

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 112

Die Zulässigkeit von Leistungen Dritter an Mitglieder des Vorstands der unabhängigen Aktiengesellschaft

Von

Jonathan Boeckmann



Duncker & Humblot · Berlin

JONATHAN BOECKMANN

Die Zulässigkeit von Leistungen Dritter an Mitglieder
des Vorstands der unabhängigen Aktiengesellschaft

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 112

Die Zulässigkeit von Leistungen Dritter an Mitglieder des Vorstands der unabhängigen Aktiengesellschaft

Von

Jonathan Boeckmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15151-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55151-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85151-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Januar 2016 als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen bis September 2016 berücksichtigt.

Ganz herzlich bedanke ich mich bei meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler, für die Betreuung dieser Arbeit, die Anregung zu diesem Thema und den mir beim Verfassen dieser Arbeit gewährten wissenschaftlichen Freiraum. Zudem danke ich ihm für die interessante und sehr lehrreiche Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht. An dieser Stelle möchte ich auch Frau Rosine Floerke herzlichst danken, der guten Seele des Lehrstuhls, für ihre mannigfaltige Unterstützung.

Herrn Prof. Dr. Torsten Körber danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bei den Herausgebern der Schriftenreihe „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ möchte ich mich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe bedanken.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie. Meiner Schwester, Dr. Sara Günther, für die wertvollen Diskussionen und Ratschläge und ihr immer offenes Ohr. Meinen Eltern, Dr. Dorothea Boeckmann-Havekost und Jürgen Boeckmann, die mich nicht nur stets ermutigt und gefördert, sondern mir ein unbeschwertes Studium und die Anfertigung dieser Dissertation durch ihre vielfältige, bedingungs- und selbstlose Unterstützung überhaupt erst ermöglicht haben. Und allen voran meiner Frau Ute Boeckmann, meiner größten Stütze beim Verfassen dieser Arbeit, die mir jederzeit mit ihrem Rat, ihrer Geduld, ihrer Fürsorge und ihrem Verständnis zur Seite stand. Ohne sie alle wäre die Erstellung dieser Dissertation nicht möglich gewesen. Ihnen ist daher diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im September 2017

Jonathan Boeckmann

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	27
-------------------	----

2. Teil

Begriff der Drittleistung und Kategorisierung anhand des ausgelösten Interessenkonflikts	29
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

A. Ausgangspunkt: Drittleistungen und die organschaftliche Treuepflicht des Vorstands	29
I. Dogmatische Grundlage und inhaltliche Konkretisierung der organschaftlichen Treuepflicht	30
II. Drittleistungen in der Rechtsprechung	33
1. Rspr. zur Unzulässigkeit von Provisionen und Schmiergeldern Dritter bei Abschluss eines konkreten Geschäfts	33
2. BGH aus dem Jahr 2001: Kein Verstoß gegen § 88 AktG bei Vorteil für die Gesellschaft	34
3. OLG München: Drittbezogene Vergütung im faktischen Konzern	35
4. Bewertung dieser Rechtsprechung	36
III. Fallgruppe der organschaftlichen Treuepflicht: Verbot der Annahme von Zuwendungen Dritter	37
IV. Maßstab zur (Neu?)Bewertung unter der organschaftlichen Treuepflicht: Zuwendungen Dritter unter Berücksichtigung potentieller Interessenkonflikte des Vorstands	40
V. Zwischenfazit: Weitere Vorgehensweise zur Konkretisierung des durch Drittleistung hervorgerufenen Interessenkonflikts	43
B. Abstrakte Definition der Drittleistung	43
I. Maßgebliche Leistungsbeziehung	44
II. Konkretisierung des Leistungsbegriffs	50
C. Rechtliche Stellung des Vorstands in der Aktiengesellschaft	52
I. Leitungsautonomie des Vorstands	52
II. Handlungsspielraum und Leitungsermessen	54
III. Grenzen des Leitungsermessens – maßgebliche Interessenlage im Unternehmen	57
1. Konkretisierung der maßgeblichen Interessenlage	58

2. Interessenpluralistischer Ansatz – Unternehmensinteresse	59
a) Bestand und dauerhafte Rentabilität als legitime Handlungsvorgabe?	62
b) Verständnis der Interessenpluralität	64
3. Interessenmonistische Ansätze	64
a) „Reiner“ shareholder-value-Ansatz – Marktwertmaximierung als verbindliche Vorgabe?	65
b) „Moderater“ shareholder-value-Ansatz	68
c) Langfristige Gewinnmaximierung als Verbands- bzw. Gesellschaftsinteresse	71
4. Tendenzen in Gesetz und Rechtsprechung	71
5. Abschließende Bewertung	74
IV. Abweichende Beurteilung der Interessenlage in der Übernahmesituation?	76
D. Bewertung der Drittleistungen unter Berücksichtigung potentieller Interessenkonflikte des Vorstands	79
I. Aktionärsseitige Leistung	80
1. Exkurs: Der Principal-Agent-Konflikt	80
a) Allgemeine Grundlagen	81
b) Konsistenz von Principal-Agent-Konflikt und Struktur der Aktiengesellschaft	84
c) Möglichkeiten zur Begrenzung des Principal-Agent-Problems in der Aktiengesellschaft?	86
2. Nutzen aktionärsseitiger Incentivierung	87
a) Nutzen aktionärsseitiger Incentivierung unter Ausblendung der Übernahmesituation	88
aa) Interessenkonflikt zwischen Anteilseignern und Managern	88
bb) Nutzen aktionärsseitiger Incentivierung	89
b) Nutzen aktionärsseitiger Incentivierung mit Transaktionsbezug	91
aa) Interessenkonflikt zwischen Anteilseignern und Managern in Übernahmesituationen	91
bb) Exkurs: Überblick über den Einfluss des Managements in der Übernahmesituation	94
cc) Nutzen aktionärsseitiger transaktionsbezogener Incentivierung	96
c) Sonderfall: Nutzen der monetären Anbindung an den Finanzinvestor	97
aa) Grundlage: Exit-Orientierung von <i>Private-Equity</i> -Investoren	98
bb) Konkreter Nutzen monetärer Anbindung an den Finanzinvestor aus Sicht der Stellung als Anteilseigner	99
3. Gefahren aktionärsseitiger Incentivierung	101
4. Fazit: Vorläufige Bewertung aktionärsseitiger Leistung unter der organ-schaftlichen Treuepflicht – Drittvergütung	104
II. Leistungen des Bieters	107
1. Nutzen bieterseitiger Incentivierung	107

2. Gefahren bieterseitiger Incentivierung 110
 3. Fazit: Vorläufige Bewertung bieterseitiger Leistungen unter der organschaftlichen Treuepflicht des Vorstands 112
 III. Leistungen von sonstigen Dritten (insbesondere Gläubiger und Geschäftspartner) 113

3. Teil

**Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Bewertung
 zugelassener Drittleistungen** 117

A. Zulässigkeit von aktionärsseitigen Leistungen – Drittvergütung 117
 I. Beispiele aus der Praxis 117
 1. Transaktionsprämie durch Hutchinson Whampoa im Zuge der Mannesmann-Übernahme 118
 2. Schenkung von Friede Springer an Mathias Döpfner 120
 3. Abfindungsleistung der Aktionäre von/an den Vorstandsvorsitzenden Karl-Gerhard Eick 121
 II. Zulässigkeit von Drittvergütung als gesetzgeberischer Wille? 123
 1. Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (§§ 285 S. 1 Nr. 9a S. 7, 314 S. 2 Nr. 6a S. 7 HGB) 123
 2. Erst-Recht-Schluss – Wertung des WpÜG? 124
 3. § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG 125
 4. Regelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 126
 5. Fazit 128
 III. Vereinbarkeit von Drittvergütung mit gesellschaftsrechtlichen Vorgaben 128
 1. Vereinbarkeit mit der organschaftlichen Treuepflicht des Vorstands 129
 a) Bewältigung des Interessenkonflikts allein durch Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung der Drittvergütung? 129
 aa) Darstellung des Lösungsvorschlags 130
 bb) Kritische Bewertung 132
 (1) Untauglichkeit des abstrakten Unternehmensinteresses als alleiniger Anknüpfungspunkt 132
 (2) Ausreichender Rechtsschutz ex post? 133
 (3) Exkurs: Verstoß gegen das Verbot der Verfolgung von Eigeninteressen? 134
 cc) Zwischenfazit 136
 b) Bewältigung des Interessenkonflikts durch zusätzliche prozessuale Vorgaben: Einbindung des Aufsichtsrats 137
 aa) Einführender Exkurs: Einbindung des Aufsichtsrats als Kontrollorgan 137
 bb) Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten 139

cc) Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats	141
(1) Herleitung einer entsprechenden Förderpflicht des Vorstands unter Berücksichtigung geregelter Zustimmungsvorbehalte	142
(a) Keine Anwendbarkeit des §111 Abs. 4 S. 2 AktG	142
(b) Explizit geregelte Zustimmungsvorbehalte zur Kontrolle von Interessenkonflikten	143
(c) Rückschluss auf die Handhabung des durch Drittvergütung hervorgerufenen Interessenkonflikts	144
(2) Zulässigkeit der Etablierung eines Zustimmungsvorbehalts	146
(3) Anforderungen an den Zustimmungsvorbehalt	148
(4) Rechtsfolge	150
dd) Fazit	150
c) Exkurs: Vereinbarkeit (transaktionsbezogener) Drittvergütung mit organ-schaftlichem Wettbewerbsverbot, § 88 AktG	151
2. Vereinbarkeit mit der Leitungsautonomie des Vorstands	154
a) Einschränkung der Leitungsautonomie durch Drittvergütung?	154
b) Vorhandene Lösungsvorschläge	155
aa) 1. Ansicht: Einhaltung des Unternehmensinteresses	155
bb) 2. Ansicht: Vergleichbarkeit mit den Grundsätzen der Vorwegbindung	157
cc) Zwischenfazit	161
c) Vergütungsspezifische Lösung anhand abstrakter Vorgaben der Leitungs-autonomie	162
d) Fazit	164
3. Vereinbarkeit mit der Anstellungs- und insbesondere Vergütungskompetenz des Aufsichtsrats	164
a) Einschränkung der Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats, § 84 Abs. 1 AktG	165
b) Einschränkung der Vergütungskompetenz des Aufsichtsrats, § 87 Abs. 1 i.V.m. § 84 Abs. 1 AktG	167
aa) Auslegung anhand des Wortsinns	169
bb) Auslegung anhand teleologischer Erwägungen	169
(1) Schutzzweck unter historischer Auslegung	170
(2) Schutzzweck unter Funktion des Angemessenheitskriteriums	171
(a) Überblick: Kriterien der Angemessenheit nach Thüsing	171
(b) Intention des funktionalen Kriteriums	172
(c) Intention des prozessualen Kriteriums	176
(3) Zwischenfazit	177
cc) Auslegung anhand systematischer Erwägungen	177
c) Fazit	179
4. Fazit: Einbindung des Aufsichtsrats als prozessuales Erfordernis für die Zu-lässigkeit von Drittvergütung	179

IV. Materielle Anforderungen an die Zulässigkeit der Drittvergütung	180
1. Vergütungsrelevante Erfolgszielbestimmung unter Berücksichtigung von Unternehmensinteresse und Leitungsautonomie	181
a) Anknüpfungspunkte für Drittvergütung	181
aa) Tendenziell zulässige Zielbestimmungen	182
bb) Tendenziell unzulässige Zielbestimmungen	184
cc) Grenzfälle: Zulässige Zielentwicklung aus Vorstandsplanung vs. un- zulässige Zielvorgabe	185
b) Sonderfall: Zulässigkeit der Orientierung am Börsenkurs	187
c) Fazit	190
2. Angemessenheit der Drittvergütung	190
a) Maßstab des Angemessenheitskriteriums	190
aa) Vollständige Integration der Drittvergütung in die bisherigen Gesamt- bezüge?	190
bb) Aufweichung des Angemessenheitsgebots aufgrund reduzierter Gel- tung des Schutzzwecks der Norm?	192
cc) Fazit	194
b) Abstrakte Anforderungen an die Drittvergütung nach § 87 Abs. 1 AktG	194
aa) Bezugspunkte der Angemessenheit nach § 87 Abs. 1 S. 1 AktG	194
bb) Ausrichtung auf eine „nachhaltige“ Unternehmensentwicklung i.S.d. § 87 Abs. 1 S. 2, 3 AktG	198
(1) Allgemeine Vorgaben der „Nachhaltigkeit“	198
(2) Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen an die „Nach- haltigkeit“	200
(3) Anforderungen an die Zulässigkeit kurzfristig variabler Vergü- tungsbestandteile	203
(4) Fazit	205
V. Exkurs: Grenzen aufgrund mitgliedschaftlicher Treuepflichten	205
VI. Subsumtion: Zulässigkeit ausgewählter aktionärsseitiger <i>Incentives</i>	210
1. Bewertung der Drittvergütung im Allgemeinen	211
a) Allgemeine variable Vergütung: Tantiemen, Boni und Prämien	211
b) Börsenkursorientierte Drittvergütung	213
aa) Managementbeteiligungen	213
bb) Aktienoptionen	214
cc) Börsenwertorientierte Tantiemen	216
c) Abfindungen	218
d) Anerkennungsprämien	220
2. Besonderheiten im Rahmen aktionärsseitiger Transaktionsboni	224
a) Vereinbarkeit mit aktienrechtlichen Anforderungen	225
b) Vereinbarkeit mit kapitalmarktrechtlichen Anforderungen	227
aa) Verstoß gegen das Verhinderungsverbot des § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG	227

bb) Keine (analoge) Anwendung des § 33d WpÜG	230
c) Fazit	231
3. Besonderheiten im Rahmen von <i>Private-Equity</i> -Transaktionen	231
a) Übliche monetäre Anbindung des Vorstands durch einen Finanzinvestor	231
b) Rechtliche Besonderheiten im Vergleich zu sonstiger aktionärsseitiger Vergütung	234
c) Exkurs: Keine Unzulässigkeit der Managementbeteiligung wegen Ausrichtung der Interessen des Managements auf die Interessen der NewCo	236
VII. Rechtslage in der nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft	237
VIII. Fazit	240
B. Zulässigkeit transaktionsbezogener Leistungen des Bieters	240
I. Kapitalmarktrechtliche Bewertung – Grenze von Drittleistungen nach § 33d WpÜG	241
1. Entstehungsgeschichte	242
2. Normzweck	243
a) Ausgangspunkt: Wortlaut und gesetzgeberische Intention	244
b) Konkretisierung der Reichweite des Verbotscharakters anhand systematischer Erwägungen	245
aa) Auslegung anhand paralleler, strafrechtlicher Verbotstatbestände?	245
(1) Vergleichbarkeit mit §§ 333 f. StGB	245
(2) Vergleichbarkeit mit § 299 StGB	249
bb) Zentralnorm zur Bewältigung von Interessenkonflikten?	250
(1) Praktisches Bedürfnis	250
(2) Dogmatischer Vergleich: Rahmenrechte i.S.d. § 823 BGB	251
c) Fazit: Verbotscharakter unter Beachtung übernahmerechtlicher Besonderheiten zu Gunsten der Gesellschaft und ihrer Anteilseigner	254
3. Anwendungsvoraussetzungen	255
a) Normadressat	255
b) Anforderungen an die Tatbestandsmäßigkeit der Leistung	256
c) Problematische Einzelfälle	258
aa) Weiterbeschäftigung	259
bb) Managementbeteiligung	260
d) Sonderfall: Bereits vorhandene Beteiligung des Verwaltungsmitglieds an der Zielgesellschaft	262
e) Fazit	263
4. Rechtfertigung der Vorteilsgewährung	263
a) Das Merkmal der Rechtfertigung („ungerechtfertigt“) als unbestimmter normativer Rechtsbegriff	263
b) Ausgangspunkt: Aussage der Gesetzesbegründung unter Berücksichtigung des Normzwecks	265

c) Vorhandene Auslegungsversuche	266
aa) 1. Ansicht: Vorliegen nachvollziehbarer Gründe, die nicht im Wohlwollen gegenüber dem Bieter liegen	266
bb) 2. Ansicht: Orientierung an Vorgaben für gesellschaftsseitige Leistungen	267
cc) 3. Ansicht: Orientierung an Marktstandards	270
dd) Fazit	271
d) Eigener Auslegungsansatz	272
aa) Ausfüllung des normativen Rechtsbegriffs mittels materieller Kriterien 272	
(1) Maßgebliche Interessenslage	272
(a) Interesse der Zielgesellschaft und ihrer Anteilseigner	272
(b) Keine Berücksichtigung von Bieterinteressen als selbstständiges Abwägungskriterium	274
(aa) Interessenslage im allgemeinen Aktienrecht	275
(bb) Berücksichtigung von Bieterinteressen als allgemeiner Ausdruck des WpÜG – insbesondere des § 33 Abs. 1 WpÜG?	275
(cc) Berücksichtigung von Bieterinteressen als Ausdruck eines „Wettbewerbs der Konzepte“	278
(dd) Bieterinteressen unter Berücksichtigung des Normzwecks	279
(ee) Fazit	279
(c) Zwischenfazit: Maßgebliche Interessen für die Konkretisierung der „sachlich nachvollziehbaren Erwägungen“	279
(2) Erfordernis der Kontinuität	280
(3) Wert des Managements aus Sicht der Zielgesellschaft	282
(4) Zwischenfazit	282
bb) Systematischer Exkurs: Die Annahme von Bieterleistung durch den Vorstand unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten	283
(1) Bewertung anhand des Konfliktpotentials	284
(a) Rein transaktionsbezogene Bieterleistungen	284
(b) Drittvergütungsähnliche Bieterleistungen	285
(c) Vorläufige Bewertung der Annahme der bieterseitigen Leistung anhand gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe	288
(2) Kontrolle des Interessenkonflikts	289
(a) Hinreichende Kontrolle durch Offenlegungspflichten?	289
(b) Hinreichende Kontrolle durch weitere Verhaltenspflichten des Vorstands?	290
(c) Hinreichende Kontrolle durch Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats	292
(d) Zwischenergebnis	294
(3) § 33d WpÜG als lex specialis?	294

cc) Ausfüllung des normativen Rechtsbegriffs mittels prozessualer Kriterien	297
(1) Zulässigkeit der Implementierung prozessualer Voraussetzungen im Merkmal „ungerechtfertigt“	297
(2) Transparenz gegenüber den Aktionären	299
(3) Zustimmung des Aufsichtsrats	301
(a) Implementierung des Zustimmungsvorbehalts	302
(aa) Wertungswiderspruch in gleichliegendem Tatbestand?	302
(bb) Zulässigkeit und Möglichkeit der Implementierung eines für den Bieter beachtlichen Zustimmungsvorbehalts?	304
(b) Geeignetheit des Aufsichtsratsvorbehalts	305
(4) Fazit	308
e) Fazit: Rechtfertigung der Vorteilsgewährung	308
II. Fallgruppen zur Rechtfertigung von Drittleistungen	309
1. Weiterbeschäftigung	309
a) Bewertung unter dem Verbot der Annahme ungerechtfertigter Leistungen	310
aa) Die Aussicht auf Weiterbeschäftigung an sich	311
bb) Die Zusage von erhöhten Bezügen	312
cc) Anstellung in einem anderen Unternehmen	314
dd) Fazit	315
b) Bewertung unter der aktienrechtlichen Kompetenzordnung	316
aa) Grundsatz: Unwirksamkeit von den Aufsichtsrat bindenden Zusagen der Weiterbeschäftigung oder Erhöhung der Bezüge	316
bb) Zulässigkeit von Bemühungsklauseln	317
cc) Zulässigkeit verbindlicher Einwirkungsklauseln bei Mitwirkung des Aufsichtsrats?	322
dd) Fazit	326
2. Transaktionsboni im engeren Sinne	326
3. Managementbeteiligungen	331
a) Vergünstigte Managementbeteiligungen	331
aa) Prinzipielle Zulässigkeit als Ausdruck gesetzgeberischer Wertung?	332
bb) Verschärfter Interessenkonflikt des Vorstands im Falle von Managementbeteiligungen	332
cc) Rechtfertigung der Managementbeteiligung	334
(1) Kein überwiegender Nutzen in Folge Interessenharmonisierung von Aktionär und Vorstand	334
(2) Kein überwiegender Nutzen in Folge Einhaltung pauschaler Regeln zur Bewältigung des Interessenkonflikts	337
(3) Eigene Bewertung: Überwiegender Nutzen für Zielgesellschaft und Anteilseigner	338
b) Managementbeteiligungen zu marktüblichen Konditionen	341

III. Exkurs: Kapitalmarktrechtliche Transparenzpflichten 342

 1. Offenlegungspflicht des Bieters nach § 11 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 WpÜG 342

 2. Offenlegungspflichten des Vorstands nach § 27 WpÜG 347

 a) Offenlegung des Vorteils 347

 b) Ausschluss incentivierter Vorstandsmitglieder von Beratung oder Beschlussfassung über die Stellungnahme? 348

 c) Pflicht zur Einholung einer fairness opinion? 350

IV. Rechtslage außerhalb des Kapitalmarktrechts 351

V. Fazit 352

4. Teil

Sanktionierung und Rechtsschutz bei unzulässiger Drittleistung 353

A. Sanktionierung unzulässiger Drittvergütung 354

 I. Schicksal der Drittvergütungsvereinbarung 354

 1. Verstoß gegen materielle Vorgaben 354

 2. Unterlassen der Einbindung des Aufsichtsrats 358

 a) Rechtsfolge: Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG 359

 b) Rechtsfolge: Verstoß gegen §§ 87, 84 AktG 360

 c) Bewertung und Fazit 362

 II. Sanktionierung unzulässiger Leistung des Aktionärs 363

 1. § 117 Abs. 1 AktG 363

 a) Einfluss durch Drittvergütung 364

 b) Normgemäßer Schaden durch Drittvergütung? 365

 aa) Kein tauglicher Schaden durch die Annahme von Drittvergütung 365

 bb) Anspruchsbegründender Schaden als kausale Folge der Leistung 365

 c) Rechtswidrigkeit 367

 d) Vorsatz 369

 e) Rechtspolitische Bewertung im Hinblick auf Drittvergütungen 369

 2. Anspruch aus Verletzung der mitgliedschaftlichen Treupflicht 370

 III. Sanktionierung und Rechtsfolgen pflichtwidriger Annahme der Leistung durch den Vorstand 371

 1. Haftung des Vorstands 371

 a) § 93 Abs. 2 AktG durch Annahme der Drittvergütung? 371

 aa) Kein tauglicher Schaden der Gesellschaft 372

 bb) Gewinnhaftung unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 667 BGB? 374

 (1) Grundlage: Gewinnhaftung bei Treupflichtverletzung 375

 (2) Anwendbarkeit auf treuwidrige Drittvergütung? 378

 (3) Reichweite des Gewinnhaftungsanspruchs 380

cc) Fazit	382
b) § 93 Abs. 2 AktG in Folge der Drittvergütung – Einschränkung der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG?	382
c) § 117 Abs. 2 AktG	387
2. Weitere Rechtsfolgen und Sanktionsmöglichkeiten	387
a) Abberufung nach § 84 Abs. 3 AktG	387
b) Rechtspolitische Erwägung: Gesetzliches Bestellungshindernis nach Vorbild des § 76 Abs. 3 AktG?	389
3. Geltendmachung der Ansprüche	390
IV. Strafrechtliche Sanktionierung?	392
V. Fazit	393
B. Sanktionierung unzulässiger Leistung des Bieters	394
I. Kapitalmarktrechtliche Sanktionierung	394
1. Verbot ungerechtfertigter Leistungen durch den Bieter, § 33d WpÜG	394
a) Keine Ordnungswidrigkeit im Falle des Verstoßes	395
b) Gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB und damit verbundene Rechtsfolge	395
aa) Rückforderungspflicht des Bieters nach hergebrachter Auffassung . . .	396
bb) Bedenken gegen die hergebrachte Auffassung: Geltung des § 817 S. 2 BGB bei Anerkennung eines Gewinnhaftungsanspruchs der Gesellschaft?	398
c) Fazit und Bewertung	400
2. Verstoß gegen Offenlegungspflichten	400
a) Offenlegungspflichten des Bieters nach § 11 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 WpÜG . . .	401
aa) Ordnungswidrigkeit nach § 60 Abs. 1 Nr. 1a) bzw. Nr. 2a) WpÜG . . .	401
(1) Meinungsstand	401
(2) Eigene Bewertung	402
(a) Inhaltliche Aussage von § 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG	403
(b) Auslegung des § 60 Abs. 1 WpÜG	403
(3) Fazit	407
bb) Verwaltungsrechtliche Befugnisse: Untersagung des Angebots nach § 15 WpÜG	407
cc) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG bzw. i.V.m. § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG – Kurs- und Marktpreismanipulation	409
dd) Fazit	412
b) Offenlegungspflichten des Vorstands	412
c) Fazit und Bewertung	412
II. Gesellschafts- und privatrechtliche Sanktionierung	413
1. Mögliche Sanktionierung	413
a) Nichtigkeit der Leistung	413
b) Etwaige Ansprüche und Sanktionierung	414

2. Besonderes Problem: Geltendmachung gesellschaftsseitiger Ansprüche bei Erfolg der Übernahme	416
III. Strafrechtliche Sanktionierung	416
1. §§ 331 ff. StGB – Amtsdelikte	417
2. § 299 StGB – Bestechung und Bestechlichkeit im Verkehr	418
a) Zwecksetzung und Normcharakter	420
b) Erläuterungen zu den Voraussetzungen des objektiven Tatbestands	421
aa) Voraussetzungen der § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB	421
(1) Täterkreis	421
(a) Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften als Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes	421
(b) Bieter und weitere Personen als Täter nach Abs. 2	423
(2) Vorteil im geschäftlichen Verkehr	423
(3) Wertpapiere und Unternehmensbeteiligung als Ware i.S.d. Norm	424
(4) Unrechtsvereinbarung	427
(a) Vornahme oder Unterlassen einer Handlung „bei dem Bezug“ von Waren	428
(b) Pflichtwidrigkeit	429
(c) Subsumtion: Unrechtsvereinbarung bei transaktionsbezogenen Leistungen	430
(5) Vorherige Einwilligung des Geschäftsherrn?	431
bb) Voraussetzungen der § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB	433
c) Erläuterungen zu den Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands	436
d) Abschließende Bewertung	437
3. § 266 StGB – Untreue	438
a) Voraussetzungen der (Organ-)Untreue	438
aa) Pflichtverletzung	439
bb) Subsumtion anhand des Vermögensnachteils: Untreue bei Drittleistung in Übernahmesituationen?	440
cc) Fazit	443
b) Abschließende Bewertung der Organuntreue	443
4. § 264a StGB – Kapitalanlagebetrug (bei unterlassener Offenlegung)	444
IV. Fazit	446
C. Sonderfall: Schutz der Altgesellschafter im Falle unzulässiger Bieterleistung	447
I. Ansprüche wegen Unzulässigkeit der Leistung	447
1. § 117 AktG	447
2. Deliktsrechtliche Ansprüche	447
a) § 823 Abs 1 BGB	448
b) § 823 Abs. 2 BGB	449
c) § 826 BGB	451

3. Fazit	452
II. Ansprüche wegen unterlassener Offenlegung der Leistung	452
1. Ansprüche wegen unterlassener Offenlegung gegen den Bieter	452
a) Kapitalmarktrechtlicher Anspruch: § 12 WpÜG i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 WpÜG	452
b) Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen	455
2. Ansprüche wegen unterlassener Offenlegung gegen den Vorstand	456
a) Kapitalmarktrechtlicher Anspruch: § 12 WpÜG analog i.V.m. § 27 WpÜG?	456
b) Weitere Ansprüche	457
III. Fazit	458

5. Teil

Zusammenfassung in Thesen	460
A. Ergebnisse des zweiten Teils	460
B. Ergebnisse des dritten Teils (I) – aktionärsseitige Leistungen	462
C. Ergebnisse des dritten Teils (II) – bieterseitige Leistungen	466
D. Ergebnisse des vierten Teils	470
Literaturverzeichnis	473
Stichwortverzeichnis	503

Abkürzungsverzeichnis

2. WiKG	Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 15.5.1986, BGBl. I 1986, S. 721
a.A.	andere Ansicht
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Amtsgericht/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)/Arbeitsgemeinschaft
AktG	Aktiengesetz
AktienR	Aktienrecht
Allg.M.	Allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
a.M.	am Main
Anwaltshdb.	Anwaltshandbuch
AR	Aufsichtsrat
Arbeitshdb.	Arbeitshandbuch
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BCA	Business Combination Agreement
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr. RegE	Begründung Regierungsentwurf
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilanzR	Bilanzrecht
BJR	Business Judgement Rule
BörsG	Börsengesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEO	Chief Executive Officer
c.i.c.	culpa in contrahendo
CoC	change of control
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e.V.
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 5. Mai 2015
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselben
diesbzgl.	diesbezüglich
DiskE-ÜG	Erster Diskussionsentwurf zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Unternehmensübernahmen vom 29. 6. 2000
DM	Deutsche Mark
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
EBIT	Earnings Before Interests and Taxes
EBITD	Earnings Before Interests, Taxes and Depreciation
EBITDA	Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization
EG	Europäische Gemeinschaft
entspr.	entsprechend
ESTG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EVA	Economic Value Added
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FB	Finanz-Betrieb (Zeitschrift)
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbHRRundschau (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
Großkomm	Großkommentar
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch

HGB	Handelsgesetzbuch
hinsichtl.	hinsichtlich
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
Inc.	Incorporated
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der
i.S.e.	im Sinne eines
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KMRK	Kapitalmarktrechtskommentar
Kölner Komm	Kölner Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich v. 27. 4. 1998, BGBl. I 1998, S. 786
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
LBO	Leveraged Buy Out
LG	Landgericht
lit.	littera
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
M&A	Mergers and Acquisitions
MaKonV	Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung
m.a.W.	mit anderen Worten
MBO	Management-Buy-Out
Mio.	Million/Millionen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, BGBl. I 2008, S. 2026
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NewCo	Erwerbergesellschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)

NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
Plc.	Public limited company
Prospekt-VO	Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis und die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung (ABl. EU Nr. L 149 S. 1, Nr. L 215 S. 3)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RefE-WpÜG	Referentenentwurf zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) v. 12.3.2001
reSe	rechte Seite
reSp	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
rglm.	regelmäßig
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SAR	Stock Appreciation Rights
SE	Societas Europaea
sog.	sogenannt/sogenannte/sogeannter
soz.	sozusagen
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
taz	Die Tageszeitung
u. a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts v. 22.5.2005, BGBl. I 2005, S. 2802
UmwG	Umwandlungsgesetz
unbestr.	unbestritten
Univ.	University
unstr.	unstrittig
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
v. a.	vor allem
Var.	Variante
Vorb.	Vorbemerkung/Vorbemerkungen
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2509
VorstandsR	Vorstandsrecht

VorstOG	Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz) v. 3. 8. 2005, BGBl. I 2005, S. 2267
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WissR	Zeitschrift für deutsches und europäisches Wissenschaftsrecht (Zeitschrift)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist – Wertpapierprospektgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜG-AngebotsVO	Verordnung über den Inhalt der Angebotsunterlage, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Zeitschrift)

1. Teil

Einleitung

Führt man sich die Idee einer Drittleistung an Vorstandsmitglieder vor Augen, schießt einem im ersten Moment der Begriff „Bestechung“ durch den Kopf. Wie sonst sollen Leistungen zu betiteln sein, die nicht von der Gesellschaft selbst stammen, aber dennoch an den Vorstand im Zusammenhang mit der Tätigkeit für die ihn anstellende Gesellschaft gewährt werden? Welchen Sinn und Zweck soll die Leistung eines Dritten sonst haben, wenn nicht, den Vorstand dazu zu veranlassen, die Interessen des Leistenden über die Interessen der Gesellschaft zu stellen? Allerdings wurde im Jahre 2002 mit § 33d WpÜG eine Norm geschaffen, welche unter gewissen Voraussetzungen Leistungen des Bieters als gerechtfertigt ansieht. Gegenüber einem absoluten Verbot (so wie es noch der ursprüngliche Entwurf der Vorschrift § 29 DiskE-ÜG vorsah) wurde eingewandt, dass es dem Vorstand nicht in jedem Fall verwehrt werden könne, sich mit dem Bieter etwa über eine Fortsetzung der Anstellung zu einigen.¹ Und auch im Rahmen der Mannesmann-Affäre,² bei der er es um Provisionszahlungen an den Vorstand einer Aktiengesellschaft durch die eigene Gesellschaft ging, wurde es von Lutter und Zöllner in einem Beitrag für die FAZ im Jahre 2004 beinahe als selbstverständlich vorausgesetzt, dass belohnende Leistungen, die eben in erster Linie den Aktionären zu Gute kämen, auch diese zu tragen hätten.³ Wirft man einen Blick in die Praxis, heißt es ferner, Managementbeteiligungen seitens Bieter oder Aktionär seien in *Private-Equity*-Transaktionen *conditio sine qua non*,⁴ und man muss konstatieren, dass die Schenkung eines Aktienpakets im Wert von ca. 73 Millionen Euro durch die Großaktionärin an den Vorstandsvorsitzenden desselben Unternehmens (Springer/Döpfner) zwar zur Kenntnis genommen wird, hingegen kaum zum rechtlichen Diskurs anregt.⁵

Während die gesellschaftsseitige Vergütung in den letzten Jahren durch die Mannesmann-Entscheidung 2006, den Erlass des VorstAG 2009 oder diverse Änderungen und Anpassungen im Deutschen Corporate Governance-Kodex ins Blickfeld der gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Öffentlichkeit gerückt

¹ Hopt, FS Lutter, 2000, S. 1361, 1379 f.

² BGH v. 21. 12. 2005 – 3 StR 470/07 – Mannesmann.

³ Lutter/Zöllner, FAZ v. 10. 02. 1004, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mannesmann-prozess-praemie-fuer-esser-war-rechtswidrig-1147519.html> (zuletzt abgerufen am: 20. 03. 2015).

⁴ Ausdrücklich etwa *Hohaus/Koch-Schulte*, FS P+P Pöllath, 2008, S. 93, 94; *Weber*, S. 90.

⁵ s. dazu unten 3. Teil A.I.2.

sind, hat die Handhabung Leistungen Dritter wenig Beachtung gefunden. Trotz Existenz des § 33d WpÜG wird insbesondere im Hinblick auf Leistungen des Bieters vielfach bemängelt, dass kaum hinreichend konkrete Abgrenzungskriterien vorhanden seien, wann eine Leistung als zulässig und wann als unzulässig anzusehen sei.⁶ Auch für aktionärsseitige Leistungen sind entsprechende Maßstäbe allenfalls sporadisch vorhanden; hier mangelt es gar an einer gesetzlichen Regelung, sodass neben der Frage der generellen Zulässigkeit bereits in Streit steht, ob der Aufsichtsrat (im Falle der Zulässigkeit) zu involvieren sei. Bislang fast vollständig vermieden wurde schließlich ein Blick auf die Rechtsfolgen im Falle der Unzulässigkeit. Während dies im Rahmen gesellschaftsseitiger Vergütung eher Randthematik darstellt, kommt dieser Frage zur Bewertung von Dritteleistung jedoch ungleich größere Bedeutung zu. Da von außen in ein von Treupflichten bestimmtes Verhältnis (zwischen Vorstand und Gesellschaft) eingegriffen wird, muss die Frage nach der Zulässigkeit der Leistung bzw. deren Voraussetzungen bereits denklogisch im Blick haben, ob und wie einem etwaigen Missbrauch sachgerecht begegnet werden kann.

Die nachfolgende Bearbeitung bemüht sich um eine Aufarbeitung der geschilderten Probleme. Maßgebliches Ziel ist es, „Leistungen Dritter“ als Oberfallgruppe zu verstehen und in Konflikt mit gesellschaftsrechtlichen Wertungen zu setzen. Nur auf diesem Weg können Maßstäbe gefunden werden, welche sachgerechte Leistungsursprung und Leistungssituation berücksichtigen und dadurch Gleich- oder Ungleichbehandlungen verschiedener Leistungen begründen. Entsprechend wird zunächst im *zweiten Teil* der Bearbeitung der Begriff der Dritteleistung herausgearbeitet und definiert und anschließend im Hinblick auf die dem Vorstand obliegenden Rechte und insbesondere Pflichten einer ersten Bewertung unterzogen.⁷ Leistungen, die anhand der so gefundenen Maßstäbe als potentiell zulässig angesehen werden können – namentlich Leistungen der Aktionäre (A.) und Leistungen des Bieters (B.) –, werden im *dritten Teil* einer ausführlichen Bewertung unterzogen. Neben der Beantwortung der Frage ihrer Zulässigkeit werden hier materielle und prozessuale Maßstäbe herausgefiltert, die es bei der Vereinbarung der Leistung zu beachten gilt. Schließlich findet im *vierten Teil* eine ausführliche Auseinandersetzung mit Sanktionierung und Rechtsschutz unzulässiger Dritteleistung statt. Dabei werden sowohl die gesellschaftsrechtlichen und damit die zivilrechtlichen Folgen aufgegriffen als auch die ordnungsrechtliche Sanktionierung. Sinn und Zweck der Arbeit erfordern es zudem, dass auf die Ergebnisse dieses vierten Kapitels bereits in den vorherigen Kapiteln vorgegriffen werden muss, da mit oben Gesagtem nur auf diesem Weg eine umfassende Einschätzung der Zulässigkeit (und ihrer Voraussetzungen) möglich ist.

⁶ s. etwa *Selzner*, AG 2013, 818; *Kiem*, in: Baums/Thoma, WpÜG, § 33d, Rn. 4.

⁷ s. zu Grund und Art des Vorgehens genauer unten 2. Teil A.V.

2. Teil

Begriff der Drittleistung und Kategorisierung anhand des ausgelösten Interessenkonflikts

Unweigerlich drängt sich zunächst die Frage auf, ob der Vorstand Leistungen eines Dritten überhaupt annehmen darf. Dieser Gedanke hat nicht zuletzt deshalb Priorität vor der Frage, ob der Dritte dem Vorstand etwas zukommen lassen darf, weil der Vorstand zum einen häufig in einem deutlich engeren Verhältnis zu der ihn anstellenden Gesellschaft steht und zum anderen umfangreiche Befugnisse genießt, über das – für ihn fremde – Vermögen der Gesellschaft zu verfügen und über ihre Geschicke zu bestimmen. Die Bedienung des finanziellen Eigeninteresses des Vorstands (potentiell zu Lasten der Gesellschaft) steht daher in besonders scharfem Konflikt zu seiner treuhänderischen Stellung als Geschäftsleiter – und ist damit zuallererst an der den Vorstand bindenden, organschaftlichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft zu messen:

A. Ausgangspunkt: Drittleistungen und die organschaftliche Treuepflicht des Vorstands

Obleich die organschaftliche Treuepflicht an sich nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder geregelt ist – im Gegensatz zu ihrem pflichtenbegründendem Pendant bzw. „Aliud“¹, der Sorgfaltspflicht, welche in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG Niederschlag gefunden hat –, ist sie nach unbestrittener Auffassung als zwingend anzusehen.² Möchte man einen übergreifenden Pflichteninhalt der Treuepflicht definieren, so wird sich dieser wohl am ehesten als die Pflicht zu umfassender Loyalität der Geschäftsleiter gegenüber ihrer Gesellschaft beschreiben lassen.³ Ausgehend von dieser Grundannahme findet sich eine Vielzahl von Einzelausprägungen, von denen einige

¹ So die h.M. hinsichtlich des Verhältnisses beider Pflichten, s. *Möllers*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb. Corporate Governance, S. 423, 430, m.w.Nachw.

² BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 339 = NJW 2006, 522, 524 – Mannesmann; statt aller *Hüffer/Koch*, AktG, § 93, Rn. 28, § 84, Rn. 10 f.

³ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93, Rn. 227; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm AktG, § 93, Rn. 95; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93, Rn. 21; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93, Rn. 115; *Eckert*, in: Wachter, AktG, § 93, Rn. 15; *Kübler*, FS Werner, 1984, S. 437, 438.