

**Westpfahl & Spilker
Rechtsanwälte**

München

Berlin

Leipzig

**Aktienrechtliche Überlegungen zu
Privat- bzw. SEC-Ermittlungen in Deutschland**

- Ein etwas anderer Blick auf nicht ganz alltägliche Vorgänge wie die
Korruptionsaffäre Siemens und generell so genannte „Privatermittlungen“ -

[Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wastl, München](#)

März 2009

www.westpfahl-spilker.de

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wastl, München

Aktienrechtliche Überlegungen zu Privat- bzw. SEC-Ermittlungen in Deutschland

- Ein etwas anderer Blick auf nicht ganz alltägliche Vorgänge wie die Korruptionsaffäre Siemens und generell so genannte „Privatermittlungen“ -

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	1
II.	Ausgangslage	1
III.	Aktienrechtliche Überlegungen	2
1.	Pflichten des Vorstands.....	2
a)	Haftungsrechtliche Grundlagen	3
b)	Generelle Bedeutung der Ermittlungsbefugnisse der SEC für die Entscheidung über eine Börsenzulassung.....	4
c)	Vor der Festlegung im Hinblick auf das weitere Vorgehen gegenüber der SEC	5
d)	Im Zusammenhang mit der regelmäßig seitens der SEC geforderten Einschaltung ihrer Vertrauensanwälte	5
e)	Im Zuge der konkreten Ermittlungsmaßnahmen der SEC-Vertrauensanwälte	6
f)	Umgang mit Interessenkonflikten	7
g)	Denkbare rechtliche Konsequenzen	8
2.	Pflichten des Aufsichtsrats	10
a)	Haftungsrechtliche Grundlagen	10
b)	Einzelne Pflichten.....	11
c)	Umgang mit Interessenkonflikten	12
d)	Denkbare rechtliche Konsequenzen	13

3.	Auskunftsrecht der Aktionäre.....	13
IV.	Wertendes Fazit in Thesen.....	15

Aktienrechtliche Überlegungen zu Privat- bzw. SEC-Ermittlungen in Deutschland

- Ein etwas anderer Blick auf nicht ganz alltägliche Vorgänge wie die Korruptionsaffäre Siemens und generell so genannte „Privatermittlungen“ -

I. Einführung

Spätestens seit Mitte der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts ist eine zunehmende Ausrichtung des deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Aktien- und Kapitalmarktrechts an angloamerikanischen, namentlich US-amerikanischen Vorgaben festzustellen. Mit dieser Entwicklung geht unter anderem auch die wachsende Bedeutung des Strafrechts im aktien- und kapitalmarktrechtlichen Bereich einher¹. Diese, sich in einer oftmals allzu unkritischen bloßen Adaption US-amerikanischer Rechtsvorstellungen und Rechtstraditionen manifestierende Tendenz ist nunmehr gerade auch im Zuge der weltweiten Finanzmarkt- und Bankenkrise Gegenstand intensiver Diskussionen geworden. Vor diesem generellen Hintergrund sind jedoch auch die nachfolgenden Ausführungen zu Ermittlungen der Security Exchange Commission (SEC) in Deutschland und den aktienrechtlichen Folgeerscheinungen dieses Phänomens zu sehen. Auch in diesem generellen Kontext so genannter „Privatermittlungen“ wird sich zeigen, dass die unreflektierte Übernahme US-amerikanischer Rechtstraditionen sowie das Beschreiten der dort üblichen Vorgehensweisen auf der Grundlage des vorrangig anzuwendenden deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Rechts zu interessanten Problemstellungen und gerade auch aus der Sicht der diesbezügliche Entscheidungen fällenden Unternehmensleitungen zu erheblichen Risiken führen kann.

II. Ausgangslage

Wie die so genannte „Korruptionsaffäre Siemens“ eindrucksvoll gezeigt hat, bestehen für Unternehmen, deren Aktien im weitesten Sinne in den USA gelistet und gehandelt werden, erhebliche Risiken im Falle einer aus US-amerikanischer Sicht strafrechtlich relevanten Verfehlung. Grundlage auf derartigen Verfehlungen basierender Ermittlungen der SEC sind namentlich die erheblich verschärfend wirkenden Regelungen des Sarbanes-Oxley Act sowie der Foreign Corrupt Practices Act

* Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Westpfahl & Spilker, München, Berlin, Leipzig, und schwerpunktmäßig in den Bereichen Bank-, Aktien- und Kapitalmarktrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht tätig.

¹ Vgl. hierzu bereits kritisch Wastl, Der aktien- und kapitalmarktrechtliche Hintergrund der Fehlentwicklungen am deutschen Kapitalmarkt, in: Huckle, Aktuelle Entwicklungen im Unternehmensrecht, 2003, S. 92, insb. 97 f.; ders., Europäisierte Finanz- und Kapitalmärkte: Horrorszenario oder Trutzburg?, in: Institut für Bankrecht und Bankwirtschaft e. V. an der Universität Rostock, Rostocker Schriften zum Bankrecht, Heft 12, 13. Rostocker Bankentag am 08.11.2007, „Chancen und Risiken einer europäisierten Bankenlandschaft“, 2008, S. 9, insb. 13 ff.; ders., ZfgKW 2008, 604.

(FCPA)². Als weitere spektakuläre Fälle entsprechender Ermittlungen der SEC in Deutschland und Europa seien an dieser Stelle nur die Sachverhalte „Daimler“³ und „BAE“⁴ genannt. Derartige Ermittlungen der SEC gehen regelmäßig mit der Einschaltung einer ihrer US-amerikanischen Vertrauenskanzleien einher, die auf Druck der SEC im Unternehmen und in dessen Auftrag in Deutschland mittlerweile so genannte „Privatermittlungen“⁵ durchführen, über deren Ergebnisse sie der SEC weitestgehend berichtspflichtig sind; oftmals werden die Ergebnisse dieser Untersuchungen aber auch an die jeweils betroffenen nationalen und/oder deutschen Strafverfolgungsbehörden weiter gegeben⁶.

Welches Ausmaß derartige Privatermittlungen annehmen können, belegt die Korruptionsaffäre Siemens ebenso eindrucksvoll wie exemplarisch. So belaufen sich die Gesamtkosten der diesbezüglichen, im Zusammenhang mit der Korruptionsaffäre Siemens seitens des Unternehmens initiierten Privatermittlungen durch die Einschaltung entsprechender SEC-Vertrauensanwälte und Wirtschaftsprüfer auf zwischenzeitlich über 800 Mio. €. Auch die zu erwartenden Strafen bzw. Strafzahlungen sind im Regelfall beträchtlich; im Komplex „Siemens“ ist zwischenzeitlich zumindest von einer weiteren Milliarde die Rede.

III. Aktienrechtliche Überlegungen

Vor dem geschilderten Hintergrund ist nunmehr der Frage nachzugehen, welche aktienrechtlichen Konsequenzen Privat- bzw. SEC-Ermittlungen aus Sicht eines deutschen Unternehmens haben können. Namentlich wird insoweit nachfolgend auf die Pflichten des Vorstandes sowie des Aufsichtsrats des von SEC-Ermittlungen betroffenen Unternehmens einzugehen sein (hierzu 1. und 2.). Gegenstand dieser Darlegungen werden auch die mit den jeweiligen Pflichten verbundenen Haftungsrisiken der betroffenen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sein. Abgerundet wird die Darstellung schließlich durch Ausführungen dazu, ob und in welchem Umfang ein Auskunftsrecht der Aktionäre des betroffenen Unternehmens hinsichtlich der auf Druck der SEC durchgeführten Privatermittlungen sowie deren Modalitäten, einschließlich der Rolle des Vorstandes sowie des Aufsichtsrats in diesem Zusammenhang, besteht (hierzu 3.).

1. Pflichten des Vorstandes

Spezifische Pflichten des Vorstandes eines von SEC-Ermittlungen betroffenen Unternehmens können sich in verschiedenen Phasen und hinsichtlich besonderer Erscheinungsformen solcher Ermittlungen ergeben. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die zwischenzeitlich, namentlich im Zuge der Korruptionsaffäre Siemens,

² Eingehender Wastl/Litzka/Pusch, SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtstaatlicher Mindeststandards!, NStZ 2009, 68 sowie Jahn, StV 2009, 41.

³ Vgl. „US-Imperialismus beklagt“ – http://www.focus.de/finanzen&news/daimlerchrysler_aid_115654.html.

⁴ Vgl. „US-Ministerium leitet Verfahren gegen BAE Systems ein“ – <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,490700,00.html>.

⁵ Vgl. hierzu auch Jahn, in: Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Band I, Gutachten, Teil C, S. 100 sowie ders., StV 2009, 41.

⁶ Vgl. Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68, 69.

gewonnenen Erkenntnisse nicht auch im Rahmen einer Entscheidung über den Gang an eine US-amerikanische Börse seitens der betroffenen Unternehmensleitung im Wege einer Gesamtabwägung berücksichtigt werden müssen. Generell ist festzuhalten, dass die bisherige Berichterstattung über derartige SEC-Ermittlungen weitestgehend kritiklos lediglich von einer einzigen Handlungsalternative der involvierten Unternehmensleitung auszugehen scheint, nämlich der umfassenden und bedingungslosen Zusammenarbeit mit der SEC, die dann sogar oftmals zur Verletzung deutschen Rechts führen kann⁷. Um ein Ergebnis der sich anschließenden Untersuchungen bereits an dieser Stelle vorwegzunehmen: Auch dieses Dogma ist in seiner Absolutheit höchst fragwürdig und birgt aus Sicht der mit SEC-Ermittlungen konfrontierten Unternehmensleitungen in vielfältiger Hinsicht Risiken in sich.

a) **Haftungsrechtliche Grundlagen**

§ 93 AktG regelt die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder. Diese haben nach dieser Vorschrift die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Entsprechend der zwischenzeitlich kodifizierten und zuvor schon als Richterrecht anerkannten⁸ Business Judgement Rule⁹ scheidet bereits die Pflichtwidrigkeit des Handelns eines Vorstandsmitglieds aus, wenn „das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Neben den somit ausdrücklich normierten Voraussetzungen für das Eingreifen dieser Haftungsprivilegierung in der Form der BJR ist es zwischenzeitlich als allgemein anerkannt zu qualifizieren, dass ein erfolgreiches Berufen auf die BJR nur dann in Betracht kommen kann, wenn die jeweilige unternehmerische Entscheidung seitens des handelnden Vorstandsmitglieds frei von Interessenkonflikten getroffen wurde¹⁰. Zentraler Streitpunkt im Anwendungsbereich der BJR dürfte zumeist die Frage sein, ob der Vorstand seine Entscheidung auf der Grundlage angemessener Informationen getroffen hat¹¹. In diesem Zusammenhang sind sowohl die juristische als auch die betriebswirtschaftliche Literatur darum bemüht, Inhalt und Grenzen der Informationsbeschaffungspflicht des Vorstandes näher zu beschreiben¹².

Gemäß § 93 Abs. 2 AktG haften Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzt haben, der Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz; es findet eine Beweislastumkehr des Inhalts statt, dass das agierende Vorstandsmitglied gegebenenfalls

⁷ Exemplarisch Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68.

⁸ BGHZ 135, 244, 253 (ARAG/Garmenbeck), sowie erläuternd hierzu Fleischer, ZIP 2004, 685.

⁹ Lutter, ZIP 2007, 841, Fleischer, ZIP 2004, 685, Kock/Dinkel, NZG 2004, 441 sowie Schäfer, ZIP 2005, 1253.

¹⁰ Vgl. in diesem Sinne statt vieler nur Lutter, ZIP 2007, 841, 844 f., ders., in: Festschrift Canaris (2007), 245, sowie Fleischer, ZIP 2004, 685, 690 f.

¹¹ Ebenso in der Bewertung Lutter, ZIP 2007, 841, 844 f.

¹² Aus betriebswirtschaftlicher Sicht: Grundeis/Werder, AG 2005, 825, sowie Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., DB 2006, 2189; aus juristischer Sicht: vgl. die bereits unter Fußn. 9 wiedergegebenen Fundstellen sowie Hoor, DStR 2004, 2104, und Weiss/Buchner, WM 2005, 162.

beweisen muss, dass es bei der streitgegenständlichen Entscheidung ordnungsgemäß, das heißt nicht schuldhaft, gehandelt hat oder noch nicht einmal eine Pflichtwidrigkeit seines Handelns gegeben ist¹³.

b) Generelle Bedeutung der Ermittlungsbefugnisse der SEC für die Entscheidung über eine Börsenzulassung

Ausgehend von diesen einführenden generellen rechtlichen und tatsächlichen Darlegungen, soll nunmehr geklärt werden, welche Auswirkungen die praktischen Erfahrungen mit SEC-Ermittlungen in Deutschland, beispielsweise im Komplex „Siemens“, auf die Entscheidung der Unternehmensleitung für eine Börsenzulassung in den USA haben. Grundsätzlich haben die spektakulären Fälle „Siemens“ und „Daimler“ exemplarisch gezeigt, dass das Vorgehen der SEC aus Sicht der betroffenen Unternehmen durchaus beträchtliche negative Konsequenzen, bis hin zu existenzbedrohenden Auswirkungen, haben kann. Hinzu tritt, dass die an US-amerikanischen Rechtsvorstellungen orientierte weltweite Ermittlungstätigkeit der SEC in erheblichem Maße mit fundamentalen deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Rechtsgrundsätzen kollidiert¹⁴. Somit ist jedenfalls festzuhalten, dass die Organe eines Unternehmens, die über die Frage zu entscheiden haben, ob eine Zulassung seiner Aktien an einem US-amerikanischen Wertpapiermarkt beantragt werden soll, diese Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtabwägung beachten müssen. Gerade die aktuellen Erfahrungen im Hinblick auf das Agieren der SEC machen deutlich, dass dieser Gesichtspunkt im Zuge einer Entscheidung über eine Notierung der eigenen Aktien in den USA nicht unterschätzt werden darf. Hinzu tritt, dass dieser Umstand auch in Ansehung etwaiger Überlegungen betreffend ein zwischenzeitlich unter erleichterten Voraussetzungen mögliches Delisting bereits an US-amerikanischen Wertpapierbörsen notierter Unternehmen bedacht werden sollte. Darüber hinaus muss generell im Zuge der Entscheidungsfindung betreffend eine internationale Börsennotierung eines Unternehmens stets auch der Gesichtspunkt der in den letzten Jahren massiv geänderten Compliance- und Corporate Governance-Strukturen¹⁵ Berücksichtigung finden. Mit anderen Worten: Gerade auch die Befugnisse der jeweiligen nationalen Wertpapieraufsichtsbehörden sowie das von ihnen anzuwendende nationale Recht sollten bei derartigen Entscheidungen zukünftig nicht mehr vernachlässigt werden. Dies gilt umso mehr, als die anfängliche Euphorie betreffend die weltweite Notierung von Unternehmensanteilen an verschiedenen bedeutsamen Kapitalmärkten, namentlich natürlich an US-amerikanischen, zwischenzeitlich der dringend notwendigen nüchternen Betrachtung der damit verbundenen Chancen und Risiken gewichen ist¹⁶.

¹³ Vgl. Lutter, ZIP 2007, 841, 846, MüKo/AktG-Spindler (3. Aufl.-2008), Rdnr. 162 ff. zu § 93 AktG.

¹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68, sowie in arbeits- und haftungsrechtlicher Hinsicht Wastl/Pusch, Haftungsrechtliche Konsequenzen einer so genannten Mitarbeiter-Amnestie – dargestellt am Beispiel „Siemens“, erscheint demnächst in RdA.

¹⁵ Vgl. einführend hierzu MüKo/AktG-Spindler, a. a. O. (Fußn. 13), Einführung vor § 76 AktG, Rdnr. 72 ff., sowie Wastl, a. a. O. (Fußn. 1/2003), S. 92, 94 ff.

¹⁶ Ebenso in der Bewertung beispielsweise DAI, Dual Listing, Heft 30 der „Studien des Deutschen Aktieninstituts“, 2005.

c) Vor der Festlegung im Hinblick auf das weitere Vorgehen gegenüber der SEC

Die besondere Problematik des Vorgehens der SEC besteht darin, dass zumeist auf der Grundlage eines Einzelfalls vom Unternehmen gefordert wird, sein gesamtes diesbezügliches Agieren der letzten fünf bis zehn Jahre umfassend zu überprüfen. Eine Beschränkung der Untersuchung auf die eigentliche Tat bzw. diesen Einzelfall wird seitens der SEC nicht vorgenommen. Hieraus resultieren aus Sicht des Unternehmens erhebliche Risiken, da, weit über die zunächst nur bekannt gewordene Verfehlung im Einzelfall hinaus, die gesamte Unternehmensorganisation und damit sämtliche problematischen Verhaltensweisen der letzten Jahre nicht nur zum Gegenstand investigativer Privatermittlungen im Unternehmen werden, sondern darüber hinaus auch gegenüber der SEC, und mithin oftmals auch gegenüber den nationalen europäischen bzw. deutschen Strafverfolgungsbehörden, offenbart werden müssen. Hinzu tritt, dass dieses Vorgehen der SEC tatsächlich eine Umgehung der Regelungen zur internationalen Rechtshilfe darstellt und aus Sicht der von derartigen Privatermittlungen betroffenen Mitarbeiter zur Verletzung arbeitsrechtlicher Schutzrechte ebenso wie zur Missachtung verfassungsrechtlich abgesicherter Positionen, wie beispielsweise des Nemo-tenetur-Prinzips, führen kann¹⁷.

All diese Überlegungen zeigen, dass eine vorbehaltlose Zusammenarbeit mit der SEC aus Sicht des Unternehmens erhebliche Nachteile mit sich bringen kann. Demgegenüber bestehen durchaus auch Möglichkeiten, die Zusammenarbeit mit der SEC bereits frühzeitig zu strukturieren und auch auf das in Deutschland rechtlich zulässige Maß zu beschränken¹⁸. Dem steht die Drohung der SEC mit, teilweise existenzvernichtenden Strafen und Eingriffen in die unternehmerische Tätigkeit des Unternehmens gegenüber.

In diesem Zusammenhang bedarf es mithin einer stets am konkreten Einzelfall ausgerichteten Interessenabwägung des Vorstandes, um überhaupt die Möglichkeiten des Verhaltens gegenüber der SEC zunächst zu eruieren und sodann, gegebenenfalls im Zuge diesbezüglicher Verhandlungen mit der SEC, eine aus Sicht des Unternehmens optimierte Zusammenarbeit mit der SEC festzulegen.

Somit verdeutlichen auch diese Überlegungen, dass die Frage, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen mit der SEC kooperieren kann und/oder soll, nur auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung des Für und Wider beantwortet werden kann. Die Komplexität dieser Entscheidung wird zudem dadurch erhöht, dass, wie gerade die Korruptionsaffäre Siemens anschaulich verdeutlicht, stets auch mehrere Rechtsordnungen betroffen sind, die oftmals nur auf den ersten Blick kompatibel sind.

d) Im Zusammenhang mit der regelmäßig seitens der SEC geforderten Einschaltung ihrer Vertrauensanwälte

Wie bereits dargelegt, drängt die SEC in Ermittlungsverfahren durchaus häufig darauf, dass eine ihrer Vertrauenskanzleien mit den umfassenden Ermittlungsmaß-

¹⁷ Vgl. zu alledem ausführlicher und insbesondere unter strafrechtlichen Gesichtspunkten Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68.

¹⁸ Vgl. hierzu aus US-amerikanischer Sicht Senderowitz/Ugarte, wistra 2008, 281.

nahmen beauftragt wird. Darüber hinaus wird seitens der SEC gefordert, dass ihre, allerdings vom Unternehmen zu beauftragenden, Vertrauensanwälte vollumfänglich zur Berichterstattung und Auskunftserteilung gegenüber der SEC berechtigt und verpflichtet sind.

Aufgrund dieser Vorgehensweise der SEC besteht aus Sicht des Unternehmens die dringende Notwendigkeit, die vertraglichen Grundlagen für das Tätigwerden der SEC-Vertrauensanwälte möglichst präzise und abschließend zu regeln. Umso dringlicher ist dies im Unternehmensinteresse geboten, wenn und soweit es im Umgang mit der SEC nicht gelungen ist, die seitens der SEC-Vertrauensanwälte durchzuführenden Privatermittlungen im Hinblick auf ihre zeitliche und thematische Ausrichtung möglichst weitgehend zu beschränken¹⁹.

Es kann hier nun nicht der Ort sein, um entsprechende, darüber hinaus stets auf den Einzelfall bezogene vertragliche Regelungen und Mandatsbedingungen abschließend darzustellen. Jedoch sei an dieser Stelle auf die oftmals gebotene Notwendigkeit der Vereinbarung der Anwendung deutschen (Anwalts-)Rechts, detaillierter Regelungen zur Verschwiegenheitsverpflichtung sowie der besonderen Situation der janusköpfigen Tätigkeit der hinzugezogenen SEC-Vertrauensanwälte Rechnung tragender Haftungsregelungen exemplarisch hingewiesen.

e) Im Zuge der konkreten Ermittlungsmaßnahmen der SEC-Vertrauensanwälte

In diesem Zusammenhang offenbart sich nun eines der wesentlichen Probleme im Hinblick auf die rechtlich abgesicherte Durchführung von Privatermittlungen im Unternehmen. Werden diese auf Veranlassung der SEC durch eine ihrer Vertrauenskanzleien durchgeführt, wird diese Problemstellung nochmals erheblich verschärft. Allerdings ist es aufgrund des vorgegebenen Rahmens an dieser Stelle nicht möglich, all die diesbezüglich denkbaren, spezifischen Regelungsnotwendigkeiten aufzuzeigen oder gar zu behandeln.

Festgehalten werden kann jedoch, dass bei solchen Privat- bzw. SEC-Ermittlungen häufig die an US-amerikanischen Vorgaben orientierten Verhaltensmuster geradezu sklavisch praktiziert werden. Hierbei wird allzu gern übersehen, dass all diese aus dem angloamerikanischen Rechtskreis adaptierten Handlungsmuster stets auch den Anforderungen des deutschen Rechts genügen müssen. Hier zeigen sich sodann problematische Konfliktfelder. Mag dies beispielsweise nun die Frage danach sein, welche arbeits- und haftungsrechtlichen Konsequenzen so genannte „Mitarbeiteramnestien“ im Zuge von Privatermittlungen haben können²⁰, oder mag sich einfach nur die Frage stellen, ob und inwieweit das so genannte „Whistleblowing“ in Deutschland nunmehr als ein adäquates Mittel der Privatermittlungen anerkannt wird²¹.

¹⁹ Denn nur so kann häufig eine ausufernde und weit über das eigentliche Ziel der Optimierung der unternehmensinternen Compliance-Organisation hinausgehende und mit erheblichen Risiken verbundene Ermittlungstätigkeit vermieden werden.

²⁰ Vgl. hierzu beispielsweise Wastl/Pusch, a. a. O. (Fußn. 14).

²¹ Vgl. hierzu Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, 2190, Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, 1567, sowie unjüngst Deiseroth/Derleder, ZRP 2008, 248 zur angedachten gesetzlichen Neuregelung gemäß § 612 a BGB.

Aus Sicht des die konkret durchzuführenden Privatermittlungen verantwortenden Vorstandes bedeutet dieser Befund jedenfalls, dass ihm insoweit nicht zu unterschätzende Kontroll- und Leitungsfunktionen, nebst entsprechenden Pflichten, im Hinblick auf die ordnungsgemäße Durchführung der Privatermittlungen zukommen. In Anbetracht arbeitsrechtlicher Überlegungen gilt dies umso mehr aufgrund der Tatsache, dass insoweit regelmäßig die Arbeitnehmervertretungen in die Gestaltung der Abläufe eingebunden werden sollten, oftmals sogar müssen²².

Ein weiteres tritt hinzu: Wie beispielsweise in der Korruptionsaffäre Siemens, können solche Privatermittlungen durchaus ein derartiges Ausmaß annehmen, dass durch sie aus Sicht des Unternehmens wesentliche sonstige Aktivitäten überlagert werden und praktisch der Kernbereich der Unternehmensführung betroffen ist²³. In einer derartigen Situation wäre es als geradezu fatal und rechtlich bedenklich zu qualifizieren, wenn der Vorstand letztlich die maßgeblichen Entscheidungen im Hinblick auf die Durchführung der einzelnen Privatermittlungsmaßnahmen nicht selbst und auf der Grundlage unabhängig ermittelter tatsächlicher und rechtlicher Grundlagen autonom entscheidet; namentlich können sich in diesem Zusammenhang Probleme daraus ergeben, dass letztlich nicht jede Auslagerung zentraler Unternehmensfunktionen auf Dritte (Outsourcing) unter Zugrundelegung des § 76 Abs. 1 AktG zulässig sein kann, sondern diesbezüglich vielmehr rechtliche Grenzen bestehen²⁴.

f) Umgang mit Interessenkonflikten

Neben ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen zur Behandlung von Interessenkonflikten auf Ebene der Vorstandsmitglieder²⁵ werden die diesbezüglichen Grenzen und Pflichten im Hinblick auf das Handeln eines Vorstandsmitglieds durch dessen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft festgelegt²⁶.

Auch Ziffer 4.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) behandelt klassische Interessenkonflikte, die bei Vorstandsmitgliedern bestehen können, und die Frage, wie mit derartigen Interessenkonflikten umzugehen ist. Zwar dürfte es als noch nicht geklärt anzusehen sein, welche rechtlichen Konsequenzen ein Verstoß gegen den DCGK und insbesondere die dort enthaltenen Regelungen gemäß Punkt 4.3 haben kann²⁷; festzuhalten ist jedoch, dass vorliegend Ziffern 4.3.3 so-

²² Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder die allgemeine Aufgabe des Betriebsrats gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowie die damit einhergehende Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers (§ 80 Abs. 2 BetrVG).

²³ Insoweit können, unter dem Blickwinkel der Regelung gemäß § 76 Abs. 1 AktG betrachtet, durchaus Probleme entstehen, denn der Vorstand ist zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft verpflichtet; vgl. hierzu einfürend nur Hüffer, AktG (8. Auflage-2008), Rdnr. 7 ff. zu § 76 AktG.

²⁴ MüKo/AktG-Spindler, a. a. O. (Fußn. 13), Rdnr. 19 ff. zu § 76 AktG.

²⁵ Siehe beispielsweise §§ 89, 112 AktG; vgl. aber auch eingehender hierzu Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006), S. 290 f.

²⁶ Eingehender und mit zahlr. w. Nachw. zu den diesbezüglichen Grundlagen Fleischer a. a. O. (Fußn. 25), S. 285 ff.

²⁷ Vgl. Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 25 ff. zu § 161 AktG, m. w. Nachw., sowie Becker, Die Haftung für den deutschen Corporate Governance Kodex, 2005; zu den strafrechtlichen Konsequenzen etwaiger Verstöße gegen den DCGK vgl. Schlitt, DB 2007, 326.

wie 4.3.4 DCGK einschlägig sein können. Denn, sollte ein Vorstandsmitglied im Zusammenhang mit den ermittlungsgegenständlichen Sachverhalten in exponierter, verantwortlicher Position tätig geworden sein, so dürfte im Hinblick auf die Durchführung, Organisation und konkrete Gestaltung der Privatermittlungen oftmals ein Interessenkonflikt im Sinne des DCGK bestehen. In diesem Falle wäre das betroffene Vorstandsmitglied jedenfalls verpflichtet, den diesbezüglichen Interessenkonflikt dem Aufsichtsrat gegenüber offen zu legen, und es dürfte gleichzeitig keine „persönlichen Interessen“ bei der Entscheidungsfindung verfolgen²⁸.

Die zentrale Frage ist und bleibt jedoch, in welchen Konstellationen in Ansehung der hier behandelten Privatermittlungen von einer rechtlich relevanten Interessenkollision des jeweiligen Vorstandsmitglieds auszugehen ist. Zum einen ist dem juristischen Begriff „Interessenkonflikt“ immanent, dass es sich hierbei nicht bereits um einen vom bloßen Verdachtsmoment zur Gewissheit erstarkten, weil sich für die Gesellschaft bereits schädigend auswirkenden, Interessenkonflikt handeln muss. Ausreichend ist vielmehr grundsätzlich auch bereits der aus einer bloßen gedachten Möglichkeit von Interessenkollisionen resultierende konkrete Interessenkonflikt²⁹. Zum anderen kann jedoch nicht allein die Tatsache bzw. der damit einhergehende abstrakte Verdacht genügen, dass ein Vorstandsmitglied stets aufgrund seiner Leitungsfunktion dem Vorwurf eigener Verantwortlichkeit bei Fehlverhalten innerhalb des Unternehmens ausgesetzt sein könnte. Zu fordern ist in diesem Zusammenhang vielmehr, dass ein im Rahmen der beschriebenen Rechtsgrundsätze erheblicher Interessenkonflikt immer nur, aber auch stets, dann bejaht werden muss, wenn das betroffene Vorstandsmitglied in die den Gegenstand der Privatermittlungen bildenden konkreten Handlungsabläufe auf entscheidender Verantwortungsebene in einem Maße eingebunden war, das zumindest die theoretische Möglichkeit der Verantwortung und gegebenenfalls einer späteren Inanspruchnahme des betroffenen Vorstandsmitglieds als nicht gänzlich fern liegend erscheinen lässt. Mit anderen Worten: Wenn das betroffene Vorstandsmitglied in die ermittlungsgegenständlichen Sachverhalte an exponierter und mit spezifischen Überwachungs- bzw. Handlungspflichten verbundener Funktion involviert war, sollte stets auch in Anbetracht der späteren diesbezüglichen Privatermittlungen von einer rechtlich relevanten Interessenkollision ausgegangen werden; dies jedenfalls dann, wenn und soweit dieses Vorstandsmitglied in die Entscheidung über die Einleitung und Ausgestaltung entsprechender Ermittlungsmaßnahmen eingebunden wird bzw. werden soll³⁰.

g) Denkbare rechtliche Konsequenzen

In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Situation aus Sicht der Mitglieder des Vorstandes des betroffenen Unternehmens als durchaus problematischer dar, als dies aufgrund der bisherigen Berichterstattung über die SEC-Ermittlungen in der Korruptionsaffäre Siemens sowie im Falle „Daimler“ zu vermuten wäre.

²⁸ So Ziffer 4.3.3 sowie 4.3.4, zumindest in der Form einer so genannten „Soll-Vorschrift“.

²⁹ Als Abgrenzungskriterien könnten hier unter Umständen die im Anwendungsbereich des § 356 StGB (Parteierrat) entwickelten Grundsätze herangezogen werden; vgl. hierzu einführend nur Fischer, StGB (55. Aufl.-2008), Rdnr. 7 ff., insb. Rdnr. 11 ff., zu § 356 StGB.

³⁰ Vgl. Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68, Wastl/Pusch, a. a. O. (Fußn. 14), sowie WirtschaftsWoche, Heft Nr. 33 vom 11.08.2008, S. 52 („Verhör-Spezis im Anflug“).

Zunächst ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen davon auszugehen, dass in vergleichbaren Sachverhalten in den verschiedensten Phasen eine komplexe Abwicklungsentscheidung seitens des Vorstandes der involvierten Aktiengesellschaft notwendig ist.

Dies gilt namentlich für die Fragen,

- ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Zusammenarbeit mit der SEC stattfinden soll,
- wie und auf welcher Grundlage die Einschaltung der SEC-Vertrauensanwälte erfolgen soll und
- wie die konkrete Ermittlungstätigkeit der SEC-Vertrauensanwälte kontrolliert, überwacht und geleitet werden soll.

In Ansehung all dieser Fragestellungen kommt grundsätzlich eine Haftung der handelnden Vorstandsmitglieder in Betracht; dies gilt umso mehr, wenn die zwischenzeitlich allgemein bekannten Umstände und Konsequenzen umfangreicher Privat- bzw. SEC-Ermittlungen im Zuge der einzelnen Entscheidungen in diesem Zusammenhang nicht ausreichend ermittelt und/oder berücksichtigt wurden. Nichts anderes gilt im Hinblick auf eine Entscheidung über die Börsennotierung an einem internationalen Kapitalmarkt, namentlich an einer US-amerikanischen Börse.

Zugunsten der in diese Entscheidungen eingebundenen Vorstandsmitglieder greift die BJR nur dann ein, wenn sie auf der Grundlage angemessener Informationen getroffen wurden³¹. Dies bedeutet, dass in all den geschilderten Entscheidungssituationen regelmäßig auch eine primär an den deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Rechtsgrundlagen orientierte Bewertung des geplanten Vorgehens erforderlich ist. Diese isolierte Bewertung der jeweiligen Handlungen muss dabei stets einhergehen mit der kritischen Abwägung des Für und Wider der Durchführung einer an angloamerikanischen Vorgaben orientierten Privatermittlung. Sollten derartige, im Falle der SEC-Ermittlungen durch deren Vertrauensanwälte gezwungenermaßen von diesen unabhängige, Beurteilungen nicht vorgenommen werden, so dürfte regelmäßig die Prüfung angezeigt sein, ob nicht allein schon deshalb das Eingreifen der BJR zu Gunsten der Vorstandsmitglieder ausscheidet.

Hinzu tritt, dass jedenfalls dasjenige Vorstandsmitglied, das aufgrund seiner exponierten Vorbefassung mit den ermittlungsgegenständlichen Sachverhalten an der Entscheidung über die Durchführung der entsprechenden Privatermittlungen mitgewirkt hat, sich allein wegen des hieraus resultierenden Interesskonflikts nicht mehr auf die BJR berufen kann³².

Auch vor dem Hintergrund der Beweislastumkehr zulasten des handelnden Vorstandsmitglieds gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG empfiehlt es sich daher generell, in die insoweit regelmäßig erforderlichen, komplexen Abwägungsvorgänge auch

³¹ Vgl. hierzu nur Lutter, ZIP 2007, 841, 844 f., Fleischer, ZIP 2004, 685, 691, sowie MüKo/AktG-Spindler, a. a. O. (Fußn. 13), Rdnr. 47 ff. zu § 93 AktG, jeweils m. w. Nachw.

³² Hierzu bereits oben III. 1. f); vgl. aber aus rechtlicher Sicht hierzu neben den bereits zitierten Aufsätzen auch MüKo/AktG-Spindler, a. a. O. (Fußn. 13), Rdnr. 54 ff. zu § 93 AktG, m. w. Nachw.

die unabhängige und neutrale Bewertung von dritter Seite einfließen zu lassen und dies sowie die Ergebnisse dieser Prüfung zu dokumentieren.

2. Pflichten des Aufsichtsrats

Basierend auf den vorstehenden Ausführungen zu den spezifischen Pflichten des Vorstandes im Hinblick auf Privat- bzw. SEC-Ermittlungen, sind nachfolgend die korrespondierenden Anforderungen an die diesbezügliche Tätigkeit des Aufsichtsrats eines betroffenen Unternehmens zu erörtern. In diesem Zusammenhang kann grundsätzlich von den verschiedenen Handlungspflichten und Verantwortlichkeiten des Vorstandes ausgegangen werden, wobei jedoch die spezifische Stellung und Funktion des Aufsichtsrats im aktienrechtlichen System der dreigliedrigen Gewaltenteilung³³ zu berücksichtigen sind.

a) Haftungsrechtliche Grundlagen

Gemäß § 111 AktG überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung durch den Vorstand; gleichzeitig bestimmt § 111 Abs. 4 AktG, dass Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat grundsätzlich nicht übertragen werden können. Dies bedeutet, dass das Anforderungsprofil an eine ordnungsgemäße Tätigkeit des Aufsichtsrats naturgemäß strikt abzugrenzen ist gegenüber dem pflichtgemäßen Handeln des Vorstandes³⁴.

Vor diesem Hintergrund der sich generell zunächst unterscheidenden Pflichtenkataloge des Vorstandes zum einen und des Aufsichtsrates zum anderen gilt gemäß § 116 AktG betreffend die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder § 93 AktG, die Regelung für die Tätigkeit des Vorstandes, entsprechend. Ausgehend von der jeweiligen konkreten Funktion innerhalb des Aufsichtsrats, können sich für einzelne Aufsichtsratsmitglieder unterschiedliche, bzw. namentlich höhere Anforderungen ergeben³⁵. Gleichwohl gilt selbstverständlich für alle Aufsichtsratsmitglieder, und zwar unabhängig davon, ob sie in gegebenenfalls mitbestimmten Aktiengesellschaften von der Arbeitnehmer- oder Anteilseignerseite berufen wurden³⁶, ein entsprechender Mindeststandard, der sich an der mit § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG kodifizierten „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ orientiert.

Aufgrund des generellen Verweises des § 116 AktG auf § 93 AktG ist auch allgemein anerkannt, dass die BJR ebenfalls zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden ist³⁷. Nichts anderes gilt im Hinblick auf die sinngemäße Anwendung der sonstigen Regelungen des § 93 AktG, insbesondere auch betreffend die gemäß

³³ Vgl. Pentz, in Fleischer, a. a. O. (Fußn. 25), S. 534 ff. (mit Blickrichtung auf die Abgrenzung der Funktion des Aufsichtsrats gegenüber dem Zuständigkeitsbereich des Vorstandes).

³⁴ Vgl. Pentz, in Fleischer, a. a. O. (Fußn. 25), S. 534 ff., sowie eingehender zu den Aufgaben des Aufsichtsrats beispielsweise MüKo/AktG-Habersack, a. a. O. (Fußn. 13), Rdnr. 12 ff. zu § 111 AktG.

³⁵ Vgl. insoweit nur Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 3 zu § 116 AktG m. w. Nachw.

³⁶ Vgl. insoweit nur Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 2 zu § 116 AktG m. w. Nachw.

³⁷ Einhellige Meinung; vgl. nur Lutter, ZIP 2007, 841, 846 f.

§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vorgesehene Beweislastumkehr zum Nachteil des betroffenen Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieds³⁸.

b) Einzelne Pflichten

Auf der Grundlage der geschilderten Abgrenzung der Funktionen und Verantwortungsbereiche des Aufsichtsrats einerseits sowie des Vorstandes andererseits sind die Aufsichtsratsmitglieder eines von Privat- bzw. SEC-Ermittlungen betroffenen Unternehmens hinsichtlich der bereits beschriebenen, verschiedenen und insoweit zu unterscheidenden Phasen³⁹ verpflichtet, ihrer jeweiligen Aufgabe mit der gebotenen Sorgfalt gerecht zu werden. Hierbei wird sich die Tätigkeit des Aufsichtsrats oftmals auf die bloße Kontrolltätigkeit im Hinblick auf die in Ansehung verschiedener Ermittlungstätigkeiten und/oder vor- bzw. nachgelagerter Handlungen zu treffenden Entscheidungen beschränken. Jedoch kann, und dies zeigt durchaus auch der Komplex „Siemens“, in besonders gelagerten Ausnahmefällen letztlich eine Situation entstehen, in der aufgrund der exponierten Involvierung des Vorstandes in die ermittlungsgegenständlichen Sachverhalte letztendlich dem Aufsichtsrat die entscheidende Leitungsfunktion in Ansehung der zu ergreifenden Privatermittlungen zukommt. Im Falle entsprechender SEC-Ermittlungen bedeutet dies dann nicht mehr, aber auch nicht weniger, als dass der Aufsichtsrat insoweit berufen ist, sämtliche vorstehend bereits für den Vorstand beschriebenen Abwägungsentscheidungen vorzunehmen, oder jedenfalls maßgeblich kontrollierend zu bestimmen⁴⁰.

Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH in Sachen „ARAG/Garmenbeck“ ist es zudem als geklärt zu betrachten, dass dem Aufsichtsrat im Hinblick auf die Inanspruchnahme einzelner pflichtwidrig und schadensersatzrechtlich relevant handelnder Vorstandsmitglieder nur ein äußerst beschränktes Ermessen zustehen kann⁴¹. Überträgt man die diesbezüglichen Grundsätze der Rechtsprechung auf die vorgelagerte Phase der Ermittlung und Aufklärung entsprechender haftungsrechtlich relevanter Sachverhalte, so wird regelmäßig auch insoweit ein entsprechender Ermessensspielraum des zur Überwachung des Vorstandes berufenen Aufsichtsrats nicht, zumindest aber nur in Ausnahmefällen bestehen. Denn jedenfalls bei hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Pflichtverletzung des Vorstandes und/oder einzelner seiner Mitglieder ist der Aufsichtsrat zur Ermittlung des jeweiligen Sachverhalts und der hieraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen verpflichtet⁴².

³⁸ Vgl. nur Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 8 f. zu § 116 AktG.

³⁹ Siehe hierzu bereits oben III. 1. b) bis e).

⁴⁰ Zum grundsätzlich unterschiedlichen Anforderungsprofil an die Tätigkeit des Vorstandes zum einen und die jedenfalls primäre Kontrollfunktion des Aufsichtsrates zum anderen vgl. Pentz, in: Fleischer, a. a. O. (Fußn. 25), S. 535 ff., Hüffer, a. a. O. (Fußn. 25), Rdnr. 1 zu § 116 AktG, MüKo/AktG-Habersack, a. a. O. (Fußn. 13), Rdnr. 2 sowie Rdnr. 16 ff. (betreffend einzelne Sorgfaltspflichten) zu § 116 AktG.

⁴¹ BGHZ 135, 244; vgl. hierzu aber in der jüngeren Vergangenheit die dort vom BGH dargelegten Grundsätze kritisch hinterfragend Paefgen, AG 2008, 761, dem jedoch Koch, AG 2009, 93, überzeugend widerspricht.

⁴² BGHZ, 135, 244, 253.

c) Umgang mit Interessenkonflikten

Auch im Hinblick auf die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich deren Pflicht zur Vermeidung von Interessenskonflikten einerseits bereits aus spezifischen gesetzlichen Regelungen, andererseits aus ihrer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft⁴³.

Daneben enthält Ziffer 5.5 des DCGK mehrere Einzelregelungen betreffend den Umgang der Aufsichtsratsmitglieder mit persönlichen Interessenkonflikten. Gänzlich unabhängig davon, dass auch mit Blickrichtung auf den Aufsichtsrat die rechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen den DCGK als nach wie vor weitestgehend ungeklärt zu bewerten sind⁴⁴, enthalten Ziffer 5.5.2 sowie 5.5.3 jedenfalls prozedurale Maßgaben. Diese sind auch für die Entscheidungen des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Durchführung von Privatermittlungen und/oder den Umgang mit SEC-Ermittlungen im Unternehmen bedeutsam. So ist nämlich jedes Aufsichtsratsmitglied gemäß Ziffer 5.5.2 DCGK verpflichtet, Interessenkonflikte, die entstehen können⁴⁵, dem Aufsichtsrat gegenüber offen zu legen. Darüber hinaus fordert Ziffer 5.5.3 DCGK, dass der Aufsichtsrat die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren soll während gleichzeitig nicht nur vorübergehende Interessenkollisionen in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds die Beendigung des Mandats zur Konsequenz haben sollen.

Nun stellt sich selbstverständlich auch im Hinblick auf etwaige Interessenkollisionen auf Seiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder in Anbetracht von Privatermittlungen und/oder SEC-Ermittlungen die Frage, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um von einem rechtlich relevanten Interessenkonflikt auszugehen. Sinngemäß kann hier nichts anderes gelten, als zuvor bereits hinsichtlich denkbarer Interessenkonflikte auf Vorstandsebene ausgeführt wurde⁴⁶. Dies bedeutet, dass bezüglich eines Aufsichtsratsmitglieds jedenfalls dann ein rechtlich relevanter Interessenkonflikt zu bejahen ist, wenn es bereits im Zusammenhang mit den ermittlungsgegenständlichen Sachverhalten in exponierter und damit haftungsrechtlich relevanter Funktion tätig wurde. Beispielsweise dürfte dies dann zu bejahen sein, wenn, in einem der Korruptionsaffäre Siemens vergleichbaren Sachverhalt, ein Mitglied des gemäß Ziffer 5.3.2 des DCGK vom Aufsichtsrat zu bildenden Prüfungsausschusses (Audit Committee), oder sogar der Vorsitzende dieses Aufsichtsratsausschusses, die späteren Ermittlungen wegen grober Verstöße gegen Compliance-Regelungen maßgeblich leitet oder beeinflusst; jedenfalls gilt dies nach der hier vertretenen Auffassung dann, wenn sich insoweit zumindest Verdachtsmomente im Hinblick auf eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des jeweils handelnden Aufsichtsrats- bzw. Ausschussmitglieds ergeben.

⁴³ Vgl. Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 4 f. zu § 116 AktG.

⁴⁴ Siehe hierzu bereits mit Blickrichtung auf den Vorstand oben III. 1. f); vgl. aber auch Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 3 ff. zu § 161 AktG, sowie MüKo/AktG-Semler (2. Auflage-2003), Rdnr. 27 ff. zu § 161 AktG.

⁴⁵ Dies zeigt, dass ein konkreter Interessenkonflikt nicht bestehen muss, sondern vielmehr bereits die abstrakte Möglichkeit einer Interessenkollision ausreichend ist; ebenso MüKo/AktG-Semler, a. a. O. (Fußn. 44), Rdnr. 454 zu § 161 AktG.

⁴⁶ Hierzu bereits oben III. 1. f).

d) Denkbare rechtliche Konsequenzen

Aus Sicht der handelnden Aufsichtsratsmitglieder haben Privatermittlungen im Unternehmen ebenfalls besondere Anforderungen zur Folge. Die diesbezüglichen Aufsichtsratsentscheidungen stellen, wenn auch aufgrund der zunächst und primär auf die Überwachung der Vorstandstätigkeit gerichteten Funktion des Aufsichtsrats in geringerem Maße, so doch ein Haftungsrisiko dar. Die Aufsichtsratsmitglieder sollten sich in derartigen Situationen und bei ihren Entscheidungen stets bewusst sein, dass sie in jeder Phase dieser Ermittlungen, wie sie vorstehend bereits im Hinblick auf die Vorstandstätigkeit beschrieben wurden⁴⁷, eine fundierte und auf breiten Informationsgrundlagen basierende Entscheidung im jeweiligen Einzelfall zu treffen haben.

Auf die auch zu ihren Gunsten bestehende BJR können sich Aufsichtsratsmitglieder ebenfalls nur dann berufen, wenn die zu beurteilende Entscheidung auf der Basis ausreichender Informationen getroffen wurde. Zu einer derartigen hinreichenden Informationsgrundlage gehört stets auch in Anbetracht der konkreten Ermittlungsmaßnahmen die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit sowie der etwaigen Haftungsrisiken für das Unternehmen auf der Grundlage des anwendbaren nationalen deutschen und/oder kontinentaleuropäischen Rechts⁴⁸. Darüber hinaus kann sich ein Aufsichtsratsmitglied auf die BJR dann nicht berufen, wenn es zuvor bereits in maßgeblicher Funktion im Rahmen der ermittlungsgegenständlichen Sachverhalte tätig wurde, die zudem in nachvollziehbarer Art und Weise den Verdacht eigener Verantwortlichkeit bzw. des Bestehens entsprechender Haftungstatbestände gegenüber diesem Aufsichtsratsmitglied begründet. Folgt man *Lutter*⁴⁹ in seiner durchaus überzeugenden Auffassung, dass bereits die Teilnahme eines mit einer Interessenkollision behafteten Aufsichtsratsmitglieds an einer Entscheidung des Aufsichtsrats dazu führt, dass sich sämtliche Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr auf die BJR berufen können, so gilt Folgendes: Zumindest dann, wenn dasjenige Aufsichtsratsmitglied, hinsichtlich dessen ein Interessenkonflikt besteht, maßgeblich in die Kontroll- und/oder sogar Leitungstätigkeit des Aufsichtsrats in Anbetracht der Privatermittlungen eingebunden ist, wird hierdurch der gesamte Aufsichtsrat dergestalt infiziert, dass generell eine Anwendung der BJR zugunsten einzelner Aufsichtsratsmitglieder von vornherein ausscheidet.

3. Auskunftsrecht der Aktionäre

Gemäß § 131 Abs. 1 AktG hat jeder Aktionär den Anspruch darauf, in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu erhalten, soweit diese zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Entscheidende Bedeutung kommt insoweit der Frage zu, ob und inwieweit die seitens eines Aktionärs begehrte Auskunft in Ansehung der konkreten Tagesordnung der Hauptversammlung bzw., besser gesagt, des jeweiligen Tagesordnungspunktes⁵⁰ notwendig ist⁵¹. Abzustellen ist insoweit auf den

⁴⁷ Siehe oben III. 1. b) bis e).

⁴⁸ Vgl. exemplarisch hierzu Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68.

⁴⁹ Festschrift Canaris (2007), 245.

⁵⁰ Vgl. hierzu nur MüKo/AktG-Kubis (2. Auflage-2004), Rdnr. 37 zu § 131 AktG, m. w. Nachw.

„Standpunkt eines objektiv urteilenden Aktionärs, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt und daher die begehrte Auskunft als nicht nur unwesentliches Beurteilungselement benötigt“.

In Ansehung der vorliegend zu beurteilenden SEC- bzw. Privatermittlungen in Unternehmen kommen insoweit als für das jeweilige Auskunftsbegehren relevante Tagesordnungspunkte regelmäßig die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 120 AktG sowie die Behandlung des Jahresabschlusses in Betracht.

Namentlich im Hinblick auf den letztgenannten Aspekt dürfte bei Privatermittlungen im Unternehmen häufig der Einwand der wirtschaftlichen Bedeutungslosigkeit in Anbetracht des vorgelegten Gesamtzahlenwerks einschlägig sein⁵². In Sachverhalten jedoch, die der Korruptionsaffäre Siemens auch nur annähernd vergleichbar sind, wird ein derartiger Einwand gegenüber dem Auskunftsrecht des Aktionärs regelmäßig nur schwerlich begründbar sein.

Hinsichtlich der Tagesordnungspunkte „Entlastung des Vorstandes sowie des Aufsichtsrats“ gelten die herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze entsprechend⁵³. Gegenstand dieser Beschlussfassungen ist nämlich die Entscheidung der Aktionäre, ob „die Tätigkeit der Organmitglieder im abgelaufenen Geschäftsjahr zu billigen ist, sie in der Unternehmensführung eine „glückliche Hand“ bewiesen haben und ihnen das Vertrauen auch für ihre künftige Tätigkeit auszusprechen ist“⁵⁴. Eine Verschärfung der Anforderungen an das Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG wegen der beschränkten Wirkung der diesbezüglichen Entlastungsbeschlüsse scheidet damit von vornherein aus; zu fordern ist lediglich, dass die auskunftsgegenständlichen Vorgänge in Anbetracht der Struktur des Unternehmens von „einigem Gewicht“ sind⁵⁵. Diese Bedingung dürfte bei größer angelegten Privatermittlungen innerhalb des Unternehmens regelmäßig erfüllt sein; in der Korruptionsaffäre Siemens kann unter diesem Gesichtspunkt nicht ernsthaft über das grundsätzliche Bestehen eines Auskunftsrechts gemäß § 131 Abs. 1 AktG diskutiert werden. Aber auch in sonstigen Fällen von Privatermittlungen von nicht nur lediglich geringfügigem Ausmaß dürften entsprechende Auskünfte zu deren Organisation und Ablauf in Ansehung der vorstehend geschilderten rechtlichen Grundsätze regelmäßig zu erteilen sein. Über die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise hinaus ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Privatermittlungen innerhalb eines Unternehmens vielfältige weitere und oftmals gravierende Auswirkungen, wie beispielsweise hinsichtlich der Reputation des Unternehmens, des innerbetrieblichen Friedens, etc., haben können. Gerade diese somit bestehende Gemengelage verschiedenster Interessen innerhalb und außerhalb des von Privatermittlungen betroffenen Unternehmens stellt nämlich auch spezifische Anforderungen an seine Organe, die in diesem Bereich in besonderem Maße eine „glückliche Hand“ beweisen müssen.

⁵¹ Vgl. hierzu grundlegend BGH, NZG, 2005, 77 sowie BGHZ 149, 158.

⁵² Vgl. zu diesem Argument beispielsweise BayObLG, AG 1996, 322, 323, sowie OLG Düsseldorf, WM 1991, 2148, 2154.

⁵³ BGH, NZG 2005, 77, 78.

⁵⁴ BGH, NZG 2005, 77, 78.

⁵⁵ BGH, NZG 2005, 77, 78 (anders demgegenüber noch die Vorinstanz).

Gegenstand des somit regelmäßig bestehenden Auskunftsrechts der Aktionäre eines von SEC- bzw. Privatermittlungen betroffenen Unternehmens sind jedenfalls die vorstehend dargestellten Pflichten des Vorstandes⁵⁶ sowie des Aufsichtsrats⁵⁷ im Zusammenhang mit derartigen Privatermittlungen. Nur so kann letztendlich auch jeder einzelne Aktionär entscheiden, ob und inwieweit die Organe seiner Gesellschaft nicht nur ein „glückliches Händchen“ bewiesen, sondern in diesem komplexen Umfeld auch keine haftungsrelevanten Tatbestände erfüllt haben.

Eine Verweigerung der Auskunftserteilung kommt neben den aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleitenden Einwänden der Unmöglichkeit⁵⁸ der Auskunftserteilung sowie des schikanösen bzw. rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des jeweils die Auskunft begehrenden Aktionärs⁵⁹ nur im Rahmen der gemäß § 131 Abs. 3 AktG abschließend aufgeführten Verweigerungsgründe in Betracht. Insoweit könnte in konkreten, vorliegend interessierenden Einzelfällen namentlich die Regelungen gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG zu prüfen sein.

Im Zuge dieser Prüfung ist gegebenenfalls auch zu berücksichtigen, dass eine Verweigerung der Auskunft durch den Vorstand unter Berufung auf § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG dann ausscheidet, wenn konkrete „Tatsachen objektiv den hinreichenden Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzung der Verwaltung begründen und die Auskunft dazu geeignet sein kann, den Verdacht zu erhärten“⁶⁰. Zwar wird dieser Gesichtspunkt in den wenigsten Fällen so genannter Privatermittlungen eingreifen, da jedenfalls der gesteigerte Wahrscheinlichkeitsmaßstab des „hinreichenden Verdachts schwerwiegender Pflichtverletzung“⁶¹ gefordert wird. Jedoch sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen diese Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG zu beachten ist. Denn Privatermittlungen und insbesondere die Möglichkeiten der persönlichen Einflussnahme auf deren Ablauf und Organisation durch den Vorstand und/oder den Aufsichtsrat können durchaus auch als ein Mittel der Vertuschung eigenen Fehlverhaltens genutzt werden.

IV. Wertendes Fazit in Thesen

Die Ergebnisse dieser Untersuchung werden mit den nachfolgenden Thesen zusammengefasst:

⁵⁶ Siehe hierzu oben III. 1., insb. b) bis f).

⁵⁷ Siehe oben III. 2.

⁵⁸ Eingehender hierzu MüKo/AktG-Kubis, a. a. O. (Fußn. 50), Rdnr. 82 ff. zu § 131 AktG.

⁵⁹ Vgl. einführend und jeweils m. w. Nachw. Hüffer, a. a. O. (Fußn. 23), Rdnr. 33 ff. zu § 131 AktG, sowie MüKo/AktG-Kubis, a. a. O. (Fußn. 50), Rdnr. 24 zu § 131 AktG.

⁶⁰ So wörtlich der entsprechende Leitsatz der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 20. Dezember 1967 – Aktenzeichen: II ZR 88/81 (BGHZ 86, 1).

⁶¹ In diesem Zusammenhang erscheint ein Rückgriff auf die Versuche der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur, den strafprozessualen Begriff „hinreichender Tatverdacht“ näher zu beschreiben, als ein erster Ansatzpunkt, um die Anforderungen an die seitens des BGH in dem zitierten Urteil geforderte Prognoseentscheidung hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs abstrakt zu erfassen; vgl. hierzu nur Meyer-Goßner, StPO (51. Auflage-2008), Rdnr. 1 f. zu § 170 StGB, sowie Löwe/Rosenberg-Graalman-Scheerer, StPO (26. Auflage-2008), Rdnr. 24 ff. zu § 170 StPO.

- Spektakuläre Sachverhalte, wie „Daimler“ und, vor allem, auch die Korruptionsaffäre „Siemens“, haben exemplarisch und eindringlich gezeigt, welche negativen Folgen SEC-Ermittlungen für das jeweils betroffene Unternehmen haben können. Aus Unternehmenssicht bedeutet dies, dass auch dieser Umstand im Rahmen der komplexen Abwägungen im Hinblick auf eine geplante Börsenzulassung in den USA Berücksichtigung finden muss. Darüber hinaus gewinnen jedoch vergleichbare Fragestellungen auch mit Blickrichtung auf die Zulassung an anderen Börsen aufgrund der stärker werdenden Rolle der Kapitalmärkte im Bereich der Corporate Governance aus Unternehmenssicht zunehmend an Bedeutung⁶². Vorstand und Aufsichtsrat einer, den Gang an einen öffentlichen Kapitalmarkt planenden Aktiengesellschaft müssen diesen Umstand zukünftig in verstärktem Maße bei der diesbezüglichen Entscheidung berücksichtigen.

- Die praktischen Erfahrungen im Zusammenhang mit dem weltweiten Vorgehen der SEC machen eine komplexe Gesamtabwägung betreffend eine etwaige kooperative Zusammenarbeit des betroffenen Unternehmens mit der SEC erforderlich. Die in der Vergangenheit nahezu kritiklose Übernahme der These, dass einzig und allein eine sklavische Zusammenarbeit und Unterwerfung unter die Forderungen der SEC die richtige Vorgehensweise ist, kann in dieser generellen Form nicht akzeptiert werden. Dem Vorstand des betroffenen Unternehmens obliegt es insoweit, bereits frühzeitig die denkbaren Alternativen sowie insbesondere auch die Möglichkeiten einer Beschränkung der Ermittlungen der SEC umfassend zu prüfen und im Zuge einer Gesamtabwägung in die Entscheidung über die Zusammenarbeit mit der SEC einfließen zu lassen. Zudem ist es jeweils im Interesse des betroffenen Unternehmens oftmals unerlässlich, die Vor- und Nachteile einer umfassenden Kooperation mit der SEC durch entsprechende, mit den Verhaltensweisen der SEC vertraute Personen frühzeitig prüfen zu lassen, und zwar nicht nur einseitig aus US-amerikanischer Sicht, sondern namentlich bei einem in Deutschland residierenden Unternehmen auch unter dem spezifischen nationalen Blickwinkel, und mithin unter Zugrundelegung deutschen und europäischen Rechts.

- Selbst wenn sich der Vorstand des jeweiligen Unternehmens dazu entschließt, auf der Grundlage klar vorgegebener Parameter mit der SEC bei deren Ermittlungen zusammenzuarbeiten, bedarf es weiterer, das Unternehmen schützender Maßnahmen. Namentlich gilt dies im Hinblick auf die seitens der SEC regelmäßig geforderte Einschaltung einer ihrer Vertrauenskanzleien, die dann die vorstehend skizzierten Privatermittlungen durchführt und die SEC über deren Ergebnisse unterrichtet. Die diesbezüglichen Schutzbedürfnisse des Unternehmens hängen selbstverständlich stets vom konkreten Einzelfall und dessen Tragweite ab. Daneben ist und bleibt der Vorstand selbstverständlich auch verpflichtet, nach Abschluss eines den Interessen des Unternehmens möglichst weitgehend gerecht werdenden Mandatsvertrags die weitere Tätigkeit der eingeschalteten SEC-Vertrauensanwälte kritisch zu überwachen. Diese Pflicht besteht naturgemäß auch darin, in sonstiger Hinsicht Sorge dafür zu tragen, dass keine, unter Umständen für das Unternehmen sogar haftungsrechtlich problematischen Rechtsverstöße, bei-

⁶² Vgl. hierzu Wastl, a. a. O. (Fußn. 1/2003), S. 92, 94 f.

spielsweise gegen das deutsche Recht, bei den diesbezüglichen Ermittlungshandlungen in Deutschland stattfinden.

- Auf Ebene des Vorstands ergibt sich die rechtliche Bedeutung von Interessenkonflikten einzelner Vorstandsmitglieder bereits aus deren Treuepflicht im Verhältnis zur Aktiengesellschaft; ergänzend hierzu ist der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) heranzuziehen. Sollte ein Vorstandsmitglied in Ansehung der den Gegenstand der SEC-Ermittlungen bildenden Zeiträume und/oder der konkret geprüften Tatvorwürfe bereits in dieser Funktion tätig gewesen sein, so können rechtlich relevante Interessenkonflikte bestehen. Ab welcher Nähe des jeweiligen Vorstandsmitglieds zum ermittlungsgegenständlichen Sachverhalt von einem Interessenkonflikt auszugehen ist, kann stets nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden; maßgebliche Kriterien bei der Beurteilung der Frage, ob ein derartiger Interessenkonflikt besteht, sind unter anderem der Grad der Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins eigener Verantwortlichkeitsbeiträge des betroffenen Vorstandsmitglieds sowie Bedeutung und Umfang der konkret erhobenen Vorwürfe.
- Die gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zwischenzeitlich kodifizierte Business Judgement Rule (BJR) greift zugunsten der Vorstandsmitglieder im Hinblick auf die Behandlung von SEC-Ermittlungen von vornherein nur dann ein, wenn kein Interessenkonflikt in der dargestellten Form zu konstatieren ist und der Vorstand die Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information gefällt hat. Wesentlicher Bestandteil einer in diesem Sinne ausreichenden Informations- und Entscheidungsgrundlage ist in bedeutsamen Sachverhalten, wie den SEC-Ermittlungen im Komplex „Siemens“, die unabhängige und umfassende Prüfung und Abwägung im Hinblick auf die unter Umständen gebotene Zusammenarbeit mit der SEC sowie die konkrete Form der Mandatierung der auf Wunsch der SEC einzuschaltenden SEC-Vertrauenskanzleien. Besteht aufgrund der vorstehend geschilderten Anforderungen ein Interessenkonflikt und/oder ist eine in diesem Sinne angemessene Informations- und Entscheidungsgrundlage nicht gegeben, so verbleibt es uneingeschränkt bei der Haftungsregelung gemäß § 93 Abs. 2 AktG; dies verbunden mit der Konsequenz, dass das jeweilige Vorstandsmitglied die Beweislast dafür trägt, dass die von ihm getroffenen Entscheidungen im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der SEC und die Einschaltung der SEC-Vertrauensanwälte der gebotenen Sorgfalt entsprechen. Nichts anderes gilt im Übrigen auch im Hinblick auf die erforderliche Überwachung und Kontrolle der konkreten Ermittlungstätigkeit der SEC-Vertrauensanwälte sowie generell im Hinblick auf das weitere Agieren der SEC.
- Grundsätzlich gelten die für den Vorstand herausgearbeiteten Leitlinien des ordnungsgemäßen Umgangs mit einem SEC-Ermittlungsverfahren auch in Anbetracht des Aufsichtsrats des betroffenen Unternehmens; jedoch ist insoweit das klar von der Geschäftsführung abzugrenzende spezifische Aufgabenspektrum des Aufsichtsrats zu berücksichtigen. Auch bezogen auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder können in einer derartigen Situation mit den beschriebenen Konsequenzen verbundene Interessenkonflikte bestehen. Jedenfalls dann, wenn das jeweilige Aufsichtsratsmitglied an exponierter Stelle und mit einer ebensolchen Funktion in die ermittlungsgegenständlichen

Handlungen involviert war, dürfte oftmals⁶³ von einem rechtlich relevanten Interessenkonflikt auszugehen sein. Die grundsätzlich auch zugunsten des Aufsichtsrats geltende BJR kann in einem derartigen Fall jedenfalls nicht mehr zugunsten des konkret handelnden Aufsichtsratsmitglieds eingreifen. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, dass ein derartiger Interessenkonflikt eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds die Tätigkeit des gesamten Aufsichtsrats zumindest dann mit einer entsprechenden Gesamtwirkung infiziert, wenn das konkret mit dem Interessenkonflikt in der Form der exponierten Vorbefassung mit der Angelegenheit belastete Aufsichtsratsmitglied auch im Zusammenhang mit den späteren SEC-Ermittlungen in maßgeblicher Funktion und Stellung tätig wird⁶⁴.

- Die im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeiteten Anforderungen im Hinblick auf einen adäquaten Umgang mit SEC-Ermittlungen sowie insbesondere deren ordnungsgemäße Erfüllung durch Vorstand und Aufsichtsrat des betroffenen Unternehmens werden regelmäßig vom Auskunftsrecht des Aktionärs gemäß § 131 AktG erfasst. Namentlich erstreckt sich das diesbezügliche Auskunftsrecht der Aktionäre auch auf die konkrete Vorgehensweise des Vorstandes und des Aufsichtsrats betreffend die gebotene umfassende Interessenabwägung mit Blickrichtung auf eine etwaige Zusammenarbeit mit der SEC; ebenso ist dem Aktionär Auskunft zu den konkreten Einzelheiten der Mandatierung der auf Druck der SEC gegebenenfalls eingeschalteten SEC-Vertrauensanwälte zu erteilen. Auch hinsichtlich des Bestehens etwaiger Interessenkonflikte einzelner Vorstands- und/oder Aufsichtsratsmitglieder in Anbetracht der konkreten Gestaltung des Verhältnisses zur SEC und ihrer Vertrauensanwälte steht dem Aktionär ein entsprechendes Auskunftsrecht zu, wenn und soweit diese Interessenkonflikte nicht bereits offenkundig sind und/oder zum Gegenstand einer entsprechenden offiziellen Mitteilung gemacht wurden.
- Als **wertendes Gesamtfazit** ist letztendlich festzuhalten, dass der, zumindest in der öffentlichen Diskussion und Berichterstattung als solcher qualifizierte, Automatismus einer bedingungslosen und ausschließlich den diesbezüglichen Diktaten der SEC folgenden Zusammenarbeit im Rahmen von ihr eingeleiteter Ermittlungsverfahren in dieser generellen Form nicht besteht. Im Gegenteil: Auch das deutsche Aktienrecht fordert insoweit von den Organen des betroffenen Unternehmens einen weit sensibleren und fundierteren Umgang mit dieser komplexen Materie.

⁶³ Siehe hierzu bereits oben III. 2. c).

⁶⁴ So jedenfalls, wenn man der überzeugenden Auffassung von Lutter folgt (Festschrift Canaris [2007], 245).