



# Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

01/2021

---

Band 1

## Herausgeberinnen und Herausgeber

Prof. Dr. iur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs (geschäftsführende Herausgeberin)

Prof. Dr. rer. pol. Yasmine Bassen-Metz

Prof. Dr. rer. pol. Andreas Bernecker

Prof. Dr. rer. pol. Mathias Eggert

Prof. Dr. rer. pol. Thomas Fritz

Prof. Dr. Ing. Tim Höhne MBA

Prof. Dr. rer. pol. Duc Hung Tran

Prof. Dr. iur. Jürgen Vogt



## Inhaltsverzeichnis

1. Whistleblowing – Chancen & Risiken von Hinweisgebersystemen aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebersicht  
– *Michelle Abraham* 3-70
2. Die Bedeutung und rechtliche Bewertung von Vesting-Klauseln bei der Venture-Capital Finanzierung einer Start-Up GmbH  
– *Natalia Ahmadian* 71-137
3. Bewertung der Möglichkeit zur Einführung von Tarifverträgen im deutschen Berufsfußball  
– *Thomas Büttgenbach* 138-190
4. Pflichten und Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei Compliance-Verstößen  
– *Naja Keller* 191-234
5. Aktienrückkäufe auf dem deutschen Markt nach der Finanzkrise 2008/2009  
– *Marc Paumer* 235-287
6. Will Germany reach its 2030 climate goals in the transportation sector? – An investigation focusing on the new German Emission Trading System  
– *Axel Plum* 288-369

# **Whistleblowing – Chancen & Risiken von Hinweisgebersystemen aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebersicht**

## **Bachelorarbeit**

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)

Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs

Datum der Abgabe: 24.07.2019

vorgelegt von

Michelle Abraham

aus Aachen

## Abstract

„Man kann alle Menschen für einige Zeit belügen. Einige Menschen kann man auch für alle Zeit belügen. Aber man kann nicht alle Menschen für alle Zeit belügen.“

**-Abraham Lincoln-**

Unternehmen können betriebliche Misstände oder Straftaten nicht auf Dauer unter den Teppich kehren. Es kommt der Zeitpunkt, in dem ein Mitarbeiter davon Kenntnis erlangt, seinen Mut zusammennimmt und diese aufdeckt. Aus Unternehmenssicht hat dies fatale Auswirkungen. Denn die Handlung des Whistleblowers impliziert, insb. wenn die Information an die Öffentlichkeit gerät, einen Loyalitätsbruch oder die Verletzung weiterer arbeitsvertraglicher Nebenpflichten. Daher gefährden Whistleblower damit ihre berufliche Existenz, da mit der Hinweiserteilung häufig eine Kündigung des Arbeitsvertrages einhergeht. Doch die Zivilcourage von Whistleblowern, Wirtschaftskriminalität in Unternehmen aufzudecken, dient dem Allgemeinwohl.

Im Rahmen der Thesis: „Whistleblowing – Chancen & Risiken von Hinweisgebersystemen aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebersicht“ analysiert die Autorin Michelle Abraham, ob die Implementierung von Hinweisgebersystemen in Unternehmen zum einen das Gefahrenpotenzial für Unternehmen senkt, zum anderen die Vergeltungsmaßnahmen gegenüber Whistleblowern aufhebt. Weiterhin arbeitet sie heraus, ob die am 23.10.2019 erlassene RL (EU) 2019/1937 dabei Abhilfe leisten kann.

Die existierenden literarischen Werke wandten sich in den letzten Jahren immer häufiger dem theoretischen Ansatz zu, Hinweisgebersysteme als Problemlösung zu identifizieren. Diese Arbeit hebt sich von dem Schriftgut ab, da sie die Chancen und Risiken des Whistleblowings, mit und ohne ein bestehendes Hinweisgebersystem in Unternehmen, ausführlicher beleuchtet und dabei den Schwerpunkt auf das Arbeitsrecht legt. Dafür stellt sie zu Beginn die notwendigen Grundlagen dar, die sich namenhaft in der allgemeinen Thematik des Whistleblowings, der arbeitsrechtlichen Aspekte und der Begrifflichkeit von Hinweisgebersystemen widerspiegeln. Es folgt die Analyse der Vor- und Nachteile. Bei dieser Vorgehensweise werden zudem einige Statistiken herangezogen. Zu guter Letzt werden die Ergebnisse der Untersuchung in einem Resümee wiederholt und schlussendlich ein Fazit gezogen.

Die anfangs dargestellte Hypothese wird im Rahmen der Analyse bestätigt. Mit der Umsetzung des kommunikativen Erfordernisses und dem Bestehen eines funktionstüchtigen Hinweisgebersystems ist eine Beseitigung der Risiken beinahe vollständig gegeben. Zusätzlich liefert die EU-RL einen großen Beitrag zur Besserung, wobei sie insb. Potenzial hat, die übrigen Risiken, die mit einem Hinweisgebersystem noch fortbestehen, zu beseitigen.

## Inhaltsverzeichnis

Abstract	II
Abkürzungsverzeichnis	VI
Abbildungsverzeichnis	VII
§ 1 Einführung	1
I. Begründung der Themenauswahl	1
II. Zielsetzung der Arbeit	2
III. Gang der Untersuchung	2
IV. Themeneingrenzung	2
§ 2 Implikationen des Whistleblowings	3
I. Was ist Whistleblowing?	3
1. Begrifflichkeit des Whistleblowings	3
a) Definition und Ursprung	4
b) Tatbestandsmerkmale des Whistleblowings	5
c) Auslöser von Whistleblowing	6
d) Adressaten des Whistleblowings	6
e) Prozess des Whistleblowings	7
2. Wirkung des Whistleblowings	8
a) Unternehmenssicht	8
b) Öffentlichkeit	8
3. Grober Überblick zum derzeitigen gesetzlichen Rahmen	9
II. Konsequenzen der Nichteinhaltung von Pflichten im Arbeitsrecht beim Whistleblowing	13
1. Rechte und Pflichten im Falle von Whistleblowing	13
a) Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern	14
b) Rechte und Pflichten von Arbeitgebern	17
2. Mögliche Sanktionsmaßnahmen gegen den Arbeitnehmer	19
a) Abmahnung	19
b) Verhaltensbedingte Kündigung des Hinweisgebers	20
c) Weitere Repressalien gegen den Hinweisgeber	21
§ 3 Implementierung von Hinweisgebersystemen in deutschen Unternehmen	22
I. Hinweisgebersysteme	22
1. Begriffsbestimmung Hinweisgebersystem	23
2. Einbezogener Personenkreis und Hinweisgegenstand	23
3. Modalität der Meldung	24
4. Arten von Hinweisgebersystemen und deren Vor- und Nachteile	25
a) Telefon-Hotlines und Callcenter	25
b) Briefkasten	26

## IV

c) E-Mail _____	26
d) Ombudsmann _____	26
e) Internetgeschützte Systeme _____	27
II. Derzeitige und künftige Rechtslage _____	28
1. Gesetzgebung vorhanden? _____	28
2. Analoge Übertragung des Sarbanes Oxley Acts auf Deutschland? _____	29
3. Künftige Änderung der Rechtslage in Aussicht? _____	30
§ 4 Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen bezogen auf das Arbeitsverhältnis _____	32
I. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht ohne Hinweisgebersystem _____	32
1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen _____	32
a) Potenzial von Whistleblowing _____	32
b) Ersparnis von Kosten und Aufwendungen _____	33
2. Negative Auswirkungen für das Unternehmen _____	34
a) Schädigung der Reputation durch externes Whistleblowing _____	34
b) Finanzieller Schaden & Fehleinschätzung der Gefahr _____	34
II. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht ohne Hinweisgebersystem _____	35
1. Positive Auswirkungen für den Whistleblower _____	36
a) Bereinigung des Gewissens _____	36
b) Dankbarkeit der Öffentlichkeit _____	36
2. Negative Auswirkungen für den Whistleblower _____	36
a) Angst vor der Meldung _____	37
b) Drohende Kündigungsmaßnahmen und weitere Repressalien _____	37
III. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht mit Hinweisgebersystem _____	39
1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen _____	39
a) Minimierung von externem Whistleblowing und Nutzung des Potenzials von internem Whistleblowing _____	39
b) Schutz vor Schäden mit Hilfe interner Klärung _____	41
2. Negative Auswirkungen für das Unternehmen _____	42
a) Risiko bei unzureichender Kommunikation im Unternehmen _____	42
b) Anonyme Meldung von Hinweisen _____	43
IV. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht mit Hinweisgebersystem _____	44
1. Positive Auswirkungen für den Whistleblower _____	45
a) Akzeptanz des Whistleblowings _____	45
b) Vielfalt an Meldeverfahren _____	46

2. Negative Auswirkungen für den Whistleblower _____	47
a) Keine Pflicht zur Implementierung von Hinweisgebersystemen _____	47
b) Nachteile der Meldeverfahren _____	48
§ 5 Resümee und Fazit _____	49
Anhang _____	52
Literaturverzeichnis _____	58

## Abkürzungsverzeichnis

AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
BKA	Bundeskriminalamt
BRat Drs.	Bundesrat Drucksache
BSA	Business Software Alliance
gem.	gemäß
IALANA	International Association of Lawyers Against Nuclear Arms
INESPE	International Network for Engineers and Scientists for Social Responsibility
i. S. d.	im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
MA	Mitarbeiter
PwC	Price waterhouse Coopers
RL	Richtlinie
SEC	Securities and Exchange Commission
Sec.	Section
SOX	Sarbanes Oxley Act
VDW	Vereinigung Deutscher Wissenschaftler

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Fälle von Wirtschaftskriminalität in Deutschland bis 2017 _____	52
Abbildung 2: Fälle von Wirtschaftskriminalität in Deutschland nach Delikten	52
Abbildung 3: Ablauf des Hinweisgebens _____	54
Abbildung 4: Durchschnittliche Schadenssumme durch Wirtschaftskriminalität	55
Abbildung 5: Meldebereitschaft von illegalen Praktiken am Arbeitsplatz ____	56
Abbildung 6: Entdeckungswege von Wirtschaftskriminalität _____	56
Abbildung 7: Präventionsmaßnahmen gegen Korruption in Unternehmen ____	57

## § 1 Einführung

Kriminelle Etikettierung von Gammelfleisch, Cum-Ex-Skandal, VW-Diesellauffäre – die Skandale reichen bis hin zu unzureichenden Pflegestandards in Altenheimen.

Bei all diesen Affären sind es meist MA einer Organisation, die im Rahmen ihrer Tätigkeit Zeugen dieser betrieblichen Misstände oder Straftaten werden und sie melden.<sup>1</sup> Denn gewiss betreffen diese das Allgemeinwohl und sind daher von öffentlichem Interesse.

Aus diesem Grund sehen sich MA in der Position stehend etwas unternehmen zu müssen und erhoffen sich damit die Beseitigung dieser Taten. An diesem Punkt angelangt, sind einige von ihnen selbst bereit ihren AG bei der Polizei anzuschwärzen oder die Informationen sogar an die Presse weiterzugeben.<sup>2</sup> Demzufolge ist ein hohes Gefahrenpotenzial für Unternehmen auszumachen, da womöglich Geschäftsinterna, die unter Verschluss zu halten sind, an die Öffentlichkeit geraten.<sup>3</sup> Der daraus resultierende Schaden ist in den meisten Fällen immens.<sup>4</sup> Dementgegen ist ein MA bei der Offenlegung rechtlich nicht geschützt.<sup>5</sup> Er hat immerzu mit Konsequenzen arbeitsrechtlicher Natur und Vergeltungsmaßnahmen, die ihn persönlich treffen, zu rechnen.<sup>6</sup> Jedoch stößt in diesem Zusammenhang ein bedeutendes Potenzial für das Unternehmen auf Ablehnung. Denn es ist nachweislich, dass das Unternehmen in einem hohen Maße vom Whistleblowing profitieren kann. Der Profit liegt in der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen.<sup>7</sup>

Whistleblowing birgt somit Vorteile, kann aber auch erhebliche Nachteile, sowohl für Unternehmen als auch für Whistleblower selbst, nach sich ziehen. Daher ist fraglich, ob und wenn ja, wie dieser Zwiespalt gelöst werden kann, sodass im Arbeitsumfeld kein Klima des Verrats entsteht.

In der Literatur wurde in den letzten Jahren daher zunehmend über die Einführung sog. Hinweisgebersysteme diskutiert.<sup>8</sup> Auch diese Arbeit untersucht, ob die Implementierung solcher Systeme die Problemlösung darstellt.

### I. Begründung der Themenauswahl

Die Autorin hat sich dafür entschieden sich dieser Problemstellung anzunehmen, da die Thematik in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen hat. Es spricht zudem für die Aktualität des Themas, dass am 16.12.2019 die neuste RL (EU) 2019/1937 zum Schutz von Whistleblowern in Kraft getreten ist.<sup>9</sup> Die theoretischen Inhalte ihres BWL-Studiums sind sehr breit gefächert, doch die Autorin hat sich, aufgrund ihrer Vertiefungsmodule, auf den Bereich des Rechts, welcher in Unternehmen eine geraume Rolle spielt, spezialisiert. Da es das Whistleblowing, durch seinen Unternehmensbezug, anbietet die Arbeit im Bereich des Arbeitsrechts zu verfassen, fiel die Entscheidung schnell für dieses Thema aus.

<sup>1</sup> Vgl. *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, S. 1.

<sup>2</sup> Vgl. *Briegel*, S. 55.; *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (17).; *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 65.

<sup>3</sup> Vgl. *Briegel*, S. 59.

<sup>4</sup> Vgl. *Hunziker*, FS 2007, 163 (166).; *PwC/ Bussmann/ et al.*, Wirtschaftskriminalität 2016, S. 26.

<sup>5</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 303 f.; *Donato*, S. 31 f.

<sup>6</sup> Vgl. *Becker*, S. 138 f.; *Briegel*, S. 4 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Briegel*, S. 2.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 23, S. 25.

<sup>8</sup> Aufzuführen sind u. a.: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann* in Hinweisgebersysteme und *Briegel* in Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme.

<sup>9</sup> Vgl. RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019, ABl. L 305 vom 26.11.2019.

## **II. Zielsetzung der Arbeit**

Die vorliegende Arbeit verfolgt zwei Ziele. Zum einen analysiert sie, ob Hinweisgebersysteme die negativen Auswirkungen des Whistleblowings beseitigen können. In diesem Kontext muss untersucht werden, ob der Reputationsschädigung von Unternehmen entgegenwirkt und das Schadenspotenzial verringert werden kann. Jedoch ist auch die Arbeitnehmerseite zu betrachten und der Frage nachzugehen, ob Hinweisgebersysteme einen Schutz vor arbeitsrechtlichen Sanktionen und persönlichen Repressalien liefern. Auf der anderen Seite steht, neben der Auswertung der Chancen und Risiken, immerzu die neue EU-RL im Blickfeld. Was sich das Europäische Parlament mit der Durchsetzung eines solchen Schutzes erhofft, ist die Förderung der Hinweiserteilung durch potenzielle Whistleblower, um zur europäischen Rechtsdurchsetzung beizutragen.<sup>10</sup> Es wird daher bestrebt zu zeigen, ob die RL zukünftig zu einer Besserung der Einstellung von Unternehmen gegenüber Whistleblowern führt.

## **III. Gang der Untersuchung**

Zu Beginn der Untersuchung wird der Leser durch die Grundlagen geführt. Der erste große Baustein stellt das Whistleblowing dar. Dabei werden die erforderlichen Begrifflichkeiten und die, in Kontrast zueinanderstehenden, Sichten von Unternehmen und der Öffentlichkeit geklärt. Wichtig ist dabei, dass der Leser den Unterschied zwischen internem -und externem Whistleblowing versteht. Hinzu kommt eine Betrachtung der derzeitigen gesetzlichen Lage, wobei das Hauptaugenmerk auf die RL (EU) 2019/1937 fällt.

Als Nächstes beleuchtet die Arbeit die Konsequenzen von Whistleblowing bei der Nichteinhaltung von Pflichten im Arbeitsrecht, indem sie im ersten Schritt die Rechte und Pflichten beider Arbeitsvertragsparteien beschreibt und sodann die möglichen Auswirkungen aufzeigt. Es wird sich zeigen, dass gerade das externe Whistleblowing schwerwiegende Konsequenzen mit sich bringt.

Der dritte große Baustein widmet sich der Implementierung von Hinweisgebersystemen in deutschen Unternehmen. Auch hierbei werden zunächst die Begrifflichkeiten geklärt. Weiterhin werden verschiedene Arten von Systemen vorgestellt, wobei zudem ihre Vor- und Nachteile grob aufgezeigt werden. Der Untersuchung unterliegt mithin den bestehenden gesetzlichen Rahmen, in Bezug auf Hinweisgebersysteme, zu verdeutlichen. Dabei ist eine Ausführung des sog. Sarbanes Oxley Acts unerlässlich. Nach einer erneuten Hinzuziehung der EU-RL werden die Ausführungen zu den Grundlagen abgeschlossen.

Daran lehnt sich eine detaillierte Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen im Arbeitsverhältnis an. Diese beleuchtet beide arbeitsvertraglichen Parteien einzeln und differenziert zwischen der Einführung eines- oder keines Hinweisgebersystems.

## **IV. Themeneingrenzung**

Da das Themengebiet des Whistleblowings sehr umfangreich ist, ist es unvermeidlich das Thema, im Rahmen dieser Arbeit, einzugrenzen. Die Arbeit konzentriert sich daher lediglich auf den Bereich des Arbeitsrechts, auch wenn strafrechtliche Fragen eine ebenso große Rolle spielen und v. a. das Datenschutzrecht mit den letzten Jahren in diesem Kontext an Bedeutung gewonnen hat.

Der Whistleblower wird als Organisationsmitglied angesehen. Dabei kann eine Organisation auch staatliche Institutionen, wie z. B. Schulen oder Behörden, meinen. Im Rahmen der

---

<sup>10</sup> Vgl. *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (19).

vorliegenden Arbeit widmet sich die Betrachtung jedoch nur Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass nicht alle AN gem. § 5 I BetrVG inkludiert werden. Beamte des öffentlichen Dienstes sowie Soldaten bleiben außen vor. Eine Erläuterung der Tatbestandsmerkmale des Whistleblowings wird noch zeigen, wer als Organisationsmitglied angesehen wird. Jedoch ist hier bereits anzumerken, dass es sich beim Whistleblowing zunächst nur um weisungsgebundene AN und ggf. Führungskräfte handelt, der Begriff, im Kontext von Hinweisgebersystemen, allerdings eine Ausweitung auf Kunden, Lieferanten und weitere Stakeholder erfahren kann.

Im Rahmen von Hinweisgebersystemen nimmt die Literatur häufig Bezug zur Compliance- sowie Governance-Struktur in Unternehmen. Auch der Verhaltenskodex und Ethikrichtlinien spielen dabei eine wichtige Rolle. Diese Aspekte zu beleuchten, würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, weshalb auch auf sie verzichtet wird.

## § 2 Implikationen des Whistleblowings

Im folgenden Kapitel werden die grundlegenden Bausteine erläutert, die für diese Arbeit von Relevanz sind, um sich in einem späteren Verlauf mit der Fragestellung „**Whistleblowing – Chancen & Risiken von Hinweisgebersystemen aus Arbeitnehmer- und Arbeitgeberpersicht**“ näher auseinandersetzen zu können.

### I. Was ist Whistleblowing?

Zunächst wird es dem Leser ermöglicht einen groben Überblick über die Materie des Whistleblowings zu gewinnen. Dafür werden Definitionen und der Ursprung, sowie die Tatbestandsmerkmale des Whistleblowings erläutert. In einem nächsten Schritt wird auf den Auslöser des Phänomens eingegangen und dargestellt, welche zwei Formen des Whistleblowings daraus resultieren können. Eine kurze Darstellung über den Ablauf des Whistleblowings bietet dem Leser sodann ein abschließendes Grundverständnis. Darauf folgend wird ein Einblick in die verschiedenen Ansichten der Öffentlichkeit und der Unternehmen gewährt. Final wird ein grober Überblick zur derzeitigen Rechtslage aufgezeigt, wobei Bezug auf den aktuellen Richtlinienentwurf des Europäischen Parlaments und des Rates genommen wird.

### 1. Begrifflichkeit des Whistleblowings

Es wird der Eindruck erweckt, dass das Thema Whistleblowing in Deutschland noch keinen Fuß gefasst hat. Doch auch, wenn in der Presse nicht überwiegend darüber berichtet wird, gibt es zahlreiche Fälle, die sich im Rahmen dieser Thematik bewegen. Nicht zuletzt haben Skandale über Siemens und VW einen großen Trubel in den Medien ausgelöst. Auch andere große Konzerne sind in solch eine Situation verwickelt, was nicht gleich bedeutet, dass diese nach außen hin publik gemacht wird. Das Thema Whistleblowing mag für den Einzelnen sehr fremd wirken und doch ist jeder Bürger diesem näher als zuvor, wenn an das Aufdecken des NSA-Überwachungsskandals der CIA von Edward Snowden gedacht wird.

Bereits Albert Einstein sagte zu Zeiten der DDR „*Die Welt ist viel zu gefährlich, um darin zu leben – nicht wegen der Menschen, die Böses tun, sondern wegen der Menschen, die daneben stehen und sie gewähren lassen.*“<sup>11</sup> In Bezug auf die vorliegende Thematik ist dem Zitat eine hohe Aussagekraft beizumessen, da es nahelegt, dass Skandale um unser

<sup>11</sup> Zitat von Albert Einstein in: *Whistleblower-Netzwerk e.V.*, o. S.

Leben herum geschehen, bei welchen wir einerseits zusehen und schweigen, oder aber Mut fassen und zur Aufdeckung dieser beitragen können, um die Missstände zu beseitigen und die Gerechtigkeit zu fördern. Bei Letzterem handelt es sich um Whistleblowing.

#### a) Definition und Ursprung

Im Folgenden sei genauer erklärt, was Whistleblowing ausmacht und woher dessen Ursprung stammt. Dabei ist zu vermerken, dass es bislang in Deutschland keine Legaldefinition des Terminus gibt.<sup>12</sup>

Der Begriff hat seine Herkunft in den 70er Jahren in den USA, wo es zum ersten Mal um die Offenlegung von Skandalen ging.<sup>13</sup> Daher ist es nicht zu verkennen, dass das Wort aus dem angelsächsischen Sprachraum stammt. Die Verbform „to blow the whistle“ lässt sich wörtlich folgendermaßen übersetzen: „die (Triller-) Pfeife blasen.“<sup>14</sup> Hierbei ist eine Verbindung zwischen dem Ausdruck und den britischen Schutzpolizisten aus dem 19. Jahrhundert festzustellen.<sup>15</sup> Denn diese besaßen Trillerpfeifen, sog. „Bobbies“, mit denen die Polizeibeamten tatortnahe Kollegen zur Verstärkung anfordern konnten. Zudem erinnert die Trillerpfeife an Schiedsrichter, welche ebenfalls für die Verfolgung bestimmter Regeln sorgen und Verstöße sanktionieren.<sup>16</sup> In anderen literarischen Texten sind weitere Übersetzungen vorzufinden, wie z. B.: „*Alarm schlagen*“<sup>17</sup>, „*Verpfeifen*“<sup>18</sup> oder „*Ausplaudern*“<sup>19</sup>. Was all diese Wörter gemeinsam haben, ist das Hervorrufen einer negativen Assoziation über Whistleblower.<sup>20</sup> Meist wird daher stellvertretend der Begriff des Hinweisgebers verwendet<sup>21</sup>, da dieser keine Gedanken des Denunziantentums verursacht, sondern neutraler Natur ist. In der vorliegenden Arbeit werden beide Begrifflichkeiten jedoch synonym verwendet, um sich bewusst von der negativen Behaftung des Wortes „Whistleblowing“ abzuwenden.

Seit der letzten Jahrhundertwende konnte sich der Begriff des Whistleblowings auch im deutschen Sprachraum als eigenständiger Rechtsbegriff durchsetzen.<sup>22</sup> In der Literatur werden seitdem verschiedenste Definitionen dargestellt, da der Gesetzgeber, wie bereits oben beschrieben, bis dato keine Einheitliche zum Whistleblowing verfasst hat. Aus **politischer Sicht** wird der Whistleblower als eine altruistisch handelnde Person aufgefasst. Genauer gesagt, wird er als „*ethischer Dissident*“<sup>23</sup> bezeichnet. Dieses Verständnis zielt jedoch lediglich auf die Motivation des Whistleblowers ab und ist demnach viel zu weit gefasst, um im Sinne dieser Arbeit darauf aufbauen zu können. Ein Mensch kann in vielerlei Hinsichten selbstlos handeln. Es fehlt folglich an einem eingegrenzten Personenkreis und der Umschreibung der Absicht unternehmensbezogene Informationen kundzugeben.

<sup>12</sup> Vgl. *Kreis*, S. 13.

<sup>13</sup> Vgl. *Briegel*, S. 14.; *Hamilton*, NYT 1970, p. 40. zit. nach: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 3.

<sup>14</sup> Vgl. *Geißler*, HBm (1) 2006, 13 (13) zit. nach: *Briegel*, S. 14.; *Steigert*, S. 23 f.; Ähnlich in: *Edwards*, S. 7.

<sup>15</sup> Vgl. amerikanische Gerichtsentscheidung *Dahl v. Combined Ins. Co.*, 621 N.W.2d 163, 167 n. 4 (S.D. 2011) zit. nach: *Becker*, S. 19.; *Düsel*, S. 26.; *Reiter*, RWI 2005, 168 (169).; *Steigert*, S. 24.

<sup>16</sup> Vgl. *Graser*, S. 5.; *Leisinger*, S. 20 f.

<sup>17</sup> *Briegel*, S. 14.; *Kreis*, S. 13.; *Pütz/ Maschke/ Priebe*, S. 60.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 438.

<sup>18</sup> *Becker*, S. 18.; *Behringer/ Waldzus*, S. 306.; *Steigert*, S. 24.

<sup>19</sup> *Behringer/ Waldzus*, S. 306.

<sup>20</sup> Vgl. *Becker*, S. 18 f.; *Behringer/ Waldzus*, S. 306.

<sup>21</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 306.; Auch in: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*.

<sup>22</sup> Vgl. *Becker*, S. 18.; *Gerdemann*, *Transatlantic Whistleblowing*, S. 7.; *Sänger*, S. 24.

<sup>23</sup> Vgl. *Gerdemann*, *Transatlantic Whistleblowing*, S. 6.; Ähnlich in: *Deiseroth*, *Betrifft JUSTIZ* 2004, 296 (305).

Demgegenüber sind **staatliche Adressaten** (s. **§ 2 I. 1. d**)) häufig der Auffassung, dass Whistleblower einen „Nutzen ihrer (Insider-)Informationen bei der Aufdeckung von Straftaten, Gefahrenlagen und anderen Rechtsverstößen“<sup>24</sup> darstellen. Auch diese Ansicht müsste hinsichtlich der Handlung konkretisiert werden. Bei vorliegendem Satz ist nämlich unklar, woher die Person die „(Insider-)Informationen“ hat. Überdies ist auch hier der Kreis an inkludierten Personen nicht beschränkt.

Andere literarische Werke verfolgen enger gefasste Definitionen. Überaus wichtig ist es, im Rahmen dieser Arbeit die **arbeitsrechtlich geprägte Definition** zu veranschaulichen. Diese ist auch nahezu gänzlich in der deutschen Rechtswissenschaft auf Akzeptanz gestoßen.<sup>25</sup> Nach diesem Verständnis sind Whistleblower „*weisungsgebundene Mitglieder einer Organisation, welche [...] illegale oder illegitime Praktiken im Verantwortungsbereich ihres Arbeitgebers außerhalb des üblichen Dienstweges an eine abhilfefähige Stelle melden.*“<sup>26</sup> Diese Darstellung bietet dem Leser die Möglichkeit, den Whistleblower klassifizieren zu können. Sie greift auf die, schon im Jahre 1985 entwickelte, Definition von **Janet P. Near** und **Marcia P. Miceli** zurück, welche in der Literatur sehr ausgeprägt vorzufinden ist.<sup>27</sup> Darin lautet es: „*[Whistleblowing is / Anm. d. Verf.] the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action.*“<sup>28</sup>

#### **b) Tatbestandsmerkmale des Whistleblowings**

Um der Definition von Miceli und Near eine genauere Betrachtung zu schenken, werden als Nächstes ihre Tatbestandsmerkmale der Reihenfolge nach aufgeführt und anschließend erläutert.

**(1) Es muss sich um ein Organisationsmitglied handeln.**

**(2) Dieses muss illegale, illegitime oder unmoralische Verhaltensweisen in der Organisation erkennen,**

**(3) welche das Mitglied dann gegenüber einer Person oder Stelle offenlegt, die die entsprechenden Maßnahmen zur Beseitigung einleiten kann.**

Whistleblower sind dem zur Folge ehemalige oder aktuelle Organisationsinsider<sup>29</sup>, welche in Kenntnis über rechtswidrige, gefährliche oder unethische Aktivitäten geraten, die sie selbst nicht beheben können, und sich daher an eine interne Person wenden oder die Missstände bei einer externen Stelle aufdecken. Die Adressaten müssen dabei zur Abhilfe im Stande sein.

Es stellt sich allerdings noch eine weitere grundlegende Frage, die von der erfassten Definition nicht beantwortet wird, nämlich: welche Motivation darf den Hinweisgeber zur Offenlegung leiten? Das Schrifttum vertritt auch hierbei unterschiedliche Ansichten. So setzt bspw. **D. Deiseroth**, wie bereits oben kurz angeschnitten, voraus, dass primär uneigennützige Motive zu verzeichnen sein müssen.<sup>30</sup> Da es jedoch unreal erscheint lediglich altru-

<sup>24</sup> Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, S. 6.

<sup>25</sup> Vgl. Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, S. 7.

<sup>26</sup> Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, S. 6.; Ähnlich in: Graser, S. 5.; Schulz, S. 142.

<sup>27</sup> Vgl. Briegel, S. 14.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 3.; Schulz, S. 142.

<sup>28</sup> Near/ Miceli, Organizational Dissidence, JBE 1985, Vol. 4, No. 1, 1 (1). zit. nach: Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 3.; Briegel, S. 14.; Diese Ausführung findet sich außerdem nahezu gänzlich wieder in: Sängler, S. 50.; Schwarb, S. 2.

<sup>29</sup> In der vorliegenden Arbeit werden lediglich weisungsgebundene MA eines Unternehmens betrachtet, da die Begrenzung auf diesen Bereich der Beantwortung der Fragestellung dient.

<sup>30</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S.307.; Briegel, S. 17.; Deiseroth, Betrifft JUSTIZ 2004, 296 (305).

istische Motive beim Whistleblowing zu erwarten, weil meist eine Vielzahl von Beweggründen aufeinandertrifft<sup>31</sup>, basiert die vorliegende Arbeit nicht nur auf uneigennützigem Triebkraft. Der Anteil der Hinweisgeber, welche z. B. aus Rache oder Frust heraus handeln, ist jedoch gering.<sup>32</sup> Außerdem verliert der Wert des Hinweises in einem solchen Fall nicht immer an Aussagekraft, sondern lediglich die Wirkung auf den Empfänger ist eine andere, sodass dieser dazu neigt sich von dem Hinweisgeber zu distanzieren.<sup>33</sup>

### c) Auslöser von Whistleblowing

Schlagzeilen wie „Dieselskandal: Porsche muss 535 Millionen Euro Bußgeld zahlen“<sup>34</sup> und „[...] Wie kam das Pferd ins Rindfleisch?“<sup>35</sup> beherrschen heutzutage die Medien. Wirtschaftskriminalität ist nicht mehr wegzudenken. Laut BKA, welches jährlich ein Bundeslagebild zur Wirtschaftskriminalität, basierend auf Daten aus der Polizeilichen Kriminalstatistik, erstellt, gab es in Deutschland im Jahre 2017 insgesamt 74.070 Fälle von Wirtschaftskriminalität. Die Entwicklung zeigt dabei, dass die Ziffer ab 2012 bis 2016 zu sinken begann. 2017 stieg sie jedoch wieder um 16.524 Fälle an. Trotz des Rückganges in den vier Jahren zwischen 2012 und 2016 ist allerdings zu erkennen, dass die Anzahl der Fälle auch zu dieser Zeit gravierend hoch war. Dem ist hinzuzufügen, dass die polizeilichen Daten das Ausmaß der Wirtschaftskriminalität nicht in ihrer Gänze erfassen können, da von einem großen Dunkelfeld auszugehen ist. (**Abb. 1**)

Die Auseinandersetzung mit Wirtschaftskriminalität zeigt, dass besonders folgende Delikte damit in Zusammenhang zu bringen sind: Wirtschaftskriminalität bei Betrug, Betrug und Untreue im Zusammenhang mit Kapitalanlagen, Arbeitsdelikte, Anlage- und Finanzierungsdelikte, Insolvenzstraftaten und Wettbewerbsdelikte. Nach Angaben des BKA kommt dabei eine enorme Anzahl an Fällen der Wirtschaftskriminalität bei Betrug zu. 2017 verzeichnete diese Rubrik ganze 48.103 Fälle. Außerdem registrierten Anlage- und Finanzierungsdelikte im Jahre 2017 einen überaus starken Anstieg. Obwohl während der Jahre 2012 bis 2016 ein konstanter Verlauf mit durchschnittlich 8.060 Fällen beobachtet werden kann, schlug sich die Anzahl derer im Jahr 2017 bis auf 28.255 durch. Der gleiche Verlauf ist bei dem Phänomenbereich Betrug und Untreue im Zusammenhang mit Kapitalanlagen festzustellen. Waren es in den Jahren 2012 bis 2016 noch durchschnittlich 7.029, so stieg die Ziffer im Jahr 2017 auf 27.564. Die anderen Delikte haben sich in ihrer Anzahl demgegenüber stabil verhalten. Zwischen 2012 und 2017 bezifferten Arbeitsdelikte durchschnittlich 6.063, Insolvenzstraftaten 11.085 und Wettbewerbsdelikte 1.958 Fälle. (**Abb. 2**)

Diese Zahlen belegen ein akutes gesamtwirtschaftliches Problem, welches für Unternehmen gravierende Folgen nach sich ziehen kann (s. **§ 4 I. 2.**). All diesen Taten möchte ein MA nicht begegnen. Dennoch ist dies in einigen Situationen nicht zu verhindern, was besonders in Hinblick auf das Ausmaß der heutigen Wirtschaftskriminalität deutlich wird. Sie ist Auslöser von Whistleblowing. Daher stehen manche AN vor der Entscheidung einer Offenlegung von Gefahren, Missständen oder Straftaten, um zu einer Besserung des Allgemeinwohls beizutragen. (s. **§ 4 II. 1. a**)

### d) Adressaten des Whistleblowings

Wie Eingangs diskutiert, können Hinweisgeber bei ihrer Offenlegung zwischen zwei Formen des Whistleblowings entscheiden, dem internen- und dem externen Whistleblowing. Adressaten des internen Whistleblowings sind bspw. direkte Vorgesetzte, der AG, Fachabteilungen (z. B. Rechtsabteilung) oder vom Unternehmen beauftragte Personen, wie z. B. ein

<sup>31</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 307.; Düsel, S. 404 f.; Leisinger, S. 79.; Schulz, S. 52.

<sup>32</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 307.; Kreis, S. 29.; Schulz, S. 145.

<sup>33</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 308.; Leisinger, S. 79.; Sängler, S. 48 f.

<sup>34</sup> ARD-Nachrichten: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/porsche-diesel-103.html>.

<sup>35</sup> ARD-Nachrichten: <https://www.tagesschau.de/inland/faqpferdefleisch100.html>.

Ombudsmann.<sup>36</sup> Die beiden letzteren Adressaten stehen dabei meist im Zusammenhang mit der Implementierung eines Hinweisgebersystems in Unternehmen zur Verfügung (s. **§ 3 I. 2.**). Bei der zweiten Variante des Meldevorgangs, gelangt die Information aus dem Unternehmen heraus. Der Hinweisgeber legt diese an Dritte offen. In Frage kommt dabei die Öffentlichkeit (z. B. Presse), eine Aufsichtsbehörde, wie die Staatsanwaltschaft, oder die Strafverfolgungsbehörde (Polizei).<sup>37</sup>

#### e) Prozess des Whistleblowings

Da zuvor ein grober Überblick über die Thematik geschaffen wurde, gilt es sich in einem nächsten Schritt mit dem konkreten Prozess des Whistleblowings zu befassen. Dieser Ablauf beginnt mit einem auslösenden Moment. (**1. Phase**) Der Hinweisgeber wird auf ein Verhalten eines Organisationsinsiders aufmerksam, welches sich in einem Tun oder Unterlassen widerspiegelt. Das Verhalten des Insiders wirkt auf den Hinweisgeber illegitim oder unmoralisch, sodass er in einen Gedankenkonflikt und somit in die **zweite Phase** gerät, den Abwägungsprozess. In diesem kann der Hinweisgeber reagieren oder resignieren. Um dies zu präzisieren, kann er sich entweder mit der Art des Hinweiserteilens auseinandersetzen, schweigen oder aber die Organisation verlassen. Bei letzteren beiden Optionen wäre der Prozess beendet. Zu einem Whistleblowing käme es nicht. Bei ersterer Variante hat der Hinweisgeber seine persönlichen und rechtlichen Konsequenzen abzuwägen, um im folgenden Verlauf eine Entscheidung bezüglich der **dritten Phase**, nämlich der Hinweiserteilung, zu treffen. Diese spaltet sich wiederum in zwei Alternativen. Der Hinweisgeber kann zwischen dem internen- und externen Whistleblowing abwägen. In beiden Fallkonstellationen ist es dem Hinweisgeber möglich seine Persönlichkeit zu offenbaren oder aber anonym zu agieren. Hat der Hinweisgeber sich für eine der beiden Varianten entschieden, steht ihm die wichtigste, und für diese Arbeit besonders relevante, Frage bevor: Wie reagieren seine Kollegen und sein AG auf das Whistleblowing? Die Antwort auf jene Reaktionen bildet die **Phase vier** des Prozesses. Auch hierbei gilt es eine Trennung vorzunehmen, nämlich zwischen den Reaktionen, welche sich auf den Hinweisgeber selbst beziehen und denjenigen, die dem aufgedeckten Fehlverhalten geschuldet sind. Wurden die Reaktionen erfasst, so kehrt der Hinweisgeber in die „zweite Phase“ zurück und es beginnt ein erneuter Prozess der Abwägung, welcher sich diesmal jedoch auf die Beurteilung der Reaktionen bezieht. (**5. Phase**) Waren die Reaktionen für den Hinweisgeber angemessen, so endet der Prozess. Im Ergebnis fand eine Hinweiserteilung also statt, löste allerdings keine Konsequenzen für den Whistleblower aus. Das Prozedere, welches allerdings häufiger in Verbindung mit Whistleblowing gebracht wird, ist jenes, dass sich der Hinweisgeber nicht verstanden fühlt oder aber die Offenlegung negative Auswirkungen für ihn hat. (s. **§ 2 II. 2.**) Dieser Zustand kann dazu führen, dass der Whistleblower seine Organisation verlässt oder sogar, aufgrund von Kündigung, verlassen muss. Die Reaktionen können aber auch genauso gut durch ihn verdrängt werden, sofern ihm keine Konsequenzen drohen, sondern er sich lediglich nicht verstanden fühlt. Der Prozess endet auch hier, sobald eine der letzten beiden Ausführungen eintritt. Zu guter Letzt kann es allerdings auch sein, dass der Hinweisgeber all seinen Mut zusammennimmt und sich mit dem Hinweis erneut an eine andere Stelle wendet. Dies ist meist der Fall, wenn der AG im ersten internen Klärungsversuch keine Maßnahmen zur Beseitigung des Fehlverhaltens ergriffen hat. Häufig wendet sich der Hinweisgeber insofern im zweiten Anlauf an eine externe Stelle. Somit wiederholen sich in diesem Szenario die **vierte- und fünfte Phase** erneut und führen den Ablauf schließlich zur Beendigung. (**Abb. 3**)

<sup>36</sup> Vgl. Briegel, S. 55.; Deiseroth, Betrifft JUSTIZ 2004, 296 (296).; Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).; Kreis, S. 14.; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 65.; Steigert, S. 25.

<sup>37</sup> Vgl. Briegel, S. 55.; Gerdemann, RdA 2019, 16 (16).; Kreis, S. 14.; Pütz/ Maschke, Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 65.

## 2. Wirkung des Whistleblowings

Dieser Abschnitt beschreibt den Zwiespalt zwischen der Unternehmenssicht und derjenigen der Öffentlichkeit in Bezug auf das Whistleblowing.

### a) Unternehmenssicht

Aus Unternehmenssicht wird dem Whistleblowing meist der Begriff des Denunziantentums zugeordnet.<sup>38</sup> Dies liegt daran, dass AG und Kollegen in der Aufdeckung einen Loyalitätsbruch sehen.<sup>39</sup> Dazu kommt, dass v. a. externes Whistleblowing das Unternehmen in große finanzielle Schwierigkeiten bringen kann<sup>40</sup> und die Außendarstellung stark zu beeinflussen droht<sup>41</sup>. Fatalerweise ist zu verzeichnen, dass denjenigen Unternehmen, die zu Unrecht beschuldigt werden, ein genauso großer Schaden bevorsteht, sobald die Mitteilung nach Außen gerät.<sup>42</sup> Das wirtschaftliche Risiko ist also erkennbar groß. Auch bei internem Whistleblowing kann es zu Störungen kommen. Bspw. kann der Betriebsfrieden eine Beeinträchtigung erfahren.<sup>43</sup> Dies ist die Folge eines gestörten Vertrauensverhältnisses zwischen dem Hinweisgeber und seinen Kollegen, sowie seinem AG. Meist beschreiben die Kollegen des Hinweisgebers diesen daher als Nestbeschmutzer oder Verräter.<sup>44</sup>

### b) Öffentlichkeit

Viele Whistleblower werden von der Überzeugung getrieben einen wesentlichen Schritt zum Allgemeinwohl beizutragen, indem sie auf Missstände oder sogar Straftaten hinweisen. Fraglich ist jedoch, wie die Öffentlichkeit diesem Vorgehen gegenübersteht. Durch einige Fälle, die in den vergangenen Jahren aufgedeckt wurden, hat sich die Öffentlichkeit etwas für die Thematik sensibilisiert.<sup>45</sup> Denn nicht zu vergessen ist, dass die Deutschen durch den Nationalsozialismus genau diese Denunziation, die durch die Gestapo sowie das Spitzelwesen in der ehemaligen DDR vermittelt wurde, erfahren haben und somit heute dem Whistleblowing vermehrt kritisch gegenüberstehen.<sup>46</sup> Dennoch zeigt sich eine Veränderung des Bewusstseins darin, dass seit 1999 alle zwei Jahre der sog. Whistleblower-Preis von der VDW, zusammen mit der deutschen Sektion der IALANA und der Ethikschutz Initiative des INESPE vergeben wird.<sup>47</sup> Eine der aktuellsten Preisvergaben<sup>48</sup> aus dem Jahr 2017 wurde u. a. zwei ehemaligen Bottroper Apothekern gewidmet.<sup>49</sup> Maria-Elisabeth Klein und Martin Porwoll waren es, die den „Zyto-Skandal“, einen der größten Medizinskandale der letzten Jahre, aufdeckten. Ihr Chef, Peter S., hatte eine jahrelange Panscherei mit Krebsmedikamenten betrieben, um sein luxuriöses Leben zu finanzieren, was dazu führte, dass tausende Krebspatienten geschädigt wurden. Folglich haben die beiden Ex-Apotheker aufgrund ihres Insider-Wissens wesentlich zur Aufdeckung dieser Straftat beigetragen. Es

<sup>38</sup> Vgl. *Briegel*, S. 4, S. 78.; *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 65.

<sup>39</sup> Vgl. *Sänger*, S. 60.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 26.

<sup>40</sup> Vgl. *Hunziker*, FS 2007, 163 (166).; *PwC/ Busmann/ et al.*, Wirtschaftskriminalität 2016, S. 26.

<sup>41</sup> Vgl. *Behringer/ Fissenewert*, S. 70.; *Briegel*, S. 83.

<sup>42</sup> Vgl. *Briegel*, S. 78.

<sup>43</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 27.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur*, S. 449.

<sup>44</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 21.

<sup>45</sup> Vgl. *Becker*, S. 19.; *Müller*, NZA 2004, 424 (426).; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 23.

<sup>46</sup> Vgl. *Ogorek*, FS 2005, 539 (540).; *Sänger*, S. 26.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 22.

<sup>47</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 313.

<sup>48</sup> Weitere bedeutsame Preisvergaben richteten sich z. B. an Margrit Herbst (2001), welche die Vertuschung des BSE-Skandals aufdeckte und an Brigitte Heinisch (2007), die Missstände in der Altenpflege aufdeckte, vgl. OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 23.05.1997, Az. 1U 29/96, beck.; EGMR, Urteil v. 21.07.2011, Az. 25 Sa 2138/11, NZA 2011, 1269., beck.

<sup>49</sup> Vgl. zu den nachfolgenden Sätzen dieses Absatzes: *IALANA Deutschland e.V.*; LG Essen, Urteil v. 06.07.2018, Az. unbekannt, beck.

zeigt sich somit, dass zumindest ein Teil der Gesellschaft das Whistleblowing synonym mit Zivilcourage und Mut versteht.

### 3. Grober Überblick zum derzeitigen gesetzlichen Rahmen

In diesem Abschnitt gilt es den derzeitigen gesetzlichen Rahmen zum Whistleblowing in Deutschland grob aufzuzeigen und das Augenmerk dabei besonders auf die aktuelle EU-RL zu legen.

Bisher existieren in Deutschland de lege lata keine gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Whistleblowing.<sup>50</sup> Beim Thema Whistleblower-Schutz liegt Deutschland, laut einer Studie von Transparency International, unter dem Durchschnitt der G-20-Staaten.<sup>51</sup> Es ist folglich unklar, welches Verhalten auf Korrektheit basiert, wenn es um den Umgang mit Hinweisgebern geht. Damit einhergehend ist ebenfalls fragwürdig, ob dieser schützenswert ist. Diese Tatsache erschwert das Verfahren mit der Information nicht nur für den Hinweisgeber, sondern auch für seinen AG.

Doch Deutschland hat sich in der Vergangenheit mit der Unterzeichnung eines internationalen Abkommens dazu verpflichtet entsprechende Regeln auf nationaler Ebene zum Schutz von Hinweisgebern zu entwickeln und zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen. Anlässlich der vielen gescheiterten Gesetzesentwürfe in den letzten Jahren<sup>52</sup>, ist es umso bedeutsamer den jüngsten Richtlinienentwurf des Europäischen Parlaments und des Rates genauer zu untersuchen.

Der Vorschlag, der darauf abzielt, einen EU-weiten Hinweisgeberschutz zu gewährleisten, wurde dabei am 23.04.2018 von der Europäischen Kommission bekannt gegeben.<sup>53</sup> Am 16.04.2019 wurde dieser vom Europäischen Parlament verabschiedet.<sup>54</sup> Kurze Zeit später folgte der Erlass der RL zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, welcher durch das Inkrafttreten am 16.12.2019 besiegelt wurde.<sup>55</sup> Die Mitgliedsstaaten haben nun zur Umsetzung zwei Jahre Zeit.<sup>56</sup> Der Grundgedanke der RL (EU) 2019/1937 ist, dass Whistleblower, die Verstöße gegen das Unionsrecht im Unternehmen erfahren, bei der Aufdeckung solcher nicht für ihr Handeln bestraft werden, sondern einen gewissen Schutz genießen.<sup>57</sup> Das Bewusstsein des Denunziantentums soll beseitigt werden. Ziel ist es außerdem dadurch eine spürbare Besserung der Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene zu erfahren.<sup>58</sup> Dieser Zweck dient sodann auch dem öffentlichen Interesse. Denn die Momentaufnahme zeigt noch klar, dass die Durchsetzung des Rechts eine starke Hemmung erfährt, da potenzielle Whistleblower sich über ihre rechtliche Lage nicht

<sup>50</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 303.; Vgl. Schmitt, NZA-Beilage 2020, 50 (50).

<sup>51</sup> Groß/ Platzer, NZA 2017, 1097 (1097)

<sup>52</sup> Zu nennen ist zum einen der Vorschlag einer Neufassung des § 612a BGB, welcher vom Land Berlin am 14.10.2011 präsentiert wurde, zum anderen lieferte die SPD-Fraktion im Februar des Jahres 2012 einen Gesetzesentwurf, welcher sich in einem eigenen Hinweisgeberschutzgesetz widerspiegelte, vgl. BRat Drs. 534/11 v. 06.09.2011, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/381/38137.html>.; BRat Drs. 17/8567 v. 07.02.2012, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/421/42182.html>.

<sup>53</sup> Vgl. Gerdemann, RdA 2019, 16 (16).

<sup>54</sup> Vgl. RL (COM (2018)0218), angenommen vom Europäischen Parlament am 16.04.2019, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366\\_DE.html#title1](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_DE.html#title1).

<sup>55</sup> Vgl. RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019, ABl. L 305 vom 26.11.2019.

<sup>56</sup> Vgl. Dzida/ Granetzny, NZA 2020, 1201 (1201). Vgl. Forst, EuZA 2020, 283 (283).

<sup>57</sup> Vgl. RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019, ABl. L 305 vom 26.11.2019.; Vgl. Dzida/ Granetzny, NZA 2020, 1201 (1201).

<sup>58</sup> Vgl. RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019, ABl. L 305 vom 26.11.2019.; Vgl. Altenbach/ Dierkes, CCZ 2020, 126 (126). Vgl. Forst, EuZA 2020, 283 (285).

hinreichend informieren können und damit einhergehend große Angst vor Vergeltungsmaßnahmen haben.<sup>59</sup> In welchem Maß der Schutz bestehen soll und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen, wird im Folgenden aufgezeigt.

Der Inhalt der RL gliedert sich in **sieben Kapitel**. Dabei werden **Kap. 2 und 3** erst in **§ 3 II. 3.** beschrieben, da diese auf die Implementierung von Hinweisgebersystemen hinzielen.

In **Kap. 1** der RL geht es dabei um den sachlichen, sowie persönlichen Anwendungsbereich. Der sachliche Anwendungsbereich zeigt Einschränkungen hinsichtlich der zu meldenden Vorfälle. Die Beschränkung ist darauf ausgelegt, dass nur Verstöße gegen das Unionsrecht Teil des Meldegegenstandes sein dürfen. Explizit zu nennen sind die folgenden Bereiche:

*„das Recht des öffentlichen Auftragswesens, das Finanzdienstleistungsrecht einschließlich Vorgaben zur Geldwäsche- und Terrorismusprävention, die Produkt- und Lebensmittelsicherheit, europäische Umwelt- und Gesundheitsschutznormen sowie das Verbraucher- und Datenschutzrecht.“<sup>60</sup>*

Weitere Bereiche, die zur Meldung berechtigen, können von den einzelnen Mitgliedsstaaten unter nationaler Umsetzung beigefügt werden. (Art. 2 II RL (EU) 2019/1937) Dem ist außerdem hinzuzufügen, dass die RL in Art. 3 II, III Ausschlüsse nennt, auf welche sie keine Anwendung findet. Beispielhaft ist aufzuführen, dass Meldungen von Verstößen gegen Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind (Art. 3 II RL (EU) 2019/1937) und die RL nicht in den Schutz anwaltlicher und ärztlicher Schweigepflichten eingreift (Art. 3 III b) RL (EU) 2019/1937).

Um das angestrebte Ziel zu erreichen, muss auch der persönliche Anwendungsbereich hinreichend klar definiert sein. Dieser ist im Rahmen des Richtlinienerlasses breit ausgelegt worden. Hierunter fallen nicht nur alle AN, sondern auch Praktikanten, Selbständige, Ehrenamtler, Anteilseigner, sowie alle Personen, die sich in einer Führungsposition befinden, jedoch nicht der Geschäftsführer, unter den Schutzbereich. (Art. 4 I RL (EU) 2019/1937) Dem ist hinzuzufügen, dass ein potenzieller Whistleblower auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. Art. 4 II RL (EU) 2019/1937 und sogar, sich im Bewerbungsverfahren befindlich, gem. Art. 4 III RL (EU) 2019/1937, Meldungen abgeben kann. Dieser weit gefasste Bereich ist sinnvoll, da dadurch auch weitere Personengruppen, die mit dem Unternehmen in Verbindung stehen, erfasst werden und die Meldeanzahl sodann steigen kann. Durch den Schutz dieser Personen nimmt zudem die Meldebereitschaft zu. Im Grunde genommen möchte die EU-RL mit dieser Ausweitung erreichen, dass europäische Verstöße verstärkt aufgedeckt und geahndet werden und dies somit zu einer effektiveren Rechtsdurchsetzung beiträgt.

Da der eigentliche Sinn des Arbeits- und Antidiskriminierungsrechts darauf ausgelegt ist Arbeitnehmer vor der Überlegenheit ihres Arbeitgebers zu schützen, möchte auch die neue EU-RL dieses Ziel weiterverfolgen, indem sie die europäischen Regelungen besonders bezüglich der beiden Rechtsgebiete zugunsten von Hinweisgebern erneuern lässt.<sup>61</sup> **Kap. 4** der EU-RL zeigt auf, wann ein solcher Schutz gegeben ist. Danach heißt es, dass ein Whistleblower, der einen Verstoß gegen das Unionsrecht offenlegt, schützenswert ist, sobald er zunächst intern und extern oder direkt extern gem. den **Kap. 2 und 3** (s. **§ 3 II. 3.**) den Hinweis meldet, die zuständigen Meldeadressaten allerdings keine Abhilfe leisten, d.h.

<sup>59</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 65.

<sup>60</sup> Gerdemann, RdA 2019, 16 (22).; Vgl. auch Art. 2 I a) RL (EU) 2019/1937.

<sup>61</sup> Vgl. Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

keine ordnungsgemäßen Maßnahmen einleiten. (Art. 15 I a) RL (EU) 2019/1937) Er unterliegt außerdem dem Schutz, sofern er einen Grund zur Annahme hat, dass das öffentliche Interesse durch den Verstoß unmittelbar oder offenkundig gefährdet wird (Art. 15 I b) i) RL (EU) 2019/1937), er im Falle einer externen Hinweiserteilung glaubt Repressalien zu erfahren (Art. 15 I b) ii) 1. HS RL (EU) 2019/1937), oder wenn die Annahme dazu besteht, dass z. B. Absprachen zwischen bestimmten Teilnehmern ein Vorgehen gegen den Verstoß aussichtslos erscheinen lassen (Art. 15 I b) ii) 2. HS RL (EU) 2019/1937). Grundsätzlich wird der Schutz von Hinweisgebern jedoch erst dann gewährleistet, sofern die Voraussetzungen des Art. 6 RL (EU) 2019/1937 erfüllt werden. Danach sind lediglich diejenigen Personen zu schützen, die den Meldegegenstand beachten, also Verstöße gegen das Unionsrecht melden. (Art. 6 I RL (EU) 2019/1937) Des Weiteren müssen die Personen angenommen haben, dass der Hinweis auf Wahrheit beruht und die Meldung in der Weise des Art. 7 RL (EU) 2019/1937 intern, extern gem. Art. 10 RL (EU) 2019/1937 oder gem. Art. 15 RL (EU) 2019/1937 direkt extern oder zunächst intern und dann extern abgegeben haben. (Art. 6 I a), b) RL (EU) 2019/1937)

Es ist überdies bemerkenswert festzustellen, dass auch Angehörige des Whistleblowers in den Schutzbereich aufgenommen werden können, sofern sie aufgrund des Whistleblowings Repressalien ausgesetzt werden. (Art. 4 IV b) RL (EU) 2019/1937)

Art. 15 der EU-RL ist jedoch nicht anwendbar, wenn sich der Hinweisgeber, mit dem zu erteilenden Hinweis, direkt an die Presse wendet, aber nationale Regelungen bestehen, die ein System bereitstellen aufgrund dessen der Schutz der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit geboten wird. (Art. 15 II RL (EU) 2019/1937) Hinweisgeber, welche ihre Meldung anonym getätigt, oder aber öffentlich kundgegeben haben und die Voraussetzungen des Art. 6 I RL (EU) 2019/1937 erfüllen, werden dennoch in den Schutzbereich aufgenommen, sofern nachträglich ihre Identität bekannt wird und sie infolgedessen Repressalien erleiden. (Art. 6 III RL (EU) 2019/1937) Überaus wichtig ist die Tatsache, dass Whistleblower, die Verstöße intern an die zuständigen Adressaten melden den gleichen Schutz verzeichnen sollen, wie solche, die die Meldung extern erteilen. (Art. 6 IV RL (EU) 2019/1937)

**Kap. 5** befasst sich mit den Regelungen für interne und externe Meldungen. Art. 16 I RL (EU) 2019/1937 besagt dabei, dass die Mitgliedsstaaten gewährleisten müssen, dass die Identität des Whistleblowers gedeckt gehalten wird, es sei denn, es liegt seine ausdrückliche Zustimmung vor diese preiszugeben. In besonderen Ausnahmefällen ist es jedoch erforderlich und erlaubt die Identität des Whistleblowers offenzulegen. (Art. 16 II RL (EU) 2019/1937) Dies kann z. B. bei einem sich an die Gegenmaßnahmen anbahnenden Gerichtsverfahren der Fall sein. Überdies ist sicherzustellen, dass Meldungen von Geschäftsgeheimnissen bei der Entgegennahme von den zuständigen Behörden besonders diskret zu behandeln sind, wenn es um die Ergreifung von Maßnahmen geht. (Art. 16 IV RL (EU) 2019/1937) Art. 18 I RL (EU) 2019/1937 zur Folge sind die Meldungen außerdem zu dokumentieren.

Dahingegen befasst sich **Kap. 6** mit den Schutzmaßnahmen, die umzusetzen sind. Die Mitgliedstaaten haben auf nationaler Ebene Repressalien jeglicher Art zu beseitigen. (Art. 19 RL (EU) 2019/1937) Dazu zählen u. a. die Suspendierung und Entlassung, die Versagung von Beförderungen oder der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen, die Arbeitsplatzverlagerung, eine Gehaltsminderung oder Arbeitszeitänderungen, die Nötigung, Einschüchterung sowie Mobbing, Diskriminierungen oder Benachteiligungen des Whistleblowers, sowie seine Rufschädigung. (Art. 19 a) – o) RL (EU) 2019/1937) Wie die Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien aussehen sollen, steht in Art. 21 I der EU-RL. Art. 21 II RL

(EU) 2019/1937 stellt klar, dass dem Whistleblower aus der Offenlegung eines Hinweises keine Haftbarkeit entstehen kann, wenn er den Anschein hatte, dass die Aufdeckung auf Notwendigkeit beruhte, um einem Verstoß gegen das Unionsrecht nachgehen zu können. Sie können ebenso wenig dafür in der Haftung beansprucht werden, dass sie Informationen als Beweismittel beschafft haben, es sei denn, die Beschaffung selbst hat zu einer Straftat geführt. (Art. 21 III RL (EU) 2019/1937) Alle weiteren Handlungen oder Unterlassungen, die nichts mit der Hinweiserteilung zu tun haben, werden hinsichtlich der Haftung weiterhin über das herrschende Unionsrecht oder nationale Recht ausgelegt. (Art. 21 IV RL (EU) 2019/1937)

Im Falle eines Gerichtsverfahrens, welches prüft, ob der Whistleblower nach der Offenlegung der Meldung eine Benachteiligung erfahren hat, wird zugunsten des Whistleblowers davon ausgegangen, dass sich diese Benachteiligung aus der Hinweiserteilung ergeben hat. (Art. 21 V RL (EU) 2019/1937) Die Beweislast trägt die Gegenpartei. Sie muss belegen können, dass die Benachteiligung nicht im Zusammenhang mit der Hinweiserteilung gestanden hat. In einem solchen Verfahren sollen Hinweisgeber nach nationalem Recht einen einstweiligen Rechtsschutz bereitgestellt bekommen und ihnen sollen geeignete Maßnahmen gegen die Repressalien zugänglich sein. (Art. 21 VI RL (EU) 2019/1937) Dem ist hinzuzufügen, dass Hinweisgeber in Gerichtsverfahren, welche auf Verleumdung, die Verletzung der Geheimhaltungspflicht oder einer Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen basieren, nicht in Haftung genommen werden und daher eine Klageabweisung beantragen können. (Art. 21 VII 2. HS RL (EU) 2019/1937) Ein solcher Fall ist allerdings wieder nur dann gegeben, wenn für den Hinweisgeber der Grund zur Annahme bestand, dass die Hinweiserteilung auf Notwendigkeit beruhte, um die Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene zu fördern. Abschließend hält dieser Artikel fest, dass der erlittene Schaden, der dem Hinweisgeber z. B. durch Mobbing oder sonstige Repressalien entstanden ist, wieder gut zu machen ist. (Art. 21 VIII RL (EU) 2019/1937)

Welche Maßnahmen zum Schutz der Umsetzung bedürfen, stellt Art. 22 der EU-RL dar. Danach haben die Mitgliedstaaten die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu berücksichtigen. (Art. 22 I RL (EU) 2019/1937) Sicherzustellen sind danach insb. das Recht des Whistleblowers eine geeignete Rechtshilfe zu bekommen und, dass das Gerichtsverfahren fair verläuft indem besonders die Unschuldsvermutung des Whistleblowers im Blick behalten wird. Wie schon in vielen Punkten erwähnt, ist zu garantieren, dass die Identität des Whistleblowers während der Ermittlungen unter Verschluss bleibt. (Art. 22 II RL (EU) 2019/1937)

Darüber hinaus zielt die RL darauf ab, dass die Mitgliedstaaten gewisse Unterstützungsmaßnahmen ergreifen, die es dem potenziellen Whistleblower erleichtern sich über seine Rechte zu informieren. (Art. 20 I a) RL (EU) 2019/1937) Auf nationaler Ebene soll dafür eine kostenlose Beratung für potenzielle Hinweisgeber umgesetzt werden. (Art. 20 I a) RL (EU) 2019/1937) Sofern die Voraussetzungen für den Schutzbereich gegeben sind, soll dem Whistleblower eine Bescheinigung darüber ausgestellt werden. (Art. 20 I b) RL (EU) 2019/1937) Sollte es ferner zu strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Gerichtsverfahren kommen, ist dafür Sorge zu tragen, dass dem Hinweisgeber Prozesskostenhilfe bereitgestellt wird. (Art. 20 I c) RL (EU) 2019/1937) Dies gilt auch für jegliche Rechtsbetreuung nach dem jeweiligen Recht. Des Weiteren können die Mitgliedstaaten Regelungen aufstellen, die dem Whistleblower bei Gerichtsverfahren finanzielle Hilfe sowie psychologische Unterstützung einräumen. (Art. 20 II RL (EU) 2019/1937)

Der Schutz, der in dem Punkte hergestellt werden müsste, wo Hinweisgeber nachträglich Repressalien erleiden, ist ins nationale Recht über entsprechende Sanktionsmaßnahmen

gegen die Verursacher aufzunehmen. (Art. 23 I RL (EU) 2019/1937) Dazu zählen die Behinderung von Meldungen, die Ausübung von Repressalien gegenüber dem Hinweisgeber, gegen den Whistleblower gerichtete mutwillige Klagen und die nicht ordnungsgemäße Offenbarung seiner Identität. Außerdem hat der Whistleblower bei einer rechtswidrigen Behinderung mit einer Strafe zu rechnen. (Art. 23 II RL (EU) 2019/1937) Genauer gesagt regelt der Absatz im Falle, dass ein Hinweisgeber vorsätzlich nicht aus altruistischen Motiven handelt, sondern dem Unternehmen nur Schaden zufügen möchte, dass entsprechende Sanktionen gegen diese Person verübt werden. Die Strafmaßnahmen sollen dabei laut Parlament stets von den Mitgliedsstaaten so umgesetzt werden, dass sie wirksam, angemessen und abschreckend sind. (Art. 23 I RL (EU) 2019/1937)

**Kap. 7** legt die Schlussbestimmungen fest. Dabei ist abschließend lediglich darauf einzugehen, dass die Mitgliedstaaten zu einer Umsetzung, die günstigere Konditionen als die RL verspricht, befugt sind. (Art. 25 I RL (EU) 2019/1937) Lediglich in Bezug auf Art. 22 und 23 II ist dies nicht erlaubt.

## **II. Konsequenzen der Nichteinhaltung von Pflichten im Arbeitsrecht beim Whistleblowing**

In diesem Unterkapitel wird auf die Rechte und Pflichten derjenigen Personen eingegangen, die sich in einem Arbeitsverhältnis gegenüberstehen. Auf der einen Seite unterliegt demnach der AN, auf der anderen der AG, der Betrachtung. Die Aufdeckung führt häufig zu einer Kündigung. Aufgrund dessen werden in einem zweiten Schritt die Rechtsfolgen, die einem AN bevorstehen können, dargestellt.

### **1. Rechte und Pflichten im Falle von Whistleblowing**

Ein Whistleblower ist in Deutschland immer noch darauf angewiesen alle Vor- und Nachteile der Hinweiserteilung abzuwägen (s. **§ 2 I. 1. e**), da er vor arbeitsrechtlichen Sanktionen scheut (s. **§ 2 I. 3.**). Doch er geht nicht nur auf arbeitsrechtlicher Ebene Risiken ein, sondern hat zudem auch noch Schädigungen zu befürchten, welche an seine Persönlichkeit gerichtet sind, sofern er Verbote, Missstände o. Ä. kundgibt. (s. **§ 2 II. 2.**) Aufgrund der Tatsache, dass keine gesetzlichen Regelungen bestehen (s. **§ 2 I. 3.**), stellt dies offensichtlich ein Dilemma dar. Es wirft sich also die Frage auf, auf welcher Rechtsgrundlage der Hinweisgeber eine Pflichtverletzung, im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses, begeht. Dies ist grundsätzlich der Tatsache zu verschulden, dass der AN durch den Arbeitsvertrag neben seiner Arbeitsleistungspflicht, welche der Norm § 611 I BGB entspringt, dazu verpflichtet ist zahlreiche Nebenpflichten zu beachten.<sup>62</sup> Die grundgesetzlich verankerte freie Äußerung der Meinung (Art. 5 I 1 GG) stößt somit rechtlich gesehen auf die Treue- und Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers, die er gegenüber seinem Arbeitgeber zu erfüllen hat.<sup>63</sup> Letztere ergeben sich aus den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten gem. §§ 241 II, 242 BGB. Dabei umschreibt § 241 II BGB die Rücksichtnahme- und Schutzpflichten und verpflichtet beide Vertragsparteien gleichwohl zur Rücksichtnahme auf deren gegenseitigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen.<sup>64</sup> Doch auch andere Pflichten, wie z. B. die Verschwiegenheitspflicht, spielen in diesem Kontext eine wichtige Rolle. Diese gilt es daher im Folgenden näher zu umreißen.

<sup>62</sup> Vgl. *Steckler*, S. 263.

<sup>63</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 147.

<sup>64</sup> Vgl. *Fischinger*, § 9 Rn. 662, § 10 Rn. 697, Rn. 722.; *MüKoBGB, Müller-Glöge*, § 611 Rn. 1074 (1074).; *Steckler*, S. 263.; *BAG, NZA* 2019, 44 (44).

### a) Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern

Zu Beginn der Gegenüberstellung werden die Pflichten des Arbeitnehmers dargestellt. Im weiteren Verlauf wird auf die Rechte eingegangen, um zu erläutern, ob und wenn ja, wie diese die vorliegenden Nebenpflichten aufheben.

Die **Treuepflicht** entspringt aus dem Arbeitsvertrag.<sup>65</sup> Aus ihr ergeben sich die Nebenpflichten, welchen der AN Beachtung schenken muss.<sup>66</sup> Sie bildet sozusagen den Grundbaustein aller zu beachtenden Nebenpflichten, wonach der AN verpflichtet wird „die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten es erfordern“ (§ 242 BGB).

Wie bereits erläutert, handelt es sich bei den Nebenpflichten des Arbeitnehmers aus § 241 II BGB um **Rücksichtnahmepflichten**. Das bedeutet, dass der Beschäftigte auf die Interessen des Arbeitgebers zu achten hat<sup>67</sup>, welche sich z. B. in der Sicherung des Images widerspiegeln können.<sup>68</sup> Es gilt also den Ruf nicht zu schädigen. Dies ist allerdings durch die Aufdeckung von Missständen oder Ähnlichem meist unumgänglich. Besonders dann, wenn der Whistleblower sich entscheidet den Hinweis mit einer Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörde zu teilen oder gar an die Medien weiterzugeben, ist eine Rufschädigung vorprogrammiert.<sup>69</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Betriebsfrieden einzugehen. Aufgrund des Anschwärmens von Mitarbeitern oder des Vorgesetzten durch den Whistleblower wird diesbezüglich für Unruhe gesorgt.<sup>70</sup> Hierbei spielt die sog. **Loyalitätspflicht** eine erkenntlich große Rolle. Sie zählt zu einer der Nebenpflichten (§ 241 II BGB), welche sich unter dem Überbegriff der Treuepflicht aus § 242 BGB zusammenfassen lässt.<sup>71</sup> Um diese zu wahren, muss der AN eine interne Klärung priorisieren.<sup>72</sup> Erst wenn dieser Versuch scheitert, weil dem Hinweis nicht nachgegangen wird, da **(a)** der AG das Verhalten entweder duldet oder **(b)** selbst daran beteiligt ist, **(c)** oder eine Straftat vorliegt, die sehr schwerwiegend ist oder **(d)** sich der AN bei Unterlassen der Meldung selbst der Strafverfolgung aussetzen würde, kann er sich an eine externe Stelle wenden.<sup>73</sup> Externes Whistleblowing liegt also nicht im Interesse des Arbeitgebers und wird als illoyal angesehen.

Eine Pflichtverletzung hinsichtlich der Störung des Betriebsfriedens, kann jedoch nur zu Lasten des Arbeitnehmers ausgelegt werden, wenn diesem keine Berechtigung oder Verpflichtung entgegensteht, die es dem AN erlaubt betriebliches Fehlverhalten an seinen Vorgesetzten zu melden.<sup>74</sup> Eine solche Nebenpflicht könnte sich z. B. aus einer vorliegenden

<sup>65</sup> Vgl. Kreis, S. 51.

<sup>66</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 5.3.1968, 1 AZR 229/67; BAG, Beschluss v. 17.10.1969, 3 AZR 442/68.; Fischinger, § 10 Rn. 697.

<sup>67</sup> Vgl. Becker, S. 33 f.; Fischinger, § 10 Rn. 722.

<sup>68</sup> Vgl. Edwards, S. 49.; Steckler, S. 263.; Ähnlich in: Becker, S. 34.

<sup>69</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 26.

<sup>70</sup> Vgl. ebd.

<sup>71</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 309.; Fischinger, § 9 Rn. 662.; Steckler, S. 263.

<sup>72</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003, 2 AZR 235/02.; BAG, NZA 2004, 427 (430).; Becker, S. 34.; Gerdemann, RdA 2019, 16 (18).; Kreis, S. 3.; Steckler, S. 263.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 449.

<sup>73</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003, 2 AZR 235/02; BAG, NZA 2004, 427 (430).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).; EGMR, NZA 2011, 1269 (1269).; Gerdemann, RdA 2019, 16 (18).; Fischinger, § 10, Rn. 714.; ndcompliance-Redaktion, 21003 (21003).; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 449.

<sup>74</sup> Vgl. Fischinger, § 10 Rn. 714.; Pütz/ Maschke/ Priebe, S. 60 f.

**Schadensabwendungspflicht** ergeben. Diese kann in der Verbindung vorliegen, in welcher der AG sein Direktionsrecht<sup>75</sup> ausübt, um dem AN eine Unterrichtungspflicht aufzuerlegen.<sup>76</sup> Infolge dessen hat der AN den AG darüber aufzuklären, sobald er in Kenntnis über ein Verhalten gesetzt wird, welches dem Unternehmen einen erheblichen Schaden zufügen kann.<sup>77</sup>

Problematisch ist allerdings auch, dass sich der Whistleblower bei der Aufdeckung von Straftaten, die innerhalb seines Unternehmens herrschen, ebenfalls erst an die Strafverfolgungsbehörde wenden kann, sobald der interne Klärungsversuch gescheitert ist, da Straftaten zu den **Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** zählen.<sup>78</sup> AN unterliegen der Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen<sup>79</sup>, da diese die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens beeinträchtigen könnten, sobald sie nach Außen geraten.<sup>80</sup> Dazu gehören alle Tatsachen, die mit dem Betrieb im Zusammenhang stehen, bei denen der Geschäftsinhaber ein Interesse daran hat, dass diese nicht nach außen hin kundgegeben werden.<sup>81</sup> Die Wahrungspflicht ergibt sich für den Whistleblower aus §§ 17, 18 UWG.

U. a. benutzt die Literatur in diesem Zusammenhang auch den Begriff der arbeitsvertraglichen **Verschwiegenheitspflicht**<sup>82</sup>, welche im Arbeitsrecht eine erhebliche Bedeutung entfaltet. Diese zwingt den AN ebenfalls Vorgänge und Tatsachen, die er im Rahmen seiner Dienstaufführung erfahren hat, für sich zu behalten.<sup>83</sup> Bei der Verpflichtung sind, anders als im Rahmen des § 17 UWG, allerdings nicht nur Betriebsinterna, die dem AN bekannt geworden sind, sondern auch die Verhaltensweisen von Kollegen und Vorgesetzten der Geheimhaltung untergeordnet.<sup>84</sup> Besonders dann, wenn der AG ein Interesse diesbezüglich hat, gilt für den AN „schweigen oder bestraft werden“. Jedoch wird die Verschwiegenheitspflicht bis heute lediglich im Rahmen der in den §§ 241 II, 242 BGB normierten arbeitsvertraglichen Nebenpflichten festgehalten.<sup>85</sup> Es gibt folglich noch keine gesetzlichen Regelungen, die in dieser Hinsicht Rechtsfolgen entfalten.

Dem kann entgegenstehen, dass im Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers eine **Anzeigepflicht** gem. § 138 StGB verankert worden ist. Sodann gilt, dass dem Hinweisgeber keine

---

<sup>75</sup> Dieses beschränkt sich auf bereits vorhandene Pflichten, welche durch den AG konkretisiert werden. Es können mit dessen Hilfe also keine neuen Pflichten begründet werden. In diesem Fall bezieht es sich lediglich auf Verstöße gegen betriebliche Regeln (ausgenommen sind geringfügige Verstöße, die kein hohes Schadenspotenzial haben), die i. S. d. Schadensabwendung gemeldet werden sollen, vgl. Pütz/ Maschke/ Priebe, S. 61.

<sup>76</sup> Vgl. *Fischinger*, § 8 Rn. 582.; Pütz/ Maschke/ Priebe, S. 61.

<sup>77</sup> Vgl. BAG, NZA 2004, 427 (430).; Pütz/ Maschke/ Priebe, S. 61.

<sup>78</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 449.; Ausnahme bei schwerwiegenden Straftaten, vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003, 2 AZR 235/02; BAG, NZA 2004, 427 (430).; *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (18).

<sup>79</sup> Vgl. *Edwards*, S. 138.; *Fischinger*, § 10 Rn. 711.; *Kreis*, 53.; Graf/ et al./*Temming*, AktG § 404.

<sup>80</sup> Vgl. *Kreis*, S. 23.

<sup>81</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S 89 f.; *Temming*, FS 2011, 545 (547).

<sup>82</sup> Vgl. *Kreis*, S. 53.; *Ringel*, S. 127.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 115.

<sup>83</sup> Vgl. *Becker*, S. 32.; *Kreis*, S. 52.

<sup>84</sup> Vgl. *Düsel*, S. 148.; MüKoBGB, *Müller-Glöge*, § 611 Rn. 1090.

<sup>85</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 115.; Es ist in diesem Rahmen ergänzend auf die Möglichkeiten der Konkretisierung und Erweiterung der Verschwiegenheitspflicht hinzuweisen, die mit Hilfe von Verschwiegenheitsklauseln umgesetzt werden können. Eine Erweiterung ist aber nur beschränkt möglich, da sonst ein Eingriff in das Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 5 I GG entstehen würden. Der Inhalt solcher Klauseln bedarf einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB. Zuvor ist immerzu der Anwendungsbereich nach § 310 IV 2 BGB zu beachten, vgl. *Schemmel, Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 117.

arbeitsrechtlichen Sanktionen bevorstehen dürfen, wenn dieser die Abwendung einer Strafbarkeit nach § 138 StGB verfolgt hat.<sup>86</sup>

Gem. § 16 I ArbSchG ergibt sich zudem eine **innerbetriebliche Anzeigepflicht**.<sup>87</sup> Danach heißt es, dass „die Beschäftigten [...] dem Arbeitgeber [...] jede [...] erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit sowie jeden an den Schutzsystemen festgestellten Defekt unverzüglich zu melden“ haben. Die Meldung muss folglich ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I BGB) vollzogen werden.<sup>88</sup> Damit einhergehend ergibt sich aus § 17 II ArbSchG für den AN außerdem ein ausdrückliches **außerbetriebliches Anzeige- und Beschwerderecht**.<sup>89</sup> Dieses richtet sich, wie bereits aus § 16 I ArbSchG erkenntlich, jedoch nur gegen Hinweise, die die Sicherheit oder den Gesundheitsschutz bei der Arbeit bedrohen und kann im Falle einer vorherig gescheiterten, internen Klärung erteilt werden (§ 17 II 1 ArbSchG). Die öffentliche Bekanntmachung ist dabei außerdem nicht in den Rahmen des § 17 II ArbSchG eingeschlossen.<sup>90</sup>

All den im Vorhinein genannten Pflichten stehen die Grundrechte des Whistleblowers gegenüber, welche bei der Auslegung der Nebenpflichten ebenfalls zu beachten sind. Darunter fällt insb. die **Meinungsfreiheit**, welche sich in Art. 5 I 1 GG wiederfindet.<sup>91</sup> Der Schutzbereich umfasst dabei die Meinungsäußerung und -verbreitung in Wort, Schrift und Bild. Kein Schutz wird bei unwahren Tatsachenbehauptungen gewährleistet.<sup>92</sup> Da der AN aber gleichzeitig z. B. der Pflicht unterliegt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, liegt i. S. d. Wechselwirkungstheorie kein Offenbarungsrecht aus Art. 5 I 1 GG zugrunde.<sup>93</sup> Genauer gesagt heißt das, dass bei der Bewertung, ob eine Sanktionsmaßnahme, wie z. B. die Kündigung, gerechtfertigt war, auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG einerseits geschaut werden muss und auf der anderen Seite das Rechtsgut zu betrachten ist, wodurch die Meinungsfreiheit eingeschränkt wird. Es kann sich bei diesem Rechtsgut bspw. um den Betriebsfrieden in der Unternehmung handeln.<sup>94</sup> Beim Whistleblowing ist somit zwischen den Schutzpflichten und den Grundrechten abzuwägen. Dies ist auch den Schranken der Meinungsfreiheit nach Art. 5 II GG zu entnehmen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG gehören zu den „Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ (Art. 5 II GG) u. a. die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten.<sup>95</sup>

<sup>86</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 125.; Diese Norm zählt Delikte auf, die überwiegend nicht dem Wirtschaftsstrafrecht zuordenbar sind. Daher tritt sie im Zusammenhang mit Whistleblowing selten auf.

<sup>87</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 126.

<sup>88</sup> Vgl. ebd.

<sup>89</sup> Vgl. *Graser*, S 172 f.; *Steckler*, S 267.

<sup>90</sup> Vgl. *Steckler*, S. 267.; Doch hierbei wird die Thematik des Whistleblowings nicht ausreichend tangiert, um die gesetzlichen Regelungen einer näheren Betrachtung zu unterziehen, da es sich nicht um Missstände o. Ä. handelt, sondern um prozessbedingte Fehler, die zur Sicherheit der im Unternehmen arbeitenden Beschäftigten behoben werden sollen.

<sup>91</sup> Vgl. *Becker*, S. 55.; *Behringer/ Waldzus*, S. 309.; *Groß/ Platzer*, NZA 2017, 1097 (1098).; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 138.

<sup>92</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 24.07.2013, BeckRS 2013, 54173; *Schemmel/ Ruhmannseder/Witzigmann*, S.138.

<sup>93</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 309.; *Kreis*, S. 67.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur*, S. 449.

<sup>94</sup> Vgl. *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur*, S. 449.

<sup>95</sup> Vgl. BAGE, Urteil v. 03.12.1954, 1 AZR 150/54 1, NJW 1955, 606.

Neben dem Recht auf freie Meinungsäußerung können noch andere Grundrechte Anwendung beim Whistleblowing finden, welche im Rahmen der Wechselwirkungstheorie zu betrachten sind. Namentlich sind diese in Art. 4 I GG, Art. 17 GG und Art. 2 II GG wiederzufinden.<sup>96</sup>

Darüber hinaus hat der AN grundsätzlich das Recht sich über seinen AG oder seine Kollegen zu beschweren (**Beschwerderecht**).<sup>97</sup> Dieses Recht ist aus den §§ 84, 85 BetrVG ersichtlich. Jedoch schränkt es die Beschwerde insoweit ein, dass eine Benachteiligung oder eine ungerechte Behandlung für den AN vorliegen muss. (§ 84 I BetrVG) Ein Beschwerderecht bezüglich eines bestimmten Fehlverhaltens in Unternehmen wird dem AN hierbei folglich nicht eingeräumt. Es dreht sich angesichts dieser Norm lediglich um die Geltendmachung der eigenen Rechte<sup>98</sup> und hat somit mit der Materie des Whistleblowings keinen direkten Zusammenhang.

Abschließend ist zu sagen, dass abzuwarten gilt, wie die EU-RL in Deutschland umgesetzt wird. Denn bei der Betrachtung der Rechte und Pflichten der AN fällt besonders ins Auge, dass dem Whistleblower kein gesetzlich geregeltes Anzeigerecht zugrunde liegt und das weder auf interner- noch auf externer Basis.

#### **b) Rechte und Pflichten von Arbeitgebern**

Da zuvor die Rechte und Pflichten auf Seiten des Arbeitnehmers einer umfangreichen Betrachtung unterzogen wurden, sind diese folglich für den AG zu ermitteln.

Auch der AG hat Rücksichtnahme- und Schutzpflichten gegenüber dem AN zu erfüllen, welche namentlich als **Fürsorgepflichten** zu bezeichnen sind. (§ 241 II BGB) Diese Nebenpflicht korrespondiert mit der Treuepflicht des Arbeitnehmers.<sup>99</sup> Durch die Fürsorgepflicht muss der AG also ebenfalls auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter des Arbeitnehmers achten.

Die Fürsorgepflicht findet sich auch in § 618 BGB wieder. Danach ist bestimmt, dass der AG bei der Einrichtung und Unterhaltung von Räumen und anderen Vorrichtungen, die der AN zur Erbringung seiner Arbeitsleistung benötigt, darauf zu achten hat, dass der AN vor Gefährdungen bezüglich seines Lebens und seiner Gesundheit geschützt wird.<sup>100</sup> Dieser Aspekt tangiert das Whistleblowing jedoch nicht.

Allgemein ist zu sagen, dass neben der bereits beschriebenen Schutzpflicht, bezüglich der Sicherheit für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, auch andere eine Rolle spielen. Zu nennen sind z. B. der Schutz vor sexueller Belästigung des Arbeitnehmers, jener vor Mobbing oder Verleumdung und auch der Schutz vor einer Benachteiligung, die sich aus einem der in Art. 1 i. V. m. Art. 7 AGG genannten Gründe ergibt (Art. 12 AGG).<sup>101</sup> Bezogen

<sup>96</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 147.; Diese Artikel werden keiner genaueren Betrachtung unterzogen, da die Grundrechte lediglich eine Auslegung in Form einer mittelbaren Drittwirkung erfahren, wie bereits bei Art. 5 I 1 GG erläutert. Art. 4 I GG beschreibt u. a. die Gewissensfreiheit. Sie ist im Whistleblowing zwar grundsätzlich einschlägig, aber nicht wirklich bedeutsam. Das Petitionsrecht aus Art. 17 GG ist im Zusammenhang mit dem externen Whistleblowing zu verstehen. Es liefert zwar das Recht sich mit Beschwerden an eine zuständige Stelle zu wenden, allerdings auch nur im Rahmen der Wechselwirkungslehre. Demgegenüber ist Art. 2 II GG lediglich bei Regelverstößen anzuwenden, die sich gegen das Recht auf das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Meldenden beziehen, vgl. *Becker*, S. 41 f., S. 58.; *Kreis*, S. 69.

<sup>97</sup> Vgl. *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 80.; *Steckler*, S. 268.

<sup>98</sup> Vgl. ebd.; Eine Betrachtung des § 13 I 1 AGG bestätigt diesen Gedanken. Danach steht dem AN ein Beschwerderecht erst dann zu, wenn er aus mindestens einem der Gründe des § 1 AGG benachteiligt wird.

<sup>99</sup> Vgl. *Fischinger*, § 9 Rn. 662.

<sup>100</sup> Vgl. *Fischinger*, § 9 Rn. 687.

<sup>101</sup> Vgl. *Fischinger*, § 9 Rn. 689.

auf das Whistleblowing ist lediglich die Abwendung von Mobbing, Verleumdung oder anderen Schikanen nach der Hinweiserteilung bedeutsam. Denn die Gründe aus dem AGG beziehen sich, wie bereits oben beschrieben, nur auf die Geltendmachung der eigenen Rechte des Arbeitnehmers. Eine sexuelle Belästigung ist im Rahmen des Whistleblowings ebenfalls zusammenhangslos.

Auf der anderen Seite sind die **Kündigungsrechte** des Arbeitgebers zu betrachten. Es ist zwischen der **ordentlichen Kündigung**, welche fristgerecht zu erfolgen hat (§ 622 BGB), und der **außerordentlichen Kündigung**, bei welcher dementsprechend keine Fristen einzuhalten sind, zu unterscheiden.

Erstere ist unter dem Kündigungsschutzgesetz normiert (§§ 1 I, 23 I KSchG) und kann daher nur in Rahmen einer sozialen Rechtfertigung durch den AG erfolgen.<sup>102</sup> D.h. der AG trägt die Beweislast, dass kein sozial ungerechtfertigter Grund für die von ihm ausgesprochene Kündigung vorliegt. (§ 1 I KSchG) Gründe für die ordentliche Kündigung können gem. § 1 II 1 KSchG zum einen in der Person des Arbeitnehmers liegen<sup>103</sup> oder sich zum anderen in dessen Verhalten widerspiegeln. Denkbar ist auch, dass dringende betriebliche Erfordernisse zu einer solchen Kündigung führen. Einem AN kann aus verhaltensbedingten Gründen gekündigt werden, sofern die weitere Beschäftigung durch sein Verhalten beeinträchtigt wird und auch für die Zukunft so zu bleiben scheint.<sup>104</sup> Beispielhaft dafür ist, wenn der AN das Vertrauensverhältnis gegenüber seinem AG missbraucht oder den Betriebsfrieden stört.<sup>105</sup> In Bezug auf das Whistleblowing ist daher eine sozial gerechtfertigte, ordentliche Kündigung aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers gemeint (§ 1 II 1 Var. 2 KSchG).<sup>106</sup> Allerdings reicht das Vorliegen eines sozial gerechtfertigten Grundes allein noch nicht aus. Weiterhin bedarf es einer Abwägung beider Interessen.<sup>107</sup> Dabei stellt sich auf Arbeitgeberseite die Frage, ob dieses Verhalten zu einer Benachteiligung hinsichtlich der Unternehmung führt.<sup>108</sup> Andererseits wird auch dem bisherigen Auftreten des Arbeitnehmers im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses sowie insb. seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung Betrachtung geschenkt.<sup>109</sup> Bei Letzterem werden die Pflichtverletzung und die Grundrechte gegeneinander abgewogen (s. **§ 2. II. 1. a**) In Fällen der ordentlichen Kündigung ist außerdem regelmäßig das Ultima-ratio-Prinzip einzuhalten, indem der Kündigung z. B. eine Abmahnung (§ 314 II BGB) voranzugehen hat, damit dem AN eine Chance zur Besserung geboten wird.<sup>110</sup>

Die zweite Möglichkeit zur Kündigung, nämlich die Außerordentliche, findet sich in § 626 BGB wieder.<sup>111</sup> Diese kann nur aus wichtigem Grund erfolgen. (§ 626 I BGB) Wann ein solcher wichtiger Grund vorliegt, definiert das Gesetz bereits in § 314 I 2 BGB selbst. Danach müssen Tatsachen vorliegen aufgrund derer dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem AN nicht einmal mehr bis zum Ende der Kündigungsfrist oder bis zu

<sup>102</sup> Vgl. *Becker*, S. 131 f.; *Fischinger*, § 12 Rn. 965.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 154.

<sup>103</sup> Personenbedingte Kündigungen können z. B. ausgesprochen werden, wenn der AN aufgrund von Krankheit, die lange andauert oder immer wiederkehrend ist, seine Arbeitsleistung nicht mehr wie gewünscht erbringen kann, vgl. *Ringel*, S. 193.

<sup>104</sup> Vgl. *Becker*, S. 132.; *Fischinger*, § 12 Rn. 992.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 154.

<sup>105</sup> Vgl. *Becker*, S. 132.; *Ringel*, S. 199.

<sup>106</sup> Vgl. *Düsel*, S. 40.

<sup>107</sup> Vgl. *Becker*, S. 132.; *Fischinger*, § 12 Rn. 992, Rn. 1001.; *Ringel*, S. 199.

<sup>108</sup> Vgl. *Becker*, S. 132.; *Fischinger*, § 12 Rn. 992, Rn. 1001.; *Ringel*, S. 199.

<sup>109</sup> Vgl. *Fischinger*, § 10 Rn. 714.

<sup>110</sup> Vgl. *Becker*, S. 132.; *Fischinger*, § 12 Rn. 992, Rn. 1015.; *Ringel*, S. 177 f.

<sup>111</sup> Vgl. *Fischinger*, § 12 Rn. 1066.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 153.

einer vereinbarten Beendigung zugemutet werden kann. Dabei sind alle einzelfallabhängigen Umstände und die Interessen beider Vertragsparteien abzuwägen.<sup>112</sup> Daran anknüpfend kommt dem Interesse der Allgemeinheit eine große Bedeutung zu.<sup>113</sup> Auch bei der fristlosen Kündigung muss der AG grundsätzlich erst zu milderer Mitteln greifen.<sup>114</sup>

Außerdem steht dem AG ein Recht auf die **Berufsfreiheit** aus Art. 12 I GG zu. Danach heißt es in Art. 12 I 2 GG, dass „die Berufsausübung [...] durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“ kann. Darunter ist zu verstehen, dass der AG ein Interesse daran hat lediglich solche Arbeitnehmer zu beschäftigen, die Schäden vom Unternehmen abwenden und die gleichen Unternehmensziele verfolgen.<sup>115</sup> Wie bei den Pflichten des Arbeitnehmers in **§ 2 II. 1. a)** bereits erläutert, unterliegt dieser einer Verschwiegenheitspflicht. Der AG hat ein Interesse daran, dass bestimmte Interna nicht nach Außen geraten. Sobald das Whistleblowing eine externe Stelle erreicht, führt dies zu einer Pflichtverletzung und damit einhergehend zur Missachtung des Rechts nach Art. 12 GG.<sup>116</sup>

Die Pflichten, die dem AN zuordenbar sind, sind außerdem als Rechte zu betrachten, die dem AG zustehen. So sind beispielhaft die Rechte des Arbeitgebers auf Loyalität und Treue sowie die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht zu nennen.

## 2. Mögliche Sanktionsmaßnahmen gegen den Arbeitnehmer

Ein Auszug aus dem Buch „Die Aufrechten; Whistleblowing in der Ära Snowden“ zeigt wie es Edward Snowden nach seinem Whistleblowing erging:

*„Getrieben von der Gewissheit das Richtige zu tun, war Snowden dennoch bereit, seinen hochbezahlten Job aufzugeben, von seiner Familie und seiner Freundin getrennt zu leben und vielleicht den Rest seines Lebens im Gefängnis zu verbringen.“<sup>117</sup>*

Ausgehend von diesem Ausschnitt stellt sich die Frage, welche Repressalien Whistleblowern in Deutschland bevorstehen können. Trifft den Hinweisgeber eine Vergeltung, kann sie grundsätzlich auf formeller oder informeller Basis beruhen. Formelle Vergeltung zeichnet sich v. a. im Rahmen einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung aus. Sie kann aber auch durch eine Versetzung oder den Ausschluss aus verschiedenen betrieblichen Veranstaltungen, wie z. B. von wichtigen Meetings gekennzeichnet sein. Dagegen sind informelle Sanktionen diejenigen, die die soziale Ebene des Arbeitnehmers treffen. Sie werden meist durch die Kollegen durchgeführt. Zu diesen Repressalien zählt z. B. das Mobbing.<sup>118</sup>

### a) Abmahnung

Die kleinste Form der Vergeltung, welche den AN treffen kann, spiegelt sich in der Abmahnung durch den AG wider. Eine Abmahnung muss vor einer Kündigung aufgrund des Ultima-ratio-Prinzips erfolgen.<sup>119</sup> Das bedeutet, wie bereits oben angeschnitten, dass vor einer Kündigung, eine ähnliche Pflichtverletzung bereits abgemahnt werden musste, damit der AN eine Möglichkeit gehabt hat eine solche Verletzung in Zukunft abzustellen. Es reicht

<sup>112</sup> Vgl. Becker, S. 134.; Fischinger, § 12 Rn. 1001.; LAG, NZA-RR 2012, 298 (298).; Ringel, S. 199.

<sup>113</sup> Vgl. LAG Köln, NZA-RR 2012, 298 (298).

<sup>114</sup> Vgl. Becker, S. 134.; Fischinger, § 12 Rn. 992, Rn. 1066.; Ringel, S. 218.

<sup>115</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003, 2 AZR 235/02.; BAG, NZA 2004, 427 (430)

<sup>116</sup> Vgl. Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).; Kreis, S. 69.

<sup>117</sup> Hertsgaard, S. 15.

<sup>118</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: Becker, S. 139.; Briegel, S. 60.

<sup>119</sup> Vgl. § 314 II BGB.; Becker, S. 132.; Fischinger, § 12 Rn. 992.; Ringel, S. 137, S. 199, S. 203.

für eine verhaltensbedingte Kündigung jedoch nicht aus nur eine Abmahnung erteilt zu haben, sondern es müssen zwei oder drei gleichartige Pflichtverletzungen abgemahnt worden sein.<sup>120</sup> Allerdings ist immerzu von einer Abmahnung abzusehen, sofern das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien irreparabel zerstört worden ist.<sup>121</sup> Im Falle von Whistleblowing ist mit einer Wiederholungsgefahr aufgrund der Schwere der Verletzung nicht zu rechnen, sodass der AG auf die Abmahnung regelmäßig verzichten kann, da das Vertrauensverhältnis mit hoher Wahrscheinlichkeit für die Zukunft nicht wiederhergestellt werden kann.<sup>122</sup>

#### **b) Verhaltensbedingte Kündigung des Hinweisgebers**

Der AG hat, wie bereits beschrieben, neben seinen Pflichten auch Rechte, die er zur Sanktionierung des Hinweisgebers nutzen kann, sofern er dies für notwendig hält. Dabei muss zunächst abgegrenzt werden, wann der AG den Whistleblower bestrafen möchte und wann nicht. Es ist mit keiner Bestrafung zu rechnen, wenn der AG einen Vorteil aus der Hinweiserteilung zieht.<sup>123</sup> Bspw. liegt ein solcher Fall vor, sollte der Whistleblower einen massiven Schaden für die Unternehmung abgewendet haben.<sup>124</sup> Andererseits kann das Hinweisgeben als Bedrohung angesehen werden, sofern die Unternehmung einen Nutzen aus dem Fehlverhalten zieht oder der Whistleblower seinen Hinweis an eine externe Stelle weitergibt.<sup>125</sup> Der letztere Fall verursacht meist einen erheblichen Imageschaden und kann zudem eine Schädigung des Betriebsfriedens für die Unternehmung bedeuten.<sup>126</sup>

Eine ordentliche Kündigung bezüglich eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers kommt dann in Betracht, wenn das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien noch nicht so massiv beschädigt ist, dass die Einhaltung der Kündigungsfrist (§ 622 BGB) unmöglich erscheint.<sup>127</sup> Wie bereits oben beschrieben, ist die Kündigung jedoch unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist. Bei der Abwägung beider Interessen ist von Bedeutung, ob dem Unternehmen durch das Handeln des Hinweisgebers ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden ist, insb. der Betriebsfrieden oder der Ruf geschädigt wurde.<sup>128</sup> Eine ordentliche Kündigung kann beim Whistleblowing demzufolge vorliegen, wenn der AN aufgrund seines Verhaltens seine Rücksichtnahmepflichten widerrechtlich und schuldhaft verletzt und das Arbeitsverhältnis infolgedessen beeinträchtigt wird.<sup>129</sup> Bei kollegialem Fehlverhalten kann dem AN im Rahmen seiner Schadensabwendungspflicht regelmäßig eine innerbetriebliche Klärung zugemutet werden.<sup>130</sup> Demgegenüber wird der Vorrang einer internen Meldung verneint, wenn der AG selbst an der Straftat oder Ähnlichem beteiligt ist. (s. **§ 2 II. 1. a)**) Des Weiteren ist der AG zu einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 II Var. 2 KSchG berechtigt, wenn der AN kein Recht zur Strafanzeige hat oder aus Eigennützigkeit handelt. Denn angesichts dessen verletzt er ebenfalls seine arbeitsvertraglichen Nebenpflichten aus § 241 II BGB.

<sup>120</sup> Vgl. Ringel, S. 181.

<sup>121</sup> Vgl. § 314 II 3 BGB.; Fischinger, § 12 Rn. 1016, Rn. 1129.; Ringel, S. 198.; BAG, NZA 2017, 1332 (1332).

<sup>122</sup> Vgl. Becker, S. 132.; BAG, NZA 2017, 1332 (1332).

<sup>123</sup> Vgl. Briegel, S. 59.

<sup>124</sup> Vgl. ebd.

<sup>125</sup> Vgl. ebd.

<sup>126</sup> Vgl. Behringer/ Fissenewert, S. 70.; Briegel, S. 83.; Hunziker, FS 2007, 163 (166).

<sup>127</sup> Vgl. Fischinger, § 12 Rn. 842.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 154.

<sup>128</sup> Vgl. Fischinger, § 10 Rn. 714.

<sup>129</sup> Vgl. BAG, NZA 2005, 158 (158).; BAG, NZA 2004, 427 (427).; BAG, NJW 2004, 1547 (1547); Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 154.

<sup>130</sup> Vgl. auch zu den nachfolgenden Sätzen dieses Absatzes: BAG, NZA 2004, 427 (427).

Durch die Offenbarung könnte der AG bspw. Sorge haben, dass der Betriebsfrieden gestört wird, sofern sich das Whistleblowing im Unternehmen herumspricht.<sup>131</sup> Es könnte eine Atmosphäre des Misstrauens zwischen den Beschäftigten entstehen.<sup>132</sup> Dies kann nicht nur das Arbeitsklima verschlechtern, sondern auch die Arbeitsleistung behindern und daher als ein wirtschaftlicher Nachteil gedeutet werden. Es ist anzunehmen, dass dem bisherigen Agieren des Whistleblowers, aufgrund der Schwere des Nachteils, keine große Relevanz mehr zugeschrieben wird.

Des Weiteren könnte es aber auch sein, dass der AG einen Vorteil aus dem unmoralischen Verhalten zieht, sei es, weil er dadurch Kosten einspart oder eine bessere Öffentlichkeitsdarstellung hat. Dies ist meistens der Fall, wenn sich der AG in dieser Hinsicht auf irgendeine Art strafbar macht. Legt der Hinweisgeber gegenüber dem AG die Informationen offen, so wird der AG dem Hinweisgeber vermutlich mit Unterlassen drohen und auf Vergeltungsmaßnahmen zurückgreifen.<sup>133</sup>

Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers aufgrund verhaltensbedingter Störungen liegt vor, wenn das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien massiv beschädigt ist. (§ 626 BGB) Vorausgesetzt wird ein wichtiger Grund. Ein solcher liegt regelmäßig bei externem Whistleblowing vor, wenn der Hinweisgeber pflichtwidrig eine Strafanzeige gegen seinen AG richtet, da dieser lediglich in Ausnahmefällen (s. **§ 2 II 1. a**)) dazu berechtigt ist, ohne eine vorherige innerbetriebliche Klärung zu versuchen.<sup>134</sup> Wie bereits in **§ 2 II. 1. b**) beschrieben, bedarf es bei der Feststellung eines wichtigen Grundes auch bei der außerordentlichen Kündigung eine einzelfallbezogene Abwägung beider Interessen. Hier gilt es sich die Frage zu stellen, ob der AG den AN nicht zumindest bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist weiterbeschäftigen kann.<sup>135</sup> Im Falle des externen Whistleblowings ist jedoch zu sagen, dass das Vertrauen aus Sicht des Arbeitgebers so massiv erschüttert ist, dass die Einhaltung einer Kündigungsfrist mit hoher Wahrscheinlichkeit zu verneinen sein wird. Aus demselben Umstand ergibt sich, dass ausnahmsweise auf eine Abmahnung verzichtet wird. (s. **§ 2 II. 2. a**)) Wie in **§ 2 I. 2. a**) dargelegt, ist die Sicht des Unternehmens gegenüber Whistleblowing immer noch veraltet. Hinzu kommt, dass eine externe Hinweiserteilung nicht nur einen massiven Schaden hinsichtlich der Reputation des Unternehmens ausrichtet<sup>136</sup>, sondern auch auf sozialer Ebene ein Vertrauensbruch signalisiert, da die Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflicht verletzt wird (s. **§ 2 II. 1. a**)). Aufgrund dessen ist auch eine Schädigung des Betriebsfriedens mit der Meldung einhergehend. Wenn der AN bewusst illoyal handelt und dies zur Störung des Betriebsfriedens führt, liegt ein wichtiger Grund vor.<sup>137</sup> Allerdings urteilt der EGMR, dass gleichzeitig das Interesse der Öffentlichkeit im Blick behalten werden muss. Stellt sich heraus, dass die Straftat für die Allgemeinheit schwerwiegende Folgen hat, so wird ein wichtiger Grund verneint.<sup>138</sup>

### c) Weitere Repressalien gegen den Hinweisgeber

Neben der Abmahnung und einer verhaltensbedingten Kündigung durch den AG, stehen dem Whistleblower auch noch weitere Repressalien bevor, die sich gegen seine eigene

<sup>131</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 27.

<sup>132</sup> Vgl. *Briegel*, S. 78.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 26.

<sup>133</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: *Briegel*, S. 59.

<sup>134</sup> Vgl. BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).; LAG Köln, NZA-RR 2012, 298 (298).; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 153.

<sup>135</sup> Vgl. *Becker*, S. 134.; *Kreis*, S. 32.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 154.

<sup>136</sup> Vgl. *Briegel*, S. 83.; *Hunziker*, FS 2007, 163 (166).; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 26.

<sup>137</sup> Vgl. BAG: NZA 2017, 1332 (1332).; Hierbei ist in den meisten Fällen auf eine Abmahnung zu verzichten.

<sup>138</sup> Vgl. EGMR, Urteil v. 21.07.2011, Az. 25 Sa 2138/11, NZA 2011, 1269., beck.; LAG Köln, NZA-RR 2012, 298 (298).

Person wenden. Denn die Enttäuschung von Kollegen und Vorgesetzten sitzt tief, wenn der Verrat eines anderen Organisationsmitglieds durch den Hinweisgeber ans Licht kommt. Die Arbeitskollegen sehen das Handeln des Whistleblowers als illoyal an, was sich letztendlich durch die Verletzung der Loyalitätspflicht gegenüber dem AG aus dem Arbeitsvertrag gem. § 241 II BGB bestätigen lässt.<sup>139</sup> Besonders ausschlaggebend ist die Illoyalität, wenn in der Unternehmung eine intensive Gruppenbindung und ein starker Zusammenhalt herrscht.<sup>140</sup> Der Betriebsfrieden wird folglich im Rahmen der Hinweiserteilung auf die Probe gestellt und die Angst vor weiteren Offenbarungen steigt an<sup>141</sup>, sodass das Zusammenarbeiten auf angespannter Basis erfolgt und somit den Geschäftserfolg bremst.<sup>142</sup> Die informellen Sanktionen der Kollegen reichen bis hin zu Mobbing, Verleumdung und Schikanie- rung.<sup>143</sup> Letzteres schädigt insb. auch den Ruf des Whistleblowers.

### § 3 Implementierung von Hinweisgebersystemen in deutschen Unternehmen

Um die Auseinandersetzung mit der, bis dato rechtlichen Unklarheit bezüglich des Whistleblowings (s. **§ 2 I. 3.**) und der damit einhergehenden Sanktionierung der Hinweisgeber (s. **§ 2 II. 2.**) zu umgehen, wurde in den letzten Jahren bereits vermehrt die Implementierung von Hinweisgebersystemen in Unternehmen diskutiert (s. **§ 1 I.**). Dies ist der Tatsache zu verdanken, dass sich mit der Zeit ein Bewusstsein zur präventiven Bekämpfung von Wirtschaftsstraftaten entwickelt hat und daher ein starkes Augenmerk auf das Risikomanagement in Unternehmen gelegt wurde.<sup>144</sup> Angesichts dessen ist auch erkenntlich geworden, dass Unternehmen heute vermehrt einen Nutzen im Whistleblowing sehen, da die präventiven Maßnahmen nur mit Hilfe des Erkennens solcher Straftaten einhergehen können.<sup>145</sup> Daher liefern MA einer Unternehmung einen großen Beitrag zur Bekämpfung dieser.

Das Ziel von Hinweisgebersystemen ist es demzufolge den Informationsgehalt der Whistleblower zu wahren, indem, ihnen gegenüber, eine gewisse Sicherheit zur Nutzung des Systems kommuniziert wird.<sup>146</sup> Auf der anderen Seite dient es dem eigenen Schutz der Unternehmen vor möglichen Reputationsschäden, da Hinweisgebersysteme das externe Whistleblowing einschränken können.<sup>147</sup> Aber auch bezüglich der Korruptionsbekämpfung und anderen unmoralischen Verhaltensweisen in der Wirtschaftswelt setzen Unternehmen ein klares Statement im Zuge der Einführung eines solchen Systems.<sup>148</sup> Aus diesen Gründen haben sich Hinweisgebersysteme mit der Zeit in Unternehmen etabliert und sind heutzutage regelmäßig in ihrer Compliance-Struktur vorzufinden.<sup>149</sup>

#### I. Hinweisgebersysteme

Doch was sind Hinweisgebersysteme überhaupt und wie funktionieren sie? Auf diese Fragen und noch zahlreiche andere Aspekte wird in diesem Kapitel eingegangen. Hierfür wird

<sup>139</sup> Vgl. *Briegel*, S. 62.; *Sänger*, S. 60.

<sup>140</sup> Vgl. *Sänger*, S. 60

<sup>141</sup> Vgl. *Briegel*, S. 78.

<sup>142</sup> Vgl. *Briegel*, S. 83 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Becker*, S. 138.

<sup>144</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 303.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 438.

<sup>145</sup> Vgl. *Behringer/ Waldzus*, S. 305.; *Kreis*, S. 29.; *Pittroff*, S. 190.

<sup>146</sup> Vgl. *Briegel*, S. 101; *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 70.

<sup>147</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 76, S. 157.

<sup>148</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 317.

<sup>149</sup> Vgl. *Noll*, S. 14.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur*, S. 438.

die Begriffsbestimmung von Hinweisgebersystemen aufgezeigt. Sodann werden der einbezogene Personenkreis und der Hinweisgegenstand dargestellt. In einem nächsten Schritt werden die Umsetzungsmöglichkeiten aufgeführt. Dabei werden die Unterschiede zwischen den drei Modalitäten „offen, vertraut und anonym“ diskutiert. Angesichts der Artenvielfalt von Hinweisgebersystemen, werden diese umfangreich veranschaulicht. Die verschiedenen Implementierungsmöglichkeiten reichen von Telefon-Hotlines bis hin zum Ombudsmann und bieten damit ein breites Spektrum an alternativen Auswahlmöglichkeiten. Im Rahmen dieser Betrachtung erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der Hinweisgebersysteme. Das zweite Unterkapitel legt seinen Schwerpunkt auf die Beantwortung der rechtlichen Aspekte. Dabei wird nicht nur die derzeitige Rechtslage betrachtet, sondern auch, ob eine künftige Änderung in Aussicht ist. Genauer gesagt wird darauf geschaut, ob eine Gesetzgebung zum jetzigen Zeitpunkt besteht. Daraufhin wird der Sarbanes Oxley Act aus den USA in die Betrachtung miteinbezogen. Angesichts dessen wird dargelegt, inwiefern eine Übertragung des Acts auf das deutsche Recht einschlägig ist. Zum Schluss des Kapitels fließt die aktuelle EU-RL erneut in die Betrachtung der zukünftigen Rechtslage, in Bezug auf die Implementierung von Hinweisgebersystemen, ein.

### **1. Begriffsbestimmung Hinweisgebersystem**

Genauso wie der Begriff des Whistleblowings hat auch der des Hinweisgebersystems noch keine gesetzliche Legaldefinition erfahren. In der Literatur sind daher unterschiedliche Begriffsbestimmungen vorzufinden.

Zum einen heißt es, dass ein Hinweisgebersystem „*ein unternehmensinterner, institutionalisierter Prozess des Whistleblowings*“<sup>150</sup> ist. Nach einem anderen literarischen Werk sind Hinweisgebersysteme dann gegeben, sofern eine „*Gesamtheit derartiger, in einer bestimmten Organisation geltenden Regelungen sowie die zu ihrer Umsetzung vorhandene Infrastruktur*“<sup>151</sup> besteht.

An den beiden Begriffsbestimmungen wird deutlich, dass dieses System eine unternehmensinterne Umsetzung erfährt. In der ersten Definition lautet es außerdem „*Prozess des Whistleblowings*“, was klarstellt, dass ein Schnittpunkt zwischen dem Hinweisgeben und der Implementierung von Hinweisgebersystemen besteht. Folglich ist hiernach in Hinweisgebersystemen nichts anderes als das interne Whistleblowing zu sehen. Solche Systeme benötigen ein bestehendes Regelwerk und die nötige „*Infrastruktur*“, d.h. z. B. bestimmte Plattformen oder Accounts sowie das nötige Personal, um die Meldungen durchführen und bearbeiten zu können.

### **2. Einbezogener Personenkreis und Hinweisgegenstand**

Es ist weiterhin zu klären, welche Personen an dem Meldeverfahren des Unternehmens teilnehmen dürfen, welche Hinweisadressaten zur Entgegennahme bereitstehen können und welche Art von Hinweisen angenommen wird.

Um die Informationsbereitstellung bestmöglich auszuschöpfen, können neben den Arbeitnehmern im Unternehmen bspw. auch Kunden und Lieferanten in den Kreis der beteiligten Personen mit einbezogen werden.<sup>152</sup> Nach der Definition in **§ 2 I. 1. a)** sind Whistleblower

<sup>150</sup> Briegel, S. 10.

<sup>151</sup> Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 8.

<sup>152</sup> Vgl. Breinlinger/ Krader, RDV 2006, 60 (61).; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S.69.; Schulz, S. 143.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 452.

lediglich aktuelle oder ehemalige AN einer Unternehmung. Im Bereich der Hinweisgebersysteme wird der Personenkreis von möglichen Hinweisgebern demzufolge ausgeweitet, sodass auch Personen, die nicht direkt am Unternehmensgeschehen beteiligt sind, aber trotzdem in Verbindung mit dem Unternehmen stehen, Meldungen abgeben dürfen. Den Unternehmen steht hier folglich ein weiter Spielraum zur Verfügung.

Die Frage nach den Hinweisadressaten wurde bereits in **§ 2 I. 1. d)** beantwortet. Da es den Definitionen zur Folge allerdings nur um internes Whistleblowing geht, ist die Ausführung in dem genannten Kapitel zu weit gefasst und muss im Rahmen dieses Kapitels lediglich auf die möglichen Adressaten bei internem Whistleblowing eingeschränkt werden. Die Aufgabe der Hinweisentgegennahme kann also dem Vorgesetzten, anderen Führungsorganen, wie dem Aufsichtsrat, dem Vorstand oder dem Geschäftsführer, einer Fachabteilung, wie der Rechts- oder Compliance-Abteilung, dem Betriebsrat oder aber einer dafür benannten Person, wie dem Compliance-Officer oder einem internen/externen Ombudsmann, zugeordnet werden.<sup>153</sup> Bei all diesen verschiedenen Optionen besteht die Möglichkeit mehrere Adressaten im Rahmen von Hinweisgebersystemen zu bestimmen.<sup>154</sup> Dies stellt sich v. a. für den Hinweisgeber selbst als vorteilhaft heraus, wie sich im Folgenden zeigen wird.

Der Hinweisgegenstand ist auf individueller Basis durch die Unternehmen zu bestimmen.<sup>155</sup> Er beschränkt sich grundsätzlich auf Missstände oder ähnliches Fehlverhalten, welches im Unternehmen stattfindet.<sup>156</sup> In der Literatur wird die Meldung von Straftaten befürwortet.<sup>157</sup> Doch auch hierbei ist eine Eingrenzung erforderlich, da bspw. nicht alle Themen des § 138 StGB für das Unternehmen auf Relevanz stoßen. (s. **§ 2 II. 1. a)**) Delikte wie Mord, Totschlag oder räuberische Erpressung würden dem Empfänger der Meldung außerdem rechtliche Schritte auferlegen.<sup>158</sup> Daher wird eine Einschränkung vermehrt empfohlen. Des Weiteren hat jedes Unternehmen individuell darüber zu entscheiden, ob es das Verhalten von Kollegen und Vorgesetzten in den Meldegegenstand aufnimmt.<sup>159</sup> Allenfalls muss immer im Rahmen einer Unschuldsvermutung des Beschuldigten ermittelt werden, ob sich die Meldung als wahr oder unwahr herausstellt, sofern eine Einbeziehung von kollegialem Verhalten erfolgt.<sup>160</sup>

### 3. Modalität der Meldung

Ein wichtiges Thema bei der Implementierung von Hinweisgebersystemen stellt die Frage dar, wie mit der Identität des Whistleblowers zu verfahren ist. Die Meldung kann auf drei verschiedene Weisen erfolgen. Es gilt offenes, vertrautes und anonymes Whistleblowing zu differenzieren.

Beim offenen Whistleblowing wird, wie das Adjektiv bereits verrät, die Identität des Whistleblowers offengelegt. Dies kann aus zwei Gründen passieren. Entweder die Unternehmung

<sup>153</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 74 f.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 28 f.

<sup>154</sup> Vgl. Maschke/ Pütz/ Waclawczyk, S. 93.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 31.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 452.

<sup>155</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 31.

<sup>156</sup> Vgl. ebd.

<sup>157</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur, S. 441.

<sup>158</sup> Vgl. ebd.

<sup>159</sup> Besonders Betriebsräte und Datenschützer raten davon ab, vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger, Tur, S. 441. Vermutlich, weil Whistleblowing zur Schädigung des Betriebsfriedens führen kann und keine bewussten Falschmeldungen erwünscht sind. Da Fehlverhalten von Kollegen und Vorgesetzten jedoch im Rahmen von Whistleblowing häufig thematisiert wird, ist eine Nichtaufnahme in den Meldegegenstand unrealistisch.

<sup>160</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 61.

macht die Hinweiserteilung von der Preisgabe der Persönlichkeit abhängig oder das Unternehmen stellt in dieser Hinsicht keine Regeln auf und lässt den Hinweisgeber selbst bestimmen, ob er im Hintergrund und damit anonym bleibt oder seine Identität zu erkennen gibt.<sup>161</sup>

Eine anonyme Hinweiserteilung spiegelt für den Whistleblower hingegen wider, dass er infolge der Nutzung keine persönlichen Repressalien erleidet.<sup>162</sup> Die Anonymität kann dabei auf zwei verschiedenen Wegen zugesichert werden. Es besteht die Möglichkeit diese mit Hilfe von Technik zu gewährleisten.<sup>163</sup> Auf der anderen Seite kann eine Stelle bzw. eine Person, die Hinweise entgegennimmt, z. B. der Ombudsmann (s. **§ 3 I. 4. d**)) dem Whistleblower Anonymität zusichern.<sup>164</sup> Einem anonymen Hinweis wird jedoch regelmäßig weniger Glaubwürdigkeit geschenkt als einem offenen.<sup>165</sup>

Dadurch, dass der Ombudsmann dem Whistleblower zudem Vertraulichkeit verspricht<sup>166</sup>, kann diese Hinweiserteilung zugleich als vertrautes Whistleblowing angesehen werden. Hier sind die Hinweisgeber zwar gezwungen ihre Identität gegenüber dem Ombudsmann zu offenbaren, diese bleibt jedoch nur unter ihnen.<sup>167</sup>

#### **4. Arten von Hinweisgebersystemen und deren Vor- und Nachteile**

Es gibt grundsätzlich verschiedene Weisen, auf die sich ein System des Hinweisgebens umsetzen lässt. Zu unterscheiden sind die sechs folgenden Arten.

##### **a) Telefon-Hotlines und Callcenter**

Bei der Telefon-Hotline stellt die Unternehmung eine Telefonnummer zur Verfügung, an welche sich MA kostenlos wenden können, wenn sie einen Verdacht auf unmoralisches oder ähnliches Verhalten im Unternehmen haben.<sup>168</sup> Ein geschulter Ansprechpartner nimmt den Hinweis entgegen und notiert ihn. Dies geschieht heutzutage häufiger auf Basis des Outsourcings. Die Ansprechpartner, die sich hinter der Hotline verbergen, sind extern Beschäftigte. Eine intern umgesetzte Telefon-Hotline ist jedoch ebenfalls denkbar. Die Schwierigkeit bei einer solchen Hotline ist es eine überaus hohe Erreichbarkeit für den Hinweisgeber bereitzustellen, da dieser oftmals resignieren kann, wenn er beim ersten Anlauf keinen Ansprechpartner erreicht. Ein weiterer wichtiger Aspekt, der einzuhalten ist, ist die Gewährleistung verschiedensprachiger Ansprechpartner. Dies ist v. a. dann notwendig, wenn das Unternehmen international ausgerichtet ist. Für die Erreichbarkeit sind dann wiederum die verschiedenen Zeitzonen zu beachten.

Die letzten beiden Aspekte, die eine Schwierigkeit bei der Bereitstellung von Telefon-Hotlines darstellen, können durch Callcenter gänzlich erreicht werden.<sup>169</sup> Diese Einrichtung verlangt eine Vielzahl von Ansprechpartnern und deren umfangreiche Schulung. Meistens geschieht das Vorgehen wie folgt: Der Hinweis wird protokolliert. Im Zuge dessen werden

<sup>161</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 30, S. 178.; Darauf aufbauend auch: *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (17).

<sup>162</sup> Vgl. *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 70.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 439.

<sup>163</sup> Vgl. *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 440.

<sup>164</sup> Vgl. ebd.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 30.

<sup>165</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 180.

<sup>166</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 178.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 444.

<sup>167</sup> Vgl. *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (17).; *Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 70.

<sup>168</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: *Briegel*, S. 176.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 443.

<sup>169</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 443.; Ähnlich in: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 194.

weitere Fragen gestellt und ebenfalls in das Protokoll aufgenommen. Danach bekommt der Hinweisgeber ein Kennwort, das er bei Bedarf einer erneuten Kontaktaufnahme nutzen kann. Zu guter Letzt wird der Hinweis an das Unternehmen weitergeleitet. Allerdings trägt das erste Gespräch bei beiden Modellen eine überaus hohe Relevanz, denn nur dann ist die Erlangung weiterer Informationen mit Sicherheit gewährleistet. Denn lediglich der Whistleblower trägt die Kontrolle über eine zweite Kontaktaufnahme mit dem Callcenter. Aufgrund der Tatsache ist ein intensiv geschultes Personal das A und O. Andererseits sprechen beide Systeme viele Whistleblower aufgrund der geringen Voraussetzungen und der Anonymität an.

#### **b) Briefkasten**

Das Briefkasten-Modell ermöglicht es dem Hinweisgeber seinen Hinweis zu jeder beliebigen Zeit verfassen und abgeben zu können.<sup>170</sup> Ein Problempunkt ist hierbei aber die Erreichbarkeit, da die Briefe nicht immer bei dem richtigen Adressaten ankommen und auf dem Weg vielen unbeteiligten Personen in die Hände geraten. Eine Eingrenzbarkeit des Hinweisgegenstandes ist zudem nicht wirklich kontrollierbar. Der Whistleblower kann seinen Brief zu jedem beliebigen Inhalt verfassen. Dieser Umstand kann nur nachträglich kontrolliert werden, indem die Briefe mit ungewünschtem Inhalt aussortiert werden. In Rahmen dieser Modalität kann sich der Whistleblower außerdem entscheiden, ob er den Brief anonym abgeben oder seine Identität preisgeben möchte. Problematisch bei ersterer Variante ist allerdings, dass der Hinweisgeber bei Fragen nicht kontaktiert werden kann. Es besteht lediglich die Möglichkeit, dass er sich selbst erneut meldet.

#### **c) E-Mail**

Der E-Mail-Verkehr ist eine weitere Möglichkeit über aufgetretene Fehlverhalten oder Straftaten im Unternehmen zu kommunizieren. Diese Methode bewährt sich aufgrund ihrer zeitlich, sowie örtlichen Verfügbarkeit.<sup>171</sup> Meist wird der Absender durch technische Schritte anonymisiert. Doch auch hierbei kann die Unternehmung, wie beim Brief, mit dem Hinweisgeber nicht mehr in Dialog treten, um z. B. Unklarheiten bezüglich des Hinweises zu klären.

#### **d) Ombudsmann**

„Im Unternehmen [...] ist der Ombudsmann oder die Ombudsfrau eine unabhängige Vertrauensperson für Beschwerden“<sup>172</sup> Meist handelt es sich um Rechtsanwälte, welche als Ansprechpartner für Hinweisgeber dienen.<sup>173</sup> Ein großer Vorteil des Vier-Augen-Gesprächs liegt in der Dialogfähigkeit. Hierdurch kann sich der Ombudsmann vom Hinweisgeber direkt ein Bild verschaffen und evtl. einschätzen, ob dieser aus uneigennütigen Gründen handelt. Des Weiteren kann er zu einem späteren Zeitpunkt weitere Aspekte erfragen. Mit einem unerwünschten Hinweisgegenstand ist zudem nicht zu rechnen, da der Ombudsmann auf Basis seiner juristischen Kenntnisse zur Filterung fähig ist. Bei Hinweisen, die im Interesse des Unternehmens liegen, leitet der Ombudsmann diese nach dem Gespräch weiter, die Übrigen sortiert er aus.

Ein weiteres wichtiges Kriterium hierbei ist, dass der Ombudsmann zum Schweigen verpflichtet ist.<sup>174</sup> Somit kann eine Vertrauensbasis zwischen ihm und dem Whistleblower hergestellt werden.<sup>175</sup> Dadurch ist grundsätzlich auch weniger Abneigung zur Hinweiserteilung

<sup>170</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 442.

<sup>171</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 443 f.; Ähnlich in: Briegel, S. 176.

<sup>172</sup> Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 444.

<sup>173</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 444.

<sup>174</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 324.; Briegel, S. 175.

<sup>175</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 444.

in einem persönlichen Gespräch, welches eben nicht auf anonymer Basis stattfindet, gegeben.<sup>176</sup> Der Whistleblower wird demzufolge durch die Geheimhaltung des Hinweises motiviert ins Vier-Augen-Gespräch zu treten. Auf der anderen Seite können Hinweise direkt auf Richtigkeit überprüft, Lücken gefüllt und unerwünschte Hinweisgegenstände aussortiert werden. Dies stellt eine Win-Win-Situation für beide arbeitsvertraglichen Parteien dar.

Kritisiert wird allerdings die Erreichbarkeit, die sich, wie bereits oben erläutert, auch negativ auf die Bereitschaft der Hinweiserteilung des Whistleblowers auswirken kann. Besonders wenn die Unternehmung viele internationale Niederlassungen hat, stellt sich eine örtliche Erreichbarkeit eines externen Ombudsmannes als sehr schwierig dar.<sup>177</sup> Würde andererseits für jede Niederlassung ein interner Ombudsmann zur Verfügung stehen, bedeute dies hohe Kosten für das Unternehmen. Auch zeitlich gesehen, ist der Ombudsmann nicht jeden Tag 24 Stunden lang zu erreichen, was bei anderen Systemen hingegen der Fall ist.<sup>178</sup> Zudem ist zu nennen, dass manche potenzielle Hinweisgeber sich dennoch davor scheuen in ein persönliches Gespräch mit einer unbekanntenen Person zu treten.<sup>179</sup> In diesem Zusammenhang gilt es jedoch sich vor Augen zu führen, dass eine extern beauftragte Person bei der Hinweisaufnahme neutraler erscheint als bspw. der Aufsichtsrat oder der Vorstand.

#### e) Internetgeschützte Systeme

Bei den Internetgeschützten Systemen wird ein Meldeprozess entworfen, der den Hinweisgeber durch die wichtigsten Fragen führt.<sup>180</sup> Die Meldung erfolgt auf anonymer Basis. Dennoch ist es möglich dem Hinweisgeber Rückfragen oder Informationen zum Bearbeitungsstand zu schicken, die er einsehen und auf die er Antworten kann. Vorteilhaft ist hierbei die Dialogfähigkeit, die von beiden Seiten ausgehen kann und die gleichzeitige Gewährleistung der Anonymität des Whistleblowers. Diese wird durch Verschlüsselungstechniken umgesetzt. Außerdem ist das System zu jeder Zeit und von überall erreichbar, es ist nur ein entsprechendes Endgerät notwendig. Die Sprachvorkehrungen sind änderbar. Grundsätzlich kann eine Eingrenzung von meldefähigen Themen durch Tools in Form von Filterung erfolgen. Den einzigen Kritikpunkt an diesem System stellt die Vertrauenslosigkeit mancher potenzieller Hinweisgeber gegenüber dem Internet und damit einhergehend der Sicherung der Anonymität dar.

Abschließend ist zu sagen, dass die Arten von Hinweisgebersystemen durchaus kombinierbar sind und dieses Vorgehen auch praktiziert und in der Literatur empfohlen wird.<sup>181</sup> Dies ist der Fall, da die Motivation der Hinweisgeber größer ist, sofern verschiedene Modelle angeboten werden, weil damit auch auf individuelle Präferenzen der Personen eingegangen wird.<sup>182</sup> Zum anderen können Nachteile, die dem einen Modell entspringen durch ein anderes Modell ggf. ausgeglichen werden. Da das Internetbasierte System grundsätzlich alle Nachteile, die bei den alternativen Modellen bestehen, in Vorteile umwandelt<sup>183</sup>, ist v. a. dieses für die Implementierung empfehlenswert.<sup>184</sup> Andererseits wird vermehrt der Ombudsmann empfohlen.<sup>185</sup> Wie bereits erwähnt, stehen manche Personen dem Internet jedoch

<sup>176</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 324.; Briegel, S. 172.

<sup>177</sup> Vgl. auch zum vorherigen Satz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 444.

<sup>178</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 194.

<sup>179</sup> Vgl. auch zum nachfolgenden Satz: Briegel, S. 172.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 168.

<sup>180</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 445.

<sup>181</sup> Vgl. Maschke/ Pütz/ Waclawczyk, S. 93.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 31.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 452.

<sup>182</sup> Vgl. ebd.

<sup>183</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 445.

<sup>184</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 452.

<sup>185</sup> Vgl. Sänger, S. 163.; Schemmel/ Witzigmann/ Ruhmannseder, S. 170.; Schulz, S. 190 f.

kritisch gegenüber. Daher ist eine Kombination aus einem Internetgeschützten System und einem Ombudsmann zu befürworten<sup>186</sup>, da sich v. a. ältere MA ggf. mit der Technik nicht allzu gut auskennen und das persönliche Gespräch suchen.

Das Resultat ist u. a. dann vielversprechend, wenn potenzielle Hinweisgeber hinreichend Kenntnis über das System sowie das Verfahren haben. Dabei ist eine genaue Erläuterung des Vorgehens unerlässlich. Denkbar sind zudem auch Schulungen der MA.<sup>187</sup> Daraus sollte ersichtlich sein, dass eine weitere Mitarbeit des Hinweisgebers nach der Hinweiserteilung hilfreich ist, um dem Indiz weiter nachgehen zu können.<sup>188</sup> Basierend auf einem Mittelmaß von Regeln muss daher aus der Kommunikation der Unternehmung klar hervorgehen, dass die Nennung des Namens bei der Hinweiserteilung wünschenswert ist, eine anonyme Erteilung jedoch im Ausnahmefall ebenfalls akzeptiert wird.<sup>189</sup> Außerdem ist es von großer Bedeutung, dass Unternehmen potenziellen Whistleblowern, im Rahmen der Nutzung von Hinweisgebersystemen, einen Schutz vor arbeitsrechtlichen Sanktionen zusichern.<sup>190</sup> Anders könnte die anonyme Meldung schnell dazu ausgenutzt werden aus eigennützigen Motiven fehlerhafte Hinweise zu erfinden und zu erteilen.<sup>191</sup> Daher ist zum Ausdruck zu bringen, dass dem Hinweisgeber bei bewussten Falschmeldungen Sanktionen bevorstehen.<sup>192</sup>

## II. Derzeitige und künftige Rechtslage

Im zweiten Unterkapitel wird diskutiert, ob eine Gesetzgebung in Bezug auf Hinweisgebersysteme besteht. Sodann wird einen kurzen Überblick über den Sarbanes Oxley Act aus den USA geboten und erläutert, ob eine analoge Übertragung dieses Acts auf Deutschland möglich ist. Das Kapitel schließt mit einer Betrachtung der künftigen Rechtslage im Rahmen der EU-RL ab.

### 1. Gesetzgebung vorhanden?

Ob eine Gesetzgebung bereits vorhanden ist, die es Unternehmen vorschreibt ein Hinweisgebersystem zu implementieren, lässt sich schnell beantworten. Wie schon gesagt, gibt es weder eine Legaldefinition bezüglich des Whistleblowings noch des Hinweisgebersystems. Gesetzliche Regelungen zum Whistleblowing gibt es bislang ebenso wenig. Dies lässt schon erahnen, dass der deutsche Gesetzgeber noch keine Regelungen im Rahmen von Hinweisgebersystemen entwickelt hat. Insb. liegt keine Verpflichtung von Unternehmen zur Einrichtung eines solchen vor.<sup>193</sup>

<sup>186</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 452 f.; Allerdings ist zu betonen, dass es sich hierbei nur um Empfehlungen handelt und die Wahl letztendlich individuell ausfällt, da jedes Hinweisgebersystem von der Unternehmensgröße und Struktur abhängt, vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 170.

<sup>187</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 451 f.; Ähnlich in: Behringer/ Waldzus, S. 321 f. und bei: Dzida/ Granetzny, NZA 2020, 1201 (1205).

<sup>188</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 439.

<sup>189</sup> Vgl. Pittroff, S. 113.; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 71.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 178.; Schulz, S. 194.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 440.

<sup>190</sup> Vgl. Briegel, S. 101, S. 175.; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 70.

<sup>191</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 73.

<sup>192</sup> Vgl. ebd.

<sup>193</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 73, S. 315.; Der AG ist zwar gem. § 12 V i. V. m. § 13 AGG verpflichtet eine Beschwerdestelle einzurichten. Die Beschwerde wird jedoch insoweit eingeschränkt, dass eine Benachteiligung oder eine ungerechte Behandlung für den AN vorliegen muss. (s. § 2 II. 1. a))

## 2. Analoge Übertragung des Sarbanes Oxley Acts auf Deutschland?

In den USA genießen Whistleblower schon seit langer Zeit gesetzliche Regelungen. Diese erleichtern ihnen den Umgang mit dem Hinweis. Eine wichtige Regelung stellt im Zusammenhang mit den Hinweisgebersystemen der SOX<sup>194</sup> dar. Das US-Bundesgesetz wurde im Jahre 2002 erlassen.<sup>195</sup> Es ist aufgrund des Scheiterns eines Großkonzerns und anderer Großunternehmen durch Wirtschaftskriminalität oder fehlerhaftes Management entstanden.<sup>196</sup> Zu nennen sind beispielhaft Enron und Worldcom. Ziel dieser Regelung war es daher v. a. Finanzkriminalität in Unternehmen zu beseitigen. Besonders das verlorene Vertrauen der Anleger in die Bilanzen sollte wiederhergestellt werden, indem die unternehmerischen Prozesse auf mehr Kontrolle basieren und die Transparenz gesteigert werden sollte.

Sec. 301<sup>197</sup> regelt das Whistleblowing, in Bezug auf eine meldefähige Stelle im Unternehmen. Zur Überwachung von Rechnungs- und Finanzberichtswesen sowie Unternehmensabschlüssen soll danach ein Audit Committee (Prüfungsausschuss)<sup>198</sup> entstehen. Dieser Prüfungsausschuss wird in Sec. 301 (4) SOX dazu verpflichtet ein Hinweisgebersystem im Unternehmen zu implementieren.<sup>199</sup> Es soll potenziellen Whistleblowern ermöglichen, vertraulich oder anonym Meldungen abzugeben. Grundsätzlich steht dem Ausschuss aber offen wie er das System ausgestaltet. Der Hinweisgegenstand ist dabei jedoch dahingehend eingeschränkt, dass lediglich fragwürdige Praktiken hinsichtlich der Buchführung und der Bilanzprüfung entgegengenommen werden.

Da zuvor u. a. die grundlegenden Voraussetzungen des SOX dargelegt wurden, stellt sich die Frage, ob dieses Gesetz, insb. der Sec. 301 (4) SOX auch auf Deutschland analog übertragen werden kann. Der SOX findet auf alle „Issuer“, d.h. auf alle Emittenten Anwendung. (Sec. 2 (a) (7) SOX). Das bedeutet wiederum, dass diejenigen deutschen Unternehmen, welche an der SEC eingetragen sind und dort ihre Aktien notieren, ebenso, wie die amerikanischen börsennotierten Unternehmen, die Regelungen des SOX befolgen müssen.<sup>200</sup> Werden die Maßgaben des Sec. 301 (4) SOX von einem Unternehmen missachtet, kann dies zur Folge haben, dass die Börsennotierung durch die SEC zurückgezogen wird.<sup>201</sup> Daraus lässt sich schließen, dass alle anderen deutschen Unternehmen, die nichts mit der amerikanischen Börse zu tun haben, diese Vorschriften nicht befolgen müssen und deren Aufsichtsrat somit gem. Sec. 301 (4) SOX auch nicht verpflichtet ist ein entsprechendes

<sup>194</sup> Der SOX wurde nach zwei Männern benannt – dem Demokraten Paul Sarbanes und dem Republikaner Michael Oxley. Er ist in elf „Titles“, d.h. Abschnitte eingeteilt. Diese haben wiederum mehrere „Sections“ (Paragrafen), vgl. Behringer/ Grummer/ Kopka-Seeburg, S. 146.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 69 f.; Steigert, S. 54.

<sup>195</sup> Vgl. Briegel, S. 131.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 21 f.; Steigert, S. 54.

<sup>196</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Behringer/ Grummer/ Kopka-Seeburg, S. 145 f.; Briegel, S. 131.; Pütz/ Maschke, *Whistleblower-Netzwerk e.V.*, S. 65 f.

<sup>197</sup> Gesetzestext unter: <https://www.corporatecompliancepartners.com/klmbill2.html>.

<sup>198</sup> Dieser ist nicht gleichzusetzen mit dem Prüfungsausschuss des deutschen Aktienrechts gem. § 107 III 2 AktG. In den USA herrscht das „One-tier-System“, wohingegen in Deutschland das „Two-tier-System“ gilt. D.h. in Deutschland gibt es eine Trennung von Vorstand (Geschäftsführung) und Aufsichtsrat, was es in den USA nicht gibt. Im dualistischen System übernimmt gem. den Vorschriften der SEC (US-Börsenaufsichtsbehörde) der Aufsichtsrat die Implementierung des Hinweisgebersystems, vgl. Sängler, S. 115 f.

<sup>199</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: Behringer/ Grummer/ Kopka-Seeburg, S. 147, S. 319.; Briegel, S. 132.; Sängler, S. 94.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 71.; Steigert, S. 55.

<sup>200</sup> Vgl. Becker, S. 168.; Behringer/ Waldzus, S. 319.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 22, S. 72, S. 315.; Steigert, S. 59.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 446.; Ergänzend: Tochtergesellschaften, deren Muttergesellschaft an einer Börse in den USA notiert, sind auch zur Einhaltung der Vorschriften verpflichtet, vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 315.; Steigert, S. 61 f.

<sup>201</sup> Vgl. Briegel, S.172.; Steigert, S. 53.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 446.

Hinweisgebersystem einzurichten. Außerdem ist nochmal zu betonen, dass der Hinweisgegenstand bei dieser bestehenden Regelung sehr stark bezüglich des Finanzmarktes eingeschränkt ist und somit keine Meldungen von Missständen oder kollegialem Fehlverhalten in Unternehmen thematisiert.

### 3. Künftige Änderung der Rechtslage in Aussicht?

Da es bisher keine gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die Implementierung von Hinweisgebersystemen gibt und der Gebrauch des SOX auch nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich auf deutsche Unternehmen findet, gilt es im Folgenden herauszukristallisieren, ob in Zukunft eine Änderung in Aussicht ist.

Wie in **§ 2 I. 3.** angesprochen, basieren **Kap. 2 und 3** der neuen EU-RL auf dem Umgang mit Hinweisgebersystemen in Unternehmen.

Das **2. Kap.** thematisiert dabei die Implementierung von internen Hinweisgebersystemen. Danach werden juristische Personen des Privatrechts dazu verpflichtet ein solches System zu implementieren, ganz gleich welche Rechtsform sie besitzen und welcher Branche sie angehören. (Art. 8 I, IX RL (EU) 2019/1937) Es steht den Unternehmen jedoch frei, ob sie die internen Meldekanäle nur für AN freigeben, oder weitere, im persönlichen Anwendungsbereich genannte, Personen mit aufnehmen. (Art. 8 II RL (EU) 2019/1937) Kleinunternehmen sind von der Pflicht ausgenommen. Die Voraussetzung eines Kleinunternehmens liegt in der Beschäftigung von weniger als 50 Mitarbeitern. (Art. 8 III RL (EU) 2019/1937) Die Ausnahme tangiert allerdings grundsätzlich keine Finanzdienstleistungsunternehmen und solche Unternehmen, welche im starken Blickfeld von Wirtschaftsstraf-taten, wie Geldwäsche stehen. (Art. 8 IV, VII RL (EU) 2019/1937)

Eine neutrale Person oder Stelle, ist mit der Aufgabe, die Hinweise entgegenzunehmen zu betrauen. Das Hinweisgebersystem kann jedoch nicht nur intern durch eine Person oder Stelle implementiert, sondern auch durch einen externen Dritten zur Verfügung gestellt werden. (Art. 8 V, Art. 9 I c) RL (EU) 2019/1937) Ausgehend von dieser Aufgabenteilung müssen von der beauftragten Person oder Stelle Maßnahmen zu Beseitigung des Verstoßes gegen das Unionsrecht eingeleitet werden.<sup>202</sup> Weiterhin bleibt es den Unternehmen frei, welche Art von Meldesystemen sie in ihre Prozesse integrieren. Es muss jedoch gewährleistet werden, dass der Hinweisgeber die Auswahl zwischen einer schriftlichen -und/oder mündlichen und einer persönlichen Hinweiserteilung hat. (Art. 9 II RL (EU) 2019/1937) Bei letzterer Variante ist darauf zu achten, dass das Ersuchen innerhalb einer angemessenen Zeitspanne endet. Ein weiterer Tatbestand, der im Rahmen des Meldekanals erfüllt sein muss, ist die Gewährleistung von Vertraulichkeit. D.h. dem potenziellen Whistleblower muss es möglich sein seinen Hinweis in Form von vertrautem Whistleblowing zu erteilen. (Art. 9 I a) RL (EU) 2019/1937)

Daraufhin muss dem Hinweisgeber spätestens am siebten Tag nach Eingang der Meldung eine Bestätigung des Eingangs mitgeteilt werden. (Art. 9 I b) RL (EU) 2019/1937) Des Weiteren sollte der Whistleblower nach der Hinweiserteilung nicht gänzlich aus den Augen verloren werden, denn auch er ist an dem weiteren Vorgehen interessiert und wird auch nur weiter mit dem Hinweisempfänger kooperieren, wenn er von ihm auf den neusten Stand gebracht wird. Ein angemessener Zeitraum ist gem. Art. 9 I f) RL (EU) 2019/1937 gegeben, wenn eine Frist von maximal drei Monaten ab Eingangsbestätigung der Meldung eingehalten wird. Grundsätzlich sind die beauftragten Meldeempfänger, auch im Falle einer anonymen Meldung, dazu verpflichtet ordnungsgemäße Folgemaßnahmen zu treffen. (Art.

<sup>202</sup> Vgl. *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (20).

9 I d), e) RL (EU) 2019/1937) Dabei sind die Mitgliedstaaten befugt darüber zu entscheiden, ob sie anonyme Meldeverfahren einführen oder nicht. (Art. 6 II RL (EU) 2019/1937)

Das **3. Kapitel** geht auf externe Whistleblowing-Kanäle ein. Die einzelnen Mitgliedstaaten verpflichten sich durch die RL nämlich nicht nur dazu, dass Unternehmen einen internen Meldekanal implementieren, sondern müssen potenziellen Whistleblowern darüber hinaus gewährleisten, dass diese sich direkt oder nach der Nutzung eines internen Kanals an externe, zuständige Behörden wenden können. (Art. 10, 11 I RL (EU) 2019/1937) Grundsätzlich müssen die Unternehmen eine hinreichende Kommunikation, bezogen auf die Voraussetzungen und Verfahrensweisen, die an externe Meldungen gegenüber den zuständigen Behörden gestellt werden, gegenüber den MA sicherstellen. (Art. 9 I g) RL (EU) 2019/1937) Die Verfahrensweise muss dabei leicht verständlich beschrieben werden.

Die zuständigen Behörden bedürfen ebenfalls einer entsprechenden Aufgabenverteilung zur Entgegennahme von Hinweisen und Einleitung von Maßnahmen. (Art. 12 IV b) RL (EU) 2019/1937) Die Unternehmen haben dies bei den zuständigen Behörden zu überprüfen. Auch die Kommunikation der Meldekanäle durch die beauftragten, geschulten Personen an diejenigen, die zur Hinweiserteilung berechtigt sind, sowie eine Wiederkontaktaufnahme mit einem Hinweisgeber müssen gewährleistet werden. (Art. 12 IV a), c), V RL (EU) 2019/1937) Bei der Umsetzung ins nationale Recht ist ebenfalls zu beachten, dass die zuständigen Behörden die Voraussetzungen für den Schutz, bei Nutzung der Meldekanäle, auf ihrer Website veröffentlichen. (Art. 13 a) RL (EU) 2019/1937) Diese Thematik muss durch einen gesonderten Bereich auf der Website leicht ersichtlich sein. Zudem müssen dort jegliche Kontaktdaten hinterlegt sein. (Art. 13 b) RL (EU) 2019/1937) Überdies ist über die Website verständlich zu kommunizieren, wie mit den Meldekanälen zu verfahren ist, dass diese grundsätzlich auf Vertraulichkeit basieren und wie der weitere Ablauf nach der Entgegennahme des Hinweises ist. (Art. 13 c), d), e) RL (EU) 2019/1937) Ein weiterer wichtiger Aspekt, der der Umsetzung bedarf, ist die Klarstellung, dass alle folgenden Repressalien, die möglicherweise auf den Hinweisgeber zukommen, abgewehrt werden. (Art. 13 f) RL (EU) 2019/1937) Der Website muss zudem eine Erklärung beigefügt werden, die beschreibt, unter welchen Voraussetzungen auch eine Meldung von geheimhaltungspflichtigen Informationen keine Haftung nach sich zieht. (Art. 13 g) RL (EU) 2019/1937)

Die Mitgliedstaaten haben dabei auf folgende Dinge zu achten. Erstens, dass die Behörden unabhängige, externe Hinweisgebersysteme implementieren. (Art. 11 II a) RL (EU) 2019/1937) Zweitens, dass sie ebenfalls eine Empfangsbestätigung innerhalb von sieben Tagen an den Hinweisgeber schicken, es sei denn, dies würde den Identitätsschutz des Hinweisgebers stören. (Art. 11 II b) RL (EU) 2019/1937). Die Personen, die zur Entgegennahme der Hinweise verantwortlich werden, müssen auch hier in gewisser Zeit an den Whistleblower treten, um ihn über den Stand der Dinge zu unterrichten. (Art. 11 II d) RL (EU) 2019/1937) Genauer gesagt, ist dem Whistleblower das konkrete Ergebnis der Ermittlungen zu nennen. Der Zeitraum ist hierbei in besonderen Fällen um drei Monate erweiterbar, sodass maximal nach sechs Monaten eine Rückmeldung erforderlich ist. Entsprechend den Vorgaben an die interne Implementierung solcher Systeme, müssen auch die Behörden ordnungsgemäße Folgemaßnahmen zur Behebung einleiten. (Art. 11 II c) RL (EU) 2019/1937) Stellt sich nach rechtmäßiger Prüfung heraus, dass der Hinweis bagatellmäßig ist, so muss die zuständige Behörde keine Maßnahmen ergreifen und hat dies dem Hinweisgeber zu erklären. (Art. 11 III RL (EU) 2019/1937) Die Mitgliedsstaaten sind allerdings nicht gezwungen eine solche Norm ins nationale Recht aufzunehmen.

Zu guter Letzt haben auch die Behörden im Rahmen der Implementierung externer Meldekanäle einige Voraussetzungen gem. Art. 12 der RL zu beachten. Sie müssen ebenfalls

die Vertraulichkeit, und zudem die Vollständigkeit und Integrität der Informationen sicherstellen. (Art. 12 I a) RL (EU) 2019/1937) Der Hinweisgeber muss hier die Wahl zwischen einer schriftlichen, mündlichen und persönlichen Erteilung haben. (Art. 12 II RL (EU) 2019/1937) Alle Meldungen sind dabei einer dauerhaften Speicherung zu unterziehen. (Art. 12 I b) RL (EU) 2019/1937)

## § 4 Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen bezogen auf das Arbeitsverhältnis

Da in den vorherigen Kapiteln alle Grundlagen erfasst wurden, gilt es in diesem Kapitel die Thematik dieser Arbeit „**Whistleblowing – Chancen & Risiken von Hinweisgebersystemen aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebersicht**“ wieder aufzugreifen und analytisch zu untersuchen, welche Chancen sowie Risiken von Hinweisgebersystemen sich im Arbeitsverhältnis ergeben können. Dabei unterteilt sich die Untersuchung zum einen in die beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses, nämlich den AG und AN, und zum anderen in die Unterhaltung eines -oder keines Hinweisgebersystems.

### I. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht ohne Hinweisgebersystem

Zu Beginn wird die Sicht des Arbeitgebers auf das Whistleblowing ohne ein bestehendes Hinweisgebersystem im Unternehmen dergestalt erläutert, dass zunächst die positiven, dann die negativen Auswirkungen thematisiert werden.

#### 1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen

Das Whistleblowing kann auch ohne das Bestehen eines Hinweisgebersystems attraktiv für Unternehmen sein. Außerdem können Kosten und Aufwand eingespart werden.

##### a) Potenzial von Whistleblowing

Das Whistleblowing kann in Unternehmen als Potenzial angesehen werden, da es einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung liefert. (s. **§ 3**) Durch das Aufdecken von Wirtschaftsstraftaten im Unternehmen kann die Geschäftsleitung außerdem schnell reagieren und versuchen einen daraus entstehenden Schaden noch rechtzeitig abzuwenden oder diesen zumindest zu begrenzen.

Gerade MA eines Unternehmens können durch das Agieren miteinander auf solche Hinweise stoßen. Als Stakeholder eines Unternehmens stehen sie damit in Verantwortung derartige Risiken zu vermeiden. (s. **§ 2 II. 1 a**) Wie sich noch zeigen wird (s. **§ 4 III. 1. a**), ist dies beinahe der einzige Weg, wie Wirtschaftskriminalität in Unternehmen ans Licht kommen kann.<sup>203</sup>

2017 zeigte das Globale-Korruptionsbarometer durch eine weltweite Umfrage von Transparency International, dass 57 % der Menschen meinen, die Regierung sei nicht in der Lage die Korruption zu bekämpfen.<sup>204</sup> Deutschland hält an dieser Meinung zu 31 % fest.<sup>205</sup> In den Jahren 2010 und 2011 glaubten ganze 76 % in Deutschland daran.<sup>206</sup> Mit den Jahren

<sup>203</sup> Vgl. Kreis, S. 29.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 75.

<sup>204</sup> Vgl. Transparency International, o. S.

<sup>205</sup> Vgl. ebd.

<sup>206</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 304.

ist demnach eine positive Entwicklung festzustellen, dennoch ist fast ein Drittel der deutschen Bevölkerung skeptisch hinsichtlich der Bemühungen der Regierung. Hierdurch wird deutlich, dass das Potenzial von Hinweisgebern zum Aufdecken von Korruption und anderen Straftaten in Unternehmen genutzt werden sollte.

Doch dieses Potenzial wird selten ausgeschöpft, weil Unternehmen weiterhin von dem Begriff Denunziantentum geprägt sind und sich hierdurch nicht auf das Whistleblowing einlassen wollen. (s. **§ 2 I. 2. a**) Daher wird Mitarbeitern durch herrschende Rechtsprechung häufig vermittelt<sup>207</sup>, dass ein solches Verhalten nicht auf Akzeptanz stößt und als illoyal angesehen wird, was potenzielle Whistleblower schließlich davon abhält Hinweise zu erteilen.

Überdies ist nicht zu leugnen, dass es Unternehmen gibt, die keine guten Absichten verfolgen und versuchen Straftaten, die in ihrem Betrieb herrschen, vorsätzlich zu verschleiern. Dies ist insb. dann der Fall, wenn sie einen Vorteil aus der Verschleierung eines Missstandes oder einer Straftat ziehen z. B., indem durch die Straftat Kosten eingespart oder höhere Gewinne erzielt werden oder aufgrund des Missstandes eine zunehmende Produktivität erreicht wird, was für Außenstehende ein besseres Bild abgibt. (s. **§ 2 II. 2. b**) Bei solchen Straftaten oder Ähnlichem ist es im Interesse der beteiligten Person oder Personengruppe, dass kein Hinweisgebersystem besteht, welches es potenziellen Whistleblowern ermöglicht die Straftat sanktionslos zu melden (s. **§ 3 I. 4.**). Denn bestünde ein solcher Kanal, würden MA, die von den Machenschaften erfahren haben, viel weniger davor scheuen mit der Information zum Vorgesetzten oder an externe Dritte vorzudringen.<sup>208</sup>

#### **b) Ersparnis von Kosten und Aufwendungen**

Kosten spielen bei Unternehmen zweifelsohne immer eine wichtige Rolle. Für die Implementierung von Hinweisgebersystemen bedarf es allenfalls eines gewissen Budgets. Jedoch sind die Kanäle von der Unternehmensgröße und Struktur abhängig. (s. **§ 3 I. 4.**) Angesichts dessen muss jedes Unternehmen seine individuellen Präferenzen hinsichtlich der Art des Hinweisgebersystems vorerst ermitteln, bevor eine Berechnung der Kosten möglich ist.

Es ist anzunehmen, dass kleinere Unternehmen sodann ein weniger ausgeprägtes System für ihre MA benötigen, wohingegen große Unternehmungen, die evtl. auch noch international ausgerichtet sind, mehrere Systeme an verschiedenen Standorten etablieren, sowie mit großer Wahrscheinlichkeit zu mehreren Modellen greifen müssen, um die Nachfrage ihrer MA entsprechend decken zu können.

Außerdem verursacht z. B. ein Callcenter, durch den hohen Personalaufwand und die umfangreichen Schulungen mehr Kosten als eine alleinige Person, die intern mit der Hinweisentgegennahme beauftragt wird. Demnach kann nicht pauschal gesagt werden, wie viele Kosten Unternehmen einsparen könnten.

Mit Kosten hängt immerzu ein gewisser Aufwand zusammen. Durch die Einrichtung eines internetbasierten Hinweisgebersystems könnte dieser z. B. minimal gehalten werden.<sup>209</sup> Andere Arten von Hinweisgebersystemen sind durchaus mit mehr Aufwand verbunden. Es kommt also auch hierbei auf die Meldekanäle an, welche das Unternehmen einrichten möchte.

<sup>207</sup> Vgl. BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).

<sup>208</sup> Diese Meinung vertritt auch: *Briegel*, S. 91, S. 153.

<sup>209</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 451.

Es stellt sich letztendlich, für jedes Unternehmen individuell, immer die Frage, ob sich die Kosten und der Aufwand im Laufe der Zeit amortisieren. Dies ist der Fall, wenn der Nutzen eines solchen Systems, die Kosten überwiegt.

## **2. Negative Auswirkungen für das Unternehmen**

Doch ohne die Implementierung von Hinweisgebersystemen können dem Unternehmen beträchtliche Nachteile entstehen. Es kann sich nicht nur auf dessen Position im Wettbewerb auswirken, sondern auch finanzielle Folgen mit sich ziehen.

### **a) Schädigung der Reputation durch externes Whistleblowing**

Eine dieser negativen Auswirkungen spiegelt sich in der Schädigung des Images wider, welche besonders durch externes Whistleblowing hervorgerufen wird.<sup>210</sup> Wie im arbeitsrechtlichen Teil erläutert, hat der AN gegenüber dem AG zwar Rücksichtnahmepflichten aus § 241 II BGB einzuhalten, welche u. a. die Sicherstellung des Images inkludieren. Doch nicht jeder Whistleblower hält sich an diese Nebenpflicht, da ihm die Kenntnis der Öffentlichkeit über diese Taten wichtiger erscheinen mag, als dass er seinen Arbeitsplatz mit hoher Wahrscheinlichkeit verliert. (s. **§ 2 I. 2. b)**) Durch die Offenbarung eines Fehlverhaltens gegenüber der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder der Presse kann der AG nicht verhindern, dass die Information an die Allgemeinheit gerät und sich immer weiter, durch Mundpropaganda, verbreitet. Die Menschen bilden sich ihre eigene Meinung über den Vorfall oder lassen sich von anderen beeinflussen. Mit der Zeit entsteht Misstrauen gegenüber dem Unternehmen, vielleicht sogar eine vollständige Abwendung von diesem.

Die Reputation sinkt jedoch nicht nur gegenüber potenziellen Kunden. Die öffentliche Bekanntmachung erfasst zudem, weitere Stakeholder, wie z. B. Lieferanten und MA.<sup>211</sup> Eine Studie hat in diesem Zusammenhang im Jahr 2008 belegt, dass bei der Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität 68 % der involvierten Unternehmen eine Schädigung der Reputation oder der Beziehung zu geschäftlichen Partnern verzeichneten.<sup>212</sup> Damit einhergehend wurde in manchen Fällen auch der Betriebsfrieden beschädigt<sup>213</sup>, da die Kollegen, aufgrund des Loyalitätsbruches des Whistleblowers, in ihrem Vertrauen verletzt wurden und dadurch eine Atmosphäre des Misstrauens entstand.<sup>214</sup>

An diesem Punkt ist aber daran zu erinnern, dass auch internes Whistleblowing eine Störung hinsichtlich des Betriebsfriedens hervorrufen kann.<sup>215</sup>

Aufgrund eines solchen Reputationsverlustes ist damit zu rechnen, dass die Kreditwürdigkeit des Unternehmens sinkt und anstehende Investitionen scheitern.<sup>216</sup> Somit ist nicht zu verkennen, dass insb. externes Whistleblowing nicht im Interesse des Arbeitgebers liegt und verhindert werden soll.

### **b) Finanzieller Schaden & Fehleinschätzung der Gefahr**

Der finanzielle Schaden ist in der Wirtschaft besonders bei kriminellen Machenschaften ein spürbarer Preis. Das BKA stellte aufgrund eines Bundeslagebildes fest, dass es in Deutschland im Jahr 2017 insgesamt 74.070 Fälle von Wirtschaftskriminalität gab. (s. **§ 2 I. 1. c)**) Betrug ist dabei ganz oben gelistet. Aufgrund eines Dunkelfelds ist außerdem von weitaus mehr Fällen auszugehen. Für Unternehmen kann eine Aufdeckung dieser Wirtschaftsstraftaten gravierende Folgen mit sich ziehen.

<sup>210</sup> Vgl. Behringer/ Fissenewert, S. 70.; Briegel, S. 83.; Hunziker, FS 2007, 163 (166).

<sup>211</sup> Vgl. Behringer/ Fissenewert, S. 70.; Schemmel/Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 80 f., S. 138.

<sup>212</sup> Vgl. Janke, ZRFG 2008 (3), 174 (174).

<sup>213</sup> Vgl. ebd.

<sup>214</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S 26.

<sup>215</sup> Vgl. Briegel, S. 72.

<sup>216</sup> Vgl. Behringer/ Fissenewert, S. 70.

Eine Studie von PwC untersuchte im Jahr 2016, anhand einer Befragung von 720 Unternehmen, u. a. die monetären Auswirkungen von Wirtschaftskriminalität. Dabei ergab sich, dass 57 % der befragten Unternehmen von Wirtschaftskriminalität betroffen waren. Laut dieser Studie verzeichneten Großunternehmen mit mehr als 10.000 Mitarbeitern, die betroffen waren, im Durchschnitt Schadenssummen in Höhe von 4,44 Mio. € je Unternehmen. Der durch Wirtschaftskriminalität verursachte Preis, den mittelständische Unternehmen mit 5.000 bis 10.000 Mitarbeitern zu zahlen hatten, lag im Schnitt bei 1,69 Mio. € je Unternehmen. Doch auch kleinere Unternehmen sind von Wirtschaftskriminalität betroffen. So verzeichneten solche, die 1.000 bis 4.999 MA beschäftigten, durchschnittlich 0,89 Mio. € und diejenigen, die lediglich 500 bis 999 MA eingestellt hatten, im Schnitt 0,15 Mio. € Schadenssummen je Unternehmen. (**Abb. 4**)

Vorangegangenes impliziert, dass den Unternehmen, besonders im Rahmen von externem Whistleblowing, ein massiver finanzieller Schaden entstehen kann.<sup>217</sup> Daher stellt sich die Frage, ob die Implementierung eines Hinweisgebersystems daran etwas ändern kann. Ohne einen solchen Kanal gibt es allenfalls regelmäßig AN die sich gegen das interne Whistleblowing entscheiden und ihren Hinweis an Behörden oder die Presse weitergeben.

Dazu kommt, dass die Unternehmen diesen massiven Schaden oftmals falsch einschätzen. 2008 belegte die Kreditversicherung AG Euler Hermes, dass die Unternehmen zu sechzig prozentiger Wahrscheinlichkeit von ihren eigenen Mitarbeitern hintergangen wurden, da die kriminellen Machenschaften von ihnen ausgingen.<sup>218</sup> Ein Viertel wurde außerdem von Mitarbeitern verursacht, die Führungskompetenzen besaßen. Diese nutzten ihre Kompetenz aus, um einen Betrug hinsichtlich Bilanzen durchzuführen oder aber fremdes Vermögen zu missbrauchen (Veruntreuung).<sup>219</sup> Der Schaden ist insb. dann ausschlaggebend, wenn er von Personen in Führungspositionen verursacht wird.<sup>220</sup>

Unternehmen können auch noch weitaus andere Risiken treffen, wie z. B. durch Fehlentscheidungen des Managements.<sup>221</sup> Der Unterschied zwischen diesen betriebswirtschaftlichen Risiken und denjenigen, die aufgrund von Wirtschaftskriminalität entstehen, ist jedoch, dass die ersteren meist kalkulierbar sind und z. B. durch Versicherungen beschränkt werden können. Kriminelle Machenschaften hingegen sind weder zeitlich bestimmbar noch messbar.

Abschließend ist wiederholt zu erwähnen, dass Unternehmen, die zu Unrecht beschuldigt werden, durch externes Whistleblowing, unglücklicherweise ein genauso großer Schaden, hinsichtlich der Reputation, droht. (s. **§ 2 I. 2. a**))

## **II. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht ohne Hinweisgebersystem**

Die folgende Betrachtung zielt darauf ab, dass sich der Leser in die positiven sowie negativen Auswirkungen für den Hinweisgeber, ohne die Implementierung eines Hinweisgebersystems, hineinversetzen kann.

<sup>217</sup> Diese Meinung vertritt auch: *Briegel*, S. 78.

<sup>218</sup> Vgl. Euler Hermes, S. 17, zit. nach: Behringer/ *Fissenewert*, S. 71.

<sup>219</sup> Vgl. ebd.

<sup>220</sup> Vgl. Behringer/ *Fissenewert*, S. 71.

<sup>221</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 80.

## 1. Positive Auswirkungen für den Whistleblower

Das Whistleblowing kann auch, ohne ein bestehendes Hinweisgebersystem im Unternehmen, einen positiven Einfluss auf den Hinweisgeber nehmen.

### a) Bereinigung des Gewissens

Zu nennen ist in erster Linie, dass der Whistleblower durch die Meldung zunächst eine Erleichterung erfährt. Denn die Zeit, in der er sich im Abwägungsprozess befindet (s. **§ 2 I. 1. e)**), kann lange andauern. Auf der einen Seite denken potenzielle Hinweisgeber, dass es ihre Pflicht ist den Missstand o. Ä. zu melden, um insb. finanzielle und strafrechtliche Konsequenzen im Sinne des Unternehmens abzuwenden. (s. **§ 2 II. 1 a)**) Auf der anderen Seite quält sie jedoch der Gedanke, dass sie sich gegenüber ihren Kollegen und dem AG illoyal verhalten, weshalb ihnen massive Repressalien drohen können, wobei sie im schlimmsten Fall sogar ihren Arbeitsplatz verlieren. (s. **§ 2 II. 2.)**)

Dazu kommt, dass die Gesetzeslage im Falle von Whistleblowing bis dato ungeklärt ist<sup>222</sup>, sodass der potenzielle Hinweisgeber seine Entscheidung nicht, anhand rechtlicher Aspekte, abwägen kann. Er kann nur auf Basis alter Rechtsprechungen erahnen, was ihm bevorsteht.<sup>223</sup> Whistleblower sind jedoch überwiegend Menschen mit Zivilcourage, die der Öffentlichkeit kein unmoralisches Verhalten vorenthalten und zudem einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung leisten wollen. (s. **§ 2 I. 2. b)**)

An dieser Stelle sei nochmal verdeutlicht, dass es umso wichtiger ist, dass die Mitgliedstaaten der EU in näherer Zukunft ihrer Umsetzungsverpflichtung aus der neuen EU-RL nachgehen, damit der Schutz für Whistleblower beständig und damit einhergehend die Abwägung für potenzielle Whistleblower vereinfacht wird.

### b) Dankbarkeit der Öffentlichkeit

Wie bereits zu Beginn der Arbeit beschrieben, hat sich die Öffentlichkeit in den letzten Jahren für die Thematik des Whistleblowings sensibilisiert (s. **§ 2 I. 2. b)**). Daraus entwickelte sich der Whistleblowing-Preis, der an besonders mutige und selbstlose Personen vergeben wird.

Es ist anzunehmen, dass der Dank der Öffentlichkeit das Letzte ist was dem Whistleblower bleibt, wenn er aufgrund der Hinweiserteilung bereits seinen Arbeitsplatz verloren hat und weitere Repressalien, wie z. B. die Abwendung von Freunden und Kollegen, vielleicht sogar eine Rufschädigung vor neuen Arbeitgebern erfahren hat. Der Zuspruch der Öffentlichkeit ist daher wichtig, damit dem Hinweisgeber deutlich wird, dass er dennoch richtig gehandelt hat. Andernfalls kann eine starke psychische Belastung das Resultat sein.<sup>224</sup>

Hierbei lässt sich beobachten, dass es für Hinweisgeber sehr belastend ist, eine Entscheidung, hinsichtlich des Verfahrens mit der Insiderinformation, treffen zu müssen. Anfangs zeigt sich zwar eine Erleichterung, doch meist hält dieser bereinigende Moment nicht lange an, da ihnen Vergeltungsmaßnahmen drohen. In dieser Zeit bietet öffentlicher Beistand eine Stütze.

## 2. Negative Auswirkungen für den Whistleblower

Ohne ein funktionstüchtiges Hinweisgebersystem im Unternehmen ist die Offenlegung von Hinweisen ebenfalls mit zahlreichen Risiken verbunden.

<sup>222</sup>Vgl. ndcompliance-Redaktion, 21003 (21003).

<sup>223</sup> Vgl. BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).

<sup>224</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 87.

### a) Angst vor der Meldung

Nestbeschmutzer oder Verräter sind gängige Beleidigungen, die sich ein Whistleblower, nach der Hinweiserteilung, von seinen Kollegen und seinem AG anhören muss. Dies ist der Fall, da aus Unternehmenssicht vermehrt der Begriff des Denunziantentums synonym mit Whistleblowing benutzt wird. Denn AG und Kollegen sehen in der Aufdeckung eine Pflichtverletzung hinsichtlich der Loyalität. Damit einhergehend wird eine Störung des Betriebsfriedens wahrgenommen.<sup>225</sup>

Aufgrund dessen befindet sich der potenzielle Whistleblower in einem Zwiespalt zwischen Offenlegung und Schweigen. Dies ist der Fall, weil eine klare Einschätzung der Rechtsfolgen für ihn nicht möglich ist, da de lege lata kein Schutzgesetz o. Ä. für Whistleblower besteht.<sup>226</sup> Das Ganze hat zur Folge, dass das Potenzial von Whistleblowern (s. **§ 4 I. 1. a)**) nicht vollumfänglich ausgeschöpft werden kann.

Zumal ist es so, dass der Hinweisgeber durch vergleichbare Rechtsurteile, bei denen zugunsten des Arbeitgebers entschieden wurde, zunehmend verunsichert wird.<sup>227</sup> Käme es zu Verhandlungen, so würde der Whistleblower die Beweislast darüber tragen, dass die Anzeige seinem AG keinen Schaden zufügen sollte.<sup>228</sup> Dies wird sich in Zukunft mit der Umsetzung der EU-RL ändern. Dann soll dem Whistleblower ein faires Gerichtsverfahren entgegenstehen, bei welchem insb. seine Unschuldsvermutung beachtet wird. (s. **§ 2 I. 3.)**)

Somit befindet sich der potenzielle Hinweisgeber in einem Gewissenskonflikt. Hierdurch ist nicht zu verkennen, dass er seine wichtige Funktion für die Öffentlichkeit blockiert, wenn er resigniert und schweigt, da es im öffentlichen Interesse liegt unternehmensinterne Straftaten o. Ä. zu erfahren. Dem Ganzen kommt eine überaus hohe Bedeutung zu, weil gerade die kriminellen Risiken im Unternehmen unmöglich steuerbar sowie messbar sind und beinahe nur durch Organisationsinsider entdeckt werden können. (s. **§ 4 III. 1. a)**)

### b) Drohende Kündigungsmaßnahmen und weitere Repressalien

Hat ein potenzieller Hinweisgeber sich in seinem Abwägungsprozess für eine Meldung des Hinweises entschieden, sei es die Meldung intern oder extern zu erteilen, so drohen ihm die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses und womöglich noch weitere Repressalien, die sich auf informeller Ebene bilden.

Doch, um ihrer Moral treu zu bleiben und evtl. auch das Leben anderer Menschen zu schützen, das Unternehmen vor einem Risiko zu bewahren oder das öffentliche Interesse in Missstände oder Straftaten einzuweißen, nehmen sie auch formelle Nachteile, wie eine Kündigung, in Kauf.

*„Whistleblower riskieren Karriere, Ruf, Freundschaften, Familienbande, körperliche und geistige Gesundheit [...], indem sie Informationen aufdecken, die mächtige Kräfte geheim halten wollen. [...] Zugleich liegt das Leben der Whistleblower oft in Trümmern.“<sup>229</sup>*

Der Auszug fasst prägnant zusammen, was im Rahmen dieser Arbeit bereits bezüglich der Qualen, die einen Whistleblower meist treffen, ermittelt wurde. Dabei wird die soziale Ebene des Hinweisgebers genauso getroffen, wie die berufliche. Meist wird er von seinen Kollegen, seinen Freunden und vielleicht auch von der Familie gedemütigt, diskriminiert

<sup>225</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: **§ 2 I. 2. a)**.

<sup>226</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 308.; ndcompliance-Redaktion, 21003 (21003).

<sup>227</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 309.; BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).

<sup>228</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 309.

<sup>229</sup> Vgl. Hertsgaard, S. 16.

und gemobbt. Die Schikanen können so weit reichen, bis auch der Whistleblower eine Rufschädigung erfährt. Dies erschwert die Jobfindung nach einer Kündigung erheblich. (s. **§ 2 II. 2. c)**)

Aufgrund des bereits dargelegten nicht Vorhandenseins von Akzeptanz aus Arbeitgebersicht, im Hinblick auf Whistleblowing, wird auf eine Abmahnung in den meisten Fällen verzichtet werden, da das Vertrauen durch die stark gegenläufigen Ansichten von AN und AG irreparabel zerstört wird. (s. **§ 2 II. 2. a)**) Dies ist der Tatsache zu verschulden, dass der AG sowie die Kollegen einen massiven Loyalitätsbruch in der Weitergabe von Informationen sehen. Beim internen Whistleblowing kommt es demgegenüber ganz darauf an, ob das Unternehmen, trotz Skepsis, einen Vorteil aus der Hinweiserteilung zieht, oder womöglich selbst in kriminelle Machenschaften verwickelt ist, sodass die Meldung und zugleich das Mitwissen einer Dritten unbeteiligten Person, regelmäßig nicht in deren Interesse liegt. Im ersteren Fall wird von keinen drohenden Sanktionen ausgegangen. Bei Letzterem werden sich die Beteiligten vermutlich von dem Mitwisser trennen wollen. Jedoch werden sie auch nicht zulassen, dass er sich nach der Kündigung an eine externe Behörde wendet. Demnach ist damit zu rechnen, dass die Mitwirkenden der kriminellen Tätigkeiten nicht davor zurückschrecken werden, dem Whistleblower zu drohen, die Informationen unter Verschluss zu halten. (s. **§ 2 II. 2. b)**)

Auch wenn die Frage einer verhaltensbedingten Kündigung im Raum steht, ist regelmäßig davon auszugehen, dass der AG dem Hinweisgeber keine Kündigung erteilt, wenn letzterer einen massiven Schaden für das Unternehmen mit der Aufdeckung abgewandt hat. (s. **§ 2 II. 2. b)**) Andererseits ist jedoch sehr wohl mit einer Kündigung zu rechnen.<sup>230</sup>

Die verhaltensbedingte, fristgerechte Kündigung nach § 1 II Var. 2 KSchG erfolgt immerzu aus der Überzeugung des Arbeitgebers heraus, dass der Whistleblower seine Nebenpflichten, nämlich die der Loyalität oder Verschwiegenheit, missachtet hat.<sup>231</sup> Denn dies kann zu einer Schädigung des Betriebsfriedens führen, worunter regelmäßig der Erfolg leidet. Für die Weiterbeschäftigung über den Zeitraum einer gesetzlich bestimmten Kündigungsfrist muss das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien jedoch zumindest zu einem Rest bestehen, damit das Arbeitsverhältnis bis dahin auf vernünftige Weise fortgeführt werden kann. (s. **§ 2 II. 2. b)**) Mit einer solchen ordentlichen Kündigung ist dann zu rechnen, wenn der Hinweisgeber dem Unternehmen aufgrund seiner Hinweiserteilung eine Schädigung herbeigeführt hat. Er muss demnach schuldhaft und rechtswidrig gehandelt haben.<sup>232</sup>

Der Hinweisgeber ist außerdem dazu angehalten die interne Klärung zu priorisieren und altruistische Handlungsabsichten zu haben. (s. **§ 2 II. 2. b)**)

Eine außerordentliche Kündigung setzt einen wichtigen Grund voraus, der bei externem Whistleblowing nach heutiger Rechtsprechung überwiegend auf Zuspruch trifft.<sup>233</sup> Denn dem Whistleblower steht kein Anzeigerecht zu, vielmehr hat er sich an seine Verschwiegenheitspflicht von Informationen zu halten. (s. **§ 2 II. 1. a)**) Die Interessenabwägung ist zwar im Einzelfall durchzuführen. Dennoch ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis nach einer Anzeige an externe Behörden so massiv beschädigt ist, dass eine Weiterbeschäftigung unter keinen Umständen für möglich erachtet wird. Denn die Reputation, sowie der Betriebsfrieden erfahren gleichzeitig eine schwere Störung.<sup>234</sup>

<sup>230</sup> Vgl. BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NJW 2007, 2204 (2204).

<sup>231</sup> Vgl. BAG, NZA 2017, 1332 (1332).; BAG, NZA 2005, 158 (158).

<sup>232</sup> Vgl. BAG, NZA 2005, 158 (158).; BAG, NZA 2004, 427 (427).; BAG, NJW 2004, 1547 (1547); Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 154.

<sup>233</sup> Vgl. BAG, NJW 2007, 2204 (2204).; BAG, NZA 2017, 1332 (1332).

<sup>234</sup> Vgl. Hunziker, FS 2007, 163 (166).; PwC/ Busmann/ et al., Wirtschaftskriminalität 2016, S. 26.

Jedoch ist durch das Inkrafttreten der neuen EU-RL Aussicht auf Besserung gegeben. Der Schutz vor Repressalien<sup>235</sup> könnte zukünftig die Benachteiligung von Whistleblowern verhindern, sodass der Beitrag zur Rechtsdurchsetzung auch durch eine viel höhere Meldebereitschaft gekennzeichnet werden würde. Bevor eine derartige Umsetzung erfolgt, ist fraglich, ob bereits die Implementierung von Hinweisgebersystemen zu einer Besserung der Umstände beitragen kann. (s. **§ 4 IV. 1. a)**)

### **III. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht mit Hinweisgebersystem**

Fortlaufend stellt sich die Frage, welche Vor- und Nachteile die Implementierung eines Hinweisgebersystems aus Arbeitgebersicht mit sich trägt.

#### **1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen**

Aufgrund fehlender Pflichten zur Implementierung eines Hinweisgebersystems für Unternehmen, deren Aktien nicht an der amerikanischen Börse gelistet sind (SOX), ist ungeklärt, was dafürspricht, dass auch diese Unternehmen ein Hinweisgebersystem in ihre Prozesse etablieren. Hierzu wird erläutert, wie eine Minimierung des externen Whistleblowings durch die Implementierung ermöglicht wird und damit einhergehend das Potenzial von internem Whistleblowing risikolos genutzt werden kann. In einem nächsten Schritt wird ausgeführt, wie der Schutz vor Image- sowie wirtschaftlichen Schäden in diesem Kontext gewährleistet werden kann.

##### **a) Minimierung von externem Whistleblowing und Nutzung des Potenzials von internem Whistleblowing**

Wie in **§ 4 I. 2.** bereits beschrieben, haben Unternehmen im Falle von Whistleblowing mit erheblichen Risiken zu kämpfen. Diese entstehen v. a. durch externes Whistleblowing. Doch auch internes Whistleblowing kann ein Risiko für die Unternehmung darstellen, da der Betriebsfrieden häufig darunter leidet. Aus diesem Grund ist fraglich, warum dieses Phänomen überhaupt einer Förderung durch die Implementierung von Hinweisgebersystemen unterliegen sollte.

Das Whistleblowing liefert einen wesentlichen Beitrag dazu, Risiken in Unternehmen früh zu erkennen. (s. **§ 4 I. 1. a)**) Im Rahmen eines internen Hinweisgebersystems kann dieses Potenzial weiterhin genutzt werden. Ein Vorteil eines solchen Systems ist es, dass das unmoralische Verhalten oder gar Straftaten durch den Hinweisgeber intern erteilt werden. (s. **§ 3 I. 1.**) Die Unternehmensleitung kann demnach einerseits schnell handeln, indem sie Gegenmaßnahmen einleitet. Auf der anderen Seite verspürt die Unternehmung keinen Druck durch die Öffentlichkeit, da der Hinweis nicht nach außen dringt.

Das Potenzial Wirtschaftskriminalität durch Whistleblowing aufzudecken, lässt sich gut anhand einer Grafik illustrieren. Diese basiert auf einer Studie der BSA aus dem Jahr 2017, an der 2.003 AN aus Deutschland teilgenommen haben. Die Auswertung der Ergebnisse zeigte dabei, dass 68 % der MA das Pflichtbewusstsein haben, Mobbing und Diskriminierungen am Arbeitsplatz zu melden. Betrug folgt mit 65 % an zweiter Stelle. Bei Diebstahl würden 59 %, bei Veruntreuung 53 % einen Hinweis erteilen. Des Weiteren könnten 46 % der Befragten nicht bei Steuerhinterziehung wegsehen. Weniger Pflichtbewusstsein zeigte

<sup>235</sup> Vgl. Art. 15 I a) RL (EU) 2019/1937.; Art. 15 I b) i) RL (EU) 2019/1937.; Art. 15 I b) ii) 1. HS RL (EU) 2019/1937.; Art. 15 I b) ii) 2. HS i. V. m. Art. 5 RL (EU) 2019/1937.

sich bei illegalen IT-Praktiken (37 %) und bei Verstößen gegen Vorschriften (32 %). (**Abb. 5**)

Diese Studie zeigt deutlich, dass die Meldebereitschaft hoch zu sein scheint. Doch ist die Befragung wirklich so vertrauensvoll? Immerhin handelt es sich hierbei lediglich um eine Umfrage, die das Pflichtbewusstsein von Arbeitnehmern kenntlich macht. Dies will jedenfalls nicht heißen, dass diese AN den Umstand auch melden würden, sofern es darauf ankäme. Daher wird für die Betrachtung eine weitere Abbildung hinzugezogen, die die Entdeckungswege von Wirtschaftskriminalität in deutschen Unternehmen im Jahr 2015 zeigt. Die Abbildung stammt aus einer Studie von PwC, die auf 720 Unternehmen basiert. Dieser zur Folge liegt internes- sowie externes Whistleblowing gegenüber anderen Entdeckungswegen ganz weit vorne. Mit 39 % macht das interne Whistleblowing den größten Anteil aus. Externes Whistleblowing fällt mit 18 % auf Platz zwei. (**Abb. 6**)

Diese Tatsache bestärkt die vorherige Grafik (**Abb. 5**) wiederum in dem Punkte, dass das Pflichtbewusstsein der MA hoch zu sein scheint. Allerdings muss hierbei beachtet werden, dass gerade die Aufdeckung durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft wegen des fehlenden internen Bezuges sehr schwierig ist und in Folge dessen eher selten vorkommt. (s. **§ 2 I. 1. c**) Es kann schließlich doch davon ausgegangen werden, dass das Pflichtbewusstsein regelmäßig nicht dem tatsächlichen Verhalten entspricht.

Zurück bei der Abbildung über die Entdeckungswege, lässt sich noch weitaus mehr feststellen. Denn es zeigt sich, wie schon angedeutet, ein starker Kontrast zwischen der Aufdeckung durch AN und einer solchen durch die Strafverfolgungs- oder eine Aufsichtsbehörde. Letztere verzeichneten nur 7 %. Auch durch ein bestehendes Risikomanagement und einen Compliance Officer im Unternehmen wurden lediglich jeweils 3 % der Wirtschaftskriminalität erkannt und aufgedeckt. Es war sogar wahrscheinlicher, dass eine Straftat durch Zufall (5 %) entdeckt wird. Hinweisgebersysteme trugen mit 8 % zur Aufdeckung bei. (**Abb. 6**)

Die vorliegende Studie veranschaulicht somit, dass ein großes Potenzial im internen Whistleblowing liegt, welches genutzt werden sollte, um zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität beizutragen und die Rechtsdurchsetzung zu fördern. Doch es ist auch erkennbar, dass das externe Whistleblowing einen großen Anteil bei der Aufdeckung ausmacht. Zwar ist der Anteil nur halb so groß wie derjenige des internen Whistleblowings, jedoch wurde bereits das negative Ausmaß von externem Whistleblowing im Hinblick auf Unternehmen dargestellt (s. **§ 4 I. 2.**), weshalb deutlich geworden sein sollte, dass dieses aus Unternehmenssicht zu vermeiden ist. In diesem Punkt setzt wieder die Implementierung von Hinweisgebersystemen an, denn durch sie kann externes Whistleblowing gemieden und internes Whistleblowing, welches vom Unternehmen sodann befürwortet wird, gefördert werden. Dies macht die Umsetzung des Potenzials möglich. Aus welchen Gründen externes Whistleblowing durch die Implementierung von Hinweisgebersystemen verhindert wird und internes Whistleblowing plötzlich nur noch gute Seiten zu haben scheint, beschreibt der folgende Abschnitt näher.

Ein bedeutender Faktor, der für die folgenden Ausführungen klargestellt werden muss, ist die Sicherheit, die dem Whistleblower durch ein Hinweisgebersystem geboten wird. (s. **§ 4 IV. 1.**) Denn durch die Einführung eines solchen Systems gibt der AG seinen Mitarbeitern zu erkennen, dass er die interne Hinweiserteilung geradezu wünscht. Demzufolge können Hinweisgeber, die das System nutzen, auch keine Vorwürfe der Illoyalität erfahren und auch nicht für ihr Verhalten sanktioniert werden.<sup>236</sup> Dadurch vergrößert sich mithin die

<sup>236</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 88 f.; ndcompliance-Redaktion, 21003 (21003).

Meldebereitschaft, da potenzielle Whistleblower keine Angst mehr vor einer internen Offenlegung haben.<sup>237</sup>

Außerdem kann der AG grundsätzlich darauf vertrauen, dass das interne Hinweisgebersystem im Unternehmen von seinen Mitarbeitern gegenüber einer externen Hinweiserteilung priorisiert wird. Falls dies nicht geschieht, können dem Whistleblower nämlich arbeitsrechtliche Sanktionen bevorstehen.<sup>238</sup> Da sich potenzielle Hinweisgeber gerade davor fürchten (s. **§ 4 II. 2. a**)), ist davon auszugehen, dass die externe Meldung, durch das Bestehen eines internen Hinweisgebersystems, ebenfalls angsteinflößend wirkt. Somit kann auch hierdurch ein Rückgang externen Whistleblowings verzeichnet werden.

Es ist demzufolge offenkundig, dass externes Whistleblowing, durch die Implementierung interner Hinweisgebersysteme, schlagartig verringert werden kann.<sup>239</sup> Darin, dass besonders Missstände oder Rechtsverstöße, nicht an die Öffentlichkeit geraten, pflegen Unternehmen ein großes Interesse. Folglich liefert die Implementierung einen essenziellen Beitrag zur Verfolgung dieses Interesses.

#### **b) Schutz vor Schäden mit Hilfe interner Klärung**

Durch den Rückgang von externem Whistleblowing liegt auf der Hand, dass die Reputation keine Schädigung erfährt. D.h. die Etablierung eines Meldekanals kann das Risiko eines Imageschadens, den die Unternehmung allenfalls regelmäßig ohne einen bestehenden Meldekanal erfahren kann (s. **§ 4 I. 2. a**)), erheblich minimieren. Diese positive Auswirkung ist nicht zu unterschätzen, denn die Reputation eines Unternehmens zählt zu den „langfristig wertvollsten Vermögenswerten“<sup>240</sup>. Unter einer Reputationsschädigung leidet außerdem der wirtschaftliche Erfolg.<sup>241</sup>

Hinweisgebersysteme bremsen jedoch nicht nur externes Whistleblowing, sondern können zudem zu einer positiveren Außendarstellung führen.<sup>242</sup> Insb. Geschäftspartner sehen in der Etablierung eines solchen Systems die Vertrauenswürdigkeit eines Unternehmens aufgrund des Bestrebens der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität. Allenfalls können nicht nur Geschäftspartner, sondern auch die Öffentlichkeit davon ausgehen, dass diejenigen Unternehmen, die ein Hinweisgebersystem unterhalten, in keine kriminellen Machenschaften verwickelt sind bzw. verwickelt sein wollen und dementsprechend alles für eine Aufdeckung sowie Ahndung unternehmen.

Eine weitere positive Auswirkung ist, dass die Implementierung eines Meldekanals vor der Ausübung von Straftaten abschreckt und dadurch generell das Ausmaß der Wirtschaftskriminalität in Unternehmen verringert. Organisationsinsider, die potenzielle Straftäter sind, werden nämlich durch das Bestehen eines solchen Kanals in der Art und Weise gehemmt kriminelle Machenschaften auszuführen, da es anderen Mitarbeitern sanktionslos möglich ist, Hinweise, die sie in Erfahrung bringen, zu melden.<sup>243</sup> Wie bereits erwähnt, sollte Wirtschaftskriminalität nicht im Interesse von Unternehmen sein, da sie im Rahmen einer Aufdeckung mit spürbaren Schadenssummen zu rechnen haben. Insb. große Unternehmen

<sup>237</sup> Diese Meinung vertritt auch: *Briegel*, S. 91, S. 153.

<sup>238</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 76, S. 316.

<sup>239</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 76.

<sup>240</sup> *Briegel*, S. 84, S. 153.

<sup>241</sup> Vgl. *Behringer/ Fissenewert*, S. 70.; *Briegel*, S. 83.

<sup>242</sup> Vgl. zum gesamten nachfolgenden Absatz: *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 81, S. 85.; *Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur*, S. 454.

<sup>243</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 81.

sollten daher gegenüber der Implementierung von Hinweisgebersystemen aufgeschlossen sein, um externes Whistleblowing kontrollieren und abwenden zu können.<sup>244</sup>

Eine Studie von PwC aus dem Jahre 2009, die auf 500 Großunternehmen in Deutschland beruht, erkannte, dass lediglich ein Drittel der Unternehmen ein Hinweisgebersystem implementiert hatte.<sup>245</sup> Überdies hat die Studie den Anteil der Präventionsmaßnahmen gegen Korruption in diesen Unternehmen erfasst. Die genauen Präventionsmaßnahmen lassen sich mit Hilfe einer Abbildung veranschaulichen, die im Rahmen der vorgenannten Studie erstellt wurde. Daraus ist ersichtlich, dass deutsche Großunternehmen im Jahr 2009 zu 34 % auf Antikorruptionsprogramme setzten und zu 44 % einen Compliance-Officer beauftragten, um die Korruption präventiv zu bekämpfen. Jeweils zu 85 % wurde die Compliance auf Korruption bzw. die Annahme von Geschenken ausgerichtet. Die Großunternehmen warfen ein Auge auf den Umgang mit Spenden, indem sie auch hierbei ihre Compliance-Abteilung zu 70 % darauf fokussierten. Doch der größte Anteil bei der Prävention gegen Korruption fiel auf Hinweisgebersysteme. Hierbei wurde Korruption zu 90 % in den Hinweisgegenstand des Systems aufgenommen, sofern ein solches System im Unternehmen vorhanden war. Bei Letzterem ist jedoch zu betonen, dass diese Wahrscheinlichkeit nicht ausdrückt, wie viele dieser Unternehmen ein Hinweisgebersystem etabliert hatten, sondern lediglich meint, dass diejenigen Unternehmen, die über einen solchen Meldekanal verfügten (nämlich ein Drittel) u. a. zu 90 % den Hinweisgegenstand Korruption in ihr Hinweisgebersystem aufnahmen. (**Abb. 7**)

Gegenüber den letzten Jahren (2005, 2007), vermerkte PwC, sei ein kleiner Anstieg der Präventionsmaßnahmen zu erblicken. Doch es müsse ganz klar mehr passieren, damit die Wirtschaftskriminalität bekämpft werden kann.<sup>246</sup>

In diesem Zusammenhang muss erneut darauf hingewiesen werden, dass das Whistleblowing auch ohne den Bestand eines Hinweisgebersystems in Erscheinung tritt. Unternehmen, die eine ablehnende Haltung gegenüber der Implementierung haben, müssen demzufolge mit viel schlimmeren Konsequenzen durch das interne/externe Whistleblowing rechnen (s. **§ 4 I. 2.**).

Abschließend ist erkennbar, dass die Etablierung von Hinweisgebersystemen einen gewaltigen Beitrag dazu leisten kann, dass das Potenzial des Whistleblowings vernünftigerweise genutzt werden kann ohne, dass dem Unternehmen erhebliche Reputations- oder wirtschaftliche Schäden drohen.

## **2. Negative Auswirkungen für das Unternehmen**

Durchaus kann die Implementierung von Hinweisgebersystemen aus Unternehmenssicht auch Nachteile verursachen. Diese entstehen jedoch nicht aus dem Bestehen eines solchen heraus, sondern aus der Art und Weise, wie ein Hinweisgebersystem im Unternehmen etabliert wird. Im Folgenden wird daher auf die Notwendigkeit einer hinreichenden Kommunikation im Unternehmen und die Nachteile des anonymen Whistleblowings hingedeutet.

### **a) Risiko bei unzureichender Kommunikation im Unternehmen**

Um die Funktionstüchtigkeit eines Hinweisgebersystems vollumfänglich ausschöpfen zu können, muss die Nutzung eines solchen auch umfassend im Unternehmen kommuniziert

<sup>244</sup> Vgl. *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 78.

<sup>245</sup> Vgl. *PwC/ Bussmann/ et al.*, Wirtschaftskriminalität 2009, S. 26.

<sup>246</sup> Vgl. zum vorherigen gesamten Absatz: *PwC/ Bussmann/ et al.*, Wirtschaftskriminalität 2009, S. 25.

werden. Denn anders können potenzielle Hinweisgeber nicht erreicht bzw. nicht mit den notwendigen Informationen bezüglich des Systems ausgestattet werden. (s. **§ 3 I. 4.**)

Scheitert es daran potenzielle Hinweisgeber im Unternehmen anzusprechen und zur Meldung bestimmter Hinweisgegenstände zu motivieren, kann das Potenzial aus dem Insiderwissen der MA nicht ausgeschöpft werden. Wie jedoch in **§ 4 III. 1. a)** bereits gesehen, ist es überaus wichtig das Potenzial des internen Whistleblowings, im Rahmen von Hinweisgebersystemen, zu nutzen, da folglich besonders das externe Whistleblowing sinkt und somit weniger Schadenspotenzial für das Unternehmen besteht. Außerdem dient eine anständige Kommunikation auch der Abwehr von kriminellen Machenschaften im Unternehmen, da potenzielle Straftäter dann mehr vor der Ausübung solcher scheuen. (s. **§ 4 III. 1. b)**)

Wird andererseits der Umgang mit einem Hinweisgebersystem gegenüber den Mitarbeitern nicht ausreichend erklärt, so kann es zu einer Hemmung des auszuschöpfenden Potenzials internen Whistleblowings führen. Schließlich ist es besonders wichtig den Mitarbeitern mitzuteilen, dass die Nutzung des Hinweisgebersystems keine arbeitsrechtlichen Sanktionen für sie zur Folge hat, sofern sie in altruistischer Absicht handeln.<sup>247</sup> Ansonsten werden sie regelmäßig aus Angst vor einer Hinweiserteilung resignieren. (s. **§ 4 II. 2. a)**)

Außerdem ist ein korrekter Umgang mit den Meldekanälen erforderlich, damit die Hinweise präzise und lückenlos gemeldet werden. Daher sollte es bei Unternehmen mit Hinweisgebersystemen im Interesse liegen ihre MA zu schulen.<sup>248</sup> Daraus zieht nicht nur das Unternehmen einen Vorteil, sondern auch der Whistleblower. Denn aus Unternehmenssicht kann die Abwicklung bei lückenlosen Hinweisen einfacher und schneller verlaufen. Demgegenüber entstehen aus Sicht eines potenziellen Whistleblowers keine Zweifel aufgrund von Ungewissheit über die Verfahrensweise mit dem System, da er sich durch die Schulung bereits im Vorfeld damit vertraut machen konnte.

Demzufolge ist von besonderem Gewicht, dass die Implementierung sowie die Erläuterungen zur Vorgehensweise umfangreich im Unternehmen verkündet werden, damit die Erreichbarkeit der MA auch vollends gewährleistet werden kann. Anderweitig kann das Potenzial eines Hinweisgebersystems nicht ausgenutzt werden. Verfügt das Unternehmen jedoch gänzlich über den Nutzen des Hinweisgebersystems, so lohnen sich auch der Aufwand und die Kosten für die Implementierung.

#### **b) Anonyme Meldung von Hinweisen**

In direkter Verbindung mit der Kommunikation stehend, ist auch die anonyme Meldung von Hinweisen. Unternehmen sollten sich bewusst darüber werden, was es bedeutet eine anonyme Hinweiserteilung zu gestatten. Zum einen erschwert dies dem Hinweisadressaten den Wahrheitsgehalt zu überprüfen, zum anderen ist eine erneute Kontaktaufnahme mit dem Whistleblower nicht möglich, es sei denn er entscheidet sich aus eigener Überzeugung heraus, ein weiteres Mal mit dem Hinweisadressaten in Kontakt zu treten. (s. **§ 3 I. 3.**)

Es ist demnach von Bedeutung die Hinweiserteilung so zu gestalten, dass eine anonyme Meldung möglichst vermieden wird. Da jedoch viele potenzielle Hinweisgeber lediglich bei der Möglichkeit Hinweise anonym zu erteilen, aktiv werden<sup>249</sup>, sollte bereits in der Kommunikation durch die Unternehmung ersichtlich werden, dass eine anonyme Meldung zwar gestattet ist, allerdings keinen Falls auf Befürwortung trifft, da es die weiteren Ermittlungen

<sup>247</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 73.

<sup>248</sup> Vgl. Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 451 f.; Ähnlich in: Behringer/ Waldzus, S. 321 f.

<sup>249</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 70.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 439.

geradezu behindert.<sup>250</sup> Auch in Schulungen sollte darauf hingewiesen werden, dass es ferner im Interesse des Whistleblowers sein sollte den Hinweis offenkundig zu melden, damit der Hinweisadressat dem Indiz weiter nachgehen kann, indem er sich bei aufkommenden Fragen erneut an den Whistleblower wendet. Denn einem anonymen Hinweis wird regelmäßig weniger Glaubwürdigkeit geschenkt als einem offenen. (s. **§ 3 I. 3.**) Außerdem kann eine anonyme Meldung bei Unklarheiten die Einstellung der Ermittlungen nach sich ziehen, was nicht im Sinne des Whistleblowers ist.

Auf diese Weise wird deutlich, dass das Briefkasten-Modell, das Callcenter und die Hinweiserteilung über den anonymen E-Mail-Verkehr jedenfalls nicht das einzige Hinweisgebersystem im Unternehmen sein sollte. Bei diesen Implementierungsmöglichkeiten ist ein weiterer Dialog mit dem Whistleblower nicht möglich, sofern er sich von Anfang an gegen die Preisgabe seiner Identität entscheidet. (s. **§ 3 I. 4.**)

Um potenziellen Hinweisgebern die Angst vor offenem Whistleblowing zu nehmen, ist durch das Unternehmen klarzustellen, dass die Meldung über Hinweisgebersysteme befürwortet wird und ihnen daher keine Sanktionen bevorstehen. (s. **§ 3 I. 4.**) Problematisch ist in diesem Fall jedoch weiterhin, dass dem Whistleblower Repressalien durch seine Kollegen drohen, wenn er z. B. das Fehlverhalten eines anderen Mitarbeiters meldet. Hierbei könnte allerdings die EU-RL Abhilfe leisten, da die Mitgliedstaaten gem. Art. 19 RL (EU) 2019/1937 zukünftig den Schutz vor Repressalien zu gewährleisten haben. Nach Art. 23 I RL (EU) 2019/1937 sollen gegen die Verursacher außerdem Sanktionsmaßnahmen eingeführt werden.

Ein weiterer Nachteil der anonymen Hinweiserteilung findet sich darin wieder, dass Whistleblower diese aus Rache oder anderen eigennützigen Motiven ausnutzen könnten.<sup>251</sup> Das Problem dabei ist, dass der Hinweisadressat den Wahrheitsgehalt dann nicht prüfen kann, was bei offenem Whistleblowing durchaus, in Form von Befragungen, möglich ist. Entscheidet sich ein Unternehmen trotzdem für die Entgegennahme anonymer Hinweise, sollte es zumindest zum Ausdruck bringen, dass dem Hinweisgeber bei einer vorsätzlich getätigten Falschmeldung freilich Sanktionen bevorstehen.<sup>252</sup> Ähnliches regelt auch Art. 23 II RL (EU) 2019/1937.

Wie bereits in **§ 3 I. 4. d)** angesprochen, liefert die Beauftragung eines Ombudsmannes ein gutes Mittelmaß zwischen offenem und anonymem Whistleblowing, was Unternehmen ermöglicht, auf anonyme Meldungen zu verzichten. Weiterhin bewähren sich Internetgeschützte Systeme, bei denen die Meldung zwar anonym erfolgt, ein Dialog jedoch von beiden Seiten aus eröffnet werden kann. Angesichts dessen ist wiederholend zu sagen, dass sich die verschiedenen Arten von Hinweisgebersystemen kombinieren lassen, wodurch die anonyme Meldung von Hinweisen auch umgangen oder minimiert werden kann.

#### **IV. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht mit Hinweisgebersystem**

Zu guter Letzt gilt es sich einen Überblick über die Chancen und Risiken, die Hinweisgeber durch die Implementierung von Meldekanälen in Unternehmen erfahren können, zu verschaffen. Einer besonderen Betrachtung unterliegt dabei die Frage, ob Whistleblower

<sup>250</sup> Vgl. Pittroff, S. 113.; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 71.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S 178.; Schulz, S. 194.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 440.

<sup>251</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 73.

<sup>252</sup> Vgl. Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 73.

dadurch womöglich vor den zahlreichen rechtlichen sowie persönlichen Sanktionen geschützt werden.

### **1. Positive Auswirkungen für den Whistleblower**

Zu den vorteilhaften Auswirkungen für Hinweisgeber zählt zum einen die Akzeptanz des Whistleblowings, im Rahmen eines Hinweisgebersystems, durch die Unternehmung und eine damit einhergehende Abwendung des Bewusstseins von Denunziantentum. Zudem wirkt sich die Vielfalt an Meldekanälen positiv aus.

#### **a) Akzeptanz des Whistleblowings**

Eine Diskreditierung von Hinweisgebern ist die häufigste Reaktion auf deren Meldung von unmoralischem Verhalten oder Ähnlichem. (s. **§ 2 II. 2.**) Denn bekanntermaßen sehen einige Unternehmen im Whistleblowing immer noch eine Denunziation. Dass die Vergeltungsmaßnahmen das Meldeverhalten stark hemmen können, wurde bereits in **§ 4 II. 2. b)** diskutiert. Auf der anderen Seite wurde klargestellt, dass dies nicht im Interesse eines Unternehmens liegen sollte, da Wirtschaftskriminalität nur mit Hilfe von Whistleblowing im Unternehmen bekämpft werden kann. Mit der Etablierung von Hinweisgebersystemen zeigt sich jedoch, dass die Skepsis aus Unternehmenssicht, im Hinblick auf internes Whistleblowing, zunehmend schwindet.<sup>253</sup> Diese Akzeptanz birgt nicht nur für das Unternehmen zahlreiche Vorteile, sondern wirkt sich auch vorteilhaft auf potenzielle Hinweisgeber aus.

Wie Eingangs in **§ 2 I. 1. e)** veranschaulicht, hat sich ein potenzieller Whistleblower einem Gewissenskonflikt zu stellen. Dieser kostet ihn viel Kraft und Zeit. Unabhängig davon für welchen Weg er sich letztendlich entscheidet, quält ihn die Angst vor der Offenbarung aufgrund der massiven arbeitsrechtlichen -sowie persönlichen Repressalien, die ihm drohen. Mit der Schaffung funktionstüchtiger Meldekanäle im Unternehmen führt für den potenziellen Hinweisgeber ein Weg an dem Gewissenskonflikt vorbei. Dies ist der Tatsache zu verdanken, dass das Unternehmen die interne Hinweiserteilung sodann befürwortet. Dementsprechend können dem Whistleblower keine arbeitsrechtlichen Sanktionen aufgrund der Verletzung seiner Loyalitäts- oder Verschwiegenheitspflicht bevorstehen.<sup>254</sup> Des Weiteren kann sich der Hinweisgeber darauf verlassen, dass seinem Hinweis nachgegangen wird und entsprechende Gegenmaßnahmen eingeleitet werden, da seine Ziele und die des Unternehmens sodann übereinstimmen.

Aus dem Unterhalten eines Hinweisgebersystems wird den Mitarbeitern immerhin ein internes Anzeigerecht zugesprochen. Daraus ergibt sich, dass sich der AG im Falle einer Inanspruchnahme nicht auf die Verschwiegenheitspflicht berufen kann. Würde der AG trotzdem den Gebrauch seiner Kündigungsrechte in Anspruch nehmen, so würde dies gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen und i. V. m. § 134 BGB die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge haben.<sup>255</sup>

Durch die Vorwegnahme des Gewissenskonflikts und der damit einhergehenden Minimierung der Angst des Whistleblowers vor einer Anzeige ergibt sich zugleich eine steigende Meldebereitschaft. Im Ergebnis ist daher eine Win-Win-Situation zwischen dem Unternehmen und dem Hinweisgeber zu erblicken.

<sup>253</sup> Vgl. Behringer/ Waldzus, S. 303, S. 305.; Pittroff, S. 190.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 438.

<sup>254</sup> Vgl. Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 88 f.; Briegel, S. 152 f.; ndcompliance-Redaktion, 21003 (21003).

<sup>255</sup> Vgl. zum gesamten vorherigen Absatz: Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S. 155.

Die Akzeptanz aus Sicht der Unternehmensleitung ist demnach zugesichert. Doch es stellt sich weiterhin die Frage, ob auch die Kollegen ein positives Bewusstsein für die Materie des Whistleblowings entwickeln können, sofern ein Hinweisgebersystem etabliert wird. Denn sonst drohen dem Whistleblower allenfalls stets persönliche Repressalien durch seine Kollegen.

Wenn die Geschäftsleitung den Mitarbeitern glaubhaft vermittelt, dass das Whistleblowing zur Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität im Unternehmen beiträgt und dadurch für den Geschäftserfolg existenziell ist, kann angenommen werden, dass die MA auch ein Gefühl für die Thematik erlangen und ihre Skepsis zumindest gemildert wird. Doch aufgrund der Tatsache, dass dies nur auf einer Annahme basiert und dieser Umstand von Unternehmen zu Unternehmen auf andere Betrachtungsweisen stößt, bleibt ein Teil der Angst bestehen, was wiederum eine leichte Hemmung der Meldebereitschaft zur Folge hat.

Durch diese abschreckende Wirkung muss der Hinweisgeber folglich eine höhere Hemmschwelle überwinden. Fördernd dafür wäre die Implementierung von Hinweisgebersystemen, die auf anonymem Wege genutzt werden können. Hier zeigt sich aber erneut eine Widersprüchlichkeit zwischen den Wünschen des Whistleblowers und denjenigen des Unternehmens. Denn wie bereits dargelegt (s. **§ 4 III. 2. b**)), ist anonymes Whistleblowing für die Unternehmung nicht förderlich.

Es ist demgegenüber festzustellen, dass die EU-RL auf die Modalität der anonymen Meldung fast nicht zu sprechen kommt. Dies erscheint auch nicht notwendig, weil Hinweisgeber im Rahmen dieser RL bereits ohnehin einen Schutz bei der Meldung genießen. Daher ist im Rahmen der Richtlinienumsetzung eine Besserung in Sicht. Denn es zeigt sich, dass es unerlässlich ist, dass potenziellen Hinweisgebern in jeder Hinsicht Akzeptanz zugesprochen wird. Da dies aus Sicht der Kollegen jedoch nicht immer gewährleistet werden kann, ist ein Schutz gegen die daraus resultierenden Repressalien notwendig, welcher sich aus Art. 19 RL (EU) 2019/1937 ergibt.

#### **b) Vielfalt an Meldeverfahren**

Ein weiterer vielversprechender Aspekt liegt darin, dass auf jede Menge verschiedene Arten, bei der Implementierung von Hinweisgebersystemen, zurückgegriffen werden kann. Im Rahmen der Abwägung, welches System bzw. welche Kombination von Systemen für die Unternehmung am ehesten passt, sollten die Interessen und Wünsche der MA an erster Stelle stehen. Immerhin müssen sie zur Hinweiserteilung motiviert werden, was nur möglich ist, wenn Meldekanäle etabliert werden, die die verschiedenen Präferenzen der MA erfassen.

Die Telefon-Hotline besetzen meist externe, geschulte MA, was dem potenziellen Whistleblower zusichert, eine neutrale Person kümmere sich um die Entgegennahme seines Hinweises. Dies ist auch bei der Beauftragung eines Callcenters der Fall. Durch das Briefkasten-Modell und einen E-Mail-Verkehr kann eine anonyme Meldung ebenso gewährleistet werden. (s. **§ 3 I. 4.**) Allerdings haben die vorangegangenen Argumentationen gezeigt, wie Unternehmen zur anonymen Hinweiserteilung stehen. Dies muss nicht zwingend bedeuten, dass eine anonyme Meldung gänzlich verboten wird. Einige Unternehmen werden im Rahmen einer hinreichenden Kommunikation klarstellen, dass die Preisgabe der Identität Vorrang hat, eine anonyme Meldung in Ausnahmefällen jedoch zulässig ist.<sup>256</sup> Andere Unternehmen wiederum werden die anonyme Hinweiserteilung durch den Mittelweg des vertrauten Whistleblowings ersetzen. (s. **§ 3 I. 3.**)

<sup>256</sup> Vgl. Pittroff, S. 113.; Pütz/ Maschke/ Whistleblower-Netzwerk e.V., S. 71.; Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, S 178.; Schulz, S. 194.; Wieland/ Steinmeyer/ Grüninger/ Tur, S. 440.

Letzteres ist im Rahmen der Beauftragung eines Ombudsmannes realisierbar. Ein Pluspunkt bei dieser Möglichkeit ist, dass er zum Schweigen verpflichtet ist, was potenzielle Hinweisgeber meist nicht zögern lässt gegenüber diesem ihre Identität zu offenbaren. Somit ist der Ombudsmann eine gute Alternative, um die Anonymität zu umgehen, nichtsdestotrotz indirekt durch die Schweigepflicht des Ombudsmannes eine solche gegenüber den Whistleblowern zu gewährleisten. Aus Unternehmenssicht ist der Ombudsmann zur Prüfung der Meldung hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes zielführend. (s. **§ 3 I. 4. d**)) Da die Neutralität zudem einen wichtigen Faktor widerspiegelt, werden MA regelmäßig einen externen Ombudsmann präferieren, da dieser unabhängig von der Unternehmensleitung agiert.<sup>257</sup>

Allerdings könnten manche MA davor abschrecken mit einer Person, die sie nicht kennen, ins Vier-Augen-Gespräch zu treten und sich ihr gegenüber zu öffnen. Andere, meist ältere Personen wiederum, könnten in der Nutzung des Internets (E-Mail, Internetgeschützte Systeme) kein Vertrauen haben. (s. **§ 3 I. 4.**) Daher würde es sich wiederum anbieten zusätzlich andere Systeme zu etablieren.

Das Briefkasten-Modell stellt demgegenüber die etwas altmodischere Variante dar. Dabei kann ebenfalls eine Beschränkung auf das offene Whistleblowing erfolgen. MA haben hierbei zusätzlich den Vorteil, dass sie es zu jeder Zeit nutzen können.

Für diejenigen potenziellen Hinweisgeber, die Angst vor einem Vier-Augen-Gespräch haben, könnte außerdem das Internetgeschützte System interessant sein. Es besteht eine Win-Win-Situation zwischen dem Unternehmen und dem Whistleblower. Denn die Anonymität kann gewährleistet werden, ohne die Dialogfähigkeit zu vernachlässigen. (**§ 3 I. 4. e**)) Dem ist hinzuzufügen, dass das System auch nicht zeitlich begrenzt ist.

Anhand der Gegenüberstellung ist ersichtlich, dass eine Kombination von Hinweisgebersystemen durchaus fördernd ist, um auf die Präferenzen verschiedener MA eingehen zu können. Sicherlich kann dadurch nicht jede einzelne Person erreicht werden, jedoch wird die Meldebereitschaft allein schon um ein Vielfaches gesteigert, indem die Akzeptanz zum internen Whistleblowing vermittelt wird.

## **2. Negative Auswirkungen für den Whistleblower**

Nachteilig kann sich hingegen die bestehende, rechtliche Unsicherheit auf den Whistleblower auswirken. Gemeint ist insb., dass keine Pflicht zur Implementierung von Hinweisgebersystemen, die über den SOX hinausgeht, besteht. Zusätzlich sind manche Meldekanäle nicht lediglich vorteilhaft für potenzielle Whistleblower.

### **a) Keine Pflicht zur Implementierung von Hinweisgebersystemen**

Die Studie von PwC aus dem Jahr 2009 belegt, dass zu dieser Zeit lediglich ein Drittel der Unternehmen ein Hinweisgebersystem besaß. Aufgrund der Tatsache, dass bis dato keine Pflicht zur Implementierung solcher Systeme, mit einer Ausnahme des SOX, in Deutschland besteht (s. **§ 3 II. 1.**), könnte diesbezüglich der Anschein erweckt werden, dass sich die Lage in Fällen von Whistleblowing kaum gebessert hat. Demzufolge würden Hinweisgeber immer noch, dadurch dass ihnen erhebliche Sanktionen drohen, unterdrückt und die positiven Auswirkungen für sie, im Zusammenhang mit Hinweisgebersystemen, die soeben in **§ 4 IV. 1.** geäußert wurden, nicht gewährleistet werden.

Doch mit der Zeit hat der Anteil der Unternehmen, die ein Hinweisgebersystem unterhalten, signifikant zugenommen. Im Jahr 2017 verfügten bereits 86 % von 500 deutschen

<sup>257</sup> Vgl. *Briegel*, S. 172.; *Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann*, S. 168.

Unternehmen über ein Hinweisgebersystem.<sup>258</sup> Besagtes führt dazu, dass das Potenzial von internem Whistleblowing ausgenutzt werden kann und potenzielle Hinweisgeber in gewissem Maße geschützt werden. Es zeigt sich also, dass die fehlende Pflicht zur Implementierung in Deutschland keine drastischen Folgen für Whistleblower mit sich bringt, weil in Unternehmen dennoch überwiegend ein solches eingeführt wurde. Da es indes noch Unternehmen gibt, die auf eine Implementierung verzichten, muss allerdings zugegeben werden, dass erst eine bestehende Pflicht zu einem Optimum führt.

Das Problem ist jedoch mit dem Unterhalten eines Hinweisgebersystems durch eine geltende Pflicht zur Implementierung nicht bewältigt. Denn es hat sich gezeigt, dass ein Hinweisgebersystem nur dann vollständig effizient ist, wenn zum einen das Bestehen und die Funktionsweise des Systems ausreichend kommuniziert wird und zum anderen die Umsetzung der EU-RL durch die Mitgliedstaaten erfolgt. (s. **§ 4 III. 2. a), b)**)

Bei Informationsmängeln, die sich auf das Hinweisgebersystem beziehen, sei es, weil die Art im Umgang nicht klar ist oder aber die Etablierung eines solchen bei den MA nicht durchgedrungen ist, kann der Nutzen nicht absolut ausgeschöpft werden. Um die Effizienz zu wahren, bedarf es einer ausdrucksvollen Kommunikation gegenüber den MA sowie ggf. Schulungen dieser. (s. **§ 4 III. 2. a)**) Andernfalls besteht für potenzielle Hinweisgeber weiterhin Unklarheit in Bezug auf die Akzeptanz gegenüber Whistleblowing im Unternehmen.

#### **b) Nachteile der Meldeverfahren**

Im Rahmen der Vorteile für Whistleblower mit einem bestehenden Meldekanal im Unternehmen, wurden bereits einige positive Auswirkungen der verschiedenen Arten von Hinweisgebersystemen dargelegt. Diese können an der ein oder anderen Stelle jedoch ebenso mit Nachteilen behaftet sein.

Nicht nur bei Telefon-Hotlines, sondern auch bei der Beauftragung eines Ombudsmannes muss eine überaus hohe Erreichbarkeit bereitgestellt werden. Ist diese nicht gegeben, so resigniert der Whistleblower regelmäßig, wenn er beim ersten Anlauf niemanden erreicht. (s. **§ 3 I. 4. a), d)**) Werden Personen mit der Hinweisentgegennahme beauftragt, ist immer damit zu rechnen, dass die zeitliche Verfügbarkeit nicht vollends gewährleistet werden kann. Andere Modelle, wie der E-Mail-Verkehr oder Internetgeschützte Systeme können demgegenüber eine jederzeitige Erreichbarkeit garantieren. Auch das Briefkasten-Modell lässt zu wünschen übrig. Denn die Briefe erreichen nicht immer ihren gewünschten Ansprechpartner, sondern geraten auf dem Weg manchmal in die Hände unbeteiligter Personen.

Einen weiteren Aspekt stellen die Sorgen dar, die potenziellen Hinweisgebern im Rahmen der Hinweiserteilung gegenüber einem Ombudsmann durch den Kopf gehen. Die Angst in ein Gespräch mit einer unbekanntenen Person zu treten, kann jedoch dadurch widerlegt werden, dass zumindest ein externer Ombudsmann mit Sicherheit auf neutraler Basis agiert, was nicht immerzu von dem Vorgesetzten oder anderen unternehmensinternen Personen zu erwarten ist. (s. **§ 3 I. 4.)**

---

<sup>258</sup> Vgl. PwC/ *Bussmann/ et al.*, Wirtschaftskriminalität 2018, S. 44.

## § 5 Resümee und Fazit

Zu guter Letzt werden die Analyseergebnisse prägnant zusammengetragen, um dem Leser einen abschließenden Überblick zu verschaffen. Daran angelehnt wird ein kleiner Ausblick für die Zukunft gewährt.

Die vorangegangenen Ausführungen haben die Problematik des Whistleblowings in Unternehmen aufgezeigt. Es handelt sich immerzu um AN, die ihre Existenz in Gefahr bringen, indem sie Skandale, die das Allgemeinwohl betreffen, im Sinne des öffentlichen Interesses aufdecken. Ihre AG sehen darin die Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten aus §§ 241, 242 BGB und kündigen ihnen in den meisten Fällen aufgrund eines Loyalitätsbruchs oder der Nichteinhaltung von Verschwiegenheitspflichten. Dies spiegelt eine Kontroverse zwischen den beiden Vertragsparteien wider. Die Debatte wurde in Deutschland schon häufiger diskutiert. Jedoch ohne Erfolg. Die rechtliche Lage ist ungeklärt geblieben.

Aus Arbeitgebersicht besteht ein hohes Gefahrenpotenzial durch die Weitergabe von vertraulichen, unternehmensinternen Informationen an Dritte. Unternehmen haben nicht nur mit einer drastischen Reputationsschädigung zu rechnen, sondern auch erheblichen Schadenssummen Rechnung zu tragen. Nichtsdestoweniger greift auch das interne Whistleblowing die Unternehmung an, indem es den Betriebsfrieden gefährdet. Gleichzeitig sehen sich die Hinweisgeber mit großem Leid konfrontiert, wenn sie infolge einer wirksamen Kündigung entlassen werden. Dazu erfahren sie häufig noch Repressalien wie Mobbing oder Schikanie durch ihre Kollegen. Vor der Offenlegung stecken sie in einem Gewissenskonflikt, welchen es auch nicht zu unterschätzen gilt. Es handelt sich um einen Zwiespalt zwischen ihrem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und den Rücksichtnahmepflichten. Die Angst vor den genannten Sanktionen ist schwerwiegend.

Wirtschaftskriminalität kann jedoch auch ohne Whistleblowing ans Licht kommen. Zwar hat sich gezeigt, dass dies einem weitaus geringerem Anteil entspricht, jedoch ist das Gefahrenpotenzial gegeben. Dieses kommt aus dem Unternehmen selbst. Wenn das Risiko nicht frühzeitig erkannt wird, droht ein hoher finanzieller Schaden, welcher ein Unternehmen durchaus in den Ruin treiben kann.

Die Problematik zeigt sich ganz eindrücklich, wenn klar ist, was für ein großes Potenzial mit dem Disput um Whistleblowing verschwendet wird. Denn es kann dazu beitragen Wirtschaftskriminalität in Unternehmen aufzudecken und somit die Rechtsdurchsetzung fördern. Des Weiteren kommt das Whistleblowing auch dem AN zugute, der sich eine geraume Zeit mit seinem Gewissenskonflikt auseinandersetzen und die Vor- und Nachteile der Offenbarung abwägen muss. Mit der Meldung der betrieblichen Fehlthaten findet sein Gewissen eine Bereinigung. Viele Whistleblower werden von der Überzeugung getrieben mit der Meldung einen wesentlichen Schritt zum Allgemeinwohl beizutragen. Ihnen reicht diese Ansicht aus, um ihr eigenes Wohl dabei zu gefährden, was letztendlich trotz alledem ihr schlechtes Gewissen befreit. Trägt der Hinweisgeber die Information nach Außen, so bietet häufig die Dankbarkeit der Öffentlichkeit eine zusätzliche Stütze.

Aus diesem Grund war das Ziel dieser Arbeit in Erfahrung zu bringen, wie die Vorteile des Whistleblowings gesichert sowie vollumfänglich in Unternehmen ausgeschöpft und die Nachteile gleichzeitig minimiert oder sogar beseitigt werden können. Um dies zu präzisieren, wurde analysiert, ob die Kluft zwischen den gegenläufigen Interessen von AG und AN geschlossen werden kann, indem Hinweisgebersysteme etabliert werden.

Die Ergebnisse zeigen, dass Hinweisgebersysteme aus Arbeitgebersicht einer Reputationsschädigung entgegenwirken können, indem sie externes Whistleblowing hemmen. Das im-

materielle, sowie finanzielle Schadenspotenzial kann dadurch minimiert werden. Ein Hinweisgebersystem birgt letztendlich auch noch viele Vorteile, wie eine Verbesserung hinsichtlich des Images gegenüber der Öffentlichkeit und den Stakeholdern des Unternehmens, sowie der Nutzung des Potenzials der Warnung vor betrieblichen Risiken durch Hinweisgeber.

Weiterhin zeigt die Analyse aus Sicht der AN im Rahmen eines bestehenden Hinweisgebersystems eine Besserung hinsichtlich der Sanktionierung. Denn zumindest die interne Meldung kann dann keine Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers zur Folge haben. Die externe Meldung jedoch sehr wohl. Hierdurch wird ebenfalls ein Rückgang des externen Whistleblowings verzeichnet. Aufgrund der Akzeptanz des Arbeitgebers gegenüber internem Whistleblowing, sinkt die Angst der Hinweiserteilung, da die Befürchtung vor Sanktionen schwindet. Ein Schutz vor persönlichen Repressalien wird allerdings nicht gewährleistet. Auch die Artenvielfalt der Meldekanäle birgt Chancen, da die Präferenzen vieler unterschiedlicher MA in Einklang gebracht werden können.

Es haben sich jedoch auch Nachteile feststellen lassen, die aufgrund von Hinweisgebersystemen auftauchen. Allerdings ist dabei zu unterstreichen, dass diese sich nicht in ihrem Dasein als solches ausprägen, sondern in der Art und Weise, wie sie implementiert werden. Ohne eine umfangreiche Kommunikation über das Bestehen und den Sinn der Hinweisgebersysteme, sowie der Schulung über ihre Funktionsweise, kann die Ungewissheit der MA dazu führen, dass das Potenzial nicht ausgeschöpft wird. Außerdem zeigt die Auswertung, dass eine anonyme Hinweiserteilung Risiken zur Folge haben kann, wie z. B., dass die Unternehmung den Wahrheitsgehalt des Hinweises nicht überprüfen kann.

Andererseits sind AN jedoch häufig gewillt anonyme Meldungen zu erteilen. In der Analyse wird daher auf die Artenvielfalt der Meldeverfahren, insb. auf den Mittelweg des vertrauten Whistleblowings gegenüber einem Ombudsmann verwiesen. Nicht jede Art von System ist für jeden MA ideal, doch auch in diesem Hinblick kann es hilfreich sein, wenn die MA vor der Implementierung intensiv in die Entscheidungsprozesse integriert werden, sodass in Anlehnung an ihre spezifischen Wünsche entsprechende Hinweisgebersysteme eingepflegt werden. Ein weiterer Nachteil wurde im Nichtvorhandensein einer Pflicht zur Implementierung solcher Systeme untersucht. Hierbei zeigt sich, dass eine Pflicht zwar das Optimum hervorrufen würde, allerdings bei einem hohen Anteil deutscher Unternehmen bereits Hinweisgebersysteme vorzufinden sind. Vielmehr liegt die negative Auswirkung in den Repressalien, die weiterhin durch Kollegen erfolgen. In diesem Punkt könnte die Umsetzung der EU-RL entgegenwirken.

Das Europäische Parlament hat sich mit der EU-RL zum Ziel gesetzt, den Schutz von Whistleblowern zu gewährleisten, um die Hinweiserteilung durch potenzielle Whistleblower zu fördern und damit zur Rechtsdurchsetzung europäischer Anliegen beizutragen. In diesem Zusammenhang werden alle Unternehmen, bis auf Kleinunternehmen, verpflichtet ein Hinweisgebersystem zu etablieren, was sich bis auf die externe Hinweiserteilung in zuständigen Behörden ausdehnt. Dadurch soll die Meldebereitschaft bis in ihr Maximum ausgeschöpft werden. Für die Zukunft ist in Anlehnung an die Analyseergebnisse zu erwarten, dass das Ziel dadurch erreicht wird, da unumstritten ist, dass Hinweisgebersysteme zur Meldung von Hinweisen beitragen. Ein wichtiger Baustein der RL ist daher auch die vollumfängliche Gewährleistung eines Whistleblower-Schutzes. Denn zur Überwindung der Hemmschwelle potenzieller Hinweisgeber ist ein Schutz vor persönlichen Repressalien notwendig. Für die kommende Zeit ist folglich eine Besserung der Einstellung von Unternehmen gegenüber Whistleblowing zu erwarten.

Schlussendlich hat es sich bewahrheitet, dass Hinweisgebersysteme die negativen Auswirkungen des Whistleblowings minimieren. Mit Hilfe der EU-RL wird in Zukunft ein wesentlicher Schritt in Deutschland gemacht, um die Kontroverse zwischen AG und AN aufzulösen und Klarheit hinsichtlich der rechtlichen Lage, insb. des Schutzes von Whistleblowern zu liefern.

## Anhang

### § 2 Implikationen des Whistleblowings

#### I. Was ist Whistleblowing?

##### 1. Begrifflichkeit des Whistleblowings

##### c) Auslöser von Whistleblowing

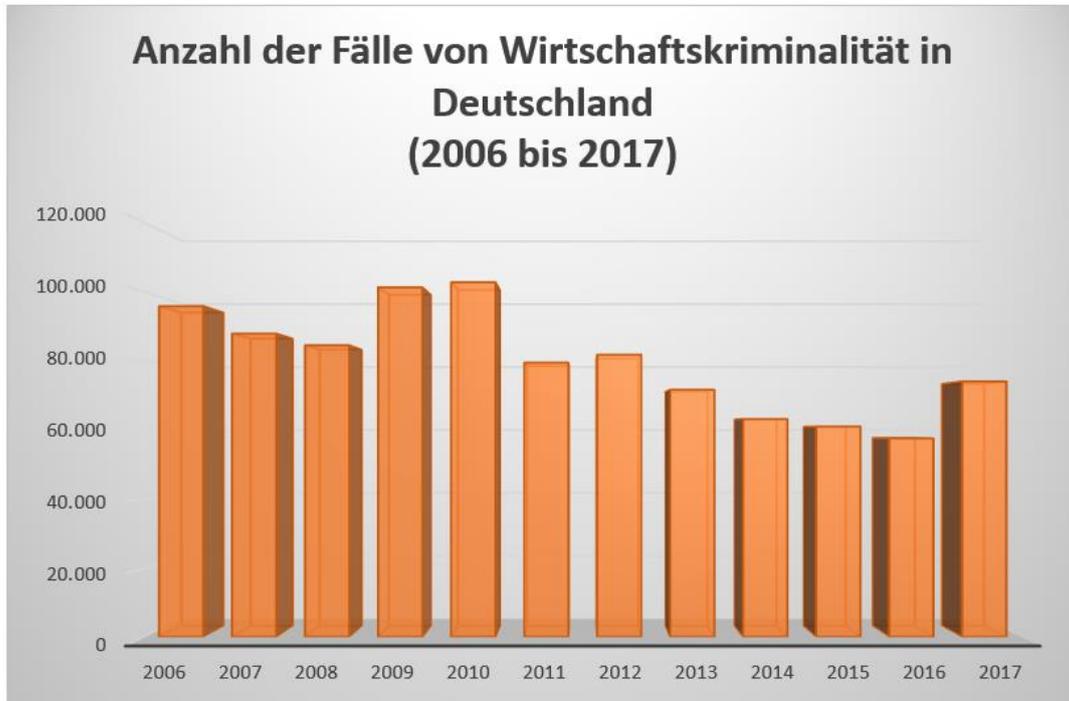


Abbildung 1: Fälle von Wirtschaftskriminalität in Deutschland bis 2017

Datenquelle: Bundeskriminalamt/ Rossow, 2018, S. 3.

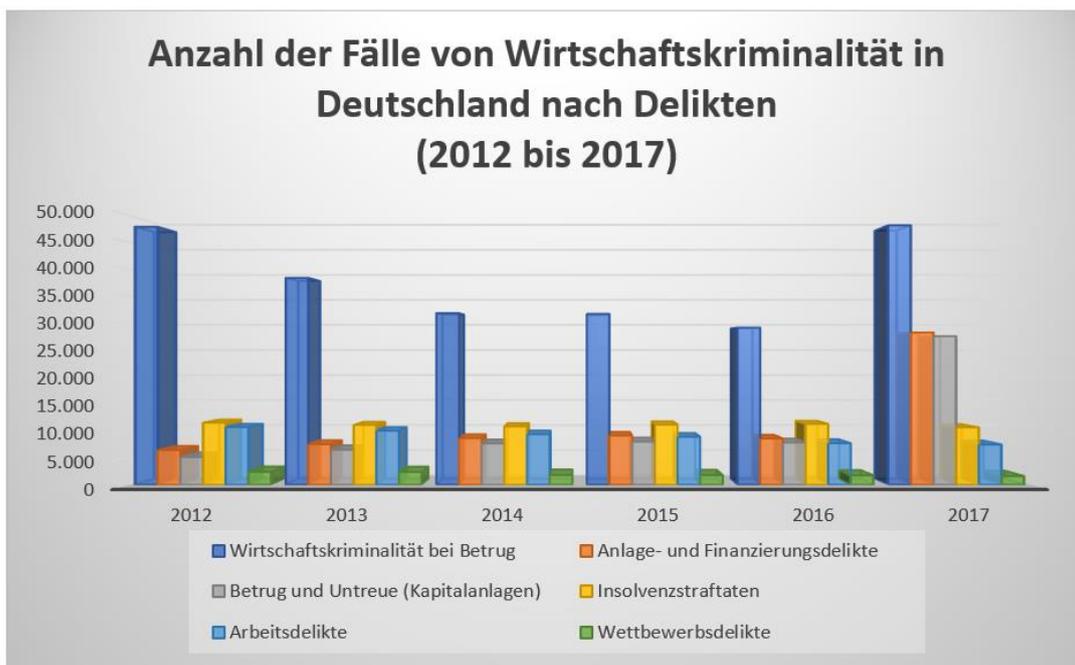


Abbildung 2: Fälle von Wirtschaftskriminalität in Deutschland nach Delikten

Datenquelle: Bundeskriminalamt/ Rossow, 2018, S. 4.

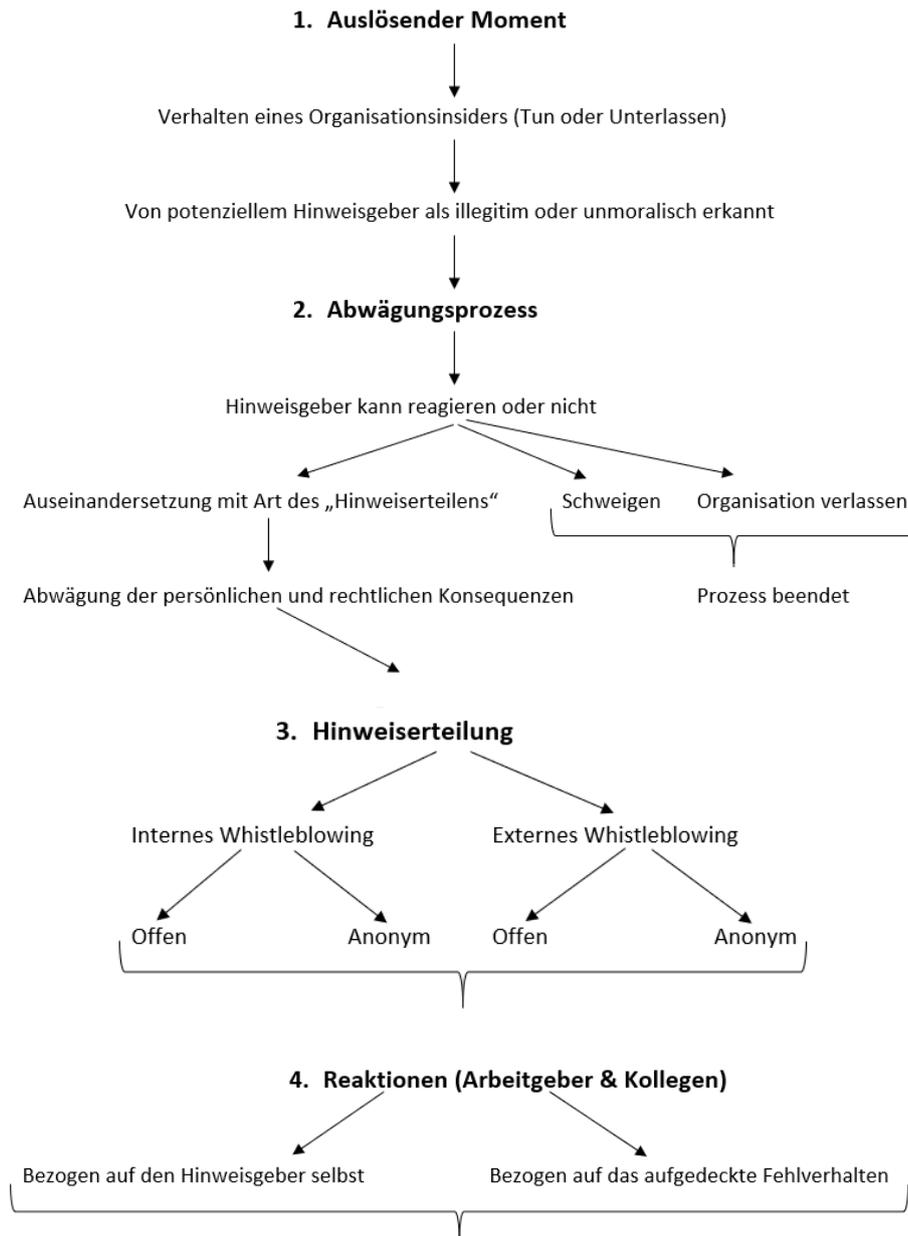
## § 2 Implikationen des Whistleblowings

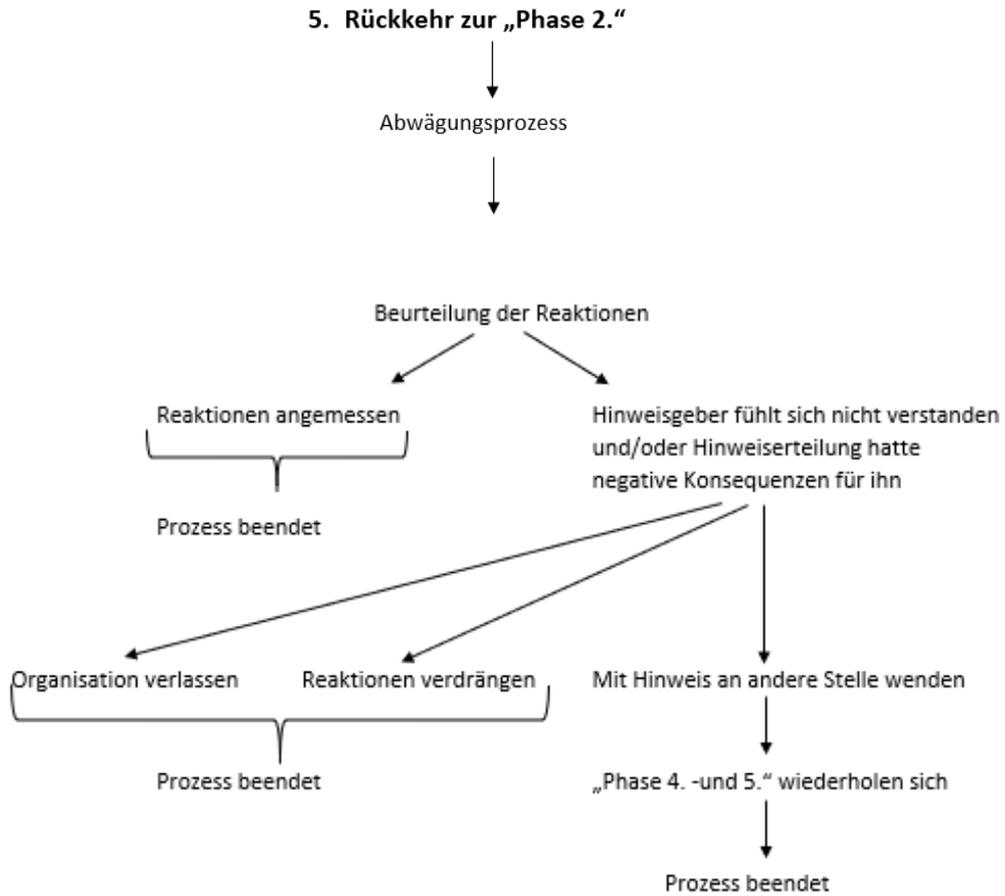
### I. Was ist Whistleblowing?

#### 1. Begrifflichkeit des Whistleblowings

#### e) Prozess des Whistleblowings

#### Ablauf des Hinweisgebens





*Abbildung 3: Ablauf des Hinweisgebens*

Quelle: in Anlehnung an Schemmel/ Ruhmannseder/ Witzigmann, 2012, S. 6.

## § 4 Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen bezogen auf das Arbeitsverhältnis

### I. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht ohne Hinweisgebersystem

#### 2. Negative Auswirkungen für das Unternehmen

##### b) Finanzieller Schaden & Fehleinschätzung der Gefahr

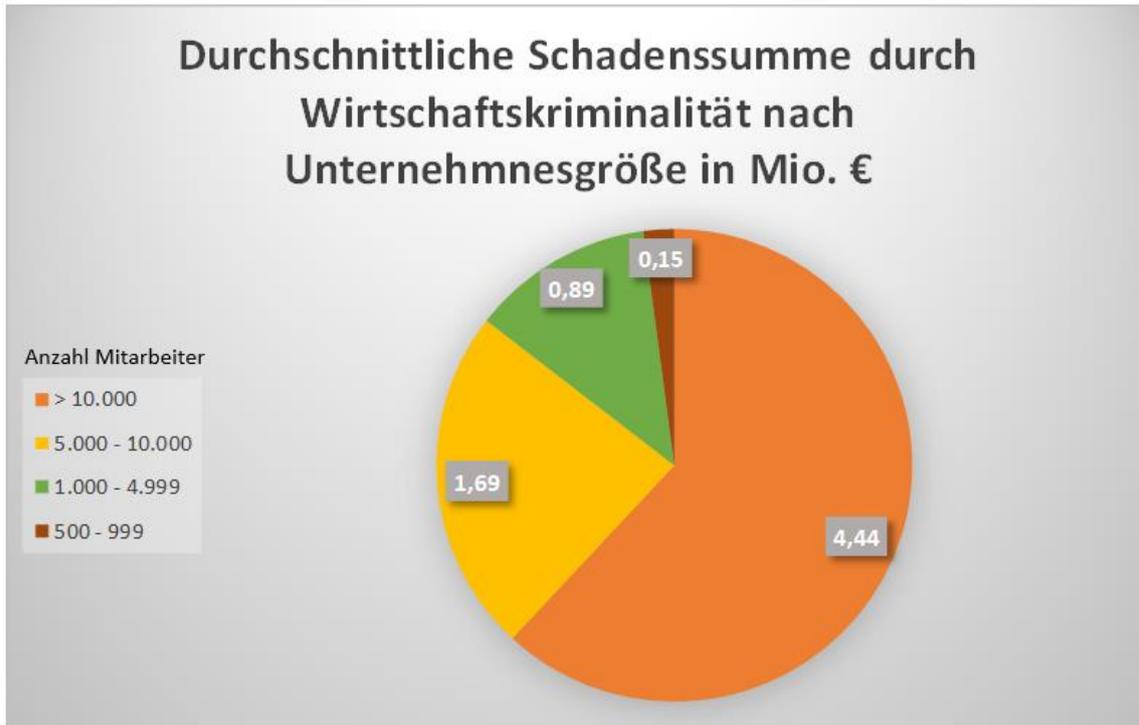


Abbildung 4: Durchschnittliche Schadenssumme durch Wirtschaftskriminalität

Datenquelle: PwC/ Bussmann/ et al., 2016, S. 26.

## § 4 Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen bezogen auf das Arbeitsverhältnis

### III. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht mit Hinweisgebersystem

#### 1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen

##### a) Minimierung von externem Whistleblowing und Nutzung des Potenzials von internem Whistleblowing

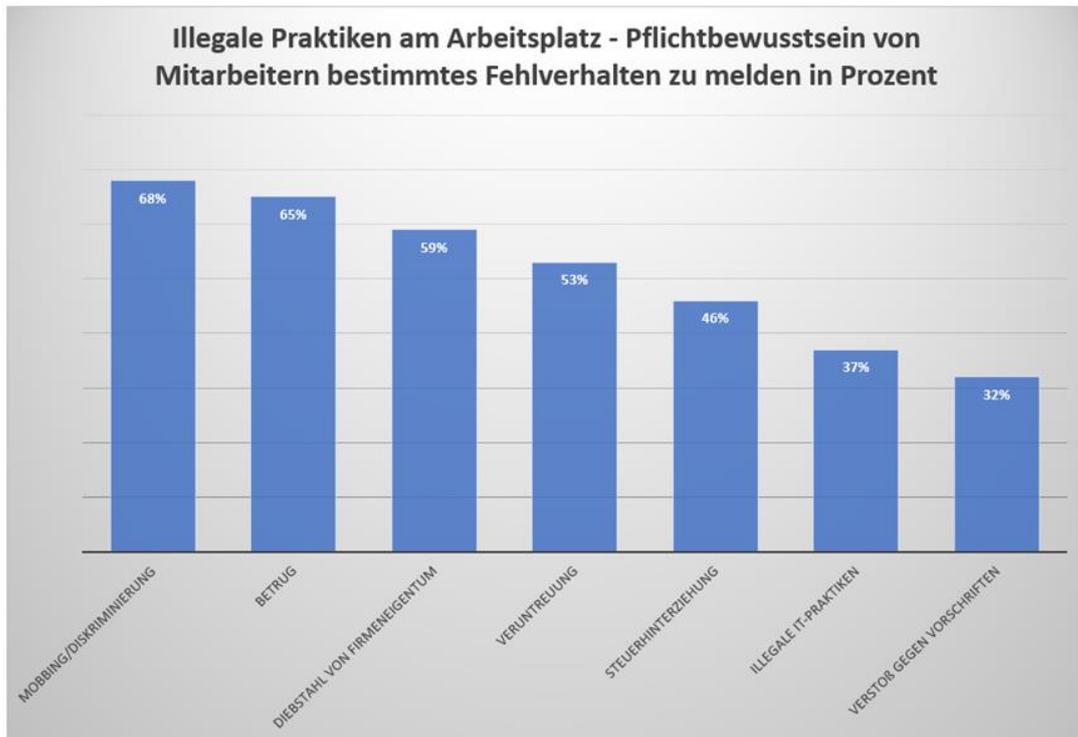


Abbildung 5: Meldebereitschaft von illegalen Praktiken am Arbeitsplatz

Datenquelle: BSA/ Suhr, 2017, o. S.



Abbildung 6: Entdeckungswege von Wirtschaftskriminalität

Datenquelle: PwC/ Bussmann/ et al., 2016, S. 43.

## § 4 Analyse der Chancen und Risiken von Hinweisgebersystemen bezogen auf das Arbeitsverhältnis

### III. Gegenüberstellung der Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht mit Hinweisgebersystem

#### 1. Positive Auswirkungen für das Unternehmen

##### b) Schutz vor Schäden mit Hilfe interner Klärung

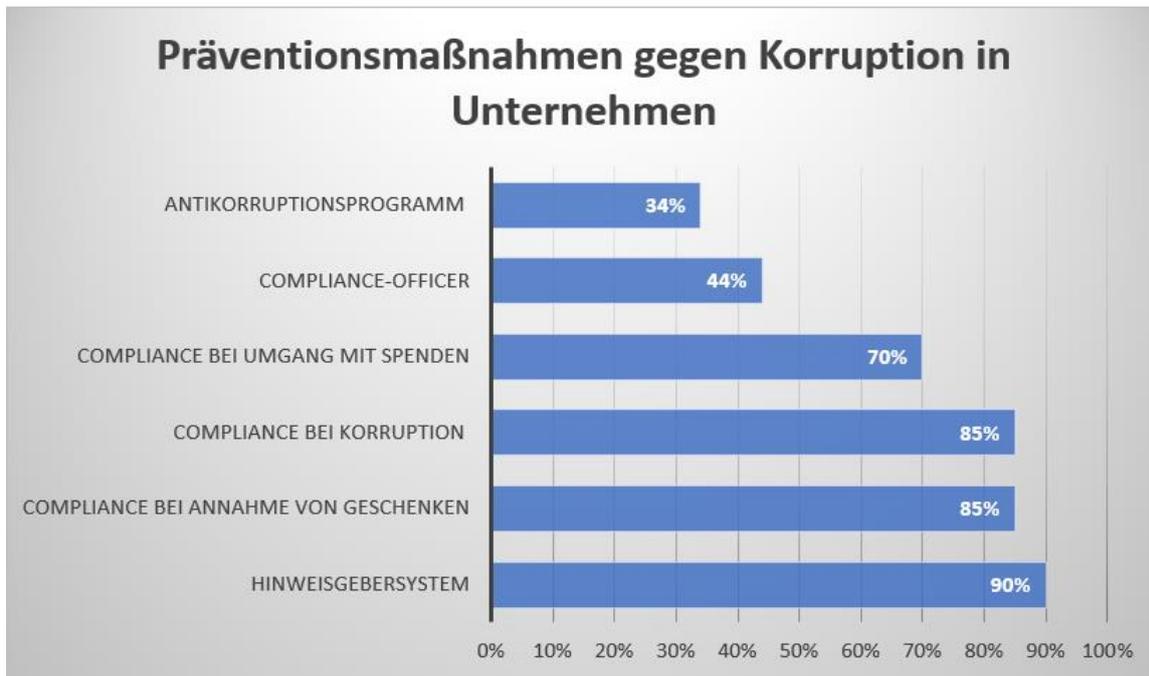


Abbildung 7: Präventionsmaßnahmen gegen Korruption in Unternehmen

Datenquelle: PwC/ Bussmann/ et al., 2009, S. 25.

## Literaturverzeichnis

*Altenbach, Thomas/ Dierkes, Kevin:* „EU-Whistleblowing-Richtlinie und DSGVO“, CCZ 2020, 126 ff.

*Becker, Cornelius:* Whistleblowing-Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2012, zugl. Diss. Osnabrück 2012

*Breinlinger, Astrid/ Krader, Gabriela:* Whistleblowing - Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen, RDV 2006, 60 ff.

*Briegel, Torsten:* Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Schriftenreihe der HHL-Leipzig Graduate School of Management, Gabler GWV Fachverlag, Wiesbaden 2009

*Deiseroth, Dieter/ Graßl, Hartmut:* Whistleblower-Enthüllungen zu Krebsmittel-Panschereien und illegalen Waffengeschäften, Whistleblower-Preis 2017, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2018

*Deiseroth, Dieter,* Whistleblower-Schutz, Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland, Betrifft JUSTIZ 2004 (78), 296 ff.

*Donato, Jessica:* Whistleblowing, Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen, Controlling und Management, Band 40, hrsg. von Reichmann, Thomas/ Welge, Martin K., Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009, zugl. Diss. Dortmund 2009

*Düsel, Jens:* Gespaltene Loyalität, Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, Schriftenreihe Arbeits- und Sozialrecht Band 111, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009

*Dzida, Boris/ Granetzny, Thomas:* Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201 ff.

*Edwards, Shalene:* Die Rechtmäßigkeit von Whistleblowing in der Öffentlichkeit nach der EMRK und nach deutschem Recht, Die Gesetzeslage und Gesetzgebungsvorschläge, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2017, zugl. Diss. Münster 2016

*Euler Hermes:* Wirtschaft konkret Nr. 33 Wirtschaftskriminalität, 2008, zit. nach: Fissenewert, Peter: Compliance Management contra Wirtschaftskriminalität, in: Behringer, Stefan (Hrsg.), Compliance kompakt, Best Practice im Compliance-Management, 3. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013

*Fischinger, Philipp S.:* Arbeitsrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2018

*Fissenewert, Peter:* Compliance Management contra Wirtschaftskriminalität, in: Behringer, Stefan (Hrsg.), Compliance kompakt, Best Practice im Compliance-Management, 3. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013

*Forst, Gerrit:* Die Richtlinie der Europäischen Union zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Whistleblowing-Richtlinie), EuZA 2020, 283 ff.

*Geißler, Cornelia:* Was ist ein Whistleblower?, HBm 2006 (1), 13 ff., zit. nach: *Briegel, Torsten,* Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme,

Schriftenreihe der HHL-Leipzig Graduate School of Management, Gabler GWV Fachverlag, Wiesbaden 2009

*Gerdemann, Simon*: Transatlantic Whistleblowing, Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Mohr Siebeck, Tübingen 2018 (zit.: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing)

*Gerdemann, Simon*: Revolution des Whistleblowing-Rechts oder Pfeifen im Walde?, RdA 2019, 16 ff.

Graf, Jürgen Peter/ Jäger, Markus/ Wittig, Petra (Hrsg.): Beck'sche Kurzkommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, München, C.H. Beck (zit.: Graf/ et al./ *Temming*, AktG § 404)

*Grafe, Roman*: Wohlfühldichtung für Mitläufer, Das Lügenmärchen vom guten Stasi-Mann, in: Grafe, Roman (Hrsg.), Die Schuld der Mitläufer, Anpassen oder Widerstehen in der DDR, Pantheon Verlag, München 2009

*Graser, Daniela*: Whistleblowing, Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Schriftenreihe der Europäischen Hochschulschriften, Reihe 2: Rechtswissenschaft, Band 2916, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2000, zugl. Diss. München 2000

*Groß, Nadja/ Platzer, Matthias*: Whistleblowing: Keine Klarheit beim Umgang mit Informationen und Daten, NZA 2017, 1097 ff.

*Grummer, Jan-Menko/ Kopka-Seeburg, Julia*: SOX und BilMoG Compliance, in: Behringer, Stefan (Hrsg.), Compliance kompakt, Best Practice im Compliance-Management, 3. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013

*Hamilton, John*: Blowing the Whistle „The Bosses“, NYT 1970, 40 ff., zit. nach: *Schemmel, Alexander/ Ruhmannseder, Felix/ Witzigmann, Tobias*, Hinweisgebersysteme, Implementierung in Unternehmen, C.F. Müller, Heidelberg 2012

*Hertsgaard, Mark*: Die Aufrechten, Whistleblowing in der Ära Snowden, Carl Hanser Verlag, München 2016

*Hunziker, Silvia*: Whistleblowing, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Krone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 163 ff.

*Kreis, Simona*: Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, Das öffentliche Informationsinteresse im Arbeitsrecht, Schriftenreihe der Beiträge zum Arbeitsrecht, hrsg. von Benecke, Martina/ et al., Band 3, Mohr Siebeck, Tübingen 2017

*Janke, Günter*: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Wichtige Aufgaben der Corporate Compliance, ZRFC 2008 (3), 174 ff.

*Leisinger, Klaus M.*: Whistleblowing und Corporate Reputation Management, Schriftenreihe für Wirtschafts- und Unternehmensethik, Band 6, Rainer Hampp Verlag, München 2003

*Maschke, Manuela/ Whistleblower-Netzwerk e.V.*: Whistleblowing: Den Umgang mit Hinweisen und Meldungen im Unternehmen gestalten, in: Pütz, Lasse/ Maschke, Manuela (Hrsg.), Compliance – ein Thema für Betriebs- und Aufsichtsräte, Schriftenreihe der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf 2012

*Moosmayer, Klaus*: Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, Schriftenreihe Compliance für die Praxis, 3. Aufl., C.H. Beck, 2015

*Müller, Michael*: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2004, 424 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, München, C.H. Beck (zit.: *Müller-Glöge*, BGB)

*Near, Janet P./ Miceli, Marcia P.*: Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing, JBE 1985, Vol. 4, No. 1, 1 ff., zit. nach: *Schemmel, Alexander/ Ruhmannseder, Felix/ Witzigmann, Tobias*, Hinweisgebersysteme, Implementierung in Unternehmen, C.F. Müller, Heidelberg 2012

*Noll, Matthias*: Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, Schriftenreihe Studien und Beiträge zum Strafrecht, Band 19, Mohr Siebeck, Tübingen 2018

*Ogorek, Regina*: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Hans Peter Walter, hrsg. von Forstmoser, Peter/ Honseil, Heinrich/ Wiegand, Wolfgang, Bern 2005, 539 ff.

*Pittroff, Esther*: Whistle-Blowing-Systeme in deutschen Unternehmen, Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung, Gabler Verlag, Wiesbaden 2011, zugl. Diss. Leipzig 2011

*Priebe, Andreas.*: Compliance – Was ein Betriebsrat wissen sollte, in: Pütz, Lasse/ Maschke, Manuela (Hrsg.), Compliance – ein Thema für Betriebs- und Aufsichtsräte, Schriftenreihe der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf 2012

*Pütz, Lasse/ Waclawczyk, Maximilian*: Compliance-Management-Systeme von DAX-Unternehmen – ein Vergleich -, in: Pütz, Lasse/ Maschke, Manuela (Hrsg.), Compliance – ein Thema für Betriebs- und Aufsichtsräte, Schriftenreihe der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf 2012

PwC/ *Bussmann, Kai/ et al.*: Wirtschaftskriminalität 2018, Mehrwert von Compliance – forensische Erfahrungen, 2018, <https://www.pwc.de/de/risk/pwc-wikri-2018.pdf>, Zugegriffen am: 23.05.2019

*Reiter, Christian*: Der Schutz des Whistleblowers nach dem Sarbanes-Oxley Act im Rechtsvergleich und im internationalen Arbeitsrecht, RIW 2005 (3), 168 ff.

*Ringel, Uwe*: Arbeitsrecht – ein Crashkurs – inkl. Arbeitshilfen online, 3. Aufl., Haufe Verlag, Freiburg 2019

*Sänger, Marc*: Whistleblowing in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2011, zugl. Diss. Frankfurt am Main 2010

*Schemmel, Alexander/ Ruhmannseder, Felix/ Witzigmann, Tobias*: Hinweisgebersysteme, Implementierung in Unternehmen, C.F. Müller, Heidelberg 2012

*Schmitt, Laura*: Geheimnisschutz und Whistleblowing, NZA-Beilage 2020, 50 f.

*Schulz, Mike*: Ethikrichtlinien und Whistleblowing - Arbeitsrechtliche Aspekte der Einführung eines Compliance-Systems, Schriftenreihe der Europäischen Hochschulschriften, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010, zugl. Diss. Augsburg 2009

*Schwarb, Thomas M.*: „Ich verpfeife meine Firma ...“: Einführung in das Phänomen „Whistle-Blowing“, Schriftenreihe der Fachhochschule Solothurn Nordwestschweiz, 1. Ausgabe von Discussion Paper Band 98, Solothurn 1998

*Steckler, Brunhilde*: 20 Jahre Wirtschaftsrecht im Verbundstudium, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2017

*Steigert, Verena Karen*: Datenschutz bei unternehmensinternen Whistleblowing-Systemen, Schriftenreihe der Europäischen Hochschulschriften, Reihe 2: Rechtswissenschaft, Band 5444, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2013, zugl. Diss. Münster 2012

*Temming, Dieter*: Der Geheimnisverrat eines Gesellschaftsorgans, in: Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg 2011, 545 ff.

*Transparency International*: Globales Korruptionsbarometer: Stimmen von Bürgern aus der ganzen Welt, 2017, [https://www.transparency.org/news/feature/global\\_corruption\\_barometer\\_citizens\\_voices\\_from\\_around\\_the\\_world](https://www.transparency.org/news/feature/global_corruption_barometer_citizens_voices_from_around_the_world), Zugegriffen am: 21.05.2019

*Tur, Kenan*: Hinweisgebersysteme und Transparenz: Strukturen, Problemerkennung, Management, in: Wieland, Josef/ Steinmeyer, Roland/ Grüninger, Stephan (Hrsg.), Handbuch Compliance-Management, Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2010

*Waldzus, Dagmar*: Whistleblowing in Deutschland: Ungeliebtes Stiefkind des Gesetzgebers?, in: Behringer, Stefan (Hrsg.), Compliance kompakt, Best Practice im Compliance-Management, 3. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013

## Statistikquellen:

*BKA/ Rossow, Markus*: Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2017, Bundeskriminalamt Wiesbaden, 2017, file:///C:/Users/miche/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2017%20(3).pdf, Zugegriffen am: 03.05.2019

*BSA/ Suhr, Frauke*: Illegale Praktiken am Arbeitsplatz, 2017, <https://de.statista.com/infografik/9822/illegale-praktiken-im-unternehmen-die-arbeitnehmer-melden-wuerden/>, Zugegriffen am: 02.05.2019

*PwC/ Bussmann, Kai/ et al.*: Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, <http://wcms.itz.uni-halle.de/download.php?down=18492&elem=2442748>, Zugegriffen am: 02.05.2019

*PwC/ Bussmann, Kai/ et al.*: Wirtschaftskriminalität in der analogen und digitalen Wirtschaft 2016, 2016, <https://www.pwc.de/de/risiko-management/assets/studie-wirtschaftskriminalitaet-2016.pdf>, Zugegriffen am: 03.05.2019

*Schemmel, Alexander/ Ruhmannseder, Felix/ Witzigmann Tobias*: Hinweisgebersysteme, Implementierung in Unternehmen, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2



# Die Bedeutung und rechtliche Bewertung von Vesting-Klauseln bei der Venture Capital Finanzierung einer Start-Up GmbH

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüferin: Frau Prof. Dr. iur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs

Abgabedatum: 20.01.2020

vorgelegt von

Natalia Ahmadian

aus Aachen

## Abstract

In den letzten Jahren weist Deutschland eine immer größer werdende Start-Up Szene vor. Kaum eine Technische Universität kommt ohne ein eigenes Gründerzentrum aus, und auch in Großstädten versuchen viele Gründer ihre Idee in Form eines Start-Ups umzusetzen. Doch was in der Theorie so einfach klingt, gestaltet sich in der Praxis als durchaus komplex. Die Gründer sehen sich nicht geahnter Aufgaben und Hürden konfrontiert. Dennoch ist das Verständnis für ein Scheitern der Unternehmer sowohl in der Politik als auch in der Gesellschaft begrenzt. Dabei ist vielen nicht bewusst, wie vielseitig sich eine Unternehmensgründung in der Praxis gestaltet und was für Hindernisse den Gründern dabei begegnen.

Ziel dieser Arbeit wird es sein, die komplexen rechtlichen Hintergründe und Probleme der Gründung und Finanzierung eines Start-Ups darzustellen und somit allgemeines Verständnis für ein eventuelles Scheitern der Gründer zu schaffen. Zur Erreichung dieses Zieles wird zunächst erläutert, was für Phasen ein Start-Up in der Regel durchläuft, und die besondere Finanzierungsform von Gründungsunternehmen, die Venture-Capital Finanzierung, wird beleuchtet. Ferner wird auf die zwei wichtigsten Vertragswerke einer solchen Finanzierung eingegangen, die GmbH-Satzung und den Beteiligungsvertrag. Besonders berücksichtigt werden dabei die Vesting-Klauseln, die der Bindung der Gründer an das Start-Up Unternehmen dienen. Nach der Thematisierung der Klauseln unter besonderer Betrachtung der Sittenwidrigkeit nach §138 I BGB lässt sich sagen, dass sich Vesting-Klauseln als durchaus problematisch erweisen können. Denn durch die Rechtsprechung wurde noch kein abschließendes Urteil über die Zulässigkeit getroffen. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist die Sittenwidrigkeit der Klauseln zwar zu verneinen, allerdings bietet dies keine ausreichende Rechtssicherheit. Aus diesem Grund galt es im Rahmen der Prüfung der Vesting-Klauseln auch Alternativen aufzuzeigen, welche die Klauseln abdingbar machen und gleichzeitig mehr Rechtssicherheit bieten und weniger Nachteile mit sich bringen. Als finales Ergebnis dieser Untersuchung kam raus, dass keine der aufgeführten Rechtsinstitute eine ideale Möglichkeit darstellt, um die Vesting-Klauseln zu ersetzen. Es handelt sich jedoch bei dem Milestone-based Vesting für beide Parteien um die beste Alternative, sodass empfohlen wird, auf diese zurück zu greifen.

Die Ergebnisse dieser Arbeit zeigen, dass es sich bei der Gründung eines Start-Ups um ein sehr aufwendiges und komplexes Vorhaben handelt, welches die Gründer vor einige Hindernisse stellt. Aus diesem Grund sollte ein mögliches Scheitern der Unternehmer auf mehr Akzeptanz in der Gesellschaft stoßen.

## Inhaltsverzeichnis

Abstract .....	II
Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	VI
A. Einleitung .....	1
I. Themenwahl und Problemstellung .....	1
II. Zielsetzung .....	2
III. Vorgehensweise.....	2
B. Die Finanzierung und die Gründung von Start-Up Unternehmen .....	2
I. Die Unternehmensfinanzierung .....	3
II. Besonderheiten bei der Start-Up Finanzierung .....	4
III. Der Begriff und die Bedeutung von Venture Capital .....	5
IV. Die Phasen der Gründung eines Start-Up Unternehmens .....	6
1. Die Seed- und Start-Up Phase .....	6
2. First Stage/Second Stage .....	7
3. Bridge Financing.....	8
V. Zwischenfazit .....	8
C. Der Rechtsrahmen einer Venture-Capital Finanzierung .....	8

I. Die GmbH-Satzung .....	9
II. Der Beteiligungsvertrag .....	11
1. Allgemeine Informationen über den Beteiligungsvertrag .....	11
2. Das Verhältnis des Beteiligungsvertrags zu der GmbH-Satzung .....	12
3. Die wesentlichen Klauseln des Beteiligungsvertrags .....	14
D. Die rechtliche Bewertung der Vesting-Klauseln .....	18
I. Die Funktion und der Zweck von Vesting-Klauseln .....	18
II. Vor- und Nachteile von Vesting-Klauseln .....	21
1. Sichtweise der Investoren .....	21
a) Vorteile für die Investoren .....	21
b) Nachteile für die Investoren .....	21
2. Sichtweise der Gründer .....	22
a) Vorteile für die Gründer .....	22
b) Nachteile für die Gründer .....	22
3. Zwischenfazit .....	23
III. Die rechtlichen Grenzen der Vesting-Klauseln .....	23
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	24

2. §134 BGB – Das gesetzliche Verbot .....	26
3. §138 I BGB – Die Sittenwidrigkeit.....	26
a) Die Zulässigkeit der Vesting-Klauseln nach §138 I BGB .....	27
aa) Norm und Zweck .....	27
bb) Sittenwidrigkeit der Vesting-Klauseln .....	27
cc) Die Zulässigkeit der Länge der Vesting-Periode .....	34
dd) Die Zulässigkeit der Abfindungshöhe .....	37
b) Zwischenfazit.....	38
IV. Alternativen zu den Vesting-Klauseln .....	39
1) Milestone-based Vesting .....	39
2) Zwangseinziehung und Zwangsabtretung .....	42
3) Die Vertragsstrafe .....	46
V. Bewertung .....	49
E. Fazit.....	56
Literaturverzeichnis .....	58

## Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
Az.	Aktenzeichen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
Bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
etc.	et cetera
Gem.	gemäß
Ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
u.a.	unter anderem
z.B.	zum Beispiel

## A. Einleitung

### I. Themenwahl und Problemstellung

In den letzten Jahren lässt sich ein Trend erkennen, Start-Up Unternehmen erfreuen sich in Deutschland hoher Popularität<sup>1</sup> und in absehbarer Zukunft ist kein Ende des Trends in Sicht. Ob an Universitäten oder in Großstädten, überall sind viele junge Gründer anzutreffen, die davon träumen ihre Idee in Form eines Start-Ups umzusetzen.<sup>2</sup> Alleine hierzulande gab es im Jahr 2017 knapp 108.000 Gründer mit 60.000 Start-Ups und die Zahl ist steigend.<sup>3</sup>

Doch das unternehmerische Risiko eines solchen Vorhabens ist, gerade in einer frühen Phase des Lebenszyklus, als sehr hoch einzustufen, sodass nicht jedes Start-Up erfolgreich ist.<sup>4</sup>

Das Verständnis für ein Scheitern der Gründer ist in der Gesellschaft und in der Politik begrenzt. Oft wird dabei nicht berücksichtigt, was für Hindernisse die Gründer eines Start-Ups beim Aufbau ihres Unternehmens überwinden müssen. Da die meisten von ihnen noch jung sind<sup>5</sup> und demnach über wenig Erfahrung verfügen, kann man nicht erwarten, dass sie das volle Risiko eines solchen Vorhabens genau einschätzen können. Es gilt also Verständnis für das Scheitern eines jungen Unternehmens zu schaffen. Dieses lässt sich am besten erreichen, indem man die Hintergründe einer Start-Up Gründung erörtert. Zentraler Punkt einer jeden Gründung ist die Beschaffung von finanziellen Mitteln.<sup>6</sup> Es handelt sich dabei auch um einen Aspekt, mit dem sich jeder Unternehmer so früh wie möglich beschäftigen sollte.<sup>7</sup>

Im Folgenden sollen die rechtlichen Aspekte der Finanzmittelbeschaffung erörtert und dargestellt werden. Es handelt sich dabei um Aspekte, derer sich Viele bei der Gründung ihres Start-Ups nicht bewusst sind.

Denn ein Start-Up kann nicht, wie viele es vielleicht annehmen, auf finanzielle Unterstützung durch Darlehen von Banken hoffen.<sup>8</sup> Die Gründer müssen potenzielle Investoren von ihrer Idee überzeugen und sie dazu bewegen, das Start-Up durch die Hinzugabe von finanziellen Mitteln zu unterstützen.<sup>9</sup> Diese finanziellen Mittel werden als Venture-Capital bezeichnet und die Investoren als Venture-Capital Geber.<sup>10</sup> Als Venture-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 3.

<sup>2</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 7.

<sup>3</sup> Vgl. *Metzger*, KfW Start-Up-Report 2018, S. 1.

<sup>4</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>5</sup> Vgl. *Metzger*, KfW Start-Up-Report 2018, S. 1.

<sup>6</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 5.

<sup>7</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 19.

<sup>8</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNZ 2013, 74 (78).

<sup>9</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>10</sup> Vgl. *Weitmauer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

Capital Geber kommen öffentliche Fonds oder private Investoren in Betracht.<sup>11</sup> Bei dem Eintritt der Investoren müssen die unterschiedlichen Interessen der Gründer und der Geldgeber aufeinander abgestimmt werden.<sup>12</sup> Ein großes rechtliches Hindernis bilden bei diesem Vorhaben die Beteiligungsverträge. Sie begründen das unternehmerische Zusammenleben zwischen Investoren und Gründern des Start-Ups.<sup>13</sup> Die Verträge sind dabei komplex gestaltet und für die unerfahrenen Gründer zeigen sich viele Probleme auf.<sup>14</sup> Wesentlicher Bestandteil der Verträge sind die Vesting-Klauseln<sup>15</sup>, welche oft Fragen und Streitpunkte bei den Verhandlungen zwischen Gründern und Investoren aufwerfen. Sie dienen der Bindung der Gründer an das Start-Up Unternehmen.<sup>16</sup> Sollten diese dennoch früher ausscheiden, gehen die Anteile an ihrem eigenen Start-Up verloren.<sup>17</sup>

## II. Zielsetzung

Ziel dieser Arbeit wird es sein, die rechtlichen Problematiken einer Unternehmensgründung aufzuzeigen, um Verständnis für ein eventuelles Scheitern der Gründer zu schaffen. Darüber hinaus sollen rechtssichere Alternativen zu den Vesting-Klauseln aufgezeigt werden, um die Gestaltungsschwierigkeiten bei diesen zu vermeiden.

## III. Vorgehensweise

Zur Erörterung dieser Problematik werden zunächst die Grundlagen der Gründung und Finanzierung eines Start-Ups erläutert und dargestellt. Darauffolgend werden die zwei wichtigsten rechtlichen Vertragswerke, die GmbH-Satzung und der Beteiligungsvertrag<sup>18</sup>, inhaltlich beschrieben und die Probleme mit den Vesting-Klauseln werden aufgegriffen. Darauffolgend gilt es, die Alternativen zu dem Vesting darzustellen und zu untersuchen, ob es sich bei diesen um Rechtsinstitute handelt, die das Vesting ersetzen können.

## B. Die Finanzierung und die Gründung von Start-Up Unternehmen

Zur Umsetzung einer jeden Geschäftsidee oder eines jeden Vorhabens, stellt sich jedem Unternehmen die Frage, wie, wann und in welcher Form es finanziert werden soll.<sup>19</sup> Im Folgenden wird zunächst auf die Unternehmensfinanzierung im allgemeinen Sinne eingegangen, bevor die Besonderheiten der Finanzierung eines Start-Ups folgen. Darauffolgend werden die einzelnen Gründungsphasen eines solchen beleuchtet, sowie der jeweilige Kapitalbedarf.

---

<sup>11</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 5 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 5.

<sup>13</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 5.

<sup>14</sup> Vgl. *Drygala/Wächter*, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 26.

<sup>15</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>16</sup> Vgl. *Weitmayer*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>17</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>18</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 22.

<sup>19</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 19.

## I. Die Unternehmensfinanzierung

Bei der Finanzierung eines Unternehmens, gilt es, die Innen- von der Außenfinanzierung zu unterscheiden.<sup>20</sup>

Bei der Innenfinanzierung fließen dem Unternehmen keine finanziellen Mittel von außen, durch z.B. Gesellschafter oder Gläubiger, zu.<sup>21</sup> Die Finanzierung erfolgt z.B. durch die Veräußerung von nicht gebrauchtem Betriebsvermögen oder durch die Erreichung eines positiven Saldos.<sup>22</sup> Das Unternehmen finanziert sich in gewisser Weise „von selbst“.

Die Außenfinanzierung ist die, am häufigsten präferierte Form der Finanzierung eines Unternehmens und ist dadurch geprägt, dass die Geldmittel durch Gläubiger oder eigene Gesellschafter zufließen.<sup>23</sup> Sie erfolgt entweder durch Eigen- oder Fremdfinanzierung.<sup>24</sup> Zunächst gilt es, die Eigenfinanzierung zu betrachten. „Bei der Eigenfinanzierung werden dem Unternehmen finanzielle Mittel durch die Gesellschafter zugeführt, die zu einer Erhöhung des Eigenkapitals führen.“<sup>25</sup> Dies erfolgt zum einen durch Geldeinlagen, zum anderen aber auch durch verschiedene Sacheinlagen, wie z.B. Grundstücke.<sup>26</sup> Bei dieser Form der Finanzierung wird der Geldgeber kein Gläubiger des Unternehmens.<sup>27</sup> Von der Eigenfinanzierung ist die Fremdfinanzierung zu differenzieren. Bei dieser erfolgt der Mittelzufluss durch die Bereitstellung von Darlehen durch Gläubiger.<sup>28</sup> Die Kreditgeber „werden in den Bankensektor, den Nichtbankensektor und die öffentliche Hand (unterteilt).(Anm. d. Verf.)“<sup>29</sup> Es werden dem Unternehmen dabei Kredite im Gegenzug zu Zins- und Tilgungszahlungen gewährt.<sup>30</sup> In der Regel werden den Gläubigern im Rahmen einer Fremdfinanzierung auch Sicherheitsleistungen durch das Unternehmen eingeräumt.<sup>31</sup>

Zusammenfassend, lässt sich somit sagen, dass es für ein Unternehmen einige Möglichkeiten der Finanzierung gibt, eine häufig gewählte Form jedoch die Fremdfinanzierung ist, bei der Kredite durch z.B. Banken gewährt werden. Es gilt also, im Folgenden zu klären, wie die Unternehmensfinanzierung sich von der Finanzierung eines Start-Ups unterscheidet.

---

<sup>20</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (76).

<sup>21</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (76).

<sup>22</sup> der positive Saldo wird auch als Cash-Flow bezeichnet und ergibt sich aus einem finanzwirtschaftlichen Überschuss des Unternehmens, vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (76).

<sup>23</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>24</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>25</sup> Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>26</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>27</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>28</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>29</sup> Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>30</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

<sup>31</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (77).

## II. Besonderheiten bei der Start-Up Finanzierung

Die Finanzierung eines Start-Up Unternehmens ist von einer gewöhnlichen Unternehmensfinanzierung zu differenzieren.<sup>32</sup> Sie zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass eine Fremdfinanzierung durch Banken in der Regel nicht möglich ist.<sup>33</sup> Zunächst gilt es jedoch zu klären, was ein Start-Up Unternehmen ist. Start-Up Unternehmen sind „junge, innovative und häufig schnell wachsende Unternehmen“<sup>34</sup>, die häufig auch als Gründungs- oder Wachstumsunternehmen bezeichnet werden.<sup>35</sup> Es handelt sich also um ein kürzlich gegründetes Unternehmen, was dabei ist, seine innovative Geschäftsidee zu entwickeln und zu vertreiben.<sup>36</sup>

Der Aufbau eines solchen Unternehmens ist als sehr risikobehaftet einzustufen, da die Zukunft und das Wachstum der Gesellschaft nicht garantiert sind.<sup>37</sup> Aufgrund dieser Gegebenheiten gestaltet sich dessen Finanzierung auch als durchaus komplex, denn genau diesen Unternehmen bleibt eine Fremdfinanzierung durch z.B. Bankdarlehen verwehrt.<sup>38</sup> Dieses Hindernis ist darauf zurück zu führen, dass den Banken im Gegenzug zu ihren gewährten Krediten keine ausreichende Sicherheit gestellt werden kann.<sup>39</sup> Auch die hohen Zins- und Tilgungszahlungen sind in der frühen Phase einer Unternehmensgründung nicht möglich.<sup>40</sup>

Aus diesem Grund verhält es sich bei Start-Up Unternehmen in der Regel so, dass die ersten Kosten durch die Gründer selbst gedeckt werden.<sup>41</sup> Dies geschieht zum einen durch die Erbringung von Eigenkapital durch die Gesellschafter (Gründer) und zum anderen durch Geldmittel, welche durch Freunde oder Verwandte zufließen.<sup>42</sup> Diese Bereitstellung von Kapital deckt den Bedarf in der Regel jedoch lediglich partiell.<sup>43</sup> Häufig werden nur die ersten Kosten der Gründung, zu denen zum Bei-spiel die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags zählt, gedeckt.<sup>44</sup> Doch mit dem steigenden Kapitalbedarf reicht die Deckung durch Verwandte, Freunde oder durch eigene Finanzierungsmittel nicht mehr aus.<sup>45</sup> Als Alternative der Finanzierung durch Banken oder Verwandte kommt bei Start-Up Unternehmen die Kapitalbeschaffung durch Venture Capital in Betracht.<sup>46</sup> Auf dessen Bedeutung wird im Folgenden näher eingegangen.

---

<sup>32</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (78).

<sup>33</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (78).

<sup>34</sup> Bank; Möllmann, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn.1.

<sup>35</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (79).

<sup>36</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 4.

<sup>37</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>38</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (78).

<sup>39</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (78).

<sup>40</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNtZ 2013, 74 (78).

<sup>41</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>42</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>43</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>44</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>45</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>46</sup> Vgl. Weitmauer, Handbuch Venture Capital, S. 4.

### III. Der Begriff und die Bedeutung von Venture Capital

„Der aus dem Englischen kommende Begriff „Venture Capital“ (oder kurz „VC“) wird – wörtlich ins Deutsche übersetzt – mit Wagnis- oder Risikokapital gleichgesetzt.“<sup>47</sup> Venture Capital soll es den Unternehmen in ihrer Frühphase ermöglichen, benötigtes Kapital aufzubringen, um ihre Geschäftsidee voranzutreiben.<sup>48</sup>

Im Gegensatz zu der Kreditfinanzierung durch Banken, handelt es sich bei der Venture-Capital Finanzierung um eine Beteiligungsfinanzierung.<sup>49</sup> Den Kapitalgebern werden somit im Gegenzug zu ihrer Finanzeinlage Unternehmensbeteiligungen als Sicherheit zur Verfügung gestellt.<sup>50</sup> „Der VC-Geber ist somit nicht wie eine darlehensgebende Bank Gläubiger des Unternehmens, sondern wird mit seiner Einlage haftender Partner des Gründers und trägt dessen unternehmerisches Risiko, aber auch die Chance des Gelingens mit.“<sup>51</sup> Als Venture-Capital Geber kommen verschiedene Arten in Betracht.<sup>52</sup> Es gibt zum einen die klassischen Venture-Capital Geber, welche im Wesentlichen einen finanziellen Beitrag zu dem Start-Up Unternehmen leisten.<sup>53</sup> Zu diesen zählen die unabhängigen Venture-Capital Gesellschaften<sup>54</sup> und die öffentlichen Venture-Capital Fonds.<sup>55</sup> Ferner gibt es noch die Venture-Capital Geber, welche keine monetären Einlagen in das Start-Up Unternehmen leisten, sondern Sacheinlagen oder unternehmerisches Know-how.<sup>56</sup> Im Nachfolgenden wird nur auf die klassischen Venture-Capital Geber eingegangen.

Die Investoren können im Rahmen der Start-Up Finanzierung in jeder Unternehmensphase beitreten, und ihren finanziellen Beitrag einbringen.<sup>57</sup>

Dieser wird in der Regel in der Form von Wandeldarlehen erbracht.<sup>58</sup> Bei Wandeldarlehen handelt es sich um rückzahlbare Darlehen, die, im Rahmen der nächsten Finanzierungsrunde, in Unternehmensbeteiligungen und damit in Eigenkapital umgewandelt werden.<sup>59</sup> Das bereitgestellte Kapital wird üblicherweise mit einer Verzinsung von 3 bis 5% versehen.<sup>60</sup> Die angefallenen Zinsen werden dabei auch in Unternehmensanteile gewandelt.<sup>61</sup> Bei dem Erwerb der Anteile wird regelmäßig vereinbart, dass die Investoren die Beteiligungen zu vergünstigten Konditionen erhalten.<sup>62</sup>

---

<sup>47</sup> *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 3.

<sup>48</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

<sup>49</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>50</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>51</sup> *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

<sup>52</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 5 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 6.

<sup>54</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 6.

<sup>55</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 5ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 8.

<sup>57</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 6.

<sup>58</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 5.

<sup>59</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 6.

<sup>60</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 11.

<sup>61</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 6.

<sup>62</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 16.

Venture-Capital Geber nutzen diese flexible Form der Unternehmensbeteiligung, um ihre Finanzeinlage in das Start-Up Unternehmen zu leisten.<sup>63</sup> Häufig wird auf das Wandeldarlehen in einer frühen Entwicklungsphase zurückgegriffen.<sup>64</sup> Welche Phasen ein Start-Up Unternehmen darüber hinaus in seinem Lebenszyklus durchläuft, wird im Nachfolgenden beleuchtet.

#### IV. Die Phasen der Gründung eines Start-Up Unternehmens

Der Lebenszyklus eines Start-Up Unternehmens lässt sich in verschiedene Phasen einteilen.<sup>65</sup>

Bei der folgenden Darstellung wird von einem erfolgreichen Start-Up ausgegangen, welches jede Gründungsphase übersteht.

##### 1. Die Seed- und Start-Up Phase

Als Seed-Phase wird der erste Abschnitt des Lebenszyklus eines Unternehmens bezeichnet.<sup>66</sup> In dieser Phase wird die Idee der Gründer erstmalig konkretisiert und umgesetzt.<sup>67</sup> Üblicherweise werden in dieser Phase die Weichen für die spätere Unternehmenstätigkeit gelegt.<sup>68</sup> Diese bestehen daraus, dass die Gründer die Gesellschaft, in der Regel eine GmbH, gründen.<sup>69</sup>

In dieser frühen Entwicklungsphase wird häufig auf finanzielle Mittel von Freunden und Familie zurückgegriffen.<sup>70</sup> Mit diesen Mitteln werden die ersten Kosten des Unternehmens gedeckt, wie z.B. die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags oder anfallende Kosten für die Forschung und Entwicklung des Produktes.<sup>71</sup> In dieser Phase erfolgt in der Regel auch die Erstellung eines Business Plans, mit welchem die zukünftigen Tätigkeiten des Start-Ups beschrieben und verfeinert werden sollen.<sup>72</sup> Dieser Plan dient potenziellen Investoren auch als Hilfe, um sich einen Eindruck über die Lage des Start-Ups zu verschaffen.<sup>73</sup>

In der Start-Up Phase beginnt das Unternehmen langsam seinen professionellen Geschäftsbetrieb aufzunehmen.<sup>74</sup>

Der Vertrieb des Produktes startet in dieser Phase, sodass erste Umsätze generiert

---

<sup>63</sup> Vgl. Schönhaar, GWR 2016, 6 (6).

<sup>64</sup> Vgl. Schönhaar, GWR 2016, 6 (6).

<sup>65</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28f.

<sup>66</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28

<sup>67</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28

<sup>68</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28

<sup>69</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28

<sup>70</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28

<sup>71</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29

<sup>72</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29

<sup>73</sup> Vgl. Hahn, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29

<sup>74</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNZ 2013, 74 (78).

werden.<sup>75</sup> Allerdings ist noch von keinen Gewinnen auszugehen, sondern es sind eher hohe Verluste zu erwarten.<sup>76</sup> Das unternehmerische Risiko ist als hoch einzuordnen.<sup>77</sup> Der finanzielle Bedarf steigt in dieser Periode des Lebenszyklus enorm, sodass die zugeflossenen Geldmittel durch Freunde oder Verwandte nicht mehr ausreichend sind.<sup>78</sup> Dies ist die Phase, in der die ersten Finanzinvestoren in das Unternehmen einsteigen.<sup>79</sup>

Die Abgrenzung der Seed- und Start-Up Phase gestaltet sich in der Praxis als schwierig.<sup>80</sup> Man spricht normalerweise bei der ersten Finanzierungsrunde, welche in der Theorie, in der Start-Up Phase erfolgt von der Seed-Finanzierung.<sup>81</sup>

## 2. First Stage/Second Stage

„Mit dem erfolgten Launch der Unternehmensidee bzw. des Produktes am Markt endet die eigentliche Start-Up-Phase.“<sup>82</sup> Ziel in dieser Phase ist der weitere Auf- und Ausbau des Vertriebes.<sup>83</sup> Es wird darauf gehofft, in dieser Zeit einen dauerhaften Cash-Flow zu generieren, welcher dem Unternehmen erste Gewinne einbringt.<sup>84</sup> Dieser Cash-Flow soll dann als Sicherheit für das Start-Up verwendet werden und im besten Fall sogar eine Eigenfinanzierung ermöglichen.<sup>85</sup> Ferner soll die Unternehmensstruktur verbessert und gegebenenfalls professionalisiert werden.<sup>86</sup> Durch diese Maßnahme erhoffen sich die Gesellschafter des Start-Ups, dass ihr Unternehmen sich langfristig auf dem Markt etabliert und diesen endgültig durchdringen kann.<sup>87</sup> Wenn diese Schritte erfolgreich überstanden sind, kann das Unternehmen erstmalig über weitere Finanzierungsmöglichkeiten nachdenken.<sup>88</sup> Eine Fremdfinanzierung ist in dieser Zeit nicht ausgeschlossen.<sup>89</sup> Für ein besonders florierendes Unternehmen ist in dieser Phase die Vorbereitung auf einen Börsengang durchaus denkbar.<sup>90</sup>

Es ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass dieser Verlauf eines Unternehmens nicht garantiert und eine Liquidation des Start-Ups vorher nicht ausgeschlossen ist.<sup>91</sup>

---

<sup>75</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 12.

<sup>76</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>77</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

<sup>78</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>79</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>80</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 2.

<sup>81</sup> Vgl. *Bank; Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, Teil 1 Rn. 2.

<sup>82</sup> *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>83</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 12.

<sup>84</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>85</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>86</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 30.

<sup>87</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 12.

<sup>88</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>89</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>90</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>91</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 28.

### 3. Bridge Financing

Wenn es sich bei dem Start-Up um ein wirtschaftlich starkes und wachsendes Unternehmen handelt, ist ein Börsengang durchaus denkbar.<sup>92</sup> Start-Ups mit einem solchen Potenzial werden als „High Flyer“ bezeichnet.<sup>93</sup>

Ein Börsengang benötigt weitere hohe Investitionen, welche jedoch bei erfolgreichem Abschluss des Vorhabens mit einem sehr lukrativen Exit belohnt werden.<sup>94</sup> Der hohe Kapitalbedarf geht jedoch mit einem sehr geringen unternehmerischen Risiko einher<sup>95</sup>, da sich das Unternehmen schon auf dem Markt etabliert hat und sich in einer starken wirtschaftlichen Position befindet.<sup>96</sup> Ebenso ist durch den starken Anstieg des Umsatzes eine Selbstfinanzierung möglich, sodass die Kapitalaufbringung für den Börsengang selten große Probleme aufweist.<sup>97</sup>

### V. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Finanzierung eines Start-Up Unternehmens maßgeblich durch die Hinzugabe von finanziellen Mitteln durch externe Investoren geprägt ist. Der Finanzierungsbedarf des Unternehmens ist dabei von der jeweiligen Entwicklungsphase abhängig. Die Investoren, die dem Unternehmen in jeder Phase beitreten können, geben bei der Deckung dieses Bedarfs Geld oder andere Sacheinlagen in das Unternehmen ein, und erhalten im Gegenzug Unternehmensbeteiligungen.

Dieses unternehmerische Zusammenleben gilt es, im Rahmen von Verträgen auszugestalten. Welche Vertragswerke in diesem Zusammenhang ausgehandelt werden und wie diese strukturiert sind, wird im Folgenden näher erläutert.

### C. Der Rechtsrahmen einer Venture-Capital Finanzierung

Bei der Finanzierung eines Start-Up Unternehmens durch Venture Capital müssen zwei wichtige Vertragswerke ausgearbeitet werden. Diese sind zum einen die GmbH-Satzung, welche die Grundlage der Verfassung der GmbH bildet,<sup>98</sup> und zum anderen der Beteiligungsvertrag, welcher ein schuldrechtliches Verhältnis zwischen den Investoren und den Gründern begründet.<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>93</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>94</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

<sup>95</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 30.

<sup>96</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 30.

<sup>97</sup> Vgl. Drygala/Wächter, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 26.

<sup>98</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz*, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1.

<sup>99</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 5.

## I. Die GmbH-Satzung

Die GmbH-Satzung wird auch Gesellschaftsvertrag genannt<sup>100</sup>, und bildet den Grundstein für die Verfassung der Gesellschaft.<sup>101</sup> Sie regelt die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander und zur GmbH<sup>102</sup> und gilt für und gegen jeden Gesellschafter.<sup>103</sup> Der zwingende Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist gesetzlich im GmbH-Gesetz geregelt. §3 GmbHG sieht vor, dass die Satzung mindestens Firma und Sitz der Gesellschaft enthalten muss, sowie den Betrag des Stammkapitals und den Gegenstand des Unternehmens. Ferner sagt die Gesetzesvorschrift aus, dass aus der Satzung ersichtlich sein muss, welche Geschäftsanteile gegen Einlage an welchen Gesellschafter übergegangen sind. Der Gesellschaftsvertrag muss gem. §2 GmbHG zwingend notariell beurkundet werden, da er anderenfalls nichtig bzw. rechtlich unwirksam wäre.<sup>104</sup>

Neben dem zwingenden Inhalt sollten auch weitere Abmachungen Bestandteil der Satzung werden, um einen Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftern zu vermeiden.<sup>105</sup> Vor allem sollte die Geschäftsführung der GmbH geregelt werden, sowie wie die Vertretung dieser.<sup>106</sup> Darüber hinaus sollten noch weitere Regelungen, wie ein Wettbewerbsverbot oder eine Nachschusspflicht, Bestandteil der Satzung werden.<sup>107</sup> Demnach lässt sich sagen, dass die Satzung einer GmbH das unternehmerische Zusammenleben der Gesellschafter regelt. Den Parteien steht dabei eine durch das GmbH-Gesetz gegebene weitreichende Parteiautonomie zu<sup>108</sup>, sodass es durchaus zu einigen individualvertraglichen Absprachen kommen kann.<sup>109</sup>

Bei einem Start-Up Unternehmen sollten im Gesellschaftsvertrag noch weitere Aspekte beachtet werden.<sup>110</sup>

Diese überschneiden sich zum Teil mit den Klauseln des Beteiligungsvertrags. Auf diese wird jedoch im weiteren Verlauf der Arbeit vertieft eingegangen. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle auf eine detaillierte Erläuterung der entsprechenden Klauseln verzichtet; sie werden lediglich im Groben angeschnitten.

Eine wichtige Klausel, welche Bestandteil der Satzung werden sollte, um den Interessen des Investors gerecht zu werden<sup>111</sup>, ist die Verwässerungsschutzklausel.<sup>112</sup> Sie dient der Aufrechterhaltung der quotalen Beteiligung eines Investors an dem Stammkapital des

---

<sup>100</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1.

<sup>101</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 2.

<sup>102</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 2.

<sup>103</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1.

<sup>104</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, §2 Rn.14, 21. Auflage.

<sup>105</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Mayer/Weiler, MünchHdB GesR III, §20 Rn. 2.

<sup>106</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Mayer/Weiler, MünchHdB GesR III, §20 Rn. 46.

<sup>107</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Mayer/Weiler, MünchHdB GesR III, §20 Rn. 5 ff.

<sup>108</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, §3 Rn. 4, 21. Auflage.

<sup>109</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (81).

<sup>110</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (81).

<sup>111</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>112</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

Start-Ups.<sup>113</sup> Denn dieses wird durch jede Finanzierungsrunde erhöht<sup>114</sup>, sodass die Beteiligung jedes Gesellschafters in Relation zu dem gesamten Stammkapital verringert wird.<sup>115</sup> Durch die Einräumung eines Bezugsrechts<sup>116</sup> auf die neuen Beteiligungen, wird es den Investoren somit ermöglicht, die quotale Höhe ihrer Beteiligung aufrecht zu erhalten.<sup>117</sup>

Des Weiteren muss bei der Ausgestaltung der Satzung darauf geachtet werden, dass der Venture-Capital Geber nicht daran interessiert ist, dass der Gesellschafterbestand beliebig verändert wird<sup>118</sup> und vor allem nicht daran, dass die Gründer frei über ihre Geschäftsanteile verfügen können.<sup>119</sup> Aus diesem Grund wird er regelmäßig verlangen, dass in der Satzung festgehalten wird, dass die Veräußerung der Geschäftsanteile eines Gesellschafters, von der Zustimmung der anderen Gesellschafter abhängt.<sup>120</sup> Sich selbst wird er an dieser Stelle von der Voraussetzung ausnehmen, und in die Satzung einbauen, dass er als Venture-Capital Geber frei über seine Anteile bestimmen darf.<sup>121</sup>

Eine weitere Klausel, die an die Veräußerung von Geschäftsanteilen knüpft<sup>122</sup>, ist die Exit-Klausel, welche ebenfalls im Beteiligungsvertrag zu finden ist. In diesen sind die Pflichten und Rechte der Gesellschafter bei einem möglichen Verkauf von Geschäftsanteilen geregelt.<sup>123</sup> Zum einen kann durch die Klausel eine Mitveräußerungspflicht begründet werden<sup>124</sup>, welche dem veräußerungswilligen Venture-Capital Geber erlaubt, die anderen Gesellschafter dazu zu verpflichten, ihre Anteile ebenfalls zu verkaufen.<sup>125</sup> Diese Regelung kommt dann in Betracht, wenn der Erwerber der Anteile lediglich daran interessiert ist, alle Anteile an der Gesellschaft zu erwerben.<sup>126</sup> Ferner werden in der Klausel auch Mitveräußerungsrechte begründet.<sup>127</sup> Diese erlauben es dem Venture-Capital Geber, seine Anteile zu den gleichen Konditionen zu verkaufen, wie sie einem verkaufswilligen Mitgesellschafter von einem Erwerber angeboten werden.<sup>128</sup>

Ein weiterer Aspekt, welcher meistens auf Wunsch des Venture-Capital Gebers eingebracht wird, ist eine Regelung, die die Gesellschafterbeschlüsse betrifft.<sup>129</sup> Der Venture-Capital

---

<sup>113</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>114</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>115</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>116</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>117</sup> Vgl. Möllmann; Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (82).

<sup>118</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>119</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 367.

<sup>120</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>121</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 367.

<sup>122</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>123</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>124</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>125</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>126</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>127</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>128</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 370.

<sup>129</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (85).

Geber wird nämlich regelmäßig daran interessiert sein, dass für jeden bedeutsamen Beschluss seine Zustimmung benötigt wird.<sup>130</sup> Diese sind z.B. Beschlüsse, die eine Satzungsänderung betreffen oder die Berufung und Abbestellung eines Geschäftsführers.<sup>131</sup>

Darüber hinaus sollten in der GmbH-Satzung Regelungen über die Liquidationspräferenz enthalten sein.<sup>132</sup> Bei dieser Regelung handelt es sich um eine Absprache, welche vor allem das Ende der Gesellschaft betrifft.<sup>133</sup> In dieser wird vereinbart, dass die Investoren, bei Auflösung der Gesellschaft, bevorzugt aus dessen Erlös befriedigt werden.<sup>134</sup> Demnach wird er aus dem überschüssigen Geld der GmbH vor den anderen Gesellschaftern (den Gründern) befriedigt.<sup>135</sup>

Abschließend lässt sich sagen, dass die GmbH-Satzung vor allem das unternehmerische Zusammenleben der Gesellschafter untereinander regelt, sodass er als Grundlage der Verfassung einer GmbH anzusehen ist. Daneben existiert bei einer Start-Up GmbH noch ein weiteres wichtiges Vertragswerk, der Beteiligungsvertrag. Worum es sich bei dieser Vereinbarung handelt, wird im Nachfolgenden beleuchtet.

## II. Der Beteiligungsvertrag

Entscheidet sich ein Investor dazu, ein Start-Up Unternehmen mit finanziellen Mitteln zu unterstützen, wird zwischen den Investoren und den Gründern ein Beteiligungsvertrag ausgehandelt, welcher die rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Zusammenarbeit festhält.<sup>136</sup> Im Folgenden wird dieser näher erläutert.

### 1. Allgemeine Informationen über den Beteiligungsvertrag

Der Beteiligungsvertrag dient in erster Linie dazu, die Bedingungen des Beitritts eines Investors zu dem Start-Up Unternehmen zu regeln und schriftlich festzuhalten.<sup>137</sup> Diese Regelungen geschehen unabhängig von der Satzung<sup>138</sup>, haben jedoch in der Regel eine Satzungsänderung zur Folge.<sup>139</sup> Der Beteiligungsvertrag gilt somit wie ein schuldrechtliches Verhältnis<sup>140</sup>, also für und gegen, die Vertragsparteien.<sup>141</sup> Die Vertragsparteien sind

---

<sup>130</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (85).

<sup>131</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (85).

<sup>132</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>133</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>134</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>135</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>136</sup> Vgl. Hahn, Der Beteiligungsvertrag, S. 5.

<sup>137</sup> Vgl. Heckschen/Heidinger/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, S. 266 Rn. 2.

<sup>138</sup> Vgl. Heckschen/Heidinger/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, S. 266 Rn. 2.

<sup>139</sup> Vgl. Hergeth; Mingau, DStR 2001, 1217 (1217).

<sup>140</sup> Vgl. Hahn, Der Beteiligungsvertrag, S. 7.

<sup>141</sup> Vgl. Hahn, Der Beteiligungsvertrag, S. 10.

üblicherweise die Investoren und die Gründer.<sup>142</sup> Häufig sind manche Klauseln schon durch die Investoren vorformuliert und unterliegen keiner Vertragsverhandlung oder Änderung durch die Gründer.<sup>143</sup> Grundsätzlich bedarf der Vertrag auch keiner besonderen Form, wie der notariellen Beurkundung, sondern ist formfrei.<sup>144</sup> Allerdings ist bei den Regelungen, die in verschiedenen Klauseln vereinbart werden, zu prüfen, ob deren Inhalt ebenfalls keiner besonderen Form unterliegt.<sup>145</sup> Dieser Aspekt wird jedoch im weiteren Verlauf der Arbeit näher erläutert.

Nachfolgend gilt es zu klären, weshalb es außerhalb der GmbH-Satzung überhaupt notwendig ist, einen Beteiligungsvertrag zwischen den Parteien auszuhandeln.

## 2. Das Verhältnis des Beteiligungsvertrags zu der GmbH-Satzung

Wie bereits erwähnt besteht neben dem Beteiligungsvertrag noch die GmbH-Satzung, welche für die Gründung einer GmbH unabdingbar ist.<sup>146</sup> Fraglich ist bei diesen zwei Vertragswerken, wie sich diese zueinander verhalten. Denn wie bereits beschrieben<sup>147</sup>, lassen sich inhaltlich zwischen den beiden Verträgen einige Gemeinsamkeiten finden. Demnach gilt es zu klären, wieso trotz der Parallelen zwei Verträge ausgehandelt werden, und was passiert, wenn sich diese inhaltlich nicht decken.

Im Zuge dieser Untersuchungen wird zunächst erläutert, warum es trotz inhaltlicher Überschneidungen zwei Vertragswerke gibt und wieso nicht alle Regelungen des Beteiligungsvertrages auch Bestandteil der Satzung werden.

Der wichtigste Grund für die zwei unterschiedlichen Vereinbarungen ist die Tatsache, dass die Satzung einer GmbH öffentlich einsehbar ist.<sup>148</sup> Jeder interessierte Dritte kann durch das Handelsregister den genauen Inhalt der Satzung durchsehen.<sup>149</sup> Doch nicht jede Klausel soll öffentlich zugänglich sein<sup>150</sup> - weshalb Regelungen, die zwischen Gesellschaftern gelten, aber nicht für jeden einsehbar sein sollen, unbedingt aus der Satzung herauszuhalten sind.<sup>151</sup> Fraglich ist an dieser Stelle jedoch, warum es dann überhaupt inhaltliche Überschneidungen bei den beiden Vertragswerken

---

<sup>142</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 5.

<sup>143</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 10.

<sup>144</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 8.

<sup>145</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 9.

<sup>146</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 9.

<sup>147</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 9 ff.

<sup>148</sup> Vgl. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag, S. 7.

<sup>149</sup> Vgl. *Wicke*, DStR 2006, 1137 (1137).

<sup>150</sup> Es handelt sich bei diesen Regelungen z.B. um die Vesting-Klauseln, sie stellen eine sehr vertrauliche Absprache zwischen Investoren und Gründern dar und es ist regelmäßig in ihrem Interesse, diese Abmachungen nicht für Dritte einsehbar zu machen. Vgl. Drygala/Wächter, *Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“*, S. 64.

<sup>151</sup> Vgl. *Wicke*, DStR 2006, 1137 (1137).

gibt. Diese Tatsache ist darauf zurückzuführen, dass einige Klauseln aufgrund ihres Inhalts zwingend Bestandteil der Satzung werden müssen.<sup>152</sup>

Folglich lässt sich die Notwendigkeit eines Beteiligungsvertrags neben der Satzung darauf zurückführen, dass die Satzung öffentlich einsehbar ist und die Vertragsparteien des Beteiligungsvertrags nicht daran interessiert sind, dass einige Absprachen durch das Handelsregister veröffentlicht werden.<sup>153</sup>

Nachdem auf die inhaltlichen Übereinstimmungen eingegangen wurde, gilt es zu klären, was die Unterschiede der beiden Verträge sind und auf welches Vertragswerk bei abweichenden Klauseln zurückzugreifen ist.

Ein wichtiger Unterschied wird dadurch begründet, dass die Satzung für und gegen jeden Gesellschafter gilt<sup>154</sup>, während die Rechte aus dem Beteiligungsvertrag lediglich die Vertragsparteien betreffen.<sup>155</sup> Folglich kann sich ein Gesellschafter, der keine Vertragspartei ist, nicht auf Regelungen des Beteiligungsvertrags berufen.<sup>156</sup> Er kann die Rechte aus diesem nicht automatisch für und gegen sich gelten lassen, weil er Teilhaber geworden ist, sondern er muss dem Vertrag als Partei beitreten.<sup>157</sup> Anders verhält es sich bei der Satzung, welche automatisch für und gegen jeden Gesellschafter einer GmbH gilt.<sup>158</sup>

Sollte es zu abweichenden Klauseln bei der Satzung und dem Beteiligungsvertrag kommen, können die Parteien vereinbaren, dass die Nebenabrede Vorrang zu den Regelungen in der Satzung hat. Sollte es also zu Interessenkonflikten kommen, ist auf die Vorschriften des Beteiligungsvertrags zurückzugreifen.<sup>159</sup> Demnach kann man sagen, dass die Regelungen im Beteiligungsvertrag, im direkten Vergleich, „über“ den Bestimmungen in der Satzung stehen.<sup>160</sup> Es ist jedoch anzumerken, dass diese Klauseln und somit der Vorrang der Regelungen des Beteiligungsvertrags lediglich „inter partes“ gelten<sup>161</sup>, also zwischen den Vertragsparteien und nicht automatisch für alle Gesellschafter.<sup>162</sup>

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die GmbH-Satzung und der Beteiligungsvertrag bei einer direkten Gegenüberstellung als mindestens gleichwertig anzusehen sind. Kommt es jedoch zu einer Regelungslücke in der Satzung oder zu

---

<sup>152</sup> z.B. §15 Abs. 5 GmbHG sieht vor, dass Voraussetzungen (wie die Zustimmung der anderen Gesellschafter), die an die Veräußerung von Geschäftsanteilen geknüpft sind, zwingend in dem Gesellschaftsvertrag festgehalten werden müssen.

<sup>153</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNtZ 2013, 74 (80).

<sup>154</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz*, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1

<sup>155</sup> Vgl. *Heckschen/Heidinger/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, S. 266 Rn. 2

<sup>156</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 341.

<sup>157</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 335.

<sup>158</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz*, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1.

<sup>159</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 341.

<sup>160</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 341.

<sup>161</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 341.

<sup>162</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 335.

Klauseln, die unterschiedliches aussagen, sind die Regelungen im Beteiligungsvertrag vorrangig. Demnach handelt es sich bei dem Beteiligungsvertrag um das „stärkere“ Vertragswerk, bei deren Auslegung jedoch darauf geachtet werden muss, dass dieses lediglich ein schuldrechtliches Verhältnis der Vertragsparteien begründet und nicht automatisch alle Gesellschafter betrifft.

Welche Klauseln Inhalt dieser schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen Gründern und Investoren werden, wird im Nachfolgenden dargestellt.

### 3. Die wesentlichen Klauseln des Beteiligungsvertrags

Der Beteiligungsvertrag beinhaltet einige Klauseln, welche speziell bei den Verträgen zwischen Investoren und Start-Up Gründern aufgeführt werden müssen.<sup>163</sup> Die wichtigsten werden im Folgenden näher beleuchtet.

Eine sehr wichtige Klausel, welche auf die Besonderheiten der Start-Up Finanzierung zurückzuführen ist, ist die Verwässerungsschutzklausel.<sup>164</sup> Aufgrund der vielen Finanzierungsrunden, in welcher immer auch eine Kapitalerhöhung erfolgt<sup>165</sup>, ist besondere Rücksicht auf die Beteiligungen der bereits bestehenden Gesellschafter zu nehmen.<sup>166</sup> Denn eine Kapitalerhöhung hat immer auch eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zur Folge.<sup>167</sup> Mit dieser Veränderung wird in der Regel nicht jeder Investor einverstanden sein, da dadurch der quotale Anteil seiner Beteiligung am gesamten Stammkapital der GmbH sinkt.<sup>168</sup>

Dieses Problem gilt es im Rahmen der Ausgestaltung der Beteiligungsverträge zu lösen. Als Lösung kommt grundsätzlich die Einräumung eines gesetzlichen Bezugsrechts in Betracht.<sup>169</sup> Dieses ist in §186 AktG geregelt, welcher besagt, dass die Altgesellschafter das Recht haben, einen Anteil an dem erhöhten Stammkapital zu kaufen, welcher entsprechend ihrem aktuellen Anteil an dem bisherigen Stammkapital ausfällt.<sup>170</sup> Problematisch ist dabei nur, dass es sich bei diesem gesetzlichen Bezugsrecht um eine aktienrechtliche Vorschrift handelt, die demnach keine Anwendung bei der GmbH findet. Das GmbH Gesetz sieht ein solches Bezugsrecht nämlich grundsätzlich nicht vor.<sup>171</sup> Es verhält sich allerdings so, dass nach heute herrschender Meinung die Vorschrift des §186 AktG analoge Anwendung auf die GmbH findet.<sup>172</sup> Dadurch ist es möglich, den

---

<sup>163</sup> Vgl. *Weitauer*, Handbuch Venture Capital, S. 367 ff.

<sup>164</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>165</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>166</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>167</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>168</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>169</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>170</sup> Vgl. *MünchKomm/Schümbrand*, AktG, §186 Rn. 1.

<sup>171</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>172</sup> Vgl. *Möllmann; Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (82).

Altgesellschaftern ein Bezugsrecht einräumen, welches im Beteiligungsvertrag festgehalten werden kann.<sup>173</sup> Es steht somit jedem Gesellschafter frei, die quotale Beteiligung an dem Stammkapital, auch nach Kapitalerhöhung, zu erhalten.<sup>174</sup> Diese Klausel dient somit dem Interesse der beteiligten Investoren, den Erhalt der Höhe ihrer Beteiligungen zu schützen.<sup>175</sup>

Die Vesting-Klauseln stellen eine weitere wichtige Klausel des Beteiligungsvertrags dar.<sup>176</sup> Sie sind in der Regel von den Investoren vorformuliert und unterliegen nur einer bedingten Vertragsverhandlung mit den Gründern.<sup>177</sup> Sie dienen vor allem der Absicherung der Investoren.<sup>178</sup> Denn bei Start-Ups investieren diese in der Regel nicht in das Unternehmen als solches, sondern in die innovative Idee der Gründer.<sup>179</sup> Dadurch ist es für den Erfolg des Start-Ups unverzichtbar, dass die Gründer dem Unternehmen so lange wie möglich erhalten bleiben.<sup>180</sup> Zur Erreichung dieses Ziels werden im Beteiligungsvertrag die Vesting-Klauseln formuliert.

In diesen Klauseln wird festgelegt, dass die Gründer das Start-Up Unternehmen für eine bestimmte Zeit, der Vesting-Periode, nicht verlassen dürfen, ohne ihre Geschäftsanteile zumindest partiell zu verlieren.<sup>181</sup> Diese Vesting-Periode ist in der Regel auf drei bis fünf Jahre befristet.<sup>182</sup> Es verhält sich während dieser Zeit so, dass die Gründer für den Verbleib in dem Start-Up belohnt werden und mit voranschreitender Zeit ihre Anteile zurückerhalten und somit sichern. voranschreitender Zeit, ihre Anteile zurückerhalten.<sup>183</sup> Sollte ein Gründer dennoch während der Vesting-Periode ausscheiden, ist der Grund für das Ausscheiden von großer Bedeutung. Man kann entweder als Good- oder als Bad-Leaver ausscheiden.<sup>184</sup> Unter welchen Umständen man als Bad oder Good-Leaver ausscheidet, wird vorher im Vertrag definiert.<sup>185</sup> In der Regel verhält es sich jedoch so, dass man als Good Leaver gilt, wenn man aus unverschuldeten Gründen aus dem Start-Up ausscheidet.<sup>186</sup> Dies wäre zum Beispiel Tod oder Krankheit des Gründers oder eine ordentliche Kündigung durch die Gesellschaft.<sup>187</sup> Als Bad Leaver scheidet man in der Regel aus, wenn der Grund des Verschuldens in der Person des Gründers liegt.<sup>188</sup> Er wird somit

---

<sup>173</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>174</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>175</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNNotZ 2013, 74 (82).

<sup>176</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>177</sup> Vgl. Hahn, Der Beteiligungsvertrag, S. 10.

<sup>178</sup> Vgl. Weitmayer, GWR 2015, 353 (353).

<sup>179</sup> Vgl. Brehm, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>180</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>181</sup> Vgl. Weitmayer, GWR 2015, 353 (353).

<sup>182</sup> Vgl. Brehm, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>183</sup> Vgl. Weitmayer, GWR 2015, 353 (353).

<sup>184</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>185</sup> Vgl. Weitmayer, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>186</sup> Vgl. Drygala/Wächter, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 65.

<sup>187</sup> Vgl. Drygala/Wächter, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 65.

<sup>188</sup> Vgl. Drygala/Wächter, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 65.

aufgrund seines Fehlverhaltens außerordentlich gekündigt oder verlässt das Start-Up Unternehmen selbst.<sup>189</sup> Je nachdem, aus welchen Gründen man ausscheidet, variiert die Vergütung für die Gesellschaftsanteile.<sup>190</sup> Als Good Leaver erhält man demnach regelmäßig den Verkehrswert der Anteile,<sup>191</sup> während man als Bad Leaver einen wesentlich geringeren Wert erhält, im Extremfall den Buchwert.<sup>192</sup>

Diese Klausel sichert die Investoren somit in der Hinsicht ab, dass die Gründer dem Start-Up Unternehmen für eine lange Zeit erhalten bleiben, und dieses auch gewissenhaft führen werden, um die Anteile an ihrem Unternehmen zu schützen.<sup>193</sup>

Eine weitere wichtige Klausel wird durch die Regelung über die Erlös- oder Liquidationspräferenz begründet. Durch diese wird die Aufteilung des Erlöses nach Auflösung der Gesellschaft geregelt.<sup>194</sup>

Es muss bereits bei der Gründung der Gesellschaft darüber nachgedacht werden, was passiert, wenn das Gründungsunternehmen keinen wirtschaftlichen Erfolg hat und auch nicht mehr saniert werden kann.<sup>195</sup> In der Regel bleibt in einem solchen Fall nur die Auflösung der Gesellschaft übrig.<sup>196</sup> Dieses Vorhaben bedeutet jedoch nicht nur für die Gründer einen hohen wirtschaftlichen Verlust, sondern auch für die Investoren, die durch ihren Beitritt in die Gesellschaft das unternehmerische Risiko mit tragen.<sup>197</sup> Dennoch ist der Investor regelmäßig daran interessiert, so viel wie möglich von seinem Investment zurück zu bekommen.<sup>198</sup> Dieses Ziel wird durch die Erlös- oder Liquidationspräferenz Klauseln erreicht.<sup>199</sup>

Durch diese Klauseln wird der Investor abgesichert und es wird ihm zugesagt, dass er nach Auflösung der Gesellschaft bevorzugt aus dem Erlös befriedigt wird.<sup>200</sup> Denn nach der Liquidation der Gesellschaft wird das überschüssige Geld unter den Gesellschaftern aufgeteilt.<sup>201</sup> Das GmbHG sieht jedoch vor, dass Gesellschafter auch vorzugsweise befriedigt und andere sogar gänzlich ausgeschlossen werden können.<sup>202</sup> Somit wird der Investor sicherstellen, dass er aus dem restlichen Vermögen der GmbH vorzugsweise befriedigt wird und die anderen Gesellschafter (vor allem

---

<sup>189</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377f.

<sup>190</sup> Vgl. *Weitnauer*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>191</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>192</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>193</sup> Vgl. *Weitnauer*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>194</sup> Vgl. *Gubitz/Hüttinger*, NZG 2018, 370 (370).

<sup>195</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>196</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>197</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>198</sup> Vgl. *Gubitz/Hüttinger*, NZG 2018, 370 (370).

<sup>199</sup> Vgl. *Gubitz/Hüttinger*, NZG 2018, 370 (370).

<sup>200</sup> Vgl. *Weitnauer*, GWR 2016, 413 (415).

<sup>201</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>202</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (87).

die Gründer) erst aus eventuellen Überschüssen.<sup>203</sup> Demnach wird durch diese Klausel das wirtschaftliche Risiko des Investors begrenzt.<sup>204</sup>

Die letzte wichtige Klausel bildet die Exit-Klausel, welche, wie der Name schon sagt, die Regelungen bezüglich der Veräußerung von Geschäftsanteilen beinhaltet.<sup>205</sup> Für die Investoren ist diese Regelung besonders wichtig, denn das Kernziel einer Investition ist ein möglichst lukrativer Exit.<sup>206</sup>

Um den Ausstieg für alle Gesellschafter so unkompliziert wie möglich zu gestalten, sollte man die rechtlichen Umstände des Ausstiegs eines Beteiligten vorher regeln. Es lassen sich demnach „drag-along“ – oder „tag-along“ Klauseln in Beteiligungsverträgen finden.<sup>207</sup>

Die „drag-along“ Klausel begründet eine Pflicht zum Mitverkauf von Anteilen.<sup>208</sup> Diese greift, wenn der Investor seine Anteile verkaufen möchte.<sup>209</sup> Die Minderheitsgesellschafter werden dabei dazu verpflichtet, ihre Anteile an dem Unternehmen mit zu veräußern.<sup>210</sup> Sie werden dabei zu denselben Konditionen verkauft wie die Anteile des Mehrheitsgesellschafters.<sup>211</sup> Denn es ist durchaus denkbar, dass der Erwerber von einem Unternehmen an diesem nur interessiert ist, wenn er es zu 100% kaufen kann und nicht noch andere Gesellschafter beteiligt sind.<sup>212</sup>

Dementgegen steht die „tag-along“-Klausel, welche keine Pflicht begründet, sondern ein Recht.<sup>213</sup> Denn diese Klausel räumt dem Venture-Capital Geber ein Mitverkaufsrecht ein,<sup>214</sup> mit welchem er seine Anteile, sobald ein Mitgesellschafter verkaufen will, zu den gleichen Konditionen mitveräußern kann.<sup>215</sup> Möchte der Erwerber dabei nicht 100% der Gesellschaft kaufen, so werden die Anteile der mitverkaufenden Minderheitsgesellschafter quotal zu den Anteilen des Mehrheitsgesellschafters mitverkauft.<sup>216</sup>

Der Ausstieg aus der Gesellschaft kann also durch die Vereinbarung solcher Klauseln ohne große Probleme oder Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern erfolgen.<sup>217</sup> Die Exit-Klauseln sind üblicherweise auch der Grund, wieso der Beteiligungsvertrag der notariellen Form bedarf.<sup>218</sup> Denn der §15 GmbHG, welcher die gesetzlichen Bestimmungen

---

<sup>203</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>204</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (87).

<sup>205</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>206</sup> Vgl. Kästle/Heuterkes, NZG 2005, 289 (289).

<sup>207</sup> Vgl. Weitnauer, GWR 2016, 413 (414).

<sup>208</sup> Vgl. Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217 (1219).

<sup>209</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>210</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>211</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>212</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>213</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>214</sup> Vgl. Weitnauer, GWR 2016, 413 (414).

<sup>215</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>216</sup> Vgl. Möllmann/Möllmann, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>217</sup> Vgl. Weitnauer, GWR 2016, 413 (414).

<sup>218</sup> Vgl. Weitnauer, GWR 2018, 245 (246).

zur Veräußerung von GmbH Geschäftsanteilen enthält, besagt, dass „eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird (der notariellen Form bedarf.) (Anm. d. Verf.)“ Da der Beteiligungsvertrag genau solche Regelungen in den Exit-Klauseln vorsieht, muss er notariell beurkundet werden.<sup>219</sup>

Nachdem nun auf die wesentlichen Klauseln des Beteiligungsvertrags eingegangen wurde, gilt es, eine dieser genauer zu untersuchen. Nachfolgend werden die Vesting-Klauseln näher erläutert und rechtlich geprüft.

## D. Die rechtliche Bewertung der Vesting-Klauseln

Die Vesting-Klauseln bilden, wie bereits erwähnt, einen wichtigen Teil der Beteiligungsverträge.<sup>220</sup> Für ein näheres Verständnis dieser Klauseln wird zunächst erläutert, wie die genaue Funktionsweise des Vestings aussieht und worauf bei ihrer inhaltlichen Ausgestaltung zu achten ist.

Darauffolgend werden die rechtlichen Problematiken der Gestaltung dieser Klauseln unter Abwägung der Vor- und Nachteile für die Gründer und die Investoren näher erörtert und Alternativen zur Vermeidung von Problemen werden aufgezeigt.

### I. Die Funktion und der Zweck von Vesting-Klauseln

Die Vesting-Klauseln dienen vor allem einem Zweck: sie sollen die Gründer eines Start-Ups so lange, wie möglich an das Unternehmen binden.<sup>221</sup> Denn gerade bei einem Start-Up Unternehmen ist dessen Bestehen maßgeblich von den Gründern und deren Idee abhängig.<sup>222</sup> Die Investoren glauben letztlich nicht an das Unternehmen als solches, sondern an die Idee, welche von den Gründern umgesetzt wird.<sup>223</sup> Die Gründer sind somit als Know-how Träger essentiell für den Fortbestand des Start-Ups.<sup>224</sup> Folglich haben die Investoren ein großes Interesse daran, die Gründer für eine lange Zeit an das Unternehmen zu binden und dass diese aktiv in diesem arbeiten.<sup>225</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, werden im Vorhinein zwischen den Gründern und den Investoren Vesting-Klauseln formuliert.<sup>226</sup> In diesen verpflichtet sich der Gründer, dass er das Unternehmen für einen bestimmten Zeitraum, der Vesting Periode, nicht verlassen darf.<sup>227</sup> Sollte er dennoch vorher ausscheiden, verliert er die ihm

---

<sup>219</sup> Vgl. *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217 (1219).

<sup>220</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>221</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 140.

<sup>222</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>223</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>224</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>225</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>226</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>227</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

gehörenden Geschäftsanteile an dem Start-Up.<sup>228</sup> Der Gründer soll somit durch den drohenden Verlust seiner Unternehmensbeteiligung dazu angetrieben werden, seine Tätigkeit als Manager zum Wohle des Unternehmens auszuführen.<sup>229</sup>

Wie bereits erwähnt, unterscheidet man bei den ausscheidenden Gründern zwischen Good- und Bad Leavern<sup>230</sup>, wobei sich diese Kategorisierung auf die jeweiligen Ausscheidungsgründe bezieht.<sup>231</sup>

Als Good Leaver bezeichnet man Gründer, welche das Unternehmen verlassen, ohne den Grund für ihr Gehen vertreten zu müssen.<sup>232</sup> Demnach fallen eine ordentliche Kündigung durch das Unternehmen selbst, Tod oder Krankheit des Ausscheidenden in diese Kategorie.<sup>233</sup>

Als Bad Leaver wird man in der Regel bezeichnet, wenn der Gründer das Ausscheiden selbst zu vertreten hat.<sup>234</sup> Dies wäre bei Pflichtverletzungen oder bei Vernachlässigung der Geschäftsführerplichten der Fall.<sup>235</sup> Eine außerordentliche Kündigung durch die Gesellschaft oder eine Kündigung, die durch den Gründer veranlasst wurde, lässt sich dieser Kategorie ebenfalls zuordnen.<sup>236</sup> Je nachdem, ob man als Good- oder Bad Leaver ausscheidet unterscheidet sich auch die Entlohnung für die verlorenen Geschäftsanteile.<sup>237</sup> Im Falle eines Good Leavers verhält es sich so, dass der ausscheidende Gründer für seine Anteile den Verkehrswert erhält.<sup>238</sup> Der Verkehrswert bildet dabei den aktuellen, tatsächlichen Wert der Geschäftsanteile.<sup>239</sup>

Als Bad Leaver erhält man regelmäßig den Buchwert der Geschäftsanteile, bzw. den niedrigeren Wert zwischen Verkehrs- und Buchwert.<sup>240</sup>

Zur Durchsetzung der Vesting-Klauseln muss zunächst ein Gesellschafterbeschluss vorliegen, der die Entscheidung über den Ausschluss des Gesellschafters beinhaltet.<sup>241</sup> Für die anschließende Übertragung der Geschäftsanteile wird in der Regel eine Call-Option vereinbart.<sup>242</sup> In dieser wird von dem ausscheidenden Gründer die Veräußerung bzw. Übertragung seiner Geschäftsanteile verlangt.<sup>243</sup> Dies erfolgt durch ein unwiderrufbares

---

<sup>228</sup> Vgl. *Weitnauer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>229</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>230</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>231</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>232</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>233</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>234</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>235</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>236</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>237</sup> Vgl. *Weitnauer*, GWR 2018, 245 (249).

<sup>238</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>239</sup> Vgl. *Weitnauer/Grob*, GWR 2015, 353 (355).

<sup>240</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>241</sup> Vgl. *Hunsdörfer*, GWR 2019, 365 (365).

<sup>242</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>243</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

Angebot der Gründer an die Gesellschaft oder an die übrigen Gesellschafter.<sup>244</sup> Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Rechte aus einer Call-Option, mit Ende des Vesting-Zeitraums erlöschen.<sup>245</sup> Dieser Zeitraum ist dabei individualvertraglich auszuhandeln, beträgt in der Regel jedoch drei bis fünf Jahre.<sup>246</sup> Die Rechte werden dabei mit fortlaufender Zeit eingeschränkt, da der Gründer im Laufe der Vesting-Periode immer mehr Anteile zurück erhält.<sup>247</sup>

Nachfolgend ein stark vereinfachtes Beispiel zur Erläuterung der Vesting-Regelungen. Der Gründer A hält an der X-GmbH, die er zusammen mit seinem Freund B gegründet hat, Anteile in Höhe von 20%. Im Zuge einer Finanzierungsrunde beteiligen sich Investoren durch die Einlage von finanziellen Mittel an dem Start-Up Unternehmen. Dabei werden die Vesting-Klauseln Bestandteil des Beteiligungsvertrags zwischen den zwei Parteien. Der Vesting-Zeitraum wird dabei auf 4 Jahre festgelegt. Im Laufe dieser vier Jahre soll der Gründer jedes Jahr 25% seiner Anteile behalten können. Demnach stünden ihm nach dem Ausscheiden im ersten Jahr 25% seiner vorher gehaltenen Anteile zu. Die übrigen 75% müssten durch Ausübung der Call-Option an die Gesellschaft übergehen. Nach dem zweiten Jahr steigen die gesicherten Anteile des Gründers auf 50% und nach dem dritten Jahr auf 75%. Am Ende der Vesting-Periode, vorliegend am Ende des vierten Jahres, erhält der Gründer wieder die volle Höhe seiner Anteile und kann frei über diese verfügen. Die Ansprüche aus einer Call-Option erlöschen in diesem Zuge ebenfalls.<sup>248</sup> Somit hält der A nach Ablauf der vier Jahre wieder seine 20% Geschäftsanteile an dem Unternehmen. Den Investoren wird es somit nach Beendigung der Vesting-Periode erschwert, den A aus dem Start-Up Unternehmen auszuschließen, da mit voranschreitender Zeit seine Position als Gesellschafter gestärkt wird.<sup>249</sup>

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass es sich bei den Vesting-Klauseln um Regelungen handelt, die darauf abzielen die Gründer an das Start-Up zu binden. Dies geschieht durch die Festlegung eines Zeitraumes, in welchem den Gründern bei Ausscheiden aus dem Unternehmen ihre Anteile entzogen werden. Das Entziehen dieser Geschäftsanteile geschieht durch die Vereinbarung einer Call-Option. Diese stellt ein unwiderrufbares Angebot des Gründers für den Verkauf seiner Anteile an die Investoren dar. Die Menge der Anteile, die den Gründern beim Ausscheiden entzogen werden, wird mit voranschreitender Zeit geringer. Nach Ablauf der festgelegten Vesting-Periode sind die Geschäftsanteile der Gründer gesichert und können ihnen nicht mehr ohne Weiteres weggenommen werden.

---

<sup>244</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>245</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141 f.

<sup>246</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>247</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>248</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141 f.

<sup>249</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

## II. Vor- und Nachteile von Vesting-Klauseln

Dadurch, dass die Vesting-Klauseln den Zweck verfolgen, die Investoren abzusichern, indem sie die Gründer an das Unternehmen binden<sup>250</sup> und diese somit in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt sind<sup>251</sup>, kommt die Frage auf, welche Auswirkungen und Einschränkungen das Vesting für beide Parteien hat. Zur Klärung dieser Frage wird nachfolgend auf die Vor- und Nachteile aus der Investoren- und Gründersicht eingegangen.

### 1. Sichtweise der Investoren

#### a) Vorteile für die Investoren

Wie bereits erwähnt ist davon auszugehen, dass sich die Investoren bei den Verhandlungen zu den Vesting-Klauseln in der deutlich stärkeren Position befinden.<sup>252</sup> Aufgrund dieser Position bringen die Vesting-Klauseln einige Vorteile für die Geldgeber mit. Die Klauseln bieten den Investoren in erster Linie eine gewisse Absicherung.<sup>253</sup> Dadurch, dass die Gründer ihre Geschäftsanteile mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft verlieren,<sup>254</sup> können die Investoren für den Zeitraum der Vesting-Periode davon ausgehen, dass die Gründer im Interesse des Unternehmens handeln werden.<sup>255</sup> Ferner ist es für die Geldgeber von Vorteil, dass die Gründer für den Zeitraum der Vesting Periode nicht frei über ihre Anteile verfügen können.<sup>256</sup> Somit ist dem Interesse des Investors gedient, dass kein beliebiger Gesellschafterwechsel stattfinden kann.<sup>257</sup>

#### b) Nachteile für die Investoren

Aus Sicht der Investoren, lässt sich ein großer Nachteil erkennen, und zwar die zeitliche Begrenzung der Vesting-Periode.<sup>258</sup> Denn es kann sein, dass sich ein Gründer nur so lange vernünftig verhält, wie er auch dafür belohnt wird.<sup>259</sup> Demnach ist es durchaus denkbar, dass die Gründer, so lange sie durch die Vesting Regelung unter Druck gesetzt werden, im Sinne des Unternehmens handeln. Sich jedoch, sobald der Zeitraum vorüber ist, nicht mehr angemessen benehmen. Ab dem Ende der Vesting-Periode oder kurz vor Ende sind die Gründer wieder mit einer hohen Beteiligung an das Unternehmen gebunden.<sup>260</sup> Daher erweist es sich als

---

<sup>250</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>251</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 140.

<sup>252</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>253</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>254</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>255</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 140.

<sup>256</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>257</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (83).

<sup>258</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>259</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>260</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (353).

problematisch, sie ab diesem Moment aus dem Start-Up auszuschließen.<sup>261</sup> Denn nach Ablauf der Vesting-Periode besteht kein Recht mehr auf die Ausübung der Call-Option.<sup>262</sup> Demnach besteht für den Investor auch weiterhin ein Risiko, dass der Gründer sich trotz Vesting Vereinbarungen nicht angemessen verhält.

## 2. Sichtweise der Gründer

### a) Vorteile für die Gründer

Trotz ihrer schwachen Position bei den Verhandlungen über die Vesting-Klauseln<sup>263</sup>, stellen diese auch Vorteile für die Gründer dar.

Ein wichtiger Aspekt dabei ist, dass sich das Gründerteam wechselseitig aufeinander verlassen kann<sup>264</sup>, da keiner ohne hohe Verluste frühzeitig aus dem Unternehmen austreten kann.<sup>265</sup> So können sich die Gründer sicher sein, dass jeder aus dem Team bestrebt ist, das Unternehmen wirtschaftlich zu stärken.<sup>266</sup> Das Vertrauen, welches durch diese Klauseln innerhalb des Gründerteams entsteht, ist ebenso entscheidend für die Zusammenarbeit untereinander, da sie durch eine solche Basis gestärkt wird.<sup>267</sup>

Ferner entwickeln die Investoren auch ein Vertrauen in die Gründer, sodass auch diese Partnerschaft, zumindest für den Zeitraum der Vesting Periode, positiv beeinflusst wird. Diese Voraussetzungen bilden für das Unternehmen eine stabile Basis, sodass die Weichen für den Erfolg des Start-Ups gelegt sind.

### b) Nachteile für die Gründer

Vor allem für die Gründer ergeben sich bei den Vesting-Klauseln viele Nachteile. Sie sind bei den Verhandlungen der Klauseln, falls denn überhaupt richtige stattfinden, in der schwächeren Position, und sind durch die Regelungen in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt.<sup>268</sup> Die Gründer können über ihre eigenen Geschäftsanteile nicht mehr frei verfügen und haben keine Möglichkeit, das Unternehmen vor dem Ablauf des Zeitraumes der Vesting-Periode zu verlassen, ohne große Verluste zu verbuchen.<sup>269</sup> Oftmals erinnern diese Klauseln auch an

---

<sup>261</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>262</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>263</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNZ 2013, 74 (83).

<sup>264</sup> Vgl. *Weitauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>265</sup> Vgl. *Weitauer*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>266</sup> Dies ergibt sich daraus, dass die Gründer während der Vesting-Periode dazu angehalten sind, sich wie ordentliche Kaufleute zu benehmen, Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>267</sup> Vgl. *Weitauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>268</sup> Da sie nicht mehr frei über ihre Geschäftsanteile oder ihren Verbleib in dem Unternehmen entscheiden können (ohne zumindest wirtschaftliche Verluste zu verbuchen), Vgl. *Weitauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>269</sup> Vgl. *Weitauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

Knebelungsverträge<sup>270</sup>, auf die im weiteren Verlauf der Arbeit jedoch näher eingegangen wird.

Darüber hinaus können die Gründer an den Klauseln nur selten etwas verändern, da sie von den Investoren in der Regel vorgeschrieben sind, sodass sie sich ihnen nur fügen können.<sup>271</sup>

Aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Investoren,<sup>272</sup> bleibt den Gründern jedoch häufig keine andere Möglichkeit, als die Verträge zu unterzeichnen und den darin enthaltenen Bedingungen damit zuzustimmen.

### 3. Zwischenfazit

Abschließend lässt sich sagen, dass die Vesting-Klauseln viele Vor- und Nachteile für Gründer und Investoren haben. Allerdings verhält es sich so, dass die Verhandlungsstärke der Investoren dazu führt, dass die Start-Up Gründer sich in ihrer Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt fühlen und sich für diese größere Nachteile ergeben als für die Geldgeber. Aufgrund dieser eingeschränkten Entscheidungsfreiheit der Gründer, ist im Folgenden zu untersuchen, ob die Vesting-Klauseln sich inhaltlich im Rahmen der rechtlichen Grenzen befinden.

### III. Die rechtlichen Grenzen der Vesting-Klauseln

Aufgrund der Machtstellung der Investoren können bei den Vesting-Klauseln Probleme bei der Ausgestaltung auftreten. Zum einen handelt es sich bei den Vesting-Regelungen um vorformulierte Klauseln, sodass sich unweigerlich die Problematik der AGB-Inhaltskontrolle stellt.<sup>273</sup> Zum anderen muss durch das Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen und der zum Teil extremen Forderungen der Investoren eine Prüfung gem. §138 I BGB erfolgen.<sup>274</sup>

Im Folgenden wird die Wirksamkeit der Vesting-Klauseln zunächst unter dem Gesichtspunkt der AGB-Kontrolle beleuchtet. Daraufhin folgt eine Untersuchung, in der dargestellt wird, ob der Inhalt der Klauseln nach allgemeinen gesetzlichen Regeln nichtig ist.

---

<sup>270</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 39.

<sup>271</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 45.

<sup>272</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNNotZ 2013, 74 (83).

<sup>273</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 341.

<sup>274</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 378.

## 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, auch AGBs genannt, handelt es sich nicht um vertragliche Individualabreden, sondern um Klauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind.<sup>275</sup> Ihre rechtlichen Regelungen lassen sich in den §§305 ff. BGB finden. Dort sind sich auch die inhaltlichen Schranken der AGBs geregelt. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften hat gem. §307 I S. 1 BGB die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge.

Dadurch, dass einige Bedingungen der Beteiligungsverträge, darunter in der Regel auch die Vesting Klauseln, durch die Investoren vorformuliert sind,<sup>276</sup> stellt sich die Frage, ob die Vesting-Klauseln der AGB Inhaltskontrolle unterliegen.

Zur Erörterung dieser Frage muss zunächst geklärt werden, worum es sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt. Gem. §305 I S. 1 BGB sind AGBs „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.“ Die Vesting-Klauseln werden häufig von den Investoren vorformuliert an die Gründer gestellt.<sup>277</sup> Aus diesem Grund ist es durchaus möglich, dass es sich bei diesen Abmachungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.

Darüber hinaus müssen die Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein.<sup>278</sup> Fraglich ist an dieser Stelle, wann Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Laut herrschender Meinung ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die betroffenen Regelungen mindestens drei Mal in der Art vom Verwender eingebracht wurden.<sup>279</sup> Demnach würde es sich bei den Vesting-Klauseln um AGBs handeln, wenn sie in mindestens drei Verträgen Vertragsbestandteil geworden sind.<sup>280</sup> Da die Investoren meistens Fonds sind, welche in mehrere Start-Up Unternehmen investieren<sup>281</sup>, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die vorformulierten Klauseln mindestens drei Mal Bestandteil von Verträgen geworden sind.

Es gilt somit weiter zu klären, ob die Vertragsparteien in den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle fallen. Im Hinblick auf diese Fragestellung ist auf §310 I BGB hinzuweisen, welcher die Anwendung der AGB bei Verträgen zwischen Unternehmern einschränkt. Demnach muss untersucht werden, ob es sich bei den Vertragsparteien um Unternehmer im Sinne des Gesetzes handelt. Das BGB definiert einen Unternehmer in §14 als „eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen

---

<sup>275</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, §305 Rn. 9.

<sup>276</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 45.

<sup>277</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 45.

<sup>278</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, §305 Rn. 9.

<sup>279</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, §305 Rn. 9.

<sup>280</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, §305 Rn. 9.

<sup>281</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 5 ff.

beruflichen Tätigkeit handelt.“ Aufgrund dieser Definition ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei Gründern eines Start-Up Unternehmens, um Unternehmer im Sinne des BGB, handelt.<sup>282</sup> Folgt man jedoch der herrschenden Meinung in der Literatur, verhält es sich so, dass die Gesellschafter einer GmbH nicht als Unternehmer angesehen werden.<sup>283</sup> An dieser Stelle wird die Meinung vertreten, dass es sich bei den Start-Up Gründern um keine Unternehmer i. S. d. §14 BGB handelt. Demnach ist der persönliche Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle eröffnet, und die Inhaltskontrolle kann uneingeschränkt durchgeführt werden.

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei Beteiligungsverträgen um eine Bereichsausnahme der AGBs handelt. Im Gesetz sind in §310 IV BGB einige Fallgruppen aufgeführt. Unter anderem ist dort angegeben, dass Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht den §§305 ff. BGB unterworfen sind. Es gilt demnach zu klären, ob es sich bei dem Beteiligungsvertrag um eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung handelt. Die Antwort auf diese Frage wird allgemein strittig diskutiert.<sup>284</sup> Die eine Seite vertritt die Meinung, dass es sich bei dem Beteiligungsvertrag um keine Abrede auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts handelt. Sie führen bei ihrer Begründung auf, dass man bei dem Beteiligungsvertrag von keinem Gesellschaftsvertrag ausgeht, sondern von einer schuldrechtlichen Nebenabrede,<sup>285</sup> weshalb der schuldrechtliche Charakter des Vertrages auch im Vordergrund stehen sollte und nicht der gesellschaftsrechtliche.<sup>286</sup>

Die Gegenseite sieht bei den Beteiligungsverträgen eine Bereichsausnahme, sodass die §§305 ff. BGB keine Anwendung finden.<sup>287</sup> Als Begründung wird aufgeführt, dass es sich bei der Investorenvereinbarung um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt.<sup>288</sup> Nach allgemeiner Auffassung wird eine GbR durch den Zusammenschluss mehrerer Menschen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen, gegründet.<sup>289</sup> Anhand dessen begründen Befürworter dieser Meinung auch die Entstehung einer GbR bei der Investorenvereinbarung.<sup>290</sup> Denn die Gründer und die Investoren schließen sich mit einer bestimmten Zweckverfolgungsabsicht zusammen.<sup>291</sup> Dieser Zweck ist in diesem Fall die Finanzierung des Start-Up Unternehmens und die daraus resultierende Beteiligung der Investoren.<sup>292</sup> Darüber hinaus sollen durch den Beteiligungsvertrag die Verhältnisse der Vertragsparteien untereinander geregelt werden,<sup>293</sup> somit ähnlich wie

---

<sup>282</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 48.

<sup>283</sup> Vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB, §13 Rn. 3.

<sup>284</sup> Vgl. *Fallack/Cong*, NZG (2016), 1291 (1292).

<sup>285</sup> Vgl. *Heckschen/Heidinger/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, S. 266 Rn. 2.

<sup>286</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 48.

<sup>287</sup> Vgl. *Fallack/Cong*, NZG (2016), 1291 (1292).

<sup>288</sup> Vgl. *Fallack/Cong*, NZG (2016), 1291 (1292).

<sup>289</sup> Vgl. *Fleischer/Hahn*, NZG (2017), 1 (3).

<sup>290</sup> Vgl. *Fallack/Cong*, NZG (2016), 1291 (1292).

<sup>291</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 270.

<sup>292</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 270.

<sup>293</sup> Vgl. *Heckschen/Heidinger/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, S. 266 Rn. 2.

bei einem Gesellschaftsvertrag.<sup>294</sup> Folgt man dieser Meinung entfällt die Prüfung nach den Regelungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, da eine Bereichsausnahme gem. §310 IV BGB vorliegt.

Im Nachfolgenden wird die Meinung vertreten, dass es sich bei dem Beteiligungsvertrag um eine Vereinbarung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts handelt. Demnach liegt eine Bereichsausnahme des §310 IV S. 1 BGB vor und der Beteiligungsvertrag, und damit auch die Vesting-Klauseln, unterliegen nicht der AGB Inhaltskontrolle. Da es sich bei dieser rechtlichen Problematik jedoch um ein strittig diskutiertes Thema handelt, sollten dennoch beide Parteien bei der Formulierung des Beteiligungsvertrags auf die Vorschriften der Allgemeinen Geschäftsbedingungen achten.<sup>295</sup>

## 2. §134 BGB – Das gesetzliche Verbot

Der §134 BGB besagt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt nichtig ist. Demnach wäre jede vertragliche Regelung, die gegen formelles Recht, Verordnungen und sogar gegen Gewohnheitsrecht verstößt, nichtig.<sup>296</sup> Es ist jedoch fraglich, ob die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt Anwendung auf die Beteiligungsverträge und somit auf die Vesting-Klauseln findet. Dies ist an dieser Stelle ausdrücklich zu bejahen, da §134 BGB für Rechtsgeschäfte jeder Art gilt.<sup>297</sup> Demnach unterliegen die Vereinbarungen zwischen Investoren und Gründern ebenso dieser Vorschrift.

Ferner gilt es zu klären, ob die weitere Voraussetzung des §134 erfüllt ist. Dazu müsste die Absprache in den Vesting-Klauseln gegen gesetzliche Normen verstoßen.<sup>298</sup> Von der Erfüllung dieses Tatbestandes ist jedoch regelmäßig nicht auszugehen, da die allgemeinen Regelungen in den Vesting-Klauseln nicht gegen formelles Recht, Gewohnheitsrecht oder Verordnungen verstoßen.

Es lässt sich somit sagen, dass die Voraussetzungen des §134 BGB bei den Regelungen über das Vesting nicht erfüllt sind, da deren Inhalt nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Aus diesem Grund ist auch von der Nichtigkeit gem. §134 BGB abzusehen.

## 3. §138 I BGB – Die Sittenwidrigkeit

Nachdem in den vorangegangenen Absätzen geklärt wurde, ob die Vesting-Klauseln gemäß den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichtig sind und ebenfalls eine Prüfung nach §134 BGB erfolgte, ist zu prüfen, ob bei den Vesting-Klauseln ein Verstoß

---

<sup>294</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 2.

<sup>295</sup> Vgl. Weitmauer, Handbuch Venture Capital, S. 270.

<sup>296</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, §134, Rn. 2.

<sup>297</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, §134 Rn. 12.

<sup>298</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, §134 Rn. 12 a.

gegen die guten Sitten vorliegt.<sup>299</sup> Zur Veranschaulichung dieser rechtlichen Fragestellung wird zunächst die allgemeine Zulässigkeit der Vesting-Klauseln geprüft. Nachfolgend wird auf spezielle Vereinbarungen, unter Betrachtung des §138 I BGB Bezug, genommen.

#### a) Die Zulässigkeit der Vesting-Klauseln nach §138 I BGB

##### aa) Norm und Zweck

Die Prüfung des §138 I BGB erfolgt nachrangig zu den Rechtsvorschriften der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zu der Vorschrift des §134 BGB.<sup>300</sup> Dieser bildet nämlich die speziellere Norm und wird immer vor dem §138 I BGB geprüft.<sup>301</sup> Im Verhältnis zu den AGB Vorschriften ist zu erwähnen, dass der §138 I BGB auf Individualvereinbarungen Anwendung findet.<sup>302</sup> Es sollte jedoch zunächst geprüft werden, ob eine Inhaltskontrolle gem. §§307 ff. BGB erfolgen muss.<sup>303</sup>

Um die Frage der Zulässigkeit der Vesting-Klauseln zu beantworten, gilt es zunächst zu klären, ob die Beteiligungsverträge und damit auch das Vesting in den Anwendungsbereich des §138 I BGB fallen. Dazu lässt sich zunächst sagen, dass die Vorschrift, abgesehen von einigen Ausnahmen, auf Rechtsgeschäfte jeglicher Art Anwendung findet.<sup>304</sup> Demnach gilt es zu klären, ob der Vertrag zwischen Investoren und Gründern eine solche Ausnahme darstellt. Davon ist aufgrund der Auffassung in der Literatur abzusehen, denn der Beteiligungsvertrag fällt nicht unter einer der Bereichsausnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.<sup>305</sup> Demnach unterliegen die Vesting-Klauseln in Verbindung mit den Beteiligungsverträgen dem Anwendungsbereich des §138 I BGB. Somit gilt es zu klären, ob die Vesting-Klauseln gegen die guten Sitten verstoßen.

##### bb) Sittenwidrigkeit der Vesting-Klauseln

Um zu klären, ob es sich bei den Regelungen über das Vesting um sittenwidrige Absprachen handelt, ist zunächst zu klären, wann ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist. Nach der Auffassung in der Literatur ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig, wenn es „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“.<sup>306</sup> Dabei wurden einige Fallgruppen gebildet, zu denen u.a. Knebelungsverträge zählen.<sup>307</sup> Somit stellt sich die Frage, ob die Beteiligungsverträge dieser Fallgruppe untergeordnet sind. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu klären, was Knebelungsverträge sind. Nach allgemeiner Auffassung

---

<sup>299</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 13 ff.

<sup>300</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 13 ff.

<sup>301</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 13.

<sup>302</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 16.

<sup>303</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 16.

<sup>304</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 11.

<sup>305</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 11.

<sup>306</sup> Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 2.

<sup>307</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 39.

handelt es sich um Knebelungsverträge, wenn der eine Teil den anderen durch die Regelungen im Vertrag in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit einschränkt.<sup>308</sup> Von einer solchen eingeschränkten Entscheidungsfreiheit ist bei den Vesting-Klauseln auszugehen, denn den Gründern steht es ab dem Moment der Unterzeichnung nicht mehr frei, das Unternehmen zu verlassen ohne die Geschäftsanteile zumindest partiell zu verlieren.<sup>309</sup> Er handelt somit nicht mehr nach seinem eigenen Willen, sondern ist in diesem durch die Regelung stark eingeschränkt.<sup>310</sup> Demnach lässt sich zunächst vermuten, dass die Beteiligungsverträge der Fallgruppe der Knebelungsverträge i. S. d. §138 I BGB untergeordnet sind.

Das Gesetz sieht jedoch in §34 GmbHG vor, dass der Ausschluss eines Gesellschafters durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann. Folglich muss es eine Möglichkeit geben, eine Abmachung darüber zu treffen, einen Gesellschafter aus dem Start-Up Unternehmen auszuschließen. Der BGH entschied dabei jedoch in ständiger Rechtsprechung, dass eine Abmachung, die es den anderen Gesellschaftern erlaubt, einen oder mehrere Gesellschafter aus einer GmbH auszuschließen, ohne sachliche Rechtfertigung gem. §138 I BGB sittenwidrig und somit nichtig ist.<sup>311</sup> Im Umkehrschluss bedeutet das, dass für eine zulässige Abmachung ein sachlicher Grund zum Ausschluss des Gesellschafters vorliegen muss. Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, dass die Gesellschafter vor der freien Willkür der anderen Gesellschafter geschützt werden sollen.<sup>312</sup> Fraglich ist jedoch, ob dies auch für schuldrechtliche Nebenabreden, wie der Beteiligungsvertrag eine ist, gilt. Da der BGH in seiner Entscheidung erwähnt, dass eine sachliche Rechtfertigung bei vertraglichen Absprachen gegeben sein muss,<sup>313</sup> und diese nicht nur auf gesellschaftsvertragliche Abmachungen beschränkt, ist davon auszugehen, dass eine Regelung über den Ausschluss eines Gesellschafters im Beteiligungsvertrag möglich ist. Für diese Annahme spricht auch die Fallkonstellation bei der Start-Up Finanzierung. Denn, wie bereits erwähnt, gestaltet sich das Verhältnis zwischen Beteiligungsvertrag und Gesellschaftsvertrag so, dass der Beteiligungsvertrag mindestens den gleichen Stellenwert wie die Satzung hat. Im Zweifel ist sogar auf den Beteiligungsvertrag zurückzugreifen, sodass dieser letztlich das stärkere Vertragswerk darstellt.<sup>314</sup> Demnach ist es durchaus nachvollziehbar, dass der Beteiligungsvertrag auch Regelungen über den Ausschluss eines Gesellschafters beinhalten darf. Doch für diese gelten die gleichen Anforderungen, wie für die Hinauskündigungsklauseln in der Satzung –

---

<sup>308</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 39.

<sup>309</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>310</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>311</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 143.

<sup>312</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>313</sup> BGH, Urteil v. 09.07.1990, Az. II ZR 194/89, MittBayNot 1990, 319 (319).

<sup>314</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 13 f.

damit, diese wirksamer Vertragsbestandteil werden können, muss eine sachliche Rechtfertigung vorliegen.<sup>315</sup>

Die Gerichte haben durch die Rechtsprechung zu dieser Rechtfertigung zwei relevante Fallgruppen konzipiert, wobei zum einen über die „Managementbeteiligungen“<sup>316</sup> entschieden wurde und zum andere über die Hinauskündigungsklauseln bei Arzt Praxen.<sup>317</sup> Im Folgenden werden diese zwei Entscheidungen näher beleuchtet.

Dem Fall der Managementbeteiligungen<sup>318</sup> liegt der folgende Sachverhalt zugrunde. Ein Unternehmen räumte seinen Managern im Zuge ihrer Geschäftsführertätigkeit, Geschäftsanteile an der Gesellschaft ein. Für diese Beteiligung muss der Geschäftsführer lediglich den Nennwert der Anteile bezahlen. Allerdings behält sich die Gesellschaft das Recht vor, die Gesellschafterstellung des Managers mit Beendigung seines Dienstverhältnisses ebenfalls zu beenden. Denn der Zweck der Managementbeteiligungen ist der Anreiz an den Geschäftsführer, im Sinne des Unternehmens zu handeln und seine Tätigkeit gewissenhaft auszuführen. Durch die Geschäftsanteile wird der Manager nämlich am Gewinn der Gesellschaft beteiligt, weshalb sich die anderen Gesellschafter darauf verlassen können, dass die Interessen des Managers mit denen der Gesellschaft im Einklang stehen. Mit der Beendigung seiner Tätigkeit wird diesem Zweck nicht mehr gedient, sodass die Gesellschaft kein Interesse mehr daran hat, dass der am Unternehmen beteiligte Manager weiterhin seine Gesellschafterstellung wahrt. Im Zuge dessen wurde zu Beginn der Tätigkeit ein Kauf- und Abtretungsvertrag vereinbart, welcher ein Angebot zum Rückkauf und zur Rückübertragung der Anteile an die Gesellschaft durch den Geschäftsführer darstellt.

Es scheint, als würde der Ausschluss des Gesellschafters ohne sachlichen Grund erfolgen und die Klausel wäre somit laut ständiger Rechtsprechung sittenwidrig.<sup>319</sup> Denn es ist im GmbH Gesetz verankert, dass ein Geschäftsführer gem. §38 GmbHG durch mehrheitlichen Beschluss jederzeit abberufen werden kann. Somit wäre der geschäftsführende Gesellschafter wieder der Willkür der übrigen Gesellschafter ausgesetzt. Dies widerspricht demnach dem Schutzzweck der Entscheidung, dass die Hinauskündigungsklauseln nur wirksam sind, wenn sie mit einem sachlichen Grund einhergehen.<sup>320</sup>

Doch der BGH entschied in dem Fall des Managementbeteiligungsmodells, dass durch die Hinauskündigungsklauseln wirksame Regelungen vorliegen.<sup>321</sup> Diese Entscheidung ist auf

---

<sup>315</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 09.07.1990, Az. II ZR 194/89, MittBayNot 1990, 319 (319).

<sup>316</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>317</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>318</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>319</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 09.07.1990, Az. II ZR 194/89, MittBayNot 1990, 319 (319).

<sup>320</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>321</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

das Unternehmenskonzept zurückzuführen, denn dieses hat die Funktion, den Geschäftsführer stärker an das Unternehmen zu binden und seine Motivation in Bezug auf seine Tätigkeit damit zu steigern.<sup>322</sup> Mit Beendigung dieser Tätigkeit endet auch der Zweck, den das Modell verfolgen soll.<sup>323</sup> Der Vorschrift des Gesetzes, dass der Geschäftsführer jederzeit abberufen werden kann, ist der Manager ohnehin unterstellt, sodass er mit oder ohne Unternehmensbeteiligungen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den anderen Gesellschaftern steht.<sup>324</sup> Der BGH rechtfertigt seine Entscheidung wie nachfolgend erläutert. Dadurch, dass der Manager für die Beteiligungen lediglich den Nennwert bezahlt hat, jedoch im Laufe seiner Tätigkeit die ganze Zeit am Gewinn beteiligt war, liegt kein hohes wirtschaftliches Risiko für den Kaufmann vor. Aus diesem Grund ist der Geschäftsführer als nicht besonders schutzwürdig anzusehen, da die Beteiligung lediglich einen Annex zu der Geschäftsführertätigkeit darstellt. Ferner wurde in dem Urteil aufgeführt, dass der Ausschluss des Gesellschafters und die damit verbundene Wegnahme der Anteile gerechtfertigt seien, da die Gesellschaft das gleiche Modell somit dem Nachfolger des ausscheidenden Managers anbieten kann. Der BGH entschied in dem vorliegenden Fall also, dass eine solche Klausel wirksamer Vertragsbestandteil werden kann und nicht als sittenwidrig und somit nichtig einzustufen ist.

Darüber hinaus entstammt der Rechtsprechung eine zweite Fallgruppe, die einen sachlichen Grund für die Hinauskündigung eines Mitgesellschafters darstellt.<sup>325</sup> Dem 2004 entschiedenen Fall liegt der nachfolgende Sachverhalt zugrunde. Eine bestehende Praxisgemeinschaft mit zwei Ärzten hatte einen dritten Mediziner aufgenommen. Diese zwei Ärzte behielten sich das Recht vor, den hinzugekommenen Arzt während einer „Probezeit“, die mehrere Jahre betrug, jederzeit aus der Gesellschaft ausschließen zu können. Dies wurde dadurch gerechtfertigt, dass die bestehende Praxisgemeinschaft testen muss, ob das notwendige Vertrauen für eine Zusammenarbeit zwischen den Ärzten aufgebaut werden kann. In diesem Fall entschied sich der BGH für die zwei Ärzte bzw. für die bestehende Praxisgemeinschaft.<sup>326</sup> Denn er erachtete die Klauseln als wirksam, besonders unter den Umständen, dass der neue Gesellschafter ohne Leistung einer Einlage aufgenommen wurde und die Altgesellschafter alleinige Träger des bisherigen Gesellschaftsvermögens waren.<sup>327</sup> Demnach ist die Wirksamkeit einer Kündigungsklausel nach Rechtsprechung des BGH zu bejahen. Jedoch ist anzumerken, dass die Klausel zwar wirksam sein kann, die Ausschließungsentscheidung jedoch nicht.<sup>328</sup> Dies wäre der Fall, wenn der neu hinzugekommene Gesellschafter wegen eines anderen Grundes als fehlendes

---

<sup>322</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>323</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>324</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 19.09.2005, Az. II ZR 173/04, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>325</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>326</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>327</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>328</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

Vertrauen oder persönliche oder fachliche Diskrepanzen aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird.<sup>329</sup>

Nachdem die beiden zugelassenen Fallgruppen dargestellt wurden, gilt es zu prüfen, ob die Vesting-Klauseln einer dieser Gruppen untergeordnet sind und ob ein sachlicher Grund für die Hinauskündigung gegeben ist. Im Rahmen dieser Prüfung erfolgt eine umfassende Interessenabwägung aus der Gründer- und der Investoren Sicht. Zunächst ist die Fallgruppe der Hinauskündigungsklausel bei der Arzt Praxis zu prüfen. In dieser wird beschrieben, dass der Ausschluss eines neu hinzukommenden Gesellschafters unter besonderen Umständen wirksam ist.<sup>330</sup> Eine Übertragbarkeit der Entscheidung ist bereits an dieser Stelle zu verneinen, da es sich bei den Gründern, welche die Vesting-Klauseln letztlich betreffen, nicht um neue Gesellschafter handelt. Aus diesem Grund ist die Argumentation des BGH, dass den bestehenden Gesellschafter erst einmal eine Zeit eingeräumt werden muss, in der sie die Zusammenarbeit mit dem neuen Gesellschafter proben, auf die Problematik der Vesting-Klauseln nicht anwendbar.

Demnach gilt es nun zu klären, ob die Entscheidung über die Managementbeteiligungen auf die Vesting-Klauseln übertragbar ist. Um dies zu untersuchen, sind zunächst die Unterschiede und Gemeinsamkeiten anzuführen.

Ein großer Unterschied wird dadurch begründet, dass die Gründer ihre Geschäftsanteile nicht im Zuge ihrer Managementtätigkeit erhalten haben, sondern diese bereits von Anfang an hielten.<sup>331</sup> Aus diesem Grund bilden die Beteiligungen auch keinen bloßen Annex zu ihrer Geschäftsführertätigkeit.<sup>332</sup> Vielmehr verhält es sich so, dass die Gründer ihre Beteiligung halten, um nicht lediglich als Geschäftsführer zu agieren, sondern, um auch aktiv an Entscheidungen, die das Start-Up Unternehmen betreffen, mitzuwirken.<sup>333</sup> Dennoch lassen sich auch Anknüpfungspunkte erkennen, welche eine Übertragbarkeit der Entscheidung begründen würden. Dabei ist ein wichtiger Punkt der Zweck des Managementbeteiligungsprogramms. Das Modell zielt darauf ab, dass die Geschäftsführer in ihrer Tätigkeit motiviert sind und diese immer im Sinne des Unternehmens ausführen.<sup>334</sup> Ferner sollen die Manager durch ihre Beteiligung stärker an die Gesellschaft gebunden werden.<sup>335</sup> Ein ähnlicher Zweck liegt auch den Vesting-Klauseln zugrunde.<sup>336</sup> Die Investoren streben mit diesen die Bindung der Gründer an das Start-Up an, sowie dessen sorgfältige und aktive Mitarbeit für das Unternehmen.<sup>337</sup>

---

<sup>329</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>330</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2004, Az. II ZR 165/02, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>331</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 144.

<sup>332</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 144.

<sup>333</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 144.

<sup>334</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (354).

<sup>335</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (354).

<sup>336</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (354).

<sup>337</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (354).

Es soll in gewisser Weise ein Anreiz geschaffen werden, damit die Gründer immer im Sinne des wirtschaftlichen Wohls der Gesellschaft handeln.<sup>338</sup>

Dadurch, dass die beiden Fallgruppen sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten aufweisen, ist nun fraglich, ob eine Übertragbarkeit der Entscheidung des Managementbeteiligungsmodells in Betracht kommt. Diese Problematik ist durch eine umfassende Interessenabwägung zu erörtern, welche die Gründer- und die Investoren Perspektive beleuchtet, und darauf abzielt zu bestimmen, wessen Interesse letztlich überwiegt.

Zunächst sind die Interessen der Gründer zu beleuchten. Wenn es sich bei den Vesting-Klauseln um wirksame Regelungen handelt, sind die Gründer für die Zeit der Vesting-Periode in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt, denn sie können das Unternehmen nur unter hohen wirtschaftlichen Einbußen verlassen.<sup>339</sup> Auch wenn sie sich im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen nicht mehr mit dem Unternehmen identifizieren können, sind sie an das Start-Up gebunden. Sie können es nicht einfach nach freiem Willen verlassen, da sie ansonsten die Anteile an ihrem eigenen Unternehmen verlieren.<sup>340</sup> Die Gründe für einen solchen Disput sind nicht immer in der Person eines Gründers gelegen. Es sind z.B. Szenarien denkbar, in denen sich drei Gründer in einem Start-Up befinden und sich einer dieser drei mit den Entscheidungen und der Richtung, in die sich das Unternehmen entwickelt, nicht mehr identifizieren kann. Gerade bei jungen Unternehmen besteht keine Garantie auf eine konfliktfreie Zusammenarbeit. Ferner ist zu berücksichtigen, dass er auch bei einer ordentlichen Kündigung durch die Gesellschaft seine Anteile verliert.<sup>341</sup> Diese liegt jedoch nicht immer im Ermessen des Gründers. Demnach sind der Verbleib und die Beteiligung des Gründers an seinem eigenen Start-Up zumindest teilweise von der Entscheidung anderer abhängig.<sup>342</sup> Es ist ebenso zu anmerken, dass der Ausschluss eines Gründungsgesellschafter zu einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung des Gesellschafter führen könnte<sup>343</sup>, vor allem wenn es sich bei diesem um ein aktives Geschäftsführungsmitglied handelt.<sup>344</sup> Es ist in so einem Fall nämlich davon auszugehen, dass der Gründer seit einer langen Zeit entweder an dem aktiven Geschäftsbetrieb des Start-Ups mitwirkt oder dessen Gründung und Entstehung geplant hat. Demnach hat er keine weitere finanzielle Absicherung, welche es ihm erlauben würde, aus seiner Managementtätigkeit auszuschneiden.

---

<sup>338</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 140.

<sup>339</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>340</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>341</sup> Vgl. *Drygala/Wächter*, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 65.

<sup>342</sup> Vgl. *Drygala/Wächter*, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 65.

<sup>343</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 144.

<sup>344</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 144.

Auf der anderen Seite sind jedoch auch die Interessen der Investoren zu berücksichtigen, welche vor allem darauf gerichtet sind, durch die Bereitstellung der finanziellen Mittel, keinen wirtschaftlichen Schaden davon zu tragen.<sup>345</sup> Dabei ist besonders darauf zu achten, dass die Investoren im Gegenzug zu ihrer Einlage, keine sachliche oder monetäre Sicherheit erhalten, sondern stattdessen Gesellschafter des Start-Ups werden.<sup>346</sup> Aus diesem Grund sind sie regelmäßig daran interessiert, dass die Gründer durch ihre Tätigkeit den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vorantreiben und aufbauen.<sup>347</sup> Denn letztlich haben die Investoren nicht in das Unternehmen an sich investiert, sondern in das Know-how der Gründer.<sup>348</sup> Sie sind also darauf angewiesen, dass die Gründer der Gesellschaft lange erhalten bleiben, da sie das Start-Up und die dahintersteckende Idee letztlich verkörpern.<sup>349</sup> Demnach ist Rücksicht darauf zu nehmen, dass die Sicherheit der Investoren für ihre finanziell eingebrachte Leistung darin besteht, dass die Investoren aktiv und im Sinne des Unternehmens handeln. Es ist auch darauf zu achten, dass die Gründer ohne die Einlage der Investoren gar nicht in der Lage dazu wären, ihre Idee in Form eines Start-Ups umzusetzen und zu vertreiben. Darüber hinaus besteht auch bei manchen Investoren ein hohes wirtschaftliches Risiko, welches auch durchaus existenzbedrohend wirken kann. Es könnte sich zum Beispiel um junge Investmentfonds handeln, die noch nicht über weitreichende finanzielle Mittel verfügen. Durch eine hohe Einlage in ein Start-Up könnte ihr weiteres Fortbestehen, durch einen wirtschaftlichen Misserfolg, in Gefahr geraten. Um dem so gut wie möglich entgegenzuwirken, ist es unabdingbar, dass die Gründer and das Unternehmen gebunden sind und aktiv in diesem arbeiten.

Ferner ist anzumerken, dass von den Gründern durchaus erwartet werden kann, dass sie ihre Arbeitskraft ihrem eigenen Start-Up widmen und dieses, auch über einen mehrjährigen Zeitraum hinweg, unterstützen und vorantreiben möchten.

Folglich ist unter Berücksichtigung beider Interesselagen davon auszugehen, dass die Interessen der Investoren vorliegend überwiegen. Sie sind im Vergleich zu den Gründern schutzwürdiger, da sie oft einen hohen finanziellen Beitrag zu dem Start-Up Unternehmen leisten und das Risiko genauso tragen, wie die Gründer.<sup>350</sup> Darüber hinaus kann von den Gründern regelmäßig erwartet werden, dass sie über einen mehrjährigen Zeitraum für ihr eigenes Unternehmen arbeiten werden. Demnach ist der Wunsch der Investoren, dass die Gründer so lange wie möglich an das Start-Up gebunden sind und in dessen Sinne handeln, durchaus berechtigt. Eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH ist somit zu bejahen, sodass eine sachliche Rechtfertigung für die Klausel und somit für den Ausschluss

---

<sup>345</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>346</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

<sup>347</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>348</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>349</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>350</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

des Gesellschafters gegeben ist. Die Vesting-Klauseln sind somit nicht als sittenwidrig gem. §138 I BGB einzuordnen, sondern werden wirksamer Vertragsbestandteil.

#### cc) Die Zulässigkeit der Länge der Vesting-Periode

Nach der Prüfung bezüglich der Zulässigkeit der Vesting-Klauseln als solche, stellt sich die Frage, ob andere Regelungen in den Klauseln, die den Ausschluss des Gesellschafters nicht direkt betreffen, möglicherweise aufgrund ihrer Sittenwidrigkeit unzulässig sind. Eine solche Regelung stellt z.B. die Vereinbarung über die Länge der Vesting-Periode dar. Diese erstreckt sich üblicherweise über einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren.<sup>351</sup> Es ist also fraglich, ob dieser Zeitraum gem. §138 I BGB als unangemessen lange anzusehen und damit sittenwidrig ist. Zur Erörterung dieser Fragestellung muss zunächst geklärt werden, was eine unangemessen lange Laufzeit ist. Der BGH entschied hierzu im Zuge der Hinauskündigungsklauseln einer Arzt Praxis, dass Hinauskündigungsklauseln mit einer unangemessen langen Laufzeit solche sind, die drei Jahren überschreiten.<sup>352</sup> Es handelt sich bei Klauseln mit einer längeren Laufzeit um sittenwidrige und damit nichtige Vereinbarungen nach §138 I BGB.<sup>353</sup> In demselben Urteil weist der BGH jedoch daraufhin, dass diese Laufzeit auf die Besonderheiten einer Arztpraxis zurückzuführen ist. Diese Ausnahme begründet er dadurch, dass den Gesellschaftern das Recht eingeräumt werden sollte, in einem angemessen langen Prüfungszeitraum zu testen, ob eine Zusammenarbeit möglich und förderlich für die Gesellschaft ist. Allerdings weist der BGH im selben Zuge daraufhin, dass diese Grenze lediglich für ärztliche Gemeinschaftspraxen gilt. Dies begründet er in dem Urteil damit, dass bei diesen Beschränkungen vorliegen, wie z.B. die kassenärztliche Zulassung von Ärzten, welche den Wegfall eines Gesellschafters mit hohen wirtschaftlichen Einbußen verbinden. Demnach sollte den Gesellschaftern genug Zeit eingeräumt werden, mögliche Differenzen auszuräumen.<sup>354</sup> Folglich lässt sich diese Höchstgrenze von drei Jahren nicht auf die Konstellation einer Start-Up Finanzierung übertragen.

Darüber hinaus wird jedoch in dem Urteil über die Hinauskündigungsklauseln<sup>355</sup> entschieden, dass die Höchstgrenze für Vereinbarungen über den Ausschluss eines Mitgesellschafters auf zehn Jahre begrenzt ist. Bei der Aufführung dieser Grenze weist der BGH nicht ausdrücklich darauf hin, dass diese Höchstdauer lediglich für Arzt Praxen gilt, sodass bei diesem Teil des Urteils davon auszugehen ist, dass sie Hinauskündigungsklauseln im Allgemeinen betreffen.

---

<sup>351</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141.

<sup>352</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 7. 5. 2007, Az. II ZR 281/05, NJW.

<sup>353</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 7. 5. 2007, Az. II ZR 281/05, NJW.

<sup>354</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 7. 5. 2007, Az. II ZR 281/05, NJW.

<sup>355</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 7. 5. 2007, Az. II ZR 281/05, NJW.

Folglich lässt sich sagen, dass keine Entscheidung eines deutschen Gerichts auf die Länge der Vesting-Periode übertragbar ist, sodass sich keine eindeutige Aussage über deren Zulässigkeit treffen lässt. Aus diesem Grund muss im Rahmen einer Interessenabwägung entschieden werden, ob es sich bei dem Vesting-Zeitraum, um eine wirksame Regelung handelt oder, ob diese als sittenwidrig einzustufen ist. Demnach muss die Interessenlage sowohl für die Investoren als auch für die Gründer erörtert werden, um einzustufen, ob die Länge der Vesting-Periode als sittenwidrig anzusehen ist.

Zunächst werden dabei die Interessen der Investoren beleuchtet, wobei dargestellt wird, was aus Sicht der Geldgeber für eine Vesting-Periode von drei bis fünf Jahren spricht und was dagegen.

Für die Investoren besteht, wie bereits angeführt ein wesentlicher Nachteil bei den Vesting-Klauseln. Denn nach Beendigung der Vesting-Periode besteht kaum eine Möglichkeit, Gründer, welche sich vertragswidrig benehmen, aus dem Unternehmen auszuschließen.<sup>356</sup> Denn mit Beendigung der Vesting-Periode bestehen keine Rechte aus dem Vesting und der Gründer darf alle seine Anteile an dem Unternehmen behalten.<sup>357</sup> Demnach ist davon auszugehen, dass es regelmäßig im Interesse der Investoren liegt, die Vesting-Periode so lange wie möglich zu vereinbaren. Denn für die Investoren bietet das Vesting eine Sicherheit für ihr eingebrachtes Kapital.<sup>358</sup> Folglich würde ein kürzeres Vesting auch eine geringere Sicherheit für die Gründer bedeuten. Das ohnehin schon risikobehaftete Geschäft, auf welches sich die Geldgeber einlassen<sup>359</sup> würde somit mit noch größeren Risiken verbunden sein. Eine kürzere Vesting-Periode würde demnach für die Investoren nicht in Betracht kommen, da diese weniger Schutz für die Geldgeber bieten würde und diese somit schlechter stellt als eine Vesting-Periode von drei bis fünf Jahren.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt, der aufgeführt werden muss, besteht darin, dass ein Unternehmen zur Etablierung auf dem Markt eine gewisse Zeit benötigt und drei bis fünf Jahre dabei eine realistische Zeitspanne darstellen. Denn wie bereits beschrieben<sup>360</sup>, werden in einem Start-Up Unternehmen in den ersten Phasen des Lebenszyklus keine Gewinne generiert, sondern es ist vielmehr mit hohen Verlusten zu rechnen. Bedenkt man diese Umstände und berücksichtigt die Tatsache, dass eine Marktdurchdringung mit ersten Gewinnen erst in der dritten Phase des Lebenszyklus eines Start-Ups zu erwarten ist<sup>361</sup>, wird deutlich, dass die übliche Dauer der Vesting-Periode nicht zu hoch angesetzt ist. Für die Investoren ist eine Vesting-Periode von dieser Dauer auch von großem Vorteil, weil diese an einem möglichst hohen Return on Investment interessiert sind und dieser erst bei einer vollständigen Etablierung auf dem Markt zu erwarten ist. Demnach ist davon

---

<sup>356</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141 f.

<sup>357</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 141 f.

<sup>358</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>359</sup> Vgl. *Möllmann/Möllmann*, BWNtZ 2013, 74 (87)

<sup>360</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 7

<sup>361</sup> Vgl. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up-Unternehmen, S. 29.

auszugehen, dass die Investoren, in Hinblick auf ihre wirtschaftlichen Ziele, regelmäßig daran interessiert sind, die Vesting-Periode für eine mehrjährige Dauer anzusetzen.

Auf der anderen Seite müssen jedoch auch die Interessen der Gründer an einer drei- bis fünfjährigen Vesting-Periode abgewogen werden.

Ein ausschlaggebender Faktor, der die Gründer gegen eine so lange Vesting-Periode stimmen lässt, wird dadurch begründet, dass in drei bis fünf Jahren, sowohl persönlich als auch geschäftlich viel geschehen kann. Es ist durchaus denkbar, dass sich einer der Gründer nicht mehr mit der Geschäftsidee identifizieren kann oder es zu einem persönlichen Disput zwischen den Gründern kommt. Ebenso sind die Gründer für die Dauer der Vesting-Periode in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt.<sup>362</sup> Diesem Aspekt ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich Personen, die sich dazu entscheiden ein Start-Up Unternehmen zu gründen, bewusst auf dieses Projekt einlassen und regelmäßig davon ausgehen sollten, dass dieses Vorhaben, mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird. Dass es zu persönlichen Diskrepanzen oder unterschiedlichen Vorstellungen kommen kann, sollte den Gründern ebenfalls vorher bewusst sein und kann bei der Planung des Unternehmens entsprechend berücksichtigt werden.

Eine Vesting-Periode, die über mehrere Jahre geht, bietet den Gründern jedoch auch Vorteile. Zum einen wird zwischen den Investoren und den Gründern eine Vertrauensbasis geschaffen. Denn die Geldgeber können davon ausgehen, dass die Gründer im Sinne des Start-Ups handeln und arbeiten werden. Zum anderen wird eine langjährige positive Zusammenarbeit der Gründer untereinander gefördert.<sup>363</sup> Denn diese können sich wechselseitig aufeinander verlassen und davon ausgehen, dass die Mitbegründer des Unternehmens das gleiche Ziel haben, wie sie selbst.<sup>364</sup> Demnach lassen sich auch auf Gründer Seite einige Vorteile für die gewöhnliche Länge einer Vesting-Periode von drei bis fünf Jahren finden.

Es lässt sich demnach sagen, dass die Länge von drei bis fünf Jahren einen durchaus realistischen Zeitraum begründet, um ein kürzlich gegründetes Unternehmen auf dem Markt zu etablieren und wirtschaftlich voranzutreiben. Bis ein Start-Up eine solche Marktposition erreicht hat, ist es für das Unternehmen und die Investoren unabdingbar, dass die Gründer dem Unternehmen erhalten bleiben. Denn nur diese sind aufgrund ihres Know-hows in der Lage, das Start-Up zu führen und die Idee, die dahinter steckt zu vertreiben. Ebenso ist im Rahmen der vorangegangenen Interessenabwägung davon auszugehen, dass das Interesse von beiden Seiten für die mehrjährige Länge der Vesting-Periode überwiegt, und diese somit nicht als unverhältnismäßig lange anzusehen ist. Da es folglich an der Voraussetzung für eine sittenwidrige Vereinbarung fehlt und kein Verstoß

---

<sup>362</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>363</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

<sup>364</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

gegen §138 I BGB vorliegt, lässt sich sagen, dass es sich bei der Dauer der Vesting-Periode um eine zulässige Absprache handelt.

#### dd) Die Zulässigkeit der Abfindungshöhe

Im Weiteren muss geprüft werden, ob es sich bei den Regelungen, bezüglich der Höhe der Abfindung für die ausscheidenden Gesellschafter, um sittenwidrige Absprachen handelt. Wie bereits erwähnt, gilt es bei der Höhe der Abfindung für die eingezogenen Geschäftsanteile zwischen Good- und Bad-Leavern zu unterscheiden.<sup>365</sup> Denn die Good-Leaver werden regelmäßig mit dem Verkehrswert ihrer Anteile vergütet,<sup>366</sup> während die Bad-Leaver im Extremfall den Buchwert erhalten.<sup>367</sup> Die Abfindung für einen Good-Leaver wirft keine rechtlichen Fragen auf und ist durch die Gerichte anerkannt.<sup>368</sup> Weitaus problematischer gestaltet sich hingegen die Abfindung für einen Bad-Leaver. Eine Buchwertklausel würde der Entscheidung des BGH widersprechen, in welcher aufgeführt ist, dass den ausscheidenden Gesellschaftern grundsätzlich eine Abfindung in Höhe des Verkehrswertes zusteht.<sup>369</sup> Aufgrund der weitreichenden Privatautonomie, welche den Vertragsparteien bei der Gestaltung ihrer Vereinbarungen zur Verfügung steht, ist jedoch auch eine geringere Abfindung möglich und kann vertraglich vereinbart werden.<sup>370</sup> Allerdings ist dabei darauf zu achten, dass sich eine solche Regelung in den Grenzen des §138 I BGB befindet. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur darf die Höhe der Abfindung nicht in einem groben Missverhältnis zu dem Wert der erbrachten Leistung, in diesem Fall der eingezogenen Geschäftsanteile, stehen.<sup>371</sup> Wann es sich jedoch um ein grobes Missverhältnis handelt, ist dabei im Einzelfall zu ermitteln.<sup>372</sup> Sollte ein solcher Fall vorliegen, muss die Regelung über die Abfindungshöhe im Nachhinein angepasst werden.<sup>373</sup> Eine niedrigere Vergütung als der Verkehrswert kann also in den Fällen des Bad-Leavers erfolgen, muss jedoch unter der Beachtung der Grenzen des §138 I BGB geschehen, sodass kein grobes Missverhältnis zwischen dem Verkehrs- und dem Buchwert entsteht.<sup>374</sup> Es ist jedoch anzumerken, dass die Unzulässigkeit der Abfindungshöhe keine Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Vesting-Klauseln im Ganzen hat, sondern lediglich eine nachträgliche Änderung an dieser Regelung vorgenommen wird.<sup>375</sup>

---

<sup>365</sup> Vgl. *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289 (290).

<sup>366</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S.142.

<sup>367</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 142.

<sup>368</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 22.01.2013, Az. II ZR 80/10, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>369</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 22.01.2013, Az. II ZR 80/10, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>370</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 148.

<sup>371</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 34a.

<sup>372</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 34a.

<sup>373</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 148.

<sup>374</sup> Vgl. *Weitmayer/Grob*, GWR 2015, 353 (356).

<sup>375</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 148.

## b) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich aufgrund der vorangegangenen Prüfung sagen, dass die Vesting-Klauseln in der Regel auch mit rechtlichen Bedenken einhergehen.

Problematisch gestaltet sich dabei vor allem der §138 I BGB.<sup>376</sup> Diese Gesetzesvorschrift verhindert die Einbringung von sittenwidrigen Absprachen in einen Vertrag. Doch zunächst ist zu klären, wann es sich um sittenwidrige Absprachen handelt. Wie bereits angeführt,<sup>377</sup> hat die Rechtsprechung zur Klärung dieser Frage noch kein spezielles Urteil in Bezug auf die Vesting-Klauseln getroffen. Vielmehr hat der BGH, im Laufe der Zeit verschiedene Fallgruppen entwickelt, denen man die Vesting-Klauseln zuordnen kann. In diesen wird dargelegt, wann es sich bei Klauseln, die die Hinauskündigung eines Mitgesellschafters betreffen, um sittenwidrige und somit unzulässige Klauseln handelt. Dadurch, dass sich keine der Fallgruppen zweifellos auf die Vesting-Klauseln übertragen lässt, ist die Einschätzung im Rahmen einer Interessenabwägung durchzuführen.<sup>378</sup> Unter Beachtung und Einschätzung der Interessen beider Parteien, Gründer und Investoren, ist, aufgrund der schützenswerten Interessenlage der Investoren, die Sittenwidrigkeit der Vesting-Klauseln zu verneinen.<sup>379</sup>

Ein weiteres Problem der Vesting-Klauseln stellt die Länge der Vesting-Periode dar. Denn diese mehrjährige Zeitspanne könnte durchaus als unangemessen lang und somit als sittenwidrig angesehen werden. Zur Klärung dieser Frage ist auf das Urteil des BGH zu verweisen,<sup>380</sup> in welchem er die Höchstdauer von Hinauskündigungsklauseln entschied. Diese darf demnach höchstens drei Jahre betragen. Allerdings erwähnt der BGH im selben Zuge, dass sich das Urteil nicht auf andere Gesellschaften als Arzt Praxen übertragen lässt. Lediglich die Höchstgrenze von zehn Jahren wird für alle Hinauskündigungsklauseln durch den BGH festgelegt.<sup>381</sup> Demnach lässt sich auch hier nur im Rahmen einer Interessenabwägung entscheiden, ob es sich bei der üblichen Länge der Vesting-Periode um eine sittenwidrige Abmachung handelt. Wie bereits beschrieben, lässt sich im Rahmen einer Betrachtung der beidseitigen Vor- und Nachteile sagen, dass eine Dauer von drei bis fünf Jahren für die Vesting-Periode als angemessen erscheint.<sup>382</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass ein frisch gegründetes Unternehmen eine gewisse Zeit braucht, um sich auf dem Markt zu etablieren und wirtschaftliche Erfolge zu erzielen. Eine Dauer von mehreren Jahren erscheint bei einer solchen Betrachtung als eine realistische Zeitspanne zur Erreichung dieser Ziele. Bei einer solchen Zeitspanne ist darüber hinaus davon

---

<sup>376</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 29 ff.

<sup>377</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 30 ff.

<sup>378</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 31 ff.

<sup>379</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 36.

<sup>380</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 37.

<sup>381</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 37.

<sup>382</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 39.

auszugehen, dass die Vorteile für beide Parteien überwiegen, sodass die Sittenwidrigkeit einer drei- bis fünfjährigen Vesting-Periode zu verneinen ist und diese somit zulässig ist.<sup>383</sup>

Die dritte rechtliche Problematik, die bei den Vesting-Klauseln aufkommt, ist die Absprache über die Höhe der Abfindung, die der ausscheidende Gesellschafter für die Anteile, die er verliert, erhält. Bei dieser Fragestellung ist die Rechtslage klar.<sup>384</sup> Während die Good-Leaver, die regelmäßig den Verkehrswert erhalten, keine Probleme darstellen und die Abmachung ihrer Abfindungshöhe nicht als sittenwidrig einzuordnen ist, verhält es sich bei den Bad-Leavern anders. Diese werden nämlich unter Umständen mit dem Buchwert ihrer Anteile vergütet.<sup>385</sup> Eine solche Buchwertklausel kann unter Umständen dazu führen, dass ein grobes Missverhältnis zwischen Nennwert und Verkehrswert besteht. Im Zuge dessen entschied der BGH, dass ein solches Missverhältnis zwar sittenwidrig ist, jedoch nicht zu der Unzulässigkeit der Klauseln an sich führt.<sup>386</sup> Vielmehr muss in einem solchen Fall eine nachträgliche Anpassung der vereinbarten Abfindungshöhe vorgenommen werden.<sup>387</sup>

Aufgrund dieser aufkommenden rechtlichen Bedenken, die sich nach der aktuellen Rechtslage nicht eindeutig klären lassen, ist es durchaus vorstellbar, dass die Frage nach Alternativen zu dem Vesting aufkommt. Denn es sind verschiedene Szenarien denkbar<sup>388</sup>, in denen die Parteien auf die Vesting-Klauseln verzichten möchten. Aus diesem Grund werden im Nachfolgenden einige Rechtsinstitute aufgeführt, welche das Vesting abdingbar machen könnten.

#### IV. Alternativen zu den Vesting-Klauseln

Entscheiden sich zwei Parteien dazu, dass Vesting-Klauseln kein Vertragsbestandteil werden sollen, muss nach Alternativen gesucht werden. Im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung werden drei verschiedene Rechtsinstitute dargestellt, welche als Alternative zu dem Vesting in Betracht kommen könnten. Dies erfolgt unter der stetigen Berücksichtigung der Interessen der Gründer und der Investoren, sodass geklärt werden kann, ob es sich um gute Möglichkeiten handelt, das Vesting zu umgehen.

##### 1) Milestone-based Vesting

Bei dem Milestone-based Vesting handelt es sich um eine Abwandlung von den Vesting-Klauseln, wie sie im Vorangegangenen beschrieben wurden.<sup>389</sup> Denn die Rückübertragung

---

<sup>383</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 39.

<sup>384</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 40.

<sup>385</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 40.

<sup>386</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 40.

<sup>387</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 40.

<sup>388</sup> z. B. könnte ein Investor sehr daran interessiert sein, in genau ein bestimmtes Start-Up Unternehmen zu investieren, deren Gründer wollen die Vesting-Klauseln jedoch unter keinen Umständen unterzeichnen.

<sup>389</sup> Vgl. Koester, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

der Geschäftsanteile an die Gründer ist in diesem Fall nicht von einer zeitlichen Komponente abhängig, sondern von der Erreichung vorher vereinbarter Ziele.<sup>390</sup> In dieser Form des Vestings werden bestimmte wirtschaftliche Ziele für das Start-Up Unternehmen festgelegt, welche die Gründer in einem bestimmten Zeitraum erreichen müssen.<sup>391</sup> Schaffen sie dies nicht, werden den Gründern die Anteile an dem Start-Up entzogen.<sup>392</sup> Der Rückert der Geschäftsanteile ist somit an keinen zeitlichen Faktor geknüpft, sondern an die Erreichung der festgelegten Meilensteine des Unternehmens.<sup>393</sup> Fraglich ist, ob dies eine gute Alternative zu den Vesting-Klauseln darstellt. Zur Untersuchung dieser Frage müssen die Vor- und Nachteile der Investoren und der Gründer abgewogen werden.

Zunächst wird dabei die aufgeführte Alternative aus der Perspektive der Investoren beleuchtet. Um dies darzustellen, muss zunächst untersucht werden, ob die Ziele, welche die Investoren mit dem Vesting verfolgen, auch durch das Milestone-based Vesting erreicht werden können. Um dies zu erörtern muss zunächst geklärt werden, was die Investoren mit den Vesting-Klauseln erreichen wollen. Letztlich möchten die Geldgeber durch die Bindung der Gründer an das Start-Up, ihre Einlage in das Unternehmen so gut, wie möglich schützen.<sup>394</sup> Fraglich ist also, ob dieses Ziel auch mit dem Milestone-based Vesting erreicht werden kann. Dies ist an dieser Stelle ausdrücklich zu bejahen, denn die Gründer werden durch die Abmachungen zur aktiven Mitarbeit an dem Unternehmen angehalten, da sie anderenfalls ihre Anteile verlieren.<sup>395</sup> Die Investoren schützen ihr eingebrachtes Geld somit durch ein geeignetes Druckmittel, ähnlich wie bei den Vesting-Klauseln, weshalb das Milestone-based Vesting grundsätzlich als Alternative in Betracht kommt.

Darüber hinaus lassen sich durch diese Art des Vestings auch einige Vorteile für die Investoren erkennen. Durch die Gestaltung der zu erreichenden Ziele können die Geldgeber die wirtschaftliche Richtung, die das Unternehmen einschlagen soll, vorgeben und haben starken Einfluss auf dessen Entwicklung. Ein weiteres Argument, das für das Milestone-based Vesting spricht, ist die Komponente von der es abhängig ist. Denn die Gründer müssen in dem Fall bestimmte Meilensteine erreichen, sodass die Investoren davon ausgehen können, dass die Gründer sich nicht nur anständig verhalten und die Zeit der Vesting-Periode verstreichen lassen, sondern ihr Möglichstes tun, um das Unternehmen wirtschaftlich voranzutreiben.

Es lässt sich aus der Sicht der Investoren jedoch auch ein Nachteil erkennen, welcher auch bei den Vesting-Klauseln aufkommt. Denn für die Geldgeber besteht auch hier die Gefahr,

---

<sup>390</sup> Vgl. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

<sup>391</sup> Vgl. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

<sup>392</sup> Vgl. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

<sup>393</sup> Vgl. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

<sup>394</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>395</sup> Vgl. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook, S. 327.

dass die Gründer ihr Verhalten nach Erreichung der Meilensteine ändern, und sich nicht mehr wie ordentliche Kaufmänner verhalten.<sup>396</sup>

Auf der anderen Seite muss auch die Perspektive der Gründer beleuchtet werden, um zu prüfen, ob es sich um eine gute Alternative handelt. Für die Gründer ist ein wesentlicher negativer Faktor zu erwähnen, und zwar die Unkontrollierbarkeit der Wirtschaft. Denn ein Szenario, welches durchaus denkbar ist, wäre eine wirtschaftliche Krise<sup>397</sup>, welche die Ziele der Gründer unerreichbar macht. Diese Unerreichbarkeit der vorher formulierten Ziele haben die Gründer auch nicht durch ihr Arbeitsverhalten zu verantworten. Es kann vorkommen, dass die Gründer sich wie ordentliche Kaufmänner verhalten und im Zuge dieser Tätigkeit gute wirtschaftliche Entscheidungen treffen, die Ziele jedoch aufgrund der gesamtwirtschaftlichen Situation nicht erreichen können. Demnach stellt diese Alternative eine große Unsicherheit für die Gründer dar, da sie von Komponenten abhängig ist, die sie nicht beeinflussen können.

Doch das Milestone-based Vesting bietet den Gründern auch Vorteile. Denn diese können sich bei der Art des Vestings darauf verlassen, dass auch die anderen Gründer an dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens interessiert sind, und ihr Möglichstes tun, um diesen auch zu erreichen. Ebenso ist für die Zeit der Vesting-Periode eine gute Zusammenarbeit zwischen Investoren und Gründern gewährleistet, da beide die gleichen Ziele und die gleiche Richtung für das Unternehmen verfolgen. Demnach ist auch davon auszugehen, dass Konflikte oder Dispute zwischen den Gesellschaftern eher selten auftreten.

Es muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass es sich bei den Gründern in der Regel um unerfahrene, junge Personen handelt<sup>398</sup>, die somit keine oder wenige betriebswirtschaftliche Erfahrung vorweisen können. Aus diesem Grund muss bei der Formulierung der Ziele bedacht werden, dass Fehlentscheidungen auf Seiten der Gründer durchaus normal sind, da diese sich zunächst in ihre Position als Geschäftsführer einfinden müssen. Dies stellt auch die Gefahr bei dem Milestone-based Vesting dar, denn die Gründer sind in der Regel daran interessiert, dass ihr Start-Up Unternehmen auch wirtschaftlichen Erfolg hat, müssen ihre Tätigkeit als Geschäftsführer eines Unternehmens jedoch erst einmal erlernen. Aus diesem Grund sollte darauf geachtet werden, dass die Meilensteine, welche die Gründer erreichen sollen, realistisch gestaltet und auf die jeweilige Situation abgestimmt sind.

Ferner muss auch bei dieser Art des Vestings der §138 I BGB berücksichtigt werden. Denn zu hoch gesetzte Ziele für die Gründer können eine sittenwidrige und damit nichtige

---

<sup>396</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 23.

<sup>397</sup> z. B. in Form einer Weltwirtschaftskrise.

<sup>398</sup> Vgl. Metzger, KfW Start-Up-Report 2018, S. 1.

Abmachung darstellen.<sup>399</sup> In einem solchen Fall müsste, wie vorangegangen<sup>400</sup> eine Prüfung des §138 I BGB durchgeführt werden, um zu untersuchen, ob die vereinbarten Meilensteine sittenwidrige Abmachungen darstellen. Eine solche Untersuchung ist jedoch immer individualvertraglich durchzuführen und wird demnach an dieser Stelle nicht näher erörtert. Diese Problematik des Milestone-based Vestings darf bei der Gesamtbetrachtung jedoch nicht außer Acht gelassen werden.

Als Zwischenfazit lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass das Milestone-based Vesting sowohl Vorteile als auch Nachteile mit sich bringt. Ein großer Nachteil, welcher bei der Gestaltung des Vestings beachtet werden muss, ist die unkontrollierbare Gesamtwirtschaft, welche es unter Umständen unmöglich macht, die vereinbarten Ziele zu erreichen. Allerdings muss auch hervorgehoben werden, dass das Milestone-based Vesting eine angenehme Zusammenarbeit zwischen Gründern und Investoren fördert, da beide Parteien dieselben Ziele für das Unternehmen verfolgen.

## 2) Zwangseinziehung und Zwangsabtretung

Als eine weitere Alternative könnte ein Zwangseinziehungsrecht der Geschäftsanteile in Betracht kommen. Um zu prüfen, ob es sich bei diesem Rechtsinstitut um eine Alternative handelt, die die Vesting-Klauseln abdingbar macht, muss zunächst erläutert werden, worum es sich bei dem Zwangseinziehungsrecht handelt. Das Zwangseinziehungsrecht beschreibt das Recht der Gesellschafter einer GmbH, die Anteile eines Mitgesellschafters auch ohne dessen Zustimmung einzuziehen und diesen somit als Gesellschafter auszuschließen.<sup>401</sup> Der wohl wichtigste Unterschied zu dem bloßen Ausschluss eines Gesellschafters besteht darin, dass die Einziehung der Geschäftsanteile zur Vernichtung dieser führt - also zu einer Kapitalherabsetzung.<sup>402</sup> Bei dem Ausschluss eines Gesellschafters erlöschen hingegen zunächst seine Gesellschafterrechte, während in einem weiteren Schritt überlegt werden muss, was mit den Geschäftsanteilen passiert.<sup>403</sup> Gesetzlich ist das (Zwangs-) Einziehungsrecht in dem §34 GmbHG geregelt. Er beschreibt die Voraussetzungen, die sowohl für die freiwillige Einziehung als auch für die Zwangseinziehung gelten müssen. Demnach muss gem. §34 I GmbHG für beide Arten des Einziehungsrechts eine gesellschaftsvertragliche Regelung vorliegen. Dies bedeutet, dass in der Satzung der GmbH eine Klausel enthalten sein muss, die das Einziehungsrecht der Anteile vorsieht.<sup>404</sup> Dabei muss durch den Wortlaut der Regelung hervorgehen, dass diese nicht nur für die freiwillige Einziehung von Anteilen gilt, sondern auch für Fälle der

---

<sup>399</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, §138 Rn. 34.

<sup>400</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 29 ff.

<sup>401</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 3.

<sup>402</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 2.

<sup>403</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 2 f.

<sup>404</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 8.

Zwangseinziehung.<sup>405</sup> Grundsätzlich kann die Einziehung von Geschäftsanteilen jedoch nur ausgeübt werden, wenn bereits bei Erwerb der betroffenen Geschäftsanteile, eine Regelung in der Satzung über die Zwangseinziehung getroffen wurde.<sup>406</sup> War das Zwangseinziehungsrecht zu dem Zeitpunkt noch kein wirksamer Bestandteil der Satzung, so muss der ausscheidende Gesellschafter sie nur gegen sich gelten lassen, wenn er der Satzungsänderung zugestimmt hat.<sup>407</sup>

Ferner ist die Einziehung der Geschäftsanteile eines Gesellschafters, gegen seinen Willen, nur unter Angabe eines sachlichen Grundes möglich.<sup>408</sup> Dieser kann z.B. die Insolvenz eines Mitgesellschafters sein oder ein Verstoß gegen das vertraglich festgelegte Wettbewerbsverbot.<sup>409</sup> Bei diesen Gründen handelt es sich um konkret festgelegte Gründe, die bei einer Beurteilung vor Gericht keiner Interessenabwägung bedürfen.<sup>410</sup> Anders sieht es bei generalklauselartigen Einziehungsgründen aus, die bei ihrer Auslegung weiter gefasst sind.<sup>411</sup> Zu denen gehört auch die Einziehung wegen eines wichtigen, in der Person des Gesellschafters liegenden Grundes, bei dessen Beurteilung, für ein finales Urteil eine Interessenabwägung erfolgen muss.<sup>412</sup> Grundsätzlich gilt dabei, dass die Zwangseinziehung aus wichtigem Grund zulässig ist, wenn es unter Abwägung aller Umstände den übrigen Gesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist, mit dem ausscheidenden Gesellschafter zusammenzuarbeiten.<sup>413</sup> Im Zuge der Rechtsprechung wurden einige Fallgruppen entwickelt, bei denen der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund zulässig ist.<sup>414</sup> Zu diesen zählen u.a. Fälle, von gravierenden Pflichtverletzungen, in denen das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander schwerwiegend zerstört wurde, und der ausscheidende Gesellschafter diese Situation zumindest überwiegend zu verschulden hat.<sup>415</sup> Ob es sich jedoch um einen wichtigen Grund handelt, muss einzelfallabhängig durch das Gericht beurteilt werden.<sup>416</sup> Ferner müssen für eine wirksame Zwangseinziehung der Geschäftsanteile auch weitere Voraussetzungen erfüllt sein, welche im Zuge der Rechtsprechung durch den BGH festgelegt wurden. Zunächst muss ein Beschluss mit einfacher Stimmrechtsmehrheit durch die Gesellschafterversammlung vorliegen<sup>417</sup>, welche dem betroffenen Gesellschafter dann formfrei mitgeteilt werden muss.<sup>418</sup> Ob die Einziehung durch Erfüllung dieser

---

<sup>405</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 7.

<sup>406</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 8.

<sup>407</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 8.

<sup>408</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 17.

<sup>409</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 9.

<sup>410</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 19.

<sup>411</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 19.

<sup>412</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 9.

<sup>413</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 19.

<sup>414</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 20.

<sup>415</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 24.09.2013, Az. II ZR 216/11, NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht.

<sup>416</sup> Vgl. *Kamiyar-Müller*, Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH, S. 18 f.

<sup>417</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, §34 Rn.8, 21. Auflage.

<sup>418</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 16.

Voraussetzungen bereits wirksam ist, wird strittig diskutiert.<sup>419</sup> Im Nachfolgenden wird jedoch von einer näheren Betrachtung dieses Meinungsstreits abgesehen und der Ansicht des BGHs gefolgt. Dieser vertritt dabei die Meinung, dass die Einziehung der Geschäftsanteile, mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter, wirksam wird.<sup>420</sup> Dies befreit die übrigen Gesellschafter jedoch nicht von der Zahlung der Abfindungshöhe an den ausscheidenden Gesellschafter.<sup>421</sup> Diese Abfindung muss durch ungebundenes Vermögen der Gesellschaft entrichtet werden<sup>422</sup> und entspricht in der Regel dem Verkehrswert.<sup>423</sup>

Nachdem die Grundlagen des Zwangseinziehungsrecht beschrieben wurden, gilt es nun zu klären, welche Vor- und Nachteile eine solche Vereinbarung für Gründer und Investoren hat. Dabei wird zunächst die Perspektive der Investoren beleuchtet. Für diese stellt die Zwangseinziehung vor allem einen wichtigen Vorteil dar, denn sie können durch die Vereinbarung eines solchen Rechts das gleiche Ziel erreichen, wie mit den Vesting-Klauseln. Sie binden mit einem Druckmittel (der Entziehung der Anteile) die Gründer an das Unternehmen, und halten sie zu einer vernünftigen Arbeitsweise an, sodass ihr eingebrachtes Investment so gut wie möglich geschützt ist.<sup>424</sup> Folglich würde unter der Betrachtung dieses Umstandes, die Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts für die Investoren durchaus als Alternative in Betracht kommen.

Allerdings lässt sich ein Nachteil erkennen, denn das Zwangseinziehungsrecht muss gem. §34 I GmbHG, in der Satzung geregelt sein. Diese ist jedoch durch Einsicht in das Handelsregister für jedermann einsehbar.<sup>425</sup> Es liegt, wie bereits erwähnt, durchaus im Interesse der Investoren und Gründer, dass einige Abmachungen nicht für Dritte einsehbar sind und deshalb bewusst im Beteiligungsvertrag geregelt werden und nicht in der Satzung.<sup>426</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Vesting-Klauseln eine solche Regelung darstellen, da sie eine sehr vertrauliche Abmachung zwischen den Parteien begründen.<sup>427</sup>

Ferner ist zu erwähnen, dass die Klauseln in der Satzung für und gegen jeden Gesellschafter gelten und somit auch gegen die Investoren.<sup>428</sup> Demnach betrifft das Zwangseinziehungsrecht nicht nur die Gründer, sondern auch die Geldgeber, dessen

---

<sup>419</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 24. 1. 2012, Az. II ZR 109/11, juris.

<sup>420</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 24. 1. 2012, Az. II ZR 109/11, juris.

<sup>421</sup> Bei der Zahlung dieser Abfindung muss jedoch unbedingt darauf geachtet werden, dass das Stammkapital der GmbH erhalten bleibt, da dieses, zur Befriedigung der Gläubiger, erhalten bleiben muss; Der BGH bejaht hier die schutzwürdigere Position der Gläubiger und zieht im Zweifel die übrigen Gesellschafter in die persönliche Haftung zur Entrichtung der Abfindung für die Geschäftsanteile, Vgl. BGH, Urteil v. 24. 1. 2012, Az. II ZR 109/11, juris.

<sup>422</sup> BGH, Urteil v. 24. 1. 2012, Az. II ZR 109/11, juris.

<sup>423</sup> Vgl. *Weitmauer/Grob*, GWR 2015, 353 (355).

<sup>424</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S, 139.

<sup>425</sup> Vgl. *Wicke*, DStR 2006, 1137 (1137).

<sup>426</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 13 f.

<sup>427</sup> Vgl. *Drygala/Wächter*, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“, S. 64.

<sup>428</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Grziwotz*, MünchHdB GesR III, §18 Rn. 1

Anteile ebenfalls aus wichtigem Grund, auch gegen ihren Willen, eingezogen werden können. Diese Wirkung des Zwangseinziehungsrechts ist eine, welche die Investoren unbedingt von sich abwenden möchten, da sie sich somit in ihrer Stellung als Gesellschafter bedroht fühlen könnten. Allerdings ist auf der anderen Seite auch zu erwähnen, dass diese Wirkung auch die Zusammenarbeit zwischen Gründern und Investoren verbessern kann. Beide Parteien sind dazu angehalten, das Vertrauensverhältnis untereinander zu wahren, und sich wie vernünftige Kaufmänner zu benehmen. Die Parteien haben durch dieses Druckmittel also das Gefühl, dass sie sich wechselseitig aufeinander verlassen können und sie einander gleichgestellt sind.

Für die Gründer hat die Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts jedoch kaum weitere Auswirkungen. Denn die Wirkung der Regelung bleibt unverändert zu den Vesting-Klauseln; sollten die Gründer sich vertragswidrig verhalten, verlieren sie ihre Anteile an dem Start-Up Unternehmen. Sie sind demnach weiterhin zu einer ordentlichen Verhaltensweise angehalten und werden durch den drohenden Entzug ihrer Anteile unter Druck gesetzt.

Eine andere Möglichkeit zu der Zwangseinziehung der Anteile bildet die Zwangsabtretung, welche entweder neben der Zwangseinziehung vereinbart werden kann oder statt der Zwangseinziehung existiert.<sup>429</sup> Zur Klärung der Frage, ob sie als Alternative in Betracht kommt, ist zunächst zu klären, worum es sich bei der Zwangsabtretung handelt. Bei der Zwangsabtretung handelt es sich um ein Rechtsinstitut, welches der Zwangseinziehung ähnlich ist. Allerdings werden bei diesem die Anteile nicht eingezogen und somit vernichtet, sondern der ausscheidende Gesellschafter muss seine Gesellschafterrechte und Anteile an eine dritte Person oder die GmbH selbst abtreten.<sup>430</sup> Auch diese Form der Ausschließung eines Gesellschafters bedarf einer Regelung in der Satzung, sowie einem Gesellschafterbeschluss, zu dessen wirksamen Vollzug.<sup>431</sup>

Auch dieses Rechtsinstitut bietet den Gründern die Möglichkeit, ihr eingebrachtes Vermögen zu schützen. Denn für die Gründer entfaltet die Zwangsabtretung keine andere Wirkung als die Zwangseinziehung oder die Vesting-Klauseln, da bei allen drei Varianten der Verlust ihrer Geschäftsanteile droht. Demnach würde sich grundsätzlich auch die Zwangsabtretung als Alternative zu den Vesting-Klauseln anbieten. Allerdings sind auch bei diesem Rechtsinstitut die Vor- und Nachteile abzuwägen.

Ein Nachteil, welcher sich für die Investoren sowohl bei der Zwangseinziehung als auch bei der -abtretung ergibt, ist die sachliche Rechtfertigung durch einen unbestimmten Rechtsbegriff, da der Ausschluss aufgrund eines wichtigen Grundes erfolgen würde.<sup>432</sup>

---

<sup>429</sup> Vgl. *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2014, 335 (335)

<sup>430</sup> Vgl. *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2014, 335 (335).

<sup>431</sup> Vgl. *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2014, 335 (335).

<sup>432</sup> Vgl. *Priester/Mayer/Wicke/Kort*, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 9.

Zwar wurden im Zuge der Rechtsprechung Fallgruppen konzipiert, die einen anerkannten sachlichen Grund darstellen, die Prüfung erfolgt jedoch immer einzelfallabhängig.<sup>433</sup> Demnach können sich die übrigen Gesellschafter nie sicher sein, ob der Umstand, aus dem heraus der ausscheidende Gesellschafter die GmbH verlassen muss, einer Prüfung durch die Gerichte standhält.<sup>434</sup> Folglich besteht auch bei vorher konzipierten Fallgruppen eine gewisse Rechtsunsicherheit bei dem Ausschluss eines Gesellschafters.<sup>435</sup>

Dem gegenüber ist jedoch ein Vorteil zu nennen, welcher sich durch die Vereinbarung der Zwangsabtretung ergibt. Dadurch, dass festgelegt sein muss, an welchen Dritten (falls die Anteile nicht an die GmbH abgetreten werden müssen) die Anteile abgetreten werden müssen,<sup>436</sup> haben die übrigen Gesellschafter Kontrolle darüber, wer Gesellschafter des Unternehmens wird. Ferner muss auch keine Kapitalherabsetzung erfolgen und bei einem neu hinzukommenden Gesellschafter wieder eine Kapitalerhöhung, sondern die Anteile können durch Abtretung direkt an einen Gesellschafter oder Dritten übergehen.<sup>437</sup>

Ebenso ist die Abfindung für den ausscheidenden Gesellschafter nicht von der GmbH (solange diese nicht Begünstigter ist) zu entrichten, sondern von der Person, die die Anteile erhält.<sup>438</sup> Demnach muss bei dem Ausschluss eines Gesellschafters durch Abtretung nicht darauf geachtet werden, dass genügend Rücklagen im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind, um den Gesellschafter zu vergüten.<sup>439</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl die Zwangseinziehung als auch die Zwangsabtretung als Alternativen zu den Vesting-Klauseln in Betracht kommen könnten. Ausschlaggebend für diese Beurteilung ist die Wirkung der beiden Rechtsinstitute, da die Gründer durch den drohenden Entzug ihrer Anteile, zu einer vernünftigen Arbeitsweise angehalten werden. Allerdings sind auch hier die Nachteile zu erwähnen, denn die Klauseln sind in der Satzung niedergeschrieben, sodass sie für jeden Dritten einsehbar sind. Ebenso gelten sie für und gegen alle Gesellschafter, sodass auch den Investoren der zwangsweise Ausschluss aus der Gesellschaft droht.

### 3) Die Vertragsstrafe

Ein weiteres Rechtsinstitut, welches durchaus als Alternative zu den Vesting-Klauseln in Betracht kommen könnte, ist die Vertragsstrafe. Dieses Rechtsinstitut hat ihre Grundlagen in den §§339 ff. BGB. Zur Klärung der Frage, ob es sich um eine gute Alternative zum Vesting handelt, ist zunächst zu erörtern, was eine Vertragsstrafe ist. Eine Vertragsstrafe

---

<sup>433</sup> Vgl. Priester/Mayer/Wicke/Kort, MünchHdB GesR III, §28 Rn. 9.

<sup>434</sup> Vgl. Stefanink/Punte, GWR 2018, 403 (403).

<sup>435</sup> Vgl. Stefanink/Punte, GWR 2018, 403 (403).

<sup>436</sup> Vgl. Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2014, 335 (335).

<sup>437</sup> Vgl. Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2014, 335 (335).

<sup>438</sup> Vgl. Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2014, 335 (335).

<sup>439</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 24. 1. 2012, Az. II ZR 109/11, juris.

ist nach Definition „eine meist in Geld bestehende Leistung, die der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit verspricht.“<sup>440</sup> Übertragen auf die Fallkonstellation einer Start-Up Finanzierung, würde im Beteiligungsvertrag zwischen Investoren und Gründern eine solche Vertragsstrafe zum Einsatz kommen. In diesem würde eine in Geld ausgedrückte Leistung der Gründer an die Investoren vorgesehen werden, für den Fall, dass die Gründer ihre Pflichten aus dem Beteiligungsvertrag nicht oder nicht gehörig erfüllen. Fraglich ist, ob dieses Rechtsinstitut für beide Parteien eine gute Alternative zu den Vesting-Klauseln darstellt. Zur Klärung dieser Frage sind die Vor- und Nachteile der Vertragsstrafe aus der Perspektive beider Parteien des Beteiligungsvertrags zu beleuchten.

Zunächst ist die Sicht der Investoren zu betrachten, wobei beurteilt werden muss, ob mit der Vertragsstrafe das gleiche Ziel erreicht werden kann, wie mit den Vesting-Klauseln. Bei den Vesting-Klauseln geht es den Investoren vor allem darum, ihre Geldeinlage in das Start-Up Unternehmen zu schützen.<sup>441</sup> Da diese als Gegenleistung für ihre Einlage nämlich keine Sicherheiten, wie bei einer Kreditfinanzierung erhalten, sondern Gesellschafter des Unternehmens werden, ist die Sicherheit für die Investition letztlich vom Erfolg des Start-Ups, und somit maßgeblich von den Gründern, abhängig.<sup>442</sup> Fraglich ist, ob die Vertragsstrafe eine solche Sicherheit für das Investment ebenfalls gewährt. Grundsätzlich ist diese Frage zu bejahen, da die Vertragsstrafe letztlich eine Geldleistung der Gründer an die Investoren darstellt.<sup>443</sup> Diese lässt sich so vereinbaren, dass die Gründer die Vertragsstrafe zu leisten haben, wenn sie ihre Pflichten als Geschäftsführer nicht gehörig erfüllen oder das Unternehmen verlassen möchten. Demnach stellt die Vertragsstrafe für die Investoren ein Druckmittel gegen die Gründer dar, mit welchem sie diese zu einem pflichtgetreuen Verhalten anhalten können. Dabei wird ein wichtiger Vorteil der Vertragsstrafe dadurch begründet, dass der Gläubiger bei der Forderung der Leistung keinen genauen Schaden beziffern muss.<sup>444</sup> Demnach ist es für die fordernde Partei durch Festlegung einer Vertragsstrafe einfach, ihren Anspruch geltend zu machen.<sup>445</sup>

Problematisch wird allerdings die Festlegung der Höhe der Vertragsstrafe, da diese durch das Gesetz eingeschränkt ist. §343 I BGB sieht vor, dass eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe, auf Antrag des Schuldners, auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann. Diese Regelung tritt bei Vertragsstrafen, die zwischen Kaufleuten vereinbart wurden, gem. §348 HGB jedoch nicht in Kraft, weshalb die Regulierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht auf die Beteiligungsverträge Anwendung findet. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ist jedoch gem. §242 BGB nach den Geboten von Treu und Glauben möglich,

---

<sup>440</sup> BGH, Urteil vom 14.10.2009, VIII ZR 272/08, juris.

<sup>441</sup> Vgl. *Weitmayer*, GWR 2015, 353 (353).

<sup>442</sup> Vgl. *Weitmayer*, Handbuch Venture Capital, S. 4.

<sup>443</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 14.10.2009, VIII ZR 272/08, juris.

<sup>444</sup> Vgl. *Köhler*, GRUR 1994, 260 (261 f.).

<sup>445</sup> Vgl. *Köhler*, GRUR 1994, 260 (261 f.).

sodass auch bei Verträgen zwischen Kaufleuten, keine unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafversprechen vereinbart werden können.<sup>446</sup> Was eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe darstellt, ist jedoch vom Einzelfall abhängig und muss unter Beachtung aller Umstände<sup>447</sup> ermittelt werden.

Folglich lassen sich hohe Investitionen der Geldgeber nicht komplett durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe schützen, da diese aller Wahrscheinlichkeit nach unverhältnismäßig hoch wären und herabgesetzt werden müssten. Aus diesem Grund ist bei hohen Investitionen davon auszugehen, dass das Ziel der Investoren, nämlich der Schutz ihrer Geldeinlage,<sup>448</sup> durch ein reines Vertragsstrafversprechen, nicht erreicht werden kann. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass eine Vertragsstrafe bei kleineren Investitionen zum Einsatz kommt, da diese durch eine festgelegte Geldsumme abgedeckt werden könnten, ohne als unverhältnismäßig hoch betitelt zu werden. In einem solchen Fall wäre der Schutz der Geldeinlage gewährleistet.

Darüber hinaus lässt sich ein großer Nachteil für die Investoren erkennen. Denn diese sind in der Regel daran interessiert, dass Gründer, welche nicht im Sinne des Unternehmens handeln oder ihren Pflichten als Geschäftsführer nachkommen, aus diesem ausscheiden.<sup>449</sup> Dieses Ziel wird durch die Festlegung einer Vertragsstrafe nicht erreicht, da die Gründer weiterhin Gesellschafter bleiben. Demnach stellt die Vertragsstrafe kein so starkes Druckmittel dar, wie der drohende Entzug der Geschäftsanteile.

Betrachtet man die Perspektive der Gründer, lässt sich jedoch sagen, dass dieser negative Aspekt für die Investoren, einen Vorteil für die Gründer darstellt. Denn diese können auch bei einer vertragswidrigen Arbeitsweise, die Anteile an ihrem Start-Up behalten und somit weiterhin Gesellschafter bleiben. Es ist ebenso möglich, dass die Gründer die Zahlung einer Vertragsstrafe als einen Weckruf ansehen und sich als Folge dessen, in der Zukunft wieder, wie ordentliche Geschäftsführer verhalten. Allerdings kann dieser Aspekt für die Gründer ebenfalls einen großen Nachteil darstellen. Denn das gegenseitige Vertrauen, welches durch die Vereinbarung von Vesting-Klauseln entsteht,<sup>450</sup> ist bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht gegeben. Die Gründer sind durch die Zahlung einer Geldstrafe nicht in dem Maße unter Druck gesetzt, wie sie es beim Vesting wären. Sie müssen zwar eine entgeltliche Leistung verrichten, verlieren jedoch nicht die Anteile am Unternehmen, und wahren somit ihre Stellung als Gesellschafter.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Vertragsstrafe sowohl Vorteile als auch Nachteile mit sich bringt. Der wohl wichtigste Vorteil für die Gründer wird durch die

---

<sup>446</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.07.2008, Az. I ZR 168/05, juris.

<sup>447</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.07.2008, Az. I ZR 168/05, juris.

<sup>448</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>449</sup> Vgl. *Brehm*, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 140.

<sup>450</sup> Vgl. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, S. 377.

Tatsache begründet, dass sie die Anteile an ihrem Unternehmen behalten können und somit weiterhin Gesellschafter bleiben. Für die Investoren stellt genau diese Folge ein Problem dar, da diese in der Regel daran interessiert sind, dass die Gründer, welche sich vertragswidrig verhalten, aus dem Unternehmen ausscheiden.

## V. Bewertung

Letztlich gilt es zu klären, ob die zuvor aufgeführten Rechtsinstitute gute Alternativen zu den Vesting-Klauseln darstellen und sie somit abdingbar machen. Zur Untersuchung dieser Problemstellung werden sie nun abschließend gegenübergestellt.

Beginnend beim Milestone-based Vesting lässt sich sagen, dass sie die Vesting-Klauseln grundsätzlich abdingbar machen können, da die Investoren ihre Einlage, durch den drohenden Entzug der Anteile, schützen können.<sup>451</sup> Es müssen jedoch die Vor- und Nachteile abgewogen werden, um zu entscheiden, ob das Milestone-based Vesting als Alternative Anwendung finden sollte oder nicht. Dabei stellt die unbeeinflussbare Wirtschaft einen großen Nachteil dar, denn diese macht es teilweise unmöglich, die vereinbarten Ziele zu erreichen.<sup>452</sup> In einem solchen Fall würden die Gründer die Anteile an ihrem Unternehmen verlieren, ohne Einfluss auf diese Situation gehabt zu haben. Es handelt sich somit um eine sehr unsichere und zum Teil unkontrollierbare Alternative zu dem Vesting. Denn bei diesem ist eine zuvor vereinbarte Periode zu überstehen, die im Nachhinein keinen unkontrollierbaren Veränderungen unterliegen kann.

Man darf die Vorteile des Milestone-based Vestings jedoch auch nicht außer Acht lassen. Denn die Erreichung der festgelegten Ziele, welche im Vorhinein formuliert wurden, bedeutet für beide Parteien wirtschaftlichen Erfolg.<sup>453</sup> Folglich wären die Investoren befriedigt, da sie einen möglichst hohen Return on Investment erhalten und die Gründer ebenso, da es auch zu ihren Zielen gehört, mit der Gründung des Start-Ups wirtschaftlichen Erfolg zu haben.<sup>454</sup> Es muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass es sich bei den Gründern meist um junge Menschen handelt, die keine oder wenige betriebswirtschaftliche Kenntnisse oder unternehmerische Praxis vorweisen können.<sup>455</sup> Demnach sollte man darauf achten, dass bei der Formulierung der Ziele, auf die Geschäftsführerfähigkeiten der Gründer Rücksicht genommen wird. Die Ziele müssen aus diesem Grund realistisch gestaltet werden und dürfen nicht zu hoch angesetzt werden.

Unter Abwägung dieser Vor- und Nachteile, lässt sich sagen, dass das Milestone-based Vesting durchaus eine gute Alternative zu den Vesting-Klauseln darstellt. Denn es

---

<sup>451</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 43.

<sup>452</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44.

<sup>453</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44.

<sup>454</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44.

<sup>455</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44 f.

verspricht den beiden Parteien, bei Erreichung der Meilensteine, vor allem wirtschaftlichen Erfolg. Dieser Erfolg stellt auch einen wichtigen Vorteil zu den Vesting-Klauseln dar. Denn um ihre Anteile zu schützen, müssen die Gründer die festgesetzten Ziele erreichen. Bei den Vesting-Klauseln muss hingegen eine festgelegte Periode verstreichen, um die Anteile der Gründer zu schützen. Die Gründer sind zwar durch die Vereinbarungen in den Klauseln dazu angehalten, sich wie ordentliche Geschäftsführer zu verhalten und im Sinne des Unternehmens zu handeln,<sup>456</sup> eine festgelegte Richtung, in die sich das Start-Up entwickeln soll, ist jedoch nicht gegeben. Folglich ist für die Zeit, in welcher die Ziele erreicht werden sollen, auch eine gute Zusammenarbeit zwischen Gründern und Investoren garantiert, da beide Parteien dieselben Interessen verfolgen und sich über die mittelfristige Zukunft des Start-Ups einig sind.<sup>457</sup>

Allerdings sollte bei der Formulierung der Klauseln darauf geachtet werden, dass die Nachteile, welche sich aus dem Milestone-based Vesting ergeben, entsprechend berücksichtigt werden. Es sollten realistische Ziele vereinbart werden und ebenso sollte bei einer schlechten gesamtwirtschaftlichen Situation darauf geachtet werden, dass die Gründer, in einem solchen Fall, ihre Anteile nicht direkt verlieren. Sollte diese Berücksichtigung bei den Verhandlungen erfolgen, überwiegen die Vorteile dieser Alternative, sodass die Vesting-Klauseln durchaus abdingbar wären.

Nun ist die Frage zu beantworten, ob es sich bei dem Zwangseinziehungsrecht um eine gute Alternative zu den Vesting-Klauseln handelt. Zunächst lässt sich bei dieser Fragestellung sagen, dass dieses Rechtsinstitut als Alternative zu den Vesting-Klauseln in Betracht kommt, da es die gleiche Wirkung entfaltet. Denn durch die Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts ist es möglich, einen Mitgesellschafter aus dem Unternehmen auszuschließen.<sup>458</sup> Allerdings bringt auch diese Alternative Vor- und Nachteile mit sich, welche im direkten Vergleich zu den Vesting-Klauseln abgewogen werden müssen.

Zum einen bringt das Zwangseinziehungsrecht einen entscheidenden Vorteil mit sich, welcher sich vor allem auf die Gründer auswirkt. Denn das Rechtsinstitut würde als Satzungsvereinbarung für und gegen jeden Gesellschafter gelten und somit auch gegen die Investoren.<sup>459</sup> Bei den Vesting-Klauseln hingegen sind nur die Gründer von der Regelung betroffen.<sup>460</sup> Demnach fühlen sie sich, bei der Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts, den Investoren gleichgestellt und sie können sich darauf verlassen, dass diese sich vertragsgetreu verhalten. Dieses Druckmittel würde also den

---

<sup>456</sup> Vgl. Brehm, Das Venture-Capital Vertragswerk, S. 139.

<sup>457</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44.

<sup>458</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 45 f.

<sup>459</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 48.

<sup>460</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 19 ff.

Zusammenhalt und das gegenseitige Vertrauen der Gesellschafter untereinander fördern, und eine angenehmere Zusammenarbeit ermöglichen.

Allerdings besteht darin auch der Nachteil für die Investoren. Denn ihr Druckmittel gegen die Gründer ist durch ein Zwangseinziehungsrecht abgeschwächt. Der Ausschluss aus der Gesellschaft wirkt bei den Vesting-Klauseln nur gegen die Geschäftsführer,<sup>461</sup> weshalb die Investoren in ihrer Gesellschafterstellung geschützt sind und sie eine Machtposition innehaben.<sup>462</sup> Aus diesem Grund sollten die Geldgeber bei der Vereinbarung dieser Satzungsregelung gut überlegen, ob sie diese Position aufgeben wollen. Ferner muss auch berücksichtigt werden, dass die Satzung, und somit auch das Zwangseinziehungsrecht, für Dritte einsehbar ist, was bei einer Venture-Capital Finanzierung üblicherweise nicht im Interesse der Beteiligten ist.<sup>463</sup>

Ein weiterer Nachteil, welcher durch die Vereinbarung dieses Rechtsinstituts entsteht, ist die Rechtsunsicherheit.<sup>464</sup> Denn, um einen Gesellschafter aus dem Unternehmen auszuschließen, muss ein wichtiger Grund vorliegen, welcher auch durch die Gerichte anerkannt werden muss. Es wurden im Zuge der Rechtsprechung zwar einige Fallgruppen konzipiert, die einen wichtigen Grund rechtfertigen, allerdings erfolgt die finale Bewertung, durch die Gerichte, immer im Rahmen einer Interessenabwägung.<sup>465</sup> Da diese von Fall zu Fall verschieden ist, ist keine Garantie gegeben, dass der wichtige Grund anerkannt und die Einziehung somit wirksam ist. Demnach können die Investoren beim Ausschluss eines Gründers zwar abschätzen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, haben jedoch keine absolute Sicherheit auf die Wirksamkeit der Einziehung. Demnach lässt sich sagen, dass ein Zwangseinziehungsrecht für die Investoren viele Nachteile mit sich bringt, sodass ihnen von diesem Rechtsinstitut abgeraten werden sollte.

Anders verhält es sich bei der Zwangsabtretung. Es handelt sich dabei zwar um keine gute Alternative für die Investoren, aber um die bessere. Denn der vorher bestimmte Dritte, an den die Geschäftsanteile abgetreten werden, hat die Abfindung an den ausscheidenden Gesellschafter zu entrichten.<sup>466</sup> Dies stellt einen wichtigen positiven Effekt zu den Vesting-Klauseln und der Zwangseinziehung dar, bei denen die Abfindung durch das Gesellschaftsvermögen bezahlt werden muss. Darüber hinaus können die anderen Gesellschafter festlegen, an wen die Anteile abgetreten werden, sodass die Investoren maßgeblich beeinflussen können, wer Gesellschafter des Unternehmens wird.<sup>467</sup> Demnach handelt es sich bei der Zwangsabtretung im Vergleich zu der -einziehung um die bessere Alternative für die Investoren, da sie mit mehr Vorteilen verbunden ist. Allerdings

---

<sup>461</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 25.

<sup>462</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 25.

<sup>463</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 14.

<sup>464</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 49.

<sup>465</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 46.

<sup>466</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 49

<sup>467</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 48 f.

ist festzuhalten, dass auch diese Vorteile nicht mit den Nachteilen der beiden Rechtsinstitute aufzuwiegen sind, und den Investoren daher von dessen Aufnahme in die Satzung abgeraten werden sollte.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts für die Gründer eine gute Alternative zu den Vesting-Klauseln darstellt. Denn diese befinden sich nicht mehr in der schwächeren Position, sondern sind den Investoren gleichgestellt, da das Rechtsinstitut auch für sie dieselbe Wirkung entfaltet. Demnach wäre für die Gründer gewährleistet, dass sich auch die Investoren vertragsgetreu verhalten, womit das gegenseitige Vertrauen der Gesellschafter untereinander gestärkt ist und eine gute Zusammenarbeit ermöglicht wird.

Den Investoren ist auf der anderen Seite sowohl von der Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrechts als auch von der einer Zwangsabtretung abzuraten. Stellt man die beiden Rechtsinstitute den Vesting-Klauseln gegenüber, sind mehr Nachteile für die Geldgeber zu erkennen. Die zwei wichtigsten Nachteile werden zum einen durch die Rechtsunsicherheit begründet und zum anderen dadurch, dass die Regelung in der Satzung erfolgt und somit gegen jeden Gesellschafter wirkt. Demnach würden die Investoren ihre wirtschaftliche Macht zumindest partiell einbüßen, weshalb sie bei den Vertragsverhandlungen von der Vereinbarung dieser Rechtsinstitute absehen sollten.

Zuletzt gilt es die Vertragsstrafe als passende Alternative zu den Vesting-Klauseln zu beurteilen. Diese bringt, als zivilrechtliches Rechtsinstitut, einige Vorteile mit sich. Zum einen stellt sie ein gutes Instrument für die Investoren dar, um Druck auf die Gründer des Start-Ups auszuüben. Denn diese müssen im Falle eines fehlerhaften Verhaltens eine entgeltliche Leistung an die Geldgeber verrichten.<sup>468</sup> Ferner können sie den Anspruch auf Zahlung der Strafe leicht geltend machen, da kein genauer Schaden beziffert werden muss.<sup>469</sup> Dies stellt einen wichtigen Vorteil zu den Vesting-Klauseln und der Zwangseinziehung und -abtretung dar. Denn für eine wirksame Durchsetzung, muss allen drei Rechtsinstituten ein wirksamer Gesellschafterbeschluss vorliegen.<sup>470</sup>

Ebenso ergeben sich für die Gründer einige Vorteile aus der Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Der wohl wichtigste wird dadurch begründet, dass die Gründer ihre Anteile an dem Start-Up Unternehmen behalten können.<sup>471</sup> Es ist unter Umständen auch von einem Lerneffekt auszugehen, denn die Zahlung der Vertragsstrafe kann für die Gründer ein Weckruf dazu sein, den Pflichten, die sich aus ihrer Stellung als Geschäftsführer ergeben, nachzukommen. Allerdings bringt die Vertragsstrafe einen großen Nachteil mit

---

<sup>468</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 50.

<sup>469</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 51.

<sup>470</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 21 und 46 f.

<sup>471</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 52.

sich, und zwar die Festlegung ihrer Höhe.<sup>472</sup> Denn die Investoren sind an der Sicherung ihres Investments interessiert, welches nur vollkommen gewährleistet ist, wenn die Vertragsstrafe in etwa der Höhe ihrer Einlage entspricht. Doch eine solch festgelegte Höhe könnte gem. §242 BGB herabgesetzt werden, wenn diese als unangemessen hoch angesehen wird.<sup>473</sup> Demnach ist von einer Vertragsstrafe bei einem hohen Investment abzuraten, da sie nicht die gewünschte Wirkung mit sich bringen würde. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass Investoren, welche eine geringe Einlage in das Start-Up leisten, auf die Vertragsstrafe als Alternative zum Vesting zurückgreifen. Denn die Höhe der Vertragsstrafe könnte in einem solchen Fall die Summe der Einlage decken, ohne als unangemessen hoch angesehen zu werden.

Es gilt nun zu untersuchen, ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe das Vesting abdingbar macht. Stellt man die beiden Rechtsinstitute gegenüber, lässt sich ein großer Unterschied erkennen, denn die Vertragsstrafe hat lediglich die Zahlung einer Geldsumme zur Folge und nicht den Ausschluss des Gesellschafters aus dem Start-Up.<sup>474</sup> Diese Wirkung stellt für die Investoren einen großen Nachteil dar, denn für diese wird es sehr schwierig sein, einen Gründer bei einem pflichtwidrigen Verhalten aus dem Unternehmen auszuschließen. Doch in der Regel verhält es sich in einem solchen Fall so, dass die Investoren nicht mehr mit den Gründern als Gesellschafter oder Geschäftsführer zusammenarbeiten möchten.<sup>475</sup> Demnach sollten die Investoren sich, unter Berücksichtigung dieses Nachteiles, unbedingt überlegen, ob sie ein Vesting, durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, ersetzen.

Auch für die Gründer bringt diese Wirkung Nachteile mit sich. Denn das gegenseitige Vertrauen innerhalb des Gründerteams, welches durch die Vesting-Klauseln gestärkt wird<sup>476</sup>, ist bei einem Vertragsstrafversprechen nicht mehr in dem Maße gewährleistet. Es setzt die Gründer nicht so unter Druck, wie die Androhung der Wegnahme ihrer Geschäftsanteile, weshalb diese, im Vergleich zu dem Vesting, eher zu einem vertragswidrigen Verhalten verleitet sind.

Unter Betrachtung der Vor- und Nachteile einer Vertragsstrafe und des direkten Vergleichs zu den Vesting-Klauseln lässt sich sagen, dass von der Vereinbarung einer Vertragsstrafe abzusehen ist. Es stellt ein zu großes Risiko für die Investoren dar, einen Gründer, der sich vertragswidrig verhält, nicht aus dem Unternehmen ausschließen zu können. Dieses Risiko ist auch nachteilig für die anderen Gründer, denn für diese ist es ebenfalls relevant einen Gründer aus dem Unternehmen ausschließen zu können.<sup>477</sup> Der Ausschluss des Gründers aus der Gesellschaft stellt ein stärkeres Druckmittel dar, als die Zahlung einer

---

<sup>472</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 51.

<sup>473</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 51.

<sup>474</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 50

<sup>475</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 20 ff.

<sup>476</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 23 f.

<sup>477</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 24

Vertragsstrafe, da ein Ausschluss in der Regel mit größeren finanziellen Einbußen verbunden ist. Letztlich ist es jedoch genau dieses Druckmittel, welches auch den anderen Gründern eine Sicherheit gewährt. Denn diese werden durch die Androhung zur Vertragstreue angehalten und können sich so, in ihrer Tätigkeit als Geschäftsführer, aufeinander verlassen.<sup>478</sup> Die Vesting-Klauseln bringen demnach wichtige Vorteile mit sich, welche die Verhältnisse der Gesellschafter positiv beeinflussen und große Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Gründer untereinander haben. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe macht die Vesting-Klauseln demnach nicht abdingbar und bietet allein keine passende Alternative zu diesen. Die Nachteile eines Vertragsstrafversprechens überwiegen, weshalb von der Vereinbarung eines solchen abgesehen werden sollte.

Als abschließendes Urteil lässt sich sagen, dass es sich, bei keinem der aufgeführten Rechtsinstitute, um die ideale Alternative zu den Vesting-Klauseln handelt. Die wohl ungeeignetste Alternative stellt dabei die Vertragsstrafe dar. Denn durch die Vereinbarung einer solchen, ist es den Investoren nicht möglich, einen Gründer aus dem Unternehmen auszuschließen.<sup>479</sup> Doch letztlich bietet genau dieses Druckmittel den Investoren die nötige Sicherheit, für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Gründern. Durch die Androhung der Entziehung der Geschäftsanteile können sich die Geldgeber darauf verlassen, dass das Gründerteam sich vertragsgetreu verhält.<sup>480</sup> Ebenso stärkt dieses Druckmittel das Vertrauen und den Zusammenhalt der Gründer,<sup>481</sup> denn diese werden dadurch zu einer ordentlichen Arbeit angehalten, und können sich wechselseitig aufeinander verlassen.

Das abschließende Urteil über das Zwangseinziehungsrecht und die Zwangsabtretung ist sowohl aus der Perspektive der Gründer als auch aus der Perspektive der Investoren zu treffen. Denn für die Gründer handelt es sich sowohl bei dem Zwangseinziehungsrecht als auch bei der Zwangsabtretung um eine geeignete Alternative zu den Vesting-Klauseln, da die Machtverhältnisse durch dieses Rechtsinstitut ausgeglichen sind.<sup>482</sup> Als Satzungsregelung wirkt dieses nämlich auch gegen die Investoren und nicht nur gegen die Gründer.<sup>483</sup> Demnach übt nicht die eine Partei massiven Druck auf die andere aus. Die Gründer fühlen sich somit in ihrer Position als Gesellschafter gestärkt, sind jedoch dadurch, dass dennoch der Entzug der Anteile droht, zu einer vertragsgetreuen Verhaltensweise angehalten. Demnach ist den Gründern dazu zu raten, ein Zwangseinziehungsrecht oder

---

<sup>478</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 24.

<sup>479</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 50

<sup>480</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 20 ff.

<sup>481</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 23 f.

<sup>482</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 48.

<sup>483</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 48.

die Zwangsabtretung anstelle von Vesting-Klauseln zu vereinbaren, da diese Rechtsinstitute für sie mit mehr Vorteilen verbunden sind.

Für die Investoren bietet sowohl die Vereinbarung eines Zwangseinziehungsrecht als auch die über eine Zwangsabtretung keine geeignete Alternative zu den Vesting-Klauseln. Denn diese geben dadurch ihre Machtposition gegenüber den Gründern, zumindest partiell, auf. Sie schwächen ihre Position als Gesellschafter, da sie das Zwangseinziehungsrecht und die Zwangsabtretung als Satzungsregelung auch gegen sich geltend machen müssen.<sup>484</sup> Diesen Einbußen steht kein signifikanter Vorteil gegenüber, welcher die Vereinbarung solcher Klauseln in der Satzung rechtfertigen könnte. Es ist sogar ein weiterer schwerwiegender Nachteil zu nennen, und zwar die Rechtsunsicherheit der Zwangseinziehung oder -abtretung.<sup>485</sup> Denn bei Rechtstreitigkeiten kann der Ausgang nicht garantiert vorhergesagt werden, sodass eine Einziehung oder Abtretung ggf. unwirksam sein könnte. Demnach sollten die Investoren von der Vereinbarung eines solchen Rechtsinstituts absehen. Für sie bilden die Vesting-Klauseln die bessere Möglichkeit, ihr Investment zu schützen und Druck auf die Gründer auszuüben, ohne dabei ihre eigene Machtposition aufzugeben.

Die wohl beste Alternative für Gründer und Investoren stellt das Milestone-based Vesting dar. Denn durch die Vereinbarung eines solchen Vestings ist gewährleistet, dass beide Parteien für das Start-Up dieselbe Entwicklung anstreben.<sup>486</sup> Dadurch ist eine vertrauensvolle und gute Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern, zumindest für den Zeitraum der Vesting-Periode, gewährleistet. Dadurch, dass die wirtschaftliche Richtung des Unternehmens vorgegeben ist, ist davon auszugehen, dass es zu weniger Zerwürfnissen zwischen den Gründern und den Investoren oder dem Gründerteam selbst kommt. Solange bei der Formulierung der Klauseln darauf geachtet wird, die Ziele realistisch zu gestalten, und eine eventuell schlechte gesamtwirtschaftliche Situation berücksichtigt wird<sup>487</sup>, liegen keine Nachteile vor, die gegen die Vorteile aufzuwiegen sind. Insgesamt wirkt sich das Milestone-based Vesting positiver auf die Parteien aus als die Vesting-Klauseln. Denn die Investoren halten ihre Machtposition weiterhin inne, während gleichzeitig jedoch die Zusammenarbeit innerhalb des Unternehmens gestärkt wird und Konflikte, durch gemeinsam vereinbarte Ziele, vermieden werden können. Demnach ist bei der Suche nach Alternativen zu den Vesting-Klauseln auf das Milestone-based Vesting zu verweisen.

---

<sup>484</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 48.

<sup>485</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 49.

<sup>486</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 43.

<sup>487</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 44.

## E. Fazit

Wie anhand der vorangegangenen Prüfung gezeigt werden konnte, weisen sowohl die Vesting-Klauseln als auch deren Alternativen einige Nachteile auf und bringen rechtliche Unsicherheit mit sich.

Die Vesting-Klauseln sind dabei durch ein ungleiches Machtverhältnis zwischen Investoren und Gründern geprägt.<sup>488</sup> Dieses Ungleichgewicht ist der Ausgangssituation der Venture-Capital Finanzierung geschuldet. Denn diese Art der Finanzierung greift, wenn andere Finanzierungsformen nicht möglich sind, sodass die Gründer auf die Geldeinlagen von Venture-Capital Gebern maßgeblich angewiesen sind, um ihre Idee umzusetzen. Dieses unausgeglichene Machtverhältnis birgt jedoch für unerfahrene Gründer Gefahren und stellt sie vor einige Probleme. Denn sie müssen bei den Verhandlungen über Vesting-Klauseln darauf achten, dass es sich bei den Absprachen nicht um Knebelungsverträge oder andere sittenwidrige Regelungen handelt, bei denen die Investoren ihre wirtschaftliche Macht und die Unerfahrenheit der Gründer ausnutzen.<sup>489</sup>

Sollte es dennoch dazu kommen, dass die Vesting-Klauseln Probleme aufweisen oder sie nicht Vertragsbestandteil werden sollen, ist die Suche nach Alternativen durchaus schwierig. Denn eine ideale, rechtssichere Möglichkeit, um das Vesting zu umgehen, gibt es nicht. Bei der Findung eines passenden Rechtsinstituts wurden vorliegend die Vor- und Nachteile der jeweiligen Alternative beleuchtet und mit denen der Vesting-Klauseln abgewogen. Das Ergebnis zeigt, dass das Vesting durchaus abdingbar ist, jedoch jedes Rechtsinstitut, das es ersetzen könnte, auch Nachteile mit sich bringt. Als die beste Alternative ist das Milestone-based Vesting hervorzuheben, welches für beide Parteien gleichermaßen positive Wirkung entfaltet und dabei die geringsten Nachteile mit sich bringt.<sup>490</sup>

Es lässt sich also sagen, dass die Vesting-Klauseln (und eventuelle Alternativen) für Gründer durchaus problematisch werden können und diese sich intensiv mit den Vorschriften auseinandersetzen sollten, um eine Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit und wirtschaftlichen Position zu verhindern. Dies stellt jedoch eine große Herausforderung dar, denn die Finanzierung eines Start-Up Unternehmens geht mit einigen rechtlichen Hürden einher. Wie bereits beschrieben, sehen sich die Gründer zum einen mit der Gestaltung der GmbH-Satzung konfrontiert und zum anderen mit den Verhandlungen des Beteiligungsvertrages.<sup>491</sup> Die Vesting-Klauseln begründen dabei einen vergleichsweise geringen Teil des rechtlichen Rahmens einer Start-Up Gründung.

---

<sup>488</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 24.

<sup>489</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 29 ff.

<sup>490</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 42 ff.

<sup>491</sup> Vgl. vorliegende Bachelorarbeit, S. 9.

Demnach müssen sich Gründer mit vielen unerwarteten Aspekten auseinandersetzen, derer sich viele zu Beginn nicht bewusst sind. Es handelt sich bei einer Start-Up Gründung somit um ein zeit- und kostenintensives Vorhaben mit einigen Hindernissen. Betrachtet man also die Hintergründe eines solchen Vorhabens unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Gründer meist wenig betriebswirtschaftliche oder gar rechtliche Kenntnisse vorweisen können, lässt sich sagen, dass das Scheitern eines Gründers auf mehr Akzeptanz in der Gesellschaft stoßen sollte, um auch langfristig eine breite Gründerszene in Deutschland etablieren zu können.

## Literaturverzeichnis

*Bank, Stephan/Möllmann, Peter* (Hrsg.): *Venture Capital Agreements in Germany, Englischsprachige VC-Verträge nach deutschem Recht*, 1. Auflage, C. H. Beck, München 2017 (zit. *Bank/Möllmann, Venture Capital Agreements in Germany*).

Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 21. Auflage 2017, C.H.Beck, München (zit. *Baumbach/Hueck/Bearbeiter\*in, GmbHG*).

*Brehm, Christian*: *Das Venture-Capital Vertragswerk, Die Bedeutung für Management und Strategie des Zielunternehmens, Entrepreneurship*, hrsg. von Brettel, Malte/Koch, Lambert T./Kollmann, Tobias/Witt, Peter, Springer Gabler, Wiesbaden 2012 (zit. *Brehm, Das Venture-Capital Vertragswerk*).

*Drygala, Tim/Wächter, Gerhard H.* (Hrsg.): *Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“*, Beiträge der 3. Leipziger Konferenz „Mergers & Acquisitions“ am 19. Und 20.5.2017 in Leipzig, 1. Auflage, München 2018 (zit. *Drygala/Wächter, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unternehmenskomplexitätsprobleme“*).

*Fallack, Thomas/Cong, Isabel Huynh*: *Rechtliche Einordnung der „Vorbeteiligungsgesellschaft“ bei der GmbH*, NZG 2016, S. 1291.

*Fleischer, Holger/Hahn, Jakob*: *Das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft – ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts*, NZG 2017, S. 1.

*Gublitz, Daniel/Hüttinger, Johannes*: *Unternehmenskauf: Einfluss von Liquidationspräferenzen auf die Garantiehaftung*, NZG 2018, S. 370.

*Hahn, Christopher* (Hrsg.): Finanzierung und Besteuerung von Start-Up Unternehmen, Praxisbuch für erfolgreiche Gründer, 1. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden 2013 (zit. *Hahn*, Finanzierung und Besteuerung von Start-Up Unternehmen).

*Hahn, Christopher*: Der Beteiligungsvertrag: Ein Überblick für Start-ups und Investoren, Springer Gabler, Wiesbaden 2015 (zit. *Hahn*, Der Beteiligungsvertrag).

Heckschen, Heribert/ Heidinger, Andreas: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Auflage 2018, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit. Heckschen/Heidinger/*Bearbeiter\*in*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis).

*Hergeth, Armin/Mingau, Katja*: Beteiligungsverträge bei der GmbH, DStR 2001, S. 1217.

*Kästle, Florian/Heuterkes, Katja*: Leaver Klauseln in Verträgen über Management Beteiligungen im Lichte der neuesten OLG-Rechtsprechung, NZG 2005, S. 289.

*Kamiyar-Müller, Tara*: Die fehlerhafte Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH. Eine Untersuchung der rechtlichen und praktischen Konsequenzen der fehlerhaften Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen und Rechtsschutzmöglichkeiten hiergegen unter Zugrundelegung der Voraussetzungen und Folgen der wirksamen Zwangseinziehung, 2015.

*Köhler*: Vertragsstrafe und Schadensersatz, GRUR 1994, S. 260.

*Koester, Eric*: Green Entrepreneur Handbook, The Guide to building an growing a green and clean Business, CRC Press, Boca Raton 2011 (zit. *Koester*, Green Entrepreneur Handbook).

*Leuering, Dieter/Rubner, Daniel*: Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters mittels Zwangsabtretung, NJW-Spezial 2014, S. 335.

*Metzger, Georg*: KfW-Start-up-Report 2018, Zahl der Start-up-Gründer steigt auf 108.000 im Jahr 2017, KfW Research, Frankfurt am Main, 2018.

*Möllmann, Jean-Claude/Möllmann, Jean-Philip*: Gestaltung der GmbH-Satzung bei Venture Capital-Finanzierung (Privat Equity), BWNNotZ 2013, S. 74.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: Band 4 §§179-277, 4. Auflage 2016, C. H. Beck, München (MünchKomm/Bearbeiter\*in, AktG).

*Neideck, Philipp Otto*: Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung, JA 2011, S. 492.

Palandt, Otto (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 78. neubearbeitete Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: Palandt/Bearbeiter\*in, BGB).

Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter/Wicke, Hartmut: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage 2018, C.H. Beck, München (zit. Priester/Mayer/Wicke/Bearbeiter\*in, MünchHdB GesR III).

*Schönhaar, Tobias*: Wandeldarlehen als Finanzierungsinstrument, GWR 2016, S. 6.

*Stefanink, Richard/Punte, Jan-Henric*, Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, GWR 2018, S. 403.

*Weitnauer, Wolfgang/Grob, Verena*: Bindung von geschäftsführenden Gesellschaftern durch Leaver- bzw. Vesting- Regelungen, GWR 2015, S. 353.

*Weitnauer, Wolfgang*: Der rechtssichere Weg zum Exit: „10 Lehren“ für einen erfolgreichen M&A Prozess, GWR 2016, S. 413.

*Weitnauer, Wolfgang*: Formerfordernisse von Vereinbarungen über Unternehmensbeteiligungen: ein unnötiger Ballast, GWR 2018, S. 245.

*Weitnauer, Wolfgang*: Handbuch Venture Capital, Von der Innovation zum Börsengang, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2016 (zit. *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital).

*Wicke, Hartmut*: Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen bei der GmbH - Motive, rechtliche Behandlung, Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag, DStR 2006, S. 1137.



# Bewertung der Möglichkeit zur Einführung von Tarifverträgen im deutschen Berufsfußball

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz

Abgabedatum: 20. Juli 2020

vorgelegt von

Thomas Büttgenbach

aus Herzogenrath

## Abstract

Name: Thomas Büttgenbach

Titel: Bewertung der Möglichkeit zur Einführung von Tarifverträgen im deutschen Berufsfußball

**Problemstellung:** In vielen Branchen der deutschen Arbeitswelt sind Tarifverträge ein bewährtes Mittel, um die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder gegenüber ihren Arbeitgebern zu vertreten und ihre Arbeitsbedingungen gesamtheitlich zu verbessern. Seit einigen Jahren werden von Seiten der Gewerkschaft für Fußballspieler, der VDV, solche Verträge auch für den Berufsfußball gefordert.

**Ziel** dieser Arbeit ist es zu erörtern, ob und, wenn ja, unter welchen Umständen die Einführung von Tarifverträgen im deutschen Berufsfußball sinnvoll erscheint und wie diese ausgestaltet werden könnten. Dabei wird zwischen den verschiedenen Ligen, in denen berufsmäßig der Fußballsport ausgeübt wird, differenziert und je nach Liga erörtert, wie ein Tarifvertrag dort ausgestaltet werden könnte.

**Methodik und Vorgehensweise:** Die theoretische Erörterung der Thematik erfordert eine Kombination aus Fachkenntnissen aus dem Arbeitsrecht, insb. des Tarifrechts, sowie Kenntnissen über die Berufsfußballbranche. Auf arbeitsrechtlicher Ebene muss zunächst erörtert werden, worum es sich bei einem Tarifvertrag handelt, welchen Voraussetzungen er bedarf und welche Wirkungen er entfaltet. Danach wird dargelegt, welche Institutionen aus welchen Gründen als Tarifvertragsparteien in Betracht kommen und für welche Art von Fußballspielern der Abschluss von Tarifverträgen von Bedeutung wäre. Als Vorbild für die exemplarische Gestaltung werden Tarifverträge für Fußballspieler in anderen europäischen Ländern herangezogen und auf deren Inhalt untersucht, um anschließend einen Vergleich zu den bestehenden arbeitsrechtlichen Regelungen in Deutschland zu ziehen und eine Lösung zu erarbeiten, wie potenzielle Tarifverträge hierzulande ausgestaltet werden könnten.

**Erkenntnisse:** Der Abschluss von Tarifverträgen ist sowohl aus Sicht der Berufsfußballspieler als auch ihrer Arbeitgeber von der Bundesliga bis hin zu den Regionalligen sinnvoll. Inhaltlich ergeben sich nur geringe Abweichungen, jedoch kommen je nach Liga unterschiedliche Tarifvertragspartner in Betracht. In ihrer arbeitsrechtlichen Attraktivität sind die vorgestellten ausländischen Beispiele fortschrittlicher als die derzeitige Situation im deutschen Berufsfußball, weshalb sich bei einer Vielzahl von Tarifregelungen anbietet, die ausländischen Regelungen als Vorbild zu nehmen.

**Inhaltsverzeichnis**

Abkürzungsverzeichnis .....	IV
A. Einleitung .....	1
B. Der Tarifvertrag .....	1
I. Definition .....	1
II. Wirkung und Funktionen .....	2
III. Wirksamkeitsvoraussetzung .....	3
1. Wirksamer Vertragsschluss .....	3
2. Form .....	3
3. Tariffähigkeit .....	3
4. Tarifzuständigkeit .....	4
IV. Arten .....	5
C. Die Vereinigung der Vertragsfußballspieler .....	5
I. Die VDV als Gewerkschaft .....	6
1. Freiwillige, privatrechtliche Vereinigung .....	6
2. Demokratische Organisation .....	7
3. Koalitionszweck .....	8
4. Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit .....	9
5. Unabhängigkeit von Dritten .....	10
6. Tariffähigkeit .....	10
a) Mächtigkeit .....	10
b) Tarifwilligkeit und Anerkennung des Tarifrechts .....	12
II. Mögliche Tarifpartner .....	13
1. DFB .....	13
2. DFL .....	14
3. Der Ligaverband .....	15
4. Die Vereine als Tarifpartner .....	18
D. Der Geltungsbereich des Tarifvertrags: Die Arbeitnehmereigenschaft von Fußballspielern .....	19
I. Lizenzfußballspieler .....	19
II. Amateurfußballspieler .....	19
III. Vertragsspieler .....	20
E. Tarifverträge im ausländischen Berufsfußball .....	23
I. Tarifvertrag in Spanien .....	24
II. Tarifvertrag in den Niederlanden .....	25
III. Tarifvertrag in Österreich .....	26
E. Möglichkeiten und Anregungen zur Gestaltung eines Tarifvertrags für den deutschen Fußball ...	28
I. Mindestlohn .....	29
II. Befristung .....	30
III. Umfassender Beschäftigungsanspruch und Vertragsstrafen .....	33
IV. Arbeitszeit .....	35
V. Urlaub und Belastung .....	36
VI. Arztwahl, Sponsoring und Vermarktung .....	37

### III

VII. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall .....	38
1. Lohnfortzahlung nach derzeitigem Rechtsstand.....	39
2. Regelungen für den Krankheitsfall im Ausland .....	40
3. Regelungsvorschlag für einen Tarifvertrag .....	40
F. Zusammenfassung und Fazit .....	42
Anhang .....	45
Literaturverzeichnis .....	46

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	=	Absatz
AEUV	=	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFE	=	Asociación de Futbolistas Españoles
ArbGG	=	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	=	Arbeitszeitgesetz
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BetrAVG	=	Betriebsrentengesetz
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
CAO	=	Collective Labour Agreement for Professional Football Contract Players in the Netherlands
EFZG	=	Entgeltfortzahlungsgesetz
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
EWGV	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
gem.	=	gemäß
GG	=	Grundgesetz
grds.	=	grundsätzlich
i.H.v.	=	in Höhe von
i.S.v.	=	im Sinne von
i.V.m.	=	in Verbindung mit
insb.	=	insbesondere
LAG	=	Landesarbeitsgericht
LG	=	Landgericht
MiLoG	=	Mindestlohngesetz
ÖFBL	=	Österreichische Fußball-Bundesliga
ÖGK	=	Österreichische Gesundheitskammer
RCL	=	Royal club liegeois SA; Königlicher Klub Lüttich
Rs.	=	Rechtssache (bei Urteilen)
S.	=	Satz (bei Gesetzesangaben)
SGB	=	Sozialgesetzbuch

## V

sog.	=	sogenannte/r/s
TVG	=	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	=	Teilzeit- und Befristungsgesetz
URBSFA	=	Königlicher Belgischer Fußballverband
Var.	=	Variante
VdF	=	Vereinigung der Fußballer
VDV	=	Vereinigung der Vertragsfußballspieler

## A. Einleitung

Für einen Großteil der Bevölkerung ist der professionelle Fußball nur das: Fußball. Einige nehmen ihn sehr wichtig und fahren gerne am Wochenende ins Stadion, um den Herzensverein zu unterstützen und die Lieblingsspieler zu sehen. Andere wiederum interessieren sich wenig bis gar nicht für den Vereinsfußball, sondern ziehen allenfalls jedes zweite Jahr ein Trikot an, wenn wieder mal ein großes internationales Turnier für die deutsche Nationalmannschaft ansteht. Gemeinsam haben all diese Leute jedoch, dass der Fußball für sie lediglich Unterhaltung darstellt. Für die Protagonisten, denen jedes Wochenende von zigtausenden im Stadion und von noch viel mehr Menschen vor dem Fernseher zugejubelt wird, vereinen sich im Fußball Hobby, Leidenschaft und Arbeit. Eine Arbeit, der sie durch das tägliche Training nachgehen, und die am Wochenende in Form eines Spiels ihre wichtigsten Momente erlebt. Für den Außenstehenden mag das nicht nach Arbeit aussehen. Ein paar Stunden am Tag trainieren, am Wochenende ein Spiel, aber insgesamt ist es doch nur das sehr gut bezahlte Nachgehen eines Hobbies. Diese Sichtweise ist jedoch nicht weitreichend genug. Die Berufsfußballer sitzen nicht täglich von 8 bis 16 Uhr im Büro, müssen aber dennoch täglich ihrem Beruf nachgehen.

Ebenso wie jeder andere Berufstätige müssen die Fußballer Arbeitsverträge abschließen. Ebenso wie in anderen Branchen gibt es arbeitsrechtliche Problemstellungen. Ebenso wie in vielen anderen Berufsfeldern können sich die Arbeitnehmer zusammenschließen, um gemeinsam ihre Interessen gegenüber ihren Arbeitgebern zu vertreten und zu versuchen, den Problemstellungen durch das Finden einheitlicher Lösungen zu begegnen. Im deutschen Berufsfußball fällt diese Aufgabe der Vereinigung der Vertragsfußballspieler (VDV) zu. Sie sieht für den deutschen Fußball Nachholbedarf im Vergleich zu den arbeitsrechtlichen Bedingungen für Fußballer im Ausland. Es sollen beispielsweise Verbesserungen zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und eine Verlängerung des Urlaubsanspruchs durchgesetzt werden. Die Forderungen hiernach mehrten sich in den letzten Jahren. Es gibt zudem bereits eine klare Vorstellung, wie die arbeitsrechtlichen Verbesserungen umgesetzt werden sollen: durch Tarifverträge für Berufsfußballspieler. An diese Forderung schließen sich Fragen an: Ist die Einführung eines solchen Tarifvertrags überhaupt sinnvoll? Und wenn ja, wie sollte er ausgestaltet sein? Diese Fragen werden im Rahmen dieser Arbeit erörtert.

## B. Der Tarifvertrag

Eines der Hauptziele der VDV sowie das Thema dieser Arbeit ist die Einführung eines Tarifvertrags im deutschen Berufsfußball. Insofern bedarf es zunächst einer genaueren Betrachtung dessen, was ein Tarifvertrag ist, wie er ausgestaltet wird und welche Wirkungen er entfaltet.

### I. Definition

Zunächst einmal handelt es sich bei Tarifverträgen um privatrechtliche Verträge, die nach den Regeln des BGB abgeschlossen werden.<sup>1</sup> In §1 Abs. 1 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) heißt es, der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthalte Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Es handelt sich dementsprechend um eine Ergänzung zum regulären Arbeitsvertrag, welche für viele Arbeitnehmer in Deutschland von Bedeutung ist: Im Jahre

---

<sup>1</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.501

2018 waren Tarifverträge für rund 55% aller Beschäftigtenverhältnisse in Deutschland relevant.<sup>2</sup> Zudem ergibt sich aus §1 Abs. 1 TVG, dass der Tarifvertrag ein Vertrag mit Doppelnatur ist.<sup>3</sup> Er ist zum einen Schuldvertrag, d.h. er sieht Rechte und Pflichten der Parteien vor,<sup>4</sup> und zum anderen Normenvertrag, was bedeutet, dass den Tarifparteien die Befugnis eingeräumt wird, Rechtsnormen aufzustellen, welche unmittelbar und zwingend wirken.<sup>5</sup> Diese Wirkung ist gesetzlich verankert in §4 Abs. 1 S. 1 TVG.

## II. Wirkung und Funktionen

§4 Abs. 1 S. 1 TVG besagt zunächst, dass die Tarifnormen für die tarifgebundenen Parteien unmittelbar gelten. Diese Unmittelbarkeit bedeutet, dass die Tarifnormen nicht Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden, sondern diese vielmehr überlagern, sodass sie in ihrer Wirkung einem Gesetz gleichstehen.<sup>6</sup> Dies hat zur Folge, dass es für die Geltung der Normen nicht auf die Zustimmung oder gar auf die Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien ankommt.<sup>7</sup>

Daneben heißt es in §4 Abs. 1 S. 1 TVG, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags zwingend gelten. Daraus folgt, dass die tarifgebundenen Parteien von den Tarifnormen grundsätzlich nicht abweichen dürfen,<sup>8</sup> sie sind also nicht dispositiv. Allerdings sind sie nur in eine Richtung zwingend<sup>9</sup>: Aus §4 Abs. 3 Var. 2 TVG ergibt sich auf Seiten der Arbeitnehmer nur eine halb-zwingende Regelung, da hierdurch Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers gestattet werden.<sup>10</sup> Zwar gelten grundsätzlich die höherrangigen Normen, jedoch ist es aufgrund des Arbeitnehmerschutzgedankens zulässig, von ebenjenen abzuweichen, wenn der Arbeitnehmer durch niederrangige Regelungen (insb. Individualarbeitsvertrag, da die Betriebsvereinbarung nicht vom Günstigkeitsprinzip erfasst wird, §77 Abs. 3 BetrVG) besser gestellt wird<sup>11</sup>; diese Regelung aus §4 Abs. 3 Var. 2 TVG nennt sich Günstigkeitsprinzip.<sup>12</sup> Es handelt sich, da einseitig zwingendes Recht zu Lasten des Arbeitgebers, bei den Tarifnormen also um Mindestarbeitsbedingungen.<sup>13</sup> Darüber hinaus gestattet §4 Abs. 3 Var. 1 TVG sog. Öffnungsklauseln, d.h. die Tarifvertragsparteien schränken ihre Normsetzungsbefugnis ein.<sup>14</sup> Als „abweichende Abmachungen“ kommen hierbei arbeitsvertragliche Vereinbarungen und Betriebsvereinbarungen in Betracht.<sup>15</sup>

Diese Wirkungen der Tarifnormen sind Ausdruck der in §4a Abs. 1 TVG aufgezählten Funktionen des Tarifvertrags: Öffnungsklauseln und Günstigkeitsprinzip dienen der Schutzfunktion, welche gewährleistet, dass bestimmte Mindestbedingungen nicht unterschritten werden.<sup>16</sup> Die Befriedungsfunktion untersagt während der Laufzeit eines Tarifvertrags Arbeitskämpfe.<sup>17</sup> Diese Entschärfung sozialer Konflikte dient sowohl dem gesellschaftlichen als auch dem ökonomischen Interesse, da hierdurch eine

<sup>2</sup> *dass.*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.500

<sup>3</sup> BeckOK ArbR/Waas, §1

<sup>4</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.502

<sup>5</sup> *dass.*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.504

<sup>6</sup> ErfK/Franzen, §4, Rn.1

<sup>7</sup> ErfK/*dass.*, §4, Rn.1

<sup>8</sup> ErfK/*dass.*, §4, Rn.2

<sup>9</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.524

<sup>10</sup> *dass.*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.524

<sup>11</sup> ErfK/Franzen, §4, Rn.31

<sup>12</sup> BeckOK ArbR/Giesen, §4, Rn.29

<sup>13</sup> ErfK/Franzen, §4, Rn.32

<sup>14</sup> BeckOK ArbR/Giesen, §4, Rn.27

<sup>15</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.525

<sup>16</sup> *dass.*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.500

<sup>17</sup> *dass.*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.500

Effizienzsteigerung gewährleistet wird.<sup>18</sup> Die Ordnungsfunktion verfolgt das Ziel der Vereinheitlichung und Typisierung von Arbeitsbedingungen, wodurch die Vertragsgestaltung erleichtert wird.<sup>19</sup> Die vierte und letzte in §4a Abs. 1 TVG genannte Funktion ist die Verteilungsfunktion.<sup>20</sup> Sie verfolgt das Ziel von Lohn- und Einkommensgerechtigkeit, welche sich primär innerhalb derselben Branche erreichen lassen<sup>21</sup>; aufgrund von Unterschieden bei der Mächtigkeit der einzelnen Gewerkschaften bleibt es zwischen den diversen Branchen bei größeren Gehaltsunterschieden.<sup>22</sup>

### III. Wirksamkeitsvoraussetzung

Um die oben genannten Wirkungen entfalten und den entsprechenden Funktionen gerecht werden zu können, bedarf es zum Abschluss eines Tarifvertrages bestimmter Voraussetzungen, um dessen Wirksamkeit zu gewährleisten.

#### 1. Wirksamer Vertragsschluss

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei Tarifverträgen um privatrechtliche Verträge,<sup>23</sup> weshalb sich deren Zustandekommen nach den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts richtet, d.h. §§145ff. BGB. Hiernach bedarf es zweier übereinstimmender Willenserklärungen, welche auf den Abschluss eines Tarifvertrags gerichtet sind.<sup>24</sup> In der Praxis geschieht dies üblicherweise auf die Weise, dass sich die verhandelnden Parteien auf einen gemeinsamen Text einigen und sich daraufhin gegenseitig Fristen zur Abgabe von Annahmeerklärungen setzen.<sup>25</sup> Hierbei werden die Tarifvertragsparteien in der Regel durch speziell eingeschaltete oder satzungsmäßige Bevollmächtigte vertreten<sup>26</sup>; es gelten die §§164ff. BGB<sup>27</sup> inklusive der Grundsätze zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht.<sup>28</sup>

#### 2. Form

Gem. §1 Abs. 2 TVG bedürfen Tarifverträge der Schriftform. Diese Formvorgabe gilt sowohl für den erstmaligen Vertragsschluss als auch für spätere Änderungen und führt bei Nichtbeachtung zur Nichtigkeit des Tarifvertrags nach §125 S. 1 BGB.<sup>29</sup>

#### 3. Tariffähigkeit

Nachdem die Frage nach einem wirksamen Vertragsschluss und den einzuhaltenden Formvorschriften geklärt wurde, stellt sich als nächstes die Frage, wer überhaupt dazu in der Lage ist, einen Tarifvertrag abzuschließen zu können, d.h. welche Parteien tariffähig sind. Der Begriff der Tariffähigkeit ist dabei gesetzlich nicht definiert, sondern wird in §2a Abs. 1 Nr. 4, §97 Abs. 1, 5 S. 1 ArbGG als Eigenschaft vorausgesetzt.<sup>30</sup> Die Rechtsprechung definiert Tariffähigkeit als die Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler unter anderem die Arbeitsbedingungen des Einzelarbeitsvertrags mit der Wirkung zu

<sup>18</sup> BeckOK ArbR/Waas, §1, Rn.12

<sup>19</sup> BeckOK ArbR/dass., §1, Rn.14

<sup>20</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.500

<sup>21</sup> BeckOK ArbR/Waas, §1, Rn.15

<sup>22</sup> BeckOK ArbR/dass., §1, Rn.15

<sup>23</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.501

<sup>24</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 17.02.2016, Rs. 2 AZR 613/14., AP KSchG 1969 § 2 Nr. 168

<sup>25</sup> BeckOK ArbR/Waas, §1, Rn.19

<sup>26</sup> ErfK/Franzen, §4, Rn.25

<sup>27</sup> ErfK/dass., §4, Rn.25

<sup>28</sup> BAG, Urt. v. 12.12.2007, Rs. 4 AZR 996/06, NZA 2008, 892 ff.

<sup>29</sup> BeckOK ArbR/Waas, §1, Rn.28

<sup>30</sup> BAG, Urt. v. 28.03.2006, Rs. 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten.<sup>31</sup> Wer tariffähig sein kann, regelt §2 Abs. 1 TVG: Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern; zudem können nach §2 Abs.3 TVG auch Spitzenorganisationen Tarifvertragspartei werden. Die Wichtigkeit der Tariffähigkeit für die Parteien wird schnell deutlich, da der wirksame Abschluss eines Tarifvertrags die Tariffähigkeit zwingend voraussetzt.<sup>32</sup> Mangelt es an ihr, so kann es sich bei dem geschlossenen Vertrag bestenfalls noch um eine Kollektivvereinbarung handeln, wodurch allerdings die Eigenschaft eines Tarifvertrags, Rechtsnormen zu setzen, abhandenkommt.<sup>33</sup>

Wie bereits erwähnt ergibt sich die Tariffähigkeit aus §2 Abs. 1 TVG. Damit Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände diese auch erlangen, müssen sie zunächst die Begriffsmerkmale der Koalition erfüllen und darüber hinaus Mächtigkeit und Tarifwilligkeit besitzen<sup>34</sup> (eine genauere Darstellung dessen insbesondere unter Bezugnahme auf die VDV findet sich in Kapitel B.III). Der einzelne Arbeitgeber demgegenüber ist immer tariffähig.<sup>35</sup> Dies zielt zum einen darauf ab, dass der Arbeitgeber sich nicht dadurch, dass er keinem Arbeitgeberverband beitrifft, dem Abschluss eines Tarifvertrags entzieht.<sup>36</sup> Zum anderen soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit erhalten bleiben, auch ohne Beitritt in einen Arbeitgeberverband die Vorteile eines Tarifsystems nutzen zu können.<sup>37</sup> Diese Tariffähigkeit wird auch nicht dadurch beeinflusst, dass der einzelne Arbeitgeber in einen Arbeitgeberverband eintritt, da die Tariffähigkeit als Ausfluss der verfassungsrechtlich geschützten Koalitionsfreiheit stets auch dem einzelnen Arbeitgeber zukommt.<sup>38</sup>

#### 4. Tarifzuständigkeit

Nachdem die Tariffähigkeit einer Partei festgestellt wurde, stellt sich als nächstes mit der Tarifzuständigkeit die Frage, in welchem Bereich ein Tarifvertrag angestrebt werden soll.<sup>39</sup> Maßgeblich hierfür ist die Satzung der Gewerkschaft<sup>40</sup> respektive des Arbeitgeberverbandes.<sup>41</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann die entsprechende Vereinigung den Umfang ihrer Tarifzuständigkeit in ihrer Satzung selbst und autonom festlegen.<sup>42</sup> Dieser Zuständigkeitsbereich kann zudem durch eine Satzungsänderung jederzeit neu bestimmt werden.<sup>43</sup> Hier bleibt der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten, wonach sich der Geschäftsbereich klar und deutlich aus der Satzung ergeben muss.<sup>44</sup> Ebenso wie bei der Tariffähigkeit gilt es hier zu beachten, dass die Tarifzuständigkeit ein Wirksamkeitserfordernis darstellt, d.h. fehlende Tarifzuständigkeit bei auch nur einer der am Tarifvertrag beteiligten Parteien führt zur Nichtigkeit des Vertrags zwischen den betroffenen Parteien.<sup>45</sup> Herrscht bei den Zuständigkeiten der Tarifvertragsparteien nur eine

<sup>31</sup> BVerfG, Urt. v. 19.10.1966, Rs. 1 BvL 24/65, NJW 1966, 2305 ff.

<sup>32</sup> MHdB ArbR/Klumpp, §232, Rn.2

<sup>33</sup> MHdB ArbR/dass., §232, Rn.2

<sup>34</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.515

<sup>35</sup> MHdB ArbR/Klumpp, §232, Rn.5

<sup>36</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.516

<sup>37</sup> Vgl. MHdB ArbR/Klumpp, §232, Rn.62

<sup>38</sup> ErfK/Franzen, §2, Rn.20; näher BAG, Urteil vom 10.12.2002, Rs. 1 AZR 96/02

<sup>39</sup> MollHdbArbR/Hamacher/van Laak, §69, Rn.20

<sup>40</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.518

<sup>41</sup> MollHdbArbR/Hamacher/van Laak, §69, Rn.22

<sup>42</sup> BAG, Urt. v. 10.02.2009, Rs. 1 ABR 36/08, NZA 2009, 908 ff.

<sup>43</sup> BAG, Urt. v. 10.02.2009, Rs. 1 ABR 36/08, NZA 2009, 908 ff.

<sup>44</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.518

<sup>45</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.518

teilweise Deckung, so erstreckt sich der Wirksamkeitsbereich des Vertrags lediglich auf diesen deckungsgleichen Bereich.<sup>46</sup>

#### IV. Arten

Da für die Gewerkschaften verschiedene mögliche Tarifpartner in Betracht kommen, erscheint es nur logisch, dass es dementsprechend auch verschiedene Arten von Tarifverträgen gibt. Zum einen gibt es den Firmentarifvertrag, d.h. ein solcher, der auf Arbeitgeberseite nur von einem einzelnen Arbeitgeber abgeschlossen wird.<sup>47</sup> Oftmals wird anstelle eines Firmentarifvertrags auch von einem Haustarifvertrag gesprochen.<sup>48</sup> Schließt nicht ein einzelnes Unternehmen, sondern ein Arbeitgeberverband den Tarifvertrag ab, so handelt es sich um einen Flächen- bzw. Verbandstarifvertrag.<sup>49</sup> Dieser betrifft eine Vielzahl von Unternehmen, die in der im Tarifvertrag definierten Branche tätig sind.<sup>50</sup> In beiden Fällen folgt die Tarifbindung aus §3 Abs.1 TVG. Neben bzw. zwischen diesen beiden Varianten befindet sich der unternehmens- bzw. firmenbezogene Verbandstarifvertrag.<sup>51</sup> Obwohl die hiesigen Parteien die Gewerkschaft und der Verband, welchem der Arbeitgeber zugehört, sind, erfasst der Geltungsbereich nur dieses eine Unternehmen.<sup>52</sup> Hintergrund für den Abschluss eines solchen Vertrags ist der Wunsch, in Bezug auf bestimmte Regelungen von dem eigentlich geltenden Verbandstarifvertrag abweichen zu wollen, bspw. um als unflexibel angesehene Arbeitszeiten anzupassen<sup>53</sup> oder um standortabhängig die Kündigungsbedingungen zu erschweren.<sup>54</sup>

#### C. Die Vereinigung der Vertragsfußballspieler

Nach §2 Abs. 1 TVG braucht es als Tarifvertragspartei auf Arbeitnehmerseite eine Gewerkschaft. Wenn es also um die Einführung eines Tarifvertrags im Berufsfußball geht, stehen auf Seiten der Arbeitnehmer die Berufsfußballer, d.h. insb. Profifußballer (genauere Differenzierung in Kapitel D). In Deutschland werden diese Berufsgruppe und ihre Interessen von der Vereinigung der Vertragsfußballspieler e.V. (VDV) vertreten.<sup>55</sup> Sie wurde im Jahr 1987 zunächst lediglich als Berufsverband der Vertragsfußballspieler gegründet, ehe 2001 durch eine Satzungsänderung der Schritt zur Gewerkschaft vollzogen wurde.<sup>56</sup> Aktuell hat die Spielergewerkschaft rund 1.400 Mitglieder, welche von der VDV Serviceleistungen insb. in den Bereichen Absicherung, Arbeitsrecht, Bildung, Berufsplanung und Vorsorge in Anspruch nehmen können.<sup>57</sup> Einer der größten Erfolge in der über 30-jährigen Geschichte stellt die Mitwirkung am Bosman-Urteil<sup>58</sup> dar, welches die Ablösefreiheit nach Vertragsende durchsetzte<sup>59</sup> und vor allem wegen seines europarechtlichen Bezugs bedeutsam ist<sup>60</sup>. Von den aktuellen Forderungen der VDV sind

<sup>46</sup> MollHdbArbR/Hamacher/van Laak, §69, Rn.20

<sup>47</sup> ArbR A-Z/Ulrich Koch, Firmentarifvertrag

<sup>48</sup> ArbR A-Z/dass., Tarifvertrag

<sup>49</sup> ArbR A-Z/dass., Tarifvertrag

<sup>50</sup> Melms, NZA 2017, 365

<sup>51</sup> dass., NZA 2017, 365

<sup>52</sup> dass., NZA 2017, 365

<sup>53</sup> dass., NZA 2017, 365

<sup>54</sup> Lobinger, RdA 2006, 12 ff.

<sup>55</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>56</sup> Pröpper, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>57</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>58</sup> Bosman-Urteil: EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, NJW1996, 505 ff

<sup>59</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>60</sup> Schulz, ArbRAktuell 2019, 163 ff.

der bessere Schutz bei Gehaltsausfällen aufgrund von Insolvenzen niederklassiger Klubs, die Verbesserungen bei Vorsorge und Absicherung (insb. Geld im Krankheitsfall) und der Abschluss von Tarifverträgen<sup>61</sup> wohl die bedeutendsten.

Im folgenden Kapitel soll daher die VDV in ihrer Eigenschaft als Gewerkschaft genauer untersucht werden. Darüber hinaus wird die Frage erörtert, wer als Tarifpartner für die VDV infrage kommt.

## **I. Die VDV als Gewerkschaft**

Der Gewerkschaftsbegriff ist eine engere Fassung des Oberbegriffs der Koalition.<sup>62</sup> Ebenso wie der auch hierunter fallende Begriff des Arbeitnehmerverbandes bedarf die Gewerkschaft zusätzlicher Voraussetzungen, die sie von der allgemeinen Koalition differenzieren.<sup>63</sup> Der Koalitionsbegriff ist geregelt in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und beschreibt Vereinigungen, die durch Arbeitnehmer oder Arbeitgeber<sup>64</sup> zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gebildet werden. Dementsprechend werden für die VDV zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des Koalitionsbegriffs geprüft, ehe auf die Besonderheiten des Gewerkschaftsbegriffs eingegangen wird.

Die ständige Rechtsprechung hat die folgenden Kriterien für die Anerkennung als Koalition entwickelt<sup>65</sup>:

Demnach bedarf es

- > einer privatrechtlichen Vereinigung, welche sich freiwillig zusammengeschlossen hat,
- > demokratisch organisiert und
- > vom Gegner sowie
- > von Staat, Kirche und Parteien unabhängig ist und
- > den Koalitionszweck des Art.9 Abs.3 S.1 GG verfolgt<sup>66</sup>.

### **1. Freiwillige, privatrechtliche Vereinigung**

Ausgangspunkt des Koalitionsbegriffs ist der Vereinsbegriff aus Art. 9 Abs. 1 GG.<sup>67</sup> Der Vereinsbegriff wiederum knüpft hierbei an die Legaldefinition des §2 Abs. 1 VereinsG an.<sup>68</sup> Danach ist ein Verein „jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrzahl natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat“<sup>69</sup>. Wichtig in diesem Zusammenhang ist der erforderliche längere Zeitraum, da hierdurch sichergestellt wird, dass nicht schon jede einmalige Versammlung unter den Koalitionsbegriff fällt.<sup>70</sup> Sog. ad-hoc-Koalitionen können aber dennoch den Schutz des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG genießen, wenn sich die Arbeitnehmer zur Erreichung eines bestimmten

<sup>61</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>62</sup> ArbR A-Z/*Ulrich Koch*, Koalitionsfreiheit

<sup>63</sup> ArbR A-Z/*dass.*, Koalitionsfreiheit

<sup>64</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.450

<sup>65</sup> ArbR-HdB/*Treber*, §188, Rn.10

<sup>66</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>67</sup> ArbR-HdB/*Treber*, §188, Rn.12

<sup>68</sup> MHdB ArbR/*Rieble*, §218

<sup>69</sup> §2 Abs.1 VereinsG

<sup>70</sup> ArbR-HdB/*Treber*, §188, Rn.13

Ziels zusammenfinden und dieses Ziel über diese erste Versammlung hinaus weiter verfolgt wird.<sup>71</sup> Im Fall der VDV haben sich in Berufsfußballern natürliche Personen zusammengeschlossen. Dies erfolgt auch über einen längeren Zeitraum, wie sich bspw. anhand des über 30-jährigen Bestehens feststellen lässt. Das Merkmal der Freiwilligkeit hat zur Folge, dass zwangsweise zusammengeschlossene Organisationen hiervon ausgeschlossen sind.<sup>72</sup> Bei der VDV stellt das Merkmal der Freiwilligkeit kein Problem dar, es handelt sich nicht um einen zwangsweisen Zusammenschluss. Zudem bedarf es der Möglichkeit einer organisierten Willensbildung.<sup>73</sup> Eine solche liegt bei der VDV im Rahmen der Spielerversammlung vor. Aus §14 Abs. 4 der Satzung der VDV ergibt sich für alle ordentlichen Mitglieder eine Stimmberechtigung, womit auch dieses Merkmal unproblematisch ist.

Demzufolge stellt die VDV eine freiwillige, privatrechtliche Vereinigung i.S.v. Art. 9 Abs. 1 GG dar.

## 2. Demokratische Organisation

Des Weiteren stellt die Rechtsprechung als Anforderung an die Vereinigungen eine demokratische Organisation.<sup>74</sup> Zwar können die Koalitionen im Rahmen ihrer Satzungsautonomie die Organisationsstrukturen selbst bestimmen,<sup>75</sup> da aber Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG den Koalitionen das Recht einräumt, Arbeitsbedingungen unmittelbar und zwingend zu gestalten und somit in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der einzelnen Mitglieder eingreift, muss es ebendiesen Mitgliedern möglich bleiben, an tarifpolitischen Entscheidungen mitzuwirken.<sup>76</sup> Um die Organisation der VDV auf die Demokratieanforderungen zu untersuchen, bietet sich ein Blick in ihre Satzung an. In §13 Abs. 1 der Satzung<sup>77</sup> sind mit Spielerversammlung, Präsidium und Spielerrat die drei Organe der Gewerkschaft aufgelistet. In der internen Hierarchie stellt gem. §14 Abs. 1<sup>78</sup> die Spielerversammlung das höchste Gremium dar. Sie besteht aus sämtlichen Mitgliedern der VDV (§14 Abs. 2), stimmberechtigt sind allerdings nur die ordentlichen aktiven Mitglieder, d.h. diejenigen, die in einer der höchsten vier deutschen Fußballligen gegen Entgelt als Fußballspieler beschäftigt sind (§14 Abs. 4 i.V.m. §6 Abs. 3). Ihr Wahlrecht üben die Mitglieder über Delegierte aus (§14 Abs. 4). Diese Delegierten werden nach Mannschaften aufgestellt, d.h. jede Mannschaft, bei der mind. ein VDV-Mitglied aktiv ist, stellt einen Delegierten sowie für je fünf weitere Mitglieder innerhalb dieser Mannschaft einen weiteren (§15 Abs. 2, 4). Kommt es zu einer Beschlussfassung, so hat jeder Delegierte eine Stimme (§19 Abs. 4). Zu einer solchen kann es entweder auf der einmal jährlich stattfindenden ordentlichen oder auf einer außerordentlichen Spielerversammlung kommen (§16 Abs. 1, 2). Zu den Aufgaben gehören insb. die Wahl der Präsidiumsmitglieder, die Beschlussfassung über Beitragsordnung und Geschäftsordnung und über Satzungsänderungen (§17 Abs. 1). Das Präsidium seinerseits, bestehend aus dem Präsidenten, zwei stellvertretenden Präsidenten, dem Schatzmeister und dem Geschäftsführer (§20 Abs. 1), ist verantwortlich für die Geschäftsführung und die Vertretung der VDV (§22 Abs. 1). Das Präsidium ist mit Ausnahme des Geschäftsführers ehrenamtlich tätig (§20 Abs. 6) und wird für drei Jahre gewählt (§20 Abs. 3). Darüber

<sup>71</sup> MHdB ArbR/Rieble, §218, Rn.57

<sup>72</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.12

<sup>73</sup> MHdB ArbR/Rieble, §218, Rn.58

<sup>74</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.14

<sup>75</sup> ArbR-HdB/dass., §188, Rn.14

<sup>76</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.461

<sup>77</sup> Satzung der VDV, abrufbar unter <https://www.spielergewerkschaft.de/de/Mitgliedschaft/Mitglied-werden/down/1.htm>

<sup>78</sup> Alle §§ in diesem Absatz beziehen sich auf die Satzung der VDV

hinaus gibt es einen Spielerrat, welcher aus insgesamt zehn Mitgliedern besteht und dessen Aufgabe es ist, das Präsidium zu beraten und die VDV in der Öffentlichkeit zu repräsentieren (§24).

Vor diesem Hintergrund ist die demokratische Binnenstruktur der VDV zu bejahen. Den Mitgliedern wird durch das Stellen von Delegierten und der durch ebenjene durchgeführte Wahl des Präsidiums sowie den vielfältigen Aufgabenbereichen der Delegierten ausreichend Gelegenheit und Möglichkeit eingeräumt, an wichtigen und, sollte es zum Abschluss eines Tarifvertrags kommen, tarifpolitischen Entscheidungen mitzuwirken.

### 3. Koalitionszweck

Um unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen zu können, muss sie sich dem Wortlaut entsprechend zum Koalitionszweck gemacht haben, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern.<sup>79</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist dies Teil der Tariffähigkeit i.S.v. §2 Abs. 1 TVG.<sup>80</sup> Danach muss, im Falle der Gewerkschaft, die Arbeitnehmervereinigung in ihrer Satzung festhalten, dass sie die Interessen ihrer Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer wahrnimmt und willens ist, Tarifverträge abzuschließen.<sup>81</sup> Im Falle der Arbeitgebervereinigung gilt dieser Grundsatz ebenfalls, nur ist hier nicht auf die Interessen der Arbeitnehmer, sondern auf die der Arbeitgeber abzustellen.<sup>82</sup> Daraus ergibt sich als entscheidendes Merkmal ein Bezug des Verbands zur abhängigen Arbeit<sup>83</sup>; ein Verband ohne diesen Bezug, z.B. ein Verbraucherverband, mag im Interesse seiner Mitglieder die Wirtschaftsbedingungen fördern, fällt aber dennoch nicht unter den Koalitionsbegriff.<sup>84</sup>

Um zu überprüfen, ob die VDV diesen Anforderungen gerecht wird, bietet sich erneut ein Blick in ihre Satzung an. Im zweiten Abschnitt dieser Satzung finden sich unter §2 Abs.1 die Aufgaben und der Zweck der VDV. Diese umfassen namentlich „die Wahrung und Förderung der wirtschaftlichen, sozialen, beruflichen und kulturellen Interessen ihrer Mitglieder sowie des Fußballsports im Allgemeinen“<sup>85</sup>. Durch diese Formulierung, die der des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sehr ähnlich ist, wird sichergestellt, dass die Anforderungen an den Koalitionszweck durch Verankerung in der Satzung erfüllt werden. Die Formulierung verdeutlicht zudem, dass der VDV neben den für eine Gewerkschaft charakteristischen Merkmalen von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen noch weitere Anliegen ihrer Mitglieder wichtig sind. Das bei einer Gewerkschaft anfallende Erfordernis des Willens zum Abschluss von Tarifverträgen<sup>86</sup> ist in der Satzung noch einmal eigens verankert in §2 Abs. 4 lit. a). Die Tatsache, dass Tarifverträge in diesem Absatz, der der Konkretisierung von Aufgaben und Zielen der VDV gewidmet ist, an oberster Stelle steht, verdeutlicht einmal mehr, welch großes Anliegen der Abschluss eines Tarifvertrags ist. Dass in §2 Abs. 1 von der Förderung der „beruflichen“ Interessen die Rede ist mutet insofern beachtlich an, als der für den Koalitionszweck erforderliche Begriff der Arbeitsbedingungen hier dahingehend erweitert wird, dass die VDV ihren Mitgliedern auch über die aktive Profikarriere hinaus Hilfe leisten möchte, indem sie, wie in §2 Abs. 4 lit. j) aufgeführt, den Spielern in der Planung der Berufstätigkeit nach der aktiven Karriere Unterstützung bietet und zudem während der Karriere ein „spezifisches berufliches Bildungswesen“ entwickeln möchte.

<sup>79</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.462

<sup>80</sup> BAG, Urt. v. 25.11.1986, Rs. 1 ABR 22/85, AP TVG §2 Nr.36

<sup>81</sup> BAG, Urt. v. 25.11.1986, Rs. 1 ABR 22/85, AP TVG §2 Nr.36

<sup>82</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.462

<sup>83</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.462

<sup>84</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.462

<sup>85</sup> Satzung der VDV (Fassung vom 10.08.2010)

<sup>86</sup> BAG, Urt. v. 25.11.1986, Rs. 1 ABR 22/85, AP TVG §2 Nr.36

#### 4. Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit

Ein weiteres Merkmal der Koalition ist die Gegnerfreiheit bzw. -unabhängigkeit.<sup>87</sup> Gegnerfreiheit bedeutet für eine Gewerkschaft, dass ihr grundsätzlich keine Personen angehören dürfen, die ihrerseits Arbeitgeber sind.<sup>88</sup> Dasselbe gilt entsprechend andersherum für einen Arbeitgeberverband, d.h. diesem dürfen keine Arbeitnehmer angehören.<sup>89</sup> Begründet ist dieses Erfordernis der Gegnerfreiheit damit, dass ein gemischter Verband, d.h. ein solcher, dem sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber angehören, weder die Interessen der einen doch die der anderen Seite nachdrücklich vertreten könnte und somit keine Koalition sein kann.<sup>90</sup> Dieses Konstrukt bezeichnet Junker als einen „Harmonieverband“<sup>91</sup>.

Die Gegnerfreiheit wird bei der VDV dadurch gewährt, dass alle ordentlichen aktiven Mitglieder, d.h. die Stimmberechtigten, aktuell oder zukünftig bei einem Verein des DFB oder eines ihm angehörigen Verbandes als Fußballspieler beschäftigt sein müssen (§6 Abs. 3 der Satzung). Ehemalige Fußballer können lediglich eine passive Mitgliedschaft eingehen. So bleibt gewährleistet, dass die VDV bei ihrem Handeln einzig die Interessen der ihr angehörenden Arbeitnehmer vertritt.

Darüber hinaus muss eine Koalition vom Gegner unabhängig sein.<sup>92</sup> Für eine Koalition bedeutet das, dass sie vom tariflichen Gegenspieler unabhängig genug sein muss, um die Interessen ihrer Mitglieder wirksam und nachhaltig vertreten zu können.<sup>93</sup> Dieses Erfordernis ist nicht formell, sondern materiell zu verstehen,<sup>94</sup> und zielt insbesondere auf finanzielle Unabhängigkeit<sup>95</sup> und das Nichtbestehen von organisatorischen Verflechtungen<sup>96</sup> ab. Letzteres bedeutet insb., dass eine Person nicht sowohl bei der Koalition als auch bei ihrem Gegenspieler Entscheidungsbefugnisse haben darf.<sup>97</sup>

Anhand der in Kapitel C.I.2 beschriebenen Strukturen innerhalb der VDV ist ersichtlich, dass die VDV in ihrer Organisation von sozialen Gegenspielern unabhängig ist.<sup>98</sup> Zudem heißt es in §9 Abs. 1 der Satzung, dass die zur Durchführung der Aufgaben erforderlichen finanziellen Mittel durch Mitgliedsbeiträge erhoben werden. Hieraus lässt sich folgern, dass die VDV auch finanziell unabhängig von Gegenspielern ist. Die Beiträge der rund 1.400 Mitglieder genügen wohl zur Finanzierung, schließlich handelt es sich bei einer großen Zahl der Mitglieder um gutverdienende Profifußballer der beiden höchsten deutschen Spielklassen. Darüber hinaus sind die Mitglieder des Präsidiums bis auf das geschäftsführende Mitglied ehrenamtlich tätig, d.h. es fallen hierfür keine Lohnkosten an (§20 Abs. 6 der Satzung der VDV).

An dieser Stelle sei noch das Merkmal der Überbetrieblichkeit erwähnt, obwohl es kein eigenständiges Kriterium des Koalitionsbegriffs darstellt.<sup>99</sup> Vielmehr kann ihr Fehlen höchstens ein Indiz für fehlende Gegnerfreiheit oder -unabhängigkeit darstellen.<sup>100</sup> Gem.

<sup>87</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>88</sup> BAG, Urt. v. 14.12.2004, Rs. 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 ff.

<sup>89</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>90</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>91</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>92</sup> dass., Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>93</sup> BAG, Urt. v. 17.02.1998, Rs. 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754 ff.

<sup>94</sup> BAG, Urt. v. 17.02.1998, Rs. 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754 ff.

<sup>95</sup> BVerfG, Urt. v. 18.11.1954, Rs. ! BvR 629/52, NJW 1954, 1881 f.

<sup>96</sup> ErfK/Linsenmaier, Art.9 GG, Rn.25

<sup>97</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.17

<sup>98</sup> Wer dieser Gegenspieler ist wird ermittelt in Kapitel C.II.

<sup>99</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.18

<sup>100</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.466

§1 Abs. 1 der Satzung der VDV erstreckt sich ihr Organisationsbereich auf Betriebe, in denen männliche oder weibliche Fußballspieler gegen Entgelt Fußball spielen. Als Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne, d.h. als organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Mitarbeitern bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt,<sup>101</sup> sind zweifelsohne die Vereine und Kapitalgesellschaften der beiden obersten Ligen, vermutlich auch die der 3. Liga und der Regionalligen, anzusehen.<sup>102</sup> Das Merkmal der Überbetrieblichkeit ist für die VDV daher unproblematisch.

## 5. Unabhängigkeit von Dritten

Ein weiteres von der ständigen Rechtsprechung anerkanntes Merkmal des Koalitionsbegriffs ist die Unabhängigkeit von Dritten,<sup>103</sup> d.h. insb. von Staat, Kirche und Parteien.<sup>104</sup> Wäre eine solche Unabhängigkeit nicht gewährleistet, so wäre auch hier eine nachhaltige Interessenvertretung der Mitglieder nicht möglich.<sup>105</sup> Diese Bedingung hat jedoch keine parteipolitische oder religiöse Neutralität zur Folge,<sup>106</sup> was allerdings bei der VDV ohnehin nicht von Belang ist, da bei ihr keinerlei solcher Ausrichtungen erkennbar sind. Diese Unabhängigkeit der VDV von Dritten findet ebenfalls ihre Verankerung in ihrer Satzung. Dort heißt es in §2 Abs.2, dass die VDV unabhängig von Staatsorganen, Arbeitgebern, politischen Parteien, Religionsgemeinschaften und sonstigen externen Institutionen sei.

## 6. Tariffähigkeit

Nach den bisherigen Ausführungen erfüllt die VDV alle Merkmale des Koalitionsbegriffs und fällt damit in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Um die Gewerkschaftseigenschaft zu bestätigen bedarf es zweier weiterer Voraussetzungen, welche von der ständigen Rechtsprechung entwickelt wurden: Zum einen muss die Vereinigung über eine gewisse Mächtigkeit und Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler verfügen und eine hinreichende organisatorische Leistungsfähigkeit aufweisen.<sup>107</sup> Zum anderen muss die Koalition tariffähig sein.<sup>108</sup> Diese beiden Merkmale sollen im Folgenden genauer erläutert und die VDV auf das Vorliegen derselben überprüft werden.

### a) Mächtigkeit

Die ständige Rechtsprechung besagt, dass eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung, d.h. eine Gewerkschaft, sozial mächtig und von ihrer Organisation her zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben einer Tarifvertragspartei in der Lage sein muss.<sup>109</sup> Diese grundsätzliche Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Gewerkschaft dient dazu, auf beiden Seiten des Tarifvertrags in etwa ausgeglichene starke Parteien zu haben, um auf dieser Grundlage sachgerechte und angemessene Tarifverträge abschließen zu können.<sup>110</sup> Ohne dieses Verhandlungsgleichgewicht würde es dem Staat zufallen, die Tarifverträge auf ihre Angemessenheit zu kontrollieren.<sup>111</sup> Zudem würde die den Koalitionen zugestandene Normsetzungsbefugnis zumindest auf Arbeitnehmerseite ins Leere laufen, wenn nicht über

<sup>101</sup> ArbR A-Z/Koch, Betrieb

<sup>102</sup> Dies ist abhängig von der Arbeitgebereigenschaft und entsprechend von der Klassifizierung der Spieler als Arbeitnehmer; s. hierzu Kapitel D

<sup>103</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.460

<sup>104</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>105</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.19

<sup>106</sup> ArbR-HdB/dass., §188, Rn.19

<sup>107</sup> BAG, Urt. v. 28.03.2006, Rs. 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

<sup>108</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.464

<sup>109</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>110</sup> TVG/Löwisch/Rieble, §2, Rn.178

<sup>111</sup> TVG/dass., §2, Rn.178

die nötige Verhandlungsmacht verfügt wird, eigene Vorstellungen gegenüber dem sozialen Gegenspieler durchzusetzen.

Die entscheidende Frage in Bezug auf Mächtigkeit und Durchsetzungskraft ist die nach ihrem Bewertungsmaßstab.<sup>112</sup> Die Rechtsprechung sieht eine Gewerkschaft nur dann dazu in der Lage, ihrer Mitwirkung am Zustandekommen eines angemessenen Interessenausgleichs nachzukommen, wenn sie ihrerseits auf die Arbeitgeberseite derartigen Druck ausüben kann, dass diese sich veranlasst sieht, sich überhaupt erst auf Tarifvertragsverhandlungen einzulassen.<sup>113</sup> Es bedarf in jedem Fall einer einzelfallbezogenen Beurteilung, welche insb. auf die Mitgliederzahl der Arbeitnehmervereinigung<sup>114</sup> und auf ihre Teilnahme am Tarifgeschehen<sup>115</sup> abzielt. Der erste Punkt, d.h. die Mitgliederzahl, ist insofern bedeutsam, als er die finanziellen Mittel maßgeblich beeinflusst und sich anhand dieser die organisatorische Leistungsfähigkeit der Koalition bestimmt.<sup>116</sup> Darüber hinaus gibt die Mitgliedszahl darüber Aufschluss, ob die Vereinigung dazu in der Lage ist, den ggf. notwendigen Druck auf den Verhandlungspartner aufzubauen, der zum Erzwingen von Tarifvertragsverhandlungen nötig sein kann.<sup>117</sup> Ein weiteres Indiz für die Mächtigkeit stellen „Spezialisten in Schlüsselstellungen“<sup>118</sup> dar. Diese dürften allerdings im Falle der VDV und des Berufsfußballs keine ausschlaggebende Rolle einnehmen. Zwar gibt es innerhalb jeder Mannschaft Leistungsträger, deren Qualitäten besonders herausstechen, allerdings sind auch solche Spieler bei einem angemessen aufgestellten Kader kurzfristig zu ersetzen.<sup>119</sup>

Wie bereits erwähnt zählt die VDV ca. 1.400 Mitglieder.<sup>120</sup> Fraglich ist, wie viele der Mitglieder Frauen sind. Hierzu liegen keine Zahlen vor, allerdings dürfte die Zahl gering ausfallen. Die Mitgliedschaft ist Frauen zwar möglich, allerdings stehen Ziele für den Herren-Fußball im Fokus (Beispiel: Tarifvertrag) und die Organe Präsidium und Spielerrat sind ausschließlich mit Männern besetzt. Der Einfachheit halber wird daher im Folgenden davon ausgegangen, dass die 1.400 Mitglieder männlich sind. Das ist auf den ersten Blick keine Zahl von beeindruckender Größenordnung. Um zu beurteilen, ob diese Zahl der VDV dennoch Druckfähigkeit verleiht, bietet sich folgender Gedankengang an.<sup>121</sup>

Die VDV vertritt insbesondere die Interessen der Spieler der vier höchsten deutschen Spielklassen. Fraglich ist demnach, welchen Anteil 1.400 auf alle diese Spieler ausmacht. Der Einfachheit halber wird dabei mit einer Kaderstärke von 25 Mann pro Verein gerechnet.<sup>122</sup> Die beiden ersten Bundesligen stellen jeweils 18 Teams, die dritte Liga 20, die fünf Regionalligen jeweils 18.<sup>123</sup> Liegt die Kadergröße von 25 für jedes Team zugrunde, so ergibt sich eine Gesamtspielerzahl von 3.650. Daraus folgt, dass die VDV-Mitglieder rund 38% aller Spieler in diesen Ligen ausmachen. Dabei bleibt zu beachten, dass einige

<sup>112</sup> TVG/dass., §2, Rn.179

<sup>113</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>114</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>115</sup> BAG, Urt. v. 28.03.2006, Rs. 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

<sup>116</sup> BAG, Urt. v. 28.03.2006, Rs. 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

<sup>117</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>118</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>119</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>120</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>121</sup> Dieses wird mangels genauer, aktueller Zahlen bezüglich der Mitglieder der VDV benötigt

<sup>122</sup> Dies ist die von Michael Reschke (Fußballfunktionär) empfohlene maximale Kadergröße; <https://11freunde.de/artikel/niemals-mehr-als-25-leute/482170> (geprüft am 06.04.2020)

<sup>123</sup> Zahlen von kicker.de; der seit kurz nach Saisonbeginn 19/20 insolvente Verein SG Wattenscheid 09 wurde nicht mitgerechnet

VDV-Mitglieder vereinslos sind<sup>124</sup> und dass insb. Spieler aus den Profiligen der VDV beitreten. Im Jahre 2001 waren 70% aller Spieler der 1. Bundesliga und 50% der 2. Bundesliga Mitglieder.<sup>125</sup> Vor dem Hintergrund der inzwischen langjährigen Gewerkschaftseigenschaft der VDV ist diese Zahl vermutlich noch gestiegen. Zudem waren damals 80% der deutschen Nationalspieler VDV-Mitglied.<sup>126</sup> Pröpper sieht diese als die von der Rechtsprechung genannten Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen.<sup>127</sup> Diesem Gedanken ist insoweit zuzustimmen, als deutsche Nationalspieler zu den Leistungsträgern im Verein gehören und durch ihre Popularität besondere Strahlkraft besitzen, wodurch sich die Fähigkeit der VDV, Druck auszuüben, erhöhen könnte. Dies wird ein wenig relativiert durch die zunehmende Internationalisierung im Profifußball. Insbesondere bei den finanzstärkeren Mannschaften werden immer mehr „Stars“ aus dem Ausland verpflichtet, welche dann allerdings der VDV beitreten und solche Schlüsselrollen einnehmen können. Ebenso suchen immer mehr deutsche Nationalspieler die Herausforderung außerhalb der Heimat und fallen damit als besondere Leistungsträger für die VDV weg. Trotz dieser Relativierung ist vor dem Hintergrund dieses Gedankenspiels und der Erwägungen Pröpfers eine entsprechende Mächtigkeit und Durchsetzungskraft der VDV nicht von der Hand zu weisen.

Darüber hinaus wird die Historie der Vereinigung betrachtet, d.h. der Abschluss von Tarifverträgen in der Vergangenheit.<sup>128</sup> Das kann als Beleg für die Durchsetzungsfähigkeit der Arbeitnehmerkoalition dienen und die organisatorische Fähigkeit zur Vorbereitung und Durchführung derselben indizieren.<sup>129</sup> Im Fall der VDV gibt es keine Vertragsschlüsse dieser Art in der Vergangenheit. Allerdings stellt die Rechtsprechung auch klar, dass die Anzahl abgeschlossener Tarifverträge die Tariffähigkeit nicht belegen kann, da die Tariffähigkeit gleichzeitig Wirksamkeitsvoraussetzung für den Abschluss sei.<sup>130</sup> Daher ist die Tariffähigkeit, insb. die Durchsetzungskraft, vor dem Erstabschluss eines Tarifvertrags prognostisch zu beurteilen.<sup>131</sup> Die Arbeitnehmervereinigung muss demnach sicherstellen, dass sie die Vorbereitungen, den Abschluss und die sich daraus ergebenden Folgen des Tarifvertrags überwachen und absichern kann.<sup>132</sup> Um diese organisatorische Leistungsfähigkeit darzulegen, lässt sich auf die bisherigen Erfolge der VDV verweisen. Hierzu zählen u.a. die Mitwirkung am Bosman-Urteil, die Miteinführung von verpflichtenden Herzuntersuchungen im Lizenzbereich oder die Mitbegründung des DFB-VDV-Versorgungswerks.<sup>133</sup>

Insofern sind trotz keiner bisher abgeschlossener Tarifverträge der VDV die notwendige Mächtigkeit, Durchsetzungskraft und organisatorische Leistungsfähigkeit zu attestieren.

## **b) Tarifwilligkeit und Anerkennung des Tarifrechts**

Die letzten Voraussetzungen, welche die VDV erfüllen muss, um über den Koalitionsbegriff hinaus als Gewerkschaft gelten zu können, sind das Vorliegen von Tarifwilligkeit<sup>134</sup> sowie

<sup>124</sup> Für solche Spieler gibt es jeden Sommer Camps, bei denen sie sich fithalten und für neue Vereine empfehlen können; s. [www.spielergewerkschaft.de](http://www.spielergewerkschaft.de)

<sup>125</sup> Pröpper, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>126</sup> *dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>127</sup> *dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>128</sup> BAG, Ur. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>129</sup> BAG, Ur. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>130</sup> BAG, Ur. v. 28.03.2006, Rs. 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

<sup>131</sup> ErfK/*Franzen*, §2, Rn.12

<sup>132</sup> LAG Hessen, Ur. v. 09.04.2015, Rs. 9 TaBV 225/14, NZA-RR 2015, 482 ff.

<sup>133</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>134</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.464/85

die Anerkennung des geltenden Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampfrechts.<sup>135</sup> Die Tarifwilligkeit, d.h. der Wille, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Abschluss von Tarifverträgen zu wahren und zu fördern,<sup>136</sup> bedarf der Aufnahme in die Satzung des Verbandes.<sup>137</sup> Dieser Wille unterscheidet die Gewerkschaft von der Koalition, da der Koalition selbst überlassen ist, welche Mittel sie zum Erreichen ihrer Ziele einsetzen will.<sup>138</sup> Wie gefordert hat die VDV ihre Tarifwilligkeit in ihrer Satzung verankert. Als eines ihrer Ziele nennt sie in §2 Abs. 4 lit. a) die „Mitbestimmung bei der Gestaltung der Gehalts- und übrigen Arbeitsbedingungen, insbesondere durch den Abschluss von Tarifverträgen“<sup>139</sup>.

Die Voraussetzung der Anerkennung von Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht ist deswegen von Nöten, da diese Rechtszweige und deren Konfliktlösungssysteme nur funktionieren können, wenn sich die beteiligten Parteien an deren Regeln halten.<sup>140</sup> Das Arbeitskampfrecht stellt jedoch nur eine Voraussetzung der Tariffähigkeit in solchen Branchen dar, in denen der Abschluss von Tarifverträgen durch Arbeitskämpfe gefördert wird.<sup>141</sup> Dies kann hier wohl bejaht werden, da bspw. im spanischen Profifußball des Öfteren gestreikt wird, wenn Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverband verhandlungstechnisch in eine Sackgasse geraten. Allerdings stellt auch dieses Erfordernis keine große Hürde dar, wie sich bei Weiterlesen des §2 Abs. 4 lit. a) der Satzung zeigt: Das Erreichen der Ziele soll „unter Anwendung aller gewerkschaftlichen Mittel“<sup>142</sup> verfolgt werden.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen lässt sich festhalten, dass die VDV alle Begriffsmerkmale sowohl der Koalition als auch der Gewerkschaft erfüllt.

## **II. Mögliche Tarifpartner**

Da die obigen Ausführungen zu dem Ergebnis führen, dass die VDV als Gewerkschaft tariffähig ist und dementsprechend Tarifverträge abschließen kann, stellt sich an dieser Stelle die Frage, wer als sozialer Gegenspieler bzw. Vertragspartner in Betracht kommt. Im Folgenden wird erörtert, inwieweit der Deutsche Fußball-Bund (DFB), die Deutsche Fußball Liga (DFL) oder die einzelnen Vereine als Tarifpartner geeignet sind.

### **1. DFB**

Die erste Institution, die als Tarifpartner der VDV in Betracht kommt, ist der DFB. Hierfür muss der DFB ebenfalls zunächst auf die Koalitionsmerkmale untersucht werden, wofür sich ein Blick in die Satzung anbietet.

Zunächst muss der DFB eine privatrechtliche Vereinigung sein, welche sich freiwillig zusammengeschlossen hat.<sup>143</sup> Dieses Merkmal ist unproblematisch, da es sich beim DFB um einen eingetragenen Verein (e.V.) handelt, was sich aus §1 seiner Satzung ergibt.<sup>144</sup>

<sup>135</sup> ErfK/Franzen, §2, Rn.10

<sup>136</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.464

<sup>137</sup> TVG/Löwisch/Rieble, §2, Rn.214

<sup>138</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.464

<sup>139</sup> Satzung der VDV (Fassung vom 10.08.2010)

<sup>140</sup> ErfK/Franzen, §2, Rn.10

<sup>141</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.465

<sup>142</sup> Satzung der VDV (Fassung vom 10.08.2010)

<sup>143</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>144</sup> Satzung des DFB, abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/satzung-und-ordnungen/>

Darüber hinaus bedarf es einer demokratischen Organisation.<sup>145</sup> Diese verwirklicht der DFB, indem er die eigenen Organe in Judikative, Legislative und Exekutive unterteilt.<sup>146</sup> Die „Legislative des DFB“ ist der DFB-Bundestag.<sup>147</sup> Ihm steht gem. §24 der Satzung insb. die Beschlussfassung in Bundesangelegenheiten sowie die Wahl des Präsidiums zu, welches seinerseits als „Exekutive des DFB“ fungiert, da es für die Geschäftsführung und Vertretung verantwortlich ist.<sup>148</sup> Indem der DFB eigene Rechtsorgane in Form von Bundesgericht und Sportgericht (§19 der Satzung) stellt, gibt es auch eine eigene Judikative. Durch die Zusammensetzung und Stimmberechtigungen innerhalb des Bundestags wird zudem allen Mitgliedsverbänden das erforderliche Mitspracherecht eingeräumt.

Um in den Schutzbereich des Art.9 Abs. 3 GG zu fallen bedarf es zudem eines entsprechenden Koalitionszwecks.<sup>149</sup> In §4 der Satzung heißt es, der Zweck des DFB sei die Förderung des (Fußball-)Sports. Damit sind sowohl der Jugendbereich (Nr. 1 lit. a) als auch die drei höchsten deutsche Spielklassen im Herrenfußball (Nr. 1 lit. g, h) und damit verbunden die dort vorherrschenden Arbeitsbedingungen gemeint.

Die erforderliche Unabhängigkeit von Dritten<sup>150</sup> ist gewahrt, schließlich heißt es in §2 der Satzung, der DFB sei parteipolitisch und religiös neutral. Bezüglich der Gegnerfreiheit und Unabhängigkeit von Gegnern<sup>151</sup> lässt sich sagen, dass ordentliche Mitglieder des DFB die einzelnen Verbände<sup>152</sup> und somit nicht die Fußballer sind, wodurch die Gegnerfreiheit gewährleistet ist und der DFB als Vereinigung von Arbeitgebern oder als Spitzenorganisation i.S.v. §2 Abs. 2 TVG gesehen werden kann<sup>153</sup>. Wahrscheinlicher wäre der zweite Fall, d.h. der DFB als Spitzenorganisation, da die Arbeitgeber, d.h. die Vereine, lediglich ordentliche Mitglieder der jeweiligen regionalen Verbände sind und nur die Landes- und Regionalverbände ihrerseits ordentliche DFB-Mitglieder sind<sup>154</sup>. Allerdings würde auch die Einordnung des DFB als Spitzenorganisation im Ergebnis nicht zielführend sein. Dies liegt daran, dass es trotz des Vorliegens der Koalitionsvoraussetzungen und einer nicht abzustreitenden Mächtigkeit aufgrund der Tatsache, dass alle Verbände bundesweit im DFB organisiert sind, in der Satzung des DFB keine Anhaltspunkte für Tarifwilligkeit gibt. Eine dahingehende Satzungsänderung wäre zwar möglich, allerdings stellt sich die Frage, ob der DFB der bestgeeignete mögliche Tarifpartner ist.

## 2. DFL

Zweiter möglicher und vielleicht besser geeigneter Tarifpartner ist die DFL. An dieser Stelle gilt es, eine wichtige Differenzierung vorzunehmen: Die „DFL Deutsche Fußball-Liga GmbH“ ist eine Tochtergesellschaft des „Die Liga – Fußballverband e.V.“, wobei Letzterer an Ersterer 100% der Anteile hält, er also alleiniger Gesellschafter ist.<sup>155</sup> Gem. §2 der Satzung der DFL GmbH ist Gegenstand des Unternehmens „die Führung des operativen Geschäfts des ‚Die Liga – Fußballverband e.V.‘“, d.h. die DFL GmbH ist mit der Geschäftsführung des „Die Liga – Fußballverband e.V.“ (kurz: Ligaverband) betraut.<sup>156</sup> Daher muss sich die Frage

<sup>145</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.14

<sup>146</sup> <https://www.dfb.de/verbandsstruktur/praesidium/> (geprüft am 07.04.2020)

<sup>147</sup> Dass.

<sup>148</sup> Dass.

<sup>149</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.462

<sup>150</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>151</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.454

<sup>152</sup> §7 der Satzung des DFB (Fassung vom 27.09.2019)

<sup>153</sup> Pröpper, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>154</sup> dass., NZA 2001, 1346 ff.

<sup>155</sup> Satzung der DFL, abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/satzung-und-ordnungen/>

<sup>156</sup> So steht es auch in §19 der Satzung des Ligaverbandes

anschließen, wer im Endeffekt Vertragspartner der VDV würde: die DFL oder der Ligaverband?

Hierzu folgende Überlegungen: In §19 der Satzung des Ligaverbands wird die DFL mit der Führung bestimmter Geschäfte betraut, „soweit sie nicht aufgrund dieser Satzung der Mitgliederversammlung, dem Vorstand oder dem Lizenzierungsausschuss vorbehalten bleiben“<sup>157</sup>. Insofern bedarf es eines Blicks auf §17 der Satzung des Ligaverbands, welcher die Aufgaben und die Vertretungsmacht des Vorstands regelt. Hierbei sind vor allem zwei Punkte interessant: Zum einen ist unter §17 Nr. 2 lit. d) „der Abschluss von Verträgen über die Vergabe von Rechten an Spielen der Lizenzigen für Fernseh- und Hörfunkübertragungen“<sup>158</sup> geregelt. Diese Aufgabe, d.h. der Abschluss dieser Verträge, fällt dem Vorstand des Ligaverbandes zu, obwohl die Verhandlungen dieser Verträge von Vertretern der DFL durchgeführt werden, wie sowohl in der Satzung des Ligaverbands (§19 Nr. 2) als auch in der der DFL (§2) festgehalten ist. Es liegt also ein Zusammenspiel beider Institutionen vor, Vertragspartner wird jedoch der Ligaverband. Das ist insofern von Bedeutung, als es gängige Praxis ist, dass die DFL diejenige ist, die öffentlichkeitswirksam auftritt, dabei aber nicht Vertragspartner wird.

Der zweite interessante Punkt findet sich in §17 Nr. 2 lit. i) der Satzung des Ligaverbands. Dieser widmet sich Tarifverträgen und regelt eindeutig, dass sowohl die Aufnahme der Tarifverhandlungen als auch der finale Abschluss von solchen Verträgen Aufgabe des Vorstands ist. Das bedeutet, dass die DFL in diesen Überlegungen nicht zum Zuge kommt, allenfalls als Berater oder, wenn man nach dem Wortlaut geht, bei den Vertragsverhandlungen, da diese nicht explizit gelistet und damit auch nicht konkret dem Vorstand zugeordnet sind (es ist schließlich nur von Aufnahme und Abschluss die Rede).

Insofern bedarf es, entgegen der eingangs formulierten Annahme und entgegen Präppers Ausführungen, einer Untersuchung des Ligaverbands und nicht der DFL auf die Erfüllung der Koalitionsmerkmale und darüber hinaus der Voraussetzungen für die tariffähige Arbeitgebervereinigung.

### **3. Der Ligaverband**

Erneut muss also eine freiwillig zusammengeschlossene, privatrechtliche Vereinigung vorliegen.<sup>159</sup> Ebenso wie beim DFB handelt es sich beim Ligaverband um einen eingetragenen Verein (e.V.; §1 der Satzung des Ligaverbands). In diesem haben sich die lizenzierten Vereine und Kapitalgesellschaften der Bundesliga und der 2. Bundesliga zusammengeschlossen (§1). Insofern stößt dieses Erfordernis auf keinerlei Bedenken.

Darüber hinaus muss der Ligaverband demokratisch organisiert sein.<sup>160</sup> Gem. §15 der Satzung<sup>161</sup> ist der Ligaverband dergestalt organisiert, dass es drei Organe gibt: den Vorstand, die Mitgliederversammlung und den Lizenzierungsausschuss. Die ordentlichen Mitglieder, d.h. die Lizenzvereine und die Kapitalgesellschaften der beiden höchsten deutschen Spielklassen (§7), entsenden Vertreter und nehmen durch diese an der Mitgliederversammlung teil, bei welcher sie dazu berechtigt sind, Anträge zur Beschlussfassung einzubringen und bei der Beschlussfassung mitzuwirken (§10). In diesen Kompetenzbereich fällt auch die Wahl der Vorstandsmitglieder (§16), wodurch die

<sup>157</sup> Satzung des Ligaverbands, abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/satzung-und-ordnungen/> (in der Datei „Satzung der DFL“ mitinbegriffen)

<sup>158</sup> Satzung des Ligaverbands

<sup>159</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>160</sup> ArbR-HdB/Treber, §188, Rn.14

<sup>161</sup> Alle §§ in diesem Absatz beziehen sich auf die Satzung des Ligaverbands

demokratische Teilhabe der Mitglieder ebenfalls gewährleistet wird. Der Vorstand ist grundsätzlich vertretungs- und geschäftsführungsbefugt, sofern es keine Sonderzuweisungen, bspw. zugunsten der DFL, gibt (§17).

Der nächste zu untersuchende Aspekt ist der Koalitionszweck i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>162</sup> Auch hierfür bietet sich ein Blick in die Satzung des Ligaverbands an, insb. §4 derselben. Unter Nr. 1 lit. f) ist davon die Rede, den Fußballsport und seine Entwicklung zu fördern und zu unterstützen. Dies entspricht dem Förderungsgedanken des Art. 9 Abs. 3 GG, auch wenn besonderes Augenmerk der Formulierung von Nr. 1 lit. f) auf den Jugendbereich gerichtet ist. Vermutlich noch bedeutsamer ist an dieser Stelle §4 Nr. 1 lit. i), wonach Zweck des Ligaverbands u.a. ist, „die Interessen der Mitglieder als Arbeitgeberverband gegenüber Arbeitnehmerverbänden wahrzunehmen, einschließlich des Abschlusses von Tarifverträgen“<sup>163</sup>. Hieran wird deutlich, dass die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewahrt und gefördert werden sollen. Zudem ergibt sich an dieser Stelle, dass der Ligaverband sich selbst als tarifwilliger Arbeitgeberverband wahrnimmt, wodurch die Voraussetzung der Tarifwilligkeit ebenfalls erfüllt ist.

Der Ligaverband muss außerdem unabhängig von Gegnern<sup>164</sup> und Dritten<sup>165</sup> sein. Letzteres ist gewährleistet und in der Satzung verankert: Gem. §2 Nr. 1 sei der Ligaverband parteipolitisch und konfessionell neutral. Die Gegnerfreiheit liegt vor, da sich in den Lizenzvereinen und Kapitalgesellschaften Arbeitgeber und nicht Arbeitnehmer zusammengeschlossen haben. Auch die Gegnerunabhängigkeit ist zu bejahen. Die Finanzierung erfolgt im Wesentlichen über Mitgliedsbeiträge (§14 Nr. 1). Zwar ergeben sich aus den jeweiligen Satzungen gewisse Verflechtungen zwischen DFB und Ligaverband, allerdings ist der DFB auf Koalitionsebene nicht als Gegner einzustufen, da er kein Arbeitnehmerverband ist.

Die Koalitionsmerkmale sind für den Ligaverband somit allesamt gegeben. Da die Tarifwilligkeit bereits bestätigt wurde, stellt sich zuletzt die Frage nach der Mächtigkeit. Das BAG vertritt die Ansicht, dass der Arbeitgeberverband zwar die organisatorische Leistungsfähigkeit zur Umsetzung eines Tarifvertrags benötigt, aber das Mächtigkeitserfordernis für Arbeitgeberverbände nicht greift, da es auch für den einzelnen Arbeitgeber nicht benötigt wird.<sup>166</sup> Diese Ansicht wird insb. im Schrifttum jedoch abgelehnt. Löwisch und Rieble sehen hierin eine Gefährdung für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems.<sup>167</sup> Dem stimmt Franzen zu: Der einzelne Arbeitgeber bedürfe der zusätzlichen Voraussetzungen nicht, da dies als Auffangtatbestand aufgrund der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems nötig sei.<sup>168</sup> Vollzögen die Arbeitgeber jedoch den Schritt zur Koalition, bestünde kein Grund mehr, diese Koalition anders zu behandeln als solche auf Arbeitnehmerseite.<sup>169</sup> Im Falle des Ligaverbands muss dieser Meinungsstreit nicht entschieden werden. Da ausnahmslos alle Arbeitgeber der beiden Lizenzligen in ihm vertreten sind, ist von einer ausreichenden Mächtigkeit auszugehen. Anhaltspunkte für Zweifel an der organisatorischen Leistungsfähigkeit zur Durchführung eines eventuellen Tarifvertrags sind nicht ersichtlich.

<sup>162</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.462

<sup>163</sup> Satzung des Ligaverbands

<sup>164</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, <sup>17</sup>2018, Rn.454

<sup>165</sup> BAG, Urt. v. 05.10.2010, Rs. 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386 ff.

<sup>166</sup> BAG, Urt. v. 20.11.1990, Rs. 1 ABR 62/89, NZA 1991, 428 ff.

<sup>167</sup> TVG/Löwisch/Rieble, §2, Rn.201

<sup>168</sup> ErfK/Franzen, §2, Rn.11

<sup>169</sup> ErfK/dass., §2, Rn.11

Insofern ist die Eigenschaft als Arbeitgeberverband, als welchen sich der Ligaverband in §4 Nr. 1 lit. i) selbst bezeichnet, zu bestätigen. Im Ergebnis zeigt sich, dass der Ligaverband also nicht nur theoretisch besser als Tarifpartner der VDV geeignet wäre als der DFB, sondern sich auch schon gezielt darauf ausgerichtet hat. Allerdings gibt es an dieser Stelle auch ein Problem: Die VDV strebt laut Satzung den Abschluss von Tarifverträgen in den vier höchsten deutschen Spielklassen an, d.h. Bundesliga, 2. Bundesliga, 3. Liga und den fünf Regionalligen (§2 Abs. 4 lit. a)). Der Ligaverband erklärt sich laut Satzung zwar grundsätzlich zu Tarifverhandlungen bereit (§4 Nr. 1 lit. i)), repräsentiert als Arbeitgeberverband jedoch lediglich seine Mitglieder. Das Problem ist nun, dass die Mitgliedschaft im Ligaverband den Vereinen und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen vorbehalten ist, d.h. den Mannschaften aus Bundesliga und 2. Bundesliga (§7 der Satzung des Ligaverbands). Daraus folgt, dass, sollte die VDV auf Arbeitnehmerseite mit dem Ligaverband auf Arbeitgeberseite einen Tarifvertrag abschließen, dieser lediglich für die Mannschaften der Bundesliga und der 2. Bundesliga unmittelbare Wirkung entfaltet. Um dieser Problematik zu begegnen, bestehen mehrere Möglichkeiten.

In der Satzung der VDV ist ausdrücklich von „Tarifverträgen“ (§2 Abs. 4 lit. a)) im Plural die Rede, demnach ist die VDV offen für den Abschluss mehrerer Tarifverträge. So könnte ein Tarifvertrag mit dem Ligaverband mit Geltung für Bundesliga und 2. Bundesliga, ein zweiter mit dem DFB mit Geltung für die 3. Liga und ein Dritter für die Regionalliga ebenfalls mit dem DFB abgeschlossen werden. Für den Vertragsschluss mit dem DFB bedürfte es einer Satzungsänderung, s. Kap C.II.1. Die Verträge zwei und drei könnten auch in einem zusammengefasst werden, dabei wäre jedoch fraglich, ob dies bspw. im Hinblick auf Gehaltsregelungen aufgrund der sehr unterschiedlichen Voraussetzungen angemessen wäre. Die Zuständigkeit des DFB für die 3. Liga ergibt sich aus seiner Satzung. Der DFB hat einen Ausschuss, welcher für die Förderung und Entwicklung der 3. Liga (§51 der Satzung des DFB) zuständig ist. Der Abschluss von Tarifverträgen ließe sich hierunter subsumieren, da ein solcher der Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen würde. Für einen Tarifvertrag für die Spieler in den Regionalligen käme der DFB als Tarifpartner in Betracht, da er als Dachverband der fünf Regionalverbände, welche ihrerseits jeweils eine Regionalliga organisieren, fungiert (§7 der Satzung des DFB). Ebenfalls denkbar wäre es, mit den einzelnen Regionalverbänden Tarifverträge abzuschließen, welche dann für die ihnen jeweils zugehörige Regionalliga und deren Spieler und Vereine Geltung entfalten könnten. Allerdings gilt auch hier, dass die Verbände dafür zunächst Tarifwillen aufweisen müssten. Ein solcher ist bspw. beim Westdeutschen Fußballverband, welcher die Regionalliga West organisiert, nicht in der Satzung vorzufinden.<sup>170</sup> Eine weitere Möglichkeit bestünde in der Aufnahme arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln bei den Arbeitspapieren der Spieler in dritter und vierter Liga, welche sich dann den Tarifvertrag zwischen VDV und Ligaverband als Vorbild nehmen. Ein solches Szenario ist jedoch auch eher undenkbar, da viele arbeitsvertragliche Mindestbedingungen, die für Bundesliga und 2. Bundesliga gelten könnten, aufgrund der Diskrepanzen zwischen den unterschiedlichen Ligen in den unteren Ligen nicht umsetzbar wären, insb. aufgrund der bedeutend weniger vorhandenen finanziellen Mittel.

Wahrscheinlicher wäre das Szenario, dass für Bundesliga und 2. Bundesliga ein Flächentarifvertrag mit dem Ligaverband ausgehandelt wird, dazu evtl. ebenfalls ein solcher zwischen DFB und VDV für die 3. Liga, und es für die Regionalligen entweder zu Verträgen mit den jeweiligen Regionalverbänden oder zu Haustarifverträgen kommt.

---

<sup>170</sup> Satzung des Westdeutschen Fußballverbands (WDFV) abrufbar unter <https://wdfv.de/der-wdfv/satzung-und-ordnungen/>

#### 4. Die Vereine als Tarifpartner

Neben DFB und Ligaverband kommen als Tarifpartner die einzelnen Vereine in Betracht. Anders als bei den beiden bisher vorgestellten Institutionen ist es mit den Vereinen jedoch nicht möglich, Flächentarifverträge abzuschließen, da er eben nur für diesen einen Verein und nicht flächendeckend gilt. Stattdessen könnten sog. Haustarifverträge abgeschlossen werden.

Ein Haustarifvertrag bzw. Firmentarifvertrag liegt vor, wenn auf Arbeitgeberseite nicht ein Arbeitgeberverband, sondern ein einzelner Arbeitgeber als Tarifvertragspartei steht.<sup>171</sup> Im Falle des Berufsfußballs hieße das, dass die einzelnen Vereine bzw. Kapitalgesellschaften als Vertragspartner der VDV fungieren. Möglich gemacht wird diese Konstellation durch den Wortlaut des §2 Abs.1 TVG, wonach der einzelne Arbeitgeber bereits Tarifvertragspartei werden kann. Die Rechtsprechung hat dies noch konkretisiert und erklärt, dass der einzelne Arbeitgeber um tariffähig zu sein keine weiteren besonderen Voraussetzungen erfüllen müsse, insb. bedürfe er keines bestimmten Maßes an Mächtigkeit.<sup>172</sup> Dass dies eine interessante Möglichkeit darstellt, hat bereits Pröpper kurz nach Umwandlung der VDV in eine Gewerkschaft erkannt, weil zu diesem Zeitpunkt DFB und DFL als Tarifpartner infrage kamen, aber keiner von beiden die notwendige Tarifwilligkeit aufweisen konnte.<sup>173</sup> Heute liegt die Sachlage anders. Da auf Arbeitgeberseite der Ligaverband inzwischen tarifwillig ist, scheint es zumindest für die beiden von ihm vertretenen Lizenzligen eher unwahrscheinlich, dass die in diesen spielenden Vereine und Kapitalgesellschaften Haustarifverträge mit der VDV abschließen. Dies dürfte zumindest gelten, wenn in nicht allzu ferner Zukunft, bspw. innerhalb der kommenden fünf Jahre, Tarifverhandlungen aufgenommen werden. Geschieht dies nicht, könnte die VDV auch in Bundesliga und 2. Bundesliga auf den Abschluss von Firmentarifverträgen pochen.

Entsprechend der obigen Überlegungen dürfte der Haustarifvertrag eher in den unteren Ligen des bezahlten Fußballs, insb. in der Regionalliga, eine echte Alternative darstellen. Die einzelnen Vereine besitzen aufgrund ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber die nötige Tariffähigkeit und kommen somit als Partner der VDV in Betracht. Insb. vor dem Hintergrund der innerhalb der Regionalligen sehr unterschiedlichen Voraussetzungen einzelner Klubs dürften Firmentarifverträge als probates Mittel gelten. So gibt es zum einen Vereine, die durch Investorengelder die Möglichkeit haben, professionell zu arbeiten und organisiert zu sein. Auf der anderen Seite stehen amateurhafte Bedingungen und tatsächliche Amateure, bspw. diejenigen Vereine, die aus der Mittelrheinliga (der fünfthöchsten deutschen Spielklasse, organisiert im Westdeutschen Fußballverband) in die Regionalliga West aufsteigen und nach einer Spielzeit wieder absteigen. Für letztere Gruppe, d.h. die Amateure, wäre ein möglicher Tarifvertrag jedoch nicht von Belang, da diese nicht als Arbeitnehmer gelten.<sup>174</sup>

Auch in der 3. Liga sind Haustarifverträge derzeit die wahrscheinlichste Lösung. Sollte der DFB, in dem die 3. Liga organisiert ist, in seiner Satzung die eigene Tarifwilligkeit aufnehmen, wäre für die 3. Liga auch ein Flächentarifvertrag mit der VDV denkbar.

Im Ergebnis jedoch zeigt sich, dass zum aktuellen Zeitpunkt für die VDV in jeder der vier höchsten deutschen Spielklassen die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen besteht, da überall mindestens ein potenzieller Tarifpartner (die Vereine) vorhanden ist.

<sup>171</sup> ArbR A-Z/*Ulrich Koch*, Firmentarifvertrag

<sup>172</sup> BAG, Urt. v. 20.11.1990, Rs. 1 ABR 62/89, NZA 1991, 428 ff.

<sup>173</sup> *Pröpper*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>174</sup> Zur Abgrenzung zwischen Amateuren, Lizenzfußballern und Vertragsspielern s. Kapitel D

Ein Flächentarifvertrag ist derzeit jedoch nur mit dem Ligaverband, d.h. mit Geltungsbereich für die Lizenzligen Bundesliga und 2. Bundesliga, möglich. Allerdings erscheinen viele der von der VDV verfolgten Ziele nur bei ligaweiter Umsetzung sinnvoll. Insofern wären für die Regionalligen Flächentarifverträge mit den Regionalverbänden und für die 3. Liga ein solcher mit dem DFB erstrebenswert.

## D. Der Geltungsbereich des Tarifvertrags: Die Arbeitnehmereigenschaft von Fußballspielern

Bei der Betrachtung von ligaweiten einheitlichen Tarifverträgen stellt sich insb. mit Blick auf die 3. Liga und die Regionalligen die Frage, ob alle in diesen Ligen spielende Akteure als Arbeitnehmer anzusehen sind und somit von Tarifverträgen profitieren können. Es wird zwischen Lizenzfußballspielern, Vertragsspielern und Amateuren unterschieden. Diese Differenzierung war ursprünglich nach Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) interessant<sup>175</sup> und hat bis heute nicht an Relevanz eingebüßt. Aufgrund der Tatsache, dass die VDV als Gewerkschaft der Fußballspieler die Interessen von Arbeitnehmern vertritt, bedarf es auch unter dem Gesichtspunkt von Tarifverträgen einer genaueren Untersuchung der Arbeitnehmereigenschaft bei Fußballspielern.

### I. Lizenzfußballspieler

Wer Arbeitnehmer i.S.v. §611a BGB ist, wird anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze untersucht.<sup>176</sup> Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.<sup>177</sup> Wer wiederum Lizenzfußballspieler ist, regelt §8 Nr. 3 der DFB-Spielordnung. Demnach ist Lizenzspieler, wer das Fußballspiel aufgrund eines mit einem Lizenzverein oder einer Kapitalgesellschaft geschlossenen schriftlichen Vertrags betreibt und durch Abschluss eines schriftlichen Lizenzvertrags mit der DFL zum Spielbetrieb zugelassen ist.<sup>178</sup> Von dieser Definition sind, wie sich aus den bisherigen Ausführungen zu DFL und Ligaverband ergibt, lediglich die Spieler der Bundesliga und der 2. Bundesliga erfasst. Den Lizenzfußballern fällt unstreitig die Arbeitnehmereigenschaft zu,<sup>179</sup> da sie sich verpflichten, ihre sportliche Leistungsfähigkeit uneingeschränkt für ihren Verein bzw. die Kapitalgesellschaft einzusetzen und vertraglich eine persönliche Abhängigkeit begründet wird.<sup>180</sup> In erster Konsequenz hatte dies im Jahre 2015 zur Folge, dass das MiLoG auf die Lizenzspieler Anwendung findet,<sup>181</sup> was jedoch aufgrund der hohen Vergütungen in den Lizenzligen von nachrangiger Relevanz war und ist. Des Weiteren folgt hieraus, dass sich ein möglicher Tarifvertrag, abgeschlossen von der VDV und dem Ligaverband, auf alle Lizenzspieler, und somit alle Spieler in Bundesliga und 2. Bundesliga, erstrecken würde.

### II. Amateurfußballspieler

Die Eigenschaft des Amateurfußballers ist ebenfalls in der Spielordnung des DFB verankert. Laut §8 Nr. 1 ist Amateur, wer aufgrund seines Mitgliedschaftsverhältnisses im Verein Fußball spielt und als Entschädigung kein Entgelt bezieht, sondern seine nachgewiesenen Auslagen und allenfalls einen pauschalierten Aufwendungsersatz bis zu 249,99 € monatlich

<sup>175</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>176</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>177</sup> BAG, Urt. v. 29.08.2012, Rs. 10 AZR 499/11, NZA 2012, 1433 ff.

<sup>178</sup> DFB-Spielordnung, abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/satzung-und-ordnungen/>

<sup>179</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>180</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>181</sup> dass., DStR-Beih 2015, 81 ff.

erstattet bekommt. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs handelt es sich in solchen Fällen, in denen es lediglich zu einem Ausgleich der Aufwendungen bzw. wenn es zu einem unwesentlichen Übersteigen dieser Auslagen kommt, nicht um Arbeitslohn und dementsprechend bei den Amateuren nicht um Arbeitnehmer.<sup>182</sup> Bei Amateuren sei davon auszugehen, dass sie lediglich ihrem Hobby nachgehen<sup>183</sup> und den Sport überwiegend zum Selbstzweck, d.h. zur Freizeitgestaltung und zur Steigerung der allgemeinen Leistungsfähigkeit, ausüben.<sup>184</sup> Der Sportler verfolge keine wirtschaftlichen Interessen, d.h. bei ihm liegt keine Gewinnerzielungsabsicht vor.<sup>185</sup> Daraus folgt, dass es sich bei Amateuren nicht um Arbeitnehmer handelt, und dementsprechend könnte ein Tarifvertrag für sie keine Wirkung entfalten. Erfahrungsgemäß ist dies allenfalls für die Regionalligen und ggf. ganz vereinzelt in der 3. Liga von Relevanz. So könnte es passieren, dass bspw. der Regionalverband Mittelrhein einen Tarifvertrag mit der VDV für die Spieler der Regionalliga West abschließt, dieser jedoch für einen Verein, der lediglich Amateurfußballer beschäftigt, keinerlei Wirkung entfaltet. Ein solcher Verein wäre, wenn auch die übrigen Mitglieder, z.B. der Trainer, nicht Arbeitnehmer sind, mangels Arbeitgebereigenschaft auch nicht einzeln tariffähig i.S.v. §2 Abs. 1 TVG.

### III. Vertragsspieler

Die dritte Art von Fußballspielern ist der sog. Vertragsspieler, früher auch Vertragsamateur genannt.<sup>186</sup> Auch bei diesem stellt sich die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft, da ein potenzieller Tarifvertrag nur für solche Fußballspieler Wirkung entfalten kann, die als Arbeitnehmer einzustufen sind. Darüber hinaus muss der Spieler in seiner Arbeitnehmereigenschaft Mitglied einer Gewerkschaft, d.h. in diesem Fall der VDV, sein, um tarifgebunden zu sein.<sup>187</sup> Dies ergibt sich aus §3 Abs. 1 TVG.

Der Status des Vertragsspielers wird in §8 Nr. 2 der DFB-Spielordnung geregelt. Demnach ist Vertragsspieler, wer über sein Mitgliedschaftsverhältnis hinaus einen schriftlichen Vertrag mit seinem Verein abgeschlossen hat und über seine nachgewiesenen Auslagen hinaus Vergütungen oder andere geldwerte Vorteile von mind. 250 € im Monat erhält. Die Frage, ob Fußballspieler, deren Verträge nach diesem Konstrukt entwickelt sind, als Arbeitnehmer einzustufen sind, wurde vor allem nach Einführung des MiLoG diskutiert.<sup>188</sup> Auf der einen Seite steht das Bundesarbeitsministerium, welches in einem Spitzengespräch im Februar 2015 zusammen mit dem DFB und dem Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) zu der Auffassung gelangte, dass Vertragsspieler keine Arbeitnehmer seien und demzufolge nicht in den Anwendungsbereich des MiLoG fielen.<sup>189</sup> Eine andere Ansicht vertritt die VDV. Ulf Baranowsky, Geschäftsführer der VDV, ist der Auffassung, dass das MiLoG gerade für volljährige und geringverdienende Vertragsspieler gelte,<sup>190</sup> diese also als Arbeitnehmer einzustufen seien. Aufgrund dessen, dass die vom Bundesarbeitsministerium vertretene Ansicht jedoch nicht bindend ist, sondern lediglich eine Rechtsansicht darstellt,<sup>191</sup> obliegt im Zweifelsfall die Entscheidung den Gerichten, sodass die Rechtslage für Vereine unsicher bleibt.

<sup>182</sup> BFH, Urt. v. 23.10.1992, Rs. VI R 59/91, DStR 1993, 507 ff.

<sup>183</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>184</sup> BFH, Urt. v. 23.10.1992, Rs. VI R 59/91, DStR 1993, 507 ff.

<sup>185</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>186</sup> *das.*, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>187</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 172018, Rn.542

<sup>188</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>189</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>190</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>191</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

Die VDV jedenfalls empfiehlt den betroffenen Vertragsspielern, ihre Arbeitszeit genau zu erfassen und zu dokumentieren, um den ihnen zustehenden Mehr-Lohn geltend zu machen.<sup>192</sup> Ob ihnen dieser Lohn aber wirklich zusteht, ist derzeit nicht abschließend geregelt. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, sind diverse Merkmale zu beachten.

Dass ein Vertragsspieler neben dem Fußballspielen einen Beruf ausübt, stehe der Arbeitnehmereigenschaft zunächst nicht entgegen.<sup>193</sup> Aufschlussreich kann in jedem Fall ein Blick auf die Vertragsgestaltung sein. Sind dort Anhaltspunkte für eine „lose Bindung“ ersichtlich, spreche dies gegen die Arbeitnehmereigenschaft.<sup>194</sup> Solche Anhaltspunkte sind die Möglichkeit des Lösens vom Vertrag bei Abschluss eines Lizenzspielervertrags oder das Fehlen einer Attestpflicht im Krankheitsfall.<sup>195</sup> Eine Lohnfortzahlung im Falle von Krankheit oder Urlaub spräche demgegenüber eher für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.<sup>196</sup> Von besonderer Wichtigkeit dürfte bei der Beurteilung jedoch die Weisungsgebundenheit sein.<sup>197</sup> Diese ist in Bezug auf Zeit, Ort und Dauer von Trainingseinheiten und Spielen der Mannschaft zwar zu bejahen.<sup>198</sup> Allerdings gelten diese Vorgaben ebenfalls für Amateurspieler, da es sich beim Fußball um einen Mannschaftssport handelt, der ohne das Einhalten solcher Dinge nicht praktiziert werden könnte. Daher sei auch darauf abzustellen, ob Amateure und Vertragsspieler in Bezug auf die oben genannten Gesichtspunkte unterschiedlich behandelt werden, wenn in einer Mannschaft beide Spielertypen vertreten sind.<sup>199</sup> Des Weiteren ist darauf zu achten, ob der Spieler mit seiner Tätigkeit ein überwiegendes wirtschaftliches Interesse verfolgt.<sup>200</sup> Liegt eine geringfügige Beschäftigung i.S.v. §8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV vor, d.h. mit einem Monatsverdienst von max. 450 €, steht die Gewinnerzielungsabsicht wohl nicht im Vordergrund.<sup>201</sup> Mit einer steigenden Vergütung, d.h. ab 450 € aufwärts, insb. in der Gleitzone nach §20 Abs. 2 SGB IV und darüber hinaus, sei eher davon auszugehen, dass die Vergütung als echter Leistungsanreiz und nicht als Aufwenausgleich anzusehen ist.<sup>202</sup> Ebenfalls zu beachten ist der Parteiwille,<sup>203</sup> d.h. es bedarf einer Untersuchung des Wortlauts im Vertrag.

Es zeigt sich, dass die Frage, ob ein Vertragsfußballspieler als Arbeitnehmer einzustufen ist, von vielen einzelnen Faktoren abhängt und daher nur schwierig eindeutig zu beantworten ist. Da es nach wie vor keine eindeutige gesetzliche Regelung für den Fall des Vertragsspielers gibt, würde es sich anbieten, wenn dies anderweitig für die Vereine verbindlich geklärt werden könnte. Ein Grund, aus dem die VDV den Abschluss von Tarifverträgen fordert, ist, dass sie damit für mehr Rechtssicherheit bei strittigen Fragen sorgen möchte.<sup>204</sup> Die Problematik des Vertragsspielers stellt ein Paradebeispiel für eine solche strittige Frage dar, kann jedoch nicht abschließend von den Vertragsparteien verbindlich geregelt werden, da die Auslegung und Umsetzung des MiLoG den Gerichten

<sup>192</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>193</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>194</sup> dass., ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>195</sup> dass., ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>196</sup> dass., ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>197</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>198</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>199</sup> dass., ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>200</sup> BFH, Urt. v. 23.10.1992, Rs. VI R 59/91, DStR 1993, 507 ff.

<sup>201</sup> Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>202</sup> dass., DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>203</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>204</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

und nicht der VDV und ihren Vertragspartnern obliegt. Dabei muss zudem beachtet werden, dass die Forderung der VDV, dass Vereine bspw. die Vorgaben des MiLoG strikt umsetzen,<sup>205</sup> weitreichende finanzielle Folgen hätte: Da zur Arbeitszeit neben Training und Spielen auch alle weiteren dienstlich veranlassten Tätigkeiten, bspw. die Anreisen, Zeit in der Umkleidekabine etc. zählen,<sup>206</sup> würde z.B. bei ambitionierten Regionalligisten, welche mind. vier Mal wöchentlich trainieren, ein monatlicher Zeitaufwand von über 100 Stunden entstehen.<sup>207</sup> Bei solchen Fußballspielern, die als geringfügig Beschäftigte vergütet werden, hätte dies bei Anwendung des aktuellen Mindestlohns<sup>208</sup> mehr als doppelt so hohe Gehälter zur Folge. Damit einhergehen würden steigende Sozialversicherungsabgaben durch die Vereine. Dass dies für viele Vereine, die auf Regionalliga-Niveau o.ä. spielen, existenzbedrohend wäre, liegt nahe. Die Frage, ob Vertragsspieler als Arbeitnehmer einzustufen sind, bleibt somit einzelfallabhängig und nicht tariflich regelbar.

Allerdings lässt sich dieser Problematik auf die folgende Weise begegnen: In der 3. Liga, welche neben den beiden Lizenzligen als dritte Profiligen Deutschlands gilt, gibt es zwangsläufig keine Lizenz-, sondern nur Vertragsspieler. Diese sind allerdings professionalisiert und wirtschaftlich<sup>209</sup> dergestalt aufgestellt, dass alle Indizien, u.a. auch die Weisungsgebundenheit, auf den Arbeitnehmerstatus hindeuten. Andernfalls könnte kein Spielbetrieb entstehen. Letzteres gilt zweifelsohne auch für die Regionalligen. Darüber hinaus indiziert die Klassifizierung der 3. Liga als „Profiligen“, dass der Sport hier professionell, d.h. beruflich und damit als Arbeitnehmer, ausgeübt wird. Für die 3. Liga ergeben sich daher wohl keinerlei Bedenken bezüglich des Arbeitnehmerstatus von Vertragsspielern, sodass die Einführung eines flächendeckenden Tarifvertrags in dieser Liga bezogen auf diese Thematik wohl unproblematisch wäre.

Das Hauptproblem, dass sich durch die Existenz des Vertragsspielers ergibt, ist die Anwendbarkeit des MiLoG. Wie dies zu handhaben ist, lässt der DFB bewusst offen,<sup>210</sup> da es nicht in seinem Machtbereich liegt. Auch in der Regionalliga gibt es aber viele Vertragsspieler, bei denen die wirtschaftlichen Interessen bei der Ausübung des Sports im Vordergrund stehen.<sup>211</sup> Die VDV verfolgt mit den Tarifverträgen allerdings primär keine Schaffung von Gehaltsregelungen, es geht vielmehr um die äußeren Bedingungen.<sup>212</sup> Daher sollte es praktisch unproblematisch sein, Gewerkschaftsmitglieder der VDV, die Vertragsspieler sind und deren Arbeitnehmerstatus insb. bezogen auf das MiLoG fraglich ist, beim Abschluss von Tarifverträgen ebenfalls in den Genuss desselben kommen zu lassen. Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft ist eher ein theoretisches Problem, welches bei Vertragsschlüssen nicht bedacht wird. Für die einzelnen Härtefälle, in denen das Argument der Weisungsgebundenheit deswegen nicht pro Arbeitnehmereigenschaft greifen kann, weil Vertragsspieler und Amateure aufeinandertreffen und gleichbehandelt werden, bedarf es dann einer einzelvertraglichen Regelung bezüglich der Anwendbarkeit

<sup>205</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>206</sup> *dass.*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>207</sup> *Zieglmeier*, DStR-Beih 2015, 81 ff.

<sup>208</sup> 9,35 € pro Stunde ab 01.01.2020

<sup>209</sup> Zu den Gehältern von Drittligaspielern s. Kapitel F.I

<sup>210</sup> S. Mustervertrag für Vertragsspieler, abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/pinnwand/dfb-mustervertrag/>

<sup>211</sup> S. Kapitel F.II

<sup>212</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

des Tarifvertrags. Durch die Bezeichnung des Vertragsspielers als „Arbeitnehmer“ im Vertrag kann dieser Problematik entgegengewirkt werden. Grundsätzlich soll für diese Arbeit im Folgenden der Einfachheit halber davon ausgegangen werden, dass der Vertragsspieler des Regionalligisten als Arbeitnehmer gilt, sodass die Anwendbarkeit von Tarifverträgen für diese gewährleistet ist. Andernfalls kann nicht zielführend erörtert werden, welche Tarifvertragsinhalte für Regionalligisten überhaupt sinnvoll wären. Zudem erscheint, einmal abgesehen von den finanziellen Folgen, die die Arbeitnehmereigenschaft und eine damit einhergehende zwingende Vergütung nach MiLoG zur Folge hätten, unter einer grundsätzlichen Abwägung der Gesamtaspekte der Eindruck zu überwiegen, dass aufgrund des hohen zeitlichen Aufwands, der weisungsgebunden zu erfolgen hat, da sonst kein Spiel- und Trainingsbetrieb möglich wäre, Vertragsspieler auch in der Regionalliga viele Eigenschaften eines Arbeitnehmers aufweisen.

## E. Tarifverträge im ausländischen Berufsfußball

Nachdem die möglichen Tarifpartner für diverse Tarifvertragskonstellationen erörtert und die Status der verschiedenen Fußballarten, insb. des Vertragsspielers, eingeordnet wurden, bietet sich an dieser Stelle ein Blick über die Grenzen des deutschen Fußballs hinaus ins Ausland an. Während im deutschen Berufsfußball auf die Musterverträge des Ligaverbands für die beiden Lizenzligen sowie des DFB für Vertragsspieler zurückgegriffen werden kann und häufig auch wird, gibt es in einigen anderen europäischen Staaten teils schon lange Tarifverträge für Fußballspieler. Baranoswky nennt als Vorreiter England und Spanien,<sup>213</sup> aber auch in den Niederlanden, Frankreich und Österreich gibt es Tarifverträge für Fußballspieler. Zudem sind über die europäischen Grenzen hinaus Tarifverträge für professionelle Sportler ebenfalls nicht ungewöhnlich. Selbst in den USA, wo der Fußball vergleichsweise unbedeutend ist und im Schatten von Basketball, Baseball etc. steht, gibt es für Fußballer ebenso wie für Sportler in anderen Branchen, welche in einer der Major Leagues spielen, Tarifverträge.<sup>214</sup> Sie heißen „Collective Bargaining Agreements“ und werden von der jeweiligen Players Union ausgehandelt.<sup>215</sup> Dort gibt es tarifliche Regelungen zu Mindestgehältern (welche für die VDV insb. in Bezug auf die Lizenzligen kein vorrangiges tariflich zu regelndes Feld darstellen), Bonuszahlungen, Versicherungen und Altersvorsorge<sup>216</sup> (die beiden letzteren sind für die VDV eher relevant). Zudem gibt es im dortigen Basketballbereich Regeln zu Gehaltsobergrenzen für das gesamte Team (Salary Cap) und zu Spielertransfers.<sup>217</sup> Ersterer Punkt ist zwar keiner, der von der VDV angestrebt wird, stellt aber eine durchaus interessante Strategie dar, um das Milliardengeschäft Profifußball in weniger astronomische Sphären zurückzubringen. Dies wäre für den europäischen Fußball jedoch nur möglich, wenn alle in der UEFA organisierten Verbände dementsprechende Regelungen einheitlich umsetzen würden. In den USA wurden zudem viele Errungenschaften unter Einsatz von Spielerstreiks erreicht.<sup>218</sup>

Im folgenden Kapitel werden die in anderen europäischen Ländern geltenden Tarifverträge sowie die hinter diesen stehenden Gewerkschaften exemplarisch anhand der Situationen in Spanien, den Niederlanden und Österreich dargestellt.<sup>219</sup> Insb. Bezug genommen wird

<sup>213</sup> *dass.*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>214</sup> *Pröpper*, NZA 2001, 1346 ff

<sup>215</sup> *Dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>216</sup> *dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>217</sup> *dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>218</sup> *dass.*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>219</sup> Im Anhang befindet sich eine tabellarische Übersicht über die wichtigsten Inhalte der drei vorgestellten Beispiele

dabei auf Regelungen, die für mögliche Tarifverträge im deutschen Berufsfußball von Interesse sein können.

### I. Tarifvertrag in Spanien

Das Pendant zur deutschen VDV ist in Spanien die Asociación de Futbolistas Españoles, kurz AFE.<sup>220</sup> Sie wurde im Jahre 1978 als Gewerkschaft gegründet und ähnelt in ihrem Aufbau der VDV: Die Führungsriege besteht aus einem Präsidenten, zwei Vizepräsidenten, einem „Secretario“ (dieser heißt im deutschen „Schatzmeister“) und einem Vorstand, welcher sich nur in seiner Bezeichnung von dem Geschäftsführer der VDV unterscheidet.

Dass die AFE in ihrer Funktion als Gewerkschaft im Profifußball als echter Vorreiter gilt, wird von einem Blick auf die Historie gestützt: Bereits im Jahre 1987 wurde der erste *Concenio Colectivo*<sup>221</sup> zwischen der AFE und ihrem Gegenspieler, der Liga Nacional de Fútbol Profesional (kurz: LNFP), abgeschlossen. Dieser galt jedoch nur für die Spieler der ersten spanischen Liga, der Primera División. In den Folgejahren wurde mit *Convenios Colectivos* (kurz: *Convenio*) in den darunter befindlichen Ligen nachgelegt, sodass Ende 1989 auch die mehrgliedrige dritte spanische Liga, die 80 Mannschaften umfassende Segunda B, einen Tarifvertrag besaß.<sup>222</sup> Im Jahre 1992 wurde der erste *Convenio* ausgehandelt, welcher Regelungen zu einer Mindestvergütung für Fußballspieler enthielt. Dieser *Convenio* hatte eine Laufzeit von drei Jahren, was nicht unüblich ist: Bis heute haben die *Convenios* i.d.R. eine Laufzeit von drei bis vier Jahren bzw. Spielzeiten.<sup>223</sup> Der aktuelle *Convenio*, abgeschlossen zur Saison 2016/17, endet mit Saisonende 2019/20 am 30. Juni.<sup>224</sup>

Bei Betrachtung der Inhalte des aktuellen *Convenios*<sup>225</sup> lohnt zunächst erneut der Blick auf die Mindestlohnregelungen. Die Mindestvergütungen sind für die einzelnen Ligen unterschiedlich hoch und liegen in der Primera División und der Segunda A deutlich über dem gesetzlichen Mindestlohn.<sup>226</sup> Für die Spieler der ersten Liga ist eine Mindestvergütung von 6.500 € monatlich vorgesehen, diejenigen in der zweiten Liga erhalten mind. 4.000 €. Dass eine solche Regelung Aufnahme in einen potenziellen Tarifvertrag zwischen VDV und Ligaverband findet, ist unwahrscheinlich, insb. da Gehaltsregelungen für die Lizenzligen nicht zu den Hauptanliegen der VDV gehören.<sup>227</sup> In den unteren Ligen wäre eine solche Regelung deutlich interessanter, dort herrscht allerdings nach wie vor die ungelöste Problematik mit MiLoG und Vertragsspielern vor.

Darüber hinaus sind beim spanischen *Convenio* vor allem die Arbeitszeiten, bzw. genauer gesagt die arbeitsfreien Zeiten interessant. So garantiert *Artículo 9* den Spielern wöchentlich mind. anderthalb freie Tage. Dies scheint in Anbetracht der hierzulande

<sup>220</sup> Alle Informationen bezüglich der AFE stammen von ihrer Website: <https://www.afe-futbol.com/web/sobre-nosotros>

<sup>221</sup> So heißt der Tarifvertrag im Spanischen

<sup>222</sup> Die zweite spanische Liga heißt Segunda División A

<sup>223</sup> Hier sei zu erwähnen, dass es im spanischen Profifußball auch einen Tarifvertrag für Fußballerinnen gibt

<sup>224</sup> Evtl. Sonderregelungen aufgrund einer möglicherweise verlängerten Saison wegen der Corona-Pandemie bleiben hier außen vor

<sup>225</sup> Der *Convenio Colectivo* ist (in seiner spanischen Fassung) abrufbar unter <https://www.afe-futbol.com/web/ley-de-transparencia>

<sup>226</sup> Dieser beträgt im Monat 1.108 €; o.V., Mindestlohn in Spanien steigt, 22.01.2020 (<https://www.zdf.de/nachrichten/heute/neue-regierung-in-madrid-mindestlohn-in-spanien-steigt-100.html>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>227</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

üblichen Fünf-Tage-Woche zunächst unüblich, ist jedoch vor dem Hintergrund, dass professionelle Fußballer auch in Deutschland prinzipiell fast täglich trainieren (evtl. mit Ausnahme des Spieltags, obwohl es auch hier teilweise morgendliche Aufwärmeinheiten gibt, und eines freien Tages) durchaus beachtlich. Zudem sind den Spielern in Artículo 10 des am 08.12.2015 abgeschlossenen, bis einschließlich in der Spielzeit 2019/20 geltenden Vertrags grundsätzlich 30 Urlaubstage garantiert. Dies erscheint vor dem Hintergrund der deutschen Urlaubsregelungen großzügig, erfüllt dabei aber lediglich die gesetzlich vorgesehene Mindestanzahl an Urlaubstagen.<sup>228</sup> Tatsächlich wäre eine tarifvertragliche Abweichung zugunsten der Arbeitnehmer möglich<sup>229</sup>; von einer solchen wird jedoch nicht Gebrauch gemacht. Ein weiterer Aspekt, der eine Eigenheit dieses Vertrags darstellt, ist die den Vereinen eingeräumte Möglichkeit einer Probezeit bei neuverpflichteten Spielern. Diese ist geregelt in Artículo 13 und beträgt max. 15 Tage.

Wie mächtig die Spielergewerkschaft in Spanien ist, zeigt ein Blick in die jüngere Vergangenheit: So startete die Spielzeit 2011/12 mit einwöchiger Verspätung, weil die Spieler aufgrund ausstehender Gehaltszahlungen seitens der Vereine i.H.v. 50 Millionen Euro streikten.<sup>230</sup> Auch Christoph Metzelder, ehemaliger Nationalspieler und heute Vizepräsident der VDV, weiß um die Mächtigkeit der spanischen Spielergewerkschaft. Der ehemalige Verteidiger von Real Madrid sieht die AFE aufgrund ihrer Historie wesentlich stärker in der dortigen Liga und den Vereinen verankert.<sup>231</sup> An einer mit Blick auf die Tarifhistorie derart erfolgreichen Geschichte mangelt es der VDV zwar noch. Metzelder und sein Team setzen sich jedoch dafür ein, dass sich dies in Zukunft ändert.

## II. Tarifvertrag in den Niederlanden

Die Situation in Spanien ließe sich im Vergleich zu der in Deutschland aus Sicht der VDV wohl als fortschrittlich beschreiben. In den Niederlanden geht das Ganze noch einen Schritt weiter: Der dortige Tarifvertrag heißt *collectieve arbeidsovereenkomst*, auch *Collective Labour Agreement* oder kurz *CAO*,<sup>232</sup> und wird von drei Parteien verhandelt und unterzeichnet. Er entfaltet Wirkung für die niederländischen Profiligen im Herrenfußball. Auf Arbeitgeberseite agiert *De Nederlandse Federatie van Betaald voetbal Organisaties (FBO)*,<sup>233</sup> in welchem die Vereine sich organisieren. Auf Arbeitnehmerseite stehen zwei verschiedene Gewerkschaften: zum einen *ProProf* und zum anderen die *Vereeniging van Contractspeelers (VVCS)*. Letztere wurde bereits 1961 gegründet und ist eines der drei Gründungsmitglieder der *FIFPro*,<sup>234</sup> welche der internationale Dachverband der Spielergewerkschaften ist.<sup>235</sup>

Die Laufzeit des *CAO* ähnelt der des *Convenio Colectivo* in Spanien. So ist der aktuelle *CAO* abgeschlossen für die Spielzeiten 2017/18 bis 2020/21, d.h. vier Jahre. Die erste für diese Abhandlung relevante Regelung findet sich in Article 7 und betrifft die Arbeitszeit. Für eine

<sup>228</sup> Müller, Spanisches Arbeitsrecht - Urlaub, 19.01.2018 (<https://www.rechtsanwalt-spanien-steuerberater.de/urlaub-spanisches-arbeitsrecht-1430>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>229</sup> dass., Spanisches Arbeitsrecht - Urlaub, 19.01.2018 (<https://www.rechtsanwalt-spanien-steuerberater.de/urlaub-spanisches-arbeitsrecht-1430>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>230</sup> dpa, Spiegel 25.08.2011

<sup>231</sup> VDV, Wir Profis - Das Magazin der VDV 2019, 12 f.

<sup>232</sup> Vollständiger Name: *Collective Labour Agreement for Professional Contract Players in the Netherlands*; im Zuge dieser Ausführungen als Kurzform: *CAO*

<sup>233</sup> *CAO voor contractspeelers betaald voetbal nederland 2017/2021*, abrufbar unter <https://www.vvcs.nl/cao/>

<sup>234</sup> *VVCS (Hrsg.)*, *Over ons* (<https://www.vvcs.nl/over-ons/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>235</sup> *VDV (Hrsg.)*, *Die besten Fußballer der Welt* (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/Aktionen/FIFA-FIFPro-World-11.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

Vollzeitbeschäftigung werden 40 Stunden Arbeitszeit pro Woche berechnet. Hierunter fallen sowohl Vorbereitungszeiten für Spiele und Trainingseinheiten als auch Reisezeiten, welche pauschal auf den errechneten Durchschnitt von zwei Stunden pro Woche angesetzt sind. Für Vollzeit Arbeitnehmer ist in Article 8 geregelt, dass diese mindestens nach den aktuell geltenden Vorschriften zum Mindestlohn vergütet werden.<sup>236</sup> Bezüglich des jährlichen Urlaubsanspruchs ist geregelt, dass dieser 20 Tage umfasst. Dies entspricht ebenfalls den gesetzlichen Mindestanforderungen: Die Anzahl der Urlaubstage entspricht den wöchentlichen Arbeitstagen multipliziert mit vier.<sup>237</sup> Ebenfalls aufgenommen in den CAO ist die Antwort auf die Frage, welcher Arzt im Falle einer Verletzung zu konsultieren ist. Erste Anlaufstelle ist nach Article 13 Nr. 3 zwingend der vereinsinterne Clubarzt. Abweichungen hiervon sind nur nach Absprache mit demselben und auf eigene Kosten des Spielers möglich. Diese Regelung dürfte nach Ansicht der VDV dergestalt keine Aufnahme in einen von ihr mitverhandelten Tarifvertrag finden. Schließlich sieht Baranowsky das Verwehren der freien Arztwahl als klares Problem und als rechtswidrig an.<sup>238</sup> Unmittelbar nach dieser Regelung findet sich jedoch etwas zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, was eher nach den Vorstellungen der VDV ausgestaltet sein dürfte: Article 13 Nr. 4 garantiert eine volle Entgeltfortzahlung für bis zu 52 Wochen, unter bestimmten Umständen sogar darüber hinaus (Nr.5).

Bei Betrachtung des CAO für Profifußballer ergeben sich einige Vertragsinhalte, die, wenn auch in der endgültigen Fassung womöglich anders ausgestaltet, das Potenzial zur Aufnahme in einen Tarifvertrag für den deutschen Berufsfußball besitzen. Änderungsbedürftig wäre aus deutscher Sicht wohl insb. die Urlaubsregelung. Eine genauere Analyse, welche Regelung in welcher Ausgestaltung abgeglichen mit den Forderungen der VDV Aufnahme in einen Tarifvertrag für deutsche Fußballspieler finden könnte und sollte, folgt in Kapitel F.

### III. Tarifvertrag in Österreich

Das dritte Beispiel für einen Tarifvertrag im ausländischen Berufsfußball ist Österreich. Verglichen mit den beiden bereits dargestellten Auslandsbeispielen handelt es sich beim österreichischen Pendant des Tarifvertrags für Fußballer, welches dort *Kollektivvertrag* heißt, um eine vergleichsweise junge Errungenschaft. Der erste *Kollektivvertrag* wurde im Jahre 2008 zwischen der Vereinigung der Fußballer (VdF) und der Österreichischen Fußball-Bundesliga (ÖFBL) abgeschlossen.<sup>239</sup> Die Gewerkschaft VdF, welche als Interessenvertretung aller in Österreich spielenden Amateur- und Profifußballer fungiert, wurde im Mai 1988 gegründet,<sup>240</sup> d.h. verglichen mit der spanischen und den niederländischen Pendants, sogar verglichen mit der VDV, verhältnismäßig spät. Dennoch ist es ihr stand jetzt mind. zwölf Jahre eher als der VDV gelungen, einen *Kollektivvertrag* für die österreichischen Profis abzuschließen. Vertragspartner und damit Arbeitgebervertretung ist die ÖFBL. Bei ihr handelt es sich um einen Zusammenschluss

<sup>236</sup> Dieser beträgt in den Niederlanden 10,14 € pro Stunde (Stand: Januar 2020)

<sup>237</sup> Juncker, Arbeiten in den Niederlanden, 2011 (<https://www.uni-muenster.de/NiederlandeNet/nl-wissen/rechtjustiz/arbeitsrecht/kernpunkte.html>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>238</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>239</sup> VdF (Hrsg.), Die Geschichte der VdF (<http://www.vdf.at/geschichte.php>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>240</sup> dass., Die Geschichte der VdF (<http://www.vdf.at/geschichte.php>) (geprüft am 22.06.2020)

aller Fußballklubs der beiden höchsten österreichischen Fußballligen.<sup>241</sup> Dementsprechend gilt der *Kollektivvertrag* für die in diesen beiden Ligen spielenden Vereine sowie die bei ihnen angestellten Fußballer.

Die ÖFBF ist das österreichische Pendant zur DFL bzw. dem dahinterstehenden Ligaverband. Zwar ist die ÖFBF etwas anders organisiert, was sich u.a. daran zeigt, dass das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan, der Vorstand, personell anders besetzt ist, da bereits zwei Personen dafür ausreichen (§18 der Satzung des ÖFBF), während der Vorstand des Ligaverbands aus mehr Personen besteht (§16 Nr. 1 der Satzung des Ligaverbands) und die DFL als GmbH ohnehin einer ganz anderen Organisation unterliegt als die Vereinigung ÖFBF. Gemeinsam haben ÖFBF und Ligaverband jedoch, dass beide in sich die Vereine der beiden höchsten Spielklassen des jeweiligen Staates vereinen, dass beide nicht gewinnorientiert sind,<sup>242</sup> sondern sich in erster Linie der Förderung des Fußballsports widmen,<sup>243</sup> und dass beide als Mittel hierfür Tarifwillen aufweisen.<sup>244</sup> So entsteht das Bild, dass der einzige markante Unterschied der beiden Vereinigungen der ist, dass die ÖFBF sich tatsächlich auf den Abschluss eines *Kollektivvertrags* eingelassen hat, während es seitens der DFL und damit des Ligaverbands trotz bestehenden Tarifwillens heißt, dass zurzeit kein Bedarf für den Abschluss eines Tarifvertrags für den deutschen Profifußball bestehe.<sup>245</sup>

Nach der Erörterung der Rahmenbedingungen des *Kollektivvertrags* bietet sich an dieser Stelle ein Blick auf den Inhalt desselben an, um potenziell auf einen hiesigen Tarifvertrag anwendbare Regelungen zu erkennen. Zunächst fällt auf, dass der *Kollektivvertrag*, anders als der niederländische CAO und der spanische Convenio Colectivo, nicht befristet, sondern auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Stattdessen wird beiden Seiten das Recht zur Kündigung zum 30. Juni eines jeden Kalenderjahres (=Saisonende) eingeräumt, was bewirkt, dass die Regelungen des *Kollektivvertrags* am darauffolgenden 31. Mai außer Kraft treten.<sup>246</sup> Der aktuelle *Kollektivvertrag* gilt seit dem 1. Juni 2018 (§3 Nr. 3 des *Kollektivvertrags*). In §5 Nr. 3 findet sich ein Verweis auf §3 des österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG), wonach individualvertragliche Abweichungen vom *Kollektivvertrag* möglich sind, solange der Arbeitnehmer dadurch bessergestellt wird. Dies entspricht dem deutschen Günstigkeitsprinzip aus §4 Abs. 3 TVG. Nach §6 Nr. 2 des *Kollektivvertrags* ist die Aneinanderreihung von mehreren befristeten Arbeitsverträgen zulässig; eine Befristungsobergrenze hinsichtlich Anzahl oder Länge gibt es nicht. Darüber hinaus regelt §6 Nr. 5, dass den Fußballspielern ein Mindestlohn von 1.550 € zusteht. Das mag bezogen auf Profifußballer zunächst nicht praxisrelevant erscheinen. Allerdings gilt es dabei zu beachten, dass der österreichische Profifußball nicht annähernd so erfolgreich und groß im internationalen Vergleich ist wie der deutsche Fußball; entsprechend ist er weniger finanzstark. Zudem ist die Besonderheit zu beachten, dass es in Österreich keinen gesetzlichen Mindestlohn gibt<sup>247</sup>: Stattdessen ist es dort üblich, dass Mindestgehälter durch

<sup>241</sup> §1 Abs.2 der Satzung der ÖFBF, abrufbar unter <https://www.oefbl.at/oefbl/bestimmungen/oefbl/>

<sup>242</sup> §1 Abs.6 der Satzung der ÖFBF; §4 Nr.1 der Satzung des Ligaverbands

<sup>243</sup> §2 Abs.1 lit. a) - c) der Satzung der ÖFBF; §4 Nr.1 lit. f) der Satzung des Ligaverbands

<sup>244</sup> §3 Abs.2 lit. h) der Satzung der ÖFBF; §4 Nr.1 lit. i) der Satzung des Ligaverbands

<sup>245</sup> Hasso Suljak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>246</sup> §3 Nr.2 des Kollektivvertrags, abrufbar unter <https://www.oefbl.at/oefbl/bestimmungen/oefbl/>

<sup>247</sup> Cluster Wien (Hrsg.), Mindestlohn 2020 in Österreich - Gehalt & Branchen (<https://www.clusterwien.at/mindestlohn/>) (geprüft am 20.04.2020)

Kollektivverträge branchenweise vereinbart werden, sich aber branchenübergreifend auf einem ähnlichen Niveau befinden.<sup>248</sup>

Bezüglich der Arbeitszeit ist geregelt, dass diese grundsätzlich 40 Stunden pro Woche beträgt, aber bis zu 48 Stunden betragen darf, wenn der Jahresdurchschnitt dadurch nicht auf über 40 Stunden angehoben wird (§10 Nr. 1, Nr. 3). Zur Arbeitszeit gehören sämtliche Spiel- und Trainingszeiten sowie die zugehörigen Reisezeiten und alle anfallenden Repräsentationstermine für den Verein (§10 Nr. 2). Hinsichtlich des Urlaubsanspruchs gibt es keine eigenständigen Regelungen, es wird lediglich auf das österreichische Urlaubsgesetz verwiesen (§11 Nr. 1). Danach stehen einem Arbeitnehmer grundsätzlich 30 Urlaubstage zu, sobald das 25. Dienstjahr vollendet wurde erhöht sich dieser Anspruch auf 36 Tage.<sup>249</sup>

Zuletzt für die hiesige Betrachtung relevant sind die Bestimmungen des §13 des *Kollektivvertrags* bezüglich der Entgeltfortzahlung. Hier wird ebenfalls auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen, diese stellen den Arbeitnehmer jedoch besser, als es die entsprechenden deutschen Regelungen tun: So gibt es bei einem Arbeitsunfall eine Fortzahlung des vollen Gehalts für bis zu acht Wochen (§13 Nr. 2 lit. b)); im Falle einer nicht berufsbedingten Erkrankung gibt es sechs Wochen lang eine Fortzahlung des vollen Entgelts gefolgt von vier Wochen mit Bezügen in halber Höhe (§13 Nr. 2 lit. a)), was im Ergebnis zwar zu einer längeren, aber insgesamt genauso hohen Fortzahlung führt.

Inwiefern die kollektivvertraglichen Regelungen bezogen auf Urlaub, Entgelt etc. die österreichischen Fußballer anders- oder gar besserstellen als die Deutschen bei aktueller Rechtslage erfährt nachfolgend in Kapitel F eine genauere Untersuchung. Jedoch kann an dieser Stelle bereits ein erstes Zwischenfazit gezogen werden: Im Vergleich zu den anderen vorgestellten europäischen Fußballnationen hinkt Deutschland mit Blick auf die Arbeitsbedingungen hinterher. Nicht nur die Topligen aus Frankreich, Spanien oder England verfügen über Tarifverträge, auch kleinere Fußballnationen wie Österreich ziehen nach. Dass es, um den Abschluss eines Tarifvertrags zu forcieren, nicht zwingend eine Gewerkschaft mit langer und glorreicher Historie braucht, zeigt insb. das Beispiel Österreich. Um den Status als eine der Top-Fünf-Ligen Europas zu erhalten, kommt es nicht nur auf Arbeitsbedingungen an. Die Liga aber eben auch durch den Abschluss von Tarifverträgen und damit einhergehenden besseren Arbeitsbedingungen attraktiver zu machen (sowohl für deutsche Talente, die dadurch weniger Anreiz für einen Wechsel ins Ausland erhalten als auch, um junge Spieler aus dem Ausland hierher zu locken) wäre sowohl aus Sicht der Spieler als auch der Vereine und der Dachorganisationen DFB und DFL/Ligaverband erstrebenswert.

## E. Möglichkeiten und Anregungen zur Gestaltung eines Tarifvertrags für den deutschen Fußball

Die Frage, welche Organisationen unter welchen Umständen für die VDV als Vertragspartner in Betracht kommen, wurde in Kapitel C.II beantwortet. In dem diesem Kapitel vorangehenden Abschnitt wurden beispielhaft einige ausländische Fußballergewerkschaften sowie die in diesen Ländern ausgehandelten und geltenden Tarifverträge für die dort spielenden Profi- bzw. Berufsfußballer vorgestellt. Ziel des folgenden Kapitels ist es, die von der VDV gewünschten und geforderten Inhalte eines möglichen Tarifvertrages mit den ausländischen Tarifvertragsregelungen abzugleichen und

<sup>248</sup> *Arbeitsvertrag.org* (Hrsg.), Mindestlohn in Österreich: Wird pro Stunde ein Grundgehalt gezahlt? (<https://www.arbeitsvertrag.org/mindestlohn-oesterreich/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>249</sup> §2 Abs.1 Urlaubsgesetz vom 07.07.1976

anhand dessen Anregungen zu schaffen, wie Tarifverträge für deutsche Berufsfußballer gestaltet werden können. Gegebenenfalls werden dabei unterschiedliche Möglichkeiten skizziert, wenn eine Regelung bspw. für einen Tarifvertrag zwischen Ligaverband und VDV sinnvoll erscheint, nicht aber für einen solchen mit Geltung für die Regionalligisten und umgekehrt.

## I. Mindestlohn

Die Thematik des Mindestlohns wurde bereits in Kapitel D im Rahmen der Abgrenzung zwischen Profifußballern, Vertragsspielern und Amateuren angeschnitten. Zwar stehen flächendeckende Mindestgehälter für Profifußballer nicht weit oben auf der Prioritätsliste der VDV,<sup>250</sup> aber aufgrund der Tatsache, dass in den drei untersuchten Tarifvertrags-Pendants aus den Niederlanden, Spanien und Österreich jeweils Regelungen zu Mindestvergütungen enthalten sind, scheint eine etwas genauere Beschäftigung mit dieser Thematik durchaus angebracht.

Zunächst stellt sich also die Frage, ob eine Mindestvergütungsregelung Aufnahme in einen Tarifvertrag zwischen VDV und Ligaverband finden sollte. Eine Regelung ähnlich der des österreichischen *Kollektivvertrags* (§6 Nr. 5) erscheint nicht sinnvoll, da es in Deutschland ein Gesetz zur Regelung des Mindestlohns gibt, sodass es keiner tariflichen Regelung zur grundsätzlichen Einführung eines Mindestlohns bedarf. Eine Regelung entsprechend der des Article 8 des niederländischen *CAO* für Profifußballer scheint ebenfalls nicht zielführend. Schließlich erklärt dieser in Nr. 1 lediglich, dass die Entlohnung für vollzeitbeschäftigte Profis als Untergrenze dem gesetzlichen Mindestlohn zu entsprechen hat. Eine solche Klausel ist für einen deutschen Tarifvertrag entbehrlich, da die Lizenzspieler der ersten beiden Ligen unstrittig als Arbeitnehmer einzustufen<sup>251</sup> und deswegen ohnehin von dem Wirkungsbereich des MiLoG erfasst sind,<sup>252</sup> sodass eine derartige Regelung allenfalls deklaratorischen Charakter hätte. Sinnvoll wäre eine Klausel zur Mindestvergütung höchstens bei einer Adaption der spanischen Regelung aus dem *Convenio Colectivo* (Artículo 24). Diese garantiert den Spielern der Primera División ein monatliches Mindesteinkommen von 6.500 € und denen der Segunda División von 4.000 €, d.h. ein Mindestgehalt, das deutlich über dem gesetzlichen Mindestlohn in Spanien liegt.<sup>253</sup> Vor dem Hintergrund, dass bereits Michael Preetz unmittelbar nach Umwandlung der VDV in eine Gewerkschaft klarstellte, keine Gehaltsuntergrenzen für Profis fordern zu wollen<sup>254</sup> und diese Ansicht nach wie vor besteht,<sup>255</sup> bleiben Mindestvergütungsregelungen für Lizenzspieler wohl außen vor. Dies dürfte aus Sicht der Profis in Bundesliga und 2. Bundesliga zu verkraften sein: Das durchschnittliche Jahreseinkommen soll selbst bei den weitaus schlechter verdienenden Profis in der 2. Liga bei ca. einer halben Million Euro liegen.<sup>256</sup>

<sup>250</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>251</sup> BAG, Urt. v. 09.07.1981, Rs. 2 AZR 788/78, NJW 1982, 788 ff.

<sup>252</sup> Vgl. §22 Abs. 1 S. 1 MiLoG

<sup>253</sup> *o.V.*, Mindestlohn in Spanien steigt, 22.01.2020 (<https://www.zdf.de/nachrichten/heute/neue-regierung-in-madrid-mindestlohn-in-spanien-steigt-100.html>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>254</sup> *Pröpfer*, NZA 2001, 1346 ff.

<sup>255</sup> Vgl. *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>256</sup> *Christoph Sackmann*, Selbst Drittliga-Kicker verdienen wie Top-Banker - aber mit einem Haken, 17.06.2016 ([https://www.finanzen100.de/finanznachrichten/wirtschaft/116-000-euro-pro-jahr-selbst-drittliga-kicker-verdienen-wie-top-banker-aber-mit-einem-haken\\_H254104146\\_288017/](https://www.finanzen100.de/finanznachrichten/wirtschaft/116-000-euro-pro-jahr-selbst-drittliga-kicker-verdienen-wie-top-banker-aber-mit-einem-haken_H254104146_288017/)) (geprüft am 22.06.2020)

Sollte sich der DFB eines Tages tarifwillig zeigen, könnte die 3. Liga davon profitieren und in den Genuss eines Tarifvertrags kommen. Sie stellt zwar die dritte Profiligena im deutschen Fußball dar, ist aber keine Lizenzliga und daher bei einem Tarifvertrag zwischen Ligaverband und VDV außen vor. Da es eine Profiligena ist, sind die dort spielenden Fußballer keine Lizenzspieler, sondern Vertragsspieler, aber aufgrund einer Abwägung der Umstände als Arbeitnehmer einzustufen. Für diese gilt ebenso wie für die Lizenzspieler das MiLoG, allerdings liegt auch in der 3. Liga das Durchschnittsgehalt mit 116.000 € (2016)<sup>257</sup> weit über dem Mindestlohn, was die Notwendigkeit einer gesonderten Mindestvergütungsregelung zumindest fragwürdig erscheinen lässt.

Bleibt die Frage nach einer Mindestlohnregelung in den Regionalligen. Dort sind vor allem Vertragsspieler beschäftigt, teilweise auch Amateure. Ob diese als Arbeitnehmer einzustufen sind und somit das MiLoG anwendbar ist, ist eine Frage des Einzelfalls.<sup>258</sup> Ebenfalls problematisch bleibt die Frage nach dem Tarifpartner.<sup>259</sup> Selbst innerhalb der einzelnen Regionalligen unterscheiden sich die finanziellen Mittel erheblich, bspw. sind die Vereine, hinter denen ein Investor steht, finanzstärker. Vor diesem Hintergrund würde eine Regelung, die Mindestvergütungen oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns vorsieht, allenfalls auf Vereinsebene durch den Abschluss von Haustarifverträgen sinnvoll sein. Eine solche Regelung würde der des spanischen *Convenio Colectivo* ähneln. Der *Convenio* gilt allerdings für wesentlich finanzstärkere, höherklassige Clubs. Selbst in den Tarifverträgen für die höchsten Spielklassen in den Niederlanden und Österreich gibt es keine derartigen Regelungen. Insofern erscheint es selbst bei finanzstarken Regionalligisten unwahrscheinlich, dass durch Haustarifverträge Mindestvergütungen oberhalb des MiLoG vereinbart werden.

## II. Befristung

Die zweite größere Thematik, die hinsichtlich einer eventuellen Aufnahme in einen Tarifvertrag einer genaueren Erörterung bedarf, ist die der Befristung. Die aktuelle Praxis im Berufsfußball sieht vor, dass mit den Spielern Verträge mit einer befristeten Laufzeit von ein bis fünf Jahren abgeschlossen werden.<sup>260</sup> Diese Herangehensweise ist auch über die deutschen Grenzen hinaus üblich und steht im Einklang mit den Soll-Vorschriften des Weltverbands FIFA.<sup>261</sup> Ob diese Praxis in Deutschland rechtlich vertretbar ist, wurde allerdings im Jahre 2015 von Heinz Müller, ehemaligem Bundesligatorwart des FSV Mainz 05, hinterfragt. Er klagte u.a. auf Entfristung seines Arbeitspapiers und legte damit den Grundstein für einen Rechtsstreit, der schlussendlich vor dem BAG landete.<sup>262</sup>

Müllers Beschäftigung bei Mainz 05 begann zu Saisonbeginn der Spielzeit 2009/10, d.h. am 1. Juli 2009, auf Grundlage eines befristeten Vertrags bis zum 30. Juni 2012.<sup>263</sup> Der Verein spielte damals in der Bundesliga, sodass Müller als Lizenzspieler zweifelsfrei Arbeitnehmer war. An diesen Vertrag schloss sich ein weiterer mit Befristung zum 30. Juni 2014 inkl. der Option auf automatische Verlängerung bei Erreichen einer bestimmten Anzahl von Einsätzen an.<sup>264</sup> Da sich Müller zu Beginn der Spielzeit verletzte und nach seiner Genesung nicht mehr in der ersten Mannschaft eingesetzt wurde, griff die

---

<sup>257</sup> *dass.*

<sup>258</sup> S. Kapitel D.III

<sup>259</sup> S. hierzu Kapitel C.II.3

<sup>260</sup> *Walker*, NZA 2016, 657 ff.

<sup>261</sup> *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>262</sup> *Walker*, NZA 2016, 657 ff.

<sup>263</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16. NZA 2018, 703 ff.

<sup>264</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

Verlängerungsklausel nicht.<sup>265</sup> Seiner darauffolgenden Entfristungsklage gab das Arbeitsgericht Mainz zunächst statt.<sup>266</sup> In nächster Instanz wurde die Entscheidung des Arbeitsgerichts Mainz durch das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz revidiert und die Klage abgewiesen.<sup>267</sup> Fraglich war zunächst, um welche Art der Befristung es sich handelt. Aufgrund der Vorbeschäftigung musste es sich um eine Sachgrundbefristung handeln, und von diesen Möglichkeiten kam lediglich die Sachgrundbefristung des §14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG in Betracht, d.h. die Eigenart der Arbeitsleistung.<sup>268</sup> Dieser Grund sowie die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz wurden vom BAG letztendlich bestätigt.<sup>269</sup> Das BAG führte aus, dass nach TzBfG der unbefristete Arbeitsvertrag der Normalfall und der befristete Arbeitsvertrag die Ausnahme seien.<sup>270</sup> Daher müsse die Arbeitsleistung derartige Besonderheiten aufweisen, die für beide Seiten ein berechtigtes Befristungsinteresse rechtfertigten und das Befristungsinteresse des Arbeitgebers müsste das Interesse des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Beschäftigung überwiegen.<sup>271</sup> Zunächst spreche für eine Befristung die Tatsache, dass der Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses für solche Arbeitnehmer gedacht sei, die ihren Beruf bis zum Rentenalter ausüben können, was auf einen Lizenzfußballer nicht zutrefte, da dieser sportliche Höchstleistungen schulde.<sup>272</sup> Dies begründe ein berechtigtes Interesse der Vertragsparteien am Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses.<sup>273</sup> Zudem berge eine Befristung auch für die Spieler Vorteile, da aus ihr höhere Gehälter und bessere sportliche Förderungsmöglichkeiten entstünden.<sup>274</sup> Diese Vorteile ergeben sich aus dem Bosman-Urteil: Ablösesummen werden nun nicht mehr losgelöst von Arbeitsverträgen gezahlt, sondern um diese zu beenden.<sup>275</sup> Die Ablösesummen stellten eine Art Schadenersatz für den ausbildenden Verein dar, welche vom neuen Verein dafür gezahlt wird, dass der Spieler seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis mit dem abgebenden Verein nicht mehr erfüllt.<sup>276</sup> Bei dem neuen Verein erhält der Spieler besseres Gehalt und bessere sportliche Förderung, und der abgebende Verein hat so ein weiteres dringend benötigtes Einnahmeinstrument.<sup>277</sup> Würde in Deutschland die Befristung von Fußballern abgeschafft werden, wären die hiesigen Ligen die einzigen im internationalen Vergleich, die keine solchen Regelungen haben; das wiederum würde dazu führen, dass die Spieler einfach kündigen könnten, um sich einem anderen Verein (im Ausland) anzuschließen, während deutsche Vereine nach wie vor hohe Ablösesummen an ausländische Vereine überweisen müssten.<sup>278</sup> Dies würde die internationale Konkurrenzfähigkeit der deutschen Vereine zunichtemachen und die Vereine finanziell ruinieren, d.h. die Befristungspolitik garantiert den Vereinen innerhalb Deutschlands, dass die Kleinen nicht gänzlich von den Großen abgehängt werden, und dass sie im internationalen Konkurrenzkampf mithalten können. Hieraus ergibt sich, dass das Befristungsinteresse das Interesse des Arbeitnehmers am Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages überwiegt, wodurch die Befristungspolitik im Profifußball legitimiert wird.<sup>279</sup>

<sup>265</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>266</sup> ArbG Mainz, Urt. v. 19.03.2015, Rs. 3 Ca 1197/14, NZA 2015, 684 ff.

<sup>267</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.02.2016, Rs. 4 Sa 202/15, NZA 2016, 699 ff.

<sup>268</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.02.2016, Rs. 4 Sa 202/15, NZA 2016, 699 ff.

<sup>269</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>270</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>271</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>272</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>273</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

<sup>274</sup> *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>275</sup> *dass.*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>276</sup> *dass.*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>277</sup> *dass.*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>278</sup> *dass.*, NZA 2018, 1046 ff.

<sup>279</sup> BAG, Urt. v. 16.01.2018, Rs. 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.

Im Ergebnis dessen sind befristete Verträge im Profifußball damit grundsätzlich für zulässig erklärt. Ginge es nach der VDV, würde eine solche Problematik für die Zukunft jedoch anderweitig gelöst werden: Gem. §14 Abs. 2 S. 3 TzBfG ist es zulässig, die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer einer sachgrundlosen Befristung tarifvertraglich abweichend vom Gesetz zu gestalten. Für Baranowsky wäre eine Verlängerung der Befristungsdauer auf fünf Jahre wünschenswert.<sup>280</sup> Hier gilt es allerdings zu beachten, dass nach diesen geforderten fünf Jahren (zulässig ist nach ständiger Rechtsprechung eine Verlängerung auf maximal sechs Jahre und eine Erhöhung auf maximal neun Verlängerungen bis zur Gesamtgrenze von sechs Jahren<sup>281</sup>) nicht erneut ein sachgrundlos befristeter Vertrag geschlossen werden kann, §14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Wohl möglich wäre nach Ablauf der sachgrundlosen Befristung von fünf Jahren eine Befristung mit Sachgrund nach §14 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TzBfG. Es stellt sich daher die Frage, wie sinnvoll es wäre, in einem Tarifvertrag die sachgrundlose Befristungsdauer auf fünf Jahre zu verlängern, nur um nach Ablauf dieser fünf Jahre wieder auf Befristungen mit Sachgrund zurückgreifen zu müssen. Schließlich ist es im Fußball nicht unüblich, dass Spieler, wenn sie erstmals zu einem Verein wechseln, einen Vier- oder Fünf-Jahresvertrag abschließen, um diesen dann frühzeitig um drei oder mehr weitere Jahre zu verlängern. Bereits für diese Verlängerung nach z.B. vier Jahren könnte die tarifvertragliche Befristungsklausel nicht mehr gelten. Insgesamt würde eine Befristungsklausel den Lizenzvereinen daher nur bedingt weiterhelfen. Es wäre einfacher, die vom BAG legitimierten Befristungen mit Sachgrund fortzuführen, als zunächst sachgrundlos befristete Verträge abzuschließen und ab einer gewissen Dauer bei der Verlängerung auf Befristungen mit Sachgrund umzuschwenken.

Bezüglich der Befristungen in der Regionalliga gilt es zu differenzieren. Amateurspieler, d.h. solche, die monatlich weniger als 250 € als Auslagenerstattung erhalten,<sup>282</sup> sind ohnehin nicht als Arbeitnehmer einzustufen.<sup>283</sup> Damit fallen sie nicht unter die Einschränkungen des TzBfG.

Auf der anderen Seite steht wieder der Vertragsspieler. Hier hat das Landesarbeitsgericht Köln in einem Fall, in dem ein Spieler der Regionalliga West u.a. die Feststellung begehrte, dass die in seinem Vertrag stehende Befristung nicht wirksam sei, entschieden, dass die Befristung auch für Vertragsspieler der Regionalliga sachgerecht sei.<sup>284</sup> Das sei darin begründet, dass Vertragsspieler in der Regionalliga, ebenso wie Lizenzfußballer, sportliche Höchstleistungen erbringen müssen und diese Tätigkeit nicht bis zum Rentenalter hin ausüben können.<sup>285</sup> Zudem sei der Fußballbetrieb in der Regionalliga ebenfalls kommerzialisiert und zumindest regional öffentlichkeitsgeprägt, weshalb die Zuschauerbedürfnisse nach Spitzensport und ggf. Abwechslung zu berücksichtigen seien.<sup>286</sup> Darüber hinaus trage das Befristungssystem dem Umstand Rechnung, dass auch Vertragsspieler in das internationale Transfersystem der FIFA eingebunden seien.<sup>287</sup> Aus diesen Gründen sei eine Befristung sowohl im Interesse der Vereine (primär wegen der finanziellen Aspekte, d.h. Ablösesummen etc.) als auch im Interesse der Spieler.<sup>288</sup> Der Vertragsspieler, der in diesem Fall als Kläger auftrat, war dabei zweifelsohne als

<sup>280</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>281</sup> BAG, Urt. v. 17.04.2019, Rs. 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223 ff.

<sup>282</sup> §8 Nr.1 der DFB-Spielordnung

<sup>283</sup> *Schmidt*, ArbRAktuell 2015, 261 ff.

<sup>284</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>285</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>286</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>287</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>288</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

Arbeitnehmer zu klassifizieren. Dies ergab sich zum einen am Gehalt von 11.000 € brutto monatlich zuzüglich diverser Prämien,<sup>289</sup> welches in dieser Höhe eindeutig darauf hinweist, dass primär wirtschaftliche Interessen mit Ausübung des Sports verfolgt werden. Darüber hinaus enthielt der Vertrag auch Regelungen, inwieweit das Gehalt sich im Falle eines Aufstiegs in die 3. Liga und in die 2. Bundesliga erhöht und welche Aufstiegsprämien anfallen.<sup>290</sup> Dies sind ebenfalls klare Anhaltspunkte dafür, dass der betreffende Spieler als Arbeitnehmer einzustufen ist.

Aus den Erwägungen des LAG Köln ist ersichtlich, dass Befristungsregeln auch für den Regionalligabetrieb sinnvoll sind. Bei dem betreffenden Spieler handelt es sich ebenso wie bei den Spielern der 3. Liga um einen Vertragsspieler. Auch für die 3. Liga sind Befristungsregeln aus den bereits genannten Gründen wichtig. Anders als für die Lizenzspieler gibt es für Vertragsspieler allerdings noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Befristungsthematik. Daraus ließe sich schließen, dass eine tarifliche Regelung zur Verlängerung der Dauer der sachgrundlosen Befristung für Vertragsspieler sinnvoll erscheint, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. Da bei der Argumentation im Fall des Vertragsspielers zurecht die gleichen Argumente wie im Fall Müller aufgeführt wurden, ist jedoch davon auszugehen, dass Vertragsspieler auch im Fall eines BAG-Urteils den Lizenzspielern in diesem Punkt richtigerweise gleichgestellt werden. Aus diesem Grund wäre eine Befristungsregel in Tarifverträgen für 3. Liga und die Regionalligen ebenso wirkungsvoll wie für die Lizenzligen, d.h. nur geringfügig. Schließlich müsste auch hier im Falle einer Vertragsverlängerung regelmäßig von einem sachgrundlos befristeten Vertrag auf einen mit Sachgrund gewechselt werden, wodurch im Ergebnis wenig gewonnen wird. Auch ohne tarifliche Regelungen zur Befristungsdauer ist nach aktueller Rechtslage ein Gleichlauf der deutschen Ligen im Hinblick auf die Befristungsregeln und damit auch auf das nach FIFA-Regeln aufgestellte internationale Transfersystem gewährleistet.

### **III. Umfassender Beschäftigungsanspruch und Vertragsstrafen**

Der nächste Aspekt, von dem sich die VDV die Aufnahme in einen Tarifvertrag verspricht, ist ein umfassender Beschäftigungsanspruch. Dieser solle sich nicht lediglich auf die Teilnahme am Training beschränken, sondern den Spielern darüber hinaus Anspruch auf einen Platz in der Kabine und auf dem Mannschaftsfoto, auf Ausrüstung und Ausstattung vom Verein sowie auf ärztliche Behandlung gewähren.<sup>291</sup>

Zunächst wird der Anspruch auf Teilnahme am Training betrachtet. Bei den Lizenzvereinen ist damit gemeint, dass jeder Lizenzspieler berechtigt ist, regelmäßig am Training der ersten Mannschaft, d.h. der in einer der beiden Lizenzligen spielenden Mannschaft, teilzunehmen. Damit soll verhindert werden, dass Spieler gegen ihren Willen in die zweite Mannschaft des Vereins, die im besten Fall in der 3. Liga spielen kann, versetzt werden. Die Gründe für eine solche Versetzung können indes vielfältig sein: Sie kann dazu dienen, den Spieler nach einer längerfristigen Verletzung langsam wieder an das frühere Leistungsniveau heranzuführen, indem in der unteren Klasse Spielpraxis gesammelt wird. So war es womöglich anfangs auch in der Causa Müller gedacht, allerdings kam es dort nicht mehr zur Eingliederung in die erste Mannschaft. Ebenfalls in Betracht kommt eine Abstellung aus disziplinarischen Gründen, bspw. wenn der Spieler sich eines unzulässigen Verhaltens schuldig gemacht hat oder wenn ihm eine „Denkpause“ auferlegt wird. So

<sup>289</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>290</sup> LAG Köln, Urt. v. 15.08.2018, Rs. 11 Sa 991/17, BeckRS 2018, 38174

<sup>291</sup> *Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

verhielt es sich z.B. bei dem Kölner Stürmer Anthony Modeste, welcher 2017 mit einem Wechsel nach China liebäugelte. Er wurde nicht versetzt, sondern vom Training freigestellt, und wollte sich anschließend per einstweiliger Verfügung ins Training klagen.<sup>292</sup> In den vorliegenden Fällen machte der Trainer jeweils von seinem Weisungsrecht aus §106 GewO Gebrauch. Da in einem solchen Fall der Spieler jedoch nicht die vertraglich geschuldete (Trainings-)Leistung erbringen kann, bedarf es in seinem Arbeitsvertrag einer Abstellungsklausel, die ein solches Vorgehen legitimiert.<sup>293</sup> In einem Tarifvertrag könnte eine solche Abstellungsklausel aufgenommen werden und in dieser genau konkretisiert werden, unter welchen Umständen eine Versetzung in die zweite Mannschaft zulässig ist. Im Sinne der VDV würden womöglich hauptsächlich Verletzungen ein solches Vorgehen rechtfertigen, Versetzungen aufgrund von Spielerleistungen eher nicht. Dies wäre auch zweckgerecht, da der Trainer den Spieler trotz Teilnahme am Training nicht bei Spielen aufstellen muss. Auf der anderen Seite bekommt der Spieler die Chance, sich durch gute Trainingsleistungen zu rehabilitieren. Es bedürfte einer Obergrenze an Wochen, für die die Abstellung im Verletzungsfall erfolgen darf.

Ebenfalls regelbar wäre, wann ein Spieler gänzlich vom Mannschaftsbetrieb suspendiert werden darf (wie im Fall von Modeste). Ob solche Vertragsstrafen in Tarifverträgen allerdings zweckgerecht sind, erscheint fraglich. Schließlich handelt es sich oftmals um interne Konflikte, die auch intern gelöst werden und nicht von durch Dritte (VDV und Vertragspartner) aufgestellten Regelungen abhängen sollten. Dennoch erscheint es sinnvoll, zumindest bestimmte Rahmenbedingungen zu vereinbaren. Dadurch werden allen Spielern grundsätzlich einheitliche Bedingungen und somit Rechtssicherheit gewährt. Nichtsdestotrotz bleibt den Vereinen ein gewisser Spielraum, wie mit Regelverstößen umgegangen wird. Als Beispiel für eine solche Lösung lässt sich der *Kollektivvertrag* der VfF mit der Österreichischen Bundesliga nennen. Dort ist geregelt, welche Verfehlungen grundsätzlich strafbar sind, und in welchem Rahmen die Strafe erfolgen kann. Geldstrafen sind bspw. auf die Höhe eines Monatsgehalts begrenzt. Es obliegt dem Arbeitgeber, ob er eine Geldstrafe oder einen schriftlichen Verweis als Strafe nutzt, und wie hoch er letztere ansetzt. Diese beiden Bestrafungen könnten um die Suspendierung vom Mannschaftsbetrieb, z.B. begrenzt auf eine Woche, erweitert werden. So gäbe es für die deutschen Spieler ein von der VDV und dem Ligaverband entwickeltes Rahmenkonzept, aus dem sich die Arbeitgeber einzelfallabhängig bedienen können, wodurch ligaweit eine ähnliche Handhabung gewährt wird.

Ein Platz auf dem Mannschaftsfoto sowie die Ausstattung mit Mannschaftsequipment ist ohnehin gang und gäbe. Insb. ersteres ist aus Spielersicht relevant, da es auch der eigenen Vermarktung dient und öffentlichkeitswirksam für die Fans des Spielers und potenziell interessierte andere Arbeitgeber ist. Es ist daher im Interesse des Spielers, einen solchen Anspruch auch tarifvertraglich zu verankern. Relevant ist dies vor allem, wenn ein Spieler erst spät verpflichtet wird und daher auf einem zu Marketingzwecken geschossenen ersten Foto nicht zu sehen ist. Denkbar wäre eine Regelung, die das Schießen eines Mannschaftsfotos nach Transferschluss verpflichtend macht. Der Mehraufwand hierfür wäre wohl überschaubar, sodass eine solche Regelung aufgrund des berechtigten Spielerinteresses sinnvoll erscheint. Das Festsetzen, welche Ausrüstung den Spielern gestellt wird, erscheint ebenfalls sinnvoll (im österreichischen *Kollektivvertrag* gibt es eine entsprechende Regelung, die als Vorbild dienen kann). Die ärztliche Behandlung wird an späterer Stelle (Kapitel F.VI) erörtert.

<sup>292</sup> *Dordevic*, Modeste will sich ins Training klagen, 2017 ([https://www.ligain insider.de/anthony-modeste\\_1223/modeste-will-sich-ins-training-klagen-213357/](https://www.ligain insider.de/anthony-modeste_1223/modeste-will-sich-ins-training-klagen-213357/)) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>293</sup> *Schulz*, ArbRAktuell 2019, 163 ff.

Die in diesem Kapitel anhand der Lizenzvereine vorgestellten und entwickelten Ideen lassen sich auch auf die Spieler und Vereine der 3. Liga sowie der Regionalligen anwenden.

#### IV. Arbeitszeit

Von der VDV nicht explizit gefordert, aber dennoch sinnvoll, wäre eine Klausel, die die Arbeitszeit regelt. Im DFL-Mustervertrag für Lizenzspieler ist eine solche nicht enthalten, es gibt lediglich eine Aufzählung der Tätigkeiten, bei denen die Teilnahme verpflichtend ist. Zunächst muss also die Frage beantwortet werden, was zur Arbeitszeit gehört.

Die VDV vertritt die Ansicht, dass neben Trainings- und Spielzeiten auch das Umziehen und die Reisen zu Auswärtsspielen zur Arbeitszeit gehören.<sup>294</sup> Das Umziehen kann zur Arbeitszeit gehören, insb. ist es tariflich regelbar.<sup>295</sup> Bei Fußballern sollte stets anzunehmen sein, dass das Umkleiden bei Spielen zur Arbeitszeit gehört, da dies i.d.R. bereits einheitlich mit der gesamten Mannschaft erfolgt und der Trainer zugegen ist, sodass bereits Dinge besprochen werden können. Ein Fernbleiben ist den Spielern nicht möglich, sodass hier von Arbeitszeit auszugehen ist. Für die Reisen zu Auswärtsspielen gilt folgendes: Die Vereine treten Auswärtsfahrten im Normalfall gemeinsam an, d.h. alle fahren gemeinsam mit dem Mannschaftsbus oder fliegen in demselben Flugzeug. Ein Fernbleiben hiervon ist ebenso wie das Fernbleiben vom gemeinsamen Umkleiden nicht denkbar. Der Fußballer begibt sich zunächst von seiner Wohnung zum Vereinsgelände, was als Wegezeit nicht zur Arbeitszeit gehört.<sup>296</sup> Die darauffolgende Reise zur auswärtigen Arbeitsstätte demgegenüber gehört zur Arbeitszeit.<sup>297</sup> Zwar muss der Spieler in diesem Zeitraum keine Vollarbeit leisten, wodurch die Frage nach der Vergütung grundsätzlich problematisch wäre.<sup>298</sup> Aufgrund der oben dargelegten Pflicht zur Teilnahme an dieser Reise ist der Spieler jedoch weisungsgebunden; er ist nicht frei in seiner Gestaltung der Reise, sodass auch hierbei von Arbeitszeit auszugehen ist.

Um Probleme bezüglich des Obs der Arbeitszeit in diesen Aspekten zu vermeiden, bietet sich eine entsprechende tarifvertragliche Regelung an. Eine solche Regelung ist möglich<sup>299</sup> und auch im Ausland üblich. Der *Kollektivvertrag* der Österreichischen Bundesliga sieht als Arbeitszeit sämtliche Pflicht- und Testspiele, Reisezeiten, Trainingseinheiten, Trainingslager sowie Repräsentationstätigkeiten vor (§10). Zwar sind die Umkleidezeiten beim Training nicht explizit erwähnt, allerdings gehören sie wohl auch dort verpflichtend dazu. Im niederländischen CAO sind die Vorbereitungszeiten für Training und Spiele, die mit der gesamten Mannschaft erfolgen, explizit als Arbeitszeit aufgenommen (Article 7). Die vergüteten Reisezeiten sind pauschal mit zwei Stunden pro Woche angesetzt, was durchaus realistisch erscheint. Zwar sind die Reisen oft länger, da tatsächlich aber nicht jede Woche ein Auswärtsspiel ansteht, dürfte diese Rechnung durchschnittlich in etwa aufgehen.

Beide Verträge sehen eine wöchentliche Durchschnittsarbeitszeit von 40 Stunden vor. Dies entspricht der durchschnittlichen vorgesehenen Arbeitszeit einer vollen Stelle in Deutschland und erscheint damit sinnvoll, um in einen Tarifvertrag für Fußballspieler aufgenommen zu werden. Es bleibt zu beachten, dass Fußballspiele häufig an Sonn- oder Feiertagen stattfinden. Dieser Problematik begegnet §10 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG, welcher für

<sup>294</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018

(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>295</sup> ArbR A-Z/Koch, Arbeitszeit

<sup>296</sup> Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 ff.

<sup>297</sup> dass., NZA 2019, 505 ff.

<sup>298</sup> dass., NZA 2019, 505 ff.

<sup>299</sup> ArbR A-Z/Koch, Arbeitszeit

Sportereignisse die Arbeit an solchen Tagen gestattet. Dafür ist in §11 ArbZG ein Ausgleich vorgesehen, der gewährt werden muss. Zwar kann von dieser gesetzlichen Regelung gem. §12 ArbZG durch Tarifvertrag abgewichen werden, hierfür ist allerdings keine Notwendigkeit ersichtlich.

Im Ergebnis sollte also entsprechend der obigen Ausführungen konkretisiert werden, welche Tätigkeiten unter die Arbeitszeit fallen. Es kann zudem eine pauschale wöchentliche Reisedauer zu Auswärtsspielen festgesetzt werden. Da Deutschland eine größere Fläche als die Niederlande hat, empfiehlt sich eine Aufstockung der dort vorgesehenen zwei Stunden. Hierfür böte sich an, die ligaweite durchschnittliche Reisedauer zu ermitteln. Alle hier gewonnenen Erkenntnisse sind gleichermaßen auf potenzielle Tarifverträge sowohl für die Lizenzligen als auch für die 3. Liga anzuwenden. Einzig bei den Regionalligen bedürfte es einer Abweichung bei den pauschalen Reisezeiten. Diese sind erheblich geringer als in den drei Profiligen, da die Reisen sich nicht über das gesamte Bundesgebiet erstrecken, sondern lediglich, wie der Name impliziert, regional sind.

## V. Urlaub und Belastung

Nachdem die Arbeitszeit geregelt ist, bietet sich die Untersuchung der arbeitsfreien Zeit, d.h. insb. des Urlaubs, an. VDV-Geschäftsführer Ulf Baranowsky wünscht sich für einen Tarifvertrag Regelungen, welche die Belastung der Spieler verringern, um so das Verletzungsrisiko zu minimieren.<sup>300</sup> Das bestgeeignete Mittel hierfür scheint zunächst eine Verlängerung des Urlaubsanspruchs zu sein. Gesetzlich stehen den Fußballspielern ebenso wie anderen Arbeitnehmern 24 Urlaubstage pro Kalenderjahr bei Zugrundelegen einer 6-Tage-Woche zu (§3 Abs. 1 BUrIG). Diese 24 Tage sind auch im DFL-Mustervertrag für Lizenzspieler niedergeschrieben. Eine 6-Tage-Woche ist bei Fußballspielern durchaus realistisch, sodass es nicht zu einer Verringerung auf 20 Tage kommt (auch wenn dies einzelfallabhängig bleibt; insb. in niedrigeren Ligen ist es vorstellbar, dass es nur eine 5-Tage-Woche gibt). Die Musterverträge von DFL und DFB sind nicht verbindlich, sodass durch Änderung dieser eine Verbesserung des Urlaubsanspruchs nicht pauschal möglich ist. Ohnehin sieht z.B. der DFB-Mustervertrag<sup>301</sup> lediglich die 24 gesetzlichen Urlaubstage vor (§10), welche in der pflichtspielfreien Zeit zu nehmen sind.

Da die VDV in ihren Tarifvertragsbestrebungen immerzu auf das Ausland verweist, sollen auch an dieser Stelle die entsprechenden Regelungen der ausländischen Tarifverträge untersucht werden. Wie bereits in Kapitel E.III erörtert verweist der österreichische *Kollektivvertrag* lediglich auf die Regelungen des dort geltenden Urlaubsgesetzes, welches den Arbeitnehmern grundsätzlich 30 Urlaubstage gewährt, welche sich ab Vollendung des 25. Dienstjahres auf 36 erhöhen. Dass ein professioneller Fußballer während seiner Laufbahn in den Genuss dieser Erhöhung kommt, ist eher unwahrscheinlich (eine Ausnahme hierfür könnte allenfalls die italienische Torhüter-Legende Gigi Buffon bilden). Auch hier gilt, dass der Urlaub in der trainings- und spielfreien Zeit zu nehmen ist, allerdings auch tageweiser Verbrauch zulässig ist.

Die spanischen Berufsfußballer erhalten ebenfalls den dortigen gesetzlichen Mindesturlaub von 30 Tagen (s. Kapitel E.I). Hiervon könnte zwar durch den *Convenio* zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden, dies ist aber nicht der Fall. Auch in den Niederlanden ist tarifvertraglich lediglich geregelt, dass den Berufsfußballspielern der gesetzlichen

<sup>300</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>301</sup> Abrufbar unter <https://www.dfb.de/verbandsservice/pinnwand/dfb-mustervertrag/>

Mindesturlaubsanspruch zusteht. Dieser ist mit lediglich 20 Tagen pro Jahr jedoch deutlich geringer als in Österreich und Spanien.

Neben längeren Urlaubszeiten fordert die VDV, dass die Spieler weniger Pflichtspiele absolvieren müssen.<sup>302</sup> Das erscheint auf kurze Sicht nur schwerlich umsetzbar, da es hierfür grundlegender Strukturänderungen in den nationalen Liga- und Pokalwettbewerben bedürfte. Dabei ist die Belastung insbesondere in den Lizenzligen im europäischen Vergleich geringer. Schließlich spielen dort nur jeweils 18 Mannschaften, während in den anderen europäischen Topligen meist 20 Vereine spielen, wodurch allein vier Ligaspiele mehr anfallen. Zudem gibt es in manchen Ländern (bspw. England) mehrere Pokalwettbewerbe, wohingegen hierzulande nur der DFB-Pokal ausgetragen wird (Ausnahme: Ab der 3. Liga spielen Mannschaften in regionalen Pokalwettbewerben, durch welche sie sich für die darauffolgende DFB-Pokal-Saison qualifizieren können). Eine Verringerung der Belastung wäre lediglich durch die Abschaffung der Relegationsspiele für Ab- und Aufstieg (davon sind jedoch nur die wenigsten Mannschaften betroffen) oder durch Änderungen bei den Länderspielpausen (betroffen sind hier nur Nationalspieler) möglich. Letzteres fällt jedoch nicht in den Zuständigkeitsbereich des tariflich regelbaren, da die Organisation der Länderspiele nicht den Vereinen obliegt.

Am realistischsten wäre demnach eine tarifliche Regelung des Urlaubsanspruchs. Hier sollte sich an den Beispielen Spanien und Österreich orientiert werden. Eine Aufstockung auf 30 Urlaubstage erscheint aufgrund der hohen körperlichen Belastung der Spitzensportler angemessen, auch um das Verletzungsrisiko zu verringern. Eine Umsetzung des 30-Tage-Urlaubs wäre sowohl für die Lizenzligen als auch für die 3. Liga und die Regionalligen sinnvoll, da überall sportliche Höchstleistungen gefordert werden. Eine Regelung ähnlich der des *Kollektivvertrags*, wonach der Urlaub (abgesehen von Tagesurlaub in manchen Fällen) in der spiel- und trainingsfreien Zeit genommen werden muss, ist als Ergänzung dessen erforderlich, da andernfalls der Wettbewerbsbetrieb nicht aufrechterhalten werden kann.

## **VI. Arztwahl, Sponsoring und Vermarktung**

Nur kurz erwähnt seien sonstige Forderungen der VDV. Eine davon ist die Festschreibung der freien Arztwahl für Fußballspieler.<sup>303</sup> Die Praxis, welche auch im DFL-Mustervertrag verankert ist, sieht vor, dass die Spieler sich vorrangig vom Vereinsarzt behandeln lassen müssen und diesen gegenüber dem Arbeitgeber von der Schweigepflicht entbinden.<sup>304</sup> Diese Regelung erscheint sinnvoll, da durch den Vereinsarzt eine schnelle Behandlung gewährleistet wird. Zudem haben die Vereinsärzte einen sehr hohen Erfahrungsgrad und Expertise auf dem Gebiet des Spitzensports. Demgegenüber steht das Interesse des Spielers, den behandelnden Arzt selbst auszuwählen. Die Möglichkeit, sich eine zweite Meinung bei dem Arzt der eigenen Wahl einzuholen, bleibt unberührt.<sup>305</sup> Hierbei muss der Spieler dann höchstwahrscheinlich selbst für die zusätzlichen Kosten aufkommen. So sieht es bspw. auch der niederländische CAO vor. Sowohl dieser als auch der österreichische *Kollektivvertrag* verpflichten die Spieler grundsätzlich, sich vom Vereinsarzt behandeln zu lassen. Der CAO räumt jedoch die Möglichkeit ein, sich nach Absprache mit dem Mannschaftsarzt auf eigene Kosten andernorts behandeln zu lassen. Eine solche Regelung

<sup>302</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>303</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>304</sup> Günter Klein (Merkur), Was im Fußball Recht ist - und was nicht (09.12.2017)

<sup>305</sup> dass., Was im Fußball Recht ist - und was nicht (09.12.2017)

erscheint aufgrund der oben genannten Argumente sinnvoll. Sie sollte ergänzt werden um einen Zusatz, den auch der *Kollektivvertrag* enthält: Der Spieler ist verpflichtet, seinem Arbeitgeber die Kenntnisnahme der Behandlungsergebnisse zu ermöglichen, aber nur, falls diese für die Ausübung seiner Tätigkeit von Relevanz sind (§8 lit. g)). Derart ausgestaltet entspräche die Arztklausel zwar nicht gänzlich den Vorstellungen der VDV, aber die Interessen von Spieler und Arbeitgeber werden dennoch gewahrt. Eine solche Klausel wäre primär in den höheren Ligen interessant. Bei unterklassigen Vereinen, z.B. in der Regionalliga, ist wohl häufig keine ausreichende Infrastruktur (insb. ein eigener Clubarzt) vorhanden.

Ebenfalls gefordert werden die Schaffung von größeren Freiräumen für die Eigenvermarktung der Spieler<sup>306</sup> sowie die Beteiligung an Vermarktungserlösen.<sup>307</sup> Unter ersterem sind wohl primär individuelle Sponsoring- und Schuhverträge zu verstehen. Regelungen hierzu werden von den Vereinen bei Verwendung des DFL-Mustervertrags häufig modifiziert.<sup>308</sup> Bestes Beispiel hierfür ist Mario Götze, der bei seiner Vorstellung beim FC Bayern München, welcher von Adidas ausgerüstet wird, ein Shirt mit Nike-Logo, persönlicher Ausrüster Götzes und Adidas-Konkurrent, trug.<sup>309</sup> Bei Repräsentationsveranstaltungen ist es allerdings sinnvoll, dass alle Spieler einheitlich in der Kleidung des Ausrüsters des Vereins auflaufen, um ein Bild der Geschlossenheit zu vermitteln. Den Spielern sollte dennoch grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt werden, individuelle Sponsoringverträge zu schließen. Im Tarifvertrag sollte genau geregelt werden, zu welchen Veranstaltungen des Arbeitgebers und der Mannschaft die einheitliche Kleidung verpflichtend ist. So bliebe den Spielern genügend Spielraum, sich selbst zu vermarkten, insb. auf den Social Media-Plattformen. Ein gutes Beispiel hierfür ist Nationalspieler Timo Werner, welcher bei RB Leipzig spielt (Ausrüster: Nike), privat aber einen Werbevertrag mit Adidas hat, und deren Produkte vorzugsweise auf seiner Instagram-Seite bewirbt.

Bezüglich der Beteiligung an Vermarktungserlösen drängt sich als erstes der Verkauf von Fanartikeln als Idee auf. Hier wäre denkbar, den Spielern einen bestimmten Prozentsatz des Umsatzes von Fanartikeln, die auf ihn zugeschnitten sind (z.B. Trikots mit seinem Namen darauf), zuzusprechen.

Die Regelungen zu Eigenvermarktung und Beteiligung an Vermarktungserlösen sind für alle Spieler von Bundesliga bis Regionalliga interessant und daher als sinnvolle Klauseln für alle Varianten der Tarifverträge anzusehen. Zwar haben persönliche Sponsoringverträge mit einem Regionalligaspieler nicht die Reichweite wie die mit Bundesligaspielern und sind entsprechend weniger lukrativ, aus Spielersicht ist so etwas dennoch wünschenswert, um das in der Regionalliga oftmals nicht allzu hohe Gehalt ein wenig aufzustoßen.

## VII. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Der letzte Punkt, der im Rahmen dieser Arbeit auf seine Sinnhaftigkeit untersucht werden soll, ist die Forderung der VDV nach einer Ausweitung der Gehaltsfortzahlung im Falle einer Krankheit respektive Verletzung. Hierfür wird zunächst dargelegt, wie es sich in der

<sup>306</sup> VDV (Hrsg.), Aufgaben (<https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>307</sup> Hasso Suliak, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/>) (geprüft am 22.06.2020)

<sup>308</sup> Günter Klein (Merkur), Was im Fußball Recht ist - und was nicht (09.12.2017)

<sup>309</sup> dass., Was im Fußball Recht ist - und was nicht (09.12.2017)

aktuellen Situation mit der Entgeltfortzahlung verhält. Im Anschluss werden kurz ausländische tarifvertragliche Regelungen für Berufsfußballer zu dieser Thematik vorgestellt, um danach zu beurteilen, ob und wenn ja in welcher Ausgestaltung eine derartige Regelung in einen von der VDV abgeschlossenen Tarifvertrag aufgenommen werden sollte.

### **1. Lohnfortzahlung nach derzeitigem Rechtsstand**

Zunächst stellt sich die Frage, was das Gesetz im Krankheitsfall vorsieht. Dies ist geregelt im Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). So steht dem Arbeitnehmer gem. §3 Abs. 1 S. 1 EFZG bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit sechs Wochen lang die Fortzahlung seines vollen Gehalts zu, wenn ihn selbst kein Verschulden trifft. Die Frage nach dem Anwendungsbereich (§1 Abs. 2 EFZG) und damit nach der Arbeitnehmereigenschaft lässt sich für Lizenzfußballer stets bejahen, für Vertragsspieler der 3. Liga und der Regionalligen ist dies im Rahmen dieser Arbeit ebenso (s. Kapitel D). Der Arbeitnehmer muss krank sein, d.h. es muss ein regelwidriger Körper- oder Gesundheitszustand vorliegen.<sup>310</sup> Beispielhaft sei hier die für Fußballer typische Verletzung des Kreuzbandrisses erwähnt, bei der es sich um einen solchen regelwidrigen Zustand und demzufolge um eine Krankheit handelt. Die Krankheit muss Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Krankheit seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht ausüben kann oder sollte, da andernfalls Verschlimmerungsgefahr bestünde.<sup>311</sup> Beim Beispiel des Kreuzbandrisses kann der Fußballer seine geschuldete Leistung nicht ausüben, sodass Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit vorliegt. In einem solchen Fall hätte der Spieler also sechs Wochen lang Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Nach diesen sechs Wochen endet die Lohnfortzahlung des Spielers seitens des Arbeitgebers. Wie es weitergeht, hängt vom Einzelfall ab. Leidet der Spieler an einer Krankheit, die ihn arbeitsunfähig macht, z.B. an einer Grippe, und ist er gesetzlich versichert, so steht ihm Krankengeld nach §44 SGB V zu. Ist der Spieler arbeitsunfähig aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, z.B. wegen eines im Spiel erlittenen Kreuzbandrisses (§7 Abs. 1 SGB VII), so hat er einen Anspruch auf Verletztengeld nach §45 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Das Krankengeld beträgt grundsätzlich 70% des regelmäßigen Arbeitseinkommens, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt (§47 Abs. 1 S. 1 SGB V). Aufgrund der aktuellen Beitragsbemessungsgrenze<sup>312</sup> kann das Krankengeld brutto maximal 3.281,25 € betragen, das Verletztengeld max. 3.750 €. Beide Zahlungen sind auf max. 78 Wochen nach Verletzungs- bzw. Krankheitseintritt begrenzt, d.h. nach Ende der Lohnfortzahlung nach EFZG sind es max. 72 Wochen. Diese Erwägungen gelten wie bereits erwähnt nur für gesetzlich versicherte Fußballspieler. Bei Zugrundelegen der Durchschnittsgehälter (s. Kapitel F.I) wird jedoch klar, dass zumindest in den drei obersten Ligen wohl die meisten Spieler versicherungsfrei nach §6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sein dürften. Diese Spieler können zwar private Versicherungen abschließen, die ihnen womöglich höheres Krankengeld zugestehen, dennoch gibt es auch hier große Unterschiede bezüglich der Auszahlungshöhe, sodass lange Ausfallzeiten zu finanziellen Problemen führen können.<sup>313</sup>

<sup>310</sup> ErfK/Reinhard, §3

<sup>311</sup> MüKo BGB/Müller-Glögge, EFZG §3

<sup>312</sup> 4.678,50 €, <https://www.krankenkassen.de/gesetzliche-krankenkassen/system-gesetzliche-krankensversicherung/sozialversicherung-rechengroessen-beitragsbemessungsgrenze-versicherungspflichtgrenze/rechengroessen-2020/>

<sup>313</sup> VDV, Wir Profis - Das Magazin der VDV 2019, 29

Als private Absicherungsalternative gilt daher vor allem die Sportinvaliditätsversicherung. Diese wird teils als private Unfallversicherung,<sup>314</sup> teils auch als Berufsunfähigkeitsversicherung<sup>315</sup> angesehen, wobei grundsätzlich eher zu letzterem zu tendieren ist. Teilweise können bis zu drei Jahresnettogrundgehälter abgesichert werden,<sup>316</sup> um im Falle der Sportinvalidität eine Absicherung zu gewährleisten, bis ein neues Standbein aufgebaut werden kann. Bei diesen individuell ausgehandelten Versicherungen ist es üblich, dass der Spieler im Verletzungsfall entweder eine monatliche Rente erhält<sup>317</sup> oder es zur Zahlung einer einmaligen Summe komm.<sup>318</sup>

## 2. Regelungen für den Krankheitsfall im Ausland

Der *Kollektivvertrag* für die ersten beiden österreichischen Fußballligen verweist in §13 lediglich auf die Anwendung der gesetzlichen Regelungen, erläutert diese anschließend aber noch: So erhalten die Spieler acht Wochen lang weiterhin volles Gehalt, wenn sie aufgrund eines Arbeitsunfalls (Verletzung bei Training oder Spiel) ausfallen. Ist der Ausfall nicht arbeitsbedingt gibt es grundsätzlich sechs Wochen das volle Gehalt sowie vier weitere Wochen die Hälfte dessen. Besteht das Arbeitsverhältnis bereits seit einem Jahr erhöht sich der Zeitraum, in dem volles Gehalt gezahlt wird, auf acht Wochen (Art. 1 §2 Abs. 1 EFZG Österreich). Während der vier Wochen, in denen der Arbeitnehmer das halbe Gehalt bezieht, erhält er zudem auf Antrag die andere Hälfte von der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK).<sup>319</sup> Nach Ablauf der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber gibt es max. ein Jahr lang Krankengeld von der ÖGK, welches monatlich so hoch ausfällt wie das letzte Monatsgehalt vor der Erkrankung.<sup>320</sup>

Für die niederländischen Profifußballer ist die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall geregelt in Article 13 des CAO. Danach ist der Arbeitgeber zunächst verpflichtet, dem Spieler im Krankheitsfall bis zu 52 Wochen lang das volle Gehalt zu bezahlen. Dieser Zeitraum wird um 52 weitere Wochen verlängert, es sei denn, der Spieler lässt sich Verfehlungen bezüglich des Genesungsprozesses zuschulden kommen.

## 3. Regelungsvorschlag für einen Tarifvertrag

Bei einem Vergleich der Regelungen zur Lohnfortzahlung für in Deutschland spielende Fußballer mit denen in Österreich und den Niederlanden fällt also zunächst auf, dass die ausländischen Fußballer besser gestellt sind. Zwar gelten in Österreich für die ersten beiden Ligen auch nur die gesetzlichen Regelungen, diese sind für die Spieler dennoch attraktiver als die deutschen Regeln. Der VDV dürfte aber eher eine Klausel ähnlich der in den Niederlanden vorschweben. Fraglich erscheint, ob dies finanziell umsetzbar wäre, vor

<sup>314</sup> AXODO GmbH (Hrsg.), Sportinvaliditätsversicherung (<http://www.versicherungszentrum.de/sonstige/sportversicherungen/sportinvaliditaetsversicherung.en.php>) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>315</sup> MLP Beratungszentrum SE (Hrsg.), Vertragsfußballer (<https://mlp.de/vertragsfussballer/>) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>316</sup> Burghardt, Spezielle BU: So werden Fußballprofis versichert (<https://www.procontra-online.de/artikel/date/2017/08/spezielle-bu-so-werden-fussballprofis-versichert/>) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>317</sup> AXODO GmbH (Hrsg.), Sportinvaliditätsversicherung (<http://www.versicherungszentrum.de/sonstige/sportversicherungen/sportinvaliditaetsversicherung.en.php>) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>318</sup> MLP Beratungszentrum SE (Hrsg.), Vertragsfußballer (<https://mlp.de/vertragsfussballer/>) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>319</sup> Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (Hrsg.), Geld bei Krankheit ([https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/krankheitundpflege/krankheit/Geld\\_bei\\_Krankheit.html](https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/krankheitundpflege/krankheit/Geld_bei_Krankheit.html)) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>320</sup> Dass.

allem für Vereine unterhalb der Lizenzligen. Ebenfalls aufgeworfen werden kann die Frage, ob es aus gesellschaftlicher Sicht fair sei, den ohnehin sehr gut verdienenden Fußballern auch im Krankheitsfall das volle Gehalt zu zahlen. Diese Frage lässt sich bejahen. Zum einen würde eine Regelung, die den Spielern eine Lohnfortzahlung über sechs Wochen hinaus garantiert, dazu führen, dass die Spieler ihr Geld direkt vom Arbeitgeber und nicht von der (gesetzlichen) Kranken- bzw. Unfallversicherung beziehen. Die finanzielle Zusatzbelastung bliebe also im Berufsfußball und den dortigen Vereinen. Zudem erbringen Fußballer, ebenso wie andere berufliche Leistungssportler, täglich körperliche Höchstleistungen. Die Spiele und auch das Training sind geprägt von intensiven Zweikämpfen, dementsprechend hoch ist das Verletzungsrisiko. Ein Beispiel: In der Saison 2016/17 verletzte sich ein Spieler der Lizenzligen durchschnittlich 2,7 Mal und fiel ca. einen Monat aus.<sup>321</sup> In der Spielzeit 2018/19 betrug die durchschnittliche Ausfalldauer eines Spielers beim „fittesten“ Verein sogar 38 Tage, beim anfälligsten Verein 66.<sup>322</sup> Diese Ausfallzeit ist zwar teilweise vom EFZG gedeckt, da es jedoch auch immer Spieler gibt, die sich nicht verletzen, gibt es entsprechend auch einige Spieler, die teils monatelang ausfallen. Aufgrund dieses Risikos, das die Spieler täglich eingehen, um sportliche Bestleistungen für ihren Arbeitgeber zu erbringen, erscheint es gerecht, wenn die Arbeitgeber dies ihrerseits dadurch honorieren, dass sie im Falle einer Verletzung oder Krankheit den Spielern beistehen. Hier kann die Argumentation des LAG Düsseldorf in einem Fall, welcher die Erfassung bestimmter Leistungsprämien von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach EFZG thematisierte, herangezogen werden: In Zweikämpfen solle dagegen gehalten werden, und die Spieler sollten sich aus Sicht des Vereins nicht aus Angst vor finanziellen Nachteilen schützen<sup>323</sup> und somit den Erfolg des Vereins gefährden. Es ging zwar nur um die Einbeziehung einer vertraglich vereinbarten Prämie, dennoch passt der Gedankengang auf die hier diskutierte Frage. Eine Verlängerung der Lohnfortzahlung ist, auch wenn die Vereine sich womöglich dagegen sträuben, im Interesse sowohl der Spieler als auch der Arbeitgeber. Wenn die Spieler nicht zurückschrecken und mehr Einsatz zeigen, steigt damit auch der sportliche Erfolg des Vereins. Dieser wiederum führt zu höherem Profit, durch welchen die eventuell anfallenden Mehrkosten (z.B. die Verpflichtung eines neuen Spielers als Ersatz für den Verletzten) abgefangen werden könnten.

Es wäre ratsam, bei einer Einigung über längere Lohnfortzahlung nicht sofort den Sprung von null auf hundert zu machen. Möglich wäre, in einem Tarifvertrag zunächst eine Lohnfortzahlung für bis zu sechs Monate zu vereinbaren. So lange dauert im Optimalfall der Heilungsprozess des für Fußballer typischen Kreuzbandrisses.<sup>324</sup> Erweist sich diese Regelung als gelungen, kann sie für den nächsten Tarifvertrag nach oben korrigiert werden. Für die Lizenzvereine, welche u.a. aufgrund der potenziellen internationalen Spiele und den häufigen Trainingseinheiten die strapaziertesten Spieler haben, wäre eine solche Regelung zweifelsohne sinnvoll. In der 3. Liga dürfte die Belastung ähnlich hoch wie in der 2. Bundesliga sein, eine Umsetzung dieser Regelung müsste von der Finanzstärke der Vereine abhängig gemacht werden. Gleiches gilt für die Regionalligavereine. Allerdings ist ausreichende Finanzstärke wohl zu bejahen, da bei Einstellung der Spieler nicht von Verletzungen ausgegangen wird, sondern damit, sie die gesamte Saison zu entlohnen. Daher fallen zumindest gehaltstechnisch grundsätzlich bei fortwährender Lohnfortzahlung im Krankheitsfall keine zusätzlichen Kosten an.

---

<sup>321</sup> *Verwaltungs-Berufsgenossenschaft* (Hrsg.), *Verletzungsprävention im Fußball* ([http://www.vbg.de/DE/3\\_Praevention\\_und\\_Arbeitshilfen/1\\_Branchen/11\\_Sport/01\\_FUSSBALL/Verletzungspraevention\\_node.html](http://www.vbg.de/DE/3_Praevention_und_Arbeitshilfen/1_Branchen/11_Sport/01_FUSSBALL/Verletzungspraevention_node.html)) (geprüft am 13.07.2020)

<sup>322</sup> *Julian Würzer*, *Augsburger Allgemeine* 19.08.2019

<sup>323</sup> LAG Düsseldorf, *Urt. v. 10.06.1998*, Rs. 12 Sa 497/98, BeckRS2007, 47567

<sup>324</sup> *Julian Würzer*, *Augsburger Allgemeine* 19.08.2019

## F. Zusammenfassung und Fazit

Nachdem die diversen Themen, die für eine Aufnahme in potenzielle Tarifverträge in Betracht kommen, einzeln vorgestellt und beurteilt wurden, bietet sich an dieser Stelle an, die in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse kurz aufzuarbeiten.

Um einen Tarifvertrag in der in Kapitel B dargelegten Form für Berufsfußballer abzuschließen braucht es zunächst zwei Tarifvertragsparteien. Auf Arbeitnehmerseite steht die Vereinigung der Vertragsfußballspieler. Sie erfüllt alle Merkmale des Koalitionsbegriffs aus Art.9 Abs.3 GG und weist zudem auch Tariffähigkeit auf, insb. hat sie in ihrer Satzung den Willen zum Abschluss von Tarifverträgen verankert und ist somit tariffähige Gewerkschaft.

Bei der Frage nach dem Tarifpartner für die VDV muss differenziert werden. Um einen Tarifvertrag mit Geltung für die Spieler der Lizenzligen, d.h. Bundesliga und 2. Bundesliga, abzuschließen, kommt als Vertragspartner nicht die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL), sondern der dahinterstehende Ligaverband in Betracht. Auch dieser ist satzungsgemäß tarifwillig und erfüllt ebenso die sonstigen Merkmale des Arbeitgeberverbandes. Für die 3. Liga ist aktuell der Abschluss eines Flächentarifvertrages nicht möglich, da es an einem Vertragspartner für die VDV fehlt. In Betracht für diese Position kommt der Deutsche Fußball Bund, welcher grundsätzlich für die Organisation der 3. Liga verantwortlich ist. Er erfüllt zwar die Koalitionsmerkmale, weist aber keinen Tarifwillen auf. Insofern wäre eine Satzungsänderung notwendig. Dennoch besteht in der 3. Liga die Möglichkeit, Haustarifverträge mit den einzelnen Vereinen abzuschließen, da diese als Arbeitgeber tariffähig sind (§2 Abs. 1 TVG). In den Regionalligen besteht zurzeit ebenfalls die Möglichkeit, Haustarifverträge abzuschließen. Darüber hinaus könnte der DFB ebenso wie für die 3. Liga als Tarifpartner fungieren, wenn er eine Satzungsänderung vornimmt. Auch möglich wären Tarifverträge, die mit den entsprechenden Regionalverbänden für die jeweilige Regionalliga abgeschlossen werden. Auch hierfür müssten Satzungsänderungen der Regionalverbände hin zur Tarifwilligkeit erfolgen.

Anschließend wurde zwischen den verschiedenen Arten von Fußballspielern differenziert. In der Bundesliga und der 2. Bundesliga spielen nur Lizenzspieler, welche stets Arbeitnehmer sind.<sup>325</sup> Nicht von Tarifverträgen profitieren können Amateure, welche sich teilweise in den Regionalligen vorfinden, da es sich bei ihnen nicht um Arbeitnehmer handelt.<sup>326</sup> Die sog. Vertragsspieler stellen ein Mittelding zwischen Amateur und Lizenzspieler dar und finden sich in der 3. Liga und den Regionalligen wieder. Ihre Arbeitnehmereigenschaft ist umstritten und einzelfallabhängig, vor dem Hintergrund einer Gesamtabwägung der Umstände, insb. des hohen zeitlichen Aufwands, der (vor allem in der 3. Liga) hohen Gehälter, der Weisungsgebundenheit und des ohne diese nicht funktionierenden Systems in der Regel wohl zu bejahen, wodurch auch Gewerkschaftsmitglieder der VDV, die Vertragsspieler sind, von Tarifverträgen profitieren könnten.

Die Frage, ob Tarifverträge für Berufsfußballer in Deutschland sinnvoll sind, kann erst beantwortet werden, nachdem zunächst die potenziellen Inhalte desselben erörtert werden. Hierzu wurden die Tarifverträge für niederländische, spanische und österreichische Fußballer auf brauchbare Regelungen untersucht.

<sup>325</sup> Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261 ff

<sup>326</sup> BFH, Urt. v. 23.10.1992, Rs. VI R 59/91, DStR 1993, 507 ff.

Eine Klausel des spanischen *Convenio Colectivo* sieht Gehaltsuntergrenzen für Spieler der ersten beiden Ligen vor, die weit über dem dortigen Mindestlohn liegen. Dass eine ähnliche Regelung in einer der vier höchsten deutschen Spielklassen umgesetzt wird, erscheint weder erforderlich noch wahrscheinlich.

Die von der VDV geforderte tarifvertragliche Festsetzung einer Befristungsregel ist in ihrer Umsetzung wahrscheinlicher, jedoch insgesamt wohl wenig gewinnbringend. Schließlich ermöglicht das TzBfG zwar eine Verlängerung der sachgrundlosen Befristungsdauer, im Falle einer oder mehrerer Vertragsverlängerungen ist eine sachgrundlose Befristung regelmäßig nach §14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht mehr zulässig, sodass in diesen Fällen wieder auf eine Befristung mit Sachgrund zurückgegriffen werden müsste. Trotz der Möglichkeit der Abweichung von ihr ist die derzeitige Rechtslage für Lizenz- und Vertragsspieler rechtssicher genug, um auf eine tarifliche Regelung verzichten zu können.

Ein umfassender Beschäftigungsanspruch ist im Sinne der Spieler, da diese hierdurch trotz möglicher schwacher Phasen die Möglichkeit haben, sich zu rehabilitieren (Anspruch auf Teilnahme am Training der ersten Mannschaft) und zudem ihre Eigenvermarktung durch Öffentlichkeitsarbeit (Mannschaftsfoto) gestärkt wird. Ausnahmen von diesem Anspruch, insb. eine Versetzung in die zweite Mannschaft, sollten nur als Disziplinarmaßnahmen aufgrund einer vertraglich festgeschriebenen Straf- und Abstellungsklausel möglich sein. Eine grundsätzliche Festschreibung der Rahmenbedingungen, was als Verstoß geahndet werden und in welchem Umfang die Strafe erfolgen kann, würde ligaweit für Einheitlichkeit bei Bestrafungen sorgen, dabei den Arbeitgebern dennoch einen Ermessensspielraum einräumen. Bezüglich der Eigenvermarktung der Spieler bietet sich an genau zu regeln, zu welchen Vereinstermen die Spieler die Kleidung des Vereinsausrüsters tragen müssen und wann sie in ihrer Wahl frei sind, um z.B. eigens abgeschlossene Werbeverträge zu verfolgen.

Der niederländische *CAO* sowie der österreichische *Kollektivvertrag* schreiben als Arbeitszeit 40 Wochenstunden fest. Ebenfalls tariflich festgelegt ist, was zur Arbeitszeit gehört, insb. wie Vorbereitungs- und Reisezeiten zu bewerten sind. Die Arbeitszeit ist bisher zwar noch nicht als großer Streitpunkt im Fußball öffentlichkeitswirksam in Erscheinung getreten, dennoch bietet eine tarifliche Regelung dessen Rechtssicherheit und Einheitlichkeit.

Eine weitere Forderung der VDV ist die Verringerung der Belastung der Spieler. Aufgrund der Wettbewerbsstrukturen lässt sich dies nur durch eine Erhöhung der Urlaubstage bewerkstelligen. Eine Erhöhung des zurzeit überwiegend geltenden gesetzlichen Mindestanspruch von 24 Tagen auf 30 Tage erscheint sinnvoll. Dies ist mit der intensiven körperlichen Belastung zu begründen. Die 30 Tage orientieren sich an den Klauseln für spanische und österreichische Fußballer. Ergänzend sollte festgelegt werden, dass die Urlaubstage grundsätzlich in der wettbewerbs- und trainingsfreien Zeit zu nehmen sind.

Die aktuelle Praxis, welche primär eine Behandlung der Spieler vom Vereinsarzt vorsieht, ist zweckgerecht, da insgesamt Interessen von Spieler und Verein gewahrt werden, auch wenn der Spieler sich den Arzt nicht gänzlich frei aussuchen kann. Das Einholen einer zweiten Meinung muss ihm jedoch möglich bleiben.

Bezüglich der von der VDV geforderten verlängerten Lohnfortzahlung bei Ausfall eines Spielers lässt sich sagen, dass die entsprechenden Regelungen im Ausland wesentlich attraktiver für die Spieler sind. Da Spieler, die sich nicht aus Angst vor finanziellen Nachteilen im Falle einer Verletzung schützen, bessere Leistungen erzielen und somit den Erfolg des Vereins steigern, wäre eine tarifliche Regelung, die eine längere als die

gesetzliche Entgeltfortzahlung gewährleistet, in beiderseitigem Interesse. Die finanziellen Folgen dessen wären überschaubar.

Insgesamt zeigt sich bei fast allen angesprochenen Themen, dass eine Umsetzung derselben in eine tarifliche Regelung sowohl für die Lizenzligen als auch für die 3. Liga und die Regionalligen sinnvoll erscheinen und größtenteils auch überall umsetzbar wären. Eine ligaweite Umsetzung eines Tarifvertrags ist zurzeit dennoch nur für die beiden Lizenzligen möglich, da unterhalb dieser momentan mangels anderer Tarifpartner als der Vereine nur Haustarifverträge möglich sind. Da viele der Regelungen nicht nur aus Spielersicht Verbesserungen darstellen, sondern langfristig auch den Interessen des Arbeitgebers dienen, ist die Einführung eines Tarifvertrages für den Ligaverband empfehlenswert. Er ist zwar satzungsgemäß tarifwillig, sieht zurzeit jedoch keinen Bedarf zu Abschluss eines Tarifvertrags. Für den DFB und, je nachdem wie sich auf die Zuständigkeit für die Regionalligatarifverträge geeinigt wird, die Regionalverbände empfiehlt sich eine Satzungsänderung, um als Arbeitgeberverband fungieren zu können. Geschieht beides in Zukunft nicht, empfiehlt es sich den Vereinen, Haustarifverträge mit der VDV abzuschließen, um die oben beschriebenen Vorteile zu erfahren und sich gegenüber denjenigen Vereinen, die keinen Tarifvertrag abschließen, zu profilieren und als attraktiverer Arbeitgeber für begehrte Spieler aufzutreten.

## Anhang

## Übersicht: Tarifverträge im Ausland

	Spanien	Österreich	Niederlande
<b>Arbeitszeit</b>	max. 7h am Tag (Art. 7)	40h pro Woche (§10)	40h pro Woche (Art. 7)
<b>Behandelnder Arzt</b>	-	Clubarzt (§8 lit. f)	Clubarzt (Art. 13)
<b>Entgeltfortzahlung</b>	-	8 Wochen voll oder 6 Wochen voll und 4 Wochen halb (§13 Nr. 2)	grundsätzlich ein Jahr volles Gehalt; Möglichkeit auf ein zweites Jahr (Art. 13 Nr. 3, 4)
<b>Laufzeit</b>	4 Jahre	unbefristet	4 Jahre
<b>Mindestlohn</b>	1. Liga: 6.500 € im Monat  2. Liga: 4.000 € im Monat  (Art. 24)	1.550 € monatlich (§6 Nr. 5)	Gesetzlicher Mindestlohn (Art. 8)
<b>Urlaub</b>	30 Tage (Art. 10)	30 Tage (§11)	20 Tage (Art. 11)

## Literaturverzeichnis

- Arbeitsvertrag.org* (Hrsg.), Mindestlohn in Österreich: Wird pro Stunde ein Grundgehalt gezahlt?, <https://www.arbeitsvertrag.org/mindestlohn-oesterreich/> (geprüft am 22.06.2020).
- AXODO GmbH* (Hrsg.), Sportinvaliditätsversicherung, <http://www.versicherungszentrum.de/sonstige/sportversicherungen/sportinvaliditaetsversicherungen.php> (geprüft am 13.07.2020).
- Burghardt*, Spezielle BU: So werden Fußballprofis versichert, <https://www.procontractonline.de/artikel/date/2017/08/spezielle-bu-so-werden-fussballprofis-versichert/> (geprüft am 13.07.2020).
- Christoph Sackmann*, Selbst Drittliga-Kicker verdienen wie Top-Banker - aber mit einem Haken, 17.06.2016, [https://www.finanzen100.de/finanznachrichten/wirtschaft/116-000-euro-pro-jahr-selbst-drittliga-kicker-verdienen-wie-top-banker-aber-mit-einem-haken\\_H254104146\\_288017/](https://www.finanzen100.de/finanznachrichten/wirtschaft/116-000-euro-pro-jahr-selbst-drittliga-kicker-verdienen-wie-top-banker-aber-mit-einem-haken_H254104146_288017/) (geprüft am 22.06.2020).
- Cluster Wien* (Hrsg.), Mindestlohn 2020 in Österreich - Gehalt & Branchen, <https://www.clusterwien.at/mindestlohn/> (geprüft am 20.04.2020).
- Dordevic*, Modeste will sich ins Training klagen, 2017, [https://www.ligainsider.de/anthony-modeste\\_1223/modeste-will-sich-ins-training-klagen-213357/](https://www.ligainsider.de/anthony-modeste_1223/modeste-will-sich-ins-training-klagen-213357/) (geprüft am 22.06.2020).
- dpa*, Spielerstreik in Spanien ist beendet. Einigung mit der Liga, Spiegel 25.08.2011.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht – TVG, 20. Aufl. 2020 (zit. ErfK/Bearbeiter).
- Günter Klein* (Merkur), Was im Fußball Recht ist - und was nicht, 09.12.2017.
- Hasso Suliak*, Ein Tarifvertrag für den Profifußball, 30.04.2018, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gewerkschaft-vdv-forderung-tarifvertrag-profifussball-mindestlohn/> (geprüft am 22.06.2020).
- Julian Würzer*, Kreuzbandriss und Co. - So lange fallen verletzte Fußballer aus, Augsburger Allgemeine 19.08.2019.
- Juncker*, Arbeiten in den Niederlanden – Kernpunkte des Arbeitsrechts, 2011, <https://www.uni-muenster.de/NiederlandeNet/nl-wissen/rechtjustiz/arbeitsrecht/kernpunkte.html> (geprüft am 22.06.2020).
- Junker, Abbo*, Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2018.
- Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien* (Hrsg.), Geld bei Krankheit, [https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/krankheitundpflege/krankheit/Geld\\_bei\\_Krankheit.html](https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/krankheitundpflege/krankheit/Geld_bei_Krankheit.html) (geprüft am 13.07.2020).
- Kiel/Lunk/Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Kollektives Arbeitsrecht I, 4. Aufl. 2019 (zit. MHdB ArbR/Bearbeiter).
- Lobinger*, Streiks um unternehmensbezogene Tarifverträge bei Verbandstarifgebundenheit des Arbeitgebers – Zur Wiedergeburt der "betriebsnahen Tarifpolitik" im modernen Standortkampf, RdA 2006, S. 12–22.
- Löwisch/Rieble* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017 (zit. TVG/Bearbeiter).
- Melms*, Der unternehmensbezogene Verbandstarifvertrag - nichts als Risiken?, NZA 2017, S. 365.
- MLP Beratungszentrum SE* (Hrsg.), Vertragsfußballer, <https://mlp.de/vertragsfussballer/> (geprüft am 13.07.2020).
- Moll* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017 (zit. MollHdbArbR/Bearbeiter).

- Müller*, Spanisches Arbeitsrecht - Urlaub, 19.01.2018, <https://www.rechtsanwalt-spanien-steuerberater.de/urlaub-spanisches-arbeitsrecht-1430> (geprüft am 22.06.2020).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020 (zit. MüKo BGB/*Bearbeiter*).
- o.V.*, Mindestlohn in Spanien steigt, 22.01.2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/neue-regierung-in-madrid-mindestlohn-in-spanien-steigt-100.html> (geprüft am 22.06.2020).
- Pröpper*, Die Vereinigung der Vertragsspieler als Gewerkschaft - Ist der Schritt zum Tarifvertragsrecht im deutschen Profifußball vollzogen?, NZA 2001, S. 1346–1351.
- Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht – TVG, §1, 55. Aufl. 1.3.2020 (zit. BeckOK ArbR/*Bearbeiter*).
- Schaub* (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch – XVIII. Buch. Das Recht der Koalitionen, 18. Aufl. 2019 (zit. ArbR-HdB/*Bearbeiter*).
- Schaub/Koch* (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 24. Aufl. 2020 (zit. ArbR A-Z/*Bearbeiter*).
- Schmidt*, Mindestlohn und Vertragsspieler: Ein unauflösbarer Widerspruch in unteren Spielklassen?, ArbRAktuell 2015, S. 261–263.
- Schulz*, Profifußball im Spiegel des Arbeitsrechts, ArbRAktuell 2019, S. 163–166.
- Stöhr/Stolzenberg*, Dienstreisen: Arbeitszeitrechtliche Behandlung und Vergütung, NZA 2019, S. 505–512.
- Stopper/Dressel*, Arbeitsrecht und Transfersystem im Fußball nach dem "Heinz Müller"-Urteil des BAG, NZA 2018, S. 1046–1049.
- VdF (Hrsg.), Die Geschichte der VdF, <http://www.vdf.at/geschichte.php> (geprüft am 22.06.2020).
- VDV (Hrsg.), Aufgaben, <https://www.spielergewerkschaft.de/de/VDV/Aufgaben.htm> (geprüft am 22.06.2020).
- (Hrsg.), Die besten Fußballer der Welt, <https://www.spielergewerkschaft.de/de/Aktionen/FIFA-FIFPro-World-11.htm> (geprüft am 22.06.2020).
- , Absicherung: Falls es hart auf hart kommt, Wir Profis - Das Magazin der VDV 2019, S. 29.
- , Von dicken Brettern und einer starken Gemeinschaft, Wir Profis - Das Magazin der VDV 2019, S. 12–13.
- Verwaltungs-Berufsgenossenschaft* (Hrsg.), Verletzungsprävention im Fußball, [http://www.vbg.de/DE/3\\_Praevention\\_und\\_Arbeitshilfen/1\\_Branchen/11\\_Sport/01\\_FUSSBALL/Verletzungspraevention\\_node.html](http://www.vbg.de/DE/3_Praevention_und_Arbeitshilfen/1_Branchen/11_Sport/01_FUSSBALL/Verletzungspraevention_node.html) (geprüft am 13.07.2020).
- VVCS (Hrsg.), Over ons, <https://www.vvcs.nl/over-ons/> (geprüft am 22.06.2020).
- Walker*, Zur Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen mit Berufsfußballspielern, NZA 2016, S. 657–661.
- Zieglmeier*, Aus Spaß wird Ernst - wenn Kicken zur Arbeit wird! – Der Mindestlohn im Sport, DStR-Beih 2015, S. 81–85.

# Pflichten und Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei Compliance-Verstößen

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer/in: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs

Abgabedatum: 29. September 2020

vorgelegt von

Naja Keller

aus Wegberg

**Abstract****Pflichten und Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei Compliance-Verstößen**

Naja Keller

Für Compliance gibt es in der Literatur keine einheitliche Definition.<sup>1</sup> Im Grunde genommen geht es um die Einhaltung von Regeln, vor allem von Gesetzen, vertraglichen Verpflichtungen sowie unternehmensinternen Regelwerken.<sup>2</sup> Doch allein das Befolgen von Gesetzen reicht für die Geschäftsführung einer GmbH nicht aus, um eine Haftung, die sich möglicherweise aus einem Compliance-Verstoß ergibt, zu verhindern.

Im Zusammenhang damit bestehen eine Reihe von Pflichten, aus denen sich mehr oder weniger die Pflicht ergibt, wirksame Compliance zu betreiben. So ist die Legalitätspflicht der Geschäftsleitung, aus der sich die Erforderlichkeit zur Errichtung eines CMS im Unternehmen ergibt, beispielsweise eine Ausprägung der Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG.<sup>3</sup> Auch § 130 OWiG, wonach die Geschäftsleitung bestimmte Aufsichtspflichten zu erfüllen hat, erfordert Maßnahmen zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen im Betrieb oder Unternehmen. Zur Umsetzung dieser Maßnahmen benötigt das Unternehmen ein entsprechendes System, wie zum Beispiel ein CMS.

Kommt die Geschäftsführung ihren Pflichten nicht nach, so ergeben sich erhebliche Haftungsrisiken, sowohl aus dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht als auch aus dem Zivilrecht. Das Problem bei den erläuterten Haftungsrisiken ist jedoch, dass die Beurteilung der zur Exkulpation ergriffenen Maßnahmen häufig von Einzelfallentscheidungen abhängt und damit nicht vorhersehbar ist.

Ziel dieser Arbeit ist somit, einen umfangreichen Überblick über die mit Compliance in Zusammenhang stehenden Pflichten und deren Erfüllung zu geben und zudem aufzeigen, was die Folgen einer Verletzung dieser Pflichten sein könnten und wie diese verhindert werden können.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>2</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>3</sup> Vgl. *MHLS/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 59 ff.; *MüKo/Fleischer*, GmbHG, § 43 Rn. 142.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>IV</b>
<b>B. Einleitung .....</b>	<b>6</b>
<b>C. Einordnung der Begriffe ‚Compliance‘ und ‚Compliance-Verstoß‘.....</b>	<b>7</b>
I. Was bedeutet eigentlich ‚Compliance‘? .....	7
1. Idee und Herkunft des Begriffs .....	7
2. Bedeutung von ‚Compliance‘ in der Unternehmenswirklichkeit .....	8
II. Wann liegt ein Compliance-Verstoß vor? .....	9
1. Einordnung des Begriffs ‚Compliance-Verstoß‘ .....	9
2. Beispielhafte Darstellung möglicher Verstöße .....	10
III. Zwischenfazit .....	18
<b>D. Compliance-relevante Pflichten des GmbH-Geschäftsführers .....</b>	<b>18</b>
I. Einführung – Übersicht zu den Aufgaben des GmbH-Geschäftsführers.....	18
II. Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG .....	20
1. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes .....	21
2. Umfang der Sorgfaltspflicht – analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG .....	22
III. Aufsichtspflichten nach §§ 130, 30 OWiG.....	24
1. GmbH-Geschäftsführer als Betriebs- beziehungsweise Unternehmensinhaber .....	24
2. Pflichten des Inhabers i. S. d. §§ 130 OWiG .....	25
IV. Legalitäts- und Organisationspflichten .....	25
1. LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Das Neubürger-Urteil .....	26
2. Analoge Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH? .....	27
V. Zwischenfazit .....	28
<b>E. Konkrete Haftungsrisiken für den GmbH-Geschäftsführer im Falle eines Compliance-Verstoßes .....</b>	<b>28</b>
I. Überblick über mögliche straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenzen .....	29
1. Mögliche strafrechtliche Risiken .....	29
2. Geldbuße nach § 130 OWiG .....	31
3. Zwischenfazit .....	33
II. Zivilrechtliche Folgen – Der Schadensersatzanspruch des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	34
1. Pflichtverletzung .....	34
2. Verschulden .....	36
3. Schaden .....	37
4. Rechtsfolgen und gesamtschuldnerische Haftung .....	38
5. Zwischenfazit .....	38
<b>F. Fazit .....</b>	<b>40</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>42</b>

## A. Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
BeckOK	Beck´sche Online-Kommentare
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMS	Compliance Management Systems
CPI	Corruption Perception Index
DStR	Deutsches Steuerrecht
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
gem.	gemäß
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GroßKomm	Großkommentar
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWG	Geldwäschegesetz
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
InsO	Insolvenzordnung
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
LMRKM	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/ Kersting/Meyer-Lindemann
MHLS	Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PStR	Praxis Steuerstrafrecht

StGB

Strafgesetzbuch

Var.

Variante

## B. Einleitung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, kurz GmbH, ist nach dem Einzelunternehmen die meistgewählte Rechtsform in Deutschland.<sup>4</sup> Dies ist nicht zuletzt auf die Tatsache zurückzuführen, dass mit ihr geringere persönliche Haftungsrisiken einhergehen als beispielsweise mit der Gründung einer Personengesellschaft. Denn für Verbindlichkeiten der GmbH haftet gem. § 13 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen.<sup>5</sup> Doch ein vollständiger Haftungsausschluss für sämtliche Akteure ist auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht möglich. Insbesondere die Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen der GmbH sind mit ihrer Tätigkeit einigen, nicht sofort ersichtlichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

Eine Gefahr persönlich in Haftung genommen zu werden, besteht für die Geschäftsführung unter anderem auch im Falle eines Compliance-Verstoßes innerhalb oder aus der Gesellschaft. Was ein solcher Compliance-Verstoß ist, welche Pflichten die GmbH-Geschäftsführung im Einzelfall treffen und mit welchen Risiken sie umzugehen hat, darum geht es in der nachfolgenden Arbeit im Detail.

Wie eingehende Recherchen gezeigt haben, ist dieses konkrete Thema bisher kaum untersucht. Dennoch ist es von großer Wichtigkeit, den Geschäftsführern in Deutschland die mit ihrem Beruf verbundenen Risiken aufzuzeigen und gleichzeitig eine Art Leitfaden an die Hand zu geben, der ihnen aufzeigt, wie sie sich im Falle eines Compliance-Verstoßes idealerweise zu verhalten haben. Schließlich ist Compliance eines der Topthemen in letzter Zeit.<sup>6</sup> Die Frage nach den Pflichten und Haftungsrisiken im Falle eines Compliance-Verstoßes ist also im Hinblick auf die wachsende Bedeutung von Compliance in der Unternehmenspraxis auch hochaktuell.

Um die Frage, welche Pflichten und Haftungsrisiken die GmbH-Geschäftsführung bei einem Compliance-Verstoß treffen beziehungsweise treffen können, optimal beantworten und einen Überblick über sämtliche Rechtsgebiete geben zu können, werden im ersten Kapitel der Arbeit die beiden Begriffe ‚Compliance‘ und ‚Compliance-Verstoß‘ eingeordnet und näher erläutert. Dabei wird zum einen die Relevanz von Compliance in der Unternehmenswirklichkeit aufgezeigt. Zum anderen werden die klassischen Wirtschaftsdelikte, wie Korruption, Geldwäsche oder Verstöße gegen das Wettbewerbs- und Kartellrecht dargestellt. Im Zusammenhang damit wird genauer darauf eingegangen, welche spezifischen Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens bestehen.

Nach Einordnung der oben genannten Begriffe werden die compliance-relevanten Pflichten der GmbH-Geschäftsführung aufgezeigt. Im Rahmen des Kapitels C wird die im Gesellschaftsrecht verankerte Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG, die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Aufsichtspflichten des § 130 OWiG sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Legalitäts- und Organisationspflichten näher erläutert.

Abschließend werden die Haftungsrisiken, die ein Compliance-Verstoß bei Verletzung einer der oben genannten Pflichten für die Geschäftsführung birgt, beleuchtet. Dabei wird unterschieden zwischen möglichen straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen sowie den zivilrechtlichen Konsequenzen. Was straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken angeht, so wird dem Lesenden ein kleiner Überblick verschafft, ohne dass detaillierte Straftatbestände erneut aufgelistet werden. Es soll lediglich geklärt werden, unter welchen Umständen eine straf- oder auch ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenz zu erwarten ist und was das für das Verhalten der Geschäftsleitung in der Praxis bedeutet. Bezüglich der zivilrechtlichen Haftung, also möglicher Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführung, so wird sich auf das Innenverhältnis beschränkt. Geklärt wird im Rahmen dieser Arbeit also lediglich die Frage, in welchen compliance-relevanten Fällen sie der GmbH zu Schadensersatzzahlungen verpflichtet ist. Unbeachtet bleibt dabei die Haftung im Außenverhältnis, also mögliche Ersatzzahlungen Dritten gegenüber, da eine solche

<sup>4</sup> Vgl. *Küsell*, Praxishandbuch Unternehmensgründung, S. 340.

<sup>5</sup> Vgl. *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 4 Rn. 2.

<sup>6</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (1).

Haftung nur im Falle eines besonderen Verpflichtungsgrundes zustande kommt und daher in der Praxis eher selten der Fall ist.<sup>7</sup>

Letztendlich soll es nicht ausschließlich darum gehen, den Geschäftsführern in Deutschland ihre Pflichten und Risiken in Bezug auf Compliance im Unternehmen näher zu erläutern. Es soll ebenfalls die Frage geklärt werden, aus wie vielen Normen unterschiedlicher Gesetze sich Compliance-Pflichten ableiten lassen und wie diese umzusetzen sind, um eine Haftung zu vermeiden.

## C. Einordnung der Begriffe ‚Compliance‘ und ‚Compliance-Verstoß‘

Um die Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers im Falle eines ‚Compliance-Verstoßes‘ und die aus einer Pflichtverletzung resultierenden Haftungstatbestände möglichst nachvollziehbar darstellen zu können, muss zunächst verdeutlicht werden, was ‚Compliance‘ eigentlich ist und wann von einem Verstoß gegen ‚Compliance‘ gesprochen werden kann.

### I. Was bedeutet eigentlich ‚Compliance‘?

#### 1. Idee und Herkunft des Begriffs

Der Begriff „Compliance“ stammt aus der anglo-amerikanischen Rechtsterminologie<sup>8</sup> und hat sich aus dem englischen Verb ‚to comply with‘ ergeben, was so viel wie ‚einhalten‘ oder ‚befolgen‘ bedeutet.<sup>9</sup> Dieses Verb hat seinen Ursprung in dem lateinischen Begriff ‚complere‘, übersetzt: ‚erfüllen‘ oder ‚vollenden‘.<sup>10</sup> Doch was genau soll bei „Compliance“ eingehalten, befolgt, erfüllt beziehungsweise vollendet werden?

Eine Legaldefinition gibt es für den Terminus ‚Compliance‘ nicht.<sup>11</sup> Grundsätzlich ist die Einhaltung von Regeln, insbesondere von Gesetzen, vertraglichen Verpflichtungen sowie unternehmensinternen Regelwerken, gemeint.<sup>12</sup> Doch bei ‚Compliance‘ geht es um weitaus mehr, als um die Selbstverständlichkeit, die Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten.<sup>13</sup>

In der wissenschaftlichen Fachsprache wurde der Begriff erstmals für die Therapietreue des Patienten in der Medizin verwendet.<sup>14</sup> Gemeint ist dabei die Treue im Hinblick auf die Anweisungen des Arztes und deren Einhaltung.<sup>15</sup> In die betriebswirtschaftlich-juristische Fachsprache wurde der Begriff mit Inkrafttreten der amerikanischen *Federal Sentencing Guidelines* im Jahr 1991 aufgenommen.<sup>16</sup> Diese boten Unternehmern bei ordnungsgemäßer Compliance eine erhebliche Haftungsreduktion.<sup>17</sup> Im deutschen Recht erschien er erstmalig im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungsunternehmen und deren Verpflichtung zur Etablierung von wirksamen Compliance-Funktionen (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG), um Konflikte mit dem Insiderhandelsverbot zu vermeiden.<sup>18</sup>

Doch mittlerweile geht es bei dem Thema Compliance nicht mehr nur um die Verhinderung von Insiderhandel. Es „ist einer der am meisten gebrauchten Begriffe der gegenwärtigen Auseinandersetzung mit Unternehmensrisiken aller Art.“<sup>19</sup> Es geht nicht allein um die Einhaltung von Gesetzen und anderen im Wirtschaftsverkehr geltenden Regeln. Aus Unternehmenssicht dient

<sup>7</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 15.

<sup>8</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>9</sup> Vgl. Behringer, Compliance für KMU 2012, 19 (19).

<sup>10</sup> Vgl. Behringer, Compliance für KMU 2012, 19 (19).

<sup>11</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>12</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>13</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>14</sup> Vgl. Behringer, Compliance für KMU 2012, 19 (19).

<sup>15</sup> Vgl. Behringer, Compliance für KMU 2012, 19 (19).

<sup>16</sup> Vgl. Bussmann, MschKrim 2003 (S. 90) zit. Behringer, 2012, S. 19.

<sup>17</sup> Vgl. Bussmann, MschKrim 2003 (S. 90) zit. Behringer, 2012, S. 19.

<sup>18</sup> Vgl. Behringer, Compliance für KMU 2012, 19 (19).

<sup>19</sup> Veit, Compliance und interne Ermittlungen, § 1 Rn. 1.

Compliance vor allem der Haftungsvermeidung,<sup>20</sup> das heißt es soll verhindert werden, dass Tatbestände aus sämtlichen Rechtsgebieten, an die eine Haftung geknüpft ist, erfüllt werden.<sup>21</sup>

Außerdem kann Compliance auch als ein Organisationsmodell mit Prozessen und Systemen verstanden werden, das die Einhaltung sämtlicher für das Unternehmen geltender Regeln sicherstellen soll.<sup>22</sup> Dies wird auch als Compliance Organisation bezeichnet, womit „im Wesentlichen die Struktur, Verteilung der Rollen und Verantwortlichkeiten, Berichtswege, Aufgaben und Befugnisse sowie Über- und Unterordnungen einschließlich der damit verbundenen Abläufe innerhalb eines Compliance-Management-Systems“<sup>23</sup> gemeint sind. Ein solches System soll die Einhaltung bestimmter Regeln im Unternehmen sicherstellen und gleichzeitig Verstöße gegen diese Regeln verhindern.<sup>24</sup>

Die Definition von Compliance als Organisationsmodell und die interne Implementierung von Prüfungs-, Kontroll- und Freigabemechanismen lassen zum einen eine Zuordnung des Terminus zur Betriebswirtschaft logisch erscheinen.<sup>25</sup> Andererseits geht es bei Compliance um die Einhaltung von Gesetzen und anderen Regeln sowie um Haftungsvermeidung, was wiederum eher in das Gebiet der Rechtswissenschaft einzuordnen ist.<sup>26</sup> Ebenso ist eine Zuordnung zum Bereich der Wirtschaftsethik möglich, da häufig auch die Frage nach verantwortungsvollem und nachhaltigem Arbeiten eine Rolle spielt.<sup>27</sup> Der Begriff ‚Compliance‘ ist also nicht nur schwer zu definieren, sondern auch nicht eindeutig in ein Fach- oder Rechtsgebiet einzuordnen.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass in der Literatur keine Einheitlichkeit hinsichtlich einer Definition für den Begriff ‚Compliance‘ existiert. Das führt zu der Frage: Wie wird ‚Compliance‘ in der Unternehmenspraxis verstanden?

## 2. Bedeutung von ‚Compliance‘ in der Unternehmenswirklichkeit

Die Thematik der Compliance ist in der heutigen Unternehmenswelt kaum noch wegzudenken. Während es noch vor wenigen Jahren vorrangig große, international tätige Unternehmen waren, die sich mit dem Thema auseinandersetzten, so ist die Bedeutung mittlerweile auch in kleinen und mittelständischen Firmen bekannt.<sup>28</sup> Dies liegt unter anderem daran, dass in letzter Zeit mehrere Gerichtsentscheidungen gefällt wurden, wonach sich ein funktionierendes Compliance-Programm haftungsmildernd auswirken kann.<sup>29</sup>

Die Internetseiten großer Unternehmen enthalten fast alle eine Compliance-Rubrik und es besteht Einigkeit über das Begriffsverständnis sowie den Stellenwert von Compliance.<sup>30</sup> Häufig wird hier auch der Begriff ‚Corporate Compliance‘ verwendet, womit alle Maßnahmen, die das rechtmäßige Verhalten von Unternehmen, ihrer Organe sowie Mitarbeiter bezüglich gesetzlicher Vorgaben, gemeint sind.<sup>31</sup> Damit ist Compliance integraler Bestandteil der modernen Unternehmensführung<sup>32</sup> und dient der Risikovorbeugung und der Schadensabwehr in einem Unternehmen.<sup>33</sup>

Aus Sicht der Unternehmen ist das Ziel einer jeden Compliance-Organisation, die Einhaltung gesetzlicher sowie unternehmensinterner Vorgaben sicherzustellen, um mögliche Haftungstatbestände oder andere Rechtsnachteile für das Unternehmen selbst sowie für seine Organe und Mitarbeiter zu verhindern.<sup>34</sup> Compliance hat also vor allem eine Schutzfunktion, zum einen gegen finanzielle Schäden, beispielsweise durch entstehende Schadensersatzansprüche,

<sup>20</sup> Vgl. Volz, Compliance 2014, 1 (1).

<sup>21</sup> Vgl. Volz, Compliance 2014, 1 (1).

<sup>22</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>23</sup> Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 62.

<sup>24</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 63.

<sup>25</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>26</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>27</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (1).

<sup>28</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 1.

<sup>29</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 1.

<sup>30</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (2).

<sup>31</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 65.

<sup>32</sup> Vgl. Poppe, Compliance 2013, 1 (2).

<sup>33</sup> Vgl. Napokoj, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (4).

<sup>34</sup> Vgl. Napokoj, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (4).

Geldstrafen oder Bußgelder, und zum anderen gegen einen möglichen Reputationsverlust.<sup>35</sup> Zugleich verfolgt eine Compliance-Organisation aber auch eine Beratungs- und Informationsfunktion, denn sie soll Organe und Mitarbeiter sensibilisieren, sodass potenzielle Risiken früh erkannt und abgeschaltet werden können.<sup>36</sup> Wichtig ist dabei vor allem, dass die Organe und Mitarbeiter entsprechend kontrolliert und überwacht werden.<sup>37</sup> In der Unternehmenswelt erfüllt Compliance also auch eine Monitoring- und Überwachungsfunktion.<sup>38</sup> Wie bereits erwähnt können durch regelkonformes Verhalten Reputations-schäden verhindert werden.<sup>39</sup> Dies trägt zur Erhaltung und Verbesserung des Ansehens des Unternehmens bei, sodass Compliance durchaus auch eine Marketing-Funktion zugeschrieben werden kann.<sup>40</sup>

Compliance ist also „kein Selbstzweck, sondern soll dem Unternehmen helfen, seine Geschäftstätigkeit und seine betrieblichen Abläufe rechtssicher und rechtskonform zu organisieren.“<sup>41</sup>

In der Welt der Unternehmen ist Compliance eindeutig mehr als das Einhalten von Rechtsregeln.<sup>42</sup> Denn häufig sind es gar nicht ausschließlich die äußeren Umstände, die ein Unternehmen dazu anregen, Compliance zu betreiben, sondern es geht auch um eine Art Selbstverpflichtung.<sup>43</sup> Es werden über die gesetzlichen Vorgaben hinaus, Verhaltensregeln aufgestellt, die den Mitarbeitern nicht nur vorgeben sollen, wie sie sich rechtlich gesehen korrekt zu verhalten haben.<sup>44</sup> Oft handelt es sich auch um ethische und moralische Verpflichtungen, die Grundlage für eine gute Unternehmens- und Verhaltenspolitik schaffen sollen.<sup>45</sup> Das Aufstellen solcher Kodizes und Richtlinien allein reicht jedoch nicht aus.<sup>46</sup> Sie müssen in den Unternehmensalltag integriert und vom Führungspersonal vorgelebt werden, denn nur so werden auch die Mitarbeiter dazu gebracht, sich den Regeln entsprechend zu verhalten.<sup>47</sup>

Im Ergebnis bedeutet Compliance also weitaus mehr als die Einhaltung von Ge- und Verboten.<sup>48</sup> Sie umfasst die Gesamtheit aller Maßnahmen, die von einem Unternehmen ergriffen werden, um sowohl rechtskonformes als auch ethisch und moralisch korrektes Verhalten seiner Organe und Mitarbeiter sicherzustellen und so finanzielle Schäden sowie Reputationsverluste zu vermeiden.

## II. Wann liegt ein Compliance-Verstoß vor?

### 1. Einordnung des Begriffs ‚Compliance-Verstoß‘

Ähnlich wie beim Begriff ‚Compliance‘ lässt sich auch keine einheitliche Definition für den Terminus ‚Compliance-Verstoß‘ finden. Wird – wie oben erläutert – bei Compliance von der Einhaltung gesetzlicher sowie selbst aufgestellter Ge- und Verbote gesprochen, so ist ein ‚Compliance-Verstoß‘ jede Missachtung dieser Regeln, unabhängig von ihrer rechtlichen Relevanz. Das bedeutet, dass nicht nur die klassischen Wirtschaftsstraftaten – wie sie im Folgenden erläutert werden – einen Verstoß gegen Compliance darstellen können, sondern auch die Nichteinhaltung moralischer und ethischer Grundsätze der Unternehmenskultur. Dazu kommen zivilrechtlich relevante Fälle, wie Pflichtverletzungen gegenüber einem Vertragspartner oder Dritten, aus denen Schadensersatzansprüche entstehen, und öffentlich-rechtlich relevante Tatbestände, wie zum Beispiel die Missachtung einer Anordnung des Bauamtes.

Insgesamt kann also jedes nicht regelkonforme Verhalten einen Compliance-Verstoß darstellen. Im Folgenden werden jedoch ausschließlich die klassischen Wirtschaftsstraftaten vorgestellt.

<sup>35</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (4 f.).

<sup>36</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (5).

<sup>37</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (6).

<sup>38</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (6).

<sup>39</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (6).

<sup>40</sup> Vgl. *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (6).

<sup>41</sup> *Uhlig*, Compliance für KMU 2012, 29 (31).

<sup>42</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (3).

<sup>43</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (3).

<sup>44</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (3).

<sup>45</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (3).

<sup>46</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (4).

<sup>47</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (4).

<sup>48</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

## 2. Beispielhafte Darstellung möglicher Verstöße

Das nachfolgende Unterkapitel soll einen Überblick über mögliche strafrechtlich relevante Tatbestände geben, die klassischerweise mit Compliance in Verbindung gebracht werden. Diese Auflistung ist jedoch nicht abschließend. Wie oben bereits erwähnt, können auch andere Gesetzes- oder Regelverletzungen einen Verstoß gegen Compliance darstellen.

### a) Die klassischen Wirtschaftsdelikte

Im Zusammenhang mit der Compliance-Organisation eines Unternehmens müssen Präventionsmaßnahmen gegen die häufigsten Straftatbestände ergriffen werden.<sup>49</sup> In der Praxis besonders relevant sind die Korruptionstatbestände (§§ 299 ff., §§ 331 ff. StGB).<sup>50</sup> Im Folgenden werden ebenfalls die strafbare Geldwäsche (§ 261 StGB) sowie einige Verstöße gegen das Kartell- und Wettbewerbsrecht (§ 298 StGB, §§ 1, 19, 20 und 34 ff. GWB) näher beleuchtet.

#### aa) Korruptionsdelikte

Der Begriff ‚Korruption‘ leitet sich von dem lateinischen Wort ‚corrumpere‘ ab, was übersetzt ‚verderben‘ oder ‚vernichten‘ bedeutet.<sup>51</sup> Im Duden wird Korruption auch mit Bestechlichkeit oder Käuflichkeit gleichgesetzt.<sup>52</sup>

Letztendlich geht es bei Korruption um den „Missbrauch anvertrauter Macht zum privaten Nutzen oder Vorteil“<sup>53</sup>, wobei es in der Praxis regelmäßig auf die Beeinflussung einer Entscheidung durch die Zahlung einer gewissen Geldsumme oder durch ein Geschenk hinausläuft.<sup>54</sup>

Geregelt sind die Korruptionstatbestände in den §§ 299 ff. beziehungsweise §§ 331 ff. des Strafgesetzbuches. Es ist zu unterscheiden, ob es sich um Amtsträgerbestechung oder um Bestechung im geschäftlichen Verkehr, also um einen ‚normalen‘ Angestellten, handelt.<sup>55</sup> Für Amtsträger als Repräsentanten des Staates gelten generell strengere Regeln.<sup>56</sup>

Außerdem wird zwischen aktiver und passiver Korruption unterschieden, wobei aktive Korruption das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils unter Erwartung einer Gegenleistung und passive Korruption das Fordern, Sich-versprechen-Lassen oder Annehmen eines solchen Vorteils bedeutet.<sup>57</sup>

Die Gemeinsamkeit aller Korruptionstatbestände ist die Voraussetzung, dass zwischen den Parteien eine Unrechtsvereinbarung geschlossen – oder zumindest von einer Partei gewollt – wurde.<sup>58</sup> Darunter wird der „gesetzlich missbilligte Austausch von Leistung und Gegenleistung“<sup>59</sup> verstanden. Eine besondere Form muss diese Unrechtsvereinbarung nicht haben, es kommt allein auf das Einigsein der Parteien über Leistung und Gegenleistung an.<sup>60</sup> Es ist jedoch nicht Voraussetzung, dass die Unrechtsvereinbarung auch tatsächlich abgeschlossen wird, sondern es genügt, wenn eine Seite dies beabsichtigt.<sup>61</sup>

<sup>49</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 26.

<sup>50</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 26.

<sup>51</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 26.

<sup>52</sup> Vgl. Duden, Synonyme zu Korruption, <https://www.duden.de/synonyme/Korruption>, 19.6.2020.

<sup>53</sup> Transparency International Deutschland e.V., Was ist Korruption?, <https://www.transparency.de/ueber-uns/was-ist-korruption/?L=0>, 29.7.2020.

<sup>54</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 26.

<sup>55</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

<sup>56</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

<sup>57</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 43 f.

<sup>58</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

<sup>59</sup> Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

<sup>60</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

<sup>61</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27.

## (1) Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Der Straftatbestand des § 299 StGB regelt die Bestechung beziehungsweise Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Die Norm dient dem Schutz des freien Wettbewerbs<sup>62</sup> sowie der Vermögensinteressen des Dienstherrn oder der Dienstherrin.<sup>63</sup> Erforderlich für die Erfüllung des Tatbestandes ist die Bestechung oder Bestechlichkeit eines Angestellten oder Beauftragten im geschäftlichen Betrieb.<sup>64</sup> Beide Tatbestände können unabhängig voneinander verwirklicht werden.<sup>65</sup>

Als Angestellter i. S. v. § 299 StGB gilt, wer in einem (mindestens faktischen) Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn steht und dessen Weisungen unterworfen ist.<sup>66</sup> Entscheidend ist dabei vor allem, ob der Angestellte im Rahmen seiner Tätigkeit Einfluss auf die geschäftliche Betätigung hat.<sup>67</sup>

Bei einem Beauftragten kommt es darauf an, dass die Befugnis besteht, für den Geschäftsbetrieb tätig zu werden, und dabei Einfluss auf den Waren- und Leistungsaustausch einnehmen kann, ohne jedoch Angestellter des Betriebes zu sein<sup>68</sup>. Beispiele hierfür sind Unternehmensberater, Architekten oder auch faktische Geschäftsführer,<sup>69</sup> also Personen, die mit Wissen der Gesellschafter/-innen tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen, ohne formell zum Geschäftsführer oder zur Geschäftsführerin bestellt zu sein.<sup>70</sup> Untergeordnete Hilfskräfte jedoch scheiden schon aufgrund ihrer fehlenden Einflussnahmemöglichkeit aus,<sup>71</sup> das heißt, § 299 StGB findet auf sie keine Anwendung.

Ebenfalls nicht anwendbar ist der § 299 StGB nach h. M. auf den Betriebsinhaber selbst.<sup>72</sup> Dieser ist weder im eigenen Unternehmen angestellt noch von diesem beauftragt und damit auch nicht weisungsgebunden, sondern er kann innerhalb der Grenzen der Vertragsautonomie nach Belieben sein Geschäft führen.<sup>73</sup> Außerdem hat § 299 StGB – wie oben bereits erwähnt – eine Schutzfunktion bezüglich der Vermögensinteressen des Dienstherrn oder der Dienstherrin, sodass diese selbst zum geschützten Personenkreis der Norm gehören und damit nicht Täter sein können.<sup>74</sup>

Damit von Bestechung oder Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gesprochen werden kann, muss das Anbieten, Versprechen oder Gewähren beziehungsweise das Fordern, Sich-versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils erfolgt sein.<sup>75</sup> Dabei gilt als Vorteil jede Leistung des Zuwendenden, ohne dass der Empfänger darauf einen Anspruch hat und die ihn (oder einen Dritten) materiell besser stellt.<sup>76</sup> Damit ist der Begriff ‚Vorteil‘ i. S. d. § 299 StGB weit auszulegen,<sup>77</sup> denn es kommt letztendlich nur darauf an, dass er geeignet erscheint, „die Entscheidung des Angestellten oder Beauftragten über den Bezug von Waren oder Dienstleistungen (Nr. 1) zu beeinflussen beziehungsweise ihn dazu zu motivieren, seine Dienstpflichten gegenüber seinem Unternehmen zu verletzen (Nr. 2).“<sup>78</sup> Dennoch reicht der Vorteil alleine für eine Strafbarkeit nach § 299 StGB nicht aus, sondern er muss als Gegenleistung gedacht sein, es muss also – wie bei allen Korruptionstatbeständen – eine Unrechtsvereinbarung vorliegen.<sup>79</sup> Ohne diese Unrechtsvereinbarung sind Vorteile – wie zum Beispiel das Aufstellen von Getränken und Snacks bei einer Besprechung oder kleinere Geschenke zum Erhalt der Geschäftsbeziehung – strafrechtlich nicht relevant und in der Unternehmenspraxis sogar üblich.<sup>80</sup>

<sup>62</sup> Vgl. Fischer StGB, § 299 Rn. 2; MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 15.

<sup>63</sup> Vgl. Fischer StGB, § 299 Rn. 2; MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 16.

<sup>64</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 29.

<sup>65</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 27, 36.

<sup>66</sup> Vgl. MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 23; Fischer StGB, § 299 Rn. 14.

<sup>67</sup> Vgl. Fischer StGB, § 299 Rn. 14.

<sup>68</sup> Vgl. MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 5; Fischer StGB, § 299 Rn. 15.

<sup>69</sup> Vgl. MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 16.

<sup>70</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 19.

<sup>71</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 29 f.

<sup>72</sup> Vgl. LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.04.2015, 5/12 Qs 1/15, NStZ-RR, 215 (215); MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 20.

<sup>73</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 30.

<sup>74</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 30.

<sup>75</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31.

<sup>76</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31.

<sup>77</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31.

<sup>78</sup> Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31.

<sup>79</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 32.

<sup>80</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 33.

Im Zusammenhang damit hat sich die allgemein gültige Meinung herausgebildet, wonach sozialadäquate Vorteile strafrechtlich nicht relevant und damit von Tatbestand ausgenommen sind.<sup>81</sup> Da es aber keine festgelegten Regeln gibt, wann ein Vorteil als sozialadäquat anzusehen ist und wann nicht, ist für jede Zuwendung eine Einzelfallentscheidung zu treffen.<sup>82</sup>

Dafür werden regelmäßig folgende Kriterien<sup>83</sup> angewandt:

- > Wert des Vorteils
- > Stellung des Empfängers
- > Soziale Üblichkeit
- > Höflichkeit

Für die Strafverfolgungsbehörden besteht also ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Sozialadäquanz einer Zuwendung.<sup>84</sup> Dies hat dazu geführt, dass die Staatsanwaltschaft und der Mitarbeiter des Unternehmens, der den Vorteil angenommen oder gewährt hat, häufig zu unterschiedlichen Ergebnissen im Hinblick auf die soziale Adäquanz kommen.<sup>85</sup>

Ob eine Strafbarkeit nach § 299 StGB bejaht werden kann, hängt also letztendlich von der Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall ab. Es kann damit festgehalten werden, dass im geschäftlichen Verkehr hinsichtlich der Annahme beziehungsweise Austeilung von Zuwendungen Vorsicht geboten ist. Schließlich kann man im Vorhinein nicht wissen, wie die zuständige Behörde den jeweiligen Sachverhalt in einem Ermittlungsverfahren beurteilen würde.<sup>86</sup>

## (2) Die Amtsdelikte

Bei den sogenannten Amtsdelikten der §§ 331 ff. StGB handelt es sich um die ‚klassischen‘ Korruptionsdelikte.<sup>87</sup> Sie enthalten strengere Regelungen und einen höheren Strafrahmen als der Tatbestand des § 299 StGB, denn es geht um den „Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit.“<sup>88</sup>

Die §§ 332, 334 StGB, welche die Strafbarkeit der Bestechlichkeit sowie der Bestechung regeln, ähneln dem Tatbestand des § 299 StGB.<sup>89</sup> Für das Vorliegen einer Bestechung muss einem Amtsträger ein Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt worden sein; damit von Bestechlichkeit gesprochen werden kann, muss ein Amtsträger einen Vorteil angenommen, ihn sich versprochen lassen oder gefordert haben.<sup>90</sup> Als Gegenleistung soll der oder die Beamte eine pflichtwidrige Diensthandlung erbringen.<sup>91</sup> Dafür muss der Amtsträger gegen Ge- oder Verbote verstoßen, die sich aus Rechtsnormen, Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen oder Ähnlichem ergeben.<sup>92</sup> Häufig verfügen Beamte bei ihren Entscheidungen jedoch über einen gewissen Ermessensspielraum.<sup>93</sup> In solchen Fällen handelt der Amtsträger pflichtwidrig, wenn er sich bei der Ermessungsausübung durch den Vorteil beeinflussen lässt.<sup>94</sup>

Mit den §§ 331, 333 StGB verdeutlicht der Gesetzgeber noch einmal die Relevanz des Schutzes der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes, indem er sogar den Anschein einer Einflussnahme auf einen Amtsträger für strafbar erklärt.<sup>95</sup> Bei der Vorteilsannahme beziehungsweise Vorteilsgewährung kommt es letztlich nicht darauf an, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine konkrete pflichtwidrige Diensthandlung gewährt wird, sondern es reicht aus, dass dieser als Gegenleistung für eine

<sup>81</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 6.10.2004, 1 StR 286/04, NStZ, 334 (335); MüKo/Krick, StGB, § 299 Rn. 59.

<sup>82</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31.

<sup>83</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 31; s. hierzu auch Fischer StGB, § 299 Rn. 29.

<sup>84</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 32.

<sup>85</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 32.

<sup>86</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>87</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 36.

<sup>88</sup> Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 36; vgl. hierzu MüKo/Korte, StGB, § 331 Rn. 4 ff.

<sup>89</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 37.

<sup>90</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 37.

<sup>91</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 37.

<sup>92</sup> Vgl. MüKo/Korte, StGB, § 331 Rn. 157 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 38.

<sup>94</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 332 Rn. 17.

<sup>95</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 38.

Dienstausübung in Zukunft oder Vergangenheit eingeräumt wird.<sup>96</sup> Eine Pflichtverletzung des Amtsträgers ist damit für eine Strafbarkeit nicht erforderlich.<sup>97</sup> Dennoch gilt der Grundsatz der Sozialadäquanz auch im Falle der §§ 331 ff. StGB.<sup>98</sup> Es ist aber ein strengerer Maßstab anzuwenden als bei Beschäftigten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes.<sup>99</sup>

Auch bei den Amtsdelikten kommt es also auf Einzelfallentscheidungen der Behörden an.<sup>100</sup> Insgesamt ist aber festzuhalten, dass hierbei wesentlich strengere Regelungen gelten,<sup>101</sup> sodass bei der Zusammenarbeit mit einem Amtsträger eine höhere Sensibilisierung erforderlich ist. Denn auch hier gilt: Die Verfolgungsbehörden können unter Umständen eine andere Meinung über die soziale Adäquanz der jeweiligen Zuwendung vertreten.<sup>102</sup>

## bb) Strafbare Geldwäsche

Mit § 261 StGB erklärt der Gesetzgeber Geldwäsche für strafbar. Doch was genau bedeutet Geldwäsche? In der Überschrift des Paragraphen heißt es „Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Gegenstände“. Grundsätzlich ist damit die Einführung von illegal erworbenen Gegenständen in den legalen Finanzkreislauf unter Verschleierung der wahren Herkunft gemeint.<sup>103</sup>

§ 261 StGB legt insgesamt drei verschiedene Tatbestände fest: den Verschleierungstatbestand (§ 261 Abs. 1 Var. 1 und 2), den Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand (§ 261 Abs. 1 Var. 3 und 4) und den Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2).<sup>104</sup> Das Verbergen eines Gegenstandes beziehungsweise das Verschleiern dessen Herkunft stellen die typische Geldwäschemanipulationen dar, während es beim Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand darum geht, dass der staatliche Zugriff auf einen solchen Gegenstand vereitelt oder konkret gefährdet wird.<sup>105</sup> Absatz 2 stellt das Verschaffen, Verwahren oder Verwenden für sich selbst oder einen Dritten ebenfalls unter Strafe. Damit ist die für eine strafbare Geldwäsche erforderliche Tathandlung in zwei getrennten Absätzen geregelt.<sup>106</sup>

Damit § 261 StGB einschlägig ist, muss der besagte Gegenstand aus einer in Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 5 genannten Tat herrühren. Diese Tat muss rechtswidrig, aber nicht unbedingt schuldhaft begangen worden sein.<sup>107</sup> In Betracht kommen unter anderem Verbrechen gem. § 2 Abs. 1 StGB, also jeder Straftatbestand, der ein Strafmaß von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe aufweist<sup>108</sup> sowie Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern nach §§ 332, 334 StGB.<sup>109</sup> Außerdem können nach Abs. 8 auch Auslandstaten eine Vortat für Geldwäsche nach § 261 StGB darstellen, sofern die Tat eine Katalogtat nach § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB ist und auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.<sup>110</sup>

Was den Tatgegenstand betrifft, so gibt es keine genaueren Ausführungen des Gesetzgebers. § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB spricht lediglich von „einem Gegenstand“ und sieht dabei eine eher weite Auslegung vor.<sup>111</sup> Erfasst werden damit nicht nur körperliche Gegenstände, sondern alle vermögenswerten Gegenstände, also auch Forderungen, Grundstücke und dingliche Rechte, Beteiligungen an Gesellschaften und Anteile an Gemeinschaftsvermögen.<sup>112</sup> Weiter muss der Gegenstand aus einer Vortat herrühren, was ebenfalls weit auszulegen ist.<sup>113</sup> Das bedeutet, dass

<sup>96</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>97</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>98</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>99</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>100</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>101</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 36.

<sup>102</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 39.

<sup>103</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 2).

<sup>104</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, StGB, § 261 Rn. 3.

<sup>105</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, StGB, § 261 Rn. 3.

<sup>106</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 12).

<sup>107</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, StGB, § 261 Rn. 5.

<sup>108</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 5a).

<sup>109</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 5b).

<sup>110</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 5e).

<sup>111</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 6).

<sup>112</sup> Vgl. Fischer StGB, § 261 Rn. 6.

<sup>113</sup> Vgl. Schnabl, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 7).

auch das, was nach mehrfacher Verwertung an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes tritt, als Tatgegenstand nach § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB in Betracht kommt.<sup>114</sup>

Ein Ausgleich zu der bisher eher weiten Auslegung findet sich in § 261 Abs. 6 StGB, wonach eine Tat nach Abs. 2 nicht strafbar ist, wenn zuvor ein Dritter oder eine Dritte den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat begangen zu haben.<sup>115</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Erwerb des Gegenstandes zivilrechtlich wirksam ist, sondern es kommt allein darauf an, dass mit der Erlangung keine Straftat aus dem Katalog des § 261 StGB begangen wurde.<sup>116</sup>

Damit eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Geldwäsche begründet wird, muss der Täter jedenfalls mit bedingtem Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale handeln.<sup>117</sup> Beim bedingten Vorsatz, auch Dolus eventualis oder Eventualvorsatz, wird die Erfüllung des Tatbestandes nicht sicher vorausgesehen, sondern lediglich für möglich gehalten.<sup>118</sup> Dabei bezieht sich die Erforderlichkeit des Vorsatzes sowohl auf das Vorliegen einer Vortat nach § 261 StGB als auch auf die Tathandlung nach Abs. 1 oder 2 selbst.<sup>119</sup>

Abschließend ist noch wichtig festzuhalten, dass nicht nur der Akt der Geldwäsche selbst, sondern bereits der Versuch nach § 261 Abs. 3 StGB als strafbar gilt.<sup>120</sup> Darüber hinaus macht sich nach § 261 Abs. 5 StGB ebenfalls strafbar, wer leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer Katalogtat stammt.<sup>121</sup> Das ist der Fall, „wenn sich die Herkunft des Gegenstandes aus einer Katalogtat aufdrängt und der Täter dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt“.<sup>122</sup>

Damit kommt es also für eine Strafbarkeit nach § 261 StGB nicht zwingend darauf an, selbst Geldwäsche zu betreiben. Schon der Versuch oder auch das leichtfertige Nichterkennen des Tatbestandes kann zu einem Strafverfahren und damit zu einer Verurteilung führen.<sup>123</sup>

## cc) Verstöße gegen das Kartell- und Wettbewerbsrecht

Sowohl Kartell- als auch Wettbewerbsrecht haben das Ziel, den freien Wettbewerb zu schützen.<sup>124</sup> Im folgenden Kapitel werden zum einen der Straftatbestand des § 298 StGB, wonach wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Rahmen einer Ausschreibung strafbar sind, sowie die klassischen kartellrechtlichen Verbote, sprich das Kartellverbot des § 1 GWB, das Missbrauchsverbot nach §§ 19, 20 GWB und das Vollzugsverbot gem. §§ 35 ff. GWB, näher beleuchtet. Bezüglich der Kartellrechtsverbote ist zu erwähnen, dass nicht nur das deutsche Recht entsprechende Normen enthält, sondern auch das europäische Recht detaillierte Regelungen zu den einzelnen Verboten auführt.<sup>125</sup> Nachfolgende wird sich jedoch ausschließlich auf die nationalen Vorschriften bezogen.

### (1) Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

Gem. § 298 StGB sind rechtswidrige Absprachen zwischen Marktteilnehmern im Rahmen einer Ausschreibung verboten und das Abgeben eines Angebotes, das auf einer solchen Absprache beruht, ist strafbar. Damit soll zum einen der freie Wettbewerb geschützt werden, zum anderen aber auch die Vermögensinteressen der Veranstalter einer Ausschreibung.<sup>126</sup>

<sup>114</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 7).

<sup>115</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 8).

<sup>116</sup> Vgl. *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 261 Rn. 21.

<sup>117</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (§Rn. 13).

<sup>118</sup> Vgl. *Schönke/Schröder/Sterberg-Lieben/Schuster*, StGB, § 15 Rn. 72.

<sup>119</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 13).

<sup>120</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 12c).

<sup>121</sup> *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 14).

<sup>122</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 14).

<sup>123</sup> Vgl. *Schnabl*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 6. Kapitel (Rn. 12c, 14).

<sup>124</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 48, 59.

<sup>125</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 64 ff.

<sup>126</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 48.

Damit § 298 StGB einschlägig ist, muss nach Abs. 1 zunächst die Manipulation einer Ausschreibung der öffentlichen Hand oder eines privaten Unternehmens vorliegen.<sup>127</sup> Gemeint ist ein „Verfahren, bei dem ein Veranstalter Angebote für Warenlieferungen beziehungsweise die Erbringungen von gewerblichen Leistungen oder Dienstleistungen einholt, um so den für ihn günstigsten Preis zu ermitteln.“<sup>128</sup> Weiter müssen sich die Marktteilnehmer rechtswidrig abgesprochen haben.<sup>129</sup>

Umfasst sind vom Tatbestand nach der aktuellen Rechtsprechung sowie weiten Teilen der Literatur nicht nur horizontale Absprachen, also Absprachen zwischen den Bietern untereinander, sondern ebenfalls vertikale Absprachen zwischen einem oder mehreren Bietern und dem Veranstalter persönlich.<sup>130</sup>

Ebenfalls vom Anwendungsbereich des § 298 StGB erfasst, sind gem. Abs. 2 freihändige Vergaben eines Auftrages, sofern vorher ein Teilnahmewettbewerb stattgefunden hat.<sup>131</sup>

## (2) Das Kartellverbot

Gem. § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine Verhinderung, Einschränkungen oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Eine Absprache muss dabei nicht zwingend in schriftlicher Form vorliegen, sondern kann durchaus auch mündlich erfolgen.<sup>132</sup>

Ausnahmen vom Kartellverbot bilden die Einzelfreistellung, die Gruppenfreistellung oder sogenannte *Safe harbours*.<sup>133</sup>

Nach § 2 Abs. 1 GWB sind bestimmte Verhaltensweise trotz Kartellverbot zulässig. Dafür müssen sie jedoch unerlässlich sein, um Effizienzen zu generieren.<sup>134</sup> Die Unternehmen müssen im Rahmen der sogenannten Effizienzeinrede nachweisen, dass die Voraussetzungen einer Freistellung gegeben sind, das heißt, es muss ein konkreter wirtschaftlicher Vorteil nachgewiesen werden.<sup>135</sup> Dieser muss den Verbrauchern zugutekommen und zugleich muss die Wettbewerbsbeschränkung zu dessen Erreichung unerlässlich sein.<sup>136</sup> Es kommt also darauf an, ob der beabsichtigte Eingriff verhältnismäßig ist und einen Vorteil für die Verbraucher bietet<sup>137</sup>, anderenfalls erfolgt keine Freistellung vom Kartellverbot.

Bei Gruppenfreistellungen wird regelmäßig davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Effizienzeinrede vorliegen und damit kein Schaden für die Verbraucher zu erwarten ist.<sup>138</sup> Sie erfolgt häufig in Form von sogenannten Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) durch die EU und gilt für ganze Sektoren wie zum Beispiel die Kfz-Branche oder für Versicherungen.<sup>139</sup>

## (3) Das Missbrauchsverbot

Nach §§ 19, 20 GWB bestehen für Unternehmen mit starker Marktstellung besondere Rücksichtnahmepflichten, das heißt, sie dürfen ihre Macht nicht missbrauchen.<sup>140</sup> Exklusivitätsvereinbarungen mit Kunden oder Lieferanten, Rabattgestaltungen, die zu einer starken Kundenbindung führen, oder

<sup>127</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 48.

<sup>128</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 48; s. hierzu auch MüKo/Hohmann, StGB, § 289 Rn. 30; Fischer StGB, § 289 Rn. 4.

<sup>129</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 48.

<sup>130</sup> Vgl. Fischer StGB, § 289 Rn. 10.

<sup>131</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 49.

<sup>132</sup> Vgl. GWB, § 1 Rn. 17 zit. nach Veit, 2018, S.64.

<sup>133</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 65 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 65.

<sup>135</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 65.

<sup>136</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 65.

<sup>137</sup> Vgl. Reiling, Corporate Compliance 2016, § 18 (Rn. 105).

<sup>138</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 66.

<sup>139</sup> Vgl. Dittrich/Matthey, Corporate Compliance 2016, § 26 (Rn. 16 f.).

<sup>140</sup> Vgl. Dittrich/Matthey, Corporate Compliance 2016, § 26 (Rn. 18 f.).

ähnliches, können einen Missbrauch darstellen.<sup>141</sup> Ab einem Marktanteil von 40 %<sup>142</sup> – 50 %<sup>143</sup> oder mehr, wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet. Unternehmen dieser Größe müssen beim Agieren am Markt die Rücksichtnahmepflichten also im Hinterkopf behalten und sollten keine unangemessenen Preise und Konditionen von Kunden sowie Lieferanten verlangen oder grundlos zwischen vergleichbaren Vertragspartnern differenzieren<sup>144</sup>.

#### **(4) Das Vollzugsverbot**

Für Unternehmenszusammenschlüsse, die der Fusionskontrolle nach §§ 34 ff. GWB unterliegen, gilt: Anmeldung des Vorhabens bei der zuständigen Behörde und Abwarten, denn ohne Freigabeentscheidung kein Vollzug des Zusammenschlusses (Vollzugsverbot).<sup>145</sup> Anderenfalls drohen hohe Bußgelder.<sup>146</sup>

Wann ein Zusammenschluss der Fusionskontrolle unterliegt, ist abhängig von bestimmten Umsatzschwellenwerten (§ 35 GWB).<sup>147</sup> Wenn diese Werte überschritten werden und zudem ein Zusammenschluss i. S. d. § 37 GWB vorliegt, besteht eine Anmeldepflicht bei der zuständigen Behörde zur Prüfung.<sup>148</sup>

Ein Zusammenschluss laut § 37 Abs. 1 GWB liegt in folgenden Fällen vor:

„1. Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB)

„2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer Unternehmen“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB)

„3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

„4. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen untermittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

Unternehmen, die eine Fusion mit einem anderen Unternehmen beabsichtigen, müssen also darauf bedacht sein, dass ihr Zusammenschluss unter Umständen von der zuständigen Kartellbehörde geprüft und freigegeben muss und dass bei Nichtbeachtung dieser Regelung erhebliche Bußgelder anfallen können.<sup>149</sup>

#### **(5) Zusammenfassung**

Zusammenfassend gesagt, regelt das Kartellrecht das Verhalten der Marktteilnehmer untereinander und soll zudem den freien Wettbewerb schützen.<sup>150</sup> Ein Verstoß gegen die oben beschriebenen Verbote kann hohe Bußgelder für die Unternehmen bedeuten.<sup>151</sup> Außerdem können auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche entstehen, die von benachteiligten Marktteilnehmern oder Abnehmern überverteuerter Waren geltend gemacht werden.<sup>152</sup> Hinzu kommt, dass ein Kartellverstoß unter Umständen auch strafrechtlich relevant sein kann, sofern er im Rahmen einer Ausschreibung begangen wird.<sup>153</sup>

<sup>141</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 67.

<sup>142</sup> Vgl. *Dittrich/Matthey*, Corporate Compliance 2016, § 26 (Rn. 23).

<sup>143</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.1991, Rs C - 62/86, NJW, 677 (677).

<sup>144</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 67; ausführlich in *Dittrich/Matthey*, Corporate Compliance 2016, § 26 (Rn. 25).

<sup>145</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 68.

<sup>146</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 68.

<sup>147</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 68.

<sup>148</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 68.

<sup>149</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 68 f.

<sup>150</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 59, 69.

<sup>151</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 69.

<sup>152</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 69.

<sup>153</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 69.

Dies könnte für das Unternehmen ein Strafverfahren auf der Grundlage des § 298 StGB und im schlimmsten Falle sogar Geld- oder (für natürlichen Personen) Freiheitsstrafen bedeuten.<sup>154</sup>

## **b) Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens für Compliance-Verstöße**

Nach dem kurzen Überblick über die typischen Wirtschaftsdelikte soll nun die Frage geklärt werden, wie die Risiken für die unterschiedlichen Verstößen innerhalb der Unternehmen verteilt sind. Grundsätzlich erscheint es wahrscheinlicher, dass große, global agierende Unternehmen und Konzerne einem höheren Risiko für Compliance-Verstöße ausgesetzt sind als beispielsweise der kleine Einzelunternehmer mit zwei bis drei Beschäftigten. Das ist zum einen auf die Größe und die Mitarbeiteranzahl zurückzuführen, da mehr Mitarbeiter auch eine höhere Zahl an potenziellen Tätern bedeutet. Zum anderen spielt die Internationalität eine große Rolle. So sind Korruptionshandlungen in manchen Ländern an der Tagesordnung, während derartige Vergehen in anderen Teilen der Welt streng geahndet werden. Dies zeigt der sogenannte *Corruption Perceptions Index (CPI)*, welcher von *Transparency International* erstellt wird und die Länder nach dem Grad, der in Politik und Verwaltung wahrgenommenen Korruption auflistet<sup>155</sup>. Im Jahr 2019 umfasste der *CPI* 180 Länder, welche auf einer Skala von Null, was ein hohes Maß an wahrgenommener Korruption bedeutet, bis 100, also keine wahrgenommene Korruption, bewertet wurden<sup>156</sup>. Während Deutschland mit 80 Punkten Platz 9 erreicht hat, liegen fragile Staaten und Konfliktregionen wie Syrien, Südsudan und Somalia auf den unteren Plätzen.<sup>157</sup>

Im Ergebnis und auf die Verantwortlichkeiten innerhalb eines Unternehmens bezogen bedeutet dies, dass bei der Zusammenarbeit mit Unternehmen aus Staaten mit einem niedrigen *CPI* ein höheres Risiko für Bestechung und Bestechlichkeit besteht. Ratsam ist also eine besondere Sensibilisierung der Mitarbeiter im Umgang mit solchen Unternehmen.

Ebenfalls besonders sensibilisiert für Korruptionsrisiken in der Unternehmenspraxis werden sollten die angestellten Einkäufer. Diese sind vermehrt gefährdet, sich der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar zu machen.<sup>158</sup> Die Einkaufsabteilung birgt damit erhöhte Risiken, durch das Annehmen, Fordern oder Sich-versprechen-Lassen eines Vorteils passive Korruption<sup>159</sup> zu betreiben. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Mitarbeiter in der Vertriebsabteilung Gefahr laufen, durch beispielsweise das Zahlen von Bestechungsgeldern zum Erhalt eines Auftrages – aktive Korruption zu betreiben und sich damit der Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar zu machen.

Auch in Bezug auf die Gefahr der Geldwäsche haben sich unterschiedliche Verantwortlichkeiten herausgebildet. Das Geldwäschegesetz (GWG) formuliert bestimmte Sorgfaltspflichten für die in § 2 aufgelisteten Verpflichteten. Dabei handelt es sich nicht nur um Banken, Finanzinstitute und Versicherungen, sondern um alle „Personen, die gewerblich mit Gütern handeln“<sup>160</sup>. Das bedeutet, dass auch kleinere Unternehmen unter Umständen die Sorgfaltspflichten, wie zum Beispiel die Identifizierung des Geschäftspartners und des wirtschaftlich Berechtigten zu beachten haben.<sup>161</sup> Dabei geht es jedoch weniger um die aktive Beteiligung an einer Geldwäsche, als vielmehr um die Gefahr, von Dritten unbewusst dafür ausgenutzt zu werden.<sup>162</sup> Bei der Geldwäscheprevention innerhalb des Unternehmens muss also nicht nur ein System zur Erkennung eines Geldwäschetatbestandes aus den eigenen Reihen etabliert werden, sondern es müssen ebenfalls Risikomomente ermittelt werden, die helfen können, zu erkennen, ob das eigene Unternehmen für ein derartiges Vergehen benutzt wird.

Was also den Umgang mit Geldwäsche innerhalb eines Unternehmens betrifft, so formuliert der Gesetzgeber bestimmte Pflichten. Jedoch richtet er diese nicht an alle Unternehmen allgemein, sondern stellt auf bestimmte Verpflichtete ab.

Es ist also festzuhalten, dass die Gefahr sich der Geldwäsche nach § 261 StGB strafbar zu machen für jedes Unternehmen besteht; die Pflichten nach dem GWG und die mit einem Verstoß

<sup>154</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 49 ff.

<sup>155</sup> Vgl. unbekannt, Korruptionswahrnehmungsindex 2019, <https://www.transparency.de/cpi/?L=0>, 15.7.2020.

<sup>156</sup> Unbekannt, Korruptionswahrnehmungsindex 2019, <https://www.transparency.de/cpi/?L=0>, 15.7.2020.

<sup>157</sup> Unbekannt, Korruptionswahrnehmungsindex 2019, <https://www.transparency.de/cpi/?L=0>, 15.7.2020.

<sup>158</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 29.

<sup>159</sup> Vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A - Z, S. 43 f.

<sup>160</sup> Vgl. Müller, Compliance für KMU 2012, 51 (71).

<sup>161</sup> Vgl. Müller, Compliance für KMU 2012, 51 (71).

<sup>162</sup> Vgl. Müller, Compliance für KMU 2012, 51 (71).

einhergehenden Bußgelder nach § 56 GWG jedoch die konkret Verpflichteten betreffen. Damit sollten diese – aufgrund der doppelten Gefahr einer Strafbarkeit sowie einer Ordnungswidrigkeit – besondere Maßnahmen zur Geldwäscheprävention ergreifen.

Im Hinblick auf die Verstöße gegen das Kartell- und Wettbewerbsrecht ist es schwer Verantwortlichkeiten und bestimmte Risiken zu charakterisieren, da Absprachen und Zusammenschlüsse wohl auf allen Stufen in der Unternehmenswelt vorkommen können. So finden bekanntermaßen sowohl Fusionen großer, internationaler Konzerne statt, gleichzeitig können sich aber auch zwei Bäcker einer Kleinstadt bezüglich des Brötchenpreises absprechen.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass nicht nur die Größe und Internationalität eines Unternehmens sich auf das Risiko eines Compliance-Vorfalles auswirken, sondern dass auch bestimmte Abteilungen einer höheren Gefahr, sich ausgewählter Straftaten schuldig zu machen, ausgesetzt sind. Zudem bestehen mittlerweile auch gesetzliche Regelungen wie das Geldwäschegesetz, welche Unternehmen aus einzelnen Branchen als anfälliger für manche Delikte ansehen und sie deswegen besonders verpflichten.

### III. Zwischenfazit

Im Hinblick auf das vorangegangene Kapitel ergibt sich, dass – obwohl es in der Literatur keine einheitliche Definition gibt<sup>163</sup> – in der Unternehmenspraxis weitgehend Einigkeit über den Begriff ‚Compliance‘ herrscht.<sup>164</sup> Es geht darum, die Regeln der Wirtschaftswelt einzuhalten, um so mögliche Haftungstatbestände zu vermeiden.<sup>165</sup> Damit gemeint sind sowohl festgeschriebene Gesetze und selbstaufgestellte Regelwerke<sup>166</sup> als auch ethische Grundsätze<sup>167</sup>, die eingehalten werden sollen. Doch diese Verpflichtungen bringen auch Risiken mit sich. Insbesondere die GmbH-Geschäftsführung ist besonderen Risiken im Hinblick auf Compliance ausgesetzt und haben bestimmte Pflichten zu erfüllen. Damit beschäftigt sich das nachfolgende Kapitel.

## D. Compliance-relevante Pflichten des GmbH-Geschäftsführers

Die Geschäftsführung einer GmbH hat eine Reihe von Pflichten und Aufgaben. Nach einer kurzen allgemeinen Einführung wird sich hier aber auf die compliance-relevanten Pflichten beschränkt.

### I. Einführung – Übersicht zu den Aufgaben des GmbH-Geschäftsführers

Da die GmbH als juristische Person nicht selbst handeln kann, geschieht dies durch ihre Organe.<sup>168</sup> Die Geschäftsführung ist dabei das handelnde Organ einer GmbH.<sup>169</sup>

In erster Linie besteht ihre Aufgabe darin, intern die Geschäfte zu führen sowie die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG).<sup>170</sup> Dabei wird Geschäftsführung als „jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die GmbH“<sup>171</sup> definiert, während unter Vertretung „derjenige Teilbereich der Geschäftsführung, der das rechtsgeschäftliche Außenhandeln des Geschäftsführers betrifft“<sup>172</sup>, verstanden wird. Was die Kompetenzen der Geschäftsleitung angeht, so wird also zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden.

<sup>163</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>164</sup> Vgl. *Poppe*, Compliance 2013, 1 (2).

<sup>165</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (1).

<sup>166</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>167</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (3).

<sup>168</sup> Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 771.

<sup>169</sup> Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 772.

<sup>170</sup> Vgl. *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 8; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 4 Rn. 134.

<sup>171</sup> *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 8.

<sup>172</sup> *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 8.

In Bezug auf die Geschäftsführung gilt: Sie kann nicht nach eigenen Belieben verfahren, sondern ist an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden.<sup>173</sup> Maßgeblich ist hierfür, dass sie ihr Handeln nach dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck ausrichtet.<sup>174</sup> Gem. § 37 Abs. 1 GmbHG kann die Gesellschafter-versammlung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Einzelweisungen Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis anordnen, welchen der Geschäftsführer Folge zu leisten hat.<sup>175</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass grundsätzlich – sofern keine Beschränkungen auferlegt sind – eine umfassende Geschäftsführungsbefugnis besteht.<sup>176</sup> Dennoch kann – anders als bei der Aktiengesellschaft – aufgrund der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer aus § 46 Nr. 6 GmbH von einem klaren Ober-/Unterordnungsverhältnis inner-halb der GmbH gesprochen worden werden.<sup>177</sup> Dabei ist die Versammlung der Gesellschafter also das oberste Organ der GmbH und der oder auch die Geschäftsführer (siehe § 6 Abs. 1 GmbHG) sind ihr untergeordnet.<sup>178</sup>

Was Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis angeht, so gelten diese lediglich im Innenverhältnis zur Gesellschaft, denn gem. § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Außenverhältnis nicht möglich.<sup>179</sup> Das heißt, dass der Geschäftsführer die Gesellschaft im Außenverhältnis auch dann wirksam vertreten kann, wenn seinem Handeln Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis entgegenstehen.<sup>180</sup>

Grundsätzlich erstreckt sich die Vertretungsmacht eines GmbH-Geschäftsführers auf sämtliche Rechtsgeschäfte sowie die Prozessvertretung der GmbH.<sup>181</sup> Eine wirksame Vertretungsmacht fehlt beispielweise dann, wenn Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft zusammenwirken<sup>182</sup>. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Vertragspartner weiß beziehungsweise dass es für ihn eindeutig ersichtlich war, dass Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis überschritten werden.<sup>183</sup> Andere Beispiele für Beschränkungen der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers sind zum einen das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB<sup>184</sup>, also sogenannte Insichgeschäfte, bei denen der Vertreter – hier der Geschäftsführer – für den Vertretenen – die GmbH – ein Geschäft mit sich selbst vornimmt<sup>185</sup> sowie Fälle, in denen die Vertretungsmacht missbraucht wird.<sup>186</sup> Konsequenz von fehlender Vertretungsmacht ist regelmäßig die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sofern keine nachträgliche Genehmigung erfolgt (§ 177 BGB).

Die Führung der Geschäfte im Innenverhältnis sowie die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten sind jedoch nicht einzigen Aufgaben eines GmbH-Geschäftsführers. Hinzu kommen zum Beispiel noch:

- > die ersatzweise Führung der Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 1 GmbHG),<sup>187</sup>
- > Buchführung (§ 41 GmbHG),<sup>188</sup>
- > die Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 49 GmbHG),<sup>189</sup>
- > die Verwirklichung der Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter/-innen (§ 51 a GmbHG)<sup>190</sup> sowie
- > die Stellung des Insolvenzantrages (§ 15 a Abs. 1 InsO)<sup>191</sup>.

<sup>173</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 9.

<sup>174</sup> Vgl. Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 776.

<sup>175</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 9.

<sup>176</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 9.

<sup>177</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 4 Rn. 136.

<sup>178</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, § 4 Rn. 136.

<sup>179</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 10.

<sup>180</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 10.

<sup>181</sup> Vgl. Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 774.

<sup>182</sup> Vgl. Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 775.

<sup>183</sup> Vgl. Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 775.

<sup>184</sup> Vgl. Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 775.

<sup>185</sup> Vgl. MüKo/Schubert, BGB, § 181 Rn. 1.

<sup>186</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 10.

<sup>187</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 11.

<sup>188</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 11.

<sup>189</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 11.

<sup>190</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 11.

<sup>191</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 11.

Eine abschließende Bestimmung der Aufgaben eines GmbH-Geschäftsführer kann jedoch nicht vorgenommen werden, da die Verteilung innerhalb der GmbH zwischen den Organen durchaus variabel ist.<sup>192</sup> Praktisch gesehen geht es bei der Geschäftsführung um die Planung, Vorbereitung, Abwicklung und Überwachung des Tagesgeschäftes sowie um die Erarbeitung von Strategien zur Weiterentwicklung der Gesellschaft.<sup>193</sup> Unter Umständen legt der Geschäftsführer auch die Grundsätze der Geschäftspolitik fest.<sup>194</sup>

Doch inwiefern ist der Geschäftsführer verpflichtet, für Rechtstreue in seinem Unternehmen zu sorgen? Besteht eine Pflicht zur Implementierung einer Compliance-Organisation; und wenn ja, trifft diese Pflicht innerhalb einer GmbH zwingend den Geschäftsführer? Mit diesen Fragen sind Thema des nächsten Kapitels.

## II. Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG

Es scheint selbstverständlich, dass ein Geschäftsführer die Angelegenheiten der Gesellschaft sorgfältig zu erledigen hat. Dennoch ist diese Pflicht zur Sorgfalt sogar gesetzlich verankert.

§ 43 Abs. 1 GmbHG: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“

Die Norm gilt jedoch ausschließlich für organschaftliche Leitungstätigkeit, das heißt nicht bei Privataktivitäten, auch wenn diese das Gesellschaftsvermögen beeinträchtigen.<sup>195</sup> Ein Beispiel hierfür stellt folgender Fall<sup>196</sup> dar: Der Geschäftsführer holt mit dem Geschäfts-Pkw seine Tochter von der Schule ab. Auf dem Parkplatz kommt es zu einem Unfall, bei dem der Pkw stark beschädigt wird. Durch Wertverlust des Pkws wird zwar das Gesellschaftsvermögen beeinträchtigt, das Abholen der Tochter von der Schule stellt jedoch keine organschaftliche Tätigkeit dar, sodass § 43 Abs. 1 GmbHG hier nicht anwendbar ist. Hier muss auf den Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, zurückgegriffen werden.<sup>197</sup> Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Hierbei wird weiter zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit unterschieden.<sup>198</sup> Für Vorsatz hingegen gibt der Gesetzgeber keine Legaldefinition.<sup>199</sup> In der Literatur bedeutet Vorsatz, den rechtswidrigen Erfolg mit Wissen und Wollen herbeizuführen.<sup>200</sup> Derselbe Maßstab gilt für Fälle, in denen Dritte ohne entsprechende Organstellung die Handlung hätten vornehmen können, selbst wenn sie „bei Gelegenheit der Geschäftsführung“ erfolgt.<sup>201</sup>

Der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 1 GmbHG erstreckt sich vorrangig auf den Geschäftsführer, der wirksam zum Organ bestellt wurde,<sup>202</sup> wobei die Wirksamkeit des Anstellungsvertrages zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer sowie die Eintragung im Handelsregister unerheblich ist.<sup>203</sup> Nach h. M. wird ebenfalls erfasst, wer zwar formal, in Wirklichkeit aber fehlerhaft zum Geschäftsführer bestellt wurde.<sup>204</sup> Derjenige muss geschäftsfähig sein und das Amt angenommen bzw. mit Wissen der Gesellschafter ausgeübt und die Organtätigkeit aufgenommen haben.<sup>205</sup> Im Falle eines Nichtaktes werden nach der h. M. die Grundsätze des faktischen Geschäftsführers angewendet.<sup>206</sup> Bei einem faktischen Geschäftsführer handelt es sich um eine „natürliche Person, die mit Wissen der

<sup>192</sup> Vgl. Axhausen, Beck'sches Handbuch der GmbH 1999, Rn. 130 ff. (132).

<sup>193</sup> Vgl. Axhausen, Beck'sches Handbuch der GmbH 1999, Rn. 130 ff. (133).

<sup>194</sup> Vgl. Axhausen, Beck'sches Handbuch der GmbH 1999, Rn. 130 ff. (133).

<sup>195</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 6.

<sup>196</sup> Vgl. hierzu Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 6.

<sup>197</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 6.

<sup>198</sup> Vgl. MüKo/Grundmann, BGB, § 276 Rn. 10.

<sup>199</sup> Vgl. HK-BGB/Schulze, § 276 Rn. 6.

<sup>200</sup> Vgl. HK-BGB/Schulze, § 276 Rn. 6; Hirsch, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 302.

<sup>201</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 57.

<sup>202</sup> Vgl. Fleck, ZHR 149 (1985), 387 (296) zit. nach MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 15.

<sup>203</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 25.06.2001, II ZR 38/99, NZG, 893 (893); BGH, Urteil vom 21.04.1994, II ZR 65/93, NJW, 2027 (2027); Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 4.

<sup>204</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 18; BGH, Urteil vom 20.02.1995, II ZR 143/93, DStR, 1033 (1033); Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 4.

<sup>205</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 18.

<sup>206</sup> Vgl. GroßkommAktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 362 zit. nach MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 18.

Gesellschafter tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, ohne formell zum Geschäftsführer bestellt zu sein.<sup>207</sup> § 43 GmbHG ist auch auf diesen anwendbar.<sup>208</sup>

Was den zeitlichen Anwendungsbereich von § 43 GmbHG angeht, so ist er mit Eintritt in die Organstellung eröffnet<sup>209</sup> und endet mit Beendigung derselben.<sup>210</sup> In Einzelfällen wird jedoch auch der ausgeschiedene Geschäftsführer erfasst; beispielsweise dann, wenn nachwirkende Pflichten – wie die Verschwiegenheitspflicht oder fortwirkende Treuepflichten – gelten.<sup>211</sup>

## 1. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes

§ 43 Abs. 1 GmbHG begründet einen Sorgfalts- beziehungsweise Verschuldensmaßstab, den der Geschäftsführer bei Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten einzuhalten hat<sup>212</sup> und der über den von jedermann zu beachtenden Maßstab des § 276 BGB hinausgeht.<sup>213</sup>

Er hat die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden, so lautet das Gesetz. Anderenfalls kann er über § 43 Abs. 2 GmbHG persönlich in Haftung genommen werden.<sup>214</sup> Darunter wird „die Sorgfalt eines treuhänderischen Verwalters fremder Vermögensinteressen in verantwortlich leitender Position“<sup>215</sup> verstanden, denn der Geschäftsführer nimmt die Interessen der Gesellschaft und nicht seine eigenen wahr.<sup>216</sup> Dennoch steht ihm bei unternehmerischen Entscheidungen durchaus ein gewisser Ermessensspielraum zu, denn in der Unternehmenspraxis müssen gelegentlich gewisse Risiken eingegangen werden.<sup>217</sup> Dazu gehört auch die Gefahr von Fehleinschätzungen<sup>218</sup>. Wann verletzt der Geschäftsführer also seine Sorgfaltspflicht und wann kann von einem typischen geschäftlichen Risiko gesprochen werden? Hierbei ist vor allem die Orientierung am Gesellschaftsinteresse und die angemessene Vorbereitung der Entscheidung maßgeblich.<sup>219</sup> Damit kann dem Geschäftsführer nicht bei jedem unternehmerischen Fehlschlag eine Verletzung seiner Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden.<sup>220</sup>

Strittig ist, ob § 43 Abs. 1 GmbHG zusätzlich zur Festlegung eines Verschuldensmaßstabes auch eine selbstständige Funktion als Quelle ungeschriebener Geschäftsführerpflichten zukommt.<sup>221</sup> Damit wäre die Norm auch ein allgemeiner Auffangtatbestand für die dem Geschäftsführer obliegenden (ungeschriebenen) Pflichten im Hinblick auf die Unternehmensführung.<sup>222</sup> Sie würde also nicht nur den Verschuldensmaßstab für die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG festlegen, sondern würde zugleich auch eine selbstständige Anspruchsgrundlage in ihrer Funktion als Pflichtenquelle darstellen.<sup>223</sup> Einer anderen Ansicht nach ergeben sich die ungeschriebenen Verhaltenspflichten eines GmbH-Geschäftsführers nicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG, sondern ausschließlich aus der Geschäftsführungsaufgabe (§ 35 GmbHG), aus Treuepflichtüberlegungen und Sonderregelungen.<sup>224</sup> Diese verschiedenen Ansichten zeigen jedoch in der Praxis keine Wirkung, da die ungeschriebene Verhaltenspflicht und der objektive Sorgfaltsmaßstab aus § 43 Abs. 1 GmbHG nur schwer voneinander getrennt werden können.<sup>225</sup>

<sup>207</sup> MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 19; vgl. auch Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 5; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 227; BGH, Urteil vom 25.02.2002, II ZR 196/00, NZG, 520 (520).

<sup>208</sup> Vgl. GroßkommAktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 362 f. zit. nach MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 19; s. auch BGH, Urteil vom 11.07.2005, II ZR 235/03, NZG, 816 (816); BGH, Urteil vom 27.06.2005, II ZR 113/03, NZG, 755 (755).

<sup>209</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 41.

<sup>210</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 2.

<sup>211</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 2.

<sup>212</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 49; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 7 f.

<sup>213</sup> Vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12.05.1999, 1 U 1649/97, NJW-RR, 483 (484).

<sup>214</sup> Vgl. Teichmann, Compliance 2014, 29 (29).

<sup>215</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Auflage, § 43 Rn. 6 wörtlich zit. nach Uhlig, Compliance für KMU 2012, 29 (47).

<sup>216</sup> Vgl. Uhlig, Compliance für KMU 2012, 29 (47).

<sup>217</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13; Teichmann, Compliance 2014, 29 (38).

<sup>218</sup> Vgl. Teichmann, Compliance 2014, 29 (38).

<sup>219</sup> Vgl. Teichmann, Compliance 2014, 29 (38).

<sup>220</sup> Vgl. Teichmann, Compliance 2014, 29 (38).

<sup>221</sup> Vgl. BeckOK GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 41; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 8.

<sup>222</sup> Vgl. BeckOK GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 41.1; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 8.

<sup>223</sup> Vgl. BeckOK GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 41.1.

<sup>224</sup> Vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gruber Rn. 8 zit. nach Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 8.

<sup>225</sup> Vgl. BeckOK GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 42.

Klar ist, dass § 43 Abs. 1 GmbHG einen strengen Haftungsmaßstab enthält, wonach der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beachten hat, was durch die Aufgabe des Geschäftsführers, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, maßgeblich geprägt wird.<sup>226</sup>

## 2. Umfang der Sorgfaltspflicht – analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Was den Umfang der Sorgfaltspflicht des GmbH-Geschäftsführers und damit den Ermessensspielraum im Rahmen von unternehmerischen Entscheidungen angeht, so ist dies im GmbHG nicht ausdrücklich geregelt.<sup>227</sup> Jedoch findet die sogenannte Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechende Anwendung.<sup>228</sup>

Grundsätzlich gilt im Recht der Aktiengesellschaften ein strenger Haftungsmaßstab bei der Verletzung organschaftlicher Sorgfalts- und Treuepflichten.<sup>229</sup> So müssen die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§93 Abs. 1 Satz 1 AktG) anwenden.<sup>230</sup> Der Wortlaut erinnert sehr an § 43 Abs. 1 GmbHG. Zudem gilt für den Vorstand gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine ungünstige Beweislastumkehr.<sup>231</sup> Demnach liegt die Beweislast beim Vorstandsmitglied, sofern es streitig ist, ob die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet wurde.<sup>232</sup> Diese Regelung gilt nach der h. M. auch für den Geschäftsführer einer GmbH.<sup>233</sup> Damit liegt die Beweislast für ein Geschäftsführerhandeln und den dadurch entstandenen Schaden grundsätzlich bei der GmbH, jedoch muss der Geschäftsführer beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft und der Schaden auch durch ein sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>234</sup>

Der eben beschriebene strenge Haftungsmaßstab wird jedoch durch die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingeschränkt.<sup>235</sup> Danach steht den Mitgliedern des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ein weites Geschäftsleiterermessen zu.<sup>236</sup> Bei unternehmerischen Entscheidungen ist eine Entlastung des Geschäftsleiters möglich, wenn dieser nachweisen kann, dass die Entscheidung „auf solider Informationsgrundlage zum Wohl der Gesellschaft, namentlich frei von Interessenkonflikten“<sup>237</sup> getroffen wurde. Denn anders als gebundene Entscheidungen, bei denen eine Rechtswidrigkeit schon im Zeitpunkt der Beschlussfassung besteht, zeigen sich mögliche Erfolge oder Misserfolge einer unternehmerischen Entscheidung erst in der Zukunft.<sup>238</sup>

In der Rechtsprechung wird das aktienrechtliche Geschäftsleiterermessen vor allem damit begründet, dass Organmitglieder zur Eingehung vernünftiger Risiken ermuntert werden müssen.<sup>239</sup> Anderenfalls würde die Sorge vor persönlicher Haftung zu einem übertrieben defensiven Verhalten der Organe führen, das sich im schlimmsten Fall negativ auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens auswirken kann.<sup>240</sup> Ein Beispiel hierfür ist das sogenannte ARAG-Garmenbeck-Urteil des BGH aus dem Jahre 1997, wonach „dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der AG ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.“<sup>241</sup>

<sup>226</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13.

<sup>227</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13.

<sup>228</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 71; BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, NJW, 3361 (3362).

<sup>229</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>230</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>231</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>232</sup> Vgl. Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93 Rn. 53 ff..

<sup>233</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, DStR, 1839 (1840); BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR, 124 (124).

<sup>234</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR, 124 (124).

<sup>235</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>236</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>237</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>238</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>239</sup> Vgl. Fleischer, NZG 2011, 521 (522).

<sup>240</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 24.02.1997, II ZB 11/96, NJW, 1923 (1925).

<sup>241</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997, II ZR 175/95, NJW, 1926 (1926).

Auch in der Literatur haben sich unterschiedliche Begründungsmuster für das Geschäftsleiterermessen herausgebildet.<sup>242</sup> So werden zum einen die Besonderheiten unternehmerischer Entscheidungen als Argument für einen gewissen Ermessensspielraum angeführt.<sup>243</sup> Wie oben bereits erwähnt, sind Erfolge oder Misserfolge der jeweiligen Maßnahme nicht immer vorhersehbar,<sup>244</sup> sodass die Geschäftsleiter häufig vor enormen Bewertungsschwierigkeiten stehen.<sup>245</sup> Diese Tatsache darf bei schwierigen und riskanten Entscheidungen nicht zwingend eine persönliche Haftung nach sich ziehen.

Außerdem sollen durch das Zugestehen eines gewissen Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen Rückschaufehler der Richter in möglicherweise aufkommenden Haftungsprozessen vermieden werden.<sup>246</sup> Grundsätzlich sind Gerichte dazu angehalten, das Verhalten der Geschäftsleiter in solchen Prozessen aus ex-ante-Sicht zu beurteilen, also aus früherer Sicht.<sup>247</sup> Aufgrund der Tatsache, dass vergangene Ereignisse jedoch häufig als wahrscheinlicher angesehen werden als Alternativverläufe, unterliegen die Gerichte immer wieder sogenannten Rückschaufehlern.<sup>248</sup> Die Folge sind übertriebene Anforderungen an die Sorgfaltspflichten.<sup>249</sup> Dem soll die Business Judgement Rule entgegenwirken.<sup>250</sup> Durch die Eröffnung eines gewissen Ermessensspielraums für den Geschäftsleiter bei unternehmerischen Entscheidungen sind die Gerichte quasi dazu angehalten, die Situation aus ex-ante-Sicht, also aus der Sicht vor Schadenseintritt, zu beurteilen.

Eine andere Argumentation in der Literatur setzt bei der unterschiedlichen Risikoeinstellung von Vorstandsmitgliedern und Aktionären an.<sup>251</sup> Wie ebenfalls oben bereits angerissen, dürfen die Entscheidungen der Geschäftsleiter nicht von ständiger Sorge einer persönlichen Haftung geprägt sein. Dies liegt nicht im Interesse der Aktionäre,<sup>252</sup> welche regelmäßig und aufgrund ihrer Gewinnerzielungsabsicht zu gewissen riskanten Geschäften bereit sind. Dies sichert die Business Judgement Rule, indem sie „die Vorstandsmitglieder bei der Eingehung vernünftiger Risiken im Einklang mit den Aktionärsinteressen vor haftungsrechtlicher Inanspruchnahme schützt.“<sup>253</sup>

Mit diesen Erläuterungen zur Business Judgement Rule und ihrer Bedeutung für die Unternehmenspraxis wird auch deutlich, warum sie grundsätzlich auch auf den GmbH-Geschäftsführer entsprechend anwendbar ist. Denn dieser steht bei der Wahrnehmung seiner Geschäftsführertätigkeit vor denselben Schwierigkeiten wie die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft.<sup>254</sup> Das Argument der unterschiedlichen Risikoeinstellung von Vorstand und Aktionären jedoch spielt im GmbH-Recht keine Rolle.<sup>255</sup> Schließlich handelt es sich bei einer GmbH regelmäßig um eine Tätigkeitsgemeinschaft bei der die einzelnen Gesellschafter in einem engeren Verhältnis zur Gesellschaft stehen als die Aktionäre einer Aktiengesellschaft.<sup>256</sup> Ein GmbH-Geschäftsführer darf dementsprechend etwas risikoaverser sein als der Vorstand einer großen Aktiengesellschaft mit vielen Aktionären.<sup>257</sup> Dennoch stellt dies nicht die Geltung der Business Judgement Rule im GmbH-Recht in Frage.<sup>258</sup> Fraglich ist jedoch, ob sich gewisse GmbH-spezifische Grenzen des Geschäftsführerermessens ergeben und wo diese liegen.

Die wohl wichtigste und hier einzige ausführlich erläuterte Einschränkung ergibt sich aus der Gebundenheit des GmbH-Geschäftsführers an die Weisungen der Gesellschafterversammlung.<sup>259</sup> Wie im Rahmen der allgemeinen Aufgaben eines GmbH-Geschäftsführers bereits näher erläutert, unterliegt dieser gem. § 37 Abs. 1 GmbHG im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter.<sup>260</sup> Damit wird

<sup>242</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>243</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>244</sup> Vgl. *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>245</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522); im Detail s. *Schierenbeck/Wöhle*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, S. 384 ff.

<sup>246</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>247</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>248</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>249</sup> Vgl. *Fleischer* 2004, 575 (579 f.) zit. nach ; *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>250</sup> Vgl. *Fleischer* 2004, 575 (579 f.) zit. nach ; *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>251</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>252</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (522).

<sup>253</sup> *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).

<sup>254</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).

<sup>255</sup> Vgl. *Moll/Ragazzo*, § 6. 02(C), 6-43 zit. nach ; *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).

<sup>256</sup> Vgl. *MüKo/Fleischer*, GmbHG, Einleitung Rn. 37.

<sup>257</sup> Vgl. *Moll/Ragazzo*, § 6. 02(C), 6-42 zit. nach ; *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).

<sup>258</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).

<sup>259</sup> Vgl. *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 9.

<sup>260</sup> Vgl. *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 10.

das unternehmerische Ermessen des Geschäftsführers eingeschränkt, denn er muss die Weisungen der Gesellschafter befolgen. Dabei ist sein Handeln immer rechtmäßig, unabhängig von den Voraussetzungen der Business Judgement Rule.<sup>261</sup>

Eine weitere Einschränkung des Ermessensspielraums stellen die Vorlagepflichten des Geschäftsführers bei risikoaversen Gesellschaftern und Gesellschafterinnen oder besonders riskanten Geschäften gegenüber der Gesellschafterversammlung dar.<sup>262</sup> Außerdem ist eine Berufung auf das Privileg des unternehmerischen Ermessens auch dann nicht möglich, wenn der Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft ein Geschäft mit sich selbst abschließt oder andere Interessenkonflikte der Verfolgung des Gesellschaftszweckes entgegenstehen.<sup>263</sup> In solchen Fällen kann man dem Geschäftsführer nicht grundsätzlich pflichtwidriges Handeln vorwerfen, es ist jedoch eine sorgfältige Einzelfallprüfung geboten.<sup>264</sup>

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, die dem Geschäftsleiter bei unternehmerischen Entscheidungen einen gewissen Ermessensspielraum einräumt, grundsätzlich auch für den GmbH-Geschäftsführer gilt.<sup>265</sup> Dieser soll nicht bei jeder zu treffenden Entscheidung von Sorgen vor einer möglichen persönlichen Haftung geplagt sein. Es muss in der Unternehmenspraxis möglich sein, gewisse Risiken zum Wohl des Unternehmens einzugehen, ohne bei einem unvorhersehbaren Fehlschlag mit persönlichen negativen Folgen rechnen zu müssen.

Gem. § 43 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer also „in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG). Dabei wird ihm jedoch nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG analog bei unternehmerischen Entscheidungen ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt.

### III. Aufsichtspflichten nach §§ 130, 30 OWiG

Der Gesetzgeber hat nicht nur im GmbH-Recht selbst Pflichten des Geschäftsführers verankert. Auch aus dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) lassen sich eindeutige Verpflichtungen im Rahmen der Geschäftsführertätigkeiten ableiten. So ist der Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG zu bestimmten Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet, die erforderlich sind, „um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist“ (§ 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG).

Häufig tritt im Zusammenhang mit § 130 OWiG auch § 30 OWiG in Erscheinung. Dieser sanktioniert zwar nicht den Betriebsinhaber im Rahmen einer Verletzung seiner Aufsichtspflichten, ist aber dennoch von Bedeutung für die Frage pflichtgemäßen Verhaltens. Denn gem. § 30 OWiG wird gegen das Unternehmen eine Geldbuße verhängt, „wenn eine vertretungsberechtigte Person oder eine Person mit Leitungsfunktion aus diesem heraus eine Straftat begeht.“<sup>266</sup> Wie bereits genauer erläutert, handelt es sich beim Geschäftsführer der GmbH um eine vertretungsberechtigte Person. Da dieser gehalten ist, im Interesse der Gesellschaft und deren Zweck zu agieren, gilt es eine Geldbuße nach dem OWiG für das Unternehmen zu verhindern.

#### 1. GmbH-Geschäftsführer als Betriebs- beziehungsweise Unternehmensinhaber

Im § 130 OWiG heißt es jedoch nicht „Geschäftsführer eines Betriebes oder Unternehmens...“, sondern „Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens“. Zu klären ist also, inwiefern es sich beim GmbH-Geschäftsführer um den Betriebs- beziehungsweise Unternehmensinhaber handelt.

<sup>261</sup> Vgl. Kuntz, GmbHR 2008, 121 (123) zit. nach ; Fleischer, NZG 2011, 521 (524).

<sup>262</sup> Vgl. Fleischer, NZG 2011, 521 (524).

<sup>263</sup> Vgl. Fleischer, NZG 2011, 521 (525 f.).

<sup>264</sup> Vgl. Fleischer, NZG 2011, 521 (526).

<sup>265</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, NJW, 3361 (3362), s. auch ; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 71; Teichmann, Compliance 2014, 29 (59); Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13.

<sup>266</sup> Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 54.

Hierbei kann nicht auf die Eigentümerstellung oder Kapitalbeteiligung abgestellt werden, da beispielweise Aktionäre in ihrer Gesamtheit zwar die Eigentümer einer Aktiengesellschaft darstellen, jedoch nicht die Adressaten der Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG sind.<sup>267</sup> Betriebsbeziehungswise Unternehmensinhaber ist vielmehr „derjenige, dem die Erfüllung der den Betrieb oder das Unternehmen betreffenden Pflichten obliegt, um deren sanktionsrechtliche Durchsetzung es bei § 130 OWiG geht.“<sup>268</sup> Maßgeblich für die Bestimmung des Inhabers sind also die betriebsbeziehungswise unternehmensbezogenen Pflichten, was zu Folge hat dass es sich beim Inhaber einer GmbH – einer juristischen Person – um die GmbH selbst handelt.<sup>269</sup> Da diese aber weder handlungs- noch schuldfähig ist, werden die aus § 130 OWiG resultierenden Aufsichtspflichten über § 9 OWiG auf natürliche Personen umgeleitet.<sup>270</sup> Dieser ermöglicht nämlich eine Gleichstellung der Organe, Vertreter oder Beauftragten mit dem Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens.<sup>271</sup> Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 OWiG sind neben oder anstelle des Inhabers auch die gesetzlichen Vertreter des jeweiligen Unternehmens aufsichtspflichtig.<sup>272</sup> Es wurde bereits dargelegt, dass es sich beim Geschäftsführer um den gesetzlichen Vertreter der GmbH handelt (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Damit ist der Geschäftsführer einer GmbH mit dem Betriebsbeziehungswise Unternehmensinhaber i. S. d. § 130 OWiG gleichzusetzen, sodass die hieraus resultierenden Aufsichtspflichten ebenfalls den Geschäftsführer treffen.

## 2. Pflichten des Inhabers i. S. d. §§ 130 OWiG

Der Inhaber beziehungsweise der Geschäftsführer hat also nicht nur die Pflicht, sich selbst keiner Straftat oder Ordnungswidrigkeit schuldig zu machen, sondern muss auch dafür sorgen, dass aus dem Unternehmen heraus – zum Beispiel durch Mitarbeiter – keine Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen werden.<sup>273</sup> Dabei hat er einen vierstufigen Pflichtenkanon zu befolgen.<sup>274</sup> Zum einen besteht für den GmbH-Geschäftsführer eine Pflicht zur Auswahl qualifizierter und zuverlässiger Mitarbeiter.<sup>275</sup> In engem Zusammenhang damit steht die Instruktionspflicht, wonach der Mitarbeiter durch einen Vorgesetzten instruiert und angeleitet werden soll.<sup>276</sup> Im Hinblick auf sämtliche Vorgänge im Unternehmen besteht eine allgemeine Überwachungs- und bei Anhaltspunkten für pflichtwidriges Verhalten auch eine Eingriffspflicht der Verantwortlichen.<sup>277</sup>

Letztendlich lassen sich aus § 130 OWiG also gewisse Organisationsanforderungen ableiten.<sup>278</sup> Gerade die Instruktions-, Überwachungs- und Eingriffspflichten begründen das Erfordernis eines funktionierenden Compliance-Systems,<sup>279</sup> denn ohne entsprechende Organisation ist das Befolgen aller oben aufgelisteten Pflichten eine nahezu unmögliche Aufgabe.

## IV. Legalitäts- und Organisationspflichten

Zwar lässt sich aus den oben beschriebenen, gesetzlich verankerten Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers dessen Verpflichtung zur Sicherstellung gesetzestkonformen Verhaltens im Unternehmen ableiten, es existiert aber keine für das GmbH-Recht gültige Norm, die ihn auch dazu anhält, ein wirksames Compliance-System zu errichten. Dennoch fällt die Compliance-Verantwortung

<sup>267</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 25.

<sup>268</sup> KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 25.

<sup>269</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 25.

<sup>270</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 25.

<sup>271</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 33 ff..

<sup>272</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 34, Rogall.

<sup>273</sup> Vgl. Göhler/Gürtler Ordnungswidrigkeitengesetz, § 130 Rn. 3 zit. nach ; Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 52.

<sup>274</sup> Vgl. Göhler/Gürtler Ordnungswidrigkeitengesetz, § 130 Rn. 10; Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 130 Rn. 25 ff.

<sup>275</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 53.

<sup>276</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 53.

<sup>277</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 53.

<sup>278</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 42, Rogall.

<sup>279</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 53.

unstreitig dem Leitungsorgan zu.<sup>280</sup> Dies ist üblicherweise das Organ, welches die Geschäfte führt und operativ verantwortet,<sup>281</sup> bei der GmbH also der Geschäftsführer.

Nach h. M. beinhaltet die Leitungsaufgabe des Geschäftsleitungsorgans auch die Verpflichtung, gesetzeskonformes Verhalten in und aus der Gesellschaft sicherzustellen.<sup>282</sup> Diese Pflicht nennt sich auch Legalitätspflicht.<sup>283</sup> In engem Zusammenhang damit stehen die Organisationspflichten des Geschäftsleiters, denn die Sicherstellung eines gesetzeskonformen Verhaltens erfordert eine ordnungsgemäße Organisation der betrieblichen Abläufe.<sup>284</sup> Damit ist die Errichtung eines Systems zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung von Gesetzesverstößen innerhalb der Gesellschaft – kurz: eines CMS – verpflichtend, die Ausgestaltung unterliegt jedoch einer gewissen Gestaltungsfreiheit.<sup>285</sup>

Eine besonders bedeutende Rolle spielte im Zusammenhang mit den Legalitäts- und Organisationspflichten der Geschäftsleitung des Urteils des Landgerichtes München I zum Fall „Neubürger“. Damit und mit seiner Relevanz für die Legalitäts- und Organisationspflichten der Geschäftsleitung in der Unternehmenspraxis beschäftigt sich der nachfolgende Abschnitt.

### 1. LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Das Neubürger-Urteil

Hintergrund der Diskussion über die Notwendigkeit eines funktionierenden Compliance-Systems war der sogenannte Siemens-Skandal.<sup>286</sup> Bereits in den frühen 2000er Jahren kam es im Zusammenhang mit dem Konzern Siemens zu einem beachtlichen Korruptionsskandal.<sup>287</sup> Seit den 1980er Jahren hatte sich dort ein System ‚schwarzer Kassen‘ etabliert, deren Inhalt zur Zahlung von Korruptionsgeldern diente.<sup>288</sup> Um die verdeckten Kassen zu füllen, wurden eine Reihe von Scheinberaterverträgen geschlossen und Scheinrechnungen erstellt, dessen ‚Erlöse‘ dann Schmiergeldzahlungen zur Optimierung von Auftragsvergaben ermöglichten.<sup>289</sup>

Heinz-Joachim Neubürger – ehemaliger Finanzvorstand der Siemens AG – wurde vorgeworfen, seine Vorstandspflichten zur Sicherstellung eines rechtmäßigen Verhaltens der Gesellschaft und ihrer Mitarbeiter verletzt zu haben.<sup>290</sup> Er sei seiner Verpflichtung, für ein effizientes Compliance-System zu sorgen, nicht nachgekommen und habe auf wiederholte Hinweise auf ernsthafte Compliance-Verstöße nicht entsprechend reagiert.<sup>291</sup> Er wurde daraufhin auf der Grundlage des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG von der Gesellschaft auf Schadensersatz verklagt und vom Landgericht München I zu einer Zahlung von 15 Millionen Euro nebst Zinsen verurteilt.<sup>292</sup> Doch neben der zivilrechtlichen Verurteilung Neubürgers hatte das Urteil auch maßgebliche Auswirkungen auf die Compliance-Verantwortung des Vorstands einer Aktiengesellschaft.

So heißt es im Leitsatz des Urteils:

„Im Rahmen seiner Legalitätspflicht hat ein Vorstandsmitglied dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße wie Schmiergeldzahlungen an Amtsträger eines ausländischen Staates oder an ausländische Privatpersonen erfolgen. Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet. Entscheidend für den Umfang im Einzelnen sind dabei Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.“

<sup>280</sup> Vgl. *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>281</sup> Vgl. *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>282</sup> Vgl. *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>283</sup> Vgl. *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>284</sup> Vgl. *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>285</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 72.

<sup>286</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8.

<sup>287</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8.

<sup>288</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8.

<sup>289</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8.

<sup>290</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8.

<sup>291</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 8 f.

<sup>292</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (246).

Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und demgemäß die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems gehört zur Gesamtverantwortung des Vorstands.<sup>293</sup>

Ein Gericht nahm hier zum ersten Mal Stellung zur Notwendigkeit eines Compliance-Systems und der Verpflichtung des Vorstandes, für die Etablierung eines solchen zu sorgen.<sup>294</sup> Damit leitet das Landgericht München I die Compliance-Pflicht des Vorstandes aus seiner Legalitätspflicht ab<sup>295</sup> und befindet sich dabei in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>296</sup> sowie weiten Teilen der Literatur.<sup>297</sup> Ein abschließendes Urteil des BGH zur Ableitung einer Compliance-Pflicht aus der Legalitätspflicht des Vorstandes steht jedoch nach wie vor aus.

Über die generelle Compliance-Pflicht hinaus, geht die Verpflichtung des Vorstandes, eine Compliance-Organisation einzurichten.<sup>298</sup> Diese Unterscheidung dient der Differenzierung zwischen der Frage, ob eine Compliance-Organisation erforderlich ist und wie diese dann ausgestaltet wird.<sup>299</sup> Die Frage nach dem ‚Ob‘, ist mittlerweile eindeutig zu bejahen.<sup>300</sup> Wie das Compliance-System jedoch konkret auszugestalten ist, ist abhängig vom jeweiligen Unternehmen und liegt damit in gewisser Weise im Ermessen der Geschäftsleitung.<sup>301</sup> Zur Erfüllung seiner Organisationspflicht muss der Vorstand eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation errichten.<sup>302</sup> Maßgebende Faktoren sind hier die Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geographische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.<sup>303</sup> Damit führt das Gericht „eine Non-Compliance-Gefahrenschwelle ein, deren Unterbeziehungsweise Überschreiten darüber entscheidet, ob eine spezielle Compliance-Organisation erforderlich ist oder nicht.“<sup>304</sup> Unabhängig von dieser Gefahrenschwelle besteht weiterhin und uneingeschränkt die Legalitätspflicht der Vorstandsmitglieder,<sup>305</sup> also die generelle Compliance-Verantwortung.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass ein Vorstandsmitglied im Rahmen seiner Legalitätspflicht in jedem Fall für gesetzeskonformes Verhalten zu sorgen hat.<sup>306</sup> Wie ein solches Compliance-System jedoch im Einzelfall auszusehen hat, hängt von den oben genannten Faktoren ab und unterliegt damit in gewissem Maße dem Ermessen des Vorstandes.<sup>307</sup>

Noch nicht geklärt wurde bisher, inwiefern derartige Pflichten auch den GmbH-Geschäftsführer treffen. Denn beim vorliegenden Sachverhalt handelt es sich um den Vorstand einer Aktiengesellschaft. Wie oben jedoch bereits besprochen, gelten bestimmte Pflichten und Maßstäbe, die das Aktienrecht formuliert, analog auch für den Geschäftsführer einer GmbH. Weitgehend besteht auch Einigkeit über die analoge Anwendung der Grundsätze des Neubürger-Urteils für die GmbH.<sup>308</sup> Damit trifft also auch den GmbH-Geschäftsführer eine Compliance-Pflicht, wonach er bei entsprechendem Gefahrenpotential geeignete organisatorische Maßnahmen zur Haftungsvermeidung und Risikokontrolle einzuleiten hat.<sup>309</sup>

## 2. Analoge Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH?

Doch nicht nur aus dem oben beschriebenen Neubürger-Urteil ergibt sich eine Pflicht des Vorstandes zur Etablierung eines Compliance-Systems. Gem. § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Frühwarnsystem einzurichten, damit

<sup>293</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (345 f.).

<sup>294</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

<sup>295</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53).

<sup>296</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2012, VI ZR 341/10, NZG, 992 (994).

<sup>297</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53).

<sup>298</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53).

<sup>299</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53).

<sup>300</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

<sup>301</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53 f.); Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

<sup>302</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (345 f.); Bürkle, CCZ 2015, 52 (53 f.).

<sup>303</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (346).

<sup>304</sup> Bürkle, CCZ 2015, 52 (54).

<sup>305</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (54).

<sup>306</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (345).

<sup>307</sup> Vgl. Bürkle, CCZ 2015, 52 (53 f.); Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

<sup>308</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 13; MHLs/Ziemons GmbHG, § 43 Rn. 59.

<sup>309</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 11; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 147; s. ursprünglich LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345.

den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Hier spricht der Gesetzgeber zwar nicht von konkreten Maßnahmen zur Früherkennung von Risiken, die Errichtung einer wirksamen Compliance-Organisation bietet sich jedoch dringend an, um der Norm gerecht zu werden.<sup>310</sup>

Laut der Gesetzesbegründung entfaltet § 91 Abs. 2 AktG auch Ausstrahlungswirkung auf die GmbH.<sup>311</sup> Damit könnte man die Verpflichtung des GmbH-Geschäftsführers zur Etablierung eines Überwachungssystems im Hinblick auf Verstöße innerhalb der Gesellschaft also auch mit § 91 Abs. 2 AktG begründen. Dafür spricht vor allem die Tatsache, dass sowohl die Business Judgment Rule aus dem Aktienrecht als auch das Neubürger-Urteil zur Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, analog auf die GmbH angewendet werden. Jedoch entsprechen die Anforderungen an Compliance nicht grundsätzlich denen der Risikoüberwachung i. S. d. Aktiengesetzes.<sup>312</sup> Die Existenz der Gesellschaft wird nicht zwingend durch jeden einzelnen Gesetzesverstoß gefährdet und die rechtliche Compliance – also die Maßnahmen zur Einhaltung von Rechtsregeln – wird von der Pflicht zur Etablierung eines Risikomanagementsystems i. S. v. § 91 Abs. 2 AktG nicht oder nur in Extremfällen erfasst.<sup>313</sup> Damit bezieht sich die Norm nur auf besonders gravierende Fälle, in denen die Existenz und der Fortbestand der Gesellschaft bedroht ist.<sup>314</sup>

Das hat zur Folge, dass § 91 Abs. 2 AktG auch bei analoger Anwendung auf die GmbH nicht ausreicht, um eine generelle Pflicht zur Etablierung eines wirksamen Compliance-Systems zu begründen.

## V. Zwischenfazit

Ergebnis des vorangegangenen Kapitels ist vor allem, dass Compliance unstreitig in der Verantwortung der Geschäftsleitung, im Fall der GmbH also bei der Geschäftsführung liegt. Diese hat in Angelegenheiten der Gesellschaft nicht nur die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes an den Tag zu legen (§ 43 Abs. 1 GmbHG), sondern ist auch nach § 130 OWiG dazu verpflichtet, ihre Mitarbeiter so zu beaufsichtigen, dass es nicht zu Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ihrerseits kommt. Im Rahmen ihrer Legalitätspflicht müssen Geschäftsführer für ein System im Unternehmen sorgen, welches Regelverstöße frühzeitig erkennt und sanktioniert.<sup>315</sup> Wie dieses System zu organisieren ist, hängt im Einzelfall vom jeweiligen Unternehmen ab<sup>316</sup> und liegt damit grundsätzlich im Ermessen der Geschäftsleiter.<sup>317</sup>

Compliance ist also eine Pflicht der Geschäftsführung. Wird diese Pflicht missachtet, so ergeben sich erhebliche Haftungsrisiken, die sowohl eine straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung als auch hohe Schadensersatzansprüche nach sich ziehen können.

## E. Konkrete Haftungsrisiken für den GmbH-Geschäftsführer im Falle eines Compliance-Verstoßes

Den Geschäftsführer treffen also im Hinblick auf Compliance eine Reihe von Pflichten. Das Ziel bei der Erfüllung dieser Pflichten ist grundsätzlich, Schaden vom Unternehmen abzuwenden und eine Haftung handelnder Personen zu vermeiden.<sup>318</sup> Im Falle einer Pflichtverletzung muss also mit erheblichen Konsequenzen, gegebenenfalls sogar mit einer persönlichen Haftung, gerechnet werden. Dabei wird unterschieden zwischen der zivilrechtlichen und der straf- beziehungsweise

<sup>310</sup> Vgl. *Poppe*, Compliance 2013, 1 (8).

<sup>311</sup> Vgl. *Poppe*, Compliance 2013, 1 (8).

<sup>312</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (6 f.).

<sup>313</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (7).

<sup>314</sup> Vgl. *Volz*, Compliance 2014, 1 (7).

<sup>315</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (345 f.); *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 72; *MüKo/Fleischer*, GmbHG, § 43 Rn. 142; *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, § 43 Rn. 10 ff.

<sup>316</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (346).

<sup>317</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 72.

<sup>318</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 3; *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance 2010, 1 (4); *Volz*, Compliance 2014, 1 (1).

ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung.<sup>319</sup> Die unterschiedlichen Haftungsrisiken bestehen dabei unabhängig voneinander, das bedeutet, dass es parallel zu Schadensersatzklagen auch zu Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren kommen kann.<sup>320</sup>

## I. Überblick über mögliche straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenzen

Pflichtenverstöße jeglicher Art – egal ob durch die Geschäftsleitung selbst oder durch Mitarbeiter begangen – können abhängig von Art und Schwere des Verstoßes unterschiedliche Konsequenzen haben.<sup>321</sup> Während im Strafrecht die Täter klassischerweise zu einer Strafe in Form von einer Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt werden, verhängt das Gericht im Falle einer Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße (§§ 1, 17 OWiG).<sup>322</sup>

Das folgende Kapitel soll einen allgemeinen Überblick über die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken für den GmbH-Geschäftsführer im Falle eines Compliance-Verstoßes geben. Es geht nicht darum, Straftatbestände im Detail darzustellen, sondern es soll lediglich verdeutlicht werden, in welchen Fällen und mit welchen grundsätzlichen Folgen einer Straftat aus dem Unternehmen heraus der Geschäftsführer rechnen muss. Im Rahmen der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung wird ausschließlich die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG behandelt, da im vorangegangenen Kapitel genau diese Pflicht in den Mittelpunkt gerückt wurde.

### 1. Mögliche strafrechtliche Risiken

Anders als das Zivilrecht, nimmt das Strafrecht nur das Individuum, das sich strafbar gemacht hat, in Haftung.<sup>323</sup> Dabei werden die jeweiligen Sanktionen auch nicht von einem Dritten – im Zivilrecht dem Geschädigten – beantragt, sondern im Strafverfahren sind die sogenannten Strafverfolgungsbehörden, nämlich die Staatsanwaltschaft und die Polizei, zuständig.<sup>324</sup>

#### a) Risiko eines Strafverfahrens mit Verurteilung zu Geld-/Haftstrafe

Nehmen besagte Behörden die Ermittlungen auf, so droht den Verantwortlichen im schlimmsten Fall eine strafrechtliche Verurteilung.<sup>325</sup> Im Hinblick auf die stärkste staatliche Sanktion, nämlich die Strafe, wird zwischen den sogenannten Haupt- und Nebenstrafen unterschieden.<sup>326</sup> Zu den Hauptstrafen gehören die in den §§ 38 ff. StGB geregelten Geld- und Freiheitsstrafen.<sup>327</sup> Nebenstrafen sind zum Beispiel Maßregeln wie das Fahrverbot nach § 44 StGB<sup>328</sup> oder auch das unten näher beleuchtete Berufsverbot aus § 70 StGB.

Doch wann ist konkret mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen? – Grundsätzlich immer dann, wenn eine Person sich strafbar gemacht hat; das heißt, wenn alle Voraussetzungen eines Straftatbestandes gegeben sind. Im Rahmen der Darstellung möglicher Compliance-Verstöße wurden bereits einige Straftatbestände des Wirtschaftsstrafrechts dargestellt. Doch die Erfüllung der in der jeweiligen Norm niedergeschriebenen Tatbestandsmerkmale ist nicht ausreichend für eine Verurteilung. Denn im Strafrecht gilt das sogenannte Schuldprinzip.<sup>329</sup> Für die Verurteilung aufgrund einer Straftat

<sup>319</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 3; Teichmann, Compliance 2014, 29 (29).

<sup>320</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 4.

<sup>321</sup> Vgl. Schrödel, Compliance 2013, 613 (613).

<sup>322</sup> Vgl. Schrödel, Compliance 2013, 613 (613).

<sup>323</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 3.

<sup>324</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 3 f.

<sup>325</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 3.

<sup>326</sup> Vgl. Schrödel, Compliance 2013, 613 (613).

<sup>327</sup> Vgl. Schrödel, Compliance 2013, 613 (613).

<sup>328</sup> Vgl. Schrödel, Compliance 2013, 613 (613).

<sup>329</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Eisele, StGB, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn 103 f.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Franz/Streng, StGB, § 46 Rn. 19 ff.

muss den Täter immer auch eine persönliche Schuld treffen.<sup>330</sup> Dies ist sogar ausdrücklich im Gesetz geregelt (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB).

In Bezug auf den GmbH-Geschäftsführer könnte also davon ausgegangen werden, dass er nur dann mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat, wenn er selbst für eine Straftat verantwortlich ist. Ganz konkret und im Hinblick auf die in dieser Arbeit aufgeführten Beispieltatbestände müsste er also selbst korrupt sein, Geldwäsche betreiben oder gegen eine strafrechtlich relevante Vorschrift des Wettbewerbs- oder Kartellrechts verstoßen haben. Dabei unterscheidet das Strafrecht zwischen verschiedenen Formen der Täterschaft und Teilnahme an einer Straftat (§ 25 ff. StGB), durch die eine Strafbarkeit begründet werden kann. In bestimmten Fällen besteht jedoch auch die Möglichkeit, sich durch ein Unterlassen strafbar machen zu lassen.<sup>331</sup>

Bei den in § 25 StGB geregelten Formen der Täterschaft ist maßgeblich, dass die verurteilte Person selbst als Täter gehandelt hat – allein, durch Nutzung eines Dritten zur Begehung der Tat oder gemeinschaftlich.<sup>332</sup>

Ebenfalls nach Strafrecht verurteilt werden kann gem. §§ 26, 27 StGB wer einen anderen vorsätzlich zu einer vorsätzlich-rechtswidrigen Straftat bestimmt<sup>333</sup> oder für Haupttat einen kausalen Beitrag leistet.<sup>334</sup>

Das Risiko eines Strafverfahrens mit Verurteilung besteht also nicht nur in solchen Fällen, in denen der Geschäftsführer die Tat selbst begangen hat, sondern ebenfalls im Falle der Anstiftung oder Beihilfe.<sup>335</sup>

Wie oben bereits erwähnt, ist unter Umständen auch eine Situation denkbar, in der eine Strafbarkeit durch ein Unterlassen begründet wird.<sup>336</sup> Maßgeblich hierfür ist § 13 StGB, wonach sich auch derjenige strafbar machen kann, der den Eintritt des Taterfolges durch eigene Untätigkeit zugelassen hat.<sup>337</sup>

§ 13 StGB bietet also eine Möglichkeit, den Geschäftsführer wegen einer Straftat zu belangen, die nicht durch ihn selbst, aber dennoch aus seinem Unternehmen heraus begangen wurde. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass dem Geschäftsführer eine sogenannte Garantenstellung zuzusprechen ist und ihn die daraus resultierende Garantenpflicht trifft.<sup>338</sup> Diese kann sich aus der Stellung als Betriebsinhaber beziehungsweise Vorgesetzter ergeben und betrifft die Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter.<sup>339</sup> Wie im Rahmen der Aufsichtspflicht aus § 130 OWiG bereits näher erläutert, ist der Geschäftsführer zumindest im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts mit dem Betriebsinhaber gleichzusetzen,<sup>340</sup> sodass eine Anwendung des § 13 StGB durchaus sinnvoll erscheint. Zudem sprechen die Stellung und die Verantwortung des Geschäftsführers innerhalb des Unternehmens ebenfalls dafür, ihn zur Verhinderung von Straftaten der Mitarbeiter zu verpflichten. Über § 13 StGB können also Tatbestände, die eigentlich eine Handlung voraussetzen, in Unterlassungsdelikte umgewandelt werden.<sup>341</sup> Es wird dann von einem ‚unechten Unterlassungsdelikt‘ gesprochen.<sup>342</sup> Im Vergleich dazu stellen echte Unterlassungsdelikte von vorneherein das Unterlassen einer bestimmten Handlung unter Strafe.<sup>343</sup>

Die Frage ist nun: Wie könnte ein Szenario, in dem § 13 StGB Anwendung findet, aussehen? – Dazu ein Beispiel: Ein mittelständisches Bauunternehmen, die B-GmbH, möchte einen für sie bedeutenden Auftrag erteilt bekommen. Einer der Vertriebsmitarbeiter der B-GmbH ist verantwortlich für die Verhandlungen und zahlt zur Sicherung des Auftrages eine erhebliche Geldsumme aus der Kasse des

<sup>330</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>331</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>332</sup> Vgl. MüKo/Joecks/Scheinfeld, StGB, § 25 Rn. 1, 39, 63ff., 185.

<sup>333</sup> Vgl. MüKo/Joecks/Scheinfeld, StGB, § 26 Rn. 1.

<sup>334</sup> Vgl. MüKo/Joecks/Scheinfeld, StGB, § 27 Rn. 6.

<sup>335</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>336</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>337</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>338</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16; Schönke/Schröder/Bosch, StGB, § 13 Rn. 1.

<sup>339</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2011, 4 StR 71/11, CCZ, 157 (157).

<sup>340</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 34.

<sup>341</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>342</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16; Schönke/Schröder/Bosch, StGB, § 13 Rn. 1.

<sup>343</sup> Vgl. Veit, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

Unternehmens an den Verhandlungsführer des Auftraggebers. Er besticht damit den Mitarbeiter des anderen Unternehmens und erfüllt damit den Tatbestand des § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Dieser setzt grundsätzlich eine Handlung – nämlich das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils (§ 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB) – voraus. Der Mitarbeiter der B-GmbH hat sich damit der Bestechung im geschäftlichen Verkehr schuldig gemacht und kann aufgrund dessen strafrechtlich belangt werden. Wird im beschriebenen Szenario angenommen, dass der Geschäftsführer der B-GmbH von dem Vorhaben seines Mitarbeiters wusste, jedoch nichts dagegen unternommen hat, so ist § 13 StGB einschlägig. Denn der Geschäftsführer hat den Eintritt des Taterfolges durch eigene Untätigkeit zugelassen.

## b) Berufsverbot

Als weitere Maßnahme im Falle einer rechtswidrigen Tat, die unter Missbrauch des Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen wird, hat das Gericht die Möglichkeit ein Berufsverbot oder ein Verbot der Gewerbeausübung anzuordnen (§ 70 Abs. 1 StGB). Dieses Verbot ist eine reine Sicherungsmaßregel.<sup>344</sup>

Hierfür muss die entsprechende Person eine rechtswidrige Tat i. S. v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen haben oder an ihr beteiligt gewesen sein.<sup>345</sup> Auf der Grundlage dieser Tat muss eine Verurteilung oder eine Nichtverurteilung wegen erwiesener oder nicht ausschließbarer Schuld erfolgt und die Tat unter Missbrauch des Berufs oder Gewerbes begangen worden sein (§ 70 Abs. 1 StGB).<sup>346</sup> Dabei muss der Täter die ihm durch Beruf oder Gewerbe gegebene Möglichkeit bei seiner Berufsausübung vorsätzlich zur Begehung der Straftat ausnutzen.<sup>347</sup>

Alternativ zur Missbrauchsvariante kann gem. § 70 Abs. 1 StGB ebenfalls ein Berufsverbot angeordnet werden, wenn die rechtswidrige Tat unter grober Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten begangen wurde.<sup>348</sup>

Zusätzlich zu den formellen Voraussetzungen des § 70 Abs. 1 StGB ist für die Verhängung des Berufsverbots eine negative Prognose erforderlich.<sup>349</sup> Diese muss nach einer Gesamtabwägung aller Umstände<sup>350</sup> ergeben, „dass der Täter bei weiterer Berufsausübung weitere erhebliche rechtswidrige Taten in der bezeichneten Art begehen wird.“<sup>351</sup>

Nach Anordnung des Berufsverbotes durch das zuständige Gericht, ist dem Täter die Ausübung seines Berufes oder des Gewerbes in der festgesetzten Verbotsfrist und in dem festgelegten Umfang untersagt.<sup>352</sup>

## 2. Geldbuße nach § 130 OWiG

Eine weitere Gefahr für Geschäftsführung einer GmbH ist die Verhängung einer Geldbuße im Falle einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG. Diese Norm begründet „eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Inhabers von Betrieben und Unternehmen für Zuwiderhandlungen gegen betriebsbezogene Pflichten, die in dem Betrieb oder Unternehmen begangen worden sind, wenn die Zuwiderhandlung durch zugehörige Aufsicht verhindert oder erschwert worden wäre.“<sup>353</sup> Dadurch sollen Vorkehrungen gegen eben diese betriebsbezogenen Zuwiderhandlungen sichergestellt werden.<sup>354</sup> Es handelt sich hierbei um einen Auffangtatbestand, welcher eine Bezugstat und die Verletzung von Aufsichtspflichten voraussetzt.<sup>355</sup>

<sup>344</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 2.

<sup>345</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 6.

<sup>346</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 8f..

<sup>347</sup> Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 17.08.1955, Ss 85/55, NJW, 1568 (1569); Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, § 70 Rn. 10.

<sup>348</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 10.

<sup>349</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 13.

<sup>350</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 13 ff..

<sup>351</sup> MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 13.

<sup>352</sup> Vgl. MüKo/Bockemühl, StGB, § 70 Rn. 31.

<sup>353</sup> KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 1.

<sup>354</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 1.

<sup>355</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, GWB, § 81 Rn. 30.

### a) Bezugstat

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG ist eine Bezugstat.<sup>356</sup> Damit gemeint ist „eine in einem Betrieb oder Unternehmen mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Zuwiderhandlung, durch die gegen Pflichten verstoßen wurde, die den Inhaber, das heißt, das Unternehmen als solches treffen und die ohne Verletzung der Aufsichtspflicht durch den entsprechend verantwortlichen hätte verhindert oder erschwert werden können.“<sup>357</sup> Der Normadressat und damit Aufsichtspflichtige begeht die Bezugstat also nicht selbst und ist auch nicht an ihr beteiligt,<sup>358</sup> sondern verletzt lediglich seine Pflichten durch das Unterlassen von den vorgesehenen Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung der Tat. Damit ist § 130 OWiG ein echtes Unterlassungsdelikt.<sup>359</sup> In Bezug auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist die Bezugstat unabhängig von der Aufsichtspflichtverletzung selbst, sprich eine Sanktionierung des Betriebsinhabers ist schon wegen fahrlässiger Pflichtverletzung möglich, selbst wenn die Bezugstat Vorsatz voraussetzt.<sup>360</sup>

### b) Vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht

Weiter wird ein Unterlassen derjenigen Aufsichtsmaßnahmen vorausgesetzt, „die erforderlich und zumutbar sind, um der Gefahr von Zuwiderhandlungen gegen betriebs- und unternehmensbezogene Pflichten zu begegnen.“<sup>361</sup> Mit betriebsbezogenen Pflichten sind regelmäßig gesetzliche Pflichten gemeint, die auf sachlicher Ebene den Wirkungsbereich der juristischen Person oder Personenvereinigung betreffen.<sup>362</sup> Aus dem Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen ergibt sich dann die Aufsichtspflichtverletzung.<sup>363</sup> Und auf diese Tatumstände – unabhängig von der Bezugstat<sup>364</sup> – müssen sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Täters beziehen.<sup>365</sup> Dabei ist in jedem Fall erforderlich, dass der Täter die Gefahr einer betriebstypischen Zuwiderhandlung in einem bestimmten Pflichtenkreis erkannt hat oder hätte erkennen können.<sup>366</sup> Anderenfalls kann ihm weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorgeworfen werden.

Fraglich ist nun, welche Aufsichtsmaßnahmen erforderlich und zumutbar sind. Hierfür macht das Gesetz keine konkreten oder abschließenden Angaben, sondern führt in § 130 Abs. 1 Satz 2 OWiG lediglich beispielhaft die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen auf.<sup>367</sup> Detailliertere Ausführungen zu den konkreten Aufsichtspflichten wurden bereits im vorstehenden Kapitel gemacht. Wichtig ist im Rahmen des § 130 OWiG jedoch, dass lediglich von „gehöriger Aufsicht“ (§ 130 Abs. 1 Satz 1 a. E.) die Rede ist, was bei der Auslegung der Norm besonders berücksichtigt werden muss.<sup>368</sup> Denn unabhängig von ihrer objektiven Geeignetheit zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen müssen die einzelnen Aufsichtsmaßnahmen auch objektiv zumutbar sein.<sup>369</sup> Maßgeblich hierfür sind unter anderen die Beachtung der Würde der Betriebsangehörigen sowie die Wahrung des Betriebsklimas.<sup>370</sup>

Die im Betrieb oder Unternehmen zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen ergriffenen erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen müssen also sowohl geeignet<sup>371</sup> als auch zumutbar<sup>372</sup> sein. Da das Gesetz hierzu jedoch keine konkreten Angaben macht – sodass Inhalt und Grenzen der

<sup>356</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 31.

<sup>357</sup> LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 31.

<sup>358</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 31.

<sup>359</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 30; KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 38.

<sup>360</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 31.

<sup>361</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 38.

<sup>362</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 32.

<sup>363</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 38.

<sup>364</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 31.

<sup>365</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 38.

<sup>366</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 119.

<sup>367</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 39; LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 33.

<sup>368</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 39.

<sup>369</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 51.

<sup>370</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 51.

<sup>371</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 44 ff.

<sup>372</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 51 f..

Aufsichtspflicht im Einzelfall nur schwer zu bestimmen sind<sup>373</sup> -, kommt es letztendlich auf die Beurteilung der Rechtsprechung an.<sup>374</sup>

### c) Kausalzusammenhang

Erforderlich ist außerdem ein Kausalzusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, das heißt, die Zuwiderhandlung hätte bei Anwendung der „gehörigen Aufsicht“ (§ 130 Abs. 1 Satz 1 a. E.) verhindert oder zumindest wesentlich erschwert werden müssen.<sup>375</sup> Wichtig ist hierbei eine ‚engere Verknüpfung‘ zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der Zuwiderhandlung, denn nach der Gesetzesbegründung soll eben nicht jede Aufsichtspflichtverletzung mit fördernder Wirkung genügen.<sup>376</sup> Eine solche Verknüpfung liege bei einer erheblichen Risikoerhöhung von Zuwiderhandlungen durch das Außerachtlassen der erforderlichen Aufsicht vor.<sup>377</sup> Letztendlich kommt es jedoch auf Beurteilung des Einzelfalls an.<sup>378</sup>

### d) Rechtsfolgen

Bei Vorliegen einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG ist die Folge regelmäßig die Verhängung einer Geldbuße.<sup>379</sup> Bei einer vorsätzlich begangenen Aufsichtspflichtverletzung, die zu einer mit Strafe bedrohten Pflichtverletzung geführt hat, beträgt das Höchstmaß der Geldbuße gem. § 130 Abs. 3 Satz 1 OWiG eine Millionen Euro.<sup>380</sup> Da die Vorschrift im Höchstmaß nicht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheidet und in solchen Fällen gem. § 17 Abs. 2 OWiG die Hälfte des angedrohten Höchstmaßes der Geldbuße als Höchstmaß für fahrlässiges Handeln festlegt, kann eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung in Zusammenhang mit einer Straftat mit maximal 500.000 Euro geahndet werden.<sup>381</sup>

Im Falle einer mit einer Geldbuße bedrohten Pflichtverletzung, bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmaß (§ 130 Abs. 3 Satz 3 OWiG).<sup>382</sup> Bei der Bemessung des Bußgeldes wird also unterschieden, ob es sich bei der Bezugstat um eine Ordnungswidrigkeit oder eine Straftat handelt.

Sofern die Bezugstat sowohl mit Strafe als auch mit Geldbuße bedroht ist, ist das Höchstmaß der Geldbuße für die subsidiäre Ordnungswidrigkeit maßgeblich, sofern dieses über dem Höchstmaß der im Falle einer Straftat als Bezugstat vorgesehenen Geldbuße nach § 130 Abs. 3 Satz 1 OWiG liegt (§ 130 Abs. 3 Satz 4 OWiG).<sup>383</sup>

## 3. Zwischenfazit

Es bestehen erhebliche straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftungsrisiken für einen GmbH-Geschäftsführer im Falle eines Compliance-Verstoßes aus seinem Unternehmen heraus. Zu beachten ist dabei vor allem die Tatsache, dass besagte Konsequenzen nicht nur im Falle der Selbsttäterschaft (§ 25 StGB) oder einer Teilnahme an der Straftat (§§ 26, 27 StGB) auf die Geschäftsführung zukommen können, sondern dass gem. § 13 StGB auch ein Unterlassen eine Strafbarkeit begründen kann.<sup>384</sup> Im Vergleich zu dieser Norm, welche ‚normale‘ Tatbestände in Unterlassungsdelikte

<sup>373</sup> Vgl. LMRKM/Meyer-Lindemann, *GWB*, § 81 Rn. 33.

<sup>374</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 43.

<sup>375</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 113.

<sup>376</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 117.

<sup>377</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 117.

<sup>378</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 113 ff.

<sup>379</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 121 ff.

<sup>380</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 121.

<sup>381</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 121.

<sup>382</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 121.

<sup>383</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 121.

<sup>384</sup> Vgl. Veit, *Compliance und interne Ermittlungen*, S. 16.

umwandelt,<sup>385</sup> handelt es sich bei § 130 OWiG um ein echtes Unterlassungsdelikt.<sup>386</sup> Demnach kann eine Geldbuße verhängt werden, wenn die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterblieben sind und in Folge dessen ein Verstoß begangen werden konnte.<sup>387</sup>

Ein GmbH-Geschäftsführer sollte also im Hinblick auf die oben beschriebenen Risiken stets aufmerksam das Geschehen innerhalb seines Unternehmens verfolgen. Schon Unachtsamkeit bei der Kontrolle oder Aufsicht kann zu hohen Geldstrafen oder -bußen, im schlimmsten Fall sogar zu Freiheitsentzug, führen.

## II. Zivilrechtliche Folgen – Der Schadensersatzanspruch des § 43 Abs. 2 GmbHG

Im Hinblick auf die zivilrechtliche Haftung der GmbH-Geschäftsführung bei Pflichtverletzungen ist zwischen der allgemeinen (Innen-)Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung nach § 43 Abs. 2 GmbHG und den Sondertatbeständen der Innen- und Außenhaftung zu unterscheiden.<sup>388</sup> Grundsätzlich haften die Geschäftsführer einer GmbH nur gegenüber der Gesellschaft selbst und nicht gegenüber Dritten oder den Gesellschaftern,<sup>389</sup> da auch ihre organschaftlichen Pflichten lediglich im Verhältnis zur Gesellschaft bestehen.<sup>390</sup> Für eine Haftung gegenüber Dritten muss immer ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegen; dementsprechend ist eine Außenhaftung der Geschäftsführer in der Praxis eher selten.<sup>391</sup> Aufgrund dessen wird im Rahmen dieser Arbeit lediglich die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG näher behandelt.

Demgemäß ist ein Geschäftsführer, welcher seine Obliegenheiten verletzt, der Gesellschaft zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet (§ 43 Abs. 2 GmbHG). Voraussetzung für die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft sind zum einen die Verletzung der Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG, das Verschulden des Geschäftsführers sowie ein durch die Pflichtverletzung entstandener Schaden.<sup>392</sup>

### 1. Pflichtverletzung

Geschäftsführer haften der Gesellschaft gegenüber für Pflichtverletzungen.<sup>393</sup> Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff der Obliegenheit ist in diesem Zusammenhang irreführend, denn der Unterschied zu einer Pflicht besteht gerade darin, dass durch eine Obliegenheitsverletzung keine Schadensersatzpflicht begründet wird.<sup>394</sup> Stattdessen steht bei der Erfüllung von Obliegenheiten das eigene Interesse im Vordergrund.<sup>395</sup> Im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG geht es jedoch eindeutig um die Verletzung einer Pflicht, nämlich der Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG.<sup>396</sup>

Diese wird allgemein dahin umschrieben, „dass der Geschäftsführer im Rahmen des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages, der für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane und unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen die Gesellschaft zu fördern hat“<sup>397</sup>, kurz: eine Pflicht zur ordnungsgemäßen und sorgsamem Unternehmensleitung.<sup>398</sup>

Der Anwendungsbereich des § 43 GmbHG, sowie der in Abs. 1 verankerte Haftungsmaßstab wurde im Rahmen der Ausführungen zur allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers bereits genauso erläutert. Zudem wurde auch der Umfang dieser Pflicht in Bezug auf unternehmerische

<sup>385</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 16.

<sup>386</sup> Vgl. *LMRKM/Meyer-Lindemann*, *GWB*, § 81 Rn. 30; *KK-OWiG/Rogall*, § 130 Rn. 38; *Göhler/Gürtler* *Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 130 Rn. 9.

<sup>387</sup> Vgl. *LMRKM/Meyer-Lindemann*, *GWB*, § 81 Rn. 30 ff.; *KK-OWiG/Rogall*, § 130 Rn. 37 ff.

<sup>388</sup> Vgl. *Bitter/Heim*, *Gesellschaftsrecht*, § 4 Rn. 139.

<sup>389</sup> Vgl. *Schäfer*, *Gesellschaftsrecht*, § 34 Rn. 15.

<sup>390</sup> Vgl. *BGH*, Urteil vom 10.07.2012, VI ZR 341/10, *NJW*, 3439 (3439); *OLG Schleswig*, Beschluss vom 29.06.2011, 3 U 89/10, *NJW-RR*, 368 (368).

<sup>391</sup> Vgl. *Schäfer*, *Gesellschaftsrecht*, § 34 Rn. 15.

<sup>392</sup> Vgl. *MHLS/Ziemons*, *GmbHG*, § 43 Rn. 389-492; *Baumbach/Hueck/Beurskens*, *GmbHG*, § 43 Rn. 44-81.

<sup>393</sup> Vgl. *Saenger*, *Gesellschaftsrecht*, § 17 Rn. 777.

<sup>394</sup> Vgl. *HK-BGB/Schulze*, Vor. 241-853 Rn. 23.

<sup>395</sup> Vgl. *HK-BGB/Schulze*, Vor. 241-853 Rn. 23.

<sup>396</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck/Beurskens*, *GmbHG*, § 43 Rn. 44; *MHLS/Ziemons*, *GmbHG*, § 43 Rn. 389.

<sup>397</sup> *MHLS/Ziemons*, *GmbHG*, § 43 Rn. 55; vgl. hierzu *OLG Zweibrücken*, Urteil vom 22.12.1998, 8 U 98/98, *NZG*, 506 (506).

<sup>398</sup> Vgl. *MHLS/Ziemons*, *GmbHG*, § 43 Rn. 55 ff.

Entscheidungen und die analoge Anwendung der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dargestellt. Im Hinblick darauf soll es in diesem Abschnitt darum gehen, die einzelnen Ausprägungen der allgemeinen Sorgfaltspflicht kurz zu beleuchten, um so die in der Praxis denkbaren Verletzungen dieser Pflicht zu veranschaulichen.

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung lässt sich einteilen in die Pflicht zu Beachtung des äußeren Handlungsrahmens und die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung im engeren Sinne.<sup>399</sup>

### a) Pflicht zur Beachtung des äußeren Handlungsrahmens

Der Geschäftsführer bewegt sich bei seinen unternehmerischen Entscheidungen in einen gewissen Handlungsrahmen, welcher abgesteckt wird durch Gesetze, die Satzung der Gesellschaft und Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane, denen er Folge zu leisten hat.<sup>400</sup> Dabei geht es nach wie vor nicht nur um das eigene Verhalten, sondern auch um die Sicherstellung der Einhaltung des Handlungsrahmens durch die Mitarbeiter.<sup>401</sup> Damit ist die Legalitätspflicht – wonach die zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften erforderlichen Strukturen und Prozesse geschaffen werden müssen – eine Ausprägung der Sorgfaltspflicht nach § 43 GmbHG und die Errichtung eines CMS Teil der ordnungsgemäßen Geschäftsführung.<sup>402</sup> Grundlage für die Errichtung eines solchen Systems ist zunächst die Durchführung einer angemessenen Risikoanalyse.<sup>403</sup>

In Bezug auf die Unternehmenspraxis ist festzuhalten, dass auch ein ordnungsgemäß errichtetes CMS nicht jeden Gesetzesverstoß verhindern kann. Sofern die erforderlichen Vorkehrungen ergriffen wurden, muss der Geschäftsführer im Falle eines Verstoßes und zur Verhinderung einer persönlichen Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG – unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit – für eine Sanktionierung sorgen.<sup>404</sup> Um Nachteile für die Gesellschaft zu verhindern, sollen erst die internen Instrumente – wie der Entzug von Vollmachten und Befugnissen oder eine Kündigung – ausgeschöpft werden.<sup>405</sup> Erst dann können externe Maßnahmen wie die Einschaltung zuständiger Behörden oder der Presse in Betracht gezogen werden.<sup>406</sup>

### b) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung im engeren Sinne

Wie bereits dargelegt, können für den Geschäftsführer im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungen gewisse Schwierigkeiten auftreten. Auf der einen Seite ist der Geschäftsführer treuhänderischer Sachwalter fremder Vermögensinteressen,<sup>407</sup> auf der anderen Seite dient § 43 GmbHG jedoch nicht dazu, den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft zu garantieren beziehungsweise gegen wirtschaftlichen Misserfolg abzusichern.<sup>408</sup> Um den Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen vor einer persönlichen Haftung zu schützen, wird ihm durch die analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf die GmbH ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt.<sup>409</sup>

Grundsätzlich kommt ein Geschäftsführer seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung nach, wenn er seine unternehmerischen Entscheidungen auf solider Informationsgrundlage zum Wohl der Gesellschaft, sowie namentlich frei von Interessenkonflikten getroffen hat, ohne dabei ein

<sup>399</sup> Vgl. MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 12; MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 58.

<sup>400</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 59.

<sup>401</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 59; s. hierzu auch *Knierim*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2020, 5. Kapitel (Rn. 31).

<sup>402</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 59 ff.; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 142.

<sup>403</sup> Vgl. Moosmayer, Compliance, Rn. 71 ff..

<sup>404</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 60.

<sup>405</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 60; s. hierzu auch OLG Hamm, Urteil vom 07.11.1984, 8 U 8/84, GmbH-Rdsch.1985, 157.

<sup>406</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 60; s. hierzu auch OLG Hamm, Urteil vom 07.11.1984, 8 U 8/84, GmbH-Rdsch.1985, 157.

<sup>407</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 120.

<sup>408</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998, 8 U 98/98, NZG, 506 (507); MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 120.

<sup>409</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 71; BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, NJW, 3361 (3362); s. hierzu auch MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 128-158.

unverhältnismäßiges Risiko eingegangen zu sein.<sup>410</sup> Doch wie gelingt es der Geschäftsleitung in der Praxis, diesen eher abstrakteren Anforderungen gerecht zu werden?

Einen Ansatz aus gesellschaftsrechtlicher Sicht bieten die um die ‚Corporate Governance‘ entwickelten Grundsätze.<sup>411</sup> Zentrale Punkte sind hier nicht nur die Einrichtung eines Frühwarnsystems für existenzbedrohende Risiken und eines generellen Risikomanagements zur Verhinderung und gegebenenfalls Sanktionierung von Verstößen, sondern ebenso die ordnungsgemäße Vorbereitung der konkreten Entscheidung durch Beschaffung und Analysieren aller relevanten Informationen.<sup>412</sup> Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang der gesellschaftsinterne Kommunikationsfluss, denn gemeint sind nicht ausschließlich Informationen von außen.<sup>413</sup> Damit besagte interne Kommunikation einwandfrei funktionieren kann, bedarf es wiederum einer ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation.<sup>414</sup> Diese ist Voraussetzung für eine rechtzeitige Risikoerkennung und damit -vermeidung.<sup>415</sup>

In Bezug auf die oben angesprochene Abwägung aller denkbaren Handlungsalternativen, die ein Geschäftsführer im Rahmen seiner Entscheidungsfindung durchführt, so ist der Maßstab hierfür immer das Unternehmensinteresse.<sup>416</sup>

### c) Zusammenfassung

Im Vordergrund bei der Entscheidungsfindung eines Geschäftsführers im Hinblick auf unternehmerische Entscheidungen steht immer das Unternehmensinteresse.<sup>417</sup> Dies immer im Hinterkopf zu behalten und gleichzeitig im Rahmen des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages, der für ihn verbindlichen Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane sowie unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen<sup>418</sup> zu handeln, ist für den Geschäftsführer die einzige Möglichkeit den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung umzugehen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers immer dann zu bejahen ist, wenn er entgegen seiner Legalitätspflicht nicht für eine geeignete Compliance-Organisation im Unternehmen sorgt. Über die Eignung der Organisation entscheidet im Einzelfall das Gericht. Damit – und aufgrund der Abwesenheit von konkreten Vorgaben über die Ausgestaltung eines CMS – kann keine allgemein gültige Antwort auf die Frage, wann eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers im Falle eines Compliance-Verstoßes grundsätzlich zu bejahen ist, getroffen werden.

## 2. Verschulden

Als nächste Voraussetzung der Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG muss diesem auch ein Verschulden vorgeworfen werden können.<sup>419</sup> Dies kann durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit begründet werden.<sup>420</sup> Vorsatz liegt immer dann vor, wenn der Geschäftsführer wissentlich und willentlich seine Pflichten verletzt.<sup>421</sup> Bei nachweisbar vorsätzlichem Handeln ist die Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens eindeutig zu bejahen.

Im Hinblick auf ein fahrlässiges Verhalten gilt der Verschuldensmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG,<sup>422</sup> wonach ein Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hat. Wie im Rahmen der Sorgfaltspflicht bereits eingehend erläutert,

<sup>410</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 41 Rn. 10.

<sup>411</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 124 ff.

<sup>412</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 124 f.

<sup>413</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 126.

<sup>414</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 126.

<sup>415</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 126.

<sup>416</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 127.

<sup>417</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 127.

<sup>418</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998, 8 U 98/98, NZG, 506 (506); s. auch MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 55.

<sup>419</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

<sup>420</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

<sup>421</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

<sup>422</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

steht ihm bei unternehmerischen Entscheidungen durch die analoge Anwendung der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) grundsätzlich ein gewisser Ermessensspielraum zu.<sup>423</sup>

Letztendlich kommt es jedoch auf die im konkreten Einzelfall vorliegenden Beweise an, denn im Falle des § 43 Abs. 2 GmbHG gilt nach gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog eine für den Geschäftsführer ungünstige Beweislastumkehr, wonach er darzulegen und beweisen hat, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.<sup>424</sup>

Im Ergebnis und mit Blick auf die Pflicht zur Etablierung einer geeigneten Compliance-Organisation im Unternehmen bedeutet dies, dass bei Nichterrichtung eines CMS die Schuld des Geschäftsführers zunächst einmal anzunehmen ist. Denn der Geschäftsführer ist selbst dafür verantwortlich zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Im Hinblick auf alle anderen Tatbestandsmerkmale des § 43 Abs. 2 GmbHG liegt die Beweislast jedoch bei der Gesellschaft.<sup>425</sup>

### 3. Schaden

Damit die Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsführer einen Schadensersatzanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG geltend machen kann, muss ihr auch ein Schaden entstanden sein.<sup>426</sup> Hierbei muss es sich grundsätzlich um einen Vermögensschaden handeln,<sup>427</sup> welcher adäquat kausal auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsführers beruht.<sup>428</sup>

#### a) Schadensbegriff und -berechnung

Auch wenn im Zusammenhang mit der Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ein anderer Haftungsmaßstab als der nach dem BGB übliche gilt, so sind für die Berechnung dennoch der Schadensbegriff und die Grundsätze der §§ 249 ff. BGB anzuwenden.<sup>429</sup> Gem. § 249 Abs. 1 BGB „ist der Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (Naturalrestitution).<sup>430</sup> Dies wird auch als Differenzhypothese bezeichnet.<sup>431</sup> Dabei wird der Vermögenszustand der Gesellschaft mit schädigender Handlung mit dem Zustand ohne diese Handlung verglichen.<sup>432</sup> Ergibt sich hierbei eine negative Differenz, so ist dies der entstandene Schaden.

In Ausnahmefällen – wenn „die Herstellung [des ursprünglichen Zustandes] nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist“ (§ 251 Abs. 1 BGB) – wird jedoch vom Prinzip der Naturalrestitution abgewichen, sodass gegebenenfalls auch Wertersatz nach § 251 Abs. 1 BGB möglich ist.<sup>433</sup> Hierzu gehört nach § 252 BGB auch der entgangene Gewinn.<sup>434</sup>

Letztendlich kommt es darauf an, dass die Gesellschaft einen ersatzfähigen Schaden, das heißt eine „konkrete Einbuße an einem geschützten Recht, Rechtsgut oder Interesse“<sup>435</sup> erlitten hat. Denkbare Fälle in der Praxis wäre das Verwenden von Geldern der Gesellschaft zur Zahlung von Schmiergeldern oder auch Diebstahl aus der Unternehmenskasse durch einen Mitarbeiter.

<sup>423</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, NJW, 3361 (3362); s. auch MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 71; Teichmann, Compliance 2014, 29 (59); Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13.

<sup>424</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 471.

<sup>425</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 471.

<sup>426</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 445; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 261; OLG Hamm, Urteil vom 20.05.1999, 27 U 213-98, NJW-RR, 1715 (1715).

<sup>427</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 449.

<sup>428</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 440; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 55; OLG Naumburg, Urteil vom 11.10.2000, 12 U 89/00, NZG, 136 (137).

<sup>429</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 25.10.2011, 5 U 27/10, BeckRS, 27373.

<sup>430</sup> MüKoGmbHG/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 263; s. auch Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 51.

<sup>431</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 450.

<sup>432</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 49; s. hierzu auch BGH, Urteil vom 31.05.1994, VI ZR 12/94, NJW, 2357 (2359); OLG Hamm, Urteil vom 20.05.1999, 27 U 213-98, NJW-RR, 1715 (1716).

<sup>433</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 51.

<sup>434</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 51; MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 449; BGH, Urteil vom 22.06.2009, II ZR 143/08, NJW, 2598 (2598).

<sup>435</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 49.

## b) Zurechnung

Doch der Schaden allein reicht nicht aus, um eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu begründen. Weiter muss dieser dem Geschäftsführer auch zuzurechnen sein, das heißt, es muss ein Zusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem entstandenen Schaden bestehen.<sup>436</sup> Damit die erforderliche Kausalität gegeben und dem Geschäftsführer der Schaden damit zuzurechnen ist, muss davon ausgegangen werden können, dass besagter Schaden bei pflichtgemäßem Handeln nicht eingetreten wäre.<sup>437</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass der Zurechnungszusammenhang fehlt, wenn der Schaden der Gesellschaft auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten des Geschäftsführers nicht hätte verhindert werden können.<sup>438</sup> Die Beweislast hierfür liegt beim Geschäftsführer, das heißt, er muss den sicheren Nachweis darüber erbringen, dass der Schaden eben auch bei pflichtgemäßen Verhalten entstanden wäre.<sup>439</sup>

Zusammenfassend bedeutet dies lediglich, dass die Pflichtverletzung des Geschäftsführers nach dem Verschuldensmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG zu einem Vermögensschaden bei der Gesellschaft geführt haben muss und dass dieser Schaden auch unter anderen Umständen nicht zu verhindern gewesen wäre.

## 4. Rechtsfolgen und gesamtschuldnerische Haftung

Bei Vorliegen aller oben beschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen ist der Geschäftsführer der GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Kurz: Regelmäßig muss der Gesellschaft ein gewissen Geldbetrag gezahlt beziehungsweise der Schaden ausgeglichen werden.

Doch wie sieht die Situation aus, wenn gleich mehrere Schädiger für den Schaden der Gesellschaft verantwortlich sind? Die Gesellschaft kann den Schaden jedenfalls nur einmal ersetzt verlangen.<sup>440</sup> Aufgrund dessen haften mehrere Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzt haben, gem. § 43 Abs. 2 GmbHG als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 421 ff. BGB.<sup>441</sup> Im Ergebnis kann die Gesellschaft ihren Anspruch gegenüber jedem der gesamtschuldnerisch haftenden Geschäftsführer geltend machen.<sup>442</sup> Die Art der Pflichtverletzung sowie der Grad des Verschuldens ist dabei unerheblich, das heißt, dass der unmittelbar Verantwortliche ebenso haftet wie der Geschäftsführer, der lediglich seine Überwachungspflicht verletzt hat.<sup>443</sup> Die Tatsache nicht durch eigenes Handeln den Schaden herbeigeführt zu haben, schützt also nicht zwingend vor einer persönlichen Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG.

## 5. Zwischenfazit

Im Hinblick auf mögliche Compliance-Verstöße bestehen für die Geschäftsführung nicht nur straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken, sondern es ist ebenfalls möglich, vom eigenen Unternehmen persönlich in Haftung genommen zu werden – unabhängig, ob der Verstoß von dem Geschäftsführer selbst oder einem Dritten, wie zum Beispiel einem Mitarbeiter, begangen wurde. Grundlage hierfür ist der § 43 Abs 2 GmbHG, welcher eine schuldhafte Pflichtverletzung nach Maßgabe des Abs. 1 sowie einen dadurch entstandenen Schaden voraussetzt.<sup>444</sup>

<sup>436</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 440 ff.; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 55-57.

<sup>437</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR, 124 (124); Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 13; MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 440; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 56; MüKo/Spindler, AktG, § 93 Rn. 196.

<sup>438</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR, 124 (124); Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 56; MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 443.

<sup>439</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 443; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 56; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 261.

<sup>440</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 374.

<sup>441</sup> Vgl. MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 318; MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 375.

<sup>442</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 375.

<sup>443</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 376; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 59; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 318.

<sup>444</sup> Vgl. MHLS/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 389-492; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 44-81.

Auch wenn dem Geschäftsführer im Falle einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 43 GmbHG keine Strafe i. S. d. Strafgesetzbuches oder eine Geldbuße aufgrund einer Ordnungswidrigkeit droht, so können entstandene Schadensersatzansprüche ebenfalls immens hoch sein und dem-entsprechend belastend für den Schuldner. Es empfiehlt sich also, die persönliche Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ebenso ernst zu nehmen, wie mögliche straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenzen.

## F. Fazit

„Compliance“ bedeutet die Einhaltung von Regeln, insbesondere von Gesetzen, vertraglichen Verpflichtungen sowie unternehmensinternen Regelwerken.<sup>445</sup> Doch damit ist es – wie die vorstehende Arbeit gezeigt hat – nicht alles getan. Denn der Geschäftsführer einer GmbH muss zur Vermeidung einer persönlichen Haftung aufgrund eines Compliance-Verstoßes weitaus mehr leisten als lediglich Gesetze und anderen Regelwerke zu befolgen. Er muss eine ganze Reihe von Pflichten befolgen, wovon nicht alle gesetzlich festgehalten sind.<sup>446</sup>

Ein Geschäftsführer muss gem. § 43 Abs. 1 GmbHG sorgfältig handeln und hat nach § 130 OWiG bestimmte Aufsichtspflichten hinsichtlich der Verhinderungen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten aus dem Unternehmen heraus. Auch wenn keine dieser Vorschriften konkret die Errichtung eines CMS erfordert, ist es doch notwendig ein System im Unternehmen zu etablieren, um Verstöße frühzeitig erkennen und entsprechend verhindern zu können. Unabhängig von der durch die Rechtsprechung entwickelten Legalitäts- und Organisationspflichten kann deshalb festgehalten werden, dass sich bereits aus den existierenden Gesetzen Pflichten ergeben, welche die Einrichtung eines CMS notwendig erscheinen lassen. Spätestens nach dem Neubürger-Urteil jedoch, wonach „ein Vorstandsmitglied im Rahmen seiner Legalitätspflicht dafür Sorge zu tragen [hat], dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße [...] erfolgen“<sup>447</sup>, ist die Frage nach der Erforderlichkeit eines CMS im Unternehmen stets zu bejahen.<sup>448</sup>

Aus den oben genannten Normen ergeben sich jedoch nicht nur Pflichten, sondern sie beinhalten gleichzeitig auch Haftungstatbestände bei Verletzung der verankerten Pflichten. Doch mögliche Schadensersatzzahlungen oder Geldbußen sind bekanntlich nicht die einzigen Risiken, die ein Geschäftsführer im Rahmen seiner Tätigkeit zu befürchten hat. Es wurde vor allem deutlich, dass auch Straftaten, die nicht durch ihn selbst begangen wurden, zu strafrechtlichen Konsequenzen führen können. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein Geschäftsführer im Falle eines Compliance-Verstoßes also mit Konsequenzen auf Grundlage verschiedener Normen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten rechnen muss.

Die perfekte Antwort auf die Frage, wie die erläuterten Pflichten zu erfüllen sind und wie eine entsprechende Haftung vermieden werden kann, gibt es nicht. Es hat sich gezeigt, dass kein einheitliches ‚Rezept‘ für gute Compliance existiert. Faktoren wie Art, Größe und Organisation des jeweiligen Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geographische Präsenz, aber auch das Risikopotential und Verdachtsfälle aus der Vergangenheit<sup>449</sup> sind wichtige Faktoren bei der Umsetzung. Dennoch kann festgehalten werden, dass ein effektives, an das Unternehmen angepasste und von der Geschäftsleitung eingeführte und überwachte CMS eine gute Grundlage für die Einhaltung aller oben erläuterten Pflichten bietet. Nichts zuletzt kann der Geschäftsführer einer GmbH bei ordnungsgemäßer Dokumentation im Falle eines Verstoßes so nachweisen, dass er alles Erforderliche getan hat, um Verstöße frühzeitig zu erkennen und zu vermeiden und nicht zu verhindernde Vorfälle sanktioniert hat.

Problematisch ist dabei jedoch, dass die Notwendigkeit der Einführung eines derartigen Systems im Unternehmen in der heutigen Zeit zwar anerkannt ist, es jedoch nach wie vor keine konkreten Vorgaben zur Ausgestaltung gibt.<sup>450</sup> Das bedeutet, dass es im Falle eines Verfahrens von der Beurteilung des jeweiligen Gerichts abhängt, die getroffenen Maßnahmen zu bewerten.

Damit ist die Bedeutung von Compliance in der heutigen Unternehmenswelt eindeutig groß. Bei der Frage, wie effektive Compliance im Einzelfall auszusehen hat, sind Unternehmen jedoch regelmäßig auf sich selbst gestellt. Denn auch die Orientierung an bestehenden Richtlinien und Normen bietet ihnen im Falle eines Verstoßes vor Gericht keine Sicherheit. Damit hängt die Zukunft der Unternehmensleitungen, welche mit Compliance-Verstößen umzugehen haben, in vielen Fällen von Einzelfallentscheidungen der Rechtsprechung ab. Gerade im Hinblick auf die immer weiter wachsende

<sup>445</sup> Vgl. *Grützner/Jakob*, Compliance von A - Z, S. 60.

<sup>446</sup> Vgl. *MHLS/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 1.

<sup>447</sup> Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345 (345).

<sup>448</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

<sup>449</sup> Vgl. hierzu LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 9, 345.

<sup>450</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 9.

Bedeutung von Compliance und die von den Gerichten eingeführte haftungsmildernde Wirkung eines wirksamen CMS<sup>451</sup> stellt sich also die Frage, ob die aktuelle Situation in der Praxis noch zeitgemäß ist und ob die Einführung konkreterer Vorgaben für ein effektives Compliance-System durch den Gesetzgeber sinnvoll wäre.

---

<sup>451</sup> Vgl. *Veit*, Compliance und interne Ermittlungen, S. 1.

## Literaturverzeichnis

- Axhausen, Michael*, § 5 Der Geschäftsführer, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht - Steuerrecht, hrsg. von Welf Müller und Björn Ahrenkiel, 2., vollst. überarb. und erw. Auflage, München 1999, Rn. 130 ff.
- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred (Hrsg.): Gesetz betreffend der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Auflage, Band 20, 2019, München, C.H. Beck (zit.: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang* (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9. Auflage, 2018, München, C. H. Beck (zit.: Bechtold/Bosch/*Bearbeiter\*in*, GWB).
- Beck'scher Online Kommentar, 47. Auflage, 2021, München, C. H. Beck (zit.: BeckOK GmbHG/*Bearbeiter\*in*).
- Behringer, Stefan*, in: Compliance für KMU, Praxisleitfaden für den Mittelstand, hrsg. von Stefan Behringer, Berlin 2012, S. 19 ff.
- Behringer, Stefan* (Hrsg.), Compliance für KMU, Praxisleitfaden für den Mittelstand, Berlin 2012.
- Bitter, Georg/Heim, Sebastian*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Vahlen, München 2018.
- Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 2019, Nomos Verlagsgesellschaft (zit.: HK-BGB/*Bearbeiter\*in*).
- Bürkle, Jürgen*, Compliance als Aufgabe des Vorstands einer AG - Die Sicht des LG München I, CCZ 2015, S. 52.
- Bussmann, K.-D.*, Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht, MschKrim 2003.
- Dittrich, Johannes/Matthey, Philip*, in: Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, hrsg. von Christoph E. Hauschka, Klaus Moosmayer und Thomas Lösler, München 2016, § 26.
- Fischer, Thomas (Hrsg.): Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, 67. Auflage, 2020, München, C.H. Beck (zit.: Fischer StGB).
- Fleischer, Holger*, Festschr. f. Immenga 2004, S. 575.
- Fleischer, Holger*, Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, S. 521.
- Göhler/Gürtler (Hrsg.): Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, 17. Auflage, 2017, München, C.H. Beck (zit.: Göhler/Gürtler Ordnungswidrigkeitengesetz/*Bearbeiter\*in*).
- Graf, Jürgen Peter/Jäger, Markus/Wittig, Petra* (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl.
- Grützner, Thomas/Jakob, Alexander*: Compliance von A - Z, 2. Aufl., Beck, München 2015.
- Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2016.
- Hirsch, Christop*: Allgemeines Schuldrecht, Systematisches Lehrbuch mit zahlreichen Fällen und Beispielen, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2002.
- Hüffer, Uwe; Koch, Jens (Hrsg.): Aktiengesetz, 15. Auflage, 2021, München, C. H. Beck (zit.: Hüffer/Koch/*Bearbeiter\*in*, AktG).
- Inderst, Cornelia/Bannenber, Britta/Poppe, Sina* (Hrsg.), Compliance, Aufbau - Management - Risikobereiche, 2. Aufl., Heidelberg 2013.
- Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage, 2018, München (zit.: KK-OWiG/*Bearbeiter\*in*).

- Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrid; Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Auflage, 2017, Nomos Verlagsgesellschaft (zit.: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Bearbeiter\*in*, StGB).
- Knierim, Thomas C.*, Compliance, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, hrsg. von Heinz-Bernd Wabnitz, Thomas Janovsky und Lothar Schmitt, 5. Auflage, München 2020, 5. Kapitel.
- Heidinger, Andreas; Leible, Stefan; Schmidt, Jessica (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) Band 2, 3. Auflage, 2017, München, C. H. Beck (zit.: MHLS/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Kuntz, Thilo*, Geltung und Reichweite der Business Judgement Rule in der GmbH, GmbHR 2008, S. 121.
- Küsell, Felix*: Praxishandbuch Unternehmensgründung, Unternehmen erfolgreich gründen und managen, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler | GWV Fachverlage GmbH Wiesbaden, Wiesbaden 2006.
- Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl M.; Riesenkampff, Alexander; Kersting, Christian; Meyer-Lindemann, Hans-Jürgen (Hrsg.): Kartellrecht, 4. Auflage, 2020, München, C. H. Beck (zit.: LMRKM/*Bearbeiter\*in*, GWB).
- Moll, Douglas K./Ragazzo, Robert A.*
- Moosmayer, Dr. Klaus*: Compliance, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2015
- Müller*, in: Compliance für KMU, Praxisleitfaden für den Mittelstand, hrsg. von Stefan Behringer, Berlin 2012, S. 51.
- Müller, Welf/Ahrenkiel, Björn* (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht - Steuerrecht, 2. Aufl., München 1999.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, Band 2, 2019, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, AktG).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1, 8. Auflage, 2018, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2, 8. Auflage, 2019, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, BGB).
- Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage, Band 2, 2019, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Münchener Kommentar zum StGB 2, 4. Auflage, 2020, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, StGB).
- Münchener Kommentar zum StGB 1, 4. Auflage, 2020, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, StGB).
- Münchener Kommentar zum StGB 5, 3. Auflage, 2019, München, C. H. Beck (zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, StGB).
- Napokoj, Elke*, in: Risikominimierung durch Corporate Compliance, hrsg. von Elke Napokoj, Wien 2010, S. 1.
- Napokoj, Elke* (Hrsg.), Risikominimierung durch Corporate Compliance, Wien 2010.
- Poppe, Sina*, in: Compliance, Aufbau - Management - Risikobereiche, hrsg. von Cornelia Inderst, Britta Bannenberg und Sina Poppe, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2013, S. 1 ff.
- Reiling, Michael*, in: Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, hrsg. von Christoph E. Hauschka, Klaus Moosmayer und Thomas Lösler, München 2016, § 18.
- Saenger*: Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Franz Vahlen, München 2015.

- Schäfer, Carsten*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., C. H. Beck, München 2018.
- Schierenbeck, Henner/Wöhle, Claudia B.*: Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 17. Aufl., Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 2008.
- Schnabl, Robert*, Geldwäsche, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, hrsg. von Heinz-Bernd Wabnitz, Thomas Janovsky und Lothar Schmitt, 5. Auflage, München 2020, 6. Kapitel.
- Schrödel*, Konsequenzen: Bußgelder, Einziehung, Verfall, in: Compliance, Aufbau - Management - Risikobereiche, hrsg. von Cornelia Inderst, Britta Bannenberg und Sina Poppe, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2013, S. 613 ff.
- Schönke, Adolf; Schröder, Rolf (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 30., neu bearbeitete Auflage, 2019, München, C. H. Beck (zit.: Schönke/Schröder/Bearbeiter\*in, StGB).
- Teichmann, Christoph* (Hrsg.), Compliance, Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis, München 2014.
- Teichmann, Christoph*, Gesellschaftsrecht, in: Compliance, Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis, hrsg. von Christoph Teichmann, München 2014, S. 29 ff.
- Uhlig, Thomas*, in: Compliance für KMU, Praxisleitfaden für den Mittelstand, hrsg. von Stefan Behringer, Berlin 2012, S. 29.
- Veit, Vivien*: Compliance und interne Ermittlungen, C. F. Müller, Heidelberg 2018.
- Volz, Michael*, Praxisbericht Compliance, in: Compliance, Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis, hrsg. von Christoph Teichmann, München 2014, S. 1 ff.
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Schmitt, Lothar* (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., München 2020.

# Aktienrückkäufe auf dem deutschen Markt nach der Finanzkrise 2008/2009

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)

Erstprüfer: Prof. Dr. rer. pol. Philipp Schmitz

Abgabedatum: 22.08.2020

vorgelegt von

Marc Paumer

aus Wegberg

## Abstract

Mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) war es deutschen Aktiengesellschaften ab 1998 erstmals seit 1931 wieder möglich, eigene Aktien ohne Zweckvorgabe zurückzukaufen. Das neue Ausschüttungsinstrument stieß bei deutschen Unternehmen schnell auf positive Resonanz und das Volumen von Aktienrückkäufen stieg in den Jahren bis zur Finanzkrise 2008/2009 stark an. Auch der deutsche Kapitalmarkt reagierte positiv. Die abnormalen Renditen infolge der Ankündigung eines Aktienrückkaufs lagen regelmäßig weit über den abnormalen Renditen auf dem US-amerikanischen Markt. Mit abnehmendem Rückkaufvolumen im Rahmen der Finanzkrise reduzierte sich jedoch auch die Forschungstätigkeit auf diesem Gebiet. Vor dem Hintergrund dieser Problemstellung hat diese Arbeit das Ziel, an die bestehende Forschung anzuknüpfen und das Rückkaufverhalten deutscher Aktiengesellschaften in den Jahren 2010 bis 2019 empirisch zu untersuchen. Außerdem wird untersucht, wie der Aktienkurs auf eine Rückkaufankündigung reagiert. Die Datenbasis dieser Arbeit bilden die Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX. Die abnormalen Renditen, die sich nach Ankündigung eines Aktienrückkaufs ergeben, wurden im Rahmen einer Ereignisstudie ermittelt. Die Arbeit konzentrierte sich bei Messung der abnormalen Renditen auf den Zeitraum vom Tag vor der Ankündigung bis zum Tag nach der Ankündigung. Als Preisbildungsmodell zur Berechnung der erwarteten Rendite wurde das Marktmodell herangezogen.

Die Auswertung der erhobenen Daten hat gezeigt, dass deutsche Aktiengesellschaften vorsichtiger mit Aktienrückkäufen geworden sind. Zwar ist das Rückkaufvolumen wieder gestiegen – die Entwicklung ist jedoch nicht mit der Entwicklung vor der Finanzkrise zu vergleichen. Zudem wird der Großteil des gesamten Rückkaufvolumens von einigen wenigen Gesellschaften getragen. Mit der Ereignisstudie konnte kumuliert über den Untersuchungszeitraum eine abnormale Rendite in Höhe von 2,93% gemessen werden. Dieses Ergebnis fügt sich damit dem Trend, der sich anhand der vorherigen Studien für den deutschen Kapitalmarkt ergibt. Die abnormalen Renditen waren nach Einführung des KonTraG weitaus höher als die abnormalen Renditen auf dem US-amerikanischen Markt, haben im Zeitverlauf aber abgenommen und sich mit durchschnittlich zwei bis drei Prozent auf dem Niveau des US-amerikanischen Marktes eingependelt.

## Inhaltsverzeichnis

Abstract	II
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	V
Abbildungsverzeichnis	VI
Tabellenverzeichnis	VII
1 Einleitung	1
1.1 Einführung und Zielsetzung	1
1.2 Gang der Untersuchung	2
2 Rahmenbedingungen für Aktienrückkäufe	4
2.1 Begriffsdefinition	4
2.2 Historie von Aktienrückkaufen in Deutschland	4
2.3 Aktuelle Rechtslage	5
2.3.1 Grundlegende Bestimmungen des AktG	5
2.3.2 Publizitätspflichten	7
2.4 Bilanzielle Behandlung der Vorgänge eines Aktienrückkaufs	7
2.4.1 Bilanzierung eigener Aktien	7
2.4.2 Einziehung der eigenen Aktien	8
2.4.3 Wiederveräußerung der eigenen Aktien	9
2.5 Rückkaufverfahren	9
2.5.1 Rückkauf über die Börse	9
2.5.2 Öffentliches Rückkaufangebot	10
2.5.2.1 Festpreisverfahren	10
2.5.2.2 Holländisches Auktionsverfahren	11
2.5.2.3 Ausgabe übertragbarer Verkaufsrechte	11
2.5.3 Privat ausgehandelter Aktienrückkauf	11
2.6 Internationaler Vergleich am Beispiel Deutschland und USA	12
3 Motive für Aktienrückkäufe	14
3.1 Steuerliche Vorteilhaftigkeit von Aktienrückkäufen gegenüber Dividenden	14
3.2 Beeinflussung von Unternehmenskennzahlen	15
3.3 Signalisierung einer Unterbewertung	15
3.4 Abbau Überschussliquidität	16
3.5 Kapitalstrukturgestaltung	17

3.6 Einflussnahme auf die Aktionärsstruktur	18
3.7 Maßnahme gegen Übernahmeveruche	19
3.8 Bedienung von Aktienoptionen, Belegschaftsaktien und Wandelschuldverschreibungen	19
3.9 Akquisitionswährung	20
3.10 Bisherige Literatur zu Erwerbsmotiven	20
4 Gefahren von Aktienrückkäufen	22
4.1 Gefahren für Aktionäre	22
4.2 Gefahren für die Gläubiger	22
4.3 Gefahren für die Gesellschaft	23
4.4 Gefährdung des Kapitalmarktes	23
5 Empirische Untersuchung	25
5.1 Datenbasis und Datengewinnung	25
5.2 Deskriptive Charakterisierung der einbezogenen Unternehmen	25
5.2.1 Charakterisierung nach Rückkaufgrund	25
5.2.2 Charakterisierung nach Rückkaufmethode	27
5.2.3 Verteilung der Aktienrückkaufprogramme auf Jahre und Indizes	27
5.2.3 Entwicklung des Rückkaufvolumens im Vergleich zu Dividenden	28
5.2.4 Rückkaufvolumen nach Index und einzelnen Unternehmen	29
5.4 Ereignisstudie Renditeeffekte	30
5.4.1 Preisbildungsmodell	30
5.4.2 Eingrenzung der Stichprobe	32
5.4.3 Ergebnisse und Interpretation	33
5.4.4 Differenzierung nach Indexzugehörigkeit	35
5.4.5 Differenzierung nach Rückkaufgrund	37
6 Fazit	40
6.1 Zusammenfassung	40
6.2 Kritische Würdigung und Ausblick	41
7 Literaturverzeichnis	42

## Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
DAX	Deutscher Aktienindex
EG	Europäische Gemeinschaft
EK	Eigenkapital
EPS	Earnings per share (Gewinn pro Aktie)
ETF	Exchange Traded Fund
FK	Fremdkapital
GE	Geldeinheit
HGB	Handelsgesetzbuch
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting standards
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
MDAX	Midcap-DAX
Mrd.	Milliarde(n)
SDAX	Small-Cap-DAX
US-GAAP	United States generally accepted accounting principles
WPHG	Wertpapierhandelsgesetz

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Überblick über die möglichen Rückkaufverfahren	9
Abbildung 2: Veränderungen der Kapitalstruktur in Abhängigkeit der Finanzierung eines Aktienrückkaufs	17
Abbildung 3: Rückkaufmotive bzw. Verwendungszwecke nach Ad-hoc-Meldungen	26
Abbildung 4: Anzahl der verwendeten Rückkaufverfahren	27
Abbildung 5: Verteilung der Rückkaufprogramme auf Jahre und Indizes	27
Abbildung 6: Summe Dividenden und Aktienrückkäufe 2010-2019 in Mrd. €	28
Abbildung 7: Rückkaufvolumen in Mrd. € verteilt auf Jahre und Index	29
Abbildung 8: Die 10 Gesellschaften mit dem höchsten Rückkaufvolumen in Mrd. €	30
Abbildung 9: Zeitstrahl der Ereignisstudie	31

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Gegenüberstellung von vier Befragungsstudien	21
Tabelle 2: Zusammenfassung der Ergebnisse der Ereignisstudie	33
Tabelle 3: Auflistung vergleichbarer Studien für den deutschen Markt	34
Tabelle 4: Zusammenfassung der Ergebnisse der DAX-Werte	35
Tabelle 5: Zusammenfassung der Ergebnisse der MDAX-Werte	36
Tabelle 6: Zusammenfassung der Ergebnisse der SDAX-Werte	36
Tabelle 7: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen ohne Angabe von konkreten Gründen	38
Tabelle 8: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen, bei denen die Aktien eingezogen werden sollen	38
Tabelle 9: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen, bei denen die Aktien als Akquisitionswährung verwendet werden sollen	39

# 1 Einleitung

## 1.1 Einführung und Zielsetzung

Aktienrückkäufe haben in Deutschland eine sehr bewegte Vergangenheit. Aufgrund ihres Missbrauchspotenzial waren sie lange Zeit grundsätzlich verboten und durften nur in begründeten Ausnahmefällen durchgeführt werden. Mit Verabschiedung des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) im Jahr 1998 wurde es deutschen Aktiengesellschaften dann ermöglicht, eigene Aktien ohne konkrete Zweckvorgabe zurückzukaufen.<sup>1</sup> Damit eröffnete sich für deutsche Unternehmen neben der seit jeher bedeutsamen Zahlung von Dividenden ein weiteres Instrument, um Kapital an die Aktionäre auszuschütten.<sup>2</sup> Auf vielen internationalen Finanzmärkten und insbesondere in den USA gehören Aktienrückkäufe bereits länger zum Standardrepertoire von börsennotierten Gesellschaften.<sup>3</sup>

Die Aktienrückkäufe stießen bei deutschen Unternehmen und Anlegern schnell auf positive Resonanz. Der Antrag auf eine Rückkaufermächtigung ist zu einem festen Tagesordnungspunkt auf den Hauptversammlungen vieler deutscher Aktiengesellschaften geworden und das Rückkaufvolumen stieg bis zur Finanzkrise 2008/2009 so stark an, dass in den Jahren 2007 und 2008 über 30% des ausgeschütteten Kapitals der Unternehmen im DAX, MDAX und SDAX in Form von Aktienrückkäufen ausgeschüttet wurde.<sup>4</sup> Zudem würdigten die Anleger die Aktienrückkäufe regelmäßig mit hohen Prämien auf den Aktienkurs. Insbesondere in der unmittelbaren Zeit nach Einführung des KonTraG konnten diverse Studien abnormale Renditen nach Ankündigung eines Aktienrückkaufs nachweisen, die weit über dem Niveau des US-amerikanischen Kapitalmarktes gelegen haben.<sup>5</sup> Aktienrückkäufe sind jedoch ein sehr komplexes Instrument und bringen viele Wechselwirkungen mit sich. So hat ein Rückkauf eigener Aktien neben dem Ausschüttungscharakter unter anderem noch eine Veränderung der Kapitalstruktur, eine Veränderung der Aktionärsstruktur und eine Veränderung der Finanzkennzahlen zur Folge. Diese komplexen Wirkungszusammenhänge machen Aktienrückkäufe zu einem vielseitigen Finanzinstrument, welches aufgrund der Komplexität auch eine Reihe von Risiken birgt und ein großes Missbrauchspotenzial besitzt.

Insbesondere US-amerikanischen Finanzvorständen wird mitunter ein Missbrauch des Instruments Aktienrückkauf unterstellt. In diesen Fällen wird ihnen vorgeworfen, durch Aktienrückkäufe eine Verbesserung des eigenen Einkommens anzustreben. Die Beeinflussung des eigenen Einkommens ist Managern insbesondere dann möglich, wenn die Vergütung an Finanzkennzahlen wie die EPS (Earnings per share) oder an den Aktienkurs selbst geknüpft ist. Mit Aktienrückkäufen können beide Werte positiv beeinflusst werden. Durch den Anreiz, unverhältnismäßig viele eigene Aktien zurückzukaufen, würden außerdem Zukunftsinvestitionen auf der Strecke bleiben.<sup>6</sup> So werden die immer neuen Höchststände von US-amerikanischen Indizes nicht nur der guten Geschäftsentwicklung, sondern vor allem den niedrigen Zinsen und dem Rückkaufverhalten der Unternehmen zugesprochen.<sup>7</sup> Gegen diese Entwicklung formiert sich jedoch bereits politischer Widerstand. Nach Jahr-

---

<sup>1</sup> Vgl. KonTraG.

<sup>2</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 1.

<sup>3</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 1.

<sup>4</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 13.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. Gerke, W.; Fleischer, J; Langer, M., 2003.; Schremper, R., 2001; Seifert, U., 2006.

<sup>6</sup> Vgl. Petersdorf, W., 2016.

<sup>7</sup> Vgl. Sommer, U., 2019a.

zehnten, in denen amerikanische Manager in Bezug auf Aktienrückkäufe nahezu alle Freiheiten hatten, fordern bspw. der parteilose Senator *Bernie Sanders* und der linke Flügel der Demokraten eine strengere Regulierung von Aktienrückkäufen.<sup>8</sup>

Auch die deutschen Unternehmen haben in der vergleichsweise kurzen Historie der rechtlich legitimierten Aktienrückkäufe einige Erfahrungen mit den Risiken dieser gesammelt. Durch das hohe Rückkaufvolumen vor der Finanzkrise 2008/2009 hielten die Unternehmen große Bestände an eigenen Aktien. Diese wurden infolge der Aktienkurseinbrüche durch die Finanzkrise jedoch zur erfolgswirtschaftlichen Belastung, da die großen Aktienbestände abgeschrieben werden mussten oder nur mit Verlust wieder veräußert werden konnten. Bedingt durch die schlechten Erfahrungen mit den Rückkäufen und der eingetretenen Rezession, brach das Rückkaufvolumen im Jahr 2009 deutlich ein. Ein gutes Beispiel für ein Unternehmen, welches aus den großen Verlusten mit Aktienrückkäufen Konsequenzen gezogen hat, ist die Daimler AG. Vor der Krise war sie allein für rund 15% des gesamten Rückkaufvolumens in Deutschland verantwortlich.<sup>9</sup> Nach der Krise konnte kein einziger Aktienrückkauf der Daimler AG lokalisiert werden.<sup>10</sup>

Mit sinkendem Rückkaufvolumen sank auch die Forschungsaktivität zu Aktienrückkäufen auf dem deutschen Markt. Wie eingangs erläutert, gab es nach Einführung des KonTraG eine Vielzahl an Studien, die Aktienrückkäufe untersuchten. Insbesondere wurden die Frage erforscht, warum deutsche Aktiengesellschaften ihre eigenen Aktien zurückkaufen und wie der Kapitalmarkt auf die Ankündigung, einen Aktienrückkauf durchzuführen, reagiert. Für die Zeit nach der Finanzkrise konnte jedoch nur noch eine Studie gefunden werden, die die Kursreaktionen erforscht und eine, die die Rückkaufmotive deutscher Vorstände untersucht. Daher hat diese Arbeit die Zielsetzung, an die bestehenden Arbeiten in der Literatur anzuknüpfen und zu erläutern, wie sich das Rückkaufverhalten deutscher Gesellschaften von 2010 bis 2019 entwickelt hat. Außerdem wird untersucht, ob die Überrenditen nach einer Rückkaufankündigung noch immer über denen des US-amerikanischen Marktes liegen oder sich diesem nach wie vor angleichen.

## 1.2 Gang der Untersuchung

Um die vorangehend dargestellten Forschungsfragen zu beantworten, wird in Kapitel 2 zunächst auf die Grundlagen und die Rahmenbedingungen von Aktienrückkäufen eingegangen. Hierunter fallen eine Begriffsbestimmung des Vorgangs Aktienrückkauf und eine Darstellung der wechselhaften Historie von Aktienrückkäufen in Deutschland. Weiterhin werden die institutionellen Rahmenbedingungen in Deutschland erläutert. Dies beinhaltet die grundlegenden Bestimmungen des AktG nach Einführung des KonTraG, die Publizitätspflichten im Rahmen von Aktienrückkäufen und die bilanzielle Behandlung der Vorgänge, die mit einem Rückerwerb zuvor emittierter Aktien einhergehen. Zudem werden die verschiedenen Rückkaufmethoden, die einem Unternehmen zur Verfügung stehen, vorgestellt. Zum Abschluss erfolgt ein internationaler Vergleich am Beispiel USA und Deutschland. Die USA werden deswegen als Vergleich herangezogen, da sie das Land mit der umfangreichsten Rückkaufkultur sind.

In Kapitel 3 werden die verschiedenen Motive erläutert, die ein Management dazu bewegen kann, eigene Aktien zurückzukaufen. Anschließend werden die Ergebnisse von vier empirischen Befragungsstudien herangezogen und verglichen, um einschätzen zu können, wie relevant die einzelnen Motive in der Realität sind.

---

<sup>8</sup> Vgl. Petersdorf, W., 2019.

<sup>9</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 106.

<sup>10</sup> Eigene Erhebung

Analog zu Kapitel 3 folgt Kapitel 4 mit den Risiken und Gefahren von Aktienrückkäufen, die einer Entscheidung zur Unterlassung von Aktienrückkäufen zu Grunde liegen können.

In Kapitel 5 werden die erwähnten Forschungsfragen dann empirisch untersucht. Zunächst wird dazu das Rückkaufverhalten der Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX in den Jahren 2010 bis 2019 deskriptiv systematisiert und dargestellt. Es wird auch darauf eingegangen, wie sich das Rückkaufverhalten im Vergleich zu der Zeit vor der Finanzkrise 2008/2009 entwickelt hat und wie sich das Rückkaufvolumen im Vergleich zum Volumen der Dividendenzahlungen entwickelt hat. In einem weiteren Schritt wird im Rahmen einer Ereignisstudie ermittelt, wie der Kapitalmarkt auf eine Rückkaufankündigung reagiert.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit einem Fazit in Kapitel 6, in dem die wesentlichsten Erkenntnisse zusammengefasst werden. Im Rahmen des Fazits wird auch kritisch dargestellt, welche Forschungsfragen diese Arbeit nicht beantworten konnte. Außerdem wird anhand der gewonnenen Informationen ein möglicher Ausblick auf zukünftige Entwicklungen aufgezeigt.

## 2 Rahmenbedingungen für Aktienrückkäufe

### 2.1 Begriffsdefinition

Eine Aktie ist ein Wertpapier und stellt eine verselbstständigte, nicht an eine Person gebundene Mitgliedschaft an einer Aktiengesellschaft dar. Die mit diesem Wertpapier verbundene Mitgliedschaft verbrieft die Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft. Die Mitgliedschaftlichen Befugnisse können nur vom Inhaber der Urkunde ausgeübt werden.<sup>11</sup> Durch die vorangehend erwähnte Verselbstständigung sind die Rechte und Pflichten eines Aktionärs, die mit der Mitgliedschaft einhergehen, auf andere Personen übertragbar. Der Erwerb einer Aktie ist somit ein Rechtsgeschäft, welches den Übergang, der in Form der Aktie verbrieften Mitgliedschaft auf einen Erwerber herbeiführt.<sup>12</sup>

Der Erwerb eigener Aktien<sup>13</sup> wird neben wissenschaftlichen Diskussionen und Fragestellungen in erster Linie durch die nationalen Gesetze und die Rechtsprechung definiert. Die Möglichkeit, dass Aktiengesellschaften in Deutschland eigene Aktien zurückerwerben können, ergibt sich zum einen aus der Eigenschaft, dass Aktiengesellschaften als eigene Rechtspersönlichkeit (juristische Person) behandelt werden und zum anderen aus der Verbriefung ihrer Mitgliedschaftsrechte in Form von Aktien. Die Aktiengesellschaft ist demnach selbst beteiligungsfähig und kann Inhaber von Aktien und einer damit verbundenen Mitgliedschaft an einer Unternehmung sein. Da Aktien frei handelbare selbstständige Vermögenswerte sind, können sie auch von der Aktiengesellschaft selbst erworben werden.<sup>14</sup> Die eigenen Aktien müssen dabei im Rahmen des Handels am Sekundärmarkt zurück erworben werden. Ein originärer Erwerb, d.h. der Erwerb eigener Aktien bei deren Emission ist nach §56 Abs. 1 AktG verboten.

Aus finanzwirtschaftlicher Perspektive hat ein Aktienrückkauf weitreichende Auswirkungen auf die Unternehmensfinanzierung (Corporate Finance). Betroffen sind insbesondere die Investitions-, die Finanzierungs- und die Ausschüttungsstrategie sowie die Entscheidung über die Aktionärsstruktur einer Aktiengesellschaft.<sup>15</sup>

### 2.2 Historie von Aktienrückkäufen in Deutschland

Zu einer in Deutschland einheitlichen gesetzlichen Regelung der Aktiengesellschaft als juristische Person kam es erst im Jahre 1861 durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Über den Erwerb eigener Aktien enthielt das Gesetz jedoch keinerlei Bestimmungen.<sup>16</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass Unternehmen nicht trotzdem Aktien zurückgekauft haben. So finden sich bspw. im Geschäftsbericht der Norddeutschen Lloyd AG aus dem Jahr 1860 Hinweise auf einen Rückerwerb eigener Aktien, welcher damals mit Bremer Goldtalern bezahlt wurde. Die Vorgänge sind jedoch schwer nachzuvollziehen, da noch keine Bilanzierungspflicht im heutigen Sinne bestand.<sup>17</sup>

Die Anfänge der gesetzlichen Regulierung von Aktienrückkäufen in Deutschland beginnen mit der Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870. Demnach bestand ein absolutes Verbot für den Rückerwerb eigener Aktien. Das generelle Verbot wurde jedoch von vornherein als überzogen kritisiert. Daher wurde das Verbot in der Aktienrechtsnovelle vom 18. Juli 1884

<sup>11</sup> Vgl. Hüffer, U.; Koch, J., 2020, §10 Rn. 4.

<sup>12</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 7.

<sup>13</sup> „Aktienrückkauf“, „Rückkauf“ und „Rückerwerb“ werden in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet

<sup>14</sup>Vgl. Seifert, U., 2006, S. 8.

<sup>15</sup>Vgl. Vermaelen, T., 2005, S. 1, zit. nach: Nekat, K., 2009, S. 7.

<sup>16</sup> Vgl. Flecken, W., 1911, S. 1, zit. nach: Seifert, U., 2006, S. 9.

<sup>17</sup> Vgl. Seifert, U., 2006, S. 9.

umgewandelt. Nach der neuen Regelung war der Erwerb eigener Aktien im Rahmen des „regelmäßigen Geschäftsbetriebs“ nach wie vor verboten. Der Erwerb eigener Aktien „außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs“ wurde allerdings uneingeschränkt erlaubt. Die fehlende Definition, was als „regelmäßiger Geschäftsbetrieb“ anzusehen ist, erschuf jedoch einen Interpretationsspielraum hinsichtlich der Fragestellung, welche Sachverhalte erlaubt beziehungsweise verboten sind. Zudem sanktionierte das Gesetz die mit einem unrechtmäßigen Aktienrückkauf verbundenen Rechtsgeschäfte nicht mit Unwirksamkeit.<sup>18</sup> Infolgedessen wurde das gesetzliche Verbot zunehmend ignoriert und kurspflegerische Maßnahmen durch einen Erwerb eigener Aktien weitestgehend toleriert.<sup>19</sup> Trotz der vagen Formulierungen und fehlenden Bestimmungen, wurde die Regelung am 10. Mai 1887 nahezu unverändert als §226 ins Handelsgesetzbuch übernommen.<sup>20</sup>

Die vorangehend erläuterte Rechtsunsicherheit wurde vor allem in der Weltwirtschaftskrise ab 1929 ausgenutzt. Die eintretenden Kursverfälle versuchten die Unternehmen – insbesondere jedoch Banken – mit Aktienrückkäufen größeren Ausmaßes aufzuhalten. Teilweise kauften Gesellschaften über die Hälfte ihrer ausgegebenen Aktien wieder zurück.<sup>21</sup> Durch die großangelegten Rückkaufprogramme konnte der Kursverfall allerdings nicht aufgehalten werden. Der bilanzielle Wertansatz der teils enormen Bestände an eigenen Aktien musste infolge der weiteren Kursverfälle durch Abschreibungen korrigiert werden. Dies – und die ohnehin schwächelnde Geschäftstätigkeit – brachte die Unternehmen in eine erfolgswirtschaftliche Schieflage.<sup>22</sup> Daher kehrte der Gesetzgeber per Notverordnung vom 19. September 1931 zum grundsätzlichen Verbot des Aktienrückkaufs zurück. Die großangelegte Durchführung von Aktienrückkäufen war nach Auffassung vieler Experten maßgeblich für das Ausmaß der Wirtschaftskrise mitverantwortlich.<sup>23</sup>

Das neue Gesetz ließ dann nur noch drei Ausnahmetatbestände zu, bei deren Vorliegen bis zu 10% des Grundkapitals erworben werden durften. Diese Regelung wurde im Wesentlichen auch in das 1937 eingeführte deutsche Aktiengesetz und dessen Novelle 1965 übernommen.<sup>24</sup> Mit der Umsetzung der zweiten EG-Richtlinie von 1978 wurden die drei Ausnahmetatbestände von 1931 um vier weitere ergänzt.<sup>25</sup>

Die vorerst letzte, aber bedeutsamste Veränderung erfuhr der Aktienrückkauf in Deutschland mit Verabschiedung des KonTraG am 1. Mai 1998. Das grundsätzliche Erwerbsverbot nach §71 AktG blieb bestehen, wurde jedoch um einen achten Tatbestand erweitert. Dieser bildet die Rechtsgrundlage für einen Großteil der Aktienrückkäufe in Deutschland.<sup>26</sup>

Die aktuellen Gesetzesvorgaben nach dem KonTraG 1998 zur Regulierung von Aktienrückkäufen in Deutschland werden im folgenden Kapitel 2.3 systematisch erörtert.

## **2.3 Aktuelle Rechtslage**

### **2.3.1 Grundlegende Bestimmungen des AktG**

Im deutschen Aktienrecht gilt nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG ein generelles Verbot der Einlagenrückgewähr. Dies ist dem Grundsatz der Kapitalerhaltung geschuldet und soll verhindern, dass durch eine Einlagenrückgewähr das Grundkapital als Haftungsmasse für die

<sup>18</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 8.

<sup>19</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 13.

<sup>20</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 12.

<sup>21</sup> Vgl. SKOG, R., 1997, S. 314.

<sup>22</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 13.

<sup>23</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 8.

<sup>24</sup> Vgl. Terberger, E.; Wettberg, S., 2005, S. 8.

<sup>25</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 9.

<sup>26</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 9.

Gläubiger vermindert wird oder unter den Aktionären eine ungleiche verdeckte Gewinnausschüttung stattfindet. § 57 Abs. 1 Satz 2 AktG nimmt die Zahlung eines Rückerwerbspreis bei einem zulässigen Aktienrückkauf vom generellen Verbot der Einlagenrückgewähr aus. Satz 2 des § 57 Abs. 1 AktG nimmt damit Rückgriff auf § 71 Abs. 1 Nr. 1 - 8 AktG, welcher acht Ausnahmetatbestände nennt, die zulässige Aktienrückkäufe begründen.<sup>27</sup>

Entsprechend des § 71 Abs. 1 AktG darf eine Aktiengesellschaft eigene Aktien nur zurückkaufen,

- (1) um einen schweren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden (§71 Abs. Nr. 1 AktG),
- (2) um die erworbenen Aktien den Mitarbeitern der Gesellschaft anzubieten (§71 Abs. Nr. 2 AktG),
- (3) um Aktionäre bei Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsverträgen abzufinden (§71 Abs. Nr. 3 AktG),
- (4) bei einem unentgeltlichen Erwerb oder bei Ausführung einer Einkaufskommission durch ein Kreditinstitut (§71 Abs. Nr. 4 AktG),
- (5) durch Gesamtrechtsnachfolge (§71 Abs. Nr. 5 AktG),
- (6) auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals (§71 Abs. Nr. 6 AktG),
- (7) falls sie ein Kredit- oder Finanzinstitut bzw. ein Finanzunternehmen ist und vorsieht mit den eigenen Aktien auf Grundlage eines Hauptversammlungsbeschlusses zu handeln (§71 Abs. Nr. 7 AktG).

Nummer acht des § 71 Abs. 1 AktG wurde am 1. Mai 1998 im Rahmen des KonTraG zuletzt in das deutsche Aktiengesetz aufgenommen und sieht entgegen der Nummern eins bis sieben des Paragraphen keine Zweckvorgabe vor. Einzig der Handel in eigenen Aktien wird nach §71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 2 AktG als Zweck des Aktienrückkaufs ausgeschlossen. Vorausgesetzt wird nur, dass der Rückkauf auf Grundlage einer maximal fünf Jahre geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung basiert. Für die Ermächtigung ist nach § 133 Abs. 1 AktG lediglich ein mit einfacher Stimmenmehrheit der Hauptversammlung getroffener Beschluss ausreichend. Inhaltlich kommt dem § 71 AktG daher nicht mehr die Funktion eines Erwerbsverbots zu, da § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG prinzipiell keinen Ausnahmetatbestand begründet. Grundsätzlich kann eine Gesellschaft auf Grundlage einer Ermächtigung der Hauptversammlung jederzeit eigene Aktien zurückerwerben.<sup>28</sup> § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG bildet hinsichtlich seiner praktischen Relevanz heutzutage den Regelfall für den Erwerb eigener Aktien.<sup>29</sup>

Der Umfang von Aktienrückkäufen ist grundsätzlich auf 10% des Grundkapitals beschränkt<sup>30</sup> und auch der Bestand an eigenen Aktien darf nach § 71 Abs. 2 Satz 1 AktG zu keinem Zeitpunkt mehr als 10% des Grundkapitals betragen. Außerdem ist der Erwerb eigener Aktien nach § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG grundsätzlich nur mit frei verfügbaren Mitteln zulässig. Damit dürfen für Aktienrückkäufe nur Mittel verwendet werden, welche bspw. auch als Dividende ausgeschüttet werden könnten.<sup>31</sup>

Umgehungsgeschäfte, mit denen versucht würde, die Regelungen des § 71 AktG auszuhebeln, sind nach § 71a AktG nichtig. Analog dazu regelt § 71d AktG, dass der Erwerb eigener Aktien durch Dritte den relevanten Regelungen des § 71 Abs. 1 und 2 AktG unterliegen

<sup>27</sup> Vgl. Kramer, S., 2013, S. 140.

<sup>28</sup> Vgl. Lüken, C. P., 2011, S. 137.

<sup>29</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 16.

<sup>30</sup> Hierbei ist anzumerken, dass für Rückkäufe nach § 71 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 AktG keine Erwerbsgrenze gilt und für Rückkäufe nach § 71 Abs. 1 Nr. 7 AktG eine verminderte Erwerbsgrenze von 5%.

<sup>31</sup> Vgl. zu diesem Absatz Pellens, B.; Schremper, R., 2000, S. 135.

muss.<sup>32</sup> Demnach werden die Rückkäufe nach § 71d AktG auch in die Berechnung der Bestandsgrenze von 10% einbezogen.<sup>33</sup> Durch § 71b AktG wird sichergestellt, dass der Gesellschaft aus eigenen Aktien keine Mitgliedschaftsrechte – insbesondere keine Gewinnbeteiligung und keine Stimmrechte – zustehen. Hat die Gesellschaft beim Erwerb eigener Aktien gegen § 71 Abs. 1 oder 2 AktG verstoßen, müssen die Aktien gemäß § 71c Abs. 1 AktG innerhalb eines Jahres veräußert werden. Übersteigt der Bestand an zulässig erworbenen Aktien die Bestandsobergrenze von 10% des Grundkapitals, so fordert § 71c Abs. 2 AktG, dass der die Obergrenze übersteigende Anteil innerhalb von 3 Jahren veräußert wird. Werden die Fristen versäumt, so verpflichtet § 71 Abs. 3 AktG zur Einziehung der Aktien nach Maßgabe des § 237 AktG.<sup>34</sup>

### **2.3.2 Publizitätspflichten**

Ein Emittent von Wertpapieren muss Tatsachen mit einem erheblichen Kursbeeinflussungspotential unverzüglich veröffentlichen (sog. Ad-hoc-Publizität).<sup>35</sup> Die Bafin definiert die Ad-hoc-Publizitätspflicht wie folgt: „Marktteilnehmer, die Finanzinstrumente emittieren, müssen Insiderinformationen, die den Börsen- oder Marktpreis erheblich beeinflussen könnten, unverzüglich und vollständig an den Markt weitergeben. Diese Ad-hoc-Publizitätspflicht soll verhindern, dass andere Marktteilnehmer benachteiligt werden“.<sup>36</sup> Der Gesetzgeber sieht die Entscheidung des Vorstands, von der Hauptversammlung ermächtigt nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG Gebrauch zu machen und eigene Aktien zurückzukaufen als Ereignis mit einem solchen Kursbeeinflussungspotential an. Daher muss die Gesellschaft den Kapitalmarkt unverzüglich in einer Ad-hoc-Meldung über die Entscheidung informieren. In der Entscheidung des Vorstands, auf der nächsten Hauptversammlung eine Ermächtigung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG einzuholen oder dem entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung, sieht der Gesetzgeber hingegen keine Ereignisse, die den Ad-hoc-Offenlegungspflichten unterliegen.<sup>37</sup> Bis Juli 2016 wurde die Ad-hoc-Publizität durch § 15 WpHG geregelt. Seit Juli 2016 wurde die Richtlinie durch den Artikel 17 der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – MAR) ersetzt, welche in Bezug auf Aktienrückkäufe keine wesentlichen Veränderungen für deutsche Aktiengesellschaften mit sich gebracht hat.<sup>38</sup>

Zudem muss der Vorstand im Rahmen der nächsten Hauptversammlung nach einem Aktienrückkauf gemäß § 71 Abs. 3 Satz 1 AktG über den Umfang, die Erwerbsmethode sowie die Beweggründe ihrer Durchführung informieren. Im Anhang des Geschäftsberichtes muss nach § 160 Abs. 1 Nr. 2 AktG umfassend über den Bestand, den Zugang sowie die Veräußerung von eigenen Aktien berichtet werden.<sup>39</sup>

## **2.4 Bilanzielle Behandlung der Vorgänge eines Aktienrückkaufs**

### **2.4.1 Bilanzierung eigener Aktien**

Bis 2009 erfolgte die Bilanzierung eigener Aktien in der Regel durch eine Aktivierung als Vermögensgegenstand im Umlaufvermögen. Die Bilanzsumme erhöhte sich dabei um die Position „Eigene Anteile“. Auf der Passivseite wurde eine erfolgsneutrale Rücklage aus frei

<sup>32</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 11.

<sup>33</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 3.

<sup>34</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 4.

<sup>35</sup> Vgl. Lüken, C. P., 2011, 233f.

<sup>36</sup> BaFin, 2016.

<sup>37</sup> Vgl. Hackethal, A.; Zdantchouk, A., 2004, S. 5.

<sup>38</sup> Vgl. BaFin, 2016.

<sup>39</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 7.

verfügbaren Mitteln gebildet, die als Ausschüttungssperre zum Erhalt des Gläubigerschutzes fungierte.<sup>40</sup> Diese Form der Bilanzierung spiegelte den wirtschaftlichen Vorgang bei einem Rükckerwerb eigener Aktien allerdings nur bedingt wider. Die Tatsache, dass die Rechte der zurückerworbenen Aktien erlöschen und deshalb in der eigenen Bilanz faktisch wertlos sind, sprechen gegen eine Ansetzung als Vermögensgegenstand. Außerdem sind auf Vermögenswerte des Umlaufvermögens das strenge Niederstwertprinzip nach § 253 Abs. 4 Satz 1 HGB anzuwenden. So würde sich bspw. ein Kursverlust aufgrund einer Reduktion des Jahresüberschusses doppelt zu Buche schlagen, da die Abschreibungen auf den Bestand an eigenen Aktien den ohnehin schon gesunkenen Jahresüberschuss zusätzlich mindern.<sup>41</sup>

Aufgrund der beschriebenen Unzulänglichkeiten dieser Bilanzierungsmethode schrieb das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25. Mai 2009 vor, eigene Aktien ab 2010 nur noch als Korrekturposten zum Eigenkapital gemäß § 272 Abs. 1a HGB zu bilanzieren.<sup>42</sup> Dies gewährleistete eine Anpassung an internationale Bilanzierungspraktiken.<sup>43</sup> Ursprünglich wurde diese Bilanzierungsmöglichkeit 1998 mit dem KonTraG geschaffen und war für Aktien vorgesehen, die zur Einziehung zurückgekauft wurden.<sup>44</sup> Nach dieser Bilanzierungsvariante erfolgt entgegen der bisherigen Praxis eine Verkürzung der Bilanz, wodurch der Vorgang eines Aktienrückkaufs realistischer abgebildet wird, da es sich bei einem Erwerb eigener Anteile wirtschaftlich nicht um einen Anschaffungsvorgang, sondern um eine Kapitalherabsetzung handelt.<sup>45</sup>

Der Teil der eigenen Aktien, der auf das Grundkapital entfällt, ist in der Vorspalte offen als Korrekturposten zum Grundkapital abzusetzen.<sup>46</sup> Auf der Aktivseite wird der Kassenbestand in Höhe der Erwerbskosten verringert. Die Differenz zwischen den Erwerbskosten und dem Anteil am Grundkapital mindert die frei verfügbaren Gewinn- und Kapitalrücklagen. Anschaffungsnebenkosten werden als Aufwand der Periode in der Gewinn- und Verlustrechnung erfasst.<sup>47</sup> Da ein Rückkauf durch den Korrekturposten teilweise zu Lasten des Grundkapitals durchgeführt wird, würde dieser gegen die Vorschrift zur Rücklagenbildung nach § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG verstoßen. Um der Vorschrift gerecht zu werden, muss es zum Erwerbszeitpunkt möglich sein, eine fiktive Rücklage aus frei verfügbaren Mitteln in Höhe des Korrekturpostens zu bilden. Die Rücklage muss gemäß § 272 Abs. 1a HGB jedoch nicht (mehr) tatsächlich gebildet werden. Reichen die frei verfügbaren Mittel nicht aus, um § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG zu genügen, ist der fehlende Betrag erfolgswirksam zu bilanzieren.<sup>48</sup>

#### **2.4.2 Einziehung der eigenen Aktien**

Die Entscheidung, die Aktien gemäß § 237 AktG einzuziehen, trifft die Hauptversammlung bzw. im Falle einer bereits vorliegenden Ermächtigung der Vorstand. Der offen ausgewiesene Korrekturposten wird dann endgültig vom Grundkapital abgezogen. Damit das Grundkapital jedoch nicht ausgeschüttet wird, muss nach § 237 Abs. 5 AktG der Betrag, der vom

<sup>40</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 7.

<sup>41</sup> Vgl. Koch, R., 2006, 43f.

<sup>42</sup> Vgl. Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG, 65f.

<sup>43</sup> Sowohl die US-GAAP als auch die IFRS folgen dem gleichen Bilanzierungsgrundsatz. Daher wird auch auf eine Erläuterung verzichtet.

<sup>44</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 8.

<sup>45</sup> Vgl. Bundesministerium für Finanzen, 2013, S. 2.

<sup>46</sup> Vgl. § 272 1a Satz 1 HGB

<sup>47</sup> Für detaillierte und anschauliche Beispiele siehe Nekat, K., 2009, 16ff. und Schremper, R., 2001, 30ff.

<sup>48</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 9.

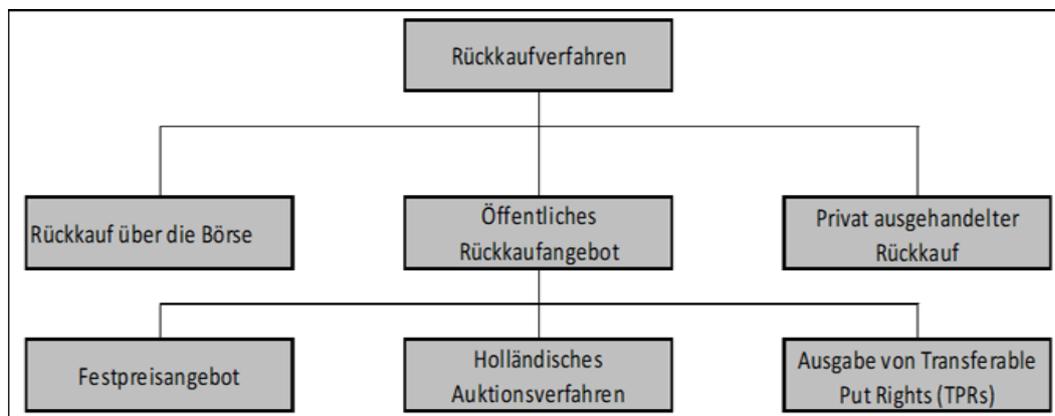
Grundkapital abgezogen wurde, in die ausschüttungsgesperrte Kapitalrücklage eingestellt werden.<sup>49</sup>

### 2.4.3 Wiederveräußerung der eigenen Aktien

Entscheidet sich die Gesellschaft, die eigenen Aktien gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 4 und 5 AktG wieder zu veräußern, muss die Ausgangssituation vor dem Rückkauf wieder hergestellt werden.<sup>50</sup> Dazu muss der Korrekturposten des Grundkapitals aufgelöst werden. Dieser Vorgang erhöht das Grundkapital indirekt und kommt daher bilanziell einer Kapitalerhöhung gleich. Die Differenz zwischen dem ursprünglichen Erwerbspreis und dem Nennwert fließen den verfügbaren Mitteln wieder erfolgsneutral zu. Ist der Aktienkurs seit dem Erwerb gestiegen, erhöht die Differenz aus Einkaufs- und Verkaufspreis die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Aufwendungen der Veräußerung werden – analog zu Anschaffungsnebenkosten – als Aufwand der Periode verbucht.<sup>51</sup>

### 2.5 Rückkaufverfahren

Ein Aktienrückkauf kann mittels verschiedener Verfahren durchgeführt werden. Der Gesetzgeber gibt keine Methode vor, sondern erwähnt in § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 4 lediglich den Rückkauf über die Börse als ein mögliches Verfahren. Abbildung 1 gibt einen systematischen Überblick über die Varianten, die zur Durchführung eines Aktienrückkaufs zur Verfügung stehen.



**Abbildung 1: Überblick über die möglichen Rückkaufverfahren**  
Quelle: in Anlehnung an Schremper, R., 2001, S. 37.

In den folgenden Abschnitten werden die unterschiedlichen Verfahren jeweils erörtert.

#### 2.5.1 Rückkauf über die Börse

Der Rückkauf eigener Anteile über die Börse (Open market repurchases) ist sowohl in den USA als auch in Deutschland die am meisten angewandte Methode.<sup>52</sup> Üblicherweise beauftragt die Gesellschaft eine Bank, die Aktien über den normalen, täglich stattfindenden Handel zurückzukaufen. Der Rückkauf über die Börse erfolgt in der Regel über einen längeren Zeitraum und in mehreren Schritten.<sup>53</sup> Die Vorteile liegen hierbei in der relativ langen Rückkaufperiode und der hohen Flexibilität beim Erwerb. Dies hat zur Folge, dass die Gesellschaft ihr Rückkaufvolumen schnell auf sich ändernde Marktgegebenheiten, wie zum

<sup>49</sup> Vgl. zu diesem Absatz Nekat, K., 2009, S. 19.

<sup>50</sup> Vgl. § 272 Abs. 1b HGB

<sup>51</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 10.

<sup>52</sup> Vgl. Nekat, K.; Nippel, P., 2006, S. 25.

<sup>53</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 51.

Beispiel Kursverändern nach oben (= Stopp des Rückkaufprogramms) oder unten (= günstigere Rückkaufgelegenheit) anpassen kann.<sup>54</sup> Ein weiterer Vorteil liegt in der kostengünstigen Abwicklung. Beim Rückkauf im Rahmen des Börsenhandels wird außerdem oft der Vorteil erwähnt, die Gesellschaft müsse lediglich den jeweiligen Börsenkurs ohne zusätzliche Prämie zahlen.<sup>55</sup> Dies ist jedoch nur bedingt richtig. Auf den Börsenkurs muss zwar keine Prämie gezahlt werden, im Börsenkurs ist jedoch immer dann schon eine Prämie enthalten, wenn der Aktienkurs infolge der Ankündigung des Rückkaufs gestiegen ist.<sup>56</sup>

Der Rückkauf über die Börse setzt im Regelfall eine gewisse Mindestliquidität der Aktien voraus, da die zusätzliche Aktiennachfrage durch das Unternehmen sonst zu einer (unter Umständen gewünschten) starken Kursreaktion führen könnte.<sup>57</sup>

### 2.5.2 Öffentliches Rückkaufangebot

Öffentliche Rückkaufangebote zeichnen sich dadurch aus, dass die Aktiengesellschaft allen Aktionären das Recht einräumt, innerhalb einer festgelegten Zeitspanne, zu einem festgelegten Preis oder innerhalb einer festgelegten Preisspanne, eine begrenzte Anzahl Aktien direkt an die Aktiengesellschaft zu veräußern.<sup>58</sup> Um den Aktionären einen Anreiz zu geben, ihre Anteile zu veräußern, sollte auf den aktuellen Börsenkurs eine Prämie gezahlt werden. Die Höhe der Prämie ist damit ein wichtiger Stellhebel für den Erfolg des Rückkaufs.<sup>59</sup> Weiterhin wichtig ist die Bindungswirkung für das Management der Aktiengesellschaft. Ein öffentliches Rückkaufangebot ist stets verpflichtend, sofern dessen Gültigkeit nicht an weitere Bedingungen (zum Beispiel Mindestannahmequoten) geknüpft ist. Aufgrund der hohen Verbindlichkeit des Angebots und der selbst wählbaren Prämie sind öffentliche Rückkaufangebote das geeignetste Verfahren, um einen Signaling-Effekt zu erzielen. Nachteile dieser Methode sind, dass Rückkaufangebote nach der Ankündigung keine Flexibilität für Anpassungen bieten und dass die Aktien in der Regel zu einem höheren Preis zurückgekauft werden.<sup>60</sup> Aufgrund der Charakteristik der öffentlichen Rückkaufangebote eignen sie sich insbesondere für den Erwerb großer Aktienpakete.<sup>61</sup> Dies wird durch entsprechende Studien belegt.<sup>62</sup>

Bei der Ausgestaltung des Verfahrens sind drei unterschiedliche Varianten zu differenzieren: Das Festpreisangebot, das holländische Auktionsverfahren sowie die Ausgabe übertragbarer Verkaufsrechte (Transferable Put Rights – TPRs).

#### 2.5.2.1 Festpreisverfahren

Beim Festpreisangebot legt das Management einen konkreten Preis fest, zu dem die Aktionäre der Gesellschaft innerhalb eines begrenzten Zeitfensters eine begrenzte Menge an Aktien andienen können. Wird die Prämie auf den aktuellen Börsenkurs zu hoch gewählt, kann es zu einer Überzeichnung des Angebots kommen. Die Zuteilung an die teilnehmenden Aktionäre erfolgt dann in der Regel „pro rata“ (=anteilig). Wird die Prämie dagegen zu gering gewählt, könnte das Angebot auf zu geringe Resonanz stoßen und das gewünschte Rückkaufvolumen nicht realisiert werden.<sup>63</sup>

<sup>54</sup> Vgl. Schädle, M., 2000, S. 21, zit. nach: Sendel-Müller, M., 2009, S. 51.

<sup>55</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 3.

<sup>56</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 119.

<sup>57</sup> Vgl. zu diesem Absatz Achleitner, A.-K., 2002, S. 340, zit. nach: Nekat, K., 2009, S. 118.

<sup>58</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 129.

<sup>59</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 52.

<sup>60</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 126.

<sup>61</sup> Vgl. Achleitner, Ann-Kristin / Wichels, Daniel, 1999, 706f, zit. nach: Nekat, K., 2009, S. 118.

<sup>62</sup> Vgl. Barclay, M. J., 1992, S. 408, zit. nach: Schremper, R., 2001, S. 40.; Dann, L. Y., 1981, S. 115, zit. nach: Schremper, R., 2001, S. 40; Eigene Datenerhebung; Medury, P. V.; Bowyer, L. E.; Srinivasan, V., 1992, S. 22.

<sup>63</sup> Vgl. Seifert, U., 2006, S. 39.

### 2.5.2.2 Holländisches Auktionsverfahren

Bei der holländischen Auktion (Dutch Auction) wird im Rahmen des öffentlichen Angebots kein Festpreis vergeben, sondern das gewünschte Rückkaufvolumen und eine Spanne für den Rücknahmepreis. Die untere Preisgrenze liegt häufig knapp über dem aktuellen Aktienkurs und die Preisobergrenze entspricht dem Preis, den das Unternehmen im Rahmen eines Festpreisverfahrens gewählt hätte. Jeder Aktionär kann der Gesellschaft innerhalb der Preisspanne ein Angebot unterbreiten, zu dem er eine bestimmte Anzahl seiner Aktien veräußern möchte. Da die Aktionäre nun selbst über den Preis innerhalb der Preisspanne entscheiden können, wird das Entscheidungsproblem hinsichtlich der Verkaufsprämie auf die Aktionäre abgewälzt.<sup>64</sup>

Auf Grundlage der eingegangenen Angebote ermittelt die zurückkaufende Gesellschaft den minimalen Preis, zu dem die zuvor angekündigte Anzahl an Aktien zurückgekauft werden kann. Aktionäre, die ihre Aktien unter dem ermittelten Preis angedient haben, erhalten den Zuschlag zum höheren Rücknahmepreis. Aktionäre, die mehr für ihre Aktien verlangt haben, nehmen nicht am Rückkauf teil. Aufgrund dessen werden Aktionäre ihren Preis in der Regel nicht zu hoch ansetzen, um eine Veräußerung ihrer Aktien wahrscheinlicher zu machen. Daraus ergibt sich für das Unternehmen der Vorteil, dass die Prämie niedriger ausfällt als beim Festpreisverfahren.<sup>65</sup>

### 2.5.2.3 Ausgabe übertragbarer Verkaufsrechte

Als letzte Form des öffentlichen Rückkaufs ist noch die Ausgabe übertragbarer Verkaufsrechte zu nennen. Bei dieser Form des Rückkaufs gibt die Gesellschaft an alle Aktionäre Verkaufsoptionen aus. Die Anzahl der Verkaufsrechte, die ein Aktionär erhält, richtet sich nach der Anzahl der von ihm gehaltenen Aktien. Wie bei den anderen zwei Varianten ist das Angebot zeitlich begrenzt. Entscheidet sich ein Aktionär gegen die Teilnahme am Rückkaufprogramm, kann er die ihm übertragenen Rechte an der Börse handeln und somit an andere Aktionäre verkaufen, die mehr Aktien veräußern möchten als es ihnen mit den zugeteilten Verkaufsoptionen möglich wäre.<sup>66</sup> Durch die Handelbarkeit der Verkaufsrechte können genau die Aktionäre zum Verkauf bewegt werden, die ihren Anteilen den niedrigsten Wert beimessen.<sup>67</sup>

### 2.5.3 Privat ausgehandelter Aktienrückkauf

Das letzte angewandte Verfahren zum Rückerwerb eigener Aktien ist der privat ausgehandelte Aktienrückkauf. Bei diesem tritt das Management typischerweise an einen Großaktionär oder an eine Gruppe von Aktionären heran, um eine größere Anzahl eigener Aktien zu erwerben. Die Konditionen und damit auch der Preis werden in individuellen Verhandlungen festgelegt. In der Regel wird den verkaufenden Aktionären auf diesem Wege eine nennenswerte Prämie auf den Börsenkurs gewährt.<sup>68</sup> Es existiert auch die Möglichkeit, dass ein solcher Rückkauf nicht von der zurückkaufenden Gesellschaft ausgeht, sondern von einem potenziellen Verkäufer. Dies ist jedoch eher eine Seltenheit. In Deutschland ist die Methode grundsätzlich zwar erlaubt, erscheint vor dem Hintergrund des Gleichberechtigungsgrundsatzes aller Aktionäre gemäß § 53a AktG jedoch problematisch. Dementsprechend genießt der privat ausgehandelte Aktienrückkauf in Deutschland kaum praktische

<sup>64</sup> Vgl. zu diesem Absatz Schremper, R., 2001, S. 42.

<sup>65</sup> Vgl. zu diesem Absatz Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 4.

<sup>66</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 5.

<sup>67</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 44.

<sup>68</sup> Vgl. Pertlwieser, M., 2006, S. 38.

Relevanz.<sup>69</sup> In den USA hingegen konnten *Peyer* und *Vermaelen* von 1984 – 2001 737 privat ausgehandelte Rückkäufe lokalisieren.<sup>70</sup>

## 2.6 Internationaler Vergleich am Beispiel Deutschland und USA

Da Aktienrückkäufe in Deutschland erst seit der Jahrtausendwende ohne Zweckvorgabe erlaubt sind, soll zum Abschluss dieses Kapitels noch ein Vergleich zu einem Land gezogen werden, in dem eine ausgeprägte Rückkaufkultur schon seit langer Zeit gängige Praxis ist. Prädestiniert dafür sind die USA, da Aktienrückkäufe dort das vorherrschende Ausschüttungsinstrument darstellen und Dividenden zunehmend an Bedeutung verlieren.<sup>71</sup>

Entgegen der Regelungen im deutschen Aktiengesetz ist der Erwerb eigener Anteile in den USA schon deutlich länger erlaubt und seit jeher als Finanzierungsinstrument anerkannt.<sup>72</sup> In den USA müssen Aktienrückkaufprogramme nicht von der Hauptversammlung genehmigt werden, sondern liegen ausschließlich im Ermessen des Vorstandes („board of directors“).<sup>73</sup> Es existiert weder ein gesetzlich vorgegebenes maximales Rückkaufvolumen noch eine Obergrenze für einen maximal zulässigen Bestand an eigenen Aktien.<sup>74</sup> Wie in der Einleitung erwähnt, wird die fehlende Regulierung jedoch zunehmend kritisiert.

Die abnehmende Bedeutung von Dividenden und die dementsprechend zunehmende Bedeutung von Aktienrückkäufen auf dem US-amerikanischen Markt, zeigt eine Studie für die Unternehmen aus dem S&P 1.500 (Der Index entspricht circa 90% der Marktkapitalisierung in den USA).<sup>75</sup> Demnach lag das Volumen von Aktienrückkäufen seit 1997 jedes Jahr über dem Volumen der Dividendenzahlungen. 2014 gaben die 1.500 größten Unternehmen der USA circa 600 Milliarden US-Dollar für Aktienrückkäufe aus, während das Dividendenvolumen lediglich bei 400 Mrd. US-Dollar lag.<sup>76</sup> Der Trend zu hoch voluminösen Aktienrückkäufen hat sich insbesondere in den letzten Jahren nochmal verstärkt. 2018 kauften die 3.000 größten börsennotierten US-Unternehmen für circa eine Billion US-Dollar eigene Aktien zurück. Allein die Unternehmen des S&P 500 steuerten 800 Milliarden US-Dollar bei.<sup>77</sup> In Deutschland hingegen ist die Dividende nach wie vor das beliebtere Verfahren zur Gewinnbeteiligung der Anteilseigner, auch wenn das Rückkaufvolumen in Deutschland seit dem KonTraG 1998 deutlich gestiegen ist.<sup>78</sup> So machte das Rückkaufvolumen in Deutschland in den Jahren 2007 und 2008 immerhin über 30% des Gesamtausschüttungsvolumen aus, ist aber weit davon entfernt gewesen, die Zahlung einer Dividende zu substituieren.<sup>79</sup> Und seit den schlechten Erfahrungen deutscher Unternehmen mit Aktienrückkäufen im Rahmen der Finanzkrise 2008/2009 hat sich der Trend zu steigendem Rückkaufvolumen umgekehrt. In den Jahren 2010 bis 2019 befand sich der Anteil der Rückkäufe am Gesamtausschüttungsvolumen im DAX, MDAX und SDAX immer in der Spanne von 8,66% bis 17,44%, ohne dass sich ein klar erkennbarer Trend hin zu einem steigenden Anteil der Aktienrückkäufe am Gesamtausschüttungsvolumen gebildet hat. Zudem wuchs das Volumen von Aktienrückkäufen und Dividenden in besagten Jahren mit 111% bzw. 115% in etwa gleichermaßen.<sup>80</sup>

<sup>69</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 54.

<sup>70</sup> Vgl. Peyer, U. C.; Vermaelen, T., 2005, zit. nach: Nekat, K., 2009.

<sup>71</sup> Vgl. Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, S. 173.

<sup>72</sup> Vgl. Kopp, H.J., 1996, S. 2, zit. nach: Seifert, U., 2006, S. 32

<sup>73</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 25.; Seifert, U., 2006, S. 32.

<sup>74</sup> Vgl. Hackethal, A.; Zdantchouk, A., 2004, S. 5.

<sup>75</sup> Vgl. Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, S. 173.

<sup>76</sup> Vgl. Zeng, L., 2016.

<sup>77</sup> Vgl. Sommer, U., 2019b.

<sup>78</sup> Vgl. Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, S. 173.; Eigene Erhebung.

<sup>79</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 13.

<sup>80</sup> Näheres dazu in Kapitel 5.

Die nationalen Unterschiede hinsichtlich der divergierenden Nutzung von Aktienrückkäufen und Dividenden konnten bislang nicht vollends erklärt werden. *Kühnberger* und *Richter* haben 2017 versucht, die Unterschiede anhand von regulatorischen Unterschieden zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht zu erklären. Außerdem wurde untersucht, ob für US-amerikanische Manager andere Anreize bestehen, Aktien zurückzukaufen, um so die unterschiedliche Entwicklung zu erklären. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass in den regulatorischen Unterschieden höchstwahrscheinlich nicht die Ursache für die divergierende Nutzung beider Ausschüttungsinstrumente liegt. Insbesondere nach den gesetzlichen Lockerungen des KonTraG stehen einer großflächigen Nutzung von Aktienrückkäufen in Deutschland keine rechtlichen Hürden mehr im Weg. Auch die steuerlichen Systeme beider Länder seien nicht so verschieden, als dass sie eine Erklärung für die Unterschiede sein können.<sup>81</sup>

Die Analyse der Erwerbsmotive von eigenen Aktien ergab, dass opportunistische Motive des Managements in den USA weiter verbreitet sind und eine Ursache dafür sein können, dass dort mehr Aktien zurückgekauft werden als Dividenden ausgeschüttet.<sup>82</sup> Hier ist insbesondere der Versuch von amerikanischen Managern, das eigene Einkommen aufzubessern, zu nennen. Sie profitieren dann von einem Aktienrückkauf, wenn ihre Gehälter an Werte geknüpft sind, auf die mit einem Aktienrückkauf Einfluss genommen werden kann. Insbesondere sind hiervon Finanzkennzahlen wie die EPS oder auch der Aktienkurs selbst betroffen.<sup>83</sup> Anscheinend besitzt dieses Vorgehen in den USA eine höhere Akzeptanz als in Deutschland. Das beschriebene Verhalten gibt jedoch wenig Anlass in Deutschland etwas zu ändern, sondern ist ein Hinweis auf Corporate-Governance-Mängel in den USA. Ansonsten ergaben sich aus der Analyse keine Hinweise darauf, dass eines der anderen Motive, welche Unternehmen dazu bewegen können, eigene Aktien zurückzukaufen, für die Unterschiede verantwortlich ist.<sup>84</sup> Das Phänomen der enorm unterschiedlichen Zahlungsformen in beiden Ländern kann damit nicht überzeugend erklärt werden.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Vgl. zu diesem Absatz Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, S. 178.

<sup>82</sup> Für diese These ergeben sich auch in Kapitel 3.10 Hinweise, wo neben zwei deutschen auch zwei US-amerikanische Befragungsstudien ausgewertet werden.

<sup>83</sup> Näheres dazu in Kapitel 3.2

<sup>84</sup> Auf die verschiedenen Erwerbsmotive wird im folgenden Kapitel 3 eingegangen

<sup>85</sup> Vgl. zu diesem Absatz Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, S. 178.

### 3 Motive für Aktienrückkäufe

Aktienrückkäufe werden grundsätzlich als positiv und im Interesse der Aktionäre handelnd gesehen. Die Motive, warum Aktiengesellschaften ihre vorher emittierten Anteilsscheine zurück erwerben, können vielfältig sein und sind oft nicht überschneidungsfrei.<sup>86</sup> So hat ein Aktienrückkauf zum Beispiel immer eine Änderung der Kapitalstruktur zur Folge, unabhängig vom auslösenden Motiv für den Aktienrückkauf.<sup>87</sup> Selbiges gilt für Aktienrückkäufe, die eine positive Kapitalmarktreaktion auslösen. Manche Rückkäufe werden gezielt aus diesem Grund durchgeführt und bei manchen ist dies wiederum nur ein positiver Nebeneffekt. In diesem Kapitel werden die verschiedenen, in der Literatur ausgiebig diskutierten, Erwerbsmotive erörtert. Zum Abschluss werden vier Befragungsstudien gegenübergestellt, um Hinweise auf die tatsächliche Relevanz der verschiedenen Motive zu erhalten.

#### 3.1 Steuerliche Vorteilhaftigkeit von Aktienrückkäufen gegenüber Dividenden

Nach dem Irrelevanztheorem von *Modigliani* und *Miller* aus dem Jahr 1961 ist es aus Sicht der Anteilseigner irrelevant, ob die Gesellschaft eine Dividende auszahlt oder einen Aktienrückkauf durchführt. Auch der Wert des Eigenkapitals würde sich bei beiden Ausschüttungsinstrumenten in gleicher Weise verändern. Dieser These liegen jedoch einige Annahmen zugrunde. Unter anderem darf bei einem Aktienrückkauf keine Prämie auf den Börsenkurs gezahlt werden und die Transaktionen müssen auf einem vollkommenen Kapitalmarkt getätigt werden.<sup>88</sup> In einem solchen Umfeld (insbesondere ohne Steuern und Transaktionskosten) würde eine hundertprozentige Aktionärsbeteiligung an einem Aktienrückkauf einer Dividendenausschüttung gleicher Höhe entsprechen.<sup>89</sup>

Die Realität ist jedoch von Marktunvollkommenheiten gekennzeichnet. Insbesondere der Existenz von Steuern ist es geschuldet, dass Aktienrückkäufe Vorteile gegenüber Dividenden haben können. Dies war insbesondere in der Vergangenheit der Fall. Sowohl in den USA als auch in Deutschland haben Aktienrückkäufe steuerliche Vorteile gegenüber Dividenden aufgewiesen. In beiden Ländern wurde die Besteuerung beider Ausschüttungsvarianten jedoch weitestgehend harmonisiert. In Deutschland erfolgte die Harmonisierung durch das Steuersenkungsgesetz aus dem Jahr 2000<sup>90,91</sup>, welches ab dem 01. Januar 2001 in Kraft getreten ist und insbesondere durch die Einführung der Abgeltungssteuer und des Wegfalls der Spekulationsfrist auf Aktien ab dem 01. Januar 2009.<sup>92</sup> *Podlech* untersuchte 2012, ob sich ein Aktienrückkauf auch nach Einführung der Abgeltungssteuer vorteilhaft für die Aktionäre auswirkt. In der Analyse konnte nach wie vor ein steuerlicher Vorteil nachgewiesen werden. Dieser basiert auf einer zinslosen Verlagerung von Steuerzahlungen auf den Liquidationszeitpunkt der Aktieninvestition - fällt jedoch wesentlich geringer aus als der steuerliche Vorteil vor der Harmonisierung.<sup>93</sup>

Nach der Dividendensubstitutionshypothese werden Dividenden aufgrund der steuerlichen Vorteilhaftigkeit von Aktienrückkäufen durch diese substituiert. Demnach ist der steuerliche Vorteil gegenüber Dividenden das führende Motiv für den Einsatz von Aktienrückkäufen und es wäre zu erwarten gewesen, dass das Rückkaufvolumen im Zuge der Harmonisierung der Besteuerung abnimmt. In der Realität sind solche Effekte jedoch weder in den

<sup>86</sup> Vgl. Bayer, W.; Hoffmann, T.; Weinmann, D., 2007, S. 460.

<sup>87</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 31.

<sup>88</sup> Vgl. Miller, M. H.; Modigliani, F., 1961.

<sup>89</sup> Vgl. Pellens, B.; Schremper, R., 2000, S. 60.

<sup>90</sup> Mit dem Steuersenkungsgesetz wurde unter anderem das Halbeinkünfteverfahren (heute Teileinkünfteverfahren) eingeführt

<sup>91</sup> Vgl. Steuersenkungsgesetz - StSenkG.

<sup>92</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, 45ff; Pellens, B.; Schremper, R., 2000, 60ff; Seifert, U., 2006, 93ff.

<sup>93</sup> Vgl. Podlech, N., 2012.

USA noch in Deutschland beobachtet worden. Zwar ist das Rückkaufvolumen in Deutschland 2009 stark gesunken, in der Literatur ist jedoch unbestritten, dass dies der Finanzkrise 2008/2009 und nicht der Einführung der Abgeltungssteuer geschuldet ist.<sup>94</sup> Daher wird die Dividendensubstitutionshypothese in der Literatur von zahlreichen Autoren verworfen.<sup>95</sup>

### 3.2 Beeinflussung von Unternehmenskennzahlen

Die Verbesserung von Finanzkennzahlen als Motiv wurde hinsichtlich der Rückkaufsituation auf dem US-amerikanischen Markt schon mehrfach erwähnt. Durch einen Aktienrückkauf verringert sich die Anzahl der im Umlauf befindlichen Aktien. Wie in Kapitel 2.3.1 erläutert, stehen der Gesellschaft aus den zurückgekauften Aktien zudem keine Rechte zu. Der Gewinn verteilt sich demnach auf weniger im Umlauf befindliche Aktien. Infolgedessen wird unter anderem der Gewinn je ausstehender Aktie (Earning per Share – EPS) ceteris paribus steigen.<sup>96</sup> Das Interesse an einer Steigerung der EPS seitens des Managements ist oftmals dann vorhanden, wenn die Managementvergütung an diese Kennzahl geknüpft ist. Aber auch wenn die Vergütung nicht an die EPS, sondern an den Aktienkurs geknüpft ist, besteht ein Interesse des Managements an einer Erhöhung der EPS. Der Kapitalmarkt hat typischerweise Erwartungen hinsichtlich der EPS. Ein Verfehlen dieser Erwartungen kann zu Kursverlusten führen wohingegen ein Übertreffen der Erwartungen den Kurs ankurbeln können. Somit kann das Management auch von guten EPS profitieren, wenn ihre Vergütung an den Aktienkurs und nicht an die EPS geknüpft ist. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass der Kapitalmarkt die „Manipulation“ der Kennzahlen durch Aktienrückkäufe antizipiert und diese dann nicht mit einer Kurssteigerung würdigt.<sup>97</sup>

### 3.3 Signalisierung einer Unterbewertung

Nach der Signalling-Hypothese liegt eine Informationsasymmetrie zwischen dem Management und dem Kapitalmarkt vor. Das Management verfügt über bessere Informationen hinsichtlich des tatsächlichen Unternehmenswerts und der Zukunftsaussichten des Unternehmens. Diese Insiderinformationen sind unter der Annahme einer mittelstrengen Informationseffizienz<sup>98</sup> des Kapitalmarkts nicht im Aktienkurs enthalten. Das Management kann unter diesen Umständen einen Aktienrückkauf ankündigen, um zu versuchen, den Kapitalmarkt auf die Unterbewertung der eigenen Aktien aufmerksam zu machen.<sup>99</sup> In der Regel fällt die Signalwirkung bei größeren Unternehmen geringer aus als bei kleineren, da Erstere häufiger und intensiver vom Kapitalmarkt analysiert werden, weshalb geringere Informationsasymmetrien auftreten.<sup>100</sup>

Der Erfolg einer Signalisierung und das Ausmaß der damit verbundenen Kursreaktion hängt auch maßgeblich von der Glaubwürdigkeit des Signals ab. Ein einfacher Hinweis des Managements auf die Unterbewertung des Unternehmens wäre wenig glaubwürdig, da ein solches Signal mit keinen Kosten für das Unternehmen verbunden ist. Der Kapitalmarkt antizipiert kostenlose Signale in der Regel als „cheap talk“ und reagiert nicht mit einer Prämie auf den Aktienkurs. Daher ist es wichtig, dass den Unternehmen Kosten entstehen, um eine glaubwürdige Signalwirkung zu erzielen. Ein Aktienrückkauf ist daher für eine Signalisierung gut geeignet, da er oft Kosten und Risiken wie die Verschlechterung der

<sup>94</sup> Vgl. Pickel, J.; Röder, K., 2015, S. 424.

<sup>95</sup> Vgl. Barclay, M. J.; Smith Jr., C. W., 1988; Dittmar, A. K., 2000; Laurie Simon Bagwell; Shoven, J. B., 1989.

<sup>96</sup> Vgl. Hackethal, A.; Zdantchouk, A., 2004, S. 5.

<sup>97</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, 53ff.

<sup>98</sup> Gemäß der mittelstrengen Informationseffizienzhypothese des Wirtschaftswissenschaftlers Eugene Fama spiegeln sich Insiderinformationen nicht im Aktienkurs wider, lediglich die historischen Daten und öffentlich zugängliche Informationen.

<sup>99</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 16.

<sup>100</sup> Vgl. Bayer, W.; Hoffmann, T.; Weinmann, D., 2007, 473f.

Bonität mit sich bringt.<sup>101</sup> Unternehmen, die bereit sind, die Kosten im Rahmen eines Aktienrückkaufs zu tragen, werden am Kapitalmarkt als glaubwürdig wahrgenommen und eine Signalisierung einer Unterbewertung kann daher gelingen. Unternehmen, welche nicht unterbewertet sind, werden aufgrund der mit dem Rückkauf einhergehenden Kosten daran gehindert, ein falsches Signal auszusenden.<sup>102</sup>

Die Signalstärke hängt zudem von der gewählten Rückkaufmethode ab. Vom öffentlichen Rückkaufangebot gehen stärkere Signale aus als vom Rückkauf über die Börse, da beim öffentlichen Rückkaufangebot eine selbst gewählte Prämie auf den Aktienkurs gezahlt wird und Sicherheit bezüglich der Anzahl der zurückgekauften Aktien besteht.<sup>103</sup>

### 3.4 Abbau Überschussliquidität

Durch hohe Liquiditätsbestände treten oftmals Agency-Konflikte auf. So wecken hohe Barbestände regelmäßig Begehrlichkeiten seitens der Mitarbeiter und des Managements. Denkbar sind beispielsweise überhöhte Lohnforderungen der Mitarbeiter aufgrund der angehäuften Liquidität. Außerdem kann es passieren, dass Budgetverantwortliche eine Ausweitung ihrer finanziellen Ressourcen fordern, obwohl keine rentablen Investitionsmöglichkeiten lokalisiert werden können. Dies kann zu einer ineffizienten Verwendung des Free Cashflow führen. Die Existenz hoher Barreserven kann auch dazu führen, dass der Kapitalmarkt nicht mehr zur Finanzierung in Anspruch genommen werden muss und daher der Monitoring-Effekt durch die Fremdkapitalgeber geringer ausfällt. Unter Umständen führt dies zu einer überdurchschnittlich stark gefestigten Position des Managements. Die Gefahr des „übermäßigen Konsum am Arbeitsplatz“ oder „Empire Building“ steigt infolgedessen an.<sup>104</sup>

Um diese Risiken und Agency-Konflikte zu minimieren, sollte die überschüssige Liquidität im Sinne des Shareholder Value-Konzeptes an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Im Regelfall schütten deutsche Unternehmen ihr Kapital über Dividenden an ihre Anteilseigner aus. Unternehmen haben jedoch großes Interesse an einer konstanten Dividende da diese ebenfalls eine Signalwirkung besitzt. In der Dividendenpolitik interpretiert der Kapitalmarkt steigende Dividenden stets als Signal für einen langfristigen Anstieg des Gewinns. Dies hat zunächst einen Anstieg des Aktienkurses zur Folge. Ist die Dividende jedoch aufgrund einer einmalig erwirtschafteten beziehungsweise angehäuften Überschussliquidität erhöht worden, führt die in der Folgeperiode notwendige Dividendenkürzung zu Kursverlusten. Ein sehr volatiler Aktienkurs ist in der Regel kein Zeichen für eine nachhaltige, risikoarme und solide Unternehmensentwicklung.<sup>105</sup> Um daher den Einmalcharakter zu signalisieren, sollte die Liquidität im Rahmen eines Aktienrückkaufs oder einer einmaligen Sonderdividende ausgeschüttet werden.<sup>106</sup> Beide Instrumente werden in Deutschland nicht als kontinuierliches Ausschüttungsinstrument angesehen und sind daher geeignet, um einmalig Liquidität auszuschütten ohne dem Kapitalmarkt eine dauerhafte Steigerung der Ertragskraft zu signalisieren.<sup>107</sup> Da jedoch ein Aktienrückkauf auch diverse Vorteile gegenüber einer Sonderdividende bietet, wird dieser der Sonderdividende zunehmend vorgezogen. So kann ein Aktienrückkauf gegenüber einer Sonderdividende attraktiver sein, weil sich durch die in Abschnitt 3.1 erwähnte zinslose Verlagerung von Steuerzahlungen steuerliche Vorteile für Aktionäre bieten können. Außerdem können zurückgekauft und noch im Bestand befindliche Aktien schnell und unkompliziert wieder veräußert werden. Dies ist hilfreich für einen

<sup>101</sup> Auf die Kosten und Risiken eines Aktienrückkaufs wird in Kapitel 4 eingegangen.

<sup>102</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 10; Nekat, K., 2009, S. 41.

<sup>103</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 9.

<sup>104</sup> Vgl. zu diesem Absatz Nekat, K., 2009, S. 51.

<sup>105</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 14.

<sup>106</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 60.

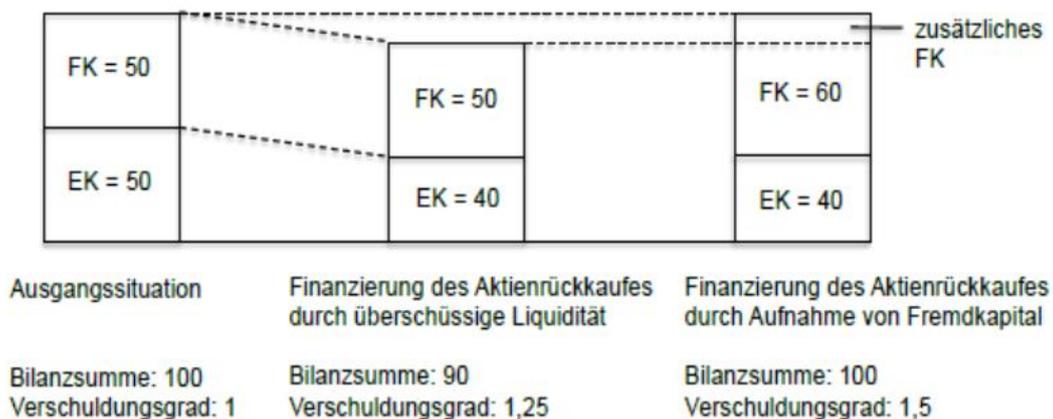
<sup>107</sup> Vgl. Prokot, A., 2006, S. 133.

unerwarteten, kurzfristigen Liquiditätsbedarf. Dividendenzahlungen hingegen werden irreversibel an den Markt ausgeschüttet.<sup>108</sup>

### 3.5 Kapitalstrukturgestaltung

Auch dieses Motiv nimmt Rückgriff auf die viel zitierten Arbeiten von *Modigliani* und *Miller*.<sup>109</sup> Nach diesen ist die Finanzierungsform unter der Annahme eines vollkommenen Kapitalmarkts irrelevant für den Marktwert einer Unternehmung. Auch hier sind es insbesondere Steuern als Marktunvollkommenheit, weswegen die Irrelevanz an Gültigkeit verliert. Die Fremdkapitalzinsen sind ertragssteuerlich abzugsfähig und können die Steuerlast eines Unternehmens dadurch verringern, dass die Gesellschaft einen Teil ihres Eigenkapitals durch Fremdkapital substituiert. Der gesamte Zahlungsstrom des Unternehmens bleibt davon zwar unbeeinflusst, der Anteil des Zahlungsstroms, der dem Staat in Form von Steuern zufließt, wird jedoch reduziert, wodurch mehr Mittel übrig bleiben, die an die Eigen- und Fremdkapitalgeber fließen können. Der Marktwert der Gesellschaft (Gesamtposition aus Eigen- und Fremdkapital) steigt infolgedessen um den Marktwert der Zahlungen, die statt dem Staat den Kapitalgebern zugutekommen. Dieser Betrag wird auch Tax Shield oder fremdfinanzierungsbedingter Steuervorteil genannt. Bei der Optimierung der Kapitalstruktur sollte diejenige Kapitalstruktur gewählt werden, die es ermöglicht, den Unternehmenswert zu maximieren.<sup>110</sup>

Ein Mittel, um die Kapitalstruktur hinsichtlich der oben beschriebenen Wertmaximierung zu verändern, ist der Aktienrückkauf. Bei einem Aktienrückkauf wird das Eigenkapital reduziert, wodurch ceteris paribus der Verschuldungsgrad erhöht wird. Dieser Effekt kann noch verstärkt werden, wenn der Aktienrückkauf durch Aufnahme von Fremdkapital finanziert wird. Solche Transaktionen werden Leveraged Buyback genannt. Besonders reizvoll ist die Inanspruchnahme des Leverage-Effektes in Niedrigzinsphasen.<sup>111</sup> Im folgenden Schaubild werden beide Varianten veranschaulicht. Der Verschuldungsgrad steigt bei einem Aktienrückkauf in Höhe von 10GE von 1 auf entweder 1,25 oder 1,5.



**Abbildung 2: Veränderungen der Kapitalstruktur in Abhängigkeit der Finanzierung eines Aktienrückkaufs**

Quelle: Kopp, H. J., 1996, S. 50.

<sup>108</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 14.

<sup>109</sup> Vgl. Modigliani, F.; Miller, M. H., 1958.

<sup>110</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, 42ff.

<sup>111</sup> Vgl. Kellerhals, P.; Rausch, E., 2000, S. 223.

Durch die Minderung des Eigenkapitals wird zudem die Eigenkapitalrentabilität erhöht. Das Ausmaß der Veränderung der Eigenkapitalrentabilität kann mit der folgenden Formel berechnet werden:

$$r_{EK} = r_{GK} + [r_{GK} - i * (1 - t)] * \frac{FK}{EK}$$

Allgemein ist dieser Effekt als Leverage-Effekt bekannt. Ein Aktienrückkauf führt demnach zu einer Steigerung der Eigenkapitalrendite  $r_{EK}$ , solange die Gesamtkapitalrendite  $r_{GK}$  höher als der Fremdkapitalzins unter Berücksichtigung der steuerlichen Abzugsfähigkeit  $[i * (1 - t)]$  ist.<sup>112</sup>

Ein Leveraged Buyback sollte jedoch nur mit Bedacht getätigt werden, da diese Transaktion auch mit Risiken verbunden ist. Die Steigerung des Verschuldungsgrad kann sich zum Beispiel negativ auf das Unternehmensrating auswirken. Damit können sich die Zinskonditionen zukünftiger Fremdkapitalaufnahmen verschlechtern. Darüber hinaus besteht bei zunehmender Verschuldung die Gefahr, dass die Fremdkapitalgeber zu viel Einfluss auf die Unternehmenspolitik nehmen können. Dieser Einfluss wird insbesondere dann ausgenutzt, wenn die Fremdkapitalgeber der Ansicht sind, dass der Verschuldungsgrad zu hoch ist und sie zur eigenen Risikominimierung steuernd eingreifen müssen. Des Weiteren besteht das Risiko, dass die Gesamtkapitalrentabilität in Folge einer Gewinnminderung oder einer Zinserhöhung unter den Fremdkapitalzinssatz fällt. Dann würde ein solcher Aktienrückkauf zu einer Verringerung der Eigenkapitalrentabilität führen, weil das aufgenommene Fremdkapital im Verhältnis zur Gesamtkapitalrentabilität zu teuer wird. Aufgrund des Hebeleffekts durch die Verschuldung würde dieser Effekt umso stärker ausfallen, desto höher der Verschuldungsgrad ist.<sup>113</sup>

### 3.6 Einflussnahme auf die Aktionärsstruktur

Durch den Rückerwerb eigener Aktien kann eine Gesellschaft außerdem Einfluss auf ihre Aktionärsstruktur nehmen. Die Ziele, die damit verfolgt werden können, sind sehr vielfältig. Zum einen kann eine Kostenersparnis des Investor-Relation Bereichs angestrebt werden. Dies kann erreicht werden, indem die Anzahl der Kleinaktionäre verringert wird. Als exemplarische Beispiele für Kosten, die dadurch gesenkt werden, lassen sich die geringere Zahl der Hauptversammlungsteilnehmer oder die Verringerung der Anzahl der Geschäftsberichte, die gedruckt und versandt werden müssen, nennen. Die erzielbaren Kostensenkungspotentiale sind jedoch begrenzt und fallen bei hinreichend großen Aktiengesellschaften höchstwahrscheinlich nicht sonderlich ins Gewicht. Damit dürfte das Kostensenkungsmotiv für viele Gesellschaften eine eher untergeordnete Rolle spielen.<sup>114</sup>

Ferner kann versucht werden, einzelne Aktionärsgruppen in ihren Stimmrechten zu beschränken, da sie zu großen Einfluss auf die Unternehmenspolitik ausüben können und als schädlich für die Entwicklung des Unternehmens angesehen werden. In der Regel sind das nicht kritische Kleinaktionäre, sondern vor allem große Fonds-Gesellschaften, die über Aktienpakete Einfluss auf das Management nehmen.<sup>115</sup> Mit Aktienrückkäufen kann in solchen Fällen versucht werden, sich von unliebsamen Aktionären zu befreien oder zumindest ihren

<sup>112</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 15.

<sup>113</sup> Vgl. zu diesem Absatz Sendel-Müller, M., 2009, S. 64.

<sup>114</sup> Vgl. zu diesem Absatz Nekat, K., 2009, S. 63; Schremper, R., 2001, S. 109.

<sup>115</sup> Prominentes Beispiel für einen solchen Fall ist die Deutsche Börse AG. Hedgefonds versuchten den damaligen Vorstandsvorsitzenden Seifert und Aufsichtsratsvorsitzenden Breuer mit Erfolg aus dem Amt zu drängen, da sie ihnen eine gescheiterte Geschäftsstrategie vorwarfen.

Stimmrechtsanteil zu senken. Voraussetzung für eine Veränderung der Stimmrechtsverteilung ist, dass nicht alle Aktionäre pro rata am Rückkauf teilnehmen.<sup>116</sup> Eine solche Vorgehensweise ist jedoch unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatz aller Aktionäre nach § 53a AktG in Deutschland äußerst kritisch zu betrachten.

### 3.7 Maßnahme gegen Übernahmeversuche

Auch dieses Motiv zielt auf die Veränderung der Aktionärsstruktur ab. Durch Aktienrückkäufe kann versucht werden, feindliche Übernahmen zu verhindern. Feindliche Übernahmen sind solche, die dem Interesse des Managements widersprechen und folglich nur mit Widerstand durchgeführt werden.<sup>117</sup> Als Verteidigungsinstrument kann ein Aktienrückkauf sowohl präventiv als auch bei Vorliegen eines konkreten Übernahmeangebots eingesetzt werden.<sup>118</sup>

Als Präventivmaßnahme wirkt ein Aktienrückkauf einer Übernahme zunächst durch den Abbau von Liquidität entgegen. Durch den geringeren Liquiditätsbestand wird eine „Bootstrap Acquisition“ verhindert, nach der das akquirierende Unternehmen die Absicht verfolgt, die Übernahme durch die in der Unternehmung befindlichen liquiden Mittel zu finanzieren.<sup>119</sup> Außerdem kann eine Ausschüttung in Form eines Aktienrückkaufs wie bereits erläutert zu einer Steigerung des Aktienkurses führen und damit den Preis für einen potenziellen Übernehmer erhöhen. Dies ist jedoch nur bedingt richtig, da durch den Aktienrückkauf weniger Aktien im Umlauf sind, so dass das akquirierende Unternehmen weniger Aktien erwerben muss, um eine Stimmrechtsmehrheit bei der Gesellschaft zu erreichen. Dass der steigende Preis damit einer Unternehmensübernahme entgegenwirkt, lässt sich durch den gegenläufigen Mengeneffekt nicht pauschal sagen.<sup>120</sup> Der Mengeneffekt kann jedoch umgangen werden, wenn man die zurückgekauften Aktien unter Ausschluss des Bezugsrecht nach §186 Abs. 1 bis 3 AktG an „managementloyale“ Aktionäre veräußert.<sup>121</sup>

Im Falle eines konkret vorliegenden Übernahmeversuchs kann das Management versuchen, Aktienpakete im Rahmen eines privat ausgehandelten Aktienrückkaufs von Großaktionären zu erwerben, wenn das Management vermutet, dass die Großaktionäre ihre Aktien ansonsten dem Akquirierenden veräußern. Die Effektivität dieser Verteidigungsmaßnahme ist in Deutschland durch die Erwerbsgrenze von 10% des Grundkapitals allerdings beschränkt.<sup>122</sup>

### 3.8 Bedienung von Aktienoptionen, Belegschaftsaktien und Wandelschuldverschreibungen

Aktienrückkäufe können auch ein effizientes Mittel sein, um den Lieferverpflichtungen eigener Aktien aus ausgeübten Aktienoptionen und der Ausgabe von Belegschaftsaktien nachzukommen. Zum einen verursachen sie zumeist niedrigere Durchführungskosten als Kapitalerhöhungen mit Ausgabe neuer Aktien. Außerdem verursacht die Ausgabe neuer Aktien an die Belegschaft eine Verwässerung des Vermögens der Altaktionäre, eine Verwässerung von Unternehmenskennzahlen sowie eine Verwässerung der Stimmrechtsverteilung. Durch den Rückerwerb der Aktien kann dieser Effekt vermieden werden.<sup>123</sup> In diesem Zusammenhang ist zudem noch die Beschaffung eigener Aktien für die Bedienung von Wandelschuldverschreibungen zu nennen. Dies findet in der Literatur wenig Beachtung als

<sup>116</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, S. 68.

<sup>117</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 20.

<sup>118</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, S. 103.

<sup>119</sup> Vgl. Pertlwieser, M., 2006, S. 146.

<sup>120</sup> Vgl. Klug, M., 2001, 133ff.

<sup>121</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, 63ff.

<sup>122</sup> Vgl. Hackethal, A.; Zdantchouk, A., 2004, 5f.

<sup>123</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 7; Nekat, K., 2009, S. 62.

Motiv für einen Rückkauf, wurde in der vorliegenden Untersuchung jedoch vermehrt als Verwendungszweck der zurückgekauften Aktien genannt.<sup>124</sup>

Interessant ist, dass zahlreiche Aktienrückkäufe, welche ausschließlich dem Zweck der Mitarbeiterbeteiligung dienen, auf der Grundlage des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG durchgeführt werden, obwohl dies nach § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG schon vor dem KonTraG möglich war und keiner Ermächtigung der Hauptversammlung bedarf. Der Grund dafür ist wahrscheinlich, dass die meisten Gesellschaften ohnehin eine „Vorratsermächtigung“ haben und die nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG erworbenen Aktien nicht zweckgebunden sind. Somit könnten sie auch in anderer Weise verwendet werden. Insgesamt ist außerdem festzustellen, dass das Volumen von Aktienrückkäufen, die speziell zur Bedienung von Vergütungsprogrammen durchgeführt werden, äußerst gering ausfällt und diese daher auch für die spätere Untersuchung der abnormalen Renditen vernachlässigt werden können.<sup>125</sup>

### 3.9 Akquisitionswährung

Eine Unternehmensübernahme kann neben Bargeld auch mit eigenen Aktien bezahlt werden. Vor 2005 war dies reizvoll, da die Interessenzusammenführungsmethode (Pooling-of-Interests-Methode) nach § 302 HGB beziehungsweise IAS 22 als Kapitalkonsolidierungsmethode angewandt werden durfte. Dadurch konnte die Entstehung eines Goodwills und des damit verbundenen wahrscheinlichen Abschreibungsaufwand vermieden werden. Mit der Bilanzierungspflicht nach IAS ab 2005 für alle börsennotierten Europäischen Gesellschaften und die Ablösung von IAS 22 durch IFRS 3 ist diese Konsolidierungsmethode jedoch nicht mehr zulässig.<sup>126</sup>

Heutzutage liegt der Anreiz, Unternehmensakquisitionen mit eigenen Aktien zu bezahlen darin begründet, dass die Gesellschaft die eigenen Aktien zu einem niedrigen Kurs erwerben kann, sofern das Management der Ansicht ist, dass der Aktienkurs derzeit nicht seinem fundamentalen Wert entspricht und in Zukunft steigen wird. Die Bezahlung der Transaktion nach der erwarteten Kurssteigerung kann sich dann finanziell für das akquirierende Unternehmen lohnen.<sup>127</sup> Dies ist jedoch mit Risiken verbunden, da der Aktienkurs - entgegen der Erwartungen des Managements - auch sinken kann. Beahlt das Unternehmen dann trotzdem mit den Aktien, erhöht sich der Aufwand für die Akquisition insofern, als dass die Summe der Kursverluste der zurückgekauften Aktien seit dem Erwerbszeitpunkt zusätzlich in Bar erfolgen muss.

Grundsätzlich sind die Möglichkeiten in Deutschland, eigene Aktien als Akquisitionswährung zu verwenden, hinsichtlich der Erwerbsgrenze von 10% des Grundkapitals beschränkt.<sup>128</sup>

### 3.10 Bisherige Literatur zu Erwerbsmotiven

Die erläuterten Rückkaufmotive besitzen in der Wahrnehmung verschiedener Managementabteilungen eine unterschiedliche Relevanz. Daher wurden der Frage nach der Relevanz der verschiedenen Motive bereits einige Befragungsstudien gewidmet. In der folgenden Abbildung werden jeweils zwei Studien für den US-amerikanischen und zwei Studien für den deutschen Markt gegenübergestellt.

<sup>124</sup> Vgl. Abschnitt 5.2.1

<sup>125</sup> Vgl. zu diesem Absatz Sendel-Müller, M., 2009, S. 69.

<sup>126</sup> Vgl. zu diesem Absatz Schremper, R., 2001, S. 117; Nekat, K., 2009, 60f.

<sup>127</sup> Vgl. Schremper, R., 2001, 116f.

<sup>128</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, S. 61.

Rückkaufmotiv	<i>Brav et al.</i>	<i>Baker et al.</i>	<i>Pellens/Schremper</i>	<i>Bösch/Ude</i>
Ausnutzung einer Unterbewertung	Wichtig	Sehr wichtig	Wichtig	---
Erwerb als Akquisitionswährung	Wichtig	Unwichtig	---	Sehr wichtig
Signalisierung einer Unterbewertung	Weniger wichtig	Weniger wichtig	Wichtig	Sehr wichtig
Vergütungsprogramme	Wichtig	Weniger wichtig	Weniger wichtig	---
Kapitalstrukturgestaltung	Neutral	Weniger wichtig	Weniger wichtig	Wichtig
Steuervorteil ggü. Dividenden	Neutral	Weniger wichtig	Neutral	---
Liquiditätsabbau	Weniger wichtig	Wichtig	Weniger wichtig	Sehr wichtig
Einflussnahme auf Aktionärsstruktur zur Kostensenkung	---	Unwichtig	Unwichtig	Unwichtig
Abwehr feindlicher Übernahmen	Weniger wichtig	Unwichtig	Unwichtig	Neutral
Steigerung der EPS	Wichtig	Sehr wichtig	---	Neutral
Einflussnahme auf Aktionärsstruktur	---	Unwichtig	---	---

**Tabelle 1: Gegenüberstellung von vier Befragungsstudien<sup>129</sup>**  
**Quelle: in Anlehnung an Nekat, K., 2009, S. 67.**

*Brav et al.* befragten 167 Finanzvorstände von US-amerikanischen Unternehmen, welche allesamt Aktienrückkäufe durchführten, nach den Motiven für diese Entscheidung. *Baker et al.* haben 642 US-amerikanische Unternehmen, welche im Zeitraum von 1998 bis 1999 eigene Aktien zurückgekauft haben, hinsichtlich ihrer Motive befragt. Auf dem deutschen Markt führten *Pellens/Schremper* kurz nach Einführung des KonTraG bei 52 Unternehmen, welche sich eine Hauptversammlungsermächtigung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG erteilen ließen, eine Befragungsstudie durch. In einer weiteren Studie für den deutschen Markt befragten *Bösch/Ude* 58 Finanzvorstände hinsichtlich der Relevanz einzelner Motive für den Rückerwerb eigener Aktien. Die Unternehmen wurden wie bei *Pellens/Schremper* anhand einer erteilten Hauptversammlungsermächtigung ausgewählt.

Die Ausnutzung einer Unterbewertung wird bei den drei Studien, die nach diesem Motiv fragten, als wichtig eingestuft. Weiterhin werden die Abwehr feindlicher Übernahmen, die Kostensenkung durch Veränderung der Aktionärsstruktur und die Steuervorteile von Aktienrückkäufen gegenüber Dividenden einheitlich als zumindest eher unwichtig angesehen. Bei der Signalisierung einer Unterbewertung ist ein nationaler Unterschied zu erkennen. Die beiden amerikanischen Studien stufen dieses Motiv als nicht wichtig ein, wohingegen beide deutsche Studien zu dem Ergebnis kommen, dass dies ein wichtiges Erwerbsmotiv darstellt. Ebenfalls auffällig ist, dass beide amerikanischen Studien zu dem Entschluss kommen, dass die Verbesserung der EPS ein wichtiges Motiv ist. Bei den deutschen Studien fragen *Pellens/Schremper* nicht nach diesem Motiv und *Bösch/Ude* kommen zu dem Ergebnis, dass dieses Motiv als neutral einzustufen ist. Dieser nationale Unterschied könnte für die in Abschnitt 2.4 erwähnten opportunistischen Erwerbsmotive von amerikanischen Managementabteilungen sprechen. Diese könnten – sofern ihr Einkommen an die EPS geknüpft ist – eine Erhöhung der EPS anstreben, um ihr Einkommen zu verbessern. Über die Relevanz der übrigen Motive herrscht ansonsten Uneinigkeit. Die Studien stufen die Erwerbsmotive unterschiedlich ein und es sind auch keine Auffälligkeiten mehr hinsichtlich nationaler Unterschiede erkennbar.

<sup>129</sup> Vgl. Baker, H. K.; Powell, G. E.; Veit, E. T., 2003; Bösch, M.; Ude, E., 2014; Brav, A. et al., 2005.; Pellens, B.; Schremper, R., 2000.

## 4 Gefahren von Aktienrückkäufen

Im vorherigen Kapitel wurden die Motive für Aktienrückkäufe dargestellt. An einigen Stellen erfolgte jedoch schon der Hinweis, dass Aktienrückkäufe auch mit Risiken für die Aktionäre, die Gläubiger, die Unternehmung und den Kapitalmarkt verbunden sind. Diese Gefahren können eine Gesellschaft dazu veranlassen, einen Aktienrückkauf zu unterlassen. Daher sollen die wesentlichen Risiken und Gefahren eines Aktienrückkaufs im Folgenden erläutert werden. Analog zu den Motiven von Aktienrückkäufen ist auch bei den Gefahren anzumerken, dass diese nicht überschneidungsfrei sind und ein Aktienrückkauf beispielsweise immer eine Minderung des Eigenkapitals zur Folge hat, unabhängig von der auslösenden Gefahr zur Unterlassung des Rückkaufs. Des Weiteren sind die Gefahren auch nicht isoliert für eine der aufgeführten Parteien zu betrachten. So führt beispielsweise ein Risiko für die Gesellschaft auch zwangsläufig zu einem Risiko für die Aktionäre, die der Gesellschaft ihr Kapital überlassen haben.

### 4.1 Gefahren für Aktionäre

Nach § 53a AktG besteht für deutsche Aktiengesellschaften der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre. Dieser Grundsatz wird bei Aktienrückkäufen verletzt, wenn im Rahmen eines privat ausgehandelten Rückkaufs ein Aktienpaket von einem Großaktionär zurückgekauft wird. Das Ausmaß der Ungleichbehandlung richtet sich dann maßgeblich auch nach der Höhe der Prämie, die dem Großaktionär auf den aktuellen Börsenkurs gezahlt wird, da die Aktionäre durch die Prämie eine Verwässerung ihres Vermögens erleiden. Der Grund dafür ist, dass das Vermögen des Unternehmens durch die Prämie um einen höheren Betrag sinkt, als sich die Anzahl der Aktien verringert.<sup>130</sup>

Auch das „Auskaufen“ einzelner konträrer Aktionäre, um bei der Hauptversammlung ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, kann eine Gefahr für die Aktionäre darstellen. Die Hauptversammlung – also die Gesamtheit aller Aktionäre – hat die primäre Aufgabe den Vorstand zu kontrollieren. Die Stimmrechtsverhältnisse der Hauptversammlung sind das Ergebnis der individuellen Investitionsentscheidungen der Kapitalmarktteilnehmer.<sup>131</sup> Das Eingreifen des Vorstands in die Machtverhältnisse der Hauptversammlung ist daher kritisch zu betrachten.

### 4.2 Gefahren für die Gläubiger

Wie in Kapitel 2.3.1 erläutert, gilt zum Schutz der Gläubiger gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG ein Verbot der Einlagenrückgewähr. Das Verbot wird bei einem Aktienrückkauf insofern gewahrt, als das ein nach § 57 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 71 AktG zulässiger Aktienrückkauf nur aus frei verfügbaren Mitteln getätigt werden darf. Mehrfach wurde jedoch schon aufgezeigt, dass durch Aktienrückkäufe das Eigenkapital gemindert wird. Somit stellt ein Rückerwerb eigener Aktien für die Gläubiger des zurückkaufenden Unternehmens trotzdem ein Risiko dar, da mit der Reduktion des Eigenkapitals die Haftungsmasse verringert wird. Fremdkapitalgeber, die das Rückkaufverhalten einer Gesellschaft antizipieren, schätzen deren Bonität oftmals schlechter ein und werden daher eine höhere Risikoprämie fordern oder gewähren der Gesellschaft keine weiteren Kredite.<sup>132</sup> Dies könnte zu einer Unterinvestition führen wie sie im nachfolgenden Abschnitt beschrieben wird.

<sup>130</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 27.

<sup>131</sup> Vgl. Kitanoff, A., 2009, S. 150, zit. nach: Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 26.

<sup>132</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bösch, M.; Ude, E., 2014, 23f.

### 4.3 Gefahren für die Gesellschaft

Auch die zurückkaufende Gesellschaft sieht sich bei Aktienrückkäufen Risiken gegenübergestellt. Ein Risiko kann der Abfluss von liquiden Mittel und die eingeschränkte Fremdfinanzierungsmöglichkeit infolge des geminderten Eigenkapitals sein. Dies kann zu einer Situation der Unterinvestition führen, wenn rentable Investitionsprojekte nicht durchgeführt werden können, weil nicht genügend liquide Mittel zur Verfügung stehen und auch kein Fremdkapital mehr beschafft werden kann. Dieses Problem kann unter Umständen noch weiter verschärft werden, wenn die Vergütung des Managements an Finanzkennzahlen geknüpft ist, welche mit Aktienrückkäufen verbessert werden können.<sup>133</sup> Daraus ergibt sich für das Management der Anreiz einer übermäßigen Ausschüttung wodurch die Fremdfinanzierungsmöglichkeit noch weiter beschränkt wird und noch weniger liquide Mittel für Investitionen verbleiben. Prinzipiell liegt somit auch hier ein Agency-Konflikt vor. Das Management versucht das eigene Einkommen zu verbessern und mindert dadurch die Rendite der Aktionäre durch zu geringes oder ausbleibendes Wachstum der Gesellschaft, bedingt durch eine Unterinvestition.<sup>134</sup>

Weiterhin kann sich ein Aktienrückkauf durch die Reduktion des Gewichts in einem Aktienindex negativ auswirken. Die Indexberechnung folgt zumeist über die Marktkapitalisierung der Aktien, die sich im Streubesitz (Free Float) befinden. Findet der Rückkauf nicht ausschließlich von Großaktionären statt, sinkt die Anzahl der Aktien, die sich im Streubesitz befinden wodurch die Indexgewichtung abnimmt. Diesem Mengeneffekt steht jedoch die positive Kursreaktion eines Aktienrückkaufs entgegen, wodurch die Marktkapitalisierung wiederum steigert. Welcher der beiden Effekte überwiegt, hängt maßgeblich vom prozentualen Anteil der im Streubesitz befindlichen Aktien ab.<sup>135</sup> Je kleiner der Anteil des Streubesitzes ist, desto höher muss die Steigerung des Aktienkurses sein, um den Mengeneffekt auszugleichen. Folglich kann grundsätzlich gesagt werden, dass ein Aktienrückkauf bei Unternehmen mit geringem Free Float tendenziell zu einer Verschlechterung der Indexbewertung führt. Die Verschlechterung der Indexbewertung kann dann eine Gefahr darstellen, wenn passive Aktienfonds (Exchange Traded Funds – ETF), die den Index nachbilden, die Aktien veräußern müssen, um die Gewichtung im Index korrekt nachzubilden. Der Verkaufsdruck könnte zu einer negativen Kursreaktion führen, die unter Umständen größer ist als die positive Kursreaktion durch den Aktienrückkauf.<sup>136</sup>

Außerdem sendet ein Aktienrückkauf nicht ausschließlich positive Signale aus. So könnte der Kapitalmarkt einen Rückkauf als Mangel an rentablen Verwendungsmöglichkeiten der finanziellen Mittel innerhalb der Unternehmung interpretieren. Der Aktienkurs würde daraufhin eine Korrektur erfahren, da die Zukunftsaussichten des Unternehmens neu bewertet werden. Vor diesem Hintergrund sind vor allem Aktienrückkäufe von Wachstumsunternehmen, dessen Marktwert zu einem Großteil auf zukünftigen Kapitalrückflüssen beruht, kritisch zu betrachten.<sup>137</sup>

### 4.4 Gefährdung des Kapitalmarktes

Die wesentliche Gefahr eines Aktienrückkaufs liegt für den Kapitalmarkt in der Aktienkursmanipulation. Aktienrückkäufe bieten die Möglichkeit, Einfluss auf den Preisbildungsme-

---

<sup>133</sup> Vgl. Kapitel 3.2

<sup>134</sup> Vgl. zu diesem Absatz Sendel-Müller, M., 2009, 78f.

<sup>135</sup> Vgl. Pertlwieser, M., 2006, 176ff.

<sup>136</sup> Vgl. Nekat, K., 2009, 81ff; Sendel-Müller, M., 2009, 74f.

<sup>137</sup> Vgl. zu diesem Absatz Nekat, K., 2009, 85f.

chanismus zu nehmen und den Unternehmenswert, der durch Aggregation sämtlicher Ansichten der Marktteilnehmer zustande kommt, zu verzerren.<sup>138</sup> Insbesondere kann das Management einer Gesellschaft die Signaling-Theorie missbrauchen, indem durch einen Aktienrückkauf eine angebliche Unterbewertung signalisiert werden soll, um kurzfristige Kursreaktionen zu verursachen. Ein solches Verhalten kann beispielsweise durch unmittelbar auslaufende Aktienoptionen des Managements angeregt sein.<sup>139</sup>

Um eine Kursmanipulation einzuschränken, sind die in Abschnitt 2.3.2 beschriebenen Publizitätspflichten eingeführt worden. Im Rahmen des KonTraG wurde zudem der Handel mit eigenen Aktien untersagt, um eine kontinuierliche Kurspflege zu verhindern.<sup>140</sup> Würden solche Vorschriften nicht bestehen, könnten Anleger das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit und Ordnungsmäßigkeit des Kapitalmarkts verlieren, wodurch letztlich auch der Preisbildungsmechanismus gestört wird.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Vgl. Koch, R., 2006, S. 49.

<sup>139</sup> Vgl. Bösch, M.; Ude, E., 2014, S. 26.

<sup>140</sup> Vgl. KonTraG.

<sup>141</sup> Vgl. Boguslawska, M., 2010, 26f.

## 5 Empirische Untersuchung

Beginnend mit den Arbeiten von *Dann* und *Vermaelen* aus dem Jahr 1981 wurden Aktienrückkaufprogramme in zahlreichen Werken empirisch untersucht. Dabei wurde vor allem versucht zu beantworten, warum Unternehmen eigene Aktien zurückkaufen, wie der Aktienkurs auf die Ankündigung, einen Aktienrückkauf durchzuführen, reagiert und von welchen Variablen das Ausmaß der Kursreaktion abhängt.<sup>142</sup> Wie eingangs erläutert, soll im Rahmen dieser Arbeit die Entwicklung des Rückkaufverhaltens deutscher Unternehmen nach der Finanzkrise 2008/2009 erforscht werden. Außerdem wird mittels einer Ereignisstudie untersucht, ob die Ankündigung, einen Aktienrückkauf durchzuführen, auf dem deutschen Markt weiterhin zu abnormalen Renditen führt. Um die Ergebnisse einzuordnen und Trends oder Auffälligkeiten zu erkennen, werden die Ergebnisse mit den Ergebnissen vergleichbarer Studien für den deutschen Markt verglichen.

### 5.1 Datenbasis und Datengewinnung

Die Datenbasis dieser Arbeit sind die Unternehmen, die zum Stichtag 26.04.2020 im DAX, MDAX und SDAX gelistet sind. Der Untersuchungszeitraum umfasst die Jahre 2010 bis 2019. Die Aktienrückkaufprogramme wurden mit mithilfe von Ad-hoc-Meldungen und sonstigen Pressemitteilungen erfasst. Insbesondere über die Internetseite der Deutschen Gesellschaft für Ad-hoc-Publizität [www.DGAP.de](http://www.DGAP.de) oder über andere Ad-hoc-Dienstleister konnten relevante Veröffentlichungen von Unternehmen zu ihren Aktienrückkaufprogrammen lokalisiert werden. Außerdem präsentiert ein Großteil der Unternehmen auf ihrer Investor-Relation Internetseite detaillierte Informationen zu ihren Aktienrückkäufen. Das Volumen der ausgezahlten Dividenden und Aktienrückkäufe wurde den öffentlich zugänglichen Geschäftsberichten entnommen. Als wesentliche Informationsquellen sind hier die Kapitalflussrechnung, die Eigenkapitalveränderungsrechnung und der Anhang zu nennen. Die Kursdaten wurden dem elektronischen Handelsplatz der Frankfurter Wertpapierbörse Xetra entnommen.

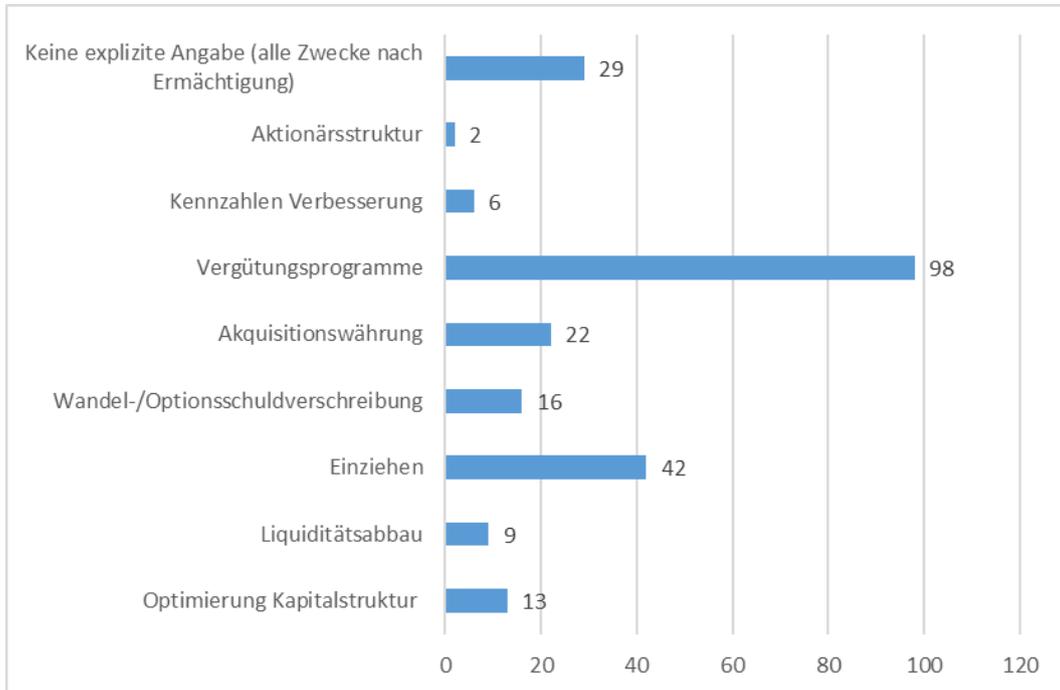
### 5.2 Deskriptive Charakterisierung der einbezogenen Unternehmen

#### 5.2.1 Charakterisierung nach Rückkaufgrund

Die zurückkaufenden Unternehmen können – müssen aber nicht – in den Ad-hoc-Meldungen Motive für den Rückkauf beziehungsweise den geplanten Verwendungszweck der Aktien angeben. In der Regel sind in den Meldungen mehrere Motive bzw. mögliche Verwendungszwecke angegeben. Das Ergebnis unterscheidet sich deutlich von den präsentierten Befragungsstudien<sup>143</sup>. So wurde bspw. kein Mal die Ausnutzung bzw. Signalisierung einer Unterbewertung als Rückkaufgrund angegeben, obwohl dies in Befragungsstudien regelmäßig ein wichtiger Grund ist. Eine Ursache dafür könnte sein, dass in den Ad-hoc-Meldungen oftmals nur über die weitere Verwendung der zurückgekauften Aktien informiert wird. Dies gibt jedoch nur bedingt Aufschluss über das Motiv, welches den Aktienrückkauf ausgelöst hat. Beispielhaft dafür ist die Angabe, die eigenen Aktien zur Kapitalherabsetzung einzuziehen. Dieser Vorgang hat unter anderem sowohl eine Veränderung der Finanzkennzahlen als auch der Kapitalstruktur zur Folge. Es lässt sich jedoch nicht ermitteln, ob eines der beiden Motive der ausschlaggebende Rückkaufgrund war. Im folgenden Schaubild ist das Ergebnis visualisiert.

<sup>142</sup> Vgl. Andres, C. et al., 2016, S. 422.

<sup>143</sup> Vgl. Abschnitt 3.10



**Abbildung 3: Rückkaufmotive bzw. Verwendungszwecke nach Ad-hoc-Meldungen**

Die Verwendung für Vergütungsprogramme ist der mit Abstand am häufigsten genannte Verwendungszweck. Mit 42 Angaben folgt das Einziehen, was hinsichtlich der Ermittlung des Motivs zu obigem Problem führt. 29 Unternehmen lassen sich offen, die zurückgekauften Aktien für alle Zwecke zu verwenden, die ihnen nach dem Hauptversammlungsbeschluss zustehen. Ansonsten sind die Optimierung der Kapitalstruktur, die Bedienung von Wandel- bzw. Optionsschuldverschreibungen und die Verwendung als Akquisitionswährung häufig genannte Motive. Der Liquiditätsabbau, die Kennzahlenverbesserung und die Einflussnahme auf die Aktionärsstruktur treten eher in den Hintergrund.

Das beschriebene Problem hinsichtlich der Aussagekraft der Angaben in den Ad-hoc-Meldungen lässt sich auch am Beispiel des Liquiditätsabbau verdeutlichen, welches in der Abbildung deutlich unterrepräsentiert ist im Vergleich zu den in Abschnitt 3.10 präsentierten Befragungsstudien. So hat ein Rückkauf - sofern er nicht fremdfinanziert wird - immer einen Abbau von Überschussliquidität zur Folge, unabhängig von der weiteren Verwendung der Aktien. Daher ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen, welches in der Ad-hoc-Meldung primär über die weitere Verwendung der Aktien informiert, den Abbau von Überschussliquidität nicht als Rückkaufgrund benennt, auch wenn dies das auslösende Motiv des Rückkaufs war.

### 5.2.2 Charakterisierung nach Rückkaufmethode

In der nachfolgenden Abbildung sind die verwendeten Rückkaufverfahren dargestellt. Der Rückkauf über die Börse war mit 162 Rückkäufen wie in anderen Werken der einschlägigen Literatur das beliebteste Rückkaufverfahren.<sup>144</sup> Weiterhin konnten zehn öffentliche Rückkaufangebote lokalisiert werden. Acht davon wurden als Festpreisverfahren durchgeführt und zwei weitere als Holländische Auktion. Bei vier weiteren kann das gewählte Rückkaufverfahren nicht mehr nachvollzogen werden. Hinweise auf einen privat ausgehandelten Rückkauf oder die Vergabe handelbarer Verkaufsrechte konnten nicht gefunden werden.

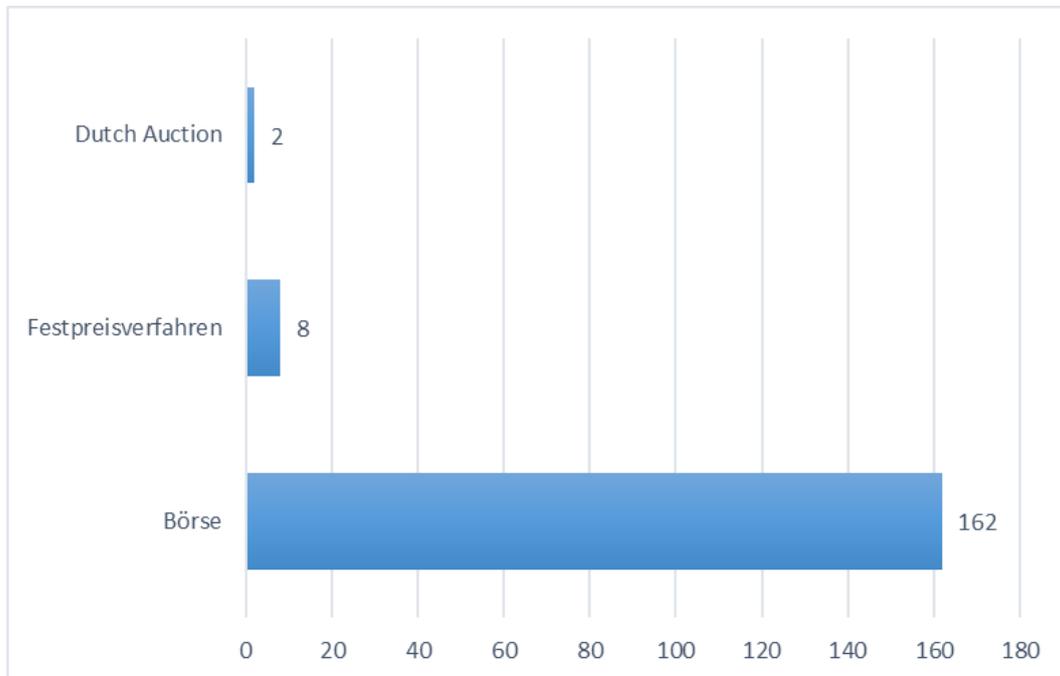


Abbildung 4: Anzahl der verwendeten Rückkaufverfahren

Zudem konnte ein Vorgang gefunden werden, der als „synthetischer Aktienrückkauf“ angekündigt wurde. Dieser beinhaltet jedoch keinen Rückerwerb zuvor emittierter eigener Aktien und wird daher nicht berücksichtigt und auch nicht näher erläutert.

### 5.2.3 Verteilung der Aktienrückkaufprogramme auf Jahre und Indizes

In den Jahren 2010 bis 2019 konnten Hinweise auf 176 Aktienrückkaufprogramme der Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX gefunden werden. Die Verteilung der Rückkäufe auf die Jahre und die Indizes ist in der folgenden Abbildung erkennbar.

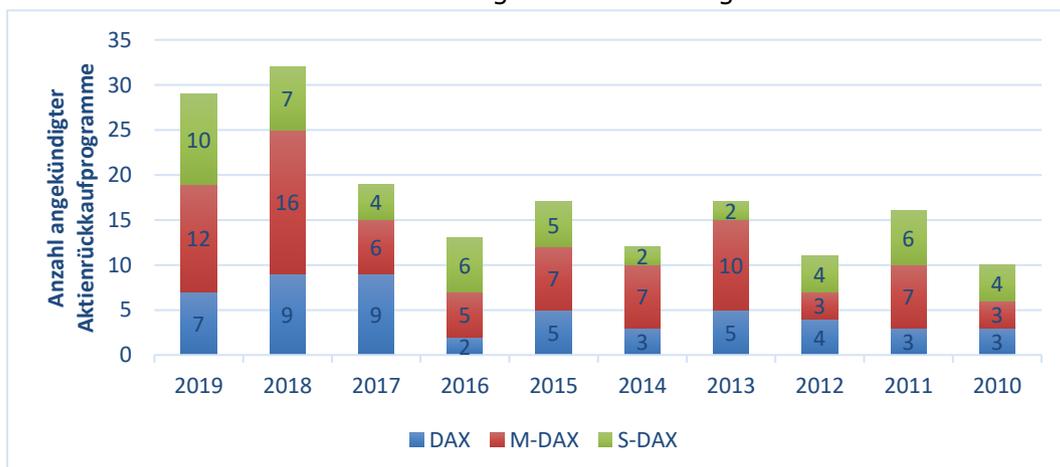


Abbildung 5: Verteilung der Rückkaufprogramme auf Jahre und Indizes

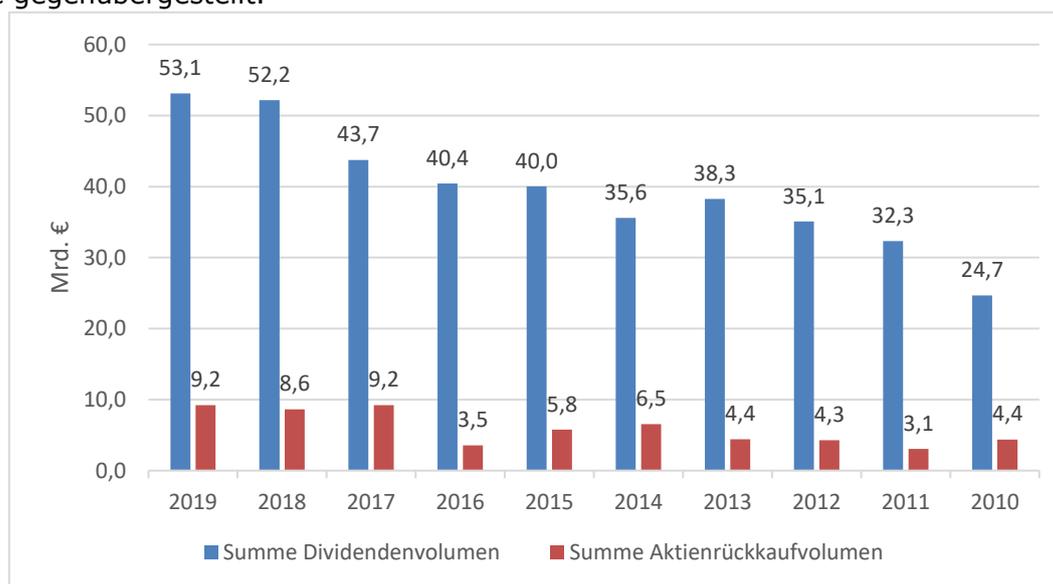
<sup>144</sup> Vgl. Abschnitt 2.5.1

Damit ist anhand der Anzahl der angekündigten Aktienrückkäufe über die Jahre 2010 - 2017 lediglich ein schwacher Trend hin zu einer steigenden Anzahl an Rückkaufprogrammen zu erkennen. Die Summe der angekündigten Programme bewegte sich im Rahmen von zehn bis 19. In den Jahren 2018 und 2019 wurden jedoch mit 32 bzw. 28 überdurchschnittlich viele Aktienrückkäufe angekündigt.

Bei der Verteilung der Bekanntmachungen auf die Indizes ist der MDAX mit 76 verschiedenen Rückkaufprogrammen deutlich stärker vertreten als der DAX mit 49 und der SDAX mit 50. Setzt man diese Zahlen jedoch ins Verhältnis zu der Anzahl an Unternehmen, die im jeweiligen Index gelistet sind, ergibt sich ein anderes Bild. Der DAX weist beim Verhältnis, Rückkäufe zu Anzahl im Index gelisteter Unternehmen, mit 1,63<sup>145</sup> die höchste Quote auf. Der MDAX folgt mit einem Verhältnis von 1,267<sup>146</sup> gefolgt vom SDAX mit 0,714.<sup>147</sup> Damit lässt sich in Bezug auf die Stichprobe sagen, dass kleinere Unternehmen tendenziell weniger Aktienrückkäufe durchführen. Dieses Verhalten konnte auch schon vor der Finanzkrise beobachtet werden.<sup>148</sup>

### 5.2.3 Entwicklung des Rückkaufvolumens im Vergleich zu Dividenden

Wie bereits mehrfach erläutert, war 2008 das „deutsche Rekordjahr“ hinsichtlich Aktienrückkäufe. Circa 37% des Gesamtausschüttungsvolumens der Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX wurde über Aktienrückkäufe ausgeschüttet. Bedingt durch die Finanzkrise 2008/2009 brach das Rückkaufvolumen jedoch ein. Ein so hoher Anteil der Aktienrückkäufe am Gesamtausschüttungsvolumen konnte seitdem nicht mehr verzeichnet werden. In der folgenden Abbildung wird das Dividenden- und das Rückkaufvolumen der untersuchten Jahre gegenübergestellt.



**Abbildung 6: Summe Dividenden und Aktienrückkäufe 2010-2019 in Mrd. €**

Der Anteil der Aktienrückkäufe am Gesamtausschüttungsvolumen bewegt sich im Bereich von 8,66% bis 17,44% und bleibt demnach weitestgehend konstant. Es kann nicht von einer „Aufholjagd“ der Aktienrückkäufe gesprochen werden, wie sie bis 2008 zu beobachten war.<sup>149</sup> Dies lässt sich auch am ähnlichen Gesamtwachstum beider Ausschüttungsinstrumente im untersuchten Zeitraum verdeutlichen. Das Volumen der Dividendenzahlungen im Betrachtungszeitraum wuchs um 115% und das der Aktienrückkäufe um 111%. Insgesamt ist jedoch festzustellen, dass das Wachstum der Dividenden konstanter erfolgte.

<sup>145</sup> 49 Rückkäufe / 30 DAX Unternehmen = 1,63

<sup>146</sup> 76 Rückkäufe / 60 MDAX Unternehmen = 1,267

<sup>147</sup> 50 Rückkäufe / 70 SDAX Unternehmen = 0,714

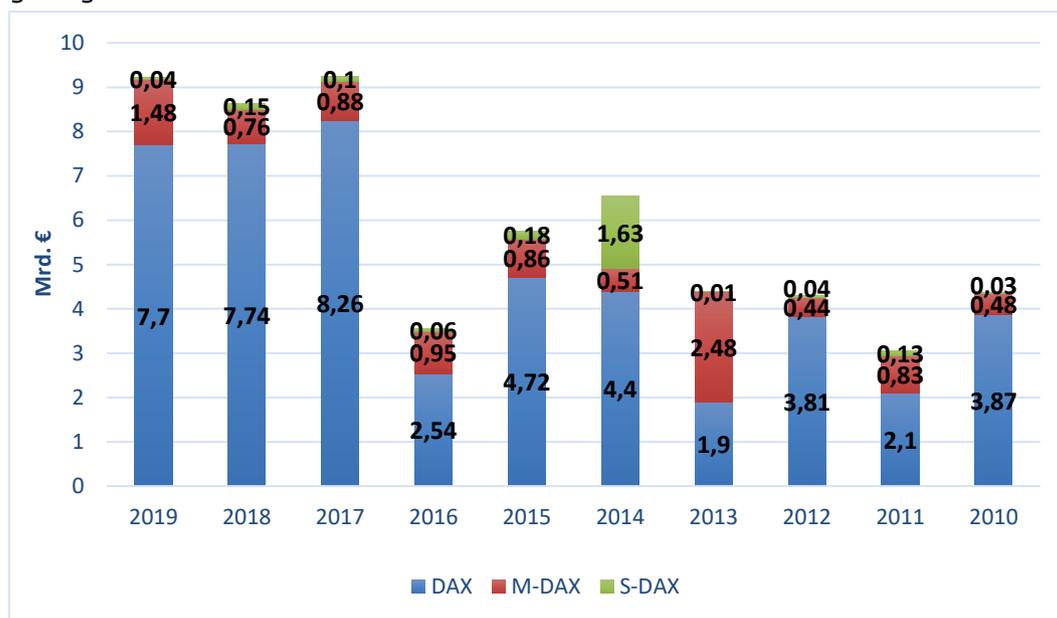
<sup>148</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, 98ff.

<sup>149</sup> Vgl. Sendel-Müller, M., 2009, 98ff.

Das Wachstum der Aktienrückkäufe verlief deutlich volatiler. Dies lässt sich auch an der Standardabweichung der jährlichen Wachstumsraten zeigen. Die Standardabweichung der jährlichen Wachstumsraten des Rückkaufvolumens beträgt 55,65% wohingegen die Standardabweichung der jährlichen Wachstumsraten der Dividenden 10,4% beträgt. Dies bestätigt den in Abschnitt 3.4 beschriebenen Umgang mit Überschussliquidität. Unternehmen haben ein Interesse an einer konstanten Dividende und geben außerordentliche Ausschüttungen im Rahmen von Sonderdividenden bzw. insbesondere Aktienrückkäufen aus.

#### 5.2.4 Rückkaufvolumen nach Index und einzelnen Unternehmen

Verteilt man das Rückkaufvolumen der einzelnen Jahre auf den Index, dem das zurückkaufende Unternehmen angehört, ergibt sich ein erwartbares Bild. Die Unternehmen des DAX haben den Löwenanteil am gesamten Rückkaufvolumen. In Abbildung 7 ist die Verteilung dargestellt.



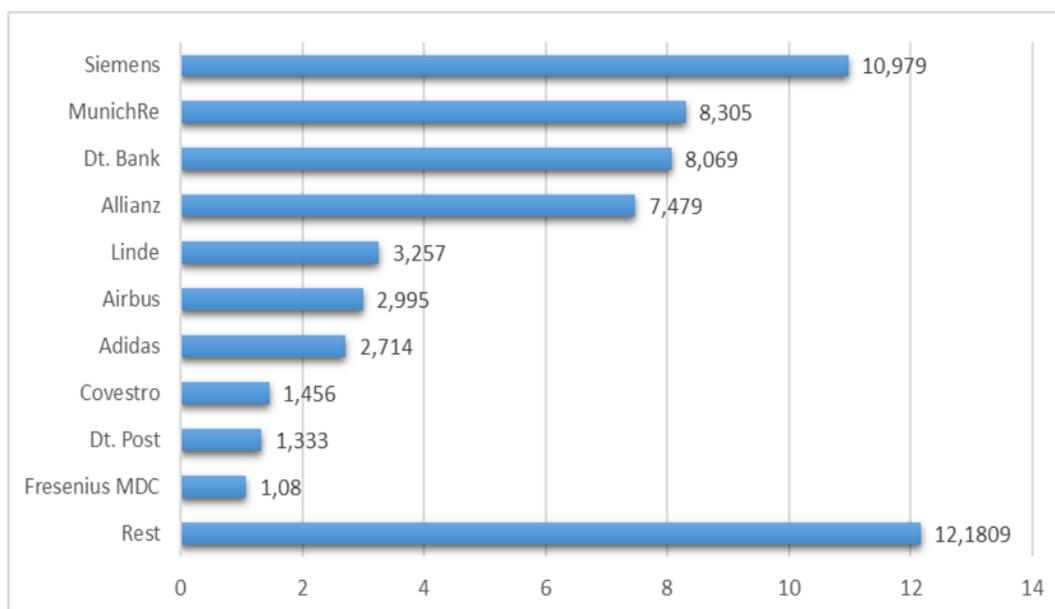
**Abbildung 7: Rückkaufvolumen in Mrd. € verteilt auf Jahre und Index**

Für das überdurchschnittliche Rückkaufvolumen der Gesellschaften des MDAX im Jahr 2013 konnte keine Ursache gefunden werden, die das Verhalten hinreichend erklärt. Das überdurchschnittliche Rückkaufvolumen der SDAX Unternehmen im Jahr 2014 ist auf ein hoch voluminöses Rückkaufprogramm eines einzelnen Unternehmens zurückzuführen.

*Immenkötter* kommt in einer Studie 2018 zu dem Ergebnis, dass die zurückkaufenden deutschen Unternehmen in den Jahren nach Finanzkrise ein gutes Timing bewiesen. Einem Aktienrückkauf wird in der Studie ein gutes Timing attestiert, wenn der Kurs infolge des Rückkaufs langfristig steigt.<sup>150</sup> Dies könnte mitunter ein Grund für den deutlichen Anstieg des Rückkaufvolumens ab 2017 sein.

Ermittelt man die 10 Gesellschaften, mit dem über die Jahre des Untersuchungszeitraums kumuliert höchsten Rückkaufvolumen, erhält man das folgende Schaubild.

<sup>150</sup> Vgl. Immenkötter Philipp, 2018, S. 7.



**Abbildung 8: Die 10 Gesellschaften mit dem höchsten Rückkaufvolumen in Mrd. €**

Von den zehn Unternehmen sind neun aus dem DAX und eins aus dem MDAX. Allein die 10 aufgeführten Unternehmen kauften eigene Aktien im Wert von 47,667 Mrd. € zurück. Das entspricht bei einem Rückkaufvolumen aller untersuchten Unternehmen im Untersuchungszeitraum von 59,8479 Mrd. € etwa 80%.

#### 5.4 Ereignisstudie Renditeeffekte

Die Aktienkursreaktion der Ankündigung eines Aktienrückkaufs wird empirisch mithilfe einer Ereignisstudie untersucht. Der Ereigniszeitraum erstreckt sich dabei vom Tag vor der Ankündigung ( $t=-1$ ) bis zum Tag nach der Ankündigung ( $t=+1$ ). Dazu ist notwendig, dass der Aktienrückkauf einem bestimmten Ereignistag ( $t=0$ ) zuzuordnen ist. An dem Tag muss der Kapitalmarkt das erste Mal auf die neue Information reagieren können.<sup>151</sup> Das heißt eine Ad-hoc-Meldung, die nach den Handelszeiten des Xetra Handels veröffentlicht wird, ist dem nächsten Handelstag als Ereignistag zuzuordnen. Dazu sind insbesondere die Dienstleistungen der Deutschen Gesellschaft für Ad-hoc-Publizität unter [www.DGAP.de](http://www.DGAP.de) und anderen Ad-hoc-Dienstleistern in Anspruch genommen worden, welche eine Ad-hoc-Meldung stets mit der Uhrzeit der Veröffentlichung versehen.

Das Ereignisfenster  $[-1;+1]$  wurde einerseits gewählt, um zu überprüfen, ob sich Hinweise darauf ergeben, dass am Tag vor der Ankündigung Insider-Handel stattfindet. Andererseits kann so überprüft werden, ob die neue Information am Ereignistag vollständig verarbeitet und eingepreist wird oder ob sich die Verarbeitung der Information auch über den Folgetag erstreckt.

##### 5.4.1 Preisbildungsmodell

Um zu ermitteln, ob die Ankündigung eines Aktienrückkaufs den Aktienkurs des Unternehmens beeinflusst, muss die beobachtete Rendite um die erwartete Rendite bereinigt werden. Die erwartete Rendite kann anhand verschiedener statistischer oder ökonomischer Preisbildungsmodelle bestimmt werden.<sup>152</sup> Im Rahmen dieser Ereignisstudie wird auf das Marktmodell zurückgegriffen, welches zahlreiche Autoren in der Literatur empfehlen und in vielen Situationen als vorteilhaft gegenüber anderen Preisbildungsmodellen angesehen

<sup>151</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, S. 13.

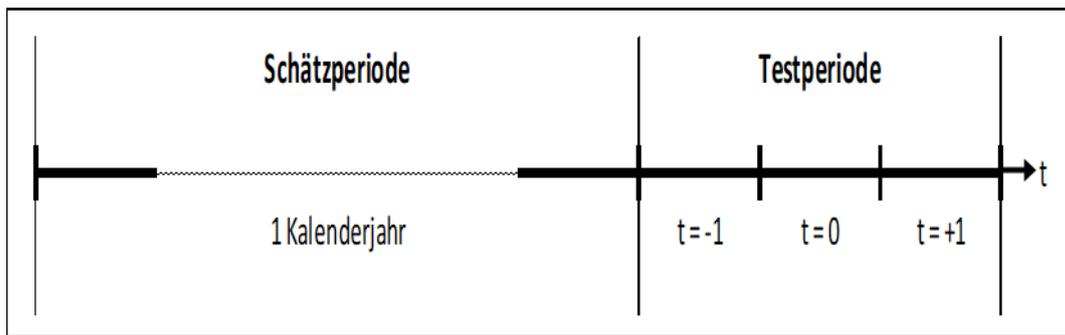
<sup>152</sup> Für eine Übersicht der verschiedenen Modelle vgl. insbesondere Brown, S. J.; Warner, J. B., 1980; Brown, S. J.; Warner, J. B., 1985; MacKinlay, A. C., 1997; Schremper, R., 2001.

wird.<sup>153</sup> Es unterstellt folgende lineare Beziehung zwischen der Aktienrendite eines Unternehmens  $i$  und der Rendite des gesamten Kapitalmarkts am Tag  $t$  [ $R_{Mt}$ ]:

$$E[R_{it}] = \alpha_i + \beta_i R_{Mt} + \varepsilon_{it}$$

$R_{it}$  ist die tägliche Rendite von Unternehmen  $i$  am Tag  $t$  und  $R_{Mt}$  die tägliche Rendite des Marktes  $m$  am Tag  $t$ . Die Marktrendite wird auf Grundlage des DAX, MDAX oder SDAX berechnet unter Berücksichtigung der Indexzugehörigkeit des jeweiligen Unternehmens zum Stichtag 26.04.2020.  $\alpha_i$  bezeichnet die durch die normale Geschäftstätigkeit des Unternehmens  $i$  zu erzielende unsystematische Rendite unabhängig von der Entwicklung des Marktes. Der Parameter  $\beta_i$  repräsentiert die durch allgemeine Markteinflüsse hervorgerufene systematische Rendite.  $\varepsilon_{it}$  beschreibt eine von  $\beta_i$  und  $\alpha_i$  unabhängige Störgröße, welche durch unternehmensspezifische Ereignisse beeinflusst wird. Bei Abwesenheit solcher Ereignisse wird sie als gegen null konvergierend angenommen.<sup>154</sup>

Die Parameter  $\beta$  und  $\alpha$  werden mittels der Methode der kleinsten Quadrate (ordinary least squares = OLS) über 12 Monate vor der Testperiode geschätzt. Damit ergibt sich der folgende Zeitstrahl der Ereignisstudie:



**Abbildung 9: Zeitstrahl der Ereignisstudie**  
Quelle: in Anlehnung an MacKinlay, A.C., 1997, S. 20.

Als Schätzperiode wird in der Regel ein Zeitraum von sechs bis 12 Monaten gewählt. Ein Zeitraum von 12 Monaten wird jedoch oftmals empfohlen, um Verzerrungen durch saisonale Schwankungen zu minimieren.<sup>155</sup>

Somit ergibt sich die abnormale Rendite von Unternehmen  $i$  am Tag  $t$  folgendermaßen:

$$AR_{it} = R_{it} - E[R_{it}]$$

Aus den abnormalen Renditen ergibt sich die durchschnittliche abnormale Rendite zu einem beliebigen Zeitpunkt  $t$  als arithmetisches Mittel der abnormalen Rendite aller einbezogenen Wertpapiere:<sup>156</sup>

$$AAR_t = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N AR_{it}$$

<sup>153</sup> Vgl. Blinder, J. J., 1998, 121f; Gerpott, T. J.; Jakopin, N. M., 2006, S. 69.

<sup>154</sup> Vgl. Pickel, J.; Röder, K., 2015, S. 423.

<sup>155</sup> Vgl. Gerpott, T. J.; Jakopin, N. M., 2006, S. 70.

<sup>156</sup> Vgl. MacKinlay, A. C., 1997, S. 24.

Durch Kumulierung der abnormalen Renditen eines Unternehmens  $i$  über einen ausgewählten Zeitraum  $[t_1; t_2]$ , erhält man die kumulierte abnormale Rendite des Unternehmens für den ausgewählten Zeitraum:<sup>157</sup>

$$CAR_i = \sum_{t=t_1}^{t_2} AR_{it}$$

Die durchschnittliche kumulierte abnormale Rendite eines ausgewählten Zeitraums  $[t_1; t_2]$  aller einbezogenen Wertpapiere erhält man nach folgenden Formeln auf verschiedenem Wege:<sup>158</sup>

$$CAAR_{t_1, t_2} = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N \sum_{t=t_1}^{t_2} AR_{it} \Leftrightarrow \sum_{t=t_1}^{t_2} AAR_t \Leftrightarrow \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N CAR_i$$

Die errechneten Werte werden mithilfe eines zweiseitigen t-Tests ( $H_0: AAR=0$  bzw.  $CAAR=0$ ) und eines zweiseitigen Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Tests auf ihre Signifikanz getestet.<sup>159</sup>

Zudem lagen bei zwei Rückkaufprogrammen keine Kursdaten für die Schätzperiode vor. In diesen Fällen wurde die abnormale Rendite mittels der Methode der marktbereinigten Rendite berechnet.<sup>160</sup>

#### 5.4.2 Eingrenzung der Stichprobe

Zunächst einmal ist anzumerken, dass in den 176 lokalisierten Aktienrückkaufprogrammen keine Rückkäufe von Kreditinstituten enthalten sind, da deren Rückkaufverhalten von dem der übrigen Unternehmen abweicht und oftmals auf der Rechtsgrundlage des § 71 Abs 1. Nr. 7 AktG beruht.<sup>161</sup> Weiterhin werden 64 Rückkaufprogramme, die ausschließlich zur Bedienung von Vergütungsprogrammen durchgeführt wurden, aus der Untersuchung ausgeschlossen.<sup>162</sup> 35 weitere werden aufgrund von überlappenden Ereignissen aus der Stichprobe entfernt. Überlappende Ereignisse sind Ereignisse, die zeitlich innerhalb der Testperiode stattfinden, jedoch keinen Zusammenhang mit dem zu analysierenden Ereignis aufweisen und das Potential besitzen, den Aktienkurs zu beeinflussen. Um das zu analysierende Ereignis isoliert untersuchen zu können, müssen Aktienrückkaufkäufe mit solchen überlappenden Ereignissen aus der Stichprobe ausgeschlossen werden. In der vorliegenden Arbeit wurden im Rahmen von Aktienrückkaufankündigungen vor allem Dividendenänderungen und Quartalszahlen mitveröffentlicht. Bei vier weiteren Rückkaufprogrammen konnte der Ereignistag nicht mit Sicherheit bestimmt werden. Daher fließen auch diese nicht mit in die Untersuchung ein. Somit verbleiben für die Untersuchung 73 Aktienrückkaufprogramme von 33 verschiedenen Unternehmen.

<sup>157</sup> Vgl. Gerpott, T. J.; Jakopin, N. M., 2006, S. 70.

<sup>158</sup> Vgl. Gerpott, T. J.; Jakopin, N. M., 2006, S. 70.

<sup>159</sup> Vgl. Pickel, J.; Röder, K., 2015, S. 423.

<sup>160</sup> Die marktbereinigte Rendite ergibt sich nach der folgenden Formel aus der beobachteten Rendite  $R$  eines Wertpapiers  $i$  am Tag  $t$  abzüglich der Marktrendite  $R_{mt}$  des gleichen Tages:

$$AR_{it} = R_{it} - R_{mt}$$

Die Kumulierung über Zeiträume bzw. mehrere Unternehmen erfolgt nach den vorangehend erläuterten Verfahren.

<sup>161</sup> Vgl. Seifert, U., 2006, S. 119.

<sup>162</sup> Vgl. dazu Abschnitt 3.8

### 5.4.3 Ergebnisse und Interpretation

Am Ereignistag  $t=0$  konnte eine höchst signifikante Überrendite von 2,73% gemessen werden. Am Tag vor der Ankündigung  $t=-1$  und am Tag nach der Ankündigung  $t=+1$  konnten jeweils sehr geringe positive aber statistisch nicht signifikante Überrenditen von 0,05% bzw. 0,16% festgestellt werden. Dies spricht einerseits dafür, dass am Tag vor der Ankündigung kein Insider-Handel stattfindet und andererseits für eine effiziente Informationsverarbeitung des Kapitalmarkts. Die neuen Informationen werden demnach noch am Ankündigungstag verarbeitet und eingepreist. Im folgenden Schaubild sind die Ergebnisse der Renditeberechnung und der Signifikanztests dargestellt.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	0,05%	0,2973	0,7671	0,03%	1407	0,7582	40	33	73
0	2,73%***	8,005	0,0000	2,16%***	2522	0,0000	63	10	73
+1	0,16%	0,68049	0,4984	-0,01%	1445	0,6053	36	37	73
[-1;+1]	2,93%***	6,7922	0,0000	2,55%***	2399	0,0000	59	14	73

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau

WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 2: Zusammenfassung der Ergebnisse der Ereignisstudie**

Für den Zeitraum der Testperiode [-1;+1] ergibt sich eine höchst signifikante Überrendite von 2,93%. Die höchste errechnete Überrendite beträgt 14,84% und die niedrigste - 4,74%. Die positiven Überrenditen überwiegen deutlich mit 59 zu 14 negativen Überrenditen.

Mit 2,93% im Zeitfenster [-1;+1] entspricht die errechnete Überrendite in etwa dem Trend, der anhand früherer Arbeiten für den deutschen Kapitalmarkt erkennbar ist. Aktienrückkäufe kurz nach Erscheinen des KonTraG 1998 wiesen deutlich höhere abnormale Renditen auf. In der folgenden Tabelle sind diverse Studien für den deutschen Markt aufgelistet. Anhand der Sortierung der Arbeiten - beginnend mit den Untersuchungszeiträumen unmittelbar nach Erscheinen des KonTraG - wird der Trend verdeutlicht.

<b>Autor</b>	<b>Untersuchungs- zeitraum</b>	<b>Abnormale Rendite über Zeitraum [-1;+1]</b>
<b>Schremper<sup>163</sup></b>	1998 - 2000	4,06%
<b>Schremper<sup>164</sup></b>	1998 - 2001	4,69%
<b>Gerke/Fleischer/Langer<sup>165</sup></b>	1998 - 2002	7,02%
<b>Seifert/Stehle<sup>166</sup></b>	1998 - 2003	5,87%
<b>Pertlwieser<sup>167</sup></b>	1998 - 2003	5,87%
<b>Hackethal/Zdtanhouk<sup>168</sup></b>	1998 - 2003	5,97%
<b>Seifert<sup>169</sup></b>	1998 - 2003	6,08%
<b>Bayer/Hoffmann/Weimann<sup>170</sup></b>	2000 - 2006	5,4%
<b>Bessler<sup>171</sup></b>	1998 - 2008	3,84%
<b>Manconi/Peyer/Vermaelen<sup>172</sup></b>	1998 - 2008	3,09%
<b>Andres/Betzer/Dumet/Theissen<sup>173</sup></b>	1998 - 2008	3,55%
<b>Pickel/Röder<sup>174</sup></b>	2006 - 2014	2,19%
<b>Vorliegende Studie</b>	2010 - 2019	2,93%

**Tabelle 3: Auflistung vergleichbarer Studien für den deutschen Markt**

Es wird deutlich, dass die Überrenditen im Laufe der Zeit abgenommen haben. Die Studien, die den unmittelbaren Zeitraum ab 1998 untersucht haben, errechneten abnormale Renditen von circa 4-7% für das Zeitfenster [-1;+1]. Arbeiten, die auch den Zeitraum unmittelbar vor der Finanzkrise 2008/2009 einbezogen haben, konnten nur noch eine geringere Überrendite von 3,09-3,84% feststellen. Für die Zeit nach der Finanzkrise konnte lediglich eine Studie lokalisiert werden. In dieser finden die Autoren eine durchschnittliche Überrendite von 2,19%. Die vorliegende Untersuchung fand eine Überrendite von 2,93%, was insofern dem erkennbaren Trend entspricht, als dass die Überrenditen aufgrund von Aktienrückkäufen mit der Zeit abgenommen haben. Ein Grund dafür könnte sein, dass die Anleger auf dem deutschen Markt anfangs überhöhte Erwartungen an das neuartige Ausschüttungsinstrument hatten und sich langsam an Aktienrückkäufe gewöhnen.<sup>175</sup> Für die These

<sup>163</sup> Vgl. Schremper, R., 2001.

<sup>164</sup> Vgl. Schremper, R., 2003.

<sup>165</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003.

<sup>166</sup> Vgl. Stehle, R.; Seifert, U., 2003.

<sup>167</sup> Vgl. Pertlwieser, M., 2006.

<sup>168</sup> Vgl. Hackethal, A.; Zdtanhouk, A., 2004.

<sup>169</sup> Vgl. Seifert, U., 2006.

<sup>170</sup> Vgl. Bayer, W.; Hoffmann, T.; Weinmann, D., 2007.

<sup>171</sup> Vgl. Bessler, W.; Drobetz, W.; Seim, M., 2009.

<sup>172</sup> Vgl. Manconi, A.; Peyer, U.; Vermaelen, T., 2013.

<sup>173</sup> Vgl. Andres, C. et al., 2016.

<sup>174</sup> Vgl. Pickel, J.; Röder, K., 2015.

<sup>175</sup> Vgl. Pickel, J.; Röder, K., 2015, S. 424.

der allmählichen Gewöhnung sprechen die Ergebnisse vergleichbarer Studien für den US-Amerikanischen Markt, welche durchschnittlich Überrenditen rund um den Ankündigungstag eines Aktienrückkaufs von zwei bis drei Prozent finden können.<sup>176</sup> Diese Ergebnisse entsprechen in etwa den Ergebnissen, die zuletzt auf dem deutschen Kapitalmarkt gemessen wurden. Aktienrückkäufe in den USA haben eine lange Historie. Daher kann davon ausgegangen werden, dass sich die dortigen Investoren an das Ausschüttungsinstrument gewöhnt haben und keine übermäßigen Erwartungen mehr haben. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Kursreaktionen in Deutschland in Zukunft weiter verändern oder nun ein langfristiger Gewohnheitszustand eingetreten ist, bei dem die Kursreaktionen im Durchschnitt weiterhin denen der USA entsprechen.

#### 5.4.4 Differenzierung nach Indexzugehörigkeit

In diesem Abschnitt werden die Ergebnisse differenziert nach Indexzugehörigkeit der einzelnen Werte betrachtet. In der folgenden Tabelle sind die Ergebnisse der 19 Rückkaufprogramme, die den Werten des DAX zugerechnet werden können, zusammengefasst.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	-0,04%	-0,17332	0,8643	0,03%	89	0,8288	10	9	19
0	3,02%***	4,9099	0,0001	2,3%***	190	0,0000	19	0	19
+1	-0,08%	-0,35094	0,7297	-0,20%	85	0,7086	7	12	19
[-1;+1]	2,91%***	3,9518	0,0009	2,14%***	188	0,0000	18	1	19

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau

WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 4: Zusammenfassung der Ergebnisse der DAX-Werte**

Grundsätzlich sind nur sehr marginale Unterschiede zu den Ergebnissen des gesamten Untersuchungssamples von 73 Rückkaufprogrammen zu erkennen. Die abnormalen Renditen am Tag vor und nach dem Ankündigungstag sind im Durchschnitt ebenfalls nahe null und statistisch nicht signifikant. Die abnormalen Renditen am Ankündigungstag und kumuliert über den Untersuchungszeitraum [-1;+1] sind höchst signifikant und liegen mit 3,02% bzw. 2,91% etwa auf dem Niveau des gesamten Untersuchungssamples. Auffällig ist, dass die abnormalen Renditen am Ankündigungstag durchweg ein positives Vorzeichen haben und bezogen auf den Untersuchungszeitraum konnte lediglich eine negative Überrendite festgestellt werden.

<sup>176</sup> Vgl. Comment, R.; Jarrell, G. A., 1991; Grullon, G.; Michaely, R., 2002; Peyer, U.; Vermaelen, T., 2009; Stephens, C. P.; Weisbach, M. S., 1998.

Bei den Werten des MDAX ist das Ergebnis durchmischer. In Tabelle fünf sind die Ergebnisse dargestellt.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	0,13%	0,44025	0,6628	0,04%	290	0,6379	17	15	32
0	1,75%***	3,6949	0,0008	1,45%***	427	0,0016	22	10	32
+1	0,40%	1,1969	0,2404	0,41%	323	0,2781	18	14	32
[-1;+1]	2,27%***	3,8695	0,0005	2,5%***	436	0,0008	24	8	32

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau  
WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 5: Zusammenfassung der Ergebnisse der MDAX-Werte**

Am Tag vor der Ankündigung konnte nach wie vor eine nicht signifikante Überrendite nahe Null gemessen werden. Die Rendite am Tag nach der Ankündigung ist mit 0,4% jedoch verhältnismäßig leicht höher. Mit einem p-value von 0,2404 bzw. 0,2781 kann die Nullhypothese AAR=0 zwar nicht verworfen werden, der Wert ist jedoch deutlich geringer als der p-value am Tag nach der Ankündigung bei den DAX-Werten. Auch die höchstsignifikante Überrendite am Ankündigungstag ist mit 1,73% deutlich geringer, als man anhand der Werte des gesamten Untersuchungssamples und der DAX-Werte hätte erwarten können. Kumuliert über den Untersuchungszeitraum ergibt sich eine höchst signifikante Überrendite von 2,27%, welche damit unter den Werten des DAX und des gesamten Untersuchungssamples liegt.

Betrachtet man die Ergebnisse der SDAX-Werte, fällt eine höchstsignifikante Überrendite am Ankündigungstag von 3,89% auf. Dieser Wert liegt deutlich über den Werten der Unternehmen des DAX und MDAX. In der nachfolgenden Tabelle sind die Ergebnisse aufgeführt.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	0,01%	0,03162	0,9751	0,02%	133	0,8486	13	9	22
0	3,89%***	5,98	0,0000	2,74%***	253	0,0000	22	0	22
+1	0,02%	0,03014	0,9762	0,04%	125	0,9746	11	11	22
[-1;+1]	3,91%***	4,1194	0,0005	3,24%***	288	0,0004	17	5	22

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau  
WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 6: Zusammenfassung der Ergebnisse der SDAX-Werte**

Am Tag vor und nach der Ankündigung ist die Überrendite mit Werten von 0,01% bzw. 0,02% zu vernachlässigen. In Summe ergibt dies für den Untersuchungszeitraum eine höchstsignifikante Überrendite von 3,91%. Damit liegt der Wert circa 1% über dem Wert des gesamten Untersuchungssamples. Dies könnte ein Hinweis auf die Signaling-Hypothese sein, da die Signalwirkung bei kleineren Unternehmen in der Regel größer ausfällt.

Die Ursache dafür ist, dass die Informationsasymmetrien bei kleineren Unternehmen größer sind.<sup>177</sup>

Wäre die Signaling-Hypothese die Ursache für die überdurchschnittlichen abnormalen Renditen, wäre allerdings zu erwarten gewesen, dass die Überrenditen beim MDAX ebenfalls über denen des DAX liegen. Dies war in der vorliegenden Untersuchung nicht der Fall. Weiterhin ist fraglich, ob die Unternehmen des SDAX klein genug sind, als dass bei diesen größere Informationsasymmetrien auftreten als bei den Unternehmen im DAX. Zumal die Unternehmen beider Indizes zum Prime Standard - dem höchsten Transparenzlevel für deutsche Aktiengesellschaften - zugelassen sind.

#### 5.4.5 Differenzierung nach Rückkaufgrund

In einer abschließenden Differenzierung sollen die abnormalen Renditen nach den in den Ad-hoc-Meldungen genannten Rückkaufgründen unterschieden werden. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn in den Ad-hoc-Meldungen jeweils nur ein Erwerbsmotiv bzw. Verwendungszweck genannt werden würde. Wie bereits erläutert, geben Unternehmen in den Ad-hoc-Meldungen in der Regel jedoch mehrere Erwerbsmotive an. Dies kann zu Verzerrungen führen, wenn ein Rückkaufprogramm, bei dem in der Ad-hoc-Meldung mehrere Motive genannt werden, in mehrere Differenzierungen einbezogen wird. Ziel dieses Abschnitts ist es, herauszufinden, ob die Benennung eines bestimmten Rückkaufmotivs bzw. eines bestimmten Verwendungszwecks trotz der vorangehend erwähnten Verzerrungen zu überdurchschnittlichen abnormalen Renditen führt.

Voraussetzung für eine signifikante Aussage über den Einfluss eines bestimmten Motivs auf die abnormale Rendite ist, dass das Untersuchungssample für ein Motiv auch nach Eingrenzung der Stichprobe gemäß Kapitel 5.4.2 größer zehn ist. Aus diesem Grund können die Motive Einflussnahme auf die Aktionärsstruktur, Verbesserung der Kennzahlen, Beeinflussung der Kapitalstruktur und Abbau von Überschussliquidität in dieser Differenzierung nicht berücksichtigt werden. Aktienrückkäufe, welche ausschließlich zur Bedienung von Vergütungsprogrammen durchgeführt wurden, wurden bereits in Kapitel 5.4.2 aus dem Untersuchungssample ausgeschlossen. In dem Untersuchungssample sind jedoch nach wie vor Rückkaufprogramme enthalten, bei denen die Mitarbeitervergütung eines von mehreren genannten Motiven ist. Aus den in Abschnitt 3.8 erläuterten Gründen wird allerdings auch hier auf eine Differenzierung nach Rückkäufen mit diesem Erwerbsmotiv verzichtet.

Daher differenziert die Analyse nach Rückkaufprogrammen, bei denen

- > keine explizite Angabe zum Rückkaufmotiv oder der weiteren Verwendung der Aktien gemacht wurde,
- > die Aktien eingezogen werden sollen oder
- > als Akquisitionswährung genutzt werden sollen.

In Tabelle sieben sind zunächst die Ergebnisse der Rückkäufe, bei denen sich die Unternehmen die weitere Verwendung offenließen, zusammengefasst.

---

<sup>177</sup> Vgl. Abschnitt 3.3

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	-0,04%	-0,11238	0,9915	0,02%	133	0,8932	13	10	23
0	3,1%***	5,0799	0,0000	2,88%***	262	0,0000	20	3	23
+1	0,25%	0,49906	0,6227	0,05%	142	0,9168	11	12	23
[-1;+1]	3,3%***	3,8651	0,0008	3,14%***	248	0,0003	18	5	23

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau  
WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 7: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen ohne Angabe von konkreten Gründen**

Am Tag vor und am Tag nach der Ankündigung konnte wie im gesamten Untersuchungssample eine nicht signifikante und nicht nennenswerte Überrendite nahe null gemessen werden. Sowohl die höchstsignifikante Überrendite am Ankündigungstag mit 3,1% als auch die höchstsignifikante kumulierte Überrendite über den Untersuchungszeitraum liegen mit 3,3% jedoch jeweils circa 0,4% über den Werten des gesamten Untersuchungssample.

Als Nächstes werden die Rückkäufe zusammengefasst, bei denen die Gesellschaft die Einziehung als weiteren Verwendungszweck vorsieht.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	0,10%	0,38249	0,7045	0,05%	330	0,5888	19	15	34
0	1,92%***	4,0982	0,0003	1,45%***	516	0,0000	27	7	34
+1	0,28%	1,1066	0,2765	0,25%	355	0,3342	17	17	34
[-1;+1]	2,31%***	3,8589	0,0005	1,68%***	510	0,0001	17	7	34

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau  
WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 8: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen, bei denen die Aktien eingezogen werden sollen**

Die abnormalen Renditen an den Tagen  $t=-1$  und  $t=+1$  sind nach wie vor nicht signifikant und sehr gering. Am Ankündigungstag ergibt sich eine höchstsignifikante Überrendite von 1,92%. Damit liegt der Wert unter dem Wert des gesamten Untersuchungssample und unter dem Wert der Rückkäufe ohne Nennung eines expliziten Grundes. Dasselbe gilt für die über den Untersuchungszeitraum kumulierte höchstsignifikante Überrendite von 2,31%.

Abschließend werden Aktienrückkäufe betrachtet, bei denen die Aktien in Zukunft als Akquisitionswährung verwendet werden sollen.

t	AAR/CAAR	t-Statistik	p-value	Median	WVR-Statistik	p-value	Vorzeichen		N
							pos	neg	
-1	0,47%	1,431	0,1687	0,25%	147	0,1231	12	8	20
0	1,93%**	2,44	0,0247	1,08%**	162	0,0328	13	7	20
+1	0,78%*	1,9564	0,06528	0,84%*	151	0,08969	14	6	20
[-1;+1]	3,18%***	3,5502	0,00214	3,27%***	178	0,00486	15	5	20

\*=10%-Signifikanzniveau, \*\*=5%-Signifikanzniveau, \*\*\*=1% Signifikanzniveau

WVR= Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test

**Tabelle 9: Zusammenfassung der Ergebnisse von Rückkäufen, bei denen die Aktien als Akquisitionswährung verwendet werden sollen**

Die Überrendite am Ankündigungstag liegt mit 1,93% und einem 5%igen Signifikanzniveau unter der Überrendite des gesamten Untersuchungssamples. Interessant sind hier zudem die vergleichsweise überdurchschnittlichen abnormalen Renditen am Tag vor und am Tag nach der Ankündigung. Die Überrendite am Tag vor der Ankündigung beträgt 0,47% und liegt mit einem p-value von 0,1687 bzw. 0,1231 nahe des zehnten Signifikanzniveaus. Die abnormale Rendite am Tag nach der Ankündigung beträgt 0,78% und weist ein zehntes Signifikanzniveau auf. Das Ergebnis bezogen auf den Untersuchungszeitraum entspricht mit einer höchstsignifikanten Überrendite von 3,18% damit in etwa dem des gesamten Untersuchungssamples. Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch *Gerke et.al*, welche ebenfalls nach den Rückkäufen differenziert haben, bei denen die Aktien für Akquisitionen verwendet werden sollen.<sup>178</sup> In ihrer Arbeit liegt die durchschnittliche abnormale Überrendite ebenfalls nahe der des gesamten Untersuchungssamples.

<sup>178</sup> Vgl. Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, 19ff.

## 6 Fazit

### 6.1 Zusammenfassung

Nachdem deutsche Aktiengesellschaften im Jahr 2008 so viel Kapital für Rückkäufe aufgewendet haben wie nie zuvor, brach das Rückkaufvolumen im Rahmen der Finanzkrise 2008/2009 drastisch ein. Mit abnehmendem Rückkaufvolumen hat auch die Anzahl der Studien abgenommen, die Aktienrückkäufe in Deutschland untersucht haben. Ziel dieser Arbeit war es daher, an die bestehenden Arbeiten anzuknüpfen und Aktienrückkäufe auf dem deutschen Kapitalmarkt nach der Finanzkrise 2008/2009 empirisch zu untersuchen. Dabei wurde vor allem untersucht, wie sich das Rückkaufverhalten deutscher Unternehmen entwickelt hat, und wie der Kapitalmarkt auf die Entscheidung eines Unternehmens, einen Aktienrückkauf durchzuführen, reagiert.

Hinsichtlich der Fragestellung, wie sich das Rückkaufvolumen nach der Finanzkrise entwickelt hat, ist festzustellen, dass das Volumen in den Jahren 2010 bis 2019 wieder gestiegen ist. Die Entwicklung in den letzten zehn Jahren ist jedoch nicht mit der Entwicklung vergleichbar, die Aktienrückkäufe nach dem KonTraG bis zur Finanzkrise vollzogen haben. Es scheint, als hätten viele deutsche Aktiengesellschaften aus der Finanzkrise 2008/2009 hinsichtlich Aktienrückkäufen Konsequenzen gezogen. So gibt es einige Gesellschaften, die vor der Krise federführend in Sachen Aktienrückkauf waren und sich nach der Finanzkrise vollends von diesem Ausschüttungsinstrument distanziert haben.

In den Jahren nach dem KonTraG bis zur besagten Krise ist das Rückkaufvolumen deutlich stärker gewachsen als das Volumen der Dividendenzahlungen. 2007 und 2008 wurde über 30% des ausgeschütteten Kapitals mittels Aktienrückkäufen ausgeschüttet. Nach der Finanzkrise stieg das Rückkaufvolumen zwar wieder, der Anteil von Aktienrückkäufen am Gesamtausschüttungsvolumen bewegte sich jedoch nur noch in einer Spanne von circa acht bis 17 Prozent. Zudem wird der Löwenanteil des Rückkaufvolumens von einigen wenigen Unternehmen getragen. Auch ist kein klarer Trend mehr hin zu einem steigenden Anteil von Aktienrückkäufen am Gesamtausschüttungsvolumen zu erkennen. Dies verdeutlicht auch das Gesamtwachstum beider Ausschüttungsinstrumente im Untersuchungszeitraum. So hatte das Wachstum der Dividenden mit einem Gesamtwachstum von 115% in etwa das gleiche Ausmaß wie das Wachstum von Aktienrückkäufen mit einem Gesamtwachstum von 111%.

Es hat sich weiterhin bestätigt, dass deutsche Gesellschaften - entgegen dem US-amerikanischen Beispiel - Aktienrückkäufe nicht als kontinuierliches Ausschüttungsinstrument betrachten, sondern diese insbesondere zur einmaligen Ausschüttung von Überschussliquidität verwenden. Dies wird bestätigt durch die Volatilität der jährlichen Wachstumsraten beider Instrumente. Das Wachstum der Dividende ist mit einer Standardabweichung von 10,4% weitestgehend konstant verlaufen, wohingegen das Wachstum von Aktienrückkäufen mit einer Standardabweichung von 55,65% sehr volatil verlaufen ist.

Mit dieser Arbeit konnte außerdem eine These bestätigt werden, die schon in diversen anderen Studien belegt worden ist. So kaufen große Aktiengesellschaften tendenziell öfters eigene Aktien zurück als kleinere Aktiengesellschaften. Da in dieser Arbeit jedoch nur Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX berücksichtigt wurden, ist das Ergebnis kritisch zu betrachten. So wurde das Rückkaufverhalten kleinerer Aktiengesellschaften, welche in keinem DAX-Index gelistet sind, nicht berücksichtigt.

Im Rahmen der durchgeführten Ereignisstudie konnte nach der Ankündigung, einen Aktienrückkauf durchzuführen, kumuliert über den Untersuchungszeitraum [-1;+1] eine abnormale Rendite in Höhe von 2,93% gemessen werden. Damit fügt sich das Ergebnis dieser Arbeit in den Trend, der sich anhand der bisherigen Studien für den deutschen Markt ergibt.

Die in anderen Studien errechneten Überrenditen nach Einführung des KontraG haben deutlich über denen des US-amerikanischen Marktes gelegen. Im Zeitverlauf hat sich jedoch vermutlich ein „Gewöhnungseffekt“ entwickelt, sodass die abnormalen Renditen abgenommen und sich dem Niveau von Ländern angeglichen haben, bei denen Aktienrückkäufe schon länger erlaubt sind.

Die Untersuchung lieferte jedoch auch unerwartete Ergebnisse hinsichtlich abnormaler Renditen. So ist es unerwartet, dass die Überrenditen der Werte des MDAX geringer sind als die Überrenditen der DAX Werte. Gemäß der Signaling-Hypothese sollten bei kleineren Unternehmen größere Informationsasymmetrien auftreten, wodurch der Kurseffekt bei diesen größer ausfällt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die MDAX-Konzerne groß genug sind, als dass bei diesen keine größeren Informationsasymmetrien auftreten, auch wenn sie in der Öffentlichkeit oftmals weniger Beachtung finden als die großen DAX-Konzerne.

## **6.2 Kritische Würdigung und Ausblick**

Diese Arbeit hat das Rückkaufverhalten deutscher Aktiengesellschaften im Zeitraum 2010 bis 2019 und die Kapitalmarktreaktionen auf die Ankündigung eines Rückkaufs empirisch erforscht. Eine weitere wichtige Fragestellung ist jedoch, wovon das Ausmaß der Kapitalmarktreaktion abhängt. Im Rahmen dieser Arbeit wurden die Rückkäufe zwar nach verschiedenen Kriterien differenziert, um Hinweise auf Ursachen für das Ausmaß der Kursreaktionen zu erhalten, in vielen umfassenderen Werken der Literatur wird jedoch eine Regressionsanalyse zur Beantwortung dieser Frage herangezogen. Um mit einer solchen Analyse signifikante Ergebnisse zu erzielen, wären jedoch weitaus mehr unternehmensbezogene Daten zu erheben gewesen. Somit besteht hinsichtlich der Fragestellung, welche Variablen das Ausmaß der Kursreaktion signifikant beeinflussen, noch weiterer Forschungsbedarf. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine solche Regressionsanalyse für den Untersuchungszeitraum auf dem deutschen Markt bisher nicht durchgeführt wurde.

Außerdem wurde bereits kritisch angemerkt, dass in der vorliegenden Untersuchung lediglich die 160 größten deutschen Aktiengesellschaften berücksichtigt worden sind. Um ein vollumfängliches Bild über das Rückkaufverhalten deutscher Aktiengesellschaften zu erlangen, sollten in der weiteren Forschung auch kleinere Aktiengesellschaften einbezogen werden.

Im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung von Aktienrückkäufen in Deutschland ist es schwierig, verbindliche Prognosen zu treffen. Einerseits haben sich sowohl das Rückkaufvolumen als auch die Kapitalmarktreaktionen seit der Finanzkrise einigermaßen gefestigt. Andererseits steht die Weltwirtschaft mit der Covid-19-Pandemie vor einer großen Herausforderung. Wie das Rückkaufverhalten deutscher Gesellschaften auf Wirtschaftskrisen reagiert, wurde in dieser Arbeit am Beispiel der Finanzkrise 2008/2009 vielfach erläutert. Ebenfalls wurde erläutert, dass Aktienrückkäufe in Deutschland weiterhin primär zur Ausschüttung von überschüssiger Liquidität verwendet werden und nicht als kontinuierliches Ausschüttungsinstrument. Vor dem Hintergrund der weltweiten Pandemie ist nicht erwartbar, dass die deutschen Gesellschaften kurzfristig viel Überschussliquidität erwirtschaften. Aus den genannten Gründen ist davon auszugehen, dass das Rückkaufvolumen zunächst erneut sinken wird, da zuerst Aktienrückkaufprogramme gestoppt werden, bevor zu der unbeliebteren Maßnahme der Dividendenkürzung gegriffen wird.

## 7 Literaturverzeichnis

- Achleitner, A.-K., 2002, Handbuch Investment Banking, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Gabler, Wiesbaden, zit. nach: Nekat, K., 2009, Ausgewählte Aspekte des Rückkaufs eigener Aktien in Deutschland, Eine modelltheoretische Analyse von Aktienrückkäufen bei preiselastischer Marktnachfrage, 1st, New ed., Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M
- Achleitner, Ann-Kristin / Wichels, Daniel, 1999, Finanzierung Aktienrückkaufprogramme - Beratungsaufgaben für Investmentbanken, in: DIE BANK, H. 10, zit. nach: Nekat, K., 2009, Ausgewählte Aspekte des Rückkaufs eigener Aktien in Deutschland, Eine modelltheoretische Analyse von Aktienrückkäufen bei preiselastischer Marktnachfrage, 1st, New ed., Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M
- Andres, C. et al., 2016, Open Market Share Repurchases in Germany: A Conditional Event Study Approach, in: Abacus, 54, H. 4, S. 417–444. DOI: 10.1111/abac.12094
- BaFin, 2016, Ad-hoc-Publizität: Änderungen durch die neue Marktmissbrauchsverordnung. Unter Mitarbeit von Anja Engelland, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2016/fa\\_bj\\_1607\\_ad-hoc\\_publizitaet.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2016/fa_bj_1607_ad-hoc_publizitaet.html), 29.05.2020
- Baker, H. K.; Powell, G. E.; Veit, E. T., 2003, Why companies use open-market repurchases: A managerial perspective, in: Quarterly Review of Economics and Finance, 43, H. 3
- Barclay, M. J., 1992, Common stock repurchases, in: The New Palgrave Dictionary of Money & Finance, H. 1, S. 407–409, zit. nach: Schremper, R., 2001, Aktienrückkauf und Kapitalmarkt, Eine theoretische und empirische Analyse deutscher Aktienrückkaufprogramme, Doctoral Thesis, 1st, New ed., Bd. 63, Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M (Bochumer Beiträge zur Unternehmensführung, 63)
- Barclay, M. J.; Smith Jr., C. W., 1988, CORPORATE PAYOUT POLICY: Cash Dividends versus Open-Market Repurchases, in: Journal of Financial Economics, 22, H. 1, S. 61–82
- Bayer, W.; Hoffmann, T.; Weinmann, D., 2007, Kapitalmarktreaktionen bei Ankündigung des Rückerwerbs eigener Aktien über die Börse – Eine empirische Studie vor dem Hintergrund der reformierten Kapitalrichtlinie –, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 36, H. 4
- Bessler, W.; Drobetz, W.; Seim, M., 2009, Share repurchases of initial public offerings: motives, valuation effects, and the impact of market regulation, in: European Journal of Finance, 20, H. 3, S. 232–263
- Blinder, J. J., 1998, The event study methodology since 1969, in: Review of Quantitative Finance and Accounting, H. 11, S. 111–137
- Boguslawska, M., 2010, Das Verbot des Handels in eigenen Aktien und seine Ausnahmen, Zentralbibliothek der Wirtschaftswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland, 2010/01/01., in: Frankfurt am Main [u.a.] : Lang, Schriftenreihe zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht ; 31. - 314 S. ; Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 2009
- Bösch, M.; Ude, E., 2014, Aktienrückkaufprogramme in Deutschland, Bd. 2014,1, Ernst-Abbe-Hochsch. Fachbereich Betriebswirtschaft, Jena (Wirtschaftswissenschaftliche Schriften / Ernst-Abbe-Hochschule Jena, Fachbereich Betriebswirtschaft, 2014,1)

- Brav, A. et al., 2005, Payout policy in the 21st century, in: *Journal of Financial Economics*, 77, H. 3, S. 483–527
- Brown, S. J.; Warner, J. B., 1980, Measuring Security Price Performance, in: *Journal of Financial Economics*, v8
- Brown, S. J.; Warner, J. B., 1985, Using Daily Stock Returns: The Case of Event Studies, in: *Journal of Financial Economics*, H. 1, S. 3–3.
- Bundesministerium für Finanzen, 2013, Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile, S 2742/07/10009 BStBl 2013 I S. 1615, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/483945/>, 05.06.2020
- Comment, R.; Jarrell, G. A., 1991, The Relative Signalling Power of Dutch-Auction and Fixed-Price Self-Tender Offers and Open-Market Share Repurchases, in: *The Journal of Finance*, 46, H. 4, S. 1243–1271
- Dann, L. Y., 1981, Common stock repurchases. An analysis of returns to bondholders and stockholders, in: *Journal of Financial Economics*, 9, H. 2, zit. nach: Schremper, R., 2001, Aktienrückkauf und Kapitalmarkt, Eine theoretische und empirische Analyse deutscher Aktienrückkaufprogramme, Doctoral Thesis, 1st, New ed., Bd. 63, Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M (Bochumer Beiträge zur Unternehmensführung, 63)
- Dittmar, A. K., 2000, Why Do Firms Repurchase Stock\*, in: *The Journal of Business*, 73, H. 3
- Flecken, W., 1911, Erwerb eigener Aktien durch Aktiengesellschaften und Amortisation, Dissertation, Erlangen, E.T. Jacob, zit. nach: Seifert, U., 2006, Aktienrückkäufe in Deutschland, Dissertation, 1. Auflage, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden (Empirische Finanzmarktforschung / Empirical Finance)
- Gerke, W.; Fleischer, J.; Langer, M., 2003, Kurseffekte durch Aktienrückkäufe– eine empirische Untersuchung für den deutschen Kapitalmarkt, Hrsg. v. Börsig, C., Deutscher Betriebswirtschaftler-Tag; Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft, Stuttgart
- Gerpott, T. J.; Jakopin, N. M., 2006, Ereignisstudien, Eine kapitalmarktorientierte Methodik zur Bewertung von neuen unternehmensbezogenen Informationen, in: *Zeitschrift für Studium und Forschung*, H. 35, S. 66–72
- Grullon, G.; Michaely, R., 2002, Dividends, Share Repurchases, and the Substitution Hypothesis, in: *The Journal of Finance*, 57, H. 4, S. 1649–1684
- Hackethal, A.; Zdantchouk, A., 2004, Share Buy-Backs in Germany Overreaction to Weak Signals?, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Fachbereich WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN, Frankfurt am Main
- Hüffer, U.; Koch, J., 2020, Aktiengesetz, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München
- Immenkötter Philipp, 2018, Aktienrückkäufe im Trend, Flossbach von Storch RESEARCH INSTITUTE.
- Kellerhals, P.; Rausch, E., 2000, Die Liberalisierung von Aktienrückkäufen: Bundesdeutsche Erfahrungen, Kuselit Verlag GmbH, 2000/05/21., in: *Die Aktiengesellschaft*, H. 5
- Kitanoff, A., 2009, Der Erwerb eigener Aktien: Aktienrückkäufe und Interessen der Gläubiger, Aktionäre und des Kapitalmarkts, Peter Lang, 2009, Frankfurt am Main, zit. nach: Bösch, M.; Ude, E., 2014, Aktienrückkaufprogramme in Deutschland, Bd. 2014,1, Ernst-

- Abbe-Hochsch. Fachbereich Betriebswirtschaft, Jena (Wirtschaftswissenschaftliche Schriften / Ernst-Abbe-Hochschule Jena, Fachbereich Betriebswirtschaft, 2014,1)
- Klug, M., 2001, Erwerb eigener Aktien als Instrument zur Abwehr feindlicher Übernahmen, Eine modelltheoretische Analyse, Zugl.: Hagen, Fernuniv., Diss., 2000, Verl.-Haus Monsenstein und Vannerdat, Münster
- Koch, R., 2006, Die Auswirkungen des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG) auf den Erwerb eigener Aktien, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Duncker & Humblot GmbH, Berlin
- Kopp, Hans Joachim, Verfasser, 1996, Erwerb eigener Aktien Ökonomische Analyse vor dem Hintergrund von Unternehmensverfassung und Informationseffizienz des Kapitalmarktes, Dt. Univ.-Verl., 1996, Wiesbaden, zit. nach: Seifert, U., 2006, Aktienrückkäufe in Deutschland, Dissertation, 1. Auflage, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden (Empirische Finanzmarktforschung / Empirical Finance)
- Kramer, S., 2013, Kurspflegemaßnahmen – zwischen strafbarer Marktmanipulation und zulässiger Kursstabilisierung, Bd. 38, Centaurus Verlag & Media, Herbolzheim (38)
- Kühnberger, M.; Richter, M., 2017, Aktienrückkäufe und Dividenden – Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, in: KoR Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, H. Nr. 04, S. 173–178
- Laurie Simon Bagwell; Shoven, J. B., 1989, Cash Distributions to Shareholders, in: The Journal of Economic Perspectives, 3, H. 3, S. 129–140
- Lüken, C. P., 2011, Der Erwerb eigener Aktien nach 71 ff. AktG, Deregulierungs- und Liberalisierungsbestrebungen im europäischen Gesellschaftsrecht, Duncker & Humblot, Berlin (Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht - Band 27)
- Mackinlay, A. C., 1997, Event Studies in Economics and Finance, in: Journal of Economic Literature, 35, H. 1, S. 13–39
- Manconi, A.; Peyer, U.; Vermaelen, T., 2013, Buybacks Around the World, in: INSEAD, Faculty & Research, H. 101
- Medury, P. V.; Bowyer, L. E.; Srinivasan, V., 1992, Stock repurchases: a multivariate analysis of repurchasing firms, in: Quarterly Journal of Business and Economics, v31, H. n1
- Miller, M. H.; Modigliani, F., 1961, Dividend Policy, Growth, and the Valuation of Shares, in: The Journal of Business, 34, H. 4, S. 411–433
- Modigliani, F.; Miller, M. H., 1958, The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment, in: The American Economic Review, 48, H. 3, S. 261–297
- Nekat, K., 2009, Ausgewählte Aspekte des Rückkaufs eigener Aktien in Deutschland, Eine modelltheoretische Analyse von Aktienrückkäufen bei preiselastischer Marktnachfrage, 1st, New ed., Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M.
- Nekat, K.; Nippel, P., 2006, Aktienrückkäufe und asymmetrische Informationsverteilung, in: WIST - Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 35, H. 1, S. 25–30
- Pellens, B.; Schremper, R., 2000, Theorie und Praxis des Aktienrückkaufs in den USA und in Deutschland, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 2000, H. 2

- Pertlwieser, M., 2006, Der Erwerb eigener Aktien in Deutschland, Eine ganzheitliche Kapitalmarktuntersuchung deutscher Aktienrückkaufprogramme und ein Konzept zur praktischen Implementierung, Zugl.: Kassel, Univ., Diss., 2005, Bd. 3175, Lang, Frankfurt am Main (Europäische Hochschulschriften Reihe 5, Volks- und Betriebswirtschaft, 3175)
- Petersdorf, W., 2016, Doping für Unternehmenswerte: Wie Aktienrückkäufe die Kurse beflügeln, Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/wie-aktienrueckkaeufe-die-kurse-befluegeln-14406631.html>, 02.07.2020
- Petersdorf, W., 2019, Amerikanische Unternehmen: Attacke auf Aktienrückkäufe, Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzmarkt/bernie-sanders-kritisiert-umfangreiche-aktienrueckkaeufe-16024413.html>, 26.06.2020
- Peyer, U.; Vermaelen, T., 2009, The Nature and Persistence of Buyback Anomalies, in: REVIEW OF FINANCIAL STUDIES, 22, H. 4, S. 1693–1745
- Peyer, U. C.; Vermaelen, T., 2005, The many facets of privately negotiated stock repurchases, in: Journal of Financial Economics, 75, H. 2, S. 361–395, zit. nach: Nekat, K., 2009, Ausgewählte Aspekte des Rückkaufs eigener Aktien in Deutschland, Eine modelltheoretische Analyse von Aktienrückkäufen bei preiselastischer Marktnachfrage, 1st, New ed., Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M
- Pickel, J.; Röder, K., 2015, Die Kurswirkung von Aktienrückkäufen in Deutschland, in: Corporate Finance Zeitschrift, H. 11, S. 421–427
- Podlech, N., 2012, Dividenden und Aktienrückkäufe unter der Abgeltungssteuer, Institut für Betriebswirtschaftslehre, Kiel (No. 656)
- Prokot, A., 2006, Strategische Ausschüttungspolitik deutscher Aktiengesellschaften, 1. Aufl., DUV Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden
- Schädle, M., 2000, Erwerb eigener Aktien in den USA, Rechtliche Rahmenbedingungen, Motive und potentielle Nachteile, Zugl.: Linz, Univ., Diplomarbeit, 2000, Bd. 43, Trauner, Linz (Schriften der Johannes-Kepler-Universität Linz Reihe B, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 43), zit. nach: Sendel-Müller, M., 2009, Aktienrückkäufe und Effizienz der Aufsichtsratsarbeit, Bestandsaufnahme, Bewertung und Auswirkungen von Aktienrückkaufprogrammen der DAX 30-, MDAX-, SDAX- sowie TecDAX-Unternehmen auf die Arbeit der Arbeitnehmervertretung in Aufsichtsräten, Bd. 237, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf (Unternehmensmitbestimmung und Unternehmenssteuerung, 237)
- Schremper, R., 2001, Aktienrückkauf und Kapitalmarkt, Eine theoretische und empirische Analyse deutscher Aktienrückkaufprogramme, Doctoral Thesis, 1st, New ed., Bd. 63, Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M (Bochumer Beiträge zur Unternehmensführung, 63)
- Schremper, R., 2003, Kapitalmarktrelevanz deutscher Aktienrückkaufprogramme, in: Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung - zfbf, 55, S. 578–605
- Seifert, U., 2006, Aktienrückkäufe in Deutschland, Dissertation, 1. Auflage, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden (Empirische Finanzmarktforschung / Empirical Finance)
- Sendel-Müller, M., 2009, Aktienrückkäufe und Effizienz der Aufsichtsratsarbeit, Bestandsaufnahme, Bewertung und Auswirkungen von Aktienrückkaufprogrammen der DAX 30-, MDAX-, SDAX- sowie TecDAX-Unternehmen auf die Arbeit der Arbeitnehmervertretung in Aufsichtsräten, Bd. 237, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf (Unternehmensmitbestimmung und Unternehmenssteuerung, 237)

- SKOG, R., 1997, Der Erwerb eigener Aktien: Reformbestrebungen in den EU-Mitgliedstaaten, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 26, H. 3, S. 306–333
- Sommer, U., 2019a, Konzerne machen Anlegern Milliarden Geschenke – und schwächen ihre Bilanzen, Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/anlagestrategie/fondestf/aktienrueckkaeufe-konzerne-machen-anlegern-milliardengeschenke-und-schwaechen-ihre-bilanzen/23970574.html?ticket=ST-43526-hLO1yJgfqyozFn1zUGDf-ap3>, 17.07.2020
- Sommer, U., 2019b, Wieso US-Firmen plötzlich ihre Aktienrückkäufe reduzieren, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/aktien/aktien-rueckkehr-zur-normalitaet-wieso-us-firmen-ploetzlich-ihre-aktienrueckkaeufe-reduzieren/24978306.html>, 17.07.2020
- Stehle, R.; Seifert, U., 2003, Stock Performance around Share Repurchase Announcements in Germany, in: SFB 373 Discussion Papers
- Stephens, C. P.; Weisbach, M. S., 1998, Actual Share Reacquisitions in Open-Market Repurchase Programs, in: The Journal of Finance, 53, H. 1, S. 313–333
- Terberger, E.; Wettberg, S., 2005, Der Aktienrückkauf und die Bankenkrise von 1931, University of Heidelberg, Department of Economics, Heidelberg (Discussion Paper Series, 418)
- Vermaelen, T., 1981, Common stock repurchases and market signalling : An empirical study, in: Journal of Financial Economics, 9, H. 2
- Vermaelen, T., 2005, Share Repurchases, 1. Aufl., Boston, zit. nach: Nekat, K., 2009, Ausgewählte Aspekte des Rückkaufs eigener Aktien in Deutschland, Eine modelltheoretische Analyse von Aktienrückkäufen bei preiselastischer Marktnachfrage, 1st, New ed., Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a.M
- Zeng, L., 2016, Examining Share Repurchasing and the S&P Buyback Indices in the U.S. Market, S&P Global Inc

#### **Zitierte Gesetze und Verordnungen**

- Aktiengesetz, AktG, vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2637)
- Handelsgesetzbuch, HGB, vom 12.08.2020 (BGBl. I S. 1874)
- Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, KonTraG, in: Bundesgesetzblatt, 1998, H. Teil I Nr. 24
- Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung, Steuerersenkungsgesetz - StSenkG, in: Bundesgesetzblatt, 2000, H. Teil I Nr. 46
- Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts, Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG, in: Bundesgesetzblatt, 2009, H. Teil I Nr. 27



# Will Germany reach its 2030 climate goals in the transportation sector? – An investigation focusing on the new German Emission Trading System

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Global Business and Economics (B.Sc.)

Erstprüfer: Prof. Dr. rer. pol. Andreas Bernecker

Abgabedatum: 06.01.2021

vorgelegt von

Axel Plum

aus Aachen

## **Acknowledgements**

For the continuous support throughout the research project as well as during the years of the bachelor studies "Global Business and Economics" at the FH Aachen the author would like to thank the following persons.

First, a special thanks goes to the supervisor Prof. Dr. Andreas Bernecker for the support during the entire work process and his helpful recommendations for the thesis structure. Also, many thanks to Prof. Dr. Fredebeul-Krein, who supervises this work as second examiner.

Second, the author wants to express his gratitude and love to his family who is always supporting him without exception.

Third, the author would like to mention those who accompanied him during his studies and constantly supported him in his work. For their tireless assistance, great appreciation goes to A.W., J.S. and M.W..

## Abstract

The bachelor thesis "Will Germany reach its 2030 climate goals in the transportation sector? – An investigation focusing on the new German Emission Trading System" deals with the question of whether and how the emission target of 98-95 Mt. CO<sub>2</sub>/e in the German transportation sector can be achieved in a socially acceptable manner under the new national emission trading system (nETS).

The author aims to discover the required carbon price path and the best policy instrument to realize the climate goals in this sector by 2030. Therefore, a critical assessment of the economic feasibility of far-reaching market regulations regarding the social acceptance is also addressed. To be able to answer the research question, the reduction potential of the expectable future technological innovations and carbon pricing need to be analyzed in this sector over the next decade.

For the carbon price path, the price elasticity of demand in the German transportation sector is used. Being influenced by the closeness to substitutes, the budget share spent on the good and the available time to adjust, different scenarios are reviewed to get a sense of the planned and necessary price development to limit the emission output<sup>1</sup>. To analyze the impact of different policy instruments the economic model of the research paper "Prices vs. Quantities reassessed" (Karp and Traeger, 2018)<sup>2</sup> is applied to the German transportation sector. Thereby the welfare aspects of four different market regulations (tax, quota, price corridor and Flexcap) are reviewed based on a current and future market development in 2030.

As the results have shown, the German climate target for the transportation sector in 2030 is too ambitious to be realized. First and foremost, the minor technological development and the transformation problems in this sector can contribute too little to the required emission reduction. Further, an excessive increase of carbon pricing which could close the remaining emission gap of the climate targets encounters social intolerance. Also, it is not considered to be necessary as other sectors show better reduction potentials at lower economic costs.

The Flexcap has been identified to be the best policy instruments in terms of welfare effects. In contrast to all other market regulations, it keeps the uncertainty about price and emission quantity constantly low. Thereby it determines the most promising way to design a climate regulation that is socially acceptable, too.

---

<sup>1</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.141f.

<sup>2</sup> cf. Karp and Traeger (2018)

## Table of Contents

<b>Acknowledgements</b> .....	II
<b>Abstract</b> .....	III
<b>Table of Contents</b> .....	IV
<b>List of Abbreviations</b> .....	VI
<b>List of Figures</b> .....	VIII
<b>List of Tables</b> .....	X
<b>1 Introduction</b> .....	1
1.1 <i>Negative externalities and market intervention</i> .....	1
1.2 <i>Case of urgency for sustainable development</i> .....	3
1.3 <i>Research aim</i> .....	4
1.4 <i>Thesis Structure</i> .....	4
<b>2 Fundamentals</b> .....	6
2.1 <i>The political foundation to mitigate climate change</i> .....	6
2.1.1 The European Green Deal - Climate Targets for 2030 .....	6
2.1.2 Economic implementation of the climate targets in Germany .....	7
2.2 <i>Producer of the CO<sub>2</sub> emissions in the German transportation sector</i> .....	11
2.3 <i>The economic basics in the context of the fuel market</i> .....	13
2.3.1 General Market functioning.....	13
2.3.2 The price elasticity of demand.....	15
2.3.3 Negative externalities and market failure .....	17
2.3.4 Asymmetric information .....	18
2.4 <i>Forms of direct regulations and price controls and their distributional impact on market participants</i> .....	19
2.4.1 Tax.....	19
2.4.2 Quota (Cap) .....	20
2.4.3 Price corridor with upper & lower price limit.....	20
2.4.4 Flexcap.....	21
2.4.5 Distribution of direct market regulations among its participants.....	23
2.5 <i>Theory on climate change – The difference between flow and stock pollutant</i> .....	24
2.5.1 The basic economic model .....	24
2.5.2 The effect of technological shifts for flow pollutants.....	26
2.5.3 The effect of technological shifts for stock pollutants .....	28
<b>3 The German transportation sector under the national ETS</b> .....	32
3.1 <i>Design options</i> .....	32

3.2	<i>Economic implementation</i> .....	33
3.3	<i>Cost structure of German vehicles powered by gasoline and diesel</i> .....	34
3.3.1	Fuel expenses.....	34
3.3.2	Vehicle expenses.....	36
3.4	<i>The price elasticity of demand of fossil fuels</i> .....	37
3.4.1	Adjusting screws .....	37
3.4.2	Empirical evidence.....	38
3.5	<i>Assessment of the emission reduction through the climate action plan 2030</i> .....	39
<b>4</b>	<b>Analysis</b> .....	<b>41</b>
4.1	<i>Contribution of the national ETS to reduce the CO2 emissions in the German transportation sector</i> .....	41
4.1.1	Calculation method .....	41
4.1.2	Results of current carbon pricing.....	42
4.1.3	Results of an appropriate carbon pricing.....	43
4.2	<i>Application of the economic model of stock pollutant in the German transportation sector</i> .....	44
4.2.1	Under general policy instruments.....	46
4.2.2	Under advanced policy instruments .....	46
<b>5</b>	<b>Evaluation</b> .....	<b>48</b>
5.1	<i>Prospects of success of the current measure imposed</i> .....	48
5.1.1	Climate perspective .....	48
5.1.2	Economic perspective.....	48
5.2	<i>Design of an efficient policy to achieve the climate targets 2030</i> .....	49
5.2.1	Climate perspective .....	49
5.2.2	Economic perspective.....	50
5.3	<i>Contribution of non-ETS measures to reduce the CO2 emissions in the German transportation sector</i> .....	51
5.4	<i>Implementation problems of a stricter carbon price path</i> .....	53
5.5	<i>Additional recommendation</i> .....	55
5.5.1	Adjustment of the vehicle and fuel tax for diesel cars .....	55
5.5.2	Social compensation .....	56
<b>6</b>	<b>Conclusion and Future outlook</b> .....	<b>58</b>
	<b>Appendix</b> .....	<b>59</b>
	<b>List of References</b> .....	<b>65</b>
	<b>Literature</b> .....	<b>65</b>

## List of Abbreviations

BEHG	Fuel Trading Act (“Brennstoffemissionshandelsgesetz”)
CCM	cubic centimeter
CDM	Clean Development Mechanism
CO <sub>2</sub>	carbon dioxide
CO <sub>2</sub> /e	carbon dioxide equivalent
DEHSt	German Emission Trading Authority (“Deutsche Emissionshandelsstelle”)
DWL	deadweight loss
ESD	Effort Sharing Decision
ESR	Effort Sharing Regulation
ETS	Emission Trading System
EUA	European Emission Allowance
ε <sub>D</sub>	price elasticity of demand
g	gramm
GDP	gross domestic product
GHG	greenhouse gas
km	kilometer
KP	Kyoto Protocol
KSP	Climate Action Programme (“Klimaschutzprogramm”)
l	liter
MAC	marginal abatement cost
MB	marginal benefit
MC	marginal cost
MD	marginal damage
MSC	marginal social cost
Mt	million (metric) tons
NAP	National Allocation Plan
nETS	national Emission Trading System

## VII

NO <sub>2</sub>	nitrogen dioxides
NPM	National Platform Future Mobility
P / P*	price
Q / Q*	quantity
SDM	Sustainable Development Mechanism
SEA	Single European Act
UBA	German Environment Agency („Umweltbundesamt“)
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate
VAT	value added tax
€/l	Euro per liter

## List of Figures

Figure 1: Illustrative example of corrective tax on gasoline .....	2
Figure 2: A global perspective on climate-related risks .....	4
Figure 3: The cap in the EU ETS, separated into a cap for stationary installations and a cap for the aviation sector .....	9
Figure 4: Distribution of the effort-sharing target among the 28 member states and status of target achievement (in percent compared to 2005) .....	10
Figure 5: Development of greenhouse gas emissions in Germany - defined by the sectors of the Climate Protection Act (KSG) .....	11
Figure 6: Change 1990-2017 in total greenhouse gas emissions for transport (including aviation but without emissions from international shipping).....	11
Figure 7: GHG-emissions of the transportation sectors 2005 to 2018 as well as the targets for 2021 until 2030 .....	12
Figure 8: Emission sources Transportation (without CO <sub>2</sub> from biofuels) (2018) .....	12
Figure 9: The Principle of market functioning .....	14
Figure 10: Calculation of the price elasticity of demand .....	16
Figure 11: Negative externality in a market .....	18
Figure 12: Market illustration of a Tax and Quota (Cap) .....	20
Figure 13: Market illustration of a price corridor and Flexcap.....	21
Figure 14: Tax incidence .....	24
Figure 15: The social cost of fossil fuel (negative externality) and the environmental cost of fossil fuel (economic model) .....	25
Figure 16: Economic model for flow pollutant using a steep and flat MAC function .....	27
Figure 17: Illustration of GHG-emission gap until a global temperature increase of 1.5°C is reached .....	29
Figure 18: Economic model for stock pollutant using a steep and flat MAC function.....	30
Figure 19: Composition of the fuel price for gasoline (E10) and diesel in Germany (2015).....	35
Figure 20: Price development of gasoline and diesel between 2021-2030 (and 2015 as a reference) according to the price path of the carbon tax of the KSP, in 2020 values .....	36
Figure 21: Application of the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (tax and quota) .....	45

Figure 22: Application of the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (price corridor and Flexcap).....	47
Figure 23: Carbon & sales price development of gasoline and diesel fuel according to a low-tech (0.4) and high-tech (0.93) price elasticity of demand .....	49
Figure 24: Flexcap and Classic System: Comparison of Effects .....	51
Figure 25: Required carbon price path for transport and heating in Germany to reduce emissions in the sectors transportation, non-ETS and heating in 2030 .....	53
Figure 26: GHG-emission reduction of progressive technologies outside the German transportation sector in 2030 .....	54
Figure 27: Share of historical total emissions 1850 until 2017 and the country-specific share of emissions in 2017 .....	59
Figure 28: Share of historical total emissions 1850 until 2017 and the country-specific share of emissions in 2017 .....	59
Figure 29: Impact of a shift in demand on the price and quantity level under different designs of a Flexcap (flat, normal and steep) .....	60
Figure 30: Possible market developments for the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (Tax, Quota, Flexcap).....	60
Figure 31: Possible market developments for the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (Tax, Quota, Flexcap).....	61
Figure 32: Example of the calculation of the future gasoline and diesel price level with an increasing carbon price of a tax (180€/ton in 2030) and average inflation of 1.44% in Germany .....	62
Figure 33: Example of the calculation of the emission quantity using a tax and carbon price path of the KSP 2030 .....	62
Figure 34: Representation of the actual emissions in 2015, a projection of 2030 emissions according to the "National Platform Future Mobility" and the emissions under a cap in 2030 in the German transportation sector .....	62
Figure 35: Reverse calculation from the planned emission values (KSP 2030) to the price level of gasoline and diesel in 2030 using a price elasticity of demand of -0.97 .....	63
Figure 36: Calculation of the share of the CO <sub>2</sub> tax in the sales price of gasoline and diesel in 2030 when a price elasticity of demand of -0.97 has been considered .....	63
Figure 37: Calculation of the emission reduction (see appendix 4.2) to prove that the emission reduction is sufficient to meet the German climate targets 2030 .....	63
Figure 38: Total costs and cost differences of new gasoline and diesel vehicles between 2020 and 2030 without a CO <sub>2</sub> tax, with a CO <sub>2</sub> tax and with a CO <sub>2</sub> tax and the adjustment of the diesel fuel and vehicle tax until 2024 .....	64

Figure 39: Percentage value of the global GHG-emission from parties that have ratified the Paris Climate Agreement until 2020, by deducting countries that have not ratified the protocol, using data from the Kyoto GHG-emissions AR4 from 2017 .....64

## List of Tables

Table 1: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (base scenario).....	42
Table 2: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (low-tech scenario).....	42
Table 3: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (high-tech scenario) .....	43
Table 4: Required CO <sub>2</sub> /e reduction through carbon pricing (base scenario).....	44
Table 5: Required CO <sub>2</sub> /e reduction through carbon pricing (low-tech scenario) .....	44
Table 6: Required CO <sub>2</sub> /e reduction through carbon pricing (high-tech scenario) .....	44
Table 7: Emission reduction in 2030 through a carbon price of 310€/ton without transportation alternatives.....	50

# 1 Introduction

The following chapter explains the importance of a sustainable development in the German transportation sector and presents the research objective. Further, an overview about the following chapters will be given to reflect the structure of this thesis.

## 1.1 Negative externalities and market intervention

Products or services we consume generate certain benefits to us as users. It can be a speaker in our living room, a lawn mower in our backyard or a car in our garage. While their benefits sometimes spill over to others and cause positive impacts they can also lead to negative ones. The terms used in economics are called positive or negative externality respectively<sup>3</sup>.

In the case of the speaker, we decide to play a song even though our own dog may not like the sound volume of our music. The lawn mower that keeps our garden tidy may disturb neighbors while having a romantic dinner on their balcony. When it comes to the car it may be the noise that disrupts pedestrians while driving or more importantly the emissions we pollute during its use.

All these negative externalities can be measured as an additional cost to society<sup>4</sup>. Regulations to account for these negative spill-over effects can completely vary. In Germany, the government has introduced command-and-control-policies to protect the disturbance of peace for example. Consequently, music speakers should run at lower volume between 10pm and 6am, while lawn mowers are only allowed to be used from 7am to 8pm<sup>5</sup>.

Another way of dealing with negative externalities is the use of a market-based approach.<sup>6</sup> Since 2003 the energy duty act has been in force in Germany which among other things charges taxes for the use of fossil fuels.<sup>7</sup> In comparison to the disturbance of noise, emissions caused by fossil fuels cannot always be directly observed, nor do they need to cause an immediate response. In the long-term however, they can lead to adverse health effects and ecological damages that affect the society and economy.

These ecological costs are not considered in a free market. Thus, people do not pay for the damages they produce through their consumption. Governmental interventions such as the introduction of a tax system can take corrective action to address these ignored costs. Thereby, it influences consumer behavior towards lower consumption quantities of the damaging good or service.

---

<sup>3</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.240

<sup>4</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.239

<sup>5</sup> cf. Verlag für Rechtsjournalismus GmbH (2021), n.p.

<sup>6</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.247

<sup>7</sup> cf. Wirtschaftliche Dienste 4: Haushalt und Finanzen (2019), p.1

The following illustrative example (Figure 1) shows that different cost factors such a corrective tax could cover to compensate negative externalities in the market. Imagine, "the government subsidizes fuel directly through 0.10\$ of financial support (pre-tax subsidy, item 2) and indirectly by forgoing value added tax (VAT) of \$0.10 normally charged on goods (item 3)". This promotes an increased fossil fuel consumption because consumers pay lower prices (\$0.80) as if the good would be properly taxed<sup>8</sup>. In Germany, for example, the energy tax for diesel is below the one for gasoline. Thus, there is an indirect subsidy for diesel fuel because it is more damaging per liter than gasoline. Even though the energy tax is already a corrective tax, it shows that fossil fuels are not always properly charged.

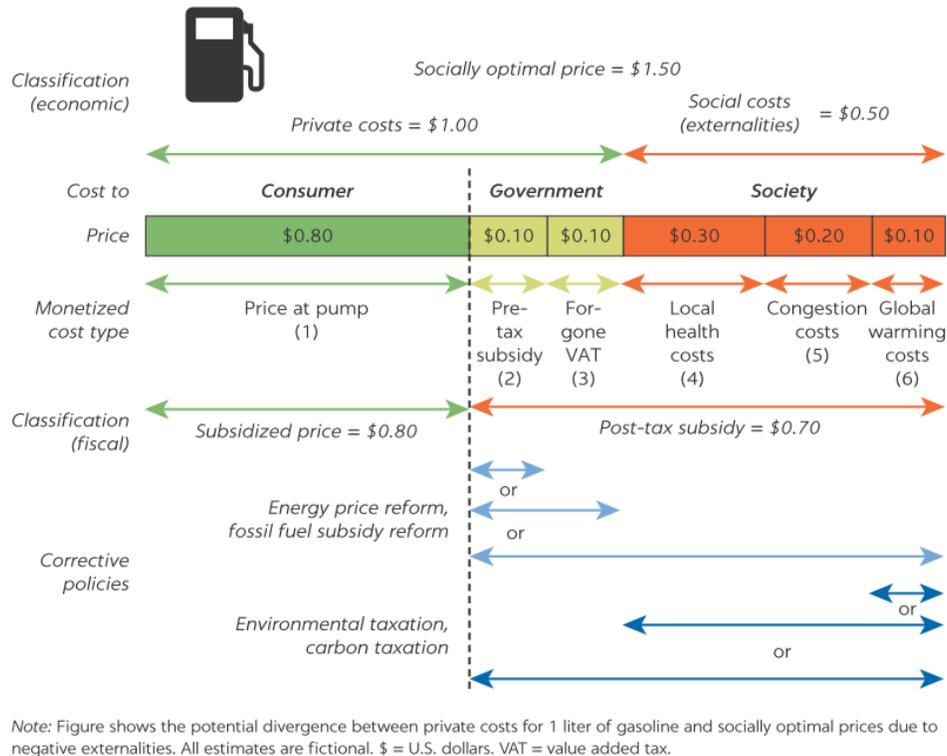


Figure 1: Illustrative example of corrective tax on gasoline<sup>9</sup>

In general, a corrective tax can be used to address different costs for society. As the figure illustrates, a corrective tax can account for the local health costs that occur through the fuel combustion (\$0.30, item 4). In addition, it can cover social cost through increased congestion as "underpricing fuel [...] incentivizes inefficient car use" (\$0.20, item 5). Furthermore, global warming costs from emitting CO<sub>2</sub> can be included (\$0.10, item 6), which would result in a social optimal fuel price of \$1.50 as depicted in the example<sup>10</sup>. To better understand the last factor of these social costs, the cost of global warming caused by CO<sub>2</sub> will be explained in the following.

<sup>8</sup> paragraph cf. Pigato (2019), p.15

<sup>9</sup> Pigato (2019), p.15

<sup>10</sup> paragraph cf. Pigato (2019), p.15

## 1.2 Case of urgency for sustainable development

Since the Industrial Revolution in the second half of the 19th century, temperatures have been rising faster than ever before<sup>11</sup>. Expressed in numbers, the increase has been close to 1°C of the global temperature in 2016<sup>12</sup>. Responsible for this development are greenhouse gases, such as carbon dioxide (CO<sub>2</sub>), methane, nitrous oxide, and fluorinated gases.

Originally, greenhouse gases are important to enable life on earth. Without having them, the average global temperature would be around -18 °C and the earth completely frosted. Through greenhouse gases in the earth atmosphere the current average temperature is kept around 15 °C. What characterizes them is that "they allow relatively unobstructed penetration of the sun's energetic radiation towards Earth (especially in the visible short-wave range) whilst absorbing a part of the long- wave radiation that is reflected from the Earth's warmed surface."<sup>13</sup> As a result, some of the energy is kept within the atmosphere so that the earth adopts a higher, livable temperature. In short, the greenhouse effect<sup>14</sup>.

However, if the concentration of greenhouse gas rises in the atmosphere, the earth traps more heat and average temperature begins to rise. When the earth reaches an average temperature increase of 2 °C (pre-industrial levels), high risk of serious and irreversible ecological developments will be the consequence<sup>15</sup>. Therefore, a limitation of further temperature rises should be targeted and realized as the main cause for this development is due to human activities (Figure 2)<sup>16</sup>.

An important greenhouse gas that highly contributes to this effect is carbon dioxide (CO<sub>2</sub>). Its concentration in the earth's atmosphere rises continuously and clearly exceeds earlier maximum marks in the last 400 years of mankind history<sup>17</sup>. Mainly responsible for this development are the industrialized countries which have the greatest share of these increased CO<sub>2</sub> emissions. Here the U.S., all of Europe, China, Russia and India are among the greatest CO<sub>2</sub> emitters. In the European Union (incl. the UK), Germany highly contributes to this higher greenhouse gas concentration. Having per capita CO<sub>2</sub> emissions of 9.2 tons, Germany does not only outweigh the world average of 4.97 tons but also the average of the remaining European countries<sup>18</sup>. In consequence, the EU and Germany have implemented climate goals that shall reduce future CO<sub>2</sub> and other greenhouse gas emissions. The most recent goals are set in the European Green Deal and Climate Action Program 2030.

---

<sup>11</sup> cf. Allnoch (2020), n.p.

<sup>12</sup> cf. Wirtschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und (2017), p.19

<sup>13</sup> Umweltbundesamt (2009), n.p.

<sup>14</sup> paragraph cf. Umweltbundesamt (2009), n.p.

<sup>15</sup> cf. Wirtschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und (2017), p.46

<sup>16</sup> cf. Wirtschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und (2017), p.16

<sup>17</sup> cf. Allnoch (2020), n.p.

<sup>18</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2020)

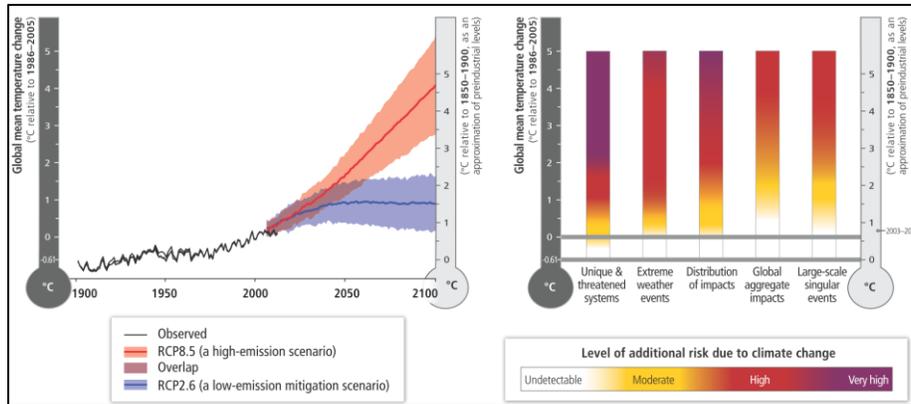


Figure 2: A global perspective on climate-related risks<sup>19</sup>

### 1.3 Research aim

Through the analysis of carbon pricing in the non-ETS sector, the fulfillment of the climate goals 2030 in the German transportation sector is evaluated. Therefore, different policy instruments and their effect on social welfare are analyzed and the required carbon price development is assessed, to ensure the sector-specific climate objective. In addition, implementation problems of the required carbon price path are reflected and possible improvements for the distribution of the financial burden outlined.

### 1.4 Thesis Structure

The bachelor thesis "Will Germany reach its 2030 climate goals in the transportation sector? – An investigation focusing on the new German Emission Trading System" is divided into six chapters. After this introduction into the importance of sustainable development in the German transportation sector, a basis for discussion will be created in the second chapter "Fundamentals". In the beginning, the political realization of the climate targets on European and German level is evaluated and the structure of the national transportation sector is assessed. After that, the theoretical foundation for an analysis is provided. Starting with economic basics, different policy instruments are presented afterwards. Last, the economic model for flow and stock pollutants is explained.

The third section covers the planned implementation of the German emission trading system (ETS) in 2021. In addition, the costs of individual transports are presented and their effects on the respective market participants demonstrated. For the sake of completeness, an independent assessment of emission reductions by the "Öko-Institut e.V." is presented. Thereby, the effect of the Climate Action Program 2030 in the German transportation sector is assessed. All in all, this provides the basis for the analysis.

During the analysis, the effective design and level of a price path for the German transportation sector is reviewed. Its results are evaluated in the penultimate chapter in terms

<sup>19</sup> Field et al. (2014), quoted in: Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral: Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, p.13

of climatic and economic target achievement. Regarding the emission reductions in transportation, also implementation problems of an effective price path are highlighted and recommendations for a consistent tolerance of climate policies given. The thesis concludes with the final section linking the transportation sector to the overall climate targets for Germany and, on this basis, assesses the sector's ability to meet the emission reductions.

## 2 Fundamentals

During this chapter, a theoretical basis for the discussion of different governmental policies to address climate change in the German transportation sector will be given. Therefore, the political background of climate policies will be reviewed, and economic terms explained. Diving deeper into the aspects of different market regulations provides the basis for analyzing environmental policies in terms of their costs to society.

### 2.1 The political foundation to mitigate climate change

Through the introduction of the European emission trading system (EU ETS), the general market functioning of a climate policy is explained. This helps to understand the design of the national ETS (nETS), which covers only the heating and transportation sector in 2021, better. Additionally, the historical and future development of the transportation sector is addressed to give a general overview of this sector.

#### 2.1.1 The European Green Deal - Climate Targets for 2030

The United Nations Framework Convention on Climate (UNFCCC) from 1992 is a climate agreement that includes nearly all countries in the world today<sup>20</sup>. While its overall objective is to promote and develop criteria for climate protection, it does not set mandatory targets.

The Kyoto Protocol (KP) from 1997 comprised the first binding commitments for developed countries to limit and reduce their emissions<sup>21</sup>. Over time, however, its impact was lost as many countries withdrew and developing ones were not bound to the regulation. To carry on the idea of the KP - while solving these and other problems - the Paris Agreement came into existence on November 4<sup>th</sup>, 2016.

Similar to the KP, a prerequisite for its existence was that 55% of the total global GHG-emissions had to be covered by a number of 55 parties at the lowest<sup>22</sup>. In total, 189 countries have ratified the agreement. This includes almost all countries and more than 80% of global GHG-emissions in 2017, excluding the U.S. with a share of around 14% (Figure 39)<sup>23</sup>. Further, the central aim to keep global temperature rise well below 2°C (pre-industrial levels) was adopted from the protocol, while additional efforts shall keep it even at a lower level of 1.5°C<sup>24</sup>. In contrast to Kyoto, all countries are equally involved now<sup>25</sup>. Thereby developing and newly industrialized countries, such as China, which has developed to the largest emitter of CO<sub>2</sub> and

---

<sup>20</sup> cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2015), n.p.

<sup>21</sup> cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2017a), n.p.

<sup>22</sup> cf. United Nations Framework Convention on Climate Change (n.d.), n.p.

<sup>23</sup> cf. Bundeszentrale für politische Bildung (2020), n.p. and based on: Gütschow et al. (2021)

<sup>24</sup> cf. United Nations Framework Convention on Climate Change (n.d.), n.p.

<sup>25</sup> cf. Watjer (2020), n.p.

other greenhouse gases, is subject to the same commitment as developed countries like Germany.

According to Robert Watson, who was on the board of the Intergovernmental Panel on Climate Change until 2002, it remains highly doubtful whether the measures taken under the Paris Agreement are sufficient to keep global warming well below 2°C. Even though targets are binding under public international law, each country develops its own "intended national determined contribution" (INDCs)<sup>26</sup>. In consequence, most of these commitments are not ambitious enough to meet country-specific climate targets, as non-compliance does not impose sanctions on these countries<sup>27</sup>.

Still, there is reason for hope as high emitting countries such as China recently announced stricter targets like the climate neutrality by 2060 at the latest<sup>28</sup>. Furthermore, the election of presidential candidate Joe Biden secures U.S. re-entry into the Paris Agreement in 2021, which will have positive impacts on emissions reductions in the future<sup>29</sup>. Looking at the European Union, their climate targets seem to be on track already. Nevertheless, Ursula von der Leyen, head of the European commission, has announced even stricter goals for 2030, to make Europe the first carbon neutral continent by 2050.

Instead of the initial emission reduction goal of 40% (compared to 1990 GHG-emissions), a higher benchmark of 55% for 2030 has been set. In Germany, however, the national reduction targets already meet the increased benchmark of 55%<sup>30</sup>. As a result of the "burden sharing", the German emission reduction targets were more stringent than previously proposed by the European Union. This does not make the 2030 reduction targets any easier, nor does it mean that Germany will not tighten its targets further.

### **2.1.2 Economic implementation of the climate targets in Germany**

When the Kyoto Protocol came into existence in 2005, the European Union introduced a decisive environmental law to assure GHG-emission reduction and conformity of their agreed goals: The European emission trading system, short the EU ETS<sup>31</sup>.

By means of the Single European Act (SEA) of 1986, decisions about environmental issues fall under the supervision of the EU and are not only subject to its member states<sup>32</sup>. Thereby, the uniform mechanism EU ETS could be implemented allowing emission reduction at the lowest cost. For this statement to be true, the KP already set the foundation.

---

<sup>26</sup> Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (n.d.–b)

<sup>27</sup> Bundeszentrale für politische Bildung (2020), n.p.

<sup>28</sup> cf. Schmitt (2020), n.p.

<sup>29</sup> cf. Bundeszentrale für politische Bildung (2020) n.p.

<sup>30</sup> European Commission (2020), n.p.

<sup>31</sup> cf. European Commission (2015), n.p.

<sup>32</sup> cf. European Commission (2015), n.p.

Through the so-called “Linking Directives” country-specific emission reductions do not only need to be achieved within a country’s border<sup>33</sup>. Whenever a country starts carbon offsetting projects abroad, the resulting GHG-reduction through the investment will be offset with the national reduction targets. These “emission reduction units” fall either under the “Joint Implementation” for projects within developed countries or are accounted as “certified emission reductions” under the Clean Development Mechanism (CDM) for investments into developing countries<sup>34</sup>. Under the Paris Agreement, both types are summarized by the Sustainable Development Mechanism (SDM) but keep the same idea apart from small regulatory changes.<sup>35</sup>

For the EU ETS it means that trading of emission certificates is also possible across countries. In general, the market mechanism sets a limit (cap), for GHG-emissions to be polluted at a member state level, where every ton of CO<sub>2</sub>/e (CO<sub>2</sub> equivalent) emitted needs to be covered by one European emission allowance (EUA). However, trading allows to extend these fixed caps if allowances from other participating countries are bought at the market. Consequently, these countries need to emit less carbon emissions than they would be allowed under the emission trading system. To understand how that reaches cost effectiveness, the following illustrative example is presented.

Germany is still highly dependent on lignite and hard coal in its power generation<sup>36</sup>. Therefore, their power plants, which form part of the sector power and heat generation, emit a lot of the country’s GHG-emission. Unfortunately, the pollution cannot be compensated by other sectors of the country which are covered by the EU ETS. Plus, an immediate transition towards renewable energy sources would be very costly because the country has decided to shut down their nuclear power stations by 2022, too<sup>37</sup>. If Germany does not want to obtain energy from abroad which is expensive due to efficiency losses during the supply, an interim solution will be the purchase of required certificates from a country which has good prerequisites for clean energy, for example Sweden<sup>38</sup>. As the country is below its emission targets it can easily trade the allowances needed and even gain by that. While Sweden receives revenue for their allowances sold, Germany can buy additional certificates that are cheaper than their current cost for renewable energy sources. Keeping the overall emission reduction goal of the EU in mind, the market mechanism aided to limit the pollution where costs for avoidance are the lowest.

In reality, the allocation of European emission allowances is far more complex. In addition to the trading option, member states have the possibility to bank or borrow allowances for the upcoming or from the future years. As the amount of GHG-emitted is highly dependent on the economic well-being, economic downturns, such as the financial crisis in 2008 or the current

---

<sup>33</sup> cf. European Commission (2015), n.p.

<sup>34</sup> cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2017b), n.p.

<sup>35</sup> cf. Hans-Jochen Luhmann (2016), p.6 f.

<sup>36</sup> cf. Federal Statistical Office (2020), n.p.

<sup>37</sup> cf. Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (n.d.–a), n.p.

<sup>38</sup> cf. Eurostat (n.d.), n.p.

COVID-19-pandemic, cause larger amounts of EUA to be unused. Therefore, mechanisms such as the “market stability reserve” needed to be introduced to limit the possibility of banking<sup>39</sup> because if these allowances remain on the market, wrong incentives will be set. In Germany, the case occurred that investments of energy providers in efficient gas power stations did not pay off, as the surplus of allowances caused energy from high polluting coal-fired power plants to be cheaper<sup>40</sup>.

By means of National Allocation Plans (NAPs), member states prepared and published their number of allowances needed which were approved or amended by the European Commission afterwards. During the third phase of the EU ETS or second commitment period of the KP (2013-2020), 57% of the certificates are auctioned<sup>41</sup>. Compared to the previous two periods, greater share of the EUA is priced thus making GHG-emissions more expensive. Since 2013, also the cap decreases by a linear factor of 1.74% each year (2.2% after 2020). Thus, increased price pressure further reinforces change towards renewable energy sources (Figure 3). Sectors that are currently covered by the European ETS are power and heat generation, energy-intensive industry sectors (i.e. oil refineries, steel works, production of metals, etc.), and commercial aviation (since 2012)<sup>42</sup>.

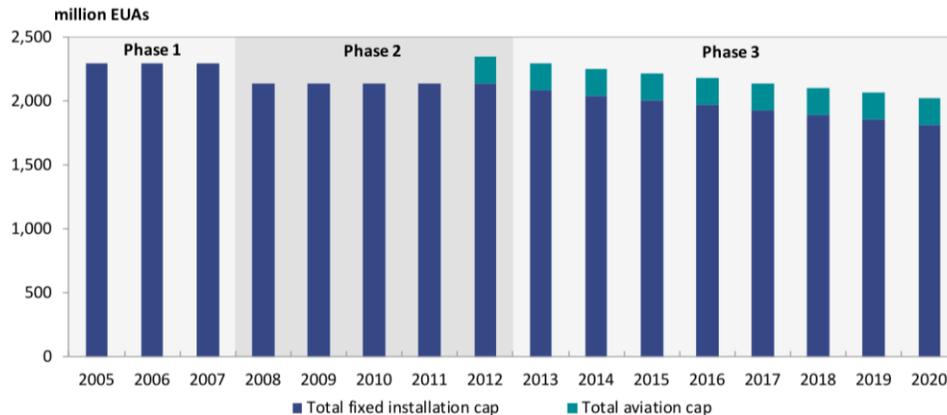


Figure 3: The cap in the EU ETS, separated into a cap for stationary installations and a cap for the aviation sector<sup>43</sup>

To cover emissions of other sectors, the Effort Sharing Decision (ESD) has been introduced besides the third phase of the EU-ETS (2013-2020). Thereby, the ESD accounts for the remaining 55% of European GHG-emissions that have not been covered before. Including non-ETS industry, housing, agriculture, waste and transport (without aviation), it sets national targets, like the EU-ETS. In the ESD, these targets differ according to GDP per capita of the member states and are based on the GHG-emission values of 2005<sup>44</sup>. Ranging from a 20%

<sup>39</sup> cf. European Commission (n.d.–d), n.p.

<sup>40</sup> cf. Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW) (n.d.), n.p.

<sup>41</sup> cf. European Commission (n.d.–c), n.p.

<sup>42</sup> cf. European Commission (n.d.–b), n.p.

<sup>43</sup> European Commission (2015), quoted in: EU ETS Handbook, p.22

<sup>44</sup> cf. European Commission (n.d.–a), n.p.

increase for the least-wealthy countries to a 20% decrease for the richest ones, ten of the 28 EU member states (including the UK) would not have been able to achieve their reduction goals for 2020. Due to the COVID-19-pandemic which paralyzed large parts of the economy, some countries could achieve their goals after all (Figure 4). Germany is one of them.

As a result of the Paris Climate Agreement, new binding emission reduction goals were set for 2030. Under the Effort Sharing Regulation (ESR), the successor of the ESD, stricter targets ranging from 0% to -40% were implemented (Figure 4). Further, the Regulation "(EU) No. 525/2013" of the European Parliament and of the Council obliges participating countries to submit a document that monitors and report their greenhouse gas emissions, every two years<sup>45</sup>. This is intended to ensure compliance with national targets, because unlike the EU ETS, the EU Commission is not the executive in this case. Unchanged, however, is the possibility to trade, bank and borrow allowances up to 5% of the annual targets to achieve national compliance<sup>46</sup>. In addition to that, also penalties apply for any year where the obligations are not reached, and no flexibility measurement is used<sup>47</sup>.



Figure 4: Distribution of the effort-sharing target among the 28 member states and status of target achievement (in percent compared to 2005)<sup>48, 49</sup>

The targeted GHG-emission reduction by 2030 in Germany, is a reduction of minus 55% compared to 1990. To achieve the overall emission reduction, specific goals are set for the

<sup>45</sup> cf. European Union (2013), n.p.

<sup>46</sup> cf. European Commission (n.d.–a), n.p.

<sup>47</sup> cf. European Commission (n.d.–a), n.p.

<sup>48</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2020), quoted in: Klimaschutz in Zahlen: Fakten, Trends und Impluse deutscher Klimapolitik, p.20f., quoted in: Förster et al. (2019), p.33

<sup>49</sup> Unofficially translated by thesis author (original: Verteilung des Effort-Sharing Ziels auf die 28 Mitgliedstaaten und Status der Zielerreichung (in Prozent gegenüber 2005))

German economic sectors. While declines range from around -25% (agriculture) to -75% (waste and others), it is eye striking that solely the national transportation sector has not been able to achieve thrilling change (Figure 5). Still, the Federal Government decided to set an emission reduction goal of minus 40% for 2030.

This problem, however, does not apply to Germany only. On a European and even international scale the emissions in transportation rise instead of being reduced (Figure 6). Without further engagement in sustainable transportation, 14% of the global greenhouse gas emissions (2010) cannot be reduced which will - sooner or later - jeopardize the European Green Deal and the transcontinental Paris Climate Agreement<sup>50</sup>. Especially in Germany, the automotive industry is one of the most important branches. Having a share of nearly 5% of the German gross value added (2016) and accounting for roughly 4% of the working population (2016), a successful transformation of the industry will also be important for the future of Germany's economic strengths<sup>51</sup>.

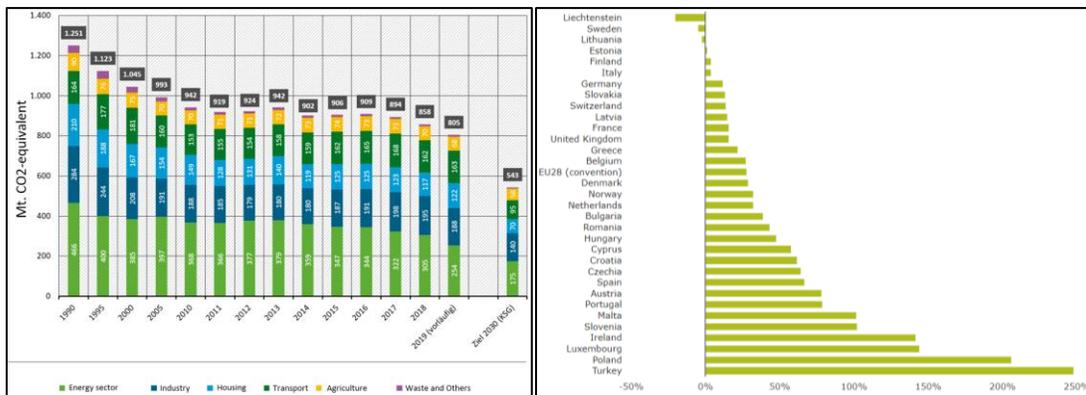


Figure 5: Development of greenhouse gas emissions in Germany - defined by the sectors of the Climate Protection Act (KSG)<sup>52, 53</sup>

Figure 6: Change 1990-2017 in total greenhouse gas emissions for transport (including aviation but without emissions from international shipping)<sup>54</sup>

## 2.2 Producer of the CO2 emissions in the German transportation sector

In 2019, the German transportation sector (excl. aviation) accounted for 20% of the overall German GHG-emissions. Polluting 163.5 Million tons CO2/e, the emission quantity is almost the same as it was in 1990 (Figure 7). The main reason is that efficiency gains over the years were compensated by larger traffic volume. Biggest emitter in this sector is the motorized

<sup>50</sup> cf. US EPA (2016), n.p.

<sup>51</sup> cf. Statistisches Bundesamt (2019), n.p.

<sup>52</sup> Umweltbundesamt (UBA) (2019), n.p.

<sup>53</sup> Unofficially translated by thesis author (original: Entwicklung der Treibhausgasemissionen in Deutschland - in der Abgrenzung der Sektoren des Klimaschutzgesetzes (KSG))

<sup>54</sup> European Environmental Agency (2020), quoted in: Greenhouse gas emissions from transport in Europe, n.p.

private transportation (mainly passenger vehicles and trucks) which account for 94% of the national GHG-emissions (Figure 8).

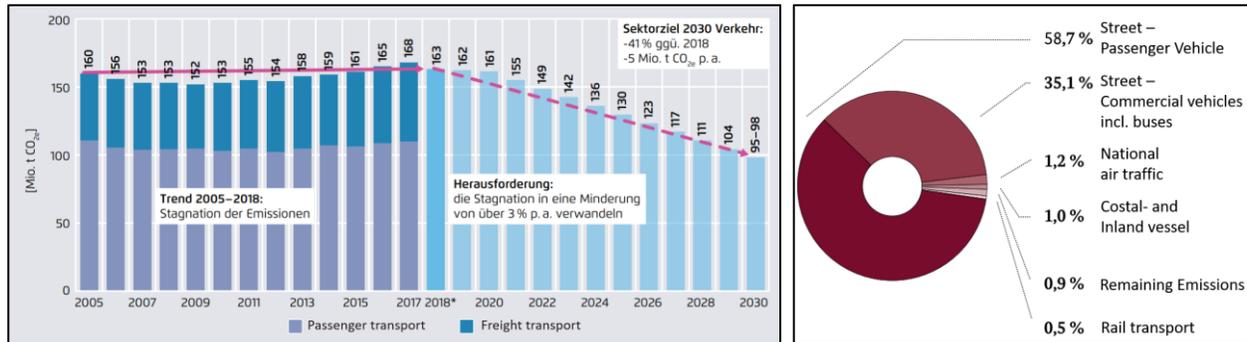


Figure 7: GHG-emissions of the transportation sectors 2005 to 2018 as well as the targets for 2021 until 2030<sup>55,56</sup>

Figure 8: Emission sources Transportation (without CO<sub>2</sub> from biofuels) (2018)<sup>57,58</sup>

In general, the transportation sector can be divided into two sections, the movement of people and freight transport. While the first one is responsible for roughly two-thirds of the total national emissions (in 2019), the latter one covers the remaining 32% (Figure 7)<sup>59</sup>. Key sources in the passenger transport are the passenger vehicle and motorized bicycles with a share of 76%. Public transportation services such as trains and suburban railroads cover only 7.5%. In addition, busses, subways and city trains are responsible for 6.4%, domestic airplanes account for 5%. The remaining passenger kilometers are made by either bike or foot. In the freight transport, trucks are the most frequently used vehicles. Having a share of 70%, it is by far above its substitutes: train (19%) and inland vessel (8%). The remaining national “ton kilometers”<sup>60</sup> are covered by airplanes or pipelines.

The growth of the passenger and ton kilometers is mainly caused by the internationalization of trade and economic well-being of the German society. Therefore, even in the future the increasing demand for individual transportation will continue. The only factor that limits this development slightly is the demographic change with positive effects on the passenger vehicle stock<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Graichen et al. (2019), quoted in: 15 Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm, p.27

<sup>56</sup> Unofficially translated by thesis author (original: Treibhausgasemissionen des Verkehrssektor 2005 bis 2018 sowie Zielpfad 2021 bis 2030)

<sup>57</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2020), p.36 based on: Umweltbundesamt (UBA) (2017), n.p.

<sup>58</sup> Unofficially translated by thesis author (original: Emissionsquellen Verkehr (ohne CO<sub>2</sub> aus Biokraftstoffen) (2018))

<sup>59</sup> cf. Berschin et al. (2019), p.5

<sup>60</sup> “ton kilometer” - unit of measurement for performance in the freight transportation

<sup>61</sup> cf. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2014), p.3

To achieve the goals of the Paris Climate Agreement, Germany faces key challenges for sustainable mobility. The latest "Projektionsbericht", the German document that monitors and reports their greenhouse gas emissions under the European regulation "(EU) No. 525/2013" showed, that 159.3 Mt. CO<sub>2</sub>/e will remain in 2030, with the current measures imposed<sup>62</sup>. The "National Platform Future Mobility" (NPM) assumes a reduction towards 150 Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030<sup>63</sup>. Either way, the current measures are not enough to achieve the emission reduction goal of 98-95 Mt. CO<sub>2</sub>/e by 2030. Therefore, the German government has already introduced stricter policy objectives: The "Climate Action Programme 2030" (KSP).

In total the document covers six main fields of actions to reduce GHG-emissions. While the first focuses on strengthening public transportation, bike and foot, the second one relies on promoting alternative sources to reduce dependence on fossil fuels. The third and fourth measures consider freight transport with a view to modal shift (towards rail- and inland waterways) and (fuel-)efficient trucks, followed by the reduction potential of passenger vehicle. The last field of action focuses on the possibility of digitalization. As it has the potential to make traffic more fluid and efficient, it can also contribute to the overall emission reduction.

These measures combined shall assure the climate goal of 2030. In addition to that, a CO<sub>2</sub> tax on fossil fuels will be implemented in 2021 which increases over the years and will probably change to a price corridor in 2026. Like the European ETS, it will price the CO<sub>2</sub> emissions over time at growing rates to reflect the social marginal costs of pollution. During this transition phase, individuals and firms experience increasing fuel costs which shall encourage them to switch towards environmentally friendly means of transport. Thereby, the negative externalities through pollution can be reduced which enables the shift to a sustainable mobility and thus, sticking to the Paris Climate Agreement.

## **2.3 The economic basics in the context of the fuel market**

To provide a general understanding of the market functioning and to understand the economic terminology used in this thesis, general economic instruments are explained in the subsequent section.

### **2.3.1 General Market functioning**

To comprehend the different aspects of market intervention, the principle of a market must first be explained. In general, a market is "an actual or nominal place where forces of demand and supply operate, and where buyers and sellers interact (directly or through intermediaries) to trade goods, services, contracts, or instruments, for money or barter"<sup>64</sup>. Among the different types of markets that have been defined by economists over the years, the German fossil fuel market equals a competitive market setting. Therefore, similar vehicles use the

---

<sup>62</sup> cf. Bundesregierung (2019), p.232

<sup>63</sup> cf. Nationale Plattform Zukunft der Mobilität (NPM) (2019), p.14

<sup>64</sup> Business Dictionary (2013), n.p.

identical type of fuel which is sold by many different sellers at the market-determined price<sup>65</sup>. To understand the composition of different price levels in the market, the law of demand and supply needs to be explained, too. Since gas stations cannot constantly predict the number of motorists who will fill up each day, the market mechanism helps to ensure that they do not run out of supply.<sup>66</sup>

In principle the market demand and supply curve consider each participant’s willingness to buy or sell a product or service at the market. For illustration purpose we assume a market of monthly refueling where only two buyers (Joan and Edward) and two sellers (Robert and Gregory) are present. Both groups differ from each other, as the buyer benefits less from each additional refueling, while the seller profits more the larger the number of monthly sales. In consequence, the individual demand curve of Joan and Edwards is downward sloping, while the individual supply curve of Robert and Gregory is upward sloping<sup>67,68</sup>. Comparing the groups across one another it can also be observed that Joan and Robert are demanding or supplying more monthly refuels at a given price, than Edward and Gregory do. This pattern is further explained in the next section of the price elasticity of demand. To derive at the market demand and supply curve the behavior of each market participant needs to be considered. Therefore, the individual demand curves of Joan and Edward are added together as well as the individual supply curves of Robert and Gregory. In total, we obtain two curves reflecting the total quantity demanded and supplied at a fixed market price per refuel.

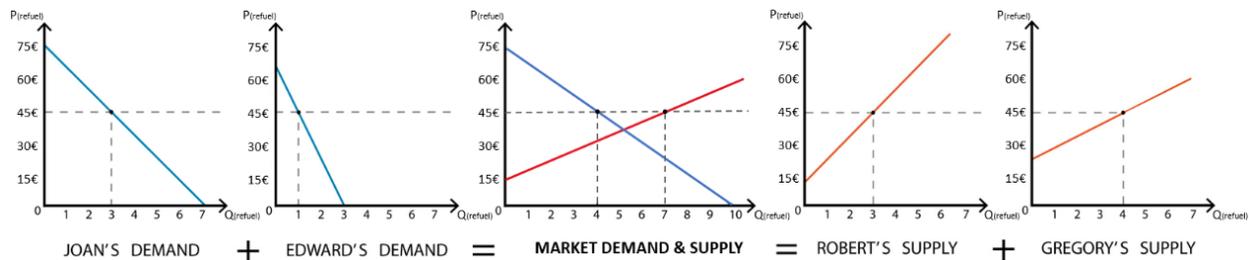


Figure 9: The Principle of market functioning<sup>69</sup>

To determine the market price of refueling, in a competitive market, the intersection of both curves becomes important. As the market demand and supply curve run in opposite directions, only one point has such a characteristic, the “competitive equilibrium”<sup>70</sup>. At that point, for every unit sold there is a respective quantity demanded for the given price level. Therefore, the price, often referred to as the “market clearing price”, causes the quantity demanded and supplied to perfectly balance.

<sup>65</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.313

<sup>66</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.99

<sup>67</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.101f.

<sup>68</sup> Acemoglu et al. (2016), p.110

<sup>69</sup> based on: Gallego (2013), n.p.

<sup>70</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.113

Now, if the market price is fixed to a value above or below the market clearing price, the result will be an excess in supply and demand. This means that either more quantity is supplied than demanded in case of a higher market price or more quantity is demanded than supplied in case of a lower one. In consequence, the market is no longer perfectly balanced.

Bearing in mind the negative externalities caused by fossil fuels, it is sometimes beneficial if markets are not in an equilibrium. This is the case when a "market failure occurs"<sup>71</sup>. Then, a regulation can intervene in the market to reduce the quantity of a harmful good or service that is responsible for the negative externality. In the case of climate change, it is the "additional costs on society (through global warming, remark of author) that is not explicitly recognized by the buyers and sellers"<sup>72</sup> in a free and competitive market. Therefore, regulations on fossil fuels need to be imposed to limit these negative effects through its consumption.

Depending on the price elasticity of demand and the policy design, these regulations often affect prices and quantities of such an environmental damaging good or service differently. To understand the effect of different policy instruments better, the term "price elasticity of demand" is explained in the following section. Thereafter, the economic assessment of a "negative externality" is used to provide a basis for discussion of various policy instruments and their impact on social welfare.

### 2.3.2 The price elasticity of demand

Different price levels in the market cause our consumption level to change. While high prices often lead to lower consumption quantities, low prices are likely to increase general shopping behavior. The degree to which these price changes affect the consumption quantity is determined by the "price elasticity of demand".

To measure the price elasticity of demand the percentage changes in the price level and consumption quantity are considered. For example, when using a gasoline passenger vehicle, the purchase of fossil fuel is unavoidable. Nevertheless, drivers are influenced by lower fuel prices in the sense that they decide to drive more during these times. If prices are high, they drive less to avoid unnecessary costs. To describe this consumption pattern, an average price of fossil fuel can be used.

In 2015, the average price for gasoline in Germany was 1.39€<sup>73</sup>. If prices increase by 10% in the next year, this leads to a sales price of 1.53€ in 2016. If the consumption quantity decreases from 25,000 million liters in 2015<sup>74</sup> to 23,750 million liters in 2016, it reflects a normal market response to price changes. Thus, demand decreases by -5% due to the price increase.

---

<sup>71</sup> "market failure" - inefficient allocation of resources in a free market

<sup>72</sup> Acemoglu et al. (2016), p.238f.

<sup>73</sup> Radke, Sabine (DIW) (2019), p.309

<sup>74</sup> Radke, Sabine (DIW) (2019), p.309

Dividing the decrease in consumption by the amount of the price increase leads to a price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) of -0.5 (Figure 10). This means the demand for gasoline is inelastic because a 1% change in the price of gasoline reduces consumption quantity by only 0.5%. In general, if the price elasticity of demand is less than one, it indicates an inelastic demand pattern. Using this simple calculation, the price elasticity of any good or service can be computed. If the elasticity ( $\epsilon_D$ ) equals one, a 1% price change will lead to the same 1% reduction in quantity. A price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) above one describes an elastic demand pattern because a 1% price change causes the quantity to be reduced by more than 1%. For example, if prices rise by the same 10% as before, quantity is reduced by 20%.

$$\text{Price elasticity of demand}(\epsilon_D) = \frac{\text{Percentage change in quantity demanded}}{\text{Percentage change in price}}$$

$$\text{Price elasticity of gasoline}(-0.5) = \frac{-5\%}{10\%}$$

Figure 10: Calculation of the price elasticity of demand<sup>75</sup>

Over decades, economists have analyzed gathered data about price and quantity behavior. Using these different samples, they were able to define three primary reasons that influence the price elasticity of demand<sup>76</sup>:

- 1) Closeness of substitutes
- 2) Budget share spent on the good
- 3) Available time to adjust

The first reason, the "closeness of substitutes", describes the ability to switch between different product types. For example, if the wheels of a car need to be changed, the decision to choose between the brands "Continental" or "Pirelli" is very indifferent. As both tire manufacturer design high quality wheels that fulfill their purpose, both products have identical characteristics. Thus, customers are more influenced by prices if products are similar and can be exchanged without incurring great losses due to switching. If a product has unique characteristics, customers are more reluctant to price changes. In consequence, the greater the number of substitutes is, the higher the price elasticity of demand gets<sup>77</sup>.

Another influencing factor for the price elasticity of demand is the "budget share spent on the good". This indicates the importance of a product depends on the percentage of income it occupies. While price changes of a key chain that normally costs one euro do not greatly affect the buying decision, price discrepancies between cars which can cost several thousands of euros, do. Therefore, the sensitivity towards price changes depends on the budget share that is spent for it. In sum, the greater the share of a budget spent for a good is, the higher the price elasticity of demand becomes.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Acemoglu et al. (2016), p.138 and based on: Acemoglu et al. (2016), p.138

<sup>76</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.141f.

<sup>77</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.142

<sup>78</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.142

Finally, the “available time to adjust” has an important role in the price elasticity of demand, too. Therefore, price changes have a greater impact on consumption in the long-run than in the short-run. For example, if there is a constant price jump in fossil fuels overnight, gasoline vehicle owners will not likely stop their fuel consumption immediately. The reason is, that the possibility to trade their vehicle on the market against one that uses less or no fossil fuel will most likely not happen due to switching costs. Whereas, the increasing demand for alternative vehicles is causing prices to skyrocket, the demand for vehicles powered by fossil fuels is likely to fall significantly. Since stopping the use of the car completely makes the high investment useless, an immediate switch to public transportations is also no viable solution. Therefore, the only alternative in the short run is to avoid unnecessary travel distances when using the car<sup>79</sup>.

However, in the long-term the increased fuel prices can be considered in the decision-making process. Not only the type of car can be changed to one that avoids expensive fossil fuels. In addition, travel distances can be shortened by giving preference to apartments in urban areas or by reducing travel cost when organizing efficient carpools that share fuel prices among the passengers. In consequence, there is a much greater flexibility in the long-run than in the short-run. Thus, the price elasticity of demand tends to be higher in the long-run than in the short-run<sup>80</sup>.

### 2.3.3 Negative externalities and market failure

The introduction of this thesis already addressed different examples for negative externalities. In the following, the recognition of negative externalities in economic terms will be explained. In principle, a negative externality occurs whenever the consumption or production quantity in a free market is too high.<sup>81</sup>

Negative externalities through pollution arise when the marginal social costs (MSC) outweigh the marginal cost (MC) of consumption. This means that, taking into account all the positive and negative impressions caused by the use of fossil fuels, an additional unit of consumption results in a higher cost than the person, who originally uses the item or service bears. Thus, the MC for fuel which the driver accepts to enjoy the marginal benefit (MB) of being able to drive more, is lower than the MSC that includes costs that all people bear through the pollution of these fossil fuels. While the additional cost for the driver (MC) only includes the price per liter of fossil fuel, the additional social cost (MSC) contains the MC of all other market participants, too. An example would be the adverse health and environmental damaging effects caused by fuel combustion. Thus, the MSC curve needs to lie above the MC curve if there is a negative externality to society. This total cost to society is also known as: the deadweight loss (DWL).

To repeal the DWL (Figure 11, yellow triangle), the fuel price cannot be at the point where the driver’s MC and MB are equal (Figure 12, P). Even though it would be the equilibrium in a free

---

<sup>79</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.142f.

<sup>80</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.142f.

<sup>81</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.243

market (Figure 11,  $P$  |  $Q$ ), the social optimal price (Figure 11,  $P^*$ ) lies at the point where all negative externalities caused by the fuel consumption are included. This is the point where the MSC and MB of the driver intersect. The only possibility to reduce the driver's consumption quantity is to implement a governmental policy to regulate the market (Figure 11,  $P^*$ ). Thereby, increased fuel prices will cause a leftward shift of the driver's MB along the curve as he enjoys driving less, under the imposed regulation. Consequently, the liter consumption is reduced from the market equilibrium (Figure 11,  $Q$ ) to the optimal consumption quantity (Figure 11,  $Q^*$ ).

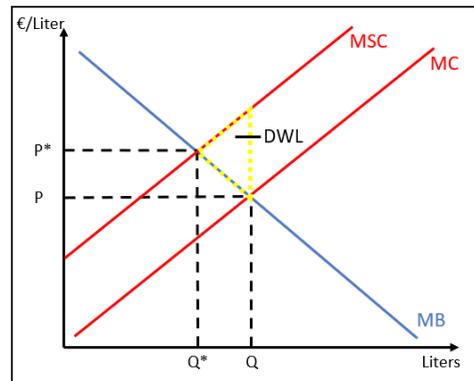


Figure 11: Negative externality in a market<sup>82</sup>

Thereby, the market intervention has helped to repeal the social costs to society. However, the design of such a policy can vary greatly. The most common examples involve price fixing at the social optimal price ( $P^*$ ) under a tax or quantity fixing at the social optimal quantity ( $Q^*$ ) under a cap, but there are also other policy instruments that can be used. As these tools are introduced by governments or institutions that can only suggest the behavior of economic agents in the market, a fraction of the market failure often remains. This problem of asymmetric information will be explained below, before the different types of regulations and their effects on social welfare in the context of climate change are displayed.

### 2.3.4 Asymmetric information

Whenever there is a discrepancy in knowledge between two economic agents that are involved in an economic transaction, asymmetric information occurs. It means one party benefits from additional information that the other party is not aware of. In general, asymmetric information can be distinguished into two kinds<sup>83</sup>. These are the "hidden characteristic" and the "hidden action".

On the one hand, a "hidden characteristic" addresses the informational advantage one party has over the other one in terms of the quality of a product or service. On the other hand, a "hidden action" describes the informational advantage of one party over certain behaviors that are relevant for but cannot be observed by the other party. For example, the owner of a car dealership knows exactly about the pros and cons of his vehicles. If he decides to talk only about the advantages during his sales conversation, the customer will have an informational

<sup>82</sup> based on: Acemoglu et al. (2016), p.240

<sup>83</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.405

disadvantage if he was unable to inform himself about the vehicle beforehand. Thus, the customer is subject to a "hidden characteristic". In reverse, if the employees of the car dealership take a longer lunch break than they have agreed with their employer, it represents a type of "hidden action". Without having cameras installed in the break room to keep record of the time, the employer cannot know about the lunch behavior of his employees. Thus a "hidden action" occurs<sup>84</sup>.

## **2.4 Forms of direct regulations and price controls and their distributional impact on market participants**

To account for the social costs that occur through the consumption of harmful goods and services, different types of governmental interventions can be used to influence the market outcome. Reasoning for these restrictions were already given in the section "negative externalities and market failure". It has been made clear that the behavior of market participants needs to be regulated when they bear lower costs for their consumption than the society does. How different types of regulations and price controls can be designed to address and mitigate these negative externalities are presented hereinafter.

### **2.4.1 Tax**

On a national level, taxes are often used to raise revenue for the government to finance activities and public services<sup>85</sup>. However, in the context of negative externalities it is an important instrument to regulate the market. Here, it can be described as a "corrective- or "Pigouvian tax"<sup>86</sup>.

Instead of solely generating revenue for the government, it can affect the production and consumption quantity of goods and services that cause additional costs to society. Raising the price levels by the amount of the social costs (Figure 11) individuals and firms are incentivized to reduce their production or consumption quantity to the social optimal level (Figure 11; Q\*). Thereby, the negative externality in the market is considered<sup>87</sup>.

Being a "market-based approach", the key advantage of a tax is that after its introduction, the market is still able to regulate itself. Therefore, the forces of demand and supply continue to work as a function of the price. Thus, resources are allocated efficiently. For example, if a corrective tax increases fuel prices, individuals and firms can freely decide about their consumption quantity. Even though an increasing price signal influences their decision-making process<sup>88</sup>.

In the short-term it is very likely that they decide to reduce their consumption quantity because unnecessary driving distances become too expensive (Figure 12). In the long-term it

---

<sup>84</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p. 405f.

<sup>85</sup> cf. Kagan (2003), n.p.

<sup>86</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.247

<sup>87</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.247

<sup>88</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.277f.

can incentivize them to switch to sustainable means of transport, completely. Without being charged by a corrective tax, emission friendly transportation kinds become comparable to vehicles powered by fossil fuels.

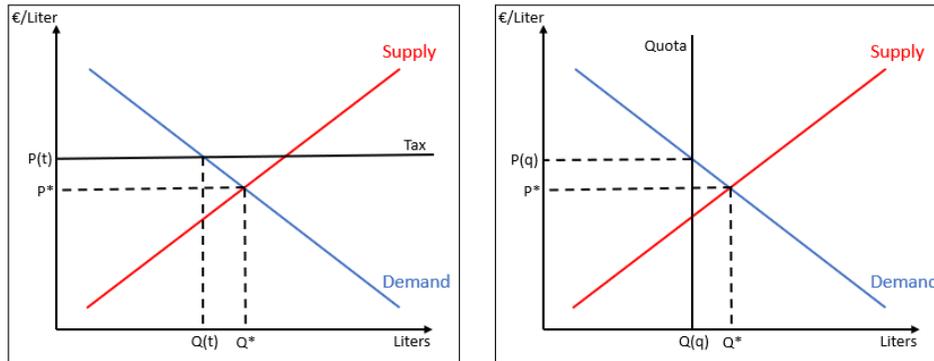


Figure 12: Market illustration of a Tax and Quota (Cap) – illustration of the author

### 2.4.2 Quota (Cap)

Per definition, a quota is a quantity restriction that provides exact certainty for the government about the amount of goods and services traded<sup>89</sup>. In the context of international trade, it is used as a limitation on imports from foreign countries. In the purpose of negative externalities, it limits the production or consumption quantity of harmful goods and services within a country.

Being a “command-and-control policy”, it forces the market to adapt the fixed production or consumption quantity. As a result, market forces act in relation to quantity and not, as usual, in relation to price. For example, if a quantity limitation fixes the amount of fossil fuel in the market, the corresponding prices for consumers depend on the demand for these fuels. If there is a low demand in the market, fuel prices drop as the quota allows for a higher consumption ratio. Having a high demand, prices will skyrocket as the cap does not allow for further consumption<sup>90</sup>.

To comply with these quantity restrictions through the cap, a fixed amount of allowances is introduced in the market. Each of them covers a proportion of the harmful good or service traded. In consequence, only the amount can be produced or consumed which has been registered through an allowance beforehand. Thereby, it is assured that the quantity target is kept and not extended by additional consumption.

### 2.4.3 Price corridor with upper & lower price limit

Both tax and cap provide certain benefits and costs as a policy instrument. While a tax guarantees a successful market functioning it causes uncertainty about the quantity control and the success of the policy objective. As a quota assures the correction of negative externalities it comes at the expense of uncertain price developments for consumers depending on the quantity demanded. Keeping those pros and cons in mind, the price corridor

<sup>89</sup> cf. Krugman et al. (2018), p.257f.

<sup>90</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.246f.

with an upper and lower price limit tries to combine the benefits of both instruments without bearing all of its costs. Like a quota it uses allowances to track the quantity of harmful goods and services that are traded in the market.

In principle, a price corridor sets a maximum and minimum price in the market for goods or services. This means prices are not allowed to increase above the maximum or below the minimum price. Thus, market participants have certainty about the price range of a good or service that is subject to this regulation<sup>91</sup>. In between these limitations, price fluctuations are possible. Like a cap the price corridor limits the consumption quantity at the social optimum. Thereby, the restriction tries to assure that consumption or production of harmful goods or services is held at that level.

However, through internal and external influences, it is very unlikely that the market always remains within the scope of this price corridor. While economic recessions often reduce the quantity demanded drastically, economic booms are likely to push it much further. Without having an upper and lower price limit in place, prices might jump or drop significantly. In consequence, market participants would experience a great uncertainty about price developments as they do under a quota. Due to this price limitations, it is assured that such an unpredictability does not happen. Whenever prices reach the upper or lower limit of the price corridor the implemented price limitations stop prices from rising or dropping further. Just like under a tax, the forces of demand and supply work as a function of the price, again. Thereby, the fixed upper and lower value causes the quantity to decrease or increase again, depending on the economic development. Consequently, the quantity limitation at the social optimal level (Figure 13,  $Q^*$ ) can no longer be maintained. However fixing prices at the maximum or minimum level will hinder consumption to drop or rise significantly above the targeted quantity level. The reason is that individuals and firms still bear costs that are high enough to influence their consumption pattern. Having said that, such a policy can only set incentives for market participants when estimating their behavior. After its introduction it is still not able to control it.

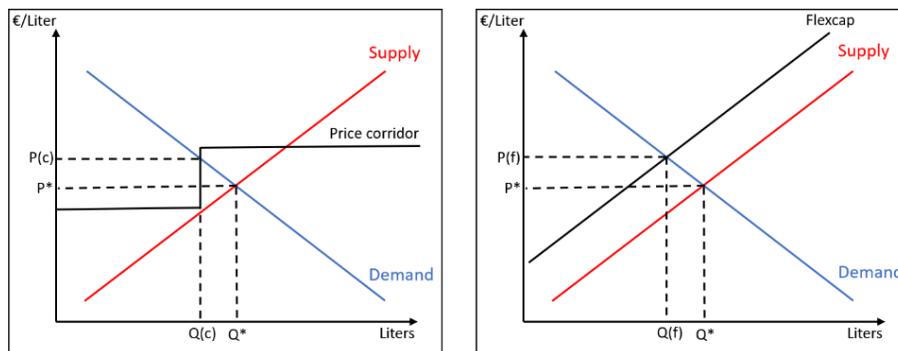


Figure 13: Market illustration of a price corridor and Flexcap – illustration of the author

#### 2.4.4 Flexcap

At the base of a control mechanism that closes the gap between the policy implementation and actual market behavior lies the idea of a Flexcap. In contrast to the fixed quantity limitation under a quota or the limited quantity fixing under a price corridor, the Flexcap uses

<sup>91</sup> paragraph cf. Acemoglu et al. (2016), p.278f.

an adjustable quantity restriction (cap). Therefore, it can be described as a flexible cap, or short "Flexcap."

Being introduced by Traeger et. al. (2020) the Flexcap is a simplified version of the so-called "smart cap" from Karp and Traeger (2016)<sup>92</sup>. The Flexcap describes an intelligent policy instrument that determines the quantity of allowances to be auctioned in the market. Thereby, it prices the level of consumption or production of harmful goods and services. Using a special supply curve, the "adjustment function", it can respond to market changes directly without introducing a revised policy. Thereby, it reacts faster to these changes than all other policy instruments mentioned before<sup>93</sup>.

The "adjustment function" of the Flexcap works as follows. "If the price is high, more allowances are auctioned, and the cap expands. If the price is low, fewer certificates are auctioned and the cap decreases"<sup>94</sup> This means depending on the demand, allowances are introduced to or withdrawn from the market. Thereby, price fluctuations remain constant as they are dampened by volume adjustments. The degree to which quantity restriction can be hold around a certain level when the demand changes depends on the slope of the special supply curve. If more emphasis lies on the quantity restriction, a steeper slope of the curve causes prices to rise or drop more significant than the consumption of harmful goods or services changes (Figure 29: f\*). Vice versa, if it is more important to guarantee price stability for individuals and firms, a flatter curve is used (Figure 29: f\*\*). This comes at the costs of greater quantity variations, of course. Dependent on the policy objective the slope of the "adjustment function" can be freely chosen and can also target objectives that lies in between the two cases mentioned before (Figure 13: Flexcap)<sup>95</sup>.

To keep the gap between the market behavior and the response through the policy instrument low, a constant screening of the market development is necessary to enable rapid policy adjustments. Thereby the time frame, is divided into smaller periods, which usually occurs on an annual basis until regulations are adapted. This does not apply to the market participants. Like a quota or price corridor, they continue to submit allowances for their consumption or production during a longer time frame (i.e. on a yearly basis). The policy makers choose these shorter periods to adjust the number of certificates in the market to react faster to its changes<sup>96</sup>. Again, each allowance is used to cover a certain production or consumption quantity of the limited and harmful good or service.

The most efficient timescale for these policy adjustments is likely to be a weekly or monthly intervention. In the following, the example of a monthly adjustment is considered. Assuming there is a higher demand for fossil fuels in May than initially expected by the policy makers. Price levels increase during this month as the demand for allowances is greater than its

---

<sup>92</sup> Sterner Thomas et al. (2020); Karp and Traeger (2016)

<sup>93</sup> paragraph cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.44f.

<sup>94</sup> Sterner Thomas et al. (2020), p.45

<sup>95</sup> cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.45

<sup>96</sup> cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.45

supply<sup>97</sup>. However, as the market participants know that they are only required to submit the certificates on a yearly basis, they are not forced to buy these allowances when monthly shortages occur. Still, policy makers receive a clear signal through the excess in demand. It becomes obvious that the financial burden for the market participants has become too high during the month of May. For the following month (June), the allowances can be flexibly increased. Thus, the price level falls as the quantity restriction for the harmful good or service is extended<sup>98</sup>. Thereby market participants can purchase a greater share of the allowances they need for the production or consumption of the limited good or service. Thus, financial uncertainty for market participants is reduced. Vice versa, these results apply if there was a low price of the certificates in May. Then market participants face a low financial burden which allows policy makers to decrease the quantity of allowances in the next month. Hence, the price of the harmful good or service decreases which reduces the negative externalities in the market.

In sum, the benefit of the Flexcap is the flexibility to react towards market changes. Like a price corridor it can keep the quantity around a predefined level that accounts for the negative externalities. However, depending on the market reaction towards these price changes, it can flexibly adjust the quantity in the market to keep the uncertainty of rapid price changes for market participants low. Surprisingly, it is not always clear who bears the financial burden of such a regulation. Often, it is assumed that additional costs through the tax or the allowances are passed to the consumer. However, it may be beneficial for the producer to bear some share of the financial burden in order to sell higher quantities. The economic term is called "tax incidence" and is explained next.

#### **2.4.5 Distribution of direct market regulations among its participants**

In dependence of the slope of the demand and supply curve the financial burden of the governmental policy is distributed over the market participants. Whenever the demand curve is steeper than the supply curve, the share of the regulation is greater for consumers than for producers (Figure 14).<sup>99</sup> In this case, consumers are less elastic towards price changes than producers. Therefore, supplier can easily pass the financial burden to their customers without experiencing a great decrease in their quantity sold. Vice versa, these findings apply if the demand curve is flatter than the supply curve. Then producers need to pay a higher share of the financial burden because they would experience a greater decline in demand, otherwise. In summary, this means that the elasticity of supply and demand is largely responsible for the share to which the financial burden of the government is borne by the two market participants.

---

<sup>97</sup> cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.45

<sup>98</sup> cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.45

<sup>99</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.272f.

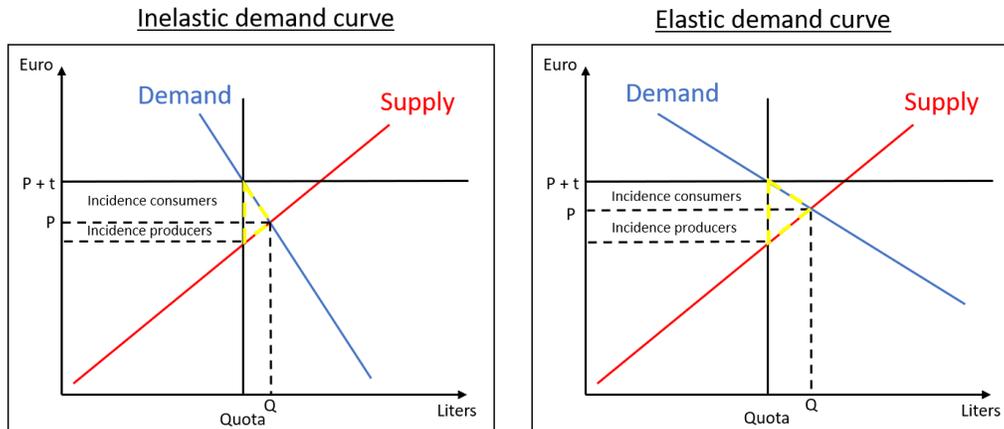


Figure 14: Tax incidence<sup>100</sup>

## 2.5 Theory on climate change – The difference between flow and stock pollutant

After the presentation of different policy instruments, the two most common types of governmental regulations are used to show the loss in social welfare that occurs through a market intervention. Therefore, not only the fundamental economic model is explained but also their effect on different types of pollution assessed.

The basics for today's economic discussions about the finest ways to mitigate climate change were set by Weitzman's influential paper "Prices vs. Quantities" in 1974<sup>101</sup>. His finding "(...) suggests that technological uncertainty favors taxes over cap and trade"<sup>102</sup>. However, as Weitzman analyzed the effect for flow pollutants, it cannot be applied to the context of climate change. As greenhouse gases are persistent and require the analysis of the effect for stock pollutant, the recent findings of Karp and Traeger in their economic paper "Prices vs. Quantities reassessed" (2018) differ to Weitzman's results. Their "numerical results show that the case for cap and trade as means of reducing greenhouse gas emissions (to mitigate climate change, remark of author) is stronger than widely believed"<sup>103</sup>.

In the following, the theory of both papers is presented and the effect of two different fiscal policies compared. This provides the basis to discuss policy implementations in the German transportations sector. Therefore, the general economic model is explained first.

### 2.5.1 The basic economic model

In general, the economic model for flow and stock pollutant is identical. It includes main ideas from the theory of negative externalities. For simplicity reasons, the price and quantity per liter has been used to explain the theory of negative externalities. In the economic model for flow and stock pollutant the price and quantity of the pollution is reflected. As an emission

<sup>100</sup> based on: Acemoglu et al. (2016), p.276

<sup>101</sup> cf. Karp and Traeger (2018), n.p. (abstract)

<sup>102</sup> Karp and Traeger (2018), n.p. (abstract)

<sup>103</sup> Karp and Traeger (2018), n.p. (abstract)

factor for gasoline or diesel (kg/l) can directly convert the emission quantity to the liter consumption, both parameters can be used in equivalent<sup>104</sup>.

The marginal social cost curve (MSC) that was previously mentioned is very similar to the marginal damage curve (MD) in Weitzman's findings. Even though, there are two important differences to be mentioned. First, it only includes the negative externality caused by the additional pollution. Thereby product related costs, such as the fuel price mentioned earlier, are not included in the marginal damage (MD) function. Second, depending on the type of pollution, it addresses either the damages of flow or stock pollutant. This also determines the key difference between the findings of Weitzman (1974) and Karp & Traeger (2018). Further, instead of the marginal benefit (MB) function, a marginal abatement cost (MAC) function is used, which is the reversed idea. Instead of replicating the benefit from driving environmental damaging vehicles, the costs to avoid their use is reflected.

For the transportation sector both curves can be described as follows: While the MD function measures the rise in future damages of pollutants by the combustion of another unit of fossil fuel, the MAC curve reflects the technology-related costs to avoid the benefit of consuming another unit of fossil fuel. Thus, the MD is an upward sloping curve because each additional emission quantity causes the overall environmental damage to rise (Figure 15, MD). In contrast the MAC is a downward sloping curve in which the cost of avoiding emissions increases the lower the emission quantity becomes (Figure 15, MAC).

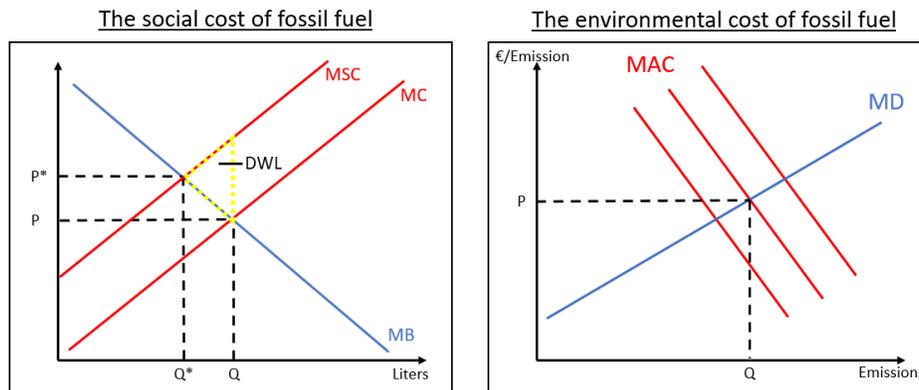


Figure 15: The social cost of fossil fuel (negative externality) and the environmental cost of fossil fuel (economic model)<sup>105</sup>

Policy makers such as governments or institutions are interested in picking the regulation which addresses the pollution best, while keeping the net welfare loss low<sup>106</sup>. This means that the emission targets shall be achieved without unnecessary financial burdens for the citizen. Therefore, the welfare costs that occur under the policy of a tax and quota (cap) when technological innovations arrive at the market are analyzed. It is important to say that technological shifts are crucial for the success of fiscal policies. Without having them, the only

<sup>104</sup> cf. Wissenschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und Forschung (2019), p.9

<sup>105</sup> based on: Acemoglu et al. (2016), p. 243; based on: Karp and Traeger (2018), p.7

<sup>106</sup> "net welfare loss" - loss in welfare as a result of too much or too little production or consumption of a good or services

way to discourage people from using fossil fuels is to raise the price level to the point where less people enjoy the benefits from driving.

If the negative externality is perfectly addressed by a policy, the price and quantity lie at the point where the MAC and MD curve intersect. Therefore, the cost to avoid the benefit from pollution or driving equals the cost of environmental damage (Figure 15, Tax and Quota). This is comparable to the point where the MSC and MB intersect (Figure 15). Here the benefit from driving is set equal to the total costs on society. Keeping in mind the key differences between both models mentioned earlier.

Assuming a policy fixes the price (under a tax) or quantity (under a cap) correctly, it still cannot respond to market changes immediately. The reason is that "regulators adjust policies infrequently, whereas the aggregate decisions of thousands of firms [or individuals] change almost continuously"<sup>107</sup>. Therefore, a policy will always react to market changes with a time lag. Thus, shifts of the MAC curve through technological innovation occur without a direct response of the fiscal policy in place. Even if policy makers were able to respond directly, they would face the problem of asymmetric information. In the transportation sector it appears in the form of a "hidden characteristic". In consequence, policy makers lack specific information of market participants that are relevant to predict their behavior when these technological shifts occur. In detail, these are the technology related costs of firms and individuals that are relevant for them to choose their degree of emissions.<sup>108</sup>

As the MD function represents either the emissions from flow pollution or stock pollution, the net welfare effects under diverse fiscal policies differ. Based on the findings of the papers "Prices vs Quantities" and "Prices vs. Quantities reassessed", the dissimilarities of the fiscal policies, tax and quota (cap), in response to technological shifts will be highlighted in the following.

### **2.5.2 The effect of technological shifts for flow pollutants**

First, to understand the term flow pollutant better, the following exemplary case is used. Elevated levels of nitrogen dioxides (NO<sub>2</sub>) through diesel cars always have a damaging effect on a person's health. Thus, their MD through the pollution is volatile. This means, the degree of environmental damage always depends on the current amount of emission quantity. Therefore, a flow pollutant represents a direct cause and effect relationship. Having lower emission quantities polluted decreases environmental damage by the same amount. In consequence, shifts of the MD through different levels of NO<sub>2</sub> emissions can only occur along the MD curve. Meaning the MD curve is fixed.

Using a filter to reduce the degree of NO<sub>2</sub> combustion is reflected through the MAC curve. It represents the additional costs a person faces when choosing a car with such a filter in place. If for example an even better filter technology arrives at the market that reduces the level of NO<sub>2</sub> combusted further, the MAC curve shifts to the left. The reason is that the cost to avoid these damages fall. Examples that underline this development can vary. One realistic option

---

<sup>107</sup> Karp and Traeger (2016), p.2

<sup>108</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.10

would be that the new filter technology is installed in every new diesel vehicle without increasing the overall sales price for customers. In consequence, individuals face lower financial burden to avoid the NO<sub>2</sub> combustion. As the example illustrates, the MAC curve shifts depending on these technological changes.

Weitzman's (1974) investigation of the social welfare under these technological shifts lead to the following results. Under a cap the uncertainty about abatement costs through the leftward shift of the MAC curve is higher and more harmful for society than uncertainty about damages under a tax<sup>109</sup>. For this to be true the MAC curve needs to be steeper than the MD curve (Figure 16).

A steeper MAC curve means that the avoidance of pollution for firms and individuals is costly. In the case of transportation, it is most often due to a lack of alternatives of sustainable transportation kinds. In the example of the diesel vehicle there is, however, an equivalent substitution possibility which emits about three times less NO<sub>2</sub> emissions: gasoline vehicles<sup>110</sup>. Therefore, the MAC in this market of NO<sub>2</sub> emissions would be rather flat than steep because firms and individuals face a lower financial burden to avoid an additional unit of NO<sub>2</sub> pollution.

In consequence, the introduction of a cap as a policy instrument is more efficient than a tax. The reason is that the uncertainty about damages is greater than the uncertainty about additional costs to avoid these damages. In other words, the divergence between the new quantity level of the tax [ $Q(\text{tax})$ ] to the fixed quantity level (vertical line) during the policy implementation is greater than the gap of the adjusted price under a quota [ $P(\text{Quota})$ ] to the fixed price level (horizontal line). As it is illustrated in the "Figure 16: MAC flatter than MD".

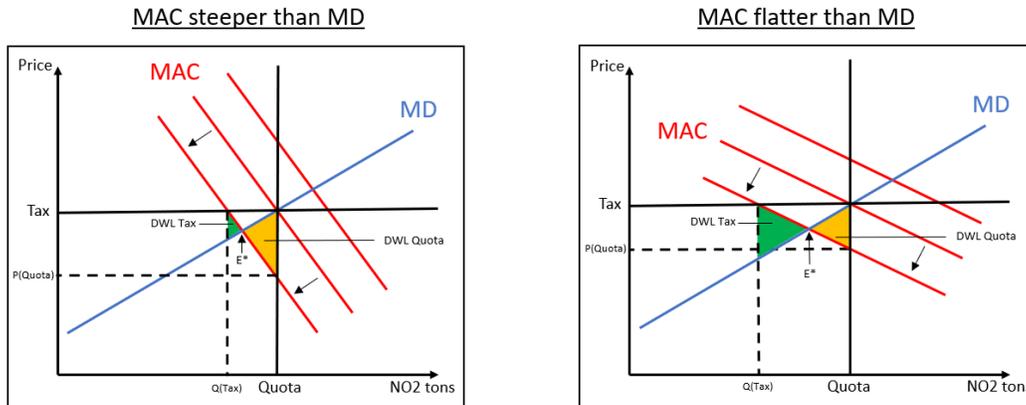


Figure 16: Economic model for flow pollutant using a steep and flat MAC function<sup>111</sup>

In economic terms, this development is measured under the DWL. As the chapter about "general market functioning"<sup>112</sup> described, in a free market, goods and services are allocated most efficiently at the market equilibrium. Here the most efficient allocation of emission quantities is at the point where the MAC function intersects the MD function. Assuming that

<sup>109</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.2

<sup>110</sup> cf. Frondel and Vance (2014), p.454

<sup>111</sup> based on: Karp and Traeger (2018), p.7

<sup>112</sup> cf. Thesis Chapter 2.3.1

the fiscal policy has been set at the market equilibrium when being introduced, we arrive at the same price and quantity for both tax and quota (Figure 16, Tax, Quota).

Now, if the market experiences a technological shift, the MAC shifts to the left. In consequence, a new market equilibrium arises at a lower emission price and quantity (Figure 16 – E\*). The reason is that the improved filter technology reduces the emission quantity to a lower point where the cost of avoidance has dropped. Still, the price level (under a tax) and the emission quantity (under a quota) remain unchanged as the fiscal policies can not directly adapt to market changes.

Using a tax, prices cannot respond to the technological shift. Thereby the emission quantity is lower than under a market equilibrium (Figure 16, Q(tax)). This is the point where the tax and the shifted MAC curve intersect. By means of a quota (cap), fixed emission quantities cause the variable price to drop through the shift of the MAC curve. In doing so, it even falls below the new market clearing price (Figure 16, P(tax)).

As the left graphic shows, the DWL of a tax (green triangle) is smaller than the one of a cap (orange triangle) “if and only if the slope of the MAC curve is steeper than the slope of the MD curve”<sup>113</sup>. This implies a delay in the fiscal policy to adapt to technological changes causes a lower net welfare loss under a tax than under a quota. If the MAC curve is flatter than the MD curve the opposite result holds true (Figure 16: MAC steeper than MD). Even though, it can be generalized that a long delay in updating optimal policy is always to the benefit of taxes in both instances<sup>114</sup>.

Through these finding, Weitzman (1974) was able to give clear advices for policy makers when to choose taxes over quotas. As regulations are required when the free market fails account for the negative externality, this is often due to a lack of alternatives. Causing the MAC to be rather steep than flat, it can be generalized that in a setting for flow pollutant, taxes are frequently preferred over quotas.

### 2.5.3 The effect of technological shifts for stock pollutants

In the case of climate change the economic model must be viewed from a different angle than Weitzman (1974) did. As the accumulation of greenhouse gas emissions in the earth’s atmosphere occurred over a longer time horizon, there is no direct cause and effect relationship between pollution and its environmental damages. As “carbon dioxide emissions (the main driver for GHG, remark of author) have an effective half-life well above a century”<sup>115</sup>, a longstanding accumulation of GHG emissions already took place without strongly influencing the earth’s greenhouse effect. Today, the cumulative impact of greenhouse gases causes the climate risk. This implies environmental damages only occur when the additional GHG emitted today, cause the future stock of GHG in earth’s atmosphere to increase beyond a certain

---

<sup>113</sup> Karp and Traeger (2018), p.9

<sup>114</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.23

<sup>115</sup> Karp and Traeger (2018), p.1

level<sup>116</sup>. Thereby an unstoppable rise of the earth's face temperature is caused in case this threshold is exceeded. Based on this assumption, the results of Karp and Traeger (2018) largely differ to the policy suggestions of Weitzman's (1974) findings. In consequence, the analysis of the best policy approach for using taxes or quotas in the context of climate change needed to be reassessed.

In the instance of stock pollutants, the marginal damage caused by an additional quantity of greenhouse gas emission is persistent. Therefore, technological changes, which reduce the emission quantity through the lower cost of avoidance, do not only shift the MAC curve. In addition, the MD curve is affected which represents the key difference to Weitzman's result under flow pollutants. This can be explained best using the following scenario.

To be comparable to the case of flow pollutant, a diesel car is used for the illustration purposes, again. Yet, instead of measuring the volatile damages of NO<sub>2</sub> emissions, the persistent damages through the combustion of CO<sub>2</sub> emissions also caused by diesel fuel are considered. Everything else being equal a technological innovation shifts the MAC curve to the point where the equilibrium arises under flow pollutants (Figure 16, E\*). Thereby the new emission quantity and price would be set at the point where the shifted MAC and the fixed MD curve intersect. So much for the case of flow pollutants.

Keeping in mind that the future environmental damages under stock pollutants depend on the baseline concentration of CO<sub>2</sub> in the earth atmosphere, the MD curve is directly related to today's emission quantity. In other words, the MD function prices each ton of the gap between today's accumulated greenhouse gas emissions and the threshold until the total quantity of future greenhouse gas emissions has a damaging effect on the earth's climate. If the target of the Paris Agreement is chosen to be representative, the overall quantity of "allowed" GHG-emissions for the future is fixed up to the point where a global temperature increase of 1.5°C is reached (Figure 17).

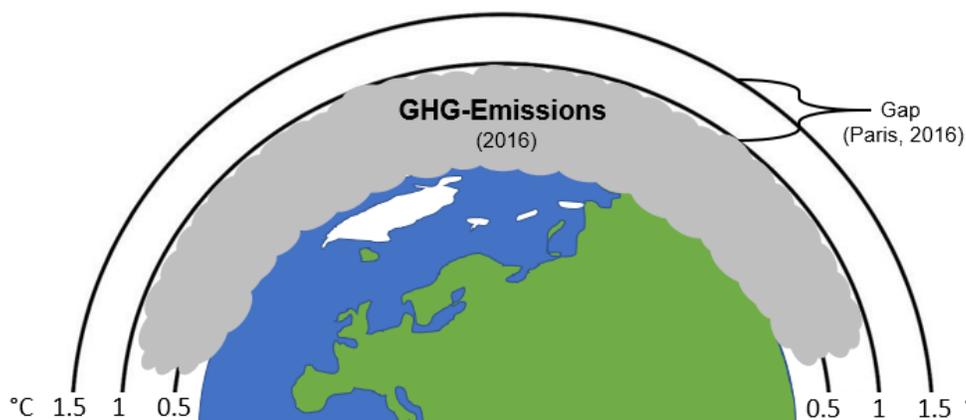


Figure 17: Illustration of GHG-emission gap until a global temperature increase of 1.5°C is reached – illustration of the author

Whenever a technological innovation, for example a hybrid car<sup>117</sup>, occurs at the market, it reduces the CO<sub>2</sub> pollution per km for every vehicle with such a hybrid-engine in place. If

<sup>116</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.2

<sup>117</sup> "hybrid car" - a car that uses two different sources of energy as a drive (electricity and fossil fuel)

customers do not experience an increase in sales price, the MAC curve shifts as customers experience lower costs to avoid the pollution. Keeping travel distances unchanged, the overall CO<sub>2</sub> emission quantity polluted by hybrid diesel vehicles is slightly reduced as well. Thus, not only the MAC shifts, the MD for every ton of CO<sub>2</sub> polluted falls, as well.

The reason is that the technological innovation has helped to reduce the increase of total GHG-emission today and in the future. Therefore, more hybrid diesel causes all other CO<sub>2</sub> emissions to be slightly less damaging as the total increase of GHG emission has fallen. In general, whenever a technological innovation shifts the MAC, an additional GHG-emission polluted has less influence on the rise of global temperature because the total future stock of GHG-emissions is reduced. In the model, it causes the respective rightward shift of the MD curve which is perfectly correlated to the shift of the MAC curve (Figure 18) <sup>118</sup>.

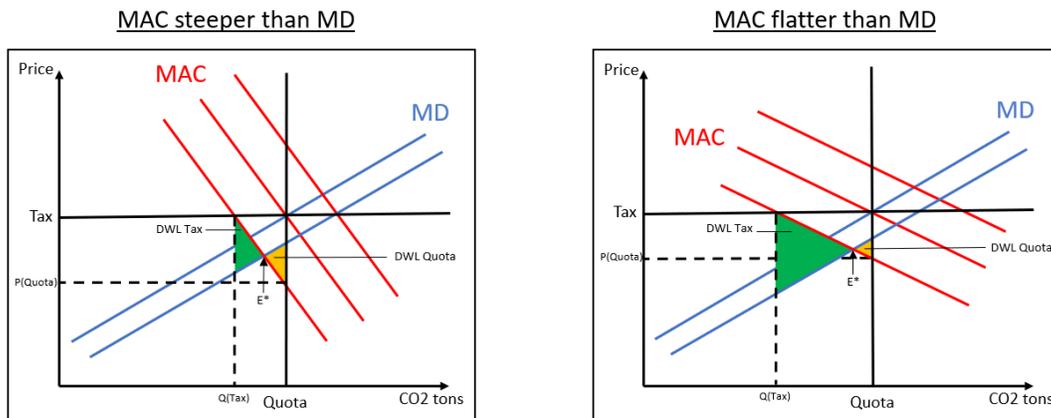


Figure 18: Economic model for stock pollutant using a steep and flat MAC function<sup>119</sup>

This major difference between the model of flow and stock pollutant causes the welfare effect under a tax and quota (cap) to change, too. The key finding of Karp and Traeger (2018) is that ranking taxes versus quotas as a policy instrument does not solely depend on the relative slope of the MAC and MD curve anymore. Further, the shift of the MD curve must be considered in the evaluation process. Thereby the general rule applies that a shift of the MD function always reduces the DWL under a cap and raises the DWL under a tax<sup>120</sup>. This does not mean that taxes are necessarily dominated by quotas, but there are clear signals that the uncertainty about quantity changes is becoming increasingly important. Indisputable an advantage in the favor of quotas.

In summary, policy modifications will always lack behind the actual market development due the uncertainty about technological adoption by individuals and firms that policy makers just cannot predict. Nevertheless, understanding the general market functioning is important to choose a policy with the lowest deviation to the general market equilibrium. Only then, an acceptable welfare loss can be guaranteed.

<sup>118</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.3

<sup>119</sup> based on: Karp and Traeger (2018), p.7

<sup>120</sup> cf. Karp and Traeger (2018), p.8

In the context of climate change, it depends on the relation between the slope of the MAC and MD curve as well as their respective shifts. Even under a MAC curve that is steeper than the MD curve, a quota can be the better policy choice as it causes lower net welfare losses than the tax (Figure 18). Since this finding differs to the one from Weitzman (1974), the market functioning for stock pollutants needs to be analyzed with even greater care than the one for flow pollutants. After that a good policy suggestion can be made that keeps the net welfare loss low and prices marginal damages through climate change appropriately. Thereby it addresses the cost of climate change, a free market fails to include.

### 3 The German transportation sector under the national ETS

97% of the GHG-emissions in the German transportation sector occur through the usage of gasoline or diesel.<sup>121</sup> Therefore, these fossil fuels are the key drivers for climate change in this sector. From an environmental point of view, there is a certain difference between both fuel types.

In general, diesel fuel causes more negative effects than gasoline. When it comes to the CO<sub>2</sub> emissions of these fuel types, which is the key contributor for GHG-emissions in this sector, it is quite similar. Having an emission factor of 2.65 kg/liter, diesel fuel is more damaging than gasoline which has an emission factor of 2.35 kg/liter, only.<sup>122</sup> Nevertheless, the average fuel efficiency of diesel vehicles speaks in their favor. While in 2018 the average gasoline passenger vehicle in Germany consumes 7.8 liters per 100km, the diesel counterpart needs only 7 liters for the same distance.<sup>123</sup> If the fuel efficiency and emission factor are combined none of these fuel types can be described as less damaging. In both cases, a real average pollution quantity of 185g CO<sub>2</sub>/km arises<sup>124</sup>.

The aim of this chapter is to reflect the planned realization of a national ETS in the German transportation sector and to provide an overview of the associated costs of transportation through gasoline and diesel.

#### 3.1 Design options

There are three different ways to monitor the CO<sub>2</sub> emissions in the national ETS. To understand which option fits best, the market structure of the heating and transportation sector needs to be assessed.

In contrast to the EU ETS, the national one covers a widely diversified market with an unmanageable number of market participants. As a consequence, the "downstream approach" currently used at the EU-level cannot be implemented on a national scale. Since it requires "reporting and the surrender of emission allowances where emissions are generated"<sup>125</sup>, many bureaucratic hurdles would be created for the national implementation. Just the performance alone, where each vehicle and heating system owner would need to submit a personal emission record would probably be doomed to failure.

Another possibility a so-called "midstream approach" would intervene at the supplier level of transportation and heating-systems. In the transportation sector, it means that each car dealership receives a specific number of emission certificates based on their market share and product types. Thereby, an incentive for innovative automobiles is set, because the less the sold vehicles emit, the lower is the number of certificates needed. For car dealerships, this is

<sup>121</sup> cf. Harthan and Hermann (2018), p.40

<sup>122</sup> cf. Wissenschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und Forschung (2019), p.9

<sup>123</sup> cf. Radke, Sabine (DIW) (2019), p.309

<sup>124</sup> based on: Frondel and Vance (2014), p.454

<sup>125</sup> German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.5

a cost saving factor as the remaining allowances are sold at the market. In addition, customers would gain by lower sales prices on environmentally friendly vehicles<sup>126</sup>.

Besides the control of sold goods, transport service providers need to be monitored under the “midstream approach”, as well. One option provides each operator with an explicit number of certificates based on their total traffic performance, their market share, and the kind of transportation service they are offering. Later, the real transport distance and the resulting CO<sub>2</sub> emissions are compared with the assigned emission targets. As with car dealerships, the fewer certificates required for use, the better these additional costs can be mitigated. In return, customers gain by lower prices levels, choosing the cheaper transportation provider who is also more sustainable<sup>127</sup>.

Still, the “midstream approach” bears one disadvantage. The overall emission reduction highly depends on the driving behavior of the vehicle user<sup>128</sup>. As a result, pricing the efficiency of vehicles does not limit the emission quantity reliably. In particular, the long-life cycle of vehicles implies that environmentally harmful means of transportation remain on the market over several years. Thus, those vehicles continue to pollute without being subject to any kind of emission regulation. This is where the last possibility the “upstream approaches” starts.

Limiting the number of allowances for the distributors of fossil fuels, like “fuel wholesalers, fuel producers with wholesale distribution and businesses that import fuels into Germany”<sup>129</sup>, has the advantage that each ton of CO<sub>2</sub> emitted will be financially charged. Thereby, suppliers are obligated to submit certificates for each gallon<sup>130</sup> of fossil fuel sold. If distributors will pass the additional costs to their customers who face budget constraints, the rise in fuel prices has a direct impact on driving behavior<sup>131</sup>. Thereby, the “upstream approach” remains the best option to introduce an ETS for the transportation and heating sector. Keeping bureaucratic hurdles low, it also sets price incentives for ecofriendly means of transportation where the policy can be measured most reliably and where it is also very effective.

### 3.2 Economic implementation

The Federal Government of Germany decided to choose an upstream approach for the transportation sector. Using a fixed price scheme until 2025 and an ETS from 2026 onwards, three different policy instruments are planned to be implemented. Having a tax in the beginning, a price corridor takes over in 2026. Later, a quota shall be introduced to fix the total emission quantity, completely<sup>132</sup>.

---

<sup>126</sup> cf. paragraph Bergmann et al. (2005), p.31

<sup>127</sup> cf. paragraph Bergmann et al. (2005), p.31f.

<sup>128</sup> cf. Bergmann et al. (2005), p.33f.

<sup>129</sup> German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.7

<sup>130</sup> 1 gallon = 3.78541 liter

<sup>131</sup> cf. German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.8

<sup>132</sup> cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (2019), p.27

In Germany, the government introduced the "Brennstoffhandelsgesetz" (BEHG) which charges the distributors of fossil fuels that are bound to the "upstream" regulation. Until 2025, each wholesaler can buy certificates for the distribution of fossil fuels at a fixed price per ton. Starting with 25€/ton in 2021, the price will increase to 55€/ton in 2025. After that an auction period with a one-year transition period takes over where a price corridor is implemented. Having an upper and lower price limit of 55€/ton to 65€/ton, the price depends on the demand for fossil fuels in the market during this time.

The fixed-price phase keeps the price of allowances at the same level when being purchased within one calendar year. If certificates have not been used, up to ten percent can be purchased from other distributors at the old price level. This must be done no later than February 28 of the following year. After that, prices adapt to the higher amount of the subsequent period.<sup>133</sup>

To guarantee the compliance of the wholesalers, "a monitoring plan must be drawn up and submitted to the German emission trading authority (DEHSt) for each trading period."<sup>134</sup> On the basis of the monitoring plan, an emission report keeps record of the wholesaler's emission volume. These reports cover emissions until the 31<sup>st</sup> of July each year. After the approval of a verifier the respective quantity of allowance needs to be purchased by the wholesaler and submitted to the DEHSt by the 30<sup>th</sup> of September.<sup>135</sup> Every non-compliance or delay will be penalized with fines.

When the auction process starts in 2026, the same measurements will apply. In contrast to the fixed-price phase, the price corridor causes the prices of certificates to fluctuate between the maximum and minimum level depending on the demand of the wholesalers. In the case of a quota, only the forces of demand and supply regulate the price. Using an electronic national emission trading registry helps to record the purchase and surrender of allowances. Further, it allows for banking, borrowing and trading which become necessary under a price corridor or quota.

### **3.3 Cost structure of German vehicles powered by gasoline and diesel**

The total cost of transport is a combination of the cost of fossil fuels and the cost incurred by the vehicle itself. To understand the impact of a national ETS in the transportation sector, the following costs need to be considered.

#### **3.3.1 Fuel expenses**

In principle, the German fuel price has four influencing factors. First and foremost, the raw material of oil represents the basis of the price. By using distillation, 24 liters of gasoline and 21 liters of diesel can be created from 100 liters raw oil<sup>136</sup>. As oil is traded internationally in

<sup>133</sup> cf. German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.10

<sup>134</sup> German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.11

<sup>135</sup> cf. German Emissions Trading Authority (DEHSt) and German Environment Agency (2020), p.11

<sup>136</sup> cf. Quarks (2019), n.p.

dollars per barrel, the exchange rate of euro per dollar has also an influencing factor on the sales price in Germany. Furthermore, the costs for transportation and distribution need to be considered. As gas stations also generate profits of around 0.10€/l for gasoline and 0.08€/l for diesel the product related costs sum up to roughly 0.50€/l for both fuel types in 2016<sup>137</sup>. In addition to that taxes apply.

As usual, the German value added tax (VAT) of 19% (16% in mid-2020) is charged to generate revenue for the government. However, to account for social costs, an ecotax is levied on the consumption of fossil fuels, as well. Last modified in 2003 the energy tax charges gasoline and diesel by 0.65€ and 0.47€ per liter. It is important to emphasize that the VAT is also added to the energy tax. In sum, these factors contribute to an average sales price of 1.39€ per liter for gasoline and 1.17€ per liter for diesel at German gas stations in 2016 (Figure 19).

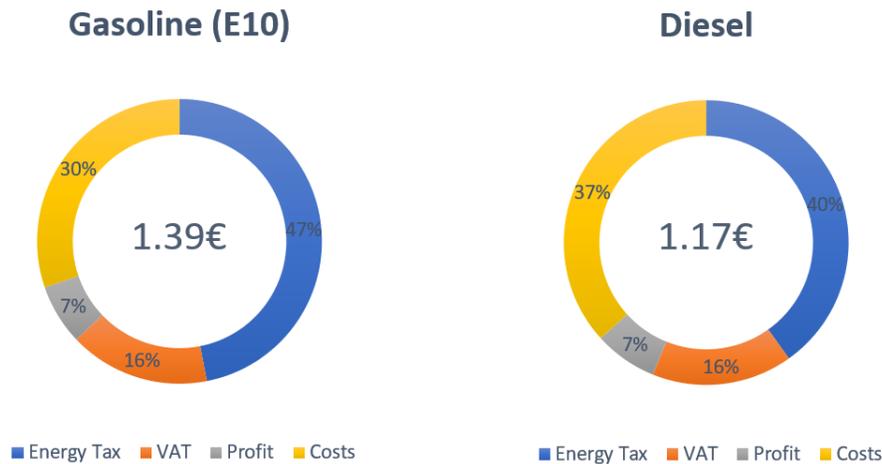


Figure 19: Composition of the fuel price for gasoline (E10) and diesel in Germany (2015)

All else being equal, the introduction of an additional taxation through the national ETS will increase fuel prices further. According to the Climate Action Program 2030, the prices for CO<sub>2</sub> per ton will rise from 25€ to 180€ in 2030<sup>138</sup>. Due to the change in policy after 2025, the exact development for fuel prices cannot be predicted yet. However, using the projection of carbon pricing according to the Climate Action Program 2030, the real price levels rise to 1.73€ per liter for gasoline and 1.59€ per liter for diesel in 2030. Therefore, an average inflation of 1.44% on the energy and CO<sub>2</sub> tax is assumed because fixed tax values dampen the real price increase in the future (Figure 20).

<sup>137</sup> cf. Gürsel and Tölke (2018), p.13

<sup>138</sup> cf. Kemmler et al. (2020), p.47



Figure 20: Price development of gasoline and diesel between 2021-2030 (and 2015 as a reference) according to the price path of the carbon tax of the KSP, in 2020 values – illustration of the author

### 3.3.2 Vehicle expenses

Other factors that contribute to the operational costs of transportation are the German vehicle tax, vehicle insurance, sales prices of the vehicle, liter consumption of fossil fuel, as well as the driving behavior in terms of annual mileage and transportation distances<sup>139</sup>.

To mitigate the effect of indirect subsidization of diesel fuel through the lower energy tax, the vehicle tax for diesel automobiles is set higher than the one of gasoline cars. Pricing both, the cubic capacity and the CO<sub>2</sub> emissions per km, an annual vehicle tax for every automobile registered in Germany must be paid<sup>140</sup>.

Except from personal differences (i.e. age, driving experience, etc.), the vehicle insurance highly depends on the type of vehicle used. As diesel automobiles have typically greater transportation distances due to lower fuel prices and greater fuel efficiency, the accident likelihood is greater than the one for gasoline vehicles. Consequently, diesel owners bear most often slightly higher financial burden through the vehicle insurance.

In terms of the sales price, diesel vehicles are usually more expensive, too. One reason is that diesel engines incur additional expenses for filters to reduce the combustion of nitrogen oxides arise that gasoline vehicles do not require<sup>141</sup>. This can result in price differences of up to a few thousand euros.

Depending on the transport distance, higher or lower liter consumption occurs. The rule of thumb states that the total costs of diesel vehicles are lower than the one of comparable gasoline automobiles if the annual mileage of 15,000 kilometers is exceeded<sup>142</sup>. This is the reason why diesel vehicles are also used in the freight transportation almost without exception.

<sup>139</sup> cf. ADAC (2020c), n.p.

<sup>140</sup> paragraph cf. (Siebtes Gesetz zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes, 2020), n.p.

<sup>141</sup> cf. Hoberg (2019), n.p.

<sup>142</sup> cf. ADAC (2020a), n.p.

### 3.4 The price elasticity of demand of fossil fuels

Looking at the consumption behavior, gasoline and diesel are relatively reluctant to price changes. By means of the three primary reasons that influence the price elasticity of demand as well as empirical evidence, the price elasticity of demand in the transportation sector is presented next.

#### 3.4.1 Adjusting screws

Probably the most important point for an inelastic demand pattern of gasoline and diesel consumption is the lack of comparable alternatives. While it is not directly true in terms of price differences, it applies with regard to the additional efforts that ecofriendly vehicles cause.

The governmental funding of electronic vehicles through the "Umweltbonus" reduces the sales price of e-cars by a maximum of 9,000€ when the value exceeds 40,000€. Thereby, the original prices of alternative vehicles are already equal to the those of vehicles powered by fossil fuel. Even though additional costs of 1,000€ for home charging apply, the benefits of e-vehicle insurance, tax and service costs outweigh this financial burden over the years already<sup>143</sup>.

The fundamental problem occurs through the comparison of the performance. Currently, e-vehicles need at least 30 minutes to recharge and only if more expensive high-power charging stations are used. After that it depends on the car type if driving distances of 300km can be reached<sup>144</sup>. In comparison, a gasoline or diesel vehicle can go between 600 and 1000 km without refueling. Not to mention the time spent on the gas station. Therefore, e-vehicles are only an appealing alternative for short-distances.

Other zero-emission substitutions, such as the fuel-cell drive, are not ready for the broad market yet. Being comparable to vehicles powered by fossil fuels in terms of refueling and transport distances, it comes at much higher costs. For example, hydrogen vehicles have higher development costs and the production of these fuels is very expensive. Due to the energy intensity of the hydrogen production, three times more renewable energy is used to provide this synthetic fuel than comparable electric vehicles require<sup>145</sup>.

Especially, the freight transportation which needs sustainable solution for long-term distances is affected by the lack of substitutes. While the passenger transport can easily make use of public transportation, bike or foot, the freight transportation can only partly shift to train or inland vessel. Further, it requires an expansion of the infrastructure which does not happen overnight. Like the expansion of charging and refueling stations for e-vehicles and synthetic fuels, it takes time for environmentally friendly modes of transportation to become a serious alternative to the traditional ones, powered by fossil fuel. In sum, the current lack of substitutes causes the price elasticity of demand to be inelastic. Depending on the

---

<sup>143</sup> paragraph cf. Bundesregierung (2021)

<sup>144</sup> paragraph cf. ADAC (2020b), n.p.

<sup>145</sup> paragraph cf. Reitberger (2020), n.p.

technological innovations in the future and the expansion of the required infrastructure for new and already existent transportation alternatives increases the long-term price elasticity of demand and makes it more elastic.

Another influential factor of the price elasticity of demand is the budget share spent on the good. In passenger transport, transportation has a share of 14% in the monthly budget expenditure of private households. Therefore, the type of transportation people use is carefully chosen. Only life and housing costs are equally or more important according to their share of expenditure<sup>146</sup>.

Depending on the industry the transportation costs of companies are around 3% of their total sales costs.<sup>147</sup> Therefore, these costs are a relevant but not a dominating factor when it comes to the freight transport. As a result, changes in the transportation costs have a greater impact on the decision making of individuals than on those of firms. Thus, the demand for the passenger transport tends to be slightly more elastic than that of the freight transports.

The last aspect that contributes to the price elasticity of demand is the available time to adjust. Having an average lifetime of 10 years for cars and 30 years for trucks a fast transition to ecofriendly transportation kinds comes with incompatible financial burden for individuals and firms<sup>148</sup>. Nevertheless, for new vehicle acquisition, it is important to know about the relevant technologies of the future. The reason is that the new vehicles of today will still be on the roads in 2030. In sum, it usually takes one decade to push passenger cars out of the market and even longer for trucks. As a result, the price elasticity of demand is very inelastic in the short-term because vehicles represent a long-term investment. Only in the long-run, obsolete technology needs to be replaced which is to the benefit of a more elastic demand pattern.

In summary, the three primary reasons that influence the price elasticity of demand show that in the short-term the demand for fossil fuel is very inelastic while in the long-term it becomes more elastic. This result can be confirmed by the literature considered.

### 3.4.2 Empirical evidence

As the empirical results (Frondel and Vance 2014, 2018)<sup>149</sup> show, the long-term price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) for both fuel types lies somewhere between -0.7 and -0.4. In extreme cases, an elasticity ( $\epsilon_D$ ) of -0.97 can be reached<sup>150</sup>. This indicates, an increase of fuel prices by 10% will reduce the quantity of fuel demand by 4% to 7% (9.7%)<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> cf. Statistisches Bundesamt (Destatis) (2020), n.p.

<sup>147</sup> cf. Alicke, Knut, Lösch, Martin (2010), p.2 quoted after: Thonemann et al. (2003)

<sup>148</sup> cf. Krafftahrt-Bundesamt (2020), n.p.

<sup>149</sup> cf. Frondel (2020), p. 4,  
quoted in: Frondel and Vance (2018), p.995; Frondel and Vance (2014), p.458

<sup>150</sup> cf. Edenhofer et al. (2019), p.63

<sup>151</sup> based on: Frondel (2020), p.4

Depending on the closeness of substitutes in the passenger and freight transport, these values can also vary for gasoline and diesel within this elasticity range. If the freight transport cannot shift to comparable alternatives, it is very likely that the price elasticity of demand for diesel will be much more inelastic than the one of gasoline in the long-term<sup>152</sup>.

In the short-term, a difference can already be measured. A price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) ranging from -0.36 to -0.03 for gasoline and -0.25 to -0.07 for diesel shows that in general the demand for diesel is less responsive to price changes than the demand for gasoline. Hence, an average short-term price elasticity ( $\epsilon_D$ ) of -0.19 for gasoline and -0.13 for diesel fuel can be observed in the German transportation sector, which is in line with the findings of (Aklilu, 2020)<sup>153</sup>.

### 3.5 Assessment of the emission reduction through the climate action plan 2030

Using the projection of the "national platform future mobility" (NPM)<sup>154</sup> as a reference, emissions of 150 Mt. CO<sub>2</sub>/e will remain in the transportation in 2030 without having additional measures in place. Under this reference scenario, the CO<sub>2</sub> emissions of the freight and bus transport will increase to 57 Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030, while the CO<sub>2</sub> emissions in the passenger transport fall to 88 Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030. Key drivers for such a development are the increasing and decreasing mileages of trucks and cars, respectively, as well as the higher efficiency of passenger vehicles (incl. e-mobility). If the CO<sub>2</sub> emissions from domestic aviation and inland waterways are held relatively constant and the small share of emissions from trains is decreased further, the emission reduction between 2016 and 2030 is about ten million metric tons<sup>155</sup>.

To close the remaining gap of roughly 55 million metric tons to achieve the climate goals in 2030, the German government introduced the Climate Action Program 2030 which addresses six fields of actions already mentioned during the section 2.2 in "Fundamentals". According to the assessment of these fields of actions by the "Öko-Institut e.V.", the climate goals in 2030 will still be missed by 33.4 million metric tons. Therefore, the updated climate action plan will also be not able to meet the climate targets in the German transportation sector. The greatest emission reductions can be achieved using CO<sub>2</sub> limits for passenger and freight vehicles. Here a CO<sub>2</sub> emission reduction of around eight million metric tons is predicted. Second most important is the CO<sub>2</sub> tax<sup>156</sup>. Being able to reduce six million tons of CO<sub>2</sub> when following the price development of 180€/ton in 2030 it highly contributes to the emission reduction of 22 million metric tons under the "Climate Action Programme 2030". The remaining

---

<sup>152</sup> cf. Zeleke (2016), p.3

<sup>153</sup> paragraph cf. Bach et al. (2019), p.12f.

<sup>154</sup> Harthan et al. (2020), p.44

<sup>155</sup> paragraph cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (2019), p.43f.

<sup>156</sup> cf. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (2019), p.45f.

eight million tons are reduced by other instruments, including the development of synthetic fuels with a share of close to three million metric tons<sup>157</sup>.

While high divergences between the German climate targets for 2030 and the government's strategy remains, the role of carbon pricing and its prospects to achieve greater emission reductions is analyzed in more detail below. Further, the prospect of more low-emission transportation alternatives influences the effect of carbon pricing significantly and needs to be highlighted, too.

---

<sup>157</sup> paragraph cf. Harthan et al. (2020), p.45f.

## 4 Analysis

### 4.1 Contribution of the national ETS to reduce the CO<sub>2</sub> emissions in the German transportation sector

Using the price elasticity of demand, the effect of a carbon tax on fuel prices and the total liter consumption of gasoline and diesel, the emission reduction in the German transportation sector through a market-based policy approach will be assessed. As this development highly depends on the degree of substitution in the market, three scenarios will be displayed to give a better overview about possible future outcomes.

#### 4.1.1 Calculation method

The total liter consumption of fossil fuels in 2030 can be calculated when using the emission quantity of 57 Mt. CO<sub>2</sub>/e in the passenger traffic and the 88 Mt. CO<sub>2</sub>/e in the freight transport (Figure 34)<sup>158</sup>. Therefore, the share of gasoline and diesel in these emissions needs to be measured.

According to the "Öko-Institut e.V.", the passenger traffic causes a total of around 103 million metric tons of CO<sub>2</sub>/e in 2015. While gasoline fuel had a stake of 53 million metric tons, diesel caused 48.1 million metric tons through its consumption (Figure 34). The additional tons of CO<sub>2</sub> were caused by other fossil fuels, mainly natural gas<sup>159</sup>. The freight transportation covers the remaining emission portion of the road transport. Having an emission share of 99% in this subsector, diesel is the only relevant fuel type there. In consequence, diesel is responsible for an extra emission quantity of 51.8 million metric tons in addition to the one caused by the movement of people, already<sup>160</sup>.

Assuming similar proportion of gasoline and diesel in the passenger transport in 2030, 45 million tons of CO<sub>2</sub>/e will be emitted due to gasoline and 41 million tons of CO<sub>2</sub> due to diesel (Figure 34). Adding emissions from the freight transport, diesel will have a total emission quantity of 98 million metric tons CO<sub>2</sub>/e in 2030. Thereby, both fuels will cover 96% of the total CO<sub>2</sub> emission of the road transport.

To evaluate the emission reduction potential through the carbon pricing, the price elasticity of demand and the liter consumption is used. By means of the emission factors of gasoline and diesel a consumption of 19 million liters for gasoline and 37 million liters for diesel is reached in 2030 (Figure 34). As the development of the price elasticity of demand is highly dependent on the three primary reasons mentioned before, different scenarios will be reviewed.

For simplicity, it is assumed that the tax burden through carbon pricing is completely passed to the consumer. For one thing, gas station owners have a profit margin of around ten cents per liter of gasoline and diesel<sup>161</sup>. Thus, their influence on increasing sale prices is relatively

---

<sup>158</sup> Harthan et al. (2020), p.44

<sup>159</sup> paragraph cf. Harthan and Hermann (2018), p.40f.

<sup>160</sup> cf. Harthan and Hermann (2018), p.40f.

<sup>161</sup> cf. Tyborski (2020), n.p.

low. For another, the elasticity of demand remains inelastic over the next decade. Therefore, customers continue to bear a greater burden of the taxation on fossil fuels which keeps the profit margin for gas station owners close to current values (Figure 14). As a policy instrument a tax is used, since all other market regulations can theoretically achieve the same results. The evaluation which of them is best regarding the economic welfare effect will be answered later.

#### 4.1.2 Results of current carbon pricing

If the fuel expenses and the development of the CO<sub>2</sub> tax from the section "Fuel expenses"<sup>162</sup> are taken into account, prices per liter for gasoline and diesel rise from 1.39€ (2015) to 1.73€ in 2030 and from 1.27€ (2015) to 1.59€ in 2030, respectively.

Starting with a base scenario, the short-term price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) is -0.19 for gasoline and -0.13 for diesel<sup>163</sup>. It can be assumed that similar calculations have been used by the "Öko-Institute e.V" because such an inelastic demand pattern would result in a CO<sub>2</sub> emission reduction of 6 Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030 through carbon pricing<sup>164</sup>.

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO <sub>2</sub> emissions
Gasoline	1.73 €	24.43%	4.64%	887,003.20	2,102,197,582.53
Diesel	1.59 €	35.85%	4.66%	1,725,240.52	4,571,887,375.22
Sum					6,674,084,957,74

Table 1: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (base scenario) – illustration of the author

Having more substitutes in the market will increase the elasticity of demand. Without being able to predict the exact development of the future, it is assumed that technological innovations affect freight and passenger transport similarly. As a result, a low technological development leads to a price elasticity of demand of -0.4 for gasoline and diesel. Consequently, an emission reduction of 18.5 million metric tons of CO<sub>2</sub> can be achieved in 2030.

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO <sub>2</sub> emissions
Gasoline	1.73 €	24.43%	-9.77%	-1,867,375.15	-4,425,679,121.11
Diesel	1.59 €	35.85%	-14.34%	-5,308,432.36	-14,067,345,769.90
Sum					-18,493,024,891.01

Table 2: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (low-tech scenario) – illustration of the author

The last scenario assumes a greater technological advancement in 2030. Therefore, a price elasticity of demand of -0.97 can be assumed. This leads to an emission reduction of 45 million

<sup>162</sup> cf. Thesis Chapter 3.3.1

<sup>163</sup> cf. Bach et al. (2019), p. 12f.

<sup>164</sup> Harthan and Hermann (2018), p.46

Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030 which is roughly 80% of the required reductions under the climate targets for 2030 (Figure 33).

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO <sub>2</sub> emissions
Gasoline	1.73 €	24.43%	-23.69%	-4,528,384.75	-10,732,271,868.68
Diesel	1.59 €	35.85%	-34.77%	-12,872,948.49	-34,113,313,492.01
Sum					-44,845,585,360.69

Table 3: Emission reduction in 2030 through carbon pricing (high-tech scenario) – illustration of the author

While the base scenario represents the emission reductions that can be achieved via carbon pricing only, the low- and high-tech scenarios depend on the possibility of substitution. Thus, the current carbon pricing of 180€/ton of CO<sub>2</sub> in 2030 is too low to achieve the climate targets 2030. Even when having great technological advancement, a gap of 11 to 13 Mt. CO<sub>2</sub>/e to the climate goals remain. In consequence, a higher carbon pricing than the initial 180€/ton is suggested to achieve the climate targets.

#### 4.1.3 Results of an appropriate carbon pricing

The realization of an emission reduction of 52 to 55 Mt. CO<sub>2</sub>/e in 2030 requires a stricter carbon pricing path than currently suggested by the Federal Government under the “Climate Action Plan 2030”. By means of the previous scenarios, different carbon prices are calculated using the emission reduction quantity of 55 Mt. CO<sub>2</sub> in 2030 and the different price elasticities of demand. Depending on the allocation of these emission reductions on gasoline and diesel consumption, different carbon prices occur. For simplicity reasons, the share of gasoline and diesel is held constant to the values of the “National Platform Future Mobility (NPM)” and an inflation of 1.44% on the VAT and CO<sub>2</sub> tax is assumed, again. If the calculated carbon prices lead to an emission reduction that lies between the upper and lower reduction goal of 2030 (52-55 Mt. CO<sub>2</sub>/e), it will be used for further analysis (see appendix 5.1).

Without having any substitution alternatives in place, the base scenario will lead to a price of 4.29€/l for gasoline and 4.45€/l for diesel. This would require a carbon pricing of 1,210€ per ton. Even though these price levels cannot be used reliably it gives a good estimation of the required fuel prices that would be necessary to avoid people from using vehicles powered by fossil fuels. The reason is that the price elasticity of demand gets more elastic the higher prices get<sup>165</sup>. Therefore, it can be assumed that at a certain price level nearly all market participants stop using fossil fuels because lower prices of substitutes outweigh the costs of inconveniences that arise during their use.

<sup>165</sup> cf. Acemoglu et al. (2016), p.139f.

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO2 emissions
Gasoline	4.29 €	207.65%	-39.45%	-7,540,199.00	-17,870,271,637.58
Diesel	4.45 €	279.73%	-36.37%	-13,462,969.35	-35,676,868,772.82
Sum					-53,547,140,410.40

Table 4: Required CO<sub>2</sub>/e reduction through carbon pricing (base scenario) – illustration of the author

The greater the price elasticity of demand gets through available transportation alternatives, the more reliably the findings can be used due to lower price increases. As a result, a low degree of technological innovations will require a much smaller price increase than the base scenario suggested. Having a price per ton of 463€ leads to price increases of 2.44€ for gasoline and 2.38€ for diesel that meet the climate targets 2030 in the transportation sector.

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO2 emissions
Gasoline	2.44 €	74.80%	-29.92%	-5,718,394.89	-13,552,595,887.94
Diesel	2.38 €	102.90%	-41.16%	-15,238,215.41	-40,381,270,836.81
Sum					-53,933,866,724.74

Table 5: Required CO<sub>2</sub>/e reduction through carbon pricing (low-tech scenario) – illustration of the author

Finally, the high-tech scenario is displayed. Once again it can be stated the greater the technological advancement gets, the lower the price increases need to be. Here a carbon price of 208€ would be necessary which leads to price levels of 1.80€ for gasoline and 1.67€ for diesel in 2030.

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO2 emissions
Gasoline	1.80 €	29.38%	-28.49%	-5,445,694.79	-12,906,296,642.20
Diesel	1.67 €	42.43%	-41.16%	-15,238,215.41	-40,381,270,836.81
Sum					-53,287,567,479.01

Table 6: Required CO<sub>2</sub>/e reduction through carbon pricing (high-tech scenario) – illustration of the author

As the results have shown, the price degree of carbon pricing highly depends on the availability of substitutions. Of course, excessive price increases can stop people from using fossil fuels, but the economic consequences need to be kept in mind. In order to address these, an analysis is conducted that evaluates the four market instruments (tax, quota, price corridor and Flexcap), in this regard.

#### 4.2 Application of the economic model of stock pollutant in the German transportation sector

As the climate change is a global issue, all countries in the world are invoked to reduce their GHG-emissions. Around 850 million of the 45 billion tons of greenhouse gases are attributable to Germany in 2017. This amounts to a share of 1.9% in the global increase of these gases. The German transportation sector emits 162 million tons of CO<sub>2</sub>/e. In the context of global emission, it is a share of 0.36%. Therefore, emission savings in this sector only have a small effect on climate change, at least on a national level. On a global scale, technological

innovation in the transportation sector cause significant reductions of CO<sub>2</sub> emissions as they can be applied across borders. Therefore, the emission savings are clearly greater than the solely national perspective would suggests.

Applying the economic model to the transportation sector these different inputs need to be considered. First, policy instruments for the non-ETS sectors apply on a national scale, only. Therefore, the basis of this model forms those sectors that are covered by the German carbon pricing. As this thesis focuses on the effects of the market regulation in the German transportation sector, the economic model is applied in this regard.

Second, the MAC is influenced by the elasticity of demand because it represents the possibility for individuals and firms to avoid the usage of fossil fuel dependent on the transportation kinds. The results have shown that the demand is rather inelastic. It means that the response of consumption to fuel price changes is low. Thus, at least in the short run the MAC curve needs to be rather steep than flat as the costs to avoid the usage of fossil fuels are high. In the long run, this setting may change depending on the possible transportation alternatives.

Third, according to the German Environment Agency (UBA)<sup>166</sup>, the cost of damages through greenhouse gases amount to 180€/ton in 2016 and increase to 205€/ton in 2030. It includes damages that occur if global temperature rises by 2°C (pre-industrial levels). This means the same yearly pollution quantity of CO<sub>2</sub> emissions causes higher environmental costs in 2030 than today (in 2016). In consequence, the marginal damage function is becoming steeper the more CO<sub>2</sub> emissions are polluted because the “allowed” GHG-stock, which will cause the additional increase in temperature, shrinks (Figure 21). Thus, an additional ton of CO<sub>2</sub> will be more damaging in the future than it is today.

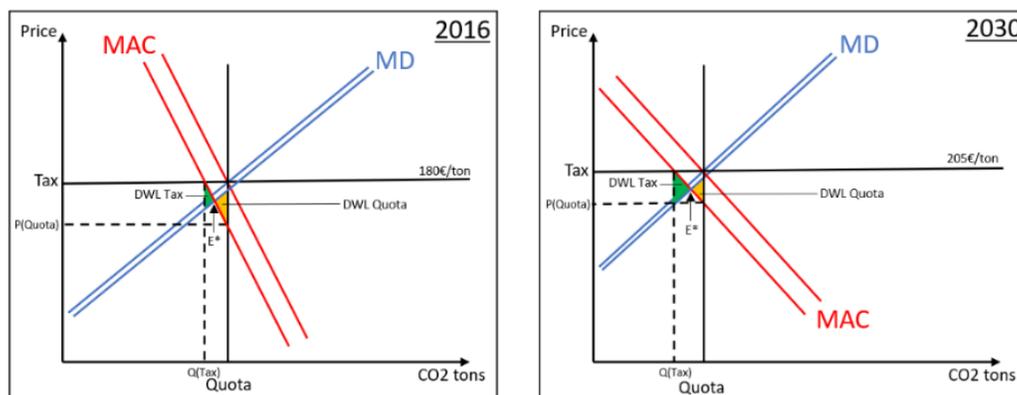


Figure 21: Application of the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (tax and quota)<sup>167</sup>

In sum, these suggestions lead to an illustration of the economic model for the German transportation sector as shown above (Figure 21). While the MAC curve will become flatter over time, the more sustainable transportation kinds arrive at the market, the MD curve is getting steeper due to higher environmental costs per ton of every additional CO<sub>2</sub> emitted.

<sup>166</sup> paragraph cf. Burger et al. (2019), p.4f.

<sup>167</sup> based on: Karp and Traeger (2018), p.7

Further, the shift of the MAC curve will be greater than the MD curve as technological innovations in this sector reduce the cost to avoid fossil fuel more, than they reduce the future stock of GHG-emissions which causes the climate change.

#### 4.2.1 Under general policy instruments

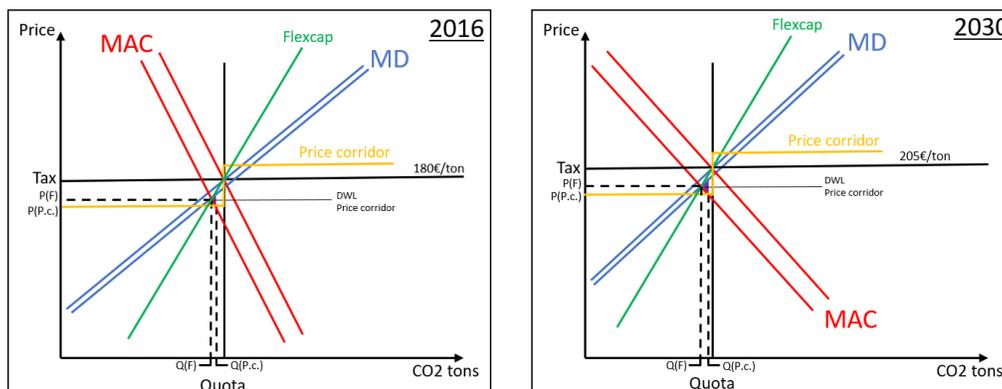
Without having deeper knowledge about an exact elaboration of the economic model for the transportation sector, it can be assumed that in the upcoming years a quota will dominate taxes as a policy instrument in the German transportation sector in the context of climate change. These assumptions are based on Weitzman's (1974) findings as in both cases of stock and flow pollutant, a quota is always preferred if the MAC function is flatter than the MD function. As the shift of the MD curve has only little impact in this consideration, it confirms this finding but would also not change the general assumption. This would be different if the MAC curve was steeper than the MD curve as it is the case for 2016.

#### 4.2.2 Under advanced policy instruments

To exactly determine which policy instrument is most suitable for the German transportation sector to address the climate issue, all four policy instruments need to be considered. After a good basis for discussion has already been created through the welfare effects of taxes and quotas, the policy instruments price corridor and Flexcap are additionally included in the investigation.

##### 4.2.2.1 Price corridor

Depending on the upper and lower price limits of the price corridor, a lower DWL can be achieved than via the usage of a tax or cap (Figure 22). The reason is that the fixed market instrument comes closer to the market equilibrium that arises through the shift of the MAC and MD function. In general, the following can be stated for price corridors: the greater the difference between the minimum and maximum price becomes, the closer the DWL is to that of a quota. In reverse, the smaller the price difference is, the more similar the DWL becomes to that of a tax. Sometimes, the lower price limit may even intersect the new market equilibrium. In consequence, no DWL occurs. This implies, the market instrument perfectly addresses the climate issue in the context of environmental damages and economic costs after technological changes have occurred.



*Figure 22: Application of the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (price corridor and Flexcap) – illustration of the author*

#### **4.2.2.2 Flexcap**

Another policy instrument that can minimize the DWL is the Flexcap. In contrast to all other market regulations, it is adjusted frequently. Instead of changing policies on an annual basis, the Flexcap will be most effective in the transportation sector when monthly modifications are implemented<sup>168</sup>. Thereby, it can directly respond to the market changes that arise through technological innovations and set prices and emission quantities at the point where the new market equilibrium arises. Even though, there is still a tiny gap between the real market development and the policy adaptation, in comparison to the other policy instruments, the Flexcap comes constantly closest to the equilibrium. Thus, it addresses damages through pollution and economic costs best (Figure 22).

This holds true, even if other types of technological innovations affect the market outcome (Figure 30). In all instances, the Flexcap remains the most efficient policy instrument, although there are cases where a quota or price corridor can achieve similar results (Figure 30: left graph).

---

<sup>168</sup> cf. Sterner Thomas et al. (2020), p.45

## 5 Evaluation

### 5.1 Prospects of success of the current measure imposed

Germany will not be able to achieve the climate goals 2030 in the transportation sector under the current carbon pricing. While the financial incentive is too small to limit consumption even with great technological advancement, the net welfare loss through the planned policy instruments is greater than necessary.

#### 5.1.1 Climate perspective

The results of the analysis have shown that the current carbon price path in the German transportation sector is too lax to achieve the climate targets in 2030, even if a high degree of transportation alternatives is assumed. The reason is that a carbon price of 180€/ton neither meets the cost for marginal damages through CO<sub>2</sub> pollution in 2030, nor achieves the required CO<sub>2</sub> reductions according to the price elasticity of demand. Moreover, it is highly questionable whether this underestimated price target can even be realized by 2030.

While the UBA assumes a cost of carbon of 180€/ton in 2016 and 205€/ton in 2030, these results are based on the assumption that global temperature rises by 2°C only. Under the current policies global warming will be at 2.8 to 3.2 °C in 2100 (pre-industrial-levels)<sup>169</sup>. Therefore, a higher carbon price is necessary to include the real costs of climate change under the current pollution volume. As the transportation sector is responsible for 14% of the global GHG-emissions, reductions are also very important here.

Depending on the price elasticity of demand for fossil fuel that is highly influenced by technological innovations, a carbon price between 200 up to several hundred €/ton is required to achieve the emission reduction of 52-55 Mt. CO<sub>2</sub>/e in the transportation sector. Although the Federal Government already adjusted the starting value of carbon pricing from 10€/ton to 25€/ton in 2021, a sharp increase in the fuel price after 2025 would be necessary to realize the carbon price of 205€/ton in 2030. In consequence, the current carbon pricing misses the environmental cost of carbon in 2030 and most likely also the transportation sector's set climate targets.

#### 5.1.2 Economic perspective

Based on the economic model, it can be concluded that the change from a tax to a quota as a market regulation in the German transportation sector makes perfect sense over time<sup>170</sup>. Nevertheless, it is unclear if this switch in policy instruments can already be completed after 2025.

Critical to this modification is the availability of transportation alternatives because it affects the slope of the MAC curve, which strongly influences the welfare costs of both, tax and quota. In consequence, the more substitutes are available at the market, the less important price uncertainty becomes. Thus, certainty of emission quantities comes to the forefront.

<sup>169</sup> cf. Figure 31 based on: Hannah Ritchie and Max Roser (2017), n.p.

<sup>170</sup> cf. Thesis Chapter 4.2.1

Nonetheless, other policy instruments such as the price corridor or Flexcap can achieve even lower net welfare losses than a tax or quota, which is more beneficial to society. Therefore, the use of a tax until 2025 is not the best policy instrument for the German transportation sector.

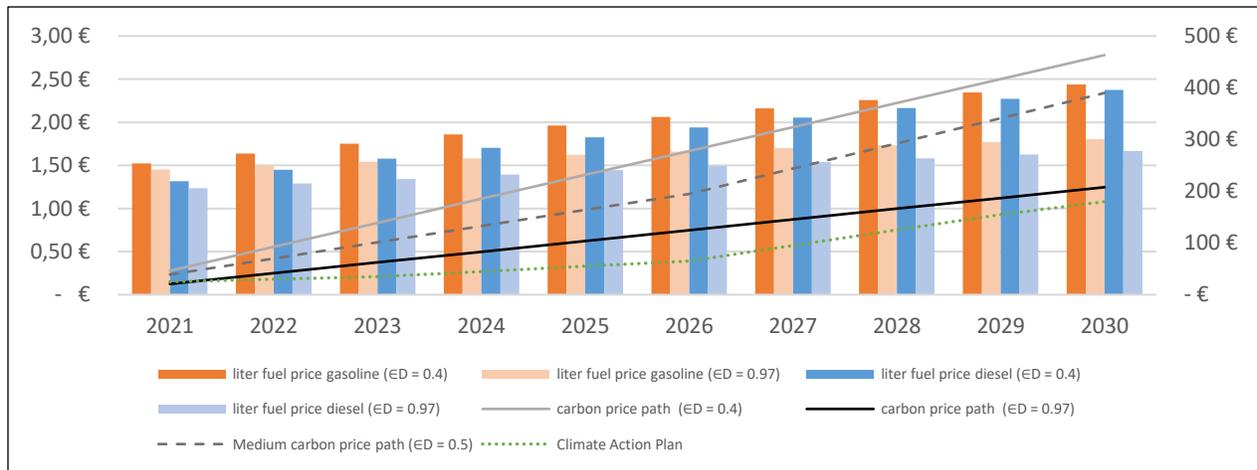
## 5.2 Design of an efficient policy to achieve the climate targets 2030

Using an increased carbon price path and the Flexcap as a policy instrument the emission reduction goals could be achieved in the German transportation sector in 2030. Even though, enormous investments in the development of alternative means of transportation are required.

### 5.2.1 Climate perspective

Depending on the degree of substitution the carbon pricing needs to follow a different price path to achieve the climate targets in the German transportation sector by 2030. If there is little technological progress by 2030, carbon prices should start at around 50€/ton in 2021 and increase to well over 400€/ton in 2030, assuming a linear price increase and a price elasticity of demand of -0.4 (Figure 23).

Higher technological advancement, in turn, allows for a smaller carbon price increase. In consequence, carbon prices should start at 21€/ton in 2021 and increase to well over 200€/ton in 2030 if a linear price increase and a price elasticity of demand of -0.97 is assumed (Figure 23).



Years	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030
carbon price path (ED = 0.4)	46€	93€	139€	185€	232€	278€	324€	371€	417€	463€
carbon price path (ED = 0.97)	21€	42€	62€	83€	104€	125€	145€	166€	187€	208€
carbon price path (ED = 0.5)	39€	70€	101€	133€	164€	195€	244€	293€	341€	390€

Figure 23: Carbon & sales price development of gasoline and diesel fuel according to a low-tech (0.4) and high-tech (0.93) price elasticity of demand – illustration of the author

Without being able to predict the degree of substitutions in the German transportation sector in the future, a value between the upper and lower price path will be enough to achieve the climate goals in 2030 if technology develops accordingly (Figure 23).

As the analysis of the "Öko-Institute e.V." has shown, the current measures of the Climate Action Plan 2030 do not support an extensive use or development of transportation alternatives that would be required for a high price elasticity of demand in 2030. This means a carbon price of 21€/ton in 2021 would already be too low to meet the climate goals.

During the introduction of a carbon price, it is important to notice that the adaption of sustainable transportation options by individuals and firms takes time. Therefore, it is crucial to choose a price path in the beginning that does not create an excessive financial burden for market participants but is already high enough to influence their decision-making process for future investments. This is the only way to ensure that the transition to an emission-friendly transportation sector is not unnecessarily delayed.

A medium price path could start with values of 39€/ton for 2021 and increase to around 310€/ton (inflation-adjusted) in 2030. In 2021-values, it reflects a rise in carbon prices to 390€/ton. Thereby, the climate targets for 2030 can be met, if a price elasticity of demand ( $\epsilon_D$ ) of -0.5 in 2030 is assumed. Using the short-term price elasticity of demand, an emission reduction of 14.5 Mt. CO<sub>2</sub>/e is achieved just through carbon pricing (Table 7).

2030	fuel price (€/l)	% -change in ...		actual change in ...	
		price	demand	liter consumption	CO <sub>2</sub> emissions
Gasoline	2.26 €	61.78%	2.47%	472,311.58	1,119,378,448.97
Diesel	2.17 €	85.57%	13.69%	5,068,762.70	13,432,221,168.00
Sum					14,551,599,616.97

*Table 7: Emission reduction in 2030 through a carbon price of 310€/ton without transportation alternatives– illustration of the author*

In contrast to the climate action plan of the Federal Government, the carbon price would already be higher during the introduction of the corrective tax and increase faster between the years. However, what remains equal is a smaller price increase from 2021 to 2025 and a stronger increase between 2026 and 2030. This allows for greater emission reductions when the availability of emission-friendly transportation kinds has certainly improved (Figure 23). As a result, gasoline and diesel fuel cost around 2.26€ and 2.17€ in 2030, respectively. This equals a price increase of 62% for gasoline and 86% for diesel compared to 2016 values.

### 5.2.2 Economic perspective

As the analysis of the economic model for the German transportation sector has shown, the net welfare loss is lowest if a Flexcap is used as a policy instrument to address climate change. This finding is verified by a quantitative calculation of the DICE report which analyzed the effect of a Flexcap and classical market regulations (Figure 24). It becomes clear that the Flexcap causes the lowest fluctuations in the realized price and the expected amount of CO<sub>2</sub> emissions which is best for society.

**Flexcap and Classic System: Comparison of Effects**

	Expected price in euros	Realized price in euros	Expected amount in GtCO <sub>2</sub>	Realized amount in GtCO <sub>2</sub>
CO <sub>2</sub> tax EUR 25/tCO <sub>2</sub>	25.00	25.00	1.60	1.75
Emissions trading with Cap 1.60 GtCO <sub>2</sub>	25.00	37.19	1.60	1.60
Price corridor EUR 20–35/tCO <sub>2</sub>	25.00	35.00	1.60	1.63
Flexcap with flat adjustment function	25.00	26.00	1.60	1.74
Flexcap with steep adjustment function	25.00	35.00	1.60	1.63

*Figure 24: Flexcap and Classic System: Comparison of Effects<sup>171</sup>*

Additionally, “a Flexcap does not require active management and therefore incurs only low implementation costs”<sup>172</sup>. In comparison to a quota, allowances recently need to be adjusted according to the financial burden of market participants that is caused by the quantity limitation. Under the EU ETS, the possibility of banking, borrowing and trading needed to be established as well as the “market stability reserve” to increase or decrease the uncertainty about price developments depending on the market development. This comes at additional administrative expenses.

A tax needs modification if the carbon price is not in line with the expected emission outcome. Thus, higher or lower price levels are requested depending on the market development. Only a price corridor comes close to a Flexcap in terms of the welfare effect and administrative burdens. Even though policy adjustments under an upper and lower price limit still depend on its initial design and the market response.

In conclusion, the adaptability of the Flexcap to market changes is the essential advantage over a tax, cap and price corridor. Thereby, it uses the “planned system changes and readjustments”<sup>173</sup> that also fixed policy instruments require, as its key strength. Through faster adaption, it does not only keep welfare costs low but also administrative expenses predictable and manageable. The only disadvantage of Flexcap that needs to be mentioned is the possibility of market power that could influence carbon prices. However, since the upstream approach in the non-ETS sector includes various market participants in addition to the ones of the transportation sector, this is not to be expected.

### **5.3 Contribution of non-ETS measures to reduce the CO<sub>2</sub> emissions in the German transportation sector**

The analysis has shown that the possibility of substitution is key for the required price path of carbon pricing, as it effects the price elasticity of demand for fossil fuels. To shed light on this, the three most relevant transportation alternatives are briefly presented, some of which have already been covered in previous sections.

As the most successful measures to date primarily focus on higher emission standards for cars and the use of stricter toll systems for trucks, these regulations can only limit fuel consumption and annual mileage to a certain extent. To realize the climate goals in the transportation

<sup>171</sup> Sterner Thomas et al. (2020), p.45

<sup>172</sup> Sterner Thomas et al. (2020), p.47

<sup>173</sup> Sterner Thomas et al. (2020), p.47

sector, zero-emission alternatives are required. The "Climate Action Program 2030" already focuses on two important low-emission transportation alternatives in its six fields of action.

First, the strengthening of already existent means of transport is important. Therefore, the infrastructure for trains and vessels needs to be improved. This certainly reflects the cheapest way to reduce emissions in the passenger and freight transport. However, based on current mobility behavior, a modal shift much higher than 10% is not expected even by 2050. Therefore, an additional emission reduction of more than 2.5 million metric tons until 2030 is not likely to occur. This would represent a modal shift of less than 4% when 37.5 billion passenger- and 22 billion-ton kilometer from the road transport are allocated to railway and sea<sup>174</sup>.

Second, enormous sums of investments and greater public attention give emission-friendly modes of transportation a market advantage. Here, synthetic and e-vehicles offer the best prospects to cut emissions in the future. Also covered by the KSP 2030, their broad market launch does not only require technological improvements to decrease sales prices of vehicles and fuel prices. Further, infrastructure through hydrogen and charging stations needs to be available to allow the far-reaching market entry. Depending on how fast this development progresses during the next decade, an additional emission reduction between 2.5 and 10 million tons CO<sub>2</sub>/e can be realized by 2030<sup>175</sup>.

The last promising aspect that gets too little attention currently, is the use of electrified trucks that use a catenary system via a pantograph. As the expansion is costly and dicey because future technologies may be more efficient to use, only two sections of German highways are currently equipped with the promising technology. However, an expansion of the catenary system over 4,000 kilometer of the main transport routes can cover 30% of the domestic mileage in the freight transport. Thus, greater emission reduction of 2 to 6 Mt. CO<sub>2</sub>/e can be achieved until 2030. This requires a fast reconstruction of German highways, where the investment costs of 60€/ton CO<sub>2</sub>/e still below the proposed median carbon price path<sup>176, 177</sup>.

On top of these three promising substitution possibilities, smaller additional emission reductions can be achieved through further restrictions in the transportation sector, such as the introduction of speed limits on highways and stronger pricing of domestic air traffic. These and other mechanisms combined are theoretically able to close the remaining gap of 33.4 million metric tons to achieve the climate targets in the transportation sector. Nevertheless, it requires huge financial investments, in expansion of rail and overhead line infrastructure until 2030. Furthermore, the increased carbon price of 310€/ton (inflation adjusted) in 2030 needs to be hold and high subsidies for e-vehicles and synthetic fuels must be spent.

---

<sup>174</sup> paragraph cf. Gerbert et al. (2018), p.195

<sup>175</sup> cf. Nationale Plattform Zukunft der Mobilität (NPM) (2019), p.31

<sup>176</sup> cf. Hacker et al. (2020), p.23

<sup>177</sup> cf. Gerbert et al. (2018), p.195

## 5.4 Implementation problems of a stricter carbon price path

There are three main problems for implementing a more stringent carbon price path in the non-ETS sector which would be required to achieve the climate targets in the German transport sector in 2030.

First, a lasting effect of a carbon pricing can only be achieved if neighbor countries follow suit. Otherwise, the risk of tank tourism occurs when individuals and firms refuel in bordering countries where fossil fuels are taxed less. This is a major risk, especially in freight transport, as trucks refuel less frequently due to their large tanks<sup>178</sup>. Second, as the German carbon price covers both, the transportation and heating sector, prices per ton of CO<sub>2</sub>/e cannot be easily increased to 310€ in 2030 values as suggested nor is it required.

To reach cost-effectiveness for climate policies, GHG-emission shall be reduced where it is ecologically and economically most feasible. According to the base scenario of the "MCC-PIK expertise"<sup>179</sup> a German carbon price around 130€/ton (inflation-adjusted) in heating and transportation would already be enough to meet the climate targets in the non-ETS sectors (Figure 25). The heating sector for example faces much lower costs to avoid an additional unit of CO<sub>2</sub> emission. Consequently, the respective carbon price in this sector can already be smaller than the one of the transportation sector, to achieve the area specific climate targets in 2030 (Figure 25: horizontal line). Since the use of resources is also distributed across sectors, they should be used where the greatest emission reductions can be achieved. In Germany, it is referred to as "sector coupling"<sup>180</sup>. The best example for that is the use of advanced biofuels.

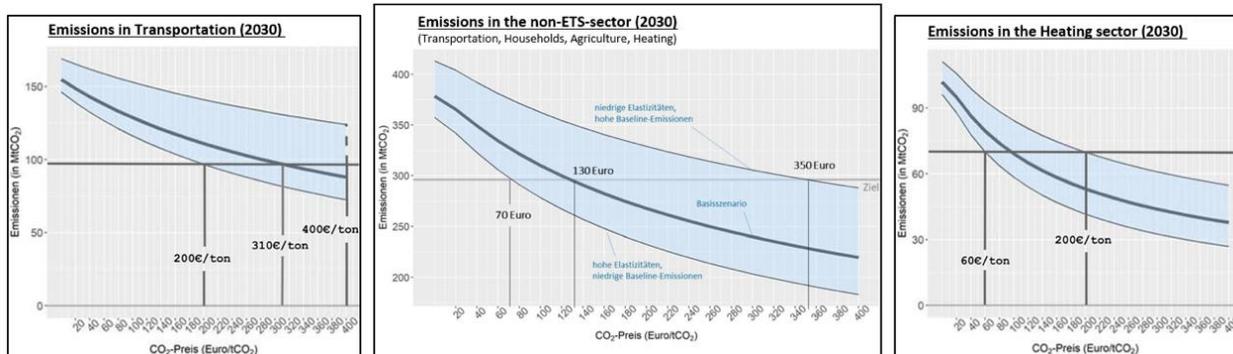


Figure 25: Required carbon price path for transport and heating in Germany to reduce emissions in the sectors transportation, non-ETS and heating in 2030<sup>181</sup>

<sup>178</sup> paragraph cf. Blanck et al. (2014), p.23

<sup>179</sup> cf. Edenhofer et al. (2019), p.67

<sup>180</sup> Unauthorized translation by the author: Sektorenkopplung

<sup>181</sup> Edenhofer et al. (2019), p.68

Having an additional emission reduction potential of 6 to 11 Mt. CO<sub>2</sub>/e in the transport industry, biofuels can be used more efficiently in the heating sector<sup>182,183</sup>. As the economic model has shown, the marginal damage function is affected by the magnitude of additional GHG emissions that close the gap between the stock of present and future emissions. Thus, using advanced biofuels for greater emission reductions in the heating sector also reduces the MD curve in the transportation sector, even if no biofuels are used there. As a result, the market equilibrium (Figure 26: E\*) shifts to the right allowing for greater CO<sub>2</sub> combustion than the current climate targets in this sector reflect.

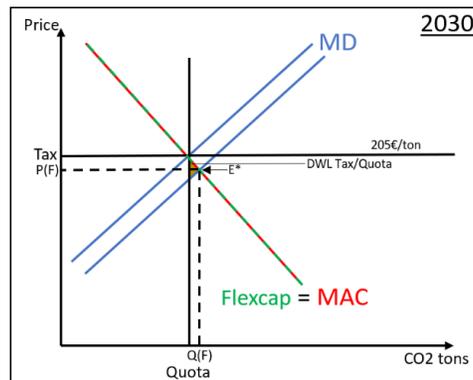


Figure 26: GHG-emission reduction of progressive technologies outside the German transportation sector in 2030– illustration of the author

Consequently, it is more important to achieve an overall GHG-emission reduction than to reduce the degree of pollution in a specific sector. Forecasts of the transportation sector predict a lasting dependence on fossil fuels over the next decade. Therefore, relaxing the emission targets in the transportation sector slightly should be considered in order to tighten those of other sectors. This would assure the overall emission target in the non-ETS sectors in Germany for 2030 and causes lower cost of avoidance for society. This cost aspect is also relevant to reach social acceptance of carbon pricing which reflects the last difficulty an increased fuel prices causes.

In 2018, a higher carbon price of 44.60€/ton (+45% to the previous year) in France led to many protest actions as diesel fuel increased to 1.44€/liter during this year. In comparison, the average price at German gas stations was only 1.28€/liter at that time. The so-called “yellow vest protest” demonstrated that a broad consensus among the population is crucial for the success of ambitious climate targets in the transportation sector<sup>184</sup>.

The essential factor for this rapid price increase was that besides the greater environmental taxation, the oil price almost doubled, too<sup>185</sup>. Therefore, French citizens experienced much higher fuel prices than initially expected by the policy makers. Due to these protests and to

<sup>182</sup> cf. Nationale Plattform Zukunft der Mobilität (NPM) (2019), p.31

<sup>183</sup> cf. Fehrenbach (2019), p.15f

<sup>184</sup> paragraph cf. Hanafi et al. (2019), p.20f.

<sup>185</sup> cf. Hanafi et al. (2019), p.

the disadvantage of the French emission reduction goals, the government was forced to freeze the rise of carbon prices until 2022 instead of continuing with an annual increase as planned<sup>186</sup>.

Hence, great discretion to act is needed to assure the acceptance of carbon pricing in society. Mechanisms that help for the approval of climate policies is a European approach to achieve comparable, but higher fuel prices across borders, a better distribution of the burden among different sectors and a social compensation to reduce the increased costs for citizen. The last aspect "social compensation" will be discussed once again in the following section<sup>187</sup>. Especially, the use of a flexible policy instrument such as the "Flexcap" can help to keep price uncertainty through the market regulation low enhancing social acceptance.

## **5.5 Additional recommendation**

To create a fair carbon pricing system, misaligned price incentives must be offset and an even financial burden across society needs to be ensured. Therefore, it is recommended to adjust the fuel and vehicle tax for diesel cars to the one of gasoline and compensate low-income and rural households for their additional financial burden of the carbon tax.

### **5.5.1 Adjustment of the vehicle and fuel tax for diesel cars**

The unequal environmental taxation of gasoline and diesel is an indirect subsidization of diesel fuel in the German transportation sector. Therefore, it is recommended to increase the energy tax of diesel from 0.47€/liter to 0.73€/liter according to the emission factor of 2.65 kg/liter that is greater than that of gasoline (2.37 kg/liter). In addition, the vehicle tax is to be calculated via the same method as is currently used for gasoline-powered vehicles. This can be achieved gradually by adjusting the vehicle and energy tax between 2021 and 2024.

The benefit of such an adaption is that an eco-tax acts where it is most effective. Pricing fossil fuels directly influences the average mileage of vehicles. In reverse, the fixed costs of a vehicle tax are compensated the more kilometers are driven. Therefore, the change makes perfectly sense in environmental terms.

Furthermore, if a small sample of new cars from different producers is compared over a time frame of ten years, it can be generalized that even with an adaption of the energy and vehicle tax, the benefit of the fuel efficient diesel vehicle remains when an annual mileage of more than 15,000 km is driven. In nearly all instances, the difference in total costs between both car types has also decreased due to this adaption. As the lower vehicle tax benefits diesel car owners over lower annual mileage, a greater fuel price reduces their cost advantage over longer transportation distances, as well (Figure 38).

Thus, an adjustment of the vehicle tax helps to achieve slightly greater emission reductions in the German transportation sector, without limiting the efficiency advantage that diesel vehicles have over gasoline ones for longer driving distances. Using this adjustment in the

---

<sup>186</sup> cf. Hanafi et al. (2019), p.3

<sup>187</sup> cf. Thesis Chapter 5.2.2

passenger transport only, average mileage can decrease by 2.5% which reduces emissions by 2.2 Mt. CO<sub>2</sub>/e<sup>188</sup>.

In the freight transport a greater energy tax on diesel fuel has a positive impact on the total costs of road transport, too. As 99% of the freight transport is powered by diesel fuel, it can reduce emissions by an additional amount of 1.5 million metric tons CO<sub>2</sub>/e<sup>189</sup>. Even though the vehicle tax for trucks and tractor-trailers, which is already low compared to that for passenger cars, should be adjusted, too.<sup>190</sup>

### 5.5.2 Social compensation

To turn the mistakes made in France to an advantage<sup>191</sup>, the "Climate Action Programme 2030" foresees financial relief for citizens like the reduction of electricity costs and the increase of commuter allowances<sup>192</sup>. Such a social compensation is required as low-income households and people from rural areas experience a greater financial burden than others. Thus, these citizens are particularly affected by carbon pricing. Therefore, two reasons apply. First, low-income households spend a larger share of their income for transportation and other energy sources than wealthier households. Second, less reliable transportation alternatives are available outside the city making fossil fuel substitution in rural areas more difficult<sup>193</sup>.

Nevertheless, it remains to be seen if these German measures are already enough to achieve greater acceptance in society. There is doubt in the literature that the government strategy is sufficient. An "alternative (...) (is, remark of the author) to re-channel revenue from the auctioning of allowances of the nEHS (...) to households and firms"<sup>194</sup>, which would reflect a direct social compensation mechanism. This entails the advantage that citizens perceive these direct payments immediately.

Due to the circumstance of the corona pandemic this acceptance is in fact at risk. As the oil market experienced rapid crashes in the beginning, it is slowly recovering because the oil supply has been decreased. If the global economy recovers and demand for oil continues to rise, this can lead to a sharp price increase. Especially since the alliance of oil-producing countries are currently disagreeing on when increased oil production should be targeted again<sup>195</sup>.

---

<sup>188</sup> cf. Graichen et al. (2019), p.24

<sup>189</sup> cf Graichen et al. (2019), p.24

<sup>190</sup> cf. Verlag für Rechtsjournalismus GmbH (2020), n.p.

<sup>191</sup> cf. Thesis Chapter 5.4

<sup>192</sup> Hanafi et al. (2019), p.15

<sup>193</sup> paragrph cf. Stiftung Arbeit und Umwelt der IG BCE (2019), p.9

<sup>194</sup> Hanafi et al. (2019), p.16

<sup>195</sup> paragraph cf. tagesschau (2021), n.p.

Like in France, a rise in fuel prices due to carbon pricing and a greater market demand can be expected. Therefore, at least a transparent communication of price developments in Germany will be important to avoid a protest reaction against carbon pricing. The reason is that whether increasing fuel prices are a result of greater oil demand or due to taxation is not always obvious to the end-consumer. Perceived is above all the injustice due to the higher tax burden.

## 6 Conclusion and Future outlook

Huge leaps in technology are required to achieve the climate targets in the German transportation sector under the current carbon price path until 2030. Since this is not practically feasible, stricter carbon pricing and higher investments in the sector are needed than currently approved by the federal government<sup>196</sup>. Due to implementation problems of an increased price path for transport and heating as well as the inappropriateness of the climate targets in the transportation sector, the reduction goals should be redesigned in a way that is ecologically and economically more efficient<sup>197</sup>.

A flexible policy instrument like the Flexcap can help to reduce the uncertainty about price developments for individuals and firms which experience greater financial burden<sup>198</sup>. This holds true even if sector-specific emission targets are redesigned in Germany. In addition, social compensation mechanisms become of great importance the higher the carbon prices or market fluctuations develop<sup>199</sup>. Of course, financial reliefs of private households through lower price uncertainty and social compensation can risk the German climate targets in the sectors. Nevertheless, the "yellow vest protest" showed that it is necessary to guarantee the political feasibility of climate policies in the long-term.

According to the baseline scenario of the "MCC-PIK expertise" a carbon price of 130€/ton (inflation-adjusted) in 2030 is enough to achieve the climate targets in the non-ETS sector in Germany (Figure 25). This reflects a carbon price of 180€/ton in 2021 values. Thus, the Federal Government's price path can achieve the climate targets in the non-ETS sector if it is maintained and additional investments sums are made available.

Still, the targets in the German transportation sector cannot be realized. Therefore, the remaining gap of 33.4 million metric tons needs to be divided across the other non-ETS sectors, even if greater substitution and regulations reduce this divergence further<sup>200</sup>. Then negative externalities of CO<sub>2</sub> emissions in Germany can be better addressed, although the transportation sector contributes to a much lesser extent.

In the long-term, this adjustment can help to achieve similar cost of avoidance for CO<sub>2</sub> emissions across all sectors. Reductions should therefore be achieved primarily where they make the most sense in ecological and economic terms.

Therefore, an alignment of the national with the European ETS should continue to be considered. Even if the adjustment is associated with greater sector-specific uncertainties and a slowdown of the trend reversal in the transportation sector due to lower price incentives in the European than in the national ETS<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup> Cf. Thesis Chapter 5.2

<sup>197</sup> Cf. Thesis Chapter 5.4

<sup>198</sup> Cf. Thesis Chapter 5.2.2

<sup>199</sup> Cf. Thesis Chapter 5.5.2

<sup>200</sup> Cf. Thesis Chapter 5.3

<sup>201</sup> paragraph cf. Bach et al. (2019); Kemfert et al. (2019) p.7

## Appendix

### 1.1 Share of historical total emissions 1850 until 2017 and the country-specific share of emissions in 2017

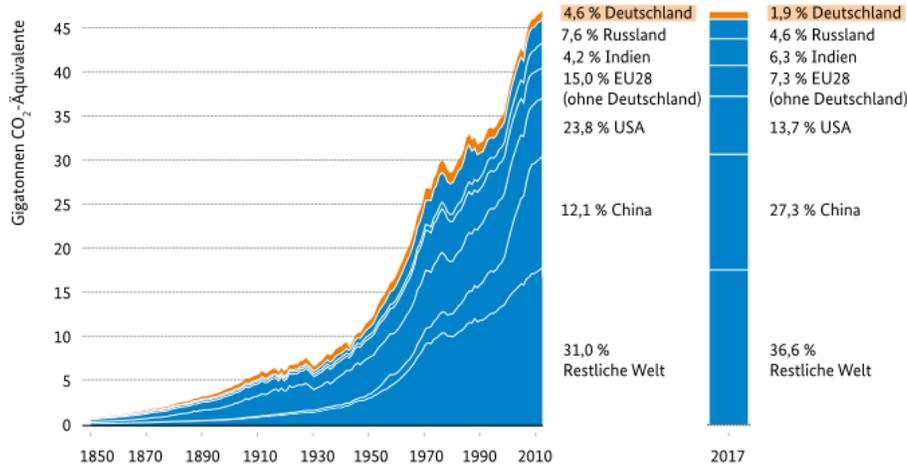
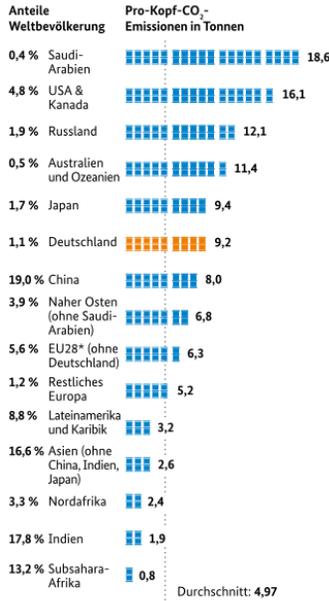


Figure 27: Share of historical total emissions 1850 until 2017 and the country-specific share of emissions in 2017<sup>202</sup>

### 1.2 Shares of the world population and per capita CO2 emissions in selected regions (2018)



\*Inklusive Monaco, San Marino, Andorra

Quelle: EDGAR (2019)

Figure 28: Share of historical total emissions 1850 until 2017 and the country-specific share of emissions in 2017<sup>203</sup>

<sup>202</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2020), p.12 quoted after: Gütschow et al. (2019), n.p.

<sup>203</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) (2020), p.13 quoted after: Crippa et al. (2019)

2.1 Impact of a shift in demand on the price and quantity level under different designs of a Flexcap (flat, normal and steep)

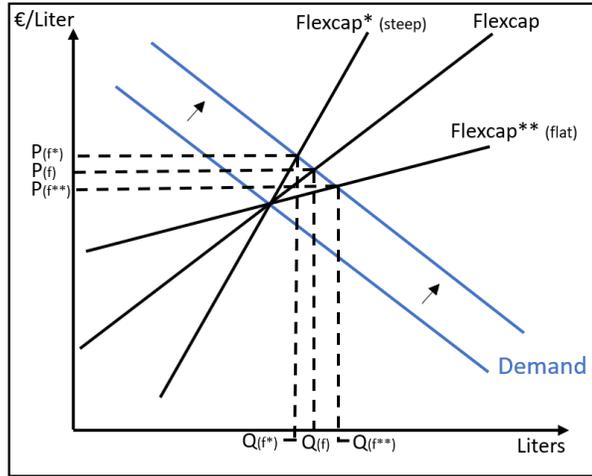


Figure 29: Impact of a shift in demand on the price and quantity level under different designs of a Flexcap (flat, normal and steep)<sup>204</sup>

2.2 Possible market developments for the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (Tax, Quota, Flexcap)

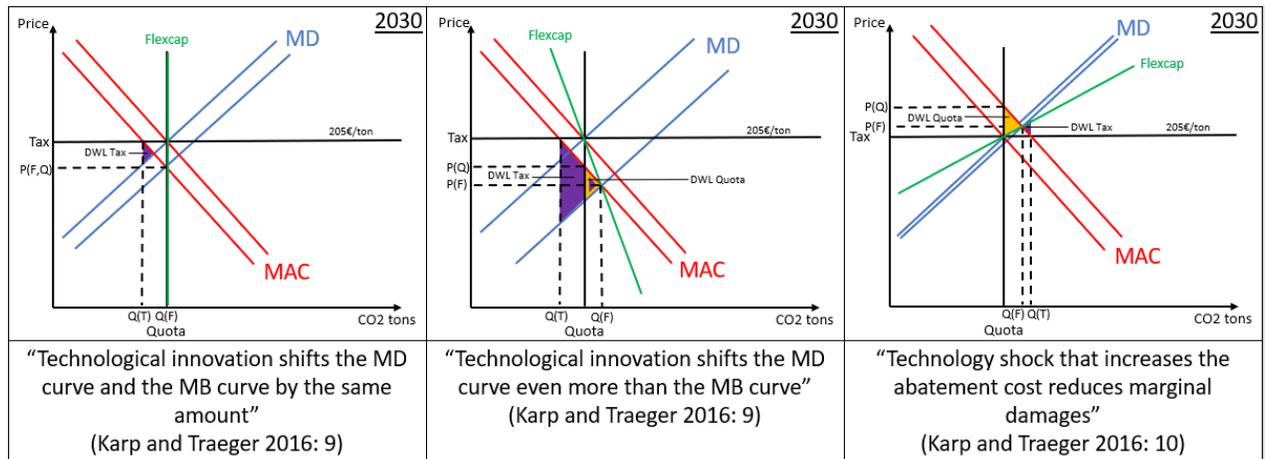


Figure 30: Possible market developments for the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (Tax, Quota, Flexcap)<sup>205</sup>

<sup>204</sup> based on: Sterner Thomas et al. (2020), p.46

<sup>205</sup> based on: Karp and Traeger (2016), p.9f.

### 3. Global greenhouse gas emissions and warming scenarios in comparison to carbon price developments in the German transportation sector

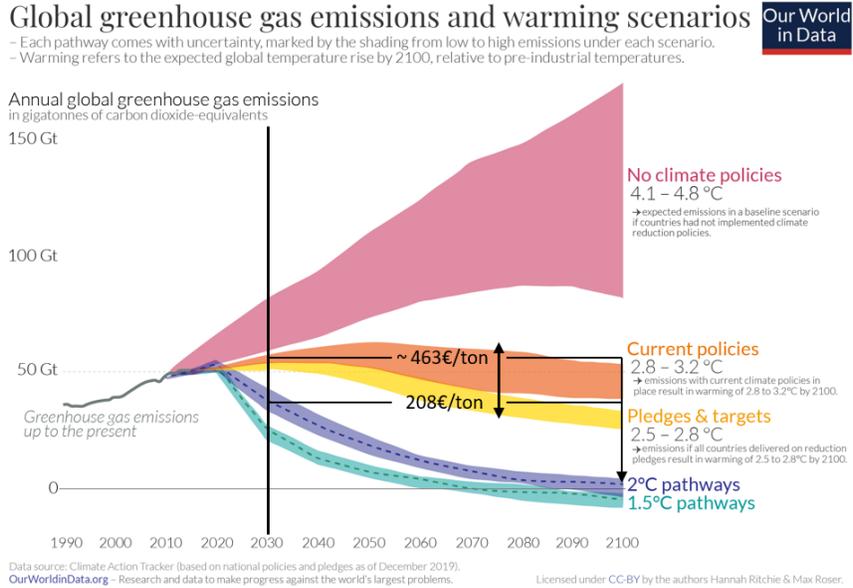


Figure 31: Possible market developments for the economic model for stock pollutants in the German transportation sector in 2016 and 2030 (Tax, Quota, Flexcap)<sup>206</sup>

#### 4.1 Example of the calculation of the future gasoline and diesel price levels with an increasing carbon price (180€/ton in 2030) and an average inflation of 1.44% in Germany

PKW		Gasoline Price (Raw Material in 2015): 0,52 €		Diesel Price (Raw Material in 2015): 0,51 €			
Years	CO2 Tax €/L		Total Eco-tax (without VAT and inflation)	Total Price €/L	Total Eco-tax (without VAT and inflation)	Total Price €/L	Certificate price
	Gasoline	Diesel	Gasoline		Diesel		
2015			0,78 €	1,39 €	0,56 €	1,17 €	ton
2019				1,50 €		1,27 €	kg
2020				1,27 €		1,10 €	
2021	0,059 €	0,066 €	0,713 €	1,46 €	0,536 €	1,25 €	25 € 0,025 €
2022	0,071 €	0,080 €	0,725 €	1,46 €	0,550 €	1,25 €	30 € 0,030 €
2023	0,083 €	0,093 €	0,737 €	1,47 €	0,563 €	1,26 €	35 € 0,035 €
2024	0,107 €	0,119 €	0,761 €	1,48 €	0,589 €	1,28 €	45 € 0,045 €
2025	0,130 €	0,146 €	0,784 €	1,49 €	0,616 €	1,30 €	55 € 0,055 €
2026	0,130 €	0,146 €	0,784 €	1,478 €	0,616 €	1,287 €	55 € 0,055 €
.	0,154 €	0,172 €	0,808 €	1,504 €	0,642 €	1,317 €	65 € 0,065 €
2027	0,225 €	0,252 €	0,879 €	1,57 €	0,722 €	1,39 €	95 € 0,095 €
2028	0,296 €	0,331 €	0,950 €	1,63 €	0,801 €	1,47 €	125 € 0,125 €
2029	0,367 €	0,411 €	1,021 €	1,69 €	0,881 €	1,54 €	155 € 0,155 €
2030	0,427 €	0,477 €	1,081 €	1,735 €	0,947 €	1,591 €	180 € 0,180 €

CO2 tax (Gasoline/Diesel): certificate price (€/kg) \* emission factor (kg/l)

Fuel price (Gasoline/Diesel): [(Energy tax + CO2 tax)/1.0144<sup>t</sup>]\*1.19 + (Raw Material Price\*0.19)/1.0144<sup>t</sup> + Raw Material Price

t = time (in years from 2020 onwards), inflation rate = 1.44%, VAT = 19%, Energy tax (gasoline): 0.654€, Energy tax (diesel): 0.47€, Emission factor (gasoline): 2.37kg/l, Emission factor (diesel): 2.65 kg/l

<sup>206</sup> based on: Hannah Ritchie and Max Roser (2017), n.p., based on: Global carbon project (GCP) (2019) and Carbon Dioxide Information Analysis Centre (CDIAC) (n.d.)

Figure 32: Example of the calculation of the future gasoline and diesel price levels with an increasing carbon price of a tax (180€/ton in 2030) and average inflation of 1.44% in Germany – illustration of the author

4.2 Example of the calculation of the emission quantity using a tax and carbon price path of the KSP 2030

Tax		Gasoline (only passenger transport)						Diesel (passenger + freight transport)							
Years	Liters	Cost of fuel (in €/l)	Initial price	%-price-change	Change in Demand	Reduction (liter)	Emission Reduction (ton)	Initial price	%-price-change	Change in Demand	Reduction (liter)	Emission Reduction (ton)	Total (CO2 Emission)	Total (CO2 Reduction)	
2021	1	1.46 €	1.25 €	1.39 €	5.06%	-4.91%	-937.636,25	-2.222.197,90	1,17 €	6.73%	-6.53%	-2.417.677,69	-6.406.845.876,68	-8.629.043.777,81	-6,02%
	40	58,58 €	49,99 €	55,76 €	5,06%	-4,94%	-943.713,38	-2.236.600.714,82	46,84 €	6,73%	-6,95%	-2.574.031,49	-6.821.183.460,74	-9.657.284.735,56	-6,32%
2022	1	1.44 €	1.25 €	1.39 €	5,09%	-4,96%	-947.079,98	-2.244.579.554,01	1,17 €	7,58%	-7,35%	-2.721.989,14	-7.211.707.712,33	-9.456.287.266,34	-6,59%
	40	58,61 €	50,39 €	55,76 €	5,11%	-5,90%	-1.127.465,68	-2.672.093.654,85	46,84 €	9,25%	-8,98%	-3.323.236,50	-8.806.582.028,55	-11.478.675.683,40	-8,00%
2023	1	1.49 €	1.30 €	1.39 €	7,01%	-6,80%	-1.300.190,11	-3.081.450.559,35	1,17 €	10,87%	-10,54%	-3.903.382,64	-10.343.964.005,15	-13.435.414.564,69	-9,36%
	40	59,67 €	51,93 €	55,76 €	7,01%	-5,84%	-1.116.255,39	-2.645.525.279,08	46,84 €	10,87%	-9,62%	-3.561.974,53	-9.439.232.507,60	-12.084.757.786,68	-8,43%
2024	1	1.48 €	1.28 €	1.39 €	6,02%	-7,67%	-1.465.484,44	-3.473.079.621,15	1,17 €	12,43%	-12,05%	-4.462.326,24	-11.825.164.526,31	-15.298.244.147,46	-10,67%
	40	60,17 €	52,66 €	55,76 €	7,81%	-12,10%	-2.311.820,72	-5.479.015.113,49	46,84 €	12,43%	-18,30%	-6.775.695,66	-17.955.593.486,79	-23.434.608.600,28	-16,34%
2025	1	1.57 €	1.39 €	1.39 €	16,89%	-16,39%	-3.131.532,75	-7.421.732.623,16	1,17 €	25,11%	-24,36%	-9.018.426,69	-23.898.830.738,57	-31.320.563.361,73	-21,84%
	40	62,71 €	55,68 €	55,76 €	18,89%	-20,54%	-3.925.157,28	-9.302.622.757,19	46,84 €	25,11%	-30,23%	-11.192.058,68	-29.658.955.501,84	-38.961.578.599,04	-27,1%
2026 (1)	1	1.63 €	1.47 €	1.39 €	21,17%	-23,69%	-4.528.384,75	-10.732.271.868,68	1,17 €	35,85%	-34,77%	-12.872.948,49	-34.113.313.492,01	-44.845.585.360,69	-31,4%
	40	69,38 €	63,83 €	55,76 €	24,43%				46,84 €	35,85%					

%-Change in price (Gasoline/Diesel): Projected Fuel price / Initial fuel price (2015)

%-Change in demand (Gasoline/Diesel): %-Change in price \* price elasticity of demand

Reduced liter consumption (Gasoline/Diesel): %-Change in demand \* liter consumption (projection 2030)

Emission reduction per ton (Gasoline/Diesel): reduced liter consumption \* emission factor (kg/l) \* 1000 (kg/ton)

Figure 33: Example of the calculation of the emission quantity using a tax and carbon price path of the KSP 2030 – illustration of the author

5.1 Example of the calculation of future price levels of gasoline and diesel with an increasing carbon price by limiting the emission quantity to 98-95 Mt. CO2/e through a quota and an average inflation of 1.44% in Germany

a) Representation of the actual emissions in 2015, a projection of 2030 emissions according to the "National Platform Future Mobility" and the emissions under a cap in 2030 in the German transportation sector

2015	Liters	Emission (CO2 Ton)	Projektion 2030	Liters	Emission (CO2 Ton)	Cap 2030	Liters	Emission (CO2 Ton)	Ratio of 2015 values is used for the cap 2030
Gasoline	22.362.869.198	53.000.000.000	Gasoline	19.111.294.745	45.293.768.546	Gasoline	12.844.992.142	30.442.631.378	52%
Diesel	18.150.943.396	48.100.000.000	Diesel	15.511.785.454	41.106.231.454	Diesel	10.425.707.150	27.628.123.948	48%
		101.100.000.000			86.400.000.000			58.070.755.326	
Passenger transport	40.513.812.595	102.700.000.000	Passenger transport	34.623.080.199	88.000.000.000	Passenger transport	23.270.699.293	59.670.755.326	66%
Freight transport	19.547.169.811	51.800.000.000	Freight transport	21.509.433.962	57.000.000.000	Freight transport	11.357.296.856	30.096.836.669	33%
		154.800.000.000			145.000.000.000			90.000.000.000	
National air traffic		2.300.000.000	National air traffic		2.300.000.000			2.300.000.000	
Rail transport		1.000.000.000	Rail transport		900.000.000			900.000.000	
Inland vessel		1.700.000.000	Inland vessel		1.800.000.000			1.800.000.000	
		159.900.000.000			150.000.000.000			95.000.000.000	
		161.600.000.000			150.300.000.000			150.300.000.000	

Figure 34: Representation of the actual emissions in 2015, a projection of 2030 emissions according to the "National Platform Future Mobility" and the emissions under a cap in 2030 in the German transportation sector<sup>207</sup>

<sup>207</sup> Harthan and Hermann (2018), p.40f and Harthan et al. (2020), p.44;

b) Reverse calculation from the planned emission values (KSP 2030) to the price level of gasoline and diesel in 2030 using a price elasticity of demand of -0.97

Cap														
		Gasoline (only passenger transport)				Diesel (passenger + freight transport)								
Price elasticity		Initial price	% price-change	Change in Demand	Emission	Reduction (ton)	Reduction (ton)	% price-change	Change in Demand	Emission	Reduction (ton)	Reduction (ton)	Total (CO2 Emission)	Total (CO2 Reduction)
Years	Liters	Cost of fuel (in €/L)	1,39 €	33,80%	-32,79%	-6.266.302,60	-14.851.137.168,36	1,17 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-55.232.408.005,16	-38.52%
2030	1	1,87 €	1,39 €	33,80%	-32,79%	-6.266.302,60	-14.851.137.168,36	1,17 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-55.232.408.005,16	-38.52%
2030	40	74,61 €	66,72 €	55,76 €	33,80%	-5.445.694,79	-12.906.296.642,20	46,84 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-53.287.567.479,01	-37,11%
2030	1	1,80 €	1,67 €	1,39 €	29,38%	-28,49%	-5.445.694,79	1,17 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-53.287.567.479,01	-37,11%
2030	40	72,14 €	66,72 €	55,76 €	29,38%	-28,49%	-5.445.694,79	46,84 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-53.287.567.479,01	-37,11%
2030	1	1,87 €	1,74 €	1,39 €	33,80%	-32,79%	-6.266.302,60	1,17 €	42,43%	-46,88%	-17.354.137,47	-45.988.464.282,28	-60.839.601.450,64	-41,43%
2030	40	74,61 €	69,48 €	55,76 €	33,80%	-32,79%	-6.266.302,60	46,84 €	48,33%	-46,88%	-17.354.137,47	-45.988.464.282,28	-60.839.601.450,64	-41,43%

Emission reduction per ton (Gasoline/Diesel): Emissions (projection 2030) – Emissions (cap 2030)

Reduced liter consumption (Gasoline/Diesel): Emission reduction (ton) / [Emission factor (kg/l) \* 1000 (kg/ton)]

%-Change in demand (Gasoline/Diesel): liter consumption (2030) / reduced liter consumption (projection 2030)

%-Change in price (Gasoline/Diesel): %-Change in demand / price elasticity of demand

Fuel price in 2030: (Initial fuel price (2015) \* %-Change in price) + Initial fuel price (2015)

Figure 35: Reverse calculation from the planned emission values (KSP 2030) to the price level of gasoline and diesel in 2030 using a price elasticity of demand of -0.97 – illustration of the author

c) Calculation that reflects the numerical share of the CO2 tax in the sales price of gasoline and diesel in 2030 when a price elasticity of demand of -0.97 has been considered

Years	CO2 Tax €/L	Gasoline	Diesel	Gasoline	Diesel	Gasoline	Diesel	Gasoline	Diesel	Certificate price	Gasoline	Diesel
2030	0,55 €	0,55 €	1,435 €	1,87 €	1,215 €	1,67 €	233 €	0,233 €	208 €	0,208 €		
Tax (Diesel)	0,493 €	0,55 €	1,147 €	1,80 €	1,021 €	1,67 €	208 €	0,208 €				
Tax (Gasoline)	0,55 €	0,617 €	1,206 €	1,87 €	1,087 €	1,74 €	233 €	0,233 €				

Energy and CO2 Tax (Gasoline/Diesel) in 2030: [(Fuel price in 2030 – Raw Material) \* 1.0144^t] – Raw Material Price \* 0.19

CO2 Tax (Gasoline/Diesel) in 2030: (Energy and CO2 Tax / 1.19) – Energy Tax

Carbon price (€/ton) in 2030: CO2 tax / [(Emission factor (kg/l) / 1000 (kg/ton))]

Figure 36: Calculation of the share of the CO2 tax in the sales price of gasoline and diesel in 2030 when a price elasticity of demand of -0.97 has been considered – illustration of the author

d) Calculation of the emission reduction (see appendix 4.2) to prove that the emission reduction is sufficient to meet the German climate targets in 2030

Years	Liters	Cost of fuel (in €/L)	1,39 €	% price-change	Change in Demand	Reduction (liter)	Reduction (ton)	1,17 €	% price-change	Change in Demand	Reduction (liter)	Reduction (ton)	Total (CO2 Emission)	Total (CO2 Reduction)
2030	1	1,80 €	1,67 €	1,39 €	29,38%	-28,49%	-5.445.694,79	-12.906.296.642,20	1,17 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-53.287.567.479,01
2030	40	72,14 €	66,72 €	55,76 €	29,38%	-28,49%	-5.445.694,79	-12.906.296.642,20	46,84 €	42,43%	-41,16%	-15.238.215,41	-40.381.270.836,81	-53.287.567.479,01

%-Change in price (Gasoline/Diesel): Projected Fuel price / Initial fuel price (2015)

%-Change in demand (Gasoline/Diesel): %-Change in price \* price elasticity of demand

Reduced liter consumption (Gasoline/Diesel): %-Change in demand \* liter consumption (projection 2030)

Emission reduction per ton (Gasoline/Diesel): reduced liter consumption \* emission factor (kg/l) \* 1000 (kg/ton)

Figure 37: Calculation of the emission reduction (see appendix 4.2) to prove that the emission reduction is sufficient to meet the German climate targets in 2030 – illustration of the author

## 6. Total costs and cost differences of new gasoline and diesel vehicles between 2020 and 2030 without a CO2 tax, with a CO2 tax and with a CO2 tax plus the adjustment of the diesel fuel and vehicle tax until 2024

Brand	Vehicle Size	Fuel type	Retail Price	capacity (in ccm)	consumption (l/100km)	Emissions in g/km (WLTP)	Vehicle Tax (2020)	Vehicle Tax (2021)	Vehicle Tax (2024)	Tankgröße (l)	Reichweite (km)
<b>BMW</b>	 Small	Gasoline	27.587,00 €	1499	5,7	129	98 €	101 €	97 €	42	737
	Small	Diesel	31.778,00 €	1995	4,7	122	244 €	246 €	92 €	42	894
<b>Audi</b>	 Medium	Gasoline	35.482,00 €	1984	6	137	124 €	129 €	124 €	54	900
	Medium	Diesel	40.161,00 €	1968	4,6	121	242 €	244 €	90 €	54	1174
<b>Volkswagen</b>	 Large	Gasoline	31.949,00 €	1498	6,9	156	152 €	177 €	170 €	58	841
	Large	Diesel	34.776,00 €	1968	5,5	144	288 €	297 €	141 €	58	1055

Difference in Nominal Values (Gasoline & Diesel)	5000km/year			15000km/year			30000km/year			5000km/year		
	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)
BMW - 118i	29.236,31 €	29.948,83 €	36.348,82 €	38.192,34 €	47.017,59 €	50.707,96 €	- 3.334,95 €	- 3.455,25 €				
BMW - 118d	32.571,25 €	33.404,08 €	32.713,96 €	37.454,20 €	39.239,89 €	39.808,73 €	44.778,62 €	48.356,96 €	50.591,29 €			- 2.765,14 €
Audi - A4 35 TFSI	39.227,25 €	40.006,09 €	46.714,11 €	48.667,42 €	57.944,39 €	61.857,81 €	- 3.529,85 €	- 3.087,35 €				
Audi - A4 35 TDI	42.757,10 €	43.093,45 €	42.390,89 €	48.497,02 €	48.805,23 €	49.336,73 €	57.106,90 €	57.728,18 €	59.887,84 €			- 2.384,80 €
VW - Tiguan 1.5 TSI OPF ACT	38.724,68 €	39.653,10 €	47.334,57 €	49.596,99 €	60.249,39 €	64.782,57 €	- 2.583,01 €	- 2.067,52 €				
VW - Tiguan 1.5 TDI SCR	41.307,69 €	41.720,61 €	41.130,05 €	48.170,64 €	48.542,11 €	49.409,62 €	58.465,07 €	59.218,66 €	62.050,32 €			- 1.476,96 €

Difference in Nominal Values (Gasoline & Diesel)	5000km/year			15000km/year			30000km/year		
	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)	PV (constant)	PV (CO2 tax)	PV (CO2 + Kfz)
BMW - 118i	- 3.334,95 €	- 3.455,25 €		1.105,38 €	- 1.047,54 €		2.238,97 €	2.351,00 €	
BMW - 118d			- 2.765,14 €			- 1.616,38 €			116,67 €
Audi - A4 35 TFSI	- 3.529,85 €	- 3.087,35 €		- 1.782,91 €	- 137,81 €		837,49 €	4.129,63 €	
Audi - A4 35 TDI			- 2.384,80 €			- 669,32 €			1.969,97 €
VW - Tiguan 1.5 TSI OPF ACT	- 2.583,01 €	- 2.067,52 €		- 836,07 €	1.054,88 €		1.784,33 €	5.563,91 €	
VW - Tiguan 1.5 TDI SCR			- 1.476,96 €			187,38 €			2.732,25 €

Figure 38: Total costs and cost differences of new gasoline and diesel vehicles between 2020 and 2030 without a CO2 tax, with a CO2 tax and with a CO2 tax and the adjustment of the diesel fuel and vehicle tax until 2024 – illustration of the author

## 7. Percentage value of the global GHG-emission from parties that have ratified the Paris Climate Agreement until 2020 by deducting countries that have not ratified the protocol, using data from the Kyoto GHG-emissions AR4 from 2017

Kyoto GHG-emissions AR4 in 2017		
Countries	Value	Unit
USA	6,57	Gigatons
Iran	0,91	Gigatons
Turkey	0,53	Gigatons
Iraq	0,27	Gigatons
Libya	0,08	Gigatons
Uganda	0,05	Gigatons
Yemen	0,04	Gigatons
Eritrea	0,01	Gigatons
8-countries-total	8,44	Gigatons
World-total	47,68	Gigatons
Covered by Paris	82%	

Figure 39: Percentage value of the global GHG-emission from parties that have ratified the Paris Climate Agreement until 2020, by deducting countries that have not ratified the protocol, using data from the Kyoto GHG-emissions AR4 from 2017<sup>208</sup>

<sup>208</sup> based on: Gütschow et al. (2021), n.p.

## List of References

### Literature

- Acemoglu, D., Laibson, D., & List, J. A. (2016). *Economics Global Edition*. Pearson Education Limited. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA\\_FINAL.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf)
- ADAC. (2020a). *Kfz-Steuer 2021: Das ändert sich*. <https://www.adac.de/news/kfz-steuer-hoher/>
- ADAC. (2020b, February 24). *Schnellladung: Elektroauto - deutliche Unterschiede*. <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/tests/elektromobilitaet/schnellladen-langstrecke-ladepkurven/>
- ADAC. (2020c, July 28). *Diesel oder Benziner: Wann lohnt sich welcher Motor?* <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/auto-kaufen-verkaufen/autokosten/diesel-oder-benziner/>
- Aklilu, A. Z. (2020). Gasoline and diesel demand in the EU: Implications for the 2030 emission goal. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 118, 109530. <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.109530>
- Alicke, Knut, Lösch, Martin. (2010). *Lean and mean: How does your supply chain shape up?* [https://www.mckinsey.de/~media/mckinsey/dotcom/client\\_service/operations/pdfs/lean\\_and\\_mean-how\\_does\\_your\\_supply\\_chain\\_shape\\_up.pdf](https://www.mckinsey.de/~media/mckinsey/dotcom/client_service/operations/pdfs/lean_and_mean-how_does_your_supply_chain_shape_up.pdf)
- Allnoch, N. (2020, November 28). *Klima: Klimaerwärmung gab es schon mal, aber keine 7 Mrd. Menschen*. <https://www.iwr-institut.de/de/presse/presseinfos-klima/klimaerwaermung-gab-es-schon-mal-aber-keine-7-mrd-menschen>
- Bach, S., Isaak, N., Kemfert, C., Kunert, U., Schill, W.-P., & Schmalz, S. (2019). *CO<sub>2</sub>-Bepreisung im Wärme- und Verkehrssektor: Diskussion von Wirkungen und alternativen Entlastungsoptionen; Endbericht des gleichnamigen Forschungsvorhabens im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU)*. [https://www.diw.de/de/diw\\_01.c.676036.de/publikationen/politikberatung\\_kompakt/2019\\_0140/co2-bepreisung\\_im\\_waerme-\\_und\\_verkehrssektor\\_\\_diskussion\\_von\\_\\_\\_riums\\_fuer\\_umwelt\\_\\_naturschutz\\_und\\_nukleare\\_sicherheit\\_\\_bmu.html](https://www.diw.de/de/diw_01.c.676036.de/publikationen/politikberatung_kompakt/2019_0140/co2-bepreisung_im_waerme-_und_verkehrssektor__diskussion_von___riums_fuer_umwelt__naturschutz_und_nukleare_sicherheit__bmu.html)
- Bergmann, H., Bertenrath, R., Betz, R., Dünnebeil, F., Lambrecht, U., Liebig, L., Rogge, K., & Schade, W. (2005). *Emissionshandel im Verkehr: Ansätze für einen möglichen Upstream-Handel im Verkehr*. Dessau. <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/2969.pdf>
- Berschin, F., Dewes, C., & Naumann, R. (2019). *Klimaeffekt der Verkehrsverlagerung im Güterverkehr*. Berlin. [https://www.netzwerk-bahnen.de/assets/files/news/pdf/2019\\_09\\_10\\_kcw\\_klimaeffekt\\_verlagerung.pdf](https://www.netzwerk-bahnen.de/assets/files/news/pdf/2019_09_10_kcw_klimaeffekt_verlagerung.pdf)
- Blanck, R., Bürger, V., Dehoust, G., Emele, L., Henneberg, K., Hermann, H., Hesse, T., Jörß, W., Loreck, C., Repenning, J., Scheffler, M., Wiegmann, K., Zell, C., & Zimmer, W. (2014, December 1). *Wissenschaftliche Analysen zu klimapolitischen Fragestellungen: Quantifizierungen der Maßnahmen für das Aktionsprogramm Klimaschutz 2020*. Berlin. <https://www.oeko.de/oekodoc/2208/2014-754-de.pdf>
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. (2015). *United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*. <https://www.bmu.de/en/topics/climate-energy/climate/international-climate-policy/united-nations-framework-convention-on-climate-change-unfccc/>

- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. (2017a). *Kyoto Protocol*. <https://www.bmu.de/en/topics/climate-energy/climate/international-climate-policy/kyoto-protocol/>
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. (2017b). *Kyoto-Mechanisms*. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. <https://www.bmu.de/themen/klima-energie/klimaschutz/internationale-klimapolitik/kyoto-protokoll/kyoto-mechanismen/#c9038>
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. (2019, October 8). *Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050*. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf>
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (2020). *Klimaschutz in Zahlen: Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik Ausgabe 2020*. [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Pool/Broschueren/klimaschutz\\_zahlen\\_2020\\_broschuere\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/klimaschutz_zahlen_2020_broschuere_bf.pdf)
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2014). *Verkehrsverflechtungsprognose 2030: Zusammenfassung der Ergebnisse*. [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/G/verkehrsverflechtungsprognose-2030-zusammenfassung-los-3.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/G/verkehrsverflechtungsprognose-2030-zusammenfassung-los-3.pdf?__blob=publicationFile)
- Bundesregierung. (2019). *Projektionsbericht der Bundesregierung 2019: gemäß Verordnung (EU) Nr. 525/2013*. [https://cdr.eionet.europa.eu/de/eu/mmr/art04-13-14\\_lcds\\_pams\\_projections/projections/envxw7wq/Projektionsbericht-der-Bundesregierung-2019.pdf](https://cdr.eionet.europa.eu/de/eu/mmr/art04-13-14_lcds_pams_projections/projections/envxw7wq/Projektionsbericht-der-Bundesregierung-2019.pdf)
- Bundesregierung. (2021). *Kaufprämie für Elektroautos erhöht*. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/energiewende/kaufpraemie-fuer-elektroautos-erhoeht-369482>
- Bundeszentrale für politische Bildung (2020, December 11). *Fünf Jahre Pariser Klimaabkommen*. *Bundeszentrale Für Politische Bildung*. <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/322749/fuenf-jahre-pariser-klimaabkommen>
- Burger, A., Lünebürger, B., & Kühleis, C. (2019, August 29). *CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland*. [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/factsheet\\_co2-bepreisung\\_in\\_deutschland\\_2019\\_08\\_29.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/factsheet_co2-bepreisung_in_deutschland_2019_08_29.pdf)
- Business Dictionary. (2013). *Definition: Market*. <http://www.businessdictionary.com/definition/market.html>
- Carbon Dioxide Information Analysis Centre. (n.d.). *n.t.* U.S.A. <http://cdiac.ornl.gov/>
- Crippa, M., Oreggioni, G., Guizzardi, D., Muntean, M., Schaaf, E., Lo Vullo, E., Solazzo, E., Monforti-Ferrario, F., Olivier, J.G.J., & Vignati, E. (2019). *Fossil CO<sub>2</sub> and GHG emissions of all world countries: 2019 report*. *EUR: Vol. 29849*. Publications Office of the European Union. <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/fossil-co2-and-ghg-emissions-all-world-countries-0>
- Siebtes Gesetz zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes, February 22, 2020. [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvo](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvo)

rhaben/Abteilungen/Abteilung\_III/19\_Legislaturperiode/2020-06-12-7-Aenderung-Kraftfahrzeugsteuergesetz/1-Gesetz.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2

Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (n.d.). *Energie-Impuls-Factsheet-6-Gaskraftwerke-Kohleausstieg*. Retrieved December 30, 2020, from <https://www.dvgw.de/medien/dvgw/verein/energiewende/impuls/Energie-Impuls-Factsheet-6-Gaskraftwerke-Kohleausstieg.pdf>

Edenhofer, O., Flachsland, C., Kalkuhl, Matthias, Knopf, Brigitte, & Pahle, M. (2019, July 1). *Optionen für eine CO2 Preisreform: Expertise by MCC and PIK for the German Council of Economic Experts*. Berlin. [https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3\\_Publications/Working%20Paper/2019\\_MCC\\_Optionen\\_f%C3%BCr\\_eine\\_CO2-Preisreform\\_final.pdf](https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3_Publications/Working%20Paper/2019_MCC_Optionen_f%C3%BCr_eine_CO2-Preisreform_final.pdf)

European Commission. (n.d.-a). *Effort sharing 2021-2030: targets and flexibilities*. Retrieved November 29, 2020, from [https://ec.europa.eu/clima/policies/effort/regulation\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/effort/regulation_en)

European Commission. (n.d.-b). *EU Emissions Trading System (EU ETS) - Climate Action - European Commission*. Retrieved January 4, 2021, from [https://ec.europa.eu/clima/policies/ets\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_en)

European Commission. (n.d.-c). *Free allocation*. Retrieved November 29, 2020, from [https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en)

European Commission. (n.d.-d). *Market Stability Reserve*. Retrieved November 29, 2020, from [https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/reform\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/reform_en)

European Commission. (2015). *EU ETS Handbook*. Guide. n.p. [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets\\_handbook\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf)

European Commission. (2020, September 17). *Neues Klimaziel: EU-Kommission schlägt 55 Prozent weniger Emissionen bis 2030 vor - Deutschland - European Commission*. [https://ec.europa.eu/germany/news/20200917-neues-klimaziel\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20200917-neues-klimaziel_de)

European Environmental Agency. (2020). *Greenhouse gas emissions from transport in Europe*. <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/transport-emissions-of-greenhouse-gases/transport-emissions-of-greenhouse-gases-12>

European Union (2013). Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on a mechanism for monitoring and reporting greenhouse gas emissions and for reporting other information at national and Union level relevant to climate change and repealing Decision No 280/2004/ECText with EEA relevance. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0525&from=GA>

Eurostat. (n.d.). *Renewable energy statistics*. Retrieved November 29, 2020, from [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Renewable\\_energy\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Renewable_energy_statistics)

Federal Statistical Office. (2020). *Gross electricity production in Germany*. <https://www.destatis.de/EN/Themes/Economic-Sectors-Enterprises/Energy/Production/Tables/gross-electricity-production.html>

Fehrenbach, H. (2019, July 1). *Einsatz von Biokraftstoffen im Verkehrssektor bis 2030: Kurzstudie zu den Potenzialen an Kraftstoffen auf Basis von Anbaubiomasse sowie biogenen Abfällen und Reststoffen*. Heidelberg. [https://www.ifeu.de/wp-content/uploads/ifeu\\_Kurzstudie\\_Potenzialschaetzungen\\_fuer\\_Biokraftstoffe\\_im\\_Verkehrssektor.pdf](https://www.ifeu.de/wp-content/uploads/ifeu_Kurzstudie_Potenzialschaetzungen_fuer_Biokraftstoffe_im_Verkehrssektor.pdf)

- Field, C. B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E. K., A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, & L.L.White. (2014). *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects.: Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, U.K. and New York, U.S.A. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA\\_FINAL.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf)
- Förster, H., Dael, S., Gores, S., Nissen, C., Renders, N., Sporer, M., & Tomescu, M. (2019). *Trends and projections in Europe 2019: Tracking progress towards Europe's climate and energy targets. EEA report: 15/2019*. Publications Office of the European Union. <https://www.eea.europa.eu/publications/trends-and-projections-in-europe-1>
- Frondel, M. (2020, March). CO<sub>2</sub>-Bepreisung in den Sektoren Verkehr und Wärme: Optionen für eine sozial ausgewogene Ausgestaltung. *Zeitschrift für Energiewirtschaft*, 44(1), 1–14. <https://doi.org/10.1007/s12398-020-00272-y>
- Frondel, M., & Vance, C. (2014). More Pain at the Diesel Pump? An Econometric Comparison of Diesel and Petrol Price Elasticities. *Journal of Transport Economics and Policy*, 48(3), 449–463. <http://www.jstor.org/stable/24396297>
- Frondel, M., & Vance, C. (2018). Drivers' response to fuel taxes and efficiency standards: Evidence from Germany. *Transportation* 45, 45(3), 989–1001. <https://doi.org/10.1007/s11116-017-9759-1>
- Gallego, L. (2013, April 19). Supply and demand. *Policonomics*. <https://policonomics.com/supply-and-demand/>
- Gerbert, P., Herhold, P., Burchardt, J., Schönberger, S., Rechenmacher, F., Kirchner, A., Kemmler, A., & Wunsch, M. (2018, January 1). *Klimapfade für Deutschland*. <https://web-assets.bcg.com/e3/06/1c25c60944a09983526ff173c969/klimapfade-fuer-deutschland.pdf>
- German Emissions Trading Authority, & German Environment Agency. (2020, March 1). *National Emissions Trading System: Background Paper*. Berlin. [https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/EN/nehs/nehs-backgroundpaper.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/EN/nehs/nehs-backgroundpaper.pdf?__blob=publicationFile&v=2)
- Global carbon project. (2019). *Supplemental data of Global Carbon Project 2019*. <https://doi.org/10.18160/GCP-2019>
- Graichen, P., Hochfeld, C., Peter, F., Kleiner, M., & Elmer, C.-F. (2019). *15 Eckpunkte für das Klimaschutzgesetz*. [https://static.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2019/15\\_Eckpunkte\\_fuer\\_das\\_Klimaschutzgesetz/Agora\\_15\\_Eckpunkte\\_Klimaschutzgesetz\\_WEB.pdf](https://static.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2019/15_Eckpunkte_fuer_das_Klimaschutzgesetz/Agora_15_Eckpunkte_Klimaschutzgesetz_WEB.pdf)
- Gürsel, M. B., & Tölke, O. (2018). *Branchenstudie - Tankstellenmarkt Deutschland 2017*. Berlin. [https://www.eft-service.de/application/files/4415/2586/3351/Tankstellenstudie\\_2018\\_Scope\\_Ratings\\_bft.pdf](https://www.eft-service.de/application/files/4415/2586/3351/Tankstellenstudie_2018_Scope_Ratings_bft.pdf)
- Gütschow, J., Günther, A., Jeffery, M. L., & Gieseke, R. (2021). *The PRIMAP-hist national historical emissions time series (1850-2018) v2.2*. <https://www.pik-potsdam.de/paris-reality-check/primap-hist/#scenario=histcr&id=earth&entity=kyotoghgar4> <https://doi.org/10.5281/ZENODO.4479172>
- Gütschow, J., Jeffery, L., Gieseke, R., & Günther, A. (2019). *The PRIMAP-hist national historical emissions time series (1850-2017)*. Potsdam Institute for climate impact

- research (PIK). <https://www.pik-potsdam.de/paris-reality-check/primap-hist/#scenario=histcr&id=earth&entity=kyotoghg> <https://doi.org/10.5880/PIK.2019.018>
- Hacker, F., Jöhrens, J., & Plötz, P. (2020, April 1). *Wirtschaftlichkeit, Umweltwirkung und Ausbauszenarien von Oberleitungs-Lkw in Deutschland: Eine Synthese*. Berlin, Heidelberg, Karlsruhe. <https://www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Stand-des-Wissens-OH-Lkw-Zusammenfassung.pdf>
- Hanafi, O., Jousseume, M., Menner, M., Reichert, G., & Schwind, S. (2019, November 1). *Carbon Pricing in France & Germany: Differences, Similarities and Perspectives*. [https://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/cepInput\\_Carbon\\_Pricing\\_in\\_France\\_\\_\\_Germany.pdf](https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepInput_Carbon_Pricing_in_France___Germany.pdf)
- Hannah Ritchie, & Max Roser (2017). CO<sub>2</sub> and Greenhouse Gas Emissions. *Our World in Data*. <https://ourworldindata.org/co2-and-other-greenhouse-gas-emissions>
- Hans-Jochen Luhmann, C. A. (2016). *Von den flexiblen Mechanismen des Kyoto Protokolls zu den kooperativen Ansätzen des Übereinkommens von Paris*. Wuppertal. [https://epub.wupperinst.org/frontdoor/deliver/index/docId/6426/file/6426\\_Luhmann.pdf](https://epub.wupperinst.org/frontdoor/deliver/index/docId/6426/file/6426_Luhmann.pdf)
- Harthan, R. O., & Hermann, H. (2018). *Sektorale Abgrenzung der deutschen Treibhausgasemissionen mit einem Schwerpunkt auf die verbrennungsbedingten CO<sub>2</sub>-Emissionen*. <https://www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Sektorale-Abgrenzung-deutscher-Treibhausgas-Emissionen-2018.pdf>
- Harthan, R. O., Repenning, J., Blanck, R., Böttcher, H., Bürger, V., Emele, L., Görz, W. K., Hennenberg, K., Jörß, W., Ludig, S., Matthes, F. C., Mendelewitsch, R., Mossmann, L., Scheffler, M., Wiegmann, K., Brugger, H., Fleiter, T., Mandel, T., Rehfeldt, M., & Steinbach, J. (2020, March 1). *Treibhausgasminderungswirkung des Klimaschutzprogramms 2030 (Kurzbericht): Teilbericht des Projektes „THG-Projektion: Weiterentwicklung der Methoden und Umsetzung der EU-Effort Sharing Decision im Projektionsbericht 2019 („Politikszenerien IX“)*. Berlin. [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2020-03-05\\_climate-change\\_12-2020\\_treibhausgasminderungswirkungen-klimaschutzprogramm-2030.docx\\_.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2020-03-05_climate-change_12-2020_treibhausgasminderungswirkungen-klimaschutzprogramm-2030.docx_.pdf)
- Hoberg, F. (2019, May 27). *Was ist umweltfreundlicher: Benzin oder Diesel?* <https://www.quarks.de/technik/mobilitaet/was-ist-umweltfreundlicher-benzin-oder-diesel/>
- Kagan, J. (2003, November 24). Income Tax Terms Guide: Taxes. *Investopedia*. <https://www.investopedia.com/terms/t/taxes.asp>
- Karp, L., & Traeger, C. (2016). *Smart Cap: Seminar on Energy and Environmental Economics Munich*. <http://host-213-179-134-26.customer.m-online.net/ifoHome/events/Archive/seminars/2016/10/2016-10-20-SemSEEM.html>
- Karp, L., & Traeger, C. (2018). *Prices versus Quantities Reassessed* [CESifo Working Paper No. 7331]. <https://www.cesifo.org/en/publikationen/2018/working-paper/prices-versus-quantities-reassessed>
- Kemfert, C., Schmalz, S., & Wäger, N. (2019). *CO<sub>2</sub>-Bepreisung im Wärme- und Verkehrssektor: Erweiterung des Emissionshandels löst aktuelles Klimaschutzproblem nicht*. Berlin. [https://www.diw.de/de/diw\\_01.c.672305.de/publikationen/diskussionspapiere/2019\\_1818/co2-bepreisung\\_im\\_waerme-\\_und\\_verkehrssektor\\_\\_erweiterung\\_des\\_emissionshandels\\_loest\\_aktuelles\\_klimaschutzproblem\\_nicht.html](https://www.diw.de/de/diw_01.c.672305.de/publikationen/diskussionspapiere/2019_1818/co2-bepreisung_im_waerme-_und_verkehrssektor__erweiterung_des_emissionshandels_loest_aktuelles_klimaschutzproblem_nicht.html)

- Kemmler, A., Kirchner, A., Maur, A. auf der, Ess, F., Kreidelmeyer, S., Piégsa, A., Spillmann, T., Wunsch, M., & Ziegenhagen, I. (2020, March 10). *Energiewirtschaftliche Projektionen und Folgeabschätzungen 2030/2050*. BMWI.  
<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/klimagutachten.html>
- Kraftfahrt-Bundesamt. (2020, January 1). *Bestand nach ausgewählten Fahrzeugklassen mit dem Durchschnittsalter der Fahrzeuge am 1. Januar 2020*.  
[https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Fahrzeugalter/fz\\_b\\_fahrzeugalter\\_archiv/2020/2020\\_b\\_fahrzeugalter\\_kfz\\_dusl.html;jsessionid=DBBBB08E0610389274386A64792F4739.live21301?nn=2595302](https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Fahrzeugalter/fz_b_fahrzeugalter_archiv/2020/2020_b_fahrzeugalter_kfz_dusl.html;jsessionid=DBBBB08E0610389274386A64792F4739.live21301?nn=2595302)
- Krugman, P. R., Obstfeld, M., & Melitz, M. (2018). *International Economics: Theory and Policy: 11th Edition*. Global Edition. Pearson Education Limited.
- Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg. (n.d.-a). *Die Energiewende 2011*. Retrieved November 29, 2020, from <https://www.lpb-bw.de/energiewende>
- Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg. (n.d.-b). *Pariser Klimaschutzkonferenz COP21*. Retrieved November 29, 2020, from <https://www.lpb-bw.de/pariser-klimaabkommen>
- Nationale Plattform Zukunft der Mobilität. (2019). *Wege zur Erreichung der Klimaziele 2030 im Verkehrssektor: Zwischenbericht 03/2019*. <https://www.plattform-zukunft-mobilitaet.de/wp-content/uploads/2020/03/NPM-AG-1-Wege-zur-Erreichung-der-Klimaziele-2030-im-Verkehrssektor.pdf>
- Pigato, M. (2019). *Fiscal policies for development and climate action. International development in focus*. World Bank Group.  
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31051/9781464813580.pdf?sequence=4&isAllowed=y> <https://doi.org/10.1596/978-1-4648-1358-0>
- Quarks. (2019, July 9). *Diesel und Benzin – woraus besteht Kraftstoff?*  
<https://www.quarks.de/technik/mobilitaet/diesel-und-benzin-woraus-besteht-kraftstoff/>
- Radke, Sabine. (2019, September 1). *Verkehr in Zahlen 2019/2020: 48. Jahrgang*. Flensburg. [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/verkehr-in-zahlen-2019-pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/verkehr-in-zahlen-2019-pdf.pdf?__blob=publicationFile)
- Reitberger, J. (2020, December 28). Warten auf das Wasserstoff-Auto: Darum hat die Technik keine Chance gegen Akkus. *EFAHRER.Com*. [https://efahrer.chip.de/e-wissen/warten-auf-das-wasserstoff-auto-darum-hat-die-technik-keine-chance-gegen-akkus\\_101550](https://efahrer.chip.de/e-wissen/warten-auf-das-wasserstoff-auto-darum-hat-die-technik-keine-chance-gegen-akkus_101550)
- Schmitt, S. (2020, September 30). Klimaziele: Ausgerechnet die Chinesen!: Peking will 2060 klimaneutral sein. *Die Zeit*. <https://www.zeit.de/2020/41/klimaziele-china-xi-jinping-emissionen-klimaschutz-kohlekraftwerke>
- Statistisches Bundesamt. (2019). *Automobilindustrie: Deutschlands wichtigster Industriezweig mit Produktionsrückgang um 7,1 % im 2. Halbjahr 2018*.  
[https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/04/PD19\\_139\\_811.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/04/PD19_139_811.html)
- Statistisches Bundesamt. (2020). *Konsumausgaben privater Haushalte*.  
[https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/\\_Grafik/\\_Interaktiv/konsumausgaben-bereiche.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/_Grafik/_Interaktiv/konsumausgaben-bereiche.html)
- Stern Thomas, Carson, R. T., Hafstead, M., Howard, P., Jagers, S. C., Köhlin, G., Parry, I., & Rafaty, R. (2020). *ifo DICE Report 1 / 2020 (Spring): Carbon Pricing: E. Somanatan, Jan Christoph Steckel, Dale Whittington et al., ZhongXiang Zhang, Jennifer Winter, Charles D. Kolstad, Herman R.J. Vollebergh and Corjan Brink, Susanne Droege and*

Carloyn Fischer. <https://www.ifo.de/publikationen/2020/zeitschrift-einzelheft/ifo-dice-report-1-2020-spring-carbon-pricing>

Stiftung Arbeit und Umwelt der IG BCE. (2019, June 1). *CO2 Bepreisung für den Verkehrssektor? Bedeutung und Entwicklung der Kosten räumlicher Mobilität der privaten Haushalte bei ausgewählten verkehrspolitischen Instrumenten*. [https://www.arbeit-umwelt.de/wp-content/uploads/190705\\_Studie\\_CO2-SteuerVerkehr\\_DIW\\_StiftungIGBCE.pdf](https://www.arbeit-umwelt.de/wp-content/uploads/190705_Studie_CO2-SteuerVerkehr_DIW_StiftungIGBCE.pdf)

tagesschau. (2021, January 5). *Mitglieder der OPEC+ uneins über Ölförderung*. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/weltwirtschaft/opec-oelmarkt-russland-saudi-arabien-101.html>

Thonemann, U., Behrenbeck, K., Diedrichs, R., Großpietsch, J., Küpper, J., & Leopoldseder, M. (2003). *Supply Chain Champions: Was sie tun und wie Sie einer werden* (1st ed.). *Financial times Deutschland*. Gabler.

Tyborski, R. (2020, December 26). *Tankstellen-Studie: Wer vom Benzinverkauf am meisten profitiert*. <https://www.wiwo.de/unternehmen/energie/tankstellen-studie-wer-vom-benzinverkauf-am-meisten-profitiert/20960726.html>

Umweltbundesamt. (2009). *Climate and greenhouse effect*. <https://www.umweltbundesamt.de/en/topics/climate-energy/climate-change/climate-greenhouse-effect>

Umweltbundesamt. (2017, January 23). *Nationale Trendtabellen für die deutsche Berichterstattung atmosphärischer Emissionen 1990 – 2015*. <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/nationale-trendtabellen-fuer-die-deutsche-2>

Umweltbundesamt. (2019). *Treibhausgasemissionen gingen 2019 um 6,3 Prozent zurück: Große Minderungen im Energiesektor, Anstieg im Gebäudesektor und Verkehr*. <https://www.umweltbundesamt.de/presse/pressemitteilungen/treibhausgasemissionen-gingen-2019-um-63-prozent>

United Nations Framework Convention on Climate Change. (n.d.). *The Paris Agreement*. Retrieved November 29, 2020, from <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>

US EPA. (2016). *Global Greenhouse Gas Emissions Data*. <https://www.epa.gov/ghgemissions/global-greenhouse-gas-emissions-data>

Verlag für Rechtsjournalismus GmbH. (2020). *LKW: Wovon die Zulassung als solcher abhängig ist*. <https://www.bussgeldkatalog.org/lkw-zulassung/>

Verlag für Rechtsjournalismus GmbH. (2021). *Lärmbelästigung*. <https://www.bussgeldkatalog.org/umwelt-laermbelaestigung/>

Watjer, A. (2020, May 7). *Pariser Klimaabkommen*. *Bundeszentrale Für Politische Bildung*. <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/das-europalexikon/309438/pariser-klimaabkommen>

Wirtschaftliche Dienste 4: Haushalt und Finanzen. (2019). *Die Energiesteuer in Bezug auf Kraftstoffe*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/673616/b923d0aa98b1bae18a7dae250b926c40/WD-4-143-19-pdf-data.pdf>

Wirtschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und. (2017). *Anthropogener Treibhauseffekt und Klimaänderungen: Darstellung des gegenwärtigen*

*wissenschaftlichen Erkenntnisstandes.*

<https://www.bundestag.de/resource/blob/531134/6f730f684478a5be392a914110e05489/wd-8-028-17-pdf-data.pdf>

Wissenschaftliche Dienste 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung und Forschung. (2019, May 20). *CO<sub>2</sub>-Emissionen im Verkehrsbereich: WD 8 - 3000 - 056/19*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/660794/dfdee26b00e44b018b04a187f0c6843e/wd-8-056-19-pdf-data.pdf>

Zelege, A. (2016). *Gasoline and diesel demand elasticities: A consistent estimate across the EU-28* (2016:12). Uppsala. <https://pub.epsilon.slu.se/13860/>

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Eupenerstraße 70  
52066 Aachen

[www.wirtschaft.fh-aachen.de](http://www.wirtschaft.fh-aachen.de)