichendem Nachdruck darlegen, durch Abgabe einer Gegenstimme dokumentieren und im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren in der Folge Halmig im Wege der Remonstrations⁵⁶⁰ nochmals eindringlich auf die Bedenken hinweisen und nach erfolgloser Intervention den AR informieren hätte müssen⁵⁶¹. Eine Verpflichtung zur Amtsniederlegung⁵⁶² oder Information

Rn 261

⁵⁵⁶ Vgl. *Schilling, Myriam*, A. Gesellschaftsrecht, in: *Hilber*, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 164.

⁵⁵⁷ Vgl. o. Rn 247.

⁵⁵⁸ Vgl. *Kraft, Ernst-Thomas / Hoffmann-Becking, Michael*, § 26 Haftung der Vorstandsmitglieder, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 26 f.

⁵⁵⁹ Vgl. *Fleischer, Holger*, § 11. Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenhaftung, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 40.

⁵⁶⁰ Die Remonstrations ist ein Begriff des deutschen Beamtenrechts, wonach ein Beamter gegen Wei- sungen eines unmittelbaren Vorgesetzten, deren Rechtmäßigkeit er in Zweifel zieht, Einwände zu er- heben hat. Remonstrations wird darüber hinaus – wie an dieser Stelle – auch bedeutungsgleich für das Recht oder die Pflicht zur Darlegung einer Gegenvorstellung verwendet.

⁵⁶¹ Vgl. *Fleischer, Holger*, § 11. Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenhaftung, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 45 f., 53.

⁵⁶² *Gärnter, Matthias*, § 4 Aufgaben und Kompetenzen, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 802.

zuständiger Behörden, wie sie im Einzelfall zur Abwehr krimineller Handlungen oder als äußerstes Mittel zur Abwendung von (existenzgefährdenden) Vermögensschäden bejaht wird⁵⁶³, war diesfalls nicht erkennbar.

5.3.2.3 Verhaltenspflichten bei konzerninternen Anteilsübertragungen

Zur Notwendigkeit von Anteilsübertragungen kommt es in der Praxis häufig, nachdem ein Unternehmensverbund aufgrund von Zukäufen gewachsen und das Beteiligungsportfolio neu geordnet werden soll. Handelt es sich hierbei wie in Fallbeispiel 6⁵⁶⁴ um nicht direkt gehaltene Beteiligungen und fehlt ein Beherrschungsvertrag, sind von Seiten der Konzernleitung die engen Grenzen ihrer zulässigen Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidung ihrer Tochterunternehmen anzuerkennen. Dies gilt in gleicher Weise für Bange und Kuhn hins. der beabsichtigten Übertragung der Anteile an der R&D AG, wozu ihnen ein Weisungsrecht fehlt und sie zwangsläufig auf die Kooperationsbereitschaft von Halmig und Bohm angewiesen sind. Diese sind zur eigenverantwortlichen Unternehmensleitung im Interesse des eigenen Geschäftsbetriebs berechtigt und verpflichtet⁵⁶⁵ und müssen eine durch Bange und Kuhn im Konzerninteresse veranlasste nachteilige Maßnahme ablehnen, wenn die daraus folgenden Nachteile nicht ausgleichsfähig sind oder die Holding AG zum Ausgleich nicht bereit oder fähig ist⁵⁶⁶. In allen anderen Fällen liegt es im alleinigen Ermessen von Halmig und Bohm, die Maßnahme vorzunehmen oder zu unterlassen⁵⁶⁷.

Rn 262

Unbestritten ist, dass jeder Vorstand einer AG berechtigt ist, mit den Aktionären marktübliche Geschäfte zu tätigen⁵⁶⁸. Weiters gilt, dass Austauschgeschäfte mit Aktionären, die unter dem Gesichtspunkt des Ausschüttungsverbots kraft Gesetzes gebilligt werden, im Konzern nicht als „nachteilig“ beanstandet werden können⁵⁶⁹. Jeder Vorstand einer konzernierten AG ist daher berechtigt, Unternehmen oder Unternehmensanteile von anderen Konzerngesellschaften zu erwerben oder an diese zu verkaufen, vorausgesetzt das Rechtsgeschäft wird zu Konditionen abgewickelt, die

Rn 263

⁵⁶³ *Fleischer, Holger*, § 11. Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenhaftung, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 51.

⁵⁶⁴ Vgl. o. Rn 247.

⁵⁶⁵ Vgl. o. Rn 176.

⁵⁶⁶ Vgl. *Krieger, Gerd*, § 70 Abhängige Unternehmen und faktische Konzerne, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 31.

⁵⁶⁷ Vgl. *Fleischer, Holger*, § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 106.

⁵⁶⁸ *Bayer, Walter*, AktG § 57 Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 48.

⁵⁶⁹ *Grigoleit, Christoph*, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 37.

auch jeder unabhängige Dritte erhalten würde. Das Rechtsgeschäft ist aus diesem Grund vor dessen Durchführung einem Drittvergleich zu unterziehen⁵⁷⁰.

Häufig fehlen für die Preisbestimmung konzerninterne Transaktionen vergleichbare Markdaten, sodass zum Zweck des Drittvergleichs der objektivierte Unternehmenswert hilfsweise unter Heranziehung der allgemein anerkannten Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung ermittelt werden muss. Kommt für Halmig und Bohm die von Bange und Kuhn angedachte Anteilsübertragung in Betracht, wäre den Beteiligten die Einholung eines Unternehmenswertgutachtens, im besten Fall durch einen unabhängigen Sachverständigen, mit anschließend eigener Plausibilisierung anzuraten⁵⁷¹.

Rn 264

Einer konzerninternen Unternehmenstransaktion den Wert als Kaufpreis zugrunde zu legen, der zum Vollzugszeitpunkt nach den anerkannten Kriterien und Methoden der Unternehmensbewertung als objektiv angemessen galt, kann im Einzelfall für einen vollständigen Nachteilsausgleich nicht ausreichend sein. Zu berücksichtigen ist, dass möglicherweise für den Tochtervorstand selbst zum jeweiligen Zeitpunkt keine Veranlassung zur Veräußerung oder Erwerb einer Beteiligung besteht und eine Transaktion, wenn überhaupt, für ihn erst später und dann zu einem aus seiner Sicht eventuell günstigeren Preis in Betracht kommt⁵⁷². Problematisch ist der darin zum Ausdruck kommende Nachteil in Form eines von außen veranlassten Verzichts auf zukünftige Geschäftschancen insofern, als er der Höhe nach nicht ausreichend quantifizierbar ist und nicht quantifizierbare Nachteile einem Ausgleich nicht zuträglich sind⁵⁷³. Sofern dies vorliegend zutreffend ist, wäre den Vorständen, damit die Einflussnahme nicht vornherein rechtswidrig ist, die Vereinbarung einer unternehmererfolgsabhängigen nachträglichen Kaufpreisanpassung (sog. Earn-Out) nahe-zulegen.

Rn 265

Halten neben dem Kaufpreis die übrigen Vertragskonditionen einem strikten Drittvergleich stand, ist die Anteilsübertragung nach § 311 AktG unproblematisch. Besondere Relevanz kommt dem Drittvergleich im vorliegenden Beispiel auch in Bezug auf die durch den UBO geplante persönliche Mehrheitsbeteiligung an der Käufergesellschaft im Vorfeld der Anteilsübertragung zu, womit die Gefahr entsteht, er könne als Mehrheitsgesellschafter seinen Einfluss auf die Holding AG zu einer missbräuchlichen Vermögensverlagerung von der Gesellschaft zu seinen eigenen Gunsten

Rn 266

⁵⁷⁰ Habersack, Mathias, AktG § 311 Schranken des Einflusses, in: *Emmerich/Habersack/Schürmbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 54.

⁵⁷¹ Vgl. o. Rn 160 und Rn 176.

⁵⁷² Vetter, Interessenskonflikte im Konzern, S. 355.

⁵⁷³ Ebd., S. 355.

nutzen, indem z. B. die Anteile an der R&D AG auf Basis eines unter dem aktuellen Unternehmenswert liegenden Kaufpreises an die Betco AG verkauft würden und der UBO aufgrund der höheren durchgerechneten Beteiligungsquote wirtschaftlich profitieren würde. Dieser Gefahr aus Geschäften mit nahestehenden Personen oder Unternehmen (sog. Related Party Transactions) birgt das deutsche Recht im Allgemeinen durch verschiedene Mechanismen vor, in Bezug auf Mehrheitsaktionäre insb. dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 57 AktG, wonach speziell solche Leistungen der Gesellschaft an Aktionäre verboten sind, bei welchen ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht⁵⁷⁴, und verbotswidrig empfangene Leistungen nach § 62 Abs. 1 S. 1 AktG in Höhe des vollen Wertes zum Zeitpunkt der Leistung durch den empfangenden Aktionär, auch wenn die Leistung davor an einen Dritten erfolgte, jedoch dem Aktionär zurechenbar war, an die AG zurückzugewähren sind⁵⁷⁵. Führt ein zu nicht marktgerechten Bedingungen mit einer nahestehenden Person geschlossenes Rechtsgeschäft zu einem Schaden bei der Gesellschaft, kommt zudem eine Strafbarkeit der Organe der AG wegen Untreue nach § 266 StGB in Betracht⁵⁷⁶. Dieses Risiko besteht ebenso wie die Gefahr einer drohenden Rückgewähr der Leistung nicht, solange der Aktionär wie ein fremder Dritter in Leistungsbeziehung mit der Gesellschaft steht und das Rechtsgeschäft dem Drittvergleich standhält.

Zu beachten sind unter den Gesichtspunkten von § 93 Abs. 1 AktG und trotz Konzernverbundenheit zudem weiterhin die besonderen Verhaltenspflichten und marktüblichen Standards i. Z. m. Unternehmenskäufen⁵⁷⁷ durch den Tochtervorstand.

Rn 267

5.3.3 Veränderte Haftungslage im Vertragskonzern

Anders wäre die rechtliche Ausgangssituation zuvor in Fallbeispiel 5⁵⁷⁸ zu beurteilen, wäre es gleich nach Vollzug der Anteilsübernahmen zwischen der Holding AG und den beiden Tochterunternehmen zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 AktG gekommen.

Rn 268

Besteht ein Beherrschungsvertrag, ist das herrschende Unternehmen laut § 308 Abs. 1 S. 1 AktG berechtigt, den Geschäftsleitungsorganen der abhängigen Gesellschaft Weisungen zur Leitung ihrer Gesellschaft zu erteilen. Dies schließt gem. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG Weisungen mit ein, die für die abhängige Gesellschaft

Rn 269

⁵⁷⁴ Kleinert/Mayer, Geschäfte der AG mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, S. 316.

⁵⁷⁵ Drygala/Staake/Szalaj, Kapitalgesellschaftsrecht: § 20 Besonderheiten des aktienrechtlichen Kapitalschutzes, Rn 35 – 39.

⁵⁷⁶ Kleinert/Mayer, Geschäfte der AG mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, S. 319.

⁵⁷⁷ Vgl. o. Pkt. 4.

⁵⁷⁸ Vgl. o. Rn 218.

zwar nachteilig sind, aber den Interessen des herrschenden Unternehmens oder von mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dienen. Im Umkehrschluss verpflichtet der Beherrschungsvertrag den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zur Weisungsbefolgung gem. § 308 Abs. 2 AktG, es sei denn, die Weisung dient ganz offensichtlich nicht den Konzernbelangen. Zusätzlich entfällt für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft nach Abschluss des Beherrschungsvertrags die nach § 312 AktG bestehende jährliche Berichtspflicht über Beziehungen seiner Gesellschaft zur beherrschenden Gesellschaft.

Während ein Beherrschungsvertrag die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten der herrschenden Gesellschaft erheblich erweitert, verdrängt die Pflicht zur Befolgung von Vorgaben der Mutter die sonst eigenverantwortliche und unabhängige Leitungsmacht des Tochtervorstands⁵⁷⁹. Zugleich verbessert sich die Rechtssicherheit für den Vorstand der vertraglich beherrschten AG im Vergleich zum Geschäftsleiter einer beherrschungsvertragsfreien AG insofern, als ihm jegliche unternehmerische Gestaltungsmöglichkeit i. Z. m. der erteilten Weisung abgenommen wird⁵⁸⁰. Das seinerseits verbleibende Haftungsrisiko reduziert sich nur mehr auf die aus der Legalitätspflicht folgenden Verpflichtung, die erteilten Weisungen des herrschenden Unternehmens vor ihrer Durchführung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen und Weisungen, sofern sie sich als unzulässig herausstellen, nicht zu befolgen⁵⁸¹. Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens haften dagegen im Vertragskonzern, wenn es bei der Erteilung von Weisungen zur Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach § 309 Abs. 1 AktG gekommen ist, und sind gegenüber der abhängigen Gesellschaft gem. § 309 Abs. 2 S. 1 AktG zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Rn 270

Vor diesem Hintergrund stellt sich in Bezug auf Fallbeispiel 5⁵⁸² die Frage, inwieweit das Bestehen eines gültigen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags bei daneben unverändertem Sachverhalt zu einer Änderung der Haftungsansprüche geführt hätte.

Rn 271

Nach § 309 Abs. 2 AktG haften Bange und Kuhn nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags, wenn sie bei der Erteilung einer Weisung zur Leitung der abhängigen Gesellschaft nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften

Rn 272

⁵⁷⁹ Vgl. o. Pkt. 3.1.2.2.

⁵⁸⁰ Vetter, Interessenskonflikte im Konzern, S. 348.

⁵⁸¹ Emmerich, Volker, AktG § 308 Leitungsmacht, in: Emmerich/Habersack/Schürnbrand, Konzernrecht Komm, Rn 66.

⁵⁸² Vgl. o. Rn 218.

Geschäftsleiters handeln. Würde der Gaming AG der nachträgliche Nachweis gelingen, dass die Rechtsgeschäfte und Maßnahme i. Z. m. dem Einstieg in das Online-Glücksspiel und der daraus resultierende Schaden von EUR 5,0 Mio. auf ausdrückliche oder konkludente Einflussnahme durch Bange und Kuhn zurückzuführen waren, wäre fraglich, ob Bange und Kuhn überhaupt sorgfaltswidrig gehandelt haben. Konkret pflichtwidrig wäre, würde die erteilte Weisung entweder allfällige im Beherrschungsvertrag vereinbarte Grenzen überschreiten, zwingendes Recht, wie z. B. insolvenzrechtliche Vorschriften, verletzen oder zu einer nicht durch Konzerninteresse gerechtfertigten Nachteilszufügung in dem abhängigen Unternehmen führen⁵⁸³. Zwar war zu einem frühen Zeitpunkt erkennbar, dass die abgeschlossenen Geschäfte und getroffenen Maßnahmen in Fallbeispiel 5⁵⁸⁴ mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Verschlechterung der Vermögens- und Ertragslage der Gaming AG führen würden. Anlass zur Sorge, dass sie sich in Bezug auf die Existenz der Gaming AG gefährdend auswirken würden⁵⁸⁵, bestand laut Sachverhalt aber nicht. Vielmehr lag auf der Hand, dass die Bestellung der Online-Plattform in der Gaming AG auf finanzielle Unterstützung der in Liquiditätsnot geratenen Schwestergesellschaft abzielten und dem allgemeinen Konzerninteresse insofern dienen sollte, als damit eine womöglich andernfalls drohende Insolvenz verhindert werden konnte. Eine Sorgfaltspflichtverletzung von Bange und Kuhn kommt daher nicht in Betracht, sodass kein Haftungsgrund nach § 309 Abs. AktG (oder nach § 117 Abs. 1 AktG) vorliegend ist. Aus demselben Grund scheidet auch ein Anspruch gegen die herrschende Holding AG, die im Falle unzulässiger Weisungen neben ihren Vertretern auf Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. einer Verletzung des Beherrschungsvertrags, eventuell auch aus § 117 Abs. 1 AktG i. V. m. § 31 BGB, haften würde⁵⁸⁶. Auch auf Ebene der abhängigen Gaming AG, wo die wesentliche Pflicht der Vertretungsorgane bei erteilten Weisungen darin besteht, festzustellen, ob diese nach § 308 Abs. 2 S. 2 AktG tatsächlich den Belangen des herrschenden Unternehmens oder Unternehmensverbundes dienen, ist nicht ersichtlich. Halmig waren die Probleme der Schwestergesellschaft aus den Gesprächen mit Bange und Kuhn bekannt und es war für ihn ohne weitere Prüfung augenscheinlich, dass die Plattformbestellung der Bestandssicherung der Betco AG bzw. mittelbar dem gemeinsamen Mutterunternehmen dienen würde, sodass es für ihn

⁵⁸³ *Servatius, Wolfgang*, Konzernrecht, in: *Ziemons/Jaeger/Pöschke*, BeckOK GmbH, Rn 169, 170, Rn. 141, 147.

⁵⁸⁴ Vgl. o. Rn 218.

⁵⁸⁵ Vgl. analog: *Vogt, Frederik*, § 21 Die GmbH im Konzern, in: *Prinz/Winkeljohann*, Handbuch GmbH, Rn 54.

⁵⁸⁶ Vgl. *Busch, Dirk / Link, Simon Patrick*, § 42 Konzernrechtliche Streitigkeiten, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 107 f.

keinen Grund zur Veranlassung gegeben hätte, die verpflichtende Befolgung der Weisung zu verweigern.

Unter einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verändert sich die Haftungslage in Fallbeispiel 5⁵⁸⁷ grundlegend: Auch wenn sich daraus für die Holding AG die laufende Verpflichtung zur Übernahme von in den Tochtergesellschaften entstehenden Verlusten als Ausgleich für weitgehende Eingriffsrechte in deren Vermögen ergibt und die Pflicht besteht, dem Minderheitsaktionär Hans M. an Stelle der entgangenen Dividende nach Abführung des Bilanzgewinns eine angemessene regelmäßige Ausgleichsleistung zu bezahlen und auf sein Verlangen die Möglichkeit zum Ausscheiden aus der Gesellschaft durch Verkauf seiner Anteile zu einem vorab vertraglich vereinbarten Preis zu bieten, verschafft erst der Abschluss des Beherrschungsvertrags den Konzernvorständen Bange und Kuhn eine rechtlich umfassend abgesicherte Grundlage für die Durchsetzung von zentraler Konzernleitung und dem Tochtervorstand Halmig praktische Rechtssicherheit bei der Befolgung von Anweisungen in Bezug auf die Geschäftsleitung seiner Gesellschaft⁵⁸⁸.

Rn 273

Angesichts der aus Sicht des Konzernvorstands überwiegenden Vorteile eines Unternehmensvertrags und der im Vergleich dazu begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten auf Tochtergesellschaften, mit denen kein Beherrschungsvertrag besteht, wird jedem Übernehmer i. d. R. daran gelegen sein, rasch nach Vollzug einer Unternehmensübernahme einen Beherrschungsvertrag mit der Zielgesellschaft abzuschließen, um größtmögliche Freiheit bei der Durchsetzung seiner Vorstellungen zur Integration des übernommenen Unternehmens zu erlangen⁵⁸⁹. Zuständig für die Entscheidung, ob und mit welchem Inhalt ein Unternehmensvertrag abgeschlossen werden soll, ist der Vorstand, von dem nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Gesellschafters erwartet wird. Wiewohl es sich dabei gleichermaßen wie bei der Frage nach Umfang und Intensität der Integration um eine unternehmerische Ermessensentscheidung handelt, erscheint in Fällen, in denen ein Unternehmensvertrag aufgrund Zustimmung der notwendigen Dreiviertelmehrheit in den HV des herrschenden und abhängigen Unternehmens möglich wäre, ein unterbliebener Abschluss nur mehr schwer als eine Vorstandsentscheidung zum Wohl der Gesellschaft i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu rechtfertigen und eine Sorgfaltspflichtverletzung des Konzernvorstands naheliegend. Insofern ist von einer gesetzlichen Verpflichtung für die Geschäftsleitung einer

Rn 274

⁵⁸⁷ Vgl. o. Rn 218.

⁵⁸⁸ Vgl. *Vetter*, Interessenskonflikte im Konzern, S. 368, 370.

⁵⁸⁹ Vgl. *Austmann*, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, S. 291, 295; weiters o. Rn 136.

Konzernobergesellschaft auszugehen, in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls den Abschluss eines Beherrschungsvertrags zumindest zu prüfen⁵⁹⁰.

5.3.4 Exkurs: Einflussnahme im faktischen GmbH-Konzern

Gänzlich anders zu beurteilen wäre die Ausgangssachlage in Fallbeispiel 5⁵⁹¹, wenn es sich bei der übernommenen Gaming AG nicht um eine AG, sondern um eine GmbH, also die Gaming GmbH, gehandelt hätte⁵⁹².

Rn 275

Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Wesen einer AG und einer GmbH liegt darin, dass die Geschäftsführer einer GmbH gem. § 37 Abs. 1 GmbHG den Weisungen der Gesellschafter unterliegen, während der Vorstand einer AG nach § 76 Abs. 1 AktG bei der Leitung der Gesellschaft unabhängig ist. Bei einer abhängigen GmbH besteht auch ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrags ein mit einem Vertragskonzern vergleichbarer Zustand, in dem die Gesellschafter in allen Angelegenheiten der Gesellschaft und damit auch in Fragen der Geschäftsführung Beschlüsse fassen können, die in der Folge vom Geschäftsführer umzusetzen sind⁵⁹³. Die Rechtsform der GmbH ist aus diesem Grund bei der Bildung von Konzernen beliebt und eignet sich in Anbetracht der weitreichenden Gesellschafterkompetenzen speziell als abhängiger Teil bei der Organisation von nachgeordneten Ebenen im faktischen Konzern⁵⁹⁴. Häufig handelt es sich dabei um 100 %-Töchter, also um Einpersonen-Gesellschaften, doch gibt es auch Tochtergesellschaften mit einer Minderheit außenstehender Gesellschafter⁵⁹⁵, die aufgrund der starken Stellung des Mehrheitsgesellschafters, der faktischen Abhängigkeit der Gesellschaft von dessen Interessen und den daraus drohenden Gefahren gleichermaßen wie die Gläubiger der Gesellschaft Schutz bedürfen⁵⁹⁶.

Rn 276

Das GmbHG kennt im Unterschied zum AktG⁵⁹⁷ kein eigenes kodifiziertes Konzernrecht und eine auch nur entsprechende Anwendbarkeit der laut ihrem Wortlaut auf abhängige AGs beschränkten aktienrechtlichen Vorschriften wird nach h. M. abgelehnt⁵⁹⁸. Schutz für die Gesellschaft und die Gesellschafter resultiert in der GmbH aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die alle Gesellschafter verpflichtet,

Rn 277

⁵⁹⁰ Vgl. *Schockenhoff*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 210 f.

⁵⁹¹ Vgl. o. Rn 218.

⁵⁹² Vgl. Abbildung 6: Die veränderten Ansprüche im faktischen GmbH-Konzern.

⁵⁹³ *Gummert, Hans*, § 115 Stiftung im faktischen Konzern, in: *Beuthien/Gummert/Schöpflin*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 4.

⁵⁹⁴ *Liebscher, Thomas*, Anh. § 13: Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-KonzernR), in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 9.

⁵⁹⁵ *Fleischer, Holger*, Einleitung, in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 47.

⁵⁹⁶ Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 4. Teil. GmbH-Konzernrecht. § 29. Einführung, Rn 3 f.

⁵⁹⁷ Vgl. o. Rn 170.

⁵⁹⁸ *Habersack, Mathias*, Einleitung, in: *Emmerich/Habersack/Schürnbrand*, Konzernrecht Komm, Rn 14.

sich einerseits der Gesellschaft gegenüber loyal zu verhalten, ihre Zwecke aktiv zu fördern und Schaden von ihr abzuhalten („vertikale Treuepflicht“) und andererseits im Gesellschafterkreis untereinander Rücksicht auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter zu nehmen („horizontale Treuepflicht“)⁵⁹⁹. Aus der Treuepflicht folgt wiederum ein umfassendes Verbot jeglicher schädigender Einflussnahme eines faktisch herrschenden Gesellschafters auf die Gesellschaft⁶⁰⁰. Darüber hinaus besteht für den Fall, dass alle Gesellschafter gemeinsam einer gesellschaftsschädigenden Maßnahme zustimmen, das von der Rspr. zum Schutz von Gläubigern und Bestand der Gesellschaft entwickelte Institut des existenzvernichtenden Eingriffs und der Haftung der Gesellschafter auf Grundlage von § 826 BGB⁶⁰¹.

Im Unterschied zum faktischen Aktienkonzern verfügen Bange und Kuhn im faktischen GmbH-Konzern von vornherein über eine umfassende Weisungsbefugnis gegenüber dem Tochterunternehmen mit einer grds. Folgepflicht durch deren Geschäftsführung, es sei denn, eine Anweisung ist gesetzes-, sitten- oder treuwidrig⁶⁰². Zu klären ist daher, ob es i. Z. m. den veranlassten Rechtsgeschäften und Maßnahmen zu einer Treuepflichtverletzung durch den von Bange und Kuhn vertretenen Mehrheitsgesellschafter und daraus resultierenden Schadenersatzansprüchen zugunsten der Gaming GmbH oder des mit 20 % beteiligten Minderheitsgesellschafters gekommen ist.

Rn 278

Die Holding AG ist mit 80 % an der Gaming GmbH beteiligt und unterliegt als Mehrheitsgesellschafter sowohl im Verhältnis zu dem Minderheitsgesellschafter Hans M. – wie der BGH in der sog. ITT-Entscheidung⁶⁰³ bezugnehmend auf die Ausübung von Mehrheitsherrschaft zum Nachteil von Minderheitsgesellschaftern feststellte⁶⁰⁴ – als auch im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft selbst einer besonderen Treuepflicht. Bange und Kuhn ist demnach keine nachteilige Einflussnahme auf die Gaming GmbH gestattet, im Unterschied zu § 311 Abs. 1 AktG⁶⁰⁵ auch nicht, wenn sie den Nachteil ausgleichen oder einen Nachteilsausgleich verbindlich in Aussicht stellen⁶⁰⁶. Maßgeblich für den nachteiligen Charakter einer Einflussnahme ist in Analogie zu §§ 311, 317 AktG die Frage, ob der pflichtbewusste und ordentliche

Rn 279

⁵⁹⁹ Schmidt, Martin C./Nachtwey, Jörg, § 3 Der Gesellschafter, in: Prinz/Winkeljohann, Handbuch GmbH, Rn 22.

⁶⁰⁰ Vgl. Schilling, Myriam, A. Gesellschaftsrecht, in: Hilber, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 54.

⁶⁰¹ Gummert, Hans, § 115 Stiftung im faktischen Konzern, in: Beuthien/Gummert/Schöpflin, HB Gesellschaftsrecht, Rn 4.

⁶⁰² Vgl. Schilling, Myriam, A. Gesellschaftsrecht, in: Hilber, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 55 – 57.

⁶⁰³ BGH, Urteil vom 5.6.1975 – II ZR 23/74, in NJW 1976, S. 191 – 193 (S. 192 f.).

⁶⁰⁴ Raiser, Thomas, GmbHG § 14 Einlagepflicht, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG GroKo, Rn 96.

⁶⁰⁵ Vgl. o. Rn 227.

⁶⁰⁶ Vgl. Habersack, Mathias, Anh. § 318 AktG: Abhängige GmbH und „faktischer“ GmbH-Konzern, in: Emmerich/Habersack/Schürmbrand, Konzernrecht Komm, Rn 23.

Geschäftsführer einer unabhängigen GmbH, der sich ausschließlich am Interesse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter orientiert, die fragliche Maßnahme gleichfalls vorgenommen hätte⁶⁰⁷. Dies trifft weder auf den zu einem marktüblichen Preis geschlossenen Werkvertrag mit der Schwestergesellschaft noch auf die Entscheidung der Geschäftsleitung zum Eintritt in ein unbekanntes Geschäftsfeld ohne ausreichende Erfolgsaussichten zu⁶⁰⁸. Den Nachteilen in der abhängigen Gesellschaft stand indes ein Vorteil für die vom herrschenden Unternehmen geführten Unternehmensgruppe in Form der Zuführung von Liquidität in die in Not geratene Schwestergesellschaft gegenüber, sodass gem. Anscheinsbeweis davon auszugehen ist, dass die Schädigung der Gaming GmbH aufgrund der von ihrem Geschäftsführer getroffenen Maßnahmen auf Einflussnahme der herrschenden Holding AG kausal zurückzuführen war⁶⁰⁹. Auch ist schuldhaftes Handeln auf Seiten der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens anzunehmen, zumal sich Bange und Kuhn der Konsequenzen aus Sicht der abhängigen Gesellschaft bewusst sein mussten, nachdem Halmig ihrer Idee anfangs ablehnend gegenüberstand und seine Bedenken in einem informellen Gespräch mitteilte. Das geschädigte Tochterunternehmen ist daher berechtigt, von der Holding AG wegen Treuepflichtverletzung i. V. m. § 276 Abs. 1 BGB Ersatz für einen Schaden i. H. v. EUR 5,0 Mio. zu verlangen.

Für die Durchsetzung des Anspruchs gegen die Holding AG ist Halmig zuständig⁶¹⁰. Dies kann sich insofern als problematisch erweisen, als seine Geschäftsführerbestellung von der Mehrheit in der Generalversammlung, also der herrschenden Holding AG, abhängig ist und zweifelhaft ist, ob er die Ansprüche seiner Gesellschaft entschieden genug verfolgen wird⁶¹¹. Ist die Durchsetzung der Schadenersatzklage durch die GmbH selbst in Folge der internen Machtverhältnisse erschwert, steht es dem Minderheitsgesellschafter offen, Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht anhand der Gesellschafterklage (*actio pro socio*) in eigenem Namen gegenüber einem anderen Gesellschafter mit Leistung an die Gesellschaft geltend zu machen⁶¹². Der Minderheitsgesellschafter Hans M. kann nicht ohne weiteres im Wege der *actio pro socio* vorgehen, sondern muss, zumal es sich um einen subsidiären Rechtsbehelf handelt, davor in einer einberufenen

Rn 280

⁶⁰⁷ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 4. Teil. GmbH-Konzernrecht. § 30. Abhängigkeit und einfacher Konzern, Rn 11.

⁶⁰⁸ Vgl. o. Rn 224 und Rn 225.

⁶⁰⁹ Vgl. *Liebscher, Thomas*, Anh. § 13: Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-KonzernR), in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 478.

⁶¹⁰ Vgl. o. Rn 231.

⁶¹¹ Vgl. *Liebscher, Thomas*, Anh. § 13: Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-KonzernR), in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 496.

⁶¹² *Wicke*, GmbHG, GmbHG § 3 Juristische Person; Handelsgesellschaft, Rn 23.

Generalversammlung versuchen, eine Anspruchsverfolgung per Gesellschafterbeschluss zu erwirken und, sofern dies von der Mehrheit rechtswidrigerweise abgelehnt wird, den ablehnenden Beschluss anfechten⁶¹³. Gem. § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG steht einem Gesellschafter, gegenüber dem aufgrund einer Beschlussfassung ein Rechtsstreit eingeleitet werden soll, allerdings kein Stimmrecht zu. Hans M. wird es als einzig verbleibender Gesellschafter neben der Holding AG gelingen, Geschäftsführer Halmig per Gesellschafterbeschluss zur Anspruchsverfolgung und Klageerhebung gegen die Holding AG anzuweisen. Die Notwendigkeit einer Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die herrschende Holding AG durch den Minderheitsgesellschafter Hans M. im Wege einer actio pro socio scheidet daher im gegenständlichen Sachverhalt aus. Auch ein eigener Schadenersatzanspruch gegen die Holding AG direkt kommt nicht in Betracht, da nicht ersichtlich ist, ob Hans M. durch die Treuepflichtverletzung seines Mitgesellschafters einen individuellen und unmittelbaren Schaden erlitten hat, der über den in der Gaming GmbH entstandenen Schaden und die damit verbundene Wertminderung seines Geschäftsanteils hinausgeht.

Eine gesetzliche Anordnung für die Mithaftung von Bange und Kuhn neben der beherrschenden Gesellschaft existiert im faktischen GmbH-Konzern nicht. Eine Schadenersatzhaftung der Organe des herrschenden Gesellschafters gegenüber der abhängigen Gesellschaft durch analoge Anwendung von §§ 311 f., 317 f. AktG kommt nach h. M. nicht in Betracht⁶¹⁴ und kann auch nicht auf die Treuepflicht gestützt werden, wird diese doch von der herrschenden Gesellschaft und nicht von der Konzerngeschäftsführung geschuldet⁶¹⁵. Bange und Kuhn haften gegenüber der eigenen Gesellschaft jedoch nach § 93 Abs. 2 AktG, sofern sich diese nach einer Inanspruchnahme durch die Gaming GmbH bei ihren gesetzlichen Vertretern regressiert.

Rn 281

Eine Haftung des Geschäftsführers der abhängigen GmbH für weisungsgemäßes Verhalten besteht nicht und wäre, selbst wenn dieses zu nachteiligen Folgen für die Gesellschaft und ihr Vermögen führen würde, unbillig, zumal der Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 GmbHG verpflichtet ist, Gesellschafterbeschlüssen Folge zu leisten⁶¹⁶. Nichtigte Weisungen dagegen dürfen von der Geschäftsführung nicht befolgt werden, wozu u. a. Beschlüsse zählen, die gegen die Treuepflicht der

Rn 282

⁶¹³ Vgl. *Liebscher, Thomas*, Anh. § 13: Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-KonzernR), in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 497.

⁶¹⁴ *Leuschner, Lars*, Anhang nach § 77 GmbH-Konzernrecht, in: *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG GroKo, Rn 119.

⁶¹⁵ Vgl. *Liebscher, Thomas*, Anh. § 13: Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-KonzernR), in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG, Rn 490 f.

⁶¹⁶ *Drygala/Staake/Szalaj*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 10 Haftungsdurchgriff und Existenzvernichtungshaftung, Rn 70, 72.

Gesellschafter verstoßen⁶¹⁷. Halmig war sich bewusst, dass die von Bange und Kuhn vorgeschlagene Strategieänderung mit großer Wahrscheinlichkeit nachteilige Konsequenzen für das Vermögen seiner Gesellschaft haben wird. Zudem kannte er die Beweggründe von Bange und Kuhn. Wiewohl somit für einen sorgsam und gewissenhaften Geschäftsleiter der treuwidrige Charakter der Anweisung erkennbar hätte sein müssen, setzte Halmig diese – in vorausseilendem Gehorsam oder der Hoffnung auf Verlängerung seines auslaufenden Anstellungsvertrags – in der Folge um. Nichtige Weisungen stellen den Geschäftsführer jedoch nicht von der Haftung frei⁶¹⁸. Halmig haftet daher aus § 43 GmbHG für die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und hat seiner Gesellschaft den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen⁶¹⁹.

Der Fall, dass eine Gesellschaft in einen faktischen Konzern eingebunden werden soll, ist je nach Rechtsform der abhängigen Gesellschaft im Ergebnis unterschiedlich zu beurteilen. Im faktischen Aktienkonzern sind den Möglichkeiten konzernmäßiger Einflussnahme und Koordinierung durch das Verbot von Nachteilszufügung durch das herrschende Unternehmen aus § 311 AktG, gestützt auf besondere Berichts- und Prüfpflichten und sanktioniert mit der Verpflichtung der Obergesellschaft und ihrer Geschäftsleiter zu Schadenersatz, enge Grenzen gesetzt⁶²⁰. Im GmbH-Konzern dagegen ist die Führung der Geschäfte der Untergesellschaft über die Generalversammlung gem. § 37 Abs. 1 GmbHG durchaus ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrags erlaubt, womit eine im Vergleich zur AG starke Stellung der Gesellschafter bzw. Gesellschaftermehrheit in Bezug auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft und die Gefahr nicht ausreichender Rücksichtnahme auf die Belange der Untergesellschaft zum Nachteil von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern einhergehen. Zu deren Schutz besteht im faktischen GmbH-Konzern daher ein aus dem Grundsatz der mitgliedschaftlichen Treuebindung resultierendes uneingeschränktes Verbot nachteiliger Einflussnahme, das Gesellschaftern ungeachtet eines etwaigen Nachteilsausgleichs schlichtweg jede schädigende Anweisung gegenüber der Geschäftsführung verbietet⁶²¹.

Rn 283

⁶¹⁷ *Terlau, Matthias*, § 10 Haftung, in: *Römermann*, GmbHB GmbH-Recht, Rn 54, 57.

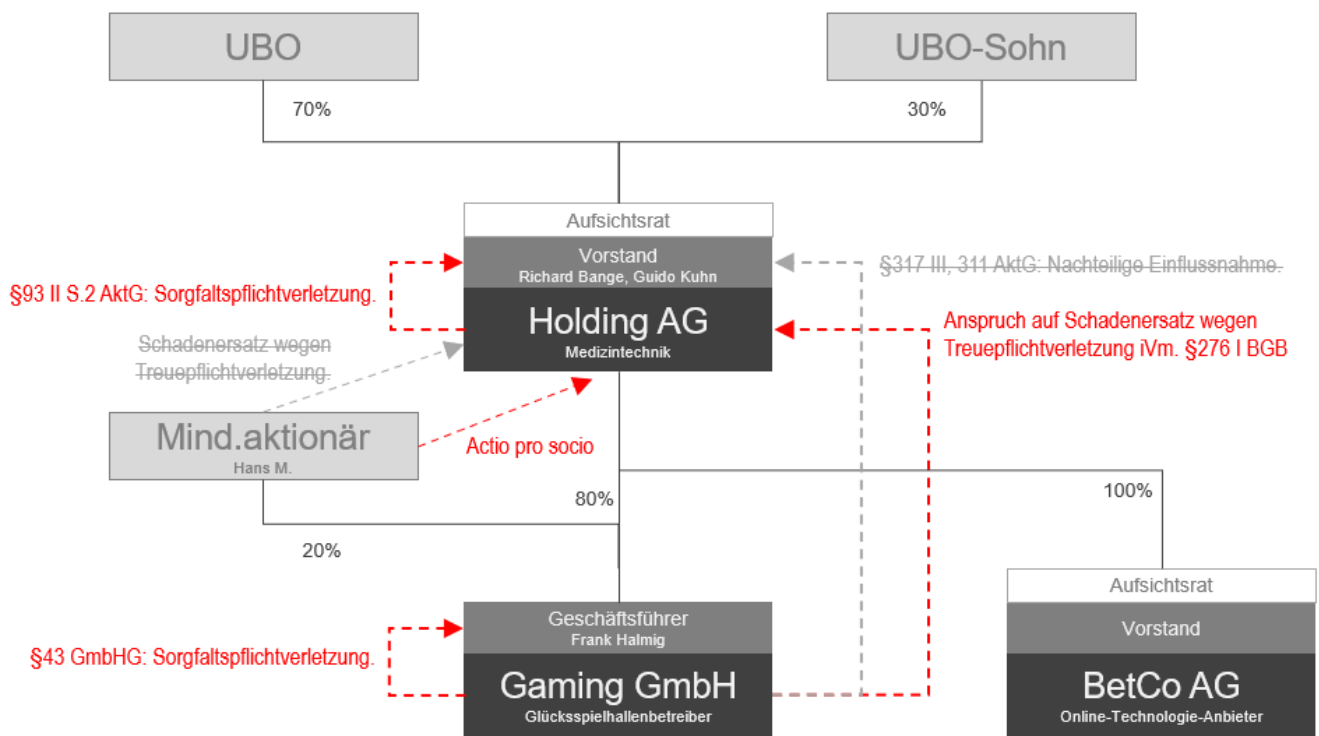
⁶¹⁸ *Paefgen, Walter G.*, GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG GroKo, Rn 239.

⁶¹⁹ Vgl. *Wellhöfer, Werner*, § 11 Haftungsbegründende Pflichten nach dem GmbH-Recht, in: *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung, Rn 205.

⁶²⁰ *Grigoleit, Christoph*, AktG § 15 Verbundene Unternehmen, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 3.

⁶²¹ Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht: 4. Teil. GmbH-Konzernrecht: § 30. Abhängigkeit und einfacher Konzern, Rn 10 f.

Abbildung 6: Die veränderten Ansprüche im faktischen GmbH-Konzern.



6 Konzerndimensionale Compliance-Pflichten

6.1 Ausgangslage im Einzelunternehmen

6.1.1 Bedeutung, Definition und Rechtsgrundlage von Compliance

Compliance beschreibt eine Selbstverständlichkeit, nämlich die Pflicht von Unternehmen und deren Unternehmensleitung, sich bei ihrer Tätigkeit an Recht und Gesetze zu halten⁶²². Insofern ist Compliance als generelle Pflicht zu rechtskonformem Verhalten nichts neues. Dennoch erlangte der Themenbereich „Compliance“ – wie kaum eine andere Frage – in den letzten Jahren erhebliche Bedeutung in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion⁶²³.

Rn 284

Eine entscheidende Rolle spielte eine Reihe von spektakulären Wirtschaftsskandalen, deren intensive Medienberichterstattung das Fehlverhalten von mitunter bis dahin prominenten Vorzeigeunternehmen zunehmend in die Öffentlichkeit und das Thema Wirtschaftskriminalität weltweit in das Bewusstsein der Gesellschaft gerückt haben⁶²⁴. Nachdem sich die ersten Compliance-Fälle mit den Insolvenzen von Enron und Worldcom zur Jahrtausendwende noch auf die USA beschränkten, zeigte sich spätestens 2006, als bekannt wurde, dass Siemens über Jahre hinweg Schmiergelder i. H. v. rund EUR 1,3 Mrd. in verschiedenen Ländern bezahlt hatte, sowie einige Jahre später anhand von VW, wo Millionen Fahrzeuge mit einer Software zur Täuschung von Aufsichtsbehörden über Abgaswerte manipuliert wurden, wie dramatisch die Folgen von Korruption, Betrug, Geldwäsche und andere Wirtschaftsdelikte sowohl für den Bestand und die Entwicklung eines Unternehmens als auch für dessen Unternehmensleitung persönlich sein können⁶²⁵. Zu strafrechtlichen Verurteilungen der jeweils verantwortlichen Akteure, privaten Schadenersatzklagen durch geschädigte Dritte, verhängten Bußgeldbescheiden in Milliardenhöhe, umfangreichen Steuernachforderungen und internen Kosten für Aufklärung und Rechtsverfolgung kamen i. d. R. weitreichende geschäftliche Konsequenzen i. Z. m. nachhaltigen Image- und Reputationsschäden, langfristigen Auslistungen bei Kunden und Lieferanten, dem Entzug behördlicher Genehmigungen infolge mangelhafter Zuverlässigkeit und Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen.

Rn 285

⁶²² Balke, Michaela, § 104 Organpflichten im Zusammenhang mit Compliance, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 2.

⁶²³ Frischmeier, Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße, S. 19.

⁶²⁴ Behringer/Ulrich/Unruh/Frank, Implementierungsstandard des Compliance-Managements, S. 7.

⁶²⁵ Vgl. Sackmann, Enron, Libor, Siemens.

Konsequenz der von der Presse zu einem großen Teil ausführlich skandalisierten Negativereignisse in der Wirtschaftswelt war ein gesamtgesellschaftliches Umfeld, in dem sich nicht nur Gerichte vermehrt veranlasst sahen, die Haftung von Unternehmen und deren Managern auszudehnen⁶²⁶, sondern sich auch der Gesetzgeber zusehends berufen fühlte, die bestehenden Regeln auf den Prüfstand zu stellen. Auf die Frage, wie ausreichend die gesetzlichen Anforderungen an die Kontrolle in Unternehmen waren und inwieweit Verfehlungen hätten vermieden werden können, folgte eine sukzessive Verschärfung von Reglementierungen, die ausgehend von den USA nach und nach Einzug in das europäische Rechtssystem hielten⁶²⁷ und für Unternehmen eine kontinuierliche Ausweitung der rechtlichen Anforderungen sowie daraus resultierenden Pflichten in Bezug auf das Thema Compliance mit sich brachten. Ein Beispiel ist die Einführung eines Unternehmensstrafrechts bzw. des sog. Verbandsstrafrechts in Deutschland, womit, anders als nach bisheriger Rechtslage, auch gegen Unternehmen eine unmittelbare Sanktionierung von schuldhaftem Handeln ermöglicht werden soll. Auch wenn der erstmals 2020 vom damaligen Justizministerium veröffentlichte Entwurf eines VerSanG seitdem an politischen Unstimmigkeiten scheiterte, ist laut Wirtschaftsstrafrechtlern in absehbarer Zeit mit der Einführung einer erst kürzlich auch von Seiten der OECD ausdrücklich eingeforderten Rechtsgrundlage für Unternehmenssanktionen zu rechnen⁶²⁸.

Rn 286

Schätzungen zufolge hat ein Unternehmen im Schnitt etwa 900 Vorschriften zu beachten, von den für alle Rechtssubjekte geltenden normativen Rahmenbedingungen über vielfältige branchen-, Sektor- und größenspezifisch individuelle Vorgaben bis hin zu weiteren unterschiedlichen Anforderungen auf nationaler und internationaler Ebene⁶²⁹. Zu dieser Normenflut innerhalb eines sich in ständiger Bewegung befindlichen rechtlichen Umfelds kommen die Heterogenität von möglichen Wirtschaftsdelikten, eine zunehmende Entdeckungswahrscheinlichkeit von Straftaten und die beträchtlichen Strafen, wodurch die Gefahr für Unternehmen selbst im Mittelpunkt eines Skandals zu stehen zunimmt⁶³⁰. Nicht zuletzt deshalb findet das Thema Compliance – nachdem es zunächst nur vornehmlich von großen international tätigen Unternehmen erkannt und ernst genommen wurde – inzwischen auch bei kleinen und mittelständischen Firmen Beachtung⁶³¹. So gaben in einer elektronischen Umfrage unter 142 deutschen Unternehmen mehr als die Hälfte der Befragten an, dass

Rn 287

⁶²⁶ Vgl. *Hein*, Compliance, S. 63.

⁶²⁷ *Inderst/Bannenberg/Poppe*, Compliance, S. 3.

⁶²⁸ *Anger*, Unternehmenssanktionen werden kommen.

⁶²⁹ *Schulz, Martin / Galster, Wirt*, § 4. Aufgaben im Unternehmen, in: *Bürkle/Hauschka*, Compliance Officer, Rn 7.

⁶³⁰ *Behringer/Ulrich/Unruh/Frank*, Implementierungsstandard des Compliance-Managements, S. 7.

⁶³¹ *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 3.

Compliance-Management für sie eine hohe bis sehr hohe Bedeutung habe, während ein Drittel der befragten Unternehmen heute über ein Compliance-Management-System verfüge und sich der maßgebliche Nutzen von Compliance für Unternehmen im Hinblick auf Reputation, Handlungssicherheit und den Schutz vor Haftungsrisiken finde⁶³².

Der Umstand, dass sich die Beteiligten zusehends zu rechtskonformem Verhalten und einwandfreier Unternehmensethik bekennen, vermag aber nicht hinwegzutäuschen, dass die Unternehmenswirklichkeit oft anders aussieht: Während große Unternehmen heute ganze Abteilungen mit der Beratung in Compliance-Angelegenheiten beschäftigen, nehmen viele – insb. kleinere – Unternehmen das Thema zwar zur Kenntnis, aber weiter nicht sonderlich ernst, indem sie es entweder bewusst „darauf ankommen“ lassen oder die immerhin vorhandenen nach außen teilweise durchaus beachtlichen Compliance-Standards im Innenverhältnis als wenig verbindlich handhaben (sog. Feigenblatt-Compliance)⁶³³.

Rn 288

Strafverfolgungsbehörden lassen sich heute aber nicht mehr von der bloßen Existenz eines Compliance-Systems beeinflussen, sondern unterscheiden konsequent, ob ein solches von der Unternehmensleitung und den Mitarbeitern unterstützt und gelebt wird⁶³⁴, weshalb es sich Vorstandsmitglieder nicht mehr leisten können, die Compliance-Kultur ihres Unternehmens nur als „Feigenblatt“ zu nutzen und in Wirklichkeit zu vernachlässigen⁶³⁵. Entgegen der in der Vergangenheit verbreiteten öffentlichen Wahrnehmung, Manager und Vorstände würden sich alles erlauben können und von Gerichten kaum und – sofern doch – nur mild verurteilt, drohen im Nachgang zur Aufdeckung von Compliance-Verstößen neben der Haftung des Unternehmens selbst heute immer häufiger – wie die unter Rn 285 genannten Haftungsprozesse belegen – das Risiko einer persönlichen zivilrechtlichen Einstandspflicht durch die Unternehmensleitung und nicht selten auch gravierende Folgen für die berufliche und private Existenz des betroffenen Vorstandsmitglieds.

Rn 289

Vor dem Hintergrund der kontinuierlichen Ausweitung von rechtlichen Anforderungen und der existenzbedrohenden Konsequenzen im Falle einer Nichterfüllung müssen sich die Verantwortlichen zwangsläufig Klarheit über das Ausmaß ihrer daraus resultierenden Verhaltenspflichten und eine Antwort finden, wie Haftungsrisiken

Rn 290

⁶³² *Behringer/Ulrich/Unruh/Frank*, Implementierungsstandard des Compliance-Managements, S. 6, 28.

⁶³³ *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 5.

⁶³⁴ *Ebd.*, Rn 5.

⁶³⁵ *Tödtmann, Ulrich / Winstel*, Marc, § 13 Compliance als Vorstandsaufgabe, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 5.

vermindert werden können, ohne dass die für das Unternehmen verbundenen Kosten über kurz oder lang aus dem Ruder zu laufen drohen⁶³⁶.

Angesichts von Themenaktualität und Relevanz überrascht es, dass sich bisher weder in der Literatur noch in der Unternehmenspraxis eine allgemeingültige Definition für Compliance herausbilden konnte⁶³⁷. Der Begriff „Compliance“ wurde ursprünglich aus der angelsächsischen Rechtsprache entstammend im Laufe des 20. Jahrhunderts von der deutschen Rechtswissenschaft übernommen und beschreibt trotz vielzähliger heterogener Interpretationen im Kern durchwegs dasselbe, nämlich die Beachtung und Einhaltung aller für ein Unternehmen relevanten gesetzlichen Regelungen und internen Richtlinien und die dementsprechende Einführung geeigneter organisatorischer Maßnahmen zur Gewährleistung von Rechtstreue⁶³⁸. Damit enthält der Begriff „Compliance“ nicht nur die Pflicht der Unternehmensleitung, sich selbst stets an Recht und Gesetze zu halten, sondern i. w. S. auch die Organisationspflicht in Bezug auf Maßnahmen, die erforderlich sind, um ein rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens, seiner Organmitglieder und seiner Mitarbeiter zu gewährleisten, indem nicht regelkonformem Verhalten vorgebeugt sowie Verstöße aufgeklärt, abgestellt und sanktioniert werden⁶³⁹. Beispiele für Compliance-Verstöße finden sich in der Unternehmenspraxis typischerweise i. Z. m. Korruptions- und Untreuesachverhalten, Kartellabsprachen und Marktmachtmissbrauch, im Bereich des Datenschutzrechts, Umwelt- und Produkthaftungsrechts sowie des Arbeitsrechts⁶⁴⁰.

Rn 291

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Compliance-Pflicht im Unternehmen kennt das deutsche Recht – wie in Pkt. 3.1.2.1 ausgeführt – nicht und explizite Pflichten des Vorstands werden im AktG nicht genannt⁶⁴¹. Trotz einer Reihe von Vorschriften, die zumindest eine Nähe zur Compliance erkennen lassen⁶⁴², ist die dogmatische Herleitung der Compliance-Pflicht bis heute nicht abschließend geklärt⁶⁴³.

Rn 292

Die Annahme einer grds. organschaftlichen Pflicht des Vorstands zur Compliance als Teil seiner Leitungsaufgabe ergibt sich zunächst auf Grundlage von §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG⁶⁴⁴. Dabei umrahmt § 76 Abs. 1 AktG das allgemeine

Rn 293

⁶³⁶ *Hein*, Compliance, S. 63 f.

⁶³⁷ *Frischemeier*, Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße, S. 19.

⁶³⁸ *Mußtopf*, Compliance-Management zur Unternehmenswertsteigerung, S. 5 – 9.

⁶³⁹ *Balke, Michaela*, § 104 Organpflichten im Zusammenhang mit Compliance, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 2.

⁶⁴⁰ Ebd., Rn 2.

⁶⁴¹ *Vetter, Eberhardt*, Compliance im Unternehmen, in: *Wecker/Ohl*, Compliance Unternehmenspraxis, S. 3 – 5.

⁶⁴² Vgl. die in Pkt. 3.1.2.1 genannten Rechtsgrundlagen zur Einrichtung der Compliance-Organisation.

⁶⁴³ *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 249.

⁶⁴⁴ *Koch, Jens*, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 13; LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, in BeckRS 2011, 17042.

Aufgabenspektrum des Vorstands, indem er ihm die alleinige Leitungsverantwortung über die Geschicke der Gesellschaft zuweist, während § 93 Abs. 1 AktG den Verhaltensstandard präzisiert und ihn zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet. Ein gewissenhafter Geschäftsleiter hat sich also stets gesetzestreu zu verhalten, die sich aus dem AktG ergebenden Verpflichtungen gegenüber seiner Gesellschaft zu erfüllen, als Organ alle weiteren einschlägigen Rechtsnormen zu befolgen, die der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, und aktiv Vorkehrungen gegen Verstöße von Unternehmensangehörigen zu treffen⁶⁴⁵.

Andere Teile der Literatur sehen bis zur (möglichen) Verabschiedung des VerSanG die korrekte rechtliche Grundlage für Compliance im Unternehmen hingegen in den Haftungsbestimmungen des OWiG begründet⁶⁴⁶. So weist § 130 OWiG die Pflichtenstellung der AG als Inhaberin des Unternehmens dem Vorstand zu mit der Folge, dass die Organmitglieder für alle Verletzungen bußgeldbewehrter Pflichten zur Verantwortung gezogen werden können, soweit sich der Verstoß auf eine Verletzung der Aufsichtspflichten zurückführen lässt⁶⁴⁷. Dass es darüber hinaus im OWiG an einer weiteren gesetzlichen Konkretisierung der Aufsichtspflicht fehlt, sei nicht weiter schädlich, zumal es keineswegs Aufgabe des Gesetzgebers sei, Inhalt und Umfang der erforderlichen Aufsichtspflichten bis ins letzte Detail zu bestimmen; stattdessen sei es vielmehr die eigene Pflicht der Unternehmensleitung, nach Durchführung einer Risikoanalyse festzulegen, welche Compliance-Maßnahmen bezogen auf den Einzelfall zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufsichtspflicht zu ergreifen sind⁶⁴⁸.

Rn 294

Als unbestritten gilt heute, dass Compliance Aufgabe und Verantwortung der Unternehmensleitung ist⁶⁴⁹. Die Vorstandsmitglieder einer nicht konzernierten AG sind verpflichtet, einerseits selbst als Geschäftsleiter rechtmäßig zu handeln sowie dafür zu sorgen, dass sich ihre Gesellschaft rechtmäßig verhält (sog. Legalitätspflicht), und andererseits im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren für rechtmäßiges Verhalten der übrigen für die Gesellschaft handelnden Personen Sorge zu tragen (sog. Legalitätskontrollpflicht)⁶⁵⁰. Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht sind in der Einzelgesellschaft jedoch strikt von der ebenso aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG wurzelnden Schadensabwendungspflicht als konsequente Fortschreibung der Verpflichtung

Rn 295

⁶⁴⁵ Hoffmann/Schieffer, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 402.

⁶⁴⁶ Moosmayer, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 11.

⁶⁴⁷ Vetter, Eberhardt, Compliance im Unternehmen, in: Wecker/Ohl, Compliance Unternehmenspraxis, S. 4.

⁶⁴⁸ Moosmayer, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 11.

⁶⁴⁹ Vgl. o. Pkt. 3.1.2.1.

⁶⁵⁰ Verse, Compliance im Konzern, S. 403.

von Geschäftsleitern zur Förderung des Verbandszwecks über Erzielung von Gewinnen zu unterscheiden⁶⁵¹, wie hiernach am Beispiel der sonst drohenden Erlaubnis nützlicher Gesetzesverstöße erläutert wird.

6.1.2 Fallbeispiel 7: Compliance-relevante Fragen im Vorfeld von Übernahmen

Sachverhalt⁶⁵²:

Die Medizintechnikbranche erwies sich in der Vergangenheit im Allgemeinen als wenig anfällig für Compliance-Verstöße, weshalb die Compliance-Organisation der Holding AG als bislang wenig ausgeprägt galt. Eine bewusste Integration von Compliance in die Geschäfts- und Entscheidungsprozesse gab es bisher genauso wenig wie eine klare Zuordnung von Compliance-Verantwortung auf Ebene der Unternehmensleitung und innerhalb der Gesellschaft. Compliance-Maßnahmen wurden, wenn überhaupt, lediglich anlassbedingt und reaktiv in Bezug auf Einzelfälle von Banges Vorgänger ergriffen, von dem sich die Holding AG erst kürzlich aufgrund der Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungen wegen mutmaßlicher Steuerhinterziehung als Privatperson getrennt hatte.

Vor dem Hintergrund einer grundlegenden strategischen Neuausrichtung beschlossen Bange und Kuhn soeben den Eintritt in die Glücksspielindustrie, von der sie sich langfristige Diversifikationseffekte für das Unternehmen versprechen. Im Unterschied zur eigenen Branche gilt das Glücksspielwesen gemeinhin als anfälliger für Compliance-Verletzungen und kriminelle Strukturen i. Z. m. illegalen Glücksspielangeboten, Geldwäschedelikten oder Korruptionstatbeständen bei der öffentlichen Vergabe von Lizenzen. Entsprechend einschlägige Branchenerfahrung gibt es in der Holding AG bislang nicht. Ungeachtet dessen steht die Gesamtübernahme Gaming AG zur Entscheidung an. Diese soll gleichermaßen wie die in der Folge geplanten Investitionen in neu gegründete Spielstätten von einem Syndikat langjähriger Hausbanken der Holding AG vorfinanziert werden. In den dafür abgeschlossenen Finanzierungsverträgen erklärten Bange und Kuhn im Namen der Holding AG ausdrücklich, jede Form von unerlaubter direkt oder indirekter Vorteilsgewährung gegenüber öffentlichen Amtsträgern im Rahmen der Projektdurchführung und im Anschluss daran zu unterlassen. Im Zuge der routinemäßig durchgeführten Legal DD tauchen jedoch Anhaltspunkte über Compliance-Verletzungen bei der Bewerbung um Lizenzen für neue Standorte auf.

Zur selben Zeit wird in den Medien über Rekordbußgelder in Milliardenhöhe verhängt durch US-amerikanische und deutsche Behörden gegen Siemens wegen langjähriger Korruptionszahlungen über ein System schwarzer Kassen, mit deren Hilfe man sich über Jahre Aufträge verschafft haben soll, berichtet. Für Bange, der die Compliance-Agenden innerhalb des Vorstands übernommen hat, steht gesetzestreu Verhalten außer Frage. Zudem ist er sich aus Fallbeispiel 1 bewusst, dass es in Anbetracht der bislang gering ausgeprägten Compliance-Standards in der Holding AG und der Erschließung eines unbekanntes Geschäftsfelds mit höherer Risikoexposition einer an die Gesellschaft und ihre Verhältnisse eigens angepassten Compliance-Organisation bedarf. Was den Umgang mit den vorläufigen Ergebnissen der Legal DD in der Gaming AG anbelangt ist er sich unsicher.

In einem Gespräch teilt er Kuhn seine Bedenken mit. Dieser hält wiederum wenig von der in seinen Augen aller Voraussicht nach nur vorübergehend intensiv geführten Debatte über Compliance, deren Sicherstellung Unternehmen viel zu viel Geld und Zeit kosten würde. Er merkt an, dass es keine gesetzliche Grundlage gäbe, die Compliance „um jeden Preis“ verlange, und plädiert dafür, im Hinblick auf die gerade angespannte wirtschaftliche Situation vorhandene Ressourcen sparsam einzusetzen. Rechtliche Graubereiche seien darüber hinaus gerade in Glücksspielunternehmen völlig normal und den Hinweisen aus der DD müsse man ja nicht unter allen Umständen nachgehen, schließlich seien sie nicht unter seiner Führung passiert. Notfalls könne man anstelle der Gaming AG den Kauf eines ausländischen Glücksspielunternehmens in Erwägung ziehen, zumal die im Ausland anwendbaren Compliance-Bestimmungen häufig weniger streng als jene in Deutschland seien und

Rn 296

⁶⁵¹ *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, S. 63 f.; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 405 f.

⁶⁵² Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 3 unter Rn 116. Im Unterschied zu den Fallbeispielen 4 bis 6 geht er von keinem weiter verbleibenden Minderheitsaktionär auf Ebene der Gaming AG und nur mehr einem Alleinvorstand nach Übernahme durch die Holding AG aus.

man von deutschen Unternehmen sicher nicht erwarten könne, dass sie sich in ausländischen Märkten gesetzestreu verhalten als die Mitbewerber des jeweiligen Staates selbst. In diesem Zusammenhang verweist Kuhn auf eine ehemalige Rspr. des BGH⁶⁵³, die deutschen Unternehmen selbst Schmiergeldzahlungen im Ausland erlaubte, solange sie dazu dienten, um sich gegen Konkurrenten, die vergleichbare Mittel einsetzten, zu behaupten.

Vor diesem Hintergrund sucht Bange rechtlichen Rat dahingehend, wie er den Einwänden von Kuhn in Bezug auf die Bedeutung von Compliance, das Ausmaß an geschuldeten Compliance-Maßnahmen und den Umgang mit den vorläufigen DD-Ergebnissen am besten begegnen kann.

Compliance als Leitungs- und Überwachungspflicht ist zwingend dem Vorstand zugewiesen und anders als einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen delegationsfeindlich insofern, als sich die Unternehmensleitung ihrer Pflichten durch Delegation jedenfalls nicht entledigen kann⁶⁵⁴. Die Wahrnehmung der übergeordneten Compliance-Verantwortung in Fallbeispiel 7⁶⁵⁵ ist nicht nur Aufgabe von Bange, sondern betrifft Kuhn in unveränderter Weise. Ihnen steht es frei, bestimmte Compliance-Aufgaben entweder „organintern“ innerhalb des Vorstands oder alternativ an nachgelagerte Organisationseinheiten zu übertragen. Es ist möglich, das Compliance-Ressort auf Vorstandsebene Bange zuzuordnen. Dazu bedarf es – wie Rspr. und Lehre mehrheitlich verlangen – einer förmlichen Zuweisung durch Satzung, Geschäftsordnung oder Vorstandsbeschluss⁶⁵⁶; eine bloß konkludente Einigung zwischen den Vorständen – wie in Fallbeispiel 7⁶⁵⁷ – ist hierfür nicht ausreichend. Eine vollständige Übertragung auf einzelne Vorstandsmitglieder wirkt nicht pflichtbefreiend; vielmehr bedeutet dies für Kuhn, dass an die Stelle der eigenen Aufgabenwahrnehmung eine vorstandsinterne Überwachungspflicht gegenüber Bange tritt und dass er sich selbst regelmäßig in angemessenem Umfang von der Effektivität der von Bange getroffenen Compliance-Maßnahmen zu vergewissern hat⁶⁵⁸.

Rn 297

6.1.2.1 Umfang der Compliance-Pflichten in der Einzelgesellschaft

Im Unterschied zur Einhaltung der Legalitätspflicht besteht für Bange bei der Ausgestaltung der Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen im Rahmen der BJM Rule erheblicher Ermessensspielraum, weshalb die Frage nach dem konkreten Umfang der jeweils geschuldeten Compliance-Maßnahmen nicht eindeutig zu beantworten ist. Wie in Pkt. 3.1.2.1 erläutert, kommt es auf das konkrete Risikoprofil der jeweiligen Gesellschaft an. Verbindliche Leitlinien für die Compliance-Organisation gibt es – mit Ausnahme von in der Rspr. herausgebildeten allgemeinen Anhaltspunkten und

Rn 298

⁶⁵³ BGH, Urteil vom 8.5.1985 – IV a ZR 138/83, in NJW 1985, S. 2405 – 2407 (S. 2406).

⁶⁵⁴ Nawroth, Christoph, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 103.

⁶⁵⁵ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁵⁶ Fleischer, Holger, AktG § 91 Organisation; Buchführung, in: Spindler/Stilz, Komm AktG, Rn 65.

⁶⁵⁷ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁵⁸ Vgl. Hoffmann/Schieffer, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 405.

unverbindlichen Empfehlungen des DCGK – nicht. Erschwerend kommt hinzu, dass die Organisationsentscheidung und die Frage, mit wieviel Aufwand Compliance im Unternehmen „betrieben“ werden soll, von Natur aus mehrere miteinander konkurrierende Interessenskreise berühren, nämlich einerseits die Interessen Dritter, welche durch die Außenpflichten geschützt werden sollen und sein natürliches Interesse an Compliance im Unternehmen haben, sowie andererseits das Interesse des Unternehmens selbst an einem sparsamen Umgang mit seinen Ressourcen⁶⁵⁹. Wie Bange in Fallbeispiel 7⁶⁶⁰ stellt sich jedem Compliance-ressortverantwortlichen Vorstandsmitglied zwangsläufig die Frage, welchen Interessen er bei seiner Entscheidung zur Ausgestaltung der Compliance-Organisation Priorität einräumen soll. Eine Antwort auf diese Problematik liefert die rechtliche Einordnung der Legalitätskontrollpflicht.

Versteht man die Legalitätskontrollpflicht nur als Verlängerung der Legalitätspflicht⁶⁶¹, hätte bei Compliance-Entscheidungen das Allgemeininteresse an Regelbefolgung absoluten Vorrang vor Nützlichkeitsabwägungen der Gesellschaft. Dabei bliebe außer Betracht, dass Legalitätskontrolle nicht „um jeden Preis“ verlangt wird und dass die geforderten Compliance-Maßnahmen anerkanntermaßen unter Vorbehalt der nach den Umständen des Einzelfalls zu konkretisierenden Aspekte von Erforderlichkeit und Zumutbarkeit stehen⁶⁶².

Rn 299

Ordnet man die Legalitätskontrolle den allgemeinen Organisationspflichten zu, tritt verbunden mit der allgemeinen Zweckverfolgungs- und Schadensabwendungspflicht das Unternehmensinteresse in den Vordergrund, was wiederum bedeutet, dass Compliance-Maßnahmen in lediglich solchem Maße erforderlich werden, wie es sich nach einer Kosten-Nutzen-Analyse aus Sicht der Gesellschaft als wirtschaftlich sinnvoll – weil die damit aller Voraussicht nach abgewendeten Vermögen- und Reputationsschäden die Präventionskosten übersteigen – erweist⁶⁶³. Dies hätte zur Folge, dass selbst eine bewusste Inkaufnahme von Rechtsverletzungen – sofern ihr zumindest eine positive Kosten-Nutzen-Analyse vorausgeht – als vernünftige Maßnahme nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gebilligt werden müsste. Die prinzipielle Anerkennung nützlicher Pflichtverletzungen, d. h. von Rechtsverstößen, die aus ex-ante Sicht wegen z. B. geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit oder schwacher Sanktionierung einen positiven Erwartungswert aufweisen, wäre jedoch grundlegend

Rn 300

⁶⁵⁹ *Kuschnereit*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht, S. 207 f.

⁶⁶⁰ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁶¹ *Verse*, Compliance im Konzern, S. 404.

⁶⁶² *Ebd.*, S. 404, 406 f.

⁶⁶³ *Kuschnereit*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht, S. 211 – 214.

falsch. Denn „nützliche“ Pflichtverletzungen, von denen die Gesellschaft profitiert, werden vom Vorrang der Legalitätspflicht erfasst, sind stets pflichtwidrig und kein Anwendungsfall für die BJR⁶⁶⁴, so dass sich Compliance-Pflichten konsequenterweise nicht in der Abwendung von Schäden erschöpfen können und auch nicht auf einen reinen Unterfall der allgemeinen Schadensabwendungspflicht reduzieren lassen.

Sachgerechter erscheint i. Z. m. der Frage nach dem Umfang der Compliance-Anforderungen die Auffassung, die Legalitätspflicht trete neben die allgemeine Pflicht des Vorstands, Gewinne zu erwirtschaften und Schäden abzuwenden, und diene gewissermaßen als ihr Regulativ⁶⁶⁵. Die Sichtweise, dass Compliance-Organisation und Compliance-Maßnahmen letzten Endes nicht exklusiv dem Allgemeininteresse, sondern selbstverständlich auch dem eigenen Unternehmensinteresse dienen müssen, würde – umgelegt auf Fallbeispiel 7⁶⁶⁶ – bedeuten, dass der Holding AG angesichts der drohenden Nachteile aufgrund von mangelhafter Compliance schon selbst gelegen sein muss, Compliance-Maßnahmen zu ergreifen. Von ihren Vertretern würden dazu keine unbegrenzt großen Anstrengungen erwartet, sondern vielmehr am Unternehmensinteresse orientierte, unter sorgfältiger Abwägung von Schadensvermeidungskosten und Präventionsvorteilen getroffene Ermessensentscheidungen, womit dem Einwand von Kuhn nach einem zweckmäßigen und sparsamen Umgang mit Ressourcen des Unternehmens letztlich Rechnung getragen wäre.

Rn 301

6.1.2.2 Praktische Legalitätspflicht bei Unternehmenstransaktionen

Kein Ermessensspielraum besteht für Bange und Kuhn hins. der Einhaltung der Legalitätspflicht selbst⁶⁶⁷. Verstöße gegen die Legalitätspflicht stellen stets eine Pflichtverletzung dar. Nützlichkeits- oder Wirtschaftlichkeitserwägungen stehen dem Vorstand – anders als bei der zuvor genannten Entscheidung zur Compliance-Organisation und selbst wenn ein Verstoß gegen anwendbares Recht Vorteile für das Unternehmen bringen würde – nicht zu. Zudem muss das Handeln nicht nur mit deutschem Recht, sondern auch mit ausländischen Rechtsnormen im Einklang stehen⁶⁶⁸. Dies trifft auch auf die von Kuhn ins Spiel gebrachten, nach alter BGH-Rspr.

Rn 302

⁶⁶⁴ *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 52; analog: *Reichert, Jochem/Ullrich, Kristin*, § 20 Compliance in der GmbH, in: *Prinz/Winkeljohann*, Handbuch GmbH, Rn 8; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 405 f.

⁶⁶⁵ Vgl. *Thole*, Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, S. 517 f.

⁶⁶⁶ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁶⁷ Vgl. *Clostermeyer, Maximilian / Liersch, Jan*, § 12. Grundlagen der Haftungsvermeidung durch Compliance, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 20.

⁶⁶⁸ *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 43 – 45.

zwar sittenwidrigen, aber bis in die 1990er Jahre im Innenverhältnis – weil durch das Unternehmensinteresse gerechtfertigt – nicht pflichtwidrigen und steuerlich als „nützliche Aufwendungen“ absetzbaren Schmier- und Bestechungsgelder zu, nachdem mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung der Internationalen Bestechung (IntBestG) 1999 internationale Standards durch das deutsche Recht übernommen wurden⁶⁶⁹. Der Hinweis von Kuhn auf geringere Compliance-Standards im Ausland als Möglichkeit zur Aushöhlung der eigenen Legalitätspflicht ist folglich ein – immer noch weit verbreiteter – Irrtum, zumal sich Compliance nicht mehr nur auf nationale Vorgaben reduziert.

Problematisch sind in der Unternehmenspraxis Ausnahmefälle, in denen die deutsche und ausländische Rechtsordnung in unauflösbarem Widerspruch zueinander stehen. Eine rigorose Auslegung der von der h. M. befürworteten Legalitätspflicht würde nach dem o. Gesagten die Verpflichtung des Vorstands bedeuten, das deutsche Recht einzuhalten und ggf. drohende ausländische Sanktionen in Kauf zu nehmen⁶⁷⁰. Zur Vermeidung einer Innenhaftung des Vorstands schlagen einzelne Literaturmeinungen als sachgerechtere Lösung für Pflichtenkollisionen eine Ausnahme von der strikten Legalitätspflicht vor und den Vorstand in Anlehnung an die allgemeine Zweckverfolgungs- und Schadensabwendungspflicht zu einer wirtschaftlich sinnvollen Entscheidung im Interesse der Gesellschaft und unter Berücksichtigung von inländischen sowie ausländischen Sanktionen zu berechtigen⁶⁷¹.

Rn 303

Spricht die Rechtslage eindeutig gegen eine beabsichtigte Geschäftsleitungsentscheidung, steht dem Vorstand insoweit kein Beurteilungsspielraum zu und die Maßnahme ist jedenfalls zu unterlassen⁶⁷². Nicht selten stellt sich insb. bei komplexen Sachverhalten die Frage, wie sich der Vorstand zu verhalten hat, wenn die Sach- und/oder Rechtslage gerade (noch) nicht eindeutig ist.

Rn 304

Als anerkannt gilt, dass der Vorstand bei nicht eindeutigen Rechtslagen gleichermaßen wie bei Verdachtsmomenten für Gesetzesverletzungen den Sachverhalt sorgfältig zu prüfen und zu diesem Zweck – sollte er selbst nicht über hinreichende Sachkunde verfügen – internen oder externen Rechtsrat einzuholen hat⁶⁷³. Mit Sicherheit anzunehmen ist weiters, dass das Gesagte auch bei Vorliegen von komplexen

Rn 305

⁶⁶⁹ Moosmayer, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 8; Spindler, Gerald, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 109.

⁶⁷⁰ Kuschnereit, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht, S. 176.

⁶⁷¹ Kuschnereit, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht, S. 177 f., 229.

⁶⁷² Graewe/V. Harder, Enthaltung der Leitungsorgane durch Einholung von Rechtsrat bei unklarer Rechtslage, S. 707.

⁶⁷³ Reischl, Marcus, Kapitel IX: Compliance, in: V. Kann, Vorstand der AG, Rn 48, 115.

Sachverhalten oder schwierigen Rechtsfragen wie den in Fallbeispiel 7⁶⁷⁴ eingegangenen Hinweisen über Compliance-Verletzungen durch eine zu übernehmende Gesellschaft gilt⁶⁷⁵. Wie die Erfahrung aus den letzten Jahren zeigt, können versehentlich übernommene Compliance-Risiken, sofern sie sich manifestieren, den Erfolg von M&A-Transaktionen bis hin zur kompletten Unwirtschaftlichkeit erheblich negativ beeinflussen⁶⁷⁶. Da der Käufer bei Übernahme von Unternehmen immer Compliance-Risiken der Zielgesellschaft „erwirbt“, werden Verstöße aufgrund der sog. Successor-Liability regelmäßig – auch wenn sie aus der Zeit vor dem Kauf stammen – dem erwerbenden Unternehmen zugerechnet, was erhebliche materielle Verluste und Reputationsschäden, kostenintensive Auseinandersetzungen, Organhaftungsfälle und strafrechtliche Konsequenzen zur Folge haben kann⁶⁷⁷. Darüber hinaus müssen die Mindestanforderungen in Sachen Compliance, die Organmitglieder im eigenen Unternehmen zu erfüllen haben, in unveränderter Weise auch für Unternehmenstransaktionen gelten⁶⁷⁸.

Würde Bange den Hinweisen aus der Legal DD nicht weiter nachgehen und würden potentielle Compliance-Risiken bei der Kaufentscheidung außer Betracht bleiben, wäre eine Pflichtverletzung zweifelsohne anzunehmen. Ein bloßes Ignorieren von Risiken – wie von seinem Vorstandskollegen aufgrund von fehlendem Problembewusstsein vorgeschlagen – stellt aus haftungsrechtlichen Gründen keine Option für Bange dar, denn es ist aus Erwerbersicht stets eine angemessene Informationsgrundlage für eine pflichtgemäße unternehmerische Entscheidung über den Kauf erforderlich⁶⁷⁹. Verlangt wird von Bange im Laufe des Transaktionsprozesses eine bewusste Auseinandersetzung mit den Compliance-Risiken in der Zielgesellschaft und deren Berücksichtigung in der finalen Kaufentscheidung.

Rn 306

Zu diesem Zweck empfiehlt sich neben der Unternehmensüberprüfung in den klassischen Risikobereichen die gezielte Überprüfung des Zielunternehmens auf Compliance-Verletzungen im Rahmen einer vor Abschluss gesondert durchgeführten Compliance DD. Auch wenn vereinzelte BGH-Urteile und Teile der Literatur eine Rechtspflicht zur Durchführung einer (Compliance) DD als Ausfluss der Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG erkennen können⁶⁸⁰, ist die Frage, ob eine

Rn 307

⁶⁷⁴ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁷⁵ Vgl. ebd., Rn 48.

⁶⁷⁶ *Asenkerschbaumer, Stefan*, Management-Sicht, in: *Bicker/Sackmann*, Compliance M&A-Transaktionen, S. 15.

⁶⁷⁷ Ebd., S. 16.

⁶⁷⁸ *Recknagel*, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 284.

⁶⁷⁹ *Schaffner/Ullrich*, M&A-Transaktionen, S. 294.

⁶⁸⁰ *Bicker, Elke*, Rechtliche Sicht, in: *Bicker/Sackmann*, Compliance M&A-Transaktionen, S. 30; *Böttcher*, Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence, S. 52.

Compliance DD zwingend durchgeführt werden muss – nach der hier vertretenen Auffassung insb. im Hinblick auf Einzelfälle, in denen die Durchführung nicht möglich ist (z. B. aufgrund der Verweigerung durch die Zielgesellschaft oder bei Übernahme börsennotierter Unternehmen) – differenzierter und in Anlehnung an das in Pkt. 4.2.4 Gesagte zu beantworten. Als zielführender erscheint zu unterscheiden, ob eine DD-Prüfung im Vorfeld des Unternehmenskaufs generell stattfindet oder sich der Erwerber entscheidet darauf zu verzichten⁶⁸¹: Verzichtet er, sind die der Entscheidung zugrundeliegenden Erwägungen und die darin eingeflossene Einschätzung der Compliance-Situation in der Zielgesellschaft zu dokumentieren; findet eine DD-Prüfung statt, gehört die Compliance-DD aufgrund gewichtiger wirtschaftlicher und anderer Erwägungen inzwischen zum Pflichtenprogramm einer ordnungsgemäß und gewissenhaft vorbereiteten Investitionsentscheidung⁶⁸².

Bezüglich der Ausgestaltung und des Ablaufs einer Compliance DD besteht kein einheitlicher Marktstandard⁶⁸³. Der BGH präziserte aber bezugnehmend auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vorstand bei (letztlich unrichtiger) Beratung durch eine hinzugezogene Anwaltskanzlei aufgrund von Rechtsirrtum entschuldigt sei, in der sog. ISON-Entscheidung die Mindestanforderungen bei der Einholung von fremden (Rechts-)Rat⁶⁸⁴. Klar gestellt wurde i. Z. m. der Erfüllungsgelienhaftung nach § 278 BGB, dass der Vorstand nicht per se für das Verschulden von zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit hinzugezogenen Personen einzustehen hat. Denn Berater seien keine Erfüllungsgelien des Vorstands, zumal sie i. d. R. nicht zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit, sondern vielmehr im Namen und Interesse der Gesellschaft hinzugezogen werden⁶⁸⁵. Demgegenüber sei eine schlichte Anfrage bei einer für fachkundig gehaltenen Person angesichts der strengen Ansprüche an die – dem Vorstand obliegenden – sorgfältige Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rspr. nicht ausreichend für eine Exkulpation⁶⁸⁶. Vorstandsmitglieder dürfen auf eingeholten Rat nur vertrauen, wenn sie sich unter umfassender Darstellung der für den Sachverhalt relevanten Verhältnisse der Gesellschaft und nach Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage ausreichend qualifizierten Berufsträger beraten lassen und die erteilte (Rechts-)Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle

Rn 308

⁶⁸¹ *Recknagel*, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 284 f.

⁶⁸² Vgl. *Bicker, Elke*, Rechtliche Sicht, in: *Bicker/Sackmann*, Compliance M&A-Transaktionen, S. 29.

⁶⁸³ *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 48, 104.

⁶⁸⁴ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, in NZG 2011, S. 1271 – 1275 (S. 1273); *Groh*, Einstandspflichten und gestörte Gesamtschuld in der Vorstandshaftung, S. 62 – 64.

⁶⁸⁵ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, in NZG 2011, S. 1271 – 1275 (S. 1273).

⁶⁸⁶ Ebd., S. 1273.

unterziehen⁶⁸⁷. Eine Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs kommt lediglich in Ausnahmefällen in Frage, z. B. wenn die für die Prüfung anfallenden Beratungskosten einen potentiellen Schaden übersteigen oder die besondere Eilbedürftigkeit einer Entscheidung dies erforderlich macht⁶⁸⁸. Hierfür gibt es in Fallbeispiel 7⁶⁸⁹ keine Anhaltspunkte, so dass für Bange kein Weg daran vorbeiführt, den aufgekommenen Anzeichen für Compliance-Verletzungen in der Gaming AG im Vorfeld der Transaktion im Rahmen einer Compliance DD unter externer Leitung nachzugehen und das Ergebnis zu einem zentralen Bestandteil der Kaufentscheidung zu machen.

Gleichwohl hat sich Bange nicht allein mit Compliance-Risiken in der Zielgesellschaft auseinanderzusetzen (materielle M&A-Compliance), sondern auch für die gesetzesmäßige und pflichtgemäße Durchführung der Transaktion zu sorgen (prozessuale M&A-Compliance)⁶⁹⁰. Dazu hat er die Regeln zu beachten, die auf den M&A-Prozess selbst zur Anwendung kommen und bereits überwiegend in Pkt. 4 Erwähnung fanden, wie z. B. kartellrechtliche Anmeldepflichten und Vollzugsverbote, Offenlegungs- und Aufklärungspflichten unter gleichzeitiger Berücksichtigung der rechtlichen Grenzen von Informationsweitergabe, kapitalmarktrechtliche Vorgaben bei der Übernahme von börsennotierten Unternehmen oder vielfach komplizierte Zustimmungserfordernisse⁶⁹¹.

Rn 309

6.1.3 Fallbeispiel 8: Unternehmerische Entscheidung unter Unsicherheit

Sachverhalt⁶⁹²:

Angesichts der aufgrund der beschlossenen strategischen Ausrichtung veränderten Risikolage konnte Bange inzwischen Kuhn vom Nutzen einer angebrachten Compliance-Organisation überzeugen und mit deren Etablierung beginnen. Dazu rief er als Erstes die Funktion eines Compliance-Beauftragten ins Leben, die er in weiterer Folge einem langjährigen vertrauenswürdigen, im Bereich Compliance aber nicht gesondert erfahrenen Mitarbeiter der Rechtsabteilung übertrug und diesen mit der laufenden Fortentwicklung der Compliance-Organisation innerhalb der Holding AG beauftragte.

Zugleich bestätigte eine im Übernahmeprozesses der Gaming AG mittlerweile extern vergebene Compliance DD, dass es bei mehreren öffentlichen Lizenzvergaben in der Vergangenheit zu auffällig hohen Zahlungen durch die Gaming AG kam. Laut Geschäftsleitung der Gaming AG handelte es sich hierbei um Provisionen an projektbezogene Berater, die – wie auch sonst in der Glücksspielindustrie üblich – bei Großprojekten mit der öffentlichen Hand als Intermediäre auftreten würden. Nach Ansicht der Prüfer käme hierbei auch in Betracht, dass unerlaubte Bestechungsgelder an verantwortliche lokale Amtsträger im Zuge der Ausschreibung von neuen Casino-Standorten geflossen

Rn 310

⁶⁸⁷ Arden, Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder bei unklarer Rechtslage, S. 215; ebd., S. 1273.

⁶⁸⁸ Arden, Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder bei unklarer Rechtslage, S. 215.

⁶⁸⁹ Vgl. o. Rn 296.

⁶⁹⁰ Vgl. Schaffner/Ullrich, M&A-Transaktionen, S. 294.

⁶⁹¹ Vgl. Ullrich, Benjamin, 18. Kapitel: Compliance in M&A-Transaktionen, in: Schulz, Compliance Management, Rn 1, 5 – 72.

⁶⁹² Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 7 unter Rn 296.

seien. Trotz umfassender Recherchen kann, so das Abschlussergebnis der Prüfer, ein tatsächlicher Rechtsverstoß weder nachgewiesen noch zur Gänze ausgeschlossen werden.

Aus Sicht von Bange ist die Entscheidungslage nicht ausreichend, so dass er die Hinweise durch seinen designierten Compliance Officer verfolgen lässt. Doch auch dies führt zu keinen wesentlichen weiteren Erkenntnissen und der Vollständigkeit halber weist der Compliance Officer abschließend daraufhin, dass aller Voraussicht nach nur mehr spezialisierte Forensiker Klarheit über einen Compliance-Verstoß verschaffen könnten. Forensische Untersuchungen seien jedoch i. d. R. mit hohen Kosten verbunden und waren in der Vergangenheit erfahrungsgemäß nur selten erfolgreich.

Für Kuhn kommt angesichts des betriebenen Aufwands ein weiterer forensischer Audit sowohl aus Kostengründen als auch dem Umstand, dass weitere Verzögerungen im Transaktionsverlauf den Abschluss wohl erheblich gefährden würden, nicht mehr in Frage. In Anbetracht dessen stellt sich Bange nicht nur die Frage nach dem weiteren von ihm verlangten pflichtgemäßen Verhalten, sondern auch, inwieweit er unabhängig vom Ausgang des Übernahmeprozesses zur Anzeige gegenüber Behörden gezwungen gewesen wäre, hätten sich die Hinweise im Zuge der zuvor durchgeführten Untersuchungen tatsächlich als gängige Bestechungspraxis in der Gaming AG herausgestellt.

6.1.3.1 Umgang mit unklaren Sach- oder Rechtslagen

Nicht selten sind Vorstände in der Unternehmenspraxis mit Sachverhalten konfrontiert, in denen Compliance-relevante Entscheidungen aufgrund unklarer Rechts- oder Sachlage nur unter Unsicherheit getroffen werden können. Klare Antworten in Bezug auf Umfang und Reichweite der Compliance-Verantwortung sind in diesen Fällen schwierig zu geben. Hierbei gilt es – wie bei der o. g. Frage nach der Ausgestaltung der Compliance-Organisation – einen angemessenen Ausgleich zwischen Schutz vor rechts- und sorgfaltswidrigem Verhalten des Vorstands einerseits und Erhalt seiner Befähigung zum unternehmerischen Handeln, welches per se immer mit Risiken behaftet ist, andererseits zu finden⁶⁹³.

Rn 311

Die Frage, wie ein sorgfältiger Geschäftsleiter vorzugehen hat, wenn auch nach pflichtkonformer Einholung von Rechtsrat die Rechts- und Sachlage unklar bleibt (sog. Odds Opinion), ist bislang nicht abschließend geklärt⁶⁹⁴ und die dazu vertretenen Literaturmeinungen zur Enthaltung trotz Rechtszweifel unterscheiden sich im Ergebnis wesentlich. Vereinzelt wird die strenge Auffassung vertreten, der Vorstand müsse aufgrund der Legalitätspflicht stets den sichersten Weg einschlagen und bei nicht auszuräumenden Rechtmäßigkeitszweifeln von der Maßnahme absehen⁶⁹⁵. Für Bange hätte dies zur Folge, dass er von der Übernahme der Gaming AG Abstand nehmen müsste. Nach überwiegender Ansicht ginge das aber zu weit.

Rn 312

Denn eine solche Pflicht des Vorstands, von vornherein den für die Gesellschaft rechtssichersten Standpunkt einnehmen zu müssen, besteht nach h. M. nicht⁶⁹⁶.

Rn 313

⁶⁹³ Hoffmann/Schieffer, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 401.

⁶⁹⁴ Rothenburg, Vera, § 5 Gesellschaftsrechtliche Maßgaben und Compliance-Organisation, in: *Wagner/Ruttloff/Wagner*, Das LkSG in der Unternehmenspraxis, Rn 855.

⁶⁹⁵ Fleischer, Holger, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 39.

⁶⁹⁶ Reischl, Marcus, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 54.

Dem Vorstand steht vielmehr ein gewisser haftungsfreier Handlungsspielraum zu, bei dessen Ausübung er die daraus resultierenden Risiken und Chancen für die Gesellschaft abwägen muss⁶⁹⁷ und sich auf einen für die Gesellschaft vorteilhaften (Rechts-)Standpunkt stellen darf, sofern dieser vertretbar ist⁶⁹⁸ (sog. Vertretbarkeitstheorie). Darüber, „wie vertretbar“ die für Gesellschaft günstige Rechtsposition letzten Endes sein muss bzw. wie weit der zugestandene Handlungsspielraum geht, besteht jedoch Uneinigkeit⁶⁹⁹. Teils wird auf einen vertretbaren oder gerade nicht unvertretbaren Rechtsstandpunkt abgestellt; teils wird verlangt, dass der eigenommene Standpunkt zumindest in gleicher Weise vertretbar sein muss wie die Gegenansicht; teils wird vom Vorstand die am besten vertretbare Rechtsmeinung gefordert (sog. Optimierungstheorie)⁷⁰⁰. Auch die dogmatische Begründung dieses Beurteilungsspielraums – ob direkt auf Basis der BJM Rule aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG oder im Rahmen einer analog zur BJM Rule anzuerkennenden Legal Judgement Rule – ist umstritten⁷⁰¹, jedoch für die Unternehmenspraxis nicht weiter von Belang. Von Bedeutung ist das Bestehen eines Ermessensspielraums, der den Vorstand aktienrechtlich vor einer Inanspruchnahme schützt, sofern er die Vertretbarkeit seiner Entscheidung ausreichend sorgfältig in Bezug auf (i) die Wahrscheinlichkeit ihrer Rechtmäßigkeit aus ex-ante Sicht, (ii) die der Gesellschaft drohenden Nachteile bei Unterlassung sowie (iii) der Schwere der Rechtsgutsverletzung, sollte sich die Maßnahme nachträglich als fehlerhaft erweisen, abgewogen hat⁷⁰².

Es stellt sich in Fallbeispiel 8⁷⁰³ die Frage, ob Bange und Kuhn für den Fall einer Entscheidung zur Übernahme der Gaming AG den Anforderungen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG angesichts der Umstände und offen gebliebenen Compliance-Unsicherheiten gerecht wurden und – sollten sich die anfänglichen Verdachtsmomente in der Folge als Gesetzesverstöße bewahrheiten und auf die Holding AG durchschlagen – im Innenverhältnis zu ihrer Gesellschaft vor einer Haftung geschützt sind.

Rn 314

Als anerkannt gilt, dass es sich bei Compliance-Maßnahmen im Einzelnen um ein konkretes Ergebnis der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation und um eine

Rn 315

⁶⁹⁷ *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 39.

⁶⁹⁸ *Kuschnereit*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht, S. 183.

⁶⁹⁹ *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 55.

⁷⁰⁰ *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 39.

⁷⁰¹ *Graewe/V. Harder*, Enthftung der Leitungsorgane durch Einholung von Rechtsrat bei unklarer Rechtslage, S. 707; *Rieckers, Oliver*, § 26 Organverantwortung, in: *Meyer-Sparenberg/Jäckle*, M&A HB, Rn 81.

⁷⁰² *Verse*, Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgement Rule?, S. 181 ff.

⁷⁰³ Vgl. o. Rn 310.

sohin unternehmerische Entscheidung wie sie die BJM Rule voraussetzt handelt⁷⁰⁴. Die Art und Weise, wie Bange und Kuhn die erhaltenen Hinweise verfolgen und die weiteren Informationen in die Kaufentscheidung einfließen lassen, ist nur haftungsprivilegiert, wenn sie den in Pkt. 3.2.3.1 genannten Kriterien entspricht. Davon ist in Fallbeispiel 8⁷⁰⁵ auszugehen. Eine Verletzung organschaftlicher Organisations- und Überwachungspflichten kommt angesichts der richtigerweise angeordneten umfassenden Prüfung der Hinweise sowohl im Rahmen einer externen Compliance DD als auch durch den internen Compliance Officer nicht in Betracht.

Fraglich ist, ob die eingeholten Auskünfte, insb. angesichts der aus Kostengründen unterlassenen forensischen Untersuchung, als angemessene Informationsgrundlage für eine pflichtgemäße Kaufentscheidung aufgefasst werden können. Auch dies ist zu bejahen, denn Angemessenheit bedeutet nicht notwendigerweise, dass sämtliche denkbaren Erkenntnisquellen vollständig ausgeschöpft werden müssen⁷⁰⁶. Vielmehr ist die Ausweitung der Informationsgrundlage selbst – da sich i. d. R. der daraus zu erwartende Erkenntnisgewinn nicht mit Sicherheit vorhersehen lässt – eine unternehmerische Entscheidung, zu deren Determinanten die Tragweite der Entscheidung, der voraussichtliche Nutzen weiterer Informationen und die mit der Einholung verbundenen Kosten zählen⁷⁰⁷. Es bedarf also angesichts der Umstände des jeweiligen Einzelfalls einer kritischen Kosten-Nutzen-Analyse, deren Maßstab das Wohl der Gesellschaft ist.

Rn 316

Auch wenn eine forensische Untersuchung unter Umständen endgültige Klarheit über das Ausmaß der Compliance-Verstöße hätte bringen können, erwiesen sich im vorliegenden Fall die Erfolgsaussichten nach den Erfahrungen aus der Vergangenheit als gering und die Kosten demgegenüber als verhältnismäßig hoch. Es erscheint daher keineswegs unvertretbar, wenn Bange und Kuhn nach einer ergebnislos gebliebenen Compliance DD und internen Untersuchung von einer weiteren Prüfung im Interesse der wirtschaftlichen Lage ihrer Gesellschaft und des fortschreitenden Transaktionsprozesses Abstand nehmen und von einer zu diesem Zeitpunkt der Transaktion angemessenen Informationsgrundlage für die Kaufentscheidung ausgehen.

Rn 317

⁷⁰⁴ Harbarth, Anforderungen an die Compliance Organisation, S. 152.

⁷⁰⁵ Vgl. o. Rn 310.

⁷⁰⁶ Dauner-Lieb, Barbara, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Henssler/Strohn, GesRecht, Rn 22.

⁷⁰⁷ Bayer, Walter / Scholz, Philipp, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung, Rn 155 – 158.

6.1.3.2 Vertragsabschluss trotz verbleibender Verdachtsmomente

Ebenso unangebracht wäre, von Bange und Kuhn aufgrund der offen gebliebenen Compliance-Fragen, die sich im vorliegenden Beispielfall trotz umfassender Untersuchungsmaßnahmen nicht abschließend aufklären ließen, von vornherein ein generelles und bedingungsloses Absehen von der Transaktion zu verlangen. Vielmehr stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wo in Bezug auf den Umgang mit identifizierten, aber vor Abschluss der Transaktion nicht vollständig aufklärbaren Compliance-Problemen die „rote Linie“ genau liegt, die aus Sicht des Vorstands unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht überschritten werden sollte. Die Antwort ist abhängig von zweierlei Aspekten: einerseits von der jeweiligen Art und dem Gewicht des Compliance-Problems und andererseits von dessen Berücksichtigung bei den Verhandlungen zur Transaktionsstrukturierung, Kaufpreisbildung und Vertragsgestaltung⁷⁰⁸.

Rn 318

Im vorliegenden Beispielfall 8 ist ein trotz Ermittlungsmaßnahmen vor Übernahme nicht aufzuklärender Bestechungsverdacht dem Grunde nach von solch großer Bedeutung, dass ohne weitere vertragliche Absicherungsmaßnahmen von einer Verpflichtung von Bange und Kuhn zur Abstandnahme von der Transaktion aufgrund sog. Deal-Breaker oder Show-Stopper auszugehen ist. Denn stellt sich der Vorwurf nach Übernahme als erwiesen heraus, drohen der Gaming AG unter nunmehr fremder Eigentümerschaft nicht nur die Einleitung von Bußgeldverfahren, sondern bei einer Verurteilung auch massive vergaberechtliche Konsequenzen. Würde so etwa der Gaming AG die für die Teilnahme an öffentlich-rechtlichen Lizenzvergaben notwendige Zuverlässigkeit aberkannt und die Bewerbung für bestehende und neue Glücksspielstandorte verwehrt werden, käme dies im schlechtesten Fall einem vollständigen Wegfall der eigenen Geschäftsgrundlage gleich. Dies hätte aus Sicht der Holding AG – wenn schon nicht den Gesamtverlust, so doch zumindest – eine beträchtliche Wertminderung der anfänglichen Investitionssumme zur Folge, ganz geschweige von kaum bezifferbaren Reputationsschäden und einem im Raum stehenden Verstoß gegen die Finanzierungsaufgaben der Banken, welcher sich bei Widerruf der Finanzierung rasch zu einem „Dominoeffekt“ entwickeln kann, wenn das Unternehmen auf den „Schwarzen Listen“ der Banken für unzuverlässig befunden wurde⁷⁰⁹.

Rn 319

⁷⁰⁸ Vgl. *Inderst/Bannenberg/Poppe*, Compliance, S. 573.

⁷⁰⁹ Vgl. *Moosmayer*, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 45.

Es liegt auf der Hand, dass allein Untersuchungs- und Ermittlungsmaßnahmen, auch wenn sie den zeitgemäßen Ansprüchen an eine angemessene Informationsgrundlage und den aktuellen Marktstandards weitgehend entsprachen, im Falle von Bange und Kuhn nicht für eine sorgfältige Kaufentscheidung ausreichen. Erwartet wird von ihnen, dass dem Verdachtsfall auch durch vertragliche Absicherungsmaßnahmen entsprechend Rechnung getragen wird⁷¹⁰. Lässt sich die Gefahr durch den mutmaßlichen Compliance-Verstoß im Hinblick auf Eintrittswahrscheinlichkeit, Entdeckungswahrscheinlichkeit, Strafhöhe, daraus resultierendem Mehraufwand sowie entgangenem Gewinn bewerten⁷¹¹, käme entweder ein „Einpreisen“ des Risikos durch Abzug der daraus resultierenden Schadenshöhe direkt vom Gesamtkaufpreis oder eine Berücksichtigung im Wege eines Kaufpreisanpassungsmechanismus in Betracht. So steht es den Parteien im Grunde frei zu vereinbaren, dass ein wesentlicher Teil des Kaufpreises erst zur Auszahlung gelangt, nachdem der fragwürdige Compliance-Sachverhalt im Anschluss an den Vollzug der Übernahme gegenüber den betroffenen Behörden offengelegt wurde und keine Ansprüche gegen die Gaming AG erhoben werden⁷¹².

Rn 320

Ist – wie häufig – eine seriöse Risikoquantifizierung nicht möglich oder eine Kaufpreisreduktion in den Verhandlungen schlichtweg nicht durchsetzbar, bleibt die Möglichkeit, sich auf eine allgemein gehaltene Garantiezusage zu einigen, aufgrund derer der Verkäufer die Einhaltung der geltenden Rechtsvorschriften zusichert, es sei denn, er hat im Rahmen eines als Anhang zum Kaufvertrag beigelegten sog. Disclosure-Schedules dem Käufer gegenüber vor Vertragsabschluss ausdrücklich etwas Gegenteiliges bekanntgegeben⁷¹³. Der Verkäufer wird jedoch regelmäßig nur zur Abgabe einer Compliance-Garantie nach bestem Wissen und Gewissen bereit sein, so dass spätere Schadenersatzansprüche die – aus Käufersicht i. d. R. schwer nachweisbare – positive Kenntnis seinerseits über ehemalige Compliance-Verstöße in der Zielgesellschaft voraussetzen⁷¹⁴. Die Haftungssumme des Verkäufers für Garantiezusagen wird überdies in den meisten Fällen auf einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises begrenzt⁷¹⁵, wohingegen das Schadenspotential aus Compliance-Verletzungen für gewöhnlich nicht ohne weiteres betraglich beschränkbar ist.

Rn 321

⁷¹⁰ Vgl. *Moosmayer*, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 267; *Recknagel*, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 280 – 282.

⁷¹¹ Vgl. o. Pkt. 4.2.5.

⁷¹² *Liese, Jens / Theusinger, Ingo*, § 27. Compliance in M&A-Transaktionen, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance, Rn 81.

⁷¹³ Vgl. *Inderst/Bannenber/Poppe*, Compliance, S. 573 f.

⁷¹⁴ *Liese, Jens / Theusinger, Ingo*, § 27. Compliance in M&A-Transaktionen, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance, Rn 88.

⁷¹⁵ *Becker, Moritz / Mallmann, Roman*, § 134 Post-M&A-Streitigkeiten, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 13.

Besser geeignet zur Absicherung gegen Ansprüche aus im Laufe der DD zutage getretenen Compliance-Unregelmäßigkeiten, die im Vorfeld der Transaktion entweder nicht weiter ermittelt werden können oder noch zu keinem konkret bezifferbaren Schaden geführt haben, sind Freistellungsvereinbarungen⁷¹⁶. Im Unterschied zu Garantien, die den Käufer vor unbekanntem, in Bezug auf die jeweilige Risikoart taxativ aufgezählten Ansprüchen schützen sollen, liegen Freistellungen vorwiegend schon bekannte Umstände zugrunde, zu deren Haftungsübernahme sich der Verkäufer durch Abgabe einer ausdrücklichen und i. d. R. der Höhe nach unbegrenzten Schadloshaltungserklärung verpflichtet, sollte sich das Risiko nach Vollzug der Übernahme realisieren⁷¹⁷.

Rn 322

Eine weitere in Betracht kommende Möglichkeit zum vertraglichen Schutz des Erwerbers vor übernommenen Compliance-Risiken bietet die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den Fall einer Feststellung früherer Verstöße nach Vollzug der Transaktion. Aufgrund der mit der Rückabwicklung eines Unternehmenskaufs verbundenen Schwierigkeiten kommen Rücktrittsrechte in der Praxis im Vergleich zu selbständigen Garantieverprechen und separaten Freistellungsvereinbarungen kaum zur Anwendung⁷¹⁸. Denkbar wäre ein Rücktrittsrecht in Fallbeispiel 8⁷¹⁹ z. B., wenn der Abschluss der Übernahme der Gaming AG eine anstandslose Integritätsprüfung des Erwerbers bedingen, das dafür erforderliche Verfahren von der Glücksspielbehörde aber erst nach Eigentümerwechsel vorgenommen werden würde.

Rn 323

Allen vertraglichen Absicherungsvarianten ist gemein, dass sie dem Erwerber nur weiterhelfen, soweit der daraus folgende Anspruch gegenüber dem Verkäufer werthaltig ist. Zur Absicherung dient häufig der o. g. Einbehalt eines Teils des Gesamtkaufpreises, die Hinterlegung eines Sperrbetrags auf einem gemeinsamen Treuhandkonto (sog. Escrow-Account) oder die Bereitstellung einer Bankgarantie⁷²⁰ oder sonstiger Sicherheiten wie z. B. Immobilienvermögen.

Rn 324

Unter Voraussetzung entsprechender vertraglicher Absicherungsmaßnahmen sind risikobehaftete Einzelfallentscheidungen der Geschäftsleitung in rechtlichen Grauzonen wie dem gegenständlichen Unternehmenserwerb, wo frühere Rechtsverletzungen trotz ausführlicher Ermittlungsmaßnahmen nicht restlos aufgeklärt werden können, nicht a priori als sorgfaltspflichtwidrig zu bewerten. Anderenfalls würde man in sämtlichen Fällen, in denen sich z. B. die Durchführung einer DD aufgrund von

Rn 325

⁷¹⁶ Recknagel, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 282.

⁷¹⁷ Becker, Moritz / Mallmann, Roman, § 134 Post-M&A-Streitigkeiten, in: Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, HB Gesellschaftsrecht, Rn 42.

⁷¹⁸ Recknagel, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 282.

⁷¹⁹ Vgl. o. Rn 310.

⁷²⁰ Hilgard, Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf, S. 1231.

Minderheitsbeteiligung, nicht erteilter Zulassung durch das Management der Zielgesellschaft oder kapitalmarktrechtlicher Vorgaben für börsennotierte Unternehmen als unmöglich oder nur eingeschränkt möglich erweist, von einem generellen Transaktionsverbot ausgehen. Was – bezogen auf den konkreten Anwendungsfall – als Mindeststandard für eine vertragliche Absicherung anzusehen ist, kann pauschal nicht beantwortet werden⁷²¹. Vielmehr kommt es auf ein angemessenes Zusammenspiel von Prüfungserkenntnissen, Risikobeurteilung, Kaufpreisgestaltung und Risikoallokation zwischen den Vertragsparteien im Wege vertraglicher Bestimmungen auf solche Weise an, dass dem Geschäftsleiter nicht mehr vorzuwerfen ist, wenn er sich trotz verbleibender Unsicherheit für die ihm subjektiv günstiger erscheinende Handlungsalternative entscheidet. Bleibt eine Compliance DD aus, haben die vertraglichen Schutzmechanismen zugunsten des Käufers – im besten Fall begleitet von einer Absicherung der potentiellen Haftungsansprüche durch eine verkäuferseitige Warranty & Indemnity-Versicherung⁷²² – als Ausgleich umso stärker auszufallen. Erweist sich ein umfänglicher vertraglicher Schutz in Bezug auf Auffälligkeiten in der Compliance DD aus Erwerbersicht als nicht verhandelbar, müsste in letzter Konsequenz vom geplanten Anteilskauf Abstand genommen werden, um zum Wohl der eigenen Gesellschaft ein – wie in Fallbeispiel 8⁷²³ – nicht völlig von der Hand zu weisendes Risiko einzugehen.

6.1.3.3 Offenlegungspflichten von identifizierten Compliance-Verstößen

Gelingt es dem Käufer im Laufe der Transaktionsvorbereitung einen Compliance-Verstoß durch die Zielgesellschaft nachzuweisen, gilt es für ihn, neben den Auswirkungen auf die Transaktion die Frage zu klären, ob sich daraus sogar eine Verpflichtung seinerseits zur Offenlegung gegenüber den jeweils verantwortlichen Behörden oder sogar gegenüber der Öffentlichkeit ergibt. Da es nach deutschem Recht aber bereits für den (eigenen) Vorstand der betroffenen Gesellschaft keine generelle Anzeigepflicht von im Unternehmen begangenen Rechtsverstößen gibt⁷²⁴, ist eine solche für den – vor dem Hintergrund regelmäßig abgeschlossener Geheimhaltungsvereinbarungen – zum streng vertraulichen Umgang mit Informationen verpflichteten Vorstand eines fremden Erwerberunternehmens umso weniger anzunehmen. Ausnahmen von diesem Grundsatz können sich nur aus dem Vorrang einzelner

Rn 326

⁷²¹ Recknagel, Compliance-Risiken bei M&A-Deals, S. 285.

⁷²² Vgl. Daghles/Haßler, Warranty & Indemnity-Versicherungen, S. 455.

⁷²³ Vgl. o. Rn 310.

⁷²⁴ Clostermeyer, Maximilian / Liersch, Jan, § 12. Grundlagen der Haftungsvermeidung durch Compliance, in: Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung, Rn 319.

spezialgesetzlicher Anzeige- bzw. Informationspflichten oder aus internationalen Sachverhalten ergeben⁷²⁵.

Als Beispiel seien die USA zu nennen, wo sich i. Z. m. M&A-Transaktionen eine ausgeprägte Kooperationspraxis zwischen Ermittlungsbehörden und Vertragsparteien eingebürgert hat und im Transaktionsverlauf offen gelegte Compliance-Verstöße mit einem für alle Parteien erhöhtem und die Nachteile überwiegenden Maß an Rechtssicherheit honoriert werden⁷²⁶. Im Unterschied dazu ist die Anzeigepraxis in Deutschland bislang zurückhaltend, was mitunter auf wenig berechenbare Behördenreaktionen zurückgeführt wird, wie einzelne Beispiele in der Vergangenheit zeigten, als der gute Wille der Transaktionspartner zur Kooperation mit umfassenden Durchsuchungs- und Verhaftungsmaßnahmen durch die Ermittlungsbehörden beantwortet wurde⁷²⁷.

Rn 327

Spezialgesetzliche Offenlegungspflichten sind selten und kommen – wenn überhaupt – nur in kapitalmarktrechtlich relevanten Transaktionen i. Z. m. Ad-hoc-Publizitätsvorschriften oder im Hinblick auf Bestimmungen zur Bekämpfung von Geldwäsche in Betracht. Während – bezogen auf Fallbeispiel 8⁷²⁸ – eine kapitalmarktrechtliche Pflicht zur Offenlegung, z. B. aufgrund von Art. 17 MAR, ausscheidet, könnte sich § 43 Abs. 1 GwG insofern von Relevanz erweisen, als Umstände, die darauf hindeuten, dass Vermögensgegenstände mit strafbaren Handlungen, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnten, in Verbindungen stehen, unverzüglich meldepflichtig sind. Der Kreis der von dieser Anzeigepflicht Betroffenen ist jedoch nur auf die in § 2 Abs. 1 GwG genannten Berufsgruppen beschränkt, wozu insb. Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute, Zahlungsinstitute, Immobilienmakler und Güterhändler, aber auch Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zählen⁷²⁹. Nicht notwendigerweise davon betroffen ist ein „nur“ erwerbsinteressiertes Drittunternehmen, das im Zuge seiner pflichtgemäßen Recherchen auf an sich nach dem GwG meldepflichtige Tatsachen auf Seiten des Zielunternehmens stößt. Dasselbe gilt laut § 43 Abs. 2 GwG für die zu diesem Zweck beauftragten Anwälte und Wirtschaftsprüfer, da sie in diesen Fällen vom meldepflichtigen Sachverhalt regelmäßig erst in Ausübung ihrer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit Kenntnis erlangen, ihre Beratungsdienstleistungen jedoch nicht willentlich zum Zweck von Geldwäsche oder der Begehung einer anderen Straftat in Anspruch genommen werden.

Rn 328

⁷²⁵ Moosmayer, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 354.

⁷²⁶ Ebd., Rn 354.

⁷²⁷ Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance, S. 573.

⁷²⁸ Vgl. o. Rn 310.

⁷²⁹ Becker, Ansgar / Noll, Dagmar, § 2. Banking & Finance, in: Umnuß, Corporate Compliance, Rn 119.

Eine unmittelbare Meldepflicht nach dem GwG könnte sich im vorliegenden Fallbeispiel 8⁷³⁰ aber aus Sicht der am Syndikat beteiligten projektfinanzierenden Banken ergeben, sofern die Finanzierungsverträge – wie in vielen Fällen üblich – die Offenlegung der Ergebnisse aus den DD-Abschlussberichten von Bange und Kuhn verlangen und sie auf diese Weise von den – wenngleich erst anfänglich und nicht vollständig substantiiert, aber immerhin doch vorliegenden – Verdachtsmomenten⁷³¹ gegen die Gaming AG Kenntnis erlangen.

Rn 329

6.2 Erweiterte Pflichtenlage im Konzern

6.2.1 Fallbeispiel 9: Compliance-Verantwortung nach erfolgter Übernahme

Sachverhalt⁷³²:

Die Einstellung von Kuhn zum Thema Compliance bleibt nach erfolgreich vollzogener Übernahme der Anteile an der Gaming AG unverändert negativ. Unter Berufung auf die umfangreichen Untersuchungsmaßnahmen im Vorfeld der Transaktion, die in seinen Augen ohnedies kostspielig genug waren und nur wenig aussagekräftige Ergebnisse zutage gebracht hätten, plädiert er in einer Vorstandssitzung mit Nachdruck dafür, sich mit Ausnahme einer Neubesetzung des AR der Gaming AG durch wohlgesonnene Vertraute tunlichst nicht in die strategischen und operativen Geschäftsleitungsentscheidungen des nunmehrigen Tochterunternehmens einzumischen. Dies gebiete nicht nur das deutsche Aktienrecht, demzufolge die Leitung einer AG dem Vorstand in unabhängiger und weisungsfreier Weise zustehe, sondern vor allen Dingen der erwiesene wirtschaftliche Erfolg der davor liegenden Jahre, den man unter dem Dach der Holding AG in unveränderter Weise fortführen wolle.

Erneut plagen Bange erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Kuhns Sichtweise. Denn er ist sich bewusst, dass sich seine Leitungsverantwortung von nun an nicht mehr auf die Belange der eigenen Gesellschaft beschränkt, sondern unter Rücksichtnahme auf die gesellschaftsrechtlichen Schranken zulässiger Einflussnahme auf das zum Unternehmensverbund gehörende Vermögen der Gaming AG erstreckt. Er ist sich aber nicht sicher, ob ihn in seiner Funktion als Konzernvorstand nunmehr analog dazu eine konzernweite Compliance-Verantwortung trifft. Insb. fürchtet er, dass die wenigen bislang auf Ebene der Holding AG ergriffenen Maßnahmen nicht ausreichend sein könnten, um ihn vor einem möglichen Haftungsdurchgriff aufgrund eines Gesetzesverstößes in der Gaming AG zu schützen.

Bange ersucht seinen Rechtsvertreter um Aufklärung über seine veränderten Compliance-Pflichten und -Haftungsrisiken im neu entstandenen Unternehmensverband.

Rn 330

In den bisherigen Ausführungen ging es um die gesellschaftsrechtliche Compliance-Pflicht des Vorstands im Verhältnis zur eigenen Gesellschaft. Auch im Konzern gilt, dass der Geschäftsleiter des einzelnen Konzernunternehmens für rechtmäßiges Verhalten in der jeweiligen Gesellschaft zu sorgen hat⁷³³. Davon betroffen sind in gleicher Weise die Vorstände der Konzernmutter und die Vorstände der abhängigen

Rn 331

⁷³⁰ Vgl. o. Rn 310.

⁷³¹ V. Hein, Jan, WpHG § 23 Anzeige von Verdachtsfällen, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarkrechts-Komm, Rn 23.

⁷³² Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 8 unter Rn 310.

⁷³³ Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 257; Verse, Compliance im Konzern, S. 403.

Konzerngesellschaften, denn beide bleiben – unabhängig von Form und Grad der Konzernierung – in vollem Umfang für das Gebot der Normenbefolgung in ihrem Unternehmen und die Gesamtheit der Maßnahmen, die regelkonformes Verhalten gewährleisten sollen, verantwortlich⁷³⁴.

Im Fall der Konzernmutter ist darüber hinaus zwischen den Pflichten des Vorstands im Verhältnis zum eigenen Unternehmen und den Pflichten des herrschenden Unternehmens und seines Vorstands im Verhältnis zu den Tochtergesellschaften zu unterscheiden⁷³⁵. Klar ist, dass die Verpflichtung der Konzernmutter und des Konzernvorstands jede Tätigkeit betrifft, also auch die Konzernleitung. D. h., dass der Konzernvorstand auch bei seinen Entscheidungen zur Konzerngeschäftspolitik und im Konzerntagesgeschäft an Recht und Gesetz sowie an die Regeln guter und verantwortungsbewusster Unternehmensführung gebunden ist⁷³⁶. Die Entscheidung, ob und in welchem Ausmaß die Konzernobergesellschaft konzernleitend tätig wird⁷³⁷, liegt in seinem alleinigen Ermessen⁷³⁸. Folgerichtig stellt sich i. Z. m. der Legalitätskontrollpflicht die schwierige Frage, ob und – wenn ja – inwieweit den Konzernvorstand eine konzernweite Compliance-Verantwortung für die Einhaltung von Gesetzen, vertraglichen Verpflichtungen und internen Regelungen und Richtlinien in Konzernuntergesellschaften trifft und welche Geschäftsleitung letztlich haftet, wenn es zu Compliance-Verletzungen kommt.

Rn 332

6.2.1.1 Konzerndimension der Compliance-Pflicht

Eine eindeutige gesetzliche Regelung zur Konzerndimension der Compliance-Pflicht fehlt und die Rspr. äußerte sich dazu bislang verhalten⁷³⁹. So spricht § 130 OWiG lediglich vom „Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens“, wenn es um die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen geht. Einen Anhaltspunkt darüber, ob die Regeln über die betriebsbezogenen Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG auch auf den Konzern übertragen und auf das Verhältnis zwischen Konzernmutter bzw. Konzernvorstand und abhängigen Konzerngesellschaften Anwendung findet, lieferte das OLG München, das die Anwendbarkeit von § 130 OWiG auf Konzernsachverhalte als von den konkreten Umständen des Einzelfalls, insb. vom jeweiligen Ausmaß der Möglichkeit zur Einflussnahme der

Rn 333

⁷³⁴ *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2308.

⁷³⁵ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1322.

⁷³⁶ Ebd., S. 1322.

⁷³⁷ Vgl. o. Pkt. 5.1.1.1.

⁷³⁸ *Schima, Georg / Artl, Marie-Agnes*, Leitung und Überwachung: Corporate Governance im Konzern, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rn 9.51.

⁷³⁹ *Zenke/Dessau*, Compliance: Konzernhaftung.

Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft, abhängig erachtete⁷⁴⁰. Nur wenn „die Obergesellschaft konzernrechtlich legitimiert (z. B. durch einen Beherrschungsvertrag) Weisungen erteilen [kann], die das Handeln der Tochtergesellschaft beeinflussen und sie diese Weisungsrechte in Anspruch [nimmt], bestehe insoweit eine gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflicht der Konzernobergesellschaft“, so die Kernaussage des damaligen Gerichtsbeschlusses.

Wie umstritten die Frage angesichts der unklaren Rechtslage ist, zeigt ein Blick in die gesellschaftsrechtliche Literatur, wo sich ein nicht unbeachtlicher Teil die Frage stellt, auf welcher Grundlage man – wenn schon die Konzernmutter und deren Geschäftsleiter nicht einmal zur Konzernleitung verpflichtet seien – vom Konzernvorstand verlangen könne, sich in Compliance-Angelegenheiten bei ihren Tochtergesellschaften einzumischen⁷⁴¹. Schließlich dürfe die Konzernspitze von der Zuverlässigkeit der Tochtervorstände ausgehen und darauf vertrauen, dass sie in eigener Verantwortung und in Erfüllung ihrer Organpflichten selbst ausreichende Compliance-Maßnahmen in den einzelnen Konzerngesellschaften unterhalten⁷⁴². Aus diesem Grund würde die Mitglieder der Geschäftsleitung der Obergesellschaft im Konzern keine unmittelbare konzernweite Legalitätskontrollpflicht treffen⁷⁴³, für eine Verdoppelung oder – in mehrfach gestuften Konzernen – eine Vervielfachung der Legalitätskontrollpflicht gäbe es keine Erfordernis⁷⁴⁴.

Rn 334

Ein weiteres Argument gegen die Annahme einer konzernweiten Compliance-Pflicht auf Seiten des Konzernvorstands ist die Unvereinbarkeit mit den konzernrechtlichen Schutzbestimmungen für faktisch oder vertraglich abhängige Untergesellschaften gegenüber beherrschendem Einfluss der Obergesellschaft⁷⁴⁵. Eine Verpflichtung zur Einflussnahme stünde in vollkommenem Widerspruch und würde das strikte konzernrechtliche Trennungsprinzip durchbrechen⁷⁴⁶. In besonderer Weise würde dies auf den Fall einer nur faktisch abhängigen Tochter-AG zutreffen, zumal die Muttergesellschaft über keine Mittel verfügt, um Compliance-Maßnahmen ohne oder notfalls gegen den Willen des Tochtervorstands durchzusetzen, und die – durch §§ 311 ff. AktG eröffnete – Ausnahme vom Verbot der Einflussnahme unter Voraussetzung eines Nachteilsausgleichs⁷⁴⁷ auch keineswegs nutzen muss⁷⁴⁸. Den für

Rn 335

⁷⁴⁰ OLG München I, Urteil vom 23.9.2014 – 3 Ws 599, 600/14, in CCZ 2016, S. 44 – 48 (S. 48).

⁷⁴¹ Vgl. Schockenhoff, Haftung und Enthftung von GeschäftsleiteRn in Konzernen, S. 202; Singer, Konzerndimension von Zustimmungsvorbehalten, S. 144.

⁷⁴² Campos Nave/Grube, Compliance im Konzern; Schneider, Compliance im Konzern, S. 1325.

⁷⁴³ Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2311.

⁷⁴⁴ Schockenhoff, Haftung und Enthftung von GeschäftsleiteRn in Konzernen, S. 202.

⁷⁴⁵ Vgl. o. Pkt. 5.1.1.2.

⁷⁴⁶ Altmeyden, Compliance und „konzernspezifisches Trennungsprinzip“, S. 1227.

⁷⁴⁷ Vgl. o. Pkt. 5.2.2.

⁷⁴⁸ Altmeyden, Compliance und „konzernspezifisches Trennungsprinzip“, S. 1234.

eine gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflicht der Konzernobergesellschaft laut o. g. Beschluss des OLG München notwendigen Umständen am nächsten kommt die Situation im Vertragskonzern. § 308 Abs. 1 S. 1 AktG gibt dem herrschenden Unternehmen bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags nur das Recht – aber nicht die Pflicht – zur Erteilung von Weisungen, so dass sich daraus auch für den Vertragskonzern keinerlei Verpflichtung des herrschenden Unternehmens oder seiner gesetzlichen Vertreter, in den Tochtergesellschaften für Compliance oder die Einrichtung eines funktionierenden CMS zu sorgen, ableiten lässt⁷⁴⁹.

Demgegenüber steht die Auffassung, der Konzernvorstand hätte persönlich dafür Sorge zu tragen, dass die Mitarbeiter der Tochtergesellschaft angemessen ausgewählt, über die ihnen obliegenden Aufgaben und Pflichten informiert, regelmäßig kontrolliert und bei Regelverstößen sanktioniert werden⁷⁵⁰. Ein Teil der Literatur geht sogar von vollumfänglichen Compliance-Verpflichtungen (auch) in Bezug auf die Konzerngesellschaften aus⁷⁵¹. Dogmatisch wird diese Pflicht auf Ebene der Konzernobergesellschaft teilweise mit den allgemeinen Organisations- und Überwachungspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG, teilweise als eine Ausprägung der allgemeinen Schadensabwendungspflicht oder zu einem anderen Teil als unabdingbares Erfordernis ordnungsgemäßer Beteiligungsverwaltung im Interesse der Gesellschaft begründet⁷⁵².

Rn 336

Nach § 91 Abs. 2 AktG ist der Vorstand zur Einrichtung eines Risiko- und Überwachungssystems zum Zweck der frühzeitigen Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen verpflichtet. Der Vorstand hat – in anderen Worten – für ein angemessenes Risikomanagement und für eine angemessene interne Revision zu sorgen⁷⁵³. In diesem Zusammenhang entschied das LG Stuttgart in einem Urteil aus dem Jahr 2017⁷⁵⁴ über Auskunftsrechte und Compliance-Überwachung im Porsche-Konzern i. Z. m. dem davor bekannt gewordenen „Dieselskandal“, dass ein gesetzeskonformes Überwachungssystem nach den Mindestanforderungen von § 91 Abs. 2 AktG zweifellos auch Risiken zu umfassen habe, die von Tochter- oder Beteiligungsgesellschaften herrühren, und dass sich der Vorstand der Obergesellschaft, soweit von den letztgenannten Risiken auch Risiken für die Muttergesellschaft selbst ausgingen, nicht uneingeschränkt mit der Annahme begnügen darf,

Rn 337

⁷⁴⁹ Ebd., S. 1234.

⁷⁵⁰ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1325.

⁷⁵¹ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 407.

⁷⁵² *Müller, Stephan / Seulen, Günter*, f. Compliance, in: *Hilber*, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 21; *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 257 f.; *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 921.

⁷⁵³ *Liebscher, Thomas*, § 6 Vorstand, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG, Rn 115.

⁷⁵⁴ LG Stuttgart, Urteil vom 19.12.2017 – 31 O 33/16 KfH, in NZG 2018, S. 665 – 678 (S. 677).

diese Geschäftsrisiken würden ohnedies von ihren Gesellschaften erfasst und bewertet werden⁷⁵⁵.

§ 91 Abs. 2 AktG aus diesem Grund als Quelle für konzernweite Compliance-Pflicht zu interpretieren, wäre unkorrekt, nicht allein deshalb, weil sich Compliance-Pflichten in diesem Fall – was nicht zu überzeugen vermag – nur auf Verhinderung von Rechtsverletzungen, denen bestandsgefährdender Charakter zukommt, beschränken würden⁷⁵⁶, sondern auch, weil die Disziplinen Compliance, Risikomanagement und Interne Revision trotz engen Zusammenhangs – alle drei Funktionen sind neben anderen Bestandteil des internen Überwachungssystems eines Unternehmens⁷⁵⁷ – thematisch nicht miteinander deckungsgleich sind. So wird ausgehend von der Definition des Risikobegriffs der Unterschied zu Compliance deutlich: Während ein CMS die Einhaltung rechtlicher Vorgaben durch gesetzliche Vertreter und Mitarbeiter des Unternehmens garantieren soll, geht es im Risikomanagement um die Erkennung, Steuerung und Kommunikation von wirtschaftlichen Risiken⁷⁵⁸. Weniger deutlich ist demgegenüber die Abgrenzung zwischen Compliance-Funktion und Interner Revision, zumal beide der Minimierung von Risiken und Verhinderung, Vermeidung und Aufdeckung von Verstößen gegen unternehmensinterne und -externe Regeln dienen⁷⁵⁹. Unterteilt man das interne Überwachungssystem – wie es heute gängige Praxis ist – in die drei bekannten Verteidigungslinien der internen Kontrolle⁷⁶⁰, zeigt sich, dass die Compliance-Funktion, z. B. in Bezug auf die Erstellung von Regelwerken oder Implementierung von Compliance-Prozessen, von stärkerer präventiver Natur und der Internen Revision innerhalb des internen Überwachungssystems organisatorisch insofern vorgelagert ist, als die Interne Revision als dritte – und letzte – Verteidigungslinie die geschäftliche Gesamtorganisation und – als Teilerer auch – die Angemessenheit und Wirksamkeit des CMS bzw. der Compliance-Funktion überprüft⁷⁶¹.

Rn 338

Andere Teile der Literatur sehen die Geschäftsleiter der Konzernobergesellschaft verpflichtet, durch geeignete konzernweite Kontrollmaßnahmen Schäden vorzubeugen, die der Obergesellschaft unmittelbar oder mittelbar aus Rechtsverletzungen der

Rn 339

⁷⁵⁵ Ebd., S. 677.

⁷⁵⁶ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1323.

⁷⁵⁷ *Obermayer, Gerhard*, § 44. Revision, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance, Rn 59.

⁷⁵⁸ *Koch, Jens*, AktG § 91 Organisation; Buchführung, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 33.

⁷⁵⁹ *V. Busekist, Konstantin / Federmann, Bernd / Lochen, Sebastian*, § 13. Anforderungen an ein Compliance Management System in der Unternehmenspraxis, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 417.

⁷⁶⁰ *Beyer/Heyd*, Compliance für Aufsichtsräte, S. 104.

⁷⁶¹ *V. Busekist, Konstantin / Federmann, Bernd / Lochen, Sebastian*, § 13. Anforderungen an ein Compliance Management System in der Unternehmenspraxis, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 419 – 423.

Konzernunternehmen drohen⁷⁶². Schäden drohen der Obergesellschaft einerseits mittelbar, weil Geldbußen und Sanktionen gegen untere Konzernebenen indirekt auf das Vermögen der Obergesellschaft durchschlagen und mit erheblichen Reputationsschäden verbunden sein können, andererseits unmittelbar, weil in bestimmten Rechtsbereichen, wie z. B. dem europäischen Kartellrecht, die Obergesellschaft selbst für die von ihren Konzerngesellschaften begangenen Wettbewerbsverstößen verantwortlich gemacht wird⁷⁶³. Die Pflicht zur konzernweiten Compliance sei daher eine Ausprägung der in der Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG wurzelnden und mit dem Verbandszweck der Gewinnerzielung untrennbar verbundenen Schadensabwendungspflicht⁷⁶⁴. Für eine solche Überwachungspflicht spreche zudem das Argument, die Geschäftsleiter hätten den Beteiligungsbesitz pfleglich zu verwalten⁷⁶⁵.

Unbeschadet des jeweiligen dogmatischen Ausgangspunkts für eine – allenfalls bejahte – gesellschaftsübergreifende Compliance-Pflicht im Konzern und ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung steht nach heute ganz überwiegender Ansicht aber fest, dass die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung nicht an den Grenzen des eigenen Unternehmens aufhört, sondern sich auch auf alle in- und ausländischen Tochter- und Enkelgesellschaften erstreckt⁷⁶⁶. Daraus ergibt sich, dass die Konzernleitung gegenüber der Konzernobergesellschaft verpflichtet ist, die Beteiligungsrechte in den Konzernunternehmen sorgfältig und gewissenhaft auszuüben, die Entwicklungen im Konzern zu überwachen und Schäden auf unteren Konzernebenen vorzubeugen, wozu konsequenterweise auch gehört, Compliance-Verstöße in nachgelagerten Gesellschaften durch konzernweite Legalitätskontrolle entgegenzuwirken⁷⁶⁷. Wenn sich eine derartige „Pflicht“ auch nicht vollkommen übereinstimmend begründen lässt, so lässt sich die an den Vorstand herangetragene Erwartung doch zumindest als eine Art Verpflichtung zum „Hinwirken“ auf Compliance in Konzernunternehmen beschreiben.

Rn 340

⁷⁶² Verse, Compliance im Konzern, S. 424.

⁷⁶³ Vgl. Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2309, 2311; Verse, Compliance im Konzern, S. 408.

⁷⁶⁴ Reischl, Marcus, Kapitel IX: Compliance, in: V. Kann, Vorstand der AG, Rn 126; Schockenhoff, Haftung und Enthftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 202; Verse, Compliance im Konzern, S. 413.

⁷⁶⁵ Hoffmann/Schieffer, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 406; Koch, Jens, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 21; Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 258; Verse, Compliance im Konzern, S. 407 f.

⁷⁶⁶ Gottschalk/Dobers-Koch, Compliance-Strukturen im internationalen Konzern; Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 257; Sonnenberg, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 921.

⁷⁶⁷ Campos Nave/Grube, Compliance im Konzern; Müller, Stephan / Seulen, Günter, f. Compliance, in: Hilber, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 22.

In dieselbe Richtung⁷⁶⁸ wies der DCGK in seiner alten Fassung vom 7.2.2017, wo es in Ziffer 4.1.3 S. 1 noch hieß, „der Vorstand [habe] für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance) [hinzuwirken]“. Die inzwischen erfolgte Änderung der Formulierung gegenüber Ziffer 4.1.3. S. 1 DCGK 2017 hins. Beachtung von Gesetzen und Richtlinien durch „nur“ mehr Unternehmen und nicht mehr – wie zuvor präziser formuliert – allen Konzernunternehmen vermag nach der hier vertretenen Auffassung und im Lichte der gegenständlich geführten Diskussion über Konzernlagen nicht zu überzeugen, zumal sie entgegen der Auffassung anderer Autoren⁷⁶⁹ keineswegs Missverständnisse hins. der Compliance-Pflichten im Konzern vermeidet, sondern stattdessen die faktisch anerkannte Reichweite der konzernweiten Compliance-Verantwortung und dahingehend bestehende Unsicherheiten in der Unternehmenspraxis (wieder) ausblendet.

Rn 341

Zusammengefasst steht es Bange und Kuhn in Fallbeispiel 9⁷⁷⁰ i. Z. m. der Pflicht zur Sicherung von rechtmäßigem Handeln im neu aus der Anteilsübernahme hervorgegangenen Unternehmensverbund also nicht zu, den Vorstand der Gaming AG weiter frei agieren zu lassen und sich selbst nur auf die eigenen Pflichten in der Holding AG zurückzuziehen. Sie werden in Compliance-Fragen nach heutigem Rechtsstand als verpflichtet angesehen, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln eine konzernweite Organisation zu errichten und Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen zu ergreifen, die geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um Rechtsverstöße auf unteren Konzernebenen vorzubeugen sowie vorkommende Verstöße zu entdecken und zu sanktionieren⁷⁷¹. Der Verzicht auf Compliance Maßnahmen über die Grenzen der Holding AG hinaus erschiene nur vertretbar, wenn die neu entstandene Unternehmensgruppe – wie von Bange und Kuhn gesondert darzulegen und zu beweisen wäre⁷⁷² – nach ihrer Größe und ihrem Geschäftsgegenstand als so risikoarm zu betrachten wäre, dass mit der Begehung wesentlicher Rechtsverstöße nicht zu rechnen ist⁷⁷³. Dies erscheint in Anbetracht des mit der Übernahme der Gaming AG vollzogenen Branchenwechsels in einen unbekannt

Rn 342

⁷⁶⁸ Vgl. *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1325.

⁷⁶⁹ Vgl. *Ghassemi-Tabar, Nima*, DCGK G5 Grundsatz 5., in: *Johannsen-Roth/Ghassemi-Tabar/Illert*, DCGK Komm, Rn 1.

⁷⁷⁰ Vgl. o. Rn 330.

⁷⁷¹ *Campos Nave/Grube*, Compliance im Konzern; *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 9.

⁷⁷² Vgl. *Schockenhoff*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 211.

⁷⁷³ Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 9; *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 918; LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, in NZG 2014, S. 345 – 349 (S. 346 ff.).

Geschäftszweig, in dem – wie die Vergangenheit zeigte – Gesetzesverstöße nicht ausgeschlossen werden können, und der in der DD aufgetauchten Hinweise auf Compliance-Verletzungen jedoch für den vorliegenden Fall als wenig zutreffend, was – wie die Haftungsfälle der letzten Jahre gezeigt haben – bei Verstoß zur Folge hätte, dass sich Bange und Kuhn trotz Fehlens einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Konzern-Compliance nicht mehr entlasten könnten, wenn davor ausreichende Vorkehrungen ausgeblieben sind⁷⁷⁴.

6.2.1.2 Anforderungen an die Konzern-Compliance-Organisation

Hins. der jeweiligen Ausgestaltung der Compliance-Organisation im Konzern und der Frage, welche Freiheiten einer Konzerngesellschaft bei ihren Regelungen und Prozessen überlassen werden⁷⁷⁵, gilt derselbe Grundsatz von unternehmerischem Ermessen wie in Bezug auf die Einzelgesellschaft⁷⁷⁶. Die Intensität der Kontroll-dichte ist gleichermaßen wie die Auswahl der erforderlichen Compliance-Maßnahmen eine unternehmerische Entscheidung, für die Bange und Kuhn erhebliche Gestaltungsfreiheiten genießen. Diese ist haftungsrechtlich von der BJM-Rule geschützt, solange der Vorstand annehmen durfte, auf Basis angemessener Informationen und zum Wohl der Gesellschaft zu handeln⁷⁷⁷. Allgemeingültige Regeln für im Einzelfall gebotene Konzernmaßnahmen lassen sich – wie bei der Einzelgesellschaft – aus den vorliegenden Bestimmungen aber nicht ableiten und Rspr. zur Ausgestaltung der Konzern-Compliance anhand eines standardisierten Pflichtenkatalogs findet sich – wenn überhaupt – nur vereinzelt⁷⁷⁸.

Rn 343

Die Anforderungen an die Organisation richten sich nach der konkreten Situation des Unternehmens bzw. danach, was nach Größe und Umständen erforderlich und der Gesellschaft zumutbar ist⁷⁷⁹. Als maßgebliche Gestaltungskriterien dienen z. B. die Rechtsform des Unternehmens, die Struktur und das Risikoprofil des Geschäfts (homogenes Geschäft oder Mischkonzern), die geographische Präsenz (Geschäftstätigkeit in stärker oder weniger korruptionseigenen Märkten), das regulatorische Umfeld, die Tragweite von Normverletzungen und die Häufigkeit, mit der Compliance-Verstöße in der Vergangenheit auftraten⁷⁸⁰. Dabei gilt im Allgemeinen: Je

Rn 344

⁷⁷⁴ Vgl. *Schockenhoff*, Haftung und Enthaltung von GeschäftsleiterIn in Konzernen, S. 203.

⁷⁷⁵ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 407.

⁷⁷⁶ *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1325 f.; *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 921; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 415.

⁷⁷⁷ Vgl. *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 404.

⁷⁷⁸ *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 918.

⁷⁷⁹ *Tödtmann*, Compliance als Vorstandsaufgabe, S. 30.

⁷⁸⁰ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 407; *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 250; *Tödtmann*, Compliance als Vorstandsaufgabe, S. 30.

größer, komplexer und anfälliger – trotz unter Umständen hoher regulatorischer Anforderungen – sich ein Unternehmen erweist, umso geringer ist der Gestaltungsspielraum, der der Geschäftsleitung zugestanden wird.

Wenngleich die Frage schwierig bleibt, was konkret aus der breiten Auswahl an zur Verfügung stehenden Compliance-Maßnahmen⁷⁸¹ zu den „zwingenden“ Pflichten gehört oder nur „Good-Practice“ ist, bildeten sich in den letzten Jahren eine Reihe von bestimmten, je nach Charakter in präventive, kontrollierende und reaktive Maßnahmen unterteilbare Kernelemente heraus, die heute stellvertretend für die Bestandteile einer vorbildlichen Compliance-Organisation (sog. Benchmarks) stehen und unter Voraussetzung, dass sie unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten auf die jeweiligen Bedürfnisse zugeschnitten wurden, gemeinhin als eine Art Grundverpflichtung für Geschäftsleiter einer sorgfältig geführten Konzernmutter aufgefasst⁷⁸² und – wie es sich in Fallbeispiel 9⁷⁸³ aus Sicht von Bange und Kuhn anbietet – als Maßstab für die erstmalige Etablierung einer institutionalisierten Compliance-Konzernorganisation herangezogen werden können. Beispielhaft und nicht taxativ seien im Nachfolgenden nur die Wichtigsten angeführt.

Rn 345

Ausschlaggebend für die Wirksamkeit einer Compliance-Organisation ist nach weitgehender Übereinstimmung⁷⁸⁴ eine vom Top-Management erkennbar und mit voller Überzeugung vorgelebte Compliance-Kultur, d. h. ein glaubwürdiges Bekenntnis des Top-Managements zu unternehmensweitem gesetzeskonformem Verhalten (sog. Tone-from-the-Top)⁷⁸⁵. Nicht weniger unmissverständlich oder verbindlich dürfen konzerninterne Grundsatzrichtlinien sein, wenn es um die Kommunikation der an die Mitarbeiter gerichteten, verpflichtenden Verhaltensstandards (sog. Code-of-Conduct), Verfahrensanweisungen und Erwartungen hins. ethischen Verhaltens geht⁷⁸⁶. Eine effiziente Compliance-Organisation zeichnet sich durch klar definierte Zuständigkeiten und Berichtswege aus, wozu i. d. R. ein unabhängiger und organisatorisch für die Aufgabenerfüllung ausreichend ausgestatteter Compliance-Beauftragter zählt⁷⁸⁷. Einen langjährigen Mitarbeiter der Rechtsabteilung ohne besondere Qualifikationsvoraussetzungen allein mit Compliance-Agenden zu beauftragen –

Rn 346

⁷⁸¹ Vgl. Koch, Jens, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 18 f.

⁷⁸² Reischl, Marcus, Kapitel IX: Compliance, in: V. Kann, Vorstand der AG, Rn 68; Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 252; Sonnenberg, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 918.

⁷⁸³ Vgl. o. Rn 330.

⁷⁸⁴ Vgl. Campos Nave/Grube, Compliance im Konzern; Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 252; Schneider, Compliance im Konzern, S. 1326; Sonnenberg, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 918.

⁷⁸⁵ Rothenburg, Vera, § 4 Aufgaben und Kompetenzen, in: Goette/Arnold, HaBu Aufsichtsrat, Rn 265 – 267.

⁷⁸⁶ Bode, Aiko, § 1 Compliance-Kultur, in: Bay/Hastenrath, CMS, Rn 62.

⁷⁸⁷ Koch, Jens, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 18 f.

wie es Bange in Fallbeispiel 9⁷⁸⁸ tat – entspricht nicht den erforderlichen Mindeststandards. Wenngleich die Frage, ob ein Compliance Officer Teil der Rechtsabteilung sein kann, angesichts von drohenden Interessenskonflikten aufgrund unterschiedlicher, an die beiden nicht identen Funktionen Recht und Compliance herangetragenen Erwartungshaltungen⁷⁸⁹ nicht immer gleich beurteilt wird, gilt eine durchgängige, bis zum Konzernvorstand reichende Berichtslinie von sowohl Konzern-Compliance-Officer als auch lokalen Compliance-Beauftragten als notwendige Voraussetzung für die Vermeidung von Konfliktlagen und Gewährleistung rascher Informationsversorgung in Eilfällen⁷⁹⁰. Fragwürdig erscheint Banges Auswahl zudem insofern, als nicht ersichtlich ist, inwieweit es im Interesse des Gesellschaftswohls der Holding AG steht, einem grds. unerfahrenen Mitarbeiter eine Funktion mit grds. hohem Risikopotential zuzuweisen⁷⁹¹.

Zwingend und Mindeststandard ist ferner eine fortlaufende Kontrolle, ob die konzernweit erteilten Vorgaben und Prozesse eingehalten werden. Gleichermassen muss in regelmäßigen Abständen die Angemessenheit und Wirksamkeit der gewählten Compliance-Organisation überprüft werden⁷⁹². Werden Systemdefizite oder Fehlverhalten entdeckt, muss der Vorstand den Ursachen nachgehen, Rechtsverstöße mit den gebotenen Mitteln sanktionieren und Maßnahmen treffen, die die Rechtmäßigkeit im Unternehmen wiederherstellen und durch Anpassung der bestehenden Compliance-Strukturen zur Vermeidung zukünftiger Zuwiderhandlungen beitragen⁷⁹³.

Rn 347

Der Vorstand kann es aber keineswegs „nur“ bei der Einführung einer allgemeinen – wenn auch konzernweiten – Compliance Organisation belassen, sondern muss allfällige spezifische Risiken durch zusätzliche spezielle Maßnahmen adressieren⁷⁹⁴. Konkrete Anlassfälle bieten i. d. R. Unternehmenskäufe. Stellte sich in Pkt. 5.1.2.2 noch die (berechtigte) Frage, ob es sich bei Integration eines gerade erworbenen Unternehmens um eine Rechtspflicht oder eine bloße Ermessensentscheidung handelt⁷⁹⁵, wird speziell aus Compliance-Sicht klar, dass es für das „Ob“ der Integration keinen Ermessensspielraum geben kann⁷⁹⁶. Vielmehr ist ab Tag 1 nach Abschluss der Transaktion rechtmäßiges Verhalten im neu erworbenen

Rn 348

⁷⁸⁸ Vgl. o. Rn 330.

⁷⁸⁹ Vgl. *Nietsch/Hastenrath*, Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – Teil 2, S. 224.

⁷⁹⁰ *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 921.

⁷⁹¹ Vgl. *Nietsch/Hastenrath*, Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – Teil 2, S. 224.

⁷⁹² *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 255.

⁷⁹³ *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 122 f.

⁷⁹⁴ Ebd., Rn 69.

⁷⁹⁵ Vgl. o. Pkt. 5.1.2.2.

⁷⁹⁶ *Fietz, Eike*, Kapitel 12. Mergers & Acquisitions, in: *Umnuß*, Corporate Compliance, Rn 145.

Unternehmen sicherzustellen⁷⁹⁷, wozu es Compliance-relevanter Einzelmaßnahmen bedarf.

Bange und Kuhn müssen sich also zum einen zügig um die reibungslose Eingliederung der Gaming AG in die neu etablierte Compliance-Organisation der Holding AG kümmern und zum anderen die in der DD identifizierten und durch den Kauf in die eigene Unternehmensgruppe eingebrachten Problembereiche einer vertieften Prüfung unterziehen⁷⁹⁸. Dazu empfiehlt sich im vorliegenden Fall die Durchführung eines Post Closing Audits aufbauend auf den Erkenntnissen der vorgelagerten DD, womit nicht nur geprüft werden kann, ob die Gaming AG den Erwartungen in Sachen Gesetzesbefolgung gerecht wird, sondern auch eine schnelle Reaktion – sollte sich der Korruptionsverdacht als Gesetzesverstoß herausstellen – sowie eine ggf. verpflichtende Meldung an die Behörden und zeitnahe Geltendmachung von Garantien oder Schadenersatzforderungen möglich werden⁷⁹⁹. Die daraus resultierenden Erkenntnisse über die bestehende Compliance-Ordnung in der Gaming AG können zudem wertvolle Hinweise auf Anpassungs- oder Restrukturierungsbedarf geben und in weiterer Folge als Handlungsempfehlungen für die anschließenden Integrationsmaßnahmen zur Vereinheitlichung der Compliance-Organisation zwischen Mutter- und Tochterunternehmen herangezogen werden.

Rn 349

Die typischerweise entscheidenden Schritte für eine gelungene Compliance-Integration betreffen somit dieselben Bereiche, die auch zu den o. g. Kernelementen einer funktionierenden Konzern-Compliance-Organisation zählen⁸⁰⁰. Demzufolge bedarf es auf Ebene der neu erworbenen Gaming AG der Sicherstellung etwa eines glaubwürdigen und an die Compliance-Kultur der Konzernmutter angepassten, einheitlichen Tone-from-the-Top, der Zuweisung klarer Verantwortlichkeiten für lokale Compliance-Belange, der Anbindung an gruppenweite Berichts- und Meldewege oder der Ausrollung von bereits in der Holding AG vorhandenen internen Richtlinien und Verhaltensregeln⁸⁰¹.

Rn 350

⁷⁹⁷ Ebd., Rn 146.

⁷⁹⁸ Vgl. *Bicker, Eike*, Rechtliche Sicht, in: *Bicker/Sackmann*, Compliance M&A-Transaktionen, S. 42.

⁷⁹⁹ *Asenkerschbaumer, Stefan*, Management-Sicht, in: *Bicker/Sackmann*, Compliance M&A-Transaktionen, S. 22; *Schwarz*, Im Fadenkreuz der Regulatoren, S. 142.

⁸⁰⁰ Vgl. o. Rn 345 ff.

⁸⁰¹ Vgl. *Fietz, Eike*, Kapitel 12. Mergers & Acquisitions, in: *Umnuß*, Corporate Compliance, Rn 145 – 155; *Liese, Jens / Theusinger, Ingo*, § 27. Compliance in M&A-Transaktionen, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance, Rn 92; *Schwarz*, Im Fadenkreuz der Regulatoren, S. 142.

6.2.1.3 Umsetzung innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Grenzen

Ob eine Compliance-Organisation zentral, dezentral oder als Mischung von zentralen und dezentralen Elementen aufgebaut ist, liegt im unternehmerischen Ermessen des Konzernvorstands. Besonders in großen Konzernen sprechen Synergien für eine zentrale Compliance-Organisation mit konzernweit einheitlichen Verantwortlichkeiten und Prozessen; andernfalls drohen Reibungsverluste, wenn jede Gesellschaft ein eigenes System verwendet⁸⁰². Dazu und zum Zweck einer effizienteren Umsetzung von Entscheidungen der Konzernleitung greifen insb. internationale Konzerne auf die sog. Matrix-Struktur als Organisationsmodell zurück, in der die Vorteile der beiden bisher dominierenden Organisationsformen – nämlich Skaleneffekte der funktionalen Ausrichtung und ganzheitliche Betrachtungsweise der prozess- oder objektorientierten Ausrichtung – als hybride Lösung zusammengeführt und die weiterhin bestehenden gesellschaftsrechtlichen Grenzen auf Seiten der Konzernmitglieder von betriebswirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen des Konzerns überlagert werden sollen⁸⁰³.

Rn 351

Die tatsächlichen Möglichkeiten der Konzernobergesellschaft, konzernweit verbindliche Vorgaben z. B. zur organisatorischen Umsetzung von Compliance zu machen, erweisen sich in großen internationalen und entsprechend tiefgestaffelten Konzernen als schwierige Aufgabe. Denn die Einwirkungsmacht der Muttergesellschaft ist je nach Rechtsform der Tochtergesellschaften, Konzernstruktur und Beteiligungsverhältnissen gesellschaftsrechtlich begrenzt⁸⁰⁴. Es gilt daher, dass der Umfang der konzerndimensionalen Organisationspflichten durch die Konzernleitung und die an sie gestellten Erwartungen i. Z. m. der sorgsamten Ausnutzung von Ermessensspielräumen bei der Ausgestaltung der Konzern-Compliance-Organisation nur so weit gehen wie die rechtlichen Einflussmöglichkeiten und Informationsrechte ihrer herrschenden Gesellschaft reichen⁸⁰⁵, auch wenn gesellschaftsrechtliche Grenzen nicht – wie z. B. im europäischen Kartellrecht – notwendigerweise maßgeblich für die Haftung der Obergesellschaft für Compliance-Verstöße sein müssen⁸⁰⁶. Andernfalls wäre die Frage, ob „Compliance“ das Verhalten von Minderheitsbeteiligungen

Rn 352

⁸⁰² *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 11 f.

⁸⁰³ *Lehmann / Erik E.*, § 3 Unternehmensorganisation und Criminal Compliance, in: *Rotsch*, Criminal Compliance, Rn 99 f.; *Mundhenke/Hannemann*, Organhaftung im internationalen Konzern; *Schockenhoff*, Haftung und Enthaltung von GeschäftsleiterIn in Konzernen, S. 199.

⁸⁰⁴ *Müller, Stephan / Seulen, Günter*, f. Compliance, in: *Hilber*, Deutsche Tochter im Konzern, Rn 23; vgl. o. Pkt. 5.1.1.1, Pkt. 5.1.1.2 und Pkt. 5.1.3.3.

⁸⁰⁵ *Junker, Claudia / Langner, Dirk*, Kapitel XII: Der Vorstand im Konzern, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 52; *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 260; *Schneider*, Compliance im Konzern, S. 1325; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 417.

⁸⁰⁶ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 407.

erfasst⁸⁰⁷, zu verneinen. Es ist vielmehr die ordnungsgemäße Beteiligungsverwaltung, die vom Vorstand ein Hinwirken auf angemessene Compliance-Standards innerhalb der aus der Gesellschafterstellung resultierenden Möglichkeiten auch in Minderheitsbeteiligungen verlangt⁸⁰⁸. In Abhängigkeit vom jeweiligen Ausmaß der rechtlichen Einflussmöglichkeiten gilt: Je weisungsungebundener eine Tochtergesellschaft ist, desto eher liegen die Compliance-Pflichten bei ihr, und je größer der Einfluss der Muttergesellschaft ist, desto eher hat sie für die Einhaltung von Compliance in der Tochtergesellschaft zu sorgen⁸⁰⁹.

Eine zentrale konzernweite Compliance-Organisation mit einheitlichen Standards ist folgerichtig nur möglich, wenn es sich um einen Vertragskonzern oder GmbH-Konzern handelt⁸¹⁰. Der Konzernvorstand kann in diesen Fällen mit Weisungen direkten Einfluss auf Geschäftsführungs- und Organisationsmaßnahmen in Tochtergesellschaften nehmen und ist bei erkennbarem Compliance-widrigen Verhalten und daraus drohender Risiken für die eigene Gesellschaft zum Einschreiten i. S. sorgfältiger Überwachung sogar verpflichtet⁸¹¹. Eine rechtlich gesicherte Durchsetzungsmöglichkeit hat der Konzernvorstand im AG-Konzern folglich, wenn ein Beherrschungsvertrag besteht⁸¹². Dies macht den Beherrschungsvertrag zu einem geeigneten Mittel effektiver Konzern-Compliance⁸¹³, weswegen auch grds. zu erwarten ist, dass die Konzernleitung die Möglichkeit eines Beherrschungsvertrags in den jeweiligen Konzerngesellschaften jedenfalls prüft.

Rn 353

Dies trifft auch auf die beiden Vorstände Bange und Kuhn in Fallbeispiel 9⁸¹⁴ zu, wo der Verzicht auf einen Beherrschungsvertrag mit der Gaming AG trotz aller dafür vorliegenden Voraussetzungen schwer vertretbar erscheint. Bleibt er aus, riskieren Bange und Kuhn im Falle eines Gesetzesverstößes in der Gaming AG nicht nur eine persönliche Inanspruchnahme auf Grundlage des OWiGs für unterlassene Aufsichtsmaßnahmen, durch welche betriebsbezogene Ordnungswidrigkeiten und Straftaten verhindert hätten werden können, sondern auch eine strafrechtliche sowie deliktische Haftung für zumindest billigende Inkaufnahme von Straftaten durch Unterlassung von geeigneten Abwehrmaßnahmen im Unternehmen⁸¹⁵.

Rn 354

⁸⁰⁷ *Hein*, Compliance, S. 64

⁸⁰⁸ *Hoffmann/Schieffer*, Ordnungsgemäße Compliance-Organisation, S. 407.

⁸⁰⁹ *Zenke/Dessau*, Compliance: Konzernhaftung.

⁸¹⁰ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 12.

⁸¹¹ *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2308.

⁸¹² *Schockenhoff*, Haftung und Enthaltung von Geschäftsleitern in Konzernen, S. 208.

⁸¹³ Ebd., S. 218.

⁸¹⁴ Vgl. o. Rn 330.

⁸¹⁵ Vgl. *Moosmayer*, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, Rn 57; *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 269.

Im Unterschied zum Beherrschungsvertrag ist die Einführung von satzungsmäßigen Zustimmungserfordernissen als Compliance-Instrument wenig geeignet⁸¹⁶. Denn Zustimmungsvorbehalte können nicht zugunsten einer übergeordneten Konzernmutter, sondern gem. § 111 Abs. 4 S. 2 nur zugunsten des AR begründet werden. Zustimmungsvorbehalte können weiters nur Vetocharakter haben, keinesfalls aber Maßnahmen positiv in die Zuständigkeit des AR übertragen⁸¹⁷. Zudem müssen sich Zustimmungsvorbehalte auf bestimmte Arten von Rechtsgeschäften mit außergewöhnlichem Charakter beziehen, die deutlich über der Erheblichkeitsschwelle von Alltagsgeschäften liegen⁸¹⁸. Eine effektive Konzern-Compliance-Organisation erfordert hingegen weitreichendere Kompetenzen. Ihre Umsetzung käme etwa auf Grundlage von gesonderten vertraglichen Vereinbarungen zwischen Konzernmutter und Konzerntochtergesellschaften in Betracht, in denen Standards, Prozesse und Leistungsbeziehungen explizit geregelt werden können⁸¹⁹.

Rn 355

Keiner ausdrücklichen Vereinbarung zum Zweck der Durchsetzung konzernweiter Compliance-Regeln bedürfte es, wäre die Gaming AG in der Rechtsform einer GmbH organisiert. Diesfalls stünde der Holding AG als Alleingesellschafterin aufgrund von § 37 Abs. 1 GmbHG ein umfassendes – sowohl Gebote als auch Verbote umfassendes – Weisungsrecht zu, das die Geschäftsführung des Tochterunternehmens auch ohne ausdrücklichen Gesellschafterbeschluss zu befolgen hätte⁸²⁰.

Rn 356

Dagegen ist der Konzernvorstand im faktischen AG-Konzern, wo der Abschluss eines Beherrschungsvertrags schlichtweg an der erforderlichen Kapitalmehrheit scheitert⁸²¹, mangels Weisungsrecht auf die freiwillige Kooperation der Vorstände der abhängigen Gesellschaften angewiesen. Ein Rechtsanspruch auf Kooperation bei der Durchsetzung der konzernweiten Compliance-Pflicht besteht nicht⁸²². Die Vorstandspflichten können sich in diesem Fall nur darauf beschränken, mit faktischen Einflussnahme-Möglichkeiten und den in der HV der Tochtergesellschaft zustehenden rechtlichen Mitteln auf die Einrichtung einer Compliance-Organisation hinzuwirken⁸²³. Kommt es dazu, darf zumindest – solange es darum geht, die Tochter anzuhalten, in ihrem Bereich im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren Legalitätskontrolle zu betreiben und rechtswidrige Maßnahmen zu unterlassen –

Rn 357

⁸¹⁶ Schockenhoff, Haftung und Enthaftung von GeschäftsleiterIn in Konzernen, S. 217.

⁸¹⁷ Koch, Jens, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 63.

⁸¹⁸ Ebd., Rn 64 f.

⁸¹⁹ Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: Hasselbach/Nawroth/Rödding, HoldHB, Rn 262.

⁸²⁰ Vgl. Oetker, Hartmut, GmbHG § 37 Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, in: Henssler/Strohn, GesRecht, Rn 13 f., 17; weiters o. Pkt. 5.3.4.

⁸²¹ Vgl. o. Pkt. 5.1.3.3.

⁸²² Schockenhoff, Haftung und Enthaftung von GeschäftsleiterIn in Konzernen, S. 208.

⁸²³ Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2311.

i. d. R. auch von einer zulässigen Einflussnahme und einem nicht weiter ausgleichspflichtigen Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG ausgegangen werden⁸²⁴.

Eine konzernweite einheitliche Compliance-Organisation erweist sich in den meisten faktischen AG-Konzernen als praktisch nicht durchsetzbar. Zulässig und ausreichend ist eine nur dezentrale Compliance-Organisation, bei der die inhaltliche Compliance-Verantwortung in unveränderter Weise beim Tochtervorstand bleibt, währenddessen der Konzernvorstand eine vorwiegend überwachende und im Anlassfall unterstützende oder korrigierende Funktion einnimmt⁸²⁵. Voraussetzung aus Sicht der Konzernleitung ist jedoch eine angemessene Informationsversorgung, welche ihrerseits wiederum eine entsprechende Bereitschaft des Tochtervorstands zur Kooperation in Sachen Compliance-Berichterstattung bedingt. Denn die Konzernmutter hat – es sei denn, es ist zur Erstellung des Konzernabschlusses erforderlich – von Gesetzes wegen keinen über das in § 131 AktG geregelte, nur zum Zweck der Stimmrechtsausübung vorgesehene Auskunftsrecht⁸²⁶ hinausgehenden Informationsanspruch gegenüber der abhängigen AG⁸²⁷. Sofern die notwendige Zusammenarbeit nicht oder nur unzureichend funktioniert, kann sich der Konzernvorstand entweder im Rahmen eines Doppelmandats selbst oder aber ihm nahestehende Personen in den AR der Tochter wählen (lassen) und in dieser Weise von dem Recht auf gem. § 90 Abs. 1 AktG regelmäßige und anlassbezogene Berichterstattung durch die Geschäftsleitung der Tochter Gebrauch machen⁸²⁸. Sollte auch dies nicht reichen, bleibt die Veranlassung eines – sofern die Satzung nichts anderes vorschreibt – mit einfacher Mehrheit zu fassenden AR-Beschlusses zum Austausch des Tochtervorstands durch einen Kooperationswilligeren nach Ablauf der aktuellen Amtszeit oder – sollte ein wichtiger Grund gem. § 84 Abs. 4 S. 2 AktG vorliegen – zum vorzeitigen Widerruf der bestehenden Bestellung⁸²⁹.

Rn 358

Unabhängig davon, auf welche Art und Weise die Konzern-Compliance durchgesetzt wird, bleibt die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder von Konzernuntergesellschaften zur eigenverantwortlichen Leitung und uneingeschränkten Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten im eigenen Unternehmen unverändert bestehen⁸³⁰. Auch nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags besteht die Legalitätspflicht fort⁸³¹. Sie

Rn 359

⁸²⁴ *Rhein, Wolfram / Jenderek, Fabian*, Teil B: Gesellschaftsrecht, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB, Rn 261; *Verse*, Compliance im Konzern, S. 419.

⁸²⁵ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 18.

⁸²⁶ *Herrler, Sebastian*, AktG § 131 Auskunftsrecht des Aktionärs, in: *Grigoleit*, AktG Komm, Rn 1.

⁸²⁷ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 33 Konzernorganisationsrecht, Rn 15.

⁸²⁸ *Schockenhoff*, Haftung und Enthaftung von Geschäftsleitern in Konzernen, S. 209 f.

⁸²⁹ Vgl. *Weber, Markus*, AktG § 84 Bestellung und Abberufung des Vorstands, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 19 f., 63 ff.

⁸³⁰ *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2308.

⁸³¹ *Schockenhoff*, Haftung und Enthaftung von Geschäftsleitern in Konzernen, S. 231.

müssen folglich, selbst wenn die Konzernmutter Compliance-Vorgaben im Detail vorgibt, jede dieser angeordneten Compliance-Maßnahmen auf Rechtmäßigkeit überprüfen, denn befolgt werden müssen ausschließlich rechtmäßige – wenn auch im jeweiligen Einzelfall möglicherweise nachteilige – Weisungen, keinesfalls aber Anweisungen, die zwingende gesetzliche Vorschriften missachten oder zu rechtswidrigem Verhalten auffordern⁸³². Den letzteren Anweisungen ist in gleicher Weise auch bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags die Befolgung zu verweigern, wohingegen es beim Ermessen des Tochtervorstands bleibt, rechtmäßigen Weisungen zu folgen, sofern diese für die eigene Gesellschaft nicht nachteilig sind oder ein verbundener Nachteil durch das herrschende Unternehmen angemessen ausgeglichen wird⁸³³. Der Vorstand der Konzernuntergesellschaft ist folgerichtig zu keinem Zeitpunkt von der Legalitätspflicht entlastet, sei es hins. der Verpflichtung zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit aller (ihm auftragener) Maßnahmen auf potentiell Compliance-widriges Verhalten oder in Bezug auf von außen vorgegebene Konzern-Compliance-Strukturen, falls er diese für seine Gesellschaft als unzureichend hält und sie durch ergänzende, korrektive Compliance-Maßnahmen auszugleichen hat⁸³⁴.

6.2.2 Fallbeispiel 10: Konzerninterne Kompetenzüberschreitungen

Sachverhalt⁸³⁵:

In der Tat und trotz vorliegender Voraussetzungen unterbleibt nach erfolgreicher Anteilsübernahme und Eingliederung der Gaming AG unter die Leitung der Holding AG der Abschluss eines Beherrschungsvertrags zwischen der Holding AG und der Gaming AG. In der Gaming AG kommt es lediglich zu einer Neubesetzung des AR und zu einer Änderung der Satzung dahingehend, dass jene Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die auf Ebene der Holding AG schon bislang einem Zustimmungsvorbehalt des AR unterlagen, wie z. B. Kauf und Verkauf von Unternehmensanteilen, Gesellschaftsgründungen, Darlehensgewährungen oder signifikante Investitionsentscheidungen, nunmehr auch auf Ebene der Gaming AG nur unter Voraussetzung der vorhergehenden Zustimmung des eigenen AR getätigt werden dürfen. Dazu sahen sich Bange und Kuhn als Reaktion auf die Ergebnisse der Compliance-DD, laut derer es in der Vergangenheit bei nicht unwesentlichen Geschäftsentscheidungen immer wieder zu Alleingängen des Gaming AG-Vorstands gekommen ist, verpflichtet. Abgesehen davon kommt es zu keinen weiteren nennenswerten Maßnahmen in Compliance-Hinsicht, so dass es – ganz nach dem Ansinnen von Kuhn – bei dem neu geschaffenen Unternehmensverbund um eine dezentrale Compliance-Organisation mit vorwiegend lokal belassener Compliance-Verantwortung handelt. Auch die Bezüge von Frank Halmig als Alleinvorstand der Gaming AG, welche bereits vor Übernahme, nicht zuletzt aufgrund einer nicht unbeträchtlichen anreizorientierten Umsatzbeteiligung, als verhältnismäßig hoch in Anbetracht der tendenziell rückläufigen Unternehmensergebnisse galten, bleiben weiter unverändert bestehen.

Um das Unternehmen langfristig wieder in die Gewinnzone zu bringen und v.a. die für seine Bezüge relevanten Umsätze zu steigern, entscheidet sich Halmig in weiterer Folge für die Zusammenarbeit

Rn 360

⁸³² Vgl. Bödecker, Annette, AktG § 308 Leitungsmacht, in: Henssler/Strohn, GesRecht, Rn 11 f.

⁸³³ Vgl. Fleischer, Holger § 18. Vorstand im Unternehmensverbund, in: Fleischer, Hb Vorstandsrecht, Rn 74; Grunewald, Barbara, AktG § 323 Leitungsmacht der Hauptgesellschaft und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 2, 5.

⁸³⁴ Vgl. Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2308.

⁸³⁵ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 9 unter Rn 330.

mit einem langjährigen, inzwischen mit ihm verschwägerten Geschäftspartner zur Gründung eines neuen Casino-Standorts. Die zu diesem Zweck abgeschlossene, unverbindliche Grundsatzvereinbarung sieht die Gründung eines zu jeweils gleichen Teilen gehaltenen Unternehmens vor, das sich nach Einbringung der für den Standortbau notwendigen Finanzmittel durch die Gaming AG einerseits und der umfangreichen Vorarbeit andererseits, die der Geschäftspartner im Vorfeld i. Z. m. politischem Lobbying erbracht hat, so rasch wie möglich um den Erhalt einer Betreiberlizenz bewerben soll. Sollte dies gelingen, würden die 50 %-Anteile des Geschäftspartners zum Zeitpunkt der Standorteröffnung zu einem vorab festgelegten Kaufpreis an die Gaming AG abgetreten werden, wodurch die Gaming AG als alleiniger Betreiber des Standorts hervorginge. Wenngleich aufgrund des vorläufig noch unverbindlichen Charakters eine Zustimmung durch den AR nicht notwendig ist, enthält die Vereinbarung den korrekten Hinweis, die Projektumsetzung sei durch dessen Zustimmung aufschiebend bedingt.

Kurze Zeit darauf kommen die beiden Vertragspartner aufgrund der Ankündigung über den bevorstehenden Beginn des Ausschreibungsverfahrens für eine Lizenz am Standort des geplanten Casinos unter Zugzwang und beginnen mit der Umsetzung ihrer Kooperation. Davor erkundigt sich der Geschäftspartner der Vollständigkeit halber noch vom Vorliegen der Gremienzustimmung. Halmig kontaktiert zu diesem Zweck den neuen AR-Vorsitzenden Herbert Ritter und bekommt von ihm zu verstehen, der Zustimmungsvorbehalt sei nur mehr formeller Natur und würde wie unter seinem Vorgänger in der Vergangenheit natürlich erwartungsgemäß erteilt werden, woraufhin er gegenüber dem Geschäftspartner bestätigt, dass die Zustimmung des AR „de facto“ vorliegend sei. Es folgt die Gründung der gemeinsamen Joint-Venture-Gesellschaft, in deren Kapitalrücklage Halmig stellvertretend für die Gaming AG einen mehrstelligen Millionenbetrag einzahlt. Darüber hinaus schließt er im Namen der Gaming GA einen mehrjährigen Mietvertrag mit dem Eigentümer der betreffenden Immobilie ab, welcher vereinbarungsgemäß später an die neue Tochtergesellschaft abgetreten werden soll, und stellt dem Vermieter für dieselbe Laufzeit ein Darlehen zur Verfügung, dessen Zins- und Rückzahlungsraten mit den zukünftig fällig werdenden Mietbeträgen aufgerechnet werden sollen.

Angesichts der gem. Satzung zustimmungsbedürftigen, jedoch ohne vorhergehende Einwilligung vorgenommenen Maßnahme stellt sich die Frage nach der Rechtslage.

6.2.2.1 Zustimmungsvorbehalte als Mittel der Konzernüberwachung

Aufgrund der Übernahme der Anteile an der Gaming AG kam es nicht nur zu Veränderungen im Pflichtengefüge von Bange und Kuhn. Aus der Ausdehnung ihrer bislang auf die eigene Gesellschaft beschränkten Leitungsverantwortung auf das gesamte Vermögen des Unternehmensverbunds⁸³⁶ folgte über § 111 Abs. 1 AktG auch eine entsprechende Erweiterung der Überwachungs- und Kontrollaufgaben des AR in der Holding AG⁸³⁷. Zwar bleibt dieser weiterhin ein Organ der Obergesellschaft und hat in dieser Funktion nach Maßgabe von Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Rentabilität und Zweckmäßigkeit ausschließlich den Vorstand der Obergesellschaft – nicht jedoch die Vorstände oder die Aufsichtsräte in Untergesellschaften – zu überwachen, allerdings erweitert sich der Gegenstand seines Überwachungsauftrags – da die Ausübung von Beteiligungsrechten Teil der Geschäftsführung des Vorstands wurde – auf das Vorstandshandeln in den Beteiligungsgesellschaften⁸³⁸.

Rn 361

⁸³⁶ Vgl. o. Pkt. 5.1.1.

⁸³⁷ Vgl. *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 44.

⁸³⁸ *Rodewig, Heinrich / Rothley, Oliver*, § 9 Mitwirkung des Aufsichtsrats bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung, in: *V. Schenck/Wilsing*, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 94; *Wendt, Fred*, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat, Rn 44.

Zu diesem Zweck ist es dem AR auch gestattet, bestimmte Maßnahmen der Konzernleitung an seine Zustimmung zu binden. Soweit es sich um auf Ebene der Holding AG angesiedelte Maßnahmen, wie z. B. den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen oder die Ausübung von Stimmrechten in den Gesellschafterversammlungen der abhängigen Gesellschaften, handelt, ist dies unter den Voraussetzungen von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unproblematisch durchzusetzen⁸³⁹.

Dagegen kann er das Verhalten der Leitungsorgane von Tochtergesellschaften als solches nicht direkt an seine Zustimmung binden, wäre doch dies mit dem Prüfungsauftrag gegenüber der eigenen Gesellschaft unvereinbar, weswegen auf Ebene des herrschenden Unternehmens angesiedelte Zustimmungsvorbehalte keine unmittelbaren Rechtsfolgen für Tochtergesellschaften haben⁸⁴⁰. Gleichzeitig kann es in der Tochtergesellschaft zu Maßnahmen von so hoher wirtschaftlicher Bedeutung, wie z. B. Investitionsentscheidungen, kommen, dass es im Falle eines Schlagendwerdens von Risiken keinen Unterschied in Anbetracht der regelmäßig direkt auf die Konzernmutter hochschlagenden Folgen macht, ob diese Maßnahme auf Konzernebene oder lokaler Ebene getätigt wurde. Für sie stehen dem AR keine unmittelbaren konzernweiten Überwachungsbefugnisse zu. Aus diesem Grund sind konzernbezogene Zustimmungsvorbehalte nicht nur zulässig, sondern, soweit eine effektive (Konzern-)Überwachung dies erfordert und bei bestimmten Maßnahmen mit wesentlichen Auswirkungen auf den Gesamtkonzern zu rechnen ist, vom AR der Obergesellschaft verpflichtend festzulegen⁸⁴¹. Dazu muss der AR im Einzelfall ausdrücklich bestimmen, dass ein Zustimmungsvorbehalt konzernweiten Geltungsanspruch haben soll⁸⁴² und die darunterfallenden Maßnahmen in Untergesellschaften von seiner Zustimmung abhängig sind. Fehlt es – wie häufig – an dieser ausdrücklichen Einbeziehung in Form einer sog. Konzernklausel, sind Zustimmungsvorbehalte auf Ebene der Obergesellschaft im Zweifel konzernbezogen auszulegen, wenn die betreffende Maßnahme, würde sie vom herrschenden Unternehmen selbst vorgenommen werden, zustimmungspflichtig ist⁸⁴³.

Rn 362

Auch wenn konzernweite Zustimmungsvorbehalte zugunsten des AR der Obergesellschaft zulässig sind, kann der AR sie im Konzern nicht alleine durchsetzen.

Rn 363

⁸³⁹ *Habersack, Mathias*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 132.

⁸⁴⁰ *Ebd.*, Rn 132, 137.

⁸⁴¹ *Koch, Jens*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 74 f.

⁸⁴² *Habersack, Mathias*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 135.

⁸⁴³ *Ebd.*, Rn 136; *Rodewig, Heinrich / Rothley, Oliver*, § 9 Mitwirkung des Aufsichtsrats bei einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung, in: *V. Schenck/Wilsing*, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 95.

Stattdessen ist der Konzernvorstand – nicht zuletzt aufgrund seiner Konzernleitungsverantwortung – verpflichtet, Einfluss auf den Vorstand und den AR des Tochterunternehmens im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten in solcher Weise auszuüben, dass auch auf Ebene der Tochter entsprechende Zustimmungsvorbehalte eingeführt werden und einschlägige Maßnahmen ohne Zustimmung des AR der Obergesellschaft unterbleiben⁸⁴⁴. Dazu bietet sich an, auf Ebene der Untergesellschaft ähnlich einer „Zustimmungskette“ für Geschäftsführungsmaßnahmen einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Vorstands der Obergesellschaft vorzusehen und dessen Zustimmungsentscheidung wiederum von der Zustimmung des AR (der Obergesellschaft) abhängig zu machen⁸⁴⁵.

Die Durchsetzung der Zustimmungskette ist ohne große Probleme möglich, wenn der Konzernvorstand den Tochtervorstand zur Unterlassung einer Maßnahme anweisen kann⁸⁴⁶. Dies ist für den Vertrags- und GmbH-Konzern zutreffend. Im Falle einer nur faktisch abhängigen AG als Untergesellschaft wäre die Festlegung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten der Obergesellschaft hingegen eine „Veranlassung“ gem. § 311 AktG und die Durchsetzung des Zustimmungsvorbehalts hätte zu unterbleiben, wenn damit ein nicht ausgleichsfähiger Nachteil für die abhängige Gesellschaft verbunden wäre⁸⁴⁷. Die Durchsetzung von Zustimmungsvorbehalten im Wege von Weisungen ist demnach in faktischen Konzernen wenig praktikabel.

Rn 364

Zulässig aus Sicht der beherrschenden Gesellschaft wäre im faktischen Konzern auch, auf Ebene der Tochtergesellschaft selbständige Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zugunsten des eigenen AR einzurichten und diesen – entsprechende Beteiligungsverhältnisse vorausgesetzt – mit eigenen Vertrauenspersonen zu besetzen⁸⁴⁸. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Abstimmungsverhalten im AR der abhängigen AG nicht unmittelbar an die Zustimmung des AR der Obergesellschaft gebunden werden darf⁸⁴⁹. Zwar kann ein AR-Mitglied die Interessen seines Entsenders bei der Entscheidung berücksichtigen, es ist jedoch aufgrund von § 111 Abs. 6 AktG letztlich zu einer eigenverantwortlichen und weisungsfreien Amtsausübung verpflichtet, so dass jede Art der Stimmbindung unwirksam wäre⁸⁵⁰.

Rn 365

⁸⁴⁴ Grigoleit, Christoph / Tomasic, Lovro, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Grigoleit, AktG Komm, Rn 102; Habersack, Mathias, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 138; Koch, Jens, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 77.

⁸⁴⁵ Wendt, Fred, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: Goette/Arnold, HaBu Aufsichtsrat, Rn 104.

⁸⁴⁶ Koch, Jens, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 77.

⁸⁴⁷ Wendt, Fred, § 8 Aufsichtsrat im Konzern, in: Goette/Arnold, HaBu Aufsichtsrat, Rn 104.

⁸⁴⁸ Vgl. o. Pkt. 5.1.3.1.

⁸⁴⁹ Grigoleit, Christoph / Tomasic, Lovro, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Grigoleit, AktG Komm, Rn 104.

⁸⁵⁰ Arnold, Michael, § 1 Einleitung, in: Goette/Arnold, HaBu Aufsichtsrat, Rn 97.

Es ist daher in Fallbeispiel 10⁸⁵¹ von einem konzernweiten Zustimmungsvorbehalt zugunsten des AR der Holding AG auszugehen, der von Bange und Kuhn im Rahmen der konzernrechtlichen Möglichkeiten auf zulässige Weise in der Gaming AG durchgesetzt wurde. Wichtige Geschäftsleitungsmaßnahmen wie der Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmensanteilen, Gesellschaftsgründungen oder Darlehensgewährungen unterliegen damit sowohl auf Ebene der Holding AG als auch auf Ebene der Gaming AG einem Zustimmungsvorbehalt des jeweiligen AR. Die Vorstandsmitglieder sind wiederum aufgrund von § 82 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis zur Einhaltung der entsprechenden Zustimmungsvorbehalte verpflichtet⁸⁵² und dürfen die betreffenden Rechtsgeschäfte nicht vornehmen, ohne zuvor einen positiven Zustimmungsbeschluss ihres AR herbeigeführt zu haben⁸⁵³.

Rn 366

6.2.2.2 Wirkung unautorisierter Geschäftsführungsmaßnahmen

Trifft der Vorstand eine zustimmungsbedürftige Maßnahme, ohne sie dem AR zur Beschlussfassung vorgelegt zu haben, bleibt das Rechtsgeschäft – ungeachtet der im Innenverhältnis missachteten Verfahrensvorschrift von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG – gegenüber dem Vertragspartner der AG wirksam⁸⁵⁴. Denn der Zustimmungsvorbehalt wirkt nur im Innenverhältnis in Bezug auf die Geschäftsführungsbefugnis, währenddessen die im Außenverhältnis gem. § 78 AktG i. V. m. § 82 Abs. 1 AktG nicht beschränkbare Vertretungsbefugnis des Leitungsorgans unberührt bleibt⁸⁵⁵. Nur ausnahmsweise, wenn entweder Vorstand und Geschäftspartner absichtlich zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirken (sog. kollusives Zusammenwirken) oder der Vertragspartner Kenntnis oder grob fahrlässig keine Kenntnis von der Nichteinholung der AR-Zustimmung hat (sog. Vollmachtsmissbrauch), kann das im Innenverhältnis bestehende Durchführungsverbot auf das Außenverhältnis durchschlagen und die schwebende Unwirksamkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge haben⁸⁵⁶.

Rn 367

In Betracht käme eine solche Unwirksamkeit wegen Vollmachtsmissbrauch in Fallbeispiel 10⁸⁵⁷ i. Z. m. dem in der Grundsatzvereinbarung enthaltenen Hinweis auf Gremienvorbehalt, womit das Vorliegen der Zustimmung durch den AR zur

Rn 368

⁸⁵¹ Vgl. o. Rn 360.

⁸⁵² Kolb, Franz-Josef, § 7 Der Aufsichtsrat, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG, Rn 86.

⁸⁵³ Bayer, Walter / Scholz, Philipp, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 788.

⁸⁵⁴ Rubner/Leuering, Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, S. 208; Spindler, Gerald, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 96.

⁸⁵⁵ Ott, Nicolas, § 21 Aufsichtsorgan in der SE, in: *V. Schenck/Wilsing*, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 100.

⁸⁵⁶ Vgl. Briem, Robert, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in: *Kalss/Kunz*, HB AR, Rn 74.

⁸⁵⁷ Vgl. o. Rn 360.

Geschäftsbedingung erhoben wurde und für den Geschäftspartner die im Innenverhältnis beschränkte Vertretungsmacht Halmigs erkennbar hätte sein müssen. Entscheidend für die Aberkennung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist, dass dem Vertragspartner der Missbrauch positiv bekannt oder – wenn schon nicht bekannt – objektiv evident war, d. h. wenn er wusste oder wissen musste, dass der Vorstand sich auf Grund interner Bestimmungen außerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis bewegt und seine Vertretungsmacht missbraucht⁸⁵⁸. Notwendig ist eine massive Verdachtsmomente voraussetzende, für jedermann klar erkennbare objektive Evidenz von Missbrauch⁸⁵⁹; lediglich einfache Fahrlässigkeit genügt für die Annahme von missbrauchter Vertretungsmacht nicht⁸⁶⁰.

Hat ein Vertragspartner – wie in Fallbeispiel 10⁸⁶¹ – positive Kenntnis von einer Zustimmungspflicht, stellt sich für ihn regelmäßig die Frage nach einer Erkundigungsobliegenheit, um nicht zumindest grob fahrlässig zu handeln⁸⁶². Denn zulasten des Geschäftspartners von Halmig könnte argumentiert werden, dass er aufgrund des ausdrücklichen Hinweises von der internen Beschränkung Halmigs Bescheid wusste und dass unter solchen Voraussetzungen von einem sorgfältig und zumindest nicht grob fahrlässig handelnden Dritten zu erwarten gewesen wäre, sich vor Vertragserfüllung zu vergewissern, dass der Vorstand der vertretenen Gesellschaft die gesetzlich eingeräumte, im Innenverhältnis aber evident beschränkte Vertretungsmacht auch tatsächlich ausüben darf. Die Rspr. des BGH ist dahingehend nicht eindeutig, wobei eine allgemeine Nachprüfungs- und Erkundigungspflicht nicht verlangt wird, sondern allenfalls nur, wenn sich dem Vertragspartner durch weitere Verdachtsmomente mit nahezu Gewissheit aufdrängen musste, dass sich der organchaftliche Vertreter über den internen Zustimmungsvorbehalt hinwegsetzte, und er sohin als vermindert schutzwürdig anzusehen ist⁸⁶³. Dies erscheint in Fallbeispiel 10⁸⁶⁴ aber nicht zutreffend, zumal sich der Geschäftspartner vor Vertragserfüllung aus freien Stücken über das Vorliegen der Gremienzustimmung bei Halmig erkundigte und es keinen Anlass für ihn gab, an der Richtigkeit von Halmigs Aussage zu zweifeln.

Rn 369

⁸⁵⁸ Ritter, Thomas, § 22 Vorstand, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht, Rn 13.

⁸⁵⁹ BGH, Urteil vom 25.10.1994 – XI ZR 239/93, in NJW 1995, S. 250 – 251 (S. 251); Koch, Jens, AktG § 82 Beschränkungen der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG, Rn 7.

⁸⁶⁰ Schubert, Claudia, HGB § 48 [Erteilung der Prokura; Gesamtprokura], in: *Oetker*, HGB, Rn 42.

⁸⁶¹ Vgl. o. Rn 360.

⁸⁶² Vgl. analog: *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 47 f.

⁸⁶³ Kalss, Susanne, AktG § 82 Beschränkungen der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 75; *Leo/John*, Missbrauch der Vertretungsmacht, S. 1388.

⁸⁶⁴ Vgl. o. Rn 360.

Rn 370

Die von Halmig gesetzten Maßnahmen i. Z. m. Gesellschaftsgründung, Darlehensgewährung und Erfüllung der Vertragspflichten gegenüber dem Geschäftspartner im Wege von konkludentem Handeln sind – ungeachtet des im Innenverhältnis bestehenden Durchführungsverbots ohne Zustimmung des AR – rechtswirksam. Für sie gilt – wie für alle Verträge, die der Geschäftsleiter im Namen der Gesellschaft schließt – der Grundsatz, dass sie nicht den Geschäftsleiter, sondern die vertretene Gesellschaft berechtigen und verpflichten und dass für Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters die Gesellschaft einzustehen hat⁸⁶⁵. Jedoch kann in Ausnahmefällen daneben ein eigenes Schuldverhältnis unmittelbar zwischen Geschäftsleiter und dem außenstehenden Vertragspartner nach § 311 Abs. 2 BGB entstehen, wenn der Vorstand entweder in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt und die Verhandlungen dadurch maßgeblich beeinflusst, abgegebene Garantien persönlich für richtig erklärt oder den anderen vorsätzlich oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigt⁸⁶⁶. Ein besonderes Vertrauen in Bezug auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Erklärung von Halmig könnte aufgrund seines persönlichen Bekanntschaftsverhältnisses zum Geschäftspartner entstanden sein. Vertrauen in den Geschäftsleiter wegen lediglich vorheriger privater Kontakte oder Geschäftsbeziehungen reicht nicht⁸⁶⁷. Als problematisch können sich aber – wie Einzelfälle aus der Rspr. zeigten – Verwandtschaftsverhältnisse erweisen, allerdings nur unter der Einschränkung auf enge verwandtschaftliche Beziehungen⁸⁶⁸. Es ist daher anzunehmen, dass das aus Verschwägerung resultierende Vertrauen im vorliegenden Fall (noch) nicht ausreichend für das Entstehen einer zusätzlichen rechtlichen Sonderverbindung zwischen Halmig und dem Geschäftspartner ist.

6.2.2.3 Ersatzansprüche aufgrund von Kompetenzüberschreitung

Sachverhalt⁸⁶⁹:

Aufgrund gesamtwirtschaftlicher Schwäche gerät die Holding AG in der Folge zunehmend in finanzielle Schwierigkeiten, woraufhin Bange und Kuhn sich zur Verordnung eines konzernweiten Investitionsstopps gezwungen sehen. Als Halmig davon erfährt, erinnert er sich an den trotz begonnener Projektumsetzung weiterhin ausstehenden AR-Beschluss zur Genehmigung des neuen Casino-Standorts und es bleibt ihm nichts anderes übrig, als Bange und Kuhn das Vorpreschen, wiewohl mit Kenntnis des neuen AR-Vorsitzenden Ritter und im Vertrauen auf eine nachträgliche Zustimmung, zu beichten.

Rn 371

⁸⁶⁵ Vgl. analog: *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht: § 11 Die Organe der GmbH, Rn 103.

⁸⁶⁶ *Wirth-Duncan, Bettina*, Managerhaftung bei M&A Transaktionen: Zwischen Schiffbruch und sicherem Hafen, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, S. 588 – 590.

⁸⁶⁷ Vgl. analog: *Paefgen, Walter G.*, GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG GroKo, Rn 345.

⁸⁶⁸ Vgl. analog: *Haas, Ulrich / Ziemons, Hildegard*, GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer, in: *Heidinger/Leible/Schmidt*, Komm GmbHG, Rn 313.

⁸⁶⁹ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 10 unter Rn 360.

Bange und Kuhn sind entsetzt und sich im Klaren, dass die vorhandenen Mittel zur Finanzierung der Investition und der sich für die Gaming AG daraus ergebenden Folgeverpflichtungen für absehbare Zeit nicht ausreichen würden. Sowohl Halmig, als auch Ritter gegenüber teilen sie mit, sie hätten, wären sie rechtzeitig zu Rate gezogen worden, alles in ihrer Macht Stehende zur Verhinderung des Projekts getan, und würden nun nichts anderes von Halmig und Ritter bei der Beendigung des Projekts und der Zusammenarbeit mit dem Geschäftspartner erwarten.

Halmigs Geschäftspartner besteht auf Erfüllung der vereinbarten Leistungspflichten, andernfalls würde er nicht zögern den Rechtsweg zu beschreiten. Nach umfangreicher anwaltlicher Prüfung des Sachverhalts, deren Kosten sich in Summe auf mehr als EUR 100.000 belaufen, und einer erdrückenden Sachlage zulasten der Gaming AG entschließt sich Halmig zum Abschluss einer außergerichtlichen Vergleichsvereinbarung, auf Basis deren der Geschäftspartner gegen Abtretung seines 50 %-Anteils an der NewCo und gegen Erhalt einer Einmalzahlung von EUR 1,0 Mio. auf sämtliche Ansprüche gegenüber der Gaming AG und deren Geschäftsleiter Halmig verzichtet. Unmittelbar danach stellt zudem der Immobilieneigentümer, an den Halmig ein Darlehen im Namen der Gaming AG vergeben hatte, als zahlungsunfähig heraus, wodurch die Darlehensforderung einschließlich zwischenzeitlich aufgelaufener Zinsen i. H. v. EUR 400.000 zur Gänze abgeschrieben werden muss.

Angesichts eines Gesamtschadens auf Seiten der Gaming AG von EUR 1,5 Mio. stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit.

Rn 372

Das Verbot, zustimmungspflichtige Geschäfte ohne vorherigen Zustimmungsbeschluss des AR vorzunehmen, ist Teil der internen Pflichtenbindung und folgt aus den Grundsätzen der Legalitätspflicht von Vorstandsmitgliedern⁸⁷⁰. Legt ein Vorstand – wie in Fallbeispiel 10⁸⁷¹ – eine zustimmungsbedürftige Maßnahme nicht dem AR vor und führt er eine solche Maßnahme unter Missachtung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung durch, begeht er im Innenverhältnis eine Sorgfaltspflichtverletzung⁸⁷². Handelt es sich zudem um ein für die AG nachteiliges Geschäft, ist die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand zum Ersatz des aus der Pflichtverletzung entstandenen Schadens nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG i. V. m. § 82 Abs. 2 AktG berechtigt⁸⁷³. Eine Privilegierung durch die BJM-Rule kommt in Fällen wie diesen – auch wenn die zugrunde liegende Entscheidung unternehmerischer Natur ist – nicht in Betracht, zumal die Entscheidung nicht gegen Gesetz oder Satzung, wozu Zustimmungsvorbehalte zählen, verstoßen darf⁸⁷⁴. Fraglich ist jedoch, inwieweit die vorgebrachten Einwände Halmigs, die Maßnahme sei aufgrund des eilbedürftigen Sachverhalts im Vertrauen auf eine nachträgliche Genehmigung und nach positiver Rücksprache mit dem AR-Vorsitzenden erfolgt, zur Verteidigung gegen eine Schadenersatzklage ausreichend sind.

Grds. verlangt ein Zustimmungsvorbehalt die vorherige Zustimmung des AR zu der beabsichtigten Maßnahme des Vorstands und setzt – da es sich beim AR um ein

Rn 373

⁸⁷⁰ Bayer, Walter / Scholz, Philipp, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 21, 32, 790; vgl. o. Pkt. 3.1.2.1.

⁸⁷¹ Vgl. o. Rn 360.

⁸⁷² Rubner/Leuring, Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, S. 208.

⁸⁷³ Bücker, Thomas / V. Bülow, Christoph, §23 Risikobereich und Haftung: M&A Transaktionen, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung, Rn 42.

⁸⁷⁴ Rieckers, Oliver, § 26 Organverantwortung, in: *Meyer-Sparenberg/Jäckle*, M&A HB, Rn 37.

Kollegialorgan handelt – eine entsprechende Willensbildung in Form eines Beschlusses voraus⁸⁷⁵. Ob in eilbedürftigen Fällen die nachträgliche Zustimmung ausreicht, ist umstritten⁸⁷⁶. Während der BGH dies ursprünglich als nicht ausreichend für zustimmungsbedürftige Maßnahmen hielt⁸⁷⁷, ist die nachträgliche Genehmigung heute nach h. M. zumindest unter Voraussetzung einer gesonderten Bestimmung in der Satzung oder durch den AR, dass in dringenden Fällen und, sofern der AR-Vorsitzende vorab informiert wurde und der Maßnahme zugestimmt hat, die nachträgliche Zustimmung genüge, denkbar⁸⁷⁸. Eine solche Bestimmung gibt es dem vorliegenden Sachverhalt zufolge nicht. Im Übrigen vermag die Zustimmung des AR-Vorsitzenden den erforderlichen Beschluss des AR auch bei Eilbedürftigkeit nicht zu ersetzen⁸⁷⁹ und eine Entlastung wegen – mittlerweile auch vom BGH anerkanntem – rechtmäßigem Alternativverhalten⁸⁸⁰ erscheint insofern wenig aussichtsreich, als dem vollständig darlegungs- und beweispflichtigen Halmig die Nachweiserbringung darüber, dass auch bei rechtmäßiger Verhaltensweise der Schaden eingetreten wäre, aller Voraussicht nach nicht gelingen wird⁸⁸¹.

Halmig ist also aufgrund der vorliegenden Tatbestandsvoraussetzungen von § 93 Abs. 2 S. 1 AktG⁸⁸² gegenüber der Gaming AG zum Ersatz des aus seiner Kompetenzüberschreitung entstandenen Schadens i. H. v. EUR 1,5 Mio. verpflichtet. Eine weitere persönliche Haftung im Außenverhältnis, etwa gegenüber dem Geschäftspartner aufgrund von c. i. c. gem. § 280 Abs 1 BGB i. V. m. § 311 Abs. 3 BGB, kommt mangels ausreichender Indizien für ein aufgrund Inanspruchnahme von besonderem Vertrauen zustande gekommenes gesetzliches Schuldverhältnis nicht in Betracht⁸⁸³. Dies ist aus Sicht des Geschäftspartners nicht schädlich, zumal sich seine Ansprüche ohnehin primär gegen die Gesellschaft

Rn 374

⁸⁷⁵ Henssler, Martin, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Henssler/Strohn, Ges-Recht, Rn 22; Leyendecker-Langer, Kompetenzüberschreitungen des Aufsichtsratsvorsitzenden, S. 722.

⁸⁷⁶ Rubner/Leuering, Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, S. 207.

⁸⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17, in NZG 2018, S. 1189 – 1195 (S. 1190 f.).

⁸⁷⁸ Habersack, Mathias, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 141.

⁸⁷⁹ Habersack, Mathias, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 142; Spindler, Gerald, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Henssler, GrKomm AktG, Rn 100.

⁸⁸⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17, in NZG 2018, S. 1189 – 1195 (S. 1189).

⁸⁸¹ Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17, in NZG 2018, S. 1189 – 1195 (S. 1193); Koch, Jens, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 93.

⁸⁸² Vgl. o. Pkt. 3.2.3 ff.

⁸⁸³ Vgl. o. Rn 137.

richten und Ansprüche gegen Halmig persönlich i. d. R. erst bei Insolvenz der Gaming AG an Bedeutung gewinnen würden⁸⁸⁴.

Die Prüfung der Schadenersatzansprüche gegenüber Halmig auf Bestehen und Durchsetzbarkeit obliegt dem AR als Teil der Überwachung des Vorstands gem. § 111 AktG gleichermaßen wie die eigenständige Entscheidung über ein zivilrechtliches Vorgehen gegen ihn⁸⁸⁵. Ergibt die Prüfung – wie im vorliegenden Beispielfall – das Bestehen von Ansprüchen, verlangt das Unternehmenswohl grds. eine Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens. Da im gegenständlichen Fall keine „gewichtigen“ Unternehmensinteressen erkennbar sind, die gegen eine Inanspruchnahme sprechen, hat der AR bei entsprechenden Erfolgsaussichten einer Klage die Ersatzansprüche gegen Halmig geltend zu machen, ohne dass ihm bei dieser Verfolgungsentscheidung ein unternehmerisches Ermessen i. S. der BJM-Rule zustehen würde⁸⁸⁶. Eine mangelhafte Verfolgung von Schadenersatzansprüchen durch den AR würde andernfalls eine eigene Schadenersatzpflicht seiner Mitglieder auf Basis von § 116 S. 1 AktG i. V. m. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zur Folge haben⁸⁸⁷. I. d. R. stellt die Nichteinholung der Zustimmung des AR einen wichtigen Grund zur Abberufung nach § 84 Abs. 4 AktG dar⁸⁸⁸. Insb. dass laut Sachverhalt der AR in der Vergangenheit mehrfach bei pflichtwidrigen Alleingängen des Vorstands übergangen wurde, deutet darauf hin, dass Halmig als Vorstandsmitglied ungeeignet und ein weiteres Verbleiben im Amt unzumutbar für die Gesellschaft ist. Aus dem ursprünglichen Recht des AR zur Abberufung wurde daher nunmehr eine Pflicht nach Maßgabe derselben Regeln wie bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen⁸⁸⁹.

Rn 375

Abgesehen von den Rechtsfolgen der aus der Überwachungsaufgabe resultierenden gesetzlichen Handlungspflichten des AR kommt in Fallbeispiel 10⁸⁹⁰ ein eigener Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den AR-Vorsitzenden Ritter wegen pflichtwidrigen, schuldhaften Verhaltens bei der Überwachung des Vorstands auf Basis von § 111 Abs. 1 AktG i. V. m. § 116 S. 1 AktG und § 93 Abs. 2 S. 1 AktG in Betracht. Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der AR „die Geschäftsführung“ zu überwachen, sohin stets auf rechtmäßiges Vorstandshandeln hinzuwirken, wofür ihm ein – die

Rn 376

⁸⁸⁴ Vgl. *Spindler, Gerald*, § 13. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht, Rn 2.

⁸⁸⁵ Vgl. *Spindler, Gerald*, § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortung der Vorstandmitglieder, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 215.

⁸⁸⁶ Vgl. *Groß-Börling, Christian / Rabe, Kai*, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 42; *Leyendecker-Langer*, Kompetenzüberschreitungen des Aufsichtsratsvorsitzenden, S. 723.

⁸⁸⁷ V. *Schenck, Kersten*, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: *V. Schenck*, Aufsichtsrat, Rn 17.

⁸⁸⁸ Vgl. *Briem, Robert*, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in: *Kalss/Kunz*, HB AR, Rn 73.

⁸⁸⁹ Vgl. *Pielorz*, Haftung des Aufsichtsratsmitglieds.

⁸⁹⁰ Vgl. o. Rn 360.

Teilhabe an der Geschäftsführung vermittelndes – Zustimmungsrecht nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG als Überwachungsinstrument zur Verfügung steht⁸⁹¹. Die dafür geschuldete Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzte Ritter, als er eigenmächtig und ohne Absprache mit den übrigen AR-Mitgliedern – d. h. ohne die erforderliche rechtswirksame Beschlussfassung – eine (nachträgliche) Zustimmung des AR in Aussicht stellte, entscheidungsbeeinflussend auf das pflichtwidrige Handeln einwirkte und Halmig bei der Umsetzung der zustimmungsbedürftigen Investitionsentscheidung gewähren ließ. Für den dadurch entstandenen Schaden haftet Ritter gegenüber der Gaming AG gemeinsam mit Halmig als Gesamtschuldner⁸⁹². Für die Vertretung der Gaming AG bei der Anspruchsverfolgung gegen Ritter ist gem. § 78 AktG der Vorstand verantwortlich. Zwar wird dieser i. d. R. wenig geneigt sein, ein schadensstiftendes Überwachungsverschulden gegenüber dem eigenen AR-Vorsitzenden – zumal er sich damit selbst belasten würde – zu verfolgen, die Geltendmachung der Ansprüche aus § 116 AktG ist jedoch gesetzlich verpflichtend⁸⁹³. Darüber hinaus kommt eine gerichtliche Abberufung von Ritter als AR-Vorsitzender aus wichtigem Grund gem. § 103 Abs. 3 AktG auf Antrag des Vorstands in Betracht, wenn sich herausstellt, dass eine weitere Zusammenarbeit mit ihm anlässlich der Kompetenzüberschreitung untragbar wurde⁸⁹⁴. Bei einer Verweigerung Ritters verbliebe die in § 103 Abs. 1 AktG vorgesehene Möglichkeit eines Antrags auf Abberufung aus wichtigem Grund durch die HV selbst⁸⁹⁵.

Weitere Ansprüche gegenüber dem AR als Kollegialorgan wären allenfalls i. Z. m. § 116 S. 3 AktG i. V. m. § 87 Abs. 1 AktG zu prüfen. Gelingt der Nachweis, dass angesichts der verschlechterten Lage der Gesellschaft die Vorstandsbezüge als unangemessen hoch galten und dass die nach Übernahme beibehaltene hohe Umsatzbeteiligung des Vorstands als Vergütungsstruktur zur Angleichung von Risikopräferenzen von Management und Anteilseignern⁸⁹⁶ nicht nur ungeeignet, sondern kausal für die Investitionsentscheidung von Halmig war, wäre der AR wegen pflichtwidrig unterlassener Herabsetzung der Gesamtbezüge gem. § 87 Abs. 2 S. 1 AktG auch zum Schadenersatz nach § 116 S. 3 AktG verpflichtet⁸⁹⁷. Ansprüche

Rn 377

⁸⁹¹ Habersack, Mathias, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 53.

⁸⁹² Vgl. Habersack, Mathias, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKoAktG, Rn 78.

⁸⁹³ Vgl. ebd., Rn 8.

⁸⁹⁴ Vgl. Breuer, Stefan / Fraune, Christian, AktG § 103 Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder, in: Heide, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht, Rn 12.

⁸⁹⁵ Vgl. Leyendecker-Langer, Kompetenzüberschreitungen des Aufsichtsratsvorsitzenden, S. 722.

⁸⁹⁶ Grau, Timon, § 11 Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, in: V. Schenck/Wilsing, AHb für Aufsichtsratsmitglieder, Rn 130 – 136.

⁸⁹⁷ Vgl. Koch, Jens, AktG § 87 Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder, in: Hüffer/Koch, KK AktG, Rn 47.

gegenüber Bange und Kuhn aufgrund von Organisationsverschulden sind im vorliegenden Fallbeispiel 10⁸⁹⁸ angesichts der im Rahmen ihrer Möglichkeiten ergriffenen Maßnahmen zur Durchsetzung von Konzernleitung und -überwachung in Form von entsprechender AR-Besetzung und den konzernweiten Zustimmungsvorbehalten aber nicht ersichtlich.

6.2.3 Fallbeispiel 11: Rechtsverletzungen in Tochtergesellschaften

Sachverhalt⁸⁹⁹:

Die aus dem außergerichtlichen Vergleich resultierende Einmalzahlung i. H. v. EUR 1,0 Mio. an den Geschäftspartner wird in der Gaming AG als Aufwand in der Steuererklärung geltend gemacht. Im Zuge der Veröffentlichung der „Panama Papers“ werden in der Folge verdächtige Zahlungen des Geschäftspartners auf Konten an Offshore-Finanzplätzen bekannt, die deutschen Politikern zugeordnet werden. Daraufhin nimmt die zuständige Staatsanwaltschaft strafrechtliche Ermittlungen u. a. gegen die Gaming AG und ihre Vertreter auf, im Zuge derer ein leitender Mitarbeiter Halmig reuevoll erklärt, dass es sich hierbei um Bestechungszahlungen an lokale Amtsträger zum Erhalt der für den neuen Standort benötigten Casino-Lizenz handelte und dass er darin die einzige Möglichkeit sah, eine öffentliche Ausschreibung, deren Ausgang völlig offen gewesen wäre, zugunsten der Gesellschaft zu vermeiden. Inzwischen erlangte die Glücksspielbehörde von den Bestechungszahlungen Kenntnis und eröffnete ein Integritätsprüfungsverfahren, in dem eklatante Compliance-Mängel durch die Unterlassung geeigneter Abwehrmaßnahmen gegen Korruption sowohl auf Ebene der Gaming AG als auch auf Ebene der Holding AG etwa i. Z. m. bislang – im Widerspruch zu den marktüblichen Standards – nicht durchgeführten Geschäftspartnerüberprüfungen oder fehlenden anonymen Hinweisgebersystemen zu Tage treten. Als Konsequenz daraus kommt es zu einer Bußgeldstrafe sowohl gegen die Gaming AG als auch die Holding AG als wirtschaftlichen Letztberichtigten⁹⁰⁰. Darüber hinaus wird die Gaming AG wegen vergaberechtlicher Unzuverlässigkeit für eine Dauer von 2 Jahren aus allen Lizenzausschreibungen ausgeschlossen. Die straf- und bußgeldrechtlichen Verfahren lösen in der Gaming AG einen Flächenbrand aus und stellen vorübergehend die Existenz des Unternehmens in Frage. Durch vollständige Kooperation mit den Behörden gelingt der Gaming AG nach Jahren die Wiederherstellung ihrer für öffentlich-rechtliche Ausschreibungen so wichtigen Integrität. Übrig bleibt ein Gesamtkostenaufwand in Millionenhöhe bestehend aus Kosten der internen Aufklärung, verhängter Geldbußen und der entgangenen Gewinne aufgrund mehrjähriger Ausschlusses von Vergabeverfahren.

Wenngleich die Einstandspflicht von Halmig als Hauptverantwortlicher unstrittig ist, stellt sich die Frage, inwieweit weitere Verantwortliche belangt werden können.

Rn 378

6.2.3.1 Rechtsfolgen für den Vorstand der Tochtergesellschaft

Halmig droht als Folge der offenkundigen Verletzung seiner ihm als Vorstand obliegenden Compliance-Pflicht, die Gaming AG auf solche Weise zu organisieren, dass Rechtsnormen befolgt und Rechtsverstöße systematisch vorgebeugt werden, die zivilrechtliche Inanspruchnahme – wie im vorangehenden Fallbeispiel 10⁹⁰¹ – nach § 93 Abs. 2 AktG für alle aus der Pflichtverletzung kausal entstandenen Schäden.

Rn 379

⁸⁹⁸ Vgl. o. Rn 360.

⁸⁹⁹ Der Sachverhalt ist eine Fortsetzung von Fallbeispiel 10 unter Rn 360 und Rn 371.

⁹⁰⁰ Anm.: Es bleibt hierbei unberücksichtigt, dass im Falle von Rechtsverletzungen durch Konzerngesellschaften Geldbußen unmittelbar gegen die beherrschende Gesellschaft als umstritten gelten; vgl. Junker, Claudia / Langner, Dirk, Kapitel XII: Der Vorstand im Konzern, in: V. Kann, Vorstand der AG, Rn 59.

⁹⁰¹ Vgl. o. Rn 360.

Im Unterschied zu Fallbeispiel 10⁹⁰² kommt es aufgrund des Compliance-Verstoßes nunmehr zu einem Schadenseintritt sowohl unmittelbar auf Ebene der Gaming AG und Ebene der Holding AG in Form der ausgesprochenen Geldstrafen und angefallenen internen und externen Aufklärungskosten als auch mittelbar in der Holding AG, z. B. in Form einer Wertminderung des Vermögens der geschädigten Tochtergesellschaft als Konsequenz des Vergabeausschlusses⁹⁰³. In diesem Zusammenhang gilt, dass zivilrechtlich Halmig für sein pflichtwidriges Handeln bzw. sein Unterlassen – wie bisher – nur im Innenverhältnis gegenüber der Gaming AG haftet, währenddessen eine unmittelbare Haftung gegenüber der Holding AG in Ermangelung eines bestehenden Organverhältnisses oder gesellschaftsrechtlicher Treuebindung ausgeschlossen ist⁹⁰⁴. Die der Holding AG aus Halmigs Compliance-widrigen Verhalten unmittelbar oder mittelbar entstandenen Schäden können daher ausschließlich in Form eines eigenständigen Anspruchs der Gaming AG wegen Schädigung der Konzernmutter, welcher in der Folge im Wege der Drittschadensliquidation von der Gaming AG an die Holding AG abzutreten wäre, geltend gemacht werden⁹⁰⁵.

Als ersatzfähige Schadensposten kommen die den Gesellschaften auferlegten Bußgeldstrafen, die Rechtsberatungskosten für die interne Aufklärung, die finanziellen Folgen der Vergabesperre als entgangener Gewinn und alle weitere mit der Rückabwicklung der korruptiv angebahnten Verträge verbundenen Aufwendungen in Betracht, aufgrund mangelnder Messbarkeit aber i. d. R. nicht ideelle Nachteile wie z. B. ein eventueller Reputationsvermögensschaden⁹⁰⁶. Für die Gaming AG bzw. – genauer – den AR der Gaming AG als ihren Vertreter im Schadensprozess gegen Halmig folgt, dass er (i) das pflichtwidrige Verhalten des Vorstands, nämlich Korruption zu unterlassen und jede Form der Verwendung von Unternehmensgelder zur Begehung von Korruptionsdelikten während der Projektdurchführung im Rahmen der ihnen bei der Amtsführung zur Verfügung stehenden Mitteln zu unterbinden, (ii) den Eintritt und die Höhe des entstandenen Schadens sowie (iii) die Kausalität zwischen pflichtwidrigen Vorstandshandeln und Schadenseintritt darlegen und beweisen muss⁹⁰⁷. Dies erscheint im vorliegenden Beispielfall ungleich einfacher als der nur schwer zu erbringende Nachweis durch Halmig gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, er

Rn 380

⁹⁰² Vgl. o. Rn 360.

⁹⁰³ Vgl. *Altmeyen*, Compliance und „konzernspezifisches Trennungsprinzip“, S. 1229.

⁹⁰⁴ Vgl. *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2310; *Schockenhoff*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleiter in Konzernen, S. 213 – 215.

⁹⁰⁵ Vgl. *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2311.

⁹⁰⁶ Vgl. *Fleischer, Holger*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 256 – 258.

⁹⁰⁷ Vgl. ebd., Rn 275.

habe in Sachen Korruptionsvermeidung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt und sohin schuldlos gehandelt⁹⁰⁸.

Neben der zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch die eigene Gesellschaft und einer bußgeldrechtlichen Haftung nach § 130 OWiG von bis zu einer EUR 1,0 Mio. für zumindest fahrlässige Verletzung von betriebsbezogenen Aufsichtspflichten droht Halmig aufgrund des von der Staatsanwaltschaft pflichtgemäß eröffneten Ermittlungsverfahrens der Vorwurf von Untreue gem. § 266 StGB und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. §§ 299 ff. StGB. Eine untreuerelevante Pflichtverletzung verlangt aber mehr als „nur“ die fahrlässige Unterlassung notwendiger Compliance-Maßnahmen, z. B. dass das Management nachweislich und in subjektiver Hinsicht vorsätzlich Straftaten durch Mitarbeiter und die Festsetzung einer Sanktion zumindest billigend in Kauf genommen hat⁹⁰⁹. Der Entlastungseinwand, Vorsatz sei dem vorliegenden Sachverhalt zufolge nicht vorliegend, da Halmig keinerlei Kenntnis von der Bezahlung von Bestechungsgeld hatte, gelingt nicht, denn Halmig trifft als Geschäftsherr aufgrund von § 13 StGB eine strafrechtliche Garantenpflicht, aus dem Unternehmen heraus begangene betriebsbezogene Straftaten im Interesse außenstehender Dritter durch Anweisungen und Kontrollen von Mitarbeitern zu unterbinden⁹¹⁰. Zwar kann Halmig keine aktive Förderungshandlung nachgewiesen werden, allerdings verletzte er seine Pflichten als Überwachungsgarant, indem er in pflichtwidriger Weise notwendige standardmäßige Aufsichtsmaßnahmen, wie z. B. die Einrichtung einer institutionalisierten Geschäftspartnerüberprüfung⁹¹¹, mit der sich die begangene Straftat ohne weiteres hätte verhindern lassen, zu ergreifen unterließ. Auch wenn positives Wissen nicht nachweisbar ist, wird sich Halmig dennoch durch Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen für Beihilfe zur strafbaren Untreue und Bestechung verantworten müssen⁹¹². Zu den strafrechtlichen Untreue- und Bestechungsvorwürfen kommt die § 69 AO vorgesehene Vertreter- und Geschäftsführerhaftung. Denn Halmig hat als Vertreter der Gaming AG auch persönlich einzustehen, sofern Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihm obliegenden Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig, weil etwa – wie im Beispielfall 11 – die Vergleichszahlung an den

Rn 381

⁹⁰⁸ Vgl. *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 133.

⁹⁰⁹ *Taschke, Jürgen / Zapf, Daniel*, § 12 Strafrechtliche Verantwortung, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst, Rn 270 f.

⁹¹⁰ *Dannecker*, Folgen strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung, S. 441; *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 138 – 140.

⁹¹¹ Vgl. *Sonnenberg*, Compliance-Systeme in Unternehmen, S. 920 f.

⁹¹² Vgl. *Grützner, Thomas*, § 16 Interne Ermittlungen – Leitfaden für die Praxis, in: *Momsen/Grützner*, Wi.- u. Steuerstrafrecht, Rn 42 – 44.

Geschäftspartner zuvor als Betriebsausgabe steuermindernd abgesetzt wurde, geltend gemacht werden konnten⁹¹³.

6.2.3.2 Rechtsfolgen für den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft

Compliance im Unternehmen ist zwar primär institutionelle Aufgabe des Vorstands, der AR ist aber nicht aus der Verantwortung genommen, denn es obliegt ihm, den Vorstand hierbei zu überwachen⁹¹⁴. Konkret geht es bei der Kontrollpflicht nach § 111 AktG – sofern nicht bereits Verstöße eingetreten sind und es sich auch nicht um Vorfälle von gravierendem Ausmaß oder Hinweise auf Systemversagen handelt – nicht um die detaillierte Befassung mit allen Einzelheiten der Ausgestaltung des Systems oder Überwachung von Unternehmensmitarbeitern⁹¹⁵; vielmehr geht es darum, sich einerseits im präventiven Bereich durch regelmäßige Systemkontrolle einen substantiellen Eindruck von der Effektivität der eingerichteten Compliance-Struktur und ihrer Eignung zur Verhinderung von rechtswidrigem Verhalten zu machen und in der Funktion als Berater des Vorstands Empfehlungen auszusprechen, andererseits im Repressivbereich Rechtsverstößen oder begründetem Verdacht darauf durch Sachverhaltsaufklärung, Beseitigung von Systemdefiziten, Verfolgung und Sanktionierung zu begegnen⁹¹⁶. Daher stellt sich mit der Haftung von Halmig automatisch die Frage nach der Verantwortung des AR für eigenes Fehlverhalten.

Rn 382

Gem. § 116 S. 1 AktG schuldet der AR bei der Erfüllung seiner Aufgaben dieselbe Sorgfalt wie der Vorstand. Der AR muss bei einer gerichtlichen Inanspruchnahme für Compliance-Verstöße im Unternehmen darlegen und beweisen, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet, d. h. weder objektiv noch subjektiv pflichtwidrig gehandelt hat, oder dass der Schaden auch andernfalls eingetreten wäre⁹¹⁷. Angesichts von fehlenden Entlastungsindizien im Sachverhalt, wie z. B. einer im Regelfall obligatorischen Auseinandersetzung des AR mit dem Thema Compliance im Rahmen periodischer Berichterstattung durch den Vorstand oder damit beauftragte Mitarbeiter, ist zivilrechtlich auch gegenüber dem AR von einem bestehenden Ersatzanspruch aufgrund mangelhafter

Rn 383

⁹¹³ *Petrak/Schneider*, Compliance und Steuern, S. 13.

⁹¹⁴ *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 24.

⁹¹⁵ *Vetter, Eberhardt*, Compliance im Unternehmen, in: *Wecker/Ohl*, Compliance Unternehmenspraxis, S. 10 f.

⁹¹⁶ *Groß-Bölting, Christian / Rabe, Kai*, AktG § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm, Rn 21; *Siepel/Pütz*, Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats, S. 78 f.

⁹¹⁷ *Spindler, Gerald*, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG, Rn 148 f.

Überwachung der Compliance-Organisation auszugehen, zu dessen Verfolgung nunmehr Halmig als Vertreter der Gaming AG – spiegelbildlich zur o. g. Pflicht des AR zur Verfolgung der Ersatzansprüche gegen ihn selbst – verpflichtet ist.

Ein weiterer, davon losgelöster zivilrechtlicher Anspruch gegen den AR würde – wie zuvor mehrfach i. Z. m. der Pflicht zur Verfolgung von Organhaftungsansprüchen erläutert⁹¹⁸ – entstehen, würde der AR trotz erdrückender Sachlage und ohne ersichtliche gewichtige Gründe, die einer Durchsetzung entgegenstehen, nicht auf die aktienrechtlichen Verfehlungen von Halmig reagieren und aufgrund übergeordneter gesellschaftsfremder Interessen, wie aus Angst, im Gegenzug selbst durch den Vorstand für eigene Versäumnisse belangt zu werden, von der Durchsetzung zustehender Schadenersatzansprüchen zugunsten der Gaming AG und/oder der erforderlichen Abberufung Halmigs absehen⁹¹⁹.

Rn 384

Im Übrigen drohen dem AR wegen Beitragstäterschaft aufgrund unterlassener Aufsichtspflichten dieselben strafrechtlichen Konsequenzen wie Halmig, zumal mit der allgemeine Überwachungspflicht unter strafrechtlichen Gesichtspunkten eine Überwacher- und Beschützergarantenstellung des AR gegenüber dem Vorstand gem. § 13 Abs. 1 StGB einhergeht⁹²⁰.

Rn 385

6.2.3.3 Rechtsfolgen für die Konzernobergesellschaft und -organe

Wie in Pkt. 6.2.1.1 dargestellt, enden für Bange und Kuhn – im Unterschied zu Tochtervorstand Halmig – die Compliance-Pflichten nicht an den Grenzen der eigenen Gesellschaften. Es wird von ihnen erwartet, innerhalb der konzernrechtlich zulässigen Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass Compliance-widriges Verhalten auch in ihren Tochter- und Enkelgesellschaften unterbleibt und die Holding AG nicht durch Rechtsverletzungen auf Ebene nachgeordneter Konzernunternehmen unmittelbar oder mittelbar Schaden erleidet⁹²¹. Kommt es zu einem Compliance-Verstoß, unabhängig ob in der Holding AG oder – wie in Fallbeispiel 11⁹²² – in einer ihrer Tochtergesellschaften, obliegt es Bange und Kuhn in der Funktion als Konzernvorstand gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG darzulegen und zu beweisen, dass sie in ausreichendem Maße Vorkehrungen getroffen hatten und die jeweils gewählte Ausgestaltung

Rn 386

⁹¹⁸ Vgl. z. B. o. Rn 108 und Rn 375.

⁹¹⁹ Vgl. *Petersen, Thomas*, Kapitel III: Verantwortlichkeit und Haftung, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 78, 80; *Reischl, Marcus*, Kapitel IX: Compliance, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 40; *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, Rn 32 – 34.

⁹²⁰ Vgl. ebd., Rn 257 f.

⁹²¹ Vgl. *Fleischer, Holger*, AktG § 91 Organisation; Buchführung, in: *Henssler*, GrKomm AktG, Rn 89.

⁹²² Vgl. o. Rn 378.

der Compliance-Organisation den Anforderungen des von ihnen geleiteten Konzerns in hinreichender Weise genügte⁹²³.

Bezogen auf die Prävention der sachverhaltsrelevanten Korruptionsdelikte hatten Bange und Kuhn, so die zentrale Aussage der Siemens/Neubürger-Entscheidung⁹²⁴, das Unternehmen so zu organisieren, dass dem Grunde nach keine Schmiergeldzahlungen an Amtsträger erfolgen, und dazu eine der individuellen Gefährdungslage entsprechenden Compliance-Organisation i. S. eines konzerndimensionalen Verständnisses einzurichten⁹²⁵. Angesichts einer gesteigerten Risikolage anlässlich Eintritts in eine „von Natur aus“ korruptionsanfälligeren Branche einerseits und bereits in der DD zutage getretenen Verdachtsmomente auf Korruptionsdelikte andererseits war von Bange und Kuhn eine deutlich über die herkömmlichen Standards hinausgehende Ausgestaltung eines konzernweiten Compliance-Programms zur Korruptionsprävention zu erwarten. Als unerlässlich galten etwa der Erlass eines für alle Mitarbeiter und Unternehmensorgane verbindlichen Regelwerks über rechtskonformes Verhalten gleichermaßen wie entsprechende organisatorische Maßnahmen zur präventiven Verhinderung unzulässiger Zuwendungen, wie z. B. die Überprüfung von Geschäftspartnern sowohl vor als auch regelmäßig während ihres Engagements (sog. Business Partner Screening), die Einführung von Genehmigungsprozessen bei bestimmten Zahlungsvorgängen sowie Auftrags- und Vergabeentscheidungen oder die Einrichtung eines vertraulichen Hinweisgebersystems⁹²⁶. Auch wenn die Möglichkeiten von Bange und Kuhn zur konzernweiten Durchsetzung aufgrund des fehlenden Beherrschungsvertrags beschränkt waren, war es für sie zumindest möglich, mit faktischen Einflussnahme-Mitteln, wie z. B. in Gesprächen mit Halmig oder den von ihnen in den AR der Gaming AG entsandten Mitgliedern, auf Umsetzung in der Gaming AG hinzuwirken⁹²⁷. Abgesehen von einer Ausweitung der auf Ebene der Holding AG von vornherein bestehenden AR-Zustimmungsvorbehalte für wichtige Geschäftsleitungsmaßnahmen auf Konzernsachverhalte wurden laut Sachverhalt von Bange und Kuhn aber keine weiteren dezidierten Compliance-Maßnahmen zur adäquaten Korruptionsprävention im aus der Übernahme der Gaming AG hervorgegangenen Unternehmensverbund veranlasst.

Rn 387

⁹²³ Schockenhoff, Haftung und Enthaftung von Geschäftsleitern in Konzernen, S. 211.

⁹²⁴ LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, in NZG 2014, S. 345 – 349 (S. 346 f.).

⁹²⁵ Clostermeyer, Maximilian/Liersch, Jan, § 12. Grundlagen der Haftungsvermeidung durch Compliance, in: Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung, Rn 66, 68; Kruchen, Carsten, § 3. Versicherungsgruppen/-konzerne, in: Bürkle, Compliance Vers.unternehmen, Rn 16; vgl. o. Rn 56.

⁹²⁶ Vgl. Reischl, Marcus, Kapitel IX: Compliance, in: V. Kann, Vorstand der AG, Rn 69 ff.; Schmittmann, Georg / Schürmann, Anika, § 29 Korruptionsprävention, in: Momsen/Grützner, Wi.- u. Steuerstrafrecht, Rn 1 ff.

⁹²⁷ Vgl. Arnold/Geiger, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2307 f.

Vor diesem Hintergrund ist wenig zweifelhaft, dass Bange und Kuhn der geforderten Sorgfalt bei der Vermeidung von Compliance-Verstößen im Konzern nicht oder in nicht ausreichendem Maße gerecht wurden und nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für die Schäden einzustehen haben, die aufgrund ihrer Pflichtverletzung entstanden sind⁹²⁸. Der Ersatzanspruch steht zunächst der Holding AG zu, ein Direktanspruch der geschädigten Tochtergesellschaft gegenüber dem Konzernvorstand dagegen scheidet – abgesehen von der im gegenständlichen Kontext nichtzutreffenden Ersatzpflicht von Vertretern des herrschenden Unternehmens für veranlasste nachteilige Rechtsgeschäfte ohne Nachteilsausgleich gem. § 317 Abs. 3 AktG⁹²⁹ – dem Grunde nach aus⁹³⁰. Denn in der Gaming AG ist – wie in Pkt. 6.2.3.1 erläutert – ohnehin Halmig in vollem Umfang für Compliance verantwortlich⁹³¹.

Rn 388

Der Holding AG unmittelbar entstandene Schäden wie z. B. die laut Sachverhalt gegen sie direkt ausgesprochene Bußgeldstrafe für Ordnungswidrigkeiten in der Tochtergesellschaft oder die Kosten für die interne Aufklärung sind der Gesellschaft direkt zu ersetzen. Anders verhält es sich in Bezug auf „nur“ mittelbar erlittene Schäden wie den aufgrund einer dauerhaften Wertminderung der Beteiligung möglicherweise nicht zur Gänze ersetzbaren Schaden, womit der mittelbare Schaden der Holding AG neben dem unmittelbaren Schaden in der Gaming AG stünde. Für diesen Fall kommen die von der Rspr. entwickelten Sonderregeln für den Ersatz des sog. Reflexschadens, welcher einem Gesellschafter durch Schädigung seines Beteiligungsunternehmens entsteht, zur Anwendung, wonach ein Direktanspruch der Tochtergesellschaft weiterhin ausgeschlossen bleibt, der Schaden jedoch durch direkte Zahlung in das Vermögen der geschädigten Konzerngesellschaft ersetzt werden muss⁹³². Für Bange und Kuhn bedeutet dies, dass der Schadenersatzanspruch für eventuelle mittelbare Schäden zwar der Holding AG zusteht, gleichzeitig aber auf direkte Leistung an die Gaming AG gerichtet ist⁹³³, so dass durch Schadenersatzzahlung an die Gesellschaft gleichzeitig der mittelbare Schaden des Aktionärs beglichen wird⁹³⁴. Wäre es infolge des Compliance-Verstoßes zu einer Veräußerung

Rn 389

⁹²⁸ Vgl. *Junker, Claudia / Langner, Dirk*, Kapitel XII: Der Vorstand im Konzern, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 55 f.

⁹²⁹ Vgl. o. Pkt. 5.3.1.3.

⁹³⁰ *Bayer, Walter / Scholz, Philipp*, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 782.

⁹³¹ Vgl. *Arnold/Geiger*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, S. 2311.

⁹³² *Altmeyden*, Compliance und „konzernspezifisches Trennungsprinzip“, S. 1233 f.; *Altmeyden, Holger*, AktG § 309 Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG, Rn 57.

⁹³³ Vgl. *Bayer, Walter / Scholz, Philipp*, § 3. Haftung von Exekutivorganen, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung, Rn 782.

⁹³⁴ *Hölters, Wolfgang / Hölters, Tanja*, AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm., Rn 352.

der Beteiligung gekommen, bedürfte es aufgrund des damit einhergegangenen unmittelbaren Schadens auf Ebene der Holding AG keines Rückgriffs auf die Regeln des Reflexschadens mehr.

Eine zusätzliche Haftung – wenngleich hypothetischer Natur – droht Bange und Kuhn, wenn sich in der Folge nachweisen lässt, dass sie die Interessen der Holding AG bei der Verfolgung der Organhaftungsansprüche auf Ebene der Gaming AG sorgfaltspflichtwidrig missachtet haben. Auch wenn es eine strikte Pflicht des Konzernvorstands zur Durchsetzung von Ansprüchen in der Tochtergesellschaft nicht gibt und es diese angesichts von beschränkten Einflussnahme-Möglichkeiten mit Ausnahme des in § 147 Abs. 1 S. 1 AktG vorgesehenen Rechts auf Erzwingung der Geltendmachung von Ansprüchen durch den AR⁹³⁵ auch nicht geben kann, werden es die Interessen der Holding AG i. d. R. erforderlich machen, dass Bange und Kuhn auf Durchsetzung der Ersatzansprüche gegen Halmig zumindest „hinwirken“⁹³⁶. Entscheidend ist letztlich, dass die Entscheidung zum Hinwirken nicht von gesellschaftsfremden Einflüssen oder Sonderinteressen beeinflusst ist.

Rn 390

Ein Haftungsanspruch gegenüber der Holding AG in ihrer Funktion als Konzernmutter besteht nicht. Selbst eine denkbare Einstandshaftung für die Versäumnisse der von ihr entsandten, selbst ersatzpflichtig gewordenen AR-Mitglieder wird nach BGH-Auffassung abgelehnt⁹³⁷, würde dies ein Weisungsrecht des abordnenden Unternehmens gegenüber dem in seiner Amtsführung grds. an keine Weisungen gebundenen⁹³⁸ AR voraussetzen und folgerichtig eine Unvereinbarkeit mit dessen Rechtstellung darstellen⁹³⁹.

Rn 391

Für den Konzern-AR gelten in Bezug auf die Rechtsfolgen des Compliance-Verstoßes im Tochterunternehmen sinngemäß dieselben Ausführungen wie für den AR der Gaming AG⁹⁴⁰. Im Unterschied zum AR in der Einzelgesellschaft erstreckt sich sein Kontrollauftrag auf die Leitungs- und Überwachungsverantwortung des Vorstands für den gesamten Konzern⁹⁴¹. Wie Bange und Kuhn wird sich der Konzern-AR gegenüber der Gesellschaft für i. S. v. § 116 S. 1 AktG mangelhafte Sorgfalt bei der Überwachung des Konzernvorstands gem. § 111 Abs. 1 AktG verantworten

Rn 392

⁹³⁵ Vgl. *Petersen, Thomas*, Kapitel III: Verantwortlichkeit und Haftung, in: *V. Kann*, Vorstand der AG, Rn 82.

⁹³⁶ *Fischbach/Lüneborg*, Organpflichten bei der Durchsetzung Organhaftungsansprüchen, S. 1150.

⁹³⁷ Vgl. o. Rn 200.

⁹³⁸ *Hoffmann-Becking, Michael*, § 33 Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht, Rn 7.

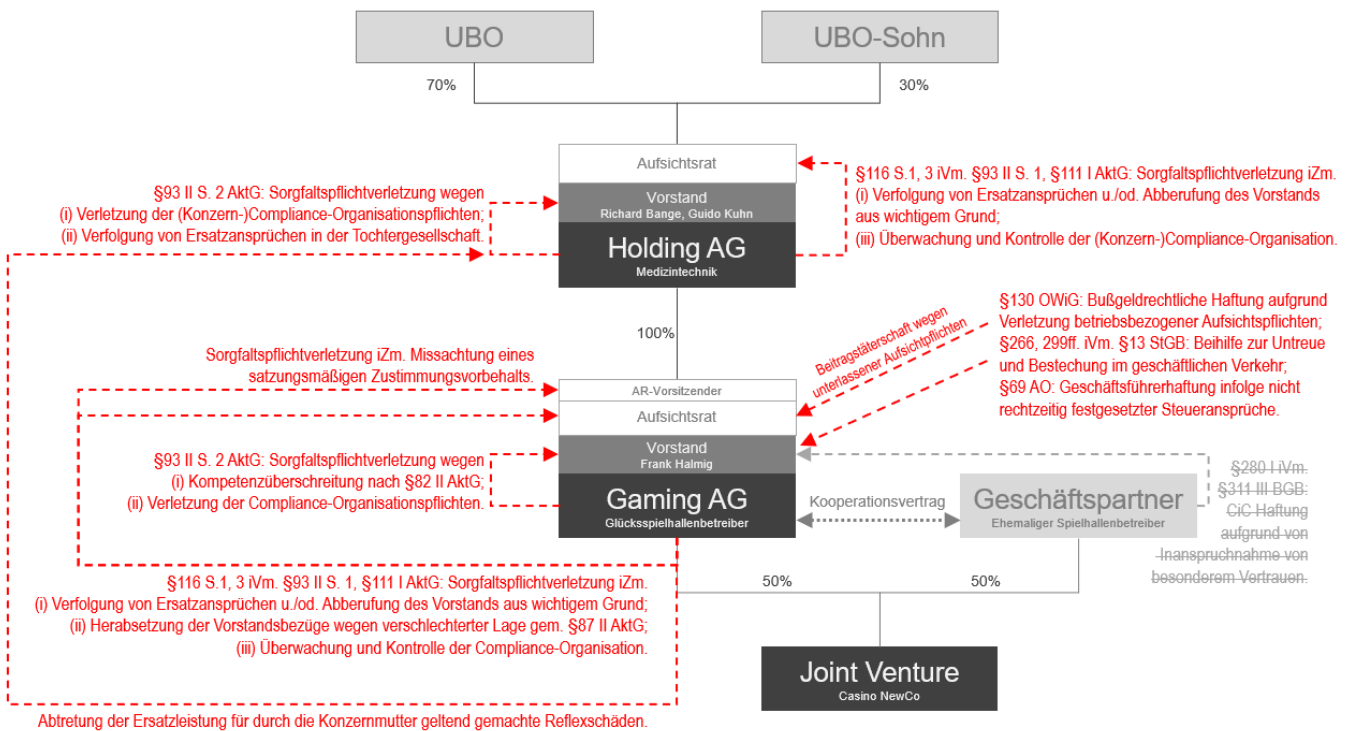
⁹³⁹ Vgl. *V. Schenck, Kersten*, AktG § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in: *V. Schenck*, Aufsichtsrat, Rn 799 – 805.

⁹⁴⁰ Vgl. o. Pkt. 6.2.3.2.

⁹⁴¹ Vgl. o. Rn 361.

müssen. Direkte Haftungsansprüche von Seiten der Gaming AG i. Z. m. dem konzerndimensionalen Kontroll- und Überwachungsauftrag gibt es, zumal dieser sich ausschließlich am Interesse der Konzernmutter zu orientieren hat, nicht⁹⁴².

Abbildung 7: Überblick über die Ansprüche aus Fallbeispiel 10 und 11.



⁹⁴² Singer, Konzerndimension von Zustimmungsvorbehalten, S. 271 f.

7 Ergebnis

7.1 Rechtlicher Rahmen für postakquisitorisches Vorstandshandeln

Welche maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen bestimmen den Rahmen für rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln? **Rn 393**

i. Ein spezielles Verhaltensregime oder Haftungsrecht für Vorstände bei Unternehmensübernahmen gibt es im deutschen Gesellschaftsrecht nicht. Zur Beantwortung praxisrelevanter Fragen stehen in erster Linie die generalklauselartigen allgemeinen Vorgaben des AktG, die Bestimmungen des DCGK und die punktuell durch höchstrichterliche Rspr. konkretisierten Verhaltenskriterien zur Verfügung. **Rn 394**

ii. Hauptaufgabe des Vorstands ist gem. §§ 76 – 78 AktG die unabhängige Leitung der AG unter eigener Verantwortung und ihrer Vertretung nach außen. Leitlinien bilden das Gesellschaftsinteresse an einem dauerhaft gesicherten und profitablen Unternehmensbestand gem. dem satzungsmäßig festgelegten Unternehmensgegenstand. Ausnahmen von der Weisungsfreiheit bestehen lediglich bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften von besonderer Bedeutung gem. § 111 Abs 4 S. 2 AktG i. V. m. § 82 Abs. 2 AktG, der HV auf Verlangen des Vorstands vorgelegten Maßnahmen gem. § 119 Abs. 2 AktG und bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags gem. § 308 Abs. 1 AktG. **Rn 395**

iii. Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands ist nach h. M. und ungeachtet ihrer dogmatischen Herleitung die ausnahmslose Verpflichtung zur Einhaltung von Legalität im Falle eigenen Handelns und Sicherstellung von rechtskonformem Verhalten im Falle anderer im Namen der Gesellschaft handelnder Personen (Compliance). Während es sich bei der Legalitätspflicht um eine unbedingte Rechtspflicht ohne Freiraum für allfällige Nützlichkeitsabwägungen handelt, verlangt die Legalitätskontrolle Anstrengungen innerhalb der den Umständen des jeweiligen Einzelfalls entsprechenden Kriterien von Erforderlichkeit und Zumutbarkeit, nicht jedoch in völlig unbegrenztem Maße. **Rn 396**

iv. Beurteilungsmaßstab bei der Ausübung der Leitungsfunktion ist die nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geschuldete Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Zugleich gilt § 93 Abs. 2 AktG als die zentrale anspruchsbegründende, dieselben tatbestandmäßigen Voraussetzungen **Rn 397**

wie die deliktische Schadenersatzpflicht voraussetzende Haftungsnorm für pflichtvergessene Vorstandsmitglieder im Verhältnis zu ihrer Gesellschaft. Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Rahmen der Geschäftsleitung sind im Rahmen der sog. BJM von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG haftungsprivilegiert, solange der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Bei besonders groben Pflichtverletzungen droht zudem die Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 84 Abs. 4 S. 1 AktG.

- v. Die vorgenannten Grundprinzipien gelten im Innenverhältnis für den Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft gleichermaßen wie für den Vorstand einer aufgrund von Übernahme abhängig gewordenen Gesellschaft. **Rn 398**
- vi. Aus Sicht des Konzernvorstands erweitert sich im Anschluss an Unternehmensübernahmen die zuvor auf die eigene Gesellschaft beschränkte Leitungspflicht zu einer nunmehr über das gesamte Vermögen des Unternehmensverbands ausgedehnten Leitungs- und Überwachungsverantwortung, für deren Ausübung Ermessensspielraum nach den Regeln von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG besteht. Die damit veränderte Pflicht zur „Einwirkung“ auf Konzerngesellschaften kann allerdings nicht weiterreichen als die Möglichkeiten zur Einflussnahme, die sich aus der Ausübung der Beteiligungsrechte ergeben oder laut §§ 291 ff. AktG konzernrechtlich zulässig sind. **Rn 399**
- vii. Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten der Konzernspitze im Unternehmensverbund und die davon abhängige Durchsetzbarkeit von Integrationsmaßnahmen bestimmen sich nach Rechtsform der untergeordneten Gesellschaft und Art des Konzerns. Im Unterschied zum GmbH-Konzern fehlt bei nachgeordneten AGs ein verbindliches Weisungsdurchgriffsrecht. Zudem garantieren das Verbot von nachteiliger Einflussnahme gem. § 311 Abs. 1 AktG und, sofern der Konzerntatbestand nicht erfüllt ist, das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG die weiterhin unverändert bestehende Leitungsautonomie von § 76 Abs. 1 AktG des Tochtervorstands. **Rn 400**
- viii. Aus den erweiterten Anforderungen ergeben sich im Vergleich zu nicht konzernierten Sachverhalten neue Haftungstatbestände für – neben der Konzernmutter selbst – die Geschäftsleitungen von beherrschender und beherrschter Gesellschaft. War ihre Inanspruchnahme, abgesehen von der Haftung für Straftatbestände, bußgeldrechtlicher Haftung nach dem OWiG und allfälligen zivilrechtlichen Ansprüchen aufgrund deliktischer oder vorvertraglicher Haftung, bislang prinzipiell auf das Innenverhältnis infolge von **Rn 401**

Sorgfaltspflichtverletzungen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG begrenzt, vergrößert sich im Unternehmensverbund das Haftungsrisiko der Konzernvorstände über Ansprüche wegen mangelhafter Konzernleitung, Konzernorganisation oder Konzernüberwachung hinaus um mögliche Direktansprüche der geschädigten Tochtergesellschaft für schädliche Einflussnahme nach § 317 Abs. 3 AktG i. V. m. § 311 AktG und – bei Nachweisbarkeit von Vorsatz – nach § 117 Abs. 1 AktG. Ähnliches gilt, wenngleich weiterhin nur eine Inanspruchnahme durch die eigene geschädigte Gesellschaft in Frage kommt, für die Tochtervorstände angesichts drohender neuer Ansprüche wegen verletzter Berichtspflichten nach § 318 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 312 AktG oder mangelhaftem Nachteilsausgleich bei veranlassten Rechtsgeschäften oder Maßnahmen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG i. V. m. § 311 AktG.

7.2 Konkretisierung postakquisitorischer Verhaltenskriterien anhand der spezifischen Sorgfaltspflichten im Transaktionsprozess

Inwieweit ergibt sich aus den im Übernahmeprozess etablierten Sorgfaltspflichten ein konkreter Maßstab für postakquisitorische Vorstandsentscheidungen? **Rn 402**

- i. Die Bedeutung von organschaftlichen Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf galt angesichts von in hohem Maße einzelfallgeprägten Sachverhalten, unübersichtlicher Rechtslage und verhaltener Prozessneigung lange Zeit als gering. Vor dem Hintergrund wegweisender, wenngleich nur in Bezug auf Einzelaspekte punktueller, höchstrichterlicher Entscheidungen gewann die Haftungsrelevanz des Themas zuletzt an Aufmerksamkeit und es bildeten sich in Bezug auf die Transaktionsphase gewisse Marktstandards, wie z. B. die mittlerweile obligatorische Durchführung einer DD vor Vertragsabschluss, heraus, die bei Schäden entweder als haftungsmildernd oder im Falle von grober Missachtung als anspruchsbegründend anerkannt sind. **Rn 403**
- ii. Der Diskussionsstand in Bezug auf die Sorgfaltspflichten nach Vertragsabschluss ist demgegenüber bis heute wenig entwickelt. Dies überrascht aus zweierlei Gründen: Zum einen ist die aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG resultierende gesetzliche Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung beim Unternehmenskauf keineswegs auf den Erwerbsvorgang beschränkt und mit Unterzeichnung des Kaufvertrags erledigt. Zum anderen gilt die Integrationsphase nachweislich als erfolgskritisch für das Erreichen der mit einer **Rn 404**

Unternehmensübernahme verfolgten Ziele und nach überwiegender Ansicht als ein wichtiger, wenn nicht sogar als der wichtigste, Abschnitt im Transaktionsverlauf.

- iii. Als integraler Bestandteil des Übernahmeprozesses ist die Gestaltung der Integrationsphase gleichermaßen wie die ihr vorgelagerte Kaufentscheidung selbst eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung i. S. v. § 93 AktG, für die der Vorstand Ermessensspielraum nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG genießt, solange die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zur Anwendung kommt. Wie vor Vertragsabschluss gilt in der Zeit danach die Grenze zwischen akzeptablem Wagnis und verantwortungslosen Hasardieren als überschritten, wenn schon zum Zeitpunkt Entscheidung nicht mehr von einer auf angemessener Informationsgrundlage vorbereiteten und zum Wohl der Gesellschaft kritisch abgewogenen Sachentscheidung ausgegangen werden konnte. Es liegt daher nahe, dass als Maßstab für die Sorgfaltspflicht bei den typischen Rechtsfragen in der Phase nach Übernahmevervollzug dieselben anerkannten Verhaltenskriterien zur Anwendung kommen wie in der Phase davor. **Rn 405**
- iv. Die Frage, ob es eine rechtliche Verpflichtung zur Integration gibt, lässt sich in Anlehnung an die Frage nach den Mindestanforderungen einer sorgfältigen Transaktionsvorbereitung beantworten. Genauso wenig wie der Verzicht auf eine gründliche Untersuchung des zu erwerbenden Unternehmens vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags ohne nachvollziehbaren Grund nicht mit dem Erfordernis einer angemessenen Informationsgrundlage vereinbar und sohin sorgfaltswidrig ist, ist es nicht zum Wohle der Gesellschaft, wenn die Geschäftsleitung nach Transaktionsabschluss die notwendigen Integrationsmaßnahmen zur Realisierung von Synergien ungerechtfertigterweise unterlässt. Es steht nicht das „Ob“ der Integration eines übernommenen Unternehmens zur Disposition, wohl aber das „Wie“ der konkreten Umsetzung in Bezug auf die Ausgestaltung, Intensität und jeweiligen Maßnahmen. **Rn 406**
- v. Analog dazu lassen sich weitere praktische Fragen im Anschluss an Übernahmen klären. Ob es auf Seiten des Erwerbers eine Verpflichtung zur Durchführung eines Post Closing Audits gibt und in welchem Umfang der Vorstand der nunmehr abhängigen Gesellschaft diese zulassen darf, kann in Anlehnung an dieselben Grundsätze geklärt werden, die sich in der DD-Phase zuvor zur Auflösung der kollidierenden Informationspflichten des **Rn 407**

Käufers einerseits und Aufklärungs- bzw. Verschwiegenheitspflichten des Verkäufers andererseits angeboten haben. Jene Kriterien, die sich in Bezug auf eine sorgfältige Kaufpreis- und Vertragsgestaltung als Marktstandard bei Unternehmenskäufen etabliert haben, können in der Phase nach Übernahme als Grundlage für konzerninterne und unter striktem Vorbehalt von Drittvergleichsfähigkeit stehende Anteilübertragungen herangezogen werden.

7.3 Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme zum Zweck der Integration

Innerhalb welcher Grenzen hat der Konzernvorstand die Möglichkeit zur Einwirkung auf die übernommene Gesellschaft zum Zweck der Integration? **Rn 408**

i. Im Anschluss an den Vollzug einer Anteilsübernahme stehen Erwerbergesellschaft und übernommene Gesellschaft einander i. d. R. im Rahmen eines faktischen Konzernverhältnisses gegenüber. **Rn 409**

ii. Im faktischen Konzern sind den Möglichkeiten der Konzernleitung zur Einwirkung auf untergeordnete Konzerngesellschaft aufgrund eines fehlenden Weisungsrechts enge Grenzen gesetzt. Als einzig wirkungsvolles Mittel zur Durchsetzung von Konzerninteressen bei der Integration von Zukäufen dient das auf Gesellschafterebene zustehende Recht zur Neubesetzung des AR, womit sich eine zumindest enge personelle Verflechtung zwischen den Organen der Ober- und Untergesellschaft, nicht selten im Wege von Doppelmandaten, herstellen lässt. Eine direkte Einflussnahme von außen auf die Geschicke der Tochtergesellschaft ist gem. § 311 ff. AktG, solange sie nicht nachteilig ist oder, sofern doch, es in der Folge zu einem Nachteilsausgleich kommt, indes nicht gänzlich unzulässig, bedarf aber jedenfalls der Kooperationswilligkeit auf Seiten des weiterhin zur unabhängigen Geschäftsleitung berechtigten und verpflichteten Tochtervorstands, dem es nach Prüfung der Anweisung offensteht, ihr zu folgen oder nicht. **Rn 410**

iii. Unmittelbare Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Konzernvorstands müssen im faktischen Konzern, sofern mit ihnen ein nicht ausgleichsfähiger Nachteil für die abhängige Gesellschaft verbunden ist, unterbleiben. Mittelbare Zustimmungsketten zugunsten des Konzernvorstands, indem das Abstimmungsverhalten der AR-Mitglieder bei eigenen Zustimmungsvorbehalten in der Untergesellschaft an die Zustimmung des Konzernvorstands gebunden werden, kommen aufgrund von § 111 Abs. 6 AktG, wonach die Amtsausübung des AR weisungsfrei zu sein hat, nicht in Betracht. **Rn 411**

-
- iv. Daraus folgt, dass es im faktischen Konzern eine rechtlich gesicherte Konzernleitungsbefugnis und einen Anspruch auf Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen nicht gibt, so dass allein eine Mehrheitsbeteiligung aufgrund der Bestimmungen von § 311 ff. AktG und des Verbots der Einlagenrückgewähr in § 57 AktG kein besonderes Maß an Einfluss vermittelt. **Rn 412**
- v. Ein Recht der Konzernführung, mittels angewiesener Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Konzerninteresse in die Belange der Tochter einzugreifen, und hiermit weitreichendere Möglichkeiten zur Integration von Zukäufen in den Unternehmensverbund des Erwerbers gibt es im Vertragskonzern. Voraussetzung ist der Abschluss eines Beherrschungsvertrags i. S. v. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG mit zumindest Dreiviertelmehrheit in der HV, die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zum Ausgleich von laufenden Verlusten in der Tochtergesellschaft für die Dauer des Vertrags, eine angemessene Entschädigungsleistung an die außenstehenden Aktionäre und die Möglichkeit für diese, bei Verlangen gegen Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Dafür stehen gem. § 308 AktG dem Konzernvorstand weitreichende Eingriffsrechte, bis hin zu entschädigungslosen Eingriffen in die Vermögenssubstanz der Tochter, im Interesse des Konzerns zu, während der angewiesene Tochtervorstand zur Befolgung der Konzernvorgaben verpflichtet ist. **Rn 413**
- vi. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags ist nicht nur das wirkungsvollste Mittel zur konzernweiten Durchsetzung der erweiterten Leitungs- und Überwachungsverantwortung des Konzernvorstands im Anschluss an Übernahmen, sondern geeignet, für die betroffenen Organe im Unternehmensalltag Rechtssicherheit in Bezug auf Konzernvorgaben zu schaffen und Zweifelsfragen über die Einflussgrenzen, wie sie im faktischen Konzern bestehen, zu vermeiden. **Rn 414**

7.4 Typische Problemfelder und Haftungsgefahren nach vollzogener Übernahme

Worin bestehen die typischen rechtlichen Problemfelder und Haftungsgefahren in der Zeit nach vollzogener Übernahme? **Rn 415**

- i. Gesellschaften, die sich im Anschluss an einen Eigentümerwechsel erstmals in einem Konzernumfeld wiederfinden, sehen sich typischerweise mit intensiver Einflussnahme von außen konfrontiert. Denn die betriebswirtschaftlich notwendige Einbindung der übernommenen Gesellschaft in den **Rn 416**

Unternehmensverbund des Erwerbers verlangt von der Konzernleitung i. d. R. tiefgehende Eingriffe in die Organisationsstruktur, Geschäftsprozesse und Strategie des bislang autonom geführten Tochterunternehmens. Blieb eine DD im Übernahmeprozess aus oder traten Unregelmäßigkeiten zutage, die im Vorfeld der Transaktion nicht zur Gänze aufgeklärt werden konnten, hat die Konzernleitung zudem aufgrund ihrer Pflicht zur Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft und bei Compliance-Verstößen aufgrund der Verantwortung für regelkonformes Verhalten im Gesamtkonzern mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln auf die Durchführung einer Post Closing DD hinzuwirken und nachträglich für klare Sachlage zu sorgen.

- ii. Demgegenüber steht die unverändert aufrechte Leitungsautonomie des Vorstands in der Tochtergesellschaft, der angesichts neuer Beteiligungsverhältnisse in der HV und eines meist rasch neubesetzten AR Gefahr läuft, in vorseilendem Gehorsam Maßnahmen den Erwartungen des neuen Großaktionärs entsprechend und ohne ausreichende Rücksichtnahme auf abweichende Interessen der eigenen Gesellschaft umzusetzen. So darf er etwa der Forderung nach Zulassung einer Post Closing DD nicht ohne weiteres entsprechen. Die Interessen der Gesellschaft verlangen hins. der Entscheidung über Zulassung oder Verweigerung ein sorgfältiges Abwägen der mit der Informationsweitergabe verbundenen Vor- und Nachteile. Dazu kommen die gesetzlichen Bestimmungen von § 311 ff. AktG, wonach der Informationsfluss an die Konzernmutter unter dem Aspekt des Nachteils kritisch zu sehen ist und an die Gewährung eines angemessenen Nachteilsausgleichs gebunden werden muss. **Rn 417**

- iii. Durch das Aufeinandertreffen der erweiterten Konzernleitungs- und Konzernüberwachungspflichten des Muttervorstands auf die unveränderte Verpflichtung des Tochtervorstands zur unabhängigen und weisungsfreien Geschäftsleitung resultieren zwangsläufig Interessenskonflikte und das Risiko von Rechtsverletzungen. **Rn 418**

- iv. Besteht kein Beherrschungsvertrag und kommt es in der Tochtergesellschaft auf Veranlassung des Konzernvorstands zur Umsetzung einer nachteiligen Maßnahme, die kompensationslos bleibt, haften gem. § 317 AktG i. V. m. § 311 AktG der Konzernvorstand und die Konzernmutter der Tochtergesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner für den aus der nachteiligen Einflussnahme entstandenen Schaden. Überdies haften die Geschäftsleiter persönlich im Verhältnis zu ihren Gesellschaften nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, der **Rn 419**

Konzernvorstand bei Inanspruchnahme der Konzernmutter aufgrund von Regress und der Tochtervorstand aufgrund verletzter Sorgfaltspflichten bei der Umsetzung von aus Sicht der Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen. Ein Rückgriff auf weitere daneben bestehende Anspruchsgrundlagen wie z. B. die Haftung für verbotene Einlagenrückgewähr gem. §§ 57, 60, 62 AktG, die Verletzung allgemeiner Treuepflichten i. V. m. § 280 Abs. 1 BGB oder vorsätzlich schädigende Einflussnahme nach § 117 AktG ist wegen Überlagerung durch die o. g. spezialgesetzlichen Regelungen des Konzernrechts im Übrigen meist nicht erforderlich.

- v. Anders gestaltet sich die Haftungslage bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags, mit dessen Abschluss die Leitungsmacht über die Tochtergesellschaft auf den Konzernvorstand übergegangen ist. Zentraler Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche ist die Sorgfaltspflicht des Konzernvorstands bei der Erteilung von Weisungen gem. § 309 Abs. 1 AktG. Diese gilt als verletzt, wenn die Weisung gegen Gesetz, Satzung oder Beherrschungsvertrag verstößt oder existenzgefährdende Auswirkung auf die Tochtergesellschaft hat. In diesen Fällen ist der Konzernvorstand gemeinsam mit der Obergesellschaft gegenüber der geschädigten Tochter direkt und persönlich so, als sei er selbst das verantwortliche Leitungsorgan der Gesellschaft, zum Schadenersatz nach § 309 Abs. 2 AktG verpflichtet. Das Haftungsrisiko auf Seiten des Tochtervorstands dagegen reduziert sich bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags gem. § 310 Abs. 1 AktG auf die Verletzung ihrer Pflichten i. Z. m. der Prüfung von erhaltenen Weisungen in Bezug auf Rechtmäßigkeit oder dem verpflichteten Hinweis auf nicht unmittelbar aus Sicht der anweisenden Obergesellschaft erkennbare Nachteile. **Rn 420**
- vi. Die praktische Bedeutung der Konzernhaftung wegen unzulässiger Einflussnahme auf abhängige Gesellschaften gilt unabhängig vom Bestehen eines Beherrschungsvertrags als nicht allzu groß. Dies wird gemeinhin auf die mit einem Schadenersatzprozess einhergehenden hohen Kosten für mitunter klageberechtigte Aktionäre und Gläubiger, die – dem Anspruchsteller obliegende – schwierige Nachweiserbringung von u. a. Veranlassung und Schadenseintritt sowie die Beschränkung von klagenden Aktionären, nur Leistung an die Gesellschaft verlangen zu können, zurückgeführt. **Rn 421**
- vii. Ein weiteres Problemfeld stellen Compliance-Verstöße auf Ebene der erworbenen Gesellschaft in der Zeit nach Übernahme dar, weil auf Seiten der Verantwortlichen häufig Unklarheit über die Verteilung und das Ausmaß der **Rn 422**

individuellen Compliance-Pflichten innerhalb des Unternehmensverbunds herrscht und geringes Problembewusstsein in Bezug auf die daraus resultierenden, sie persönlich betreffenden Haftungsrisiken besteht.

viii. Unumstritten ist, dass sich an der Legalitätspflicht eines Vorstands und seiner Pflicht zur Kontrolle von Legalität in Bezug auf das eigene Unternehmen auch nach Übernahme und Integration in einen Unternehmensverbund nichts ändert. **Rn 423**

ix. Zu einer Änderung kommt es in der Pflichtenlage des Konzernvorstands, wiewohl hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Normierung fehlt. Seine Compliance-Verantwortung endet im Unternehmensverbund nach überwiegender Ansicht nicht, wie in der nicht konzernierten Einzelgesellschaft, an den gesellschaftsrechtlichen Grenzen des eigenen Unternehmens, sondern erstreckt sich auf sämtliche Beteiligungen. Dies darf jedoch keineswegs als vollumfängliche Compliance-Pflicht für sämtliche Vorgänge auf Ebene der Konzernuntergesellschaften missverstanden werden, zumal gegenüber nur faktisch abhängigen Tochtergesellschaften der Konzernvorstand über keine ausreichenden rechtlichen Mittel zur Durchsetzung von Compliance-Maßnahmen ohne oder notfalls gegen den Willen des Tochtervorstands verfügt. Erwartet wird vom Konzernvorstand vielmehr mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln auf die konzernweite Einrichtung einer solchen Compliance-Organisation hinzuwirken, die erforderlich, zumutbar und geeignet ist, um Rechtsverstößen vorzubeugen und erfolgte Rechtsverstöße zu entdecken, zu beenden und zu sanktionieren. **Rn 424**

7.5 Handlungsempfehlungen zur Reduktion postakquisitorischer Haftungsrisiken

Welche Handlungsempfehlungen für Vorstände gibt es, um potentielle postakquisitorische Haftungsrisiken zu reduzieren? **Rn 425**

i. Bei Umfang, Intensität und Ausgestaltung der Anbindung eines übernommenen Unternehmens an das Käuferunternehmen handelt es sich unter rechtlichen Gesichtspunkten um eine unternehmerische Entscheidung, für die der Vorstand des Käuferunternehmens breiten Ermessensspielraum genießt. Um als haftungsprivilegiert zu gelten, bedarf es von Seiten des Vorstands einer bewussten Entscheidung zugunsten eines bestimmten Handelns oder Unterlassens, ein Untätigbleiben ist jedenfalls nicht ausreichend. In gleicher Weise bedarf es einer sorgfältigen Dokumentation der der **Rn 426**

Integrationsentscheidung zugrundeliegenden Umstände sowie des Entscheidungsprozesses selbst, damit später objektiv erkennbar ist, aus welchen Gründen der Vorstand eine bestimmte Alternative einer anderen vorgezogen hat und vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

- ii. Als rechtlich abgesicherte Grundlage zur Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen empfiehlt sich nach Übernahme der Abschluss eines Beherrschungsvertrags. Er erweitert die sonst eingeschränkten Einwirkungsmöglichkeiten der herrschenden Gesellschaft erheblich und ersetzt die Leitungautonomie des Tochtervorstands durch eine ausnahmslose Folgepflicht gegenüber Anweisungen des Konzernvorstands. Im Übrigen erhöht er die Rechtssicherheit der ausführenden Organe auf beiden Seiten insofern, als sich das verbleibende Haftungsrisiko des Konzernvorstands auf Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Erteilung von Weisungen und das des Tochtervorstands auf mangelhafte oder fehlende Zulässigkeitsprüfung bei der Befolgung erhaltener Weisungen reduziert. Aus den überwiegenden Vorteilen eine rechtliche Pflicht zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen abzuleiten, ginge jedoch zu weit. Umgekehrt dürfte ein unterbleibender Abschluss trotz vorhandener Dreiviertelmehrheit in beiden HV nur schwer als Entscheidung zum Wohle der herrschenden Gesellschaft zu argumentieren sein. **Rn 427**
- iii. Besteht kein Beherrschungsvertrag ist bei der Durchsetzung von Konzerninteressen aus Rücksicht der anderen Aktionärs- und Gläubigerinteressen Zurückhaltung geboten. Zwar ist eine Einflussnahme durch die Konzernmutter nicht generell ausgeschlossen, jedoch muss jede veranlasste Maßnahme von den Vorständen in der Ober- und Untergesellschaft kritisch unter dem Aspekt des Nachteils geprüft und, sofern dies der Fall ist, ausgeglichen und in einem vom Tochtervorstand jährlich aufzustellenden Bericht an den AR aufgeführt werden. Letztlich liegt es bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags am Tochtervorstand zu beurteilen, inwieweit er den Vorstellungen des Konzernvorstands bei der Integration entsprechen darf oder nicht. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn sich der Konzernvorstand selbst im Rahmen eines Doppelmandats zum Vorstand der Tochter bestellen ließe, hätte er diesfalls selbst strikt zwischen den Konzerninteressen und den vorrangigen Tochterinteressen zu unterscheiden. Die Unternehmensintegration auf Umwegen über Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Tochter-AR zu **Rn 428**

forcieren, wäre unzweckmäßig, zumal Zustimmungsvorbehalte nur als Veto-rechte ausgestaltet sein dürfen, bestimmte Rechtsgeschäfte aber nicht positiv in die Kompetenz des AR übertragen können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der AR in seiner Amtsführung unabhängig von Konzerneinflüssen zu sein hat und allein den Interessen seiner eigenen Gesellschaft gegenüber verpflichtet bleibt.

- iv. Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, unabhängig ob zwischen ihnen ein direktes oder – wie in mehrstufigen Konzernen – nur indirektes Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist generell – sei es bei Veranlassung von außen aufgrund der für faktische Unternehmensverbände geltenden Bestimmungen von § 311 ff. AktG oder dem sonst gültigen Verbot der Einlagenrückgewähr von § 57 AktG – besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Unproblematisch sind sie, solange ihre Konditionen zum Zeitpunkt des Abschlusses einem strengen Drittvergleich standhalten. Denn marktübliche Rechtsgeschäfte können mit jeder Vertragspartei, d. h. auch mit eigenen Aktionären oder konzernverbundenen Unternehmen, abgeschlossen werden. Betriebsmittel können konzernintern demnach nur gegen angemessenes Entgelt überlassen, Finanzierungen nur gegen drittvergleichsfähige Verzinsung und unter Berücksichtigung der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs und Auswirkungen auf die Liquiditätslage des Darlehensgebers vergeben und Anteilsübertragungen zwischen Gesellschaften desselben Unternehmensverbands nur zu Vertragskonditionen, denen die anerkannten Methoden der Unternehmensbewertung zugrunde gelegt wurden, und unter den bei Unternehmenskäufen marktüblichen Standards vollzogen werden. **Rn 429**
- v. Bei Uneinigkeit unter den Mitgliedern eines Vorstands, ob eine Maßnahme durchgeführt werden darf oder nicht, müssen die Bedenken mit hinreichendem Nachdruck vorgebracht, durch Abgabe einer Gegenstimme dokumentiert und nach erfolgloser Remonstration dem AR zur Kenntnis gebracht werden. Eine Amtsniederlegung oder Behördeninformation ist nur zur Abwehr krimineller Handlungen oder existenzgefährdender Vermögensschäden erforderlich. Bloße Stimmenthaltung oder der spätere Einwand, das eigene Abstimmungsverhalten sei unter Einfluss dominierender Vorstandsmitglieder gestanden, ist unter Haftungsgesichtspunkten unbedeutend. **Rn 430**
- vi. Die Rechtsform der GmbH gilt in Bezug auf die untergeordneten Gesellschaftsebenen innerhalb eines Konzerns in Anbetracht der dem Gesellschafter zustehenden Weisungsbefugnis und – als Gegenstück dazu – der **Rn 431**

Folgepflicht der Geschäftsführung als beliebt. Wenngleich das GmbHG im Unterschied zum AktG keine dezidierten konzernrechtlichen Schutzbestimmungen vor schädlicher Einflussnahme kennt, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass ein solches Verbot bereits aus dem für die GmbH zentralen Grundsatz der mitgliedschaftlichen Treuepflicht folgt und dass nachteilige Maßnahmen nicht gestattet sind, selbst wenn ein Ausgleich möglich und verbindlich in Aussicht gestellt wurde.

- vii. In Compliance Hinsicht gilt es nach Abschluss einer Transaktion, das erworbene Unternehmen zügig und konsequent in die Compliance-Organisation der Erwerbgesellschaft einzugliedern und eventuell bestehende unklare Sachlagen aufzuklären. Denn neben dem Tochtervorstand trifft nunmehr auch den Konzernvorstand die Pflicht, im Rahmen seiner konzernweiten Compliance-Verantwortung für rechtmäßiges Verhalten in der neuen Tochtergesellschaft zu sorgen. **Rn 432**
- viii. Sollte der Gesellschaft infolge eines Compliance-Verstoßes Schaden entstehen, ist es für den Tochtervorstand gleichermaßen wie für den Konzernvorstand haftungsentscheidend, darlegen und beweisen zu können, dass die gewählte Compliance-Organisation den zeitgemäßen Anforderungen sorgfältiger Unternehmensführung entsprach. Dabei kommt es nicht auf die bloße Existenz von nach außen beachtlich erscheinender Compliance-Standards an, sondern auf die Frage, ob und in welcher Weise diese von der Unternehmensleitung und den Mitarbeitern unterstützt und gelebt wurden. Wurden die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterlassen, drohen den Vorständen aufgrund ihrer Stellung als Überwachungsgarant – selbst wenn sie von den Vorgängen im Unternehmen keine Kenntnisse hatten – neben zivil- und bußgeldrechtlicher Inanspruchnahme eine Verurteilung wegen Beihilfe zu möglicherweise strafrechtlich relevanten Tatbeständen. **Rn 433**
- ix. Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Dritte sind vom Vorstand in derselben konsequenten Weise zu verfolgen wie es dem AR bei Ansprüchen gegenüber dem Vorstand selbst obliegt. Sachfremde Erwägungen dürfen bei der Prüfung von Ansprüchen gegenüber dem eigenen AR – gleichermaßen wie bei der Verpflichtung der Konzernleitung, auf Durchsetzung bestehender Ersatzansprüche zugunsten nachgeordneter Konzerngesellschaften, wie z. B. im Falle von Kompetenzüberschreitungen durch eigene Organe, hinzuwirken – keine Rolle spielen. **Rn 434**

LITERATURVERZEICHNIS

- Abele, Eberhardt / Elzenheimer, Jens / Bundschuh, Markus*, Post Merger Integration, ZWF 2004, Nr. 5, S. 239 – 242.
- Adler, Georg*, Das Verbot der Nachteilszufügung und der Nachteilsausgleich: Rechtsgeschäfte im faktischen Aktienkonzern in Deutschland und Österreich, Dissertation, Universität Wien 2010.
- Altmeyden, Holger*, Compliance und „konzernspezifisches Trennungsprinzip“, NZG 2022, S. 1227 – 1235.
- Altmeyden, Holger*, Interessenskonflikte im Konzern, ZHR 2007, Nr. 171, S. 320 – 341.
- Anger, Heike*, Wirtschaftskriminalität: Betrug, Korruption oder Umweltdelikte: Unternehmenssanktionen werden kommen, Handelsblatt, Artikel vom 16.08.2021, <<https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/wirtschaftskriminalitaet-betrug-korruption-oder-umweltdelikte-unternehmenssanktionen-werden-kommen/27521226.html>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Anger*, Unternehmenssanktionen werden kommen).
- Arden, Julius*, Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder bei unklarer Rechtslage, Tübingen 2018.
- Arnold, Michael / Geiger, Jan-David*, Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern, BB 2018, S. 2306 – 2312.
- Art, Marie-Agnes*, Verwaltungs- und Aufsichtsrechte im Konzern (Corporate Governance), Der Gesellschafter 2019, Nr. 4, S. 259 – 261.
- Austmann, Andreas*, Integration der Zielgesellschaft nach Übernahme, ZGR 2009, S. 277 – 309.
- Bärnreuther, Max*, Die Ausgabe neuer Aktien: Wirtschaftliche Gefahren und rechtlicher Schutz für Anleger, Aktionäre und Darlehensgeber, Dissertation, Universität Passau 2021.
- Baetge, Jörg / Kirsch, Hans-Jürgen / Thiele, Stefan* (Hrsg.), Reihe: Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung, Band 26, Münster/Wuppertal 2010 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Baetge/Kirsch/Thiele*, RL und WP].
- Ballwieser, Wolfgang / Beyer, Sven / Zelger, Hansjörg* (Hrsg.), Unternehmenskauf nach IFRS und HGB: Purchase Price Allocation, Goodwill und Impairment-Test, Stuttgart 2014, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Ballwieser/Beyer/Zelger*, UK nach IFRS u HGB].
- Barbist, Johannes / Ahammer, Michael / Fabian, Tibor*, Compliance in der Unternehmenspraxis, Wien 2015.
- Bauch, Clea*, Planung und Steuerung der Post Merger-Integration, Wiesbaden 2004.
- Baum, Ariane*, Mißerfolgskriterien internationaler Akquisitionen, Hamburg 2000.

- Bay, Karl-Christian / Hastenrath, Katharina* (Hrsg.), Compliance-Management-Systeme: Praxiserprobte Elemente, Prozesse und Tools, München 2022, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Bay/Hastenrath, CMS*].
- Bayer, Walter / Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel: Band II – Grundsatzfragen des Aktienrechts, Tübingen 2007, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Bayer/Habersack, AR im Wandel*].
- Beck, Lukas*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa: Eine Untersuchung der Grundlagen und Organisation grenzüberschreitender Unternehmensgruppen, Dissertation, Universität Würzburg 2018.
- Behrendt, Markus / Braun, Ellen*, Schienenkartellverfahren: Managerhaftung bleibt ungeklärt, Artikel vom 14.7.2017, <<https://www.wiwo.de/erfolg/management/schienenkartellverfahren-managerhaftung-bleibt-ungeklaert/20058056.html>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Behrendt/Ellen*, Schienenkartellverfahren: Managerhaftung ungeklärt).
- Behringer, Stefan / Ulrich, Patrick / Unruh, Anjuli / Frank, Vanessa*, Implementierungsstand des Compliance-Managements in der Unternehmenspraxis, Aalen 2020.
- Beisel, Daniel / Andreas, Friedhold* (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, München 2017, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Beisel/Andreas, MandatsHB DD*].
- Beisel, Wilhelm / Klumpp, Hans-Hermann* (Hrsg.), Der Unternehmenskauf: Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, München 2016, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf*].
- Berens, Wolfgang / Brauner, Hans U. / Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, Stuttgart 2019, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Berens/Brauner/Strauch, Due Diligence*].
- Beuthien, Volker / Gummert, Hans / Schöpflin, Martin* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, München 2021, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Beuthien/Gummert/Schöpflin, HB Gesellschaftsrecht*].
- Beyer, Michael / Heyd, Reinhard*, Compliance für Aufsichtsräte: Rechtliche und fachliche Anforderungen an die Finanzexpertise, Stuttgart 2021.
- Bicker, Elke / Sackmann, Sonja* (Hrsg.), Compliance bei M&A-Transaktionen: Best-Practice Guide für eine erfolgreiche Due Diligence und kulturelle Integration, Stuttgart 2019, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Bicker/Sackmann, Compliance M&A-Transaktionen*].
- Böttcher, Lars*, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, S. 49 – 54.
- Born, Manfred / Ghassemi-Tabar, Nima / Gehle, Burkhard* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 7, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), München 2020, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, HB Gesellschaftsrecht*].

- Böttcher, Lars*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, S. 481 – 485.
- Brommer, Andreas*, Schriften zum Wirtschaftsrecht – Band 278: Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandinnenhaftung, Berlin 2016.
- Brugger, Walter*, Einführung in das Wirtschaftsrecht: Kurzlehrbuch, Nordestedt 2021.
- Brugger, Walter*, Handbuch Unternehmenserwerb, Wien 2020.
- Bürkle, Jürgen* (Hrsg.), Compliance in Versicherungsunternehmen. Rechtliche Anforderungen und praktische Umsetzung, München 2020, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Bürkle*, Compliance Vers.unternehmen].
- Bürkle, Jürgen / Hauschka, Christoph* (Hrsg.), Compliance Officer: Ein Handbuch in eigener Sache, München 2015, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Bürkle/Hauschka*, Compliance Officer].
- Burde, Frank*, Bewertung von Synergiepotentialen: Quantitative Synergieerfassung in der Unternehmensbewertung, Hamburg 2010.
- Calise, Francesco*, Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch auf andere juristische Personen als die GmbH anwendbar? Eine Analyse, Inaugural-Dissertation, Universität Köln 2006.
- Campos Nave, Susana / Grube, Ulrike*, Compliance im Konzern: Risiken und Möglichkeiten für Vorstand und Unternehmen, Artikel vom 22.11.2018, <<https://www.roedl.de/themen/compliance-unternehmen/konzern-vorstand-risiken-moeglichkeiten>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Campos Nave/Grube*, Compliance im Konzern).
- Daghles, Murad M. / Haßler, Thyl N.*, Warranty & Indemnity-Versicherungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen, GWR 2016, S. 455 – 457.
- Dannecker, Christoph*, Die Folgen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung der Unternehmensleitung für die Haftungsverfassung juristischer Personen. Zugleich: Besprechung von BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, NZWiSt 2012, S. 441 – 451.
- Defren, Timo*, Desinvestitionsmanagement: Erfolgsfaktoren in der Verhandlungsphase eines Sell-Offs, Wiesbaden 2009.
- Dethleff, Finn R.*, Wunsch und Wirklichkeit bei Aktiengesellschaften: Unzulässigkeit der Einflussnahme auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft, Artikel vom 6.11.2019, <<https://www.rosepartner.de/blog/wunsch-und-wirklichkeit-bei-der-aktiengesellschaft.html>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Dethleff*, Unzulässigkeit der Einflussnahme).
- Diem, Andreas / Jahn, Christian* (Hrsg.), Akquisitionsfinanzierungen: Kredite für Unternehmenskäufe, München 2019 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierung].
- Drinhausen, Florian / Eckstein, Hans-Martin* (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Drinhausen/Eckstein*, HB AG].

- Drygala, Tim / Staake, Marco / Szalai, Stephan*, Kapitalgesellschaftsrecht: Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Berlin 2012.
- Dühring, Magnus*, Die Business Judgement Rule: – Der Rettungsring? Leitlinien für die ordnungsgemäße Geschäftsführung, maxmagazin Nr. 1 / 2011, S. 4 – 9.
- Eilers, Stephan / Koffka, Matthias / Mackensen, Marcus / Paul, Markus* (Hrsg.), Private Equity: Unternehmenskauf, Finanzierung, Restrukturierung, Exitstrategien, München 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Eilers/Koffka/Mackensen/Paul*, Private Equity].
- Eilers, Stephan / Rödding, Adalbert / Schmalenbach, Dirk* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Rechnungslegung, München 2014, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Eilers/Rödding/Schmalenbach*, Unternehmensfinanzierung].
- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias*, Konzernrecht: Ein Studienbuch, München 2020.
- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias / Schürnbrand, Jan* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht: Kommentar, München 2019, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Emmerich/Habersack/Schürnbrand*, Konzernrecht Komm].
- Ettmayer, Wendelin / Pflug, Dominik*, Was uns verbindet, was uns unterscheidet, KPMG AG News 10/2019, S. 9 – 13.
- Feltl, Christian*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, eolex 04/2010, S. 358 – 361.
- Fischbach, Jonas / Lüneborg, Cécile*, Die Organpflichten bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen im Aktienkonzern, NZG 2015, S. 1142 – 1150.
- Fleischer, Holger*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, S. 321 – 328.
- Fleischer, Holger*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, S. 1 – 9.
- Fleischer, Holger* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Fleischer*, Hb Vorstandsrecht].
- Fleischer, Holger*, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, S. 449 – 458
- Fleischer, Holger / Goette, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG: Band 2, 3. Auflage, München 2019 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Fleischer/Goette*, Kommentar GmbHG].
- Flick Glocke Schaumburg* (Hrsg.), Vielfalt in der steuerzentrierten Rechtsberatung [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Flick Glocke Schaumburg*, Steuerzentrierte Rechtsberatung].
- Freiling, Jörg / Reckenfelderbäumer, Martin*, Markt und Unternehmung: Eine markt-orientierte Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 2007.

- Freund, Stefan*, Brennpunkte der Organhaftung: Anmerkungen aus der Praxis zur organrechtlichen Innenhaftung, NZG 2015, S. 1419 – 1424.
- Frischemeier, André*, Die Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße in Tochtergesellschaften, Frankfurt am Main 2014.
- Fuhrmann, Lambertus / Heinen, Alexander / Schilz, Lukas*, Gesetzliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume als „spezial-gesetzliche Business Judgment Rule“, NZG 2020, S. 1368 – 1378.
- Furtner, Sabine*, Management von Unternehmensakquisitionen im Mittelstand: Erfolgsfaktor Post-Merger-Integration, Wien 2011.
- Gerpott, Torsten J. / Neubauer, Fenna B.*, Integrationsgestaltung und Zusammenschlusserfolg nach einer Unternehmensakquisition: Eine empirische Studie aus Mitarbeitersicht, ZfbF 2011, Nr. 63, S. 118 – 154.
- Geyrhalter, Volker / Zirnbigl, Nikolas / Strehle, Christopher*, Haftungsrisiken aus dem Scheitern von Vertragsverhandlungen bei M&A-Transaktionen, DStR 2006, S. 1559 – 1564.
- Gleißner, Werner*, Unternehmerische Entscheidung über Kauf oder Verkauf von Unternehmen: Anforderung aus § 93 AktG und der neue Prüfungsstandard DIIR Nr. 2, M&A Review 04/2019, S. 126 – 132.
- Goette, Wulf / Arnold, Michael* (Hrsg.), Handbuch Aufsichtsrat, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Goette/Arnold*, HaBu Aufsichtsrat].
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, München 2008 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG].
- Gottschalk, Eckart / Dobers-Koch, Charlotte*, Compliance-Strukturen im internationalen Konzern, Beitrag vom 8.4.2021, <<https://www.cmshs-bloggt.de/rechtsthemen/konzernrecht/compliance-strukturen-im-internationalen-konzern>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Gottschalk/Dobers-Koch*, Compliance-Strukturen im internationalen Konzern).
- Graewe, Daniel*, Erfolgsfaktoren für M&A Transaktionen in mittelständischen Unternehmen, BB 2020, S. 2539 – 2543.
- Graewe, Daniel / V. Harder, Stephan*, Enthaftung der Leitungsorgane durch Einholung von Rechtsrat bei unklarer Rechtslage, BB 2017, S. 707 – 712.
- Grahn, Sarah Lena*, Volkswagen: Martin Winterkorn zahlt 11,2 Millionen Euro Schadenersatz an VW, Artikel vom 9.6.2021, <<https://www.zeit.de/wirtschaft/2021-06/volkswagen-martin-winterkorn-schadenersatz-dieselskandal-ex-vw-chief-falschaussage>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Grahn*, Schadenersatz an VW).
- Grigoleit, Christoph* (Hrsg.), Aktiengesetz: Kommentar, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Grigoleit*, AktG Komm].
- Groh, Jakob*, Einstandspflichten und gestörte Gesamtschuld in der Vorstandshaftung: Mitverschuldenseinwand und Haftungsverhältnis zwischen Vorstands-, Aufsichtsratsmitgliedern und Dritten, Dissertation, Universität Mannheim 2020.

- Gündel, Gerhard*, Unternehmerisches Ermessen und Untreue (§ 266 StGB) bei Vorständen und Geschäftsführern, CB 2015, S. 397 – 401.
- Haberer, Thomas / Krejci, Heinz* (Hrsg.), Konzernrecht, Wien 2016 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Haberer/Krejci*, Konzernrecht].
- Habersack, Matthias / Casper, Matthias / Löbbe, Marc* (Hrsg.), GmbHG Großkommentar, München 2019 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG GroKo].
- Hannemann, Nico / Mundhenke, Nicole*, Konzernleitung: Matrixstrukturen im Fokus, Blog-Service Konzernrecht aus der Praxis, Beitrag vom 25.3.2021, <<https://www.cmshs-bloggt.de/rechtsthemen/konzernrecht/konzernleitung-matrixstrukturen-im-fokus/>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Hannemann/Mundhenke*, Konzernleitung: Matrixstrukturen im Fokus).
- Harbarth, Stephan*, Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 2015/179, S. 136 – 172.
- Hasselbach, Kai / Nawroth, Christoph / Rödding, Adalbert* (Hrsg.), Beck'sches Holding Handbuch: Rechtspraxis der verbundenen Unternehmen, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hasselbach/Nawroth/Rödding*, HoldHB].
- Hauschka, Christoph E. / Moosmayer, Klaus / Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2016 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, HB Corporate Compliance].
- Heidel, Thomas* (Hrsg.), Kommentar: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2019 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Heidel*, Komm. Aktien und Kapitalmarktrecht].
- Heidinger, Andreas / Leible, Stefan / Schmidt, Jessica* (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München 2017 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Heidinger/Leible/Schmidt*, Komm GmbHG].
- Hein, Oliver*, Compliance – Haftungsrisiken der Unternehmensleitung, EweRK 2015, Nr. 02, S. 63 – 74.
- Henssler, Martin* (GesamtHrsg.), beck-online. Grosskommentar AktG, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Henssler*, GrKomm AktG].
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz* (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Band 62 Gesellschaftsrecht, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Henssler/Strohn*, GesRecht].
- Hettler, Stephan / Stratz, Rolf-Christian / Hörtnagl, Robert* (Hrsg.), Beck'sches Mandats-Handbuch: Unternehmenskauf, München 2013 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hettler/Stratz/Hörtnagl*, Handbuch Unternehmenskauf].
- Hilber, Marc* (Hrsg.), Deutsche Tochter im internationalen Konzern – Rechtshandbuch für die Praxis: Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht, Datenschutz,

Kartellrecht, Compliance, Berlin/Boston 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hilber*, Deutsche Tochter im Konzern].

Hilgard, Mark C., Der Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf, BB 2016, S. 1218 – 1237.

Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Aktiengesetz Grosskommentar, Berlin/Boston 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, AktG Groko].

Hölters, Wolfgang / Weber, Markus (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, München 2022 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hölters/Weber*, AktG Komm].

Hoening, Klaus Marinus / Klingen, Sebastian, Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf, NZG 2016, S. 1244 – 1248.

Hoffmann, Andreas C. / Schieffer, Anita, Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, S. 401 – 407.

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hoffmann-Becking*, HB Gesellschaftsrecht].

Hopt / Klaus J., Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Aktiengesetz: Großkommentar, Berlin 2008 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hopt/Wiedemann*, AktG-GroKo].

Hüffer, Uwe, Unternehmenszusammenschlüsse: Bewertungsfragen, Anfechtungsprobleme und Integrationsschranken, ZHR 2008, Nr. 172, S. 572 – 592.

Hüffer, Uwe / Koch, Jens (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare: Band 53 Aktiengesetz, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Hüffer/Koch*, KK AktG].

Hülsberg, Frank M., Sorgfaltspflichten bei Unternehmenserwerben: Haftungsvermeidung für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte, Köln 2010.

Inderst, Cornelia / Bannenberg, Britta / Poppe, Sina, Compliance: Aufbau, Management, Risikobereiche, München 2013.

Johannsen-Roth, Tim / Ghassemi-Tabar, Nima / Illert, Stefan (Hrsg.), Kommentar: Deutscher Corporate Governance Kodex, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Johannsen-Roth/Ghassemi-Tabar/Illert*, DCGK Komm].

Jula, Rocco, Der GmbH-Geschäftsführer: Rechte und Pflichten, Anstellung, Vergütung und Versorgung, Haftung, Strafbarkeit und Versicherungsschutz, Berlin 2019.

Kalss, Susanne, Organhaftung in Österreich – einige rechtspolitische Anmerkungen, Der Gesellschafter 03/2014, S. 159 – 167.

- Kalss, Susanne / Frotz, Stephan / Schörghofer, Paul* (Hrsg.), Handbuch für den Vorstand, Wien 2017 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand].
- Kalss, Susanne / Kunz, Peter* (Hrsg.), Handbuch für den Aufsichtsrat, Wien 2016 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Kalss/Kunz*, HB AR].
- Kalss, Susanne / Torggler* (Hrsg.), Einlagenrückgewähr – Beiträge zum 2. Wiener Unternehmensrechtstag (2013), Wien 2014.
- Kleinert, Ursula / Mayer, Volker*, Geschäfte der Aktiengesellschaft mit nahestehenden Personen und Unternehmen: Bestandsaufnahme und anstehende Neuerungen durch die Umsetzung der EU-Aktionärsrechterichtlinie II, EuZW 2018, S. 315 – 322.
- Kiethe, Kurt*, Vorstandshaftung aufgrund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, S. 976 – 983.
- Kock, Martin / Dinkel, Renate*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen: Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, S. 441 – 448.
- Körper, Torsten*, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paket-erwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, S. 263 – 272.
- Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H.* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, Köln 2007 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung].
- Kubis, Dietmar / Tödtmann, Ulrich / Semler, Johannes / Peltzer, Martin* (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, München 2022, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Kubis/Tödtmann/Semler/Peltzer*, ArbeitsHb Vst].
- Kuckertz, Andreas / Middelberg, Nils* (Hrsg.), Post-Merger-Integration im Mittelstand: Kompendium für Unternehmer, Wiesbaden 2016 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Kuckertz/Middelberg*, PMI im Mittelstand].
- Kuhlmann, Jens / Ahnis, Erik*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Heidelberg 2016.
- Kuschnereit, Rouven*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht: Vorstandspflichten zwischen Unternehmens- und Drittinteressen, Dissertation, Universität Konstanz 2019.
- Kutscher, Nicolas*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance, Dissertation, Universität Freiburg 2017.
- Lange, Oliver*, Handbuch: D&O-Versicherung und Managerhaftung, München 2014.
- Lange, Werner*, Corporate Governance in Familienunternehmen, BB 2005, S. 2558 – 2590.
- Langenbacher, Katja*, Vorstandshandeln und Kontrolle – Zu einigen Neuerungen durch das UMAG, DStR 2005, S. 2083 – 2090.

- Leo, Hubertus / John, David*, Missbrauch der Vertretungsmacht statt § 179 a AktG analog – ein Fortschritt für die M&A-Praxis?, NZG 2022, S. 1383 – 1390.
- Leyendecker-Langer, Benjamin*, Rechte und Pflichten des Vorstands bei Kompetenzüberschreitungen des Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2012, S. 721 – 725.
- Lucks, Kai* (Hrsg.), M&A-Projekte erfolgreich führen: Instrumente und Best Practice, Stuttgart 2013 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Lucks*, M&A Projekte].
- Lutter, Marcus / Bayer, Walter* (Hrsg.), Holding-Handbuch, Köln 2020, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Lutter/Bayer*, Holding HB].
- Maschmann, Frank*, Das Weisungsrecht im Matrix-Konzern, NZA 2017, S. 1557 – 1562.
- Mayerhofer, Helene*, Handbuch Fusionsmanagement: Fusionsbedingte Integration verschiedener Organisationen, Düsseldorf 2003.
- Melot de Beauregard, Paul / Lieder, Jan / Liersch, Jan* (Hrsg.), Managerhaftung, München 2022, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung].
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang / Jäckle, Christof* (Hrsg.), Beck'sches M&A-Handbuch: Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions, München 2022, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Meyer-Sparenberg/Jäckle*, M&A HB].
- Meynerts-Stiller, Kirsten / Rohloff, Christoph*, Post Merger Management: M&A-Integration erfolgreich planen und gestalten, Stuttgart 2015.
- Momsen, Carsten / Grützner, Thomas* (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht: Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, München 2020, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Momsen/Grützner*, Wi.- u. Steuerstrafrecht].
- Moosmayer, Klaus*, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, München 2021.
- Mundhenke, Nicole / Hannemann, Nico*, Organhaftung im internationalen Konzern, Artikel vom 5.5.2021, <<https://www.cmshs-bloggt.de/rechtsthemen/konzernrecht/organhaftung-im-internationalen-konzern/>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Mundhenke/Hannemann*, Organhaftung im internationalen Konzern).
- Mußtopf, Tina*, Compliance-Management zur Unternehmenswertsteigerung: Bedeutung von Corporate Compliance für die unternehmerische Praxis, Hamburg 2014.
- Nauheim, Markus / Goette, Constantin*, Managerhaftung im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen – Anmerkungen zur Business Judgement Rule aus der M&A-Praxis, DStR 2013, S. 2520 – 2526.
- Nazari-Khanachayi, Arian*, Die Haftung im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Baden-Baden 2021.

- Nietsch, Michael / Hastenrath, Katharina*, Teil 1: Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – ein Ausweg aus der Haftungsfalle?, CCZ 06/2015, S. 177 – 182.
- Nietsch, Michael / Hastenrath, Katharina*, Teil 2: Business Judgement bei Compliance-Entscheidungen – ein Ausweg aus der Haftungsfalle?, CCZ 07/2015, S. 221 – 226.
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch: Kommentar*, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Oetker, HGB*].
- Oppenländer, Frank / Trölitzsch, Thomas* (Hrsg.), *Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung*, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Oppenländer/Trölitzsch, PraxisHB GmbH-Geschäftsführung*].
- Parsché, Hemma*, *Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, Dissertation, Universität Wien 2010.
- Paschos, Nikalaos / Fleischer, Holger* (Hrsg.), *Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG*, München 2017 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht*].
- Patzina, Reinhard / Bank, Stefan / Schimmer, Dieter / Simon-Widmann Michael* (Hrsg.), *Haftung von Unternehmensorganen: Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer*, München 2010 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Patzina u.a., Haftung von Unternehmensorganen*].
- Pentz, Andreas / Sollanek, Achim*, *Cash-Pooling im Konzern: Ökonomische und juristische Hinweise für die Praxis*, Düsseldorf 2005.
- Petrak, Lars / Schneider, Julia*, *Compliance und Steuern: Praxistipps zur Vermeidung wirtschaftlicher Risiken*, BC 2008, S. 11 – 15.
- Pflück, Alois / Lattwein, Alois*, *Haftungsrisiken für Manager: Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände*, Wiesbaden 2004.
- Piehler, Maik*, *Kontraktgestaltung bei M&A Transaktionen: Bedingte Zahlungsstrukturen zur Verbesserung des Einigungsbereiches*, Wiesbaden 2007.
- Pielorz, Michael*, *Deutschland: Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds – Keine bloße Theorie mehr*, <<https://www.godefroid-pielorz.de/de/newsreader-1305/deutschland-ratsmitglieds-die-haftung-des-aufsichts-keine-blosse-theorie-mehr.html>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Pielorz*, Haftung des Aufsichtsratsmitglieds).
- Polster-Grüll, Barbara / Zöchling, Hans / Kranebitter, Gottwald* (Hrsg.), *Handbuch Mergers & Acquisitions: Rechtliche und steuerliche Optimierung. Ausgewählte Fragen der Bewertung und Finanzierung*, Wien 2007 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, HB M&A*].
- Prinz, Ulrich / Winkeljohann, Norbert* (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Prinz/Winkeljohann, Handbuch GmbH*].
- Rademacher, Michael*, *Prozess- und wertorientiertes Controlling von M&A-Projekten*, Köln 2011.

- Recknagel, Ralf*, Compliance-Risiken bei M&A-Deals – die Katze im Sack?, CB 2013, S. 280 – 285.
- Reese, Jürgen*, Die Haftung von „Managern“ im Außenverhältnis, DStR 1995, S. 688 – 694.
- Reichert, Jochem* (Hrsg.), Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung., München 2021, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Reichert*, Arb.Hb. HV].
- Rieger, Gerd / Schneider Uwe H.* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung – Risikobereiche und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Krieger/Schneider*, HB Managerhaftung].
- Roediger, Tobias*, Werte schaffen durch M&A Transaktionen: Erfolgsfaktoren im Post-Akquisitionsmanagement, Wiesbaden 2010.
- Römermann, Volker* (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, München 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Römermann*, GmbH GmbH-Recht].
- Rotsch, Thomas* (Hrsg.), Criminal Compliance – Handbuch, Baden-Baden 2015 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Rotsch*, Criminal Compliance].
- Rubner, Daniel / Leuering, Dieter*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, NJW-Spezial 2018, S. 207 – 208.
- Sackmann, Christoph*, Krisen und Kriminalität – Enron, Libor, Siemens: Wer bei den größten Wirtschaftsskandalen in den Knast musste, Artikel vom 12.1.2017, <https://www.finanzen100.de/finanznachrichten/wirtschaft/krisen-und-kriminalitaet-enron-libor-siemens-wer-bei-den-groessten-wirtschaftsskandalen-in-den-knast-musste_H335060651_367374/>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Sackmann*, Enron, Libor, Siemens).
- Sailer-Coceani, Viola*, Organpflichten in der M&A-Transaktion, BOARD Nr. 4, 2021, S. 135 – 136.
- Schaffner, Petra / Ullrich, Benjamin*, M&A-Transaktionen – Wie viel Compliance ist nötig, wie wenig ist möglich?, CB 2017, S. 289 – 294.
- Schatz, Bernhard / Napokoj, Elke*, Corporate Compliance: Pflicht oder Ermessen?, SENATE 2016, Nr. 2, S. 2 – 20.
- Schiffer, Jack / Mayer, Carolin*, Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung, BB 2016, S. 2627 – 2632.
- Schindera, Heiko*, Die Kompetenzverteilung der Organe einer Aktiengesellschaft im Übernahmeverfahren, Dissertation, Eberhard-Karls-Universität Tübingen 2002.
- Schima, Georg*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, S. 35 – 43.
- Schneider, Uwe*, Compliance im Konzern, NZG 2009, S. 1321 – 1326.
- Schockenhoff, Martin*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleitern bei Compliance-Verstößen in Konzernen mit Matrix-Strukturen, ZHR 2016, Nr. 197.

- Schraud, Angélique*, Compliance in der Aktiengesellschaft: Mysterium Compliance vor dem Hintergrund der Vorstands- und Aufsichtsratsverantwortung, Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität München 2018.
- Schüppen, Matthias / Schaub, Bernhard* (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Aktienrecht, München 2018 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Schüppen/Schaub*, AnwHB Aktienrecht].
- Schulz, Martin R.* (Hrsg.), Compliance Management im Unternehmen: Erfolgsfaktoren und praktische Umsetzung, Frankfurt 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Schulz*, Compliance Management].
- Schuster, Michael*, Integration von Organisationen: Ein Beitrag zur theoretischen Fundierung, Wiesbaden 2005.
- Schwark, Eberhard / Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar: Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Europäische Marktmissbrauchsverordnung, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Komm].
- Schwarz, Benno*, Im Fadenkreuz der Regulatoren – worauf strategische und Private-Equity-Investoren bei M&A-Transaktionen achten müssen, BB 03/2012, S. 136 – 143.
- Seibt, Christoph* (Hrsg.), Beck'sches Formularhandbuch Mergers & Acquisitions, München 2018, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Seibt*, FormularHB M&A].
- Seibt, Christoph / Wollenschläger, Bernward*, Haftungsrisiken für Manager wegen fehlgeschlagener Post Merger Integration, Heft 30, Der Betrieb 2009, S. 1597 – 1583.
- Siepelt, Stefan / Pütz, Lasse*, Die Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats, CCZ 2018, S. 78 – 84.
- Singer, Walter Wilhelm*, Die Konzerndimension von Zustimmungsvorbehalten, Dissertation, Universität Graz 2017.
- Sonnenberg, Thomas*, Compliance-Systeme in Unternehmen: Einrichtung, Ausgestaltung und praktische Herausforderungen, JuS 2017, S. 917 – 922.
- Spindler, Gerald*, Organhaftung in der AG: Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, Die AG 2013, S. 889 – 904.
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§ 1 – 149, München 2019, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Spindler/Stilz*, Komm AktG].
- Studt, Jürgen F.*, Nachhaltigkeit in der Post Merger Integration, Wiesbaden 2008.
- Thole, Christoph*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße: Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR 2009, S. 504 – 535.
- Tödtmann, Ulrich*, Compliance als Vorstandsaufgabe: Was, wann und wie sollten Vorstandsmitglieder für Compliance tun, comply. 01/2018, S. 28 – 31.

- Umnuß, Karsten* (Hrsg.), *Corporate Compliance Checklisten: Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden*, München 2020, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Umnuß, Corporate Compliance*].
- V. Falkenhausen, Joachim*, Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule: Ist die Business Judgment Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, S. 644 – 651.
- V. Falkenhausen, Joachim*, Die Post-M&A Due Diligence: Eine Pflicht des Käufers und seiner Geschäftsführung?, NZG 2015, S. 1209 – 1212.
- V. Hoyningen-Huene, Joachim*, *Integration nach Unternehmensakquisitionen*, Duisburg 2004.
- V. Kann, Jürgen* (Hrsg.), *Vorstand der AG: Corporate Governance, Compliance, Haftungsvermeidung*, Berlin 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *V. Kann, Vorstand der AG*].
- V. Rechenberg, Wolf-Georg / Thies, Angelika / Wiechers, Heiko* (Hrsg.), *Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien: Gestaltungspraxis in Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrecht*, Stuttgart 2016, [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *V.Rechenberg/Thies/Wiechers, HB Familienunternehmen*].
- V. Schenck, Kersten* (Hrsg.), *Der Aufsichtsrat: Kommentar*, München 2015 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *V. Schenck, Aufsichtsrat*].
- V. Schenck, Kersten / Wilsing, Hans-Ulrich* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, München 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *V. Schenck/Wilsing, AHb für Aufsichtsratsmitglieder*].
- V. Werder, Axel*, *Führungsorganisation: Grundlagen der Corporate Governance, Spitzen- und Leitungsorganisation*, Wiesbaden 2015.
- Veil, Rüdiger*, *Unternehmensverträge: Organisationsautonomie und Vermögensschutz im Recht der Aktiengesellschaft*, Tübingen 2003.
- Veit, Vivian*, *Compliance und interne Ermittlungen*, Heidelberg 2018.
- Verse, Dirk A.*, Compliance im Konzern: Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, ZHR 2011/175, S. 401 – 425.
- Verse, Dirk A.*, Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgment Rule?, ZGR 2017, S. 174 – 195.
- Vetter, Eberhardt*, Interessenskonflikte im Konzern: Vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern, ZHR 2007, Nr. 171, S. 342 – 376.
- Vögele, Alexander / Borstell, Thomas / Bernhardt, Lorenz* (Hrsg.), *Verrechnungspreise*, München 2020 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise*].
- Vogel, Dieter H.*, *M&A: Ideal und Wirklichkeit*, Wiesbaden 2002.

- Wackerbarth, Ulrich / Eisenhardt, Ulrich*, Gesellschaftsrecht II: Recht der Kapitalgesellschaften – Mit Bezügen zum Bilanz-, Insolvenz- und Kapitalmarktrecht, Heidelberg 2018.
- Wagner, Eric / Ruttloff, Marc / Wagner, Simon* (Hrsg.), Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis, München 2022 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Wagner/Ruttloff/Wagner*, Das LkSG in der Unternehmenspraxis].
- Wallentowitz, Henning / Freialdenhoven, Arnd / Olschweski, Ingo*, Strategien in der Automobilindustrie: Technologietrends und Marktentwicklungen, Wiesbaden 2009.
- Wecker, Gregor / Ohl, Bastian* (Hrsg.), Compliance in der Unternehmenspraxis: Grundlagen, Organisation und Umsetzung, Wiesbaden 2013 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Wecker/Ohl*, Compliance Unternehmenspraxis].
- Weißhaupt, Frank*, Good Corporate Governance bei unternehmerischen Entscheidungen – am Beispiel M&A, ZHR 185/2021, S. 91 – 124.
- Wellhöfer, Werner / Peltzer, Martin / Müller, Welf* (Hrsg.), Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, München 2008 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Haftung].
- Westermann, Harm Peter / Mock, Klaus* (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2000 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Westermann/Mock*, Festschrift].
- Wicke, Hartmut*, Beck'sche Kompakt-Kommentare: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), München 2020.
- Wietzke, Swen P.W.*, Post Merger Integration: Bedeutung, Vorgehensweise und wichtige Integrationsaspekte – Erfahrungsbericht aus der Praxis, S-Firmenberatung spezial 2014, 4. Ausgabe, S. 1 – 9.
- Wiggins, Kaye / Asgari, Nikou / Fontanella-Khan, James / Massoudi, Arash*, Dealmaking surges past \$5.8bn to highest levels on record, Financial Times, Artikel vom 30.12.2021, <<https://www.ft.com/content/6dfdd78a-e229-4524-a400-144396524eb6>>, zuletzt abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Wiggins/Asgari/Fontanella-Khan/Massoudi*, Dealmaking surges highest levels on record).
- Wimmer-Leonhardt, Susanne*, Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004.
- Wirtz, Bernd W.*, Mergers & Acquisitions Management: Strategie und Organisation von Unternehmenszusammenschlüssen, Wiesbaden 2017.
- Zeiss, Walter / Schreiber, Klaus*, Zivilprozessrecht, Tübingen 2003.
- Zenke, Ines / Dessau, Christian*, Was Sie schon immer über Compliance wissen wollten (und sollten) – Teil 3: Konzernhaftung, Artikel vom 22.9.2018, <<https://www.bbh-blog.de/alle-themen/compliance/was-sie-schon-immer-ueber-compliance-wissen-wollten-und-sollten-teil-3-konzernhaftung/>>, zuletzt

abgerufen am 11.5.2023 (zitiert als: *Zenke/Dessau*, Compliance: Konzernhaftung).

Ziegler, Ole, "Due Diligence" im Spannungsfeld zur Geheimhaltungspflicht von Geschäftsführern und Gesellschaftern, DStR 2000, S. 249 – 255.

Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten / Pöschke, Moritz (Hrsg.), BeckOK GmbH, München 2022 [zitiert als: *Bearbeiter*, Titel der Bearbeitung, in: *Ziemons/Jaeger/Pöschke*, BeckOK GmbH].

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Jahr	Autor/ Autorin	Titel	Band
2023	Jana-Larissa Grzeszkowiak	Different Aspects of Internationalisation and Their Ramifications –Opportunities and Risks	49
2023	Kim Mara Müller	Samen und die Erklärung des Lebendigen Ein Vergleich von Robert Boyle und Isaac Newton	48
2022	Alexander Werner	Das Werk in Lehre, Wissenschaft und Forschung – Alte und neue Herausforderungen im Urheberrecht	47
2021	Lucian Ackva	Spannungsfeld zwischen juristischen Schutzhandlungen und reputativen Risiken gezeigt am Fallbeispiel des Rechtsstreits zwischen Deutschem Sparkassen- und Giroverband e. V. und Banco Santander S. A.	46
2021	Marcel-André Friedrich	Chancen und Risiken einer Multi-Channel-Vermarktung in zwei und dreistufigen Vertriebskanälen	45
2020	Marcus Bäumer	What matters to investment professionals in decision making? - The role of soft factors in stock selection	44
2020	Murad Erserbetci	Einführung der EU-Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen und Handlungsempfehlungen für die Unternehmensbereiche, Geschäftsleitung, Personal sowie Informationstechnologie	43
2020	Sarah Holzhauser	Die Umsetzung eines inklusiven Bewerbungsprozesses für Menschen mit Behinderung	42
2020	Holger Niemitz	Sein oder Nichtsein von Patentboxen in verschiedenen Ländern im Rechtsvergleich des Steuerberaters	41
2020	Maximilien Petit	Management von Freiwilligen in luxemburgischen Non-Profit Organisationen - Einige Empfehlungen für die Praxis	40
2020	Jens Hoellermann	ESG in Private Equity and other alternative asset classes: What the industry has accomplished so far regarding Environmental, Social and Governance matters	39
2020	Ulrike Vizethum	Immaterielle Ressourcen, Basis der Wertschöpfung im Gesundheitswesen. Eine quantitative Analyse, gezeigt am Beispiel einer antimikrobiellen photodynamischen Therapie (aPDT) in der Zahnmedizin.	38
2020	André Reuter	Postgraduale Weiterbildung im Gesundheitswesen, gezeigt am Beispiel der DTMD University mit Beiträgen von Thomas Gergen und Ralf Rössler	37

Jahr	Autor/ Autorin	Titel	Band
2020	Ulrich J. Grimm	Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung von Marken in einem internationalen Konzern Vergleich der Rechtsvorschriften und Rechtsprechung in Deutschland, der Europäischen Union, den USA sowie im Rahmen der internationalen Registrierung einer Marke (Probleme, Konsequenzen und Lösungsmöglichkeiten)	36
2020	Anne Bartel- Radic, André Reuter (Hg)	Studien zum Strategischen Management und Personalmanagement	35
2020	Diana Pereira Dias	Analyse de la phase transitoire de la loi du 3 février 2018 portant sur le bail commercial au Luxembourg	34
2019	Anne Bartel-Radic (Hg)	Méthodes de recherche innovantes et alternatives en économie et gestion - Innovative and alternative research methods in economics and business administration	33
2019	André Reuter Thomas Gergen (Hg)	Studien zum Wissens- und Wertemanagement Investment, Gesundheitswesen, Non-Profit-Organisationen, Datenschutz und Patentboxen	32
2018	Alina Bongartz	Der Einfluss der Kundenzufriedenheit auf den Unternehmenserfolg - die Wirkung von Value Added Services	31
2018	Lisa Schreiner	The Effects of Remuneration and Reward Systems on Employee Motivation in Luxembourg	30
2018	Sven Kirchens	TVA - Introduction du mécanisme de l'autoliquidation dans le secteur de la construction au Luxembourg ? Analyse et Propositions	29
2018	Romain Gennen	Die automobile (R)Evolution – das automobile Smartphone	28
2018	Désirée Kaupp	Corporate culture - an underestimated intangible asset for the information society	27
2018	Claudia Lamberti	Women in management and the issue of gender-based barriers - An empirical study of the business sector in Europe	26
2018	Alexander Vollmer	Überwachung von ausgelagerten Funktionen und Kompetenzen in der luxemburgischen Fondsindustrie	25
2017	Nadine Allar	Identification and Measurement of Intangibles in a Knowledge Economy - The special relevance of human capital	24
2017	Johanna Brachmann	Ist das Arbeitnehmererfindungsrecht erneut reformbedürftig? - Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich, Schweiz, USA, Großbritannien	23
2017	Christophe Santini	Burn-Out / Bore-Out - Équivalences, similitudes et différences impactant la vie socio-économique des personnes concernées	22
2017	Andrea Dietz	Anti-Money Laundering and Counter- Terrorist Financing in the Luxembourg Investment Fund Market	21

Jahr	Autor/ Autorin	Titel	Band
2017	Sebastian Fontaine	Quo vadis Digitalisierung? Von Industrie 4.0 zur Circular-Economy	20
2017	Patrick Matthias Sprenker	RAIF – Reserved Alternative Investment Fund – The impact on the Luxembourg Fund Market and the Alternative Investment Fund landscape	19
2017	Marco Pate	Kriterien zur Kreditbesicherung mit Immaterialgüter- rechten anhand der Finanzierungsbesicherung mit Immobilien	18
2016	Niklas Jung	Abolition of the Safe Harbor Agreement – Legal situation and alternatives	17
2016	Daniel Nepgen	Machbarkeitsstudie eines Audioportals für Qualitäts- journalismus. Eine empirische Untersuchung in Luxemburg	16
2016	Alexander Fey	Warum Immaterielle Wirtschaftsgüter und Intellectual Property die Quantenteilchen der Ökonomie sind	15
2016	Stefanie Roth	The Middle Management – new awareness needed in the current information society?	14
2016	Peter Koster	Luxembourg as an aspiring platform for the aircraft engine industry	13
2016	Julie Wing Yan Chow	Activity Based Costing - A case study of Raiffeisen Bank of Luxembourg	12
2016	Meika Schuster	Ursachen und Folgen von Ausbildungsabbrüchen	11
2016	Nadine Jneidi	Risikofaktor Pflichtteil - Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in Personengesellschaften	10
2016	Christian Wolf	Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken	9
2016	Torsten Hotop	Äquivalenzinteresse im Erfinderrecht	8
2016	Lars Heyne	Immaterialgüterrechte und Objektreplication: Juristi- sche Risiken und Lösungsmöglichkeiten bei der Vermarktung von 3D-Druckvorlagen	7
2016	Dr. Sverre Klemp	Die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG für wissenschaftliche Werke im STM-Bereich	6
2016	Irena Hank	Emotionale Intelligenz und optimales Teaming – eine empirische Untersuchung	4
2016	Tim Karius	Intellectual Property and Intangible Assets - Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg	3
2016	Sebastian Fontaine	The electricity market reinvention by regional renewal	2
2015	Francesca Schmitt	Intellectual Property and Investment Funds	1